

Schmidtchen, Dieter

Working Paper

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen "more economic approach"

CSLE Discussion Paper, No. 2004-11

Provided in Cooperation with:

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

Suggested Citation: Schmidtchen, Dieter (2004) : Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen "more economic approach", CSLE Discussion Paper, No. 2004-11, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23071>

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.

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“

Dieter Schmidtchen

Inhalt

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“

- I. Einleitung
- II. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung
 - 1. Konzeptionelle Anforderungen
 - 2. Dynamischer perfekter und imperfekter Wettbewerb
 - 3. Wettbewerbsbeschränkung
- III. Wettbewerbspolitik des „second best“
 - 1. Marktversagen und die allgemeine Theorie des „second best“
 - 2. Illustrationen
- IV. Vor- und Nachteile der Neuen Wettbewerbspolitik
 - 1. Theoretische Ebene
 - 2. Praktische Ebene
- V. Handreichung zur Implementation (Prüfschema)
- VI. „Post-Chicago“ Wettbewerbspolitik
- VII. Schluß
- Literaturverzeichnis

Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand

Lehrstuhl für Nationalökonomie,
insbes. Wirtschaftspolitik, Managerial Economics
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
Gebäude 31
D-66041 Saarbrücken

Telefon: *49(0)681-302 2132 Fax: *49(0)681-302 3591 e-Mail: csle@rz.uni-sb.de

Abstract: Economic Efficiency as the Principal Goal of Antitrust: Towards a “more economic approach”

Taking the fundamental and comprehensive reform of EU competition policy which embodies a shift from a formalistic regulatory approach towards a more economic approach as a point of departure, this article argues that it is time for antitrust policy to move beyond structural understandings of competition (“preserving competition”) and into the realm of explicit welfare analysis. A “more economic approach” should reflect current economic thinking about competition, incentives and efficiency. Competition is defined in the paper as a process of creating and appropriating value (social surplus). Allocative, technical and innovative inefficiencies are viewed as fundamentally due to failures of capturing value. The paper argues that antitrust laws should recognize a defence for all private acts that restrain “competition” under the traditional antitrust analysis but advance total welfare. The proposed efficiency defence is, however, limited to intramarket second-best tradeoffs, i.e. tradeoffs involving market failures in the relevant market. To rebut a finding of illegality based upon a traditional presumption of anticompetitive effects, defendants should have to establish, first, that the challenged conduct is responsive to an identifiable market failure, broadly defined as allocative, technical or innovative inefficiency in the relevant market; second, that the conduct produces a net increase in total welfare (“intramarket second-best claim”).

The antitrust authorities should accept the defence if, first, the conduct will not substantially impair the ability of public or private actors subsequently to ameliorate the effects of the market failure; and if, second, there is no less restrictive alternative consistent with the antitrust laws that could achieve similar welfare gains. The paper also assesses the costs and benefits of implementing an intra-market second-best defence and argues that this approach provides better criteria for a workable antitrust policy than an antitrust standard based on protecting “competition”.

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“

Die jüngsten Reformen im Europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlaß, sich erneut mit Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik zu beschäftigen. Unter Rückgriff auf die moderne Wettbewerbstheorie, die Industrie- und die Neue Institutionenökonomik werden in diesem Paper die Grundlagen eines „more economic approach“ entworfen. Wettbewerb wird als Parallel- und Austauschprozeß begriffen, in dem Werte (social surplus) geschaffen und angeeignet werden. Allokative, produktionstechnische und innovative Ineffizienzen sind in diesem Wettbewerbskonzept Folge einer mangelnden Aneignung von Wertschöpfung. Konkret wird in diesem Paper vorgeschlagen, daß Wettbewerbsbehörden und Gerichte in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein in traditioneller Sicht wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zulassen. Der Vorschlag basiert auf einer partialanalytisch interpretierten Theorie des „second-best“; bei ihr sind „second-best-tradeoffs“ ausschließlich auf den relevanten Markt bezogen.

Um Anschuldigungen zu entkräften, sollten die Beschuldigten zweierlei nachweisen: Erstens, das beanstandete Verhalten ist eine Reaktion auf ein identifiziertes Marktversagen oder technische oder dynamische (Neuerungen betreffende) Ineffizienz im relevanten Markt. Zweitens, das beanstandete Verhalten steigert per Saldo die Wohlfahrt.

Die Kartellbehörden hätten zwei Dinge zu prüfen: Erstens, behindert das beanstandete Verhalten in wesentlicher Weise spätere private oder staatliche Versuche, die Gründe für das Marktversagen, die technische oder dynamische Ineffizienz zu beseitigen? Zweitens, gibt es weniger stark gegen die Antitrust-Gesetze verstoßende Maßnahmen zur Erreichung derselben Wohlfahrtssteigerung? Wenn die Unternehmen ihre Argumente überzeugend dargelegt und die Kartellbehörden die beiden Fragen mit nein beantwortet haben, dann sollte das Verfahren eingestellt werden. Das Paper diskutiert auch die Vor- und Nachteile eines innermarktlichen „second-best“-Ansatzes in der Wettbewerbspolitik und zeigt die Vorteile gegenüber einer Wettbewerbspolitik auf, die nur den Wettbewerb schützen will.

JEL class.: L40

Encyclopedia of Law and Economics: 5300

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

„For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.” (O.W. Holmes 1897)

I. Einleitung*

Seit etwa 1999 stößt man in wettbewerbspolitischen Stellungnahmen der EU-Kommission immer häufiger auf eine Formel, die man vorher nicht kannte: „a more economic approach“. In einem White Paper von 1999 z. B. schreibt die Kommission: “In its handlings of individual cases, the Commission will adopt a more economic approach to the application of Article 85 (1), which will limit the scope of its application to undertakings with a certain degree of market power” (EU Commission 1999). Im 30. Bericht über Wettbewerbspolitik ist zum Thema „New Competition rules in the field of horizontal cooperation agreements“ Folgendes zu lesen: „The new rules embody a shift from the formalistic regulatory approach underlying the current legislation towards a more economic approach in the assessment of horizontal cooperation agreements. The basic aim of this new approach is to allow collaboration between competitors where it contributes to economic welfare without creating a risk for competition” (EU Commission 2000). Mehrfach hat sich Kommissar Monti in Vorträgen der Formel vom „more economic approach“ bedient. In einer Rede zur Competition Reform Policy vom Mai 2000 erwähnt er beispielsweise: “(I)t is important for me to stress that the proposed modernisation of Regulation 17 (im White Paper 1999, D. S.) cannot be seen in isolation. It forms part of a fundamental and comprehensive reform of community competition policy, affecting all its constituent parts, both substantive and procedural. There is a close interrelationship between the different elements which all aim to strengthen EC competition law. When assessing the White Paper proposal account must therefore be taken of the work that we are undertaking in the substantive field. Here I am thinking in particular of the new rules on vertical restraints and the draft texts in the field of horizontals, which mark a new departure based on a more economic approach” (Monti 2000).

* Ich danke den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Wettbewerb sowie PD Dr. Roland Kirstein und Dipl.-Kaufrau Birgit Will für wertvolle Hinweise. Das Paper wird in dem von Peter Oberender herausgegebenen Tagungsband der Arbeitsgruppe Wettbewerb des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Vereins für Socialpolitik veröffentlicht.

In dem ständigen Rekurren auf einen „more economic approach“ könnte sich ein Strategiewechsel – um nicht zu sagen, ein Paradigmenwechsel – in der Wettbewerbspolitik andeuten. Allerdings ist dieser „more economic approach“ noch nicht umfassend und systematisch dargestellt worden. Es wird auch nicht ganz klar, ob „more economic approach“ ein Arbeitstitel ist, unter dem eine substantielle Veränderung des wettbewerbspolitischen Leitbildes erarbeitet werden soll, oder ob es sich lediglich um eine verfahrensmäßige Innovation handelt. Vieles spricht dafür, daß es um das wettbewerbspolitische Leitbild geht, denn Kommissar Monti hat von Anfang an diesbezüglich ehrgeizige Ziele verfolgt: „To develop an economic interpretation of EU competition rules was, indeed, one of my main objectives when I took office as Commissioner for competition” (Monti 2003: 4). In einer Rede, die er am 24. Oktober 2003 gehalten hat („EU competition policy after May 2004“, Fordham Conference), bezeichnet er die Trias aus Modernisierung der Antikartellpolitik, der Überarbeitung der Fusionskontrolle und der internen Reformen in der Generaldirektion Wettbewerb als „big bang“. Er stellt dort die Wettbewerbspolitik u. a. in den Dienst der Lissabon Strategie, die bekanntlich der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der EU und damit der Förderung von Beschäftigung und Wachstum in Europa dient: „A more efficient competition policy is an essential element to this process“ (Monti 2003: 1).¹ Wir wollen die auf einem „more economic approach“ basierende Wettbewerbspolitik *Neue Wettbewerbspolitik* nennen, um sie von der traditionellen, orthodoxen Wettbewerbspolitik begrifflich abzuheben, die im Kern einem struktur-orientierten Ansatz eines Schutzes „des“ Wettbewerbs folgt.

Die jüngeren Reformen im Europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlaß, sich erneut mit Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik zu beschäftigen. Wenn es um Grundsatzfragen geht, sollte man Scheuklappen ablegen und bereit sein, liebgewonnene Denkmuster in Frage zu stellen. Vor allem aber sollten neuere Entwicklungen in der Ökonomie, etwa im

¹ Was die Gruppenfreistellung und die einschlägigen Guidelines anlangt, so hört man: „we have shifted from a legalistic based approach to an interpretation of the rules based on sound economic principles“ (Monti 2003: 4). Bezüglich intellektueller Eigentumsrechte meint Monti: „Another step to provide more legal certainty and at the same time ensure that the rules are based on a sound economic approach is the ongoing review of our policy in relation to Intellectual Property agreements” (Monti 2003: 4). Schließlich die Fusionskontrolle: „The need to ensure legal certainty while at the same time developing greater sophistication in the economic analysis also applies to the merger control field” (Monti 2003: 5). Zur Reorganisation der DG verlautet: „(T)o reinforce the Competition DG’s economic capabilities we have created a new position of Chief Competition Economist ... He will be assisted by a team of specialised economists. In antitrust, merger and state aid cases, the Chief Economist will offer an independent economic viewpoint for policy development and provide guidance in individual cases throughout the investigation process. I believe that the increasing complexity of competition cases justifies the reinforcement of the competition DG’s economic capabilities also more generally. We have therefore accelerated the recruitment of industrial economists and intend also to make greater use of outside economic expertise” (Monti 2003: 4).

Bereich der Wettbewerbstheorie und der Neuen Institutionenökonomik, gebührend berücksichtigt werden. Denn eine starke Wettbewerbspolitik verlangt nach einer Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Judikatur, die den Stand ökonomischer Forschung über Wettbewerb und Wettbewerbspolitik reflektieren (siehe auch Nitsche, Thielert 2004; Böge 2004b). Darüber hinaus müssen die zuständigen Stellen über eine hinreichende Professionalität und personelle Ausstattung verfügen, um komplexer werdende Fragestellungen richtig zu entscheiden.

Obwohl die Zahl derer zunimmt, für die die Ökonomie die Seele des Antitrust ist (siehe etwa Nitsche, Thielert 2004, Semeraro 2003; Fox 1987; zweifelnd Möschel 2003), für die Antitrust im Kern eine Form ökonomischer Regulierung darstellt und Wettbewerb ein Verfahren zur Erzeugung von Effizienz (siehe Ross 2004: 245) – so ist die Schlacht um das Wesen des Antitrust noch nicht geschlagen. Es ist der Zweck der folgenden Ausführungen, Grundlagen eines „more economic approach“ zu entwerfen, in dem Effizienz zum Leitbild der Wettbewerbspolitik erhoben wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß wir in der Wettbewerbspolitik nicht vor einer tabula rasa stehen. Wettbewerbspolitik besteht in der Formulierung und Durchsetzung von Wettbewerbsrecht, deshalb ist Pfadabhängigkeiten, die aus etablierten rechtlichen Begriffen, Konzepten und Judikaten resultieren, bei Entwurf und Implementation eines „more economic approach“ gebührend Rechnung zu tragen.

Es gibt grundsätzlich zwei Wege, den Effizienzgedanken in das Wettbewerbsrecht zu transplantieren, ohne daß das Transplantat durch Immunreaktionen abgestoßen wird:

1. Man läßt eine Effizienzeinrede seitens der Unternehmen zu.
2. Die Kartellbehörden verfolgen einen sogenannten integrativen Ansatz, bei dem sie von sich aus durch geeignete Interpretation und Auslegung der Sachverhalte und durch Uminterpretation von Begriffen Effizienzüberlegungen (mehr?) Raum geben.

In diesem Beitrag wird die zuerst genannte Variante behandelt, aber es sei sofort hinzugefügt, daß sich unbeschadet verfahrensrechtlicher Unterschiede alle inhaltlichen Vorschläge auch mit Hilfe des integrierten Ansatzes verwirklichen lassen.

Konkret wird in diesem Beitrag folgendes vorgeschlagen: Wettbewerbsbehörden und Gerichte sollten in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein inkriminiertes Verhalten zulassen. Es sei betont: in **allen** Verfahren, nicht nur Unternehmenszusammenschlüsse betreffende.² Denn wenn sich die Wettbewerbspolitik schon dem Effizienzgedanken öffnet, dann ist kein

Grund dafür ersichtlich, dies nur für einen ausgewählten Bereich der Wettbewerbspolitik zu tun. Bei allen Effizienzeinreden ist aber eine wichtige Restriktion zu beachten: Der Effizienzeinwand muß auf die ökonomische Theorie des „second best“ gestützt werden. Das bedeutet: Die beschuldigten Unternehmen oder Unternehmensgruppen haben die Pflicht (Beweislast), überzeugend nachzuweisen, daß das inkriminierte Verhalten geeignet ist, um eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz zu verringern, oder daß eine alloкатive Ineffizienz wohlfahrtsmäßig durch ein produktionstechnische oder dynamische Effizienz überkompensiert wird. Die Kartellbehörden hätten die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des inkriminierten Verhaltens zu prüfen. Ein Verhalten, das im konkreten Fall diesen Test besteht, ist gesellschaftlich wünschenswert und sollte von der Rechtsordnung anerkannt werden. Ein Verhalten, das diesen Test nicht besteht, ist gesellschaftlich nicht wünschenswert und sollte untersagt werden. Beide Forderungen beruhen auf einer simplen Prämisse: Die Rechtsordnung sollte das gesellschaftliche Wohl fördern und nicht schädigen.

Man mag darüber streiten, wie man das gesellschaftliche Wohl messen sollte. Daß Gemeinwohlabwägungen möglich sind, zeigt die juristische Praxis. Aus Sicht eines demokratischen Rechtsstaates muß jedes Maß für das gesellschaftliche Wohl zwei Bedingungen genügen: Präferenzautonomie und Vertragsfreiheit. Ein solches Maß stellt die Ökonomie mit dem Konzept des sozialen Überschusses zur Verfügung. Als sozialer Überschuß wird die Summe aus Konsumentenrente und Produzentenrente bezeichnet. Es handelt sich bei dem sozialen Überschuß um ein theoretisch und empirisch bewährtes Maß für die Größe und Änderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt, das in der Industrieökonomik, auf die sich ein „more economic approach“ auch stützen muß, (aber nicht nur dort) dominiert.³ Der soziale Überschuß ist ein partialanalytisches Konzept; deshalb ist auch der Second-best Test partialanalytisch anzulegen. Das bedeutet, daß das durch eine Wettbewerbsbeschränkung zu korrigierende Marktversagen im relevanten Markt vorliegen muß, und eine durch das betreffende Verhalten erzeugte alloкатive Ineffizienz durch produktionstechnische oder dynamische Effizienz im selben Markt überkompensiert werden muß. Wir bezeichnen deshalb diesen Second-best Test als Intra-Markt Test (siehe Hammer 2001). Er vereinigt in sich Merkmale der Struktur-, Verhaltens- und Ergebnistests mit Schwergewicht auf dem Marktergebnis.

