

Budzinski, Oliver

Working Paper

Wettbewerbsfreiheit und More Economic Approach: wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?

Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, No. 2007,13

Provided in Cooperation with:

Faculty of Business Administration and Economics, University of Marburg

Suggested Citation: Budzinski, Oliver (2007) : Wettbewerbsfreiheit und More Economic Approach: wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?, Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, No. 2007,13, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Marburg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/29859>

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.

Marburg Papers on Economics • Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge

http://www.wiwi.uni-marburg.de/Lehrstuehle/VWL/MAKRO/gelbe_reihe/liste.htm

ISSN-No.: 1860-5761

Oliver Budzinski

**„Wettbewerbsfreiheit“ und „More
Economic Approach“: Wohin steuert
die Europäische Wettbewerbspolitik?**

No. 13-2007

PD Dr. Oliver Budzinski
Philipps-University Marburg
Faculty of Business Administration and Economics
Economic Policy
Am Plan 2, D-35032 Marburg
E-Mail: budzinski@staff.uni-marburg.de

„Wettbewerbsfreiheit“ und „More Economic Approach“: Wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?

Oliver Budzinski

1. More Economic Approach und Wettbewerbsfreiheit: ein paar Vorbemerkungen

Die europäische Wettbewerbspolitik durchläuft in den letzten fünf Jahren einen grundlegenden Reformprozess, der mit der Neufassung von Kartellverordnung und Fusionskontrollverordnung begann (2002-2004), sich mit der Verfassung von Leitlinien für horizontale (2004) und nicht-horizontale (2007) Zusammenschlüsse sowie mit der gegenwärtig laufenden Diskussion um die zukünftige Handhabung des Missbrauchsverbots für marktbeherrschende Unternehmen fortsetzte und schließlich in eine Reform der Beihilfenkontrolle münden soll. Im Zuge des Reformprozess hat sich als gemeinsame, schlagwortartige Überschrift über die einzelnen Reformschritte der Terminus „More Economic Approach“ (MEA) herausgeprägt, der gleichsam die gemeinsame, allen Reformelementen zugrundeliegende (Aus-) Richtung des Reformprozesses determiniert (*Albers 2006*). Kurz gefasst verbirgt sich hinter dem MEA eine konsequente Ausrichtung der gesamten Wettbewerbspolitik am aktuellen und wissenschaftlich anerkannten Stand der industrieökonomischen Theorie (*EAGCP 2005; Christiansen 2005; Neven 2006; Röller/de la Mano 2006; Röller/Stehmann 2006*).¹ Damit kommt dem MEA auch eine Leitbildwirkung zu (*Eickhof/Isele 2005; Basedow 2007; Budzinski 2007b; Schmidt 2007a*), denn die damit einhergehende stärkere Fokussierung „auf den Schutz der Konsumentenwohlfahrt und den Auswirkungsansatz“ (*Albers 2006: 1*) – sowie die somit steigende Bedeutung quantifizierbarer Preis- und Mengeneffekte in der kurzen Frist – weicht in mehrerlei Hinsicht von der bisherigen Orientierung der europäischen Wettbewerbspolitik ab. Folgerichtig hat jüngst auch eine entsprechende Diskussion um die normativen Grundlagen der europäischen Wettbewerbspolitik begonnen, in der neben marktstrukturellen Aspekten (die in vermindertem Umfang fortleben werden) insbesondere auch die Frage nach dem Verhältnis von MEA und dem vor allem in der deutschen Literatur traditionell bedeutsamen

¹ In gewisser Weise wird damit eine Entwicklung in den USA seit den 1990er Jahren nachvollzogen, die dort unter dem Schlagwort „Post-Chicago Economics“ diskutiert worden ist (*Brodley 1995; Sullivan 1995; Baker 1999; Hovenkamp 2002; Fox 2003*). In diesem Zusammenhang sei dem mitunter weit verbreiteten Missverständnis entgegen getreten, dass der MEA eine Übernahme des Chicago-Ansatzes darstelle. Dies ist schon deswegen unzutreffend, weil die Post-Chicago Economics in erheblicher Weise von den inhaltlichen Erkenntnissen der Chicago Schule abweichen und auch nicht in gleicher Weise ideologisch verankert sind (*Budzinski 2007b*). Vielmehr ist von einem neuen wettbewerbspolitischen Leitbild zu sprechen, dass – neben anderen Ansätzen – auch die Minimalwettbewerbspolitik à la Chicago überwinden möchte.

Leitbild der Wettbewerbsfreiheit aufgeworfen wird (*Hellwig 2006; Schmidtchen 2006; Kerber 2007; Schmidt 2007b; Zimmer 2007*).

Dabei ist es einerseits wichtig, Radikalisierungen und Übertreibungen zu vermeiden, denn obwohl sich die europäische Wettbewerbspolitik im weitreichendsten Reformprozess ihrer Geschichte befindet, so findet dennoch kein vollständiger Bruch mit der durchaus erfolgreichen bisherigen Praxis statt. Insbesondere in Brüssel wird daher auch lieber von Modernisierung gesprochen und die Komplementarität des neuen, mehr quantitativ orientierten ökonomischen Instrumentariums (insbesondere ökonometrische Methoden und Simulationsmodelle) zur bisherigen strukturell-qualitativen Analyse betont (bspw. *Röller 2005a*). Andererseits ist auch nicht zu verkennen, dass sehr wohl über die instrumentelle Ebene hinausgehende, prinzipiellere Effekte des MEA zu erwarten und auch in Ansätzen bereits zu beobachten sind. Nicht zuletzt kommt auch eine Diskussion darüber in Gang, ob und inwieweit die deutsche Wettbewerbspolitik dem europäischen Beispiel folgen soll (*Böge 2004; Bundeskartellamt 2004, 2007; Budzinski/Wacker 2007*). Auch der neue Präsident des Bundeskartellamts Bernhard Heitzer betont, dass einer entsprechende Leitbilddiskussion nicht ausgewichen werden kann (*Heitzer 2007; siehe auch Basedow 2007*) und verdeutlicht dies auch mit der Schaffung eines ökonomischen Grundsatzreferats im Amt (Juli 2007).

Der vorliegende Beitrag trägt zu der neu entfachten Leitbilddiskussion bei, indem er herausarbeitet, in welcher Hinsicht eine am Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit orientierte Wettbewerbspolitik überhaupt von der verstärkten Effizienzorientierung des MEA abweicht. Hierzu erfolgt zunächst ein knapper Überblick über den Stand des Reformprozesses (Abschnitt 2) bevor Effizienzorientierung und Wettbewerbsfreiheit stilisiert als Leitbilder der europäischen Wettbewerbspolitik gegenüber gestellt werden (Abschnitte 3.1 und 3.2). Dies mündet in eine Diskussion der Kompatibilität der beiden Zielvorstellungen (Abschnitt 3.3), um schließlich Schlussfolgerungen zu ziehen (Abschnitt 4).

2. Der Reformprozess in der Europäischen Wettbewerbspolitik: Paradigmenwechsel zu reinen Effizienzorientierung?

Der Prozess der Modernisierung der europäischen Wettbewerbspolitik erstreckt sich über alle Teilbereiche - Kartellpolitik, Fusionskontrolle, Missbrauchsverbot und Beihilfenkontrolle. Im Bereich der Kartellpolitik blieben die materiellen Regeln (Art. 81 EGV) unverändert, aber die in der Kartellverordnung niedergelegten Anwendungs- und Durchführungsbestimmungen wurden mit Wirkung vom 01.05.2004 grundlegend reformiert (*Europäische Kommission 2003*). Hierbei wurde das bis dato geltende Ex-ante-Anmeldesystem (AAS) für Freistellungen vom allgemeinen Kartellverbot (Art. 81 (3) EGV) durch das seither praktizierte Ex-post-Legalausnahmesystem (PLS) abgelöst. Damit entfällt der

Zwang, freistellungsfähige Nicht-Hardcore-Kartelle, welche die Bedingungen des Art. 81 (3) EGV erfüllen, vorab bei der Kommission anzumelden und durch die Generaldirektion Wettbewerb prüfen zu lassen. Die GD Wettbewerb zielt damit auf die Verringerung einer ihrer Ansichten nach unökonomischen Arbeitsaufwands, da die Unternehmen – in Antizipation der europäischen Kartellregeln – ohnehin zu mehr als 90 Prozent nur legale Kartelle angemeldet hätten, die dann nichtsdestoweniger aufwendig geprüft werden mussten. Rationale Unternehmen hingegen würden absehbar illegale Kartelle ohnehin von Beginn an konspirativ durchführen. Im PLS sieht die Kommission für sich mehr freie Kapazitäten, um sich der Aufspürung und Aufdeckung solcher illegaler Vereinbarungen widmen zu können. Im Vorfeld der Reform war diese Position der Kommission durchaus umstritten (*Monopolkommission* 1999; *Ehlermann* 2000), jedoch fehlen bisher empirische Untersuchungen, die eine Ex-post-Evaluation des Systemwechsels von AAS zu PLS ermöglichen.² Effizienzüberlegungen stehen in diesem Reformelement insofern im Mittelpunkt, als die Effizienz der Aufdeckung illegaler Kartelle gesteigert werden soll. In diesem Sinne kann diese institutionelle Reform als komplementär zu der instrumentellen Reform der Verwendung von Kronzeugenregelungen zur Aufdeckung illegaler Kartelle, die ja stark auf industrieökonomischen Argumenten beruht, betrachtet werden.

In die Zusammenschlusskontrolle wurde im Zuge des Reformprozesses deutlich tiefergehend eingegriffen. So enthält die seit dem 01.05.2004 geltende neue Fusionskontrollverordnung (FKVO; *Europäische Kommission* 2004a) ein neues Untersagungskriterium: der traditionelle Marktbeherrschungstest, der Fusionen untersagt, welche eine marktbeherrschende Stellung schaffen und verstärken, wurde durch den neu geschaffenen SIEC-Test (Significant Impediment of Effective Competition) abgelöst, nach welchem Unternehmenszusammenschlüsse nunmehr immer dann zu untersagen sind, wenn sie zu einer wesentlichen Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs führen. Der Unterschied liegt darin, dass Fusionsuntersagungen nun nicht mehr primär an einer bestimmten Marktsituation (marktbeherrschende Stellung) festgemacht werden, sondern direkt an den zu erwartenden (implizit: negativen *und* positiven) Wettbewerbswirkungen (*Röller/de la Mano* 2006).³

Worin nach Auffassung der Kommission im Detail der Unterschied zur ‚alten‘ Fusionskontrolle liegen soll, erschließt sich in einem ersten Schritt aus den

² Im Zuge der Kartellverordnungsreform hat die Kommission zudem ihr bisheriges Freistellungsmonopol aufgegeben und ermöglicht seither eine dezentrale Anwendung des Art. 81 (3) EGV. Ob hiermit jedoch eine echte Dezentralisierung im Sinne einer Stärkung der mitgliedstaatlichen Wettbewerbspolitik einhergeht, darf bezweifelt werden (*Budzinski/Christiansen* 2005; *Budzinski* 2007a).

