

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 306

Effizienz und Wettbewerb

Von

Ulf Böge, Dirk H. Ehlers, Walter Maschke, Frank Montag,
Klaus Rauscher, Dieter Schmidtchen, Ulrich Schwalbe,
Andreas Strohm, C. Christian von Weizsäcker

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 306

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 306

Effizienz und Wettbewerb



Duncker & Humblot · Berlin

Effizienz und Wettbewerb

Von

Ulf Böge, Dirk H. Ehlers, Walter Maschke, Frank Montag,
Klaus Rauscher, Dieter Schmidtchen, Ulrich Schwalbe,
Andreas Strohm, C. Christian von Weizsäcker

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0505-2777

ISBN 3-428-11735-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Neuere Entwicklungen insbesondere in der Europäischen Wettbewerbspolitik haben die Forderung nach einer Berücksichtigung von Effizienzüberlegungen wieder verstärkt in den Vordergrund treten lassen. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit ökonomische Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik dienen und wie dieses Bestreben gegebenenfalls praktisch umgesetzt werden kann. Zahlreiche Probleme sind dabei offen, beispielsweise, was Effizienz im konkreten Fall heißt oder welche Formen von Effizienz von der Wettbewerbspolitik zu berücksichtigen sind. Die *Arbeitsgruppe Wettbewerb im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Vereins für Socialpolitik* hat sich angesichts dieser Entwicklung entschlossen, im Rahmen ihrer Jahrestagung 2004 in Münster das Grundsatzthema „Effizienz und Wettbewerb“ aufzugreifen. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung der Thematik war es erforderlich, stärker als sonst im Rahmen der Arbeitsgruppe Wettbewerb üblich, theoretische Vorträge in die Tagung einzubinden. Daneben kamen aber auch Praktiker aus Kartellbehörden, der juristischen Praxis und aus Unternehmen zu Wort. Die Ergebnisse ihrer Ausführungen sind in diesem Tagungsband enthalten.

Drei theoretisch orientierte Aufsätze bilden den Einstieg. In seinem Überblicksreferat entwickelt Prof. Dr. *Dieter Schmidtchen* (Universität des Saarlands) einen „more economic approach“ für die Wettbewerbspolitik, der explizit auf Effizienzüberlegungen gründet.

Mit der Frage, was Marktzutrittsschranken sind, setzt sich Prof. Dr. *C. Christian von Weizsäcker* (Universität zu Köln) auseinander. Er greift dabei eine auf dem Effizienzbegriff beruhende Definition von Marktzutrittsschranken wieder auf und stellt die Beziehung zu unterschiedlichen Wettbewerbsleitbildern her.

In welcher Weise Effizienzgewinne im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichtigt werden sollten, erörtert Prof. Dr. *Ulrich Schwalbe* (Universität Hohenheim). In dem Aufsatz werden verschiedene Möglichkeiten der Entstehung von Effizienzgewinnen diskutiert und untersucht, welche Arten von Effizienzgewinnen die in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Beurteilung horizontaler Fusionen geforderten Bedingungen erfüllen.

Die rechtliche Seite dieser Thematik erläutert Rechtsanwalt Dr. *Frank Montag LL.M.*, (Freshfields Bruckhaus Deringer, Brüssel), und greift dabei zahlreiche aktuelle Fälle auf.

Eine kritische Auseinandersetzung mit der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle liefert Dr. *Andreas Strohm* (Generaldirektion Wett-

bewerb der Europäischen Kommission, Brüssel). Er setzt sich insbesondere mit gegenüber dieser Vorgehensweise geäußerten Bedenken auseinander.

Die Position des Bundeskartellamtes zum Verhältnis von Effizienz und Wettbewerb erläutert Dr. *Ulf Böge*, Präsident dieser Behörde.

Wettbewerbspolitische Fragen auf dem Weg vom Staatsunternehmen zum Global Player diskutiert *Walter Maschke* (Direktor für das Regulierungsmanagement im Konzern Deutsche Post World Net, Bonn). Themenschwerpunkt sind die Interdependenzen zwischen Regulierung und Liberalisierung.

Die Bedeutung von Effizienzgesichtspunkten für unternehmerisches Handeln stellt Dr. *Klaus Rauscher* (Vorstandsvorsitzender der Vattenfall Europe AG, Berlin) dar.

Ebenfalls die praktisch unternehmerische Sichtweise bringt Dr. *Dirk H. Ehlers* (Chief Financial Officer der Evotec OAI AG, Hamburg) ein. Er setzt sich am Beispiel seines Unternehmens mit der Bedeutung von Effizienzgesichtspunkten für die globale Wettbewerbsfähigkeit auseinander.

In seinem Abschlußreferat stellt Prof. Dr. *Dieter Schmidtchen* die neue, an Effizienz orientierte Wettbewerbspolitik auf den Prüfstand und setzt sich mit Kritikpunkten auseinander, die unter anderem im Rahmen der Tagung der Arbeitsgruppe Wettbewerb vorgebracht wurden.

Der Herausgeber dankt den Referenten und seinen Kollegen für ihre Teilnahme sowie ihre Diskussionsbeiträge. Seinem Mitarbeiter, Herrn Diplom-Volkswirt *Jochen Fleischmann*, dankt er für die Unterstützung bei der Vorbereitung und der Durchführung der Tagung sowie bei der Herausgabe des Tagungsbandes. Frau *Verena Fassold* und Frau cand. rer. pol. *Sylvie Wehner* gebührt Dank und Lob für die Überführung der Referate in die Schriftform. Schließlich gilt der Dank des Herausgebers auch Frau Kollegin *Theresia Theurl* sowie Herrn Kollegen *Karl-Hans Hartwig*, Universität Münster, sowie deren Mitarbeitern für die vorbildliche örtliche Organisation der Tagung und die Gastfreundschaft an der Universität Münster.

Bayreuth, im September 2004

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Peter Oberender*

Inhalt

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“ Von <i>Dieter Schmidchen</i> , Saarbrücken	9
Marktzutrittsschranken Von <i>C. Christian von Weizsäcker</i> , Bonn	43
Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte Von <i>Ulrich Schwalbe</i> , Stuttgart	63
Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis am Beispiel der europäischen Fusionskontrolle Von <i>Frank Montag</i> , Brüssel	95
„Effizienzgesichtspunkte“ und Europäische Wettbewerbspolitik Von <i>Andreas Strohm</i> , Brüssel	113
Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts Von <i>Ulf Böge</i> , Bonn	131
Wettbewerbspolitische Fragen auf dem Weg vom Staatsunternehmen zum Global Player Von <i>Walter Maschke</i> , Bonn	145
Effizienz im unternehmerischen Handeln am Beispiel von Vattenfall Von <i>Klaus Rauscher</i> , Berlin	161
Globale Wettbewerbsfähigkeit am Beispiel der Evotec OAI AG Von <i>Dirk H. Ehlers</i> , Hamburg	167
Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand Von <i>Dieter Schmidchen</i> , Saarbrücken	173

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

Von *Dieter Schmidchen*, Saarbrücken

„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)

A. 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

* Ich danke den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Wettbewerb sowie PD Dr. Roland Kirstein und Dipl.-Kauffrau Birgit Will für wertvolle Hinweise.

and the draft texts in the field of horizontals, which mark a new departure based on a more economic approach“ (*Monti 2000*).

In dem ständigen Rekurrieren 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 strukturorientierten 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, lieb-

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).

gewonnene Denkmuster in Frage zu stellen. Vor allem aber sollten neuere Entwicklungen in der Ökonomie, etwa im 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 *Semeraro* 2003; *Fox* 1987), 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 in der Wettbewerbsanalyse 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 integrativen 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.

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

Bei allen Effizienzreden ist aber eine wichtige Restriktion zu beachten: Der Effizienzvorwand 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, eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz zu verringern, oder daß eine allokativen 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 allokativen 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.

Das Umschalten der Wettbewerbspolitik vom strukturorientierten Ansatz eines Schutzes „des“ Wettbewerbs (Zentralbegriff: „marktbeherrschende 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

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?

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 allokativen oder produktiven 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

B. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung

I. Konzeptionelle Anforderungen

Ein Wettbewerbsmodell, das praktisch verwertbare Ergebnisse liefern soll, muß mehreren Kriterien genügen: Es muß das reale Phänomen adäquat theoretisch abbilden, es muß operationale 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 Parallelen- und Austauschprozeß. Die Lehrbücher der Managerial Economics 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

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.

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

II. 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 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* und *Ostroy* (2001) entwickelten Wettbewerbskonzeptes dargestellt, das allen oben formulierten An-

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 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.

forderungen 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 Marktnehmer. 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).

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“ (*Makowsky / 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* und *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

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 Grenz-

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

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

produkt 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: $g'(N) * N = g(N)$ (siehe *Makowski/Ostroy* 2001: 509).

¹⁰ Man betrachte ein bilaterales Monopol mit einem Anbieter, dessen Reservationspreis C beträgt, und einem Nachfrager, dessen Reservationspreis V beträgt, mit $V > C$. Die Kooperationsrente beträgt $(V - C) > 0$. Da jeder 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: $\sum MP_i = 2 * g > g$ (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.

und negative externe Effekte, öffentliche Güter, asymmetrische Information und Innovationen (siehe auch *Makowski/Ostroy* 2001: 514; für Innovationen besonders 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 experimentell dargestellt werden (siehe *Schmidtchen/Kirstein* 2003; *Kirstein/Schmidtchen* 2002).¹⁴

III. Wettbewerbsbeschränkung

Im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs bietet sich eine natürliche Definition des Begriffs Wettbewerbsbeschränkung an: Wettbewerbsbeschränkungen sind solche Maßnahmen oder Zustände, die dazu führen, daß die Wertschöpfung kleiner ist als sie sein könnte (ineffizientes Marktgleichgewicht). Mögliche Ursachen sind: klassische Monopolstellungen, Drohungen, nacktes Preiskartell, Markteintrittsbarrieren, vertikale Restriktionen, asymmetrische Information, 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

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).

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).

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“ (von Weizsäcker 1980: 13). 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 allokativen, produktionstechnische oder innovative Effizienz. 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:

„Die moderne, von Karl Popper geprägte Wissenschaftslehre sagt uns, dass Definitionen reine Zweckmäßigkeitfragen sind. [...] Aber Zweckmäßigkeitfragen 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“ (von Weizsäcker 2004: 44). Was Weizsäcker hier für den Begriff Marktzutrittsschranke feststellt, gilt generell für den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung.

C. 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.¹⁵

¹⁵ Die Beschreibung beider Aufgaben sieht in Monti 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).

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.

I. Marktversagen und die allgemeine Theorie des „second-best“

Der erste Hauptsatz der Wohlfahrtsökonomik besagt, daß Wettbewerbsgleichgewichte Pareto-effizient sind, d. h.: es ist nicht möglich, durch eine Änderung der Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen irgend jemand besser zu stellen, ohne zugleich jemand anders 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.¹⁶ 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:

¹⁶ 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.

„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 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.¹⁷ 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

¹⁷ 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).

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.).¹⁸ Die benötigten Informationen sind zu beschaffen, und die ökonomischen Instrumente können in verlässlicher Weise für „intra-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.¹⁹ 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 lawyers label ‚de minimis‘“ (*Williamson* 1979: 987).²⁰ 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).

II. 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

¹⁸ 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).

¹⁹ „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).

²⁰ Williamson unterstellt hier implizit, daß der Partialmarkt so abgegrenzt wird, daß er dem relevanten Markt entspricht.

welfare“) zum Ziel erhoben.²¹ 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.

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 allokativer Effizienz (im Sinne einer zweitbesten Lösung) herstellen (bzw. allokativer Ineffizienz vermeiden) kann, wenn einige Bedingungen für eine erstbeste Lösung nicht erfüllt werden können. Es geht dabei immer um Abwägungen: Allokativer 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) allokativer „trade-offs“ als „second-best“ Problem auffassen, sondern wegen ihrer analytischen Isomorphie auch die Entscheidung von „trade-offs“ zwischen allokativer 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 allokativer Ineffizienz zu haben (siehe *Williamson* 1968).²²

²¹ Die Verbesserung der „aggregate welfare“ ist nach Ansicht von *Gifford* und *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* und *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).

²² Die Argumentationslinie entspricht der des „intra-market second-best tradeoff“: „Intra-market 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 produc-

Man betrachte die folgende Abbildung (siehe *Williamson 1968*).

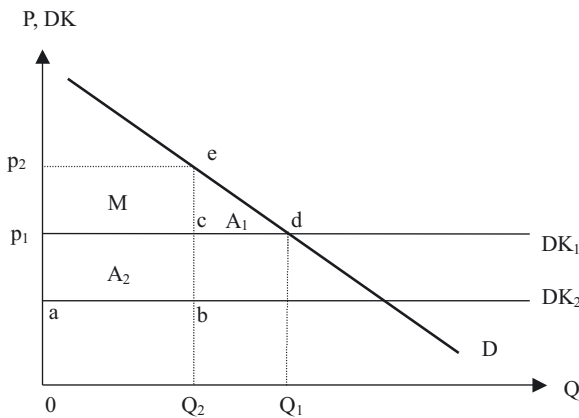


Abbildung 1: Williamson-Trade-off

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 erzielten 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 anti-wettbewerblich wäre, ist gleichwohl gesellschaftlich wünschenswert, weil es den sozialen Überschuß vergrößert.²³

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.

tive efficiency defense, and both fit comfortably within a total welfare orientation“ (*Hammer 2001: 879*).

²³ 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 WuW, 2/2004a: 147*). Die Antwort lautet ja, wenn die Kostensenkung hinreichend groß und technologisch bedingt ist, d. h. durch Ressourceneinsparungen zustande kommt.

Um einen Anreiz zu schaffen, den Mehrwert $A_2 - A_1 > 0$ zu erzeugen, hätte auch ein kleinerer Gewinn als π ausgereicht, 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 Marktzutrittschranken 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 Marktzutrittschranken betrachtet, wohl aber diese Möglichkeit für Fusionskontrollen einräumt (siehe ebenda), im Einklang mit dem hier vertretenen „second-best“ Denken steht.

D. 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.

I. 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.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ Damit würde die zusätzliche Wertschöpfung nur bei außerordentlich hohen Kostensenkungen 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).

²⁴ Im Juli 2001 erklärte Mario Monti „the goal of competition policy in all its aspects, is to protect consumer welfare“ (*Monti* 2001).

²⁵ Die Produzentenrente fließt letztlich den Konsumenten zu, – wenn auch nicht immer denen, die an ihrer Entstehung als Nachfrager beteiligt waren.

²⁶ 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 Preishöhenmißbrauch diskutiert worden. Zu einer property-rights theoretischen Analyse siehe *Schmidtchen* 1983: 32 ff.; *Schmidtchen* 1982: 11 ff.

Man könnte einwenden, daß die Vergrößerung des sozialen Überschusses (oder die Verhinderung einer Schrumpfung) schon 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 problematisch ist (siehe auch *von 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 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.²⁷ 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. Wie sieht im Beispiel von Raucher und Nichtraucher die Gleichheit von Handlungs- und Abwehrrecht 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 zuzuordnen, daß der unumgängliche Wertverlust minimiert wird.²⁸ Ich stelle die

²⁷ 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 *von Weizsäcker* 2004; *Schmidtchen* 1987.

²⁸ 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 Zah-

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.

II. 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 (§ 36 GWB): Was heißt „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ zu sein oder eine im Vergleich zu Wettbewerbern „überragende 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.²⁹ Auf der anderen Seite stellt die Ökonomie mit den Konzepten des sozialen Überschusses, der Produzenten- und Konsumenten-

lungsbereitschaften der Individuen die Allokation in Richtung Maximierung der Wertschöpfung („wealth maximization“) steuern.

²⁹ Auch ist er in mancher Hinsicht konzeptionell defizitär (siehe dazu *Schmidchen* 1994). Bei Kartellen liegen die Dinge etwas anders.

tenrente, 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 Performance-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.

E. 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). 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.³⁰

- (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:

- (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 überzeugend 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.³¹

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

³⁰ Dieser Prüfkatalog orientiert sich an *Hammer* 2001: 851. Dieser fokussiert allerdings nur allokativen Ineffizienz, während hier auch die Beseitigung produktiver und innovativer Ineffizienz als Effizienzzeitsreife zugelassen wird. Auch erscheinen die von Hammer benutzten Begriffe statische und dynamische Effizienz in diesem Kontext nicht besonders glücklich.

³¹ Art. 81 (3) EG-Vertrag enthält ähnliche Kriterien für eine Ausnahme vom Kartellverbot. Allerdings wird dort verlangt, daß Effizienzvorteile an die Konsumenten weitergegeben werden.

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 Schadensersatz (Bußgeld) verlangt oder 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 (siehe auch *Schmidtchen* 2004c).

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.

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.³² 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.

F. „Post-Chicago“ Wettbewerbspolitik

Die Ansichten der Ökonomen über die Notwendigkeit und die Ziele der Wettbewerbspolitik unterlagen einem historischen Wandel. Grob gesprochen lassen

³² 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?

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 Marktmachtphobie 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 Wohlfahrt.³³ Heute befinden wir uns in Phase 4, 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 Funktionalisieren 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 built 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 Aneignenbarkeit von Beiträgen zur gesellschaftlichen Wertschöpfung im Sinne der Theorie dynamischen perfekten und imperfekten Wettbewerbs erfordert.

³³ 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).

(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 Wahrscheinlichkeit den Fehler erster und zweiter Ordnung.³⁴ 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

³⁴ 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 der Annahme, daß die Aufsichtsbehörden imperfekte Entscheider sind.

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.³⁵

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?³⁶ 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.

³⁵ „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 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).

³⁶ 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.

(5) „Respektiere Monopolgewinne“³⁷

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.³⁸ Ohne die Erwartung, 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 Netzwerksgütern 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 Netzwerkes 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 von Weizsäcker 2004). Was in Langfristbetrachtung Gewinn darstellt, erscheint in der kurzen Sicht als Rente (siehe dazu bereits Schmidtchen 1985).

³⁷ Siehe hierzu auch Abschnitt 4. Bagatellisierung privater Macht und Übergang zu mehr „Laissez-Faire“, insbesondere „Das Biedermeierweltbild von Wettbewerb“, in Schmidtchen 1988: 124 ff.

³⁸ 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 Monopolpreisl Linie und der Nachfragekurve.

G. 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 bereitgestellt, 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. 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 (zweifelnd *Möschel* 2003). Aber das ist nicht genug. Die Behörden und Gerichte müssen finanziell und personell so ausgestattet werden, daß sie ihrer anspruchsvollen Aufgabe gerecht werden können.

Literatur

- Baker, J.* (2003): The Case for Antitrust, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, No. 4: 27–50.
- Bickenbach, F./Kumkar, L./Soltwedel, R.* (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, D.* (2004a): Reform der europäischen Fusionskontrolle, *WuW*, 2/2004: 138–148.
- Böge, D.* (2000b): Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: *WuW*, 7 u. 8./2004: 726–733.
- Brandenburger, A./Nalebuff, B.* (1996): Coopetition – kooperativ konkurrieren. Mit der Spieltheorie zum Unternehmenserfolg, Frankfurt am Main.
- Brickley, J./Smith, C./Zimmerman, J.* (2001): *Managerial Economics and Organizational Architecture*, sec. ed., Boston et al.

- Coase, R.* (1960): The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 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.
- Crandall, R. / Winston, C.* (2003): Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, *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; download: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>.
- Fox, E.* (1987): The Battle for the Soul of Antitrust, in: *California Law Review* 75: 917 ff.
- Gifford, D. / Kudrle, R.* (2003): European Union Competition Law and Policy: How much Latitude for Convergence with the United States?, *The Antitrust Bulletin*, 727–780.
- Hafner, M.* (2000): *Behördliche Diagnosefehler im Genehmigungsverfahren*, Wiesbaden.
- Hammer, P.* (2001): Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intramarket Second-best Tradeoffs, *Michigan Law Review*, 98: 849–925.
- Hayek, F. A. von* (1969): Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders. (Hrsg.): *Freiburger Studien*, Tübingen: 349–365.
- Heiner, R.* (1983): The Origin of Predictable Behavior, *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“, *ORDO*, Bd. 54: 319–326.
- Ilzkovitz, F. / Meiklejohn, R.* (2001): European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defense?, *European Economy*, Vol. 5: 3–30.
- Kantzenbach, E.* (1967): *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl., Göttingen.
- Kaplow, L. / Shavell, St.* (2002): *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass.
- Kirstein, R.* (1999): *Imperfekte Gerichte und Vertragstreue*, Wiesbaden.
- Kirstein, R. / Schmidtchen, D.* (1997): Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, in: *International Review of Law and Economics*, Vol. 17(4): 509–520.
- Kirstein, R. / Schmidtchen, D.* (2002): Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, *ORDO*, Bd. 53: 227–240.
- Kirstein, R. / Schmidtchen, D.* (2003): Replik auf Ernst Helmstädter, *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..
- Lagerlöf, J./Heidhues, P.* (2004): On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control, Fassung v. 14. Januar, download: <http://www.wz-berlin.de/~heidhues/>.
- Lipsey, R./Lancaster, R.* (1956): The General Theory of Second Best, *Review of Economic Studies*, Vol. 24: 11–32.
- Makowski, L./Ostroy, J.* (2001): Perfect Competition and Creativity of the Market, in: *Journal of Economic Literature*, June, Vol. XXXIX, No. 2: 479–535.
- McDonnell, B./Farber, D.* (2003): Are efficient antitrust rules always optimal?, *The Antitrust Bulletin*: 807–835.
- McKenzie, R.* (2004): Monopoly: A Game Economists Love to Play – Badly!, *Southern Economic Journal*, Vol. 70(4): 715–730.
- Mestmäcker, E.-J.* (1984): Mehrheitsglück und Minderheitenherrschaft, in: ders. (Hrsg.): *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2. Aufl., Baden-Baden: 158 ff.
- 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.
- 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, download: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_009_en.htmls.
- 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, download: <http://www.delcyp.ccc.eu.int/en/news/031029c.htm>.
- Neumann, K. H.* (2004): Konsistente Entgeltregulierung, in: *wik Newsletter 54*, März 2004: 1–3.
- Nitsche, R./Thielert, J.* (2004): Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, in: *WuW*, 3/2004: 250–259.
- Röller, L.-H./Stennek, J./Verhoven, F.* (2001): Efficiency Gains from Mergers, *European Economy* 5: 31–128.
- Ross, Th.* (2004): Viewpoint: Canadian Competition Policy: Progress and Prospects, *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, *ORDO* (39): 111–135.
- Schmidtchen, D.* (1989): Evolutorische Ordnungstheorie oder: Die Transaktionskosten und das Unternehmertum, *ORDO*, Bd. 40: 161–182.
- Schmidtchen, D.* (1991): The Goals of Antitrust Revisited. Comment, *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 (Coopetition): 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./Hüttenhoff, H./Koriath, H. (Hrsg.): Gerechtigkeit – eine Illusion?, Münster: 43–71.
- Schmidtchen, D.* (2004c): Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in diesem Band.
- Schmidtchen, D./Kirstein, R.* (2003): Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, *ORDO*, Bd. 54: 75–92.
- Schumpeter, J. A.* (1942): *Capitalism, socialism and democracy*, New York.
- 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, *American Economic Review*, Vol. 98: 465–508.
- Steiner, H.* (1977): The Structure of a Set of Compossible Rights, *Journal of Philosophy*, Vol. 74: 767–775.
- Sullivan, L.* (1975): Book Review, *Columbia Law Review*, Vol. 75: 1214–1220.
- Weizsäcker, C. C. von* (1980): *Barriers to Entry. A Theoretical Treatment*, Berlin u. a.
- Weizsäcker, C. C. von* (2003): Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie. Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften, *ORDO*, Bd. 54: 335–339.
- Weizsäcker, C. C. von* (2004): Markttrittsschranken, 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.
- Williamson, O.* (1993): Opportunism and its Critics, in: *Managerial and Decision Economics* 14: 97–107.

Marktzutrittsschranken

Von C. Christian von Weizsäcker, Bonn¹

A. Einleitung

Die diesjährige Tagung steht unter dem Generalthema „Effizienz“. Das Thema ist einerseits aktuell veranlasst durch die jüngsten Reformen insbesondere im Europäischen Wettbewerbsrecht; es ist aber auch verursacht durch die Entscheidung der Arbeitsgruppe, sich vermehrt den Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik zu widmen. Und bei diesen Grundsatzfragen gibt es eine Dauer-Frage: Was ist Wettbewerb? Ein Teil dieser Dauer-Frage ist diese Frage: Was sind Marktzutrittsschranken? Ich habe ihr vor bald einem Vierteljahrhundert ein ganzes Buch gewidmet.² Meine damalige Antwort passt in das Generalthema dieser Tagung: Eine Marktzutrittsschranke liegt vor, wenn der Markteintritt Kosten hervorruft, die eine gesamtwirtschaftliche Ineffizienz der Ressourcenallokation hervorruft. Ich habe deshalb angeboten, im Rahmen des Generalthemas „Effizienz und Wettbewerb“ ein Referat über Marktzutrittsschranken zu halten.

Mein damaliger Vorschlag zur Definition von Marktzutrittsschranken hat sich nicht durchgesetzt. Ich werde auf diesem Vorschlag auch nicht beharren. In dem sehr einflussreichen „Handbook of Industrial Organization“, das vor 15 Jahren erschienen ist, hat der Verfasser des Artikels „Mobility Barriers and the Value of Incumbency“ sich mit meinem Definitionsvorschlag auseinandergesetzt³, dann aber als eigenen Definitionsvorschlag formuliert: „a barrier to entry is a rent that is derived from incumbency“. Weitere Definitionsvorschläge sind gemacht worden.⁴ In diesem Vortrag setze ich mich nicht im Detail mit den verschiedenen Definitionsvorschlägen auseinander. Das Ziel des Vortrags ist ein anderes.

¹ Ich danke Dieter Schmidtchen für wertvolle Hinweise und Anregungen.

² C. Christian von Weizsäcker, *Barriers to Entry*, Heidelberg/New York 1980, sowie C. Christian von Weizsäcker, *A Welfare Analysis of Barriers to Entry*, *Bell Journal of Economics*, 1980, S. 399–420.

³ Richard Gilbert, *Mobility Barriers and the Value of Incumbency*, in: Richard Schmalensee und Robert Willig, (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam etc., 1989, Volume I, S. 475–535.

⁴ Vgl. den Übersichtsartikel: Jörg Bormann/Jörg Finsinger/Klaus Zauner, *Eine Markteintrittsbarriere – was ist das?*, in: Hans Nutzinger (Hrsg.), *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft*, Göttingen 2003, S. 123–149.

Die moderne, von Karl Popper geprägte Wissenschaftslehre sagt uns, dass Definitionen reine Zweckmäßigungsfragen sind. Von ihm stammt auch der schöne Ausspruch: „Klar sprechen heisst so sprechen, dass es auf die Worte nicht ankommt“⁵. Aber Zweckmäßigungsfragen 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. Ein Beispiel sei aus der Mathematik, also einem „wertfreien“ Bereich entnommen. Die Definition einer stetigen Funktion ist von den Mathematikern so eingerichtet wie sie eingerichtet ist, weil es für derart definierte Funktionen eine Fülle von mathematischen Sätzen zu beweisen gibt.

Man wird also erwarten können, dass eine zweckmäßige Definition von Marktzutrittschranken 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 Marktzutrittschranke wieder hergestellt.

Im Übrigen aber haben wir es ja mit einer gesetzlich geregelten Materie zu tun. Nach § 19, Abs. 2, Ziffer 2 GWB liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, wenn ein Unternehmen „eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere . . . rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen . . . zu berücksichtigen“. Die Marktzutrittschranken sind also Teil der Legaldefinition einer marktbeherrschenden Stellung.

Das Bundeskartellamt *muss* sich also darüber Gedanken machen, was es als Marktzutrittschranke auffassen will und was nicht. Im Rahmen seiner kartellrechtlichen Exegese dieses Begriffes kommt es gar nicht darum herum, sich implizit oder explizit auf Theorien zu stützen, die das wettbewerbliche Marktgeschehen erklären. Denn eine theoriefreie Kartellrechtspraxis gibt es nicht. Wenn die im Tagesgeschäft erfahrenen Beamten einer Wettbewerbsbehörde meinen sollten, dass sie Sachverhalte nur nach dem *Çommon Sense*“, nur nach dem „gesunden Menschenverstand“ beurteilen, so unterliegen sie einem Irrtum, den John Maynard Keynes in einer unübertroffenen Formulierung auf den Punkt gebracht hat: „the ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist. Madmen in authority, who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler a few years back.“⁶ Es stehen

⁵ Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 2, S. 371 Fn 50.

⁶ John Maynard Keynes, The General Theory of Employment, Interest and Money, London 1936, zitiert nach der Ausgabe von 1957, S. 383. Die Beamten in den Wettbewerbsbehörden sind natürlich keine „madmen in authority“, sondern „practical men“.

somit Theorien hinter der jeweiligen Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde.

Der Begriff der Marktzutrittsschranke steht in einem Zusammenhang mit einer generellen Normvorstellung eines wettbewerblichen Marktes, mit einem *Leitbild* des Wettbewerbs, also mit einer *Theorie* des Wettbewerbs. Idealerweise sieht der Wettbewerb auf einem Markt so aus, dass auch der Marktzutritt leicht möglich ist. Hiervon verspricht man sich, dass zusätzlicher Wettbewerbsdruck auf die im Markt aktiven Anbieter ausgeübt wird. Marktzutrittsschranken sind dann anzusehen als solche Phänomene, die den Wettbewerbsdruck durch Marktzutritt abschwächen oder ganz vereiteln.

Wenn sich das wettbewerbliche Leitbild ändert, dann ändert sich somit in der Regel auch das, was als Marktzutrittsschranke angesehen wird. Bei einem wettbewerblichen Leitbild A mag eine bestimmte Form F des Marktzutritts als wettbewerbsstimulierend angesehen werden. Ein bestimmter Sachverhalt S, der eine Hürde für diese Form des Marktzutritts bedeutet, mag dann als Marktzutrittsschranke angesehen werden. Ändert sich nun das wettbewerbliche Leitbild von A nach B, dann mag dieselbe Form F des Marktzutritts als störend angesehen werden, zum Beispiel, weil der Marktzutritt in der Form F den Marktzutritt in der Form G erschwert und nach dem neuen Leitbild B der Marktzutritt in der Form G als „erwünschter“ angesehen wird. Die Hürde S wird nun ein Hilfsmittel zur besseren Annäherung an das wettbewerbliche Leitbild B – und sie wird füglich auch nicht mehr als Marktzutrittsschranke wahrgenommen.

Wie wir bei den Beispielen unten sehen werden, gibt es häufig unterschiedliche Formen des Marktzutritts und auch des Wettbewerbs. Diese Formen stehen auch in Konkurrenz zueinander. Man ist versucht, zu argumentieren, dass es Sache der Konsumenten ist, zu entscheiden, welche Formen des Wettbewerbs und des Marktzutritts obsiegen werden. Das ist aber zu kurz gedacht. Sicherlich haben die Konsumenten auf die Formen des Wettbewerbs einen großen Einfluss. Aber die Konkurrenz der verschiedenen Wettbewerbsformen wird auch durch den staatlich gesetzten Rahmen beeinflusst. Die staatliche Politik kommt deshalb nicht darum herum, zwischen verschiedenen Formen des Wettbewerbs abzuwägen. Diese Notwendigkeit der Abwägung geht weit über die Wettbewerbspolitik hinaus. Es entsteht damit grundsätzlich ein Abstimmungsproblem zwischen der Wettbewerbspolitik einerseits und anderen staatlichen Politikbereichen andererseits.⁷

⁷ Gäbe es dieses Abstimmungsproblem nicht, dann wäre ja auch einer großen Zahl von Eingriffskompetenzen der Europäischen Kommission in die verschiedensten nationalen Politikbereiche der Boden entzogen, da diese Eingriffe mit dem Argument begründet werden, dass ohne sie der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälscht würde. Wenn etwa das Reinheitsgebot für in Deutschland in den Verkehr gebrachtes Bier von Brüssel und dem Europäischen Gerichtshof „gekippert“ wird, dann ist dies eine implizite staatliche Begünstigung *einer* Form des Wettbewerbs um deutsche Biertrinker, gegenüber einer *anderen* Form, nämlich der, dass sich alle in- und ausländischen Anbieter denselben Spielregeln des Konsumentenschutzes in Deutschland zu unterwerfen haben. Ich meine, die hier aufscheinende

Im Folgenden werde ich diese Gedanken anhand von vier Beispielen konkretisieren.

B. Beispiel 1: Sind Erfinderpateente Marktzutrittsschranken?

Manche von Ihnen werden sich erinnern, dass in den sechziger Jahren von Wolfgang Kartte ein neues Leitbild des Wettbewerbs ausgerufen wurde. Dies fußte auf theoretischen Vorarbeiten insbesondere von Erhard Kantzenbach⁸, der seinerseits auf dem Konzept von John Maurice Clark über „dynamic competition“ aufbaute⁹. Clark wiederum war beeinflusst von Joseph Schumpeters Theorie der Innovation, die dieser 1912 publiziert hatte¹⁰. Mag vorher als meist nur implizites Leitbild die vollkommene Konkurrenz im Vordergrund gestanden haben, so wird von Kantzenbach gerade auch die dynamische, innovationsfördernde Funktion des Wettbewerbs betont, die sich mit dem Leitbild der vollkommenen Konkurrenz nicht verträgt.

Das Kartellrecht hat sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts entfaltet; aber parallel zu ihm ist auch die Bedeutung der Immaterialgüter angestiegen. Hiervon ist das Erfinderpateente eines; daneben gibt es zahlreiche andere. Das Erfinderpateente dient der Stimulierung der Erfindungs- und damit der Innovationstätigkeit. Es bedient sich hierfür des Mittels eines exklusiven Nutzungsrechts der Erfindung durch den Erfinder oder seinen Arbeitgeber.

Das Leitbild der vollkommenen Konkurrenz führt dazu, dass man Erfinderpateente als Marktzutrittsschranken auffassen muss. Denn sie stören den Preiswettbewerb im Markt, indem sie alle bis auf einen daran hindern, bestimmtes vorhandenes Wissen zur Produktion von Gütern zu nutzen. Dieser Eine hat dann ein Monopol und wird sein Produkt zu einem Preis verkaufen können, der wesentlich über dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegt. Die potentiellen Konkurrenten des Monopolisten werden durch das Pateente am Marktzutritt gehindert. Und so ergibt sich eine zu geringe Menge an Produktionsaktivität in diesem Markt, die von dem Monopolisten klein gehalten wird, um den Preis hoch zu halten.

Gehen wir zum Leitbild des dynamischen Wettbewerbs über, dann sieht die Sache etwas anders aus. Nach diesem Leitbild ist es Funktion des Wettbewerbs

Notwendigkeit einer weitergehenden Begriffsarbeit des Verhältnisses von Wettbewerbspolitik und übriger staatlicher Politik hat höchste europapolitische Relevanz. Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen ganz bestimmten – in Brüssel vorherrschenden – Leitbildern des Wettbewerbs und dem praktisch schon säkularen Prozess der Kompetenzverlagerung von der nationalen auf die europäische Ebene.

⁸ *Erhard Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1967.

⁹ *John Maurice Clark*, *Competition as a Dynamic Process*, Washington D.C., 1961.

¹⁰ *Joseph A. Schumpeter*; *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Eine Untersuchung über Unternehmerrgewinne, Kapital, Kredit, Zins und die Konjunkturzyklen*, Leipzig 1912.

nicht nur, für eine gute Allokation der vorhandenen Ressourcen bei vorhandenem Wissen zu sorgen, was die vollkommene Konkurrenz zu leisten vermag, sondern es gehört jetzt auch zu den Funktionen des Wettbewerbs, den Fortschritt durch Stimulierung von Innovationen zu fördern.¹¹ Man erhofft sich vom Wettbewerb ein Mehr an Innovation und Fortschritt – im Vergleich zu Märkten ohne Wettbewerb.

Damit gerät ins Zentrum des Blickfelds der Innovationswettbewerb, auf englisch *competition by innovation*¹². Auch im Rahmen dieses Leitbilds wird der nachstoßende, nachahmende Wettbewerb einbezogen. Indessen kann es auf Dauer auch keinen nachahmenden Wettbewerb geben, wenn es keinen vorstoßenden Innovationswettbewerb gibt. Es gibt dann möglicherweise Branchen, in denen ein eigentlicher Forschungswettbewerb stattfindet. Dieser beruht meist auf dem Erfinderschutz durch das Erfinderpapent. Gäbe es keinen Patentschutz, dann gäbe es wesentlich weniger Erfindungen und damit Innovationen. Wenn es zum wettbewerblichen Leitbild gehört, Erfindungen durch Wettbewerb zu stimulieren, dann kann das Patent sinnvollerweise nicht als Marktzutrittsschranke gewertet werden. Denn das Patent lockt Aktivität, nämlich Forschungsaktivität in diesen Markt erst herein. Es ist damit das Gegenteil einer Marktzutrittsschranke, es ist ein Marktzutritts-Stimulus.

Natürlich ist es richtig, dass das Patent ein (vorübergehendes) Imitationshindernis bleibt. Durch die Institution des Patents wird somit die *Form* des Marktzutritts verschoben: einem Mehr an Innovation steht (bei gegebenem Stand des Wissens) ein Weniger an Imitation gegenüber. Man kommt um eine Abwägung zwischen Innovation und Imitation nicht herum. Diese ist aber unausweichlich, sobald das wettbewerbliche Leitbild mit mehr als einer Zielsetzung verbunden ist, was, wie dargelegt, jedenfalls beim Leitbild der „dynamic competition“ der Fall ist. Auch das verwandte Leitbild des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ist durch eine solche Vielfalt von Wettbewerbszielen gekennzeichnet. Im konkreten Fall geht es um eine Abwägung der allokativen Effizienz mittels Preiswettbewerbs und Imitation gegen die Innovationsdynamik mittels Patentschutzes und vielleicht anderer institutioneller Vorkehrungen.

Man kommt um diese Abwägung auch nicht herum durch die Berufung auf die sogenannte „Wettbewerbsfreiheit“. Es ist bis heute unklar, was damit präzise gemeint ist. Das ist auch kein Wunder, denn wir vermögen ja bis heute nicht eine präzise Definition von „Freiheit“ zu geben. Die Entwicklung des Hayekschen Denkens zum Begriff der Freiheit gibt uns aber einen Hinweis, weshalb wir uns mit

¹¹ Im Einzelnen zu den Funktionen des Wettbewerbs im Rahmen dieses Leitbilds, *Kantzenbach* a. a. O.

¹² Hierzu: *C. Christian von Weizsäcker*; *Competition by Innovation in the DP Industry*, unveröffentlichtes Gutachten im Auftrage von IBM-Europe, März 1982, 183 Seiten. Dort wird unter anderem die m.E. generell fruchtbare Unterscheidung zwischen „infrastructure-enhancing innovations“ und „infrastructure-using innovations“ gemacht. Erstere schaffen günstige Markt-Eintritts-Bedingungen für letztere.

dem Begriff der „Wettbewerbsfreiheit“ auch nicht um die Abwägung der verschiedenen Wettbewerbsziele herumstehlen können. Hayek hat in der *Constitution of Liberty*¹³ Freiheit als Abwesenheit von Zwang definiert. Diese Definition konnte er angesichts der daran geübten Kritik nicht aufrecht erhalten.¹⁴ Freiheit wurde dann in seinem späteren Werk *„Law, Legislation, and Liberty“*¹⁵ mithilfe des Begriffs der „Rule of Law“ und des Begriffs des Eigentums. Letzteres ist die Voraussetzung für die Ausübung von Freiheitsrechten derart, dass sie mit der Ausübung von Freiheitsrechten anderer nicht in Widerspruch geraten. Privates Eigentum ist somit Voraussetzung für die *Compossibility*¹⁶, die Kompatibilität der Freiheit verschiedener Personen.

Gleiches gilt für die Wettbewerbsfreiheit. Auch sie ist nur ein sinnvolles Konzept, wenn sie auf der durch das Eigentum garantierten Unverletzlichkeit der Handlungsspielräume von Dritten aufbaut. Niemand würde beispielshalber eine – maßvolle und zweckadäquate – Gesetzgebung zur Eindämmung von negativen externen Effekten der Produktion als eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit ansehen. Vielmehr ist eine solche Gesetzgebung nur eine Facette des allgemeinen Eigentumsschutzes, der Voraussetzung einer sinnvoll aufgefassten Wettbewerbsfreiheit ist. Wenn aber der Schutz des Eigentums die Voraussetzung der Wettbewerbsfreiheit ist, dann gilt dies auch für den Schutz des geistigen Eigentums etwa in der Form des durchsetzbaren Erfinderpatsents. Es gibt, als Voraussetzung für die Wettbewerbsfreiheit, keinen kategorialen Unterschied zwischen der Unterbindung von Eigentumsverletzungen durch den Umweltschutz oder durch den Schutz von Erfindungen vermittelt der Patentgesetzgebung.¹⁷ Wenn ein Gesetzgeber zum Schutze des Fischbestandes und damit des Fischfangs bestimmte Fischfangstechniken untersagt oder wenn ein Gesetzgeber zum Schutze der Erfindungstätigkeit bestimmte Formen der Nachahmung von Erfindungen untersagt, dann ist das eine wie das andere Gesetz – eben als Schutz für bestimmte Tätigkeiten – kein

¹³ Friedrich August von Hayek, *The Constitution of Liberty*, London 1960.

¹⁴ Diese Kritik wird referiert in Dieter Schmidtchen, *Hayek on Liberty and the Rule of Law: The Road to Serfdom Revisited*, in: Svetozar Pejovich, *Socialism: Institutional, Philosophical and Economic Issues*, Dordrecht 1987, S. 115 – 144.

¹⁵ Friedrich August von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, Vol 1. *Rules and Order*, Chicago 1973.

¹⁶ H. Steiner, *The Structure of a Set of Compossible Rights*, *Journal of Philosophy*, 1977, S. 767 – 775.

¹⁷ Zu diesem generellen Thema vgl. C. Christian von Weizsäcker, *Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre*, *Kyklos* 1981, S. 345 – 376. Dort wird mithilfe eines „Drei-Ebenen-Schemas“ wirtschaftlicher Aktivität gezeigt, weshalb ein solcher kategorialer Unterschied nicht existiert. „Eigentum“ wird dort gesehen als einer bestimmten Ebene zugehöriger Schutz vor dem Wettbewerb der jeweils unteren Ebene. Sacheigentum ist Schutz vor dem freien Zugang zu Gütern, also Schutz vor dem Wettbewerb der Ebene 1 (Ebene der Güter); Immaterialgüter sind Schutz vor Imitation, also Schutz vor dem freien Zugang zu Produktionsverfahren, also Schutz vor Wettbewerb der Ebene 2 (Ebene der Produktion). Sie sind zugleich Institutionen zur Ermöglichung des Wettbewerbs auf der Ebene 3 (Ebene der Innovation).

Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, auch und gerade wenn das gesetzliche Verbot die Konkurrenten der jeweils Geschützten betrifft. Würde man aber Wettbewerbsfreiheit so definieren, dass das Verbot der Nachahmung von patentierten Erfindungen als Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit zu gelten hätte, dann müsste man auch das Verbot der Nutzung bestimmter Fangtechniken beim Fischfang als Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit ansehen. Dies aber wäre offenkundig kein zweckmäßiges Vorgehen bei der Definition von Wettbewerbsfreiheit, weil diese dann mit der erst durch das Eigentum schützbaeren Freiheit des Individuums ins Gehege käme. Die „compossibility“ der verschiedenen so definierten Freiheiten in der Gesellschaft wäre nicht mehr gewährleistet.

Die Leitlinie der „Wettbewerbsfreiheit“ ist also kein Weg, um die Abwägung zwischen unterschiedlichen Zielen oder Funktionen des Wettbewerbs zu vermeiden.

Damit aber entsteht die Frage nach dem Vorgehen bei dieser Abwägung. Es geht hier nicht um die Praxis der Abwägung im täglichen Geschäft, sondern um die Grundsätze. Wie sollen wir entscheiden, wie viel an zusätzlicher allokativer Ineffizienz wir für ein bestimmtes zusätzliches Quantum an Erfindungs- und Innovationstätigkeit in Kauf zu nehmen bereit sind? Die Antwort kann meines Erachtens nur lauten: dieser angemessene „Trade-Off“ zwischen allokativer Effizienz und innovatorischer Dynamik kann nur durch das Kriterium der Effizienz bestimmt werden¹⁸. Wenn eine „Verschärfung“ des Patentschutzes den Nutzen der Bevölkerung (gemessen in Einkommensäquivalenten) im Saldo erhöht, dann ist diese Verschärfung als effizienzerhöhend angebracht.

Zurück zu den Marktzutrittsschranken. Nach dem Leitbild des Wettbewerbs, demgemäß verschiedene Ziele verfolgt werden, ist der Patentschutz nur dann eine Marktzutrittsschranke, wenn er „übertrieben“ ist, wenn er also die Nachahmung in einer zu weitgehenden Weise verhindert, wenn der volkswirtschaftliche „Grenznutzen“ eines zusätzlichen Patentschutzes für die Erfindungstätigkeit geringer ist als der volkswirtschaftliche „Grenz-Schaden“, den er durch Verlangsamung der Diffusion von neuen Techniken und Produkten verursacht.

Ins Konkrete gewendet. Wenn in einer Branche, z. B. der Pharmabranche, intensiver Forschungswettbewerb vorhanden ist, wenn aber die zuständige Wettbewerbsbehörde Patente als Marktzutrittsschranke ansieht, so kann sie auf Basis dieser Analyse zum Schluss kommen, dass einige Unternehmen dieser Branche auf einem bestimmten relevanten Markt über eine kollektive Marktherrschaft verfügen. Die Behörde kann auf dieser Basis ein Missbrauchsverfahren einleiten, weil die Preise überhöht seien. Die Unternehmen müssen die Preise senken und werden so um einen Teil der patentgeschützten Früchte ihrer Forschungstätigkeit gebracht. Die Folge mag sein, dass sie nunmehr weniger in Forschung und Entwicklung investieren, was den Innovationsprozess verlangsamt. Wenn die Wettbewerbs-

¹⁸ Zur Begründung des Effizienzziels *C. Christian von Weizsäcker*; Das Gerechtigkeitsproblem in der Sozialen Marktwirtschaft, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 1998, S. 257–288.

behörde aber selbst dem Leitbild eines dynamischen Wettbewerbs folgt, ist dieses Ergebnis gar nicht erwünscht. Es ist dies nur das Resultat einer zu diesem Leitbild nicht passenden Definition von Marktzutrittsschranken

C. Beispiel 2: Ist die Markentreue von Kunden eine Marktzutrittsschranke?

Die vollkommene Konkurrenz zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass der Käufer über die Beschaffenheit der Ware wohlinformiert ist. Ist das wettbewerbliche Leitbild einer Wettbewerbsbehörde ein Markt mit geringer Konzentration und vollständiger Informiertheit der Kunden, dann wird ein Markt, in dem die Kunden eine starke Anhänglichkeit an bestimmte, im Markt etablierte Markenprodukte haben, diesem Leitbild nicht entsprechen. Die Schwierigkeit für in den Markt neu eintretende Anbieter, sich gegen den Konservatismus der Kunden Absatz zu verschaffen und die daraus resultierenden wesentlich höheren Markteintrittskosten werden dann von der Behörde als Marktzutrittsschranke aufgefasst werden.

Nun gibt es inzwischen eine ausgebauten Theorie von Märkten bei unvollkommener Information. Mit Recht ist George Akerlof für seinen Aufsatz „The Market for Lemons“¹⁹ mit dem Nobelpreis geehrt worden, zusammen mit Michael Spence und Joseph Stiglitz, die ebenfalls bedeutende Beiträge zur Theorie der Märkte bei unvollkommener Information geliefert haben. Insbesondere weiß man, dass eine der Funktionen von Marken ist, dem Kunden die Unsicherheit über die Qualität des Produkts zu nehmen. Ich spreche in diesem Zusammenhang vom „Extrapolationsprinzip“ als Beitrag zur Lösung von interpersonellen Informationsproblemen.²⁰ Menschen haben eine wohl angeborene Neigung, das von ihnen an anderen beobachtete Verhalten in ähnlicher Weise auch für die Zukunft zu erwarten, sozusagen zu extrapolieren. Bestimmte Verhaltensweisen, die für den eigenen Vorteil nicht unmittelbar von Nutzen sind (wie die Herstellung von guter aber nicht gleich beobachtbarer Qualität unter Inkaufnahme höherer Kosten) lohnen sich dann, wenn man die dadurch bewirkte Erwartung der anderen an das künftige eigene Verhalten mit berücksichtigt, wenn man also die Reputationseffekte des eigenen Verhaltens einkalkuliert. Dadurch stabilisiert sich das Verhalten der Menschen und dann auch wieder die Gewohnheit, das Verhalten anderer zu extrapolieren.

Die Institution der Marke ist ein Beispiel für das Funktionieren dieses Extrapolationsprinzips. Indem der Konsument unter dieser Marke Produkte erworben

¹⁹ *George A. Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, S. 488–500.

²⁰ *C. Christian von Weizsäcker*, Rechte und Verhältnisse, a. a. O.

hat, die sich letztlich als gute Qualität herausgestellt haben, extrapoliert er diese Qualität auch für künftige Waren, die unter dieser Marke verkauft werden. Er verschafft sich damit eine Qualitätssicherheit, die er sich durch tatsächliche Überprüfung der Qualität nur mit hohen Kosten, wenn überhaupt verschaffen könnte.

Ein anderes Leitbild des Wettbewerbs, das auf die Probleme der unvollkommenen Information eingeht, ist schon 1946 von Hayek in seinem Princeton-Vortrag „The Meaning of Competition“ vorgezeichnet worden.²¹ Nach Hayek ist der eigentliche Sinn des Wettbewerbs verkannt, wenn man sich auf den Allokationsprozess bei vollkommener Information konzentriert. Vielmehr ist es der Sinn des Wettbewerbs, die Gesellschaft über die Marktprozesse von einem Zustand geringen Wissens übereinander in einen Zustand größeren Wissens zu führen, der *uno actu* auch eine bessere Koordination des Verhaltens ermöglicht. Später sprach Hayek vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“²². In seinem Vortrag von 1946 erwähnt er ausdrücklich die Marke als eine Institution, die im Wettbewerbsprozess entsteht und einen wesentlichen Beitrag zur Lösung des Informationsproblems leistet.

In diesem Hayekschen Leitbild des Wettbewerbs werden diesem somit wesentlich umfangreichere Aufgaben zugewiesen als in dem Leitbild der Konkurrenz bei vollkommener Information. Entsprechend erwartet man vom Wettbewerb als Prozess ein ständiges Anknüpfen gegen das Problem der unvollkommenen Information, die ja ihrerseits insbesondere herührt von der ständigen Veränderung der Gegebenheiten im wirtschaftlichen Evolutionsprozess. Gerade deshalb ist der Zustand vollkommener Information auf den Märkten praktisch nie gegeben. Und wenn er gegeben wäre, dann wäre dies ein Armutszeugnis für die Dynamik des Wirtschaftssystems: denn dieser Zustand ist nur erreichbar in einem praktisch stationären Gleichgewichtssystem, in dem nie etwas Neues geschieht, im Zustand, sozusagen, der perfekten Stagnation.

Ist die Markentreue der Kunden im Leitbild des Wettbewerbs bei vollkommener Information ein Wettbewerbshindernis, eine Marktzutrittsschranke, so ist dasselbe Phänomen im Leitbild des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren ein wesentliches Ergebnis des Wettbewerbs, ein wesentlicher Problemlösungsbeitrag zum Problem unvollkommener und unzureichender Information. Die Preis-Prämie, die der Anbieter mit einer starken Marke erzielen kann, gilt in einem Leitbild des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus bei vollkommener Information als „Monopolgewinn“, als Indikator mangelnden Wettbewerbs, als Spiegelbild des Vorhandenseins von Marktzutrittsschranken in der Form der Markentreue der Kunden. So wurde sie auch aufgefasst in dem einflussreichen Buch von Bain²³, der hierin eine der drei von ihm diagnostizierten Marktzutrittsschranken sah.

²¹ Friedrich August von Hayek, *The Meaning of Competition*, in: ders., *Individualism and Economic Order*, Chicago 1948.

²² Friedrich August von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel 1968.

²³ Joe S. Bain, *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass 1956.

Bei dem Hayekschen Leitbild des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren bekommt die Preis-Prämie der im Markt etablierten Marke einen ganz anderen Sinn: sie ist der Anreiz zum Angebot guter Qualität in einem Markt, in dem die Kunden vor dem Kauf die Qualität nicht kennen oder nur zu hohen Kosten ermitteln können. Die Marken-Prämie wird im Verlauf der Zeit durch konsistent gute Qualität „verdient“. Entsprechend ist sie auch nicht – oder jedenfalls nicht von vorneherein – Reflex einer Marktzutrittsschranke, sondern Rendite auf den langdauernden Investitionsaufwand zur Etablierung einer Reputation für gute Qualität. Unter gewissen Bedingungen ist es jedem Neu-Anbieter möglich, mit vergleichbaren Investitionen dieselbe Reputation zu erringen.²⁴ Daraus folgt, dass die Rendite auf diese anfängliche Reputationsinvestition bei Incumbents und neu Hinzutretenden gleich groß ist. Es ist dann nicht sinnvoll, von einer Marktzutrittsschranke zu sprechen.

Würde die Marken-Prämie im Markt wegfallen oder stark reduziert werden (zum Beispiel, weil der Staat Preiskontrollen einführt), dann würde es keinen Marktzutritt mehr von solchen Anbietern geben, die in den Markt eintreten, um gute Qualität bereitzustellen. Die Investition in die Reputation würde sich dann nicht mehr lohnen. Es gäbe dann unter den neu eintretenden Anbietern nur solche, die planen, schlechte Qualität zu liefern. Die etablierten Anbieter könnten vielleicht noch überleben; aber der Anreiz, gute Qualität zu liefern, würde stark vermindert. Es ist sehr wahrscheinlich, dass der Reputationsmechanismus in diesem Markt bald nicht mehr funktionieren würde.

Das Hayeksche Leitbild des Wettbewerbs lässt Marken-Prämien in einem ganz anderen Licht erscheinen als das Leitbild der vollkommenen Konkurrenz bei vollkommener Information. Ich werde im Folgenden nicht untersuchen, ob bestimmte Markenphänomene nicht auch bei einem Hayekschen Leitbild als Marktzutrittsschranke gewertet werden sollten.²⁵ Vielmehr geht es mir noch um folgenden Punkt, der zum nächsten Beispiel überleitet.

In einem Markt mit unvollkommener Qualitätsinformation und daher mit starken Reputationseffekten – seien diese durch Immaterialgüter wie Marken oder in anderer Form abgestützt – wird man wesentlich geringere „Wechselraten“ der Kundschaft beobachten als in einem Markt, in dem es keine Qualitätsinformationsprobleme gibt. Es besteht bei Wettbewerbsbehörden eine starke Neigung, die Wettbewerbsintensität des Marktes mittels dieser „Wechselraten“ zu messen. Je nachdem, welches Leitbild des Wettbewerbs vorherrscht, ist dieses Verfahren angemessen oder auch unangemessen. Wenn das Leitbild das eines Marktes ist, der kein Informationsproblem mehr zu lösen hat, weil schon vollkommene Information vorherrscht, dann mögen die „Wechselraten“ ein aussagefähiger Indikator für die Wettbewerbsintensität sein. Wenn man aber mit Hayek und mit der modernen

²⁴ Ein Modell, in dem sich genau dieses abspielt, habe ich entwickelt in *C. Christian von Weizsäcker, Barriers to Entry*, a. a. O., Kapitel 5.

²⁵ Hierzu *C. Christian von Weizsäcker, Barriers to Entry*, a. a. O., Kapitel 6.

Theorie der Märkte bei unvollkommener Information eine wesentliche Leistung des Wettbewerbs gerade darin sieht, dass mittels des Aufbaus von Reputation ein wichtiger Beitrag zur Lösung des Informationsproblems geleistet wird, dann sind „Wechselraten“ ein schlechter Indikator für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Denn, wenn das Informationsproblem nicht automatisch gelöst ist, sondern im Markt erst gelöst werden muss, dann können hohe Wechselraten Indikator davon sein, dass die Kunden mit der Qualität, die sie erhalten, höchst unzufrieden sind – und deshalb von Anbieter zu Anbieter wandern, während umgekehrt geringe Wechselraten Ausdruck der Zufriedenheit der Kunden mit der Qualitäts-Leistung der Anbieter sind. Hohe Wechselraten sind dann ein Indiz für einen „Market for Lemons“, geringe Wechselraten ein Indiz für Produkte mit zufriedenstellender Qualität. Die Leistung, die vom Wettbewerb unter diesem Leitbild erwartet und erbracht wird, ist dann gerade mit geringen Wechselraten assoziiert.

D. Beispiel 3: Sind Substitutionskosten eine Marktzutrittsschranke?

Das Thema der Wechselraten spielt auch eine Rolle bei einem häufig in der Praxis anzutreffenden Phänomen, dass nämlich die Substitution von einem Produkt zu einem anderen mit einmaligen Aufwendungen verbunden ist, die wir Substitutionskosten nennen wollen. Ein Beispiel sind Umzugs- und Einrichtungskosten beim Wohnungswechsel.

Wenn nun ein Unternehmen in einen Markt als Anbieter eintreten will, in dem die Kunden mit Substitutionskosten konfrontiert sind, dann muss die Vorteilhaftigkeit des eigenen Angebots das der etablierten Anbieter bei einer hinreichend großen Anzahl von Kunden mindestens um den Betrag der Substitutionskosten übertreffen. Auf den ersten Blick sieht dies wie ein Nachteil aus, den man als Marktzutrittsschranke klassifizieren könnte. Dem üblichen Leitbild des Wettbewerbs entspricht auch eine derartige Aussage. Diesem Leitbild entspricht die Vorstellung, dass die Hauptursache des Wechsels des Lieferanten beim Kunden die veränderte Vorteilhaftigkeit des Angebots verschiedener Anbieter *bei gleichbleibenden Präferenzen der Kunden* ist. Unter dieser Voraussetzung kann man modelltheoretisch ableiten, dass in der Tat Substitutionskosten zu höheren gleichgewichtigen Wettbewerbspreisen führen, dass also der Preiswettbewerb in der Tat durch das Vorhandensein von Substitutionskosten abgedämpft wird.²⁶ Gemäß diesem Leitbild ist es in der Tat sinnvoll, die Substitutionskosten als preiswirksame Marktzutrittsschranke aufzufassen.

²⁶ Vgl. *Paul Klemperer*, Markets with Consumer Switching Costs, PH.D. Dissertation, Stanford University, 1986, sowie die die dann entstandene umfangreiche Literatur zu den „Switching Costs“ resümierende Arbeit von *Paul Klemperer*, Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, Review of Economic Studies, 1995, S. 515 – 539.

Dieses Leitbild ist allerdings nicht das einzig mögliche. Zuerst eine empirische Beobachtung. Nach dem Grundgedanken dieses Modells müssten Neuverträge in einem Markt mit Substitutionskosten niedrigere Preise erzielen als der repräsentative Altvertrag: da der Kunde die Wahl hat zwischen seinem bisherigen Anbieter und dem Neu-Anbieter, kann er für den Neu-Anbieter doch nur gewonnen werden, wenn dieser die Substitutionskosten in der Form übernimmt, dass er den Altanbieter im Preis merklich unterbietet. Betrachtet man aber den Markt für Mietwohnungen, dann stellt man fest, dass Neu-Verträge zu Preisen abgeschlossen werden, die im Durchschnitt über dem Niveau der Mieten bei Altverträgen liegen.

Auf der theoretischen Ebene lässt sich bemerken, dass Märkte mit Substitutionskosten Märkte sind, in denen heterogene Güter gehandelt werden. Wäre das auf dem Markt gehandelte Gut ein vollkommen homogenes Gut, dann könnten ja gar keine Substitutionskosten entstehen. Auf einem Markt für heterogene Güter kann es aber immer zwei Gründe für einen Wechsel des Anbieters geben: entweder verschiebt sich die relative Günstigkeit der verschiedenen Angebote, zum Beispiel durch Preisveränderungen; oder es verschieben sich die Bedürfnisse der Konsumenten, im Fall der Wohnung zum Beispiel durch berufliche Veränderungen des Mieters oder durch Veränderung der Anzahl der Haushaltsmitglieder. Ich denke, dass im Fall der Mietwohnung die Mehrzahl der Wohnungswechsel nachfrage-induziert und nicht angebots-induziert ist. Die Preiswirkung von Substitutionskosten ist dann keineswegs mehr so klar.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit steigenden Substitutionskosten die Wechselraten abnehmen. Das ist ohne Zweifel auch gesamtwirtschaftlich rational. Denn auch die Volkswirtschaft trägt ja mit jedem Wechsel zusätzliche Substitutionskosten. Wenn aber die Bedürfnisse der Nachfrager sich unabhängig von den Substitutionskosten verändern, dann wird man erwarten, dass mit steigenden Substitutionskosten der prozentuale Anteil der nachfrage-induzierten Wechsel steigt. Für den Neuanbieter im Markt bietet sich wegen der nachfrage-induzierten Wechsel die Möglichkeit, auch bei hohen Substitutionskosten Kundschaft zu gewinnen. Und er hat den Vorteil, dass er bei den Kunden, die er gewinnen kann, sich eine lange durchschnittliche Verweildauer ausrechnen kann. Sein zu erwartender akquisitorischer Aufwand ist damit auf die Dauer kleiner; und das kann dazu führen, dass er im Preis aggressiver sein kann als bei einer höheren Wechselrate der Kunden.

Zudem gibt es einen Reputationseffekt. Bei hohen Substitutionskosten mag es sich für Anbieter lohnen, in eine Reputation der Preisgünstigkeit zu investieren. Wer eine solche Reputation hat, wird von einem Kunden, der ohnehin wechseln will, eher als Anbieter gewählt als ein Anbieter ohne diese Reputation. Denn der Kunde will angesichts hoher Substitutionskosten einen Anbieter wählen, dessen Verhalten ihm als verlässlich erscheint. Es lohnt sich somit bei hohen Substitutionskosten in eine Reputation der Preisgünstigkeit zu investieren. Dies kann dazu führen, dass der Preiswettbewerb mit steigenden Substitutionskosten intensiver wird und dass deshalb das Preisniveau im Markt sich invers zu den Substitutionskosten verhält.²⁷

Es ist letztlich eine empirische Frage, welches Modell des Wettbewerbs bei Substitutionskosten das realistischere ist. Jedenfalls gilt auch in diesem Fall, dass eine Wettbewerbsbehörde nicht einfach die Wechselrate zum Indikator der Wettbewerbsintensität machen kann.²⁸

E. Beispiel 4: Zur Thematik „bestreitbarer“ Märkte

Vor einem knappen Vierteljahrhundert haben die amerikanischen Ökonomen Baumol, Panzar und Willig den Begriff der *contestable markets*“, der bestreitbaren Märkte eingeführt.²⁹ Ein Markt ist auch mit nur einem aktuellen Anbieter faktisch ein Wettbewerbsmarkt, wenn potentielle Konkurrenten zu denselben Kosten anbieten können und wenn sie bei Marktzutritt keine „sunk costs“ tragen müssen. Diese Idee zeigt, dass entgegen der Auffassung von Bain auch substantielle Economies of Scale keine Marktzutrittsschranke darstellen, solange „sunk costs“ vermieden werden können.³⁰

Die Relevanz dieses Gedankens ist allerdings wiederum abhängig von dem Leitbild des Wettbewerbs, das man vor Augen hat. Denn die Voraussetzung der *Contestability*“ – keine „sunk costs“ – ist in der Praxis nie erfüllt. Geht es in dem Leitbild primär darum, dass der Wettbewerb bei gegebener Produktionstechnik und unter der Nebenbedingung der Kostendeckung zu geringstmöglichen Preisen führt, dann ist die *Contestability*“ –Idee praktisch weitgehend nutzlos. Denn sobald „sunk costs“ ins Spiel kommen – und seien sie noch so geringfügig – bricht die *Contestability* des Marktes zusammen. Der Monopolist kann dann in aller Ruhe den Cournotschen Monopolpreis fordern, da er jeden potentiellen Konkurrenten aus dem Felde schlagen kann, weil dieser immer gewärtigen muss, dass der Monopolist jeden Angriff mit einer Preissenkung bis zu dem Punkt beantwortet, bei dem der Angreifer – wegen der sunk costs – Verluste erleiden wird, während der Mono-

²⁷ Ein Modell mit einem derartigen Ergebnis habe ich entwickelt in *C. Christian von Weizsäcker*, *The Costs of Substitution*, *Econometrica* 1984, S. 1085–1116. Der Grundgedanke dieser Arbeit, dass es Präferenzänderungen der Nachfrager sind, die die meisten Wechsel des Anbieters verursachen, ist in der von Klemperer resümierten Literatur nicht aufgegriffen worden. Warum nicht? Was steuert die Forschungsinteressen der Theoretiker?

²⁸ Zum Thema Substitutionskosten und Marktzutrittsschranken im berühmten *Anti-Trust-Fall Department of Justice vs IBM* vgl. *Franklin M. Fisher/John McGowan/Joel Greenwood*, *Folded, Spindled and Mutilated*, Cambridge, Mass 1983, Kapitel 6.

²⁹ *William J. Baumol/John C. Panzar/Robert D. Willig*, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1982.

³⁰ Dieser Grundgedanke von Baumol, Panzar und Willig ist auch schon enthalten in *C. Christian von Weizsäcker*, *Barriers to Entry*, a. a. O., Kapitel 3 „Economies of Scale without Intertemporal Links“. Diese Arbeit ist aber wohl von Baumol et al nicht zur Kenntnis genommen worden. Deren ausführliche Ausarbeitung des Gedankens hat diesen dem Publikum wohl erst verständlich gemacht.

polist noch Gewinn macht. Mathematisch gesprochen besteht bei gleicher Kostenfunktion an der Stelle der „sunk costs“ von Null eine Unstetigkeit: die Wettbewerbswirkung der sunk costs von Null ist eine ganz andere als die Wettbewerbswirkung eines noch so kleinen positiven Werts für die sunk costs.

Indessen ist ein anderes Leitbild des Wettbewerbs denkbar. Sieht man die Hauptfunktion des Wettbewerbs nicht so sehr in der Preisminimierung unter der Nebenbedingung der Kostendeckung bei gegebener Produktionsfunktion, sondern im Ansporn, die Produktionsfunktion selbst zu verbessern, dann gewinnt die Contestability-Idee eine ganz andere Relevanz. Die Produktivität kann gesteigert werden durch echten technisch-organisatorischen Fortschritt oder durch Beseitigung von X-Ineffizienz.³¹ Da ich im ersten Beispiel die Erfindungstätigkeit und damit den technischen Fortschritt diskutiert habe, konzentriere ich mich hier auf das Thema der X-Ineffizienz.

Weshalb erwarten wir vom Wettbewerb eine geringere X-Ineffizienz (also eine höhere X-Effizienz) als von wettbewerbsfreien Situationen? Die Antwort auf diese Frage theoretisch sauber heraus zu arbeiten, ist schwierig und kann hier nicht erfolgen. Man müsste hier sehr detailliert in die moderne Principal-Agent-Theorie einsteigen.³² Aber es lässt sich folgende Überlegung anstellen. Jede Organisation tut sich schwer mit Entscheidungen, die Abweichungen vom Status Quo implizieren. Die Mitglieder der Organisation verteidigen den Status Quo mit einer Intensität, die proportional zu der „Rente“ ist, welche sie im Status Quo beziehen. Steht eine Organisation im existenzgefährdenden Wettbewerb, so schmilzt die für die Zukunft antizipierte Status Quo Rente des einzelnen Mitglieds der Organisation dahin. Sein Widerstand gegen Veränderungen zum Abbau von X-Ineffizienz, die der Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der Organisation dienen, wird umso geringer sein, je intensiver der Wettbewerb ist.

Folgt man diesem Leitbild des Wettbewerbs als Mechanismus zur Erreichung höherer X-Effizienz, dann erhält der Gedanke der Contestability“ eine wesentlich größere Relevanz. Denn nun treten Unternehmen innerhalb und außerhalb des betrachteten Marktes in einen Vergleich zueinander, der sich auf ihren jeweiligen Stand der Produktivität bezieht. Und diese Produktivität ist nicht etwas, das ein für allemal festliegt, sondern wegen der ständigen Bemühungen um erhöhte X-Effizienz dauerndem Wechsel ausgesetzt ist. Es ist also durchaus möglich, dass Wettbewerbsdruck auch ausgeübt wird von Unternehmen, die (noch) nicht in diesem Markt tätig sind, die eine Produktivität in gleicher Größenordnung aufweisen und damit ständig als Bedrohung deshalb erscheinen, weil sie sich möglicherweise einen Produktivitätsvorsprung durch erfolgreichere Bekämpfung von X-Ineffizienz verschaffen.

³¹ *Harvey Leibenstein*, Allocative Efficiency vs. X-Efficiency, *American Economic Review* 1966, S. 392–415.

³² Eine moderne Einführung geben *Jean-Jacques Laffont* und *David Martimort*, *The Theory of Incentives – The Principal-Agent Model*, Princeton 2002.

Dieses Wettbewerbsparadigma hat interessante, vielleicht überraschende Konsequenzen. Gerade angesichts dieser Konsequenzen wird es wohl nicht so bald zur „herrschenden Lehre“ werden. Betrachten wir die heute so vielfach anzutreffenden oligopolistisch strukturierten Märkte. Hohe Economies of Scale in der Forschung und Entwicklung, in der Produktion und im Marketing (Werbung, Vertrieb etc.) führen zu hoher Konzentration. Diese ist auf der Basis dieser genannten Economies of Scale Ergebnis des Wettbewerbs. Marktzutritt in einen solchen Markt mag aus Effizienzgründen dann gar nicht so viel Sinn machen, weil durch die Vermehrung der Anzahl der Anbieter Economies of Scale verloren gehen. Es mag also eine Situation bestehen, bei der man sich aus Sicht des nationalen Wohlstandes einen Marktzutritt herkömmlicher Art gar nicht wünschen möchte. Bestehen hier Marktzutrittsschranken? Sind wir in diesem Fall wirklich unzufrieden darüber, dass kein Marktzutritt stattfindet?

Wenn aber der Marktzutritt in der herkömmlichen Weise weder unternehmensstrategisch sinnvoll noch gesamtwirtschaftlich erwünscht ist, in welcher Form können dann außenstehende Unternehmen einen Wettbewerbsdruck zugunsten eines Abbaus von X-Ineffizienz ausüben? Die Antwort liegt auf der Hand: durch eine (möglicherweise feindliche) Übernahme eines der Incumbents. Man spricht seit Jahrzehnten von einem „Market for Corporate Control“³³. Sein eigentlicher Sinn wird besonders augenfällig bei der Möglichkeit von feindlichen Übernahmen. Er wirkt als Disziplinierungsinstrument gegen X-Ineffizienz. Ein Unternehmen A, das wesentlich höhere X-Ineffizienz aufweist als ein in der gleichen Branche tätiges Unternehmen B, erwirtschaftet wesentlich geringere Gewinne als B und hat deshalb einen wesentlich geringeren Marktwert an der Börse als B. So besteht die Möglichkeit für B, das Unternehmen A über die Börse zu kaufen, es zu reorganisieren, seine X-Ineffizienz abzubauen und damit für seine Aktionäre, aber auch für die Volkswirtschaft Werte zu schaffen.

Die potentielle Drohung einer solchen feindlichen Übernahme ist selbst dann ein wichtiger Disziplinierungsfaktor zur Steigerung der X-Effizienz, wenn die feindliche Übernahme gar nicht aktuell ist. Es gehört dann eben zu den vordringlichen Existenzsicherungsmaßnahmen des Managements und der Mitarbeiter, den Status eines Übernahmekandidaten durch gehörige Anstrengungen zur X-Effizienz-Steigerung zu verhindern.

Wenn es aus den genannten Gründen sinnvoll ist, den Marktzutritt nicht durch die Gründung eines neuen Unternehmens, sondern durch die Übernahme eines existierenden Unternehmens zu vollziehen, dann finden wir die Marktzutritts-

³³ Henry G. Manne, Mergers and the Market for Corporate Control, *Journal of Political Economy*, 1965, S. 110–120. Michael C. Jensen/R. S. Ruback, The Market for Corporate Control, The Scientific Evidence, *Journal of Financial Economics*, 1983, S. 5–50. C. Christian von Weizsäcker, Der Markt für unternehmensgebundene Ressourcen, in *Strukturwandel und Wirtschaftsordnung*, *FIW-Schriftenreihe* Heft 126, Köln 1987, S. 31–42. In diesem Vortrag weise ich auf den engen Zusammenhang zwischen der Mehrzieligkeit der Wettbewerbspolitik und der Notwendigkeit eines funktionierenden Marktes für „Corporate Control“ hin.

schränken ganz woanders als dort, wo sie üblicherweise gesucht werden: es geht jetzt um die gesetzlichen Bestimmungen, die solche Übernahmen, auch feindliche Übernahmen erschweren oder erleichtern. Es geht zum Beispiel auch um die kartellrechtliche Fusionskontrolle. Eine überdehnte Fusionskontrolle wäre dann eine Marktzutrittsschranke, die einer Politik der Förderung des X-Effizienz-Wettbewerbs entgegensteht.

F. Fazit: Die Suche nach dem geeigneten Leitbild für den Wettbewerb

Die Hauptthese dieses Vortrags ist: die geeignete Definition von Marktzutrittsschranken hängt davon ab, welches Leitbild des Wettbewerbs man vor Augen hat. Der Begriff der Marktzutrittsschranke muss zu diesem Leitbild „passen“. Die Wahl des Leitbildes ist aber selbst abhängig von der ökonomischen Theoriebildung. Nur diese Theorie, natürlich getestet an der Empirie, kann uns letztlich sagen, welche Wirkungen des Wettbewerbs wir erwarten können. Und diese Wettbewerbswirkungen werden letztlich formativ sein für das Leitbild des Wettbewerbs, das der kartellrechtlichen Gesetzgebung und Verwaltungspraxis zugrundeliegt.

Bei den vorgefundenen Leitbildern des Wettbewerbs kann man vielleicht „enge“ und „weitere“ Erwartungen an den Wettbewerb unterscheiden. Wettbewerb wird von manchen, die der staatlichen Politik viel zutrauen, mehr steuerungstechnisch gesehen, als Werkzeug sozusagen in den Händen einer weitverzweigten Politik-Maschinerie. Im Rahmen einer solchen umfassenden „kybernetischen“ Politikauffassung kommen dem Wettbewerb nur relativ enge Funktionen zu: vor allem die Erreichung statischer Allokationseffizienz und die Beseitigung verteilungspolitisch störender Monopolrenten. Diesem engen Konzept von Wettbewerb entspricht dann in der Praxis die Betonung des Preiswettbewerbs, die Konzentration auf das Ziel niedriger Preis-Grenzkosten-Margen und damit zusammenhängend die Begünstigung von jeder Art von Prozessen, die den Konzentrationsgrad in den Märkten reduzieren und die Behinderung von Prozessen, die die Konzentration fördern. Phänomene wie Erfinderpateute, Markentreue von Kunden oder der Versuch der Kundenbindung durch Werbung werden hier als Wettbewerbshindernis, vielleicht dann auch als Marktzutrittsschranke gesehen. Demgegenüber sieht man die Innovation, Forschung und Entwicklung, die Information des Verbrauchers als von der Wettbewerbspolitik abgetrennte Aufgaben staatlicher Politik an, als Zuständigkeiten, sozusagen, nicht des für den Wettbewerb zuständigen Wirtschaftsministers, sondern eines Forschungs-, Technologie- und Innovationsressorts oder eines Verbraucherschutzministeriums.

Eine „weite“ Konzeption des Wettbewerbs ordnet diesem weitaus mehr Funktionen zu, und sieht als Korrelat dazu die Staatsaufgaben wesentlich enger. Der Staat ist hier weniger zuständig als universeller Steuermann, sondern als Wächter über

das Recht und das Eigentum. Das eigentliche, evolvierende gesellschaftliche Leben ist hier „Privatsache“, ist Angelegenheit der „Privatrechtsgesellschaft“³⁴. Es ist, zusammen mit der vom Staat zu schützenden Eigentumsordnung, Aufgabe des Wettbewerbs, für Innovation, X-Effizienz, für die Koordinierung des Verhaltens und den dafür erforderlichen Informationsfluss zu sorgen, als „Entdeckungsverfahren“ in vielerlei Hinsicht zu fungieren.

Dementsprechend sind nach diesem Leitbild des Wettbewerbs Immaterialgüterrechte wie Erfinderpateente oder Markenrechte Begleiterscheinung und Resultat des Wettbewerbs – und in der Regel keine Wettbewerbshindernisse, sondern Ermöglicher bestimmter Formen des Wettbewerbs. Auch oligopolistische Strukturen, also hohe Konzentrationsraten, gelten hier als Ergebnis des Wettbewerbs und – wenn überhaupt – dann erst in zweiter Linie als Probleme für den Wettbewerb. Vieles, was bei der engen Wettbewerbskonzeption als Marktzutrittsschranke angesehen wird, ist nach dieser weiten Wettbewerbskonzeption keine Marktzutrittsschranke, sondern unter Umständen das Gegenteil: Anreiz für den Markteintritt in der gewünschten Form.

Der Begriff der Marktbeherrschung als Gegenbegriff zu dem des Wettbewerbs ist umso weiter gefasst, je enger gefasst der Wettbewerb ist. Bei der „engen“ Wettbewerbskonzeption können insbesondere Immaterialgüter leicht Quellen der Marktbeherrschung sein. Diese aber sind in der weiteren Wettbewerbskonzeption Eigentumsrechte, die die Voraussetzung dafür bilden, dass der Wettbewerb seine Funktion als Innovationsförderer, als Entdeckungsverfahren, als Informationsquelle erfüllen kann. Sie sind damit in der Regel nicht Quelle von Marktbeherrschung, sondern Ergebnis und Begleiterscheinung funktionierender Wettbewerbs.

Marktbeherrschung und Marktzutrittsschranken sind damit Begriffe, die von dem Leitbild des Wettbewerbs abhängen. Es ergibt sich für die Wettbewerbsbehörden das vielleicht paradox anmutende Resultat, dass ihre Eingriffskompetenzen umso weiter reichen, je enger der zu schützende Wettbewerb gefasst ist. Wer einen engen Wettbewerbsbegriff hat, der sieht überall Marktbeherrschung und Marktzutrittsschranken, der sieht sich als Wettbewerbshüter sehr umfassend veranlasst, zum Schutze des Wettbewerbs in das Marktgeschehen einzugreifen. Wer einen weiten Wettbewerbsbegriff hat, hält sich in der Diagnose von Marktzutrittsschranken und Marktbeherrschung sehr viel weitergehend zurück. Er sieht sich in seinen Eingriffskompetenzen wesentlich stärker beschnitten, sei es bei der Fusionskontrolle, sei es bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen.

Es muss einer anderen Arbeit vorbehalten bleiben, mittels der Bürokratietheorie, der Wissenssoziologie, der Public Choice Theorie zu erklären, welche Leitbilder des Wettbewerbs besonders dazu geeignet sind, sich bei Wettbewerbsbehörden durchzusetzen.

³⁴ Franz Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO, 1966, S. 75 – 151.

Literatur

- Akerlof, G. A.* (1970): The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, S. 488–500.
- Bain, J. S.* (1956): *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass.
- Baumol, W. J./Panzar, J. C./Willig, R. D.* (1982): *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego.
- Böhm, F.* (1966): Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO*, S. 75–151.
- Bormann, J./Finsinger, J./Zauner, K.* (2003): Eine Markteintrittsbarriere – was ist das?, in: H. Nutzinger (Hrsg.): *Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft*, Göttingen, S. 123–149.
- Clark, J. M.* (1961): *Competition as a Dynamic Process*, Washington.
- Fisher, F. M./McGowan, J./Greenwood, J.* (1983): *Folded, Spindled and Mutilated*, Cambridge, Mass.
- Gilbert, R.* (1989): Mobility Barriers and the Value of Incumbency, in: R. Schmalensee und R. Willig (Hrsg.): *Handbook of Industrial Organization*, Volume I, Amsterdam etc., S. 475–535.
- Hayek, F. A. v.* (1948): The Meaning of Competition, in: ders., *Individualism and Economic Order*, Chicago.
- Hayek, F. A. v.* (1960): *The Constitution of Liberty*, London.
- Hayek, F. A. v.* (1968): *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel.
- Hayek, F. A. v.* (1973): *Law, Legislation, and Liberty*, Vol. 1: *Rules and Order*, Chicago.
- Jensen, M. C./Ruback, R. S.* (1983): The Market for Corporate Control, The Scientific Evidence, *Journal of Financial Economics*, S. 5–50.
- Kantzenbach, E.* (1967): *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl., Göttingen.
- Keynes, J. M.* (1957): *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London.
- Klemperer, P.* (1986): *Markets with Consumer Switching Costs*, Ph.D. – Dissertation, Stanford University.
- Klemperer, P.* (1995): Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, *Review of Economic Studies*, S. 515–539.
- Laffont, J. J./Martimort, D.* (2002): *The Theory of Incentives – The Principle-Agent Model*, Princeton.
- Leibenstein, H.* (1966): Allocative Efficiency vs. X-Efficiency, *American Economic Review*, S. 392 ff.
- Manne, H. G.* (1965): Mergers and the Market for Corporate Control, *Journal of Political Economy*, 1965, S. 110–120.
- Schmidtchen, D.* (1987): Hayek on Liberty and the Rule of Law: The Road to Serfdom Revisited, in: S. Pejovich, *Socialism: Institutional, Philosophical and Economic Issues*, Dordrecht, S. 115–144.

- Schumpeter, J. A.* (1912): Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Eine Untersuchung über Unternehmergewinne, Kapital, Kredit, Zins und die Konjunkturzyklen, Leipzig.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1980): Barriers to Entry, Heidelberg / New York.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1980): A Welfare Analysis of Barriers to Entry, *Bell Journal of Economics*, S. 399–420.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1981): Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, *Kylos*, S. 354–376.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1982): Competition by Innovation in the DP Industry, unveröffentlichtes Gutachten im Auftrag von IBM Europe.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1984): The Costs of Substitution, *Econometrica*, S. 1085–1116.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1987): Der Markt für unternehmensgebundene Ressourcen, in: Strukturwandel und Wirtschaftsordnung, *FIW Schriftenreihe Heft 126*, Köln, S. 31–42.
- Weizsäcker, C. C. v.* (1998): Das Gerechtigkeitsproblem in der Sozialen Marktwirtschaft, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, S. 257–288.

Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte

Von *Ulrich Schwalbe*, Stuttgart

A. Einleitung

Nach den seit kurzem vorliegenden Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse sollen künftig Effizienzgewinne, die durch Fusionen herbeigeführt werden, bei der Beurteilung solcher Zusammenschlüsse berücksichtigt werden.¹ Dabei sind unter Effizienzgewinnen all diejenigen Verbesserungen, Synergien, Neuerungen und Kosteneinsparungen zu verstehen, die durch einen Zusammenschluß entstehen.² Hierdurch soll vermieden werden, daß eine Fusion untersagt wird, die aufgrund solcher Effizienzgewinne aus volkswirtschaftlicher Sicht wünschenswert wäre. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluß mit deutlich geringeren Kosten produzieren könnte, so daß trotz der Zunahme an Marktmacht aufgrund der Fusion die Konsumenten die Güter zu geringeren Preisen erhalten könnten als ohne den Zusammenschluß.

Der vorliegende Aufsatz untersucht die Frage, ob die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen, so wie sie in den Leitlinien vorgesehen ist, aus wirtschaftstheoretischer Sicht geeignet ist, die gewünschten Effekte herbeizuführen, d. h. volkswirtschaftlich sinnvolle Fusionen zu ermöglichen. Weiterhin wird der Frage nachgegangen, ob nicht durch eine andere Art der Berücksichtigung solcher Effizienzgewinne ein volkswirtschaftlich gesehen besseres Resultat erzielt werden könnte.

Die Arbeit ist wie folgt aufgebaut: Im ersten Teil wird anhand eines einfachen und stilisierten Beispiels illustriert, daß es in der Tat Situationen gibt, in denen aufgrund von Effizienzgewinnen eine Fusion derartig große positive Auswirkungen hat, daß diese die negativen Konsequenzen selbst einer erheblichen Zunahme der

¹ *EU-Kommission* (2004).

² In ähnlicher Form beschreiben die US Merger Guidelines Effizienzen: „mergers have the potential to generate significant efficiencies by permitting a better utilization of existing assets, enabling the combined firm to achieve lower costs in producing a given quantity and quality than either firm could have achieved without the proposed transaction.“ Merger Guidelines 1997, § 4, Abs. 1.

Konzentration und der Marktmacht überkompensieren würden. Abschnitt B klärt, was unter den ‚positiven Auswirkungen‘ zu verstehen ist und auf welche Weise man diese Auswirkungen erfassen kann, d. h., es geht um den in diesem Zusammenhang häufig diskutierten Wohlfahrtsstandard. Die in der Literatur angeführten Konzepte werden anhand des Beispiels illustriert und kritisch diskutiert. Der anschließende Abschnitt behandelt die in den Leitlinien angeführten Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit Effizienzgewinne bei einer Fusionsentscheidung Berücksichtigung finden können, und es wird der Frage nachgegangen, welche Arten von Effizienzgewinnen diesen Bedingungen genügen. Es zeigt sich, daß viele der häufig genannten Effizienzgewinne für eine Berücksichtigung nicht in Frage kommen, da eine oder mehrere der Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Abschließend wird der Frage nachgegangen, inwieweit das in den Leitlinien dargelegte Vorgehen bei der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Lage ist, eine aus ökonomischer Sicht bessere Fusionskontrolle zu ermöglichen. Es werden dabei alternative Möglichkeiten betrachtet, wie Effizienzgewinne bei Fusionskontrollentscheidungen in Rechnung gestellt werden können.

B. Effizienzgewinne – eine einfache Illustration

Bereits 1969 hat Williamson³ darauf aufmerksam gemacht, daß Effizienzgewinne, die durch einen Unternehmenszusammenschluß entstehen, die negativen Auswirkungen einer zunehmenden Konzentration mehr als ausgleichen können. Seine grundlegende Idee kann leicht an folgendem Beispiel illustriert werden. Es wird eine Situation unterstellt, in der eine Fusion von zwei Unternehmen, z. B. einem Cournot-Duopol, zu einem Monopolunternehmen stattfindet. Durch diesen Zusammenschluß wird die maximale Konzentration in einem Markt erreicht, d. h., eine marktbeherrschende Stellung des fusionierten Unternehmens wird etabliert. Allerdings könnte selbst eine solche Fusion, so Williamson, unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten wünschenswert sein, vorausgesetzt, durch die Fusion könnten Effizienzgewinne realisiert werden. Graphisch kann man sich eine derartige Fusion wie folgt vorstellen:

In Abbildung 1 ist eine Preis-Absatzfunktion sowie die dazugehörige Grenzerlösfunktion dargestellt. Angenommen, in einem Cournot-Duopol würde von den beiden Firmen insgesamt die Menge y^d angeboten werden. Der resultierende Marktpreis liegt in diesem Fall bei p^d . Die Konsumentenrente ist durch die Fläche adp^d und die Produzentenrente durch $p^d dgc^0$ bezeichnet. Die volkswirtschaftliche Rente ist gegeben durch $adgc^0$. Es treten Wohlfahrtsverluste in Form nicht realisierter Tauschgewinne in Höhe von dgi auf.

³ *Williamson* (1969).

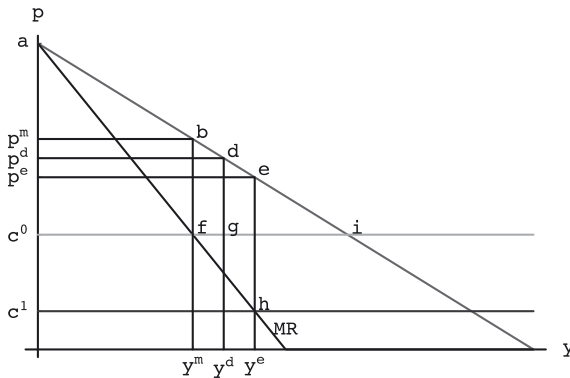


Abbildung 1: Effizienzgewinne: Zunahme an Konsumentenrente

Würden die Duopolisten sich zu einem Monopol zusammenschließen, dann würde dieses Unternehmen gemäß der Gewinnmaximierungsbedingung ‚Grenzerlös = Grenzkosten‘ eine Menge y^m anbieten und es würde sich am Markt der Preis p^m bilden. Die Menge ist geringer und der Preis höher als im Duopol. Die Konsumentenrente ist auf abp^m gesunken, die Produzentenrente ist auf $p^m b f c^0$ gestiegen, aber insgesamt hat die volkswirtschaftliche Rente abgenommen und die Wohlfahrtsverluste sind auf $b f i$ gestiegen.

Würde nun aber der Zusammenschluß dazu führen, daß sich die Kosten des fusionierten Unternehmens derart verändern, daß die Grenzkosten auf das geringere Niveau c^1 sinken würden, dann führt das gewinnmaximierende Verhalten des Monopolisten zu einer Menge y^e . Diese ist größer als die Menge, die das Duopol vor der Fusion angeboten hat und auch der resultierende Preis ist geringer: Statt p^d zahlen die Konsumenten nach der Fusion nur noch p^e .

Man beachte, daß sich in dieser Situation sowohl die Konsumenten als auch die Produzenten im Vergleich zur Duopolsituation verbessert haben. Konsumenten- und Produzentenrente sind auf aep^e bzw. $p^e h c^1$ gestiegen. Es ergibt sich eine Situation, die für alle Akteure vorteilhaft ist, die Fusion hat also in diesem Beispiel uneingeschränkt positive Auswirkungen und wäre daher aus volkswirtschaftlicher Sicht im Rahmen einer solchen komparativ-statischen Analyse wünschenswert.

Es könnte jedoch auch eine Situation eintreten, in der Effizienzgewinne zwar die Produzenten besserstellen, die Konsumenten aber verschlechtern. Dies wäre etwa eine Situation, wie sie in Abbildung 2 dargestellt ist: Hier ist zwar der Preis im Vergleich zur Monopolsituation ohne Effizienzgewinne geringer, aber er liegt oberhalb des Preises bei einem Duopol. Die volkswirtschaftliche Rente hat zwar zugenommen, aber nur die Produzenten haben von den Effizienzgewinnen profitiert.

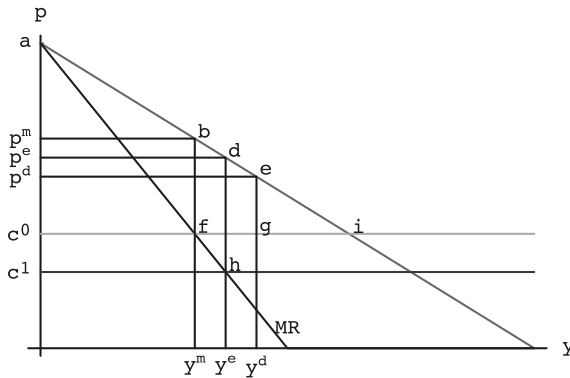


Abbildung 2: Effizienzgewinne: Zunahme an volkswirtschaftlicher Rente

Die Konsumentenrente verringert sich von aep^d auf adp^e , aber die Produzentenrente steigt von $p^d e g c$ auf $p^e d h c'$. Die Abnahme an Konsumentenrente ist geringer als die Zunahme an Produzentenrente. Insgesamt ist jedoch die volkswirtschaftliche Rente, d. h. die Summe von Produzenten- und Konsumentenrente gestiegen. Es stellt sich nun die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Fusion aufgrund dieser Effizienzgewinne genehmigt werden sollte.

C. Der Wohlfahrtsstandard

Um eine Aussage über die Wirkungen von Effizienzgewinnen treffen zu können, wurden bisher die etwas vagen Begriffe ‚wünschenswert‘, ‚vorteilhaft‘ etc. verwendet. Dies läßt sich aufgrund der obenstehenden Überlegungen nun präzisieren: Es kann eine Aussage über den Wohlfahrtsstandard gesagt werden, an dem Effizienzgewinne gemessen werden können. Analog zu den beiden Beispielen werden in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zwei verschiedene Konzepte diskutiert, mit deren Hilfe die Konsequenzen von Effizienzgewinnen beurteilt werden können.

Es handelt sich dabei zum einen um den sogenannten ‚consumer surplus‘ Ansatz, nach dem eine Fusion trotz Zunahme der Konzentration und der damit verbundenen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb genehmigt werden sollte, wenn die Konsumentenrente zunimmt. Dies ist offensichtlich genau dann der Fall, wenn der Preis des Produktes sinkt. Würde man diesen Standard zur Bewertung heranziehen, dann wäre eine Fusion immer dann zu genehmigen, wenn die Effizienzgewinne so groß sind, daß die Preise sinken (oder zumindest nicht steigen).

Der andere Ansatz ist das ‚total welfare‘ Konzept: Hier führt eine Fusion zwar zu einer Verringerung der Konsumentenrente, aber die Erhöhung der Produzenten-

rente ist so groß, daß die volkswirtschaftliche Rente, d. h. die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente dennoch zunimmt. Hier reicht, anders als beim consumer surplus-Konzept, ein einfacher Preistest nicht aus. Die volkswirtschaftliche Rente kann zunehmen, selbst wenn der Preis steigt.⁴

So würde bei Verwendung des ‚total welfare standards‘ in beiden dargestellten Fällen die Fusion genehmigt werden müssen, während unter Heranziehung des ‚consumer surplus standards‘ nur die erste Fusion genehmigungsfähig wäre. Welcher der beiden Standards zur Beurteilung von Effizienzgewinnen herangezogen werden sollte ist jedoch aus rein ökonomischer Sicht letztlich nicht eindeutig zu beurteilen, sondern ist letztlich eine normative, eine politische Entscheidung.⁵ Im allgemeinen präferieren Ökonomen den letzteren Wohlfahrtsstandard, da häufig die Ansicht vertreten wird, daß Wettbewerbspolitik nicht das Ziel haben sollte, nur die Interessen der Konsumenten zu vertreten, sondern vielmehr das Ziel haben sollte, die volkswirtschaftliche Rente zu maximieren.⁶

Es ist zu beachten daß bei einer derartigen Beurteilung von Effizienzgewinnen zwei Probleme zu berücksichtigen sind. Zum einen werden die Auswirkungen von Effizienzgewinnen bei diesen Wohlfahrtsstandards nur anhand der Veränderung des Preises beim ‚consumer surplus standard‘ bzw. anhand der Änderung der volkswirtschaftlichen Rente beim ‚total welfare standard‘ erfaßt. Dabei wird also implizit unterstellt, daß es sich bei den Effizienzgewinnen um Kosteneinsparungen bei der Herstellung der bisherigen Produkte handelt. Allerdings könnten Effizienzgewinne auch in der Form qualitativ verbesserter bzw. neuartiger Produkte auftreten. In diesen Fällen stößt diese Art der Analyse an ihre Grenzen. Zwar könnte eine Verbesserung der Qualität eines Produktes durch das Konzept des ‚quality corrected price‘⁷ berücksichtigt werden. Dieses würde in Rechnung stellen, daß ein qualitativ verbessertes Produkt, das zum gleichen Preis verkauft wird, im Grunde preiswerter geworden ist.