² Letztere betreffend siehe Röller, Stennek, Verhoven (2001), Ilzkovitz, Meiklejohn (2001), Lagerlöf, Heidhues (2004), European Commission (2001).

³ Daß die Existenz von Einkommenseffekten, Kreuzpreiseffekten, economies of scope und anderen Faktoren gegen eine Verwendung dieses Konzeptes angeführt werden kann, sei zugestanden. Aber es wäre töricht, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die genannten Faktoren sprechen gegen einen leichtfertigen Umgang mit dem Konzept. Im konkreten Fall wäre die empirische Relevanz zu prüfen. Wie bedeutsam ist z. B. der Einkommenseffekt in einer Welt mit Tausenden von Märkten?

Das Umschalten der Wettbewerbspolitik vom strukturorientierten Ansatz eines Schutzes „des“ Wettbewerbs (Zentralbegriff: „marktherrschende Stellung“) auf die explizite Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt kann Widerstände hervorrufen. Manche mögen argumentieren, dieses Umschalten sei rechtlich gar nicht zulässig – aber warum sollten Rechtsregeln im Lichte neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht reformiert werden können? Andere mögen vorbringen, daß Effizienz niemals die Norm der Wettbewerbspolitik sein kann – aber warum eigentlich? Schließlich mögen Sympathisanten eines „more economic approach“ gleichwohl von dessen Einführung abraten, weil sie bezweifeln, daß Kartellbehörden und Gerichte die Fähigkeiten besitzen, einen solchen Ansatz wirkungsvoll zu praktizieren. Aber auch dieser Einwand ist letztlich nicht überzeugend, weil die Behörden und Gerichte bereits heute ihre Entscheidungen auf Informationen stützen, die auch im „more economic approach“ eine wesentliche Rolle spielen. Möglicherweise wird das, was bisher implizit getan wurde, im „more economic approach“ explizit getan werden müssen.

Man sollte die Lernfähigkeit von Behörden und Gerichten nicht unterschätzen. Was einer Regulierungsbehörde an konzeptionellen Fähigkeiten zugetraut wird, sollte man auch Kartellbehörden zumuten können. In einem Newsletter des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) wird z. B. ein konsistentes Entgeltregulierungsregime beschrieben, das Planungssicherheit im Markt bieten soll: „Ein konsistentes Entgeltregulierungsregime ist vor allem vor dem Hintergrund der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu sehen. Entgelte sind konsistent, wenn durch sie keine Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden, die ansonsten den sozialen Überschuß einer Volkswirtschaft erhöhen würden. Solch eine Erhöhung kann durch höhere alloкатive oder produktive Effizienz oder durch Innovationen erfolgen“ (Neumann 2004). Eine leichte Umformulierung dieses Zitats beschreibt den Kern des hier entwickelten Wettbewerbskonzeptes: „Eine wettbewerbspolitische Entscheidung ist konsistent, wenn durch sie keine Handlungen am Markt ausgeschlossen werden, die ansonsten den sozialen Überschuß erhöhen würden.“ Der Einwand, daß Wettbewerbspolitik und Regulierung wesensverschieden seien und sich eine Anleihe bei der Regulierungsliteratur verbiete, kann nicht überzeugen, weil Regulierung und Wettbewerbspolitik gleichermaßen der Wirtschaft Verhaltensbeschränkungen auferlegen. Der einzige Unterschied besteht darin, daß Regulierung aus einer ex-ante Kontrolle (Genehmigung von Verhalten) besteht und Wettbewerbspolitik erst ex-post eingeschaltet wird. Im übrigen dürfte es schwer sein, eine auf Genehmigungen aufbauende Fusionskontrolle nicht als Regulierung zu interpretieren.

Gegen den hier entwickelten „more economic approach“ mag man Einwände vorbringen. Dabei sollte aber niemals übersehen werden, daß auch die traditionelle Wettbewerbspolitik nicht perfekt ist. Auch in der Wettbewerbspolitik sollte die Botschaft der Neuen Institutionenökonomik beherzigt werden, daß reale Institutionen miteinander verglichen werden müssen, mit ihren je spezifischen Vor- und Nachteilen. Ein Nirvana-Ansatz (Demsetz) machte es sich zu einfach.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut:

Kapitel II liefert eine Definition der Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, auf denen ein „more economic approach“ aufbauen kann. Wettbewerb wird als Prozeß der Wertschöpfung bei gleichzeitiger Rivalität um möglichst große Anteile am sozialen Überschuß begriffen.

In Kapitel III wird der Grundgedanke einer Wettbewerbspolitik des „second best“ dargestellt und anhand des „Williamson trade-off“ erläutert. Kapitel IV befaßt sich mit den Vorteilen eines „more economic approach“ und mit möglichen Bedenken, insbesondere Mangel an Operationalität, Rechtsunsicherheit, Irrtumsanfälligkeit und Nichtberücksichtigung der Wettbewerbsfreiheit. Kapitel V beschreibt den Second-best Test in Form von Anforderungen an die Beweislast, die den beschuldigten Unternehmen im „more economic approach“ auferlegt wird. Das Prüfschema wird verdeutlichen, daß ein „more economic approach“ keineswegs zu einer permissiven Wettbewerbspolitik führen muß.

Kapitel VI befaßt sich mit dem Beitrag, den die Nationalökonomie zur Verbesserung der praktischen Wettbewerbspolitik geleistet hat. Neben einigen Lehren für die zukünftige Gestaltung der Wettbewerbspolitik enthält dieses Kapitel auch ein Plädoyer für einen stärkeren Rückgriff auf ökonomischen Sachverstand im Antitrust. Kapitel VII schließt den Beitrag ab.⁴

II. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung

1. Konzeptionelle Anforderungen

Ein Wettbewerbsmodell, das praktisch verwertbare Ergebnisse liefern soll, muß mehreren Kriterien genügen: Es muß das reale Phänomen adäquat theoretisch abbilden, es muß opera-

⁴ Die mit einem radikaleren „more economic approach“ verbundene Frage, ob die Wettbewerbspolitik ihr Geld wert ist, soll hier nicht behandelt werden. Zu dieser Frage siehe die Diskussion im Journal of Economic Perspectives zwischen Crandall, Winston (2003) einerseits und Baker (2003) andererseits.

tionale Begriffe und Konzepte liefern, es muß empirisch überprüfbar sein und es muß an moderne Entwicklungen der Ökonomie anschlußfähig sein. Das reale Phänomen ist dynamischer Natur (siehe auch Hayek 1969). Deshalb muß ein Wettbewerbsmodell Wettbewerb als Prozeß erfassen, und zwar als Einheit von Parallel- und Austauschprozeß. Die Lehrbücher der Managerial Economics und die Handreichungen für Consultants weisen darauf hin, daß Wettbewerb als evolutorischer Prozeß der Wertschöpfung und Aneignung von geschaffenen Werten betrachtet werden kann (siehe etwa Brickley, Smith, Zimmermann, 2001: 177 ff.; Brandenburger, Nalebuff 1996; Schmidtchen 2003).

Es ist analytisch zweckmäßig, die Wertschöpfung als sozialen Überschuß zu interpretieren, an dem Unternehmen wie Konsumenten einen möglichst großen Anteil erwerben möchten. Da der soziale Überschuß aus Renten besteht, stellt deren Verhalten rentensuchendes Verhalten dar. Dabei wird auch mit Methoden gearbeitet, die Williamson als „opportunistisch“ bezeichnet hat (siehe Williamson 1993). Deshalb hat rentensuchendes Verhalten zwei Seiten, eine helle und eine dunkle: Die helle betont das wohlfahrtsteigernde Verhalten, während die dunkle sich auf gesellschaftliche Wohlfahrt vernichtendes Verhalten bezieht, wie es etwa in der neuen politischen Ökonomie und der modernen Informationsökonomik thematisiert wird. Eine Wettbewerbstheorie, die Wertschöpfung und die Aneignung von Werten fokussiert, ist empirisch überprüfbar, weil die Begriffe Wert, Wertschöpfung, Produzentenrente und Konsumentenrente operational definiert werden können und die unternehmerischen Rechenwerke die erforderlichen Zahlen zur Verfügung stellen. Empirische Überprüfung kann auch im Wege von Experimenten erfolgen (siehe dazu Kirstein, Schmidtchen 2002; Schmidtchen, Kirstein 2003). Wie sich zeigen wird, ist eine die Wertschöpfung und die Aneignung von Werten fokussierende Wettbewerbstheorie auch anschlußfähig an neuere Entwicklungen der Ökonomie wie die neo-österreichische Wettbewerbstheorie sowie die ökonomische Vertragstheorie, die „property rights“-Theorie und die Transaktionskostenökonomik, die zusammen die Neue Institutionenökonomik bilden.⁵

2. Dynamischer perfekter und imperfekter Wettbewerb

Wettbewerb sei als ein Spiel definiert, in dem es um die Schaffung von Werten und deren Aneignung geht.⁶ Es ist kein Konstantsummenspiel, bei dem die Interessen der Spieler nur

⁵ Zur Neuen Institutionenökonomik des Antitrust siehe Williamson (1987), Schmidtchen (1991), Bickenbach, Kumkar, Soltwedel (1999).

⁶ Ein Spiel ist vollständig beschrieben durch die Spielform und Auszahlungsmengen. Eine Spielform ist durch die Menge der Spieler, die Menge der Strategiekombinationen und die Menge der Ergebnisse, die der Menge der

gegensätzlich sind, sondern ein Variabelsummenspiel, bei dem sich gegensätzliche und parallel laufende Interessen untrennbar miteinander verknüpfen. Die Spieler sind die Unternehmen und Konsumenten. Werte werden geschaffen, wenn es zu Transaktionen kommt. Dann entsteht eine Kooperationsrente. Deren Größe wird durch die Differenz der jeweiligen Reservationspreise gemessen. Die Summe aller Kooperationsrenten in einem Markt bezeichnet man auch als sozialen Überschuß. Er ist gleich der Summe aller Tauschgewinne.

Die Auszahlungen der Spieler im Wettbewerbsspiel bestehen in Anteilen an der Kooperationsrente. Rationale Spieler streben danach, möglichst große Anteile an der Rente bzw. an dem sozialen Überschuß zu erhalten. Deshalb läßt sich individuell maximierendes Verhalten auch als rentensuchendes Verhalten bezeichnen: „His rent is what each entrepreneurially creative maximizer is able to extract from the rest of the economy“ (Makowski, Ostroy 2001: 502). Die im Wettbewerbsspiel verfügbaren Strategien sind beispielsweise Preise, Produktmengen, Produktqualität, „governance structures“.

Im folgenden wird der Grundgedanke eines von Makowski, Ostroy (2001) entwickelten Wettbewerbskonzeptes dargestellt, das allen oben formulierten Anforderungen an ein Leitbild für einen „more economic approach“ genügt. Es sei dynamischer perfekter/imperfekter Wettbewerb genannt.

Im traditionellen Verständnis von perfektem Wettbewerb ist der Wettbewerber ein passiver Akteur – ein Preisnehmer und Marktnnehmer. In dem hier skizzierten Modell ist er ein dynamischer, aktiver, kreativer Spieler: „Our image of the perfect competitor is someone who is active and innovative. Rather than dealing with an impersonal market, perfect competitors interact with one another in an environment involving intense rivalry. A perfect competitor will do whatever he can to increase his gain: bargaining vigorously with others for a better deal, innovating new products if he sees a profit to doing so, strategically misrepresenting his private information if this is profitable“ (Makowski, Ostroy 2001: 480). Perfekter Wettbewerb in diesem Sinne besteht in der Rivalität um Anteile am sozialen Überschuß. In einem gegebenen Markt sind Preise ein Mittel, das zu diesem Zwecke eingesetzt wird. Sie werden nicht als exogen gesetzt angenommen, sondern sind Ergebnis von Verhandlungen (siehe Makowski, Ostroy 2001: 503). Wichtig ist, daß die Rivalität um Anteile am sozialen Überschuß auch im Marktungleichgewicht funktioniert. Hier kann durch Arbitragen, etwa im Stile der neo-österreichischen Wettbewerbstheorie, Rente geschaffen und angeeignet werden (siehe Makowski, Ostroy 2001: 504).

Strategiekombinationen zugeordnet ist, charakterisiert. Spielformen definieren Spielregeln. Fügt man die Bewertung der Ergebnisse durch die Spieler hinzu, dann erhält man ein Spiel. Wettbewerbspolitik besteht in der Gestaltung von Spielformen.

In der reformulierten Theorie perfekten Wettbewerbs sind Märkte nicht exogen gegeben, sie sind vielmehr das Ergebnis von Innovationen (siehe Makowski, Ostroy 2001: 480): „Hence, the perfect competitor of the reformulation is neither a passive price-taker nor a passive market-taker” (Makowski, Ostroy 2001: 480).

Der dynamisch perfekte Wettbewerber bewegt sich außerdem in einer Umwelt dezentralisierten privaten Wissens (Wissensteilung): „Thus the discovery of market-clearing prices is not simply a process of prices mechanically adjusting to excess demands; they will not be discovered unless opportunistic market participants find it in their self interest to reveal their trade-relevant private information” (Makowski, Ostroy 2001: 480).

Die Untersuchungseinheit („basic unit of analysis“) bilden Individuen (Spieler) und nicht Güter oder Ressourcen (siehe Makowski, Ostroy 2001: 499). Als analytische Schlüsselgröße dient die Aneignbarkeit („appropriability“) ihrer Beiträge zur gesellschaftlichen Wertschöpfung. Die Aneignung stellt sich dar in Form individueller Tauschgewinne. Makowski, Ostroy (2001) zeigen, daß das Eigeninteresse der Spieler im Prozeß der Rivalität um möglichst hohe Anteile an der gesellschaftlichen Wertschöpfung den gesellschaftlichen Wohlstand maximiert, wenn sich die Spieler ihren marginalen Beitrag zur gesellschaftlichen Wertschöpfung voll aneignen können. Dies ist der Fall, wenn der individuelle Tauschgewinn eines jeden Spielers seinem marginalen Beitrag zur gesellschaftlichen Wertschöpfung entspricht.⁷ Sie nennen dies ein perfektes Wettbewerbsgleichgewicht.⁸

Wenn jeder Spieler seinen vollen marginalen Beitrag zur gesellschaftlichen Wertschöpfung als individuellen Tauschgewinn erhält, dann addieren sich die marginalen Beiträge zur Wertschöpfung auf zu dem Totalgewinn.⁹

Die Grenzprodukte zum gesellschaftlichen Tauschgewinn sind bei imperfektem Wettbewerb superadditiv.¹⁰

⁷ Bezeichne g die maximal möglichen Tauschgewinne in einem Markt. Bezeichne g_i die maximal möglichen Tauschgewinne ohne Beteiligung des Spielers i . MP_i sei das Grenzprodukt des Spielers i . Es ist der Beitrag, den Spieler i den gesamten Tauschgewinnen hinzufügt. Folglich gilt: $MP_i = g - g_{-i}$.

Sei π_i der Anteil eines Spielers an der Summe der Tauschgewinne (= gesamte Wertschöpfung), dann ist volle Aneignung gegeben, wenn $MP_i = \pi_i$, für alle i . „Full appropriation in an economy – with or without production – is a zero profits condition for individuals. It is not that profits (= gains from trade) have been squeezed out of the economy; it is just that they have been transformed into rents, without any unexplained residual. In fact, it would make just as much sense to call full appropriation a maximum profits condition since it permits each individual to extract his maximum possible payoff from the rest of the economy.” (Makowski, Ostroy 2001: 502).