³ Zusätzlich zur Reform des Untersagungskriteriums wurden die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines erweiterten Verweisungsregimes (dazu aus ökonomischer Sicht: *Budzinski* 2006, 2007a) sowie einige prozessuale Regelungen modifiziert. Vgl. für deskriptive Übersichten *Díaz* (2004) und *Lyons* (2004).

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse (*Europäische Kommission* 2004b; *Voigt/Schmidt* 2004). Darin wird deutlich, dass Zusammenschlüsse zu marktbeherrschenden Unternehmen nach wie vor zu untersagen sind, ebenso wie die Entstehung sogenannter kollektiver Marktbeherrschung. Letzteres firmiert jetzt verstärkt unter der (industrie-) ökonomischen Bezeichnung ‚koordinierte Oligopoleffekte‘ und wird umfassend industrieökonomisch reformuliert. Hinzu kommt zum einen der Fall sogenannter ‚nicht-koordinierter‘ oder ‚unilateraler Oligopoleffekte‘. Damit wird der industrieökonomischen Literatur zu Fusionen in heterogenen (produkt-differenzierten) Oligopolen seit Mitte der 1980er Jahre Rechnung getragen, die insbesondere bei Bertrand-Spielen (Preiswettbewerb) negative Wohlfahrtseffekte herleitet, wenn die Produkte der fusionierenden Oligopolisten besonders enge Substitute darstellen (inter alia *Deneckere/ Davidson* 1985; *Baker/Bresnahan* 1985; *Farrell/Shapiro* 1990; *Levy/Reitzes* 1992; *Werden/Froeb* 1994; *Schwalbe* 2006; Übersicht: *Kerber/Schwalbe* 2007). Die wettbewerbsschädigenden Wirkungen sind dabei weitgehend unabhängig von den Marktanteilen der fusionierenden Oligopolisten, die auch keineswegs durch den Zusammenschluss in die Marktführerschaft gelangen müssen. Zum anderen führen die Leitlinien explizit die Berücksichtigung möglicher Effizienzvorteile in der Beurteilung der gesamten Wettbewerbswirkungen ein. Diese ist jedoch eingeschränkt, da – neben ambitionierten Dokumentations- und Beweisanforderungen – lediglich nicht wesentliche negative Wettbewerbswirkungen durch Effizienzgewinne kompensiert werden dürfen. Die Einführung einer solchen „Effizienzverteidigung“ dürfte damit eher die Anwendung der Theorie unilateraler Oligopoleffekte auf kleinere Zusammenschlüsse bzw. solcher nicht unmittelbarer Konkurrenten begrenzen als zur ausnahmsweisen Genehmigung marktbeherrschender Fusionen zu dienen (ähnlich auch *Schwalbe* 2005).

In einem zweiten Schritt gibt der Entwurf für Leitlinien für nicht-horizontale Zusammenschlüsse (*Europäische Kommission* 2007) weitere Hinweise. Befreit vom Zwang, auf Marktbeherrschung rekurrieren zu müssen, können vertikale und konglomerate Wettbewerbswirkungen nun direkt angesprochen werden. Auch hier deutet sich eine wettbewerbliche Gesamtbetrachtung an, die zu erwartende positive und negative Wirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt einzelfallorientiert abwägt. Ob mit diesem Leitlinienentwurf eine Stärkung oder eine Schwächung der Fusionskontrolle gegenüber nicht-horizontalen Zusammenschlüssen einher geht, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht sicher beantwortet werden. Deutlich wird aber, dass – ganz im Sinne des MEA – eine Einbeziehung moderner industrieökonomischer Konzepte sowie ein stärkerer Blick auf Effizienzwirkungen angestrebt wird (*Papandropoulos* 2007).

Auf der nicht-institutionellen Ebene ist in der Praxis der europäischen Fusionskontrolle ein verstärkter Einsatz quantitativer ökonomischer Methoden und

Instrumente zu erkennen, insbesondere von ökonometrischen Analysen und Fusionssimulationsmodellen (*Budzinski/Christiansen 2007*). Letztere stellen Modelle dar, die zum Ziel haben, kurzfristige Preis- und Mengeneffekte von Zusammenschlüssen dadurch zu prognostizieren, dass sie auf Basis eines möglichst geeigneten Wettbewerbsmodells und mit Hilfe vergangenheitsbezogener Marktdaten eine quantitative Prognose über Preis-, Mengen- und (damit) Wohlfahrtsänderungen infolge der geplanten Fusion liefern.⁴ Mit dieser Kombination aus empirischen und modellierenden Methoden sollen dabei in erster Linie unilaterale Effekte (inklusive Monopolisierung) aufgezeigt werden. Seit 1999 hat die Europäische Kommission Simulationsmodelle in den Zusammenschlussfällen Volvo/Scania, Philip Morris/Papastratos, Lagardère/Natexis/VUP und Oracle/PeopleSoft mit unterschiedlichem Erfolg eingesetzt.⁵ Zudem betont die Kommission, dass sie zukünftig verstärkt auf dieses Instrument zurückgreifen möchte. Ökonometrische Methoden kamen zudem umfänglich in den Fällen GE/Instrumentarium und Sony/BMG (koordinierte Effekte; zwei Prüfungen) zum Einsatz (*Aigner/Budzinski/ Christiansen 2006*). Der verstärkte Einsatz quantitativer ökonomischer Instrumente sowohl zur Analyse von spezifischen Zusammenschlussfällen als auch als Beweismittel stellt ein Herzstück des MEA dar. Da die mit Hilfe dieser Instrumente ermittelten Effekte letztendlich Markteffizienz beschreiben (Preis- und Mengeneffekte), kommt auch insbesondere hierin eine stärkere Effizienzorientierung der europäischen Fusionskontrolle zum Ausdruck.

Im Bereich der Missbrauchskontrolle ist der Reformprozess noch im Gange; die Publikation von Leitlinien zur (Neu-) Auslegung des Art. 82 EGV wird für Ende 2007 erwartet. Im Auftrag der Kommission hat die European Advisory Group on Competition Policy, bestehend aus bekannten Industrieökonom⁶, ein Konzept zu einer industrieökonomischen Neuauslegung des Art. 82 EGV entwickelt (*EAGCP 2005*), welches in abgemilderter Form durch die GD Wettbewerb aufgegriffen wurde (*Europäische Kommission 2005*). Im Zentrum steht dabei der Übergang von einem verhaltensbasierten („form-based“) zu einem wirkungsbasierten („effects-based“) Ansatz (*Albers 2006; CLF 2006; Hellwig 2006; Schmidt/Voigt 2006; Werden 2006*). Bisher gelten bestimmte Wettbewerbsverhaltensweisen, wie bspw. Preisdifferenzierung, Kampfpreisstrategien, Koppelungsbindungen, konditionale Bonus- und Rabattsysteme usw., als per se verboten für marktbeherrschende Unternehmen (verhaltensbasierter Ansatz), da

⁴ „Merger simulation is an approach for predicting post-merger prices using information about pre-merger market conditions, while building on assumptions about the behavior of firms and costumers“ (*Weiskopf 2003*).

⁵ In den USA werden Simulationsmodelle bereits seit 1995 verwendet und im Fall Staples/Office Depot (1997) wird ihnen sogar eine entscheidende Rolle für das Verbot des Zusammenschlusses zugeschrieben (*Baker/Rubinfeld 1999*).

⁶ Hier: Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey, Klaus Schmidt und Rune Stenbacka.

Marktbeherrschern eine besondere Verantwortung für den Erhalt des Wettbewerbs auferlegt wird. Dies wird von den Reformbefürwortern mit dem Hinweis abgelehnt, dass dadurch auch effiziente (konsumentenwohlfahrtssteigernde, wettbewerbsfördernde) Verhaltensweisen von Marktbeherrschern unterbunden werden. Daher soll – nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion – zu einem wirkungsbasierten Ansatz übergegangen werden, nach welchem potenziell marktmachtmissbrauchende Verhaltensweisen im Einzelfall auf ihre Wirkungen auf die Markteffizienz untersucht werden sollen. Die insgesamt steigende Effizienzorientierung wird bspw. durch den vorgeschlagenen „ebenso effiziente Wettbewerber“ Test verdeutlicht, nach welchem (zum Beispiel) ein Preisverhalten des Marktbeherrschers nicht missbräuchlich sein kann, wenn ein ebenso effizienter Wettbewerber ihm standhalten kann (*Europäische Kommission* 2005; *Albers* 2006). Tendenziell wird Verdrängung nur dann als problematisch angesehen, wenn die Verdrängten im Ergebnis mindestens ebenso effizient sind wie der Marktbeherrscher. Im verhaltensbasierten Ansatz, so wird argumentiert, würden hingegen mitunter weniger effiziente Anbieter vor der Marktselektion geschützt, zu Lasten des Wettbewerbs und der Wohlfahrt. Kontrovers verbleibt dabei allerdings, inwieweit der bisherige verhaltensbasierte Ansatz tatsächlich statt des Wettbewerbs teilweise die Wettbewerber (vor der effizienten Konkurrenz durch den Marktbeherrscher) schützt und dies durch einen wirkungsbasierten Ansatz auch behoben wird (*Fox* 2003; *EAGCP* 2005; *Spector* 2006).

Analog zu den Reformgrundsätzen der anderen Bereiche ist es vorgesehen, den MEA auch in der Beihilfenkontrolle zu implementieren, was auch hier vor allem in Richtung eines wirkungs- statt formbasierten Ansatzes weist (*Röller* 2005b; *Friederiszick/Röller/Verouden* 2007; *Haucap* 2007; *Nitsche/Heidhues* 2007). Allerdings ist der Reformprozess hier noch am wenigstens weit fortgeschritten. Schließlich findet der MEA auch in organisatorischer Hinsicht seinen Ausdruck, wobei in erster Linie die Schaffung eines „Chief Competition Economist Team“ zu nennen ist, welches vorwiegend mit Industrieökonomern besetzt ist.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich mit dem MEA das offizielle Leitbild der europäischen Wettbewerbspolitik, Konsumentenwohlfahrt, stärker in Richtung Effizienzorientierung und Auswirkungsanalyse entwickelt. Damit einher geht ein Trend zur Einzelfallanalyse sowie eine wachsende Bedeutung kurzfristiger Preis- und Mengeneffekte. Der Trend zur Einzelfallanalyse folgt aus dem Auswirkungsansatz, wonach gleiche Wirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt gleich behandelt werden sollen anstatt einer Gleichbehandlung gleicher Verhaltensweisen. Die Ermittlung der konkreten Wohlfahrtswirkungen zieht aber die Notwendigkeit einer genaueren Analyse des Einzelfalls nach sich, während ein verhaltensbasierter Ansatz eher eine (regelerorientierte) Kategorisierung von Fällen, die dann nicht mehr ausführlich geprüft werden müssen, erlaubt. Der Unterschied ist aber eher graduell, zumal auch im Rahmen des MEA keinesfalls

jeder Einzelfall ausführlich und individuell geprüft wird, sondern ‚lediglich‘ die wettbewerbsrelevanten Fälle. Sogenannte ‚safe harbour‘-Regeln sollen helfen dies sicherzustellen (Albers 2006; Werden 2006). Die steigende Bedeutung kurzfristige Preis- und Mengeneffekte kann ein (möglicherweise temporärer) Nebeneffekt des Stands der industrieökonomischen Theorie und der Leistungsfähigkeit der neuen ökonomischen Instrumente sein. Die europäische Wettbewerbspolitik ist freilich nicht auf dem Weg zu einer reinen, ausschließlichen Effizienzorientierung, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass das Ziel „Konsumentenwohlfahrt“ nicht im Sinne eines Gesamtwohlfahrtsstandards (Summe der Veränderungen von Konsumenten- und Produzentenrente) ausgelegt wird, in welchem Produzentengewinne (bspw. aus Marktmacht) zur (Über-)Kompensation von Konsumentenverlusten herangezogen werden können, sondern nur die direkten Konsumentenwirkungen betrachte werden (Veränderung der Konsumentenrente).

