

Schmidt, André

Working Paper

Wie ökonomisch ist der "more economic approach"? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht

Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 06/10

Provided in Cooperation with:

Institute for Economic Research, University of Freiburg

Suggested Citation: Schmidt, André (2006) : Wie ökonomisch ist der "more economic approach"? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 06/10, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br.

This Version is available at:

<http://hdl.handle.net/10419/4370>

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.



Wie ökonomisch ist der
„more economic approach“?
Einige kritische Anmerkungen aus
ordnungsökonomischer Sicht

André Schmidt
06/10

Freiburger
Diskussionspapiere
zur Ordnungsökonomik

Freiburg
Discussion Papers
on Constitutional Economics



**Wie ökonomisch ist der
„more economic approach“?
Einige kritische Anmerkungen aus
ordnungsökonomischer Sicht**

André Schmidt
06/10

**Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik
Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics
06/10**

ISSN 1437-1510

Walter Eucken Institut, Goethestr. 10, D-79100 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 79097 0; Fax.Nr.: +49 +761 / 79097 97
<http://www.walter-eucken-institut.de>

Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung; Abteilung für Wirtschaftspolitik;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, D-79085 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 203 2317; Fax.Nr.: +49 +761 / 203 2322
<http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/wipo/>

Wie ökonomisch ist der „*more economic approach*“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht

André Schmidt, Universität Kassel
andre.schmidt@uni-kassel.de

1 Einführung in die Problemstellung

Es besteht kein Zweifel, der „*more economic approach*“ in der europäischen Wettbewerbspolitik ist auf dem Vormarsch. Nach der Neuordnung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV durch die VO 1/2003 und der grundlegenden Revision der europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2004 stehen nun die Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen und die Beihilfenkontrolle auf dem Prüfstand. Der „*more economic approach*“ scheint sich zu einem (*neuen*) alles bestimmenden wettbewerbspolitischen Leitbild der europäischen Wettbewerbspolitik zu entwickeln.

Ziel der Untersuchung ist es, grundsätzliche Überlegungen, insbesondere aus ordnungsökonomischer Sicht, über den „*more economic approach*“ der Europäischen Kommission anzustellen. Prinzipiell ist zunächst zu fragen, was eigentlich mit dem ökonomischeren Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik gemeint ist. D.h., es ist nach der Zielsetzung und der Ausgestaltung des „*more economic approach*“ zu fragen. Die Meinungen sowohl der Ökonomen als auch der Kartelljuristen über den neuen Ansatz in der Wettbewerbspolitik sind gespalten.¹ Während einerseits in ihm die Möglichkeit gesehen wird, die bisher im Strukturdenken verhaftete „orthodoxe“ Wettbewerbspolitik zugunsten einer an der ökonomischen Effizienz orientierten Wettbewerbspolitik zu überwinden², werden andererseits die Risiken einer wohlfahrtsökonomischen Instrumentalisierung der Wettbewerbspolitik betont. Für jede dieser Meinungen gibt es auf den ersten Blick eine Reihe von guten Argumenten und a priori lässt sich nicht bestimmen, ob die Skeptiker oder die Befürworter die besseren Argumente auf ihrer

¹ Vgl. Immenga, U. (2006), Kommentar: Der „*more economic approach*“ als Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, S. 463, und Schmidtchen, D. (2006), Kommentar: Fehlerurteile über den „*more economic approach*“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, S. 707.

² Vgl. Schmidtchen, D. (2005), Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, P. (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 174.

Seite haben. Viel hängt davon ab, wie der ökonomischere Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik tatsächlich ausgestaltet und praktiziert wird.

Der vorliegende Beitrag fragt aus theoretischer Perspektive, wie ökonomisch tatsächlich der neue Ansatz der europäischen Wettbewerbspolitik ist und hinterfragt damit die teilweise euphorischen Erwartungen seiner Befürworter. Hierbei sind jedoch erste Zweifel erlaubt, ob der „*more economic approach*“ tatsächlich die an ihn gestellten Erwartungen erfüllen kann. Betrachtet man sowohl die Reformen im Rahmen der Fusionskontrolle als auch die aktuellen Vorschläge der Europäischen Kommission im Bereich der Missbrauchsaufsicht genauer³, so zeichnet sich ab, dass die Europäische Kommission bei der Implementierung des ökonomischeren Ansatzes primär vom dem Ziel getrieben zu sein scheint, im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung die ökonomischen Effekte des jeweils zu untersuchenden wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens zu erfassen. Im Mittelpunkt steht hierbei die sogenannte Einzelfallgerechtigkeit, die Europäische Kommission möchte in jedem einzelnen Fall die vorliegenden ökonomischen Bedingungen überprüfen, in dem sie eine Vielzahl von Einflussgrößen berücksichtigt, um dann im Einklang mit den zugrunde liegenden industrieökonomischen Modellen die jeweiligen Entscheidungen zu treffen. Die spezifischen Marktbedingungen sowie das entsprechende Marktverhalten sollen daher im konkreten Einzelfall berücksichtigt werden.

Aus ordnungsökonomischer Sicht ist jedoch zu bezweifeln, ob dieser neue ökonomische Ansatz tatsächlich zu mehr Effizienz in der Wettbewerbspolitik führt, denn es besteht die Gefahr, dass die angestrebte Einzelfallorientierung zu einer Reduktion der Rechtssicherheit und damit zu Ineffizienzen in der europäischen Wettbewerbspolitik führt. Grundlegend hierfür ist, dass den verschiedenen Vorschlägen der Kommission zur Umsetzung des „*more economic approach*“ eines gemeinsam ist: die angestrebte Einzelfallgerechtigkeit soll durch eine Aufwertung der *rule of reason* erfolgen. Im Umkehrschluss bedeutet das jedoch gleichzeitig eine Abwertung von *per se*-Regeln. Im Rahmen einer ordnungsökonomischen Analyse ist daher zu fragen, ob die Kommission mit der Entscheidung, die Wettbewerbspolitik stärker an einer *rule of reason* auszurichten, nicht gleichzeitig auch eine sehr kostenträchtige Entscheidung trifft, sie verzichtet auf die ökonomischen Vorteile von *per se*-Regeln in der Form von Transparenz, eines hohen Grades an Rechtssicherheit und geringer Transaktionskosten. Darüber hinaus reduzieren *per se*-Regeln die diskretionären Entscheidungsspielräume der jeweiligen Wettbewerbsbehörde, was insbesondere aus politökonomischer Sicht von hoher Relevanz ist.

Diesen Überlegungen entsprechend, soll der neue Ansatz der europäischen Wettbewerbspolitik diskutiert werden. Im ersten Schritt wird dabei zunächst der ökonomischere Ansatz der Europäischen Kommission dargestellt und in den Kontext der wettbewerbspolitischen Fragestellungen eingeordnet. Im nächsten Schritt wird sodann die Bedeutung von Regeln am Beispiel von *per se*-rule und *rule of reason* in der Wettbewerbspolitik diskutiert. Die Kosten und

³ Vgl. *Europäische Kommission* (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brüssel.

Nutzen einer stärkeren Einzelfallbeurteilung werden dann im vierten Teil untersucht. In Teil fünf wird nach den Auswirkungen der Einzelfallbeurteilung auf die Entscheidungsqualität gefragt. Darauf aufbauend werden die ersten Erfahrungen vor dem Hintergrund der jüngsten Entscheidung des Gerichts Erster Instanz im Fall Sony/BMG im sechsten Teil diskutiert. Die politökonomische Dimension des „*more economic approach*“ wird sodann im siebten Teil thematisiert. Das Paper schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem kurzen Ausblick.

2 Der „*more economic approach*“ als *neues* wettbewerbspolitisches Leitbild

Bevor der „*more economic approach*“ aus ordnungsökonomischer Perspektive diskutiert werden soll, bietet es sich an, zunächst einige allgemeine Überlegungen zum Thema vorzuschicken.⁴ Prinzipiell können mit einem „ökonomischeren Ansatz“ nämlich ganz unterschiedliche Dinge gemeint sein. Erstens kann es darum gehen, zur Vorbereitung der Entscheidungsfindung vermehrt auf ökonomische Modelle zurückzugreifen. Zweitens könnte mit einem ökonomischen Ansatz auch gemeint sein, dass der erforderliche Ressourcenaufwand geringer ist als bei der Nutzung anderer, bisher genutzter Ansätze und drittens schließlich könnte ein ökonomischer Ansatz an den ökonomischen Konsequenzen der Entscheidungsfindung interessiert sein. Die Kommission scheint primär vom ersten Ziel getrieben zu sein. Im Vordergrund steht der Rückgriff auf hinreichend spezifizierte ökonomische Modelle in der Entscheidungsfindung.

Grundsätzlich ist die Anwendung industrieökonomischer Modelle kein Selbstzweck. Sie sollte nur dann erwogen werden, wenn ihre Anwendung hilft, die Funktionsweise der Marktwirtschaft zu verbessern (drittes Ziel). Prosperierende Marktwirtschaften benötigen vor allem eins: ihre Teilnehmer müssen wissen, ob eine Handlung erlaubt ist oder nicht. Das gilt nicht nur in Bezug auf die Eigenschaften der gehandelten Güter, sondern auch in Bezug auf die Vermarktungsstrategien, auf den Umgang mit Wettbewerbern, auf die Möglichkeiten, Wettbewerber zu übernehmen und so fort.

Genau in diesem Zusammenhang können sich jedoch erhebliche Probleme für die Glaubwürdigkeit und Rechtssicherheit in der europäischen Wettbewerbspolitik ergeben. Die Berücksichtigung industrieökonomischer Erkenntnisse in der Form theoretischer Modelle oder empirischer Ergebnisse stellt für sich allein kein Problem dar. Im Gegenteil, die Berücksichtigung ökonomischer Realitäten und Erkenntnisse sollten in der Wettbewerbspolitik selbstverständlich sein. Die Frage ist nur, in welcher Form industrieökonomische Erkenntnisse in die Wettbewerbspolitik einfließen sollen. Die Kommission präferiert hierbei – und dies wird insbe-

⁴ Vgl. hierzu auch *Albers, M.* (2006), Kommentar: „More economic approach“ bei der Anwendung von Art. 82 EGV, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56 S. 3, und *Schmidtchen, D.* (2006), Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56 S. 6 ff.

sondere in den Bereichen der horizontalen und vertikalen Absprachen sowie in der Fusionskontrolle und auch in den jüngsten Vorschlägen der Kommission zur Missbrauchsaufsicht deutlich – die Verwirklichung einer Einzelfallabwägung, in der die ökonomischen Wirkungen der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen auf die Wohlfahrt und hier primär auf die Konsumentenwohlfahrt analysiert werden sollen. Überwiegen die zu erwartenden positiven Wohlfahrtseffekte, dann kann die Praktizierung möglicher Wettbewerbsbeschränkungen von der Kommission erlaubt werden.⁵ Ziel dabei ist es, eine weitgehende Einzelfallgerechtigkeit zu realisieren. In der Praxis bedeutet dies nichts anderes, als dass die Kommission beabsichtigt, die *rule of reason*-Anwendung in der europäischen Wettbewerbspolitik auszudehnen.

Interessanterweise handelt es sich bei der Diskussion über den *more economic approach* um eine Diskussion, von der man geglaubt hat, dass sie längst überwunden sei. Letzten Endes geht es um nichts anderes als die altbekannte Frage, ob die Wettbewerbspolitik zur Realisierung wohlfahrtsökonomischer Ziele instrumentalisiert werden soll. Genau dies ist die Zielsetzung des ökonomischeren Ansatzes in der europäischen Wettbewerbspolitik. Die Wettbewerbspolitik soll der Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt dienen. In Deutschland ist diese Diskussion nicht neu und wurde vor nahezu vierzig Jahren zwischen *Erhard Kantzenbach* und *Erich Hoppmann* bereits kontrovers geführt.⁶ Im Kern ging es dabei um die Frage, welche Marktstrukturen aus wohlfahrtsökonomischer Sicht als erstrebenswert anzusehen sind und bei denen eine wohlfahrtsökonomisch optimale Wettbewerbsintensität herrscht. Der ökonomischere Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik verfolgt eine sehr ähnliche Zielsetzung. Im Vordergrund steht die wohlfahrtsökonomische Ausrichtung der Wettbewerbspolitik. Im Unterschied zum Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität stellt der *more economic approach* jedoch stärker auf eine Einzelfalluntersuchung ab, da sich die wohlfahrtsökonomischen Effekte der jeweiligen Maßnahmen stets nur unter Berücksichtigung der für diesen jeweiligen Einzelfall zugrunde liegenden Tatsachen ableiten lassen und befindet sich damit in unmittelbarer Nähe zum Ansatz der Chicago-School. Allgemein bedeutet nun die von der Kommission im Rahmen des ökonomischeren Ansatzes angestrebte Einzelfallwürdigung eine Aufwertung der *rule of reason* – und im Umkehrschluss eine Abwertung von *per se*-Regeln.