⁸ Zu einer formalen Darstellung siehe Makowski, Ostroy 2001: 500 f. In einem perfekt wettbewerblichen Gleichgewicht erhält jeder seinen vollen marginalen Beitrag zur gesellschaftlichen Wertschöpfung, wobei jeder als marginales Mitglied betrachtet wird, das der Gesellschaft hinzugefügt wird.

⁹ Bei N Spielern gilt: $g'(N) \cdot N = g(N)$ (siehe Makowski, Ostroy 2001: 509).

¹⁰ Man betrachte ein bilaterales Monopol mit einem Anbieter, dessen Reservationspreis C beträgt, und einen Nachfrager, dessen Reservationspreis V beträgt, mit $V > C$. Die Kooperationsrente beträgt $(V - C) > 0$. Da jeder

Perfekter Wettbewerb führt zu einem Maximum an Tauschgewinnen in der Ökonomie und zu einer Pareto-effizienten Allokation (siehe das Market Efficiency Theorem; Makowski, Ostroy 2001: 512). Für diese Aussage kann man auch eine anreiztheoretische Begründung liefern: Die Spieler sind „residual claimants“, weil sie das an Rente erhalten, was sie zur gesellschaftlichen Wertschöpfung beigetragen haben.¹¹ In der Theorie von Makowski und Ostroy ist unvollständige Aneignung von marginalen Beiträgen zur gesellschaftlichen Wertschöpfung notwendig, wenn auch nicht immer hinreichend für Ineffizienz.¹² Sie formulieren dazu ein „Appropriability Theorem“: „Limitations on the efficacy of market creativity originate in limitations on appropriability“ (Makowski, Ostroy 2001: 514). Dieses Theorem gilt für alle Ursachen von Marktversagen: Monopolstellungen, positive und negative externe Effekte, öffentliche Güter, asymmetrische Information und Innovationen (siehe auch Makowski, Ostroy 2001: 514; für Innovationen besonders S. 524 ff.).

Grenzen der Aneignbarkeit ergeben sich zum einen aus einer imperfekten Definition von „property rights“ (zur Bedeutung von „property rights“ siehe Makowski, Ostroy 2001: 529 ff.). Aber selbst mit einem perfekten System von „property rights“ kann die Effizienz nicht garantiert werden, wenn die Transaktionskosten positiv sind.¹³ Bei Transaktionskosten von Null werden alle Ineffizienzen im Wege von Verhandlungen beseitigt (Coase-Theorem). Dies gilt auch für ein Angebotsmonopol. Im Falle eines Angebotsmonopols z. B. könnten die Nachfrager den Monopolisten bestechen, die allokativ effiziente Menge bereitzustellen (siehe dazu bereits Schmidtchen 1983: 60; 1985; 1991: 35 f.; McKenzie 2004: 718). Diese „Logik“ läßt sich auf alle Formen von Marktversagen verallgemeinern.

Wettbewerb als Prozeß der Wertschöpfung bei gleichzeitiger Rivalität um möglichst große Anteile am sozialen Überschuß ist kein blutleeres, nicht-operationales theoretisches Konstrukt, sondern kann sinnlich erfahren werden. Die experimentelle Spieltheorie liefert dafür die Grundlagen. So konnte etwa das Konzept des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren

den anderen zur Transaktion benötigt, ist der Tauschgewinn ohne Teilnahme einer Partei Null ($g_i = 0$). Deshalb ist das marginale Produkt MP_i gleich der gesamten Kooperationsrente ($MP_i = g - g_i = (V-C)$). Die strikte Komplementarität zwischen beiden Individuen führt zur Superadditivität:

$$\sum MP_i = 2 * g > g \text{ (siehe Makowski, Ostroy 2001: 508.)}$$

Superadditivität kann für alle Populationsgrößen gelten oder für beschränkte (siehe Makowski, Ostroy 2001: 509).

¹¹ „Full appropriation gives the perfectly competitive innovator good incentives, both in his market-making and price-making“ (Makowski, Ostroy 2001: 507).

¹² „We view market failures as fundamentally due to failures of appropriation. Active competition is important because it facilitates appropriation“ (Makowski, Ostroy 2001: 480). Im Angebotsmonopol ist mangelnde Aneignung notwendig und hinreichend für Ineffizienz.

¹³ „(W)hen one gets down to the analytical cutting edge of transaction costs problems, more often than not they refer to appropriation problems“ (Makowski, Ostroy 2001: 529).

experimentell dargestellt werden (siehe Schmidtchen, Kirstein 2003; Kirstein, Schmidtchen 2002).¹⁴

3. Wettbewerbsbeschränkung

Im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs bietet sich eine natürliche Definition des Begriffs Wettbewerbsbeschränkung an: Wettbewerbsbeschränkungen sind solche Maßnahmen oder Zustände, die zur Folge haben, daß die Wertschöpfung kleiner ist als sie sein könnte (ineffizientes Marktgleichgewicht). Mögliche Ursachen sind: klassische (stationäre) Monopolstellungen, nacktes Preiskartell, Markteintrittsbarrieren, vertikale Restriktionen, asymmetrische Information, Drohungen, externe Effekte, öffentliche Güter. Allokationstheoretisch handelt es sich um Fälle des Marktversagens. Spieltheoretisch gesehen, sind es Defekte in den Spielregeln (was auch die Möglichkeit zu ungeahndeten Rechtsverstößen einschließt) oder der Informationsstruktur eines Spieles. Mit Bezug auf Marktzutrittsbarrieren fügt sich C. C. von Weizsäckers Definition nahtlos in das hier vorgeschlagene Konzept von Wettbewerbsbeschränkungen ein: „Barriers to entry into a market can be defined to be socially undesirable limitations to entry of resources which are due to protection of resource owners already in the market” (Weizsäcker 1980: 13).¹⁵ Dies läßt sich verallgemeinern: „restraints of competition can be defined to be socially undesirable limitations to the allocation of resources”. Anstelle von „limitations“ kann man auch von Kosten sprechen. Diese sind gesellschaftlich unerwünscht, wenn durch ihre Existenz der soziale Überschuß kleiner ist als er sein könnte. Konkret: Die Kosten verhindern alloкатive, produktions-technische oder innovative Effizienz. Der Bezug auf die soziale Wünschbarkeit macht deutlich, daß diese Definition nicht in der positiven, sondern normativen Ökonomie verankert ist. Es sei zugestanden, daß man den Begriff Wettbewerbsbeschränkung auch anders definieren kann. Aber: Wie immer man den Begriff auch definieren möchte, man sollte dies im Einklang mit den Regeln der modernen Wissenschaftslehre tun:

¹⁴ Zu einer Diskussion siehe Helmstädter 2003 und Kirstein, Schmidtchen 2003 im Jahrbuch ORDO. Die Spielregeln des Experiments bestimmten die Spielermenge, die Aktionenmengen, die Ergebnis- und die Auszahlungsmengen. Zweck des Experiments war es nicht, herauszufinden, ob die Spieler eine theoretisch bestimmte Lösung des Spiels realisieren. Das Experiment hatte eher explorativen Charakter: Das „design“ sollte Wettbewerb als Prozeß der Schaffung und Aneignung von Wert widerspiegeln, und es sollte die Frage beantwortet werden, wie die Ergebnisse eines solchen Wettbewerbs aussehen. Aus solchen Experimenten lassen sich auch Lehren für die zweckmäßige Gestaltung von Institutionen ziehen (siehe dazu Smith 2001).

¹⁵ Ähnlich Franklin M. Fisher: „A barrier to entry is anything that prevents entry when entry is socially beneficial“ (Fisher 1979: 23). Der Bezug auf die sozialen Vorteile findet sich auch in der Definition von “economic barriers to entry” und “antitrust barriers to entry” durch McAfee et al. (2004).

„Die moderne, von Karl Popper geprägte Wissenschaftslehre sagt uns, dass Definitionen reine Zweckmäßigkeitsfragen sind. ... Aber Zweckmäßigkeitsfragen werden in der Wissenschaft durch Theorien entschieden. Eine Definition ist dann zweckmäßig, wenn sie geeignet ist, bei der Darstellung einer wissenschaftlichen Aussage, einer Theorie behilflich zu sein. ...

Man wird also erwarten können, dass eine zweckmäßige Definition von Marktzutrittsschranken zu der Wettbewerbstheorie ‚passt‘, die man für richtig hält. Solche Theorien des Wettbewerbs haben aber umso eher eine Chance, allgemein akzeptiert zu werden, je überzeugender sie das Verhältnis von Wettbewerb und Wohlstand, also von Wettbewerb und Effizienz darzustellen vermögen. Insofern wird – vielleicht indirekt – der Zusammenhang zwischen dem Begriff der Effizienz und dem Begriff der Marktzutrittsschranke wieder hergestellt“ (Weizsäcker 2004: 2). Was Weizsäcker hier für den Begriff Marktzutrittsschranke feststellt, gilt generell für den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung.

III. Wettbewerbspolitik des „second-best“

Im Konzept dynamischen perfekten und imperfekten Wettbewerbs hat die Wettbewerbspolitik zwei Aufgaben zu erfüllen:

- Verhinderung von Nullsummenspielen, weil bei diesen keine Wertschöpfung stattfindet.
- Förderung von Variabelsummenspielen.¹⁶

Dabei sind zwei Restriktionen zu beachten: Die Wettbewerbspolitik muß mit anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik abgestimmt werden, die aus Gründen der gesellschaftlichen Wohlfahrtsförderung ähnliche Aufgaben zu erfüllen haben (Prinzip der Arbeitsteilung in der Wirtschaftspolitik nach komparativen Vorteilen). Zweitens sollte die Wettbewerbspolitik die Lehren der Theorie des „second-best“ beherzigen.

1. Marktversagen und die allgemeine Theorie des „second best“

Der erste Hauptsatz der Wohlfahrtsökonomik besagt, daß Wettbewerbsgleichgewichte Paretoeffizient sind, d. h.: es ist nicht möglich, durch eine Änderung der Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen irgend jemand besser zu stellen, ohne zugleich jemand anders

¹⁶ Die Beschreibung beider Aufgaben sieht in Montis Worten wie folgt aus: „In an open market economy companies should be encouraged to enter into pro-competitive transactions. Competition law should not only discourage anti-competitive practices, it should also encourage those that promote competition and consumer welfare“ (Monti 2000: 8).

schlechter zu stellen. Dieser Satz ist auf die gesamte Volkswirtschaft bezogen und impliziert, daß *alle* Märkte wettbewerblich sind. Die Existenz solcher totalen Gleichgewichte und deren Effizienz ist bewiesen worden, allerdings unter sehr restriktiven Annahmen hinsichtlich der Informationsstruktur, der Produktionstechnologien, der Faktormobilität und externer Effekte (zu einer Diskussion siehe Kreps 1990: 199 f.). Die Theorie des „second best“ ist immer dann einschlägig, wenn die Welt (in überschaubaren Zeitspannen) als *unvollkommen* zu gelten hat. „Unvollkommen“ ist die Welt dann, wenn die Bedingungen für ein Pareto-Optimum nicht erfüllt sind, also mindestens eine der genannten Annahmen verletzt ist.¹⁷ Ist das nur an einer Stelle in der Wirtschaft der Fall, und ist ansonsten die Welt pareto-perfekt, dann wird die Wohlfahrt der Gesellschaft ganz sicher gesteigert, wenn man diese eine Unvollkommenheit beseitigt. Wenn dagegen mehrere für ein Pareto-Optimum erforderliche Annahmen in einem Markt – oder mehrere Annahmen über mehrere Märkte verteilt – verletzt sind, dann kann die partielle Kurierung eines Mangels in einem Markt kontraproduktiv sein. Wie Lipsey und Lancaster (1956) in ihrer „General Theory of Second best“ nachgewiesen haben, ist die Effizienz des Wettbewerbsgleichgewichts eine Alles-oder-Nichts Frage. Wenn nicht alle für die Effizienz erforderlichen Annahmen in allen Märkten erfüllt sind, dann gibt es keine Garantie dafür, daß eine separate Bekämpfung einer Marktversagensquelle Effizienz herbeiführt. Ihr allgemeines Theorem lautet: „The general theorem for the second best optimum states that if there is introduced into a general equilibrium system a constraint which prevents the attainment of one of the Paretian conditions, the other Paretian conditions, although still attainable, are, in general, no longer desirable” (Lipsey, Lancaster 1956: 11). Schlimmer noch, der Versuch, Marktversagen punktuell zu bekämpfen, kann die Situation verschlimmern: „From this theorem there follows the important negative corollary that there is no *a priori* way to judge as between various situations in which some of the Paretian optimum conditions are fulfilled while others are not. Specifically, it is *not* true that a situation in which more, but not all, of the optimum conditions are fulfilled is necessarily, or is even likely to be, superior to a situation in which fewer are fulfilled” (Lipsey, Lancaster 1956: 11 f.). In einen dynamischen Kontext übertragen, würde diese Aussage vermutlich so lauten wie Schumpeter bereits 1942 formuliert hat: „A system – any system, economic or other – that at *every* given point of time fully utilizes its possibilities to the best advantage may yet in the long run be inferior to a system that does so at *no* point of time, because the latter’s failure to do so may be a condition

¹⁷ Man unterscheidet bekanntlich zwei Arten von Bedingungen: die Totalbedingung und die Marginalbedingungen. Es hängt von den Annahmen z. B. über die Produktionstechnologien oder die Informationsstruktur ab, inwieweit diese Bedingungen erfüllt sind.

for the level and speed of long-run performance” (Schumpeter 1942: 83; Hervorhebung im Original).

Es ist eine Konsequenz aus der allgemeinen Theorie des „second best“, daß in einer ansonsten pareto-imperfekten Welt durch Einführung einer weiteren Unvollkommenheit die Wohlfahrt der Gesellschaft gesteigert werden kann. In einer pareto-imperfekten Welt kann Sünde zur Tugend werden. So können etwa Transaktionskosten die Wohlfahrt erhöhen. Diese Aussage erscheint auf den ersten Blick paradox, sagt uns doch das Coase-Theorem, daß bei Transaktionskosten von Null der soziale Überschuß maximal wird. Aber man sollte auch hier die Theorie des „second best“ anwenden. Angenommen, Transaktionskosten verhindern eine Verhandlung zwischen Monopolist und Konsumenten mit dem Ziel, jenen zur Bereitstellung der effizienten Ausbringungsmenge zu bewegen. Wenn die Reduktion der Produktionsmenge auf die dem Cournot-Punkt entsprechende Menge kostenlos möglich wäre, würde der Monopolist diese Menge wählen. Ist die Mengenreduktion dagegen mit Transaktionskosten verbunden (etwa in Form von agency costs), dann ergibt sich ein gegenläufiger Effekt, und die Wohlfahrt ist höher als bei Transaktionskosten von Null (siehe McKenzie 2004: 717).

Die Einsichten der Theorie des „second best“ können dazu benutzt werden, eine auf dem „Stückwerk“-Ansatz (piecemeal approach) basierende Wirtschaftspolitik zu attackieren, die punktuell Marktversagen bekämpft. Auch die Wettbewerbspolitik verfolgt de facto diesen Ansatz. Man wird allerdings nicht behaupten können, daß die „second best“ Theorie einen bedeutenden Einfluß auf die Entscheidungen von Behörden, Gerichten oder das Denken von Wissenschaftlern gehabt hätte.¹⁸ Entweder wurden die Konsequenzen der Theorie des „second best“ schlicht ignoriert oder sie wurden dazu benutzt, Wettbewerbskonzepte zu diskreditieren, die Effizienz zum Leitbild erhoben (siehe Hammer 2001: 854). Dieses Vorgehen ist verständlich, wenn und insofern die Theorie des „second best“ als allgemeine Gleichgewichtstheorie interpretiert wird. Dann ist sie entweder (wegen der hohen informationellen Anforderungen) wenig praktikabel oder sie paralyisiert die praktische Wettbewerbspolitik. Interpretiert man dagegen die Theorie des „second best“ als Theorie eines partialanalytischen Gleichgewichts, dann entfallen diese Bedenken (siehe Hammer 2001: 856 ff.). Partialanalyse befaßt sich mit einzelnen (wohldefinierten) Märkten und abstrahiert von der allgemeinen Interdependenz der Märkte (zu den Grenzen siehe Kreps 1990: 279 f.).¹⁹ Die benötigten Informationen sind zu beschaffen, und die ökonomischen Instrumente können in verlässlicher Weise für „intra-

¹⁸ Dies wurde insbesondere von Richard Markovitz heftig kritisiert (siehe Hammer 2001: 854, Fn. 10). In Deutschland hat Kantzenbach ein Konzept funktionsfähigen Wettbewerbs vorgelegt, das auf der Theorie des „second best“ basiert (siehe Kantzenbach [1966] 1967).

