

Schmidtchen, Dieter

Working Paper

Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason: Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild

CSLE Discussion Paper, No. 2006-04

Provided in Cooperation with:

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

Suggested Citation: Schmidtchen, Dieter (2006) : Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason: Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, CSLE Discussion Paper, No. 2006-04, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23082>

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.

**Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason –
Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären
Wettbewerbsleitbild**

***Freedom to compete, per se rules and the rule of reason – Remarks
on the institutional-evolutionary concept for competition policy***

von

Prof. Dr. Dieter Schmidtchen*

CSLE Discussion Paper 2006-04

JEL B 52, D 83, K 21

Wettbewerbsfreiheit, evolutionärer Prozeß, Institutionen, Antitrust, per se rule, rule of reason
Freedom to compete, evolutionary process, institutional economics, antitrust, competition
policy, per se rule, rule of reason

Zusammenfassung

Kürzlich hat Chr. Mantzavinos ein neues Wettbewerbsleitbild vorgeschlagen, das auf Ergebnissen der Neuen Institutionenökonomik und der Evolutorischen Ökonomik aufbaut. Er kritisiert die gängigen normativen Konzeptionen in der Wettbewerbspolitik, insbesondere die Idee des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, und plädiert für eine regelgeleitete Wettbewerbspolitik, die sich hauptsächlich auf per se Verbote stützt. In diesem Paper wird argumentiert, daß die Kritik an den gängigen Konzeptionen überzogen ist und daß eine Politik der per se Verbote nicht praktikabel ist. Gerichte praktizieren aus guten Gründen in Fällen, für die ursprünglich per se Verbote galten, eine de facto „rule of reason“.

Summary

Recently, Chr. Mantzavinos proposed a new concept for antitrust analysis drawing on theoretical developments in New Institutional Economics and Evolutionary Economics. Criticizing the policy prescriptions based on traditional microeconomics and welfare economics, Mantzavinos pleads for a rule-governed antitrust policy which mainly operates with per se rules. This paper argues that the criticism of the traditional foundations of antitrust

* Ich danke Birgit E. Will und Roland Kirstein für wertvolle Hinweise.

is inadequate and that per se rules rarely work. Reality confounds the principle of per se illegality and prompted courts to use a de facto rule of reason.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Wettbewerb als Allokationsmechanismus – eine unfruchtbare Simplifikation?
- III. Gleichgewichtsmodelle als Erklärungen des Prinzips
 1. Theorie komplexer Phänomene
 2. Zur Koexistenz von Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie
- IV. IE-Leitbild und das Konzept der Wettbewerbsfreiheit
 1. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit
 2. Normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht
 3. Freiheit und Effizienz
- V. Per se Verbote und regelgeleitete Wettbewerbspolitik
 1. Per se Regeln und Rule of Reason
 2. Vor- und Nachteile von per se Verboten
 3. Wettbewerbspolitik des Minimalismus
- VI. Per se Regeln, Rule of Reason und die Kompetenz-Schwierigkeitslücke
 1. Die Kompetenz-Schwierigkeitslücke
 2. Diagnosefähigkeit und ROC-Kurve
 3. Optimale Reaktionsstrategien: Per se Regeln oder Rule of Reason?
- VII. Schlußbemerkungen

Literatur

I. Einleitung

Kürzlich hat C. Mantzavinos ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik in den Grundzügen vorgestellt, das er institutionenökonomisch-evolutionäres Wettbewerbsleitbild – abgekürzt: IE-Wettbewerbsleitbild – nennt (siehe Mantzavinos 2005). In diesem Leitbild werden zwei Ideen miteinander verknüpft: „Die Idee des Wettbewerbs als eines evolutionären Prozesses und die Idee des Wettbewerbs als eines regelgeleiteten Steuerungsmechanismus“

(Mantzavinos 2005: 206). Für die evolutionäre Perspektive stehen drei Theoriestränge (siehe Mantzavinos 2005: 206 ff.):

- (1) Schumpetersche Ansätze, die Wettbewerb als Innovations-Imitationsprozeß begreifen;
- (2) Hayeksche Ansätze, in denen Wettbewerb als Entdeckungsverfahren erscheint;
- (3) Biologieinspirierte Ansätze, bei denen Wettbewerb ein evolutionärer Prozeß von (zufälliger) Variation und anschließender Selektion ist.

Was den Wettbewerb als Steuerungsmechanismus anlangt, so greift Mantzavinos auf die Einsicht der Wettbewerbstheorie zurück, daß Wettbewerb sich innerhalb von Regeln vollzieht: „Mit der Spezifikation und Durchsetzung von Verfügungsrechten ... wird festgelegt, welche Handlungen die Wirtschaftssubjekte im Wettbewerbsprozeß vornehmen dürfen, d. h. welche Aktionsparameter erlaubt sind und welche nicht ... Dadurch definieren die Institutionen den ‚Inhalt‘ des Wettbewerbs“ (Mantzavinos 2005: 210). Das bedeutet: Die wettbewerblichen Bemühungen einschließlich der Inventionen, Innovationen und Imitationen richten sich auf jene Klasse von Handlungen, die institutionell erlaubt sind (siehe Mantzavinos 2005: 210). Da die Institutionen die Anreize der Akteure steuern, bestimmen sie zugleich die Geschwindigkeit von Wettbewerbsprozessen (siehe Mantzavinos 2005: 211).

Neben der Betonung der evolutionären Dimension stellt nach Ansicht Mantzavinos' die systematische Integration des institutionellen Rahmens bei der Konzeptionalisierung von Wettbewerbsprozessen im IE-Leitbild den Hauptunterschied zur gängigen mikroökonomischen Analyse des Wettbewerbs dar (siehe Mantzavinos 2005: 209). Diese setzt – nach Ansicht von Mantzavinos – Wettbewerb mit einem Allokationsmechanismus gleich, „der beim Zustandekommen eines Marktgleichgewichts zu vollkommen voraussagbaren Ergebnissen führt“ (Mantzavinos 2005: 217). Mit der Vernachlässigung des institutionellen Rahmens sowie der Eliminierung der Möglichkeit des Auftretens von Neuerungen hat sich – so der Vorwurf – die gängige mikroökonomische Analyse „als eine unfruchtbare Simplifikation des Wettbewerbsprozesses erwiesen“ (Mantzavinos 2005: 209).

Bei der Skizzierung der Grundzüge des IE-Wettbewerbsleitbildes wird vom „Schutz des Wettbewerbs“ als hypothetisch angenommener Zielsetzung ausgegangen. Es wird sodann die Frage gestellt: „Was kann getan werden und auf welcher Ebene, um den Wettbewerb als einen innerhalb von Regeln ablaufenden evolutionären Prozeß zu schützen?“ (Mantzavinos 2005: 217.) Dies wird als nomokratisches Verständnis von Wettbewerbsschutz bezeichnet (siehe Mantzavinos 2005: 219). Danach sollte sich die Wettbewerbspolitik hauptsächlich des Mittels der per se Verbote bedienen: Per se Verbote sollen gewährleisten, daß überhaupt

Wettbewerb am Markt herrscht, m. a. W.: Kriterium für die Einordnung einer Handlung in die Kategorien verboten oder erlaubt ist allein der Schutz des Wettbewerbs und nicht etwa das Ziel, den Wettbewerb möglichst vollkommen, funktionsfähig oder effizient auszugestalten (siehe Mantzavinos 2005: 221). Diese als minimalistisch bezeichnete Wettbewerbspolitik trage sowohl dem unabänderlichen Mangel an nomologischem Steuerungswissen Rechnung, der seine Ursache in der Komplexität des Marktes habe, als auch Erkenntnissen der politischen Ökonomie der Regulierung, nach denen Kartellbehörden anfällig gegen Lobby-Aktivitäten der Industrie seien (siehe Mantzavinos 2005: 218).

Mantzavinos' Entwurf eines institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbildes beeindruckt aufgrund seines Gedankenreichtums, der Verknüpfung von wissenschaftstheoretischen und institutionenökonomischen Einsichten mit der Idee, die evolutionäre Dimension des Wettbewerbs ins Zentrum zu rücken. Mantzavinos hebt damit Aspekte hervor, die in der konventionellen Wettbewerbstheorie und theoretischen Wettbewerbspolitik bedauerlicherweise nicht hinreichend gewürdigt werden. Es handelt sich bei dem hier zu besprechenden Artikel zweifellos um einen anspruchsvollen, wichtigen und deshalb diskussionswürdigen Beitrag zur Theorie der Wettbewerbspolitik.

Andererseits erscheint die Kritik an der traditionellen mikroökonomischen Analyse von Wettbewerb mit ihrem Fokus auf die Allokationseffizienz überzogen: Erstens läßt sich Wettbewerb, wenn er als ein regelgeleiteter evolutionärer Prozeß verstanden wird, durchaus als Allokationsprozeß deuten. Zweitens wird man auch bei der Wirkungsanalyse von Institutionen gemäß dem Prinzip der kritischen Prüfung auf die traditionelle mikroökonomische Analyse nicht verzichten können.

Mantzavinos erwähnt zwar die drei Theoriestränge, für die die evolutionäre Perspektive kennzeichnend ist, aber er präsentiert kein Modell des Wettbewerbs, anhand dessen man prüfen könnte, ob und inwieweit die drei Theoriestränge zu sich wechselseitig ergänzenden oder konfliktären wettbewerbspolitischen Vorschlägen führen, und aus denen man ableiten könnte, unter welchen (notwendigen und hinreichenden) Voraussetzungen die Evolution erfolgt und welche Ergebnisse sie zeitigt.

Man kann sich bei der Lektüre auch nicht ganz des Eindrucks erwehren, daß der Versuch, ein institutionenökonomisch-evolutionäres Wettbewerbsleitbild zu entwerfen, tatsächlich auf die Definition eines Wettbewerbsbegriffs hinausläuft, von dem behauptet wird, das „wahre“ Wesen des Wettbewerbs der Lebenswirklichkeit zu reflektieren. Die Frage danach, was die richtige, die „wahre“ Definition des Begriffs Wettbewerb ist, hat zwar lange Zeit die theore-

tische und praktische Diskussion beherrscht, sie kann aber leicht in die Untiefen des methodologischen Essentialismus führen (siehe dazu Schmidtchen 1978). Dieser hat sich bekanntlich aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht als Sackgasse erwiesen; denn auf Definitionen ist das Wahrheitskriterium nicht anwendbar. Definitionen sind Zweckmäßigkeiten, die nach der modernen, von Popper geprägten, Wissenschaftslehre durch ihren Beitrag zur Formulierung empirisch gehaltvoller Theorien entschieden werden.

In einem Leitbild, das im Namen den Bezug zur Institutionenökonomik herstellt, wird man als Voraussetzung der Evolution eine durch Verfügungsrechte garantierte Wettbewerbsfreiheit vermuten. Dies aber führt zur Frage nach dem Kriterium zur Spezifikation und personellen Zuordnung von Verfügungsrechten. Auch hier vermißt man Konkretes – abgesehen davon, daß der Umfang der Verfügungsrechte von Unternehmen durch per se Verbote begrenzt werden soll.