Aus der Sicht der Wettbewerbspolitik ist nun zu fragen, welche Vor- und Nachteile eine *rule of reason*-Anwendung im Vergleich zu *per se*-Regeln besitzt. Ökonomisch sinnvoll kann der ökonomischere Ansatz nur dann sein, wenn die Vorteile einer einzelfallbezogenen Entschei-

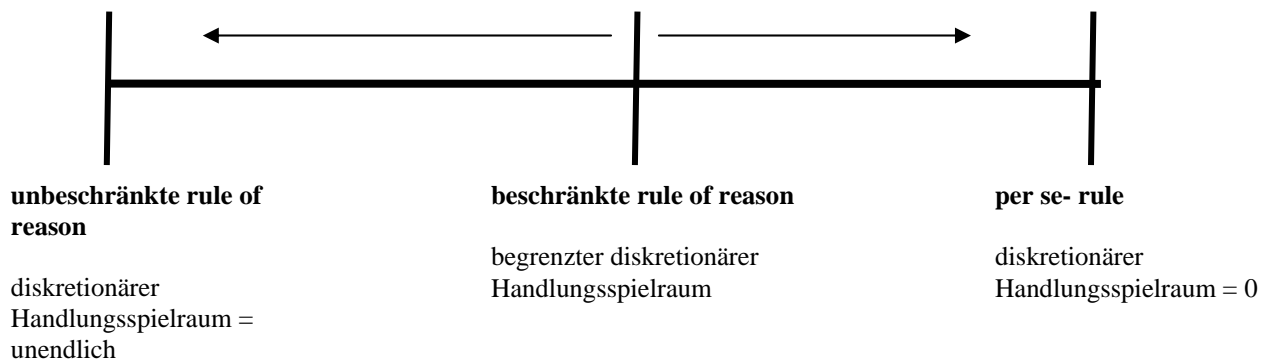
⁵ Typisches Beispiel hierfür ist die Einführung der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle.

⁶ Vgl. hierzu insbesondere *Hoppmann, E.* (1966), Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität – Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 179, S. 286 ff.; *Kantzenbach, E.* (1967/68), Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 181, S. 193 ff., sowie *Hoppmann, E.* (1967/68), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs: Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 181, S. 251 ff.

dungsfindung gegenüber von einer eher an universalen Regeln orientierten Entscheidung überwiegen. Daher sind im nächsten Schritt zunächst die grundsätzlichen Aspekte der Anwendung einzelfallbezogener Regelungen im Vergleich zur Anwendung von Universalklauseln zu erörtern.

3 *Rule of reason vs. per se-rule in der Wettbewerbspolitik*

Bei der Gestaltung der Entscheidungsspielräume, die den wettbewerbspolitischen Entscheidungsträgern eingeräumt werden können, lassen sich grundsätzlich zwei Extrema unterscheiden. Das erste Extrem wäre es, den Entscheidungsträgern überhaupt keine Entscheidungsspielräume einzuräumen durch sogenannte *per se*-Regeln, während das zweite Extrem den Entscheidungsträgern die sogenannte Einzelfallbeurteilung ermöglicht, bei der in jedem einzelnen Fall die Vor- und Nachteile einer Handlung geprüft und gegeneinander abgewogen werden, was der Auffassung einer *rule of reason* entspricht. Dabei darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass bei einer *rule of reason* die Entscheidungsspielräume vollkommen unbegrenzt sind. Die Entscheidungsspielräume können vielmehr rechtlich eingegrenzt werden. Durch die rechtliche Eingrenzung der Entscheidungsspielräume können somit verschiedene Ausprägungen an diskretionären Handlungsspielräumen, über die die wettbewerbspolitischen Entscheidungsträger verfügen, realisiert werden. Nimmt man an, dass sich die verschiedenen Ausprägungsformen an diskretionären Handlungsspielräumen auf einen bipolaren Kontinuum abbilden lassen (rechter Pol diskretionäre Handlungsspielräume = 0, linker Pol diskretionäre Handlungsspielräume = unendlich), so kann bei einer *rule of reason* mittels geeigneter rechtlicher Eingrenzung der Entscheidungsspielräume nahezu jeder Punkt auf diesem Kontinuum erreicht werden.



Per se-rule vs. rule of reason

Im übertragenen Sinne geht es bei der Frage *per se*-Regeln versus *rule of reason* vereinfacht ausgedrückt um die Frage, inwieweit die Regeln zur Erfassung der wettbewerbsbeeinträchtigenden Strategien mehr oder weniger differenziert sein sollten. Während *per se*-Regeln die wettbewerbsbeeinträchtigenden Strategien nahezu undifferenziert erfassen, kann eine wachsende Einzelfallbetrachtung unter Abwägung der Gesamtumstände nur durch einen höheren Differenzierungsgrad der jeweiligen Regeln erreicht werden. Eine beschränkte *rule of reason* im obigen Kontinuum würde dann einer intermediären Lösung entsprechen.⁷

Die Vorteile von *per se*-Regeln sind in erster Linie darin zu sehen, dass keinerlei diskretionäre Handlungsspielräume auf Seiten der Entscheidungsträger vorhanden sind. Dies bedeutet einen erheblichen Zugewinn an Rechtssicherheit für die Unternehmen bei gleichzeitiger hoher Transparenz und Operationalität der Regelungen. Das führt tendenziell zu einer Reduktion der Transaktionskosten für die betroffenen Parteien. Gleichzeitig reduzieren *per se*-Regeln, da sie den Entscheidungsträgern keine Ermessensspielräume zugestehen, die Möglichkeiten der Beeinflussung durch Interessengruppen. Die Entscheidungsträger sind im Rahmen ihrer Entscheidung lediglich dazu verpflichtet, die *per se*-Regel anzuwenden. Für eine Bevorzugung einzelner Interessengruppen geben *per se*-Regeln keine Möglichkeiten.⁸ So wird vor allem in systemtheoretischen Ansätzen immer wieder die Notwendigkeit solcher *per se*-Regeln betont. Aufbauend auf dem Gedankengut der Österreichischen Schule, die der Anwendung von Rechtsregeln durch die Rechtsprechung keinerlei diskretionäre Handlungsspielräume zubilligt, da diese stets nur der Durchsetzung privilegierter Sonderinteressen dienen⁹, fordert insbesondere *Hoppmann*, als ein Hauptvertreter des systemtheoretischen Ansatzes, die Einführung von *per se*-Regeln in der Wettbewerbspolitik.¹⁰ Aufgrund des konstitutionellen Wissensmangels, dem die Wettbewerbspolitiker ausgesetzt sind, lehnt *Hoppmann* die Anwendung einer *rule of reason* für die Wettbewerbspolitik ab.¹¹ Vielmehr sollten sämtliche freiheitsbeschränkende Verhaltensweisen *per se* verboten werden.¹²

⁷ Vgl. *Arthur, T. C.* (2000), A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 337 ff., sowie *Tom, W. K.*, und *C. Pak* (2000), Toward a Flexible rule of Reason, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 391 ff.

⁸ Vgl. *Baum, Th.* (1982), Per se Rule versus Rule of Reason und Kartellrechtsautonomie: Eine Hypothese auf der Basis der Public Choice Theorie, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 32, S. 912 ff.

⁹ Vgl. *Hayek, F. A. von* (1971/91), *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., S. 185; *ders.* (1976/1986), *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 2: Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 2. Aufl., Landsberg, S. 101, und *ders.* (1979/1989), *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 3, Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, 2. Aufl., Landsberg, S. 25 ff.

¹⁰ Vgl. *Hoppmann, E.* (1968), Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: *Schneider, H. K.* (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin, S. 36 f.

¹¹ Vgl. *Hoppmann, E.* (1967), Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: *Besters, H.* (Hrsg.), *Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik*: Festschrift für Th. Wessels, Berlin, S. 181 ff.

¹² Vgl. *Hoppmann, E.* (1988), Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: *ders.*, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden, S. 324 ff.

Allerdings ist dieser Ansatz von *Hoppmann* mit einer an wohlfahrtsökonomischen Kriterien orientierten Betrachtungsweise schwer vereinbar.¹³ So können von zahlreichen wettbewerbs- bzw. freiheitsbeschränkenden Verhaltensweisen eben nicht nur wettbewerbsschädliche, sondern eben auch wohlfahrtsfördernde und wettbewerbsintensivierende Wirkungen ausgehen. Dies kann beispielsweise für effizienzsteigernde Unternehmenszusammenschlüsse oder auch vertikale Vereinbarungen gelten. Auch bei zahlreichen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht immer a priori davon auszugehen, dass sie wettbewerbsschädlich sind. Der von *Hoppmann* zitierte konstitutionelle Wissensmangel wirkt daher in beide Richtungen. Nicht nur, dass nicht sicher die wettbewerbsfördernden Wirkungen prognostiziert werden können, es können auch umgekehrt nicht immer die wettbewerbsschädlichen Aspekte des Verhaltens sicher vorhergesagt werden. D.h., die Forderung nach *per se*-Regeln auf der Basis des konstitutionellen Wissensmangels hat den Preis, wohlfahrtsökonomisch zu suboptimalen Ergebnissen zu führen, da man die freiheitsbeschränkenden Wirkungen möglicher wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen nicht hinreichend genau prognostizieren kann.¹⁴

Die Notwendigkeit von *per se* - Regeln lässt sich jedoch vor allem aus der *Public Choice*-Perspektive hinreichend begründen. Unterstellt man, dass sich die Bürokraten und Politiker nicht wohlfahrtsmaximierend, sondern eigenutzmaximierend verhalten, so können existierende diskretionäre Handlungsspielräume dazu genutzt werden, Partikularinteressen zum Durchbruch zu verhelfen. Insofern ist das Misstrauen gegenüber solchen diskretionären Handlungsspielräumen gerechtfertigt. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Anwendung von *per se* -Regeln in der Wettbewerbspolitik mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet ist.

So beengt die Verwendung von *per se* - Kriterien insbesondere die Möglichkeiten des Wettbewerbsschutzes auf kompetitiven Märkten.¹⁵ Es gibt - wie bereits eingangs erörtert - kaum Verhaltensweisen, bei denen die wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilenden Wirkungen unter allen Umständen gegenüber den positiven dominieren. So kann bspw. durch die Realisierung eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen erst begründet werden, wodurch die Koordinations- und Evolutionseffizienz der Wettbewerbsprozesse insgesamt ansteigen kann. Daher kann es für die Beurteilung von wettbewerblichen Verhaltensweisen notwendig sein, die gesamten relevanten Verhaltens- und Bedingungskonstellationen des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.

¹³ Vgl. hierzu die Kritik an dem Ansatz der Österreichischen Schule bei *Gerber, D.* (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, S. 232 ff.; *Venit, J. S.* (2005), Article 82: The Last Frontier – Fighting Fire With Fire, in: *Fordham International Law Journal* 28, S. 1157 ff. sowie die Argumentation bei *Weiszäcker, C. C. von* (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie: Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 54, S. 335 ff.

¹⁴ Vgl. *Erb, T., et al.*, *Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik*, Frankfurt am Main et al. 2000, S. 106.

¹⁵ Vgl. *Bartling, H.*, *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, München 1980, S. 54 ff.

Im Ergebnis bedeutet dies aus theoretischer Sicht, dass nur dort, wo die eindeutig schädliche wettbewerbliche Wirkung der Verhaltensweisen exakt definiert werden kann, der Einsatz von *per se* - Regeln sinnvoll erscheint. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich im Wettbewerbsrecht weitgehend weltweit die Verwendung der *per se* - Kriterien nur für bestimmte Absprachen bezüglich der Preise, Mengen und Gebiete durchgesetzt hat. Hier ist eindeutig feststellbar, dass die negativen Wirkungen gegenüber positiven Wirkungen dominieren. Daher ist die Verwendung von *per se*-Regeln in der Wettbewerbspolitik in der Regel nur auf diese wenigen Bereiche begrenzt.