¹⁹ Wenn die wechselseitigen Beziehungen stark sein sollten, muß das partialanalytische Konzept so erweitert werden, daß diese Wirkungen erfaßt werden (siehe Hammer 2001: 856, Fn. 15).

market“ Second-best Analysen benutzt werden (siehe Hammer 2001: 856). Oliver Williamson hat mit Verweis auf die Partialanalyse eine Attacke gegen das Effizienzdenken im Antitrust zurückgewiesen, die sich auf die Theorie des „second best“ berief.²⁰ Williamson argumentiert, daß eine geeignet angesetzte Partialanalyse sich auf die wichtigsten „second-best“ Effekte konzentrieren und die eher fern liegenden ignorieren sollte: „Strong interaction effects then can be taken expressly into account, and elsewhere the second-best qualification deserves the weight that lawyer label ‚de minimis‘“ (Williamson 1979: 987).²¹ Die theoretischen und praktischen Bedenken gegen die allgemeine Theorie des „second best“ verlieren jedoch an Gewicht, wenn die „second-best“ Analyse sich auf einen Markt konzentriert: „Indeed whether they acknowledge it or not, antitrust courts and scholars engage in partial equilibrium analysis all the time, implicitly ignoring the general second-best implications of their analysis. From this perspective, my proposal is relatively uncontroversial: the same tools that antitrust courts currently use to examine a full range of economic activity should also be used to examine a range of intramarket second-best concerns as well” (Hammer 2001: 857).

2. Illustrationen

Grundsätzlich kann ein partialanalytischer „second-best“ Ansatz in der Wettbewerbspolitik in den Dienst der Maximierung der Konsumentenwohlfahrt (Konsumentenrente) oder der Gesamtwohlfahrt (sozialer Überschuß) gestellt werden. Es ergeben sich allerdings nicht unerhebliche Unterschiede für den Vollzug der Wettbewerbspolitik, auf die später kurz eingegangen werden soll. In diesem Beitrag wird die Maximierung des sozialen Überschusses („total welfare“, „aggregate welfare“) zum Ziel erhoben.²² Kartellbehörden und Gerichte hätten demgemäß zu fragen, ob und wie ein inkriminiertes Verhalten den sozialen Überschuß verändert. Wir wollen zunächst den Fall negativer externer Effekte betrachten und dann den Williamson- Trade-Off (siehe Williamson 1968) analysieren.

²⁰ „Absent the simultaneous fulfillment of all conditions of optimum allocation ... economic theory tells us nothing about how to improve resource allocation ... Economics simply provides no basis on which to say, for example, that ending monopoly in the shoe industry or ending a price cartel in the electrical equipment industry (or doing both of these things) will improve resource allocations and increase aggregate welfare. Given the persistence of other deviations (other monopolies, cartels, tariffs, and distorting taxes), there is no basis for assuming that of doing away with any one or more deviations from optimality will improve efficiency at all” (Sullivan 1975: 1220).

²¹ Williamson unterstellt hier implizit, daß der Partialmarkt so abgegrenzt wird, daß er dem relevanten Markt entspricht.

²² Die Verbesserung der „aggregate welfare“ ist nach Ansicht von Gifford, Kudrle (2003) das letztendliche Ziel der Wettbewerbspolitik in den Vereinigten Staaten. Sie plädieren in ihrem Beitrag für eine Übernahme des Antitrust „American style“ durch die Europäische Union. Kritisch dazu McDonnell, Farber 2003, die unter Rückgriff auf die Theorie des „second best“ die folgende These vertreten: „the best antitrust policy for the U.S. is not the best antitrust policy for the EU” (McDonnell, Farber 2003: 808).

Obwohl negative externe Effekte kein für die Wettbewerbspolitik typisches Problem darstellen – die Steuerpolitik und ex ante Regulierung sind einschlägiger –, kann man an ihnen die Grundidee des „second-best“ Denkens schön veranschaulichen. Angenommen, zwei Unternehmen, deren Produktion zu einer Luftverschmutzung führt, schließen sich zusammen und bilden ein Monopol (siehe zu diesem Beispiel Hammer 2001: 861 ff.). Die Monopolstellung erlaubt es ihnen, den Preis zu erhöhen mit der Folge, daß Nachfrage und Produktion sinken. Es ist denkbar, daß die durch den Produktionsrückgang vermiedenen externen Kosten größer sind als die sozialen Kosten des Unternehmenszusammenschlusses (in Form des toten Wohlfahrtsverlustes). Die Herbeiführung einer Monopolstellung, die für sich genommen die Wohlfahrt schädigt, kann im Falle negativer externer Effekte also wohlfahrtssteigernd sein. Um Mißverständnisse zu vermeiden: Eine solche Veränderung der Marktstruktur wäre nur empfehlenswert, wenn auf andere Weise das Externalitätenproblem nicht kostengünstiger gelöst werden könnte.

„Second-best“ Denken kreist um die Frage, wie man alloкатive Effizienz (im Sinne einer zweitbesten Lösung) herstellen (bzw. alloкатive Ineffizienz vermeiden) kann, wenn einige Bedingungen für eine erstbeste Lösung nicht erfüllt werden können. Es geht dabei immer um Abwägungen: Alloкатive Verbesserungen sind nicht kostenlos zu haben. Die Verringerung des toten Wohlfahrtsverlustes an einer Stelle geht einher mit der Vergrößerung an anderer Stelle. Solange der Saldo positiv ist, gewinnt die Gesellschaft. Wir wollen im folgenden nicht nur die Entscheidung (statischer) alloкатiver „trade-offs“ als „second-best“ Problem auffassen, sondern wegen ihrer analytischen Isomorphie auch die Entscheidung von „trade-offs“ zwischen alloкатiver und produktionstechnischer oder innovativer Effizienz dazu zählen. Wer will, mag dies als eine „second-best“ Konzeption im „weiteren“ Sinne interpretieren.

Beim Williamson-Trade-Off ist produktive Effizienz (Kostensenkung) nur um den Preis alloкатiver Ineffizienz zu haben (siehe Williamson 1968).²³

Man betrachte die folgende Abbildung (siehe Williamson 1968).

²³ Die Argumentationslinie entspricht der des „intramarket second-best tradeoff“: „Intramarket second-best analysis, however, is concerned not with the implication of market power for productive efficiency, but with the effects of market structure on allocative efficiency. Analytically, second-best concerns are the flip side of the same coin as Williamson’s productive efficiency defense, and both fit comfortably within a total welfare orientation” (Hammer 2001: 879).

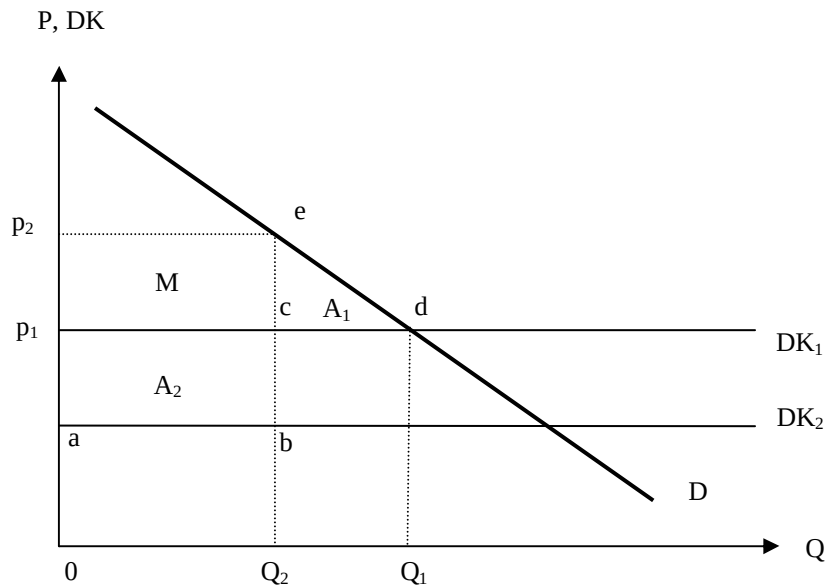


Abb. 1: Williamson trade-off

In einem Markt mit Nachfragekurve D bieten zwei Unternehmen im Wettbewerb die Menge Q_1 zum Preis p_1 an, der den Durchschnittskosten DK_1 entspricht. Angenommen, die Durchschnittskosten lassen sich auf DK_2 senken, aber nur, wenn die Unternehmen fusionieren und eine Monopolstellung erringen. Der Preis erhöht sich auf p_2 und die Menge geht auf Q_2 zurück. Den sozialen Kosten der Monopolisierung in Form des toten Wohlfahrtsverlustes (siehe A_1 ; Dreieck cde) stehen Wohlfahrtsgewinne in Form der Kostensenkung (siehe Gebiet A_2 ; Rechteck $abcp_1$) gegenüber. Williamson argumentiert nun, daß der Unternehmenszusammenschluß erlaubt werden sollte, wenn $A_2 > A_1$. Ein Verhalten, das für sich genommen antiwettbewerblich wäre, ist gleichwohl gesellschaftlich wünschenswert, weil es den sozialen Überschuß vergrößert.²⁴

Wie lautet das Urteil aus Sicht des dynamischen perfekten (imperfekten) Wettbewerbs? Die zusätzliche Wertschöpfung beträgt $A_2 - A_1 = x > 0$. Das Unternehmen erzielt einen Gewinn in Höhe von $\pi = A_1 + x + M$. Es eignet sich nicht nur den Mehrwert an, sondern erhält darüber hinaus einen Anteil an der ursprünglichen Konsumentenrente in Höhe von $M + A_1$. Der Unternehmenszusammenschluß erhöht insgesamt den Anteil des Unternehmens an der gesamten Wertschöpfung. Um einen Anreiz zu schaffen, den Mehrwert $A_2 - A_1 > 0$ zu erzeugen, hätte

²⁴ Zu dieser Thematik hat sich jüngst der Präsident des Bundeskartellamtes, D. Böge, folgendermaßen geäußert: „Völlig unbestritten ist, daß Zusammenschlüsse betriebswirtschaftliche Effizienzgewinne mit sich bringen können – jedoch nicht müssen. Sind es auch volkswirtschaftliche Effizienzgewinne?“ (Böge 2004a: 147). Die Ant-

auch ein kleinerer Gewinn als π ausreicht, solange er nur größer Null ist. Man sollte erkennen, daß die Ursache für den Williamson-Trade-Off in der mangelnden Aneignbarkeit von Wertschöpfung durch das Monopolunternehmen besteht. Könnte sich das Unternehmen sein gesamtes Marginalprodukt etwa über Preisdifferenzierung aneignen, dann würde es – auch als Monopolist – die Wettbewerbsmenge anbieten (also $p = DK_2$ realisieren).

Falls die Produktivitätssteigerung Kosten, $K > 0$, verursacht, würde die Zulassung des Unternehmenszusammenschlusses die Wohlfahrt verringern, wenn $K > A_2 - A_1$. Das Unternehmen würde gleichwohl einen Anreiz zum Zusammenschluß haben, wenn $K < \pi$.

Es sei hinzugefügt, daß der Williamson-Trade-Off ein Abwägungsproblem verdeutlicht, das nicht nur bei Unternehmenszusammenschlüssen, sondern bei allen Formen (für sich) antiwettbewerblichen Verhaltens auftaucht.

„Second-best“ Probleme werden auch heute bereits im Antitrust adressiert (siehe Hammer 2001: 879 ff.). Hier seien einige Beispiele genannt:

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

In seinem Beitrag zu diesem Bande beschäftigt sich C. C. von Weizsäcker mit der Frage, ob Erfinderpatente, Kundentreue und Substitutionskosten Marktzutrittsschranken darstellen. Er zeigt, daß die Antwort auf diese Frage vom zugrundegelegten Leitbild für den Wettbewerb abhängt: „Die Wahl des Leitbildes ist aber selbst abhängig von der ökonomischen Theoriebildung“ (von Weizsäcker 2004: 19). Mir scheint, daß eine Wettbewerbstheorie, die Erfinderpatente, Kundentreue und Substitutionskosten nicht als Marktzutrittsschranken betrachtet,

wort lautet ja, wenn die Kostensenkung hinreichend groß und technologisch bedingt ist, d. h. durch Ressourceneinsparungen zustande kommt.

wohl aber diese Möglichkeit für Fusionskontrollen einräumt (siehe ebenda), im Einklang mit dem hier vertretenen „second-best“ Denken steht.

IV. Vor- und Nachteile der Neuen Wettbewerbspolitik

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

1. Theoretische Ebene

Auf der theoretischen Ebene geht es um die Leitidee, um das Ziel: Soll Wettbewerbspolitik den Wettbewerb schützen oder die gesellschaftliche Wohlfahrt maximieren? Begreift man Wettbewerb als dynamischen perfekten Wettbewerb, dann fallen beide Ziele zusammen. Es gilt die altbekannte Non-dilemma-These. Auch wenn man andere aus der Ökonomie bekannte Definitionen des Wettbewerbs betrachtet, so soll mit dem Schutz des Wettbewerbs zumindest auch die gesellschaftliche Wohlfahrt gefördert werden. Tatsächlich findet man in der Literatur Beiträge, in denen die Förderung der totalen Wohlfahrt (sozialer Überschuß) als pro-wettbewerblich bezeichnet wird (siehe dazu Hammer 2001: 879 ff.). Umstritten ist, ob nur die Konsumentenwohlfahrt oder die gesamte Wohlfahrt maximiert werden soll. In Äußerungen der EU-Kommission ist von „consumer welfare“ die Rede.²⁵ Wenn man in der Tradition der Ökonomie argumentiert, für die die Konsumenten die Eigentümer von Unternehmen und Monopolen sind, dann sind „consumer welfare“ und „total welfare“ identisch.²⁶ Im übrigen könnte man an der „total welfare“ festhalten und den Tauschgewinnen der Konsumenten ein größeres Gewicht als denen der Produzenten einräumen.

Wer für einen „consumer welfare“ Standard im engeren Sinne plädiert oder den Tauschgewinnen der Konsumenten ein größeres Gewicht im Vergleich zu denen der Produzenten einräumt, sollte bedenken, daß er sich für die Installation einer Wertschöpfungsbremse einsetzt. Dies läßt sich sehr schön am Williamson trade-off verdeutlichen. Hier würde der Unternehmenszusammenschluß nur dann genehmigt werden, wenn damit kein Preisanstieg verbunden wäre.²⁷ Damit würde die zusätzliche Wertschöpfung nur bei außerordentlich hohen Kosten-

²⁵ Im Juli 2001 erklärte Mario Monti „the goal of competition policy in all its aspects, is to protect consumer welfare“ (Monti 2001).

²⁶ Das gilt auch im langfristigen Gleichgewicht bei vollkommener Konkurrenz.

²⁷ Ein solcher Standard bedeutet, den Konsumenten ein „property right“ an der Differenz zwischen ihrem Reservationspreis und dem Wettbewerbspreis einzuräumen. Eine Umverteilung des sozialen Überschusses zu ihren Lasten wäre verboten. Solche Fragen sind in Deutschland im Zusammenhang mit dem sogenannten Preis-

senkungen verwirklicht werden (siehe dazu Schwalbe 2004). Letztlich geht es hier um Verteilungsfragen, und man kann füglich bezweifeln, ob man solche Fragen mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts beantworten sollte (siehe dazu Kaplow, Shavell 2002).