Per se Verbote sollen gewährleisten, daß überhaupt Wettbewerb am Markt herrscht, m. a. W.: Kriterium für die Einordnung einer Handlung in die Kategorien verboten oder erlaubt ist allein der Schutz *des* Wettbewerbs und nicht etwa das Ziel, den Wettbewerb möglichst vollkommen, funktionsfähig oder effizient auszugestalten (siehe Mantzavinos 2005: 221). Leider wird das Vorgehen nicht anhand eines konkreten Falles demonstriert. Auch stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Ergebnissen führen kann: Ist Wettbewerbsversagen als Möglichkeit im IE-Wettbewerbsleitbild denkbar? Welche Rolle spielen z. B. asymmetrische Information, adverse Selektion oder Subadditivität der Kostenfunktion im IE-Leitbild?

Seit ihrer Geburtsstunde wird die Wettbewerbspolitik von der Frage beherrscht, was eine Wettbewerbsbeschränkung (oder Wettbewerbsbehinderung) darstellt. Im Rahmen eines evolutionären Wettbewerbsverständnisses wird man die Evolutionsleistung in den Mittelpunkt stellen. Per se verboten wird, was die Evolutionsleistung des Wettbewerbs beeinträchtigt. Aber wie mißt man die und, vor allem, wie findet man heraus, ob ein per se Verbot oder eine per se Legalität einer Handlung die Leistung fördern? Auch stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Ergebnissen führen kann: Ist Wettbewerbsversagen als Möglichkeit im IE-Wettbewerbsleitbild denkbar? Welche Rolle spielen z. B. asymmetrische Information, adverse Selektion oder Subadditivität der Kostenfunktion im IE-Leitbild?

Im folgenden sollen einige der genannten Einwände genauer betrachtet werden. Das Ziel der Ausführungen besteht nicht darin, das IE-Wettbewerbsleitbild zu verwerfen, sondern im Ge-

genteil, zu zeigen, wo noch Nachbesserungsbedarf existiert; denn das IE-Leitbild thematisiert Lücken in der theoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, die danach verlangen, geschlossen zu werden. Ein Ziel sollte auch sein, die Anschlußfähigkeit an die gerade begonnene Diskussion um die Ökonomisierung der Wettbewerbspolitik herzustellen (siehe dazu Schmidtchen 2005 a, 2005 b, 2006).

Das folgende Kapitel II weist die Behauptung zurück, daß das Konzept des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus eine unfruchtbare Simplifikation des Wettbewerbsprozesses sei. In Kapitel III wird verdeutlicht, daß die Modellierung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus auf Erklärungen des Prinzips abzielt. Es werden lediglich „algebraische“ Theorien (Hayek) formuliert, deren Voraussagen bezüglich der Allokation im Marktgleichgewicht als Mustervoraussagen im Sinne Hayeks zu verstehen sind. Kapitel IV erläutert, daß sich das IE-Wettbewerbsleitbild auf das Konzept der Wettbewerbsfreiheit zurückführen läßt. In Kapitel V soll der Vorschlag geprüft werden, die Wettbewerbspolitik allein auf per se Verbote zu stützen. Erfahrungen im Antitrust mit per se Verboten geben Anlaß zu der Behauptung, daß eine dichotomische Politik, die nur die Alternativen „Wettbewerb“ oder „kein Wettbewerb“ kennt, nicht praktikabel ist. Die erfolgsversprechende Botschaft lautet, Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen, was der „rule of reason“ entspricht. In Kapitel VI wird mit Hilfe von Ron Heiners Konzept der Kompetenz-Schwierigkeitslücke (Theorie eingeschränkt rationalen Entscheidens) untersucht, wann per se Regeln und wann ein „rule of reason“-Standard wohlfahrtsfördernd ist. Kapitel VII enthält Schlußbemerkungen.

II. Wettbewerb als Allokationsmechanismus – eine unfruchtbare Simplifikation?

Jede Erkenntnis ist selektiv. Das jeweilige Erkenntnisinteresse bestimmt die Fragestellung, die Methoden und die Richtung des Forschens. Diese Trivialität bewahrheitet sich auch bei der Erforschung des Wettbewerbs. So wurde Wettbewerb als nicht-autoritäres System sozialer Kontrolle, als Anreizmechanismus, als Schöpfer von Neuem und Zerstörer von Überkommenem, als evolutionärer Prozeß, als Entdeckungsverfahren, als Koordinationsverfahren – und als Allokationsmechanismus untersucht. Jede Konzeptionalisierung des Wettbewerbs stellte eine Simplifikation dar, weil lediglich ein Aspekt des Wettbewerbs herausgehoben und

genauer analysiert wurde. Wer Wettbewerb in der Totalität seiner Aspekte wissenschaftlich untersuchen möchte, untersucht gar nichts. Simplifikation gehört zum methodischen Rüstzeug der Ökonomen und manifestiert sich im Modelldenken.

Die Untersuchung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus eine unfruchtbare Simplifikation zu nennen, läuft auf die Behauptung hinaus, daß die Frage der Allokation von Ressourcen eine nicht besonders bedeutsame Frage darstellt. Tatsächlich handelt es sich aber um die Leitfrage der Nationalökonomie, denn von der Allokation der Ressourcen hängt der Grad der Knappheitsminderung und damit der Wohlstand der Nationen ab.

Bei der Behandlung des Problems der optimalen Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen hat es sich als analytisch zweckmäßig erwiesen, statische und dynamische Effizienz zu unterscheiden. Statische Effizienz liegt vor, wenn die von den Nachfragern gewünschten Bündel von Gütern und Leistungen mit der kostengünstigsten Produktions- und Organisationstechnologie erzeugt werden. Die seit Adam Smith die Wissenschaft beherrschende Frage war, ob bei dezentralisiertem Wissen über Präferenzen, Ressourcenbestände und Technologien das Preissystem eine spontane Ordnung erzeugt, die (statisch) effizient ist. Zur Beantwortung dieser Frage wurde die Allgemeine Gleichgewichtstheorie entwickelt und Wettbewerb als Allokationsmechanismus untersucht. Preise wurden in diesem Zusammenhang als Koordinationsinstrument (Signalsystem), das war Hayeks Idee (siehe Hayek 1945), und Entdeckungsinstrument (siehe Kirzner 1985) betrachtet (zu einem Überblick siehe Schmidchen 1990). Sind die dabei gewonnenen Einsichten Muster ohne Wert?

Für viele Neoklassiker gilt die Frage nach der dynamischen Effizienz aber als mindestens so wichtig wie die nach der statischen Effizienz: Unter welchen Voraussetzungen erzeugt eine Industrie neues Wissen, das es erlaubt, bekannte Produkte und Dienstleistungen billiger zur Verfügung zu stellen oder neue oder bessere Produkte zu erzeugen? Die traditionelle Industrieökonomik (siehe etwa Carlton/Perloff 2000) hat sich intensiv mit Lernprozessen und den Bedingungen und Wirkungen des Innovations- und Imitationsverhaltens befaßt und damit in der ihr eigenen Weise das zentrale Thema des IE-Wettbewerbsleitbildes behandelt. Auch institutionelle Faktoren wurden intensiv untersucht: Man denke nur an die Patentgesetzgebung oder an die Frage, welche Organisationsformen Forschung und Entwicklung förderlich sind.

Wenn ein Begriff des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, der allein die Frage der statischen Effizienz fokussiert, eine „unfruchtbare Simplifizierung“ darstellt, dann müßte man zu diesem Urteil konsequenterweise auch bei einem Verständnis von Wettbewerb gelangen, dem

es nur um die dynamische Effizienz geht. Tatsächlich interessiert die Ökonomen aber beides, und sie haben herausgefunden, daß es einen „trade-off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz gibt. Um Anreize zur Schaffung neuen Wissens zu erzeugen, mögen Patente erforderlich sein (dynamischer Aspekt); aber wenn das Wissen einmal vorhanden ist, dann sollte es aus Gründen statischer Effizienz jedermann kostenlos zur Verfügung stehen. Wie werden im IE-Wettbewerbsleitbild solche „trade-offs“ entschieden? Welche konkrete Ausgestaltung sollte das Patentrecht haben? Sollte man nicht völlig auf das Patentrecht verzichten und die Anreize zum Erfinden über einen Wettbewerb (contest) organisieren, bei dem der Sieger einen Preis erhält? Wie sieht die Antwort auf solche Fragen im Lichte des IE-Leitbildes aus, das nur per se Verbote kennt?

Auch sollte nicht übersehen werden, daß der institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerb nichts anderes als einen Allokationsmechanismus darstellt: In ihm wird z. B. entschieden, wie viele gegenwärtige Ressourcen in die Produktion der Ressource neues Wissen geschickt werden und wie die Reallokation der Ressourcen durch den Prozeß schöpferischer Zerstörung, durch Wettbewerb als Entdeckungsverfahren und als Selektionsmechanismus erfolgt.

Schließlich ist schwer vorstellbar, wie eine Wettbewerbspolitik auf der Grundlage des IE-Wettbewerbsleitbildes konzipiert werden kann, ohne den Einfluß auf wirtschaftliche Entscheidungen, d. h. Wahlakte, im einzelnen zu untersuchen. Man betrachte z. B. folgende Aussage:

„Die institutionenökonomisch-evolutionäre Sichtweise des Wettbewerbs rückt die kausalen Zusammenhänge zwischen Institutionen und Marktverhalten in den Vordergrund. Da die kausale Wirkung von Marktform bzw. Marktstruktur auf das Verhalten von Marktteilnehmern nicht als empirisch gesichert gelten kann, erscheint es zweckmäßig, auf *die kausale Wirkung von Institutionen auf das Verhalten von Marktteilnehmern* abzustellen“ (Mantzavinos 2005: 217 f.).

Wenn man nicht beim Beschreiben stehenbleiben will, wird man bei der Kausalitätsanalyse (Wirkungsanalyse) an der Preis- und Spieltheorie, der Vertragstheorie, der Transaktionskostenökonomik oder der Prinzipal-Agenten-Theorie – zentralen Stücken der traditionellen Mikroökonomie – nicht vorbeikommen.

III. Gleichgewichtsmodelle als Erklärungen des Prinzips

1. Theorie komplexer Phänomene

Begreift man Wettbewerb als ein komplexes Phänomen, dann ist der Erkenntnisanspruch der Wettbewerbstheorie – Hayek folgend – auf Erklärungen des Prinzips beschränkt (siehe Mantzavinos 2005: 208). Genau dies ist auch der Zweck einer Modellierung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, der im Falle eines Marktgleichgewichts in der Tat zu „vollkommen voraussagbaren Ergebnissen führt“ (siehe Mantzavinos 2005: 217) – aber nur zu Mustervoraussagen und nicht zu Voraussagen des Typs, den Hayek Einzelaussagen nennt (siehe dazu Hayek 1967, 1972; Graf 1978). Mantzavinos verkennt, daß die Gleichgewichtsmodelle nichts anderes darstellen als Erklärungen des Prinzips (Hayek), Mustervoraussagen (Hayek) oder, wie es Hayek auch genannt hat, „algebraische“ Theorien. Als Beispiel erwähnt Hayek simultane Gleichungssysteme à la Walras (siehe Hayek 1972: 27).