Aus den oben angeführten Gründen hat sich daher sowohl in der Wettbewerbspolitik als auch in der jüngeren und älteren Literatur die Anwendung einer *rule of reason* – also Einzelfallbeurteilung – durchgesetzt.¹⁶ Von den Schwierigkeiten ausgehend, die Auswirkungen von Verhaltensweisen, die gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen, ökonomisch präzise zu erfassen, wird von der einer theoretischen Überlegenheit einer *rule of reason*-Betrachtung gegenüber der Verwendung von *per se*-Kriterien ausgegangen.¹⁷

4 Kosten und Nutzen einer stärkeren Einzelfallbeurteilung

Insofern scheint aus theoretischer Sicht vieles für den Schritt der Europäischen Kommission zu sprechen, mithilfe des ökonomischeren Ansatzes die Effizienz der europäischen Wettbewerbspolitik durch eine noch stärker als bisher konstitutionalisierte Einzelfallorientierung und damit weiterführenden *rule of reason*-Anwendung zu erhöhen. Der Nutzen einer solchen Politik wäre eine höhere Entscheidungsqualität in Form der Reduktion der jeweiligen Entscheidungsfehler der ersten und zweiten Ordnung.¹⁸ So könnten mithilfe des ökonomischeren Ansatzes ungerechtfertigte Freigaben (Fehlertyp 1. Ordnung) und ungerechtfertigte Untersagungen (Fehlertyp 2. Ordnung) reduziert werden. Insgesamt würde dies zu Wohlfahrtserhöhungen führen, da direkte Wohlfahrtsverluste durch wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen vermieden und gleichzeitig potentielle Effizienzgewinne realisiert werden könnten. Aus öko-

¹⁶ Vgl. grundlegend *Kaysen, C., und D. F. Turner* (1965), *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Mass., S. 241, sowie *Adams, W., und J. W. Brock* (1990), *The Sherman Act and the Economic Power Problem*, in: *Antitrust Bulletin* 25, S. 35.

¹⁷ Vgl. *Sullivan E. Th., und J. L. Harrison* (1994), *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 2. Aufl., New York, S. 78 ff., sowie *Sullivan, E. Th., und H. Hovenkamp* (1994), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, 3. Aufl., Charlottesville, S. 486.

¹⁸ Vgl. *Hildebrand, D.* (2005), *Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, S. 513 ff.; *Hofer, P., M. Williams und L. Wu* (2005), *Empirische Methoden in der Fusionskontrolle*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, S. 155 ff. und *Röller, L.-H.* (2004), *Der ökonomischere Ansatz in der Wettbewerbspolitik*, in: *Monopolkommission* (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Baden-Baden, S. 39.

nomischer Sicht sind daher die Vorteile des ökonomischeren Ansatzes primär in der Reduktion von Fehlerkosten zu sehen.¹⁹

Diesen Vorteilen sind jedoch die jeweiligen Kosten gegenüberzustellen. Sie resultieren in der Hauptsache in der Form eines höheren Verfahrensaufwandes und der Gefahr einer faktischen Verringerung an Rechtssicherheit. Der höhere Verfahrensaufwand ergibt sich insbesondere daraus, dass zum einen nach den geeigneten institutionellen und prozeduralen Strukturen zu fragen ist, die es ermöglichen, etwaige Gefahrenpotentiale einer stärkeren *rule of reason*-Anwendung, insbesondere durch eine stärkere Instrumentalisierung der Wettbewerbspolitik zugunsten einzelner Interessengruppen zu reduzieren und so eine Instrumentalisierung der Wettbewerbspolitik zu verhindern. Dabei wird deutlich, dass insbesondere die institutionellen und prozeduralen Gestaltungsaufgaben bei einer *rule of reason* ungleich komplexer sind als bei der Verwendung von *per se*-Standards. Der rechtliche Rahmen muss so gesetzt werden, dass eine beschränkte *rule of reason* in dem gezeigten Kontinuum verwirklicht wird. Die Ermessensspielräume dürfen nicht unbegrenzt wirken, sondern es müssen enge Ermessengrenzen – die auch rechtlich überprüfbar sein sollten – gesetzt werden. Zur Erreichung von Rechtssicherheit müssen daher vorn vornherein die Ermessensbereiche transparent definiert werden. Darüber hinaus müssen die Entscheidungsträger klare Richtlinien entwickeln, wie sie ihr Verwaltungshandeln verstehen und wie sie die zur Verfügung stehenden Ermessensspielräume zu nutzen beabsichtigen. Allerdings reicht eine *ex ante* - Transparenz allein nicht aus. Vielmehr muss auch nach einer ergangenen Entscheidung *ex post* - Transparenz hergestellt werden. Das heißt, die Entscheidungsträger müssen daraufhin verpflichtet werden, ihre Entscheidungen und die dort ergangene Nutzung der Ermessensspielräume zu veröffentlichen.

Allerdings ist die Erfüllung von Transparenz nur ein Bestandteil für eine am Prinzip der Rechtssicherheit orientierten *rule of reason* - Praxis. Darüber hinaus müssen auch zahlreiche prozedurale Bedingungen erfüllt sein. Die prozeduralen Bedingungen beziehen sich insbesondere darauf, dass die zu entscheidende Wettbewerbsbehörde politisch unabhängig ist. In diesem Zusammenhang ist auf die Notwendigkeit einer politikneutralen Institutionalisierung der Wettbewerbsbehörde zu verweisen. Aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrien im Rahmen der Regulierungs- und Wettbewerbspolitik bestünde ansonsten immer ein Anreiz für die politisch handelnden Akteure, ihre Informationsvorsprünge für eine Bevorzugung privilegierter Interessengruppen zu nutzen.

Aus diesen Explikationen wird deutlich, dass die Institutionalisierung einer *rule of reason* aufwendiger, komplexer und mit höheren Transaktionskosten einhergeht als die Verwendung von *per se* - Kriterien. Diese höheren Transaktionskosten sind als Preis dafür anzusehen, dass man dadurch stärker am Einzelfall orientierte und damit möglicherweise effizientere Entscheidung herbeiführt.

¹⁹ Vgl. Christiansen, A. (2006), Der “more economic approach” in der EU-Fusionskontrolle, in: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 55, S. 150 ff.

Weiterhin sind bei Einzelfallentscheidungen höhere Entscheidungskosten zu erwarten. Die Qualität der zu treffenden Entscheidungen wird maßgeblich davon abhängen, inwieweit es der Wettbewerbsbehörde gelingt, die entscheidungsrelevanten Informationen zu beschaffen und zu verarbeiten. So zeigt sich auch im Rahmen des ökonomischeren Ansatzes der Europäischen Kommission, dass der Verfahrensaufwand bspw. bei der Anmeldung von Fusionen beträchtlich gestiegen ist.²⁰ Daher sehen sich die Unternehmen und Wettbewerbsbehörden erheblichen Zeit- und Kostenaufwendungen ausgesetzt.²¹ Gleichzeitig erhöhen sich die Kosten der Informationsverarbeitung. Die Aussagekraft der im Rahmen der Einzelfallprüfung angewandten industrieökonomischen und ökonometrischen Modelle hängt entscheidend von der Qualität und Vollständigkeit der verfügbaren Daten ab.²² Auch diese Kosten müssen den jeweiligen Nutzen einer höheren Entscheidungsqualität gegenübergestellt werden.

Eine weitere Kostenerhöhung ist aus der Reduktion der Rechtssicherheit zu erwarten. Grundsätzlich gilt es als weitgehend unstrittig, dass Rechtssicherheit eine essentielle Voraussetzung für das effiziente Funktionieren einer jeden Wirtschaftsordnung darstellt. So konstatiert bereits *Friedrich August von Hayek*:

*„Die Wichtigkeit, die die Gewißheit des Rechts für das glatte und wirksame Funktionieren einer freien Gesellschaft hat, kann kaum übertrieben werden. Wahrscheinlich hat kein einzelner Faktor mehr zur Prosperität des Westens beigetragen, als die verhältnismäßig große Rechtssicherheit, die dort bestand“.*²³

Empirische Unterstützung findet diese Argumentation beispielsweise anhand der im Auftrag der Weltbank 1997 durchgeführten Studie von *Brunetti/Kisunko/Weeder*.²⁴ Die Autoren gelangen dabei zu dem Ergebnis, dass zwischen der subjektiv empfundenen Eigentums- und Rechtssicherheit und den gesamtwirtschaftlichen Wachstumsraten in 58 Ländern eine positive Korrelation bestand.

Eine Konsequenz von Rechtssicherheit ist, dass Individuen einschätzen können, ob bestimmte Handlungen erlaubt oder verboten sind. Sie ist verbunden mit der Fähigkeit, Handlungen der Vertreter des Staates mit hinreichend hoher Präzision zu prognostizieren. Darüber hinaus hat Rechtssicherheit auch eine zeitliche Dimension: Falls Vertreter des Staates zunächst fälschlich geschlossen hatten, dass ein Individuum gegen eine Regel verstoßen habe, und wenn dann ein Gericht diese Entscheidung korrigiert, so ist nur dann von Rechtssicherheit zu spre-

²⁰ Vgl. *Lingos, T., et al.* (2004), An Amended Merger Implementing for a New Merger Regime, in: *EC Competition Policy Newsletter* 2004 (1), S. 79 ff.

²¹ Vgl. bereits *Neven, D., R. Nuttal und P. Seabright* (1993), *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, London, S. 150 f.

²² Vgl. *Bundeskartellamt* (2004), *Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuer ökonomischer Methoden*, Bonn, S. 6.

²³ *Hayek, F. A. von* (1971/1991), *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen S. 270 f.

²⁴ *Brunetti, A., G. Kisunko und B. Weeder* (1997), *Credibility of Rules and Economic Growth*, Research Working Paper 1760, The World Bank.

chen, wenn die Erlaubnis, die zunächst verbotene Handlung auszuführen, hinreichend zügig erfolgt, so dass sie für das betroffene Individuum noch von Interesse ist.

Rechtssicherheit ist eine formale Eigenschaft von Rechtssystemen, sie ist nicht an bestimmte Regelinhalte geknüpft. Dass Rechtssicherheit auch für eine effiziente Wettbewerbspolitik bzw. Fusionskontrolle eine essentielle Voraussetzung darstellt, kann ebenfalls anhand empirischer Untersuchungen belegt werden. *Shughart/Tollison* (1991) untersuchten die Bedeutung der Rechtssicherheit für die Wettbewerbspolitik.²⁵ Sie interessierten sich dabei für die Auswirkungen des *Sherman* und *Clayton Acts* auf die Beschäftigung, indem sie überprüften, ob eine unvorhersehbare Verschärfung der Wettbewerbspolitik bei Unternehmen zu einem ineffizienten Einsatz der Produktionstechnologie geführt hat. Dabei stellten sie fest, dass die Unternehmen für den Untersuchungszeitraum von 1947 bis 1981 auf eine nicht-antizipierte restriktivere Wettbewerbspolitik mit einer Reduktion ihrer gegenwärtigen und geplanten Produktionskapazitäten reagierten. Eine restriktivere Wettbewerbspolitik führte vor allem zu einem Rückgang der angemeldeten Zusammenschlüsse und zu einer Erweiterung der Desinvestitionsstrategien. Damit würden, so die Argumentation der Autoren, die Unternehmen von ihrer optimalen Unternehmensgröße abweichen, was mit höherer Ineffizienz und einem Anstieg der Arbeitslosigkeit einhergehe. *Shughart/Tollison* konnten dabei zeigen, dass zwischen einer unvorhersehbaren Verschärfung der Wettbewerbspolitik und der Arbeitslosigkeit ein signifikanter Zusammenhang für den Betrachtungszeitraum bestand. Diese Studie kann als ein Beleg dafür angesehen werden, dass Rechtsunsicherheit im Sinne eines nicht-antizipierbaren Paradigmenwechsels in der Wettbewerbspolitik zu Anpassungskosten bspw. in Form von Arbeitslosigkeit führt.

Bittlingmayer (2001) hat nach dem Zusammenhang zwischen Investitionstätigkeit und politischer Unsicherheit am Beispiel der Wettbewerbspolitik gefragt.²⁶ Für den Untersuchungszeitraum von 1947 bis 1991 gelangte er zum Ergebnis, dass unvorhergesehene Änderungen in der Wettbewerbspolitik, insbesondere in der Fusionskontrolle, mit einem Rückgang der Investitionstätigkeit einhergehen²⁷. So ermittelte er für insgesamt 21 Industriebereiche einen Rückgang des Investitionsvolumens – hervorgerufen durch Unsicherheiten in der Wettbewerbspolitik - zwischen 34 und 110 Millionen US\$.