Man könnte einwenden, daß die Vergrößerung des sozialen Überschusses (oder die Verhinderung einer Schrumpfung) zwar immer Ziel der Wettbewerbspolitik war, aber ein Ziel, das nicht um jeden Preis verwirklicht werden sollte. So werde Wettbewerb auch gewünscht, weil in ihm die Privatautonomie zum Ausdruck komme und er ein Garant der Freiheit sei. Es dürfte klar sein, daß das Konzept dynamischen, perfekten und imperfekten Wettbewerbs sowohl auf der Präferenzautonomie wie der Vertragsfreiheit aufbaut. Beides gehört zu den definierenden Merkmalen des Wettbewerbsspiels. Die Definition des Begriffs Kooperationsrente (sozialer Überschuß) beruht auf dem Konzept der Präferenzautonomie, die in der Bestimmung der Reservationspreise ihren numerischen Ausdruck findet. Der Vertragsinhalt ist im Konzept dynamischen perfekten und imperfekten Wettbewerbs Verhandlungssache. Wie Wertschöpfung und Wertaneignung auf der Grundlage von Privatautonomie und Vertragsfreiheit erfolgen (und diese zugleich geschützt werden), kann man sehr schön an experimentellen Wettbewerbsspielen studieren (siehe dazu Kirstein, Schmidtchen 2002; Schmidtchen, Kirstein 2003; Schmidtchen 1978). Aber selbst für das Monopol, das unsere Lehrbücher bevölkert, läßt sich zeigen, daß Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht verletzt sind (siehe Schmidtchen 1983: 38 ff.).

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

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

Genau dies ist bei einem Kriterium, das in der Literatur immer wieder herausgestellt wird, nämlich die Wettbewerbsfreiheit, nicht der Fall. Es läßt sich leicht zeigen, daß dieses Kriterium wettbewerbspolitisch unbrauchbar ist (siehe auch Weizsäcker 2003; 2004; Schmidtchen 2004a).

Zunächst muß der Begriff der Freiheit operational definiert werden. Sei x ein Akt wie sprechen, versammeln, Rad fahren, Preis setzen. Eine Person hat die Freiheit, x zu tun, wenn x nicht verboten und x nicht geboten ist, und anderen verboten ist, den Akt zu stören. Wenn x

höhenmißbrauch diskutiert worden. Zu einer property-rights theoretischen Analyse siehe Schmidtchen 1983: 32 ff.; Schmidtchen 1982: 11 ff.

nicht geboten und nicht verboten ist, dann ist x erlaubt. Freiheit läßt sich demgemäß als geschützte Erlaubnis definieren (siehe Cooter 2000: 245; siehe auch Schmidtchen 1988). Der Schutz erfolgt typischerweise durch die Zuteilung individueller Rechte. Diese definieren zugleich die Grenze dessen, was wir dürfen. Schadenersatz, Strafe und staatliche Regulierung sichern diese Grenzen gegen Invasionen. Wo ist die Grenze zu ziehen? Zunächst ist zu beachten, daß eine Grenzziehung nur dort erforderlich ist, wo es zu Handlungskonflikten kommen kann; salopp formuliert: wo der Vorteil des einen zwingend mit einem Nachteil für einen anderen einhergeht. Es muß also Nutzungskonkurrenz um Ressourcen gegeben sein. Nutzungskonkurrenz aber gibt es nur bei Knappheit. Im Paradies kann man jedem alles erlauben, ohne daß es zu Handlungskonflikten kommen könnte.

In Konfliktsituationen impliziert die Vergrößerung des Umfanges des Rechts des A eine Verringerung des Umfangs des Rechts des B.²⁸ Mehr Freiheit für den einen bedeutet weniger Freiheit für den anderen. Wie ist die Grenze zu ziehen? Das Freiheitskriterium selbst kann offensichtlich die Antwort nicht geben. Es geht ja gerade darum, die Freiheit des A und die des B miteinander in Einklang zu bringen. Hilft das von Juristen geliebte Gleichheitsprinzip weiter? So könnte man beispielsweise argumentieren, daß Freiheit ein vorpositives, angeborenes, unveräußerliches Recht darstellt, das jeder Person in *gleichem* Maße zusteht. Das sei unbestritten, doch hilft uns das nicht weiter, wenn die Nutzung der Freiheit des einen mit der Nutzung der Freiheit des anderen kollidiert. Wie sieht z. B. gleiche Freiheit in dem Falle aus, wo ein Raucher und ein Nichtraucher dasselbe Zimmer teilen müssen? Offensichtlich kann das vorpositive, angeborene und unveräußerliche Recht nicht schrankenlos sein. Diese Schranken werden durch den Begriff Erlaubnis gesetzt. Wie sähe im Falle der Raucher „gleiche“ geschützte Erlaubnis aus?

Hilft das Gerechtigkeitsprinzip weiter? Wer darauf setzt, steht sofort vor der Frage, wie die Konkurrenz der Gerechtigkeitskonzepte zu entscheiden ist (siehe dazu Schmidtchen 2004b). Hingegen könnte das Effizienzprinzip eine Lösung liefern. Wir haben es bei der Grenzziehung mit der Frage der Zuteilung von Rechten zu tun, die Coase in seinem berühmten Artikel (siehe Coase 1960) thematisiert hatte. Die Vergrößerung der Freiheit des Viehzüchters bedeutet die Einschränkung der Freiheit des Bauern (und umgekehrt). Wie immer man das Recht zuteilt, es entstehen Opportunitätskosten in Form eines Verlustes an Wertschöpfung; das Problem ist reziproker Natur. Effizienz verlangt bei positiven Transaktionskosten, das Recht so

²⁸ Diese Schlußfolgerung ist zwingend, wenn die Rechtsordnung das Prinzip der „compossibility“ beachten will, was von einer jeden rationalen Rechtsordnung verlangt werden muß. Zu diesem Prinzip der logischen (und faktischen) Vereinbarkeit von Rechtspositionen siehe Steiner 1977 sowie Weizsäcker 2004; Schmidtchen 1987.

zuzuordnen, daß der unumgängliche Wertverlust minimiert wird.²⁹ Ich stelle die These auf, daß alle Fälle, mit denen Kartellbehörden und Gerichte befaßt sind, die Struktur des Coase-Problems aufweisen.

Man betrachte einen Monopolanbieter. Die Frage lautet: Soll er das Recht haben, den Preis des Cournot-Punktes zu verlangen, oder sollen die Nachfrager das Recht haben, dieses zu verhindern? M. a. W.: Sollen die Nachfrager ein „property right“ auf die Differenz zwischen ihrem Reservationspreis und dem Wettbewerbspreis haben? Gibt die Rechtsordnung den Nachfragern ein Verhinderungsrecht, dann wäre die Monopolpreissetzung eine Verletzung dieses Rechts. Gibt sie dagegen dem Monopolisten ein unbeschränktes Preissetzungsrecht, dann wäre die Verhinderung der Monopolpreissetzung ein Eingriff in seine Freiheit.

2. Praktische Ebene

Auf der praktischen Ebene geht es um die Frage, ob Kartellbehörden und Gerichte die institutionellen Fähigkeiten besitzen, ein wohlfahrtsorientiertes Wettbewerbskonzept zu akzeptablen Verwaltungs- und Irrtumskosten in die Praxis umzusetzen – und zusätzlich Rechtssicherheit zu gewährleisten. Nun muß man einerseits sehen, daß Wettbewerb in der Kartellrechtspraxis ein extrem schillernder, schwammig formulierter Begriff ist, dessen Schwammigkeit nur noch von dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung übertroffen wird. Juristen benötigen diese Flexibilität, aber man frage sie, welchem ökonomischen Wettbewerbskonzept ihre Begriffe und Konzepte entstammen. Was meinen Juristen, wenn sie als Ziel etwa der Fusionskontrolle „die Erhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen“ oder „die Verhinderung nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielräume von Unternehmen“ angeben? Oder man betrachte die Definition einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 19, 36 GWB): Was heißt „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ zu sein oder eine im Vergleich zu Wettbewerbern „überragende

²⁹ Damit wird eine Allokation eines Rechtes bewirkt, wie sie sich bei einem funktionsfähigen Markt (vernachlässigbare Transaktionskosten) eingestellt hätte – ein dem Juristen vertrautes Denkschema. Die in der juristischen Literatur vertretene These, daß die Allokationsfunktion des Marktes dem Prinzip der Freiheitsverwirklichung unter allgemeinen Gesetzen (Privatautonomie) nachgelagert sei und sich zur Letztbegründung von Rechtsregeln nicht eigne (siehe Mestmäcker 1984; Köhler 1994), ist verfehlt. Bei Transaktionskosten von Null kann die Erstallokation von „property rights“ „beliebig“ sein; der Markt sorgt dafür, daß die Rechte dorthin wandern, wo sie – gemessen an der Zahlungsbereitschaft – am höchsten bewertet werden. Dies Beispiel zeigt, daß die Betrachtung des Marktes als ein Koordinationsmechanismus, in dem Pläne mit den Mitteln des Vertragsrechts verwirklicht werden, und die Interpretation als Mechanismus zur effizienten Allokation knapper Güter zwei Seiten einer Medaille sind.

Die von Mestmäcker und Köhler vertretene These mag zutreffen, wenn man die Wohlfahrtsökonomik mit dem Utilitarismus gleichsetzt. Dies muß man aber nicht tun. In diesem Beitrag wird eine Allokationstheorie verwendet, in der die privatautonom bestimmten Zahlungsbereitschaften der Individuen die Allokation in Richtung Maximierung der Wertschöpfung („wealth maximization“) steuern.

Marktstellung“ zu besitzen? Wissen Unternehmen, wann sie gegen das Kartellgesetz verstoßen?

Für Nichtjuristen erschließt sich der Inhalt solcher Formulierungen kaum. Ohne den Knüppel eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot der Verfassung (Art 103, Abs. 2 GG) bemühen zu wollen, von einem Muster an Rechtssicherheit, konzeptioneller Klarheit und für die zur Steuerung unternehmerischen Handelns notwendige Präzision wird man – auch unter Berücksichtigung der Judikatur – wohl kaum sprechen können. Der vom Begriff der marktbeherrschenden Stellung zehrende Strukturansatz der Wettbewerbspolitik kann deshalb keine hinreichende Planungssicherheit im Markt erzeugen.³⁰ Auf der anderen Seite stellt die Ökonomie mit den Konzepten des sozialen Überschusses, der Produzenten- und Konsumentenrente, präzise ausgearbeitete theoretische Konstrukte zur Verfügung, die sich überall in der Welt – nicht nur in der Industrieökonomik und im Antitrust – bereits praktisch bewährt haben.

Wohlfahrtsmaximierung als Richtschnur für das Handeln von Kartellbehörden und die Entscheidung von Gerichten ist eine operationale Zielvorgabe. Die Anforderungsprofile bezüglich des Humankapitals werden sich allerdings ein bißchen verändern müssen. In manchen Fällen mag sich auch die gegenwärtige Praxis mit einer expliziten Wohlfahrtsanalyse überschneiden. Wenn Kartellbehörden und Gerichte pro- und antiwettbewerbliche Wirkungen gegeneinander abwägen, dann betreiben sie häufig implizit eine Wohlfahrtsanalyse. Die in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis entwickelten Begriffe und Konzepte werden als „proxies“ für explizite Wohlfahrtskategorien verwendet.

Wenn man die Wohlfahrtsmaximierung zum Ziel der Wettbewerbspolitik erhebt, müssen die wettbewerbspolitischen Entscheidungen explizit auf Prognosen über Wirkungen, letztlich auf Kosten-Nutzen Analysen, gestützt werden (Performance-Test). Was ist, wenn man sich irrt?

Nun ist das eine sehr berechtigte Frage, die man aber auch an die orthodoxe Wettbewerbspolitik richten muß. Auch sie ist auf Prognosen angewiesen. Beide können sich irren; beide können den Fehler 1. Ordnung und den Fehler 2. Ordnung begehen, also ein zulässiges Handeln untersagen (Fehler 1. Ordnung) und ein unzulässiges Handeln nicht verfolgen (Fehler 2. Ordnung). Die entscheidende Frage lautet: Bei welchem Typ von Wettbewerbspolitik sind die Fehlerwahrscheinlichkeiten höher und wie sehen die Kosten von Entscheidungsfehlern aus – gemessen an verlorener Wohlfahrt. Performance-Tests sind gewiß nicht einfach, und es ist aus verschiedenerlei Gründen verständlich, daß Kartellbehörden und Gerichte Struktur- und Verhaltenstests bevorzugen. Doch wäre es eine Illusion zu glauben, daß man mit Struktur- und Verhaltenstests die Probleme von Performance-Tests vermeiden könne. Während bei Perfor-

mance-Tests im Einzelfall Nutzen und Kosten unternehmerischen Verhaltens und von Marktstrukturen verglichen werden müssen, ist ein solcher Nutzen- und Kostenvergleich bereits angestellt worden, um die Struktur- und Verhaltensnormen eines Tests zu bestimmen. Struktur- und Verhaltenstests basieren also auf generalisierenden Nutzen-Kosten Überlegungen. Abgesehen von „nackten“ Preiskartellen finden diese Generalisierungen keine Unterstützung in der modernen Ökonomie.

V. Handreichung zur Implementation (Prüfschema)

Die wichtigste Botschaft der neueren, insbesondere durch die Chicago Schule beeinflussten, Wettbewerbspolitik hat Thomas Ross so umschrieben: „Before you intervene, have a theory“ (Ross 2004: 254). Man vergißt heute leicht, daß Antitrust zum großen Teil atheoretisch war, bevor Chicago eine Wende einleitete (siehe Ross 2004: 254). Über die richtige Theorie kann man sicherlich streiten – aber heute zählt, was „post-Chicago“ Antitrust genannt wird (siehe dazu Ross 2004: 254 f.). Die zentrale Botschaft lautet: „get the right model“ (Ross 2004: 255; siehe auch Nitsche, Thielert 2004). Die simple Preistheorie, auf die sich die Chicago Schule stützte, muß nicht verworfen werden, aber sie reicht in mancherlei Hinsicht nicht aus (siehe Schmidtchen 1994). Auf der anderen Seite wäre es töricht, den historisch überlieferten Körper des Wettbewerbsrechts über Bord zu werfen, denn es gehört zum Wesen des Rechts, eine Beständigkeit in der Zeit zu bewahren. Die Herausforderung besteht deshalb darin, neue ökonomische Einsichten mit der Rechtstradition sinnvoll zu verknüpfen.

Unterstellt, die gegenwärtige Antitrust-Gesetzgebung bleibt erhalten. Gegen ein Unternehmen (oder eine Gruppe von Unternehmen) wird ein Verfahren wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsgesetzgebung eröffnet. Um die Anschuldigungen zu entkräften, sollten die Beschuldigten zweierlei nachweisen.³¹

- (1) Das beanstandete Verhalten ist eine Reaktion auf ein identifizierbares Marktversagen oder produktive oder dynamische (Neuerungen betreffende) Ineffizienz im relevanten Markt.
- (2) Das beanstandete Verhalten steigert per Saldo die Wohlfahrt.

Die Kartellbehörden hätten zwei Dinge zu prüfen:

³⁰ Auch ist er in mancher Hinsicht konzeptionell defizitär (siehe dazu Schmidtchen 1994). Bei Kartellen liegen die Dinge etwas anders.

³¹ Dieser Prüfkatalog orientiert sich an Hammer 2001: 851. Dieser fokussiert allerdings nur allokativer Ineffizienz, während hier auch die Beseitigung produktiver und innovativer Ineffizienz als Effizienzeinrede zugelassen wird. Auch erscheinen die von Hammer benutzten Begriffe statische und dynamische Effizienz in diesem Kontext nicht besonders glücklich.