3. Wettbewerbsfreiheit und Effizienz: Kompatibilität oder Gegensatz?

3.1 Probleme der reinen Effizienzorientierung

Die zunehmende Fokussierung der europäischen Wettbewerbspolitik auf (quantifizierbare) Konsumentenwohlfahrtsänderungen im Rahmen des MEA und die damit einhergehende Tendenz zu mehr Einzelfall- und Auswirkungsanalyse bringt eine Reihe von Problemen für die praktische Wettbewerbspolitik mit sich und ist daher insbesondere in der deutschen Literatur in die Kritik geraten (Christiansen 2005, 2006; Schmidt 2006; Schmidt/Voigt 2006; Schmidt 2007a, 2007b; Zimmer 2007). Dies wird nachfolgend anhand der Problemkreise „Trend zur einzelfallbezogenen Auswirkungsanalyse“, „steigender Handlungsspielraum der Wettbewerbsbehörden“ und „Vernachlässigung anderer Wettbewerbsdimensionen“ diskutiert.

Trend zur einzelfallbezogenen Auswirkungsanalyse

Aus ökonomischer Perspektive lässt sich ein Trend weg von allgemeineren Regeln hin zu mehr Einzelfallorientierung⁷ in erster Linie damit begründen, dass

⁷ Ich verzichte hier bewusst darauf, diese Diskussion im Rahmen der Begrifflichkeiten „per se-Regel vs. rule of reason“ zu führen (siehe dafür bspw. die exzellente Analyse von Schmidt 2007a). Der MEA in der europäischen Wettbewerbspolitik schlägt sich, wie in Abschnitt 2 geschildert, insbesondere in der Fusionskontrolle sowie in der Missbrauchskontrolle nieder. Beides sind Bereiche, in denen nicht oder kaum mit per se-Regeln im engeren Sinne gearbeitet wird und ohnehin eine rule of reason dominiert. In Bezug auf die Regelausgestaltung kann aber ohnehin nicht sinnvoll von einer diskreten Dichotomie ausgegangen werden, sondern vielmehr ist es hilfreich, ein Kontinuum an unterschiedlich differenzierten Regeln zu betrachten (Christiansen/Kerber 2006). Dem entsprechend kommt es hier auch nicht darauf an, inwieweit sich die europäischen Wettbewerbsregeln als ‚per se-Regel‘ oder ‚rule of reason‘ klassifizieren lassen, sondern entscheidend für die hier vorgelegte Argumentation ist nur, dass im Zuge des MEA der Differenzierungsgrad der Regeln zunimmt.

bessere Ergebnisse im Einzelfall erzielt werden können. Es handelt sich hier um ein Derivat des Arguments der Einzelfallgerechtigkeit: wird jeder einzelne Fall auf seine Konsumentenwohlfahrtswirkungen (Δw_k) hin untersucht, so kann er im Idealfall ‚richtig‘ entschieden werden ($\Delta w_k > 0 \rightarrow$ Erlaubnis; $\Delta w_k < 0 \rightarrow$ Verbot). Eine allgemeinere Regel, die sich mit wenigen, ausgewählten Fallmerkmalen begnügt und diese mit typischen, in der Mehrheit der Fälle zutreffenden Folgerungen verknüpft, führt demgegenüber zu Fehlern, die in der ökonomischen Literatur üblicherweise als ‚false positives‘ (Erlaubnis trotz $\Delta w_k < 0$) und ‚false negatives‘ (Verbot trotz $\Delta w_k > 0$) bezeichnet werden. Auch wenn bspw. die Mehrheit aller Fusionsfälle, in denen die fusionierenden Unternehmen einen aggregierten Marktanteil von mehr als 60 % erreichen, wettbewerbsschädlich sind, so werden bei einem allgemeinen Verbot aller solcher Fusionen auch die Ausnahmefälle mit untersagt, bei denen trotz des hohen Marktanteils positive Wettbewerbswirkungen entstehen (false negatives). Auch wenn bspw. die Mehrheit aller Preisdifferenzierungsstrategien marktbeherrschender Unternehmen nicht wettbewerbsschädlich sind, so werden bei einer allgemeinen Erlaubnis solcher Strategien auch die Ausnahmefälle mit erlaubt, in denen ausnahmsweise doch negative Wettbewerbswirkungen resultieren (false positives). Eine ideale Einzelfallanalyse ermöglicht dem gegenüber eine Minimierung *beider* Fehlertypen.

Nun wird bereits aus der Schilderung deutlich, dass die Qualität der Einzelfallentscheidungen von erheblicher Bedeutung ist, d.h. inwiefern es durch einzelfallbezogene Auswirkungsanalysen tatsächlich gelingt, die Wettbewerbswirkungen zuverlässig und zutreffend zu ermitteln (also das Δw_k richtig zu bestimmen). In der ökonomischen Wettbewerbstheorie ist diesem Versuch stets entgegen gehalten worden, dass er einer Machbarkeitsillusion unterliegt bzw. eine Anmaßung von Wissen darstellt (Hayek 1945, 1968, 1975). Wenn Wettbewerb als ein ergebnisoffener Prozess verstanden wird⁸, dessen Verlauf nicht im Detail sondern nur als Muster vorhergesagt werden kann, dann ist zweifelhaft, ob eine einzelfallbezogene Auswirkungsanalyse im Mittel tatsächlich zu einem besseren Ergebnis (im Sinne einer Minimierung beider Fehlertypen) führt als die Anwendung einer allgemeineren Regel. Es ist freilich zu hinterfragen, ob moderne ökonomische Instrumente, die mit dem MEA in verstärkter Weise Einzug in die Wettbewerbsanalyse gehalten haben, diesen traditionellen Einwand gegen eine Verstärkung der einzelfallbezogenen Auswirkungsanalyse mildern

⁸ Wettbewerb gewinnt demnach seinen Hauptnutzen für die Gesellschaft dadurch, dass er eine dezentrale Koordination der Marktakteure bewirkt. Diese wiederum ist einer zentralen, planerisch-verwalterischen Koordination überlegen, weil Koordination nicht als nur gelegentlich wiederholte Anpassung an ein Gleichgewicht verstanden wird, sondern als eine permanente Aufgabe, da die ‚Gleichgewichtsbedingungen‘ permanent und nicht-antizipierbar evolvierten (These der Nicht-Zentralisierbarkeit des Koordinierungswissens; siehe auch Wegner 1996 und Kerber 1997).

können.⁹ Zunächst sei aber darauf hingewiesen, dass in dem Moment, wo die Minimierung beider Fehlertypen durch einen Trend zu mehr einzelfallbezogener Auswirkungsanalyse fragwürdig wird, ein anderes Argument an Bedeutung gewinnt: ein steigender Differenzierungsgrad ist mit steigenden Verfahrenskosten sowie einer sinkender Rechtssicherheit (im Sinne einer ex ante Antizipierbarkeit der Ergebnisse des wettbewerbspolitischen Analyseprozesses durch die Normadressaten) verbunden (allgemein *Christiansen/Kerber* 2006; spezifisch für den MEA in der europäischen Fusionskontrolle *Christiansen* 2005, 2006).¹⁰ Auch aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive liegt somit ein Kosten-Nutzen-Kalkül eines Trends zu mehr einzelfallbezogener Auswirkungsanalyse vor: wiegt die tatsächlich erreichbare Reduktion der Entscheidungsfehler (positive Wohlfahrtswirkungen) die dadurch zusätzlich entstehenden Administrations- und Transaktionskosten (negative Wohlfahrtswirkungen) auf? Bedauerlicherweise fehlen hierzu bisher aussagekräftige empirische Untersuchungen.

Eine wesentliche Errungenschaft des MEA ist die intensivere Nutzung neuer ökonomischer Instrumente, insbesondere ökonometrischer Methoden sowie Simulationsmodelle (*Schwalbe* 2006; *Zimmer* 2006; *Budzinski/Christiansen* 2007). Letztere wurden bisher überwiegend in der Fusionskontrolle eingesetzt (siehe Abschnitt 2), können aber prinzipiell auch in anderen Bereichen der Wettbewerbspolitik, wie der Missbrauchskontrolle eingesetzt werden. Im Anschluss an die Diskussion im letzten Absatz konzentriere ich mich hier auf das Instrument der ‚merger simulations‘ (die regelmäßig ökonometriebasierte Kalibrierungen einschließen), da zum einen hierzu Erfahrungen vorliegen und zum anderen dieses Instrument insbesondere auf die Qualität einzelfallbezogener Auswirkungsanalysen zielt. Der Anspruch von Fusionsimulationen, die zu erwartenden Fusionseffekte direkt quantifizieren zu können, zeigt sich in Äußerungen wie „Merger simulation (...) eliminates much of the subjective and idiosyncratic judgment otherwise inherent in the assessment of mergers“ (*Crooke et al.* 1999: 206), oder: „With merger simulation, transparent formal economic modelling substitutes for intuition. Merger simulation thereby replaces subjective and unverifiable surmise with objective and verifiable calculation“ (*Werden* 2005: 43). Damit werden Simulationen zum Paradeinstrument der Vorteile einer einzelfallbezogenen Auswirkungsanalyse.

⁹ Darauf wird weiter unten eingegangen. Es ist dabei auch zu beachten, dass es nicht einer Totalwiderlegung des Hayek’schen Arguments bedarf, denn es geht ja um eine graduelle Verschiebung des Differenzierungsgrads der Wettbewerbsregeln und ihrer Anwendung und nicht um einen Sprung von extremen per se-Regeln zu extremer Einzelfallanalyse.

¹⁰ Die Kosten setzen sich aus administrativen Kosten (Wettbewerbsbehörden müssen ausführliche Einzelfallanalysen vornehmen, inklusive des Einkaufs von Experten), die letztendlich der Steuerzahler trägt, sowie Transaktionskosten für die betroffenen Unternehmen (erhöhte Auskunftsanforderungen, eigene Experten und Expertisen, steigende Rechtsunsicherheit) zusammen. Vgl. ausführlicher *Christiansen* (2005, 2006).