Beide empirische Studien sind daher als Beleg dafür anzusehen, dass Rechtsunsicherheit in der Wettbewerbspolitik mit ökonomischen Folgekosten in Form von Arbeitslosigkeit und Investitionsrückgängen einhergeht. Insofern kann die Hypothese, dass Rechtssicherheit keine Konsequenzen für die Entwicklung einer Volkswirtschaft hat, auch für den Bereich der Wettbewerbspolitik und insbesondere der Fusionskontrolle eindeutig verworfen werden.

²⁵ Vgl. *Shughart, W., und R. Tollison* (1991), The Employment Consequences of Antitrust Enforcement, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 147, S. 38 ff.

²⁶ Vgl. *Bittlingmayer, G.* (2001), Regulatory Uncertainty and Investment: Evidence from Antitrust Enforcement, in: *Cato Journal* 20, S. 295 ff.

²⁷ Vgl. ebenda, S. 321.

In Bezug auf die Wettbewerbspolitik bedeutet Rechtssicherheit, dass die Unternehmen die Reaktion der Wettbewerbsbehörden mit hinreichender Sicherheit prognostizieren können. So sind bspw. im Bereich der Zusammenschlusskontrolle angekündigte, dann aber schließlich durch die Wettbewerbsbehörden untersagte Fusionen mit hohen versunkenen Kosten für die betroffenen Unternehmen verbunden. Meist sind zur Durchführung des Zusammenschlusses spezifische Investitionen notwendig, die bei einem Scheitern der Fusion unwiederbringlich verloren gehen. Darüber hinaus können gescheiterte Fusionsvorhaben mit Reputationsverlusten verbunden sein, Unsicherheit und Widerstand in der Belegschaft sind eine weitere Kostenkomponente. Unterstellt man vollkommene Rechtssicherheit, so würden Fusionen nur dann angemeldet werden, wenn die betroffenen Unternehmen auch davon ausgehen können, dass ihre Fusionsvorhaben die Zustimmung der Wettbewerbsbehörden finden würden. Rechtssicherheit ist auch eine Konsequenz von früheren Entscheidungen – und hat damit eine Erfahrungskomponente: Nach der Verabschiedung eines neuen Gesetzes herrscht zunächst Unsicherheit über dessen Interpretation durch die Wettbewerbsbehörden. Mit zunehmender Anwendungspraxis können die Unternehmen auf immer mehr Erfahrungswissen zurückgreifen, so dass die Unsicherheit im Zeitablauf abnimmt.

Fragt man nach der zeitlichen Dimension der Rechtssicherheit in der europäischen Wettbewerbspolitik, so lässt sich zunächst konstatieren, dass die Kommission in ihren Entscheidungen engen zeitlichen Restriktionen unterliegt. Im Rahmen der Fusionskontrolle ist beispielsweise eine erste Entscheidung bereits nach 25 bzw. 35 Tagen fällig. Nur wenn die Kommission ernsthafte Zweifel hegt, eröffnet sie die zweite Phase der Untersuchung, die weitere 90 – 105 Tage dauern kann. Nach etwa einem halben Jahr - hier sind noch die vier Wochen hinzugerechnet, die ein Unternehmen benötigt, um die Informationen zusammenzustellen, welche die Kommission fordert, bevor sie ein Verfahren formell eröffnet - liegt eine Entscheidung vor. Kommt es nun jedoch zu einer Untersagung, gegen die die Unternehmen vor dem Gericht Erster Instanz Rechtsmittel einlegen, so dauerte es bisher im Durchschnitt 33 Monate bis das Gericht eine Entscheidung getroffen hat. Nach einer so langen Frist dürfte für die meisten Unternehmen die Realisierung des Fusionsvorhabens bedeutungslos geworden sein. Inzwischen ist zwar ein beschleunigtes Verfahren eingeführt worden, das in den Fällen *Schneider/Legrand* und *Tetra Laval/Sidel* und *Bertelsmann/Sony* bereits angewandt wurde, aber noch immer müssen die Unternehmen nahezu zwölf Monate auf eine entsprechende Entscheidung warten. Legt die Kommission gegen die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz beim EuGH Berufung ein, vergehen weitere Jahre.

Mit der stärkeren Anwendung von *rule of reason*-Entscheidungen ist dabei zu befürchten, dass nicht nur die Entscheidungen selbst aufwendiger und schwieriger vorhersagbar werden, sondern eben auch die Anfechtungswahrscheinlichkeit erhöht wird, da Einzelfallentscheidungen prinzipiell mit höheren diskretionären Ermessensspielräumen einhergehen und gerade die Ausübung hoher Ermessensspielräume die Umstrittenheit einzelner Entscheidungen drastisch

erhöhen kann. Gleichzeitig werden dann die entsprechenden Anfechtungsverfahren vor den Gerichten ebenfalls mit höheren prozessualen Aufwendungen verbunden sein, woraus eine weitere Reduktion der Rechtssicherheit und der ökonomischen Effizienz resultieren kann.

Zusammenfassend lässt sich daher konstatieren, dass die im Rahmen des *more economic approaches* stärkere Orientierung zu *rule of reason*-Entscheidungen mit zahlreichen Kosten behaftet ist. Neben den höheren Verfahrens- und Entscheidungskosten ist es vor allem der Verlust an Rechtssicherheit. Wird die wettbewerbspolitische Beurteilung unternehmerischer Verhaltensweisen von ihren konkreten Marktauswirkungen abhängig gemacht, so steht die dazu notwendige einzelfallbezogene Wettbewerbsanalyse in einem offensichtlichen Zielkonflikt mit der Notwendigkeit normativer Generalisierung und Vorhersagbarkeit.²⁸

Fragt man nun nach der Ökonomik des „*more economic approach*“ in der Wettbewerbspolitik, so wird seine Effizienz daher maßgeblich davon abhängen, inwieweit es mit ihm gelingt, die Entscheidungsqualität tatsächlich zu erhöhen. Denn nur dann würde er gegenüber den höheren Entscheidungs- und Informationskosten und den Wohlfahrtseinbußen aus dem Verlust an Rechtssicherheit noch einen positiven Nettonutzen generieren. Daher ist im nächsten Schritt der Frage nachzugehen, inwieweit tatsächlich mit dem ökonomischeren Ansatz in der Wettbewerbspolitik die Entscheidungsqualität gesteigert werden kann.

5 Höhere Entscheidungsqualität durch den „*more economic approach*“?

Die erste Frage, die es zu beantworten gilt, ist die Frage nach den Mitteln, mit dessen Hilfe der ökonomischere Ansatz die Entscheidungsqualität zu erhöhen vermag. Die Antwort der Europäischen Kommission darauf ist eindeutig. Insbesondere durch Rückgriff auf industrieökonomische Modelle und quantitative Verfahren bzw. Informationsgewinnung über die Marktprozesswirkungen, soll im Einzelfall eine Würdigung des wettbewerbliehen oder weniger wettbewerbliehen Verhaltens erfolgen. D. h., eine wettbewerbspolitische Ahndung des unternehmerischen Verhaltens soll dann erfolgen, wenn mit Hilfe der Modelle oder quantitativen Methoden der Nachweis gelingt, dass sich aus dem Verhalten negative Auswirkungen für die Konsumentenwohlfahrt ergeben. Die erhoffte Erhöhung der Entscheidungsqualität wird demnach vor allem davon abhängen, inwieweit es gelingt, mit Hilfe der industrieökonomischen Modelle robuste Ergebnisse bezüglich des zu beurteilenden Marktverhaltens bei einer gegebenen Marktstruktur abzuleiten. Es sind jedoch leise Zweifel erlaubt, ob dies eine Erfolg versprechende Strategie zur Erhöhung der Entscheidungsqualität ist.

Worauf stützt sich diese Skepsis? Damit die quantitativen Methoden industrieökonomischer oder ökonometrischer Art eine höhere Entscheidungsqualität im Einzelfall generieren können,

²⁸ Vgl. Drexl, J., und B. Conde Gallego (2006), *Geistiges Eigentum als Bestandteil der Wettbewerbsordnung*, München, S. 3.

müssen sie im Wesentlichen zwei Voraussetzungen erfüllen: sie müssen in der Lage sein, die gegenwärtigen Wettbewerbsbedingungen auf den zu untersuchenden Markt vollständig und konsistent abzubilden und darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die mit ihrer Hilfe gewonnenen Ergebnisse in justifiable Entscheidungskriterien überführt werden können und damit auch gegebenenfalls Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung werden können. Insofern müssen sie im übertragenen Sinne die Eigenschaft eines ordentlichen Beweises übernehmen können.

Fraglich ist bereits, ob sich mithilfe industrieökonomischer Modelle Markt- und Wettbewerbsprozesse vollständig und konsistent abbilden lassen. Insbesondere ist kritisch zu hinterfragen, inwieweit sich in der industrieökonomischen Modellwelt Markt- und Wettbewerbsprozesse mit hinreichender Genauigkeit abbilden lassen. Dagegen spricht bereits die Tatsache, dass es sich bei Wettbewerbsprozessen generell um vielschichtige und komplexe Phänomene handelt²⁹. Damit ist es aus theoretischer Sicht nur schwer möglich, alle konkreten Bedingungen und Funktionsweisen sowie Wirkungen von Wettbewerbsprozessen herauszuarbeiten. Der Wettbewerb kann daher vielmehr als ein offener Prozess charakterisiert werden, dessen ökonomische Ergebnisse nicht genau vorhergesagt werden können. Einer positiven Beschreibung über die Determiniertheit von Wettbewerbsprozessen sind daher enge Grenzen gesetzt.³⁰ Insofern lassen sich bezüglich der Ergebnisse von Wettbewerbsprozessen allenfalls Mustervorhersagen treffen. Eine exakte Wettbewerbstheorie ist nicht existent, die unter den jeweiligen Bedingungen die wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen des jeweiligen Marktverhaltens prognostizieren kann.³¹

Erschwert wird dies insbesondere dadurch, dass die Neue Industrieökonomik vor allem ihre Aussagen auf der Basis spieltheoretischer Überlegungen bildet. Prinzipiell ist gegen den Einsatz spieltheoretischer Methoden in der Wettbewerbstheorie nichts einzuwenden, im Gegenteil, im Sinne des wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts und der Methodenvielfalt ist dies sehr zu begrüßen. Problematisch wird es jedoch dann, wenn man aus den mit Hilfe der Spieltheorie generierten Ergebnissen bestimmte Handlungsempfehlungen für die Wettbewerbspolitik ausspricht, ohne auf die Begrenztheit der Ergebnisse hinzuweisen. So ist beispielsweise bei der Verwendung spieltheoretischer Modelle die Annahme, dass die Akteure alle potentiellen Handlungsoptionen kennen und genau die Ergebnisse (pay-offs) dieser Handlungsoptionen abschätzen können, zu kritisieren. Diese Bedingung mag innerhalb eines kurzfristigen Zeitraums möglicherweise noch erfüllt sein, es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, dass die Akteure auch über mehrere Perioden hinweg diesbezüglich stabile Erwartungen bil-

²⁹ Vgl. Hayek, F. A. von, (1972), *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen, S. 25 ff.

³⁰ Vgl. hierzu bereits Hoppmann, E. (1968), Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider, H. K. (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin, S. 17.

³¹ Vgl. Schmalensee, R. (1987), Horizontal Merger Policy: Problems and Changes, in: *Journal of Economic Perspectives* 1; S. 42.

den können.³² Ist diese Annahme nicht erfüllt, so kann es bereits zu erheblichen Abweichungen zwischen spieltheoretisch prognostiziertem und tatsächlich beobachtbarem Marktverhalten kommen. Auch ist keineswegs gesichert, dass die Anwendung spieltheoretischer Modelle zu einheitlichen Ergebnissen führt. In Abhängigkeit von den jeweils getroffenen Verhaltensannahmen ist die Prognose eines bestimmten Gleichgewichts keineswegs sichergestellt, vielmehr kann es beispielsweise in dynamischen Spielen unter unvollständiger Information neben Trennungs- und Vereinigungsgleichgewichten auch Gleichgewichte in gemischten Strategien geben. Eindrucksvolle Belege finden sich hierbei bezüglich der theoretischen Erfassung von Kampfpreisstrategien.³³ Auf diese Problematik machte bereits *Louis Phlips* als prominenter Vertreter der Anwendung spieltheoretischer Modelle in der Wettbewerbstheorie aufmerksam:

*„...I know that much work remains to be done on practical questions, such as how a given industry can be identified as being in a Nash equilibrium, how it gets into such an equilibrium, how it gets out of it, and how it moves from one such equilibrium to another one”.*³⁴

Daher sind die mit Hilfe der Spieltheorie generierten Ergebnisse zur Beurteilung der wohlfahrtsökonomischen Effekte wettbewerblicher Handlungsstrategien stets vor dem Hintergrund der häufig restriktiv zu treffenden Annahmen zu betrachten.