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

Wenn die Unternehmen ihre Argumente überzeugen dargelegt und die Kartellbehörden die beiden Fragen mit nein beantwortet haben, dann sollte das Verfahren gegen die Unternehmen eingestellt werden. Kurzum: Wenn das inkriminierte Verhalten zur Wohlfahrtssteigerung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, sollte es nicht untersagt werden.³²

Einige Erläuterungen zu diesem Prüfschema erscheinen angebracht.

Die Unternehmen haben die Beweislast. Die Effizienzvorteile müssen überzeugend begründet werden (verifizierbar) und wahrscheinlich sein. Sie müssen substantiell und spezifisch (signifikant) auf das inkriminierte Verhalten zurückführbar sein. Auch müssen die Vorteile im relevanten Markt auftreten. Diese Anforderungen entsprechen z. T. denen, die von der Europäischen Kommission bei der Praktizierung der FKVO gesetzt werden. Die Vorteile müssen quantifiziert werden, um eine Erfolgskontrolle durchführen zu können. Auch muß ein Zeitrahmen angegeben werden. Nackte Wettbewerbsbeschränkungen (z. B. reine Preiskartelle, Behinderungsmißbrauch, Ausbeutungsmißbrauch) können den Test niemals überstehen, weil die Wohlfahrtssteigerung nicht nachgewiesen werden kann. Ihre Bekämpfung bleibt selbstverständlich weiterhin zentrale Aufgabe der Wettbewerbspolitik.

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

Die Effizienzeinrede sollte für alle Formen von wettbewerbspolitisch bedenklichem Handeln zugelassen werden. Wenn man sich schon auf Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik einläßt, dann sollte man konsequenterweise den Weg auch zu Ende gehen. Es ist kein Grund dafür erkennbar, die Effizienzeinrede nur bei Unternehmenszusammenschlüssen zuzulassen.

³² Die von Schwalbe (siehe den Beitrag in diesem Bande) aufgestellten Leitlinien für eine Effizienzeinrede enthalten ähnliche Punkte. Allerdings wird dort verlangt, daß Effizienzvorteile an die Konsumenten weitergegeben werden.

Die Wettbewerbspolitik wird sich stärker in Richtung Mißbrauchskontrolle bewegen. Das, was mit der Reform von Art. 81 (3) EG-Vertrag begann, wird in andere Bereiche ausstrahlen. Die Behörden sind durchaus in der Lage, eine Mißbrauchskontrolle durchzuführen.³³ Der Einwand etwa, daß das bei Unternehmenszusammenschlüssen nicht machbar sei, ist durch die Auflagenpolitik des Kartellamtes entkräftet worden, die eine laufende Verhaltenskontrolle impliziert. Im übrigen ist darauf zu verweisen, daß die Mißbrauchskontrolle und nicht die Regulierung (etwa in Form von Genehmigungen) den ersten Kandidaten für eine unternehmerische Verhaltenskontrolle im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat darstellt.

VI. „Post-Chicago“ Wettbewerbspolitik

Die Ansichten der Ökonomen über die Notwendigkeit und die Ziele der Wettbewerbspolitik unterlagen einem historischen Wandel. Grob gesprochen lassen sich vier Phasen unterscheiden (siehe auch Ross 2004: 253). In Phase 1 („laissez faire“) sahen die meisten Ökonomen keine Notwendigkeit oder keine Möglichkeit für Antitrust (siehe Stigler 1982). Ende des 19. Jahrhunderts erkannten sie dann in Monopolstellungen ein Problem, das durch eine Wettbewerbsgesetzgebung adressiert werden sollte. Aus dieser Einsicht heraus entwickelte sich die „inhospitality tradition“, „which viewed every action by large firms that did not fit the textbook model of perfect competition as an abuse of market power or an attempt to create a monopoly“ (Ross 2004: 253). Ich habe diese Einstellung einmal als Markt-machtphobie bezeichnet (siehe Schmidtchen 1994), die ein Kennzeichen der Harvard School und des frühen deutschen Ordo-Liberalismus ist. Auf das Zeitalter der Marktmachtphobie folgte das Zeitalter der Effizienzeuphorie (siehe Schmidtchen 1994), für das die sogenannte Chicago Schule steht.

In den 1950er Jahren begannen in Chicago beheimatete Ökonomen die Grundlagen der „inhospitality tradition“ zu attackieren, „arguing that we should not condemn a practice without justification – and that this justification should come from sound economic analysis, including a theoretical model and empirical testing“ (Ross 2004: 253). Zahlreiche Formen unternehmerischen Verhaltens, die von der Harvard School als antiwettbewerblich bezeichnet wurden, erschienen nun in einem neuen Licht und galten vielfach als Beitrag zur gesellschaftlichen

³³ Man kann diese unter Umständen auch effektiver gestalten, indem man die Möglichkeiten und die Anreize von Privatklagen verbessert (siehe dazu auch das Sondergutachten der Monopolkommission zur 7. Kartellrechtsnovelle 2004). Im Zweifel müßte die personelle Ausstattung der Kartellbehörden verbessert werden. Warum sollten sie sich nicht selbst finanzieren können?

Wohlfahrt.³⁴ Heute befinden wir uns in Phase IV, die „Post-Chicago“ genannt wird (siehe Ross 2004: 254).

Mit Beginn der 1970er Jahre wurden neue Instrumente zum Verständnis von unternehmerischem Verhalten und Marktstrukturen entwickelt. Insbesondere sind die Spieltheorie und die Neue Institutionenökonomik zu nennen. Das Funktionieren von Märkten unter asymmetrischer Information wurde zu einem Hauptforschungsgebiet. Das theoretische Anspruchsniveau wuchs; das Pendel schlug zurück und ließ zahlreiche Effizienzaussagen der Chicago Schule als fragwürdig erscheinen. Aber es gibt keinen Weg zurück: „modern antitrust is build on a foundation laid by the Chicago School – while subsequent research may have changed some of the details, it has not altered the basic principles“ (Ross 2004: 254). Welches sind die bleibenden Einsichten, die wir „Chicago“ zu verdanken haben, und die zukünftige Wettbewerbspolitik als Leitgedanken akzeptieren sollte? Ross listet vier Lehren auf (siehe Ross 2004: 254 ff.), denen eine weitere hinzugefügt wird, die aus dem „second best“ Ansatz in Verbindung mit der Idee resultiert, daß Effizienz die volle Aneignbarkeit von Beiträgen zur gesellschaftlichen Wertschöpfung im Sinne der Theorie dynamischen perfekten und imperfekten Wettbewerbs erfordert.

(1) „Respect the power of the market“

Freie Märkte sind die besten Garanten für Wertschöpfung und Wohlstand. Man sollte sehr genau hinschauen, bevor man in Märkte interveniert, weil freie Märkte viele wettbewerbspolitische Probleme selbst lösen. Besonders wichtig ist dabei die Bestreitbarkeit von Märkten. Auch sind viele Unvollkommenheiten von Märkten das Resultat staatlicher Interventionen.

(2) „Before you intervene, have a theory“

Antitrust war weitgehend atheoretisch, bevor die Chicago Schule auf der Bühne erschien. Gewiß, die Chicago Schule verwendete die simple Preistheorie und unterstellte, daß im „long run“ effiziente Gleichgewichte resultieren. Wir sehen heute stärker als früher die Grenzen der Preistheorie, aber daraus resultiert weder eine Theoriephobie noch eine Abneigung gegen empirische Tests theoretisch gestützter Hypothesen.

(3) „Respect the limitations of enforcement officials and courts“

Auch Wettbewerbsbehörden und Gerichte arbeiten nicht perfekt. Sie entscheiden wie alle Akteure in der Lebenswirklichkeit eingeschränkt rational, d. h. sie begehen mit positiver

³⁴ Hingewiesen sei auf ruinöse Konkurrenz, die inhärente Instabilität von Kartellen, Preisbindung der zweiten Hand und andere vertikale Restriktionen (siehe Ross 2004: 256 ff.). Auch die Neue Institutionenökonomik kritisierte die Marktmachtphobie (siehe Coase 1972: 67; Williamson 1987).

Wahrscheinlichkeit den Fehler erster und zweiter Ordnung.³⁵ Zu aggressives Vorgehen gegen vermeintliche Wettbewerbsbeschränkungen mag dazu führen, das Klima für harten, aber fairen Wettbewerb zu zerstören (siehe Ross 2004: 255): „As a consequence, it is important not to expect too much of those charged with enforcing and adjudicating our competition law. ... There is therefore a considerable value in filters that allow us to quickly and easily screen out cases that should raise no antitrust concerns so that business can proceed under those conditions with reasonable certainty that they will not be found in violation of the law” (Ross 2004: 255).

(4) „Protect competition, not competitors”

Anstelle des Schutzes des Wettbewerbs spricht man im Antitrust manchmal auch vom Schutz und der Förderung von Rivalität im Markt. Wettbewerb wird hier als Rivalität definiert. Aber kann Rivalität um ihrer selbst willen gewünscht werden? Zweifel sind angebracht: „Rivalry may be efficient, inefficient, or neutral, and sensible antitrust policy must distinguish among these possibilities” (Semeraro 2003: 4). Frank Easterbrook behauptet zu Recht, „(a) ‘competitive market’ is not necessarily the one with the most rivalry moment-to-moment ... Every market entails substantial cooperation over some domain in order to facilitate competition elsewhere” (Easterbrook 1984: 1); „Antitrust aims at preserving competition as an instrument for creating economic efficiency ... (C)ompetition cannot be defined as the state of maximum rivalry, for that is a formula of disintegration. Today’s cooperation creates both today’s benefits and tomorrow’s competition” (Easterbrook 1984: 13).

Es gab eine Zeit, in der man Wettbewerb mit der Zahl der Wettbewerber identifizierte: „Zählen wir es an den Köpfen ab“ – je mehr Wettbewerber, desto „wettbewerblicher“ der Markt. In Deutschland wurde dafür der Begriff Wettbewerbsintensität verwendet, der mit dem Begriff der Rivalität („rivalry“) verwandt sein dürfte. Allerdings ist mir kein Maß für die Wettbewerbsintensität bekannt, das wissenschaftlichen Ansprüchen genügt. Wettbewerbsintensität ist ein Begriff, der nie präzise definiert wurde. Mehr Wettbewerber mit mehr Wettbewerb gleichzusetzen, ist ein Erbe des atheoretischen ursprünglichen Struktur-Verhalten-Ergebnis Paradigmas.³⁶

³⁵ Eine dieser Fehlermöglichkeiten in den Mittelpunkt stellende Theorie richterlichen Verhaltens wurde von Kirstein (1999) entwickelt; siehe auch Kirstein, Schmidtchen 1997. In diesen Arbeiten wird auf Ron Heiners Theorie imperfekten Entscheidens zurückgegriffen (siehe Heiner 1983).

Mathias Hafner benutzt diese Theorie, um Bürokrationen als eingeschränkt rationale Entscheider zu modellieren (siehe Hafner 2000). Konkret behandelt er eine Reform der Genehmigungsverfahren in Deutschland, die eine ex ante Regulierung auf eine ex post Regulierung umgestellt hat.

Christoph Bier (2002) vergleicht den regulierten und verhandelten Zugang zum Stromnetz unter Annahme, daß die Aufsichtsbehörden imperfekte Entscheider sind.

³⁶ „Indeed, steady flows of entry and exit from a market can be a sign of healthy competition. Thus, as an example, even if the practices of a dominant firm or the exclusivity arrangements between vertically related firms are

Trotz der gegen dieses Abzählspiel vorgebrachten Kritik (siehe dazu Schmidtchen 1988; 1994) beherrscht es die praktische Wettbewerbspolitik bis auf den heutigen Tag (siehe auch Gifford, Kudrle 2003). Was stellen die Attacken gegen Microsoft anderes dar als Maßnahmen zum Schutz von Microsofts Wettbewerbern?³⁷ Bei genauerem Zusehen könnte sich allerdings das Paradox ergeben, daß in manchen Fällen der Schutz des Wettbewerbs nur über den Schutz von Wettbewerbern zu haben ist – ein weiteres schönes Beispiel für Second best Denken im Antitrust.

(5) „Respektiere Monopolgewinne“³⁸

Mit Ross könnten wir diese Lehre auch so umschreiben: „get the right model“. In der traditionellen Theorie marktbeherrschender Unternehmen, für die hier die Monopoltheorie stehen soll, wird das produzierte Gut (der Markt) als gegeben unterstellt. Es wird so behandelt, als sei es wie Manna vom Himmel gefallen und der Monopolist außer der Outputrestriktion nichts getan habe, was seinen Gewinn als verdient erscheinen ließe: „Indeed, any economic profit taken by the monopolist is, given that the good is assumed into existence, fully equivalent with economists’ notion of rents, that gain that is *totally* unearned. The monopolist did nothing to *earn* the profit, other than restrict output. The monopolist certainly did nothing to identify an unmet need or want, create the good that could satisfy the unmet need or want, and then develop the market for the good. All of these problems are solved, as if by magic, by economists’ assuming that the good exists” (McKenzie 2004: 721).

Tatsächlich aber müssen die Güter entwickelt und die Märkte kreiert werden. Man drehe das deutsche Sprichwort „Ohne Fleiß kein Preis“ um und formuliere „Ohne Preis kein Fleiß“ – mit dem Monopolgewinn als Leistungsgewinn (und nicht Rente) – als Preis.³⁹ Ohne die Er-

seen to disadvantage rivals, the relevant test for public policy purposes is whether or not competition and efficiency are served. Antitrust law should not be about propping up weaker competitors” (Ross 2004: 255).

³⁷ Vor kurzem identifizierte das Wall Street Journal „the core of the case“ als „Microsoft’s long-standing strategy of adding new features to Windows as a way of derailing would-be competitors“ (zitiert nach McKenzie 2003: 720 f.). McKenzie wundert sich mit Recht: „What is so odd about that statement is that ‚adding new features’ to a product could more easily be construed as the behavior of a fierce competitor, not the predatory monopolist that Microsoft has been made out to be by the Justice Department, the District Court, and a host of their supporting economists” (McKenzie 2003: 721). Ein ähnlicher „twist“ zeigt sich bei der Frage, ob die Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens den Marktzugang erschwert (Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand); siehe dazu Schmidtchen 1983: 64 ff.

³⁸ Siehe hierzu auch Abschnitt 4. Bagatellisierung privater Macht und Übergang zu mehr „Laissez-Faire“?, insbesondere „Das Biedermeierweltbild von Wettbewerb“, in Schmidtchen 1988: 124 ff.

³⁹ Interessanterweise werden in der traditionellen Analyse die Konsumenten anders behandelt als der Monopolist. Das Marktversagen wird dem Monopolisten zugeschrieben. Aber genauso gut könnte man die Nachfrager dafür verantwortlich machen (siehe bereits Schmidtchen 1983: 60; McKenzie 2004: 718). Ferner: Haben die Konsumenten die Konsumentenrente verdient? Haben die Konsumenten ein Recht auf den verlorengegangenen sozialen Überschuß? „A monopoly may extract monopoly profits and impose the deadweight-loss triangle, once the good and market exist fully formed, as treated in our textbook monopoly models. However, those losses of consumer’s surplus can be viewed as necessary costs the consumers are more than willing to incur to ensure their extraction of a host of Dupuit triangles garnered from an array of goods” (McKenzie 2004: 722). Mit Dupuit Dreiecken bezeichnet man die Fläche oberhalb der Monopolpreislinie und der Nachfragekurve.

wartung, solche Gewinne ziehen zu können, werden Unternehmen keine Märkte kreieren, keine Forschung und Entwicklung betreiben. Da solche Dinge mit Risiko behaftet sind, werden häufig Produktportfolios entwickelt. Aber zahlreiche Produkte erweisen sich als „flops“; dafür müssen andere die Rolle der „cash cow“ übernehmen, damit eine normale Rendite auf das gesamte Portfolio verdient werden kann (siehe auch McKenzie 2004: 725). Bei Netzwerkgütern erfordert die Ausweitung des Netzwerkes manchmal Preise unterhalb der Kosten. Die dadurch erzeugten Verluste werden aber nur in Kauf genommen, wenn das Unternehmen nach der Etablierung des Netzwerks Preise oberhalb der Grenzkosten setzen kann (siehe McKenzie 2004: 728 f.).