Eine Theorie liefert nach Hayek immer nur eine Art (oder Klasse) von Mustern (Hayek 1972: 10). Bei komplexen sozialen Phänomenen müssen wir dieses „Muster erst erfinden, ehe wir in den Phänomenen dessen Vorhandensein entdecken können – oder, ehe wir überprüfen können, ob es auf das, was wir beobachten, anwendbar ist“ (Hayek 1972: 10). Ein Muster zu erfinden oder zu konstruieren ist die Aufgabe des Theoretikers. Seine Arbeit erscheint als die Kunst, aus einem Satz bewährter und nicht bestrittener Prämissen ein Muster zu konstruieren, das zu einem erklärungsbedürftigen Sachverhalt paßt (siehe Hayek 1967). Heute nennt man das Ergebnis solchen Bemühens ein Modell.

Ein Muster – etwa die perfekte Koordination von Plänen oder der Prozeß der wechselseitigen Anpassung von Plänen oder „der“ Wettbewerb als Einheit von Parallel- und Austauschprozeß oder der zweistufige Prozeß von Variation und anschließender Selektion – kann zahlreiche individuelle Erscheinungsformen aufweisen. Aber die von der Theorie gelieferte Beschreibung des Musters dient nach Hayeks Ansicht nicht dazu, die Voraussage einer individuellen Erscheinungsform des Musters zu ermöglichen: „Es ist ... auch die allgemeine Voraussage eines Musters, d. h. daß unter bestimmten allgemeinen Bedingungen das Muster einer bestimmten Art auftritt, ebenfalls eine echte (und falsifizierbare) Voraussage“ (Hayek 1972: 10 f., 16).

Nach Ansicht Hayeks und auch im IE-Wettbewerbsleitbild ist Wettbewerb ein komplexes Phänomen. Es ist daher aufschlußreich zu erfahren, was Hayek über die Theorie komplexer Phänomene zu sagen hat.

Theorien komplexer Phänomene müssen „algebraisch“ bleiben, weil wir keine speziellen Werte für die Variablen einsetzen können, die in dem Muster enthalten sind (Hayek 1972: 17):

„Aus diesem Grunde ist die ökonomische Theorie auf die Beschreibung der Arten von Mustern beschränkt, die auftreten, wenn gewisse allgemeine Bedingungen erfüllt sind; aber aus diesem Wissen kann sie kaum, wenn überhaupt, irgendwelche Voraussagen über individuelle Phänomene ableiten. Das wird ganz besonders deutlich, wenn wir solche simultanen Gleichungssysteme betrachten, wie sie seit Léon Walras weit und breit benutzt worden sind, um die allgemeinen Beziehungen zwischen den Preisen und den Mengen aller gekauften und verkauften Güter darzustellen. Sie sind so gefaßt, daß wir die Preise und Mengen aller Güter ausrechnen könnten, *wenn* wir alle Parameter dieser Gleichungen kennen würden. Aber, was zumindest den Begründern dieser Theorie klar war, ‚eine numerische Errechnung von Preisen zu erreichen‘, ist nicht ihr Zweck, weil die Annahme ‚absurd‘ wäre, wir könnten alle Daten ermitteln“ (Hayek 1972: 27).

Das simultane Gleichgewicht à la Walras stellt nach Hayek also ein Muster dar, eine Beschreibung des allgemeinen Charakters einer Ordnung.

Hayeks Antwort auf die Frage, warum wir uns mit dem „zugegebenermaßen fiktiven Gleichgewichtszustand überhaupt befassen“ (Hayek 1952: 63) sollten, ist aufschlußreich und verdient, ausführlich zitiert zu werden:

„Was immer gelegentlich von allzu ‚reinen‘ Theoretikern der Nationalökonomie gesagt worden sein mag, scheint doch kein Zweifel möglich, daß die einzige Rechtfertigung dafür die angenommene Tendenz zum Gleichgewicht ist. Nur durch die Behauptung, daß eine solche Tendenz besteht, hört die Nationalökonomie auf, eine Übung in reiner Logik zu sein, und wird eine empirische Wissenschaft; ... Angesichts unserer Untersuchung der Bedeutung des Begriffs des Gleichgewichtszustandes sollte es ein leichtes sein, zu sagen, was der eigentliche Inhalt der Behauptung ist, daß eine Tendenz zum Gleichgewicht besteht. Es kann kaum etwas anderes bedeuten, als daß unter gewissen Bedingungen angenommen wird, daß das Wissen und die Absichten der verschiedenen Mitglieder der Gesellschaft einer immer größeren Übereinstimmung entgegengehen, oder, um dasselbe etwas weniger allgemein und weniger exakt, dafür aber konkreter auszudrücken, daß die Erwartungen der Leute, insbesondere der Unternehmer, immer richtiger werden. In dieser Form ist die Behauptung des Vorhandenseins einer Tendenz zum Gleichgewicht offenbar ein empirischer Satz, d. h. eine Behauptung über etwas, das in der realen Welt geschieht, und müßte daher, zumindest im Prinzip, verifizierbar sein. Und er gibt unserer etwas abstrakten Behauptung eine glaubhafte, dem gesunden Menschenverstand einleuchtende Bedeutung“ (Hayek 1952: 63 f.).

In späteren Schriften hat Hayek – zumindest in wirtschaftspolitischen Diskussionen – anstelle des Begriffs des Gleichgewichts lieber den Begriff der Ordnung verwendet, aber hinzugefügt, daß das Gleichgewicht eine Art von Idealtyp der Ordnung darstellt (siehe Hayek 1969: 255, 256). Wie sieht die Ordnung aus, die Wettbewerb im Sinne eines IE-Leitbildes erzeugt?

2. Zur Koexistenz von Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie

Es ist weit verbreitet, Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie als wissenschaftliche Gegner zu betrachten. Dieser Ansicht sollte nicht gefolgt werden (siehe auch Schmidtchen 1990). Weder hat die Gleichgewichtstheorie die Evolutionstheorie überflüssig gemacht, noch letztere die erstere. Analog ließe sich für die Marktprozeßtheorie argumentieren. In arbeitsteiliger Weise fokussiert jede der drei Theorien ein untersuchenswertes Phänomen. Gleichgewichtstheorie und Marktprozeßtheorie unterstellen gegebene Normen und Institutionen. Erstere interessiert sich für Fragen der Existenz, Stabilität und Eigenschaften von Gleichgewichtszuständen. Betrachtet werden Zustände, in denen die endogenen Variablen bereits ihre Gleichgewichtswerte angenommen haben. Das gilt auch für die Wachstumstheorie. Der Haupteinwand ist, daß die Gleichgewichtstheorie keine Erklärung des Prozesses liefert, der das Gleichgewicht hervorbringt.

Mit dieser Frage befaßt sich jedoch die Marktprozeßtheorie. Diese interessiert sich für Ursachen und die Richtung der Veränderungen endogener Variablen wie Preise, Marktanteile, Faktorallokation und anderes mehr. Dabei werden die exogenen Variablen manchmal als konstant, manchmal als stochastisch veränderlich unterstellt. Zwei Varianten der Marktprozeßtheorie sollten unterschieden werden (siehe Kirzner 1985): Die erste Variante betrachtet die tatsächliche Abfolge der Werte der endogenen Variablen in der Zeit. Diese Abfolge reflektiert die gemeinsame Wirkung verschiedener Ursachen. Die eine Ursache erzeugt eine Abweichung vom Gleichgewicht; dies ist der Wechsel der exogenen Variablen. Die andere Ursache erzeugt eine Anpassung der Werte der endogenen Variablen derart, daß sie den Wert der exogenen Variablen reflektieren. Letztere Ursache bewirkt eine Annäherung an das Gleichgewicht. Für Kirzner und andere ist dafür das Unternehmertum verantwortlich. Für die zweite Variante ist der Marktprozeß ein analytisches Konzept. Man konzentriert sich nur auf jene Gleichgewichtskräfte, die gerade dadurch entfesselt werden, daß die endogenen Variablen noch nicht die Gleichgewichtswerte angenommen haben. Aus analytischen Gründen wird angenommen, daß die exogenen Variablen unverändert bleiben. Mit dieser Variante beschäftigt sich in erster Linie Kirzner.

Während Gleichgewichtstheorie und Marktprozeßtheorie unter der Annahme gegebener Normen und Institutionen arbeiten, wird der Evolutionstheorie gerade diese Annahme zum wissenschaftlichen Problem.

Diese kurze Darstellung der Forschungsgebiete zeigt, daß keine der drei Theorien einen imperialistischen Anspruch innerhalb der Nationalökonomie erheben sollte. Theoretisch viel fruchtbarer erscheint es, die drei in einer Beziehung der Koexistenz stehend anzusehen. Es gibt eine Fülle von Phänomenen im Wirtschaftsleben, die man mit der Gleichgewichtstheorie vergleichsweise gut untersuchen kann. Ihr komparativer Vorteil liegt bei den Fragen, bei denen man Normen und Institutionen als gegeben ansehen kann. Wenn man beispielsweise nach Anreizwirkungen eines geltenden oder eines geplanten Gesetzes fragt oder nach der „kausalen Wirkung von Institutionen auf das Verhalten von Marktteilnehmern“ (Mantzavinos), dann wäre es töricht, nicht auf das Instrumentarium der gleichgewichtsorientierten Allokationstheorie zurückzugreifen. Bei einem solchen wissenschaftlichen Erkenntnisinteresse ist es geradezu notwendig, die zu untersuchen beabsichtigten Normen und Institutionen als gegeben anzusehen. Auf der anderen Seite mag es Fragen geben, bei denen ein Rückgriff auf die Gleichgewichtstheorie wenig erfolgsversprechend wäre. Bei der Untersuchung von Prozessen spontaner Ordnung (Selbstorganisation), sei es im Bereich der Normen und Institutionen oder sei es im Bereich der Marktbeziehungen, wird man sich von der Gleichgewichtstheorie nicht allzuviel erhoffen dürfen. Hier haben die Evolutions- und Koordinationstheorie sowie die Marktprozeßtheorie ihren komparativen Vorteil. Mit der Entwicklung der evolutorischen Spieltheorie deutet sich allerdings die Möglichkeit einer Synthese der verschiedenen Theoriestränge an. So läßt sich z. B. Hayeks Hypothese von den „Zwillingsideen der Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung“ mit Hilfe der evolutorischen Spieltheorie überprüfen (siehe z. B. Schmidtchen 2000, 2002; Schneider 2002), die z. B. mit dem Konzept der evolutionär stabilen Strategien einen Gleichgewichtszustand definiert.

IV. IE-Leitbild und das Konzept der Wettbewerbsfreiheit

„Schutz des Wettbewerbs und Schutz individueller Handlungsspielräume sind die beiden Seiten derselben Medaille“ (Mantzavinos 2005: 221). Dieser Satz könnte auch von Vertretern des

Konzepts der Wettbewerbsfreiheit stammen.¹ Und in der Tat gibt es starke Überschneidungen beider Wettbewerbsleitbilder, wie im folgenden gezeigt werden soll.