Ein weiteres Problem, das die Übertragung industrieökonomischer Modelle in die wettbewerbspolitische Praxis erschwert, ist darin zu sehen, dass die in der Industrieökonomik verwandten Modelle sich hauptsächlich auf Preisbildungsprozesse und daher auf den Aktionsparameter Preis beziehen. Preisbildungsmodelle sind aber nicht in der Lage, das gesamte Spektrum von Wettbewerbsprozessen abzubilden. Vielmehr besteht der Wettbewerbsprozess aus dem komplexen Zusammenwirken mehrerer verschiedener Aktionsparameter wie zum Beispiel Kapazitäten, Qualität, Service und Innovationen. Insofern sind auch hier der Übertragbarkeit industrieökonomischer Modelle enge Grenzen gesetzt, es sei denn man reduziert die Wettbewerbspolitik auf die Aufgabe des Schutzes des Preiswettbewerbs.

Damit an dieser Stelle kein Missverständnis auftritt. Dieser Beitrag richtet sich keineswegs gegen die Industrieökonomik. Im Gegenteil die industrieökonomische Forschung und die aus ihr resultierenden Ergebnisse sind für eine erfolgreiche Wettbewerbspolitik elementar und unverzichtbar. Fraglich ist nur, ob das Treffen von Einzelfallentscheidungen auf der Basis spezifischer industrieökonomischer Modelle zu einer Erhöhung der Entscheidungsqualität führt.

³² Vgl. hierzu insbesondere die Kritik von *Güth, W.* (1992), Spieltheorie und Industrieökonomik – Muss Liebe weh tun?, in: *IFO-Studien*, 38, S. 272.

³³ Vgl. hierzu die grundlegenden Arbeiten von *Milgrom, P.*, und *J. Roberts* (1982), Predation, Reputation and Entry Deterrence, in: *Journal of Economic Theory* 27, S. 443 ff., sowie *Kreps, D. M.*, und *R. Wilson* (1982), Reputation and Imperfect Information, in: *Journal of Economic Theory* 27, S. 253 ff.

³⁴ *Phlips, L.* (1995), *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge, Mass., S. 11.

Die oben dargestellten Zweifel bezüglich der zuverlässigen und konsistenten Übertragbarkeit industrieökonomischer Modelle in die wettbewerbspolitische Praxis lassen gleichsam auch an der zweiten Voraussetzung, Schaffung einer klaren Justitiabilität, erhebliche Zweifel aufkommen. Der Übertragbarkeit abstrakter Modelle in empirische Tests, die gerichtsverwertbare Tatsachen liefern, sind enge Grenzen gesetzt.³⁵ Die Ursache hierfür findet sich eben gerade in der Tatsache, dass eine allgemeingültige Theorie und die systematische empirische Überprüfung der industrieökonomischen Konzepte nicht existent ist, so dass keine scharfe Abgrenzung des Gültigkeitsbereichs der einzelnen Modelle und des für den Einzelfall in Frage kommende jeweils relevanten Modells möglich ist.³⁶

Im Rahmen der Einzelfallentscheidungen würde dies dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörde, bzw. die Generaldirektion Wettbewerb, darüber zu entscheiden hat, welche Modelle für den jeweiligen Einzelfall als relevant zu erachten sind, womit sich wiederum die diskretionären Entscheidungsspielräume erhöhen würden. Kommt es dann gar zu einer gerichtlichen Überprüfung, so müssten die Gerichte über die Geeignetheit einzelner ökonomischer Modelle in der wettbewerbspolitischen Entscheidungspraxis urteilen. Da aber auch hier wiederum klare theoretische Kriterien fehlen, zeigt sich auch hier wiederum, dass mit der angestrebten Ökonomisierung der Wettbewerbspolitik auf der Basis von Einzelfallentscheidungen primär die Rechtssicherheit reduziert wird, während die spürbare Verbesserungen der Entscheidungsqualität aus den oben genannten Gründen nicht zu erwarten ist. Die zeigt vor allem die letzte Entscheidung des Gerichts Erster Instanz im Fall Sony/BMG bzw. Impala nur allzudeutlich.

6 Der „*more economic approach*“ und die Entscheidung im Fall Sony/BMG

Der Entscheidung der Kommission im Fall Sony/BMG kommt im Hinblick auf die Anwendung des ökonomischeren Ansatzes eine Schlüsselrolle zu. Handelt es sich doch hierbei um einen der ersten bedeutsameren Entscheidungsfälle im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle, bei dem die Europäische Kommission explizit den ökonomischeren Ansatz anwendete, auch wenn dieser Fall streng genommen noch unter das alte Untersagungskriterium der Begründung oder Verstärkungen einer marktbeherrschenden Stellung fiel.³⁷ Nachdem die Entscheidung der Kommission im Sommer 2006 durch das Europäische Gericht Erster Instanz revidiert worden ist, zeigt dieser Fall exemplarisch die Probleme bzw. Schwächen des *more economic approach* auf und belegt auch, dass durch ihn zwangsläufig nicht die Ent-

³⁵ Vgl. Tirole, J., (1999), *Industrieökonomik*, 2. Aufl., München, S. 833.

³⁶ Vgl. Fisher, F. M. (1989), *Games Economists Play: A Noncooperative View*, in: *Rand Journal of Economics* 20, S. 113 ff.

³⁷ Vgl. Eberl, E. (2004), *Following an in-depth Investigation the Commission approved the Creation of the Sony/BMG Music Recording Joint Venture on 19 July 2004*, in: *EC Competition Policy Newsletter* 3, S. 7 ff.

scheidungsqualität verbessert wird, sondern vielmehr die Gefahr der Reduktion der Rechtssicherheit konkretisiert wird.

In diesem Entscheidungsfall ging es darum, dass Bertelsmann und Sony die Zusammenlegung ihres weltweiten Tonträgergeschäfts in dem konzentrativen Joint Venture Sony BMG beantragten. Geschäftszweck des Gemeinschaftsunternehmens ist die Talentsuche und Förderung von Künstlern sowie die Vermarktung und Verkauf von bespielten Tonträgern. Die Marktstruktur des Marktes für bespielte Tonträger ist durch das Vorliegen eines Oligopols mit fünf weltweit tätigen Tonträgerherstellern und von einer nicht unbedeutenden Anzahl kleinerer Tonträgerfirmen, sogenannten unabhängigen Labels, gekennzeichnet. Im Mittelpunkt der wettbewerblichen Untersuchung im Zusammenhang mit dem angemeldeten Joint Venture stand die Frage, inwieweit die Zusammenlegung der Aktivitäten und damit die Reduktion des fünfer auf einer vierer Oligopol bezüglich des Marktes für bespielte Tonträger zu einer Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf dem Tonträgermarkt führt.

In ihrer Untersuchung stützte sich die Kommission im Wesentlichen auf die Vorgaben des Gerichts Erster Instanz aus der Entscheidung *Airtours/First Choice*³⁸. Im Rahmen ihres Urteils hatten die Richter eine stärker an ökonomischen Kriterien – insbesondere anhand spieltheoretischer Erkenntnisse - orientierte Analyse bei der Feststellung oligopolistischer Marktbeherrschung gefordert. Demnach könne nur dann eine Schaffung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung angenommen werden, wenn die Marktbedingungen keinerlei Anreize zu abweichendem Verhalten bieten würden. Voraussetzung dafür ist, dass das abweichende Verhalten jederzeit von den anderen Marktteilnehmern aufgedeckt und ohne größere Verzögerung bestraft werden kann. Diese Bedingungen waren in der Verbotsentscheidung der Kommission im Fall *Airtours/First Choice* nach Ansicht des Gerichtes nicht erfüllt.³⁹

Auf diesem Urteil aufbauend kam die Kommission im Fall Sony/BMG zu dem Ergebnis, dass die Bedingungen für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht erfüllt seien und erklärte das geplante Joint Venture ohne Auflagen und Bedingungen für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Hintergrund für diese Entscheidung bildete die ökonomische Untersuchung der Kommission. Zum einen untersuchte die Kommission das bisherige Marktverhalten der Oligopolisten anhand der Entwicklung der Durchschnittsettopreise, der veröffentlichten Listenpreise, der Unterschiede zwischen Brutto- und Nettopreisen sowie entsprechender Preisnachlässe mit Hilfe ökonometrischer Untersuchungen. Hierbei kam sie zu dem Ergebnis, dass sich keine Indizien für bewusste Preisabsprachen finden ließen. Darüber hinaus kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass trotz einer hohen Markttransparenz die Unternehmen auf dem Tonträgermarkt über keine Möglichkeiten verfügen würden, potentielle

³⁸ Vgl. *Airtours/Kommission* der EG, in: GeI Slg.2000 Rs. T 329/99

³⁹ Vgl. hierzu auch *Motta, M.* (2000), *EC Merger Policy and the Airtours Case*, in: *European Competition Law Review* 21, S. 199 f., sowie *Schwalbe, U.* (2003), *Die Airtours First-Choice-Entscheidung: Ökonomische Grundlagen und wettbewerbspolitische Konsequenzen*, Diskussionsbeiträge aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre der Universität Hohenheim, Nr. 215, Stuttgart.

Transparenzdefizite in der Preisnachlasspolitik zu überwinden. Insofern gäbe es stets ausreichende Anreize für abweichendes Verhalten, das eine stabile Kollusion erschweren würde. Gleichfalls waren bisher noch keine Vergeltungsmaßnahmen in Form des Ausschlusses von Kompilations-Joint-Ventures beobachtbar, da die Kommission keine Hinweise fand, dass solche Mittel angewendet oder auch nur angedroht worden wären. Insofern hat die Kommission ihrer Ansicht nach keine ausreichenden Beweise finden können, dass das geplante Joint Venture zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf einem der nationalen Tonträgermärkte führen dürfte.

Gegen die von der Kommission ergangene Freigabe klagte das Unternehmen Impala – eine unabhängige Tonträgerfirma - vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz. Impala machte dabei geltend, dass der Kommission in ihrer Entscheidung schwerwiegende Beurteilungsfehler unterlaufen sind: so hat sie nicht ausreichend gewürdigt, dass bereits vor der Realisierung des Joint Ventures die Bedingungen einer kollektiven Marktbeherrschung erfüllt waren, womit die Freigabeentscheidung der Kommission zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. Darüber hinaus wären die Spezifika des Marktes für online Musiklizenzen nicht ausreichend berücksichtigt worden. Weiterhin wären der Europäischen Kommission eine Reihe ökonomischer Bewertungsfehler (*manifest error assessment*) unterlaufen.

Die Bedenken des Klägers Impala wurden von den Richtern des Gerichts Erster Instanz geteilt. So wiesen die Richter der Kommission nach, dass sie aus ihren ökonometrischen Preisstudien die falschen Schlüsse gezogen hat. So seien die über mehrere Perioden hinweg existierenden Preisanpassungen eine klare Indiz für das Vorliegen kollusiven Marktverhaltens, so dass bereits hier von der Existenz oligopolistischer Marktbeherrschung hätte ausgegangen werden müssen. Gleichzeitig hätte die Kommission nicht alle zur Verfügung stehenden Daten zur Beurteilung der Markttransparenz genutzt, so dass der Schluss, es würde keine ausreichenden Mechanismen zur Überwindung des Transparenzdefizits bei Nachlasskäufen geben, nicht vom Gericht geteilt wurde. Weiterhin wiesen die Richter der Kommission eine Fehlbeurteilung bezüglich der Bewertung potentieller Bestrafungsmechanismen nach. So sei aus der empirischen Beobachtung, dass es bisher noch keinen Ausschluss aus Kompilations-Joint-Ventures gegeben hätte bzw. ein solcher Ausschluss noch nicht angedroht worden wäre, nicht automatisch der Schluss zu ziehen, dass dies auch in Zukunft so sein müsste. Daher hoben die Richter die Freigabeentscheidung der Kommission im Fall Sony/BMG auf.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts Erster Instanz hat damit, wahrscheinlich unabsichtlich, die gravierenden Schwächen des *more economic approach* offensichtlich gemacht. Denn anscheinend gelingt es der Kommission nicht, auch unter Zuhilfenahme des ökonomischeren Ansatzes die Entscheidungsqualität erheblich zu verbessern. Ökonomisch ausgedrückt bedeutet dies nichts anderes, als dass der Grenznutzen des neuen Ansatzes in Form einer höheren Entscheidungsqualität beträchtlich in Zweifel zu ziehen ist. Vielmehr

überwiegen die gestiegenen Grenzkosten in Form höherer Rechtsunsicherheit. Die Schwächen des *more economic approach* wurden schonungslos offen gelegt. Die Hauptschwierigkeiten sind – wie bereits oben ausgeführt – in der mangelnden Justitiabilität und der unter diskretionären Ermessensspielräumen getroffenen Einzelfallentscheidungen zu sehen. Genau hier zeigen sich die elementaren Schwächen einer ausgedehnten *rule of reason*-Anwendung.