In der bisherigen wettbewerbspolitischen Praxis sind allerdings auch die Probleme und Grenzen dieses Instruments hervorgetreten. Fusions simulationsmodelle müssen den realen Fall notwendigerweise signifikant simplifizieren. Das hat zum einen zur Folge, dass die Simulationsergebnisse oftmals signifikant von den Modellannahmen abhängen, und zum anderen, dass konkurrierende Modelle mit inkompatiblen Ergebnissen auftreten können (bspw. Modelle der Wettbewerbsbehörde versus Modelle der Fusionsparteien versus Modelle der verbleibenden Konkurrenten). Eine Identifikation des „besten“ Modells (im Sinne der besten Abbildung des realen Marktes) kann dabei erhebliche praktische und theoretische Schwierigkeiten mit sich bringen bzw. sogar gänzlich unmöglich sein.¹¹ In diesem Zusammenhang ist zu konstatieren, dass der insbesondere von amerikanischen Industrieökonomern bemühte Vergleich zum sog. genetischen Fingerabdruck¹² irreführend ist: während der genetische Fingerabdruck eine vergangenheitsbezogene Tatsache mit einer über 99-prozentigen Sicherheit zu identifizieren vermag, beziehen sich Simulationsergebnisse auf die (wenn auch nahe) Zukunft und können keinerlei vergleichbare Prognosesicherheitsniveaus für sich in Anspruch nehmen. Mit anderen Worten, auch Simulationsmodelle ermöglichen keine perfekte einzelfallbezogene Auswirkungsanalyse und können die beiden oben diskutierten Fehlertypen bestenfalls reduzieren, aber nicht ausschalten. Darüber, ob das Fehlerreduktionspotenzial groß genug ist, um die Kosten des Einsatzes überzukompensieren, gibt es derzeit nur Spekulationen der Befürworter und Gegner (mit den korrespondierenden Resultaten), aber keine belastbaren, empirischen Aussagen. Es ist damit letztendlich unklar, ob die ‚neuen‘ Instrumente das traditionelle Argument für allgemeinere Regeln (Wettbewerb als ergebnisoffener Prozess) schwächen.

Die unklare Prognosesicherheit korreliert zu den Beweisanforderungen. Es wird von der Wettbewerbsbehörde verlangt, mit hinreichender Sicherheit zu beweisen, dass ein geplanter Zusammenschluss zu negativen Wettbewerbswirkungen führt. Bei allgemeineren Regeln reicht es zu zeigen, dass ein Fusionsvorhaben die festgelegten Kriterien erfüllt (bspw. eine Marktanteilsschwelle erreicht oder eine hinreichend hohe Substitutionselastizität aufweist). Im Rahmen einer stärker einzelfallbezogenen Auswirkungsanalyse wird es dagegen zunehmend notwendig, dass die Wettbewerbsbehörde die exakten Wettbewerbswirkungen des konkreten Fusionsvorhabens hinreichend sicher beweist. Dabei kann es für die nicht-beweislasttragende Seite (die Fusionspartner) reichen, Zweifel an der Exaktheit der Prognosen der Wettbewerbsbehörde zu wecken. Dies mag noch durch das Phänomen der Scheinpräzision von Simulationsergebnissen verschärft werden: „Precise numerical outputs are reported, but with no sense of the

¹¹ Zwei konkurrierende Simulationsmodelle können die notwendige Komplexitätsreduktion auf unterschiedliche Parameter der Realität fokussieren und damit quasi gleich weit vom realen Fall entfernt sein.

¹² Sinngemäß: Simulationsmodelle sind für die Wettbewerbspolitik die quantitative Revolution, die der genetische Fingerabdruck für die Kriminalistik gewesen ist.

confidence that can be placed in the estimates. This produces a false sense of precision” (*Hansen/Heckman 1996: 98*). So konnten Simulationsmodelle auch in ihrem bisher spektakulärsten Einsatz im Rahmen des vergeblichen Versuches, die Oracle/PeopleSoft-Fusion zu untersagen, beidseits des Atlantiks trotz eindeutiger und konsistenter Ergebnisse keine hinreichende Beweiskraft ausstrahlen (*Zimmer 2006; Budzinski/Christiansen 2007*).

Folgerichtig wird in der Literatur jüngst auf die Gefahr einer Fusionskontrolle, die auf stark einzelfallbezogenen Auswirkungsanalysen beruht, hingewiesen, dass die beweislastertragende Seite an Durchsetzungskraft verliert:

- Für die US-amerikanische Wettbewerbspolitik zeigen *Baker und Shapiro (2007)*, dass es zu einem unbeabsichtigten Absinken des Wettbewerbschutzes kommt, weil die Beweislast vor allem bei den Wettbewerbsbehörden liegt. Gegenwärtig entsteht in diesem Kontext eine Diskussion zwischen Industrieökonomern um schärfere Antitruststandards (*Farrell 2006; Farrell/Katz 2006; Baker/Shapiro 2007; Salop 2007*; dagegen: *Carlton 2007*).
- Grundsätzlich gilt dies so auch für die europäische Fusionskontrolle, wobei sich allerdings im Zuge des sog. Impala-Urteils hier eine wichtige Erweiterung ergeben hat (*Aigner/Budzinski/Christiansen 2007*). Mit der Aufhebung der (ersten) Fusionsfreigabe der Kommission für Sony-BMG¹³ hat das Europäische Gericht erster Instanz dargelegt, dass in der EU auch bei Genehmigungen von Zusammenschlüssen die Beweislast bei der Wettbewerbsbehörde liegt, d.h. die Kommission muss hinreichend beweisen, dass keine wettbewerbswidrigen Wirkungen auftreten werden. Dies wirft insbesondere hinsichtlich von Fällen, bei denen weder wettbewerbswidrige Effekte noch deren Abwesenheit hinreichend sicher im Einzelfall bewiesen werden können, Fragen auf, die durch das Leitbild MEA allein nicht beantwortet werden können.
- Die Problematik kehrt sich in den Fällen um, in denen ausnahmsweise die Normadressaten die Beweislast tragen. Hier ist vor allem die in den Leitlinien für horizontale Fusionen implementierte Effizienzeinrede zu erwähnen (Unternehmen müssen fusionsspezifische Effizienzen quantitativ und hinreichend sicher beweisen), die auch aus diesen Gründen hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutung skeptisch gesehen wird (*Schwalbe 2005*).

Steigender Handlungsspielraum der Wettbewerbsbehörden

Verschiedentlich wird die Befürchtung geäußert, der MEA könnte diskretionäre Handlungsspielräume der Wettbewerbsbehörden schaffen bzw. erweitern

¹³ Der Verband der unabhängigen Musikverlage, Impala, hatte eine Konkurrentenklage gegen die Freigabe eingebracht.

(Schmidt 2007a, 2007b; Schmidt/Voigt 2007). Dieses wäre aus polit-ökonomischer Sicht problematisch, da auch Wettbewerbspolitiker letztendlich als (eigen-) nutzenmaximierende Akteure betrachtet werden (Tollison 1985). Wenn der diskretionäre Entscheidungsspielraum der Wettbewerbsbehörden steigt, so wächst damit auch die Gefahr, dass wettbewerbsfremde Aspekte und Einflüsse in die Entscheidung einfließen. So wäre es denkbar, dass unter dem Mantel von Effizienzeffekten industriepolitische Elemente Fusionskontroll- und Missbrauchsaufsichtsentscheidungen beeinflussen oder Lobbyismusaktivitäten der Normadressaten an Gewicht gewinnen könnten. Insbesondere die offenere Formulierung des neuen Verbotskriteriums in der Fusionskontrolle (SIEC- statt Marktbeherrschungstest) und wiederum die stärkere Einzelfallorientierung werden hier als Indizien angesehen.

Eine wesentliche Voraussetzung für diese Argumentationslinie besteht in der Annahme, dass eine Effizienzorientierung Bewertungsspielräume eröffnet, mithin Konsumentenwohlfahrtseffekte nicht eindeutig bzw. nicht eindeutig determinierbar sind. Wenn im Zuge des MEA eine Vielzahl möglicher Effizienzeinflüsse prinzipiell zur Rechtfertigung unternehmerischen Verhaltens in Märkten herangezogen werden kann, so resultiert ein verstärktes Selektions- und Abwägungsproblem für die wettbewerbspolitischen Entscheider. Sie müssen auswählen, welche potenziellen Wohlfahrtseffekte entscheidungsrelevant berücksichtigt werden sollen und wie diese zueinander zu gewichten sind. Auf diesen Auswahl- und Abwägungsprozess können dann interessierte Gruppen Einfluss nehmen. Neben anderen, konkurrierenden Politikbereichen (Industriepolitik, Interessen der Mitgliedstaaten¹⁴) gehören auch die fusionswilligen Unternehmen sowie die vermeintlich verdrängenden Marktbeherrscher dazu, die möglicherweise größere Spielräume erhalten, ihre Sicht der Dinge den Entscheidern nahe zu bringen – auch aufgrund der mit großer finanzieller Kraft verbundenen Möglichkeit, sich entsprechende Expertise zu organisieren (bspw. eigene ökonomische Analysen, eigene Simulationsmodelle usw.). Aber auch die Konkurrenten eines effizienten Zusammenschlusses können Interesse daran haben, eigene Wohlfahrtsanalysen einzubringen, um ihre Renten zu sichern. Gleiches gilt für Unternehmen, die sich einer aggressiven Strategie ihres Konkurrenten ausgesetzt sehen und sich vor dieser über einen vermeintlichen Missbrauchstatbestand schützen wollen.¹⁵ Als besonders schlagkräftig könnten sich dabei Koalitionen aus Politik und Unternehmen erweisen. Problematisch ist, dass die Liste möglicher (oder auch vermeintlicher) Effizienz- und Wohlfahrts-effekte sehr verschiedenes umfassen kann, unter anderem allokativer Effekte,

¹⁴ Es sei hier auf die jüngste Diskussion um einen „New Economic Patriotism“ in Europa verwiesen, die sich gerade auch an kontroversen Fusionskontrollentscheidungen (u.a. E.ON/RuhrGas; Suez/Gaz de France; ENDESA) fest macht.

¹⁵ Ironischerweise könnte dann gerade der MEA einem verstärkten Schutz der Wettbewerber statt des Wettbewerbs Vorschub leisten – etwas, was ja leitbildimmanent gerade verhindert werden soll.

Kosteneffekte und Innovationseffekte, aber auch Integrationseffekte, Effekte auf die (internationalen) Wettbewerbsfähigkeit oder auf die (inländische) Beschäftigung. Mit letzterem könnten Elemente einer strategischen Wettbewerbspolitik Raum greifen, die letztlich (diskriminierende) industriepolitische Ziele mit wettbewerbspolitischen Instrumenten zu erreichen versucht. Ein erstes Indiz hierfür könnte die Diskussion um einen MEA in der Beihilfenkontrolle sein, in der auch angeregt wird, positive inländische Wohlfahrtseffekte von Beihilfen in eine Einzelfallabwägung einzubeziehen.