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit – auch system- oder sozialtheoretisches Konzept der Wettbewerbspolitik genannt (siehe Hoppmann 1974) – wurde Ende der 1960er Jahre von Hoppmann basierend auf Hayekschen Überlegungen formuliert (siehe Hoppmann 1966, 1968) und dann in den 1980er Jahren institutionenökonomisch weiterentwickelt (siehe Schmidtchen 1982, 1983, 1988).

1. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit

„Wettbewerb ... sind jene Marktprozesse, in denen sich Wettbewerbsfreiheit und, weil sie reziprok individuelle ökonomische Vorteile zur Folge hat, ökonomische Vorteilhaftigkeit ‚manifestieren‘“ – so definiert Hoppmann den Begriff Wettbewerb (Hoppmann 1968: 27 f.). Diesem Zitat kann man zweierlei entnehmen:

- 1) Der Ausdruck Wettbewerb bezeichnet einen Marktprozeß und keinen Zustand.
- 2) Es gibt kein Dilemma zwischen Wettbewerbsfreiheit einerseits und „ökonomischer Vorteilhaftigkeit“ andererseits. Wobei die ökonomische Vorteilhaftigkeit oder Nützlichkeit zwei Ausprägungen hat: spontane Koordination der Wirtschaftspläne und Evolution. Wettbewerb ist also ein Prozeß spontaner Koordination und Evolution.

Hoppmann hat in seinen frühen Schriften Wettbewerbsfreiheit im Sinne von Aktionsspielräumen am Markt definiert und dabei auf die Freiheit im Austauschprozeß und die Freiheit im Parallelprozeß abgestellt, wobei er noch zwischen Entschließungsfreiheit und Handlungsfreiheit unterschied (Hoppmann 1968). Als Begründer des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit schrieb er zu dessen Ankerbegriff:

„Freiheit des Wettbewerbs besagt: Freiheit zur Initiative, Freiheit zum Vorstoß in technisches, organisatorisches und ökonomisches Neuland, zur Schaffung neuer Güter, neuer Verfahren, neuer Märkte, Freiheit zu ökonomischem Fortschritt. Auf der jeweiligen Marktgegenseite korrespondiert damit die Freiheit, zwischen mehreren Alternativen wählen zu können, um die ungünstigen Möglichkeiten abzulehnen und sich für die günstigen zu entscheiden. Aus dieser Freiheit folgt, daß konservative und immobile Konkurrenten bedroht und gezwungen werden, sich nachfolgend anzupassen.“

¹ In der deutschen Wettbewerbspolitik ist dieser Satz bei der Frage, was das Schutzobjekt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei, kontrovers diskutiert worden. Dient das Gesetz dem Individual- oder dem Institutionenschutz, und gibt es Konflikte zwischen beiden Schutzzwecken? (Siehe dazu Schmidt 2001: 81 f.)

Vom Standpunkt der ‚Antimonopolpolitik‘ insbesondere besagt Wettbewerbsfreiheit: Kein Marktteilnehmer hat die Macht, Initiative und Vorstöße zu ökonomischem Fortschritt zu verhindern. Andererseits haben auch Pionierunternehmen nicht die Macht, den nachfolgenden Wettbewerb zu beschränken, um den Vorsprung einfrieren zu lassen und die weitere Verbreitung der Pionierleistung künstlich zu hemmen. Freiheit des Wettbewerbs steht also im Widerspruch zu einer Konservierung des Bestehenden durch Marktmacht und umgekehrt“ (Hoppmann 1966: 289).

Im Konzept der Wettbewerbsfreiheit (siehe auch Hoppmann 1974: 7 ff.) wird offensichtlich ein aus der Nutzung der Wettbewerbsfreiheit resultierender Marktprozeß umschrieben, der genau den drei evolutionären Strängen der Wettbewerbstheorie entspricht, die im IE-Leitbild integriert sind: Wettbewerb als Prozeß schöpferischer Zerstörung (Schumpeter), als Prozeß von Innovation und Imitation und auch als Entdeckungsverfahren (Hayek). Der Ehrlichkeit halber sei hinzugefügt, daß eine modellmäßige Integration der drei Theoriestränge nicht geleistet wurde.

2. Normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht

Das Gemeinsame aller Kartell- und Monopolregelungen besteht darin, daß sie sich mit dem Problem exzessiver privater Marktmacht befassen:

„Im Antitrust geht es um den Schutz der Wettbewerbsfreiheit gegen exzessive wirtschaftliche Macht, wobei man zugleich der Ansicht ist, daß die Wettbewerbsfreiheit auch die wirtschaftlichen Kräfte freisetzt und stimuliert“ (Hoppmann 1968: 94).

Marktmacht soll begrenzt, eingeschränkt, gezähmt und kanalisiert werden (siehe Hoppmann 1974: 6), damit Wettbewerb als Such-, Informations- und Lernprozeß das innovatorische und evolutorische Potential einer Wirtschaft erschließen kann (siehe Hoppmann 1974: 10 f.). Das Kartell- und Monopolrecht hat in dieser Sicht die Funktion,

„ein System von allgemeinen Spielregeln für das wettbewerbliche Marktsystem zu sichern. Es sagt den einzelnen Marktteilnehmern, daß sie gewisse Dinge generell nicht tun dürfen, z. B. daß bestimmte näher spezifizierte Verträge unwirksam und verboten sind“ (Hoppmann 1974: 11).

Plädiert wird also für per se Verbote (siehe Hoppmann 1974: 11 ff.). Sie stellen den Kern eines normativ-funktional genannten Kartell- und Monopolrechts dar („rule governed policy“, Hoppmann 1974: 14, Fn. 5). Dem wird ein interventionistisch genanntes Recht gegenübergestellt, das Wirkungsanalysen im Einzelfall nach Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten erfordert (siehe Hoppmann 1974: 13). Im Plädoyer für ein normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht und der Ablehnung eines interventionistischen Rechts sind sich Hoppmann und Mantzavinos einig. Sie liefern auch identische Gründe für die Haltung: Im komplexen System

Markt hat sich die Wettbewerbspolitik „mit der unvermeidlichen Unkenntnis vieler Tatsachen, die relevant wären, wenn wir sie kennen würden, abzufinden“ (Hoppmann 1974: 13). Verhaltensregeln, die allgemein-abstrakt und universell anwendbar sein müssen, stellen eine Methode dar, „um sich der Tatsache unabänderlichen Nicht-Wissens anzupassen“ (Hoppmann 1974: 14). So lautet im Ergebnis auch die Begründung einer regelgeleiteten Wettbewerbspolitik bei Mantzavinos (siehe Mantzavinos 2005: 218).² Mantzavinos spricht von einem Mangel an nomologischem und Steuerungswissen, der seine Ursache in der Komplexität des Marktes hat (siehe Mantzavinos 2005: 218).

Per se Verbote beschränken individuelle Handlungsspielräume, und sie definieren damit den Umfang der Wettbewerbsfreiheit. Leider wird weder von Mantzavinos noch von Hoppmann dargelegt, wie man die Freiheitsbereiche der wirtschaftlichen Akteure gegeneinander abgrenzt. Im folgenden wird dazu ein Vorschlag unterbreitet.

3. Freiheit und Effizienz

Zunächst muß der Begriff der Freiheit operational definiert werden. Sei x ein Akt wie sprechen, versammeln, Rad fahren, Preissetzen. Eine Person hat die Freiheit, x zu tun, wenn x nicht verboten und x nicht geboten ist, und anderen verboten ist, den Akt zu stören. Wenn x nicht geboten und nicht verboten ist, dann ist x erlaubt. Freiheit läßt sich demgemäß als geschützte Erlaubnis definieren (siehe Cooter 2000: 245; siehe auch Schmidtchen 1988). Der Schutz erfolgt typischerweise durch die Zuteilung individueller Rechte. Diese definieren zugleich die Grenze dessen, was wir tun dürfen. Schadenersatz, Strafe und staatliche Regulierung sichern diese Grenzen gegen Invasionen. Wo ist die Grenze zu ziehen? Zunächst ist zu beachten, daß eine Grenzziehung nur dort erforderlich ist, wo es zu Handlungskonflikten kommen kann; salopp formuliert: wo der Vorteil des einen zwingend mit einem Nachteil für einen anderen einhergeht.

In Konfliktsituationen impliziert die Vergrößerung des Umfangs des Rechts des A eine Verringerung des Umfangs des Rechts des B.³ Mehr Freiheit für den einen bedeutet weniger Freiheit für den anderen. Wie ist die Grenze zu ziehen? Würde man sich auf die Formel berufen

² Er erwähnt als weiteren Grund die Anfälligkeit der Kartellbehörden gegen Lobby-Aktivitäten der Industrie (siehe Mantzavinos 2005: 218; siehe auch Christiansen/Kerber 2005).

„Die Freiheit des einzelnen endet da, wo sie die Freiheit der anderen beeinträchtigt“, dann landete man im Nirgendwo. Diese Formel ist eine Leerformel. Hilft das bei Juristen beliebte Gleichheitsprinzip weiter? So könnte man beispielsweise argumentieren, daß Freiheit ein vorpositives, angeborenes, unveräußerliches Recht darstellt, das jeder Person in *gleichem* Maße zusteht. Das sei unbestritten, doch hilft uns das nicht weiter, wenn die Nutzung der Freiheit des einen mit der Nutzung der Freiheit des anderen kollidiert. Wie sieht z. B. gleiche Freiheit in dem Falle aus, wo ein Raucher und ein Nichtraucher dasselbe Zimmer teilen müssen? Offensichtlich kann das vorpositive, angeborene und unveräußerliche Recht nicht schrankenlos sein. Diese Schranken werden durch den Begriff Erlaubnis gesetzt. Wie sähe im Falle der Raucher „gleiche“ geschützte Erlaubnis aus?

Hilft das Gerechtigkeitsprinzip weiter? Wer darauf setzt, steht sofort vor der Frage, wie die Konkurrenz der Gerechtigkeitskonzepte zu entscheiden ist (siehe dazu Schmidtchen 2004). Hingegen könnte das Effizienzprinzip eine Lösung liefern. Wir haben es bei der Grenzziehung mit der Frage der Zuteilung von Rechten zu tun, die Coase in seinem berühmten Artikel (siehe Coase 1960) thematisiert hatte. Die Vergrößerung der Freiheit des Viehzüchters bedeutet die Einschränkung der Freiheit des Bauern (und umgekehrt). Wie immer man das Recht zuteilt, es entstehen Opportunitätskosten in Form eines Verlustes an Wertschöpfung; das Problem ist reziproker Natur. Effizienz verlangt bei positiven Transaktionskosten, das Recht so zuzuordnen, daß der unumgängliche Wertverlust minimiert wird.⁴ Vermutliche wiesen alle Fälle, mit denen Kartellbehörden und Kartellgerichte befaßt sind, die Struktur des Coase-Problems auf.