Die geringe Justitiabilität des ökonomischeren Ansatzes gewinnt vor allem dann an Bedeutung, wenn die Kommission nicht nur eine Untersagung in Wettbewerbsachen beweisen, sondern auch – wie im Fall Sony/BMG – im Zuge einer Konkurrentenklage ihre Freigabeentscheidungen mit stichhaltigen Beweisen belegen muss. Die Anwendung der vielschichtigen und nicht immer eindeutigen ökonomischen Modelle führt dann zu dem paradoxen Ergebnis, dass die Kommission weder den Nachweis erbringen kann, dass ein bestimmtes Vorhaben oder Verhalten den Wettbewerb behindert noch kann sie umgekehrt auch nicht den Nachweis erbringen, dass dieses Verhalten den Wettbewerb nicht behindert bzw. dass daraus keine Wohlfahrtsverluste für die Verbraucher resultieren. Damit besteht die reale Gefahr, dass die Kommission in komplizierten und dann auch kontroversen Wettbewerbsfällen nicht mehr in der Lage ist, konsistente Entscheidungen zu treffen. Die Konsequenz wäre dann, dass stets an die Stelle der Kommissionsentscheidung die Rechtsprechung des Gerichts Erster Instanz bzw. auch des Europäischen Gerichtshofes treten würde. Die Gerichte müssten dann über die Angemessenheit der ökonomischen Modelle im Einzelfall urteilen. Damit würden die Richter letztendlich zur eigentlichen europäischen Wettbewerbsbehörde generieren. Unter Berücksichtigung der dabei entstehenden langen Verfahrensdauern kann dies jedoch nicht im Sinne der Rechtssicherheit sein.

Insofern hat die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz die Grenzen einer allzu optimistischen Beurteilung des ökonomischeren Ansatzes in der europäischen Wettbewerbspolitik deutlich gemacht. Es ist daher zu fragen, ob im Rahmen der Diskussion über den ökonomischeren Ansatz die Risiken dieses Ansatzes nicht systematisch unterschätzt worden sind.

7 Die politökonomische Dimension des ökonomischeren Ansatzes

Neben den Fragen nach der Wirkung auf die Rechtssicherheit hat der ökonomischere Ansatz auch eine zweite, aus ordnungsökonomischer Sicht keineswegs zu vernachlässigende Dimension. Hierbei geht es um die Frage, mit welchen Auswirkungen aus politökonomischer Sicht mit dem ökonomischeren Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik zu rechnen ist.

Bereits eingangs wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass eine stärkere Einzelfallbeurteilung stets mit höheren diskretionären Ermessensspielräumen einhergeht. Nun besteht stets die Gefahr, dass hieraus ein höheres Potential zur Berücksichtigung von Interessengruppen in der

Wettbewerbspolitik resultiert.⁴⁰ Das eine solche Gefahr insbesondere für die europäische Wettbewerbspolitik nicht von der Hand zu weisen ist, liegt insbesondere daran, dass die europäischen Wettbewerbspolitik nach wie vor nicht politikneutral institutionalisiert wurden ist und die wettbewerbspolitischen Entscheidungen von der Europäischen Kommission getroffen werden, die oftmals unter divergierenden Zielen zu entscheiden hat, was die Gefahr der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte begründen kann. In der Vergangenheit haben sich immer wieder Belege für eine solche Politisierung der Wettbewerbspolitik finden lassen.⁴¹ Die drohende Gefahr einer politischen Instrumentalisierung der europäischen Wettbewerbspolitik könnte nur mit Hilfe uiversaler Regeln in Form von *per se*-Regeln verhindert werden.⁴²

Insbesondere die materiell-rechtlichen Reformen des europäischen Wettbewerbsrechts im Zuge der Realisierung des *more economic approaches* haben massiv die Entscheidungsspielräume der Europäischen Kommission erhöht. Hierzu zählen nicht nur die Substitution des Kartellverbots entsprechend Art. 81 EGV durch das System der Legalausnahmen durch die VO 1/2003⁴³ sondern auch die Einführung des neuen sogenannten SIEC-Tests als Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle und die Berücksichtigung von Effizienzwirkungen⁴⁴. Für die anstehenden Reformen der Missbrauchsaufsicht und der Beihilfenkontrolle zeichnet sich bereits ebenfalls eine Ausdehnung der diskretionären Ermessensspielräume ab.⁴⁵

Interessanterer Weise erfolgt die materiell rechtliche Umsetzung des *more economic approach* in der Form, dass die jeweiligen Aufgreifkriterien, die das wettbewerbsschädliche Verhalten ahnden sollen, verschärft werden, so dass diese dann für eine größere Anzahl von Fällen relevant sind.⁴⁶ Im zweiten Schritt werden dann, um eine allzu restriktive Entscheidungspraxis zu vermeiden, Kriterien eingefügt, die im Rahmen einer entsprechenden Einzelfalluntersuchung eine Genehmigung des wettbewerbsschädlichen Verhaltens legitimieren können. Hierbei ist insbesondere auf die realisierte bzw. geplante Einführung der Berück-

⁴⁰ Vgl. *Baum, Th.* (1982), *Pe se Rule versus Rule of Reason und Kartellrechtsautonomie*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 32, S. 912 ff.

⁴¹ Vgl. *Schmidt, A.* (1999), *Europäische Wettbewerbspolitik zwischen Prozeß- und Ergebnisorientierung: Zur Notwendigkeit institutioneller Reformen in der europäischen Wettbewerbspolitik*, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 218, S. 433 ff.

⁴² Vgl. *Voigt, St.* (2006), *Robust Political Economy: The Case of Antitrust*, in: *Review of Austrian Economics* 19, S. 211.

⁴³ Vgl. *Mestmäcker, E.-J.* (1999), *Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 10, S. 523 ff., und *Möschel, W.* (2001), *Ex ante-Kontrolle versus ex post-Kontrolle im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 52, S. 63 ff.

⁴⁴ Vgl. *Voigt, St.*, und *A. Schmidt* (2004), *Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have substantial Costs – SIC!*, in: *European Competition Law Review* 25, S. 580 ff.

⁴⁵ Vgl. *Schmidt, A.*, und *St. Voigt* (2006), *Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb*, erscheint in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56.

⁴⁶ So beispielsweise die Einführung des neuen Untersagungskriteriums in der europäischen Fusionskontrolle, „*significant impediment to effective competition*“, die faktisch eine Verschärfung der Fusionskontrolle gegenüber dem alten Marktbeherrschungskriterium bedeutet.

sichtigung von Effizienzüberlegungen im Rahmen der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht zu verweisen. Auf den ersten Blick erscheint dies widersprüchlich, da es sich der ökonomischere Ansatz in der Wettbewerbspolitik zur Aufgabe gemacht hat, die Wettbewerbspolitik stärker an der Konsumentenwohlfahrt auszurichten. Dies würde im Ergebnis aus ökonomischer Sicht eigentlich eher für eine Absenkung der Aufgreifkriterien sprechen, da es eine Reihe von Wettbewerbsbeschränkungen gibt, von denen positive Wirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt ausgehen können. Dieser Widerspruch lässt sich nur dann auflösen, wenn man unterstellt, dass die Generaldirektion Wettbewerb bzw. die Europäische Kommission mit der Umsetzung des „*more economic approach*“ indirekt beabsichtigt, grundsätzlich den Anwendungsbereich der europäischen Wettbewerbspolitik auszudehnen. Dabei geht es ihr nicht mehr nur um die Realisierung wettbewerbspolitischer Ziele, sondern vielmehr um eine generelle Aufsicht über die wettbewerbslichen Strukturen innerhalb der Europäischen Union. Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs ist jedoch besonders kritisch zu sehen. Denn hiervon wären nicht nur die sich wettbewerbswidrig verhaltenden Unternehmen betroffen, sondern auch eine Reihe von kleinen und mittleren Unternehmen oder besonders innovativen Unternehmen, die aufgrund der marktlichen Strukturen die nun abgesenkten Aufgreifkriterien erfüllen. Aus ordnungsökonomischer Sicht wäre diese Entwicklung sehr bedenklich und würde weitere Kosten des ökonomischeren Ansatzes nach sich ziehen.

Zur Reduktion dieser Kosten wäre aber eine grundsätzlich neue Institutionalisierung der europäischen Wettbewerbspolitik, beispielsweise durch die Schaffung eines unabhängigen Kartellamtes etc. erforderlich.⁴⁷ Bedauerlicherweise waren jedoch weder institutionale noch wesentliche prozedurale Aspekte Gegenstand des ökonomischeren Ansatzes in der Wettbewerbspolitik, so dass sich hier eine entsprechende Anpassungslücke ergibt. Auf der Ebene der europäischen Wettbewerbspolitik sind den materiell-rechtlichen Änderungen des ökonomischeren Ansatzes keine entsprechenden prozeduralen Änderungen gefolgt.

8 Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Der vorliegende Beitrag ging der Frage nach, wie ökonomisch der neue ökonomischere Ansatz der europäischen Wettbewerbspolitik ist. Insbesondere aus ordnungsökonomischer Sicht ist es mehr als zweifelhaft, ob mit dem neuen Ansatz tatsächlich Fortschritte erzielt werden. Ob der „*more economic approach*“ tatsächlich ökonomisch ist, ist zu bezweifeln, da der zusätzliche Nutzen in der Form besserer Entscheidungen mehr als vage ist. Demgegenüber stehen jedoch zusätzlichen Kosten in Form höherer Rechtsunsicherheit, höherer Verfahrens- und Entscheidungskosten sowie die Gefahr von Wohlfahrtsverlusten durch wachsende Möglichkeiten der Einflussnahme auf die jeweiligen Entscheidungen. Ökonomisch ausgedrückt be-

⁴⁷ Vgl. Schmidt, A., und St. Voigt (2005), Die prozeduralen Aspekte der Fusionskontrolle: Die vergessene Seite der Reform, in: *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften* 56, S. 164 ff.

steht die Gefahr, dass die zusätzlichen Kosten den zusätzlichen Nutzen bei weitem überschreiten, was zu einer suboptimalen Ausrichtung der Wettbewerbspolitik führt. Insofern ist die ökonomische Effizienz des neuen Ansatzes mehr als fraglich.

Die Ursachen für diese skeptische Beurteilung sind leicht ausgemacht. Grundsätzlich ist gegen eine ökonomisch fundierte Entscheidungsfindung und Effizienzorientierung in der Wettbewerbspolitik nichts einzuwenden. Hauptproblem ist jedoch das Verständnis der Europäischen Kommission bezüglich des ökonomischeren Ansatzes. Nach Lesart der Kommission bedeutet der ökonomischere Ansatz nicht die Erhöhung der Effizienz der Entscheidungsfindung oder die stärkere Berücksichtigung der ökonomischen Konsequenzen der jeweiligen Entscheidungen, sondern dessen Umsetzung soll mit Hilfe einer erweiterten *rule of reason*-Anwendung unter Berücksichtigung ökonomischer Modelle erfolgen. Die in diesem Beitrag geäußerte Kritik wendet sich primär gegen dieses Verständnis bzw. diese Umsetzung des ökonomischeren Ansatzes, nicht jedoch gegen die Intention des Ansatzes selbst.