Zusammenfassend ist zu betonen, dass letztendlich (wiederum) entscheidend ist, ob man davon ausgeht, dass (α) die Wohlfahrtseffekte einer Beihilfe (eines Zusammenschlusses, einer vermeintlichen Behinderungsstrategie) objektiv ermittelbar sind oder ($\bar{\alpha}$) ob es dabei zu Ambiguitäten kommt, die diskretionäre Handlungsspielräume eröffnen: nimmt man α an, so muss die Gefahr eines steigenden diskretionären Handlungsspielraumes der Wettbewerbsbehörden (und damit auch die Gefahr nicht-wettbewerblcher Einflüsse) verneint werden, geht man hingegen von $\bar{\alpha}$ aus, so besteht in wachsenden diskretionären Handlungsspielräumen ein Problem der wachsenden Effizienzorientierung.

Vernachlässigung anderer Wettbewerbsdimensionen

Mit der zunehmenden Fokussierung auf kurzfristige Preis- und Mengenänderungen geht die Gefahr einher, dass andere Dimensionen des Wettbewerbsprozesses vernachlässigt werden. Es ist dabei gegenwärtig unklar, ob dies Teil des Leitbilds MEA ist oder eine nicht-intendierte Nebenwirkung darstellt. Letzteres ist deswegen denkbar, weil zum einen die theoretische Industrieökonomik, die Preis- und Mengeneffekte als dominierende (einzige) Wohlfahrtskomponente etablierter, umfangreicher und ausgereifter ist als diejenige, die sich mit dynamischen und längerfristigen Effekten beschäftigt und weil zum anderen die zur Quantifizierung herangezogenen ökonomischen Instrumente derzeit vor allem Aussagen über kurzfristige Preis- und Mengeneffekte liefern können. Somit ist denkbar, dass andere Wettbewerbsdimensionen in wettbewerbspolitischen Entscheidungen nicht deswegen an Bedeutung verlieren, weil sie auf wissenschaftlicher Basis für weniger wichtig erachtet werden, sondern vielmehr einfach deshalb, weil sie nicht oder noch nicht quantifizierbar sind. Dabei ist selbstverständlich davon auszugehen, dass es für die tatsächliche Konsumentenwohlfahrt unerheblich ist, ob ein Effekt ökonomisch modellierbar bzw. empirisch quantifizierbar ist.

Diese Problematik lässt sich auch im Rahmen einer Effizienzorientierung diskutieren. Wenn im Rahmen oligopoltheoretischer Modelle Post-Fusionsgleichgewichte (auch im Rahmen von Simulationen) oder die Änderungen von Marktgleichgewichten infolge vermeintlicher Verdrängungs- und Behinderungsstrategien ermittelt werden, so berechnet sich die voraussichtliche Konsumenten-

wohlfahrt regelmäßig aus den Gleichgewichtspreisen und -mengen nach der Fusion bzw. infolge der Behinderungsstrategie. „Effizienz“ ist hier ganz überwiegend (statische) allokative Effizienz. Diese stellt zweifellos eine äußerst wichtige und keinesfalls zu vernachlässigende Effizienzdimension dar, aber nichtsdestoweniger nicht die einzige. Dynamische Effizienz in Form der Innovationsdynamik eines Marktes stellt eine weitere Dimension dar, die gegenwärtig noch kaum mit quantitativ-ökonomischen Instrumenten analysiert wird. In den bisher eingesetzten Simulationsmodellen waren Auswirkungen auf Innovationsanreize und -dynamik regelmäßig nicht berücksichtigt – und das gilt eben auch für Wettbewerbspolitik in hoch innovativen Märkten wie Unternehmenssoftware (Oracle/PeopleSoft). Auch die umfangreichen ökonometrischen und modelltheoretischen Analysen zum Sony/BMG-Zusammenschluss konzentrieren sich auf Preiseffekte und lassen die in der ökonomischen Literatur zu Musikmärkten regelmäßig betonten Wirkungen von Konzentrationsprozessen auf die Innovativität des Marktes außer acht.¹⁶ Die hier konstatierte Vernachlässigung dynamischer Effizienz scheint allerdings von den Verfechtern des MEA wie auch generell in der anwendungsorientierten Industrieökonomik bereits aufgegriffen zu sein, so dass ihre stärkere Berücksichtigung zukünftig vielleicht möglich werden wird. Es stellt sich allerdings die schwierige Frage, ob dynamische Effizienzeffekte prinzipiell ähnlich gut wie allokative Effizienzeffekte modellierbar und quantifizierbar sind oder ob hier notwendigerweise Lücken verbleiben werden.

Über Innovationseffizienz hinaus wird wettbewerblichen Märkten in der *Hayek*'schen (1945, 1968) Tradition immer auch die Rolle des dezentralen, nicht exogen steuerbaren Koordinationsprozess zugewiesen. Wird Wettbewerb als permanenter und offener („evolutionärer“) Prozess verstanden, so kommt der Evolutionsfähigkeit von Märkten eine wichtige mittel- und langfristig wirksame Bedeutung zu. Auch dies lässt sich im Rahmen einer Effizienzorientierung (re-) formulieren, nämlich als adaptive Effizienz. Die Fähigkeit wettbewerblicher Märkte, sich an evolvierende (inklusive schockartige) Veränderungen der Rand- und Rahmenbedingungen anzupassen, stellt ein wichtiges Element der Konsumentenwohlfahrt dar. Wenn die Beweglichkeit der individuellen Plananpassungen auf Anbieter- oder Nachfragerseite nachlässt (unter Umständen durch Konzentrationsprozesse), so schwächt dies die Kompetenz des dezentralen Koordinierungsmechanismus Wettbewerbsmarkt; es kommt zu sklerotischen Märkten mit geringer adaptiver Effizienz. Gegenwärtig erscheint es vollkommen unklar, wie dieses ebenfalls wichtige Wohlfahrtselement in die Analysewelt eines MEA integriert werden kann bzw. adaptive Effizienzwirkungen quantitativ ermittelt oder gar prognostiziert werden können.

¹⁶ Vgl. mit Literaturhinweisen *Aigner/Budzinski/Christiansen* (2007).

Ferner impliziert der MEA, dass Aspekte wie Fairness und Intention, insbesondere bei Verdrängungsstrategien, keine Rolle mehr spielen sollen: für einen wirkungsbasierten Ansatz ist es letztlich unerheblich, ob ein Marktbeherrscher die Intention hat, einen Konkurrenten zu verdrängen, sowie mit welchen Mitteln er ihn verdrängt (Werden 2006: 63-64). Wesentlich ist lediglich, dass der Verdrängte weniger effizient war als der Verdrängende. Die in der Ökonomik weit verbreitete Skepsis gegenüber Fairnessargumenten im Wettbewerb speist sich aus der Schwierigkeit, eindeutig zu definieren, was faire und was unfaire Wettbewerbshandlungen sind. Ist die Frage der Fairness ein entscheidungsrelevantes Element der Wettbewerbspolitik, so sind damit erhebliche Auslegungs- und damit auch Missbrauchsprobleme verbunden. Daher erscheint es fortschrittlich, die Fairnessdimension auszuschließen, was wiederum auch die Kategorie Verdrängungs- oder Schädigungsabsicht betrifft, die letztlich auf Fairnessstandards rekurriert. Allerdings entsteht hier insofern doch ein Dilemma, als dass sowohl empirische Studien als auch die experimentelle Wirtschaftsforschung immer wieder zeigt, dass Fairness – wie problematisch diese Kategorie analytisch auch immer sein mag – den Marktakteuren selbst als wichtiges Element gilt (Fehr/Gächter 2000). Dies ist insofern mittelfristig auch wohlfahrtsrelevant, da die Akzeptanz freier Märkte und wettbewerblicher Prozesse (mit ihren Allokations- und Distributionswirkungen) eben auch daran hängt, inwieweit wettbewerbliche Erfolge als ‚fair‘ betrachtet werden. Wachsende Akzeptanzprobleme wettbewerblicher Märkte – man siehe auch die (wie auch immer verzerrte) „Heuschrecken“-diskussion – erhöhen die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsmindernder Staatseingriffe und Regulierungen und können damit letztlich auch wohlfahrtsmindernde Effekte haben. Eine systematische Analyse dieses Dilemmas fehlt in der aktuellen wettbewerbsökonomischen Diskussion fast vollständig.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die zukünftige Rolle weniger gut industrieökonomisch modellierbarer Wettbewerbsdimensionen mindestens unklar ist. Zwar kann nicht ohne weiteres von einer bewussten Abkehr gesprochen werden, aber zumindest besteht die Gefahr, dass diese Wohlfahrts-elemente durch MEA-orientierte Wettbewerbspolitik nicht maximiert werden und (mindestens graduell) an Gewicht verlieren.

3.2 Ökonomik der Wettbewerbsfreiheit

Obwohl das Konzept der Wettbewerbsfreiheit bereits auf die Ursprünge des Ordoliberalismus zurückgeht, wird seine moderne Variante vor allem von Hoppmann (1967, 1972, 1988) geprägt. Gemäß Eickhof (1990: 228) bezieht sich Hoppmanns Begriff der Wettbewerbsfreiheit „sowohl auf die Freiheit der Konkurrenten im marktwirtschaftlichen Parallelprozeß als auch auf die der Marktkontrahenten im marktwirtschaftlichen Austauschprozeß. Konkret umfaßt

er die Freiheit der etablierten Konkurrenten zum Einsatz der Aktionsparameter sowie zum Vorstoß und zur Nachfolge in technisches, organisatorisches und ökonomisches Neuland, ferner die Freiheit der potentiellen Konkurrenten zum Markteintritt und schließlich die der Marktkontrahenten zur Auswahl zwischen mehreren Alternativen.“¹⁷ Damit zielt das Konzept der Wettbewerbsfreiheit auf die Offenhaltung des Wettbewerbs als evolutorischem Prozess im Sinne eines Schutzes von (zukünftigen) Optionen.