Allerdings können Effizienzgewinnen in der Form völlig neuer und anderer Produkte durch diesen Ansatz nicht erfaßt werden, denn es handelt sich dabei um eine Methode, die sich auf die Betrachtung eines Marktes beschränkt.⁸

Darüber hinaus wird durch die genannten Wohlfahrtsstandards eine Bewertung von Effizienzgewinnen aufgrund einer kurzfristigen komparativ-statischen Betrachtungsweise vorgenommen. Längerfristige dynamische Aspekte, wie z. B. die Veränderung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, des technischen Fort-

⁴ Zu diesen beiden Konzepten im Rahmen der Fusionskontrolle vgl. den Artikel von Neven/Röller (2000).

⁵ ‚The choice between the consumer welfare and total welfare standards is essentially a political one.‘ Ilkovic/Meiklejohn (2001), S. 18.

⁶ Röller et al. (2001), S. 54. Eine detaillierte Untersuchung der Frage, welcher Wohlfahrtsstandard verwendet werden sollte, findet sich in Motta (2004), S. 20–22.

⁷ Vgl. Rosen (1974).

⁸ Auf dieses Problem weist auch Strohm (2002) hin.

schritts, der Entstehung neuer Märkte, des Marktzutritts sowie der Kostenkontrollfunktion des Wettbewerbs im Zeitablauf können durch diese nicht berücksichtigt werden.⁹

Aber selbst wenn man längerfristige Aspekte aus der Betrachtung ausblenden würde, d.h. selbst bei strikt ökonomischer Betrachtung und Beurteilung allein anhand von Preis-Mengen-Beziehungen in einem komparativ-statischen Rahmen wäre die ökonomische Analyse mittels der beiden Wohlfahrtsstandards nicht völlig korrekt. Hierfür gibt es zwei Gründe:

1. Es handelt sich bei den Standards um rein partialanalytische Konzepte. Man weiß jedoch aus der Theorie des allgemeinen Gleichgewichtes, daß eine Veränderung auf einem Markt notwendig auch Veränderungen auf vielen Märkten in einer Volkswirtschaft nach sich ziehen können. Diese Auswirkungen auf anderen Märkten bleiben sowohl beim ‚consumer surplus‘ als auch beim ‚total welfare standard‘ unberücksichtigt.
2. Wenn in anderen Märkten der Wettbewerb bereits unvollständig ist, Oligopole oder Monopole existieren, dann könnte auch die Verringerung des Wettbewerbs zusammen mit einer eventuellen Preiserhöhung auf dem betrachteten Markt gesamtwirtschaftlich vorteilhaft sein, d. h. es könnten sogenannte ‚second-best‘ Effekte auftreten.¹⁰ Diese Effekte werden jedoch nicht betrachtet.

Diese Probleme entstehen sicherlich auch bei den herkömmlichen Analysen der negativen Auswirkungen einer Fusion ohne Berücksichtigung möglicher Effizienzgewinne, denn diese sind im allgemeinen alle rein partialanalytischer Natur. Wenn man jedoch Effizienzgewinne in die Betrachtung einbeziehen möchte, dann wird dieses Problem insofern verschärft, als Effizienzen häufig auch durch die Entwicklung neuer Produkte, die anderen Märkten zuzurechnen sind, auftreten können. Um jedoch derartige Effizienzen erfassen und berücksichtigen zu können, muß im Grunde ein Modell des allgemeinen Gleichgewichts herangezogen werden. Dies ist im Prinzip möglich und wird in einigen Bereichen der Wirtschaftswissenschaft, so z. B. bei der Steuerwirkungsanalyse und im Umweltbereich, erfolgreich durchgeführt. Sogenannte CGE-Modelle (computable general equilibrium) erlauben die Vorhersage der Auswirkungen von Steueränderungen auf Preise, Mengen und die Wohlfahrt. Diese Modelle unterstellen allerdings auf den Märkten bei allen Akteuren Preisnehmerverhalten, d. h. strategische Interaktionen werden nicht berücksichtigt. Dies mag bei der Steueranalyse oder im Umweltbereich eine vernünftige Annahme sein, sie ist es jedoch nicht für die Untersuchung von Märkten mit unvollständigem Wettbewerb, bei denen sich die Unternehmen gerade nicht als Mengenanpasser oder Preisnehmer verhalten. Um nun aber die Auswirkungen von Effizienzen, die auf anderen Märkten entstehen, ermitteln zu können, müßte ein

⁹ Vgl. Schmidt (2004).

¹⁰ Zur Theorie des ‚second best‘ vgl. Lipsey/Lancaster (1956) bzw. in einem Modell des allgemeinen Gleichgewichtes Foster/Sonnenschein (1970).

Modell des allgemeinen Gleichgewichts mit unvollständigem Wettbewerb verwendet werden, um die Auswirkungen der Erhöhung der Konzentration in einem Markt und mögliche second-best Effekte zu ermitteln. Denn es könnte ja im Prinzip der Fall eintreten, daß die Erhöhung der Konzentration in einem Markt gesamtwirtschaftlich positive Auswirkungen hat, da auf anderen Märkten wünschenswerte second-best Effekte auftreten. Oder Effizienzen in einem Markt können die Wettbewerbsverringern in einem anderen kompensieren. Allerdings stellt sich bei einer derartigen Analyse das Problem, daß die Theorie des allgemeinen Gleichgewichts mit unvollständigem Wettbewerb erst in ihren Anfängen steckt und es unseres Wissens noch kein brauchbares berechenbares Modell des allgemeinen Gleichgewichtes mit unvollständiger Konkurrenz gibt.

Ungeachtet der Schwierigkeiten, die sich einer Analyse von Effizienzgewinnen in den Weg stellen und unabhängig von den Wohlstandsstandards und ihres partial-analytischen Rahmens kann man eine Vielzahl von Szenarien konstruieren, in denen durch eine Fusion die Effizienz des neuen Unternehmens so zugenommen hat, daß aus volkswirtschaftlicher Sicht der Zusammenschluß wünschenswert wäre. Dies gilt nicht nur im hier betrachteten kurzfristigen komparativ-statischen Modell, sondern Effizienzgewinne können auch, durch positive Auswirkungen auf Forschung und Entwicklung, auf die Innovationstätigkeit und den technischen Fortschritt, langfristig positive Auswirkungen für die Volkswirtschaft haben. Es ist sogar zu vermuten, daß diese langfristigen Effekte, wenn sie auftreten, bedeutsamer sind als die kurzfristigen. Allerdings sind empirische Untersuchungen über den Zusammenhang zwischen Konzentration und Innovationstätigkeit sowie dem Auftreten derartiger Effizienzgewinne erfolgreicher Innovationen nicht aufschlußreich.¹¹

Daß daher Effizienzen bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen berücksichtigt werden sollten, steht, zumindest aus ökonomischer Sicht, außer Frage. Dies wird auch schon dadurch deutlich, daß Wettbewerbsökonomien, die im allgemeinen recht divergente Positionen vertreten haben, wie z. B. Williamson und Bork, zu der gleichen Ansicht gelangt sind: Williamson hat den Trade-off zwischen Effizienzgewinnen und Wohlfahrtsverlusten erstmalig thematisiert und sagt hierzu: ‚if neither the courts nor the enforcement agencies are sensitive to these considerations (efficiencies, Anmerkung des Verfassers), the system fails to meet a basic test of economic rationality. And without this the whole enforcement system lacks for defensible standards and becomes suspect.‘¹² Bei Bork heißt es zu diesem Thema: ‚There can be no rational antitrust policy that does not recognize and give weight to productive efficiency, and wide areas of present law are irrational precisely they do not.‘¹³

Es stellt sich jedoch die Frage, in welcher Weise Effizienzgewinne bei der Beurteilung von Fusionen Berücksichtigung finden sollten. Die neuen Leitlinien der

¹¹ Einen Überblick über diese Thematik findet sich in *Scherer / Ross* (1990), S. 630–660.

¹² *Williamson* (1968) S. 34.

¹³ *Bork* (1978), S. 125.

Europäischen Kommission für Wettbewerb erlauben eine Berücksichtigung von Effizienzgewinnen durch ein Verfahren ähnlich dem, wie es von *Röller, Stennek* und *Verboven* (1999) vorgeschlagen wurde. Unterhalb eines bestimmten Schwellenwertes des Herfindahl-Hirschmann Index bzw. seiner Veränderung aufgrund der Fusion bestehen keine wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluß und sie wird im allgemeinen genehmigt werden, ohne daß eine nähere Analyse möglicher Effizienzgewinne erfolgt. Es handelt sich dabei also um einen ‚safe harbour‘. Oberhalb einer weiteren, höheren Schranke werden Fusionen im allgemeinen abgelehnt. ‚Es ist höchst unwahrscheinlich, dass ein Zusammenschluss, der zu einer Marktstellung führt, die einem Monopol nahekommt oder ein ähnliches Maß an Marktmacht erbringt, mit der Begründung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden könnte, dass Effizienzvorteile ausreichen würden, den möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen entgegenzuwirken.‘¹⁴

Im Bereich zwischen dem unteren und dem oberen Schwellenwert könnten Effizienzgewinne geltend gemacht werden. Diese werden umso eher Berücksichtigung finden, je besser sie die in den Leitlinien angeführten Bedingungen erfüllen.

D. Anforderungen an die Effizienzen

Die Leitlinien sehen vor, daß Effizienzgewinne eine Reihe von Eigenschaften aufweisen sollten, um berücksichtigungsfähig zu sein. Demnach müssen Effizienzgewinne

- signifikant und wirkungsam sein,¹⁵
- fusionspezifisch sein,¹⁶
- relativ schnell realisiert werden,¹⁷
- verifizierbar sein und¹⁸

¹⁴ *EU-Kommission* (2004), Nr. 84.

¹⁵ ‚Deshalb sollten die Effizienzvorteile erheblich sein . . .‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 79. ‚Bei der Ermittlung der Frage, ob Effizienzvorteile zu Netovorteilen für die Verbraucher führen, fallen Rückgänge bei den variablen und den Grenzkosten stärker ins Gewicht als eine Senkung der Fixkosten, da erstere grundsätzlich eher zu niedrigeren Preisen zugunsten der Verbraucher führen.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 80.

¹⁶ ‚Effizienzvorteile sind für die wettbewerbliche Würdigung erheblich, wenn sie eine unmittelbare Folge des angemeldeten Zusammenschlusses sind und nicht in ähnlichem Umfang durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erzielt werden können. Unter diesen Umständen wird davon ausgegangen, dass die Effizienzvorteile durch den Zusammenschluss bedingt und somit fusionspezifisch sind.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 85.

¹⁷ ‚Effizienzvorteilen kann von der Kommission umso weniger Gewicht eingeräumt werden, je weiter deren Erbringung in die Zukunft projiziert wird. Deshalb müssen sich die Effizienzvorteile innerhalb eines überschaubaren Zeitraums einstellen, damit sie als ausgleichender Faktor gewürdigt werden können.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 83.

- an die Konsumenten weitergegeben werden;¹⁹
- darüber hinaus sollten sie möglichst quantifiziert werden²⁰
- sollten auf den relevanten Märkten anfallen, auf denen mit Wettbewerbsbeschränkungen zu rechnen ist.²¹

Dabei sind Effizienzen vor allem dann als wirksam einzuschätzen, wenn sie die realen Kosten des Unternehmens verringern. In diesem Zusammenhang werden häufig Größenvorteile (economies of scale) und Verbundvorteile (economies of scope) angeführt.

Fusionsspezifisch sind Effizienzgewinne dann, wenn sie nicht durch weniger wettbewerbschädliche Maßnahmen, wie z. B. eine Forschungs- oder Einkaufskooperation, erreicht werden können. Dabei sollten vor allem solche Maßnahmen in Betracht gezogen werden, die in der jeweiligen Industrie gängige Praxis und nicht völlig unüblich, kostenträchtig und schwierig durchzuführen sind.

Weiterhin sollten die Effizienzgewinne relativ schnell eintreten. Dies hat mehrere Gründe: Zum einen ist zu befürchten, daß Wettbewerbsbeschränkungen bereits relativ kurze Zeit nach der Fusion eintreten können und daher zügig durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden sollten; zum anderen sind Effizienzgewinne, die erst längere Zeit nach der Fusion eintreten, auf den Gegenwartszeitpunkt zu diskontieren und haben daher ein geringeres Gewicht. Schließlich ist die Vorhersage von erst spät anfallenden Effizienzgewinnen deutlich problematischer.

Effizienzgewinne sollten darüber hinaus verifizierbar sein, d. h. es muß die Möglichkeit bestehen, zu überprüfen, daß Effizienzgewinne mit einer hohen Wahrscheinlichkeit auftreten werden. Dabei wird davon ausgegangen, daß im allgemeinen die Unternehmen über bessere Informationen über mögliche Effizienzen verfügen als die Wettbewerbsbehörden und daher für das Vorliegen dieser Effizienzvorteile beweispflichtig sind. Es ist jedoch dabei zu berücksichtigen, daß es sich

¹⁸ ‚Die Effizienzvorteile müssen nachprüfbar sein, damit die Kommission davon ausgehen kann, dass sie sich einstellen werden, und so erheblich sein, dass sie einer möglichen Benachteiligung der Verbraucher durch den Zusammenschluß entgegenwirken.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 86.

¹⁹ ‚Behauptete Effizienzvorteile werden daran gemessen, dass die Verbraucher durch den Zusammenschluss nicht benachteiligt werden.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 79.

²⁰ ‚Die Effizienzvorteile und die daraus resultierenden Vorteile für die Verbraucher sollten nach Möglichkeit mit Zahlenangaben untermauert werden.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 86.

²¹ ‚Deshalb sollten die Effizienzvorteile ... den Verbrauchern in den relevanten Märkten zugute kommen, in denen ansonsten Wettbewerbsbedenken entstehen könnten.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 79. Dies scheint jedoch in einem gewissen Widerspruch zu No. 81 zu stehen wo es heißt: ‚Die Verbraucher können auch Vorteile aufgrund neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen haben, die sich z. B. aus Effizienzgewinnen in den Bereichen Forschung und Entwicklung und Innovation ergeben.‘ *EU-Kommission* (2004), Nr. 81. Man könnte dies so interpretieren, daß Effizienzgewinne durch neue oder verbesserte Produkte oder Dienstleistungen nur berücksichtigt werden, wenn sie auf den Märkten auftreten, auf denen mit Wettbewerbsbeschränkungen durch die Fusion zu rechnen ist.

bei den behaupteten Effizienzaussagen nur um Prognoseaussagen handeln kann. Zur Verifikation der behaupteten Externalitäten können z. B. firmeninterne Dokumente vorgelegt werden, wobei insbesondere solche Unterlagen Berücksichtigung finden, die vor der Fusionsentscheidung entstanden sind. Weiterhin sind Aussagen des Managements gegenüber den Eigentümern, historische Beispiele von Effizienzgewinnen und die Aussagen externer Gutachter von Bedeutung.

Die Forderung, daß die Konsumenten durch die Fusion nicht schlechter gestellt werden dürfen, deutet darauf hin, daß die Leitlinien einen ‘consumer surplus’ Standard verwenden. Effizienzgewinne, die nur den Produzenten zugute kommen, können gemäß den Leitlinien nicht berücksichtigt werden.

Fast alle diese Bedingungen sind aus ökonomischer Sicht sinnvoll – eine gewisse Skepsis scheint bei der letztgenannten Forderung angebracht, daß die Effizienzgewinne auf den relevanten Märkten anfallen sollen, auf denen auch mit den Wettbewerbsbeschränkungen gerechnet wird. Eine Reihe von Effizienzvorteilen und möglicherweise sehr bedeutsame, werden vermutlich auch dadurch entstehen, daß die Forschungs- und Entwicklungsmöglichkeiten des fusionierten Unternehmens sich verbessern und neuartige Produkte entwickelt werden, die auf anderen Märkten gehandelt werden als denen, auf denen Wettbewerbsbeschränkungen auftreten. Die Konsumenten würden aber von den neuentwickelten Produkten sehr stark profitieren, dieser Wohlfahrtsgewinn würde jedoch nicht berücksichtigt werden.

E. Effizienzen aus ökonomischer Sicht

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur werden unterschiedliche Typologien zur Klassifikation von Effizienzgewinnen verwendet.²² So basiert eine Klassifikation auf dem Konzept der Produktionsfunktion. Gemäß dieser Klassifikation unterscheidet man zwischen Rationalisierungsgewinnen, Größenvorteilen, Verbundvorteilen, technischem Fortschritt, Vorteile bei der Beschaffung sowie der Verringerung von X-Ineffizienzen (slack). Hierbei können diese Effizienzen weiter differenziert werden in solche, die ohne Änderungen der Produktionsfunktionen, d. h. der technischen Möglichkeiten der fusionierenden Unternehmen, zustande kommen, sogenannte technische Effizienzen, und solche, die eine Änderung der Produktionsmöglichkeiten der fusionierten Firmen bewirken, sogenannte Synergieeffekte.

Andere Typologisierungen beziehen sich auf statische versus dynamische Effizienzen, d. h., es wird unterschieden zwischen Effizienzen, die zu einer einmaligen Verbesserung der Produktionsbedingungen führen, und solchen, die den technischen Fortschritt selbst beeinflussen, also den ökonomischen Rahmen durch neue Verfahren oder Produkte beständig verändern.

²² Eine Übersicht über verschiedene Klassifikationsschemata findet sich in *Röller et al.* (2001) sowie im 6. Hauptgutachten der Monopolkommission.

Die Unterscheidung zwischen realen und pekuniären Effizienzen bezieht sich darauf, ob reale Kosten, z. B. der Produktion, eingespart werden können, oder ob es sich um reine Umverteilungsgewinne, wie z. B. Steuerersparnisse, handelt.

Effizienzen können auf verschiedenen Ebenen auftreten: Auf der Ebene einer einzelnen Produktionsstätte, einer Unternehmung, oder einer gesamten Industrie. Außerdem können sie auf dem Markt bzw. den Märkten auftreten, auf den die Unternehmen aktiv sind, oder es können Effizienzen anfallen, die sich auf anderen Märkten auswirken. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn ein fusioniertes Unternehmen in die Lage versetzt würde, ein neues und andersartiges Produkt anzubieten, das bisher von den Unternehmen nicht hergestellt wurde.

Es scheint, daß für die wettbewerbliche Beurteilung von Effizienzgewinnen in erster Linie die Unterscheidung herangezogen wird, die auf dem Konzept der Produktionsfunktion basiert. Daneben wird auch die Unterscheidung zwischen statischen und dynamischen Effizienzgewinnen verwendet. Pekuniäre Effizienzen werden im Rahmen der Fusionskontrolle im allgemeinen nicht als berücksichtigungswert angesehen, da hierdurch keine realen Ressourcen eingespart werden, sondern lediglich eine Umverteilung stattfindet.

I. Rationalisierung, Größen- und Verbundvorteile

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob und inwieweit die in der Literatur zumeist angeführten Effizienzen die in den neuen Leitlinien genannten Kriterien der Geeignetheit, Verifizierbarkeit, Quantifizierbarkeit etc. erfüllen. Hierbei werden zuerst die technischen Effizienzen betrachtet, zu denen die Rationalisierungsgewinne und die Skalenerträge gehören. Im Anschluß daran werden Effizienzen diskutiert, die aufgrund von Vorteilen auf den Beschaffungsmärkten oder durch die Vermeidung von Ineffizienzen auftreten können.

1. Rationalisierungsgewinne

Rationalisierungsgewinne können z. B. dann auftreten, wenn zwei Unternehmen durch eine Verlagerung der Produktion von einem Unternehmen zum anderen Kosteneinsparungen realisieren können. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn zwei Unternehmen vor der Fusion nicht im Minimum ihrer jeweiligen Durchschnittskosten produziert haben. Nach einer Fusion kann die Produktion dann zwischen den Unternehmen so aufgeteilt werden, daß beide sich dem Minimum ihrer jeweiligen Durchschnittskosten annähern. Die gleiche Outputmenge könnte dann zu insgesamt geringeren Kosten hergestellt werden.

2. Skalenerträge

Eine weitere Form von Effizienzgewinnen kann durch zunehmende Skalenerträge (economies of scale) auftreten. Diese liegen dann vor, wenn die Stückkosten der Herstellung mit steigender Stückzahl abnehmen. Dabei sollte zwischen kurz- und langfristigen Skalenerträgen unterschieden werden. Kurzfristig bedeutet dabei, daß der Kapitalbestand fix ist, während langfristige Skalenerträge durch die Koordination der Investitionsentscheidungen der beiden Firmen erzielt werden können, d. h. durch Veränderungen des Kapitalbestandes und der Produktionsmöglichkeiten. Diese zwei Formen von Effizienzgewinnen werden nach *Neven/Seabright* (2002) als technische Effizienzen (ohne Änderung der Produktionsmöglichkeiten) bzw. Synergien (mit Änderung der Produktionsmöglichkeiten) bezeichnet

Kurzfristige Skalenerträge können z. B. durch das Vermeiden einer unnötigen Duplikation bestimmter fixer Faktoren erzielt werden. Hierzu gehören z. B. die Buchhaltung, die EDV, die Personalabteilung oder die Beschaffung. Diese Abteilungen sind vor einer Fusion in beiden Unternehmen vorhanden. Da die Kosten dieser Abteilungen im allgemeinen von der Outputmenge unabhängig sind, handelt es sich bei diesen Kosten um fixe Kosten. Nach einer Fusion könnten nun einige dieser Abteilungen geschlossen und die damit verbundenen fixen Kosten reduziert werden. Dies führt zu einer Verringerung der Stückkosten.

Zu den langfristigen Skalenerträgen gehören u. a. Gewinne aus einer Spezialisierung der Produktion in verschiedenen Betrieben. Während vor der Fusion mehrere unterschiedliche Produkte in einem Betrieb hergestellt werden mußten, kann nach einer Fusion jedes Produkt in einem spezialisierten Betrieb hergestellt werden. Manche Technologien können sinnvoll erst ab einer bestimmten Mindestmenge eingesetzt werden, die von einer einzelnen Firma nicht erreicht wird, aber vom fusionierten Unternehmen. Durch die Verwendung der neuen Technologie können nach dem Zusammenschluß Effizienzgewinne realisiert werden. Weiterhin kommen als Ursachen für zunehmende Skalenerträge sogenannte volumetrische Effekte (die Oberfläche eines Körpers wächst in der zweiten, das Volumen in der dritten Potenz) in Frage sowie Einsparungen, die aufgrund verringerter Vorhaltung von z. B. Reservemaschinen erzielt werden können.

Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit technische Effizienzen und Synergien die in den Leitlinien genannten Bedingungen erfüllen. Vor allem bei den technischen Effizienzen ist aus mehreren Gründen eine gewisse Skepsis angebracht.

So handelt es sich bei Rationalisierungsgewinnen um reale Kosteneinsparungen, die aus volkswirtschaftlicher Sicht begrüßenswert sind. Diese Effizienzgewinne wären daher geeignet im Sinne der Leitlinien. Da sich aber bei Rationalisierungsgewinnen wie auch bei anderen technischen Effizienzen die Produktionsmöglichkeiten der beteiligten Unternehmen nicht verändern, könnten diese im Prinzip auch durch andere Mittel erreicht werden als durch einen Zusammenschluß. So könnten zunehmende Skalenerträge auch durch internes Wachstum eines Unternehmens

erreicht werden. Das weniger effiziente bzw. das langsamer wachsende würde dann Marktanteile verlieren oder vom Markt verschwinden. Derartige Effizienzgewinne wären also nicht fusionsspezifisch. Es ist also nicht klar, ob diese technische Effizienzen die Bedingung erfüllen, spezifisch für die Fusion zu sein: ‚Technical efficiencies are ones that could in principle be achieved by other means than a merger; they are not intrinsically merger specific.‘ ‚For instance, internal growth of the most efficient merging party and a reduction in the operation (exit) of the least efficient one would achieve rationalisation efficiencies.‘²³

Weiterhin ist bei kurzfristigen Skalenerträgen aufgrund einer Senkung der fixen Kosten die Bedingung eines ‚consumer pass-on‘ vermutlich nicht erfüllt. Da es sich um eine Senkung der fixen Kosten handelt, gehen diese nicht in die Preisberechnung eines gewinnmaximierenden Unternehmens ein, da hierfür die Grenzkosten ausschlaggebend sind. Aus diesem Grunde ist es sehr zweifelhaft, ob eine Reduktion dieser Kosten innerhalb eines überschaubaren Zeitraums an die Konsumenten weitergegeben wird. Man könnte sich jedoch bei langfristiger Betrachtung vorstellen, daß aufgrund von Marktzutritten auch eine Senkung der Fixkosten positive Auswirkungen auf die Konsumenten hat.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob andere technische Effizienzen, die die Produktionsmöglichkeiten der beteiligten Unternehmen nicht verändern, an die Konsumenten, zumindest teilweise, weitergegeben werden. Hier ist jedoch aufgrund theoretischer Untersuchungen eine gewisse Skepsis angebracht. In einem Modell des Mengenwettbewerbs mit einem homogenen Gut haben *Farell/Shapiro* (1990) gezeigt, daß Effizienzgewinne in Form einer reinen Produktionsverlagerung ohne das Vorliegen von Synergieeffekten, d. h. ohne eine Veränderung der Produktionsmöglichkeiten, nicht zu einer Senkung des Marktpreises führen werden. Dies ist das sogenannte ‚no synergies‘ Theorem von *Farell/Shapiro* (1990, 2001). Die Intuition für diese Ergebnis ist leicht einzusehen: Wenn ein Unternehmen eine geringere Menge anbietet als im Minimum seiner Durchschnittskosten, dann wird es dies deswegen tun, weil eine Outputerhöhung mit einer Preissenkung verbunden wäre, die die Verringerung der Kosten überkompensiert. Wenn dies für ein einzelnes Unternehmen gilt, dann wird es für ein fusioniertes Unternehmen erst recht zutreffen, denn die Preissenkung wirkt nach der Fusion nun auf die Outputmenge beider Unternehmen und dies macht eine Outputerhöhung weniger attraktiv. Wenn also die produktiven Möglichkeiten der Unternehmen durch eine Fusion nicht verändert werden und Kosteneinsparungen nur aufgrund einer Produktionsverlagerung realisiert werden können, dann ist nicht mit einer Preissenkung zu rechnen. Dies gilt auch für den Fall, in dem es zu Markteintritten aufgrund gestiegener Preise kommt.²⁴

Dies deutet darauf hin, daß sogenannte Synergieeffekte erforderlich sind, um eine Preissenkung für das Produkt des Unternehmens, d. h. einen ‚consumer pass-

²³ *Neven/Seabright* (2003), S. 7 f.

²⁴ Vgl. *Spector* (2002).

on', herbeizuführen. Bei Synergieeffekten handelt es sich um all diejenigen Effekte, die dazu führen, daß die produktiven Möglichkeiten des fusionierten Unternehmens zunehmen bzw. die Kosten des fusionierten Unternehmens unter den Kosten der einzelnen Unternehmen liegen. Diese Synergieeffekte könnten z. B. dann entstehen, wenn die beiden Unternehmen komplementäre Patente besitzen, die es nach einer Fusion erlauben, mit einer neuen, kostengünstigeren Technologie zu produzieren. Wenn also derartige Synergieeffekte durch eine Fusion erzielt werden könnten, dann sollten diese bei Effizienzerwägungen ein größeres Gewicht erhalten als die rein technischen Effizienzgewinne. Eine wichtige Form, in der solche Synergieeffekte auftreten können, sind sogenannte ‚economies of scope‘ bzw. Verbundvorteile.

3. Verbundvorteile

Verbundvorteile können dann auftreten, wenn die Produktion mehrerer, verschiedener Güter in einem Unternehmen günstiger ist als die Produktion nur eines Gutes. Wenn die fusionierenden Unternehmen unterschiedliche Güter herstellen, dann wird die fusionierte Firma zu einem Mehrproduktunternehmen. So können Verbundvorteile z. B. auftreten, wenn die Herstellung zweier Güter einen gemeinsamen Input erfordert, der in größeren Mengen günstiger beschafft werden kann. Oder die Weitergabe von Wissen in einem Unternehmen kann bedeutend einfacher sein als zwischen zwei unabhängigen Firmen.

Es stellt sich nun die Frage, welche Eigenschaften die Kostenfunktion des fusionierten Unternehmens aufweisen muß, damit eine Kostensenkung im Vergleich zu den Kosten bei Produktion in unabhängigen Unternehmen erfolgt. Denn, wie oben dargestellt wurde, ist nur im Fall einer Kostensenkung damit zu rechnen, daß Konsumenten von einer Fusion profitieren können.

Aus der Wirtschaftstheorie ist bekannt, daß zunehmende Skalenerträge in jeder Firma nicht ausreichend sind, um Verbundvorteile zu gewährleisten, denn nach der Fusion der Firmen können auch ‚diseconomies of scope‘ auftreten. Eine Fusion führt also nicht schon dann zu Effizienzgewinnen, wenn bei jedem Unternehmen in der Produktion der eigenen Güter zunehmende Skalenerträge vorliegen. Aber selbst wenn zusätzlich zu den zunehmenden Skalenerträgen auch Verbundvorteile vorliegen, bedeutet dies nicht, daß die Kosten nach der Fusion geringer sein werden.²⁵

Eine hinreichende Bedingung dafür, daß die Kosten der fusionierten Firma sinken, ist die Subadditivität der Kostenfunktion des fusionierten Unternehmens. Subadditivität bedeutet, daß es günstiger sein muß, einen bestimmten Output in nur einem Unternehmen herzustellen, als die Herstellung dieses Outputs auf mehrere Unternehmen aufzuteilen. ‚Expressed in a different way, sub-additivity but not

²⁵ ‚Economies of scale and economies of scope (in the relevant range), together, do not suffice to guarantee that a merger will reduce cost.‘ *Stennek / Verboven* (2001) S. 149.

scale economies is the relevant concept to use in judging if a full merger is the best way to achieve cost efficiency.²⁶

Allerdings charakterisiert nun die Eigenschaft der Subadditivität der Kostenfunktion ein Unternehmen, das im allgemeinen als natürliches Monopol bezeichnet wird, wenn sich die Subadditivität auf einen größeren Bereich des Outputs erstreckt. In einem solchen Fall würde das Unternehmen aufgrund seiner Technologie andere Firmen vom Markt verdrängen können und würde dann eine Monopolstellung erreichen. Zwar ist ein natürliches Monopol aufgrund des Verlaufes der Kostenfunktion die technisch günstigste Weise, die betreffenden Güter zu produzieren. Allerdings bedürfte ein solches Monopol der Regulierung, d. h. im allgemeinen einer Preisregulierung, um zu verhindern, daß dieses Unternehmen seine Marktmacht ausnutzt. Diese mittel- oder langfristigen Kosten der Regulierung müßten bei den Erwägungen über Effizienzgewinne in Rechnung gestellt werden.

II. Vorteile auf den Beschaffungsmärkten

Andere Effizienzgewinne könnten dadurch realisiert werden, daß das fusionierte und daher größere Unternehmen durch Abnahme größerer Mengen günstigere Konditionen erzielt. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Zulieferer ein marktmächtiges Unternehmen ist, das Preisdiskriminierung zweiten Grades betreibt, also Mengenrabatte gewährt. Es könnte sich dabei um reale Kosteneinsparungen handeln, wenn das Zulieferunternehmen mit fallenden Durchschnittskosten operiert. Allerdings wäre bei dieser Art von Effizienzgewinnen die Frage zu stellen, ob es eine Möglichkeit gibt, diese Effizienzgewinne durch weniger wettbewerbsschädliche Methoden zu erreichen als durch einen Zusammenschluß. Man könnte hier z. B. an eine Einkaufsgenossenschaft denken, die die Nachfrage mehrerer Unternehmen bündelt und dadurch die gleichen Kosteneinsparungen bzw. Rabatte realisieren könnte.

Des weiteren könnte durch den Zusammenschluß die Verhandlungsmacht des fusionierten Unternehmens gewachsen sein, so daß es in der Lage ist, gegenüber den Zulieferern bessere Konditionen durchsetzen zu können. Dabei sollte es sich nicht nur um eine reine Umverteilung handeln, sondern es sollten reale Kosteneinsparungen vorliegen. Hier muß unterschieden werden zwischen einer Situation, in der auf dem Inputmarkt nur geringe Marktmacht vorliegt und der, in der auf dem Beschaffungsmarkt ein oder mehrere marktmächtige Unternehmen tätig sind.

Eine Erhöhung der Konzentration bzw. der Marktmacht des fusionierten Unternehmens (Monopson bzw. Oligopson) gegenüber einem wettbewerblichen Beschaffungsmarkt wird tendenziell negative Auswirkungen auf die Wohlfahrt haben. Zwar könnte ein Monopson durch strategische Zurückhaltung der Nach-

²⁶ Stennek / Verboven (2001), S. 150.

frage die Inputpreise senken, aber dies würde zu einem geringeren Angebot auf dem Outputmarkt und höheren Preisen für die Konsumenten führen.

Besteht auf dem Beschaffungsmarkt selbst schon eine gewisse Marktmacht, dann könnte durch die Fusion eine Gegenmacht (countervailing power) geschaffen werden.²⁷ Das fusionierte Unternehmen könnte dann bessere Konditionen gegenüber der marktmächtigen Gegenseite durchsetzen. Ob diese günstigeren Konditionen jedoch an die Konsumenten weitergegeben werden hängt davon ab, ob das fusionierte Unternehmen auf dem Outputmarkt selbst über eine gewisse Marktmacht verfügt oder nicht. Wenn das Unternehmen nicht über Marktmacht auf dem Outputmarkt verfügt, dann könnte man davon ausgehen, daß der Wettbewerb das fusionierte Unternehmen dazu zwingt, die Effizienzgewinne auf dem Beschaffungsmarkt an die Konsumenten weiterzugeben. Hat das Unternehmen jedoch selbst Marktmacht auf dem Outputmarkt, – diese Situation ist wohl im Rahmen einer Effizienzverteidigung die wahrscheinlichere – dann ist nicht notwendig mit einer Weitergabe der Effizienzgewinne zu rechnen. Es hängt davon ab, ob der negative Effekt der erhöhten Marktmacht auf dem Outputmarkt größer oder kleiner ist als der positive Effekt der Effizienzgewinne auf dem Beschaffungsmarkt.²⁸

Weiterhin könnte ein Zusammenschluß dazu führen, daß das fusionierte Unternehmen über bessere Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung verfügt. Allerdings wird dieses Argument in der Literatur zum Teil recht kritisch gesehen: ‚Moreover capital markets are generally efficient and there is no persuasive reason to recognize capital-raising savings as efficiencies, absent a strong showing that the merger would address identifiable capital market imperfections.‘²⁹ Solche Unvollkommenheiten könnten z. B. aufgrund asymmetrischer Informationen vorliegen. Aufgrund von Informationsasymmetrien über die Riskanz und mögliche Erträge, insbesondere bei kleinen und expandierenden Firmen, kann der Fall eintreten, daß ein kleines Unternehmen Schwierigkeiten hat, das erforderliche Kapital zu beschaffen. Wenn sich nun zwei kleine Unternehmen zusammenschließen oder eine kleine Firma von einer großen gekauft wird, dann könnten sich die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung verbessern und die damit verbundenen Kosten gesenkt werden.

III. Verringerung von Slack und von X-Ineffizienzen

Ein weiteres Argument für eine Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle wird darin gesehen, daß der Markt für externe Unternehmenskontrolle, besser funktioniert und dadurch ‚managerial slack‘ vermieden werden kann. Wird dadurch, daß Effizienzgewinne bei Fusionsentscheidungen nicht berücksich-

²⁷ Zum Argument der ‚countervailing power‘ vgl. z. B. *Dobson/Watson* (1997) sowie von *Ungern-Sternberg* (1996).

²⁸ Vgl. *de la Mano* (2002), S. 66, *Röller et al.* (2001), S. 46.

²⁹ *de la Mano* (2002), S. 66.

tigt werden, eine Unternehmensübernahme schwieriger, dann könnte es eher zum Auftreten von ‚managerial slack‘ kommen, da der Markt für externe Unternehmenskontrolle weniger effizient ist. Allerdings wird dieses Argument in der Literatur eher skeptisch beurteilt: ‚Empirical evidence, however, does not seem to give strong support for this ‚management discipline‘ theory given the alternative defensive mechanisms available to prevent a hostile takeover.‘³⁰

Die Literatur über den Zusammenhang zwischen Wettbewerb und X-Ineffizienzen hat verschiedene Aspekte dieser Frage untersucht. So liegen einige Analysen über die Verbindungen zwischen finanziellen Aspekten, Informations- sowie strategischen Aspekten vor. Allerdings konnten noch keine eindeutigen Schlußfolgerungen gezogen werden. ‚Perhaps surprisingly, the emerging picture of these studies is that the effect of competition on internal efficiency may be positive or negative.‘³¹

Was die Auswirkungen von Fusionen auf die interne Effizienz von Unternehmen durch eine Veränderung der Wettbewerbsintensität betrifft, liegen noch keine theoretischen Analysen vor.

IV. Technischer Fortschritt

Eine weitere Form der Realisierung von Kosteneinsparungen besteht in der Vermeidung einer Duplikation der Kosten von Forschungs- und Entwicklungsabteilungen der fusionierenden Unternehmen. Zum einen impliziert dies eine Reduktion fixer Kosten, die jedoch im allgemeinen keinen großen Einfluß auf die Preispolitik eines Unternehmens haben wird. Zum anderen könnte eine Reduzierung der Ausgaben für Forschung und Entwicklung positive Effekte haben, wenn die beiden Unternehmen sich in einem Patentrennen befinden, so daß eine ineffizient große Investition in F&E vorgenommen wurde. Allerdings könnte auch die Situation vorliegen, daß es aus volkswirtschaftlicher Sicht effizient wäre, wenn beide Firmen jeweils ein eigenes Forschungslabor betreiben würden. Dies gilt z. B. dann, wenn es gesamtwirtschaftlich erwünscht ist, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, bestimmte Entdeckungen zu machen, was im allgemeinen der Fall ist, wenn die Kosten für Forschung und Entwicklung nicht allzu hoch sind und eine mittlere Wahrscheinlichkeit besteht, die Entdeckung zu machen. Es wäre also zu überprüfen, welche Situation bei der Beurteilung einer bestimmten Fusion vorliegt, um eine Aussage treffen zu können, inwieweit eine Senkung der Ausgaben für Forschung und Entwicklung sinnvoll wäre.

Weitere Effizienzgewinne ließen sich darüber hinaus dann realisieren, wenn die fusionierenden Unternehmen vor dem Zusammenschluß komplementäre Forschungsprogramme durchgeführt haben. Nach der Fusion würden die jeweiligen,

³⁰ *de la Mano* (2002), S. 68.

³¹ *Röller et al.* (2001) S. 49.

sich ergänzenden Forschungsergebnisse zusammengeführt werden, so daß z. B. neue oder verbesserte Produkte bzw. Herstellungsverfahren realisiert werden könnten. In diesem Zusammenhang ergäben sich gegebenenfalls auch zunehmende Skalenerträge in F&E. Analog gilt diese Überlegung auch für den Fall, in dem die Unternehmen komplementäre Patente innehaben. Nach dem Zusammenschluß würden sich in einem solchen Fall z. B. Möglichkeiten ergeben, die Produktionskosten zu senken, wenn sich die Patente die Herstellung betreffen oder es könnten neuartige Produkt entwickelt und auf den Markt gebracht werden.

Führen Effizienzgewinne in F&E zur Entwicklung neuer Produkte, dann fallen die Effizienzen auf anderen Märkten an und könnten nur dann sinnvoll berücksichtigt werden, wenn die Wohlfahrtsgewinne auf anderen Märkten berücksichtigt werden. Diese würden bei der in den Leitlinien genannten Kriterien jedoch nicht berücksichtigt werden: ... (efficiencies, Anmerkung des Verfassers) should, in principle, benefit consumers in those relevant markets where it is otherwise likely that competition concerns would occur.³²

Weiterhin könnten Effizienzgewinne entstehen, wenn die Anreize für Forschung und Entwicklung durch eine Fusion erhöht würden. Wenn Forschungsergebnisse nur schwer geheimgehalten werden können oder geringe Möglichkeiten eines Patentschutzes bestehen, dann kann ein Unternehmen sich die Erträge aus seinen Forschungsaktivitäten nur teilweise selbst aneignen. Dies würde die Anreize für F&E Aktivitäten reduzieren und es würden aufgrund dieser externen Effekte zu geringe Forschungsaktivitäten entfaltet. Ein Zusammenschluß könnte nun dazu beitragen, diese Externalitäten zu internalisieren und die F&E Aktivitäten zu erhöhen.

Ob jedoch ein größeres Unternehmen mehr oder weniger Forschung betreibt als mehrere kleinere, konnte empirisch bislang nicht beantwortet werden. Theoretisch kann gezeigt werden, daß die Höhe der F&E Ausgaben von der Erfolgswahrscheinlichkeit bzw. der Riskanz eines Forschungsprojektes abhängt: Ist diese Wahrscheinlichkeit hoch und die Riskanz gering, dann sind F&E Ausgaben einer normalen Investition vergleichbar und ein größeres Unternehmen wird mehr von diesen Investitionen durchführen. Ist hingegen die Erfolgswahrscheinlichkeit gering und die Riskanz hoch, dann wird eine große Firma eher ihre Marktmacht einsetzen anstatt durch riskante Investitionen in unsichere Forschungsvorhaben Kapital aufs Spiel setzen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Arten von Effizienzgewinnen die Bedingung erfüllen, fusionsspezifisch zu sein. Denn es könnte auch in Betracht gezogen werden, die Effizienzgewinne nicht durch eine Fusion zu realisieren, sondern z. B. durch eine Forschungskoooperation. Dabei ist jedoch a priori nicht klar, ob eine derartige Forschungskoooperation tatsächlich eine Maßnahme wäre, die weniger wettbewerbsschädlich ist als eine Fusion.³³

³² Leitlinien Rd. 79.

³³ Vgl. *Nye* (19xy).

Im allgemeinen wird man jedoch davon ausgehen können, daß eine Forschungs-kooperation im Vergleich zu einem Zusammenschluß die deutlich weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahme ist, so daß bei Effizienzgewinnen die Eigenschaft der Fusionspezifität nicht erfüllt ist.

Da die Resultate von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten unsicher sind, ist weiterhin die Bedingung der Verifizierbarkeit von Effizienzen nicht in hinreichendem Maße sichergestellt, so daß auch bezüglich dieser Anforderung eine gewisse Skepsis angebracht erscheint. Damit im Zusammenhang steht auch die Frage nach dem zeitlichen Eintreten der Effizienzgewinne. Diese können unter Umständen erst relativ spät anfallen, möglicherweise sogar nie.

Wenn sich die Forschungsergebnisse in Form neuer Produkte niederschlagen, die anderen Märkten zuzurechnen sind als die, auf denen die Unternehmen bisher tätig waren, dann würden diese Effizienzgewinne die Voraussetzung nicht erfüllen, daß sie auf denjenigen Märkten anfallen sollen, auf denen mit Wettbewerbsbeschränkungen zu rechnen ist.

Insgesamt gesehen können durch Fusionen in der Tat Effizienzgewinne auftreten, die bei mittel- und langfristiger Betrachtung erheblich sein können. Allerdings sind eine Reihe der für die Berücksichtigung notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt, so daß derartige Effizienzgewinne bei der Beurteilung einer Fusion wohl keine Rolle spielen werden.

V. Verbesserte Weitergabe von Know-how

Verwandt mit möglichen Effizienzgewinnen im Bereich Forschung und Entwicklung sind solche, die entstehen, wenn ein Unternehmen dem anderen hinsichtlich der Organisation, des Managements oder der verwendeten Technik überlegen ist. Dieses könnte im Unterschied zu F&E jedoch nicht ohne eine Fusion weitergegeben werden, denn bei diesen Faktoren, wie z. B. die Reputation eines Unternehmens, bestimmte Formen des Humankapitals, die Kommunikations- und Interaktionsstruktur eines Unternehmens handelt es sich um intangible Werte, die im allgemeinen nicht handelbar sind und nicht ohne einen Zusammenschluß weitergegeben werden können. Diese Vermögenswerte, wie z. B. die interne Kommunikationsstruktur oder bestimmte Fähigkeiten des Managements, könnten die Effizienz eines Unternehmens nach einer Fusion deutlich erhöhen.

Allerdings stellen sich bei diesen Arten von Effizienzgewinnen die folgenden Probleme: Zum einen dürfte es vergleichsweise schwierig sein, diese intangiblen Werte zu quantifizieren, und zum anderen ist die Verifizierbarkeit dieser Effizienzgewinne wohl kaum möglich. So vertritt Pitofsky bezüglich spezifischer Managementfähigkeiten die folgende Position: ‚There is no simple way to measure managerial skill and imagination, and no reason to believe that skillful managers are so

scarce that it is only through a merger that there will be enough of this rare commodity to go around.³⁴

Also ist es auch bei dieser Form möglicher Effizienzgewinne fraglich, inwieweit sie im Rahmen der Fusionskontrolle unter den genannten Anforderungen berücksichtigt werden können.

Insgesamt gesehen zeigen diese Überlegungen, daß aufgrund der zahlreichen Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit Effizienzgewinne bei einer Fusionskontrollentscheidung relevant werden, nur in seltensten Fällen eine wirksame Berücksichtigung stattfinden wird. Die meisten Versuche seitens der Unternehmen, Effizienzgewinne ins Feld zu führen, um dadurch die Fusionskontrollentscheidung in ihrem Sinne zu beeinflussen, werden wirkungslos verpuffen und in erster Linie Kosten versuchen, sowohl auf Seiten der Unternehmen als auch auf Seiten der Fusionskontrollbehörde.

F. Abwägung von Wohlfahrtseinbußen und Effizienzgewinnen

Wie in den vorhergehenden Abschnitten dargelegt wurde, gilt für die meisten der in der Literatur erwähnten Formen von Effizienzgewinnen, daß sie eine oder mehrere der in den Leitlinien angeführten Anforderungen nicht erfüllen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß tatsächlich in Einzelfällen Effizienzen auftreten können, die alle oder zumindest die meisten der Bedingungen erfüllen. Es müßte sich also um Synergieeffekte handeln, die zu einer signifikanten Verringerung der Grenzkosten führen, wobei diese Verringerung quantifiziert werden kann und auch mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits kurz nach dem Zusammenschluß wirksam wird und sich auf den Märkten realisiert, auf denen mit Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund der Fusion zu rechnen ist.

Um nun abschätzen zu können, ob die Effizienzgewinne hinreichend sind, die Wohlfahrtseinbußen zu kompensieren, die durch die zunehmende Konzentration herbeigeführt werden, sind für eine solche Abwägung notwendig die vermutlichen Wohlfahrtseinbußen abzuschätzen und diese sind dann mit den quantifizierten Effizienzgewinnen zu vergleichen. Es stellt sich daher die Frage, wie groß die Effizienzgewinne mindestens sein müssen, damit die Konsumenten von einer Fusion profitieren.

In der Literatur und auch in den neuen Leitlinien werden zwei qualitativ verschiedene Effekte eines Zusammenschlusses unterschieden. So können zum einen nichtkoordinierte Effekte auftreten. Diese liegen dann vor, wenn ohne jedwede Verhaltenskoordination der Firmen auf dem relevanten Markt, allein aufgrund der strategischen Interaktionssituation auf einem oligopolistischen Markt, sich das

³⁴ Pitofsky (1992).

Gleichgewicht durch eine Verringerung der Firmenanzahl verschiebt. Industrieökonomisch gesprochen handelt es sich um eine Änderung des kurzfristigen Nash-Gleichgewichtes (d. h. des Nash-Gleichgewichtes im einmaligen Spiel), in dem die Firmen ihr Verhalten nicht koordinieren.

Darüber hinaus können auch sogenannte koordinierte Effekte auftreten. In diesem Fall würde eine Fusion zu einem Übergang von einem kurzfristigen Nash-Gleichgewicht zu einem Gleichgewicht mit Verhaltenskoordination, d. h. zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen.

I. Nichtkoordinierte Effekte

Hinsichtlich der nichtkoordinierten Effekte sind in der Literatur mehrere Verfahren vorgeschlagen worden, mit deren Hilfe man die Auswirkungen dieser Effekte auf die Wohlfahrt bzw. die Konsumentenrente empirisch abschätzen kann. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verfahren, die anwendbar sind, wenn sich die Unternehmen in einem Mengenwettbewerb bei homogenen Gütern befinden und Methoden, die im Falle eines Preiswettbewerbs bei differenzierten Gütern herangezogen werden können.³⁵ Diese beiden Wettbewerbsformen scheinen die in der Praxis am häufigsten auftretenden zu sein.

Diese Methoden haben den großen Vorzug, daß es sich um vergleichsweise einfache Tests handelt, die mit wenigen Variablen, wie z. B. den Marktanteilen der fusionierenden Firmen, der Preiselastizität der Nachfrage, den Gewinnspannen oder den sogenannten ‚diversion ratios‘ auskommen.

Diese Tests für die beiden Wettbewerbsszenarien sind in mehreren Arbeiten von Froeb und Werden³⁶ vorgeschlagen worden. An einigen hypothetischen Beispielen kann man deutlich machen, wie groß die Effizienzgewinne, d. h. die induzierten Kostensenkungen bei einem Unternehmen, sein müssen, damit die negativen, nichtkoordinierten Effekte, die durch die Fusion entstehen, gerade noch kompensiert werden.

Betrachtet man eine Situation bei Mengenwettbewerb mit homogenen Gütern, dann wären bei einer Fusion von zwei Unternehmen mit Marktanteilen von 10 % bzw. 20 % und einer Nachfragefunktion, die eine Preiselastizität von 2 aufweist, Kostensenkungen in Höhe von ca. 7.3 % erforderlich, um eine Kompensation sicherzustellen. Betragen die Marktanteile der fusionierenden Firmen jeweils 20 %, dann wären, bei einer Nachfrage mit einer Preiselastizität von 3, ebenfalls Kostensenkungen von über 7 % erforderlich. Allgemein kann die Aussage getroffen werden, daß bei geringen Marktanteilen und sehr elastischer Nachfragefunktion Kostensenkungen um ca. 5 % erforderlich sind, um eine Kompensation zu er-

³⁵ Eine Methode zur Abschätzung des ‚consumer pass-through‘ von Effizienzgewinnen in Bertrand-Modellen wurde von Froeb et al. (2002) vorgeschlagen.

³⁶ Vgl. Froeb / Werden (1998), Werden (1996).

reichen. Ist die Elastizität jedoch gering, läge z. B. beim Wert 1, dann wären, auch bei vergleichsweise geringen Marktanteilen, außergewöhnlich hohe Kosteneinsparungen von mehr als 20 % für eine Kompensation erforderlich.

Betrachtet man einen Markt, der durch Preiswettbewerb bei differenzierten Gütern charakterisiert ist, dann werden für eine Abschätzung der kompensierenden Kosteneinsparungen die Gewinnspannen der Unternehmen und die sogenannten diversion ratios benötigt. Die diversion ratio zwischen zwei Produkten gibt Informationen über die Intensität des Wettbewerbs zwischen zwei Produkten. Steigt der Preis des Produktes eines Unternehmens, so induziert das einen Nachfragerückgang nach diesem Produkt. Wenn nun 20 % dieses Nachfragerückgangs auf das Produkt eines anderen Unternehmens entfallen würden, dann wäre die diversion ratio zwischen diesen beiden Produkten 0.2 betragen. Eine niedrige diversion ratio weist darauf hin, daß die beiden Produkte nicht sehr stark konkurrieren. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn sich der Nachfragerückgang bei einem Produkt auf viele Produkte verteilt. Eine hohe diversion ratio bedeutet hingegen einen sehr starken Wettbewerb zwischen den Produkten. In diesem Fall kommt ein großer Teil des Nachfragerückgangs dem anderen Produkt zu Gute. Eine Fusion würde dann zu einer deutlichen Verringerung des Wettbewerbs führen.

So wären z. B. bei einer Gewinnspanne von 0.5 und einer diversion ratio von 0.2 Kostensenkungen von 25 % erforderlich, um die negativen Auswirkungen einer Fusion auf die Wohlfahrt zu kompensieren. Läge die Gewinnspannen bei 0.4. und wäre die diversion ratio 0.1, dann müßten die Kosten immerhin noch um ca. 7.5 % fallen, um die Wohlfahrtsverluste auszugleichen.

Allgemein kommt Werden in seiner Analyse zu folgendem Ergebnis: „If the products are highly differentiated and the merging firms compete intensely, large typically implausible cost reductions are necessary to restore pre-merger prices.“³⁷

II. Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte bei einer Fusion liegen dann vor, wenn durch die Reduktion der Zahl der Unternehmen eine Verhaltenskoordination zwischen den Firmen erleichtert bzw. ermöglicht wird. Die Voraussetzungen, unter denen eine derartige Verhaltenskoordination wahrscheinlich ist, sind in der industrieökonomischen Literatur schon seit längerer Zeit deutlich herausgearbeitet worden. So sind eine geringe Anzahl von Firmen, die Existenz eines glaubwürdigen Sanktionsmechanismus, Symmetrie der Firmen, häufige Interaktion, Markttransparenz, homogene Güter, Marktzutrittsschranken, stabile Marktbedingungen, keine konjunkturellen Schwankungen, keine Nachfragemacht sowie die Existenz von Koordinationsmechanismen im allgemeinen wichtige Voraussetzungen dafür, daß es zwischen den Unternehmen zu einer Verhaltenskoordination kommen kann.

³⁷ Werden (1996), S. 411.

Allerdings sind bislang erst wenige Modelle vorgelegt worden, die den Zusammenhang zwischen Fusionen und dem Auftreten koordinierter Effekte untersuchen³⁸.

In der ökonomischen Literatur zu Effizienzgewinnen wird eine effizienzsteigernde Fusion tendenziell positiv gesehen: Dadurch, daß ein Unternehmen durch Effizienzgewinne kostengünstiger produzieren kann als die übrigen Unternehmen im Markt, entsteht ein sogenanntes Maverick-Unternehmen, daß sich von anderen Firmen unterscheidet, die Symmetrie der Firmen verringert und dadurch eine Verhaltenskoordination erschwert.³⁹ Die Effizienzgewinne tragen also dazu bei, die Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte und damit einer kollektiven Marktbeherrschung zu verringern.

Es könnte jedoch auch der gegenteilige Effekt auftreten, wenn z. B. die Effizienzgewinne bei Unternehmen entstehen, die sich vor der Fusion von den anderen Unternehmen z. B. durch eine weniger effiziente Technologie unterscheiden haben. Eine derartige Fusion könnte als Aufholfusion charakterisiert werden, die ohne koordinierte Effekte zwar positive Wohlfahrtsauswirkungen hätte, aber gleichzeitig durch eine Erhöhung der Symmetrie die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten koordinierter Effekte erhöht.

Leider gibt es, wie oben bereits erwähnt, nur eine sehr geringe Anzahl theoretischer Analysen des Zusammenhangs von Fusionen mit dem Auftreten koordinierter Effekte. Aus diesem Grunde ist es bislang äußerst schwierig, Prognosen über das Auftreten derartiger Effekte zu machen oder gar diese Effekte zu quantifizieren.

Zwar sind in den letzten Jahren, insbesondere in den USA, sogenannte ‚merger simulation models‘ als neue Verfahren entwickelt worden, die Auswirkungen von Fusionen auf das Marktergebnis abzuschätzen. Hier wird ein für die betrachtete Industrie geeignetes Oligopolmodell herangezogen und die relevanten Parameter werden mit Hilfe ökonomischer Verfahren bestimmt. Es wird dann untersucht, wie eine Fusion sich auf das neue Gleichgewicht in diesem Oligopolmodell, auf die zugehörigen Preis und Angebotsmengen und damit auf die Wohlfahrt auswirkt. Durch eine solche Simulation können die Auswirkungen eines horizontalen Zusammenschlusses direkt ermittelt werden, ohne daß hierzu erst der relevante Markt abgegrenzt werden muß.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß mit solchen Simulationsmodellen bislang nur nichtkoordinierte Effekte erfaßt werden können; über die Möglichkeiten des Auftretens koordinierter Effekte bzw. einer kollektiven Marktbeherrschung erlauben diese Simulationsmodelle keine Aussagen. Aber ist vorstellbar, daß in einiger

³⁸ Hierzu gehören z. B. die Arbeiten von *Davidson/Deneckere* (1984), *Kühn/Motta* (2000), *Comte et al.* (2001).

³⁹ Zur Rolle von Maverick-Unternehmen bei koordinierten Effekten vgl. die Arbeit von *Baker* (2002).

Zeit diese gegenwärtig noch nicht ganz ausgereiften Modelle eine interessante und vielversprechende Alternative zu den bisherigen Verfahren zur Abschätzung von Auswirkungen von Horizontalfusionen darstellen. Vielleicht könnten sogar Aussagen, zumindest in Form von Wahrscheinlichkeiten, über das Auftreten koordinierter Effekte gemacht werden.

Wenn nun die nichtkoordinierten bzw. koordinierten Effekte und ihre Auswirkungen quantifiziert wurden, dann ist in einem nächsten Schritt eine Abwägung der dadurch induzierten Wohlfahrtsverluste mit den Effizienzgewinnen vorzunehmen. Wenn die Effizienzgewinne die Wohlfahrtseinbußen signifikant übersteigen, dann sollte die Fusion genehmigt werden. So das Vorgehen in den Leitlinien: ‚Dies ist der Fall, wenn die Kommission auf der Grundlage ausreichender Beweismittel feststellen kann, dass die mit der Fusion herbeigeführten Effizienzvorteile geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil für die Verbraucher zu beleben, wodurch den nachteiligen Wirkungen dieser Fusion auf den Wettbewerb entgegengewirkt werden kann.⁴⁰

Es stellt sich allerdings die Frage, ob das in den Leitlinien angegebene Vorgehen zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen das beste Verfahren ist, oder ob es alternative Möglichkeiten gibt, Effizienzgewinne zu berücksichtigen, die aus institutionenökonomischer Sicht einer solchen Vorgehensweise vorzuziehen wären.

G. Institutionenökonomische Aspekte

Es wurde in Abschnitt B bereits deutlich gemacht, daß es Situationen gibt, in denen durch eine Fusion Effizienzgewinne auftreten können, die so groß sind, daß sie die dadurch herbeigeführten negativen Auswirkungen auf die Wohlfahrt übersteigen. Die Wohlfahrt bzw. die Konsumentenrente würde aufgrund dieser Effizienzgewinne durch die Fusion insgesamt zunehmen. Dies macht deutlich, daß, zumindest aus ökonomischer Sicht, Effizienzgewinne bei der Beurteilung einer Fusion berücksichtigt werden sollten.

Allerdings gibt es unterschiedliche Möglichkeiten, solche Effizienzgewinne im Rahmen der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Gemäß den Leitlinien sind in jedem Einzelfall, in dem eine Fusion wettbewerbliche Bedenken aufwirft, mögliche Effizienzgewinne zu berücksichtigen.⁴¹ Eine Alternative zu einer derartigen ‚rule of reason‘, d. h. einzelfallbezogenen Berücksichtigung von Effizienzgewin-

⁴⁰ EU-Kommission (2004), Nr. 77.

⁴¹ ‚As a logical and practical consequence of this view, the presence and magnitude of efficiency benefits may need to be examined on a case by case basis, and thus evaluated and measured efficiency gains may then be balanced against anti-competitive effects on such a basis.‘ Luescher (2004), S. 79. Einzelfallbezogen heißt im folgenden nicht in jedem Einzelfall, sondern immer nur in Situationen, in denen eine Fusion wettbewerbliche Bedenken hervorruft.

nen, wäre eine pauschale Berücksichtigung, d. h. eine per-se Regel, wie sie unter dem Begriff des ‚general presumptions-approach‘ in der Literatur diskutiert wird. Dieser Ansatz wurde z. B. von Bork in seinem Buch ‚The Antitrust Paradox‘ vorgeschlagen: ‚The trade-off problem (between dead-weight losses and efficiencies, Anmerkung des Verfassers) arises primarily in the context of horizontal mergers, and there we can take it into account by framing rules about allowable percentages that reflect the probable balance of efficiency and restriction of output.⁴² Es soll also keine einzelfallbezogene Abwägung vorgenommen werden, sondern die vermutlichen, durchschnittlichen Effizienzgewinne von Fusionen sollten in den Eingreifschranken berücksichtigt werden.

Diese beiden unterschiedlichen Ansätze zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen sind mit jeweils unterschiedlichen gesellschaftlichen Kosten und Nutzen verbunden. Eine rationale Entscheidung zwischen diesen Institutionen sollte nach einer Kosten-Nutzen-Erwägung getroffen werden, so daß die Institution gewählt wird, die, zumindest zur Zeit, das beste Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweist.

Es sollen daher im folgenden die zu erwartenden Kosten und Nutzen der beiden Institutionen kurz angeführt werden, um einen Vergleich dieser Institutionen zu ermöglichen.⁴³

I. Einzelfallbetrachtung

Wie im Abschnitt E dargelegt wurde, erfüllen die meisten in der Literatur angeführten und in der Praxis auftretenden Effizienzgewinne die in den Leitlinien angeführten Bedingungen nicht: Sie sind entweder nicht fusionsspezifisch, nicht geeignet, können nicht genau prognostiziert werden, treten erst spät auf oder sind nur schwer zu quantifizieren. Selbst wenn alle diese Kriterien erfüllt wären, müßten die Effizienzgewinne, um an die Konsumenten in Form von Preissenkungen weitergegeben zu werden, so groß sein, daß dies nur in seltenen Fällen auftreten wird.

Es ist also damit zu rechnen, daß eine Entscheidung über die Genehmigung bzw. Untersagung einer Fusion nur in einer sehr geringen Zahl von Fällen in ihr Gegenteil verkehrt wird. Dies wird auch durch die Erfahrungen in den Vereinigten Staaten bestätigt: ‚To date, there has been no supreme court case addressing efficiency considerations, nor revising the position taken in its older decisions in this regard.⁴⁴ Man kann also davon ausgehen, daß die Kosten von Fehlern erster und zweiter Art, d. h. eine volkswirtschaftlich schädliche Fusion zu genehmigen bzw. eine volkswirtschaftlich wünschenswerte zu untersagen, sich durch eine einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzgewinnen nicht fundamental ändern wür-

⁴² Bork (1978), S. 128.

⁴³ Ein Versuch, verschiedene institutionelle Arrangements hinsichtlich der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen zu vergleichen, findet sich im Paper von Heidhues/Lagerlöf (2003).

⁴⁴ Drautz (2004), S. 263.

den. So kommt *Kinne* (2002) in ihrer Untersuchung von Effizienzvorteilen in der Zusammenschlußkontrolle zu dem Resümée: ‚Der seltene Gebrauch der deutschen Ausnahmeklausel und die wenigen Zusammenschlußfälle der europäischen und US-amerikanischen Fallpraxis, in denen der Konflikt (zwischen Effizienzgewinnen und Wohlfahrtsverlusten durch Wettbewerbsbeschränkungen, Anmerkung des Verfassers) eine Rolle gespielt hat, weisen auf eine eher geringe praktische Bedeutung des Effizienzargumentes als Rechtfertigungsgrund hin.‘⁴⁵

Allerdings werden allein durch die Möglichkeit einer einzelfallbezogenen Beachtung von Effizienzgewinnen eine Reihe von Kosten verursacht, die in vielen Analysen dieses Problems nicht oder nur en passant erwähnt werden.

So schafft allein die Möglichkeit, daß Effizienzgewinne einzelfallbezogen berücksichtigt werden, für die Unternehmen einen Anreiz, immer auch die Existenz von Effizienzgewinnen gegenüber den Wettbewerbsbehörden zu behaupten, vor allem auch dann, wenn die Fusion aus anderen Motiven erfolgt als solchen der Kosteneinsparungen, verbesserter Forschungs- und Entwicklungsmöglichkeiten oder einer bloßen ‚Empire-Building‘ Politik. Insbesondere in Fällen, in denen die Entscheidung über die Genehmigung bzw. Untersagung einer Fusion nicht von vornherein klar ist, wird ein Unternehmen immer versuchen, alle Argumente, die für einen Zusammenschluß sprechen, in die Waagschale zu werfen. Wenn auch nur eine geringe Chance besteht, daß Effizienzgewinne die Entscheidung der Kartellbehörde positiv beeinflussen könnten, dann wäre der Versuch einer Effizienzrede sinnvoll, wenn die Kosten dafür nicht prohibitiv sind.

Dabei spielen die Informationsvorsprünge, die ein Unternehmen gegenüber der Wettbewerbsbehörde im allgemeinen hat, eine große Rolle. Die Existenz einer solchen asymmetrischen Information wird von allen Befürwortern einer derartigen Effizienzverteidigung anerkannt, der Schluß, der jedoch daraus gezogen wird, beschränkt sich auf eine Forderung nach einer Beweislastumkehr, d. h. das besser informierte Unternehmen sollte den Nachweis über die zu erwartenden Effizienzen führen: ‚The burden of proof as to cost savings or other offsetting efficiencies . . . should rest squarely on the proponents of a merger, and here I would require a very high standard. Such claims are easily made and, I think, often too easily believed.‘⁴⁶

Allerdings kann diese asymmetrische Information auch vom Unternehmen dahingehend ausgenutzt werden, daß zum einen die möglichen Effizienzgewinne übertrieben dargestellt werden. ‚When efficiencies are a crucial determinant in the decision on prohibition or acceptance of the merger, it is clear that the merging firms have an incentive to overstate efficiency claims. Merging parties have a genuine tendency to overstate the benefits from combining their activities and assets.‘⁴⁷

⁴⁵ *Kinne* (2000), S. 178.

⁴⁶ *Fisher* (1987), S. 36.

⁴⁷ *Motta* (2004), S. 242.

Zum anderen könnten Informationen, die gegen die in den Leitlinien geforderten Bedingungen sprechen, vom Unternehmen verschwiegen werden. Allerdings könnte die Tatsache, daß eine Information, die, anfänglich verschwiegen, später doch bekannt wird, gegen das Unternehmen verwendet wird, einen Anreiz bieten, alle Informationen preiszugeben: ‚When the burden of proof is on the firm, the knowledge that information that it conceals may count against it in the investigation provides a powerful incentive in favour of revelation.‘⁴⁸ Es ist jedoch davon auszugehen, daß trotz dieses Anreizes nicht alle Informationen der Fusionskontrollbehörde weitergegeben werden, vor allem dann, wenn die Wahrscheinlichkeit des Bekanntwerdens solcher Sachverhalte von den Unternehmen als gering eingeschätzt wird.

Da die Effizienzgewinne verifiziert und, wenn möglich, auch quantifiziert werden sollen, fordern die Leitlinien, daß insbesondere interne Dokumente über die Fusionsentscheidung von den Unternehmen vorgelegt werden müssen. Dabei sollte es sich um Dokumente handeln, die als Entscheidungsgrundlage für eine Fusion herangezogen wurden. Allerdings gibt es auch mit derartigen Dokumenten zwei Probleme: Zum einen sind die Vorstellungen der Fusionspartner über die Effizienzen häufig zu euphorisch. ‚Even strictly internal and confidential documents often report too optimistic an assessment of the merger’s efficiency gain.‘⁴⁹ Dies bedeutet, daß die Unternehmen selbst eine falsche, übertriebene Vorstellung von den möglichen Effizienzgewinnen haben. Zum anderen ist den Unternehmen bekannt, daß der Behörde derartige Dokumente als Indiz für Effizienzgewinne vorgelegt werden müssen; daher könnten entsprechende Dokumente auch ‚produziert‘ werden, sobald an eine mögliche Fusion auch nur gedacht wird.

Neben diesen internen Dokumenten sollten auch technische und ökonomische Gutachten von externen Fachleuten über das Ausmaß der Effizienzgewinne und ihre Weitergabe an die Konsumenten vorgelegt werden. Wenn die Gutachten von international anerkannten Experten erstellt werden, dann fallen für diese Gutachten entsprechende Kosten an. Diese sind im Vergleich zu den Beträgen, die bei einer Fusion auf dem Spiel stehen, vermutlich eher unbedeutend. Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß derartige Kosten in vielen Fusionsfällen, auch in solchen, in denen der Zusammenschluß nicht genehmigt wird, auftreten werden. Insgesamt könnten sich also diese Kosten zu einem erheblichen Betrag summieren. Es ist dabei natürlich zu berücksichtigen, daß die Ausgaben für Gutachten ein Einkommen für die Gutachter darstellen. Es handelt sich also dabei um eine Einkommensumverteilung, nicht jedoch um eine Verbesserung der produktiven Möglichkeiten der Unternehmen. Natürlich besteht auch die Möglichkeit, daß durch die Gutachten entscheidungsrelevante Informationen bereitgestellt werden.

Werden solche Dokumente und Gutachten der Fusionskontrollbehörde vorgelegt, dann ist sie gehalten, die Stichhaltigkeit der Argumente der fusionierenden

⁴⁸ Neven et al. (1993), S. 206.

⁴⁹ Motta (2004), S. 242.

Unternehmen zu überprüfen. Auch dies erfordert einen Aufwand an internen Ressourcen, sowie die Erstellung weiterer externer Gutachten in jedem Fall, in dem die Unternehmen die Möglichkeit von Effizienzgewinnen zu belegen suchen. Da die Behörde über knappe Ressourcen verfügt, werden Ressourcen für diese Zwecke gebunden und können nicht für andere Zwecke eingesetzt werden.

Neben diesen Kosten wird durch eine einzelfallbezogene Untersuchung von Effizienzgewinnen für die Unternehmen auch eine gewisse Rechtsunsicherheit erzeugt, da die Firmen a priori nicht wissen, wie die dargelegten Effizienzgewinne bei der Entscheidung berücksichtigt werden und ob die Fusion, trotz wettbewerblicher Bedenken, aus diesen Gründen genehmigt wird. Die genannten Probleme treten bei allen Regelungen auf, die Einzelfalluntersuchungen erforderlich machen. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß bei derartigen institutionellen Rahmenbedingungen die Möglichkeit besteht, Industriepolitik unter dem Namen der Fusionskontrolle zu betreiben.

Darüber hinaus führt eine einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzgewinnen dazu, daß durch die Anpassung an die US-amerikanischen Leitlinien im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle ein institutionelles Problem geschaffen wurde, denn in der amerikanischen Fusionskontrolle werden Effizienzerwägungen nur dann publik, wenn eine Fusion nicht genehmigt wird: ‚In US proceedings, the efficiency assessment is only relevant in court if the government is *not* convinced that the efficiencies would be sufficient to clear the merger and consequently challenges the merger.⁵⁰ In der europäischen Fusionskontrolle hingegen müssen alle Fusionsentscheidungen, Genehmigungen und Untersagungen, begründet werden, also auch solchen, die aufgrund von Effizienzen freigegeben werden. Auf das entstehende Problem hat Drautz aufmerksam gemacht: ‚As a consequence, when writing a clearance decision on the basis of efficiencies, the Commission takes „ownership“ of the claim. If a positive decision is challenged in court by third parties, the Commission will have to prove that the efficiencies are sufficient to prevent negative competition effects of the merger.⁵¹ Auch hierdurch werden weitere gesellschaftliche Kosten verursacht: Dritte Parteien werden u. U. ebenfalls Gutachten vorlegen, und auch bei der Kommission fallen weitere Kosten an.

Zusammenfassend läßt sich also bezüglich der in den Leitlinien vorgesehenen Weise der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen feststellen, daß der Nutzen einer solchen Regelung im allgemeinen eher fraglich ist. Aufgrund der vielen Voraussetzungen an die Effizienzgewinne wird es nur in sehr wenigen Fällen zu einer Änderung der Kommissionsentscheidung kommen.⁵² Die genannten Kosten dieser institutionellen Regelung werden jedoch in einer Vielzahl von Fusionsfällen auf-

⁵⁰ Drautz (2004), S. 265. Zur Geschichte der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der US-amerikanischen Fusionskontrolle vgl. Kolasky/Dick (2002).

⁵¹ Drautz (2004), S. 265.

⁵² Selbstverständlich besteht aber auch hier die Möglichkeit, daß Fehler der ersten oder zweiten Art begangen werden.

treten. Diese mögen für jeden einzelnen Fall gering sein, aber in der Summe können sie einen erheblichen Betrag ausmachen.

II. General Presumption Approach

Eine alternative Form der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen wäre ein pauschales Vorgehen, wie es z. B. von Bork vorgeschlagen wurde. In einem solchen Verfahren würden bei jeder Fusion automatisch Effizienzgewinne in einer bestimmten Höhe unterstellt. Diese Effizienzen würden dadurch berücksichtigt, daß, wie oben dargestellt, die Eingreifschranken heraufgesetzt würden. So wird gemäß den neuen Leitlinien eine Fusion dann wettbewerbliche Bedenken erregen, wenn der HHI nach der Fusion größer wird als 2000 und wenn eine Erhöhung um mehr als 150 vorliegt, oder wenn einige besondere Umstände vorliegen.⁵³ Ein Heraufsetzen der Eingreifschranken würde z.B. bedeuten, daß eine Fusion erst dann als problematisch eingeschätzt wird, wenn der HHI nach der Fusion z. B. über 2100 und / oder seine Veränderung über 160 liegt.

Die Kosten einer solchen pauschalen Berücksichtigung von Effizienzgewinnen sind offensichtlich: Es wird zu Fehleinschätzungen kommen, wobei zum einen Fusionen mit großen Effizienzsteigerungen möglicherweise untersagt werden, Fusionen ohne derartige Effizienzgewinne jedoch genehmigt werden. Werden jedoch die ‚allowable percentages‘ nicht allzu großzügig gewählt, dann liegen die Kosten in erster Linie in der Untersagung effizienzsteigernder Zusammenschlüsse. In Ansehung der Bedingungen, die bei einer Einzelfallbetrachtung erfüllt sein müßten, werden solche fehlerhaften Untersagungen wohl nur in seltenen Fällen vorkommen, so daß diese Kosten sich in überschaubaren Grenzen halten werden.

Allerdings vermeidet ein solcher general presumptions-Ansatz fast alle Kosten, die bei einer Einzelfallberücksichtigung auftreten:⁵⁴ Da Effizienzgewinne in pauschalisierter Form bei einer Fusionskontrollentscheidung berücksichtigt werden, entfällt der Anreiz für fusionierende Unternehmen, Effizienzgewinne nachweisen zu wollen. Es entstehen daher keine Kosten für den Nachweis von vermeintlicher oder tatsächlicher Effizienzen durch Gutachten, Studien etc., und es fallen auch keine Kosten für die Überprüfung dieser Aussagen auf seiten der Fusionskontrollbehörde an. Ein weiterer Vorteil wäre eine erhöhte Rechtssicherheit auf seiten der fusionierenden Unternehmen, da die Marktanteile selbst schon ein klares Indiz dafür sind, ob eine Fusion genehmigt oder untersagt wird.⁵⁵ Weiterhin gibt es bei

⁵³ *EU-Kommission* (2004), Nr. 20 a)–f).

⁵⁴ ‚This approach eliminates the high information costs involved in assessing the efficiency effects on a case-by-case basis.‘ *Ilkowitz / Miklejohn* (2001) S. 22.

⁵⁵ Allerdings ist allein schon die Abgrenzung des relevanten Marktes, die Ermittlung der Marktanteile bzw. die Feststellung, ob durch eine Fusion signifikante Marktmacht entsteht oder verstärkt wird, ein diffiziles Problem.

einer solchen pauschalen Berücksichtigung keine Möglichkeit zu einer diskretionären Industriepolitik.

H. Schlußfolgerung

Der Vergleich der beiden unterschiedlichen Methoden zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen macht deutlich, daß beide Verfahren mit Kosten verbunden sind. Bei der Einzelfallbetrachtung treten in vielen Fusionsfällen Kosten in erster Linie dadurch auf, daß erhebliche Ressourcen aufgewendet werden, entweder um das Vorhandensein hinreichend großer Effizienzgewinne nachzuweisen bzw. es zu widerlegen. Beim General Presumptions-Approach fallen Kosten in erster Linie aufgrund von Fehlentscheidungen der Fusionskontrollbehörde an, wenn eine aus Effizienzgründen volkswirtschaftlich sinnvolle Fusion untersagt wird.

In Ansehung der Erfahrungen anderer Länder wie z. B. der Vereinigten Staaten, der Voraussetzungen, die Effizienzgewinne erfüllen müssen und ihrer notwendigen Höhe, ist zu vermuten, daß solche Fehlentscheidungen nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen werden. Die mit dem General-Presumptions-Approach verbundenen Kosten in Form eines Wohlfahrtsverlustes sind daher eher als gering einzuschätzen. Die Kosten einer Einzelfallbetrachtung treten jedoch in vielen Fusionsfällen auf und können u. U. eine beträchtliche Höhe erreichen. Diese Überlegungen deuten darauf hin, daß, zumindest zur Zeit, eine pauschalisierte Berücksichtigung von Effizienzgewinnen einer einzelfallbezogenen Betrachtung vorzuziehen ist.

Dies liegt natürlich auch daran, daß die vorhandenen wirtschaftstheoretischen Modelle und ökonometrischen Methoden noch keine hinreichend guten und präzisen Prognosen über die Höhe, das Eintreten, den Zeitpunkt und die Weitergabe von Effizienzgewinnen erlauben, die für eine einzelfallbezogene Abwägung von Effizienzgewinnen und Wohlfahrtsverlusten wünschenswert wären. Beim heutigen Stand der Wirtschaftstheorie, der Modellrechnungen und der Simulationsmodelle, scheint eine Kosten-Nutzen Erwägung bezüglich der Institutionen Einzelfallberücksichtigung vs. General Presumptions-Approach, trotz seiner unbestreitbaren Nachteile und Einschränkungen zur Zeit noch für letzteren zu sprechen.

Dies kann sich jedoch ändern, wenn die ökonomische Theorie, die Modelle zur Analyse von Fusionswirkungen und die empirischen Methoden zur Prognose von Wohlfahrtsverlusten und Effizienzgewinnen besser werden und diese Instrumente bei Einzelfalluntersuchungen mit geringen Kosten eingesetzt werden können. Wenn die Möglichkeiten zum Prognostizieren, Verifizieren und zum Quantifizieren von Effizienzgewinnen präziser werden, kann ein Übergang zu einer Einzelfallbetrachtung sinnvoll sein.

Literatur

- Baker, J.* (2002): ‚Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws‘, *New York University Law Review*, Vol. 77, S. 203.
- Bork, R.* (1976) ‚The Antitrust Paradox‘, New York, Basic Books.
- Compte, O./Jenny, F./Rey, P.* (2002): ‚Capacity Constraints, Mergers and Collusion‘, *European Economic Review*, Vol. 46, S. 1–46.
- Davidson, C./Denckere, R.* (1984): ‚Horizontal Mergers and Collusive Behavior‘, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 2, S. 117–132.
- Dobson, P./Waterson, M.* (1997): ‚Countervailing Power and Consumer Prices‘, *Economic Journal*, Vol. 107, S. 418–430.
- Drautz, G.* (2004): ‚An Efficiency Defense for Mergers: Putting an Intricate Puzzle Together‘, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, Vol.1, S. 254–269.
- EU-Kommission* (2004): ‚Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen‘, *Amtsblatt Nr. 31*, S. 5–18.
- Farrell, J./Shapiro, C.* (1990): ‚Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis‘, *American Economic Review*, Vol. 80, S. 107–126.
- Farrell, J./Shapiro, C.* (2001): ‚Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis‘, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68.
- Fisher* (1987): ‚Horizontal Mergers: Triage and Treatment‘, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 1, S. 18–37.
- Foster, E./Sonnenschein, H.* (1970): ‚Price Distortion and Economic Welfare‘, *Econometrica*, Vol. 38, S. 281–297.
- Froeb, L. M./Tschantz, S./Werden, G. J.* (2002): ‚Pass-Through Rates and the Price Effects of Mergers‘, mimeo.
- Froeb, L. M./Werden, G. J.* (1998): ‚A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of a Homogeneous Product‘, *Economics Letters*, Vol. 58, S. 367–369.
- Kinne, K.* (2000): ‚Effizienzvorteile in der Zusammenschlußkontrolle‘, Baden-Baden, Nomos.
- Kolasky, W. J./Dick, A. R.* (2002): ‚The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers‘, mimeo.
- Kühn, K. U./Motta, M.* (2000): ‚The Economics of Joint Dominance and the Coordinated Effects of Merger‘, University of Michigan, unveröffentlichtes Manuskript.
- Lagerlöf, J./Heidhues, P.* (2002): ‚On the Desirability of an Efficiency Defense in Merger Control‘, WZB Discussion Paper.
- Lipsey, R. G./Lancaster, K.* (1956): ‚The General Theory of Second Best‘, *Review of Economic Studies*, Vol. 24, S. 11–32.
- Luescher, Ch.* (2004): ‚Efficiency Considerations in European Merger Control – Just another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?‘, *European Competition Law Review* 2, S. 71–86.

- de la Mano*, M. (2002): ‚For the Customer’s Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control‘, Enterprise Papers No. 11, Enterprise Directorate-General, European Commission.
- Motta*, M. (2004): *Competition Policy*‘, Cambridge, Cambridge University Press.
- Neven*, D. / *Nuttall*, R. / *Seabright*, P. (1993): ‚Merger in Daylight‘, London CEPR.
- Neven*, D. / *Röller*, L.-H. (2000): ‚Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy of Merger Control‘, CEPR Discussion Paper No. 2620.
- Neven*, D. / *Seabright*, P. (2003): ‚Synergies and Dynamic Efficiencies in Merger Analysis‘, Interim Report to DG ECFIN.
- Nye*, W. (1992): ‚Can a Joint Venture Lessen Competition More Than a Merger?‘, Economics Letters, Vol. 40, S. 487–89.
- Pitofsky* (1992): ‚Proposals for Revised US Merger Enforcement in a Global Economy‘, Georgetown Law Review, Vol. 195, S. 206–208.
- Röller*, L.-H. / *Stennek*, J. / *Verboven*, F. (2001): ‚Efficiency Gains from Mergers‘, European Economy, Reports and Studies, 5, S. 31–127.
- Rosen*, S. (1974): ‚Hedonic Prices and Implicit Markets: Product Differentiation in Pure Competition‘, Journal of Political Economy, Vol. 82, S. 34–55.
- Scherer*, F. M. / *Ross*, D. (1990): ‚Industrial Market Structure and Economic Performance‘, Boston, Houghton Mifflin.
- Schmidt*, I. (2004): ‚Fusionskontrolle – Effizienz durch Wettbewerb oder durch Konzentration?‘, Wirtschaft und Wettbewerb 54, S. 359.
- Spector*, D. (2002): ‚Horizontal Mergers, Entry, and Efficiency Defenses‘, CEPREMAP-CNRS No. 2002-06.
- Stennek*, J. / *Verboven*, F. (2001): ‚Merger Control and Enterprise Competitiveness: Empirical Analysis and Policy Recommendations‘, European Economy, Reports and Studies, 5, S. 129–194.
- Strohm*, A. (2002): ‚The Application of Economic Theory in Practice: Efficiency Defense for Mergers on the Back of Welfare Economics?‘, in: *Current Issues in Competition Theory and Policy*‘, Berlin.
- von Ungern-Sternberg*, T. (1996): ‚Countervailing Power Revisited‘, International Journal of Industrial Organization, Vol. 14, S. 507–520.
- Werden*, G. (1996): ‚A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products‘, Journal of Industrial Organization, Vol. 44, S. 409–413.
- Williamson*, O. E. (1968): ‚Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs‘, American Economic Review, Vol. 59, S. 954–959.

Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis am Beispiel der europäischen Fusionskontrolle

Von Frank Montag, Brüssel

A. Überblick

Die europäische Fusionskontrolle befindet sich gegenwärtig in einer Konsolidierungsphase. Nach einem umfangreichen Konsultationsprozeß und langen politischen Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten hat der Rat vor kurzem die Novelle der FKVO verabschiedet, die zeitgleich mit dem Beitritt der zehn neuen Mitgliedstaaten am 1. Mai diesen Jahres in Kraft treten wird¹. Neben diesen gesetzgeberischen Veränderungen haben zusätzlich die spektakulären Niederlagen der Kommission vor dem Gericht erster Instanz in Luxemburg in den Verfahren *Airtours/First Choice*², *Schneider/Legrand*³ und *Tetra Laval/Sidel*⁴ bemerkenswerte rechtspolitische Konsequenzen nach sich gezogen: Die Merger Task Force wurde als eigenständige Abteilung der Generaldirektion Wettbewerb aufgelöst und der Posten eines direkt dem Generaldirektor zugeordneten Chefökonom kreiert, der mit Herrn Prof. Röller besetzt wurde. Eines der mit diesem Reformprozeß verfolgten Ziele ist die stärkere Einbeziehung der Ökonomie in die Untersuchung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen und ihrer Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftlichen Fusionskontrollrecht im allgemeinen sowie eine sorgfältigere, zukünftigen gerichtlichen Überprüfungen standhaltende, Begründung der Fusionskontrollentscheidungen der Kommission im besonderen.

Diese Entwicklung ist auch für die Diskussion über die Berücksichtigung von Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle von Bedeutung. Wie ich gleich noch näher darlegen werde, haben die Effizienzen in der bisherigen Fusionskontrollpraxis in Brüssel fast keine Rolle gespielt. Dies wird sich in der Zukunft möglicherweise ändern. Denn in der neuen FKVO findet sich nun erstmals eine ausdrückliche Referenz auf die Berücksichtigung „begründeter und wahrscheinlicher Effizienzvorteile“, denen die Kommission Rechnung tragen will, wenn es sich hierbei allerdings auch nur um einen der dem eigentlichen Verordnungstext voran-

¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004, ABl. L 24/1.

² EuG, Urt. v. 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, Slg. II-2585.

³ EuG, Urt. v. 22. 10. 2002, Rs. T-310/01, Slg. II-4071.

⁴ EuG, Urt. v. 25. 10. 2002, Rs. T-5/02, Slg. II-4381.

gestellten Erwägungsgründe zur FKVO handelt. Ergänzend finden sich allerdings ausführlichere Erläuterungen zur Berücksichtigung von Effizienzen in den mittlerweile auch vorliegenden Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁵. Dies wirft mannigfaltige Fragen nach der zukünftigen Bedeutung von Effizienzen auf, insbesondere natürlich nach dem Verhältnis von Marktmachteffekten und Effizienzvorteilen. Können zukünftig marktbeherrschende Stellungen mit Effizienzvorteilen gerechtfertigt werden?

B. Die bisherige Berücksichtigung von Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle

Lassen Sie mich zunächst einige wenige Worte zum gegenwärtigen fusionskontrollrechtlichen Rahmen machen, innerhalb dessen Effizienzen – zumindest juristisch betrachtet – überhaupt nur eine Rolle spielen können.

I. Rechtlicher Rahmen für die Berücksichtigung von Effizienzen

Ziel der Fusionskontrolle ist es, die Einschränkung wirksamen Wettbewerbs durch externes Unternehmenswachstum zu verhindern. Zentrales materielles Beurteilungskriterium ist hierbei die Marktmacht der beteiligten Unternehmen bzw. Marktbeherrschung. Die negativen Auswirkungen marktbeherrschender Stellungen sind hinlänglich bekannt und lassen sich verkürzt dahingehend zusammenfassen, daß das marktbeherrschende Unternehmen einseitig zu seinen Gunsten Wettbewerbsparameter festlegen kann, was zu einer ineffizienten Ressourcenallokation führt und den Verbrauchern mögliche Vorteile vorenthält. Neben solchen Wohlfahrtsverlusten können Zusammenschlüsse aber auch auf die Erzielung von Effizienzgewinnen der beteiligten Unternehmen, insbesondere in Form von Kostensparnissen, und damit auf Wohlfahrtsverbesserungen abzielen. Effizienz- und Marktmachteffekte können demnach bei Unternehmenszusammenschlüssen aus dem Blickwinkel der Fusionskontrolle miteinander konfliktieren.

Welches Gewicht den jeweiligen Interessen im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung beigemessen wird, ist eine wettbewerbspolitische Frage und betrifft im Kern die Wahl des der Bewertung zugrunde zu legenden relevanten Wohlfahrtsstandards. Im wesentlichen stehen sich hier der sog. Gesamtwohlfahrtsansatz („*Total Welfare Model*“) und der engere sog. Verbraucherwohlfahrtsansatz („*Consumer Welfare Model*“) gegenüber. Während nach dem Gesamtwohlfahrtsansatz Wohlfahrtssteigerungen immer schon dann vorliegen, wenn die Summe aus Produzenten- und Konsumentenwohlfahrt steigt, also insbesondere schon Wohlfahrts-

⁵ ABl. 2004 C 31 / 5.

steigerungen allein auf Seiten der Produzenten relevant sein können, werden nach dem Verbraucherwohlfahrtsansatz nur solche Effizienzen als wohlfahrtssteigernd angesehen, die den Verbrauchern zugute kommen. Ich will an dieser Stelle von einer näheren Auseinandersetzung mit diesen Modellen absehen. Prof. Schwalbe hat hierzu soeben ausführlich vorgetragen. Genügen soll der Hinweis, daß der europäischen Fusionskontrolle der engere, auf den Verbraucher zugeschnittene Wohlfahrtsstandard zugrunde liegt.

Wie überträgt sich diese wettbewerbspolitische Grundentscheidung aber in das rechtliche Korsett der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen und wie können eventuelle Effizienzvorteile juristisch erfaßt werden?

Nun, man wird ohne weiteres sagen können, daß sich die Verordnung in dieser Hinsicht bedeckt hält. Sedes materiae zur Beantwortung dieser Fragen ist Art. 2 FKVO, das materielle Herzstück der europäischen Fusionskontrolle. Nach Art. 2 Abs. 3 FKVO sind Zusammenschlüsse zu untersagen, wenn sie eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Auf die ab 1. Mai geltenden Änderungen werde ich später noch kurz eingehen. Zunächst möchte ich diese aber noch außer Betracht lassen. Anhand welcher Beurteilungskriterien im einzelnen festgestellt werden soll, ob die Untersagungsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 FKVO erfüllt sind, ergibt sich aus dem Katalog des Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) FKVO, der im übrigen durch die Reform der FKVO unverändert geblieben ist. Neben unternehmensbezogenen Merkmalen wie der Marktmacht und der Finanzkraft der beteiligten Unternehmen werden marktbezogene Faktoren wie beispielsweise rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittschranken genannt. Hinsichtlich der Möglichkeit, eventuelle Effizienzgewinne zu berücksichtigen, spielt ausschließlich das letzte Tatbestandsmerkmal dieser Norm eine Rolle. Danach soll die Kommission auch „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ im Rahmen ihrer materiellen Prüfung von Zusammenschlüssen berücksichtigen. Weitere Anhaltspunkte für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen finden sich in der FKVO nicht. Insbesondere sieht das europäische Recht im Gegensatz zur deutschen Fusionskontrolle nicht die Möglichkeit einer Ministererlaubnis nach einer Untersagung durch das BKartA vor, die einen Zusammenschluß aufgrund wettbewerbsfremder Erwägungen doch noch freigeben kann. Das Verfahren in der Gemeinschaft ist insoweit einstufig. Allein die Kommission ist berufen, Effizienzen in ihre Würdigung des Zusammenschlusses einzu beziehen.

Daß aus einem Zusammenschluß erwartete Effizienzgewinne von diesem Tatbestandsmerkmal erfaßt und in die materielle Prüfung des Vorhabens eingeführt werden können, ist allgemeine Ansicht⁶. Eine wettbewerbliche Abwägungsklausel

⁶ *Albers/Hacker*, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO Rdnr. 429 ff.; *Immenga*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbe-

hingegen, die erlaubte, trotz Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung einen Zusammenschluß unter Berufung auf die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts gleichwohl zu genehmigen, wird von der ganz überwiegenden Meinung indessen abgelehnt⁷. Zu Recht, wie ich meine. Denn im Zentrum der Überprüfung von Zusammenschlüssen steht im europäischen Recht die Frage der strukturellen Vermachtung der Märkte. Wirksamer Wettbewerb und Marktbeherrschung schließen sich in der Fusionskontrolle, verkürzt gesagt, grundsätzlich aus. Effizienzvorteile können insoweit, von ganz wenigen, eher theoretischen, spezifisch gelagerten Sonderfällen einmal abgesehen, nur unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung relevant werden. Dieser Befund deckt sich mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission, auf die ich im folgenden näher eingehen möchte.

II. Entscheidungspraxis der Kommission

Aufgrund der nur eingeschränkten Möglichkeit, Effizienzerwägungen zur Genehmigung von Zusammenschlußvorhaben in der europäischen Fusionskontrolle geltend zu machen, fällt die relevante Entscheidungspraxis der Kommission gering aus. Effizienzen spielen in der Fallpraxis eine nur untergeordnete Rolle. Die wesentlichen Grundzüge möchte ich Ihnen im folgenden zusammenfassen, wobei ich zwischen den Fällen der Marktbeherrschung eines einzelnen und der gemeinsamen Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen unterscheiden möchte. Weiterhin werde ich auf die gesondert gelagerten Fragen der Berücksichtigung von Effizienzen in Fällen von Sanierungsfusionen sowie der Existenz einer efficiency offense in der europäischen Fusionskontrolle eingehen.

1. Effizienzen in Fällen von Einzelmarktbeherrschung

Wichtige Hinweise auf die Bedeutung, die die Kommission Effizienzvorteilen in ihrer Beurteilung von Zusammenschlüssen nach Art. 2 FKVO beimessen will, finden sich bereits in ihrer ersten Untersagungsentscheidung im Fall *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*⁸ aus dem Jahr 1991. Die Kommission gelangte zu der Auffassung, daß der Erwerb von de Havilland durch Aerospatiale und Alenia eine marktbeherrschende Stellung der neuen Unternehmenseinheit auf verschiedenen Märkten für Regionalflugzeuge begründen würde. Zur Vermeidung einer Untersa-

werbsrecht, Art. 2 Rdnr. 168 ff., jeweils m. w. N.; *Lindsay*, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, London 2003, S. 436 ff.

⁷ Vgl. nur *Albers/Hacker*, ebd., Art. 2 FKVO Rdnr. 444; *Immenga*, ebd., Art. 2 Rdnr. 168 ff.; 172 ff.; *Ritter/Braun/Rawlinson*, European Competition Law, 2000, S. 482; *Brittan*, ELR 1990, S. 351 (353).

⁸ Fall IV/M. 043, ABl. 1991 L 334/42.

gung wiesen die Parteien darauf hin, daß das Vorhaben zu Kosteneinsparungen in Höhe von jährlich 5 Mio. ECU führe⁹. Außerdem verringere der Erwerb der kanadischen Boeing-Tochter die mit Währungsschwankungen verbundenen Risiken, da dadurch auch im Dollarraum direkt produziert werden könne, wodurch Wettbewerbsvorteile für die Parteien entstünden¹⁰.

Eingangs ihrer Bewertung ließ die Kommission ausdrücklich offen, ob diese Vorteile überhaupt für die materielle Bewertung des Zusammenschlusses nach Art. 2 FKVO von Bedeutung sein könnten¹¹. Sie konnte dies dahinstehen lassen, da sie diesen Vortrag als ungenügend ansah, das Vorhaben trotz Marktbeherrschung dennoch zu genehmigen: Die geltend gemachten Einsparungen betrügen nur 0,5 % des gemeinsamen Umsatzes der neuen Einheit und hätten daher nur geringfügige Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens. Weitere – nicht bezifferte – Kosteneinsparungen durch ein verbessertes Management des Zielunternehmens wären nicht an einen Zusammenschluß gebunden und könnten sowohl vom damaligen Eigentümer als auch jedem anderen dritten Erwerber erzielt werden. Kosteneinsparungen aufgrund der Zusammenlegung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten seien nicht geltend gemacht worden. Die vermeintlichen Wettbewerbsvorteile aus der Möglichkeit, im Dollarraum zu produzieren, gälten nur für das dort bereits ansässige Zielunternehmen. Produktionsverlagerungen in den Dollarraum seien nicht ersichtlich. Die Kommission konnte vor diesem Hintergrund nicht erkennen, daß der Zusammenschluß einen Beitrag zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) leistete¹². Ergänzend führte die Kommission dann noch aus, daß selbst wenn man einen solchen Beitrag annähme, keine Aussicht bestünde, daß dies den Verbrauchern zugute komme. Denn die Verbraucher sähen sich einem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber. Zudem bestünde die Gefahr, daß diese Marktbeherrschung sich sogar in eine Monopolstellung umwandeln könnte. Die neue Unternehmenseinheit hätte damit einen unkontrollierten Preisfestsetzungsspielraum mit schwerwiegenden Folgen für die Verbraucher¹³.

Bereits in dieser Entscheidung werden die wesentlichen Grundsätze der Kommission hinsichtlich der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen deutlich, die sich durch die gesamte bisherige Entscheidungspraxis wie ein roter Faden ziehen:

- Effizienzvorteile müssen substantiell sein,
- sie müssen zusammenschlußspezifisch sein und
- sie müssen an die Verbraucher weitergegeben werden, was im Falle von marktbeherrschenden Unternehmen oder Monopolisten nicht erwartet werden könne.

⁹ Ebd., Rdnr. 65.

¹⁰ Ebd., Rdnr. 68.

¹¹ Ebd., Rdnr. 65, UAbs. 2.

¹² Ebd., Rdnr. 69.

¹³ Ebd.

Die Notwendigkeit der Weitergabe der Effizienzvorteile an die Verbraucher kommt auch deutlich in der Entscheidung *ACCOR/Wagons-Lits* aus dem Jahr 1992 zum Ausdruck¹⁴. Das Vorhaben betraf u. a. die Raststättenverpflegung an Autobahnen. Die Parteien trugen vor, daß der Zusammenschluß eine bessere Ausbildung des Personals sowie eine Modernisierung einzelner Raststätten erlauben werde. Die Kommission erkannte hierin keinen gültigen Einwand gegen ihre Annahme, daß das Vorhaben eine beherrschende Stellung begründete. Die Produktivitätseffekte blieben zu unbestimmt, und es sei auch nicht zu erkennen, daß sie höher ausfielen als die Betriebskosten, die aufgrund des Umfangs der neuen Einheit entstünden. Überdies, und dies ist an dieser Stelle von besonderem Interesse, nähmen die Parteien auf dem durch eine wenig elastische Nachfrage gekennzeichneten Markt der Autobahnverpflegung eine beherrschende Stellung ein, weshalb sie kein Interesse hätten, diese Gewinne an die Verbraucher weiterzugeben¹⁵.

Ebenso argumentierte die Kommission in der Entscheidung *Saint-Gobain/Wacker-Chemie*¹⁶. Das beabsichtigte GU hätte auf dem Markt für Siliciumkarbid für Feuerfestmaterial eine marktbeherrschende Stellung eingenommen. Nach Ansicht der Parteien hätte der Zusammenschluß Synergien bei der Produktion und Vermarktung von Siliciumkarbid erlaubt. Dies stellte die Kommission im Grundsatz zwar nicht in Frage, sie vermißte aber einen Mechanismus für die Weitergabe der mit diesen Synergien erzielten Vorteile an die Verbraucher. Die Möglichkeit der neuen Einheit, als marktbeherrschendes Unternehmen nach dem Zusammenschluß Preiserhöhungen durchzusetzen, seien bedeutender als sein Interesse an der Erzielung von Synergien¹⁷.

Im Fall *MSG Media Service*¹⁸ aus dem Jahr 1994 verwiesen die beteiligten Unternehmen darauf, daß mit dem Zusammenschlußvorhaben die rasche Durchsetzung digitalen Fernsehens gefördert werde¹⁹. Die Kommission räumte zwar ein, daß die Verbreitung digitaler Technik letztlich auch für den Verbraucher durch Erweiterung des Produktangebots förderlich sein könnte. Sie wies dann aber darauf hin, daß Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) die Berücksichtigung der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts unter den Vorbehalt stellt, daß es nicht zu einer Behinderung des Wettbewerbs komme. Die Kommission war allerdings zuvor zu dem Ergebnis gelangt, daß das Vorhaben auf dem Markt für administrative und technische Dienstleistungen für Pay-TV und dem nachgelagerten Markt für Pay-TV auf Dauer eine beherrschende Stellung des neuen Unternehmens begründen würde. Das Vorhaben führe also zu einer Behinderung des Wettbe-

¹⁴ Fall IV/M. 126, ABl. 1992 L 204/1.

¹⁵ Ebd., Rdnr. 26, sub 2) Buchstabe f.

¹⁶ Fall IV/M. 774, ABl. 1997 L 247/1.

¹⁷ Ebd., Rdnr. 246.

¹⁸ Fall IV/M. 469, ABl. 1994 L 364/1 ff.

¹⁹ Ebd., Rdnr. 100.

werbs, die die Erreichung eines technischen und wirtschaftlichen Fortschritts sogar insgesamt in Frage zu stellen geeignet sei. Denn die marktbeherrschende Stellung des neuen Unternehmens würde voraussichtlich neue Anbieter von einem Eintritt in den Markt abschrecken. Die Kommission sah deshalb den Fortschrittseinwand der Parteien als nicht durchschlagend an²⁰.

Ebenso argumentierte die Kommission im Fall *Bertelsmann / Kirch / Premiere*²¹. Die Kommission folgte nicht dem Vortrag der Parteien, die Errichtung einer digitalen Infrastruktur und das gemeinsame Angebot eines attraktiven Programms trügen zum technischen und wirtschaftlichen Fortschritt bei, da die Parteien die betroffenen Märkte nach dem Zusammenschluß beherrschen würden, so daß es zu einer Wettbewerbsbehinderung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) komme²².

Ähnlich gelagert war der Fall *Nordic Satellite Distribution*²³ aus dem Jahr 1995, die den Ausbau der Digitaltechnik und den Vertrieb von Satellitenfernsehen und damit zusammenhängender Dienstleistungen in Skandinavien betraf. Die Parteien verwiesen auf die kurz- und mittelfristig verbesserten Empfangsmöglichkeiten im Bereich des Satellitenfernsehens und langfristig zu erzielende Kosteneinsparungen durch die Umstellung auf die Digitaltechnik hin. Die Kommission erkannte zwar Effizienzverbesserungen für die Infrastruktur in der Telekommunikation an, wies demgegenüber jedoch darauf hin, daß diese Infrastruktur offen und für alle Interessenten zugänglich sein müsse. Die Kommission bezweifelte aber, ob dies tatsächlich eintreten würde, da es aufgrund der Beteiligung des marktstärksten Programmanbieters am Gemeinschaftsunternehmen voraussichtlich zu einer Verringerung der Programmviefalt komme²⁴.

Besonders deutlich kommen die Vorbehalte der Kommission gegenüber Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle in der Entscheidung *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*²⁵ aus dem Jahr 1999 zum Ausdruck. Das Vorhaben betraf den Zusammenschluß der beiden größten Schlachtbetriebe in Dänemark und hätte sowohl auf dem Nachfragemarkt für bestimmtes Schlachtfleisch als auf den nachgelagerten Absatzmärkten eine beherrschende Stellung begründet. Die Parteien machten geltend, daß der Zusammenschluß zu umfangreichen Kosteneinsparungen führte. Die Zusammenführung der Schlachtfleischmengen erlaube es ihnen weiterhin, sich auf einigen der großen europäischen Märkten von einem indirekten Anbieter eines beschränkten Sortiments zu einem Direktanbieter eines Vollsortiments zu entwickeln sowie auf dem japanischen Markt den amerikanischen Erzeugern Wettbewerb zu machen²⁶.

²⁰ Ebd., Rdnr. 101.

²¹ Fall IV / M. 993, ABl. 1999 L 53 / 1.

²² Ebd., Rdnr. 122.

²³ Fall IV / M. 490, ABl. 1996 L 53 / 20.

²⁴ Ebd., Rdnr., 145 – 152.

²⁵ Fall IV / M. 1313, ABl. 2000 L 20 / 1.

²⁶ Ebd., Rdnr. 198.

Diesen Vortrag wies die Kommission als unzureichend zurück. Unter ausdrücklichem Verweis auf Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) FKVO stellte sie klar, daß die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts nur soweit berücksichtigt werden kann, wie sie dem Verbraucher Vorteile erbringt und kein Hindernis für den Wettbewerb darstellt. Da der Zusammenschluß auf den relevanten Märkten eine beherrschende Stellung der neuen Einheit begründete, könnten die vorgetragenen Leistungsgewinne nicht berücksichtigt werden. Die Kommission ging weiterhin davon aus, daß der überwiegende Teil der vorgebrachten Kosteneinsparungen zumindest teilweise auch ohne den Zusammenschluß erzielt werden könnte. Schließlich merkte die Kommission an, daß es für die Zusammenschlußbeteiligten auch möglich sein sollte, ähnliche Nutzwirkungen mit anderen Fusionspartnern zu erzielen²⁷.

Die vorstehend zusammengefaßte Entscheidungspraxis der Kommission zeigt, daß Effizienzen materiell keine Rolle spielen, wenn der Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Umgekehrt braucht sich die Kommission mit Effizienzen nicht näher auseinanderzusetzen, wenn sie bereits zuvor zu dem Ergebnis gelangt ist, daß das Vorhaben keine Marktbeherrschung erwarten läßt. Dies wird in einigen bereits im nicht förmlichen Verfahren genehmigten Fällen deutlich, wie beispielsweise der jüngeren Entscheidung *Office Depot/Guilbert*²⁸ vom vergangenen Jahr. Der Zusammenschluß, der den Vertrieb von Büromaterialien betraf, hätte keine beherrschende Stellung der neuen Einheit begründet. Office Depot hatte dennoch verschiedene kostenreduzierende Synergieeffekte geltend gemacht, die zusammenschlußspezifisch, substantiell, zeitnah und überprüfbar und zum Vorteil der Verbraucher gewesen wären. Insbesondere wäre es zu einer Reduzierung der variablen Kosten gekommen, die zu einer Senkung der Preise gegenüber den Verbrauchern geführt hätte. Die Kommission setzte sich mit diesem Vortrag indessen überhaupt nicht auseinander. Sie beschränkte sich auf den Hinweis, daß der Zusammenschluß sowieso keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, die wirksamen Wettbewerb erheblich behinderte, so daß eine Überprüfung der von den Parteien erwarteten Effizienzvorteile nicht erforderlich sei²⁹.

2. Effizienzen und Sanierungsfusionen

Bevor ich zu der oligopolistischen Marktbeherrschung übergehe, möchte ich zuvor noch auf eine Sonderkonstellation im Bereich der Einzelmarktbeherrschung eingehen, nämlich die Berücksichtigung von Effizienzerwägungen im Zusammenhang mit Sanierungsfusionen. Dieser Begriff umschreibt den horizontalen Zusammenschluß zwischen einem gesunden und einem sanierungsbedürftigen Unterneh-

²⁷ Ebd.

²⁸ Fall COMP/M. 3108, Entscheidung vom 23. 5. 2003.

²⁹ Ebd., Rdnr. 69; ebenso Fall COMP/M. 1877 vom 4. 7. 2000, *Boskalis/HBG*, Rdnr. 22.

men, der an sich eine beherrschende Stellung des erwerbenden gesunden Unternehmens begründen oder verstärken würde. Ein solcher Zusammenschluß ist dann allerdings nicht ursächlich für die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, wenn dem Erwerber nach Ausscheiden des sanierungsbedürftigen Konkurrenten dessen Marktstellung ohnehin zugefallen und er deshalb auch ohne den Zusammenschluß marktbeherrschend geworden wäre. Unter diesen Umständen nimmt der Zusammenschluß eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur nur vorweg, die ohnehin eingetreten wäre und mit einer Untersagung nicht aufgehoben werden kann³⁰.

Auf den ersten Blick sind in solchen Konstellationen Effizienzerwägungen an sich weniger angebracht. Jüngere Entscheidungen der Kommission weisen allerdings darauf hin, daß auch hier Effizienzen für die Genehmigung einer Sanierungsfusion fruchtbar gemacht werden können, wenn allerdings auch in einer anderen Einkleidung als in den von mir zuvor beschriebenen üblichen Fällen. In der Entscheidung *BASF/Eurodiol/Pantochim*³¹ ging es um den Erwerb der beiden belgischen Unternehmen Eurodiol und Pantochim durch die BASF. Die Zielunternehmen befanden sich bereits im Konkursverfahren. Durch den Erwerb hätte die BASF eine marktbeherrschende Stellung auf mehreren Märkten für spezielle Lösungsmittel erhalten. Die Kommission stellte nun aber fest, daß die Marktstellung der zu übernehmenden Unternehmen BASF nicht vollständig auch ohne den Zusammenschluß zugefallen wären, sondern auch die Hauptkonkurrenten ebenfalls signifikante Marktanteile hinzugewonnen hätten. Der Zusammenschluß war damit auf dem Boden der allgemeinen Grundsätze zur Sanierungsfusion ursächlich für die Begründung einer beherrschenden Stellung der BASF.

Dennoch genehmigte die Kommission das Vorhaben. Sie verglich hierzu die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur der relevanten Märkte im Fall der Genehmigung der Fusion mit denjenigen im Fall der Untersagung der Fusion und gelangte zu dem Ergebnis, daß die Genehmigung zu einer geringeren Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen führe als die Untersagung. Von zentraler Bedeutung waren hierbei die Interessen der Abnehmer. Die Kommission ging davon aus, daß ohne den Zusammenschluß die Produktionsanlagen der zu übernehmenden Unternehmen endgültig aus dem Markt ausscheiden würden. Dies führte zu erheblichen Kapazitätsengpässen, da die verlorenen Kapazitäten nicht kurzfristig ersetzt werden könnten. Nach Ansicht der Kommission sei es in einer solchen Situation wahrscheinlich, daß der Preiswettbewerb aufhört und es stattdessen zu massiven Preissteigerungen kommt. Aus Sicht der Abnehmer sei dies nachteilhafter als die beherrschende Stellung der BASF, zumal die Kommission aufgrund der spezifischen Umstände des Einzelfalls nicht annahm, daß die BASF ihren Preisfestsetzungsspielraum zu Preiserhöhungen nutzen würde.

³⁰ EuGH, Urt. v. 31. 3. 1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Kali+Salz*, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 110.

³¹ Fall COMP/M. 2314, ABl. 2002 L 132/45.

Dieser Ansatz liegt auch der Entscheidung *Newscorp/Telepiù* vom vergangenen Jahr zugrunde, mit der die Kommission den Erwerb der italienischen Bezahlfernsehunternehmen Telepiù und Stream durch die australische Mediengruppe Newscorp genehmigte³². Die Kommission war in diesem Fall allerdings nicht davon überzeugt, daß die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion erfüllt waren. Sie berücksichtigte dennoch, daß insbesondere die mögliche Schließung von Stream Marktstörungen zum Nachteil der Bezahlfernseh abonnten in Italien verursachen könnte und daß deshalb eine Genehmigung des Zusammenschlusses unter Bedingungen und Auflagen den Interessen der Verbraucher stärker entspräche als seine Untersagung³³.

Obwohl sich die Kommission in beiden Entscheidungen an keiner Stelle ausdrücklich auf durch die Genehmigung des Zusammenschlusses zu erzielende Effizienzen bezog, läßt sich doch erkennen, daß ihren Erwägungen zur Auslegung der *failing firm defense* zumindest implizit entsprechende Wertungen zugrunde liegen. Denn ohne jegliche Effizienzgewinne durch die Rettung von Unternehmenswerten vor ihrem Ausscheiden aus dem Markt ist nur schwer zu erkennen, warum die Genehmigung einer Sanierungsfusion vorteilhafter sein soll als die Liquidierung des sanierungsbedürftigen Unternehmens. Überdies ist es ja auch nur Ausfluß des Wettbewerbsprinzips, daß Unternehmen bei mangelnder Wettbewerbsfähigkeit aus dem Markt gedrängt werden. In den Entscheidungen *BASF/Eurodiol* und *Newscorp/Telepiù* hat die Kommission daher danach gefragt, ob die Genehmigung des Zusammenschlusses eine effizientere Nutzung der Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens zugunsten der Verbraucher erlaubt als im Fall der Untersagung des Vorhabens. Das Besondere an diesen Fällen ist, daß die Kommission im spezifischen Zusammenhang von Sanierungsfusionen sich eher bereit zeigt, die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu akzeptieren und das Vorhaben dennoch zu genehmigen, als in den von mir zuvor behandelten und hier einmal etwas despektierlich zu bezeichnenden Standardfällen der Einzelmarktbeherrschung. Diese Entscheidungen dürften aber Ausnahmefälle ohne generellen Aussagegehalt zur Bedeutung von Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle sein.

3. Effizienzen in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung

Etwas anders stellt sich die Rolle von Effizienzen in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung dar. Hier hat die Kommission zu prüfen, ob die zusammengesetzten Unternehmen und ein oder mehrere dritte Unternehmen insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die

³² Fall COMP/M. 2876, Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 vom 2. 4. 2003, noch nicht im ABl. veröffentlicht; veröffentlicht auf der website der GD Wettbewerb: http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_nr_m_57.html#m_2876.

³³ Ebd., Rdnr. 205–221.

Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, und dadurch wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird³⁴. Kern der Prüfung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung mehrerer Unternehmen ist die zwischen ihnen bestehende Reaktionsverbundenheit. Bekanntermaßen zieht die Kommission zur Beurteilung des zukünftigen Verhaltens von Oligopolunternehmen einen mittlerweile gefestigten Kriterienkatalog heran, der u. a. die Homogenität der Waren oder Dienstleistungen, die Transparenz des Marktes, die Preiselastizität der Nachfrage, wirtschaftliche oder strukturelle Verbindungen und, worauf es mir hier besonders ankommt, symmetrische Marktanteile und Kostenstrukturen umfaßt.

Effizienzvorteile können für die Beurteilung der Kostenstrukturen der Oligopolisten von Bedeutung sein. Gemeinhin gilt, daß ähnliche Kostenstrukturen die stillschweigende Koordinierung der Oligopolisten, und damit den Verzicht auf Wettbewerb untereinander, erleichtern. Zusammenschlußbedingte Effizienzvorteile können nun die Kostenstruktur des neuen Unternehmens an die der übrigen annähern oder aber auch zu Kostenvorteilen gegenüber den anderen Oligopolmitgliedern führen. Deutlich wird dieser Zusammenhang in der Entscheidung *Gencor/Lonrho*³⁵, die den Zusammenschluß zweier südafrikanischer Unternehmen im Bereich des Bergbaus und der Raffination von Platinmetallen betraf. Die Kommission untersagte das Vorhaben, da es ein marktbeherrschendes Duopol zwischen den sich zusammenschließenden Parteien und einem dritten Unternehmen geführt hätte. Die fusionierenden Unternehmen hatten geltend gemacht, daß der Zusammenschluß ihnen erlauben würde, erhebliche Synergien zu erzielen. Die Kommission bezweifelte dies zunächst, stellte dann aber fest, daß die einzige Auswirkung des Zusammenschlusses auf die Kostenstruktur darin liege, ein Unternehmen zu schaffen, dessen Kostenstruktur der des anderen Duopolisten ähnele, diesem gegenüber aber keine Kostenvorteile verschaffe. Dies bedeute, daß beide Duopolisten in größerem Umfang auf gleiche Weise von Marktentwicklungen beeinflusst werden und auf diese reagieren dürften. Die Duopolisten hätten daher ein höheres gemeinsames Interesse an Entwicklungstendenzen des Markts, was die Wahrscheinlichkeit eines wettbewerbswidrigen Parallelverhaltens nach dem Zusammenschluß erhöhe³⁶.

In dem Fall *Airtours/First Choice*³⁷ wiesen alle vier Oligopolisten vor dem Zusammenschluß gleiche Kostenstrukturen auf³⁸. Die Kommission erwartete Synergieeffekte für die fusionierenden Oligopolisten von weniger als 1 % ihrer Gesamtkosten. Sie folgte hieraus, daß das Vorhaben die Gesamtkostenstruktur von Air-

³⁴ EuG, Urt. v. 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, *Airtours*, Rdnr. 59.

³⁵ Fall IV/M. 619, ABl. 1997 L 11/30.

³⁶ Ebd., Rdnr. 183 f.

³⁷ Fall IV/M. 1524, ABl. 2000 L 93/1.

³⁸ Ebd., Rdnr. 99–101.

tours / First Choice unverändert lasse und damit keine Wettbewerbsanreize für Air-tours / First Choice gegenüber den anderen Oligopolisten schaffe³⁹.

Diese Entscheidungen zeigen, daß Effizienzvorteile von der Kommission im Zusammenhang mit der Prüfung der Begründung oder Verstärkung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung mehrerer Unternehmen stärker in ihre wettbewerbliche Prüfung einbezogen werden als in den Fällen der Einzelmarktbeherrschung. Während die Kommission bei der Einzelmarktbeherrschung für die Beurteilung der Marktbeherrschung nicht berücksichtigt, können Effizienzen in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung sowohl für als auch gegen zukünftiges wettbewerbswidriges Parallelverhalten im Oligopol herangezogen werden.

4. Sonderfall: Efficiency offence

Lassen Sie mich am Ende dieses Abschnitts noch kurz auf die Frage der efficiency offence im europäischen Fusionskontrollrecht eingehen, der Frage also, ob zu große Effizienzvorteile den fusionierenden Parteien nicht zum Verhängnis werden können, indem die Kommission gerade hierin eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt sehen könnte. Eindeutige Aussagen lassen sich der Entscheidungspraxis der Kommission hierzu nicht entnehmen. Allerdings ist bis heute auch noch kein Zusammenschluß untersagt worden, weil die neue Einheit zu effizient würde. In einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1991 hatte die Kommission allerdings einmal ausgeführt, daß nicht auszuschließen sei, daß Vorteile aus Synergien eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken könnten⁴⁰, ohne daß dies in jener Entscheidung indessen weitere negative Konsequenzen für die Parteien nach sich gezogen hätte. Das Vorhaben wurde in Phase I freigegeben.

Zwar wird man grundsätzlich wohl nicht ausschließen können, daß zunehmende Effizienz auch auf die übrigen Kriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO zur Beurteilung der Vermachtung der betroffenen Märkte ausstrahlen kann, dies läßt der Wortlaut der Vorschrift sicherlich zu, es erscheint aber doch eine eher theoretische Frage, daß dies sogar zur Untersagung eines Zusammenschlusses führen könnte. Kommissar Monti hat die Existenz einer efficiency offence in der europäischen Fusionskontrolle in einer Rede aus dem Jahr 2002 rundum verneint⁴¹, ebenso äußerte sich Götz Drauz vor kurzem auf einer Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht. Zumindest wettbewerbspolitisch wird man diesen Aussagen Gewicht beimessen können. Im Lichte der bisherigen Entscheidungspraxis dürfte daher das Problem der efficiency offence eher zu vernachlässigen sein.

³⁹ Ebd., Rdnr. 146.

⁴⁰ Fall IV / M. 050, *AT&T/NCR*, Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b).

⁴¹ Monti, Review of the EC Merger Regulation – Roadmap for the reform project, British Chamber of Commerce, Brüssel, 4. Juni 2002., S. 6; veröffentlicht auf der website der GD Wettbewerb http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.htmls.

5. Bewertung

Zusammenfassend ist damit hier zunächst festzuhalten, daß Effizienzgewinne in der bisherigen Entscheidungspraxis eine nur sehr untergeordnete Rolle im Rahmen der materiellen Prüfung von Zusammenschlüssen gespielt haben. Dies liegt ganz wesentlich in der Ausrichtung der FKVO auf den Schutz wirksamer Wettbewerbsstrukturen und damit die Vermeidung der Vermachtung der Märkte. Dies spiegelt sich in der Entscheidungspraxis der Kommission deutlich wider.

C. Die zukünftige Bedeutung von Effizienzen im Rahmen der novellierten EG-Fusionskontrollverordnung

Welche Bedeutung werden Effizienzen im Rahmen der ab 1. Mai geltenden novellierten EG-Fusionskontrollverordnung haben? Ich will eine Antwort im Lichte des neuen Erwägungsgrunds 29 der FKVO, der Leitlinien der Kommission über die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse sowie des neuen materiellen Tests des Art. 2 Abs. 3 FKVO zu geben versuchen.

I. Der rechtliche Rahmen in der neuen Fusionkontrollverordnung für die Berücksichtigung von Effizienzen

Ausgangspunkt einer jeden materiellen Prüfung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ist weiterhin Art. 2 Abs. 3 FKVO. Der neugefaßte Art. 2 Abs. 3 FKVO bestimmt nun, daß Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, zu untersagen sind. Untersagungskriterium ist damit nur noch die erhebliche Wettbewerbsbehinderung, sog. *SIEC-Test* (*significant impediment to effective competition*). Die Marktbeherrschung wurde zu einem bloßen Regelbeispiel heruntergestuft und ist nicht mehr zwingende Voraussetzung für eine Untersagung. Mit dieser Änderung sollte klargestellt werden, daß die FKVO jenseits der Marktbeherrschung auch Fälle nicht-koordinierten Handelns von Unternehmen erfaßt, die auf dem relevanten Markt keine marktbeherrschende Stellung innehaben. Dabei existieren zwei Unterfälle. Entweder die Situation eines homogenen Produktmarkts, in dem die beiden Unternehmen nach dem Zusammenschluss nicht Marktführer sind, weil es mindestens einen anderen Anbieter im Markt gibt, der größer ist. Gleichwohl haben die Unternehmen einen gewissen Preiserhöhungsspielraum, weil die restlichen Anbieter ihre Kapazitäten schon zu 100 % ausgenutzt haben. Daraus folgt, dass kein anderes Unternehmen dazu in der Lage ist, einer Preiserhöhung durch Produktionsausweitung entgegenwirken zu können. Der zweite Unterfall ist der in differenzierten Produktmärkten, in dem die Produkte der zusammenschließenden Unternehmen die nächsten Sub-

stitute sind und aus diesem Grunde damit zu rechnen ist, dass wenn vor dem Zusammenschluss einer der beiden den Preis erhöht hätte, er im Wesentlichen gegen den anderen verloren hätte. Dadurch, dass beide sich zusammenschließen, entstehen jedoch Spielräume, weil die Nachteile, die sonst bei Preiserhöhungen verloren gegangen wären, im Wesentlichen auf die Produkte des zusammengeschlossenen Unternehmens überwechseln.

Bei den vorgenannten Fallkonstellationen spricht man von nicht-kollusiven Oligopolen⁴². In der Entscheidungspraxis der Kommission ist ein solcher Fall bisher nie aufgetreten, die praktische Relevanz nicht-kollusiver Oligopole dürfte insgesamt gering sein. Allerdings führt diese Verschiebung der Untersagungsvoraussetzungen zu einem noch größeren Ermessensspielraum der Kommission für die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen als zuvor.

Wesentliche Änderungen in der Entscheidungspraxis der Kommission hinsichtlich der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen erwarte ich aufgrund der FKVO-Novelle aber nicht. So ist insbesondere der ursprüngliche Katalog der von der Kommission zu berücksichtigenden Kriterien zur materiellen Beurteilung von Zusammenschlüssen in Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b) unverändert geblieben. Es bleibt damit also auch zukünftig dabei, daß Effizienzen nur dann berücksichtigt werden können, soweit sie einen Beitrag zur Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts leisten, der dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert. Weiterhin zeigen die Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse, daß der erweiterte Prüfrahmen des Art. 2 Abs. 3 FKVO kein Einfallstor für eine wettbewerbliche Abwägungsklausel ist. Zwar heißt es zunächst im neuen Erwägungsgrund 29, daß es möglich ist,

„[d]aß die durch einen Zusammenschluß bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, *ausgleichen*, so daß durch den Zusammenschluß wirksamer Wettbewerb [...] nicht erheblich behindert würde.“

In ihren Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse stellt die Kommission im Zusammenhang mit der Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher dann aber klar, daß

„[e]s *höchst unwahrscheinlich* [ist], daß ein Zusammenschluß, der zu einer Markstellung führt, die einem Monopol nahe kommt oder ein ähnliches Maß an Marktmacht erbringt, mit der Begründung für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden könnte, daß Effizienzvorteile ausreichen würden, den möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen entgegenzuwirken.“⁴³

Die Kommission knüpft damit an ihre Entscheidungspraxis an, nach der von marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks die Weitergabe von Effizienzen an die Verbraucher nicht erwartet werden kann. Die

⁴² Äußerst kritisch Böge, WuW 2004, 138 (144).

⁴³ Leitlinien, Rdnr. 84 a.E.

Kommission will dies zwar in den Leitlinien nicht mehr kategorisch ausschließen. Die Beweislastanforderungen an die Unternehmen dürften aber äußerst hoch und in der Praxis kaum zu erfüllen sein, um unter Berufung auf Effizienzen Wettbewerbsvorteile solchen Ausmaßes nachzuweisen, die die aus der Marktbeherrschung resultierenden Wettbewerbsbehinderungen überwiegen. Auch wenn die Kommission ihre gewachsene wettbewerbspolitische Bereitschaft zur Berücksichtigung von Effizienzen zum Ausdruck bringen wollte, so zeigt sich doch, daß sie wettbewerbsrechtlich einen sehr vorsichtigen Ansatz gewählt hat, der die bisherige Praxis bestätigt.

Welche weiteren Aussagen können den Leitlinien entnommen werden? Die Kommission faßt im wesentlichen die sich bereits aus ihrer bisherigen Entscheidungspraxis ergebenden Anforderungen an die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen zusammen. Hiernach müssen Effizienzvorteile

- erheblich sein, sich rechtzeitig einstellen und den Verbrauchern zugute kommen⁴⁴,
- unmittelbare Folge des Zusammenschlusses sein und nicht in ähnlichem Umfang durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erzielt werden können⁴⁵ und
- nachprüfbar sein⁴⁶.

Wesentlich neue, über die bisherigen Entscheidungen materiell hinausgehende Anforderungen enthalten die Leitlinien insoweit nicht. Ihr Vorteil beschränkt sich darauf, die einzelnen Kriterien in einem Dokument zusammengetragen zu haben. Ich möchte mich daher an dieser Stelle darauf beschränken, kurz auf die Arten von Effizienzen hinzuweisen, die die Kommission in ihren Leitlinien als relevant einstuft, sowie die mit der Nachprüfbarkeit von Effizienzen verbundenen Praxisprobleme aufzeigen.

II. Effizienzarten

Die Kommission reißt in ihren Leitlinien kurz die verschiedenen Arten von Effizienzvorteilen an, die aus Zusammenschlüssen resultieren können. Ausführlicher fallen demgegenüber die Erläuterungen in dem Leitlinienentwurf der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG aus⁴⁷, die grundsätzlich auch im vorstehenden Zusammenhang herangezogen werden können. Die Kommission unterscheidet generell zwischen Effizienzgewinnen, die zu Kosteneinsparungen führen und solchen, die einen Mehrwert in Form neuer oder verbesserter Produkte oder Dienstleistungen erbringen⁴⁸. Die Kommission versteht den Katalog der von ihr ange-

⁴⁴ Ebd., Rdnr. 79.

⁴⁵ Ebd., Rdnr. 85.

⁴⁶ Ebd., Rdnr. 86 ff.

⁴⁷ ABl. 2003 C 243/62.

⁴⁸ Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse, Rdnr. 80; Entwurf Leitlinien Art. 81 Abs. 3, Rdnr. 51.

fürten Effizienzvorteile als nicht abschließend. Je nach Lage des Einzelfalls können auch andere Effizienzen berücksichtigt werden.

Kosteneinsparungen können sich ergeben

- aus der Entwicklung neuer Produktionstechniken und -verfahren⁴⁹,
- aus Synergieeffekten infolge der Zusammenlegung von Vermögenswerten, die beispielsweise eine verbesserte Kosten- / Produktionsstruktur ermöglicht⁵⁰.
- Kosteneinsparungen können weiterhin auch aus Größenvorteilen, also abnehmenden Stückkosten bei steigender Produktion, resultieren, wenn z. B. die höhere Betriebsgröße eine bessere Aufteilung ermöglicht⁵¹, oder
- aus Verbundvorteilen, die sich ergeben, wenn Unternehmen mit den gleichen Einsatzmitteln unterschiedliche Produkte herstellen oder vertreiben und ihre Aktivitäten zusammenlegen⁵².

Vorteile für die Verbraucher in Form *neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen* können sich beispielsweise aus Effizienzgewinnen in den Bereichen Forschung und Entwicklung und Innovation ergeben⁵³.

III. Praxisproblem der Nachprüfbarkeit von Effizienzen

Auch wenn die Leitlinien insgesamt einer größeren Übersichtlichkeit dienen und dem Rechtsanwender sicherlich hilfreich sind, so bleibt doch ein für die Praxis sehr wichtiges Problem ungelöst, nämlich das der Berechnung und des Nachweises von Effizienzen. Aus den Leitlinien folgt zunächst, daß die Beweislast bei den Unternehmen liegt⁵⁴. Dies liegt darin begründet, daß die relevanten Informationen über potentielle Effizienzgewinne durch einen Zusammenschluß bei den Unternehmen liegen. Fraglich ist allerdings, welche Anforderungen im einzelnen an die Beweiskraft der von den Unternehmen vorzulegenden Unterlagen realistischerweise gestellt werden können. Denn es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß es sich hierbei um eine *ex ante*-Beurteilung handelt, wie im übrigen ja auch die wettbewerbliche Beurteilung eines Zusammenschlusses *ex ante* erfolgt und mit entsprechenden Unsicherheiten verbunden ist. Abschließende Sicherheit über das Maß der aus dem Zusammenschluß resultierenden Effizienzen wird man daher nicht fordern können.

Die Kommission hat vor kurzem den Entwurf eines neuen Anmeldeformblatts für Zusammenschlüsse, die sog. Form CO, auf ihrer website veröffentlicht, das ab

⁴⁹ Entwurf Leitlinien Art. 81 Abs. 3, Rdnr. 56.

⁵⁰ Entwurf Leitlinien Art. 81 Abs. 3, Rdnr. 57.

⁵¹ Entwurf Leitlinien Art. 81 Abs. 3, Rdnr. 58.

⁵² Entwurf Leitlinien Art. 81 Abs. 3, Rdnr. 59.

⁵³ Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse, Rdnr. 81.

⁵⁴ Ebd., Rdnr. 87.

1. Mai mit Inkrafttreten der neuen FKVO verwandt werden soll. Welche Unterlagen die Unternehmen vorlegen müssen, wollen sie Effizienzvorteile geltend machen, ergibt sich aus dem Abschnitt 9.3. Dort werden die Anmelder aufgefordert, jeden einzelnen Effizienzgewinn (Kostenreduzierungen, Produktinnovation oder -verbesserung) zu beschreiben und durch Unterlagen zu belegen. Im einzelnen müssen die Parteien die Schritte erläutern, die sie unternehmen wollen, um die Effizienzen zu erzielen, die Risiken identifizieren, die damit verbunden sind und den zeitlichen Rahmen sowie die damit verbundenen Kosten angeben. Soweit möglich, sind die Effizienzen zu quantifizieren und die Berechnungsmethode darzulegen. Weiterhin ist der Umfang der Verbrauchervorteile zu erläutern und abschließend darzulegen, warum Effizienzen gleichen Ausmaßes nicht durch eine den Wettbewerb weniger behindernde Form der Konzentration oder Kooperation erzielt werden können.

Dieser Fragenkatalog des neuen Anmeldeformulars verdeutlicht, daß es für Unternehmen in der Praxis äußerst mühsam wird, Effizienzen glaubhaft nachzuweisen. So dürfte beispielsweise eine belastbare Quantifizierung von Effizienzen ohne ökonomische Sachverständige nur schwer möglich sein. Dies führt mich abschließend zu der übergeordneten Frage, die sich sicherlich auch die Unternehmen in einem konkreten Verfahren stellen werden: Warum soll man sich einer solchen Mühsal unterziehen, wenn der Nutzen doch äußerst zweifelhaft erscheint. Denn soweit ein Zusammenschluß nicht ernsthaft erwarten läßt, Gefahr zu laufen, untersagt zu werden, besteht kein Anlaß für die Unternehmen, detailliert Effizienzen nachzuweisen. Ist das Vorhaben aber ein Wackelkandidat, so ist es nach den Leitlinien doch nur „äußerst unwahrscheinlich“ daß die Effizienzen die Wettbewerbsbehinderungen aufwiegen und das Vorhaben doch genehmigt werden kann. Vor diesem Hintergrund werden meiner Einschätzung nach die Unternehmen nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit im neuen Formblatt CO nutzen, Effizienzgewinne in ihren Anmeldungen geltend zu machen.

D. Ausblick

Damit komme ich zum Ende meiner Betrachtungen. Die Bedeutung von Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle ist ein im Augenblick intensiv diskutiertes Thema. Ich möchte aber davor warnen, zu große Hoffnungen zu hegen, daß ab 1. Mai unter der novellierten FKVO Effizienzen eine wesentlich prominentere Rolle spielen werden als in der bisherigen Entscheidungspraxis. Die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs steht weiterhin im Vordergrund der europäischen Fusionskontrolle, und soweit diese grundsätzliche Ausrichtung der FKVO beibehalten bleibt, werden Effizienzen nur von marginaler Bedeutung sein. Langfristig mag aber vielleicht gerade die zunehmende Ökonomisierung Effizienzen den Weg in die europäische Fusionskontrolle bahnen. Dieser Weg erscheint zur Zeit noch lang, wir werden ihn aber mit großem Interesse verfolgen.

„Effizienzgesichtspunkte“ und Europäische Wettbewerbspolitik

Von *Andreas Strohm*, Brüssel

A. Einleitung

Die Europäische Kommission hat Anfang des Jahres 2004 zwei für die Wettbewerbspolitik richtungweisende Dokumente angenommen: Die Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse¹ sowie Leitlinien für die Anwendung von Art. 81 EUV. In beiden Kommissions-Mitteilungen spielen „Effizienzen“ eine wichtige Rolle.

Dieser Beitrag setzt sich dennoch in erster Linie mit der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle auseinander. Hier wurden, gerade in Deutschland, Bedenken geäußert. Viel von dieser Kritik, das wird versucht zu zeigen, beruht auf einem Missverständnis und einer Fehlinterpretation des Kommissionsansatzes als „efficiency defence“. Ein anderer Teil der Kritik ist allerdings „prinzipieller Natur“ und durch unterschiedliche „Vorstellungen vom Wettbewerb“ erklärbar. Beide Punkte werden in diesem Beitrag aufgegriffen. Am Schluss versuche ich zu zeigen, dass der in den Leitlinien entwickelte Ansatz der Kommission im Hinblick auf die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Anforderungen durchaus eine „pragmatische“ Antwort gibt.

Bevor das Effizienzkapitel der Leitlinien über die Fusionskontrolle behandelt wird, lohnt sich jedoch ein Blick auf die Regelungen des „Antitrust“, da hier einige konzeptionelle Unterschiede bestehen, die zu wichtigen Konsequenzen (wie etwa im Hinblick auf die Möglichkeiten, eine „Abwägung“ verschiedener „Ziele“ vorzunehmen oder die Beweislastverteilung) führen.

In diesem Beitrag, dieses anzumerken gebührt sich selbst bei weitaus weniger konfliktträchtigen Themen wie diesem, drückt der Autor allein seine persönliche Meinung aus und nicht die der Europäischen Kommission, die durch diese Ausführungen weder verpflichtet noch gebunden werden kann.

¹ Vgl. COM (2004).

B. Effizienzen innerhalb Art. 81 (3)

Das Europäische Kartellrecht wurde durch die neue Verordnung Nr. 1/2003 zur Durchführung der in Art. 81 und Art. 82 EUV niedergelegten Wettbewerbsregeln mit Wirkung vom 1. Mai 2004 einschneidend verändert. Wesentlicher Bestandteil der Reform ist eine Verlagerung eines Großteils der Verantwortung für die Durchsetzung auf die nationalen Kartellbehörden und Gerichte. Art. 81 (3) EUV enthält eine Ausnahmeregel von der Verletzung des Art. 81 (1) EUV, der nun im Sinne einer Legalausnahme unmittelbar anwendbar ist. Vereinbarungen, Entscheidungen von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die unter Art. 81 Abs. 1 fallen, sind, sofern die Bedingungen von Art. 81 Abs. 3 erfüllt sind, künftig gültig und rechtlich erzwingbar, d. h. sie sind kraft Gesetzes freigestellt, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Die bisherige „ex ante“ Kontrolle möglicherweise den Wettbewerb beschränkenden Vereinbarungen wird durch eine „ex post“ Kontrolle einer Selbsteinschätzung von Unternehmen ersetzt.²

Art. 81 (3) ist prinzipiell für Einzelfälle oder für Gruppen von Vereinbarungen anwendbar. Die bereits länger bestehenden Leitlinien über vertikale Vereinbarungen, Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit und Vereinbarungen über Technologie-Transfer behandeln die Anwendung von Art. 81 bei verschiedenen Typen von Vereinbarungen und konzertierten Verhaltensweisen. Die im März 2004 von der Kommission beschlossenen Leitlinien befassen sich demgegenüber mit der Interpretation der Freistellungsbedingungen des Art. 81 (3) in Einzelfällen. Die aufgestellten Grundsätze sollen, obschon sie für diese nicht direkt bindend sind, den Mitgliedstaaten und nationalen Gerichten für ihre Anwendung der Art. 81 (1) und 81 (3) eine Orientierungshilfe geben.

Die Anwendung der Ausnahmeregel des Art. 81 (3) steht unter vier Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Zwei dieser Bedingungen sind „positiv“, zwei „negativ“:

- Erstens: Es muss eine kausal auf die Vereinbarung zurückzuführende Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen Fortschritts vorliegen.
- Zweitens: Die Verbraucher müssen angemessen am „Gewinn“ beteiligt werden.
- Drittens: Die mit der Vereinbarung einhergehende Wettbewerbsbeschränkung muss „unerlässlich sein“.
- Viertens: Der Wettbewerb darf durch die Vereinbarung nicht beseitigt werden.

Die erste „positive“ Voraussetzung wird in den Leitlinien mit dem Begriff „Effizienzen“ beschrieben. Der Abschnitt über „Effizienzen“ erörtert also die Bedingungen, unter denen eine „kausale“ Verbesserung der Warenerzeugung oder Verteilung oder wirtschaftlichen Fortschritts angenommen werden kann. Die Prinzipien

² Vgl. *Hirsch* (2003).

sind denen der Leitlinien für die Fusionskontrollverordnung auf den ersten Blick ähnlich, wie etwa bei der starken Hervorhebung der Bedeutung der Reduzierung der „variablen“ Kosten als besonders „berücksichtigungsfähige“ Effizienzen oder, beim zweiten „positiven“ Kriterium, die Erforderlichkeit der „Gewinnbeteiligung der Verbraucher“ auf dem „relevanten“ Markt. Doch gibt es zwischen der Fusionskontrolle und Art. 81 EUV wichtige Unterschiede, insbesondere im Hinblick auf die alles entscheidende Existenz einer „rule of reason“. Dieser wichtige Unterschied hat, ungeachtet aller augenscheinlichen Ähnlichkeiten der Kapitel über „Effizienzen“ in beiden Leitlinien, erhebliche Konsequenzen, was die Anwendung auf konkrete Fälle betrifft.

C. „Efficiency defence“, „Wohlfahrtsstandard“ und „integrierter Ansatz“

Bei der Anwendung von Art. 81 (3) müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Gruppenfreistellungsverordnungen berücksichtigen, die einen „sicheren Hafen“ für bestimmte Gruppen von Vereinbarungen schaffen. Die neuen Leitlinien geben darüber hinaus nur eine „Orientierungshilfe“ für Einzelfälle. Da die Leitlinien, wie es die Verordnung 1/2003 vorsieht,³ auch von nationalen Gerichten und nationalen Wettbewerbsbehörden angewendet werden, sind sie – anders wie die Fusionskontroll-Leitlinien für die Kommission – für diese rechtlich nicht bindend.⁴

Darüber hinaus, und das ist für die folgenden Gedanken besonders wichtig, enthält Art. 81 (3) einen Ermessensspielraum für die anwendende Instanz: Nach dem Wortlaut „kann“ Art. 81 (1) für nicht anwendbar erklärt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, muss aber nicht.⁵ Art. 81 entspricht damit dem Muster, das mit „efficiency defence“ bezeichnet wird.⁶ Entsprechend obliegt die

³ Zur Fallallokation zwischen der Kommission und nationalen Instanzen vgl. ausführlich *Montag/Rosenfeld* (2003).

⁴ Art. 15 Abs. 1 der Verordnung erlaubt es den nationalen Gerichten, von der Kommission Informationen zu erhalten, über die sie verfügt. Die Kommission kann im Prozess als „amicus curiae“ auftreten und Rechtsgutachten erstellen. Diese Rechtsgutachten sind für die Gerichte aber nicht bindend; vgl. *Hirsch* (2003). Sehr skeptisch im Hinblick auf die praktische Bedeutung der Rechtsgutachten sind Montag und Rosenfeld: „It would not be surprising if national judges, in particular those of specialist competition courts [. . .] do not make much use of the possibility to obtain amicus curiae legal opinions from the Commission or do not regard written submissions made by the Commission on its own initiative as de facto binding. After all, judges do not like to be told by an administrative body how the law should be applied. In the case of questions about the interpretation of the law national judges are more likely to make use of the Article 234 EC proceeding to request the ECJ for a preliminary ruling“ *Montag/Rosenfeld* (2003: 130).

⁵ Vgl. *Odudu* (2002).

⁶ Im Gegensatz zu einer Bewertung von Effizienzkriterien als integralem Bestandteil der Wettbewerbsanalyse selbst, siehe unten.

Beweislast für die wirtschaftliche Nützlichkeit gemäß Art. 2 der Verordnung 1/2003 den Unternehmen. Wer den Vorwurf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung erhebt, hat die Voraussetzungen des Art. 81 (1) EGV zu beweisen, während das die Vereinbarung „verteidigende“ Unternehmen das Vorliegen der Voraussetzungen im Sinne des Absatzes 3 zu beweisen hat. Dies gilt nicht nur für Zivilprozesse sondern auch für Kartellverfahren.⁷

Das Effizienzkapitel innerhalb der Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse eröffnet notifizierenden Parteien hingegen keine Effizienz-“Verteidigung“ (efficiency „defence“). Die Leitlinien bestimmen ausdrücklich, dass die Kommission Effizienzen (ausschließlich) innerhalb der Wettbewerbsanalyse selbst berücksichtigt, d. h. die Kommission behält den bisherigen „einstufigen“⁸ Ansatz bei. Effizienzen werden demnach nur innerhalb der Prüfung in Betracht gezogen, ob durch ein Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird und dadurch wirksamer Wettbewerb wesentlich behindert wird. Nach den Leitlinien kann dies dann der Fall sein, wenn durch den Zusammenschluss erzielbare Effizienzgewinne dazu führen, dass das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss zum Vorteil der Konsumenten proaktiv am Wettbewerb teilnimmt und damit mögliche negative Wirkungen des Zusammenschlusses ausgeglichen werden.⁹

Die klare Unterscheidung des bei der Fusionskontrolle von der Kommission gewählten Ansatzes zu einer „efficiency defence“¹⁰ ist bedeutsam, weil sich von ihr ausgehend die Möglichkeiten des Einflusses „anderer Ziele“¹¹ auf künftige Ent-

⁷ Vgl. *Hirsch* (2003).

⁸ Vgl. *Gerard* (2003: 1367, 1400).

⁹ Vgl. Leitlinien für die Beurteilung von horizontalen Zusammenschlüssen, RZ. 76,77. Die Anforderungen, die an berücksichtigungsfähige Effizienzen gestellt werden, stehen dann allerdings im Zusammenhang mit einem „statischen“ Ansatz, der auf eine kurzfristige Erhöhung der Konsumentenwohlfaht zielt. Siehe dazu unten, Abschnitt E und Fußnote 13. Um eine logische Verbindung herzustellen, muss argumentiert werden, dass durch den Zusammenschluss mögliche kurzfristige Preissenkungen (langfristig) den „Rivalitätsprozess“ steigern. Das wird man indes nicht immer annehmen können, siehe etwa die Beispiele weiter unten in Fußnote 25. Die Frage des zeitlichen Rahmens, welchen die Wettbewerbsanalyse umfassen soll (und darf!) ist damit ein wichtiges Problem, das die Wohlfahrtsökonomie, da sie mit einem Zeithorizont von „Null“ arbeitet, kaum lösen kann. Man muss hier also andere, „qualitative“ Kriterien einbeziehen.

¹⁰ Innerhalb einer „rule of reason“ können prinzipiell die verschiedensten Faktoren gegeneinander abgewogen werden. Innerhalb der ökonomischen Literatur wird unter dem Begriff „efficiency defence“ mit Bezug auf die klassischen Arbeiten Williamsons jedoch in der Regel die Abwägung gegenläufiger Wohlfahrtseffekte eines Zusammenschlusses verstanden, vgl. *Röller / Stenmek / Verboven* (2001).

¹¹ Befürchtet wird von allen Dingen der Einfluss „industriepolitischer Ziele“, vgl. *Opgenhoff* (2001); vgl. *Schürgas* (2002: 25): „On the other hand, the Commission considers an explicit provision for merger specific efficiency gains. However, from a German point of view there are some doubts, since ultimately such an efficiency defence would strengthen industrial policy considerations in merger control“.

scheidungen einordnen lassen. Eine „efficiency defence“ enthält einen so genannten „trade off“. Bezogen auf die Fusionskontrolle erhält der Entscheidungsträger die Möglichkeit einen Zusammenschluss zu „rechtfertigen“, auch wenn „vorher“ festgestellt wurde, dass der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Verminderung des Wettbewerbs führt. Das Verfahren ist hier im Gegensatz zum integrierten Ansatz „zweistufig“. Im klassischen Modell Williamsons, bis heute die Basis der wissenschaftlichen Arbeit über den „efficiency trade off“, erfolgt die Abwägung zwischen den zu erwartenden Effizienz-Gewinnen der Fusion einerseits (Steigerung „produktiver“ Effizienz) und die durch den Zusammenschluss verursachten Nachteile für den Wettbewerb „andererseits“ (Verminderung „allokativer“ Effizienz).

Hingegen sind Effizienzen innerhalb des integrierten Ansatzes ein „Faktor“ der Wettbewerbsanalyse selbst,¹² d. h. ein zusätzliches Element, das in die Bewertung eines Zusammenschlusses einfließt. Folgerichtig wird hier in erster Linie auf solche Effizienzgewinne abgestellt, welche sich positiv auf die Wettbewerbsintensität auswirken. Das bedeutet in letzter Konsequenz, dass sich Effizienzen nur dann auf eine Entscheidung über einen Zusammenschluss positiv auswirken können, wenn davon ausgegangen werden kann, dass durch eine Effizienzsteigerung der Wettbewerb als „Rivalitätsprozess“ gestärkt wird. Infolgedessen kann es innerhalb eines integrierten Ansatzes weder Fälle geben, die bewusst unter Inkaufnahme einer erheblichen Verminderung des Wettbewerbs genehmigt werden,¹³ noch gibt es hier einen „trade off“ wie im Sinne des klassischen Ansatzes von O. Williamson.¹⁴

Somit bedarf es für die Effizienzanalyse auch keiner Festlegung eines „Wohlfahrtsstandards“,¹⁵ ein weiterer, wichtiger Unterscheid zwischen den „Effizienzkapiteln“ der Leitlinien für Art. 81 respektive für die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse. Während die Art. 81-Leitlinien in der Tat implizit den anzuwendenden Instanzen einen „Wohlfahrtsstandard“ für die im Rahmen des Art. 81 (3) anzu-

¹² Vgl. Gerard (2003); Lüscher beschrieb den Ansatz der Leitlinien zunächst als „rebuttal“, verwendet dann aber doch den Begriff „defence“, vgl. Lüscher (2004: 72).

¹³ Vgl. Gerard (2003: 1370): „As a factor of the competitive effects analysis of the transaction. [...] efficiencies are primarily taken into account to the extent that they may enhance post-merger rivalry in the market, so that no harm to competition would in fact result from the merger, in the first place.“ In der Literatur wird aber auch der Begriff „rebuttal“ verwendet; vgl. Röller / Stennek / Verboven (2001). Es ist nicht sicher, ob es zwischen den beiden Begriffen einen Unterschied gibt, da Gerard offenbar „weitere“ Wettbewerbsparameter im Auge hat, während die Definition von Röller / Stennek / Verhoven, den Schluss nahe legt, dass es für die Genehmigung eines Zusammenschlusses allein auf den nach dem Zusammenschluss zu erwartenden Preis ankommt.

¹⁴ Vgl. Williamson (1968).

¹⁵ Da die Grenze zwischen „rebuttal“ und „defence“ in der Literatur mitunter nicht immer klar gezogen wird, wird auch der Unterschied im Hinblick auf die Notwendigkeit eines speziellen „Wohlfahrtskriteriums“ nicht deutlich; vgl. etwa Ilzkovitz / Meiklejohn (2001: 18, 22).

wendenden *rule of reason* „vorgeben“,¹⁶ sind die Maßstäbe für die Beurteilung von Effizienzen innerhalb der Fusionskontrolle nur „ein“ Element im Rahmen einer Gesamtanalyse. Die materiellen Kriterien für die Entscheidung ergeben sich aus der Fusionskontroll-Verordnung.¹⁷

Die Definition eines „Wohlfahrtsstandards“ sind also in erster Linie dort zweckmäßig, wo gegenläufige Effekte „explizit“ erfasst, auf wohlfahrtstheoretischer Basis nach einem vorgegebenen Standard und möglichst aufgrund einer genauen Berechnung der Wohlfahrtseffekte gegeneinander „abgewogen“ werden sollen (wie innerhalb der „*rule of reason* des Art. 81 (3). Hier ist in der Tat die Wahl dieses Standards für das Ergebnis entscheidend. Hingegen ist im Rahmen einer „wettbewerbsrechtlichen Gesamtbetrachtung“ für die Effizienzanalyse „an sich“ kein selbständiges „Wohlfahrtskriterium“¹⁸ erforderlich, mit anderen Worten, können der „Wohlfahrtsstandard“ der Wettbewerbsprüfung und die Prinzipien von Effizienzvorteilen nicht auseinander fallen. In den Leitlinien erkennt man den unmittelbaren Zusammenhang an der konsistenten Anknüpfung am Kriterium der Konsumentenwohlfahrt, die in erster Linie an den durch den Zusammenschluss zu erwartenden Preis anknüpft (siehe auch weiter unten Abschnitt 5): Die Effizienzanalyse beschränkt sich im wesentlichen darauf zu untersuchen, ob der Zusammenschluss die ökonomische Wirkung hat, dass die Preise auf dem betroffenen Markt sinken werden (nur dann können die Effizienzen den Ausschlag geben).

Dies hat zur weiteren Konsequenz, und das ist vielleicht für die „deutsche Diskussion wichtig, dass es hier keinerlei „Spielraum“ gibt, negative“ Wirkungen

¹⁶ Die Leitlinien für die Anwendung des Art. 81 EUV sind am Konzept der „Konsumentenwohlfahrt“ orientiert. Wie bereits oben erläutert, gewährt Art. 81 (3) EUV jedoch einen Spielraum für diskretionäre Ermessenentscheidungen. In diesem Zusammenhang wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Frage aufgeworfen, wie „weit“ dieser Ermessensspielraum interpretierbar ist, z. B. ob und in wie weit nationale Gerichte in der Lage sind, „andere“ Entscheidungskriterien anzuwenden als jene, die von der Kommission in der Vergangenheit angewendet oder durch Leitlinien veröffentlicht wurden. Vgl. *Odudu* (2002: 23) mit Verweis auf C. Ehlermann: „It would probably be an exeration to assume that“ ... „non economic considerations are to be totally excluded from the balancing test required by Art 81 (3). Such an interpretation would hardly be compatible with the Treaty, the Court of Justice’s case law, and the Commission’s own practice“. Dieser Interpretation zu folge ergibt sich der für die Leitlinien gewählte Ansatz des „consumer welfare“ rechtlich keineswegs zwingend aus Art. 81 (3). Andererseits ist indes fraglich, wie eine einheitlich Rechtsanwendung des Art. 81 erreicht werden kann, wenn der „Ermessensspielraum“ nicht (durch ein Wohlfahrtskriterium) irgendwie eingegrenzt wird.

¹⁷ Auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein reines „efficiency rebuttal“ im Sinne der „ökonomischen Preistheorie“ (siehe oben Fußnote 13) von der Fusionskontrollverordnung „gedeckt“ wäre oder der (unverändert gebliebene) Art. 2 (1) b einen „breitere“ Analyse der Auswirkungen eines Zusammenschlusses verlangt. Das muss sich erst noch zeigen, etwa dann, wenn ein und der selbe ökonomische Sachverhalt (Preissenkung) auch als Ursache einer langfristigen Verschlechterung der Konsumentenwohlfahrt angesehen wird; siehe dazu ausführlich Fußnote 25.

¹⁸ Was nicht heißt, dass sich die wettbewerbsrechtliche „Gesamtanalyse“ nicht selbst an Wohlfahrtskriterien ausrichten kann, siehe dazu unten Abschnitt 5.

eines Zusammenschlusses durch „industrielle Vorteile“ abzuwägen. Indem die Kommission einen „integrierten Ansatz“ gewählt hat, bleibt sie im Hinblick auf „industriepolitisch“ motivierte Genehmigungsmöglichkeiten sogar weit hinter dem zurück, was das zweistufige deutsche System der „Ministererlaubnis“ vom Ergebnis her ermöglicht.

D. Effizienzen in Leitlinien für die EU-Fusionskontrolle

Es kann vielleicht ohne Übertreibung gesagt werden, dass die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission kaum Rechtssicherheit darüber geschaffen hat, ob und in welcher Weise Effizienzen in konkreten Fällen von der Kommission berücksichtigt werden.¹⁹ Die Leitlinien, dies ist ein erster wichtiger Gesichtspunkt, schaffen hier mehr Klarheit. Es steht nunmehr fest, dass es die Kommission für die Bestimmung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses für angemessen hält, begründete, wesentliche Effizienzvorteile zu berücksichtigen. Ebenfalls neu ist der Ansatz der Kommission, die Parteien – auch mittels des revidierten Anmeldeverfahrens – aktiv zur Einreichung erwarteter Effizienzvorteile aufzufordern.

Sozusagen „spiegelbildlich“ wird damit eine Verpflichtung der Kommission ausgelöst, die von den Unternehmen vorgebrachten (Effizienz-)Argumente im Fusionskontroll-Verfahren zu prüfen und zu bewerten. Dies führt im Hinblick auf die „Beweislast“ zu interessanten Fragen, welche auch bei der Einschätzung, in welchem Ausmaß „Effizienzen“ zukünftig eine entscheidende Rolle spielen werden, eine wichtige Rolle spielen.

Die Leitlinien verlangen von den Parteien des Zusammenschlusses, dass die Beweislast für den Umfang und das Eintreffen behaupteter Effizienzen von ihnen selbst zu tragen ist. Andererseits muss die Kommission jedoch die Gründe ihrer Entscheidungen als Folge einiger Urteile des Europäischen Gerichtshofes Erster Instanz mit „hinreichenden Wahrscheinlichkeiten“ belegen.²⁰ Dem Argument,

¹⁹ Für Verwirrung haben in der Literatur insbesondere die Fälle „Areospatiale-Alenia / de Havilland“ (1991) und „MSG Media Service“ (1994) gesorgt, da im ersteren die Effizienzargumente der Parteien ausdrücklich in die Analyse einbezogen wurden, während die Kommission die Effizienzzeinde der Parteien bei MSG Media ohne weitere Prüfung schon allein deshalb abgelehnt hat, weil die vorhersehbare Konsequenz des Zusammenschlusses die Entstehung von Marktbeherrschung gewesen wäre. Vgl. dazu und zu weiteren Fällen *Drauz* (2003: 255) und *Gerard* (2003: 1397). Andererseits hat die Kommission im Fall *BASF / Eurodiol / Pantochim* (2001) die Entstehung von Marktbeherrschung im Rahmen einer Entscheidung über eine Sanierungsfusion auf Basis des Art. 2 Abs. 3 der Fusionskontroll-Verordnung „abgewogen“, was, von der Systematik der zweistufigen Ansatzes her, einer „efficiency defence“ entspricht, vgl. *Strohm* (2001: 1203).

²⁰ Zu den Konsequenzen der Entscheidungen „Airtours“ und „Tetra Laval“ des Europäischen Gerichtshofes Erste Instanz auf die Beweisstandards für die Fusionskontrolle vgl.

letztlich seien infolge asymmetrischer Informationsverteilung die Parteien nur selbst in der Lage, den komplexen Sachverhalt „Effizienzen“ zu ermitteln und seien infolgedessen hier beweispflichtig zu machen, ist von der Sachlogik her nicht zu widerlegen. Ist das aber so, muss die Kommission in letzter Instanz – etwa im Rahmen einer Konkurrentenklage gegen eine positive Entscheidung – erhebliche Rechtsrisiken in Kauf nehmen, da sie im Hinblick auf alle Entscheidungs-relevanten Tatsachen für die Wettbewerbsanalyse selbst verantwortlich ist.²¹ Wie die US-Fallpraxis veranschaulicht, haben sich die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden bisher vor den Gerichten noch keinen Fall verloren, wenn die „Effizienzreden“ der Unternehmen abgelehnt wurden.²² Die Ausgestaltung der Effizienzanalyse als „integrierter Ansatz“ in Verbindung mit der Aufnahme einiger einschränkender Kriterien – wie vor allen Dingen dem Erfordernis eines „direct consumer pass on“ von Effizienzvorteilen –²³ schränkt die praktische Bedeutung wahrscheinlich auf wenige, klare Fälle ein.

Bailey (2003); *Lüscher* (2004) ist der Auffassung, dass es dem System der Fusionskontrolle fremd sei, den Parteien innerhalb der Prüfung der Zulässigkeit eines Zusammenschlusses eine „Beweislast“ aufzuerlegen.

²¹ Von daher ist, nunmehr wohl eher „akademisch“, die Frage interessant, ob die Beweislast „de lege lata“, etwa im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens (einer expliziten efficiency defence), unter der FKVO anders geregelt und damit die Haftung der Kommission im Hinblick auf die Nachprüfung von Effizienzreden eingeschränkt werden könnte. Dazu müsste eine solche „defence“ auf Basis der FKVO allerdings zunächst einmal rechtlich zulässig sein. Im Vorfeld der Reform wurde Art. 2 (3) als Rechtsbasis für eine „efficiency defence“ diskutiert; vgl. *Drauz* (2003: 258). Die in der neuen Fassung des Art. 2 (3) der FKVO vorgenommene „Entkoppelung“ der Untersagungskriterien „Markbeherrschung“ und „Behinderung wesentlichen Wettbewerbs“ eröffnet vom Ansatz her mehr Möglichkeiten für eine „defence“ wie die „alte“ Fassung, da das bisherige „Korsett“, bestehend aus einer Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Untersagung, im neuen Rechtstest aufgelöst wurde. Mit dem „Auseinanderfallen“ dieser beiden Kriterien hatte die Kommission bereits im Jahr 2001 auf Basis des „alten“ Rechtstests eine Sanierungsfusion genehmigt, die zu Marktanteilen von teilweise über 70 % geführt hatte; vgl. dazu oben Fußnote 19. Durch die ausdrückliche Festlegung auf den „integrierten Ansatz“ bei der Behandlung von Effizienzvorteilen in den Leitlinien hat sich die Kommission dieser Möglichkeit bewusst begeben. Eine „defence“ wird indes im Rahmen der FKVO in der Literatur mitunter sehr kritisch gesehen, vgl. *Gerard* (2003: 1409); vgl. *Wirtz* (2002: 59); vgl. *Camesasca* (2001).

²² Was über die praktische Relevanz für sich allein gesehen noch nichts besagt, da die US-Behörden „positive“ Entscheidungen im Rahmen der Fusionskontrolle nicht zu begründen brauchen. Das bedeutet, dass die Behörden sehr wohl einen Fall aufgrund von Effizienzvorteilen genehmigen können, es aber nur dann einen „efficiency case“ vor Gericht gibt, wenn ihn die Behörden selbst dort hin bringen. Die Merger Guidelines sind vor den US-Gerichten daher nur dann relevant, wenn die Behörden einen Fall verbieten wollen.

²³ Nach Ansicht des früheren Chefs der FTC, Robert Pitofski, erweist sich das „consumer pass on“-Erfordernis für vorgebrachte Effizienzvorteile vor den US-Gerichten als unüberwindliche Hürde, weil dieser – abgesehen von Fällen mit Beteiligung von „non-profit-Gesellschaften“ – kaum hinreichend beweisbar sei; vgl. *Pitofski*: „Efficiencies in the defence of Mergers, 18 *Mounth After*“, zitiert bei *Drauz* (2003: 265). Da nach der FKVO „alle Fälle“ (auch Genehmigungen) zu begründen und von Dritten anfechtbar sind, dürfte diese „Hürde“, weil die Kommission anders als die US-Behörden eine positive Entscheidung im Zweifel vor

E. „Consumer welfare“, „consumer pass on“ und „efficiency rebuttal“

„Effizienzen“ sind gemäß den Leitlinien für die Fusionskontrolle „abmildernde“ Faktoren („mitigating factors“). Dahinter steht die aus der neoklassischen Preistheorie abgeleitete Vorstellung, dass mögliche Preiserhöhungseffekte eines Zusammenschlusses durch „Effizienzen“ ausgeglichen (oder eben „abgemildert“) werden können, d. h. die Preise für die Konsumenten sinken nach dem Zusammenschluss oder bleiben zumindest konstant. Im Referenzmodell ist das der Fall, wenn das neue Unternehmen durch den Zusammenschluss in die Lage versetzt wird, Kostenreduzierungen zu realisieren, die es ihm ermöglichen, den Gewinn durch niedrigere Preise (in Verbindung mit einer Produktionssteigerung) zu erhöhen („consumer pass on“).

Die von den Leitlinien verlangte Weitergabe der durch die Fusion erzielbaren Effizienzgewinne an die Verbraucher bildet innerhalb des „integrierten Ansatzes“ die „Brücke“ zwischen dem Effizienzkapitel und dem Ziel der Leitlinien,²⁴ Zusammenschlüsse an ihren konkreten Auswirkungen auf die Konsumenten beurteilen zu wollen.²⁵ Einfach ausgedrückt: Wenn die Preise nach der Fusion aufgrund von Effizienzgewinnen sinken, besteht kein Grund, einen solchen Zusammenschluss zu untersagen²⁶.

Wichtige Elemente des Effizienzkapitels der Leitlinien sind folglich – nimmt man einige Einschränkungen beiseite –²⁷ in den Zusammenhang mit der neo-

Gericht verteidigen muss, noch etwas restriktiver wirken. Zur Bedeutung des „consumer pass on“ in den Leitlinien siehe weiter unten Abschnitt 5.

²⁴ Vgl. *De la Mano* (2002).

²⁵ Dass Art. 2 der FKVO selbst eine Ausrichtung am „kurzfristigen“ Konsumenteninteresse (im Sinne eines „rebuttal“) erzwingt oder ermöglicht, soll damit nicht behauptet werden. Vom Wortlaut des (unverändert gebliebenen) Art. 2 (1) b FKVO her gesehen, könnte man sich sicher die Frage stellen, ob die Kommission nicht zu einer qualitativen Analyse verpflichtet ist. Selbst unter der (optimistischen) Annahme, es gäbe in einem Einzelfall eine gesicherte Wahrscheinlichkeit für „kurzfristige“ Preissenkungen, wäre dann ein reines „Effizienz-Szenario“ auf allein quantitativer Basis nicht ausreichend. Wie dem auch sei, die Unterscheidung zwischen einem „efficiency rebuttal“ und im Zuge konglomerater Zusammenschlüsse als „kritisch“ angesehener ökonomischer Sachverhalte, lässt sich allein am Kriterium „kurzfristiger“ Wohlfahrtswirkungen für den Verbraucher nicht entscheiden. Dies gilt etwa für solche Fallgruppen, wo – wie etwa bei „bundling“ beim Verkauf zweier Produkte nach einem konglomeraten Zusammenschluss – erwartet wird, dass zwar kurzfristig Preissenkungen erfolgen, langfristig der Wettbewerb (nach Verdrängung oder Disziplinierung von Konkurrenten) die Wettbewerbsintensität aber abnimmt. Sollen solche Situation mit der Fusionskontrolle „präventiv“ verhindert werden können, muss die Wettbewerbsanalyse eine langfristige, qualitative Analyse und „Bewertung“ von mehreren Wettbewerbsfaktoren enthalten.

²⁶ Vgl. *Röller / Stennek / Verboven* (2001: 95): „Efficiency rebuttal: Because of the efficiencies, the merger does not lessen competition (it does not increase price) and shall be allowed“.

²⁷ Die Leitlinien deuten an verschiedenen Stellen darauf hin, dass die Kommission gewillt ist „ausnahmsweise“ über den preistheoretischen Rahmen hinaus Effizienzargumente zu prü-

klassischen Preistheorie einzuordnen, die hier sozusagen als „Blaupause“ gedient hat:

- Definition von berücksichtigungsfähigen Effizienzen (cognizable efficiencies²⁸) in der Weise, dass besonders „Kostensenkungen“ und in allererster Linie eine Senkung der „variablen“ Kosten als „berücksichtigungsfähig“ angesehen werden. Dies entspricht dem preistheoretischen Szenario, wonach allein eine Senkung der variablen Kosten (über eine Steigerung des Outputs) zu Preissenkungen führen können.
- Beschränkung auf „homogene“ Güter mit der Folge, dass allein die Auswirkungen auf die Konsumenten auf dem Markt in Betracht gezogen werden, auf welchem der Zusammenschluss „prima facie“ ein Wettbewerbsproblem aufwirft (also nur auf dem „relevanten“ Markt). Diese Beschränkung entstammt der preistheoretischen Analyse, die allein einen Zusammenhang zwischen Mengen, Kosten und Preisen bei homogenen Gütern untersucht.
- „Andere“ Faktoren als die für die Produkte des „relevanten Marktes“ erzielbare Kostensenkungen, sind für ein „efficiency rebuttal“ folglich irrelevant. Erzielbare Vorteile für Verbraucher auf einem anderen Markt (etwa durch neue Produkte oder technischen Fortschritt) müssten anderenfalls gegen die Wettbewerbsprobleme auf anderen Märkten „abgewogen“ werden. Eine solcher „trade off“ ist jedoch, wie oben erläutert, nur innerhalb einer „efficiency defence“ möglich.
- Effizienzen (Kostensenkungen) müssen „möglichst“ quantifiziert werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist es unter Anwendung des preistheoretischen Modells möglich, die gewinnoptimale Preis/Mengen-Kombination zu errechnen bzw. festzustellen, ob die Kostensenkungen zu einem Gewinnmaximum bei niedrigeren Preisen führt.²⁸
- Der „consumer pass on“ von Effizienzen wird durch niedrigere Preise definiert²⁹ und muss „kurzfristig“ erfolgen. Das preistheoretische Referenzmodell ist kom-

fen (z. B. sollen unter besonderen Umständen auch „neue Produkte“ als Effizienzvorteil anerkannt werden). Für die damit verbundenen konzeptionelle Fragen, etwa zum Verhältnis der Anforderungen eines „rebuttal“ mit den Kriterien einer mit der Einbeziehung von „neuen Produkten“ zwangsläufig verbundenen „defence“, finden sich in den Leitlinien allerdings keine Hinweise; zu den konzeptionellen Unterschieden siehe auch unten, Fußnote 29.

²⁸ Zu einem „quantitativen“ Ansatz mit dem Erfordernis von „minimum required efficiencies“ vgl. *Röller/Stennek/Verboven* (2001).

²⁹ Vgl. *Killjanski* (2003: 651) mit weiteren Nachweisen. Teilweise wird das Konzept der „Konsumentenwohlfahrt“ jedoch auch breiter verstanden; vgl. *Drauz* (2003: 266): „Consumer welfare can be conceived as the difference between consumers willingness to pay for consumption and the price paid. It is a multidimensional concept, incorporating all aspects on consumers. Generally speaking, consumer welfare goes down when prices go up, when consumption levels go down, when the quality of products deteriorates, and so forth.“

Innerhalb dieser Interpretation löst sich „Konsumentenwohlfahrt“ zwar von der Preistheorie, es bleibt jedoch offen, wie diese weit gefasste Definition von Konsumentenwohlfahrt

parativ-statisch, d. h. der Zeithorizont ist „Null“ mit der Folge, dass die Situation „vor“ und „nach“ dem Zusammenschluss auf Basis „einer“ Nachfragekurve verglichen wird. Die Ergebnisse dieses Vergleichs im preistheoretischen Modellzusammenhang werden jedoch wiederum wesentlich durch den Verlauf der „Nachfragekurve“ für die homogenen Produkte der fusionierenden Unternehmen bestimmt, denn mit der „Nachfragekurve“ ändert sich auch die gewinnoptimale Konstellation von Preisen und Output. Können Effizienzvorteile nicht „zeitnah“ realisiert werden, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich die „Nachfragefunktion“ bis zur Realisierung verändert hat. Damit wird das vor dem Zusammenschluss aufgestellte Szenario obsolet.

Die praktische Bedeutung des Effizienzkapitel der Leitlinien wird, so lässt sich anhand der einzelnen Kriterien vorhersagen, nicht vom „industriepolitischen Gestaltungswillen“ der Kommission abhängig sein. Eher wird der Einfluss davon abhängen, ob die durch die Preistheorie beschriebene „win-win“-Situation zwischen dem fusionierten Unternehmen (erhöht den Gewinn durch Senkung der variablen Kosten) und den Konsumenten (niedrigere Preise) in einem konkreten Fall hinreichend „beweisbar“ ist. Nur wenn dies in einem Einzelfall möglich ist, kann die Kommission einer eventuellen Konkurrentenklage mit Aussicht auf Erfolg begegnen.³⁰

in der Fusionskontrolle unterzubringen wäre, wenn diese im Hinblick auf die Behandlung von Effizienzvorteilen als „efficiency rebuttal“ konzipiert sein soll. Dort wo „consumer pass on“ in der Produktion von „neuen“ Produkten oder Dienstleistungen besteht, können sich Effizienzvorteile ja nicht mehr auf dem „relevanten Markt“ auswirken. Damit ist die quantitative Analyse, wesentliches Merkmal eines „efficiency rebuttal“, unmöglich. Soll die anwendende Behörde Effizienzvorteile, die zu „neuen“ Produkten oder Dienstleistungen führen, berücksichtigen, muss sie infolgedessen „die Vorteile für den Konsumenten“ gegenüber den „Nachteilen“ des Zusammenschlusses auf dem relevanten Markt durch ein Werturteil abwägen. Eine „weite“ Definition von „consumer welfare“ ist, wenn man dieses theoretische Konzept für die Fusionskontrolle tatsächlich anwenden will, deshalb allein mit einer „efficiency defence“, nicht aber innerhalb eines „integrierten Ansatzes“ durchführbar.

³⁰ Sollen die Einbeziehung von Effizienzen bei der Prüfung eines Zusammenschlusses für die notifizierenden Parteien einen Sinn ergeben, dann müssen Effizienzen, zumindest theoretisch, in bestimmten Fallkonstellationen einen „Unterschied“ machen können. Es muss also solche Fallkonstellationen geben, die „ohne Effizienzen“ verboten würden, unter Berücksichtigung von Effizienzen aber genehmigt werden können. Versuche einer „Eingrenzung“ dieser Fälle in Bezug auf Marktmachtkriterien sind indes schwierig und führen, zumindest wenn das preistheoretische Konzept eines „rebuttal“ konsequent durchgehalten wird, zu Widersprüchen. Sollen Effizienzen etwa nur einen Unterschied machen können, wenn die „... potentiell anti-kompetitiven Effekte eines Zusammenschlusses, den dieser ohne Effizienzen haben würde, relativ klein sind.“ (vgl. *Verouden/Bengtsson/Albaek* (2004)), lässt dies eher auf eine „efficiency defence“ deuten, der – innerhalb eines „trade off“ zwischen dem Ausmaß der entstehenden Marktmacht und Effizienzen – bestimmte Abwägungskriterien vorgegeben werden sollen. Der Vorschlag passt auch in gewisser Hinsicht besser in einen „strukturellen“ Ansatz, wo ansetzend an bestimmten Marktstrukturkriterien und, etwa „oberhalb“ der Erreichung von Marktbeherrschung, Effizienzen keine Rolle mehr spielen können. Innerhalb des von den Autoren präsentierten, „ökonomischen“ Ansatzes der Leitlinien, kommt es jedoch in aller erster Linie darauf an, dass nach dem Zusammenschluss die Preise nicht steigen. Shapiro und

F. „Effizienz und wettbewerbspolitisches Leitbild“

In Deutschland, das hat die Sitzung des Arbeitskreises für Wettbewerbspolitik bestätigt, wird die Einbeziehung von „Effizienzen“ in die Fusionskontrolle „generell“ mit Skepsis betrachtet. Die Kritik ist jedoch jedenfalls, das habe ich zu zeigen versucht, mindestens in einem Punkt unberechtigt. Die Leitlinien über die Fusionskontrolle enthalten ausdrücklich keine „efficiency defence“ und somit auch keinen Vormarsch „industriepolitischer Erwägungen“ in die Fusionskontrolle.

Die generelle Beurteilung des Konzepts eines „efficiency rebuttal“ und des dahinter stehenden preistheoretischen Ansatzes, kann jedoch, je nach dem von welchem wettbewerbspolitischen Leitbild man ausgeht, trotzdem verschieden ausfallen. Dies trifft sich mit der heute von C.C. von Weizsäcker vertretenen These, wonach die Beurteilung eines ökonomischen Sachverhalts „im Zusammenhang mit einer generellen Normvorstellung des wettbewerblichen Marktes, mit einem Leitbild des Wettbewerbs ...“³¹ steht. In Anbetracht der kaum zu übersehenen Tatsache, dass der Einfluss der von F.A. v. Hayek geprägten Vorstellung vom Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ gerade in Deutschland vergleichsweise groß ist, kann ein Teil der Vorbehalte gegen eine Integration von Effizienzen in die Fusionskontrolle auf die unterschiedlichen Vorstellungen „vom Wettbewerb“ zurückgeführt werden.

Zentral ist hier aber auch die unterschiedliche Beantwortung der Frage, was die Wettbewerbspolitik in der konkreten Anwendung von der Wirtschaftstheorie erwarten kann – und was nicht. Die Beurteilung der Einsatzmöglichkeiten der Industrieökonomik für die Wettbewerbspolitik hängt entscheidend vom „Vorverständnis“ über die Erkenntnis-Grenzen“ wissenschaftlicher Theorien im Bereich der Sozialwissenschaften ab: Die Entscheidung darüber, „ob“ oder „inwieweit“ man Wohlfahrtstheorie oder Industrieökonomik für die Analyse konkreter Fälle einsetzen und die Entscheidung von den auf „quantitativer Basis“ berechneten Ergebnissen abhängig machen will, hängt entscheidend von der Frage ab, innerhalb welcher Vorhersagemöglichkeiten sich die Wirtschaftswissenschaften bewegen. Nur von daher gelangt man zu einem Urteil über die „Zielkonformität“ vorge-

Farrell haben in einer viel beachteten preistheoretischen Arbeit nachzuweisen versucht, dass ein „pass on“ von Effizienzen aber gerade bei den Fällen wahrscheinlich ist, in dem die beteiligten Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluss über eine relativ *hohe* Marktmacht verfügen; vgl. *Farrell/Shapiro* (2001: 685). Vgl aber auch *Yde/Vita* (1996: 735, 743): „For a significant passing on to occur, the merger entity must face a firm specific demand curve with considerable downward slope. An inelastic firm-specific demand curve is the essence of an imperfectly competitive market; the greater the competitive imperfection in the market, the less elastic (all other things equal) will be the firm-specific demand curves“. Im Maßstab der neueren Entwicklungen der Preistheorie führt die von Verouden/Bengtsson/Albaek vorgeschlagene „Eingrenzung“ innerhalb eines „rebuttal“ konsequenterweise zu ökonomisch „verdrehen“ Fallkonstellationen: Fälle mit hoher „pass-on“ Wahrscheinlichkeit würden verboten, Fälle mit niedriger Wahrscheinlichkeit würden erlaubt.

³¹ *Weizsäcker* (2004).

schlagener, aus der ökonomischen Theorie abgeleiteter Vorschläge für die Wettbewerbspolitik. Daneben stellt sich, vom grundsätzlichen her gesehen, die Frage der „Systemkonformität“. Hier geht es darum, ob eine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik auf die im Zusammenhang mit ökonomischen Modellen diskutierten Ziele (wie „Maximierung der Konsumentenwohlfaht“, „Steigerung der Effizienz der Unternehmen“) mit den Vorstellungen über die Voraussetzungen kompatibel sind, welche für die „Effizienz des Wettbewerbs“ für maßgeblich gehalten werden.

Nach der Erkenntnistheorie von Hayeks sind konkrete Einzelvorhersagen innerhalb des Marktprozesses nicht möglich, da hierzu die „Daten“ fehlen. Die Informationen, die dafür notwendig wären, sind im Wettbewerbsprozess von einer einzelnen Person oder einer Behörde nicht „zentrierbar“, da diese über eine sehr große Anzahl von Marktteilnehmern verstreut ist. Die Durchführung eines „efficiency rebuttal“ steht aus dieser Sicht daher schon vor einem „unlösbaren“ Problem: Eine „Nachfragekurve“, die erforderlich wäre, um in einem konkreten Einzelfall die „Gewinnmaximierende“ Preis-Mengen-Kombination zu errechnen,³² existiert nicht.³³

Wettbewerbspolitische Entscheidungen sollten, infolge des nur unzureichenden Wissens, nach dieser Vorstellung nicht an „konkreten“ Zielen (wie die Aussicht auf einen „sinkenden“ Preis für ein bestimmtes Wirtschaftsgut) ausgerichtet werden. Eine derartige Entscheidung, die an eine (prinzipiell „unmögliche“) Einzelvorhersage geknüpft ist, setzt Wissen voraus, das der Entscheidungsträger nicht haben kann und führt damit zu willkürlichen Ergebnissen. Wenn, wie es C. C. v. Weizsäcker in seinem Beitrag über Marktzutrittsschranken bereits ausgeführt hat, eine wesentliche Funktion des Wettbewerbs als Prozess „des ständigen Ankämpfens gegen unvollkommene Information“³⁴ verstanden wird, kann ein Gewinn-„Optimum“ ohnehin nicht definiert werden.

³² In der praktischen Anwendung des preistheoretischen Modells eines „efficiency rebuttal“ ist das Problem deshalb besonders virulent, weil „Fehler“ bei den Annahmen über die „Nachfragekurve“ das Gesamtergebnis nachhaltig in ihr Gegenteil (es kommt zu einem Gewinnoptimum nicht bei sinkenden, sondern bei höheren Preisen als vor dem Zusammenschluss) verkehren können. Das Modell ist, wenn man es so ausdrücken will, nicht „robust“. Man kann auch die Frage stellen, ob es überhaupt noch Börsen gäbe, an denen Unternehmensanteile heute ja – und mitunter sehr kurzfristig zu sehr volatilen Preisen gehandelt werden, wenn wir für einen Moment unterstellen, dass der künftige Gewinn eines Unternehmens – mit Hilfe der Preistheorie oder Industrieökonomik – hinlänglich genau bestimmbar wäre; vgl. *Strohm* (2002: 9).

³³ Die Marktteilnehmer erlangen in erster Linie durch ihr Markthandeln neues Wissen, d. h. – im konkreten Fall – dass Unternehmen die Reaktionen der Konsumenten immer neu „entdecken“ müssen. Im Verständnis von Hayeks ist der Wettbewerb ein „Entdeckungsverfahren“, weil er die Tatsachen erst hervorbringt, die vorher unbekannt sind (und die Preistheorie schon als „gegeben“ voraussetzt). Andererseits wird dieses Wissen immer wieder durch neue Ereignisse „zerstört“.

³⁴ Vgl. *Weizsäcker* (2004) mit den relevanten Verweisen auf die verschiedenen Arbeiten v. Hayeks dort.

Bezogen auf den Begriff der „Effizienz des Unternehmens“ kann von daher „Kosteneffizienz“ auch nur als „ein“ Teil der Fähigkeit eines Unternehmens angesehen werden, sich im Wettbewerbsprozess zu behaupten. Für die Fähigkeit, sich „neuen“ Entwicklungen anpassen zu können, also Lösungen für bisher „unbekannte“ Probleme zu finden, ist reine „Kosteneffizienz“ nicht ausschlaggebend.³⁵ Die „Effizienz des Wettbewerbs“ hingegen ergibt sich aus der Vielzahl dezentral agierender Wirtschaftsteilnehmer, die fortwährend gegen die „Unsicherheit ankämpfen“, unabhängig voneinander nach neuen Lösungen suchen und diese dem Selektionsprozess des Wettbewerbs unterwerfen. Der Wettbewerb selektiert dabei nur „negativ“, d. h. das „Überleben“ ist kein Beweis für „Optimalität“. Der Irrtum einzelner Wirtschaftsteilnehmer oder Unternehmen ist nach Hayek'scher Auffassung inhärentes Kennzeichen des wettbewerblichen Systems, und eine wichtige Quelle „neuer Information“³⁶. Die Vorstellung, nach der eine Wettbewerbsbehörde die Aufgabe hat, von Unternehmen behauptete Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses im Hinblick auf „unternehmerische Richtigkeit“ zu prüfen (im Bild des „efficiency rebuttal“: Zusammenschluss- induzierte Kostensenkungen ermöglichen eine Gewinnerhöhung bei sinkenden Preisen), findet hier keinen Platz.

G. „Theorie des Wettbewerbs“ und politisch-rechtliche Rahmenbedingungen

Es ist nicht zu übersehen, dass der Sachverhalt „Effizienzen in der Fusionskontrolle“, von der „Theorie des Wettbewerbs“ her ausgehend, ein kontrovers diskutiertes Thema bleiben wird. Zwischen dem den Leitlinien zur Fusionskontrolle zugrunde liegenden (preistheoretischen) Ansatz und der besonders in akademischen Kreisen Deutschlands vorherrschenden Vorstellung des „Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren“ bestehen grundsätzliche „Unterschiede“. Es ist nicht sicher, ob es die neueren Ansätze der Industrieökonomik vermögen – etwa durch Einsatz quantitativer Methoden die unrealistischen Annahmen der Preistheorie über die „Nachfragekurven“ zu ersetzen³⁷ oder die „Endogenisierung des Marktverhaltens“ durch die Einbeziehung der Spieltheorie –³⁸ die Skepsis derer zu über-

³⁵ Vgl. *Strohm* (1989: 31).

³⁶ Vgl. *Kirzner* (1979).

³⁷ Einen Überblick liefert die Einführung von Lexecon: Quantitative Techniques in Competition Analysis: www.lexecon.co.uk.

³⁸ Zu den Grundlagen vgl. *Knieps* (2001); zur konkreten Anwendung der Spieltheorie im Fall Airtours / First Choice vgl. *Schwalbe* (2003). Die Analyse von Wohlfahrtswirkungen erfordert jedoch stets im konkreten Einzelfall einen – notwendigerweise – „hypothetischen“ Marktergebnistest. Selbst im vergleichsweise einfachen Fall eines Preiskartells ist dies schwierig. Die Wettbewerbsbehörde müsste feststellen, wie sich die Marktergebnisse infolge des Kartells entwickelt haben. Wie soll der Nachweis geführt werden? Zwar handelt es sich bei den Beschränkungen des Wettbewerbs um Tatsachen und ebenso sind es die tatsächlichen

winden, die darauf bestehen, das Effizienzthema vom „Grundsätzlichen“ her zu betrachten.

Allerdings findet Wettbewerbspolitik nicht in einem „rechtsfreien Raum“ statt, und die Grenzen der Anwendung des Rechts werden *de lege lata* im wesentlichen durch die Gerichte bestimmt. Die Kommission hat sich als „Reaktion“ auf drei verlorene Fälle vor dem Europäischen Gerichtshof darauf festgelegt, dass sie künftig bei ihren Entscheidungen auf die „konkreten ökonomischen Auswirkungen“ eines Zusammenschlusses abstellen wird. Diese Festlegung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der zentralen Forderung des Gerichtshofs, der in seiner „Air-tours“-Entscheidung von der Kommission verlangt hat, die „unmittelbaren und direkten Wirkungen“ eines Zusammenschlusses nachzuweisen. Dies ist ein entscheidender Punkt. Soll ein Zusammenschluss auf „konkrete“ Wirkungen hin geprüft werden soll, ist es nämlich erforderlich, vorher festzulegen, „welche“ Wirkungen dies genau sein sollen.³⁹

Es lag von daher nahe, dass die Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse auch ein Kriterium liefern mussten, an dem künftig die „konkreten Wirkungen“ des Zusammenschlusses „gemessen“ werden können. Die „Konsumentenwohl-fahrt“ bot sich hier aus zwei Gründen an: Erstens liefert der Art. 2 (1) b FKVO hierfür zwar vielleicht keine eindeutige Rechtsgrundlage, aber immerhin genügend Anhaltspunkte, um eine entsprechende Interpretation (vorrangiges Ziel der Fusionskontrolle ist *consumer welfare*) zu rechtfertigen.⁴⁰ Zweitens, und das ist vielleicht entscheidend, lässt sich das Rechtskonzept mit einem „ökonomischen Konzept“, nämlich der Wohlfahrts- und Industrieökonomie verbinden. Dieses ökonomische Konzept gilt als „mainstream“ und bietet somit die Chance, die zu erwartenden ökonomischen Wirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen im Hinblick auf eine überschaubare Größe – den „post merger price“ – mit Hilfe der von der Mehrheit der Ökonomen anerkannten Methoden (und nicht zuletzt mit Hilfe derer selbst) zu ermitteln. Auch wer kein Mitglied dieser – etwa im Zuge nunmehr wohl zunehmenden „Gutachtenbedarfs“ – künftig vermutlich recht umsatzstarken Mehrheit ist, kann der Kommission vielleicht zubilligen, dass sie innerhalb

Resultate eines Marktprozesses. Allerdings beantworten die tatsächlichen Resultate noch nicht die Frage, wie die Wettbewerbsbeschränkung die Marktergebnisse beeinflusst hat. Dazu müsste die anwendende Behörde die tatsächlichen Marktergebnisse mit fiktiven, hypothetischen Marktergebnissen vergleichen. Das Ergebnis hängt in letzter Konsequenz dann davon ab, welche Vorstellungen man von den fiktiven, hypothetischen Marktergebnissen hat, die mit man mit den tatsächlichen Ergebnissen vergleicht, vgl. *Hoppmann* (1970: 349).

³⁹ Es ist in einer komplexen Umwelt prinzipiell unmöglich, „alle“ Wirkungen erfassen. Selbst „Beobachtungen“ können aus diesem Grund nicht „neutral“ sein, sondern müssen sich, weil entschieden werden muss, „was“ beobachtet werden soll, an einer Theorie „orientieren“. Dies ergibt sich aus der so genannten „Scheinwerfer-Theorie der Erkenntnis“ Karl Poppers. Danach muss auch die Wissenschaft, auch wenn sie sich als „rein empirisch“ versteht, vorab gewisse Festlegungen über den Untersuchungszweck treffen. Die Beobachtung einer Wirkung ist daher immer „theoriegeladen“, vgl. *Popper* (1971).

⁴⁰ Vgl. *Wirtz* (2003: 157).

der ihr gegebenen Rahmenbedingungen die Anforderungen des Gerichtshofes pragmatisch umgesetzt hat.