Die Umsetzung des „*more economic approach*“ sollte daher nicht bei der Regelanwendung erfolgen, sondern vielmehr bei der Regelsetzung. Hierin ist der Konstruktionsfehler des ökonomischeren Ansatzes auf der europäischen Ebene zu sehen. In der bisherigen Anwendungspraxis zeigt sich, dass der ökonomischere Ansatz durch Einzelfallentscheidungen realisiert werden soll. Die Schwierigkeiten die eine solche Einzelfallorientierung mit sich bringen kann, wurde hier mithilfe theoretischer Argumente aufgezeigt und es zeigt sich bspw. im Fall Sony/BMG, dass diese Argumente in der Realität durchaus von Relevanz sind. Vielmehr sollte daher der ökonomischere Ansatz an der Regelsetzung ansetzen. D.h., die Erkenntnisse der ökonomischen Theorie sollten sich bereits in den Wettbewerbsregeln widerspiegeln und nicht der Regelauslegung durch die Kartellbehörden bzw. die Gerichte unterliegen. Eine an der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Wettbewerbspolitik wird dagegen nicht in der Lage sein, Rechtssicherheit und damit auch institutionelle Effizienz zu generieren. Sowohl sachverständigen Beamten und Richtern wird es nicht möglich sein, im Rahmen von Einzelfallentscheidungen konsistente Entscheidungen über den Zeitablauf zu treffen.⁴⁸ So hat bereits *Friedrich August von Hayek* darauf hingewiesen, dass es bereits aufgrund der fehlenden Operationalisierbarkeit von Wohlfahrt und Gerechtigkeit in der Natur einer letztlich auf Einzelfallgerechtigkeit bedachten Politik liegt, dass sie ihr Ziel niemals erreichen wird und damit Gefahr läuft, die Grundlagen einer freiheitlichen Ordnung zu gefährden⁴⁹.

Für die Ökonomen stellt sich die anspruchsvolle Aufgabe, die Erkenntnisse aus der Industrieökonomik und bspw. der Spieltheorie in die Regelsetzung zu transferieren und diese in justifiable Größe zu übersetzen. Aus ordnungsökonomischer Sicht sollte daher hier die Schwerpunktsetzung erfolgen und weniger in dem Versuch, durch eine umfangreiche *rule of reason*-Anwendung Effizienz im Einzelfall verbunden mit Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Hier-

⁴⁸ Vgl. *Easterbrook, F.* (1982), *Way of Criticizing the Court*, in: *Harvard Law Review* 95, S. 818.

⁴⁹ Vgl. *Hayek, F. A. von* (1975), *Die Irrtümer des Konstruktivismus*, Tübingen, S. 132.

bei ist auch darüber nachzudenken, inwieweit es erforderlich ist, mit differenzierten Regeln, die jedoch einen klaren konsistenten Rahmen vorgeben, das gewünschte Maß an Effizienzorientierung in der Wettbewerbspolitik zu realisieren.⁵⁰

In seiner jetzigen Form ist der „*more economic approach*“ alles andere als ein ökonomischerer Ansatz. Insbesondere aus ordnungsökonomischen Überlegungen, sind die aktuellen Entwicklungen im Bereich der europäischen Wettbewerbspolitik mit Sorge zu beobachten. Eine Verschiebung in der sowohl wissenschaftlich als auch politisch geführten Diskussion hin zu einem stärker an den Kriterien der Rechtssicherheit orientierten ökonomischeren Ansatz ist daher als wünschenswert anzusehen.

Literatur

- Adams, W., und J. W. Brock (1990), The Sherman Act and the Economic Power Problem, in: *Antitrust Bulletin* 25, S. 1-45.
- Albers, M. (2006), Kommentar: „More economic approach“ bei der Anwendung von Art. 82 EGV, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, S. 3
- Arthur, T. C. (2000), A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 337-389.
- Bartling, H., *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, München 1980.
- Baum, Th. (1982), Per se Rule versus Rule of Reason und Kartellrechtsautonomie: Eine Hypothese auf der Basis der Public Choice Theorie, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 32, S. 912-919.
- Bittlingmayer, G. (2001), Regulatory Uncertainty and Investment: Evidence from Antitrust Enforcement, in: *Cato Journal* 20, S. 295-325.
- Brunetti, A., G. Kisunko und B. Weeder (1997), *Credibility of Rules and Economic Growth*, Research Working Paper 1760, The World Bank.
- Bundeskartellamt (2004), *Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuer ökonomischer Methoden*, Bonn.
- Christiansen, A. (2006), Der “more economic approach” in der EU-Fusionskontrolle, in: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 55, S. 150-174.
- Christiansen, A., und W. Kerber (2005), Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", mimeo, Marburg.
- Drexel, J., und B. Conde Gallego (2006), *Geistiges Eigentum als Bestandteil der Wettbewerbsordnung*, München.
- Easterbrook, F. (1982), Way of Criticizing the Court, in: *Harvard Law Review* 95, S. 802-831.
- Eberl, E. (2004), Following an in-depth Investigation the Commission approved the Creation of the Sony/BMG Music Recording Joint Venture on 19 July 2004, in: *EC Competition Policy Newsletter* 3, S. 7-10.
- Erb, T., et al., *Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik*, Frankfurt am Main et al. 2000.
- Europäische Kommission (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brüssel.
- Fisher, F. M. (1989), Games Economists Play: A Noncooperative View, in: *Rand Journal of Economics* 20, S. 113-124.
- Gerber, D. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford.
- Güth, W. (1992), Spieltheorie und Industrieökonomik – Muss Liebe weh tun?, in: *IFO-Studien*, 38, S. 271-316.
- Hayek, F. A. von (1971/1991), *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen.
- Hayek, F. A. von (1972), *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen.
- Hayek, F. A. von (1975), *Die Irrtümer des Konstruktivismus*, Tübingen.
- Hayek, F. A. von (1979/1986), *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 3, Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, 2. Aufl., Landsberg.

⁵⁰ Vgl. Christiansen, A., und W. Kerber (2005), Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", mimeo, Marburg.

- Hayek, F. A. von (1976/1986), *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 2: Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 2. Aufl., Landsberg.
- Hildebrand, D. (2005), Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, S. 513-520.
- Hofer, P., M. Williams und L. Wu (2005), Empirische Methoden in der Fusionskontrolle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, S. 155-162.
- Hoppmann, E. (1966), Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität – Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 179, S. 286-323.
- Hoppmann, E. (1967), Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: *Besters, H. (Hrsg.), Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik: Festschrift für Th. Wessels*, Berlin, S. 145-197.
- Hoppmann, E. (1967/68), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs: Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 181, S. 251-264.
- Hoppmann, E. (1968), Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: *Schneider, H. K. (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin, S. 9-49.
- Hoppmann, E. (1988), Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: *ders., Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden, S. 318-332.
- Immenga, U. (2006), Kommentar: Der „more economic approach“ als Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, S. 463
- Kantzenbach, E. (1967/68), Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 181, S. 193-241.
- Kaysen, C., und D. F. Turner (1965), *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Mass.
- Kreps, D. M., und R. Wilson (1982), Reputation and Imperfect Information, in: *Journal of Economic Theory* 27, S. 253-279.
- Lingos, T., et al. (2004), An Amended Merger Implementing for a New Merger Regime, in: *EC Competition Policy Newsletter* 2004 (1), S. 79-84.
- Mestmäcker, E.-J. (1999), Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 10, S. 523-529.
- Milgrom, P., und J. Roberts (1982), Predation, Reputation and Entry Deterrence, in: *Journal of Economic Theory* 27, S. 280-312.
- Möschel, W. (2001), Ex ante-Kontrolle versus ex post-Kontrolle im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 52, S. 63-73.
- Motta, M. (2000), EC Merger Policy and the Airtours Case, in: *European Competition Law Review* 21, S. 428-436.
- Neven, D., R. Nuttal und P. Seabright (1993), *Merger in Daylight: The Economics and Politics of European Merger Control*, London.
- Phlips, L. (1995), *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge.
- Röller, L.-H. (2004), Der ökonomischere Ansatz in der Wettbewerbspolitik, in: *Monopolkommission (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Baden-Baden, S. 37-47.
- Schmalensee, R. (1987), Horizontal Merger Policy: Problems and Changes, in: *Journal of Economic Perspectives* 1; S. 41-54.
- Schmidt, A. (1999), Europäische Wettbewerbspolitik zwischen Prozeß- und Ergebnisorientierung: Zur Notwendigkeit institutioneller Reformen in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 218, S. 433-452.
- Schmidt, A., und St. Voigt (2005), Die prozeduralen Aspekte der Fusionskontrolle: Die vergessene Seite der Reform, in: *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften* 56, S. 164-184.
- Schmidt, A., und St. Voigt (2006), Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, erscheint in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56.
- Schmidtchen, D. (2005), Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: *Oberender, P. (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 173-179.
- Schmidtchen, D. (2006), Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56 S. 6-16.
- Schmidtchen, D. (2006), Kommentar: Fehltriteile über den „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, S. 707.
- Schwalbe, U. (2003), *Die Airtours First-Choice-Entscheidung: Ökonomische Grundlagen und wettbewerbspolitische Konsequenzen*, Diskussionsbeiträge aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre der Universität Hohenheim, Nr. 215, Stuttgart.

- Shughart, W., und R. Tollison (1991), The Employment Consequences of Antitrust Enforcement, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 147, S. 38-52.
- Sullivan E. Th., und J. L. Harrison (1994), *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 2. Aufl., New York.
- Sullivan, E. Th., und H. Hovenkamp (1994), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, 3. Aufl., Charlottesville.
- Tirole, J.,(1999), *Industrieökonomik*, 2. Aufl., München.
- Tom, W. K., und C. Pak (2000), Toward a Flexible rule of Reason, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 391-428.
- Venit, J. S. (2005), Article 82: The Last Frontier – Fighting Fire With Fire, in: *Fordham International Law Journal* 28, S. 1157-1180.
- Voigt, St., (2006), Robust Political Economy: The Case of Antitrust, in: *Review of Austrian Economics* 19, S. 203-215.
- Voigt, St., und A. Schmidt (2004), Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have substantial Costs – SIC!, in: *European Competition Law Review* 25, S. 580-586.
- Weiszäcker, C. C. von (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie: Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 54, S. 335-339.

Freiburger **Diskussionspapiere** zur Ordnungsökonomik

Freiburg **Discussion Papers** on Constitutional Economics

- 98/1** **Vanberg, Viktor J.:** Markets and Regulation – On the Contrast Between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism. Published in: Constitutional Political Economy Vol. 10 No. 3, October 1999, p. 219-243.
- 98/2** **Pejovich, Svetozar:** Toward a Theory of the Effects of the Interaction of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development.
- 99/1** **Vanberg, Viktor J.:** Standortwettbewerb und Demokratie. Veröffentlicht in: S. Frick, R. Penz, J. Weiß (Hrsg.): Der freundliche Staat. Kooperative Politik im institutionellen Wettbewerb, Marburg: Metropolis 2001, S. 15-75.
- 99/1A** **Vanberg, Viktor J.:** Globalization, Democracy and Citizens' Sovereignty: Can Competition Among Governments Enhance Democracy? Published in: Constitutional Political Economy, Vol. 11, No. 1, March 2000, p. 87-112.
- 99/2** **Vanberg, Viktor J.:** Ordnungsökonomik und Ethik. Zur Interessenbegründung von Moral. Veröffentlicht in: B. Külp, V. J. Vanberg (Hrsg.): Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Haufe Verlagsgruppe: Freiburg, Berlin, München, 2000, S. 579-605.
- 99/2A** **Vanberg, Viktor J.:** Constitutional Economics and Ethics – On the Relation Between Self-Interest and Morality. Published in: G. Brennan, H. Kliemt, R. D. Tollison (eds.): Methods and Morals in Constitutional Economics – Essays in Honor of James M. Buchanan, Berlin, Heidelberg: Springer 2002, p. 485-503.
- 99/3** **Cassel, Susanne:** Die Rolle von Think Tanks im US-amerikanischen Politikberatungsprozess. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 51, 2000, S. 203-230.
- 00/1** **Sideras, Jörn:** Systems Competition and Public Goods Provision. Veröffentlicht in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 19, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S. 157-178.
- 00/2** **Vanberg, Viktor J.:** Markets and the Law. Published in: N. J. Smelser, P. B. Baltes (eds.): International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, Vol. 14, Amsterdam et al.: Elsevier 2001, p. 9221-9227.
- 00/3** **Vanberg, Viktor J.:** F.A. von Hayek. Published in: N. J. Smelser, P. B. Baltes (eds.): International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, Vol. 10, Amsterdam et al.: Elsevier 2001, p. 6482-6486.
- 00/4** **Vanberg, Viktor J.:** Der konsensorientierte Ansatz der konstitutionellen Ökonomik. Veröffentlicht in: H. Leipold, I. Pies (Hrsg.): Ordnungstheorie und Ordnungspolitik - Konzeptionen und Entwicklungsperspektiven, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Band 64, Stuttgart, 2000, S. 251-276.
- 00/5** **Vanberg, Viktor J.:** Functional Federalism: Communal or Individual Rights? On B. S. Frey's and R. Eichenberger's Proposal for a "New Federalism". Published in: KYKLOS, Vol. 53, 2000, p. 363-386.
- 00/6** **Zoll, Ingrid:** Zwischen öffentlicher Meinung und ökonomischer Vernunft: Individuelle Meinungen über Globalisierung und Wettbewerb. Veröffentlicht in: W. Ötsch, S. Panther (Hrsg.): Ökonomik und Sozialwissenschaft. Ansichten eines in Bewegung geratenen Verhältnisses, Marburg: Metropolis 2002, S. 179-210.
- 01/1** **Sideras, Jörn:** Konstitutionelle Äquivalenz und Ordnungswahl. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 52, 2001, S. 103-129.
- 01/2** **Märkt, Jörg:** Knut Wicksell: Begründer einer kritischen Vertragstheorie? Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 52, 2001, S. 189-214.
- 01/3** **Stamm, Hansueli:** Institutioneller Rahmen des Electronic Commerce: Eine ordnungsökonomische Analyse am Beispiel der digitalen Signatur.