Man betrachte einen Monopolanbieter. Die Frage lautet: Soll er das Recht haben, den Preis des Cournot-Punktes zu verlangen, oder sollen die Nachfrager das Recht haben, dieses zu verhindern? M. a. W.: Sollen die Nachfrager ein „property right“ auf die Differenz zwischen

³ Diese Schlußfolgerung ist zwingend, wenn die Rechtsordnung das Prinzip der „compossibility“ beachten will, was von einer rationalen Rechtsordnung verlangt werden muß. Zu diesem Prinzip der logischen (und faktischen) Vereinbarkeit von Rechtspositionen siehe Steiner 1977.

⁴ Damit wird eine Allokation eines Rechtes bewirkt, wie sie sich bei einem funktionsfähigen Markt (vernachlässigbare Transaktionskosten) eingestellt hätte – ein dem Juristen vertrautes Denkschema. 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 1984), ist verfehlt. Bei Transaktionskosten von Null kann die Erstallokation von „property rights“ „beliebig“ sein; der Markt sorgt dafür, daß die Rechte dorthin wandern, wo sie – gemessen an der Zahlungsbereitschaft – am höchsten bewertet werden. Dies Beispiel zeigt, daß die Betrachtung des Marktes als Koordinationsmechanismus, in dem Pläne mit den Mitteln des Vertragsrechts verwirklicht werden, und die Interpretation des Marktes als Mechanismus zur effizienten Allokation knapper Güter zwei Seiten einer Medaille sind. Diese These konnte experimentell bestätigt werden (siehe

ihrem Reservationspreis und dem Wettbewerbspreis haben? Gibt die Rechtsordnung den Nachfragern ein Verhinderungsrecht, dann wäre die Monopolpreissetzung eine Verletzung dieses Rechts. Gibt sie dagegen dem Monopolisten ein unbeschränktes Preissetzungsrecht, dann wäre die Verhinderung der Monopolpreissetzung ein Eingriff in seine Freiheit. Nach dem Effizienzkriterium sollten die Nachfrager ein Verhinderungsrecht erhalten.⁵ Die Durchsetzung dieses Rechts kann den Kartellbehörden übertragen oder den Geschädigten selbst überlassen werden.

V. Per se Verbote und regelgeleitete Wettbewerbspolitik

1. Per se Regeln und „rule of reason“

Rechtsregeln als per se Regeln formulieren Kriterien, die es erlauben, eine Handlung in genau eine von zwei Klassen einzuordnen: Sie ist entweder rechtmäßig oder rechtswidrig. Das Entweder-Oder besagt, daß eine Handlung unter allen Umständen entweder rechtmäßig oder rechtswidrig ist.⁶ Dieser Umstand wird im Wettbewerbsrecht durch den Ausdruck „per se“ erfaßt. Ein per se Verbot einer Handlung impliziert, daß sie unter allen Umständen verboten ist; d. h. daß die Rechtsordnung keine Rechtfertigung dieser Handlung zuläßt, indem sie sie entweder aus der Klasse der rechtswidrigen Handlungen herausfallen läßt oder mildere Sanktionen erlaubt als ohne die Rechtfertigung.

Geschäftspraktiken, die nicht aufgrund einer unwiderleglichen Vermutung entweder rechtmäßig oder rechtswidrig sind, werden nach der sogenannten „rule of reason“ beurteilt. Aufschlußreich ist hier die US-Praxis:

„Under the rule of reason, business practices are neither generally lawful nor generally unlawful. After establishing that the defendant engaged in the challenged practice, the court in *each* rule-of-reason case weighs the practice’s effect upon the intensity of competition ... Under US

Kirstein/Schmidtchen 2002; Schmidtchen/Kirstein 2003; sowie Helmstädter 2003 und Kirstein/Schmidtchen 2003).

⁵ Zum Vorgehen bei einer effizienzorientierten Definition und Zuteilung von „property rights“ für Immaterialgüter siehe ausführlich Schmidtchen 2007 a, b.

⁶ Regeln sind Normen, „die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger“ (Alexy 1986: 76). Auch Normen, die Handlungen vorschreiben, die in verschiedenen Graden ausgeführt werden können, haben die Regel-Eigenschaft, wenn ein „bestimmter Grad der Handlung oder Verhaltensweise geboten (verboten, erlaubt) ist“ (Alexy 1986: 76, Fn. 25).

antitrust law, only if the court finds that the particular instance of the challenged practice is likely to stifle more competition than it promotes is the practice declared unlawful. Otherwise, the practice in the particular case escapes antitrust liability” (Boudreaux 1998: 31).

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der „rule of reason“ zeigt, „daß wir es mit einem Auslegungsprinzip für Normen mit kollidierenden Schutzzwecken zu tun haben. Eine wichtige Funktion besteht darin, Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen“ (Mestmäcker 1974: 23). Ähnliche Auslegungsfragen tauchen dort auf, wo für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorgesehen sind (siehe Mestmäcker 1974: 26 ff.). Es sei betont, daß ein „rule of reason“-Standard nicht im Widerspruch stehen muß zu einer regelgeleiteten Wettbewerbspolitik oder zur Rule of Law. Regeln können unterschiedliche Komplexitätsgrade aufweisen: Einfache Regeln verlangen die Prüfung weniger und klar erkennbarer Sachverhalte. Bei komplexeren Regeln sind viele und/oder verwickelte Sachverhalte zu prüfen. Deshalb haben wir es in Wahrheit mit einem Kontinuum zwischen einfachen und komplexeren Regeln zu tun, aus dem nach sachlichen Gesichtspunkten eine Regel auszuwählen ist (siehe auch Christiansen/Kerber 2005).

2. Vor- und Nachteile von per se Verboten

In der Literatur sind die Vor- und Nachteile von per se Regeln ausführlich diskutiert worden:

Mantzavinos erkennt Vorteile aufgrund ihrer Operationalität, Justiziabilität und Rechtssicherheit (siehe Mantzavinos 2005: 219). Areeda stellt ähnliches fest:

„The utility of bright line rules is well understood. Their clarity guides conduct, simplifies planning, minimizes conflict, reduces resort to courts, simplifies the conduct of litigation, allows juries and judges to reach confident and consistent results, and promotes justice in the sense of similar treatment for those similar situated” (Areeda 1992: 42).

Allerdings stehen den Vorteilen schwerwiegende Kosten gegenüber:

„clear rules carry the cost of depriving courts of the discretion to incorporate elements excluded by the rule but serving its policy” (Areeda 1992: 43).

Eine mechanische Anwendung kann zu Ergebnissen führen, die Areeda als „bizarr“ oder „truly silly“ beschreibt (Areeda 1992: 42 f.). Mantzavinos erwähnt die Problematik einer Revision von per se Regeln (siehe Mantzavinos 2005: 219): Einerseits sollten sie langfristig gelten, andererseits darf ein Regelwandel nicht ausgeschlossen werden. Allerdings wird kein Kriterium geliefert, das diesen „trade-off“ zu entscheiden erlaubt.

Auf dem Papier galten in den USA die folgenden fünf Geschäftspraktiken als *per se* verboten: Horizontale und vertikale Preisvereinbarungen, Koppelung, horizontale Marktaufteilung und Boykott. Die Gerichte behandelten dieses Verhalten anfänglich als *per se* rechtswidrig, sahen dies aber bald als unverhältnismäßig an und urteilten auf der Grundlage einer *de facto* „rule of reason“ (siehe zu den Gründen im einzelnen Boudreaux 1998: 31 ff.; Areeda 1992: 42 f.).

Überblickt man die Geschichte von *per se* Regeln in den USA, so ist das Urteil über sie eher ernüchternd:

„To think seriously about *per se* rules in antitrust law is to encounter frustration at the limitations and exceptions that attend such rules. After all, if *per se* rules are justified by their ability to reduce judicial decision-making costs and to provide a clearer legal road-map to business, then the myriad qualifications and exceptions layered atop *per se* rules are at loggerheads with the underlying rationale of these rules. The fact is that there is no class of business activities that is literally *per se* illegal“ (Boudreaux 1998: 32 f.).

Auch in der Diskussion um die Ausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik werden zunehmend Zweifel am Nutzen von *per se* Regeln geäußert (siehe dazu auch Christiansen/Kerber 2005).

Die europäische Wettbewerbspolitik hat in den letzten Jahren einen dramatischen Wandel erfahren – manche sprechen gar von einem Paradigmenwechsel –, der durch die Hinwendung zu einem „more economic approach“ ausgelöst wurde.

Unter dem „more economic approach“ wird eine Wettbewerbspolitik verstanden, die stärker als bisher an ökonomischen Kriterien ausgerichtet ist und den Stand moderner ökonomischer Forschung reflektiert. In einem solchen wettbewerbspolitischen Ansatz werden unternehmerische und staatliche Verhaltensweisen hinsichtlich ihrer Beeinträchtigungen des Wettbewerbs nicht „formalistisch“ unter Rückgriff auf abstrakt-generalisierende Regeln beurteilt, sondern aufgrund einer Untersuchung der Wirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall (wirkungsbasierter Ansatz).

Diese stärker ökonomisch ausgerichtete Wettbewerbspolitik wird bei der Behandlung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen (Art. 81 EG-Vertrag) und von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung) bereits praktiziert. Die Europäische Kommission strebt eine Ausweitung dieses „more economic approach“ auf die Mißbrauchskontrolle (Art. 82 EG-Vertrag) und die Kontrolle staatlicher Beihilfen an (Art. 87 EG-Vertrag).

Die wettbewerbspolitische Beurteilung unternehmerischen und staatlichen Handelns anhand einer genauen einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse hat nach Ansicht der Befürworter eines solchen Vorgehens mehrere Vorteile (siehe dazu EAGCP 2005: 2):

- Sie vermeidet eine Verwechslung von Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz von Wettbewerbern.
- Das letztendliche Ziel des Wettbewerbs, nämlich die Ausrichtung der Produktion an den Wünschen der Nachfrager, wird gefördert.
- Sie unterstützt eine konsistente Wettbewerbspolitik, weil zwei Praktiken, die die gleichen Wirkungen erzeugen, gleich behandelt werden. Damit wird verhindert, daß verbotene Praktiken (formal) umgangen werden und gleichwohl deren unerwünschte Wirkungen eintreten.
- Sie vermeidet, daß gesetzliche Regelungen unangemessen pro-wettbewerbliches Verhalten unterdrücken. Viele Verhaltensweisen haben unterschiedliche Wirkungen unter unterschiedlichen Umständen: Sie behindern den Wettbewerb an einer Stelle, aber fördern Effizienz und Innovation an anderer Stelle. Als Konsequenz ergibt sich: Die pro- und antiwettbewerblichen Wirkungen von unternehmerischen und staatlichen Verhaltensweisen sollten gegeneinander abgewogen werden. Zu fragen ist, ob die negativen wettbewerblichen Effekte durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden. In solchen Fällen sollte die Wettbewerbspolitik nicht per se Regeln, sondern einem „rule of reason“-Standard folgen; wobei allerdings ein dirigistischer Aktivismus und ein „fine-tuning“ vermieden werden sollten.

3. Wettbewerbspolitik des Minimalismus

Mantzavinos geht auf den Einwand ein, daß es kaum Verhaltensweisen gibt, die unter allen Umständen wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilen sind (siehe Mantzavinos 2005: 220). Er versucht, diesen Einwand mit dem Hinweis darauf zu entkräften, daß während des Wettbewerbsprozesses aufgrund von Innovationen und Imitationen ein temporärer Aufbau und Abbau marktmächtiger Stellungen permanent stattfindet (Schumpeter-Ansatz) und daß realistisch bei offenen Märkten ständig potentieller Wettbewerb vom Inland und Ausland möglich ist (siehe Mantzavinos 2005: 220). Deshalb verbleibe „als einzige Quelle von echter Marktmacht ein Ressourcenmonopol“ (Mantzavinos 2005: 220). Wenn „echte“ Marktmacht in Form eines Ressourcenmonopols gleichbedeutend ist mit einer Beschränkung des Wettbewerbs, dann läßt sich Wettbewerb durch ein per se Verbot schützen:

„Man kann nämlich als ein allgemeines Verbot die Regel formulieren, dass kein Individuum, keine Unternehmung oder der Staat den Zugang zu Ressourcen für die übrigen Konkurrenten sperren darf. Zugleich ist aus einer evolutionären Perspektive zu betonen, dass Ressourcen nicht exogen gegeben sind, sondern vielmehr ständig neue Arten von Ressourcen im Produktionsprozeß entwickelt werden können. Das Problem läßt sich deshalb im wesentlichen auf

den Bereich der natürlichen Ressourcen, also der Rohstoffquellen, beschränken“ (Mantzavinos 2005: 220).

Das wettbewerbspolitische Programm, das aus dem IE-Wettbewerbsleitbild abgeleitet wird, ist das eines Minimalismus (siehe auch Mantzavinos 2005: 220 f.):

„Wenn man den Optimalitätsgedanken und das damit zusammenhängende Denken von ‚Marktunvollkommenheiten‘, ‚Zweitbesten Lösungen‘, usw. endgültig und konsequent verabschiedet, dann erscheint das Denken in der Alternative ‚Wettbewerb‘ oder ‚kein Wettbewerb‘ als das einzig sinnvolle Abwägen. Per se Verbote müssen nicht in jedem konkreten Fall bestimmen, dass der Wettbewerb möglichst vollkommen, funktionsfähig oder effizient ist, sondern dass überhaupt Wettbewerb auf dem Markt herrscht“ (Mantzavinos 2005: 221).

Leider liefert Mantzavinos außer dem Hinweis auf Ressourcenmonopole keine weiteren Anhaltspunkte, was die Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik anlangt.

Wenn Ressourcenmonopole die einzige Quelle von echter Marktmacht darstellen – eine Idee, die bereits Kirzner (1978) vertrat (siehe auch Schmidchen 1979) –, dann könnte man alle Regeln des GWB abschaffen, die nicht darauf gerichtet sind, das Sperren des Zugangs zu Ressourcen zu verbieten.

Ein per se Verbot des Sperrens des Zugangs zu Ressourcen hört sich als wettbewerbspolitische Empfehlung einfach an, aber der Teufel liegt im Detail.

1. Es muß zunächst abstrakt – ohne Bezugnahme auf konkrete zeitliche, räumliche oder persönliche Umstände – definiert werden, was ein Ressourcenmonopol ist.
2. Ein Gericht muß herausfinden, ob im konkreten Fall ein Ressourcenmonopol vorliegt. Anders als bei Verhaltensweisen, die man per se verbieten kann und deren Existenz man aufgrund von Handlungen beobachten kann, muß eine Monopolstellung gedanklich rekonstruiert werden. Dabei muß der relevante Markt auf der Ressourcenseite definiert und abgegrenzt werden, was nur im Hinblick auf eine Abgrenzung von Absatzmärkten möglich ist, zu deren Bedienung die betreffenden Ressourcen eingesetzt werden können. Zu fragen ist auch, ob die Ressourcen notwendig sind. Es ist schwer ersichtlich, welche Rolle in diesem Zusammenhang per se Regeln spielen können.
3. Was ist unter Sperren des Zugangs zu einer Ressource zu verstehen? Es gehört zum Wesen eines „property right“, den Zugang zur Nutzung einer von ihm erfaßten Ressource kontrollieren zu können. Wann geht legitime Kontrolle in ein mißbräuchliches Sperren über? Wie langfristig dürfen Verträge sein, damit sie nicht als sperrungsge-

eignet klassifiziert werden?⁷ Die Institutionenökonomik lehrt, daß der Schutz von Quasirenten auf spezifischen Investitionen gelegentlich den Ausschluß des Wettbewerbs durch Schaffung einer Organisation auf der Grundlage langfristiger Verträge erfordert. Ist das, was Williamson fundamentale Transformation nennt, nämlich der Übergang von wettbewerblichen Verhältnissen vor Abschluß eines Vertrages zum bilateralen Monopol (nach Abschluß), mit dem IE-Wettbewerbsleitbild vereinbar?⁸

4. Die Aussage, daß sich das Problem im wesentlichen auf den Bereich der natürlichen Ressourcen beschränke, ist unzutreffend. Das Problem ist besonders virulent im Bereich einer geschaffenen Ressource, nämlich die neuen Wissens. Ein Patent erlaubt die Sperrung des Zugangs von Konkurrenten zu neuem Wissen. Sollen Patente abgeschafft werden? Wenn nicht, welche Patentdauer und welche Rechte sind nach dem IE-Wettbewerbsleitbild zu installieren?
5. Ob Erfinderpateente Marktzutrittsbarrieren darstellen, hängt vom unterstellten Wettbewerbsleitbild ab (siehe Weizsäcker 2005: 46 ff.). Aber jedes Leitbild ist mit dem „trade-off“ konfrontiert, daß ein Mehr an Innovation nur mit einem Weniger an Imitation zu haben ist. Wie ist der „trade-off“ im IE-Wettbewerbsleitbild zu entscheiden? Ähnliche „trade-offs“ tauchen auf bei der Behandlung der Fragen, ob Markentreue von Kunden, Substitutionskosten und versunkene Kosten Marktzutrittsschranken darstellen (siehe dazu Weizsäcker 2005: 43 ff.).
6. Per se Verbote werden u. a. befürwortet, weil sie die Rechtsdurchsetzungskosten im Vergleich zu einer „rule of reason“ senken. Wenn per se Verbote sich aber in de facto „rules of reason“ verwandeln, weil die Gerichte die Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auslegen und Verbotsnormen mit Ausnahmetatbeständen verknüpft werden, dann tritt dieser Kostensenkungseffekt nicht auf. Wood (1993) fand heraus, daß die Gerichtskosten bei Preiskartell-Fällen in den USA, die ursprünglich unter das per se Verbot fielen, höher waren als bei Fällen, die von vornherein der „rule of reason“ unterlagen.

⁷ Um den Wettbewerb auf dem Gasmarkt zu beleben, verlangt das Bundeskartellamt von den Gasversorgern, daß sie ihre Langfristverträge etwa mit Stadtwerken nach folgender Regel umstellen: Je größer der Bezugsanteil, desto kürzer die Vertragslaufzeit. Lieferverträge, die mehr als 80 Prozent des Kundenbedarfs decken, müssen auf maximal zwei Jahre befristet werden. Bei Bezugsanteilen von 50 – 80 Prozent darf die Vertragslaufzeit maximal vier Jahre betragen. Was wäre aus Sicht des IE-Leitbildes zu dieser Politik zu sagen?

⁸ Zur Beziehung zwischen Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums siehe im einzelnen Schmidtchen 2007 a, b; dort wird auch gezeigt, daß die Wettbewerbspolitik nicht um die Anwendung einer „rule of reason“ herumkommt.

7. Unternehmen benutzen Regeln der *per se* Illegalität dazu, um Wettbewerber zu schikanieren (siehe Wood 1993):

„Because misusing antitrust law to stymie competition is anticompetitive, this latter bid of evidence casts doubt on the claim that rules of *per se* illegality are especially useful in deterring anticompetitive conduct” (Boudreaux: 1998: 32).

8. Der starre Charakter von *per se* Regeln hat Vorteile, wenn sie auf zutreffenden Einschätzungen eines Verhaltens als durchweg antiwettbewerblich beruhen. Die moderne Industrieökonomik hat aber herausgefunden, daß solche Fälle seltener sind als früher angenommen wurde – was u. a. die Entwicklung eines „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik einleitete (siehe Schmidtchen 2005 a, 2005 b, 2006). Die Irrtumskosten einer *per se* Regelung können erheblich sein:

„Thus, yet another cost of *per se* rules is the risk that they will be faulty and, hence, spawn an overly large litter of mistaken outcomes – mistakes that cannot easily be avoided given the (allegedly) summary nature of *per se* proceedings” (Boudreaux 1998: 32).

Allerdings können auch bei einer Anwendung der „rule of reason“ Fehlentscheidungen auftreten. Akzeptiert man als institutionenökonomischen Imperativ, reale Institutionen miteinander zu vergleichen, dann wären die Fehlerwahrscheinlichkeiten beider Formen der Wettbewerbspolitik sowie die mit den Fehlern verbundenen Kosten dem Vergleich zugrunde zu legen. Zu unterscheiden wären dabei zwei Typen von Fehlern: Fehler vom Typ I (eine rechtswidrige Handlung wird als rechtmäßig eingeschätzt) oder Typ II (eine wettbewerbskonforme wird als rechtswidrig verfolgt). Wie man rationalerweise auf die Möglichkeit reagieren kann, beide Typen von Fehlern zu begehen, ist Gegenstand der Theorie regelgeleiteten Verhaltens (siehe Heiner 1983; Kirstein 1999; Kirstein/Schmidtchen 1997; Hafner 2000; Bier 2002).

VI. Per se Regeln, Rule of Reason und die Kompetenz-Schwierigkeitslücke

a) Die Kompetenz-Schwierigkeitslücke

Auch wenn Akteure – seien es Individuen, Organisationen, Gesetzgeber oder Behörden – wohlfahrtsmaximierende Entscheidungen treffen wollen, so sind sie manchmal dazu nur ein-

geschränkt in der Lage. Herbert Simon hat dafür den Ausdruck "eingeschränkt rationales Verhalten" geprägt (was nicht mit irrationalen Verhalten verwechselt werden sollte).⁹ Hier wird vorgeschlagen, das Verhalten eines Entscheidungsträgers eingeschränkt rational zu nennen, wenn dieser Entscheidungsfehler begeht. Davon gibt es zwei Arten:

Der Akteur wählt eine Handlung, obwohl die Umstände für den Erfolg nicht günstig sind (Entscheidungsfehler vom Typ I); andererseits kann er eine Handlung verwerfen, obwohl sie angesichts der Umstände die beste gewesen wäre (Entscheidungsfehler vom Typ II). Der uneingeschränkt rationale homo oeconomicus kennt solche Entscheidungsfehler nicht. Er wählt stets die beste Handlungsalternative (bei Vorliegen von Risiko die, die den Erwartungsnutzen maximiert).