Das Denken in „second best“ Kategorien zeigt sich darin, daß die statische Ineffizienz der Preis ist für die dynamische Effizienz (siehe auch Weizsäcker 2004). Was in Langfristbetrachtung Gewinn darstellt, erscheint in der kurzen Sicht als Rente (siehe dazu bereits Schmidtchen 1985).

VII. Schluß

Die ökonomische Theorie hat zwei Arten von Beiträgen für eine bessere Wettbewerbspolitik geliefert (siehe Ross 2004: 252). Sie gab ihr einen archimedischen Punkt: „make the economy more efficient through the protection and enhancement of competitive market forces. That is, we come to recognize that the goal should be the protection of competition (not necessarily competitors) and that the ultimate concern was efficiency” (Ross 2004: 253). Außerdem hat die Ökonomie bessere analytische Instrumente bereit-gestellt, um die Frage zu beantworten, welche Marktstruktur und welches Marktverhalten Wettbewerb und Effizienz förderlich sind: „It has been through careful economic modelling that we have gained a better understanding of whether a given action or structure is good or bad for wealth creation and efficiency. Economic modelling has replaced evaluation based upon intuition, suspicion, and ideology” (Ross 2004: 253).

Die Anwendung der Antitrustgesetze verlangt von Kartellbehörden und Gerichten hohen ökonomischen Sachverstand. Die Anforderungen an die ökonomische Professionalität werden wachsen (siehe auch Nitsche, Thielert 2004). Man denke nur an die drei Fusionsentscheidungen der EU-Kommission, die vom Gericht erster Instanz wegen ihrer mangelnden ökonomischen Begründung kassiert wurden. Aber die Rolle der Ökonomen und der Ökonomie ist keineswegs personell und institutionell abgesichert. Wir werden als Ökonomen die Öffentlichkeit aufklären müssen, daß die Ökonomie das wissenschaftliche Fundament liefert, auf dem gute

Wettbewerbspolitik aufbaut: Ökonomie ist die Seele des Antitrust. Aber das ist nicht genug. Die Behörden und Gerichte müssen finanziell und personell so ausgestattet werden, daß sie ihrer anspruchsvollen Aufgabe gerecht werden können.

Literaturverzeichnis

- Baker, J. (2003), The Case for Antitrust, in: *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, No. 4: 27 - 50.
- Bickenbach, F., L. Kumkar, R. Soltwedel (1999), *The New Institutional Economics of Antitrust and Regulation*, Working Paper Nr. 961, Kiel.
- Bier, Chr. (2002), *Regulierter oder verhandelter Zugang zum Stromnetz? Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung imperfekter Aufsichtsbehörden*, Hamburg.
- Böge, U. (2004a), Reform der europäischen Fusionskontrolle, in: *WuW*, 2/2004: 138 - 148.
- Böge, U. (2004b), Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: *WuW*, 7 u. 8/2004: 726-733.
- Brandenburger, A., B. Nalebuff (1996), *Coopetition – kooperativ konkurrieren. Mit der Spieltheorie zum Unternehmenserfolg*, Frankfurt a. M.
- Brickley, J., C. Smith, J. Zimmerman (2001), *Managerial Economics and Organizational Architecture*, sec. ed., Boston et al. [McGraw-Hill, Irvin].
- Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economics* (3): 1 – 44.
- Coase, R. (1972), *Industrial Organization: A Proposal for Research*, in: Fuchs, R. (ed.), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, New York, National Bureau of Economic Research: 59 – 73.
- Cooter, R. (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton [Princeton University Press].
- Crandall, R., C. Winston (2003), Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, in: *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, No. 4: 3 - 26.
- Easterbrook, F. (1984), The Limits of Antitrust, *Texas Law Review* 63: 1 - 40.
- EU Commission (1999), *White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC treaty*.
- EU Commission (2000), *XXXth Report on Competition Policy 2000*.
- European Commission (2001), *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC), No. 4064/89*; verfügbar von: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>
- Fisher, F. (1979), Diagnosing Monopoly, in: *Quarterly Review of Economics and Business*, 19 (2): 7-33.
- Fox, E. (1987), The Battle for the Soul of Antitrust, in: *California Law Review* 75: 917 ff.
- Gifford, D., R. Kudrle (2003), European Union Competition Law and Policy: How much Latitude for Convergence with the United States?, in: *The Antitrust Bulletin*, 727 - 780.
- Hafner, M. (2000), *Behördliche Diagnosefehler im Genehmigungsverfahren*, Wiesbaden.
- Hayek, F. A. (1969), Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Hayek, F. A.: *Freiburger Studien*: 349 - 365 (Tübingen).
- Hammer, P. (2001), Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-best Tradeoffs, in: *Michigan Law Review*, 98: 849 - 925.
- Heiner, R. (1983), The Origin of Predictable Behavior, in: *American Economic Review* 73(4): 560 – 595.

- Helmstädter, E. (2003), Anmerkungen zu "Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht", in: ORDO, Bd. 54: 319 - 326.
- Ilzkovitz, F., R. Meiklejohn (2001), European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defense?, European Economy 5: 3 - 30.
- Kantzenbach, E. (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen.
- Kaplow, L., St. Shavell, (2002), Fairness versus Welfare, Cambridge, Mass. [Harvard University Press].
- Kirstein, R. (1999), Imperfekte Gerichte und Vertragstreue, Wiesbaden.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (1997), Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, in: International Review of Law and Economics, 17(4): 509 – 520.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2002), Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, in: ORDO, Bd. 53: 227 - 240.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2003), Replik auf Ernst Helmstädter, in ORDO, Bd. 54: 327 - 330.
- Köhler, M. (1994), Das angeborene Recht ist nur ein „einziges“, in: Schmidt, K. (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Berlin: 61 ff.
- Kreps, D. (1990), A Course in Microeconomic Theory, New York u. a. [Harvester Wheatsheaf].
- Lagerlöf J., P. Heidhues (2004), On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control, Fassung v. 14. Januar, download: <http://www.wz-berlin.de/~heidhues/>
- Lipsey, R., R. Lancaster (1956), The General Theory of Second Best, in: Review of Economic Studies, 24: 11 – 32.
- Makowski, L., J. Ostroy (2001), Perfect Competition and Creativity of the Market, in: Journal of Economic Literature, June, Vol. XXXIX, No. 2: 479 - 535.
- McDonnell, B., D. Farber (2003), Are efficient antitrust rules always optimal?, in: The Antitrust Bulletin: 807 – 835.
- McKenzie, R. (2004), Monopoly: A Game Economists Love to Play – Badly!, in: Southern Economic Journal, 70(4): 715 – 730.
- Mestmäcker, E.-J. (1984), Mehrheitsglück und Minderheitenherrschaft, in: ders. Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl., Baden-Baden: 158 ff.
- Monopolkommission (2004), Das Allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Bonn.
- Monti, M. (2000), Competition Policy Reform. Speech at the UNICE Conference on Competition Policy Reform, Brussels, 11 May 2000. http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_009_en.html
- Monti, M. (2001), The Future for Competition Policy in the European Union, Address at Merchant Taylor's Hall, London (July 9, 2001).
- Monti, M. (2003), EU Competition Policy after May 2004, Speech, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 24 October 2003. <http://www.delcyp.cec.eu.int/en/news/031029c.htm>

- Möschel, W. (2003), Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln u.a.: 705-719.
- Neumann, K.H. (2004), Konsistente Entgeltregulierung, in: wik Newsletter 54, März 2004: 1 - 3.
- Nitsche, R., J. Thielert (2004), Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*: 250-259.
- Röller, L.-H., J. Stennek, F. Verhoven (2001), Efficiency Gains from Mergers, *European Economy* 5: 31 - 128.
- Ross, Th. (2004), Viewpoint: Canadian Competition Policy: Progress and Prospects, in: *Canadian Journal of Economics*, vol. 37, No. 2: 243 - 268.
- Schmidtchen, D. (1978), Wettbewerbspolitik als Aufgabe, Baden-Baden.
- Schmidtchen, D. (1982), Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Röper, B. (Hrsg.), *Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie*, Berlin: 13 – 43.
- Schmidtchen, D. (1983), Property rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik, Tübingen.
- Schmidtchen, D. (1985), Monopol und Institutional Choice. Bemerkungen zu Jörn Kruses Beitrag ‚Institutionelle Alternativen für das Monopolproblem‘, in: Schenk, K.-E. (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung, Industrieorganisation und Koordination – Theorien und Ländervergleiche*, Stuttgart: 180 – 211.
- Schmidtchen, D. (1988), Fehltritte über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in: *ORDO* (39): 111 – 135.
- Schmidtchen, D. (1989), Evolutorische Ordnungstheorie oder: Die Transaktionskosten und das Unternehmertum, in: *ORDO*, Bd. 40: 161 – 182.
- Schmidtchen, D. (1991), The Goals of Antitrust Revisited. Comment, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 147. Jg, Nr. 1: 31 - 37.
- Schmidtchen, D. (1994), Antitrust zwischen Marktmachtphobie und Effizienzeuphorie: Alte Themen – neue Ansätze, in: Möschel, W. u. a. (Hrsg.): *Marktwirtschaft und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Erich Hoppmann*, Baden-Baden.
- Schmidtchen, D. (2003), Wettbewerb und Kooperation (Co-opetition): Neues Paradigma für Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik?, in: Zentes, J. u. a. (Hrsg.): *Kooperationen, Allianzen und Netzwerke*, Wiesbaden: 66 - 92.
- Schmidtchen, D. (2004a), Recht, Eigentum und Effizienz: Zu F. A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit, Discussion Paper, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Saarbrücken.
- Schmidtchen, D. (2004b), Ökonomie und Gerechtigkeit, in: Horstmann, K., M. Hüttenhoff, H. Koriath (Hrsg.): *Gerechtigkeit – eine Illusion?*, Münster: 43 – 71 [LIT Verlag].
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (2003), Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *ORDO*, Bd. 54: 75 - 92.
- Schumpeter, J. A. (1942), *Capitalism, socialism and democracy*, New York [Harper].

- Schwalbe, U. (2004), Die europäische Fusionskontrolle aus ökonomischer Sicht, in diesem Band.
- Semeraro, St. (2004), The Efficiency and Fairness of Enforced Sharing: An Examination of the Essence of Antitrust, Thomas Jefferson School of Law, 2004 Research Paper Series. Public Law and Legal Theory.
- Smith, V. (2001), Constructivist and Ecological Rationality in Economics, in: American Economic Review (93), 3: 465 – 508.
- Steiner, H. (1977), The Structure of a Set of Compossible Rights, in: Journal of Philosophy, 1977: 767 - 775.
- Sullivan, L. (1975), Book Review, Columbia Law Review, 75: 1214 - 1220.
- von Weizsäcker, C. C. (1980), Barriers to Entry. A Theoretical Treatment, Berlin u. a.
- von Weizsäcker, C. C. (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie. Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, in: ORDO, Bd. 54: 335 - 339.
- von Weizsäcker, C. C. (2004), Marktzutrittsschranken, in diesem Band.
- Williamson, O. (1968), Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Offs, in: American Economic Review, LVIII (März): 18 - 36 (wieder abgedruckt in Williamson 1987: 3-23).
- Williamson, O. (1979), Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, in: University of Pennsylvania Law Review, 127: 953-993 (wieder abgedruckt in Williamson 1987: 123 - 160).
- Williamson, O. (1987), Antitrust Economics: Mergers, Contracting and Strategic Behavior, Oxford [Basil Blackwell].
- Williamson, O. (1993), Opportunism and its Critics, in: Managerial and Decision Economics 14: 97-107.

Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand

Die jüngsten Reformen im europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlaß, sich verstärkt mit der ökonomischen Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik zu befassen. Im Antitrust-Zeitalter, das man Post-Chicago nennt, holt Europa das nach, was in den Vereinigten Staaten und Kanada seit einiger Zeit praktiziert wird – eine Wettbewerbspolitik, die sich am Ziel der Effizienz orientiert (oder dies doch in höherem Maße tut, als dies früher der Fall war). Sie sei Neue Wettbewerbspolitik genannt. Wie nicht anders zu erwarten, stößt die wettbewerbspolitische Wende auf Widerstände. Man muß sich von lieb gewonnenen Ideen verabschieden; eingespielte Denkmuster erweisen sich im Lichte neuer Einsichten der Ökonomie als brüchig. Das traditionelle Weltbild von Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung erhält Risse – aber es zeigt Beharrungsvermögen. Weltbilder liefern Erklärungen der Welt. Ihr Nutzen besteht in der Handlungsorientierung – Douglas North hat sie einmal „Sparmaßnahmen zur Entscheidungsfindung“ genannt. Das gilt auch für das Weltbild vom Wettbewerb und der Wettbewerbsbeschränkungen.

Im Verlauf der Tagung wurde wiederholt explizit und implizit das effizienzorientierte Weltbild von Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung auf den ökonomischen und juristischen Prüfstand gestellt; ganz besonders in der Abschlußdiskussion.

Die an der Neuen Wettbewerbspolitik geübte Kritik soll unter den folgenden Stichworten abgehandelt werden: comparative institutions approach, Argument de lege lata und de lege ferenda, theorielose Argumentation, „consumer welfare“ vs. „total welfare“, Effizienzeinrede, „Keeping up with the Joneses“, Second-best-Denken.

1. Comparative institutions approach

Es ist nützlich, zwei Arten von Wettbewerbspolitik zu unterscheiden: die orthodoxe Wettbewerbspolitik und die Neue Wettbewerbspolitik. Die erstere ist einem Strukturdenken verpflichtet, das man mit „Förderung und Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit“ von Märkten bezeichnen kann. Die Neue Wettbewerbspolitik strebt Förderung und Erhaltung der Effizienz an.⁴⁰

Der neuen Wettbewerbspolitik wurde u. a. vorgehalten, daß sie Meßprobleme aufwerfe, es an der Operationalität ihrer Begriffe mangle und sie Rechtsunsicherheit erzeuge. Selbst wenn diese und andere Kritikpunkte zutreffend sein sollten, so ist ihre Bedeutung dennoch vom modernen methodologischen Standpunkt aus zu relativieren. Denn dieselbe Kritik kann an der orthodoxen Wettbewerbspolitik geübt werden. Vergleicht man einen Politiktyp, d.h. eine Institution der Lebenswirklichkeit, mit einem Ideal, dann hat die reale Institution immer schlechte Karten. Doch diese Art von Vergleich ist seit langem als Nirvana-Fallacy (Demsetz) geächtet. In der Praxis geht es stets nur darum, unvollkommene Institutionen miteinander zu vergleichen und diejenige Institution zu identifizieren und zu implementieren, die am wenigsten unvollkommen ist. Dies nennt man den „comparative institutions approach“. Wendet man ihn an, dann ist zu fragen, ob die orthodoxe Wettbewerbspolitik weniger Meßprobleme aufwirft, bessere operationale Begriffe bereithält, weniger Unsicherheit erzeugt und weniger Fehler begeht. Erst wenn man diese Prüfung vorgenommen hat, kann man ein abschließendes Urteil fällen. Im Einleitungsreferat wurde darauf hingewiesen, daß auch die orthodoxe Wettbewerbspolitik den Fehler 1. und 2. Ordnung begehen kann und daß die konzeptionelle Klarheit alles andere als gegeben ist, wenn man z.B. den Begriff des Wettbewerbs, der Wettbewerbsbeschränkung, der marktbeherrschenden Stellung oder der Abwesenheit „wesentlichen

⁴⁰ Es hängt vom wettbewerbslichen Weltbild ab, ob ein Dilemma zwischen beiden Zielsetzungen existiert (siehe die in Deutschland geführte Diskussion um die Non-Dilemma-These).