- 01/3A Stamm, Hansueli:** Institutional Framework of Electronic Commerce: A Constitutional Economic Analysis of the Problems With Digital Signatures.
- 01/4 Vanberg, Viktor J.:** Evolutorische Ökonomik: Homo Oeconomicus, Markt und Institutionen. Veröffentlicht in: A. Diekmann, R. Moser (Hrsg.): Evolution in den Natur-, Sozial- und Geisteswissenschaften, Bern, Stuttgart, Wien: Haupt 2003, S. 117-137.
- 01/5 Vanberg, Viktor J.:** Rational Choice vs. Program-based Behavior: Alternative Theoretical Approaches and their Relevance for the Study of Institutions. Published in: Rationality & Society, Vol. 14, 2002, p. 7-53.
- 01/6 Vanberg, Viktor J.:** Citizens' Sovereignty and Constitutional Commitments: Original vs. Continuing Agreement. Published in: A. Breton, G. Galeotti, P. Salmon, R. Weintrobe (eds.): Rational Foundations of Democratic Politics, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 198-221.
- 02/1 Vanberg, Viktor J.:** F. A. Hayek und die Freiburger Schule. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 3-20.
- 02/2 Pelikan, Pavel:** Why Economic Policies Need Comprehensive Evolutionary Analysis. Published in: P. Pelikan, G. Wegner (eds.): The Evolutionary Analysis of Economic Policy, Cheltenham, Northampton: Elgar 2003, p. 15-45.
- 02/3 Märkt, Jörg:** Armutsexternalitäten: Verfassungsökonomische Rechtfertigung einer kollektiven Grundsicherung. Veröffentlicht in: Analyse & Kritik 25, 2003, S. 80-100.
- 02/4 Märkt, Jörg:** Zur Methodik der Verfassungsökonomik. Die Aufgabe eines vertrags-theoretisch argumentierenden Ökonomen.
- 02/5 Vanberg, Viktor J.:** Rationalitätsprinzip und Rationalitätshypothesen: Zum methodo-logischen Status der Theorie rationalen Handelns. Veröffentlicht in: H. Siegenthaler (Hrsg.): Rationalität im Prozess kultureller Evolution. Rationalitätsunterstellungen als eine Bedingung der Möglichkeit substantieller Rationalität des Handelns, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 33-63.
- 02/6 Schnellenbach, Jan:** The Evolution of a Fiscal Constitution When Individuals are Theoretically Uncertain. Published in: European Journal of Law & Economics, Vol. 17, 2004, p. 97-115.
- 02/7 Wohlgemuth, Michael:** Schumpeterian Political Economy and Downsian Public Choice: Alternative economic theories of democracy. Published in: A. Marciano, J.-M. Josselin (eds.): Law and the State. A Political Economy Approach, Cheltenham: Edward Elgar 2005, p. 21-57.
- 02/8 Fischer, Christian:** Europäisierung der nationalen Zivilrechte – Renaissance des institutionellen Rechtsdenkens?
- 03/1 Vanberg, Viktor J.:** Die Verfassung der Freiheit: Zum Verhältnis von Liberalismus und Demokratie. Veröffentlicht in: N. Berthold, E. Gundel (Hrsg.): Theorie der sozialen Ordnungspolitik, Stuttgart: Lucius & Lucius 2003, S. 35-51.
- 03/2 Goldschmidt, Nils / Berndt, Arnold:** Leonhard Miksch (1901–1950) – A Forgotten Member of the Freiburg School. Published in: American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005, p. 973-998.
- 03/3 Vanberg, Viktor J.:** The Rationality Postulate in Economics: Its Ambiguity, its Deficiency and its Evolutionary Alternative. Published in: Journal of Economic Methodology, Vol. 11, 2004, p. 1-29.
- 03/4 Nau, Heino Heinrich:** Reziprozität, Eliminierung oder Fixierung? Kulturkonzepte in den Wirtschaftswissenschaften im Wandel. Veröffentlicht in: G. Blümle u.a. (Hrsg.): Perspektiven einer kulturellen Ökonomik, Münster: Lit-Verlag 2004, S. 249-269.
- 03/5 Pelikan, Pavel:** Bringing Institutions into Evolutionary Economics: Another View with Links to Changes in Physical and Social Technologies. Published in: Journal of Evolutionary Economics, Vol. 13, 2003, p. 237-258.
- 03/6 Vanberg, Viktor J.:** Bürgersouveränität und wettbewerblicher Föderalismus: Das Beispiel der EU. Veröffentlicht in: W. Schäfer (Hrsg.): Zukunftsprobleme der europäischen Verfassung, Berlin: Duncker & Humblot 2004, S. 51-86.
- 03/7 Vanberg, Viktor J.:** The Status Quo in Contractarian Constitutional Perspective. Published in: Constitutional Political Economy, Vol. 15, 2004, p. 153-170.

- 03/8** **Dathe, Uwe / Goldschmidt, Nils:** Wie der Vater, so der Sohn? Neuere Erkenntnisse zu Walter Euckens Leben und Werk anhand des Nachlasses von Rudolf Eucken in Jena. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 49-74.
- 03/9** **Buchanan, James M:** Same Players, Different Game: How Better Rules Make Better Politics. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 25-35.
- 03/10** **Goldschmidt, Nils:** Zur Theorie der Sozialpolitik. Implikationen aus ordnungsökonomischer Perspektive. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (Hrsg.): Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft. Sozialethische und ordnungsökonomische Grundlagen, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, S. 63-95.
- 04/1** **Wohlgemuth, Michael:** The Communicative Character of Capitalistic Competition. A Hayekian response to the Habermasian challenge. Published in: The Independent Review, Vol. 10 (1), 2005, p. 83-115.
- 04/2** **Vaubel, Roland:** Reformen der europäischen Politikverflechtung. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 118-134.
- 04/3** **Vanberg, Viktor J.:** Austrian Economics, Evolutionary Psychology and Methodological Dualism: Subjectivism Reconsidered. Published in: R. Koppl (ed.): Evolutionary Psychology and Economic Theory (Advances in Austrian Economics, Vol. 7), Amsterdam et al.: Elsevier 2004, p. 155-199.
- 04/4** **Commun, Patricia:** Erhards Bekehrung zum Ordoliberalismus: Die grundlegende Bedeutung des wirtschaftspolitischen Diskurses in Umbruchszeiten.
- 04/5** **Frey, Bruno S.:** Direct Democracy for a Living Constitution. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 26-86.
- 04/6** **Vanberg, Viktor J.:** Sozialstaatsreform und ‚soziale Gerechtigkeit‘. Veröffentlicht in: Politische Vierteljahresschrift, Jg. 45, 2004, S. 173-180.
- 04/7** **Wohlgemuth, Michael / Sideras, Jörn:** Globalisability of Universalisability? How to apply the Generality Principle and Constitutionalism internationally.
- 04/8** **Albert, Hans:** Wirtschaft, Politik und Freiheit. Das Freiburger Erbe. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.), Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 405-419.
- 04/9** **Goldschmidt, Nils / Klinckowstroem, Wendula Gräfin v.:** Elisabeth Liefmann-Keil. Eine frühe Ordoliberale in dunkler Zeit. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.): Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 177-204.
- 04/10** **Vanberg, Viktor J.:** Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. Published in: Journal of Institutional Economics, Vol. 1 (1), 2005, p. 23-49.
- 04/11** **Vanberg, Viktor J.:** The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism.
- 04/12** **Goldschmidt, Nils:** Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism.
- 04/13** **Arnim, Hans Herbert von:** Reformen des deutschen Parteiensystems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 87-117.
- 04/14** **Blankart, Charles B.:** Reform des föderalen Systems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 135-158.
- 04/15** **Zintl, Reinhard:** Zur Reform des Verbändestaates. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 183-201.

- 05/1 Eith, Ulrich / Goldschmidt, Nils:** Zwischen Zustimmungsfähigkeit und tatsächlicher Zustimmung: Kriterien für Reformpolitik aus ordnungsökonomischer und politikwissenschaftlicher Perspektive. Veröffentlicht in: D. Haubner, E. Mezger, H. Schwengel (Hrsg.): Agendasetting und Reformpolitik. Strategische Kommunikation zwischen verschiedenen Welten, Marburg: Metropolis 2005, S. 51-70.
- 05/2 Vanberg, Viktor J.:** Auch Staaten tut Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 47-53.
- 05/3 Zweynert, Joachim / Goldschmidt, Nils:** The Two Transitions in Central and Eastern Europe and the Relation between Path Dependent and Politically Implemented Institutional Change.
- 05/4 Weizsäcker, C. Christian von:** Hayek und Keynes: Eine Synthese. In veränderter Fassung veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 95-111.
- 05/5 Vanberg, Viktor J.:** Das Paradoxon der Marktwirtschaft: Die Verfassung des Marktes und das Problem der „sozialen Sicherheit“. Veröffentlicht in: H. Leipold, D. Wentzel (Hrsg.): Ordnungsökonomik als aktuelle Herausforderung, Stuttgart: Lucius & Lucius 2005, S. 51-67.
- 05/6 Körner, Heiko:** Walter Eucken – Karl Schiller: Unterschiedliche Wege zur Ordnungspolitik.
- 05/7 Borella, Sara:** Political reform from a constitutional economics perspective: a hurdle-race. The case of migration politics in Germany.
- 05/8 Müller, Klaus-Peter / Weber, Manfred:** Versagt die soziale Marktwirtschaft? – Deutsche Irrtümer.
- 05/9 Wohlgemuth, Michael:** Politik und Emotionen: Emotionale Politikgrundlagen und Politiken indirekter Emotionssteuerung. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 359-392.
- 05/10 Goldschmidt, Nils:** Ist Gier gut? Ökonomisches Selbstinteresse zwischen Maßlosigkeit und Bescheidenheit. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 289-313.
- 05/11 Vanberg, Viktor J.:** Marktwirtschaft und Gerechtigkeit. Zu F.A. Hayeks Kritik am Konzept der „sozialen Gerechtigkeit“.
- 05/12 Vanberg, Viktor J.:** Der Markt als kreativer Prozess: Die Ökonomik ist keine zweite Physik.
- 05/13 Kersting, Wolfgang:** Der liberale Liberalismus. Notwendige Abgrenzungen.
- 06/1 Wohlgemuth, Michael:** Demokratie und Marktwirtschaft als Bedingungen für sozialen Fortschritt. Veröffentlicht in: in: R. Clapham, G. Schwarz (Hrsg.): Die Fortschrittsidee und die Marktwirtschaft, Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung 2006, S. 131-162.
- 06/2 Vanberg, Viktor J.:** Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics.
- 06/3 Marx, Reinhard:** Wirtschaftsliberalismus und Katholische Soziallehre.
- 06/4 Goldschmidt, Nils:** Kann oder soll es Sektoren geben, die dem Markt entzogen werden und gibt es in dieser Frage einen (unüberbrückbaren) Hiatus zwischen ‚sozialethischer‘ und ‚ökonomischer‘ Perspektive?
- 06/5 Pelikan, Pavel:** Markets vs. Government when Rationality is Unequally Bounded: Some Consequences of Cognitive Inequalities for Theory and Policy.
- 06/6 Vanberg, Viktor J.:** Corporate Social Responsibility and the “Game of Catallaxy”: The Perspective of Constitutional Economics.
- 06/7 Wohlgemuth, Michael / Brandi, Clara:** Strategies of Flexible Integration and Enlargement of the European Union. A Club-theoretical and Constitutional Economics Perspective.
- 06/8 Goldschmidt, Nils:** Ein „sozial temperierter Kapitalismus“? – Götz Briefs und die Begründung einer sozialethisch fundierten Theorie von Markt und Gesellschaft.
- 06/9 Vanberg, Viktor J.:** Individual Liberty and Political Institutions: On the Complementarity of Liberalism and Democracy.
- 06/10 Schmidt, André:** Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht.