

**Betr.: more economic approach**

Die Europäische Kommission will im Rahmen einer stärker wirtschaftstheoretisch fundierten Politik (more economic approach) in jedem Einzelfall (Art. 81 und 82 EGV sowie FKVO) eine Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Effizienz vornehmen, womit ein **genereller Zielkonflikt** zwischen Wettbewerb (definiert und gemessen durch Struktur und Verhalten) und Effizienz (als performance-Merkmal) unterstellt wird. Durch diese verstärkte ökonomische Absicherung kartellrechtlicher Entscheidungen sollen die Interessen der Verbraucher besser berücksichtigt und geschützt werden.

**1. Dynamische versus statische Effizienz**

Die EK geht zwar - insofern in Einklang mit der h. M. in der Wettbewerbstheorie - in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse von einem dynamischen Wettbewerbsbegriff aus, jedoch ist der Effizienzvergleich zwischen zwei Zeitpunkten (vor und nach der Fusion oder der Kartellbildung) **komparativ-statischer Natur**. Damit wird von der dynamischen Effizienz i. S. von Produkt- und Prozeßinnovationen abstrahiert. Der methodische Ansatz ist insofern widersprüchlich.

Bei dem unterstellten trade-off zwischen produktiver Effizienz und allokativer Ineffizienz (vgl. das Modell von Oliver Williamson) wird die dynamische Effizienz in Gestalt von Produkt- und Prozeßinnovationen ausgeklammert. Da jedoch dynamische Effizienz als unverzichtbar für eine moderne Wirtschaft angesehen wird, ist ein komparativ-statischer Ansatz, der eben von diesem Aspekt abstrahiert, wettbewerbspolitisch ungeeignet.

Angesichts des Fehlens einer dynamischen Theorie läßt sich dynamische Effizienz nur durch die Anwendung der **strukturellen Methode**, d. h. Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbsdruckes, im Rahmen eines ergebnisoffenen Prozesses sichern. Dabei handelt es sich um eine pattern prediction i. S. von v. Hayek, da wir nicht genau messen können, wie gut oder schlecht die performance auf einem Markt ist.

**2. Die mangelnde Eignung von performance-Normen für die Wettbewerbspolitik**

In der Wettbewerbstheorie besteht insofern weitgehend Einigkeit, als eine möglichst eingehende Analyse von Marktstruktur und Marktverhalten notwendig und wünschenswert ist, dagegen performance-Kriterien mangels Operationalität nicht für den Wettbewerbsschutz im gerichtlichen Verfahren geeignet sind.

Die schlechten Erfahrungen mit der **Preismißbrauchsaufsicht** über die Öl- und Pharmaindustrie nach § 19 GWB haben gezeigt, dass den begrenzten ökonomischen Erkenntnismöglichkeiten im gerichtlichen Beschwerdeverfahren strenge Beweisanforderungen gegenüberstehen. Die von der Rechtsprechung geforderte Wahrscheinlichkeit eines Mißbrauches ist jedoch von der ökonomischen Theorie derzeit nicht zu erbringen. Daran scheitert eine wirksame performance-Kontrolle. Die Erfahrungen mit der **ex ante-Regulierung** bestimmter Branchen, die zwangsläufig eine performance-Kontrolle ist, sind ein weiterer Beleg für die mangelnde Eignung von performance-Normen für Zwecke der Wettbewerbspolitik.

Der von der EK benutzte wohlfahrtökonomische Ansatz im Einzelfall baut auf den Thesen der Chicago School of Antitrust Analysis auf, die in den 70er Jahren entwickelt worden sind. Danach ist einziges Ziel der Wettbewerbspolitik die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt. Dieses Paradigma steht in grundsätzlichem Widerspruch zur Harvard School, wonach es Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist, kompetitive Marktstrukturen aufrechtzuerhalten und zu sichern, da dadurch zumindest im Regelfall die ökonomische performance (=Wohlfahrt) verbessert wird.

### **3. Cui bono more economic approach?**

Der more economic approach nützt unmittelbar großen Anwaltskanzleien, Wirtschaftsberatungsunternehmen und den von ihnen beauftragten Gutachtern sowie großen Unternehmen, die sich mit Hilfe ihrer Rechtsabteilung und Gutachtern der Anwendung des Kartellgesetzes entziehen können. Leidtragende sind kleine und mittlere Unternehmen, die nicht über die notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen verfügen, sowie das Schutzobjekt Wettbewerb, was zu Lasten der Verbraucher geht. Der beste Verbraucherschutz ist und bleibt jedoch die Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs. Der viel beschworenen Konsumentenwohlfahrt wird damit am besten Genüge getan.