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

2. Argument de lege lata und de lege ferenda

Es ist ein beliebter rhetorischer Kniff, mit der Behauptung aufzuwarten, daß die Neue Wettbewerbspolitik gegen anerkannte Rechtsprinzipien verstoße oder gar verfassungsrechtlich unzulässig sei. Dies ist ein Totschlagargument, das eine sachliche Diskussion im Keim erstickt. Abgesehen davon, daß rein rechtliche Argumentationen zu kurz greifen, weil das Recht lediglich ein Instrument ist, das gesellschaftliche Zielsetzungen zwar ausformt, aber niemals inhaltlich bestimmen kann, sind auch Juristen durchaus in der Lage, die faktischen Rechtsgrenzen gedanklich zu überschreiten. Sie argumentieren nicht nur de lege lata sondern auch de lege ferenda. Man lernt nämlich Nützliches, wenn man gedanklich die Grenzen des gegebenen Rechts überschreitet. Zum Beispiel kann man fragen, welche Kosten in Form verllorener Wohlfahrt entstehen, wenn man an der orthodoxen Wettbewerbspolitik festhält. So mag man auch herausfinden, daß die Administrationskosten der Neuen Wettbewerbspolitik höher sind als bei der orthodoxen Wettbewerbspolitik (man muß Nutzen-Kosten Analysen anstellen), aber die Irrtumskosten niedriger. Wie wäre dieser trade-off zu entscheiden? Man sollte deshalb bereit sein, darüber nachzudenken, wie eine andere Wettbewerbsordnung, orientiert an der Effizienz, aussehen könnte. Die in der Diskussion vorgebrachten Argumente, Effizienzspiele in der Praxis keine Rolle, Juristen seien nicht bereit und in der Lage sich auf den ökonomischen Kalkül einzulassen, ein Performance-Test sei nicht justiziabel, halten einer genaueren Überprüfung nicht stand. Was Regulierungsbehörden an ökonomischem Sachversand einsetzen können, ist auch Kartellbehörden möglich.

3. Theorielose Argumentation

Wie die Diskussion zeigte, werden anerkannte Prinzipien der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie nicht immer beachtet. So wurde auf der Konferenz etwa die Behauptung aufgestellt, man könne Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von einer Wettbewerbstheorie definieren. M. a. W., es wurde die These vertreten, daß der Begriff Wettbewerbsbeschränkung theorieunabhängig, „objektiv“, sei. Dies ist ein methodologisch überholtes Denken. Wie wir seit langem wissen, sind Begriffe kontextabhängig. So hat etwa der Begriff „Beamter“ eine beamtenrechtliche, eine haftungsrechtliche und eine strafrechtliche Bedeutung. Das Begriffsverständnis ist nicht zu trennen vom Verständnis, welche Rolle Begriffe in Theorien spielen und wie sie demgemäß anzuwenden sind (siehe Weizsäcker 2004 in diesem Bande). Ich habe an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß es Spiele gibt, die erst durch die Spielregeln selbst definiert werden. Man denke an das Schachspiel. So wenig es sinnvoll ist zu fragen, ob unabhängig von Schachregeln ein Schach genanntes Spiel existiert, so wenig ist es sinnvoll zu fragen, ob es jenseits der Regeln, die das Wettbewerbsspiel konstituieren, Handlungen gibt, die wettbewerbslich oder antiwettbewerbslich sind.

4. „Consumer welfare“ vs. „total welfare“

Eine Wettbewerbspolitik, die sich die Förderung der „consumer welfare“ zum Ziel setzt, ist restriktiver als eine an der „total welfare“ (sozialer Überschuß) orientierte Politik. Sie stellt eine Wertschöpfungsbremse dar, wie man sich mit Hilfe des Williamson-Trade-offs klarmachen kann (siehe dazu Schmidtchen 2004, Schwalbe 2004 in diesem Band). Nur dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung mit einer derart starken Kostensenkung einhergeht, daß die Preise sinken (und damit die Konsumentenrente steigt), wäre sie wettbewerbspolitisch zulässig. Ein „total welfare“ Ansatz vermeidet im Vergleich zu einem „consumer welfare“ An-

satz einige Eiertänze. In der Diskussion um die später noch zu behandelnde Effizienzeinrede wurde bezweifelt, daß ein Unternehmen einen Anreiz habe, eine in der Effizienzeinrede versprochene Produktivitätssteigerung auch durchzuführen, nachdem etwa eine Fusion genehmigt wurde. Ich bezweifle das auch, wenn alle Vorteile an Konsumenten weitergegeben werden müssen (siehe die Diskussion des Aneignungsproblems im Einleitungsreferat; Schmidtchen 2004). Wenn man dagegen zum „total welfare“-Ansatz übergeht, ist der Konflikt weg. Dann bleibt die Rente, die durch die Produktivitätssteigerung entstanden ist, bei dem, der sie bewirkt hat. Insgesamt gilt: Wenn man schon einen Effizienzansatz in der Wettbewerbspolitik wählt, dann sollte man konsequent sein und „total welfare“ als Maßstab verwenden. Wer auf „consumer welfare“ besteht, vermengt eine Effizienz- mit einer Verteilungsfrage, und es ist durchaus fraglich, ob die Wettbewerbspolitik die geeigneten Instrumente zur Verfolgung verteilungs-politischer Ziele bereitstellt.

Auf den Williamson-Trade-Off wurde mehrfach in der Tagung Bezug genommen. Die Behauptung, daß er ein Märchen sei, ist selbst ein Märchen. Man muß sehen, wozu er verwendet wird. Er dient der Illustration dessen, was man bei Unternehmenszusammenschlüssen „Synergie“ nennt. Ob Synergien in einem konkreten Fall vorliegen, ist eine faktische Frage und hat mit der konzeptionellen Frage eines Trade-offs nichts zu tun. Auch ist die Behauptung, daß der Williamson-Trade-Off rein statischer Natur sei, unzutreffend, wie ein Blick in Williamsens Artikel lehrt.

Erwartungsgemäß wurde bei der Diskussion um die Ziele der Wettbewerbspolitik das Argument vorgetragen, daß der Schutz und die Förderung von „Wettbewerb an sich“ ein Anliegen des GWB sei. Aber welcher Wettbewerb ist gemeint? Es gibt Hunderte von Definitionen des Begriffs. Ich erinnere an das Bonmot von Mason, daß es so viele Konzepte funktionsfähigen Wettbewerbs gäbe, wie es funktionsfähige Ökonomen gibt. In einem Referat wurde – auf Hayek Bezug nehmend – die Vorhersagbarkeit der Wettbewerbspolitik als ein hohes Ziel herausgestellt. Dies ist sie zweifellos. Ob aber bei einer orthodoxen Wettbewerbspolitik, die „Wettbewerb an sich“ – vielleicht auch noch neben anderen Rechtsgütern – schützen möchte, größere Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit existiert als bei der Neuen Wettbewerbspolitik, kann füglich bezweifelt werden.

5. Effizienzeinrede

Was ist zu tun, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung zugelassen wurde, aber der Effizienzgewinn nicht eintritt? Der Ausfall von Effizienzgewinnen kann zufällig sein, d. h. die Unternehmen haben guten Glaubens den Effizienzeinwand vorgebracht. Dann liegt Fahrlässigkeit vor, wenn der Irrtum mit zumutbaren Kosten hätte vermieden werden können (siehe etwa die Learned-Hand-Formel). Der Ausfall kann aber auch den Unternehmen bekannt gewesen sein, d. h. sie haben bewußt die Kartellbehörden getäuscht – eine Form opportunistischen Verhaltens im Sinne von Williamson. Sollte man eine Entflechtung anordnen? Wenn die Entflechtung (etwa aufgrund spezifischer Investitionen) ex-post ineffizient ist, dann sollte sie bei opportunistischem Verhalten nicht angeordnet werden. Statt dessen sollte auf Schadensersatz oder Bußgeld zurückgegriffen werden. Gleiches gilt für fahrlässiges Verhalten. Wenn die Entflechtung dagegen ex-post nicht ineffizient ist (sondern nur wohlfahrtssteigernd), dann sollte sie immer angeordnet werden (auch bei gutgläubigen Fusionen). Wenn Schadensersatz, Bußgeld oder Entflechtung glaubwürdig angedroht werden, dann würden sich die Unternehmen überlegen, ob sie leichtfertig oder opportunistisch die Effizienzeinrede vorbringen. Eine Bremse dürften ferner die nicht geringen Kosten einer überzeugenden Beweisführung darstellen. Auf jeden Fall würde eine Expansion des Bereichs für Effizienzeinreden auch eine Expansion von Verhaltenskontrollen implizieren. Die Kartellbehörden sind dazu in der Lage, wie die Auflagenpolitik und die Mißbrauchsaufsicht belegen. In der Diskussion wurde das Argument vorgebracht, daß ein Kartellbeamter bei der Entscheidung über eine Effizienzeinrede oder bei der „integrativen Analyse“ so „tun müsse, als ob er alles weiß“. Aber was tut er

heute? Jeder Entscheider ist in einer nicht-stationären Wirtschaft mit Problemen konfrontiert, die aus der „konstitutionellen Unsicherheit“ (Hayek) resultieren. Fehler 1. und 2. Ordnung sind unvermeidlich. Aus gesellschaftlicher Sicht kommt es darauf an, die optimale Antwort auf diese beiden Fehlerarten zu finden. Es ist zuzugestehen, daß regelgeleitetes Verhalten (Konditionalprogramm im Sinne Luhmanns) eine bestmögliche Antwort auf konstitutionelle Unsicherheit sein kann (siehe Heiner 1983).

Wer A sagt, sollte auch B sagen: Wenn man die Wettbewerbspolitik explizit dem Effizienzdenken unterwerfen möchte, dann sollte man unter Effizienz nicht nur das Maximum der Konsumentenrente verstehen, sondern das Maximum des sozialen Überschusses. Schließlich gehören Produzenten auch zur Gesellschaft, und deren Wohl sollte ebenso wie das der Konsumenten in einem Gemeinwohlmaßstab berücksichtigt werden. Aber – so füge ich hinzu –, wer A sagt, sollte nicht nur B, sondern auch C sagen. Damit ist die Forderung gemeint, die Effizienzeinrede nicht nur bei Fusionen zuzulassen, sondern generell. Es gibt keinen überzeugenden Grund, nicht auch andere Wettbewerbsbeschränkungen nach dem gleichen Schema zu behandeln. Der Übergang zum Effizienzdenken darf nicht diskriminierend erfolgen.

6. „Keeping up with the Joneses“

Im Post-Chicago Zeitalter der Wettbewerbspolitik wurden die theoretischen Instrumente verfeinert: Spieltheorie, Vertragstheorie, „property rights“ Theorie, Transaktionskostenökonomik und die ökonomische Analyse des Rechts haben die traditionellen Weltbilder revolutioniert. Das Wettbewerbsrecht sollte diese Herausforderung annehmen. Es ist nützlich, sich Wettbewerb als Spiel vorzustellen, dessen zentraler Bestandteil die Spielform darstellt, und der Wettbewerbspolitik die Aufgabe zuzuweisen, zwischen verschiedenen Spielformen zu wählen. Spielformen definieren, wer Spieler ist und welche Aktionen den Spielern zur Verfügung stehen. Wettbewerbsgesetze sind die rechtliche Ausprägung von Spielformen. Die zulässigen Aktionen werden in Form von „property rights“ spezifiziert und personell zugeteilt.

Wenn man die Wettbewerbspolitik in dieser Perspektive betrachtet, dann wird sie anschlussfähig an die Neue Institutionenökonomik. Diese hat uns gelehrt, daß „property rights“ nur nötig sind, wo Nutzungskonkurrenz um knappe Ressourcen existiert. Wenn die Transaktionskosten Null sind, wird bei wohldefinierten „property rights“ stets der soziale Überschuß maximiert (Coase-Theorem). Gegen das Coase-Theorem wurde eingewandt, es sei tautologisch. Aber hier wird eine Implikation mit einer Äquivalenz verwechselt. Wenn das Coase-Theorem als ein bewiesener mathematischer Satz aufgefaßt wird, ist es nicht wertlos für unsere Zwecke. Coase hat uns gelehrt, daß alle Ineffizienzen auf die Existenz von Transaktionsbarrieren zurückzuführen sind, deren Überwindung Kosten verursacht. Und Coase sowie seine unter der Flagge Transaktionskostenökonomik versammelten Kollegen haben überzeugend nachgewiesen, daß viele Verhaltensweisen, die Wettbewerbsbehörden aufgrund des verwendeten orthodoxen Weltbildes als schädigend angesehen haben, der Senkung von Transaktionskosten dienen.

7. Second-Best-Denken

Die Neue Wettbewerbspolitik ist dem Second-Best-Denken verpflichtet. Die allgemeine Theorie des „second best“ besagt u. a., daß bei weitverbreiteten Marktunvollkommenheiten die Beseitigung einer einzigen Unvollkommenheit das Gemeinwohl nicht fördert, sondern schädigt. Sie besagt ferner, daß das Gemeinwohl gesteigert werden kann, wenn man eine weitere Marktunvollkommenheit etwa in Form von Wettbewerbsbeschränkungen hinzufügt. In einer imperfekten Welt kann Sünde zur Wohltat werden. Für wirtschaftspolitische Berater und Kartellbehörden wird das Leben schwerer – einfache Antworten nach der Blaupause einer „first best“ Welt sind mit tödlicher Sicherheit falsch.

Die einem „more economic approach“ verpflichtete Neue Wettbewerbspolitik ist theoretisch anspruchsvoller als die orthodoxe, einem Konditionalprogramm folgende Wettbewerbspolitik. Ich würde aber nicht behaupten, daß wir theoretisch noch nicht weit genug sind, um einen „more economic approach“ zu praktizieren. Wenn man ihn totalanalytisch ansetzt, mögen Zweifel berechtigt sein. Aber hier wurde er als partialanalytischer Ansatz vorgestellt. Dadurch wird er operational. Die Einwände gegen die Partialanalyse sind bekannt; man kann sie entkräften, indem man sie mit Fingerspitzengefühl betreibt. Im übrigen gehört die Partialanalyse zum täglichen Geschäft der Antitrustbehörden; man denke nur an die Untersuchung relevanter Märkte.

In der Abschlusss Diskussion wurde die Frage gestellt, wie ein Einkaufskartell zu beurteilen sei, das die Einkaufsvorteile an die Konsumenten weitergebe. Eine schnelle Antwort wäre unseriös gewesen, weil die Daten des Falles nicht genannt wurden. Statt dessen wurde ein Prüfkatalog offeriert:

1. Ist das Kartell eine Reaktion auf identifizierbares Marktversagen oder produktive oder dynamische Ineffizienz?
2. Steigert das Kartell den sozialen Überschuß?
3. Bleiben spätere private oder staatliche Versuche, die Gründe für das Marktversagen, die produktive oder dynamische Ineffizienz zu beseitigen, vom Kartell unberührt?
4. Ist das Kartell diejenige Maßnahme, die am wenigsten gegen die Antitrustgesetze verstößt, um die Wohlfahrtssteigerung zu erreichen?

Wenn alle Fragen mit Ja beantwortet werden, dann sollte das Kartell zugelassen werden.

Literatur

Heiner, R. (1983), The Origin of Predictable Behavior, in: American Economic Review 73 (4): 560 – 595.

Schmidtchen, D. (2004), Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in diesem Band.

Schwalbe, U. (2004), Die europäische Fusionskontrolle aus ökonomischer Sicht, in diesem Band.

von Weizsäcker, C. C. (2004), Marktzutrittsschranken, in diesem Band.