Die ökonomische Logik des Wettbewerbsfreiheitskonzepts ergibt sich aus der Betrachtung des Wettbewerbs als komplexes, evolutorisches Phänomen – in explizit Hayek’scher Tradition –, welches weder quantitativ erfassbar bzw. nachbildbar noch in seinen konkreten Ergebnissen vorhersagbar ist (*Hopmann* 1972, 1988). Bezugnehmend auf das im Rahmen des MEA angesprochene Fehlerminimierungskonzept (siehe Abschnitt 3.1.) bedeutet dies in institutionen-ökonomischer Interpretation, dass imperfektes Wissen und imperfekte Modellierbarkeit eine gemeinsame Minimierung beider Fehlertypen (false positives und false negatives) im Rahmen wirkungsbasierter Analysen nicht erlauben. Hier kommt somit der Ökonomik von Regeln Bedeutung zu: obwohl Regeln nicht jedem Einzelfall gerecht werden, können sie bei imperfektem Wissen und Ergebnisoffenheit im Mittel bessere Ergebnisse erzielen. Wesentlich ist dabei freilich, dass die implementierten (Wettbewerbs-) Regeln den Regeladressaten einen grundsätzlich offenen Handlungsmöglichkeitenraum belassen. Die Marktakteure sollen – in diesem Konzept – frei sein, individuell ihre Handlungen und Strategien zu wählen inklusive der Kreation neuer Handlungsweisen minus der durch die Regel ausgeschlossenen endlichen Anzahl an Handlungsweisen.¹⁸

Wettbewerbsfreiheit als wettbewerbspolitisches Leitbild geht also davon aus, aufgrund von prinzipiellen Wissensmängeln nicht endgültig festlegen zu können, welche Wirkungen aus einer isoliert betrachteten Handlung resultieren und wie die Akteure im Wettbewerb handeln sollten, um die Konsumentenwohlfahrt zu maximieren. Statt dessen wird erheblich bescheidener nur in Anspruch genommen, bestimmte Handlungsweisen als normalerweise (Musteraussage!) wohlfahrtsschädlich identifizieren zu können (bspw. mit Hilfe der Industrie-ökonomik), mit der Konsequenz, diese durch die Wettbewerbsregeln allgemein zu unterbinden. Damit enthält das Wettbewerbsfreiheitsleitbild anders als der MEA eine Asymmetrie: während beim Abstellen auf Effizienzwirkungen prinzipiell nicht unterschieden wird, ob eine Handlungsweise $\theta_1 \in \theta_\mu$ mit $1 \leq \mu \leq \infty$ als schädlich oder eine alternative Handlungsweise θ_2 als optimal identifiziert wird – und damit aus Wohlfahrtsmaximierungsgründen eigentlich angeordnet werden müsste, wenn sie im Wettbewerb nicht selektiert wird –, behauptet das

¹⁷ Vgl. für (auch kritische) Diskussionen bspw. *Eickhof* (1990) und *Mantzavinos* (1994).

¹⁸ Vgl. zu einer detaillierten Ausformulierung des hier skizzierten wirtschaftspolitischen Konzepts *Wegner* (1996) und *Budzinski* (2000).

Freiheitskonzept, dass nur ersteres, nicht aber zweiteres möglich ist. Daher sollen Wettbewerbsregeln Verhaltensweisen, die typischerweise die – umfassend verstandene – Konsumentenwohlfahrt verringern, unterbinden, wobei bewusst in Kauf genommen wird, dass damit auch ausnahmsweise false negatives auftreten, ebenso wie false positives aus (noch) nicht identifizierten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen resultieren können.¹⁹ Das Prinzip Wettbewerbsfreiheit folgt aus der zentralen Annahme dieses Ansatzes, dass Wettbewerbspolitik immer und notwendigerweise imperfekt ist. Gleichzeitig wird Wettbewerb damit *praktisch* zur eigenen Norm, zum Selbstzweck (anstelle eines instrumentellen Charakters als Effizienzgenerator).

3.3 Kompatibilität oder Unvereinbarkeit?

Es stellt sich somit die Frage nach dem Verhältnis von „Wettbewerbsfreiheit“ und „Effizienzorientierung“ als Leitbilder der Wettbewerbspolitik. *Hopmann* (1967, 1988) formuliert hierzu – lange vor der Diskussion um den MEA als Leitbild der Wettbewerbspolitik – die sog. Non-Dilemma-These, d.h. er erkennt keinen Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und der Erzielung ökonomischer Effizienz. Ist Wettbewerbsfreiheit gegeben, so seien die Marktakteure frei zu innovieren und zu imitieren und der evolutorische Wettbewerbsprozess kann sich entfalten, was letztendlich allen Marktteilnehmern individuelle ökonomische Vorteile bringe, mithin die Effizienz steigere. Letztendlich zielt die eingangs aufgegriffene neue Diskussion um die (Un-) Vereinbarkeit von Wettbewerbsfreiheitskonzept und MEA somit also genau auf eine Neubetrachtung dieser Non-Dilemma-These.

Hellwig (2006) sieht in seinem sehr differenzierten Diskussionsbeitrag Wettbewerbsfreiheit und MEA nicht im Widerspruch, sondern betrachtet beide Leitbilder eher als komplementär. Dies überrascht insofern, als er sich klar für einen wirkungsbasierten Ansatz positioniert, der einen großen Wert auf fallweise Wettbewerbsanalysen legt, ohne allerdings allgemeine Regeln in dafür geeigneten Bereichen pauschal abzulehnen.

Hellwig (2006: 235-239) betont, dass der dirigistische Charakter der Wohlfahrtsökonomik nicht alleinig als normative Grundlagen staatlicher Interventionen dienen könne, sondern der Korrektur durch das Leitbild der Wettbewerbsfreiheit bedürfe. Seine Auseinandersetzung mit der Ökonomik der Wettbewerbsfreiheit beschränkt sich dabei allerdings auf den älteren Ordoliberalismus (vor allem Franz Böhm), welchem er vorwirft, letztendlich der gleichen Kritik wie die

¹⁹ In diesem theoretischen Rahmen ist dies auch deswegen kein so großes Problem, da Regeln auch eine Ermöglichungsfunktion zugeschrieben wird. Sie stellen eine Komplexitätsreduktion dar, die den Handlungsmöglichkeitenraum der Marktakteure strukturiert, Orientierung schafft und damit rationales und kreatives Wettbewerbsverhalten fördert. Gleichmaßen effizient verlaufende Wettbewerbsprozesse können somit prinzipiell auch unter unterschiedlichen Wettbewerbsregeln entstehen. Vgl. *Wegner* (1996), *Kerber* (1997, 2006), *Vanberg* (1999) und *Budzinski* (2000).

Wohlfahrtsökonomik zu unterliegen (Hellwig 2006: 239). Überraschenderweise verzichtet er hingegen auf eine Auseinandersetzung mit moderneren Konzepten (siehe Abschnitt 3.2). Ein Kernpunkt von Hellwigs Diskussionsbeitrag ist die Differenzierung zwischen Effizienzorientierung und Konsumentenwohlfahrt (Hellwig 2006: 261-266), deren Berücksichtigung er im Reformprozess der europäischen Wettbewerbspolitik allerdings nicht hinreichend erkennen kann (Hellwig 2006: 261-262). Eine wirkungsbasierte Analyse unterscheidet sich demnach dahin gehend von einer Effizienzorientierung, dass erstere in einer unmittelbaren Abwägung pro- und antikompetitiver Wirkungen durch eine Wettbewerbsstrategie eines marktbeherrschenden Unternehmens²⁰ auf die Konsumenten besteht, während letztere in der Korrektur der Wettbewerbsanalyse durch zusätzliche Effizienzerwägungen („efficiency defense“) besteht (Hellwig 2006: 262). Hellwig lehnt eine so verstandene Effizienzorientierung ab, da die Ambiguität des Effizienzbegriffs es ermöglichen könnte, dass auch den Verbrauchern schadende Effizienzargumente (Unternehmensgewinne, Wirkungen auf die Produzentenrente; Hellwig 2006: 264) Einzug halten könnten und zudem Willkürspielräume bei den Wettbewerbsbehörden entstehen würden.²¹ Er räumt freilich ein, dass letzteres auch bei einer wirkungsbasierten Wettbewerbsanalyse seiner Lesart (direkte Abwägung von pro- und antikompetitiven Effekten auf die Konsumenten) in begrenztem Umfang der Fall ist (Hellwig 2006: 265).

Wird „Effizienz“ im Sinne von Konsumentenwohlfahrt verstanden, so scheint Hellwig die Non-Dilemma-These zu unterstützen. In gewisser Weise scheint mir dabei allerdings eine Umkehrung des Zusammenhangs impliziert zu sein: nicht so sehr wird Wettbewerbsfreiheit als Ursache oder Voraussetzung effizienter (im Sinne von konsumentenwohlfahrtssteigernder) Ergebnisse betrachtet, sondern die (Verbraucher-) Effizienzwirkungen dienen als Maßstab oder Kriterium dafür, ob eine konkrete Wettbewerbsstrategie der Wettbewerbsfreiheit unterliegt.²² Pauschalisiert (und Hellwigs Differenzierung vernachlässigend) kann man sagen, dass „Wettbewerbsfreiheit führt zu Effizienz“ (Hoppmanns Non-Dilemma-These) durch „Effizienzorientierung führt zu Wettbewerbsfreiheit“ (Hellwigs Non-Dilemma-These) ersetzt wird. Auf diese Art und Weise wird die wirkungsbasierte

²⁰ Hellwig (2006) diskutiert vornehmlich die Reform der Auslegung von Art. 82 EGV (Missbrauchs-kontrolle).

²¹ Letztlich scheint mir dies auf die Unterscheidung zwischen Konsumentenwohlfahrt- und Gesamtwohlfahrtstandard zu zielen. In beiden Standards geht es um Effizienzeffekte, allerdings beschränkt der Konsumentenwohlfahrtsstandard die zu berücksichtigenden Effizienzeffekte auf solche, welche die Konsumentenrente (unmittelbar) betreffen.

²² Hellwig (2006: 249-259) verdeutlicht dies anhand eines marktbeherrschenden Unternehmens, welches ein konditionales Rabattsystem einsetzt: ergibt eine Abwägung der pro- und antikompetitiven Effekte auf die Konsumenten einen Effizienzgewinn, so wäre die Wettbewerbsfreiheit des Marktbeherrschers verletzt, wenn er diese Wettbewerbsstrategie nicht ausüben dürfte. Schadet die Strategie aber per saldo den Verbrauchern, dann verletzt der Marktbeherrschers auch die Wettbewerbsfreiheit.

(stärker fallweise) Wettbewerbsanalyse zum Instrument, um Wettbewerbsfreiheit zu sichern!

Schmidt (2007b) sieht Wettbewerbsfreiheit und die Effizienzorientierung des MEA im Konflikt zueinander stehen. Er betont, dass der MEA letztlich allein auf die wohlfahrtsökonomischen Wirkungen von Verhaltensweisen im Wettbewerb rekurriert und stellt fest: „Freiheitserwägungen spielen in diesem Ansatz keine Rolle“ (*Schmidt* 2007b: 14). *Schmidt* (2007b: 17) warnt davor, dass durch die mit dem MEA einher gehende Instrumentalisierung des Wettbewerbs als Effizienzvehikel die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbs, welche für marktwirtschaftliche Systeme konstituierend ist, erodiert wird. „Damit besteht die Gefahr, dass das Wettbewerbsrecht dazu verwendet wird, um im Interesse der Realisierung kurzfristiger Effizienzziele Wettbewerb zu verhindern“ (*Schmidt* 2007b: 17). Die Neuorientierung der europäischen Wettbewerbspolitik am Leitbild MEA beinhaltet also demnach die virulente Gefahr einer Erosion der Wettbewerbsfreiheit.

Ähnlich wie bei Hoppmann selbst, sieht *Schmidt* (2007b: 11) Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung für die Erfüllung der Koordinationsfunktion des Marktes und somit für eine langfristige (breit verstandene) Wohlfahrtsmaximierung an. In diesem Sinne kann hier auch die Non-Dilemma-These verstanden werden. Eine Effizienzorientierung der Wettbewerbspolitik, die universale Regeln zu Gunsten einer stärker wirkungsbasierten Einzelfallanalyse aufgibt, ist gemäß *Schmidt* hingegen mit Wettbewerbsfreiheit nicht vereinbar.

Kerber (2007: 1) bemängelt, dass die dem MEA zugrundeliegende Industrieökonomik die normative Dimension ihres Forschungsprogramms vernachlässigt. Um die Ambiguität des Effizienzbegriffs zu überwinden und aus wettbewerbspolitischen Entscheidungen resultierende Verteilungswirkungen beurteilen zu können, bedarf es seiner Auffassung nach einer Revitalisierung ökonomischer Argumente zu den normativen Grundlagen der Wettbewerbspolitik. Bezüglich der Dimension Wettbewerbsfreiheit schlägt *Kerber* (2007: 10-17) einen konstitutionenökonomischen Ansatz vor. Ausgehend von den Präferenzen der Bürger könnten individuelle Freiheitsrechte abgeleitet werden, die im Wettbewerb unbedingt zu schützen seien, also nicht einem Abwägungskalkül im Rahmen eines Effizienztests unterworfen werden könnten. „Optimale“ Wettbewerbsregeln lägen somit dann vor, wenn sie mit den Präferenzen und Wertvorstellungen der Bürger korrespondieren. *Kerber* (2007: 12) sieht den entscheidenden Unterschied zwischen einem Effizienzleitbild und einer konstitutionenökonomischen Interpretation von Wettbewerbsfreiheit darin, dass bei letzterem die Bürgerpräferenzen das ultimative normative Kriterium darstellen. Damit geht einher, dass eine Gesellschaft auch legitimer Weise bereit

sein kann, auf bestimmte Effizienzvorteile zu verzichten, wenn dadurch die definierten individuellen Freiheitsrechte geschützt werden.²³

Im wesentlichen ist demnach in diesem Beitrag das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Effizienzorientierung als wettbewerbspolitische Leitbilder als noch offene Forschungsfrage gekennzeichnet. Allerdings lässt sich vermuten, dass einerseits Harmonieelemente identifizierbar sein werden (allokative und dynamische Effizienz dürften wichtige Präferenzen der Bürger sein; Kerber 2007: 12-13), andererseits aber auch Konflikte auftreten können, in denen dann ein Vorrang des konstitutionenökonomisch reformulierten Wettbewerbsfreiheitsleitbilds angelegt ist.

Aus den unterschiedlichen Positionen, die zum Verhältnis von MEA und Wettbewerbsfreiheit bezogen werden, wird zunehmend deutlich, dass die populäre und scheinbar klare Differenzierung zwischen dem (erwünschten) Schutz des Wettbewerbs (Maximierung der Konsumentenwohlfahrt) und dem (unerwünschten) Schutz der Wettbewerber (Sicherung von Renten ineffizienter Anbieter) nicht trivial ist: Wettbewerbsfreiheit umfasst auch die Freiheit der Marktkontrahenten (der Marktgegenseite) zur Auswahl zwischen mehreren Alternativen. Somit wird unter der Annahmen heterogener Präferenzen Angebotsvielfalt zu einem wesentlichen Element der Konsumentenwohlfahrt. Einen (Nischen-) Wettbewerber im Markt zu halten (sei es gegenüber einer Verdrängungsstrategie des Marktbeherrschers oder gegenüber einer Übernahme) kann daher unter Umständen die Konsumentenwohlfahrt maximieren, wenn dadurch die Auswahlfreiheit der Konsumenten gesichert wird. Umgekehrt kann die Verdrängung eines weniger effizienten (aber dennoch profitablen²⁴) Randwettbewerbers die Konsumentenwohlfahrt schwächen und der Schutz des Wettbewerbs und des weniger effizienten Wettbewerbers fallen zusammen.

4. Fazit

Die im Zuge des Reformprozesses der europäischen Wettbewerbspolitik neu aufgeflamte Leitbilddiskussion ist wichtig und muss intensiv geführt werden (Eickhof/Isele 2005). Der MEA besitzt eine Leitbildfunktion für die neu ausgerichtete europäische Wettbewerbspolitik und somit auch eine normative

²³ “The decisive difference [between a constitutional economics and a welfare economic approach; O.B.] is that the preferences of citizens are viewed as the ultimate criterion. They should decide on the question, to what extent allocative efficiency and/or dynamic efficiency should be striven for, to what extent competition law should protect consumers from exploitation or competitors from being hurt through predatory strategies, and to what extent society is willing to sacrifice some ‘total welfare’ in order to prevent redistributions through market power” (Kerber 2007: 12). “In the same way the citizens can have preferences about what kinds of business behaviours should be accepted as ‘normal’ competitive behaviour, and what kinds of conduct are deemed as (perhaps ‘morally’) no more acceptable, leading then to ‘infringements’ of rights of competitors, buyers, or sellers” (Kerber 2007: 15).

²⁴ Es sei deutlich darauf hingewiesen, dass es nicht darum gehen kann, unprofitable Anbieter im Markt zu halten und so die Selektionsfunktion wettbewerblicher Märkte außer Kraft zu setzen.

Komponente. Mit Blick auf die europäische Wettbewerbsordnung kommt innerhalb der notwendigen Leitbilddiskussion der zukünftigen Rolle von Wettbewerbsfreiheit als Leitbild eine herausragende Bedeutung zu. Dabei steht die durch die zukünftige Praxis erst noch zu bestätigende (oder zu widerlegende!) Vermutung im Raum, dass der MEA die Gewichte von der Wahrung der Wettbewerbsfreiheit in Richtung einer verstärkten Effizienzorientierung verschiebt. Indizien dafür lassen sich im Reformprozess auffinden (Abschnitt 2).

Eine solche – mindestens graduelle – Verlagerung des wettbewerbspolitischen Leitbilds ist allerdings nur insofern von Bedeutung als Wettbewerbsfreiheit und Effizienzorientierung zumindest in bestimmten Fällen im Konflikt zueinander stehen. Die Diskussion beider Leitbilder (Abschnitte 3.1 und 3.2) hat gezeigt, dass ein wesentlicher konzeptioneller Unterschied in den Annahmen über das verfügbare und (empirisch) ermittelbare Wissen sowie über die Prognostizierbarkeit von Wettbewerbswirkungen besteht. Während das effizienzorientierte Leitbild MEA seine Berechtigung auch gerade aus einer mit Hilfe neuer ökonomischer Instrumente (vermeintlich oder tatsächlich) gestiegenen Messbarkeit wettbewerblicher Prozesse herleitet, basiert das Wettbewerbsfreiheitsleitbild auf der Vorstellung, dass Wettbewerb als evolutorischer Prozess (vermeintlich oder tatsächlich) nicht im Einzelfall hinreichend umfassend modellierbar und messbar ist. Vieles hängt davon ab, ob man – in Ermangelung umfassender empirischer Evidenz – annimmt, eine stärker fallweise ausgerichtete Wirkungsanalyse vermag die Summe der Entscheidungsfehler signifikant zu senken oder ob dies nicht für möglich gehalten wird.

In der jüngsten Leitbilddiskussion sind dem entsprechend sowohl die Position, dass eine Effizienzorientierung letztlich auch Wettbewerbsfreiheit beinhaltet, als auch die Gegenposition, dass eine Dominanz von Effizienzerwägungen Wettbewerbsfreiheit erodiert, aufzufinden. Dabei wird deutlich, dass sowohl die dem MEA zugrundeliegende Industrieökonomik Nachholbedarf bezüglich normativer Fragestellungen aufweist, als auch die dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit zugrundeliegende ordnungsökonomische Theorie einer modernen Fundierung bedarf. Zukünftiger Forschungsbedarf ist somit reichlich gegeben. Als allgemeines Fazit kann mit Blick auf die europäische Wettbewerbspolitik aber festgehalten werden, dass eine weitgehende Aufgabelung der Regelinbindung der Wettbewerbspolitik (und eine übermäßige Hinwendung zu wirkungsbasierter Einzelfallanalyse) gerade auch aus ökonomischer Sicht sehr problematisch wäre.

Literaturverzeichnis

Albers, Michael (2006), Der "more economic approach" bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/albers.pdf>.

- Aigner, Gisela, Oliver Budzinski and Arndt Christiansen (2007), The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after Sony/BMG and Impala?, in: *European Competition Journal*, Vol. 3 (1), pp. 63-88.
- Baker, Jonathan B. (1999), Developments in Antitrust Economics, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13 (1), pp. 181-194.
- Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Tomothy F. (1985), The Gains from Merger or Collusion in Product-Differentiated Industries, in: *Journal of Industrial Economics*, Vol. 33 (4), pp. 427-444.
- Baker, Jonathan B. und Rubinfeld, Daniel L. (1999), Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique, in: *American Law and Economics Review*, Vol. 1(1/2), S. 386-435.
- Baker, Jonathan B. und Shapiro, Carl (2007), Reinventing Horizontal Merger Enforcement, Discussion Paper, Berkeley.
- Basedow, Jürgen (2007), Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 57 (7-8), S. 712-715.
- Böge, Ulf (2004), Der “more economic approach” und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 54 (7-8), S. 726-733.
- Brodley, Joseph P. (1995), Post-Chicago Economics and Workable Legal Policy, in: *Antitrust Law Journal*, Vol. 63 (2), pp. 683-695.
- Budzinski, Oliver (2000), Wirtschaftspolitische Implikationen evolutorischer Ordnungsökonomik, Marburg: Metropolis.
- Budzinski, Oliver (2006), An Economic Perspective on the Jurisdictional Reform of the European Merger Control System, in: *European Competition Journal*, Vol. 2 (1), S. 119-140.
- Budzinski, Oliver (2007a), Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung: Werden die nationalen Wettbewerbspolitiken verdrängt?, in: Heine, K./Kerber, W. (Hrsg.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa*, Stuttgart: Lucius & Lucius, S. 131-154.
- Budzinski, Oliver (2007b), Monoculture versus Diversity in Competition Economics, in: *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 31, im Druck.
- Budzinski, Oliver and Christiansen, Arndt (2005), Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process, in: *Journal of Public Policy*, Vol. 25 (3), pp. 313-337.
- Budzinski, Oliver and Christiansen, Arndt (2007), The Oracle/PeopleSoft Case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control, in: *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 34 (2), S. 133-166.
- Budzinski, Oliver and Wacker, Katharina (2007), The Prohibition of the Proposed Springer-ProSieben.Sat.1-Merger: How much Economics in German Merger Control?, in: *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 3 (2), S. 281-306.
- Bundeskartellamt (2004), Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier, Bonn.
- Bundeskartellamt (2007), Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht, Diskussionspapier, Bonn.
- Carlton, Dennis (2007), Does Antitrust Need To Be Modernized?, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21 (3), S. 155-176.