Einer der häufigsten Gründe für eingeschränkt rationales Verhalten liegt darin, daß die Schwierigkeit eines zu lösenden Problems die geistigen Kapazitäten eines Akteurs übersteigt.¹⁰ Aus diesem Umstand resultiert eine spezifische Form von Entscheidungsunsicherheit (U). Zwei Klassen von Variablen können als deren Ursachen identifiziert werden: Variablen der Entscheidungsumwelt (e), "including the complexity of the environmental situations potentially encountered; the relative likelihood of these situations; and the stability of the relationship that determine possible situations and their relative likelihood."¹¹

Die zweite Klasse von die Entscheidungsunsicherheit (U) determinierenden Variablen (k) sind kognitiver Natur. Sie stehen für die Kompetenz eines Akteurs, die Beziehungen zwischen seinem Verhalten und seiner Umgebung zu entziffern. Unvollkommene Kompetenz zeigt sich in „mistaken perceptions about what is more preferred, information processing errors, unreliable probability information, etc.“.¹²

Die Struktur zwischen e und k, von denen die Entscheidungsunsicherheit abhängt, läßt sich formal als Funktion schreiben: $U = U(k,e)$.¹³ Die Variablen e und k determinieren die Lücke zwischen Kompetenz und Schwierigkeitsgrad einer Aufgabe. Heiner nennt eine Lücke dieser

⁹ Siehe Simon 1961, xxiv: "*intendedly* rational, but only *limitedly* so"; siehe auch Selten 1998.

¹⁰ "The capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world ...". (Simon 1957: 198.)

¹¹ Heiner 1983: 564.

¹² Heiner 1983: 564.

¹³ Ebenda, S. 565. Dabei sind k und e Vektoren, und es gilt, daß die Unsicherheit mit steigendem k ab- und mit steigendem e zunimmt.

Art "C-D gap" – "competence-difficulty gap".¹⁴ Mit zunehmender Entscheidungsunsicherheit nimmt die Fehleranfälligkeit einer Entscheidung zu.

b) Diagnosefähigkeit und ROC-Kurve

Wir betrachten eine Kartellbehörde, die entscheiden muß, ob ein Unternehmenszusammenschluß rechtlich zulässig ist oder nicht. Als rechtlich zulässig möge ein Unternehmenszusammenschluß gelten, wenn er pro-wettbewerbliche Wirkungen erzeugt. Rechtlich unzulässig ist ein Unternehmenszusammenschluß, wenn er anti-wettbewerbliche Wirkungen entfaltet. Pro-wettbewerbliche Wirkungen seien solche, die die gesellschaftliche Wohlfahrt steigern (der Wohlfahrtsgewinn sei mit $g > 0$ bezeichnet). Hat der Zusammenschluß anti-wettbewerbliche Wirkungen, dann senkt er die gesellschaftliche Wohlfahrt (der Wohlfahrtsverlust sei mit $l < 0$ bezeichnet). Wird ein pro-wettbewerblicher oder ein anti-wettbewerblicher Zusammenschluß nicht vollzogen, dann sei die Wohlfahrtsänderung Null. Ein pro-wettbewerblicher Zustand sei mit z_1 und ein anti-wettbewerblicher Zustand mit z_2 bezeichnet.

Die Aktionenmenge der Behörde enthält die zwei Aktionen „a“ und „¬ a“; „a“ steht für Erlaubnis des Unternehmenszusammenschlusses und „¬ a“ für dessen Untersagung.

Die Diagnosefähigkeit der Behörde sei mit vier bedingten Wahrscheinlichkeiten beschrieben:

$$r := \text{prob}(a \mid z_1) \text{ und } (1-r) := \text{prob}(\neg a \mid z_1)$$

$$w := \text{prob}(a \mid z_2) \text{ und } (1-w) := \text{prob}(\neg a \mid z_2)$$

Mit Wahrscheinlichkeit w begeht die Behörde den Fehler vom Typ I (false positive); sie erlaubt einen anti-wettbewerblichen Zusammenschluß (Zustand z_2); mit Wahrscheinlichkeit $(1-r)$ begeht die Behörde den Fehler vom Typ II (false negative); sie untersagt einen pro-wettbewerblichen Zusammenschluß (Zustand z_1). Für eine Behörde mit perfekter Diagnosefähigkeit gilt $r = 1$ und $w = 0$. Eine Behörde mit $r = w$ entscheidet nicht besser als zufällig. Eine Behörde mit $1 > r > w > 0$ besitzt imperfekte, aber positive Diagnosefähigkeit. Aus unzähligen Signalerkennungsexperimenten und der statistischen Entscheidungstheorie wissen wir, daß zwischen den Parametern r und w ein stabiler Zusammenhang existiert (siehe Swets 1988;

¹⁴ Siehe Heiner 1983.

Heiner 1986), der sich als ROC-Kurve (ROC steht für „receiver operating characteristic“) in einem Einheitsquadranten darstellen läßt.

An der Ordinate wird r abgetragen und an der Abszisse w . Die Kurve verläuft von $(r, w) = (0, 0)$ bis $(r, w) = (1, 1)$. Die Hauptdiagonale ($r = w$) beschreibt den Fall, in dem ein Entscheider nicht besser als zufällig entscheiden kann. Hier ist die Kompetenz-Schwierigkeitslücke, beschrieben durch den Wert von $U(e, k)$, am größten. Kleineren Kompetenz-Schwierigkeitslücken sind ROC-Kurven mit positiver, aber abnehmender Steigung zugeordnet. Je stärker gekrümmt eine solche Kurve verläuft, desto kleiner ist die Kompetenz-Schwierigkeitslücke $U(e, k)$.

Aus dem Verlauf einer ROC-Kurve folgt, daß eine Erhöhung des Wertes von r zwingend mit einer Vergrößerung des Wertes von w einhergeht. Man kann die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ I zu begehen, nur verringern, indem sich die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ II zu begehen, erhöht. Beide Fehlerwahrscheinlichkeiten lassen sich nur durch eine Verschiebung der ROC-Kurve verringern, und zwar derart, daß sie weiter nach links oben ausgebeult verläuft.

c) Optimale Reaktionsstrategien: Per se Regel oder Rule of Reason?

Der Gesetzgeber überlegt, ob er der Kartellbehörde eine per se Regel oder eine „rule of reason“ als Verhaltensmaxime vorgibt. Beide Regeln stellen entscheidungstheoretisch gesehen Reaktionsstrategien dar. Eine Reaktionsstrategie ordnet Untersuchungsergebnissen einer Behörde eine bestimmte Aktion aus der Menge der verfügbaren Aktionen zu (siehe zu diesem Begriff Heiner/Schmidtchen 1995: 5).

Man unterscheidet zwei Arten von Reaktionsstrategien: unbedingte und bedingte. Eine unbedingte Reaktionsstrategie läßt der Behörde keinen Ermessensspielraum. Sie hat lediglich zu prüfen, ob ein Unternehmenszusammenschluß vorliegt. Wenn ein Unternehmenszusammenschluß vorliegt, dann muß die Behörde – je nach Ausprägung der unbedingten Reaktionsstrategie – diesen entweder genehmigen oder untersagen. Es wird hier also von der Form unternehmerischen Verhaltens auf die Pro- oder Antiwettbewerblichkeit geschlossen (formbasierte Wettbewerbspolitik).

Bei einer bedingten Reaktionsstrategie hängt die Entscheidung der Behörde vom Ergebnis der Untersuchungen der Wirkungen des Unternehmenszusammenschlusses ab. Er mag pro- und

antiwettbewerbliche Wirkungen aufweisen, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Man kann sich das in der Praxis so vorstellen, daß die Behörde eine Liste von Kriterien daraufhin zu prüfen hat, ob sie erfüllt sind oder nicht. Es dürfte einleuchten, daß die Kompetenz-Schwierigkeitslücke bei einer bedingten Reaktionsstrategie größer ist als bei einer unbedingten und daß die Lücke zunimmt, je größer die Zahl und/oder Komplexität der Kriterien auf der Prüfliste ist.

Bei der Wahl der optimalen Reaktionsstrategie muß der Gesetzgeber die folgenden vier Parameter berücksichtigen:

- die objektive Wahrscheinlichkeit (a priori Wahrscheinlichkeit), daß der Unternehmenszusammenschluß pro-wettbewerblich oder anti-wettbewerblich ist. Es sei $\pi > 0$ die (a priori) Wahrscheinlichkeit, daß der Zusammenschluß pro-wettbewerblich ist; dann ist $1 - \pi$ die Wahrscheinlichkeit, daß er anti-wettbewerblich ist;
- die Diagnosefähigkeit der Behörde, wie sie in deren ROC-Kurve zum Ausdruck kommt;
- die Höhe des Wohlfahrtsgewinns (g) und des Wohlfahrtsverlustes (l);
- die Administrationskosten der Reaktionsstrategien bei Behörde und Unternehmen.

Es lassen sich nun die Wohlfahrtswirkungen der Reaktionsstrategien rechnerisch bestimmen: Die unbedingte Reaktionsstrategie „immer genehmigen“ (sie sei Reaktionsstrategie A genannt) hat folgenden Wohlfahrtswert:

$$(1) \quad \begin{aligned} A &= \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l, \\ &= \pi \cdot g + (1 - \pi) \cdot l, \text{ weil } r, w = 1 \end{aligned}$$

Die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ II (false negative) zu begehen ($1 - r$), ist Null und damit die aus diesem Fehler resultierenden erwarteten Kosten. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit des Fehlers vom Typ I (false positive) maximal, $w = 1$. Der Wohlfahrtswert A kann in Abhängigkeit von den Parameterwerten π größer, kleiner oder gleich Null sein.

Die andere unbedingte Reaktionsstrategie „immer untersagen“ (sie sei Reaktionsstrategie B genannt) hat folgenden Wohlfahrtswert:

$$(2) \quad B = \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l = 0, \text{ weil } r, w = 0.$$

Ohne Kenntnis der Parameterwerte π , g und l kann nicht entschieden werden, welche unbedingte Strategie den höheren Wohlfahrtswert aufweist. Je größer $(1 - \pi)$ und l , desto eher dürfte der Wohlfahrtswert von A unter dem von B liegen.

Eine bedingte Reaktionsstrategie (sie sei Strategie C genannt) hat den Wohlfahrtswert:

$$(3) \quad C = \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l, \text{ mit } 1 > r \geq w > 0.$$

Strategie C ist besser als Strategie A, wenn Folgendes gilt:

$$(4) \quad \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l > \pi \cdot g + (1 - \pi) \cdot l. \text{ Umformen führt zu}$$

$$(4a) \quad [-(1 - \pi) \cdot l + (1 - \pi) \cdot w \cdot l] - [\pi \cdot g - r \cdot \pi \cdot g] > 0.$$

Ungleichung (4a) erlaubt eine einfache Interpretation: Der erste Ausdruck in eckigen Klammern mißt die erwarteten vermiedenen Wohlfahrtsverluste (im Vergleich zur Situation A). Wegen $l < 0$ ist dieser Term immer positiv. Der zweite Ausdruck in eckigen Klammern mißt die durch den Übergang von A nach C entstehenden erwarteten Kosten; denn im Gegensatz zu A (mit $r = 1$) gilt bei C ein $r < 1$. Man kann den zweiten Term in eckigen Klammern umformen zu $(1 - r) \cdot \pi \cdot g$ und erkennt sofort, daß dies erwartete Fehlerkosten sind, die bei der unbedingten Strategie A nicht auftreten.