Literatur

- Bailey, D.* (2003): Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective, 40 *Common Market Law Review*, 845–888.
- Camesasca, P.* (2001): European Merger Control: Getting the Efficiencies right. COM (2004), download: <http://www.europa.eu.int/competition>.
- De la Mano, M.* (2002): For the customers' sake: The competitive effects of efficiencies in European Merger Control, in : *Enterprise papers*, No. 11.
- Drauz, G.* (2003): An efficiency defence for mergers: Putting an intricate puzzle together, in: *ZWeR* 3.
- Farrell, J./Shapiro, C.* (2001): Scale economies and synergies in horizontal merger analysis, in: *Antitrust Law Journal*, Vol. 68.
- Gerard, D.* (2003): Merger Control Policy: How to give a meaningful consideration to efficiency claims?, in: *Common Market Law Review*, Vol. 40, 1367–1412.
- Hirsch, G.* (2003): Anwendung der Kartellverfahrensordnung durch nationale Gerichte, in: *ZWeR* 3.
- Hoppmann, E.* (1970): Neue Wettbewerbspolitik: Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung, in: *Jahrbücher der Nationalökonomie und Statistik*, Band 184.
- Ilzkovitz, F./Meiklejohn, R.* (2001): European merger control: do we need an efficiency defence?, in: *European Economy*, No.5.
- Killjanski, K.* (2003): Pass-on in Merger Efficiency Defence, in: *World Competition* 26 (4).
- Kirzner, I. M.* (1979): *Perception, Opportunity and Profit*, Studies in the Theory of Entrepreneurship, Chicago.
- Knieps, G.* (2001): *Wettbewerbsökonomie*, Heidelberg.
- Lüscher, C.* (2004): Efficiency considerations in Merger Control – Just another battle ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?, in: *E.C.L.R.*, Issue 2.
- Montag, F./Rosenfeld, A.* (2003): A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure, in: *ZWeR* 2.
- Odudu, O.* (2002): Article 81 (3) and direct effect, in: *E.C.I.R.*, Issue 1.
- Oppenhoff, C.* (2001): Die europäischen Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik, Frankfurt am Main.
- Popper, K.* (1971): *Logik der Forschung*, 4. Auflage, Wien.
- Röller, L. H./Stennek, J./Verboven, F.* (2001): Efficiency gains from mergers, in: *European Economy*, No. 5.

- Schürgas, M.* (2002): Current Issues in German Germany's competition policy, in: Current issues in competition theory and policy, INFER Research Edition, Vol. 8.
- Strohm, A.* (2002): The Application of Economic Theory in Practise: Efficiency Defence for Mergers on the Back of Welfare Economics?, in: Current issues in competition theory and policy, INFER Research Edition, Vol. 8.
- Strohm, A.* (2001): BASF/Eurodiol/Pantochim: Ein Richtungswechsel in der Europäischen Fusionskontrolle?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, No. 12.
- Strohm, A.* (1989): Marktwirtschaft und Großfusionen, Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze, Bd. 126.
- Verouden, V./ Bengtsson, C./ Albaek, S.* (2004): The Draft EU Notice on horizontal Mergers: a further Step towards convergence, in: Antitrust Bulletin.
- Weizsäcker, C. C. v.* (2004): Marktzutrittsschranken, in diesem Band.
- Williamson, O.* (1968): Economics as an antitrust defence: the welfare tradeoffs, in: American Economic Review, Vol. 58, 18–36.
- Wirtz, M.* (2002): Wohin mit den Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle?, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, No. 2/2002, 59–66.
- Wirtz, M.* (2003): Der Mitteilungsentwurf der Kommission zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, No. 4/2003, 146–159.
- Yde, P./ Vita, M.* (1996): Merger efficiencies: Reconsidering the „pass on“ requirement, in: Antitrust Law Journal, Vol. 64.

Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts

Von *Ulf Bøge*, Bonn

A.

In einer Marktwirtschaft gehören Kooperationen und Fusionen zur unternehmerischen Strategie, um ihre Wettbewerbsfähigkeit durch neue und effizientere Strukturen zu erhöhen. Dass bei einer solchen Umstrukturierung Effizienzen entstehen können, ist unbestritten.

Auch aus volkswirtschaftlicher Sicht können Kooperationen und Fusionen von Vorteil sein, wenn sie veraltete Strukturen aufbrechen oder als Antwort auf die Globalisierung und die Liberalisierung von Märkten zu einer neuen optimalen Betriebs- und Unternehmensgröße führen. Das Bundeskartellamt ist deshalb nicht von vornherein gegen Fusionen. Fusionen können allerdings auch den Wettbewerb durch die Entstehung von Marktmacht erheblich beeinträchtigen.

Und sie führen nicht immer zu den erhofften positiven unternehmerischen Ergebnissen. Dazu passt, was Wendelin Wiedeking, Vorstandsvorsitzender der Porsche AG, einmal gesagt hat: „Eine Fusion ist der Zusammenschluss von zwei Unternehmen zum Abbau von Verlusten, die sie alleine nie gehabt hätten.“ Die aktuelle Lage eines fusionierten Großkonzerns belegt dieses Bonmot für die Kfz-Industrie, aber nicht nur dort.

Die Erfahrung lehrt immer wieder schmerzlich, dass die Effizienzwirkungen eines konkreten Zusammenschlusses schwer vorhersehbar sind. Die Wettbewerbspolitik kann zwar darauf vertrauen, dass fehlgeschlagene Fusionen langfristig durch den Markt bestraft und die betroffenen Unternehmen zu Korrekturen gezwungen werden. Jedoch gilt das nur, solange der Wettbewerb seine Funktion erfüllt.

In der OECD haben wir folgenden allgemeinen Konsens über das grundsätzliche Ziel der Wettbewerbspolitik: Aufgabe und Ziel in marktwirtschaftlichen Systemen ist der Schutz des Wettbewerbs als bestes Mittel zur Erzielung einer effizienten Ressourcen-Allokation und somit effizienter Marktergebnisse.

In einem Grundsatzpapier von 1996 heißt es: Obwohl in den einzelnen Ländern teils unterschiedliche Auffassungen über die Definition des Begriffs der effizienten

Marktergebnisse herrschten, sei man doch einig, dass das Konzept zu niedrigeren Verbraucherpreisen, höherer Produktqualität und besserer Produktauswahl führe.

Das bedeutet: Anwendung des Wettbewerbsrechts zur Sicherung der Effizienz und damit – sozusagen automatisch – zur Gewährleistung der bestmöglichen Ergebnisse für die Verbraucher. Stehen also Wettbewerbsschutz und Effizienz von vornherein im Einklang?

Nicht immer. Das Kartellrecht kann Unternehmen durchaus daran hindern, behauptete Effizienzgewinne zu erzielen, etwa bei der Verhinderung von Kartellen zwischen Wettbewerbern oder mit der Untersagung von Zusammenschlüssen. Wie ist das zu rechtfertigen? Oder müsste das Kartellrecht geändert werden?

Fragen wir uns zunächst, welche Rolle Effizienzgewinne bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts spielen.

Nach einigen grundsätzlichen Überlegungen werde ich auf Effizienzgewinne im Zusammenhang mit *Vereinbarungen* zwischen Wettbewerbern eingehen. Der Schwerpunkt meiner heutigen Ausführungen soll aber auf der *Fusionskontrolle* liegen.

B.

Es stellt sich zunächst die Frage nach der Definition des Begriffs „Effizienz“. Welche Formen von Effizienz sind für die Anwendung des Wettbewerbsrechts von Bedeutung? Geht es um betriebswirtschaftliche oder volkswirtschaftliche Effizienzgewinne?

Im allgemeinen wird zwischen sog. statischen und dynamischen Effizienzen unterschieden.

Statische Effizienzen sind in alloкатive und produktive Effizienzen zu unterteilen. Die Allokationseffizienz der Märkte wird durch den Wettbewerb als Koordinationsmechanismus gewährleistet, d. h. in volkswirtschaftlicher Hinsicht.

Die produktive oder technische Effizienz ist ein engeres Konzept als die Allokationseffizienz und bezieht sich nur auf ein einzelnes Unternehmen. Wettbewerbsdruck erzeugt Anreize für Unternehmen, produktive Effizienz zu erreichen. Es sind vor allem erwartete Gewinne in produktiver Effizienz, die die Unternehmen als Argument für einen Zusammenschluss anführen.

Als dynamische Effizienz bezeichnet man die Erweiterung der Produktionsmöglichkeiten. Sie ist langfristig von großer Bedeutung, da sie zum Wachstum der Volkswirtschaft beitragen kann.

Zusammenschlüsse können erhebliche Gewinne in dynamischer Effizienz hervorbringen. Man denke beispielsweise an den Bereich der Forschung, wenn nur durch Größenvorteile echte Synergien erschlossen werden können und so neue Produktentwicklungen möglich werden.

Ich will damit keineswegs die schon widerlegte These bezweifeln, dass es große Unternehmen seien, die vor allem Forschung und Innovation nach vorne brächten. Daher der „Wenn-Satz“. Es kommt aber noch hinzu, dass die tatsächliche Realisierung von dynamischen Effizienzen sehr schwer zu prognostizieren und zu quantifizieren ist. Das gilt nicht nur für die Wettbewerbsbehörden, sondern auch für die beteiligten Unternehmen.

Für die Frage, ob die so meist schwer zu prognostizierenden Effizienzen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts berücksichtigt werden sollten – und wenn ja, welche –, kommt es auf die Ziele des Wettbewerbsrechts an.

Für das Bundeskartellamt als rechtsanwendende Behörde sind sie aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) abzuleiten. Es zielt auf den Schutz des Wettbewerbs „als Institution“, nicht zuletzt, um den Wirtschaftssubjekten ein Höchstmaß an individuellen Handlungsspielräumen zu erhalten bzw. zu eröffnen. Das ist deutlich mehr als reiner Verbraucherschutz. Das heißt: Das deutsche Wettbewerbsrecht stellt nicht explizit auf die Konsumenten-Wohlfahrt ab.

Das Kartellrecht basiert allerdings auf der Annahme, dass Wettbewerb zugleich zu den besten Ergebnissen für die Verbraucher führt. Dies gilt sowohl für die allokativen als auch für die dynamische Effizienz.

Mit anderen Worten: Wettbewerb wirkt der Überhöhung der Preise entgegen und verhindert die Erhöhung der Produzentenrente auf Kosten der Konsumentenrente. Die Wirkungen des Wettbewerbsdrucks sieht man beispielsweise auf dem deutschen Telefonmarkt, der seit Anfang 1998 vollständig liberalisiert ist. Zunächst war Wettbewerb mittels Call-by-Call nur bei Ferngesprächen möglich. Er führte dort zu drastischen Preissenkungen. Ortsgespräche, die weiterhin weitestgehend dem Ex-Monopolisten vorbehalten waren, blieben dagegen teuer. Nachdem jüngst Call-by-Call im Ortsnetz eingeführt wurde, werden die Verbraucher auch dort von niedrigeren Gesprächspreisen profitieren können.

Auch bei einer dynamischen Betrachtung geht das deutsche Kartellrecht davon aus, dass es vor allem wettbewerbliche Marktstrukturen sind, die die Innovationsfähigkeit fördern. Die atemberaubende Entwicklung in der Telekommunikations-Technologie ist hierfür ein anschauliches Beispiel.

Im Wechselspiel von Innovation und Wettbewerbsdruck geraten Unternehmen, denen es an schöpferischer Kraft fehlt, oft in eine prekäre Lage. athenau hat das in die Worte gefasst: „Die Klage über die Schärfe des Wettbewerbs ist in Wirklichkeit meist nur eine Klage über den Mangel an Einfällen.“

C.

Nun gibt es im Wettbewerbsrecht verschiedene Bereiche, in denen Effizienzen eine Rolle spielen. Ich möchte zunächst auf den Teil Vereinbarungen zwischen

Wettbewerbern eingehen: Gemäß § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Der Gesetzgeber hat aber anerkannt, dass unter bestimmten Bedingungen Kooperationen zwischen Wettbewerbern auch zu Effizienzgewinnen führen können, ohne nennenswerte Nachteile für den Wettbewerb zu haben oder diesen sogar stützen.

Die explizite Berücksichtigung von Effizienzüberlegungen im deutschen Wettbewerbsrecht spiegelt sich in den Ausnahmebestimmungen vom Kartellverbot des § 1 GWB wider. Bislang können Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot freigestellt werden, wenn sie bestimmte, klar umrissene Ausnahmebestände des GWB erfüllen. Unter Effizienzgesichtspunkten zu nennen sind

- Normen-, Typen- und Konditionenkartelle,
- Spezialisierungskartelle,
- Mittelstandskartelle und
- Rationalisierungskartelle.

Außerdem können Kartelle nach § 7 GWB, die im Gesetz eher unspezifisch als „sonstige Kartelle“ aufgeführt sind, unter Effizienzgesichtspunkten freigestellt werden.

Die sonstigen Kartelle des § 7 GWB wurden mit der 6. GWB-Novelle in Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht ins Gesetz eingeführt. Die Norm entspricht im Wesentlichen Art. 81 (3) des EG Vertrags, in dem Effizienzgewinne explizit berücksichtigt werden.

Nach § 7 GWB können Vereinbarungen, die zu einer Verbesserung der Entwicklung, Erzeugung, Verteilung, Beschaffung, Rücknahme oder Entsorgung von Waren oder Dienstleistungen beitragen, vom Verbot des § 1 freigestellt werden.

Bedingung dafür ist,

- dass die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden,
- dass die Verbesserung von den beteiligten Unternehmen auf andere Weise nicht erreicht werden kann,
- dass sie in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen und
- dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Hier wird die Grenze der Freistellbarkeit explizit genannt: *Effizienzgewinne können bei Vereinbarungen maximal bis zur Marktbeherrschungsgrenze berücksichtigt werden.*

Darüber hinaus können Kartelle nicht freigestellt werden, auch wenn erhebliche betriebswirtschaftliche Effizienzgewinne zu erwarten sind.

Im Jahr 2002 hat das Bundeskartellamt – letztlich aufgrund der Vorgaben des BGH – die Anzeigenkooperation „Stellenmarkt Deutschland“ zwischen der Süddeutschen Zeitung und der Frankfurter Rundschau nach § 7 GWB freigestellt. Die Kooperation ermöglichte die Bildung eines neuen eigenständigen Produkts. In seiner Entscheidung ging das Bundeskartellamt davon aus, dass die neue Plattform für nationale Stellenanzeigen als erfolversprechende Alternative zum Marktführer FAZ wahrgenommen würde.

Mit dem Inkrafttreten der VO 1/2003 am 1. Mai 2004 wird ein System der Legalausnahme eingeführt. Das bedeutet, dass Vereinbarungen, die die Bedingungen des Art. 81 (3) EG erfüllen, von der Anwendung des Kartellverbots des Art. 81 (1) EG befreit sind, ohne dass dies einer Entscheidung der Kartellbehörde bedarf.

Durch die VO 1/2003 ist auch geregelt, dass europäisches Kartellrecht Vorrang vor nationalem Recht hat, falls der zwischenstaatliche Handel berührt ist. Das Bundeskartellamt wird also in Zukunft in den entsprechenden Fällen direkt Art. 81 (3) EG anwenden.

Mit der derzeit diskutierten Novellierung des GWB wird das deutsche Wettbewerbsrecht an die Anforderungen der VO 1/2003 angepasst. Es wird auch im deutschen Recht kein Anmelde- und Freistellungssystem für Kartelle mehr geben. An dessen Stelle tritt die Selbsteinschätzung durch die Unternehmen. Diese müssen selbst beurteilen, ob die jeweiligen Vereinbarungen und die daraus zu erzielenden Effizienzgewinne den Kriterien des Art. 81 (3) EG genügen.

Dies stellt hohe Anforderungen an die Unternehmen. Fälle der Vergangenheit, in denen das Bundeskartellamt keine Freistellung erteilen konnte, obwohl die Beteiligten der Ansicht waren, ihr Vorhaben erfülle alle Freistellungsvoraussetzungen, verdeutlichen die Problematik.

So war zum Beispiel das Bundeskartellamt bei der geplanten Einführung eines Interbankenentgeltes für Zahlungen mit der ec-Karte im Jahr 2001 der Ansicht, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Freistellung nicht vorlagen. Zwar profitieren im allgemeinen Wirtschaft und Verbraucher von Zahlungsverkehrssystemen, die auf Vereinbarungen der Kreditinstitute basieren. Doch müssen die damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen für die Erreichung der Effizienzziele unerlässlich sein.

Das geplante Interbankenentgelt war ein Preiskartell. Die Vereinbarung eines Entgeltes zwischen Kreditinstituten zielte darauf ab, geräuschlos einen vereinheitlichten Kostenblock zu schaffen, der letztlich auf den Handel und damit auf die Verbraucher abgewälzt worden wäre. Das Bundeskartellamt war in diesem Fall zudem der Auffassung, dass ein kollektiv vereinbartes Interbankenentgelt für das Funktionieren des gesamten Systems nicht notwendig war.

Der gleiche Maßstab wird auch bei der Beurteilung von F&E-Kooperationen und Technologietransfer-Vereinbarungen angelegt, bei denen Effizienzgewinne von besonderer Bedeutung sind. Dies wird durch die entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnungen und Leitlinien der Kommission deutlich. Die Gruppenfreistellungsverordnungen haben in den Mitgliedsstaaten unmittelbar Gültigkeit und werden auch vom Bundeskartellamt angewendet.

An dieser Stelle noch eine Anmerkung zu Hardcore-Kartellen. Diese Kartelle, bei denen es um Preis-, Mengen- oder Kundenpreisabsprachen geht, können auch Kosten sparen und durchaus unternehmerische Effizienzgewinne generieren. Solche Effizienzpotentiale sind jedoch ohne Zweifel nicht berücksichtigungsfähig, da sie ausschließlich zu Lasten der Konsumenten gehen. Gleiches gilt für Vereinbarungen, die nur als Tarnung eines Hardcore-Kartells dienen. Bestimmte Formen von gegenseitigen Lizenzvereinbarungen, die zur Aufteilung von Märkten zwischen Wettbewerbern führen, wären Beispiele dafür.

D.

Ich komme nun zum zweiten Teil im Wettbewerbsbereich, zur Fusionskontrolle, wo die sog. Effizienzeinrede in den letzten Jahren zunehmend diskutiert wird. Es stellt sich die Frage, inwieweit – wenn überhaupt – eine Wettbewerbsbehörde das von den Unternehmen vorgebrachte Effizienzargument bei ihrer Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen sollte. Ihre Beantwortung hängt unter anderem von der Zielsetzung der Fusionskontrolle und dem verwendeten Wettbewerbstest ab.

Aufgabe der Fusionskontrolle nach dem GWB ist es, wettbewerbliche Marktstrukturen zu erhalten. Es soll verhindert werden, dass durch externes Wachstum Verhaltensspielräume von Unternehmen entstehen, die vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrolliert werden. Es handelt sich um einen „Strukturansatz“: D. h.: Der Gefährdung des Wettbewerbs, die sich aus einer Veränderung der Marktstruktur in Folge eines Zusammenschlusses ergeben kann, soll begegnet werden.

Das GWB enthält keine explizite Effizienzeinrede. Doch auch im Rahmen des Strukturansatzes können Effizienzüberlegungen implizit berücksichtigt werden. Lassen Sie mich kurz die rechtliche Grundlage skizzieren, auf der die Entscheidungen des Bundeskartellamts im Bereich der Fusionskontrolle stehen.

Das Bundeskartellamt wendet in der Fusionskontrolle den Marktbeherrschungstest gemäß § 36 GWB an. Danach ist ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, zu untersagen.

Für die Auslegung des Begriffs der Marktbeherrschung ist § 19 (2) GWB heranzuziehen. Diese Norm enthält drei Definitionen:

Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager auf einem Markt:

1. ohne Wettbewerber ist, oder
2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, oder
3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

Der Fall, dass einem Unternehmen nicht ein einziger Wettbewerber gegenübersteht, ist für die Fusionskontrollpraxis wenig relevant.

Ein Unternehmen kann auch marktbeherrschend sein, wenn es über eine marktstarke Stellung verfügt – wenn es also aufgrund markt- oder unternehmensbezogener Strukturkriterien einen von Wettbewerbern nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum hat.

Bei der Beurteilung des Verhaltensspielraums kommt es vordergründig auf den Marktanteil des Unternehmens im Verhältnis zu denen seiner Wettbewerber an. Das Gesetz nennt aber weitere Kriterien wie Finanzkraft, Marktzutrittsschranken und Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten.

Auch zwei oder mehr Unternehmen können in ihrer Gesamtheit die oben genannten Voraussetzungen erfüllen. Wenn dies der Fall ist und zwischen ihnen auf einem Markt wesentlicher Wettbewerb nicht besteht, gelten sie als marktbeherrschendes Oligopol im Sinne des § 19 GWB.

§ 19 (3) GWB enthält zudem eine widerlegbare Vermutung, wonach ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Für ein marktbeherrschendes Oligopol von drei Unternehmen gilt die Grenze von 50 % bzw. von zwei Dritteln bei vier oder fünf Unternehmen.

Diese Vermutungsgrenzen, die in der derzeitigen Novellen-Diskussion vom BDI kritisiert werden, begründen entgegen mancher Befürchtungen keinen Untersagungsautomatismus jenseits der Schwellenwerte. Sie dienen in der Regel nur als erster Anhaltspunkt, ob eine intensivere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist. Im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung aller relevanten Strukturkriterien werden Zusammenschlüsse selbst bei deutlicher Überschreitung der Marktanteilsgrenzen freigegeben, wenn die Vermutung sich in der Prüfung des Vorhabens nicht bestätigt.

BKartA hat beispielsweise in der Kfz-Zulieferindustrie mehrere Zusammenschlüsse freigegeben, bei denen der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen die Vermutungsgrenze von einem Drittel erheblich überstieg. Ein Faktor, der in diesen Fällen gegen eine marktbeherrschende Stellung sprach, war u. a. die Marktstärke der Kfz-Hersteller als Kunden der Zulieferer.

Die Prüfung des Bundeskartellamts bezieht sich auf strukturelle Veränderungen, die aufgrund des Zusammenschlusses zu erwarten sind. Es handelt sich nicht um eine rein statische Betrachtung, bei der z. B. nur die Marktanteile der Zusammen-

schlussbeteiligten addiert werden. Bei der Prüfung, ob das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss noch unter ausreichendem Wettbewerbsdruck steht, werden – soweit absehbar – u. a. auch mögliche Verhaltensänderungen anderer Marktteilnehmer berücksichtigt. Ebenso werden für den Prognosezeitraum Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb geprüft.

Die deutsche Fusionskontrolle (§ 36 (1) GWB) ermöglicht eine Abwägung von positiven und negativen Wettbewerbswirkungen, die durch einen Zusammenschluss auf verschiedenen Märkten entstehen. So kann eine Untersagung vermieden werden, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch strukturelle Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen (auf anderen Märkten) eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, die sog. Abwägungsklausel.

Die Anforderungen an die Wettbewerbsverbesserungen sind hoch – sie müssen die Nachteile nicht nur auf- sondern überwiegen – und sie beziehen sich ausschließlich auf *strukturelle* Verbesserungen. Gleichwohl ist die Abwägungsklausel nicht unbedingt als Ansatzpunkt für eine Effizienzrede zu sehen. Doch ist diese Auffassung nicht unbestritten.

E.

Das Bundeskartellamt stellt bei seiner Fusionskontrolle nicht explizit auf unilaterale Effekte ab, d. h. es werden keine ausdrücklichen Prognosen zu Preis- oder Mengenveränderungen nach dem Zusammenschluss erstellt. Es wird jedoch gegebenenfalls geprüft, ob ein Spielraum für Preiserhöhungen besteht. Dieser kann innerhalb des Strukturansatzes als Indiz für Marktmacht gewertet werden.

Hier besteht im Ansatz ein Unterschied zu der Vorgehensweise nach dem sogenannten „Substantial Lessening of Competition Test“ (SLC-Test). Bei diesem u. a. in den USA, Großbritannien und Irland angewandten Test ist zu prüfen, ob durch einen Zusammenschluss der Wettbewerb erheblich beschränkt wird. Bei der Frage der Erheblichkeit kommt es dann auf konkrete erwartete Preissteigerungen an, welche möglicherweise durch an Verbraucher weitergegebene Effizienzgewinne, z. B. in Form von Produktionskostensenkungen, reduziert werden könnten.

Der Marktbeherrschungstest setzt dagegen eine Obergrenze fest, die allein durch Strukturkriterien definiert ist. Darunter werden Zusammenschlüsse ohne den Nachweis von Effizienzgewinnen freigegeben. Diese Grenze – die festgestellte Marktbeherrschung – ist im deutschen Wettbewerbsrecht auch die Grenze, bis zu der Unternehmen die von ihnen angestrebten bzw. erwarteten Effizienzsteigerungen aufgrund eines Zusammenschlusses berücksichtigt finden können.

Man könnte also sagen: In der Fusionskontrolle nach dem GWB ist eine explizite Effizienzrede *unterhalb* der Marktbeherrschung *nicht nötig* und *oberhalb nicht möglich*.

Das soll aber nicht das Ende meines Vortrags zu Effizienzen im deutschen Wettbewerbsrecht sein. So leicht möchte ich es weder mir noch Ihnen machen. Deshalb zunächst einige Ausführungen über den Bereich in dem keine Marktbeherrschung vermutet wird aber durchaus Effizienzüberlegungen eine Rolle spielen. Anschließend gehe ich noch auf den Bereich oberhalb der Marktbeherrschung ein.

F.

Bei Zusammenschlüssen unterhalb der Vermutungsgrenze geht man in der Regel davon aus, dass keine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Die Marktanteile der betroffenen Unternehmen sind aber – wie gesagt – nur ein Indiz. Ausschlaggebend ist die Gesamtbetrachtung der strukturellen Faktoren.

Gibt die Veränderung der Wettbewerbsstruktur keinen Anlass, nach dem Zusammenschluss unkontrollierte Verhaltensspielräume zu erwarten, wird das Vorhaben freigegeben.

Man könnte zusätzlich von der impliziten Annahme ausgehen, dass Effizienzgewinne unterhalb der Vermutungsgrenze berücksichtigt sind, sozusagen als „Pauschale“, die den unilateralen Effekten, die bei allen Zusammenschlüssen entstehen, entgegenwirken.

Wenn der Zusammenschluss erkennbar wettbewerblich unbedenklich ist, beispielsweise weil die Marktanteile sehr gering sind, ist es für die Unternehmen deshalb nicht notwendig, die erwarteten Effizienzgewinne bei der Anmeldung des Zusammenschlusses anzuführen.

Wie sieht es aus, wenn das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss aufgrund verschiedener Indizien für erweiterte Verhaltensspielräume näher prüft?

Die Beurteilungskriterien für Zusammenschlüsse sind in den Auslegungsgrundsätzen des Bundeskartellamts zur Fusionskontrolle dargestellt. Darin werden die Prüfungskriterien wie Marktanteil, Marktanteilsverteilung sowie deren Entwicklung, Ressourcenbetrachtung, Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, vertikale Integration, Verflechtungen, Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb ausführlich diskutiert.

Effizienzgewinne werden in den Auslegungsgrundsätzen nicht explizit erwähnt. Bei der Gesamtbetrachtung können sie in Einzelfällen gleichwohl einbezogen werden.

Hier ein Beispiel:

Nehmen wir an, auf einem Markt seien vier Unternehmen tätig, wobei Nr. 1 mit 40 % Marktanteil der Marktführer ist. Nr. 2 mit einem Anteil von 25 % folgt im wesentlichen der Preisgestaltung des Marktführers und macht diesem kaum Konkurrenz. Nun wollen Nr. 3 und Nr. 4 fusionieren. Sie kämen auf einen gemeinsamen Anteil von 35 %.

Wie beurteilt man einen solchen Zusammenschluss? In Abhängigkeit von den konkreten Umständen wäre eine Reihe von Szenarien denkbar:

1. Die Strukturmerkmale könnten auf den ersten Blick ein wettbewerbsloses Oligopol nahe legen.
2. Effizienzgewinne könnten zu stärkerem Wettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern führen.

Betrachten wir das zweite Szenario und nehmen an, die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen könnten nachweisen, dass die Fusion zu echten Synergieeffekten zwischen ihnen führen würde. Die Synergien könnten es dem neuen Unternehmen erlauben, neue Produkte zu entwickeln und zu günstigen Preisen anzubieten.

Unterstellt die Gesamtbetrachtung ließe erwarten, dass das fusionierte Unternehmen ein wirksamer Wettbewerber von Nr. 1 und Nr. 2 würde, so erschiene unter Umständen eine Koordination innerhalb des Oligopols weniger wahrscheinlich. In diesem Fall könnten die vorgebrachten Effizienzgewinne bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht, durchaus eine Rolle spielen.

Die Neuordnung von Produktionsfaktoren, die durch einen Zusammenschluss ermöglicht wird und unter Umständen zu Effizienzgewinnen führt, wird insoweit berücksichtigt, als sie Einfluss auf die wettbewerbliche Marktstruktur hat. Effizienzen werden vom Bundeskartellamt dabei nicht als positiv oder negativ per se angesehen, sondern immer im Hinblick auf ihre Wettbewerbswirkungen beurteilt. Sie sind daher nur als einer unter verschiedenen Einflussfaktoren auf die Marktstruktur zu werten.

G.

Lassen Sie mich noch einen Exkurs machen, denn bisher habe ich ausschließlich über Effizienzüberlegungen im Zusammenhang mit *Marktstrukturveränderungen* gesprochen.

Ich möchte nun noch einige Worte zu der Diskussion über die explizite Abwägung von Effizienzgewinnen und erwarteten *Preiserhöhungen* sagen.

Ich stehe dem Argument, Effizienzgewinne könnten möglichen Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss entgegenwirken, sehr kritisch gegenüber. Wenn man Preiserhöhungen aufgrund von unilateralen Effekten prognostizieren wollte, so wäre es folgerichtig, Effizienzgewinne mit zu untersuchen. Es gibt verstärkt Ansätze, ökonomische Methoden für die Quantifizierung der Preis- bzw. Mengeneffekte zu nutzen.

Die Quantifizierung der Effekte kann als Ergänzung der strukturellen Analyse der Wettbewerbswirkungen hilfreich sein. Sie ist aber mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Zu nennen sind da z. B. die teilweise sehr restriktiven Modellannahmen und die Frage nach der Eignung und Zuverlässigkeit des Datmaterials. Weiterhin erfolgt die Prognose von Preiseffekten *ceteris paribus*.

Bei dieser statischen Betrachtung können wichtige strukturelle Veränderungen wie verminderte Anreize für F&E oder Veränderungen beim Zugang zu Beschaffungsmärkten nicht erfasst werden. Die Ergebnisse einer quantitativen Prognose der Preisveränderungen haben demnach nur eine sehr begrenzte Aussagekraft. Als Indiz für Preiserhöhungsspielräume der beteiligten Unternehmen können sie durchaus sinnvoll sein. Man darf allerdings nicht den Fehler machen, einer einzelnen Zahl zu viel Bedeutung beizumessen.

Ich sehe in dieser Vorgehensweise die Gefahr, dass die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens allein auf die unmittelbaren Preiswirkungen reduziert wird. Preiserhöhungen sind nur eine von vielen möglichen Auswirkungen einer Fusion. Sie können als Symptom für strukturelle Wettbewerbsprobleme angesehen werden. Sie bedeuten einen Verlust an allokativer Effizienz. Möglicherweise werden durch die strukturellen Marktveränderungen auch Innovationsanreize reduziert, was zu einem zusätzlichen Verlust an dynamischer Effizienz führt. Diesen Effizienzverlusten rein produktive Effizienzgewinne gegenüber zu stellen, halte ich im Ansatz für falsch. Produktive Effizienzgewinne in Form von einmaligen Kostensenkungen können den Strukturproblemen nicht entgegenwirken.

H.

Damit komme ich auch schon zu Effizienzüberlegungen oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze. Wie ich eingangs sagte, bedeutet die Feststellung von Marktbeherrschung, dass das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss über einen vom Wettbewerb nicht mehr kontrollierten Verhaltensspielraum verfügen würde. Dies wäre zum Schaden der Verbraucher, die auf absehbare Zeit Wahlmöglichkeiten verlieren würden und höhere Preise bei schlechterer Qualität zu erwarten hätten.

Könnten Effizienzgewinne diese erwarteten Nachteile für die Verbraucher aufwiegen? Könnten die zu erzielenden Kostenvorteile so groß sein, dass die Preise nicht steigen oder sogar sinken? Theoretisch ja.

Könnten die Synergien im F&E-Bereich so groß sein, dass das marktbeherrschende Unternehmen neue und bessere Produkte auf den Markt bringt? Auch das wäre denkbar. Es mag außergewöhnliche Fälle geben, in denen durch den Zusammenschluss zu einem marktbeherrschenden Unternehmen so erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden können, dass unmittelbar nach der Fusion den Verbrauchern kein sichtbarer Schaden erwächst.

Was wird aber mittelfristig geschehen? Das entstandene marktbeherrschende Unternehmen sieht sich keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Ihm fehlen daher die Anreize, auch in der Zukunft Effizienzgewinne zu erzielen und die Vorteile an die Verbraucher weiter zu geben. Auch die Innovationsanreize sind stark reduziert.

Auf den Eintritt von neuen Unternehmen in den Markt kann man nicht bauen, da – sonst wäre eine Marktbeherrschung wohl von vornherein verneint worden – hohe Marktzutrittsschranken bestehen. Der Strukturschaden ist somit zumindest für den Prognosezeitraum nicht wettzumachen.

Aber was wäre, wenn das Bundeskartellamt dennoch eine Fusion zu einem marktbeherrschenden Unternehmen genehmigen würde? Was wäre, wenn die Effizienzgewinne aufgrund von falschen Erwartungswerten der Unternehmen nicht oder nicht in der genannten Höhe eintreten würden? Nur die Feststellung: Pech gehabt? Oder wäre dann nicht konsequenterweise ein Entflechtungsverfahren erforderlich? Ein Instrument, das im GWB als solches bisher nicht existiert.

Eine Freigabeentscheidung unter der *Bedingung* der Realisierung von Effizienzgewinnen würde nicht weiter helfen. Die Effizienzgewinne können natürlich nur nach dem Vollzug des Zusammenschlusses eintreten und daher nicht vorab als Bedingung gestellt werden.

Auch die *Auflage* an die Unternehmen, die von ihnen selbst geschätzten Effizienzgewinne zu erreichen, ist nicht praktikabel. Ein solcher Ansatz würde auf eine Verhaltenskontrolle der Unternehmen hinauslaufen.

Das Bundeskartellamt geht daher davon aus, dass der Wettbewerb als anonymer Kontroll- und Steuerungsmechanismus der beste Weg ist, um Unternehmen Anreize zur Kostensenkung und zur Weitergabe der Kostenvorteile an Konsumenten zu geben. Dieser würde ausgeschaltet, wollte man eine Fusion, die zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, aufgrund von Effizienzgewinnen erlauben.

I.

Fazit: Zusammenschlüsse sind u. a. durch betriebswirtschaftliche Effizienzüberlegungen motiviert. Durch einige Zusammenschlüsse werden auch erhebliche produktive und dynamische Effizienzgewinne erzielt.

Die Ergebnisse eines Zusammenschlusses sind allerdings oft anders, als die beteiligten Unternehmen erwarten. Nach OECD-Studien über die sogenannten Mega-Fusionen haben über die Hälfte die eigene Zielsetzung nicht erreicht. Das zeigt, dass selbst für die beteiligten Unternehmen, welche über die bestmöglichen Informationen verfügen, eine Prognose der Effizienzgewinne sehr schwierig ist.

Das Bundeskartellamt kann in Einzelfällen ausreichend belegte Erwartungen von Effizienzgewinnen bei Kooperationen oder Zusammenschlüssen als Teil der Gesamtbetrachtung berücksichtigen. Dies kann aber nur im Rahmen einer strukturellen Analyse im Hinblick auf ihre wettbewerblichen Wirkungen geschehen.

Ich bin der Ansicht, dass Wettbewerb das beste Mittel zur Erzielung effizienter Marktergebnisse ist. Solange funktionierender Wettbewerb herrscht, bestehen ausreichend Anreize für Unternehmen, ihre Produktion effizient zu organisieren, Effi-

zianzvorteile an Verbraucher weiterzugeben, die Qualität der Produkte zu erhöhen und neue Produkte zu entwickeln.

Kooperationen und Zusammenschlüsse sind ein Instrument der Unternehmen, um betriebliche Effizienzgewinne zu erzielen. Dies wird bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts explizit oder implizit berücksichtigt. Es muss bei der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen jedoch eine Grenze gezogen werden. Sie liegt genau dort, wo Marktmacht der Unternehmen den Wettbewerb als effizienten Allokationsmechanismus auszuschalten droht.

Wettbewerbspolitische Fragen auf dem Weg vom Staatsunternehmen zum Global Player

Von *Walter Maschke*, Bonn

A. Einleitung

Als Jemand, der persönlich am ganzen Postreformprozess in Deutschland Anteil nahm – zunächst im Postministerium und im Ministerstab Schwarz-Schillings, dann nach meiner Rückkehr zur „Gelben Post“, als Verantwortlicher für Projekte hinsichtlich der Einführung der neuen Postleitzahlen, der Gründung von Aktiengesellschaften und nun als Verantwortlicher für das Regulierungsmanagement im Konzern – möchte ich in diesem Vortrag sozusagen aus der Insiderperspektive den Reformprozess im Postwesen beleuchten.

Zunächst sollen dabei kompakt die einzelnen Postreformschritte in Deutschland und Europa erläutert werden. Als zweiter Gliederungspunkt wird die Frage im Mittelpunkt stehen, wie die Deutsche Post diese Reformschritte für ihre Restrukturierung genutzt hat, was also das Unternehmen aus den neuen Freiheiten gemacht hat. Dann folgt eine Besprechung der Eckpunkte der postgesetzlichen Regelungen und zwei Exkurse: Der erste wird das Thema aufgreifen, ob auch ein Postlogistiknetz ein natürliches Monopol sein kann, der zweite sich mit dem Thema der Beihilfentscheidungen im Postbereich beschäftigen. Abschließend folgen einige Thesen zum weiteren Liberalisierungsprozess.

B. Postreformschritte in Deutschland und Europa

Es mutet wie ein kleines Wunder an, dass es gelungen ist, in Deutschland innerhalb relativ kurzer Zeit aus dem Staatsunternehmen Deutsche Bundespost einen globalen Logistikkonzern mit privaten Shareholdern zu machen. Die einzelnen Schritte auf diesem Weg – Unternehmensgründung 1990, Privatisierung 1995, schließlich das Postgesetz mit den Liberalisierungsschritten im Jahr 1998 – wirken wie aus einem Lehrbuch; in der Nachschau wird man gar sagen müssen, dass fast alles richtig gelaufen ist.

1990 wurde die ehemalige Deutsche Bundespost in drei Unternehmen getrennt: Post, Telekom und Postbank. Was die Postbank angeht, ist das allerdings später wieder rückgängig gemacht worden, weil sich die unternehmerische Auseinander-

entwicklung von Post und Postbank nicht bewährt hat, da beide das gleiche Filialnetz benutzen und die Postbank im Grunde genommen eine „Bank ohne Unterleib“ war, die nur noch das back office umfasste. Gleichzeitig mit dem ersten Schritt sind auch die unternehmerischen Aufgaben von den politisch-hoheitlichen Aufgaben getrennt und das erste Mal ein privatwirtschaftliches Management eingestellt worden – an der Spitze Herr Dr. Zumwinkel, der seit dieser Zeit der Vorstandsvorsitzende des Unternehmens ist. Das ist, in der Nachschau betrachtet, ein Glücksfall für das Unternehmen.

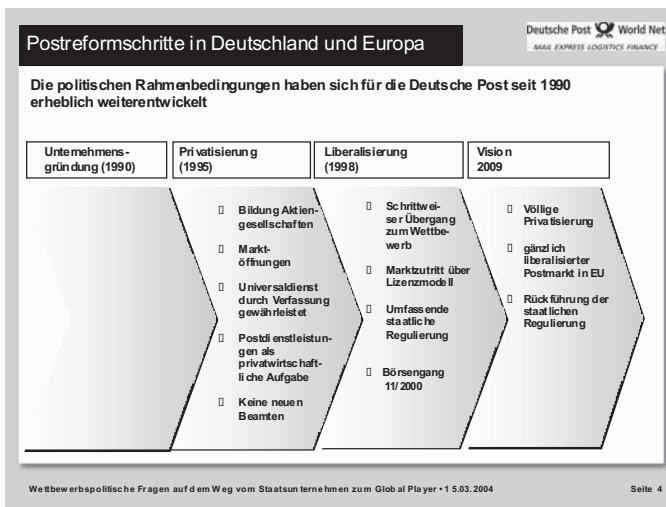


Abbildung 1: Postreformschritte in Deutschland und Europa

1995 wurde das Unternehmen privatisiert und die Aktiengesellschaft Deutsche Post AG gebildet und gleichzeitig gab es die ersten Marktöffnungsschritte. Den Universaldienst musste die Deutsche Post zwar nach wie vor gewährleisten, allerdings war es das erste Mal in Deutschland, dass die Erbringung von Postdienstleistungen keine staatliche Aufgabe mehr war, sondern eine privatwirtschaftliche Aufgabe. Ab diesem Zeitpunkt wurden auch keine neuen Beamten mehr eingestellt. Vielmehr wurde innerhalb der nunmehr 14 Jahre die Zahl der Beamten von ungefähr 180.000 auf etwa ein Drittel abgeschmolzen.

Schließlich trat 1998 das Postgesetz, das wesentlich eine Adaptation der EU-Richtlinie darstellt und den schrittweisen Übergang zum Wettbewerb vorbereitet, in Kraft. Wettbewerber können seitdem über eine Lizenz in den Markt eintreten. Dieses Lizenzierungsverfahren ist aber keinerlei Markteintrittsbarriere, d. h. jeder bekommt eine Lizenz. In Deutschland gibt es mittlerweile weit über 1000 Lizenznehmer, von denen die überwiegende Zahl auch im Markt tätig ist. Diese Lizenz-

nehmer teilen sich rund fünf Prozent des Marktes; zu einem großen Teil sind es sehr kleine Unternehmen, die vorwiegend Mitarbeiter auf der Basis geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse eingestellt haben.

Seit diesem Zeitpunkt existieren auch umfassende staatliche Regulierungen, die sich aus Sicht der Deutschen Post als höchst problematisch gestalten, weil sie unternehmerische Entscheidungen in gewisser Weise beschränken.

Im Jahre 1997 war die Deutsche Post bereit, das Monopol sofort aufzugeben; es wurden bereits diesbezügliche Modellrechnungen angestellt. Bedingung war aber, dass die Politik das Unternehmen dann aus der Regulierung hätte entlassen müssen, was aber damals nicht gewollt war. In der Nachschau kann man sagen, dass diese Entwicklung auch so nicht die Schlechteste war: Schließlich ist die Deutsche Post im November 2000 an die Börse gegangen und die Finanzierung des Universaldienstes – er ist ja in Deutschland eine Art „heilige Kuh“ – wird durch die Monopolüberschüsse sichergestellt.

Die Vision für 2009 lässt sich in folgenden Stichworten zusammenfassen: Komplette Liberalisierung, also Wettbewerb im gesamten Postbereich, und komplette Privatisierung. Die Bundesrepublik hat unter Minister Eichel das entsprechende Gesetz geändert, so dass die Deutsche Post zu 100 % privatisiert werden kann. Damit verbunden ist von Seiten des Unternehmens die Hoffnung, aus der Regulierung entlassen zu werden. Allerdings wird dieser Wunsch wohl nicht ganz in Erfüllung gehen, da die Regulierung am Tatbestand der Marktbeherrschung und nicht am Monopol anknüpft und die Deutsche Post natürlich daran interessiert ist, noch möglichst lange eine marktbeherrschende Stellung zu behalten.

Heute freilich sieht die Situation vor allem aus gesamteuropäischer Perspektive noch völlig anders aus. So gibt es in der EU eigentlich nur zwei Postunternehmen, die private Shareholder haben. Das ist die Holländische Post (TPG) und das ist die Deutsche Post. In Deutschland sehen die Eigentumsverhältnisse so aus, dass der Bund noch unmittelbar 20 % hält. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau hält 42,6 % der Anteile (der Bund hat die Aktien an die Kreditanstalt für Wiederaufbau verkauft, um sofort die Einnahmen zu haben). Der Rest, also 37,4 %, liegt in Händen privater Shareholder. Auch in einem weiteren internationalen Rahmen steht die Deutsche Post damit nicht schlecht da. Das Land beispielsweise, das immer recht kritisch auf Deutschland schaut, wenn es um Liberalisierung und Privatisierung geht, nämlich die USA, hat nur ein einziges staatliches Unternehmen – und das ist die dortige Post, die kein Musterbeispiel für Effizienz ist.

Die rechtlichen und die ökonomischen Rahmenbedingungen für den Postbereich sind in Brüssel gesetzt worden. In der EU-Richtlinie ist etwa der Universaldienst geregelt. So wird grob umschrieben, wie hoch die Zahl der Filialen sein muss und wie dicht die Kontaktpunkte sein müssen; außerdem wird die Häufigkeit der Abholung und Zustellung – fünf Tage pro Woche (in Deutschland 6 Tage) – geregelt. Daneben enthält der Universaldienst Vorschriften zur Produktpalette und gewisse Qualitätsstandards, insbesondere hinsichtlich der Laufzeiten von Sendungen.

Zur Finanzierung des Universaldienstes gibt es für die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, einen Bereich zu reservieren. Es ist aber klaggestellt worden und es spielt in der diesbezüglichen Diskussion eine Rolle, dass die Überschüsse aus dem reservierbaren Bereich die Kosten des Universaldienstes nicht überkompensieren dürfen. Von dieser Möglichkeit der Reservierbarkeit haben bis auf Schweden und Finnland, die schon vorher den gesamten Markt liberalisiert hatten, alle Mitgliedsstaaten mehr oder weniger Gebrauch gemacht. In Deutschland ist die Situation dabei immer so gewesen, dass etwas weiter gegangen wurde als die Europäische Union vorgesehen hat, d. h. Deutschland hat bei der Liberalisierung immer eine Vorreiterrolle gespielt.

Ferner enthält die EU-Richtlinie Vorschriften für die Preisbildung: Die Preise müssen erschwinglich, kostenorientiert, transparent und nicht diskriminierend sein, wobei letztlich der Einheitstarif zumindest für Privatkunden vorgeschrieben wird und die Monopolunternehmen gehalten sind eine getrennte Buchführung zwischen Wettbewerbs- und Monopolbereich durchzuführen.

Vorgeschrieben ist außerdem eine nationale Regulierungsbehörde. Allerdings ist nicht selbstverständlich, dass diese in den Mitgliedstaaten unabhängig ist. Beispielsweise gibt es zur Zeit gegen Frankreich ein entsprechendes Verfahren bzw. dieses ist gerade abgeschlossen worden, weil die französische Regulierungsbehörde eben nicht unabhängig vom Postdienstleister tätig war. In Deutschland dagegen ist diese Situation der Unabhängigkeit gegeben.

Zusammenfassend kann man also sagen, dass Europa letztlich den Weg für die Liberalisierung geebnet hat, wobei der Liberalisierungsprozess auf Basis von Preis- und Gewichtsgrenzen stattfindet. Die Mitgliedsstaaten hatten dabei bis Ende 2002 die Möglichkeit, bis zu einem Gewicht von 350 Gramm zu reservieren. D. h., alle Gewichtsklassen, die über 350 Gramm liegen, sind für den Wettbewerb frei, allerdings ist dies kein großes Volumen, da das Hauptgeschäft sich im Bereich unterhalb von 50 Gramm abspielt. Zum 1. Januar 2003 ist der nächste Schritt gefolgt: Die Liberalisierung der gesamten abgehenden Auslandspost und die Reduzierung der Gewichtsgrenze auf 100 Gramm. Das ist ein Schritt, der zwar 4,5 % des Umsatzes zusätzlich in den Wettbewerb gestellt hat, aber d. h. natürlich nicht, dass die Deutsche Post diesen Marktanteil letztlich verlieren wird.