- Christiansen, Arndt (2005), Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 55 (3), S. 285-293.
- Christiansen, Arndt (2006), The More-Economic Approach in EU Merger Control, in: *CESifo Forum*, Vol. 7 (1), pp. 34-39.
- Christiansen, Arndt and Kerber, Wolfgang (2006), Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", in: *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 2 (2), pp. 215-244.
- CLF (2006), The Reform of Article 82, in: *European Competition Journal*, Vol. 2 (1), S. 169-175.
- Crooke, P., L. M. Froeb, S. Tschantz and G. J. Werden (1999), Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria, in: *Review of Industrial Organization*, Vol. 15, S. 205-217.
- Deneckere, Raymond and Davidson, Carl (1985), Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition, in: *Rand Journal of Economics*, Vol. 16 (4), pp. 473-486.
- Díaz, Francisco E. G. (2004), The Reform of European Merger Control, in: *World Competition*, Vol. 27 (2), pp. 177-199.
- EAGCP (2005), An Economic Approach to Art. 82, Report of the Economic Advisory Group for Competition Policy for the European Commission, DG Competition, Brussels http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.
- Ehlermann, Claus-Dieter (2000), The Modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution, in: *Common Market Law Review*, Vol. 37 (3), S. 537-590.
- Eickhof, Norbert (1990), Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, Vol. 35, S. 225-238.
- Eickhof, Norbert und Isele, Kathrin (2005), Do Economists Matter? Eine politökonomische Analyse des Einflusses wettbewerbspolitischer Leitbilder auf die europäische Fusionskontrolle, in: Matthias Göcke / Stefan Kooths (Hrsg.), *Entscheidungsorientierte Volkswirtschaftslehre: Festschrift für Gustav Dieckheuer*, Frankfurt a.M.: Lang, S. 365-396.
- Europäische Kommission (2003), Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, in: *Amtsblatt der Europäischen Union L 1* vom 04.01.2003, S. 1-25.
- Europäische Kommission (2004a), Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: *Amtsblatt der Europäischen Union L 24* vom 29.1.2004, S. 1-22.
- Europäische Kommission (2004b), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: *Amtsblatt der Europäischen Union C 31* vom 5.2.2004, S. 5-18.
- Europäische Kommission (2005), Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty on Exclusionary Abuses, Brüssel.
- Europäische Kommission (2007), Draft Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf.

- Farrell, Joseph (2006), Complexity, Diversity, and Antitrust, in: *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51 (1), pp. 165-173.
- Farrell, Joseph and Shapiro, Carl (1990), Horizontal Mergers – An Equilibrium Analysis, in: *American Economic Review*, Vol. 80 (1), pp. 107-126.
- Farrell, Joseph and Katz, Michael L. (2006), The Economics of Welfare Standards in Antitrust, in: *Competition Policy International*, Vol. 2 (2), S. 3-28.
- Fehr, Ernst and Gächter, Simon (2000), Fairness and Retaliation – The Economics of Reciprocity, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14 (3), pp. 159-181.
- Fox, Eleanor M. (2003), “We Protect Competition, You Protect Competitors”, in: *World Competition*, Vol. 26 (2), pp. 149-165.
- Friederiszick, Hans W., Röller, Lars-Hendrik und Verouden, Vincent (2007), European State Aid Control: An Economic Framework, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, im Druck.
- Hansen, Lars Peter und Heckman, James J. (1996), The Empirical Foundations of Calibration, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 10 (1), S. 87-104.
- Haucap, Justus (2007), The More Economic Approach to State Aid Control. A New Institutional Economics Perspective, in: Schmidtchen, Dieter, Albert, Max und Voigt, Stefan (Hrsg.), *The More Economic Approach to European Competition Law, Conference on New Political Economy 25*, Tübingen: Mohr Siebeck, im Druck.
- Hayek, Friedrich A. von (1945), The Use of Knowledge in Society, in: *American Economic Review*, Vol. 35 (4), S. 519-530.
- Hayek, Friedrich A. von (1968), *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kieler Vorträge, Neue Folge 56, Kiel.
- Hayek, Friedrich A. von (1975), The Pretence of Knowledge, in: *The Swedish Journal of Economics*, Vol. 77 (4), pp. 433-442.
- Heitzer, Bernhard: Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 57(9), S. 854-864.
- Hellwig, Martin (2006), Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Christoph Engel / Wernhard Möschel (eds.), *Recht und spontane Ordnung*, Baden-Baden: Nomos, pp. 231-268.
- Hoppmann, Erich (1967), Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: *ORDO*, Vol. 18, S. 77-94.
- Hoppmann, Erich (1972), *Fusionskontrolle*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hoppmann, Erich (1988), *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Baden-Baden: Nomos.
- Hovenkamp, Herbert (2002), The Reckoning of Post-Chicago Antitrust, in: Antonio Cucinotta / Roberto Pardolesi / Roger Van den Bergh (eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 1-33.
- Kerber, Wolfgang (1997), Wettbewerb als Hypothesentest – Eine evolutorische Konzeption wissenschaftlichen Wettbewerbs, in: Karl von Delhaes / Ulrich Fehl (eds.), *Dimensionen des Wettbewerbs – Seine Rolle in der Entstehung und Ausgestaltung von Wirtschaftsordnungen*, Stuttgart: Lucius & Lucius, pp. 29-78.

- Kerber, Wolfgang (2006), Competition, Knowledge, and Institutions, in: *Journal of Economic Issues*, Vol. XL (2), pp. 1-7.
- Kerber, Wolfgang (2007), Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law, in: Josef Drexl / Laurence Idot / Joel Moneger (Hrsg.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham: Elgar, im Druck.
- Kerber, Wolfgang und Schwalbe, Ulrich (2007), Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Franz Jürgen Säcker / Günther Hirsch / Frank Montag (Hrsg.), *Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Band 1, München: Beck, S. 238-430.
- Levy, David T. and James D. Reitzes (1992), Anticompetitive Effects of Mergers in Markets with Localized Competition, in: *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 8 (2), pp. 427-440.
- Lyons, Bruce R. (2004), Reform of European Merger Policy, in: *Review of International Economics*, Vol. 12 (2), S. 246-261.
- Mantzavinos, Chrysostomos (1994), *Wettbewerbstheorie: Eine kritische Auseinandersetzung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Monopolkommission (1999), *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?*, Sondergutachten 28, Bonn.
- Neven, Damien J. (2006), Competition Economics and Antitrust in Europe, in: *Economic Policy*, Vol. 21 (48), pp. 742-791.
- Nitsche, Rainer und Heidhues, Paul (2007), Comments on State Aid Reform. Some Implications of an Effects-based Approach, in: Schmidtchen, Dieter, Albert, Max und Voigt, Stefan (Hrsg.), *The More Economic Approach to European Competition Law*, Conference on New Political Economy 25, Tübingen: Mohr Siebeck, im Druck.
- Papandropoulos, Penelope (2007), What Can Be Expected from the Commission's Non-horizontal Merger Guidelines?, in: *Concurrences*, Vol. 2007 (1), S. 31-37.
- Röller, Lars-Hendrik (2005a), Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, in: P. Van Bergeijk and E. Kloosterhuis (eds.), *Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies*, Cheltenham: Elgar, S. 11-24.
- Röller, Lars-Hendrik (2005b), Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Baden-Baden: Nomos, S. 37-46.
- Röller, Lars-Hendrik and De La Mano, Miguel (2006), The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control, in: *European Competition Journal*, Vol. 2 (1), pp. 9-28.
- Röller, Lars-Hendrik und Stehmann, Oliver (2006), The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach, in: *Review of Industrial Organization*, Vol. 29, S. 281-304.
- Salop, Steven C. (2007), The Controversy over the Proper Antitrust Standard for Anticompetitive Exclusionary Conduct, in: Barry E. Hawk (Hrsg.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Vol. 33, New York: Juris, S. 477-508.
- Schmidt, André (2007a), Per se Rule, Rule of Reason und der „More Economic Approach“, erscheint in: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*

- Schmidt, André (2007b), Ordnungswirtschaftliche Wettbewerbskonzepte, in Vanberg, V. (Hrsg.), Beiträge zum 3. Freiburger Symposium zur Ordnungswirtschaft.
- Schmidt, André und Voigt, Stefan (2006), Der „More Economic Approach“ in der Missbrauchsaufsicht: einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 56 (11), S. 1097-1106.
- Schmidt, André und Voigt, Stefan (2007), Bessere Wettbewerbspolitik durch den „more economic approach“? Einige Fragezeichen nach den ersten Erfahrungen, erscheint in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*.
- Schmidt, Ingo (2006), More economic approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt?, in: Brinker, I./ Bechtold, R. (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold*, München: Beck, S. 409-418.
- Schmidtchen, Dieter (2006), Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, CSLE Discussion Paper 2006-04, Saarbrücken.
- Schmidtchen, Dieter, Albert, Max und Voigt, Stefan (2007, Hrsg.), *The More Economic Approach to European Competition Law, Conference on New Political Economy 25*, Tübingen: Mohr Siebeck, im Druck.
- Schwalbe, Ulrich (2005), Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle: Ökonomische Aspekte, in: *Peter Oberender* (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 63-94.
- Schwalbe, Ulrich (2006), Nichtkoordinierte Effekte horizontaler Zusammenschlüsse – Wirtschaftstheoretische Grundlagen und Prognose durch Simulationsmodelle, in: Brinker, I./ Bechtold, R. (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold*, München: Beck, S. 465-481.
- Spector, David (2006), From Harm to Competitors to Harm to Competition, in: *European Competition Journal*, Vol. 2 (0), S. 145-162.
- Sullivan, Lawrence A. (1995), Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World, in: *Antitrust Law Journal*, Vol. 63 (2), pp. 669-681.
- Tollison, Robert D. (1985), Public Choice and Antitrust, in: *The Cato Journal*, Vol. 4 (3), pp. 905-916.
- Vanberg, Viktor (1999), Markets and Regulation: On the Contrast Between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 10 (3), pp. 219-243.
- Voigt, Stefan und André Schmidt (2004), The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?, in: *Common Market Law Review*, Vol. 41 (6), S. 1583-1594.
- Weiskopf, David A. (2003), Merger Simulation, in: *Antitrust*, Vol. 17 (2), pp. 57-60.
- Wegner, Gerhard (1996), *Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung*, Baden-Baden: Nomos.
- Werden, Gregory J. (2005), Merger Simulation: Potentials and Pitfalls, in: Peter A.G. van Bergeijk / Erik Kloosterhuis (Hrsg.), *Modelling European Mergers. Theory, Competition Policy and Case Studies*, Cheltenham: Edward Elgar, S. 37-52.

- Werden, Gregory J. (2006), Competition Policy on Exclusionary Conduct: Towards an Effects-Based Analysis?, in: *European Competition Journal*, Vol. 2 (0), S. 53-67.
- Werden, Gregory J. and Froeb, Luke M. (1994), The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy, in: *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 10, pp. 408-426.
- Zimmer, Daniel (2006), Vorzüge und Leistungsgrenzen quantitative-ökonomischer Analysen in Fusionskontrollverfahren: das Beispiel Oracle/PeopleSoft, in: Brinker, I./ Bechtold, R. (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechthold*, München: Beck, S. 677-695.
- Zimmer, Daniel (2007), Wettbewerbspolitik am Scheideweg, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.08.2007, S. 11.