Eine exakte Kalkulation würde an dieser Stelle zu weit führen (zum Grundsätzlichen siehe Kirstein 1999; Bier 2002; Hafner 2000), aber es dürfte deutlich sein, daß z. B. die Frage, ob die Kartellbehörde anstelle der unbedingten Reaktionsstrategie A die bedingte Reaktionsstrategie C verfolgen soll, durch einen Vergleich von erwarteten vermiedenen Fehlerkosten und erwarteten zusätzlichen Fehlerkosten entschieden werden muß.

Sollte die Behörde ein perfekter Entscheider sein, also $r = 1$ und $w = 0$, dann ist Bedingung (4a) immer erfüllt und die bedingte Reaktionsstrategie ist wohlfahrtsmaximierend.

Allerdings formuliert Ungleichung (4a) nur eine notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung für die Wahl der bedingten Reaktionsstrategie, weil zu vermuten ist, daß zusätzliche Administrationskosten anfallen. Notwendig und hinreichend für eine Wohlfahrtssteigerung durch Übergang von der unbedingten Reaktionsstrategie A zur bedingten Reaktionsstrategie C ist, daß der Wert auf der linken Seite von (4a) größer ist als die zusätzlichen Administrationskosten.

Es leuchtet ein, daß ähnliche Überlegungen bezüglich eines Vergleichs von Strategie B und C angestellt werden können.

Als Fazit ergibt sich: Eine größere Differenziertheit von Regeln (mehr Prüfkriterien und/oder komplexere Prüfkriterien) verbessert nicht zwingend die Qualität einer Entscheidung. Auf den ersten Blick scheint größere Differenziertheit mit größerer Einzelfallgerechtigkeit einherzugehen, aber größere Differenziertheit kann auch die Kompetenz-Schwierigkeitslücke erhöhen und einen flacheren Verlauf von ROC-Kurven bewirken. Die Wahrscheinlichkeit, den Fehler

vom Typ I und/oder den Fehler vom Typ II zu begehen, nimmt dann zwingend zu. Damit steigen die erwarteten Irrtumskosten¹⁵ und der Wohlfahrtswert einer ausdifferenzierteren „rule of reason“ nimmt im Vergleich zu einer weniger differenzierten (im Extrem: einer per se Regel) ab.

VII. Schlußbemerkungen

Das Plädoyer für eine regelgeleitete Wettbewerbspolitik rennt insofern offene Türen ein, als die praktische Wettbewerbspolitik schon immer regelgeleitet war. Praktische Wettbewerbspolitik besteht nämlich in der Formulierung und Durchsetzung von Rechtsnormen. Geschützt werden soll die Freiheit des Wettbewerbs. Dabei arbeitet der Gesetzgeber hauptsächlich mit Verbotsnormen. Konkurrierende Normenzwecke machen es aber erforderlich, für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorzusehen oder Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen. Es ist deshalb nicht übertrieben zu behaupten, daß Antitrust von einer de facto „rule of reason“ beherrscht wird. Interessenabwägungen sind unumgänglich. Mantzavinos kritisiert mit Recht eine willkürliche, nicht regelgeleitete Wettbewerbspolitik, aber die Kritik trifft nicht den „rule of reason“-Standard. Dieser kann nämlich regelförmig ausgestaltet werden: Der Unterschied zu einer per se Regel liegt dann lediglich darin, daß die „rule of reason“ in dem Sinne komplexer ist, also mehr ökonomische Faktoren bei der Regelanwendung zu prüfen sind.

Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik, die unter dem Begriff „more economic approach“ firmieren (siehe dazu Schmidtchen 2005 a, 2005 b, 2006), deuten an, daß Wohlfahrtskriterien bei Interessenabwägungen eine größere Rolle spielen als bisher. Das IE-Wettbewerbsleitbild sollte sich diesen Einsichten nicht verschließen.

¹⁵ Anders Christiansen/Kerber (2005: 8): „Since additional assessment criteria through more differentiated rules can lead to a better identification of pro- and anticompetitive behaviour, a higher degree of differentiation will usually imply a reduction of error costs“.

Literatur

- Alexy, R. (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M.
- Areeda, Ph. (1992), Antitrust Law as Industrial Policy: Should Judges and Juries Make it?, in: Jorde, Th., D. Teece (eds.): *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, New York, Oxford: 29-46 [Oxford University Press].
- Bier, Chr. (2002), *Regulierter oder verhandelter Zugang zum Stromnetz? Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung imperfekter Aufsichtsbehörden*, Hamburg.
- Boudreaux, D. J. (1998), „per se rules“, in: *The New Palgrave of Law and Economics*, vol. 3: 31-33.
- Carlton, D., J. Perloff (2000), *Modern Industrial Organization*, 3.ed., Reading et. al.
- Christiansen, A., W. Kerber (2005), *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules” vs. Rule of Reason*, Philipps-University Marburg, Germany.
- Coase, R. (1960), *The Problem of Social Cost*, in: *Journal of Law and Economics*, vol. 3: 1 – 44.
- Cooter, R. (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton.
- EAGCP, Economic Advisory Group for Competition Policy (2005), Report: An economic approach to Article 82, verfügbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_juli_21_05.pdf
- Graf, H.-G. (1978), „Mustervorausagen“ und „Erklärungen“ des Prinzips bei F.A. von Hayek: Eine methodologische Analyse, Tübingen.
- Hafner, M. (2000), *Behördliche Diagnosefehler im Genehmigungsverfahren*, Wiesbaden.
- Hayek, F. A. (1945), *The Use of Knowledge in Society*, in: *American Economic Review*: 519 – 530.
- Hayek, F. A. (1967), *Degrees of Explanation*, in: ders.: *Studies in Philosophy, Politics and Economics*: 3-21 [London and Henley].
- Hayek, F. A. (1972), *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen.
- Heiner, R. (1983), *The Origin of Predictable Behavior*, in: *American Economic Review* 73(4): 560-595.
- Heiner, R. (1986), *The Economics of Information when Decisions are imperfect*, in: MacFayden, A., H. MacFayden (eds.): *Economic Psychology: Intersections in Theory and Application*, Amsterdam: 293 – 350 [Elsevier].
- Heiner, R., D. Schmidtchen (1995), *Rational Cooperation in One-Shot Simultaneous PD-Situations*, Center for the Study of Law and Economics, Saarbrücken, Discussion paper 9503.
- Helmstädter, E. (2003), *Anmerkungen zu „Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht“*, in: *ORDO*, Bd. 54: 319 – 326.
- Hoppmann, E. (1968), *Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs*, in: Hans K. Schneider (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin: 9-49.
- Hoppmann, E. (1974), *Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts*, in: Hoppmann, E., E. J. Mestmäcker: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen: 5-19.
- Kirstein, R. (1999), *Imperfekte Gerichte und Vertragstreue*, Wiesbaden.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (1997), *Judicial Detection Skill and Contractual Compliance*, in: *International Review of Law and Economics*, 17(4): 509-520.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2002), *Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht*, in: *ORDO*, B. 53: 227 – 240.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2003), *Replik auf Ernst Helmstädter*, in: *ORDO*, Bd. 54: 327 – 330.
- Kirzner, I. (1978), *Wettbewerb und Unternehmertum*, Tübingen.

- Kirzner, I. (1985), Prices, the Communication of Knowledge, and the Discovery Process, in: Leube, K., Zlabinger, A. (eds.): *The Political Economy of Freedom, Essays in Honor of F. A. Hayek*, München: 193 – 206.
- Mantzavinos, Chr. (2005), Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild. *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 225/2: 205-224.
- Mestmäcker, E.-J. (1974), Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hoppmann, E., E.-J. Mestmäcker: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen: 21-58.
- Mestmäcker, E.-J. (1984), Mehrheitsglück und Minderheitenherrschaft, in: ders. (Hrsg.): *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2. Aufl.: 158 ff. [Baden-Baden].
- Schmidt, I. (2001), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. Aufl., Stuttgart.
- Schmidtchen, D. (1978), *Wettbewerbspolitik als Aufgabe*, Baden-Baden.
- Schmidtchen, D. (1979), Ausbeutung aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand, in: *ORDO*, 30: 273-294.
- 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. (1988), Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in: *ORDO* (39): 111-135.
- Schmidtchen, D. (1990), Preise und spontane Ordnung – Prinzipien einer Theorie ökonomischer Evolution, in: U. Witt (Hrsg.): *Studien zur Evolutorischen Ökonomik*, Berlin: 75-113.
- Schmidtchen, D. (2000), Rules and Order, in: Bouckaert, B., A. Godart-von der Kroon (Hrsg.): *Hayek Revisited: 32 – 45* [Cheltenham: Edward Elgar].
- Schmidtchen, D. (2002), Korreferat zu Dieter Schneider, in: M. Lehmann-Waffenschmidt (Hrsg.): *Studien zur Evolutorischen Ökonomik VI. Ein Diskurs zu Analysemethoden der Evolutorischen Ökonomik*, Berlin: 239 – 246.
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (2003), Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *ORDO*, Bd. 54: 75 – 92.
- Schmidtchen, D. (2004), Ökonomie und Gerechtigkeit, in: Horstmann, K., H. Hüttenhoff, H. Koriath (Hrsg.): *Gerechtigkeit – eine Illusion?*, Münster: 43 – 71.
- Schmidtchen, D. (2005 a), Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen ‚more economic approach‘, in: P. Oberender (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin: 9-41.
- Schmidtchen, D. (2005 b), Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: P. Oberender (Hrsg.): *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin: 173 – 179.
- Schmidtchen, D. (2006), Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 1.
- Schmidtchen, D. (2007 a), Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung?, in: Oberender, P. (Hrsg.): *Wettbewerb und geistiges Eigentum*, Berlin.
- Schmidtchen, D. (2007 b), Abschlußreferat: Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht – eine ökonomische Analyse, in: Oberender, P. (Hrsg.): *Wettbewerb und geistiges Eigentum*, Berlin.
- Schneider, D. (2002), Erklärt methodologischer Individualismus „Zwillingsideen von Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung“ durch Wettbewerb?, in: M. Lehmann-Waffenschmidt (Hrsg.): *Studien zur Evolutorischen Ökonomik VI. Ein Diskurs zu Analysemethoden der Evolutorischen Ökonomik*, Berlin: 209 – 238.

- Steiner, H. (1977), The structure of a set of compossible rights, in: *Journal of Philosophy* (74): 767 – 775.
- Swets, J. (1996), *Signal Detection and ROC Analysis in Psychology and Diagnostics*, New Jersey [Erlbaum].
- von Weizsäcker, C. C. (2005), Marktzutrittsschranken, in: P. Oberender (Hrsg.): *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin: 43-61.
- Wood, W. C. (1993), Costs and benefits of per se rules in antitrust enforcement. *Antitrust Bulletin* 38: 887-902.