### **4. Die Grenzen der Einzelfallgerechtigkeit**

Größere Einzelfallgerechtigkeit i. S. des more economic approach ist zwar ein wünschenswertes Ziel, jedoch aufgrund einer **unzureichenden theoretischen Basis** (Fehlen einer exakten Theorie, die dynamische performance-Größen erklären kann), fehlender Daten und mangelnder Operationalität bzw. Justitiabilität der ökonomischen Kriterien im kartellrechtlichen Verfahren nicht erreichbar. In anderen Politikbereichen (z. B. Hartz IV) stellen sich die gleichen Probleme.

Selbst Professor Richard Posner, der führende Repräsentant der Chicago School, welcher jahrzehntlang in Wort und Schrift die Konsumentenwohlfahrt im Einzelfall als alleiniges Ziel der Antitrustpolitik propagiert hat, ist in der 2. Auflage seines Buches Antitrust Law zu dieser Einsicht gekommen, wenn er in 2001 sagt, dass

"(e)fficiency is the **ultimate goal** of antitrust, but **competition a mediate goal** that will often be close enough to the ultimate goal to allow to look no further" (S. 29).

## 5. Fazit der Überlegungen

Die aufgezeigten ökonomisch-theoretischen und juristischen Bedenken sprechen gegen eine Verbesserung der Entscheidungsqualität und die Vermeidung von Fehlentscheidungen. Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass aufgrund des verfehlten ökonomisch-statischen Ansatzes und der mangelnden Justitiabilität von performance-Normen die Anwendung der FKVO erschwert und damit der Wettbewerbsschutz leiden wird.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. die **Kritik am more economic approach** von Böge, Ulf, Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW 54 (2004), S. 726 ff., und in: Monopolkommission, Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik - Colloquium anlässlich des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 5. November 2004 in der Humboldt Universität zu Berlin, Baden-Baden 2005, S. 92, wo folgende gravierende "Nebenfolgen" genannt werden:

- "umfangreichere **Datenerhebungen** und dadurch steigende Belastung von Parteien, Wettbewerbern, Kunden, Lieferanten und Wettbewerbsbehörden,
- Gefährdung kurzer **Bearbeitungsfristen**,
- **Gutachterschlachten**,
- mittelbare **Schwächung des Wettbewerbsschutzes**, wenn die neuen ökonomischen Instrumente eine praktische Durchsetzung der Wettbewerbspolitik erschweren etc." (Hervorhebung durch Verf.).

Vgl. auch Ewald, Christian, Paradigmenwechsel bei der Abgrenzung relevanter Märkte?, in: ZWeR 2 (2004), S. 512 ff., der einen more economic approach i. S. von "umfassenden empirisch-quantitativen Testverfahren" bei der Marktabgrenzung ablehnt; Christiansen, Arndt, Die "Ökonomisierung" der EG-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in WuW 55 (2005), S. 285 ff.; Behrens, Peter, Ökonomische Effizienz im Kontext des Wettbewerbsrechts der EG, in: Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform, hrsg. von Behrens, Braun und Nowak, Baden-Baden 2006, S. 13 ff.; Immenga, Ulrich, Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: ZWeR 4 (2006), S. 346 ff.; Schmidt, Ingo, More economic approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt?, in: Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, hrsg. von Brinker, Ingo, Dieter H. Scheuing und Kurt Stockmann, München 2006, S.409 ff.; ders., The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v. Static Efficiency, in: European Competition Law Review 2007, S. 408 ff. ; ders., More economic Approach: Der performance-Test als "invitation to nonenforcement", in: Quo vadis Wirtschaftspolitik? Festschrift für Norbert Eickhof, hrsg. von Grusevaja, Marina, Christoph Wonke, Ulrike Hösel und Malcolm H. Dunn, Frankfurt am Main et al. 2008, S. 65 ff., sowie Zäch, Roger, und Adrian Künzler, Traditionelle europäische Wettbewerbspolitik versus "more economic approach", in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, S. 285 ff.

**Pro more economic approach** dagegen Röller, Lars-Hendrick, in: Monopolkommission, op. cit., S. 37 ff., und Schmidtchen, Dieter, Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, in: WuW 56 (2006), S. 6 ff.

Als **Sammelband** mit verschiedenen - unterschiedliche Positionen vertretenden - Beiträgen, The More Economic Approach to European Competition Law, hrsg. von Schmidtchen, Dieter, Max Albert und Stefan Voigt, Tübingen 2007.