Zum 1. Januar 2006 wird die Gewichtsgrenze auf 50 Gramm abgesenkt. Was weitere Schritte angeht, so hat sich die Kommission unter dem Druck einiger südlicher Mitgliedstaaten noch nicht entschließen können, ein Enddatum für das Ende des Monopols festzulegen, sondern sie macht dazu noch ein paar Studien. Daher ist davon auszugehen, dass sich vor 2009 in Europa nichts in diese Richtung bewegen wird. In Deutschland dagegen wird das Monopol Ende 2007 endgültig auslaufen; für die Zeit bis dorthin hat allerdings das Bundesverfassungsgericht noch einmal die Rechtmäßigkeit des Monopols festgestellt. Jedoch gibt es bereits jetzt, daran sei nochmals erinnert, in Deutschland eine ganze Reihe von Ausnahmeregelungen und spezifischen Lizenzen innerhalb des Monopolbereichs, die auch

weidlich ausgenutzt werden; sicherlich etwa die Hälfte der rund 5 % Marktanteil, den die Wettbewerber der Deutschen Post sich teilen, entfallen auf Aktivitäten innerhalb des Monopolbereichs.

C. Restrukturierung der Deutschen Post

Was die Deutschen Post bisher erreicht hat, ist eine Erfolgsstory, die als ein Effizienzsteigerungs- und Produktivitätssteigerungsprogramm beschrieben werden kann, das in Europa seinesgleichen sucht. Es gibt in Europa keine effizientere Post als die deutsche. Es gibt in Neuseeland noch eine sehr effiziente Post, aber die läuft ohne großes Regulierungsregime, also ohne die kostenintensiven Vorgaben für den Universaldienst, ab. Ursprünglich waren die Produktionsprozesse bei der Deutschen Post außerordentlich kompliziert: Ein Brief oder ein Paket wurde bis zu zehnmal in die Hand genommen. Die heutigen „Postfabriken“ haben hingegen einen sehr hohen Automatisierungsgrad. Letzterer liegt mittlerweile bei etwa 90 %. Vor zehn Jahren betrug er 25 %. Gleichzeitig hat das Unternehmen – und dies war nur durch den Einsatz von Automaten, Sortiermaschinen etc. möglich – neben der Kostenreduzierung auch eine Qualitätsverbesserung realisieren können. Und zwar insbesondere was die Laufzeit angeht: So kommen etwa 95 % der Briefe am nächsten Tag an, auch bei den Paketen ist fast ein over-night-Service erreicht.

Der Umsatz des Unternehmens hat sich seit 1990 vervierfacht. Darunter fällt natürlich nicht nur organisches Wachstum, sondern es sind eine ganze Reihe von Akquisitionen dabei, die zum großen Teil im Ausland getätigt worden sind. Mit DHL wurde mittlerweile ein weltweites Netzwerk errichtet. Das Ergebnis hat sich in dieser Zeit auch um rund 2 Mrd. Euro verbessert und dies, obwohl die Lasten der ehemaligen DDR-Post zu verkraften waren.

Auch auf der Personalseite wurden große Anstrengungen unternommen und allein in der AG ohne Berücksichtigung des gesamten Konzerns seit Bestehen der Post als eigenständiges Unternehmen jeweils jährlich mehr als 10.000 Arbeitsplätze abgebaut. Dabei wurden sozialverträgliche Lösungen im Einvernehmen mit den Gewerkschaften gefunden (vgl. Abb. 2).

Welche Strategie verfolgt die Deutsche Post? Die Strategie ist geprägt von dem Ereignis, das 2007 stattfinden wird, sprich dem Wegfall des Monopols. Auf diese Situation bereitet sich das Unternehmen in drei Phasen vor. In der ersten Phase (1990 bis 1996) hat das Unternehmen den Turn Around geschafft, sicherlich zur Überraschung des einen oder anderen Beobachters. Aus tiefroten Zahlen ist es dem Unternehmen gelungen, in die Gewinnzone zu gelangen. Die zweite Phase von 1997 bis 2000 stand im Zeichen der Internationalisierung. Dadurch konnte ein umfassendes Produktangebot nicht nur in Deutschland, sondern auf der ganzen Welt aufgebaut werden. Das Ziel der dritten Phase ist es, bis 2005 weltweit die Nummer 1 im Bereich der Logistik- und Postdienstleistungen zu werden. Das muss

sich jedoch nicht unbedingt auf die Größe beziehen, da vor allem die Profitabilität wesentliche Zielgröße des Unternehmens ist.

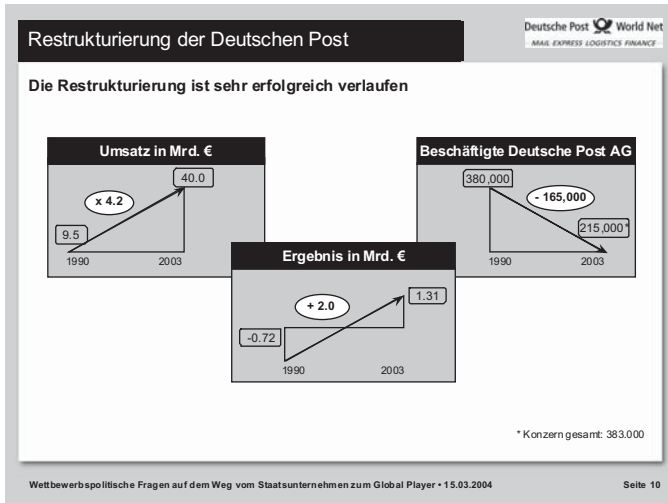


Abbildung 2: Restrukturierung der Deutschen Post

Der Konzern ruht heute auf vier Säulen. Zunächst ist das die herkömmliche Briefpost. Der Brief ist natürlich nach wie vor eines der wichtigsten Standbeine. Einfach deshalb, weil der deutsche Markt sehr groß ist, ist dieses Standbein auch sehr gewichtig mit mehr als 12 Mrd. Euro Jahresumsatz und einem Gewinn von rund 2 Mrd. Euro. Als zweites Standbein ist der Express-Bereich zu nennen, in dem die Deutsche Post weltweit die Nummer 1 im grenzüberschreitenden Expressgeschäft ist und mit DHL im Grunde genommen in jedem Land und in jedem Territorium präsent ist; in diesem Bereich wird ein Umsatz von 14,6 Mrd. Euro erzielt. Der Gewinn ist natürlich hier mit etwas über 400 Mio Euro niedriger. Dritter Bereich ist der Logistikbereich, also das Luft- und Seefrachtgeschäft, in dem die Deutsche Post immerhin einen Umsatz von knapp 6 Mrd. Euro bei 206 Mio. Gewinn aufweist. Letztes Standbein ist schließlich der Bankbereich bzw. das Finanzgeschäft mit knapp 9 Mrd. Euro Umsatz und 566 Mio. Euro Gewinn. Dabei ist noch der Börsengang der Postbank zu beachten.

Die Vorbereitung auf den Wettbewerb ist wesentlich sowohl von Effizienzüberlegungen als auch von Bestrebungen zur Lösung der Abhängigkeit vom Monopolbereich geprägt. In dieser Richtung wurden schon erhebliche Fortschritte erzielt. Im Jahre 1995 wurden noch 9,7 Mrd. Euro Umsatz im Monopolbereich getätigt, heute sind es dagegen nur noch 6,8 Mrd. Euro. Prozentual fällt die Bedeutungsabnahme des Monopolsektors noch deutlicher aus. Gleichzeitig wurde der inter-

nationale Umsatz deutlich ausgebaut. Die Zahlen sind ein deutliches Indiz dafür, dass neben der Steigerung von Effizienz im Monopolbereich auch auf der Produktseite eine Loslösung von diesem Bereich stattfindet (vgl. Abb. 3).

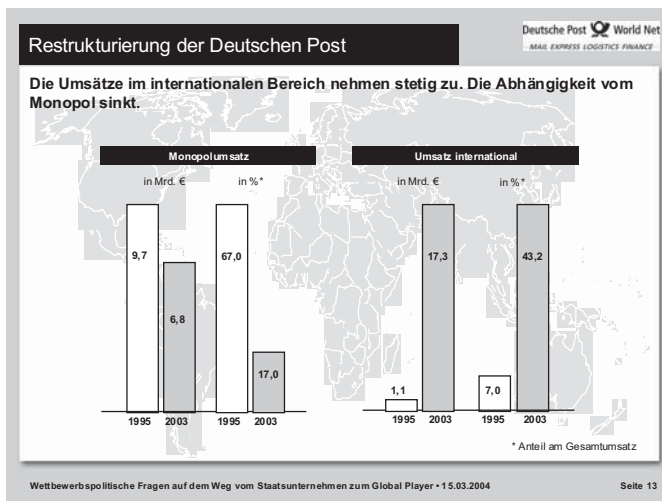


Abbildung 3: Umsätze im Monopolbereich und im internationalen Bereich

D. Eckpunkte der postgesetzlichen Regelung

Die Rahmenbedingungen für das unternehmerische Agieren der Deutschen Post sind im deutschen Postgesetz festgelegt. Dessen Implikationen sollen im Folgenden betrachtet werden. Dabei ist vor allem die Arbeit der Regulierungsbehörde angesprochen.

Eigentlich hat die Regulierungsbehörde grundsätzlich die Aufgabe, das Postgesetz zu exekutieren. Nun gibt es in diesem Gesetz zwar zwei große Ziele – einerseits die Garantie einer flächendeckenden, angemessenen Versorgung, also die Daseinsvorsorge und andererseits die Förderung und Sicherstellung eines chancengleichen funktionsfähigen Wettbewerbs. De facto kümmert sich die Regulierungsbehörde um das erste Feld praktisch gar nicht. Stattdessen versteht sie sich häufig als eine Art Beratungsgesellschaft für die Wettbewerber der Deutschen Post und hat vor allem, nachdem im vergangenen Jahr einige Beschwerden aus deren Umfeld kamen, den Focus ganz auf die zweite Zielrichtung des Postgesetzes gelegt.

Das Postgesetz enthält fünf große Felder. Den Zugang zum Markt über ein Lizenzsystem, die Exklusivlizenz bis zum Jahr 2007, die Universaldienstverpflichtung und schließlich, als Herzstück, die Preisregulierung. Im Folgenden soll die

Problematik der Finanzierung des Universaldienstes ab 2008 weggelassen werden und die Ausführungen ganz auf die Preisregulierung konzentriert werden. Bei der Regulierung handelt es sich größtenteils um Ex-ante-Regulierung, d. h., bevor die Deutsche Post einen Preis setzt, muss dieser Preis von der Regulierungsbehörde genehmigt werden. Nur in wenigen Bereichen liegt eine Ex-post-Regulierung vor. Allerdings ist der Unterschied zwischen beiden fachlich ohnehin nicht besonders groß, weil die gleichen Kriterien für die Ex-post- wie für die Ex-ante-Regulierung gelten. Ferner ist im deutschen Postgesetz entgegen der EU-Vorgabe als fünfter Punkt, was in Europa im Prinzip mehr oder weniger einmalig ist, ein offener Netzzugang vorgesehen. D. h. die Macher des Postgesetzes sind davon ausgegangen, dass das Netz der Post, das darin besteht, dass ein Briefträger durch einen Ort läuft oder ein Auto fährt eine „essential facility“ ist, d. h. ein natürliches Monopol vorliegt und deshalb die Deutsche Post ihren Wettbewerbern Zugang gewähren muss. Dazu kommen noch einige andere Kleinigkeiten wie der Zugang zu Postfachanlagen und Adressdaten. Der Themenkomplex wird unten nochmals im Rahmen eines Exkurses gesondert aufgegriffen werden.

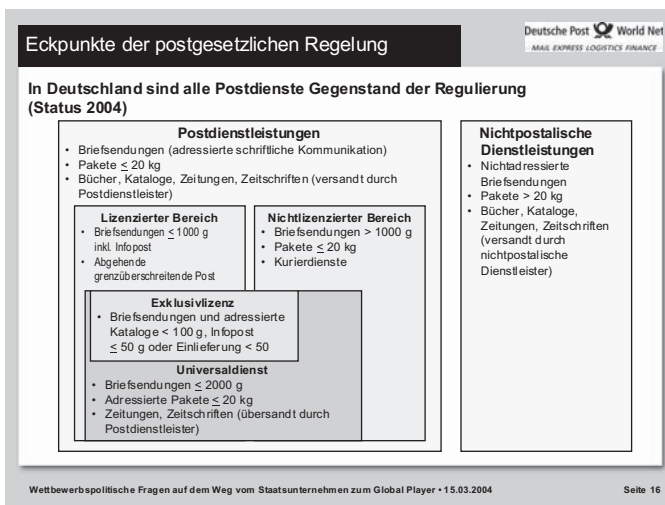


Abbildung 4: Regulierungsbereiche

Die Regulierungsintensität richtet sich in Deutschland nach der Klassifizierung der in Frage stehenden Dienstleistung (vgl. Abb. 4). Zunächst wird dabei zwischen Postdienstleistungen und Nicht-Postdienstleistungen differenziert. Innerhalb der ersten Kategorie schwankt die Regulierungsintensität dabei je nachdem, ob es sich um den Exklusivlizenzbereich, den Universaldienst oder den nur lizenzierten Bereich handelt, während der zweite Bereich, die Nicht-Postdienstleistungen aus

der Regulierung herausfallen und nur der Kontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen.

Was den regulierten Bereich angeht, so ist es ein großes Problem, dass hier nicht nur die Regulierungsbehörde zuständig ist, sondern weitere Einrichtungen, z. B. das Bundeskartellamt. In puncto Regulierung erleben wir also deswegen schon teilweise eine neue Qualität, besonders, wenn man noch die Personalausstattung der Regulierungsbehörde im Vergleich zu anderen Regulierungsbehörden in Europa berücksichtigt. Während sie in Deutschland allein im Postbereich etwa 100 Leute umfasst, kommen andere europäische Regulierungsbehörden teilweise mit gerade zwei, drei Leuten aus. Angesichts dessen ist es leicht vorstellbar, dass die Deutsche Post einige Mühe hat, die Interessen des Unternehmens auch sozusagen „effizient“ gegenüber der Regulierungsbehörde zu vertreten.

Grundsätzlich hat die Regulierungsbehörde die Möglichkeit, die Preise nach einer Einzelpreisgenehmigung oder nach dem Price-Cap-Verfahren zu genehmigen. Sie hat sich allerdings für ein Price Cap entschieden, das auch die Deutsche Post für den geeigneteren Ansatz hält. Dazu hat die Regulierungsbehörde die Produkte, die ex ante genehmigungsbedürftig sind, in drei Körbe eingeteilt. Einen Monopolkorb, einen Wettbewerbskorb und schließlich einen sog. Teilleistungskorb, bei dem Kunden und Wettbewerber einen Teil der Wertschöpfungskette erbringen (vgl. Abb. 5).

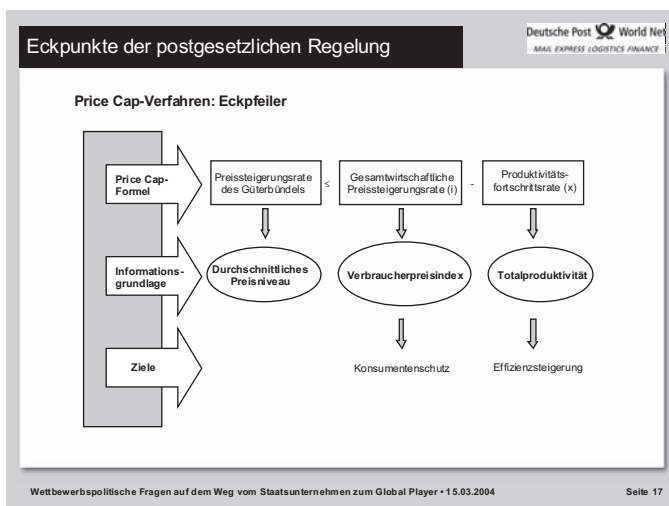


Abbildung 5: Price-Cap-Verfahren

Hinsichtlich der konkreten Preisbemessung hat die Regulierungsbehörde einen X-Faktor, also einen Produktivitätsfaktor, festgelegt. Er beträgt 1,8 % pro Jahr (bis

2007) und die Deutsche Post hat Mühe, ihn überhaupt zu erreichen bzw. dieser ist nur zu erreichen, wenn Maßnahmen ergriffen werden, die in der Öffentlichkeit auf Protest stoßen, also etwa die Schließung von Filialen oder den Abbau von wenig genutzten Briefkästen. Bei Berücksichtigung der Inflationsraten von zur Zeit 1,0–1,1 % und des X-Faktors 1,8 % in der Formel aus Abb. 5, ist zu sehen, dass die Post in jedem Jahr die Preise um 0,7 bis 0,8 % senken müsste, was jedes Mal im Gesamtvolumen eine Größenordnung von ca. 70 Mio. Euro ergibt.

Die Regulierungsbehörde hatte bei der letzten Preissenkung sicherlich vor, die Preise noch weiter zu senken, weil sie natürlich immer unterstellt, die Deutsche Post hätte irgendwelche monopolbedingten Ineffizienzen; allerdings befand sie sich dabei natürlich in einem Zielkonflikt, weil das zarte Pflänzchen des Wettbewerbs auch darauf basiert, dass die Preise der Deutschen Post unterboten werden können. Deswegen gab es auch Proteste von Wettbewerbern. Die Regulierungsbehörde hat deswegen einen Mittelweg beschritten. Die im Jahr 2002 beschlossene Preissenkung, bedeutete dabei für die Deutsche Post zwar immer noch ein Minus von etwa 300 Mio. Euro, allerdings hatten die ursprünglichen Überlegungen der Regulierungsbehörde unabhängig von den von uns nachgewiesenen Kosten wohl höher gelegen.

Das zweite zentrale Thema im Postgesetz, das aber in der Wirklichkeit noch keine sehr große Rolle spielt, ist das Thema des Teilleistungszugangs, d. h. des Netzzugangs. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist die Deutsche Post ihren Kunden verpflichtet. Deswegen hat das Unternehmen kein Problem damit, diesen den Teilleistungszugang zu gewähren, wenn dieser nachgefragt wird und sofern es wirtschaftlich zumutbar ist. Der Zugang darf nur verweigert werden, wenn die Funktionsfähigkeit des Postnetzes oder die Betriebssicherheit gefährdet wäre. Einen solchen Nachweis zu führen, dürfte aber sehr schwer werden, außer wenn die vorhandenen Kapazitäten für nachgefragte Leistungen erschöpft sind. Gegenüber einem Wettbewerber besteht diese Verpflichtung zum Teilleistungszugang allerdings nur, wenn der Wettbewerb ohne den Zugang unverhältnismäßig behindert würde – wohlgerne nicht der einzelne Wettbewerber, sondern der Wettbewerb insgesamt. Es geht also hier bei dieser gesetzlichen Vorgabe nicht um die Förderung einzelner Wettbewerber. Technisch erhalten die Kunden bzw. Wettbewerber bei der Zugangsbewertung entsprechende Abschläge auf den Vollpreis des entsprechenden Produkts, wobei der Zugangspreis auch von der Regulierungsbehörde festgelegt worden ist.

Grundsätzlich mussten hierfür zwei Zugangspunkte geschaffen werden. Einmal das so genannte Briefabgangscenter. Wenn von Münster ein Brief nach München geschickt wird, liefert der Kunde die Briefe hier in Münster ein und die Deutsche Post übernimmt dann den Ferntransport. Zweitens hat der Kunde auch – bei entsprechend höherem Rabatt – die Möglichkeit, die Sendung selbst nach München zu fahren, wo sie dann nur noch feinverteilt wird (vgl. Abb. 6).

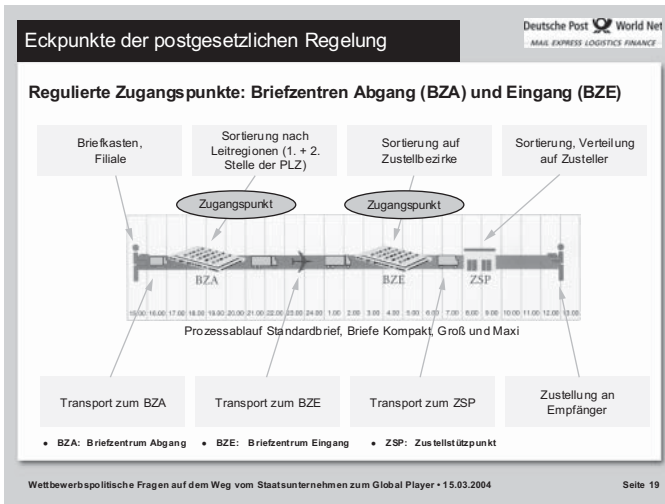


Abbildung 6: Regulierte Zugangspunkte

E. Exkurs I: Kann ein Postlogistiknetz ein natürliches Monopol sein?

Handelt es sich beim logistischen Postnetz überhaupt um eine wettbewerbswidrige Marktzutrittsbarriere? Viele Leute haben sich darüber schon den Kopf zerbrochen, oft ist auch wenig sachlich und bei hochkochenden Emotionen darüber diskutiert worden. Auch bei der Formulierung des Postgesetzes war das eine ideologische Frage bzw. eine Frage der politischen Opportunität. Es herrschte die Stimmung vor, das, was für den Telekommunikationsbereich beschlossen wurde, Eins zu Eins auf die Post zu übertragen, ohne dass danach gefragt worden wäre, ob dies im einzelnen auch geboten ist.

So wurde die Frage des volkswirtschaftlichen Wohlfahrtseffektes durch die Öffnung des postalischen Logistiknetzes nicht sehr intensiv diskutiert; sonst wäre man vielleicht auch hinsichtlich der Sicherstellung des Universaldienstes zu einer anderen Einschätzung gekommen. Die Kernpunkte einer monopolistischen Bottlenecktheorie lassen sich wie auf Schaubild in Abbildung 7 darstellen. Prof. Knieps hat in einer Studie die Auffassung vertreten, dass eine Wettbewerbsbehinderung nur dann vorliegt, wenn gleichzeitig erhebliche Bündelungsvorteile – gleichgültig ob economies of scope oder economies of scale – und versunkene Kosten vorliegen. Es lässt sich aber an vielen praktischen Beispielen nachweisen, dass bereits heute neben dem Netz der Deutschen Post eine Fülle an weiteren Zustellnetzen existieren, d. h. das postalische Netz kann eigentlich kein monopolistisches Bottleneck sein. So haben nicht nur die Wettbewerber wie UPS, DPD etc. Netze, die direkt an die Haus-

tür reichen, sondern auch Anzeigenblätter, Prospektverteiler, bis hin zu Gefrierprodukten, alle haben irgendein Netz, das auch die letzte Meile noch erreicht und ein Markteintritt ist auch ohne große Anfangsinvestition möglich. Letzteres beweisen auch einige Wettbewerber, die jetzt allmählich dabei sind, auf dem Markt ein Zustellnetz aufzubauen. Außerdem ist auch der Marktaustritt ohne größere Kosten darstellbar.

Exkurs I: Kann ein Postlogistiknetz ein natürliches Monopol sein?

Wettbewerbsbehinderung läßt sich nur bei einer Kombination von Bündelungsvorteilen und irreversiblen Kosten nachweisen

Netzbereiche	Mit versunkenen Kosten	Ohne versunkene Kosten
Mit Economies of Scale or Scope	Monopolistisches Bottleneck	Potentieller Wettbewerb
Ohne Economies of Scale or Scope	Funktionierender Wettbewerb	Funktionierender Wettbewerb

Wettbewerbspolitische Fragen auf dem Weg vom Staatsunternehmen zum liberal Player

Seite

Abbildung 7: Wann liegt Wettbewerbsbehinderung vor?

Letztlich ist der grundsätzliche Unterschied zwischen einem Postnetz und einem physikalischem einfach der, dass das Postnetz kein neutrales Netz ist. Vielmehr vereinigt das Postnetz im Grunde eine reine Netzleistung und eine personenbezogene Dienstleistung. Es kommt eben nicht ein graues Kabel ins Haus, sondern es kommt ein Postbote an die Haustüre. Entweder hat er eine braune oder eine gelbe Mütze auf, und die Tatsache, dass noch keiner dieser Wettbewerber die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit des Netzzugangs in Anspruch genommen hat, mag vielleicht auch Beleg dafür sein, dass auch die Wettbewerber der Deutschen Post damit Schwierigkeit haben, dass einer mit der gelben Mütze einen „braunen Brief“, um die Unternehmensfarbe von UPS hier ins Spiel zu bringen, an die Haustür bringt.

Nachdem rund 70% der Kosten im Zustellbereich ferner Personalkosten sind, ist auch nicht davon auszugehen, dass es sich um irreversible Investitionen handelt. Nimmt man die Wertschöpfungskette im einzelnen unter die Lupe, so zeigt sich, dass in keinem Bereich von der Einsammlung über Sortierung, Transport bis zur Zustellung ein monopolistisches Bottleneck vorliegt (vgl. Abb. 8). Aller-

dings wurde diese Diskussion wohl zu spät geführt. Die gesetzliche Regelung ist jetzt, wie sie ist.

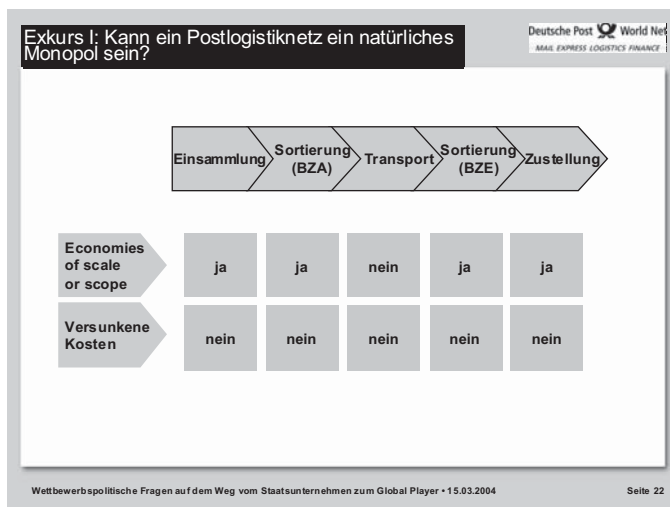


Abbildung 8: Wertschöpfungskette

Im Postbereich schafft die Eröffnung des Netzzugangs also keinen volkswirtschaftlichen Nutzen aus unserer Sicht, sondern kann im Gegenteil sogar zur Behinderung des Wettbewerbsprozesses beitragen. Aus Sicht der Deutschen Post stellt sich irgendwann die Frage, ob der Netzzugang wieder abgeschafft werden sollte oder ob es langfristig nicht strategisch für die Deutsche Post als Unternehmen besser wäre, kein alternatives Netz aufkommen zu lassen.

Die regulatorische Netzöffnung birgt natürlich immer die Gefahr, dass die Wettbewerber keinen oder gar keinen eigenen Anreiz haben, selber zu investieren, um neue kundenorientierte Lösungen zu entwickeln oder Qualitäts- und Produktverbesserungen zu machen. Denn wenn der Wettbewerber sich des Post-Netzwerkes und deren Zusteller bedient, kann es keine Qualitätsdifferenzierung oder Produktdifferenzierung geben. Wenn jedoch gleichzeitig Qualität- und Produktdifferenzierung neben dem Preiswettbewerb als der Hauptsegel des Wettbewerbs betrachtet werden, kann eigentlich der offene Netzzugang im Postbereich auch nicht im Interesse des Verbrauchers sein, zumal er letztlich zur Rosinenpickerei führen würde und die Wettbewerber sich eben nur die Dinge raussuchen würden, die für sie attraktiv sind – bei Abwälzung der schlechten Risiken, also des Briefs, der irgendwo in Mecklenburg-Vorpommern zugestellt werden muss, auf uns. Wenn die Deutsche Post die Möglichkeit hätte, die Preise dann so zu differenzieren, dass der Brief in Mecklenburg-Vorpommern nicht 55 Cents sondern 75 kostet, dann wäre das sicher-

lich ein Weg, über den man diskutieren kann; allerdings ist zu vermuten, dass das jenseits jeder Überlegung, auch in der Regulierungsbehörde, liegt.

Als versöhnlicher Ausklang dieses Themas sei noch ein Aspekt vermerkt, bei dem sich die Deutsche Post mit der EU-Kommission „arrangiert“ hat. Das Unternehmen hat sich nämlich dazu verpflichtet, die Preise, die intern als Verrechnungspreise im Paketbereich angewendet werden auch allen Wettbewerbern für Teilleistungen anzubieten; Ziel der Kommission war es dabei, zu niedrige Verrechnungspreise und damit Quersubventionierungen zu vermeiden und wettbewerbskonforme Verrechnungspreise sicherzustellen.

F. Exkurs II: Beihilfeentscheidungen im Postsektor

Der zweite Exkurs betrifft das Thema der Beihilfeentscheidungen. Die Europäische Kommission hat sich dieses Themas sehr intensiv angenommen. Insgesamt wurden acht Beihilfeentscheidungen den Postbereich betreffend gefällt, eine davon in Bezug auf die Deutsche Post. Ziel der Kommission war es, die Rahmenbedingungen für die Privatisierung ehemaliger staatlicher Unternehmen klar festzulegen. Allerdings bewegt sich die Kommission hierbei auf einem sehr schmalen Grat, was die Klassifizierung von Beihilfen angeht, insbesondere in der Frage der Behandlung der Beamtenpensionen und der Beamten-Problematik insgesamt und hinsichtlich der Probleme in der Übergangsphase zum Wettbewerb, wenn ein Unternehmen noch Verpflichtungen hinsichtlich des Universaldienstes hat.

Die Deutsche Post ist zu einer Beihilferückzahlung in der Größenordnung von – einschließlich Zinsen – 907 Mio. Euro verurteilt worden. Der Fall wird derzeit vom Gericht Erster Instanz in Luxemburg behandelt und es ist davon auszugehen, dass gute Chancen bestehen, dieses Geld in zwei Jahren wiederzubekommen, weil die Kommission hier eine ganze Reihe von Dingen gemacht hat, die doch sehr spezifisch sind und die sehr stark von den anderen Beihilfeentscheidungen abweichen. Die Kommission hat in den letzten fünf Jahren insgesamt acht Beihilfeentscheidungen getroffen, wobei Beihilfen in der Größenordnung von 14,5 Mrd. Euro – bei Hinzurechnung der Altbeihilfen noch sehr viel mehr – genehmigt wurden. Die Deutsche Post ist das einzige Unternehmen, dass zu einer Rückzahlung verpflichtet worden ist.

Normalerweise ist die Kommission bei ihren Entscheidungen – wie eigentlich sachgerecht – immer dreistufig vorgegangen. Zunächst wurde die Beihilfehöhe und die Beihilfequelle ermittelt und die Beihilfehöhe mit den ebenfalls zuvor ermittelten Mehrkosten des Universaldienstes, also der Daseinsfürsorge, saldiert. Probleme gab es eigentlich nur bei einer Überkompensation. In unserem Fall ist die Kommission völlig anders vorgegangen. Die Höhe der angeblichen Beihilfen und auch die Beihilfequelle wurde nicht richtig festgestellt. Es gab keine Ermitt-

lung der Mehrkosten des Universaldienstes und demzufolge auch keine Saldierung der Beihilfen mit den Mehrkosten des Universaldienstes.

G. Thesen zum weiteren Liberalisierungsprozess

Den Schluss der Ausführungen sollen einige Thesen zum weiteren Liberalisierungsprozeß bilden.

Deutschland hat stets eine Vorreiterrolle im Liberalisierungsprozess gespielt und deshalb hat die Deutsche Post überhaupt nichts dagegen, wenn die EU-Kommission die weiteren Liberalisierungsschritte zügig einleitet. Im Gegenteil: Um Wettbewerbsverzerrungen in Europa zu vermeiden, ist das Unternehmen dafür, dass möglichst schnell der Standard, den wir in Deutschland haben, auch in den anderen Mitgliedstaaten umgesetzt wird.

Zum Thema Universaldienst: Auch wenn dieses Thema im Augenblick in Deutschland eigentlich recht umfänglich geregelt ist, wird gerade wieder die Diskussion über eine Gesetzesnovellierung geführt, die darin gipfelt, dass der Deutschen Post jetzt beispielsweise genau vorgeschrieben werden soll, wann die Postfilialen geöffnet sein müssen – vormittags zwei Stunden, nachmittags zwei Stunden, an jedem Tag der Woche. Offensichtlich hat die Politik – und die Vorschläge kommen nicht aus der SPD, sondern von den von der Union und der FDP regierten Bundesländern – noch nicht begriffen, was das bedeuten würde. Denn dies wäre nicht nur Überregulierung gegen die Deutsche Post, sondern letztlich auch Mittstandsfeindlichkeit als solche in Bezug auf die ganzen Agenturen, die wir im Einzelhandel haben, wo es mittlerweile ortsüblich ist, dass die z. B. an einem Nachmittag pro Woche geschlossen haben. Kurzum, hierbei sind zur Zeit Dinge im Gange, die ökonomisch nicht nachvollziehbar sind. Letztlich ist die Deutsche Post der Meinung, dass die Filialinfrastruktur und auch die Briefkasteninfrastruktur irgendwo noch nachfragegerecht gestaltet sein muss. So haben von den 13.000 Filialen knapp 5.000 einen Tagesumsatz von weniger als 100 €. Ein deutscher Haushalt gibt pro Monat 4,43 € für Postdienstleistungen aus. Aus diesem Grund ist leicht vorstellbar, wie wirtschaftlich diese Filialen sind; deshalb muss das Thema Universaldienst wettbewerbskonform gestaltet werden; auch wenn wir ihn noch so effizient erbringen, der Universaldienst muss auf ein Mindestmaß zurückgeführt werden. Die gesetzlichen Vorschriften wurden als Mindeststandard definiert und nicht als Luxusversorgung.

Letztlich plädieren wir dafür, dass die Finanzierung des Universaldienstes oder der Mehrkosten des Universaldienstes über staatliche Mittel zu erfolgen hat, so wie das sicherlich auch ordnungspolitisch die sauberste Lösung wäre und auch irgendwo selbstreinigend wirkt. Denn, was man selber bezahlen muss, das gestaltet man dann so, dass es kostengünstig sein wird oder zumindest nicht ausufert. Die Fondslösung, die im Gesetz beschrieben ist, wird dagegen nicht funktionieren. Wir

stellen uns auch deswegen dagegen, weil wir als größter Marktteilnehmer im Prinzip 90 % dieses Fonds bestreiten müssten. Für uns würde der Fonds also nur als eine Umschichtung von der linken in die rechte Tasche darstellen.

Die Regulierung der Postmärkte muss den Besonderheiten dieser Märkte Rechnung tragen. D.h. die Erfahrungen und regulatorischen Konzepte aus anderen Sektoren sollten nicht unreflektiert auf den Postbereich übertragen werden. Dies gilt insbesondere für das ganze Thema des Netzzugangs.

Mit einer vollständigen Liberalisierung der Postmärkte sollte man die ganze sektorspezifische Regulierung zurückfahren, was jedoch mutmaßlich der Selbsterhaltungstrieb der Behörde schwer machen wird. Wir haben von Anfang an dafür plädiert, dass das Bundeskartellamt möglichst schnell die Postregulierung übernimmt – ein Schritt, der sicherlich auch dann schon rechtfertigbar ist, wenn wir noch über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, da auch Märkte vorstellbar sind, auf denen ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat und trotzdem letztlich funktionsfähiger Wettbewerb entstehen kann.

Wir haben enorme Anstrengungen für Restrukturierungen und zur Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit unternommen. Diese Wettbewerbsfähigkeit darf nicht durch überzogene regulatorische Eingriffe, die ja letztlich immer aus unserer Sicht Enteignungstatbestände sind, gefährdet werden.

Heute sind wir, auch im Vergleich zur Telekom, eine der erfolgreichsten Privatisierungen, die in Deutschland jemals gemacht worden sind und ich behaupte, obwohl wir noch ein Monopol haben, sind wir auch ein äußerst effizientes Unternehmen.

Effizienz im unternehmerischen Handeln am Beispiel von Vattenfall

Von *Klaus Rauscher*, Berlin

Herzlichen Dank für Ihre freundliche Begrüßung und die ehrenvolle Einladung, vor einem so illustren Kreis führender Wissenschaftlicher der Nationalökonomie sprechen zu dürfen.

Ein wenig befangen sehen Sie mich an dieser Stelle:

1. ich bin nicht Ökonom, sondern nur Jurist,
2. es ist schon einige Jahre her, dass ich wissenschaftlich gearbeitet habe (wenn denn die Jurisprudenz überhaupt beanspruchen kann, Wissenschaft zu sein),
3. soll ich über Effizienz und Wettbewerb sprechen als Vertreter einer Branche, die gemeinhin nicht im Verdacht steht, kostengünstige Effizienz und Wettbewerb erfunden zu haben.

Andererseits erwarten Sie von mir auch keine wissenschaftliche Antrittsvorlesung, sondern einen Bericht über praktische Erfahrungen aus der Realität unternehmerischen Handelns, aus dem – vielleicht nicht so alltäglichen – Alltag eines inzwischen zum drittgrößten deutschen Stromerzeuger gewachsenen Energieversorgungsunternehmens. Also denn: Effizienz im unternehmerischen Handeln am Beispiel von Vattenfall.

Wer im Wettbewerb auf Dauer bestehen will, muss effizient sein. Er muss schnell, präzise, kostengünstig seine Ziele erreichen – ohne Umwege, die Zeit kosten, ohne unnötigen Aufwand, der Geld kostet, ohne theoretische Wolkenschieberien und endlose Grundsatzdiskussionen.

Wer nicht im Wettbewerb steht, wer unter dem Schutz faktischer oder rechtlicher Monopole steht, hat diesen Zwang nicht. Er kann es sich leisten, seine Preise nach dem Prinzip $\text{cost} + \text{fee}$ zu gestalten, wie wir es in der Vergangenheit in der Wehrtechnik, aber eben auch in unserer Branche gesehen haben.

Bis 1998 hatten wir Gebietsmonopole in der Energiewirtschaft. Wir hatten Abnehmer unseres Stromes – aber keine Kunden im klassischen Sinne. Es gab keinen Markt. Die Preisaufsichtsbehörden der einzelnen Bundesländer hatten als eine der wesentlichen Aufgaben, einen Preismissbrauch der Stromversorger zu unterbinden.

Die Kosten bestimmten den Preis. Der Druck auf die Unternehmen, Kosten zu reduzieren war marginal. Effizient war der, dem es gelang, seine Kosten in den Strompreisanträgen so gut zu begründen, dass die Aufsichtsbehörde dem zustimmte.

Anfang der 90er Jahre hatten wir etwa 1000 Stadtwerke in weitgehend kommunalem Besitz, deren Gewinne im Querverbund zur Subventionierung des ÖPNV und der Schwimmbäder genutzt wurde. Wir hatten Regionalversorger und neun Verbundunternehmen, die für Erzeugung und Netzstabilität verantwortlich waren. Heute sind es noch vier Verbundunternehmen.

Ob es aufs Ganze gesehen effizient war, dass ein Stadtstaat wie Hamburg sich einen Stromversorger leistet, der Stadtwerk, Regionalversorger und Verbundunternehmen in einem ist und neben den Kraftwerken zur Versorgung der Stadt riesige Reservekapazitäten nur für Hamburg vorhalten muss, das ist fraglich.

Mit Öffnung des Marktes mussten wir lernen, dass aus Abnehmern Kunden geworden sind, die sich ihren Lieferanten bundesweit frei wählen können. Kriterium für den anlegbaren Preis pro kWh waren nicht mehr die Kosten sondern der Markt. Die zwingende Konsequenz war, dass von heute auf morgen nicht mehr der Preis die variable Größe war, die den Kosten angepasst wurde. Wir mussten an der Kostenschraube drehen, um am Markt bestehen zu können, um unseren Mitarbeitern Gehalt und den Aktionären Dividende zahlen zu können.

Hier, nämlich im Kostendruck, lag der tiefere Grund für die Fusionen seit Ende der 90er Jahre in unserer Branche. Das Prinzip ist einfach und bedarf keiner wissenschaftlichen Untermauerung: Wenn zwei junge Menschen ihren Single-Haushalt aufgeben und in einer gemeinsamen Wohnung eine Familie gründen, dann brauchen sie keine zwei Waschmaschinen, keine zwei Geschirrspüler und auch keine zwei Stabsauger. Und die Mietkosten für eine größere Wohnung sind allemal günstiger als für zwei Einzelwohnungen. Im industriellen Bereich ist das nicht anders. Wenn wir, wie bei Vattenfall Europe, vier große, selbstbewusste Einzelunternehmen zusammenführen, brauchen wir nicht mehr jede Funktion vierfach.

Es macht keinen Sinn, in *einem* Konzern *vier* eigenständige IT-Bereiche mit unterschiedlichen Systemen zu haben. Dass eine solche Integration mit Geburtswehen verbunden ist, das ist sicherlich nicht erstaunlich. Wir haben den Prozess abgeschlossen und im Ergebnis sparen wir Personal- und Sachkosten und die IT-gestützten Arbeitsabläufe im gesamten Konzern sind vereinheitlicht, damit effizienter und kostensenkend. Und was für IT gilt, gilt für sicher andere Bereiche im Unternehmen, insbesondere die Stabsbereiche.

Wettbewerb schafft Kostendruck, Kostendruck schafft Fusionsdruck, denn Fusionen führen zu Synergieeffekten und Kosteneinsparungen. Soweit die klare ökonomische Logik. Aber: die Realität ist facettenreich. Und effizientes unternehmerisches Handeln ist mehr als kostengünstige Produktion. Natürlich müssen wir auf

die Kosten schauen. Deshalb war bei der Schaffung unseres neuen Unternehmens eines der Hauptziele: Kosten senken! Konkret: Entlastung unserer jährlichen Kosten um 550 Mio. €. Ein Ziel, das wir in einem genau definierten, mit Einzelprojekten unterlegten Mehrjahresprogramm abarbeiten und kontrollieren.

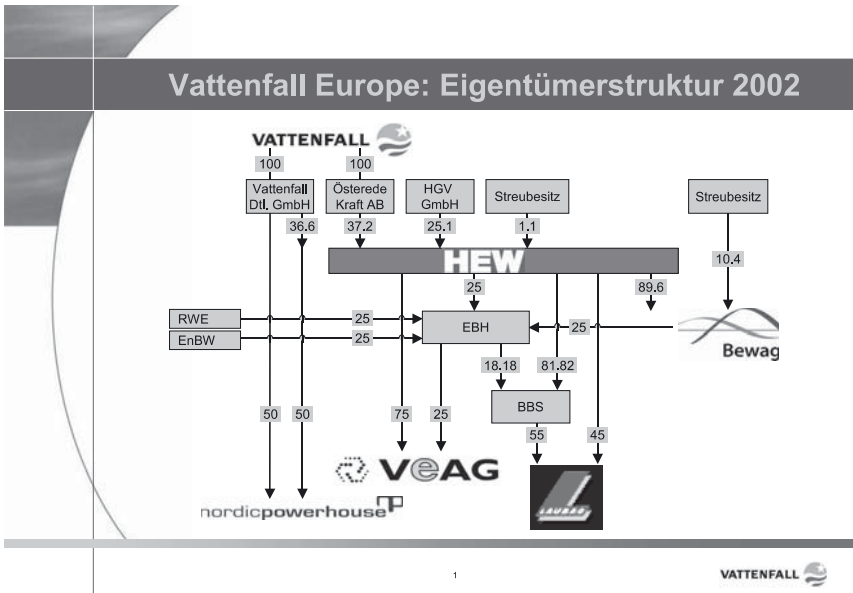


Abbildung 1: Ausgangspunkt

Trotzdem: niedrige Kosten sind mir ein Teil der Effizienz. Genauso wichtig sind schlagkräftige, schnell und präzise funktionierende Strukturen und Abläufe. Deshalb haben wir im Zuge der Fusion von HEW, Bewag, VEAG und LAUBAG die vier Ausgangsunternehmen in ihre Sachkomponenten zerlegt und nach Managementstrukturen und rechtlichen Strukturen neu aufgestellt. Darüber haben wir mit der Holding eine strategische Führungs- und Steuerungsebene geschaffen. Im Einzelnen heißt das: Wir haben Kraftwerke der HEW und der VEAG mit einer Gesamtleistung von 16.000 MW und den Braunkohle-Tagebau der LAUBAG, der ja in Förderbandnähe der Braunkohlekraftwerke liegt, in einer Geschäftseinheit, Business Unit Mining & Generation, zusammengefasst. Der Stromhandel von Bewag, HEW und VEAG liegt jetzt bei der Business Unit Trading. Die Übertragungsnetze mit ca. 11.000 km Länge wurden zur Business Unit Transmission und die Verteilnetze zur Business Unit Distribution. Die Business Unit Heat, die Heizwerke und Heizkraftwerke, das Rohrleitungssystem und die Fernwärmekunden von Bewag und HEW, zählt heute zu den größten Fernwärmeversorgern in Europa. Der Stromvertrieb ist in der Business Unit Sales zusammengefasst.

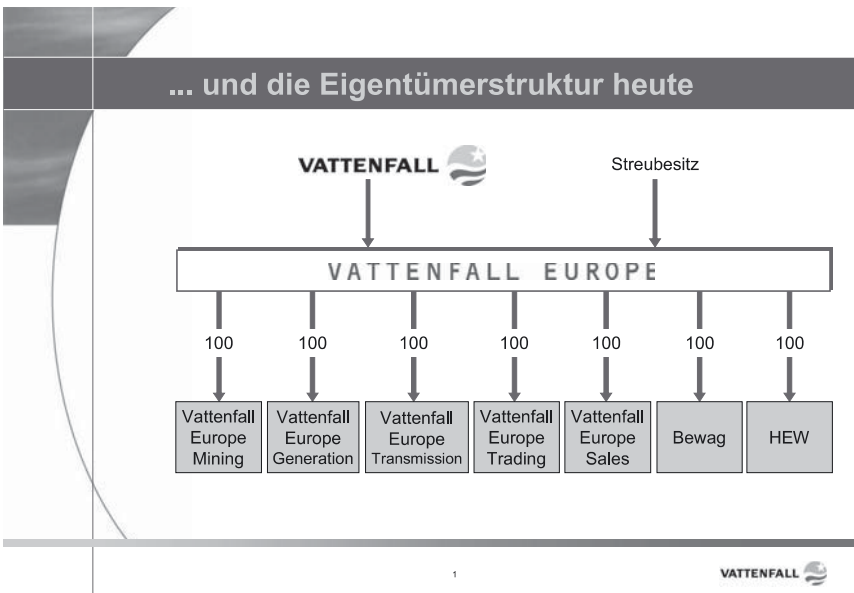


Abbildung 2: Neue Struktur

Die Aufstellung dieser Business Unit's entlang der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette ist klar auf unser Kerngeschäft, nämlich Strom und Fernwärme ausgerichtet. Jede der einzelnen Business Units ist im Rahmen der von der Holding vorgegebenen Ziele für den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Einheit verantwortlich und damit für den Erfolg des gesamten Vattenfall-Europe-Konzerns.

Wir steuern den Konzern nach den schwedischen Bilanzierungsregeln, Swedish GAAP, was in etwa dem internationalen IAS entspricht. Auf dieser Grundlage waren wir trotz der erheblichen Kräfte, die der Fusionsprozess gefordert hat, sehr erfolgreich. Wir stehen heute deutlich besser da, als ich 2001 bei meinem Dienstantritt in einem Masterplan vorgesehen hatte. Unser betriebswirtschaftliches Ergebnis ist auch zurückzuführen auf eine Form der Effizienz, die sich schwer messen lässt. Das ist der – und ich setze es in Anführungsstriche –, „Faktor Mensch“.

Menschen, die Angst haben um ihren Arbeitsplatz, sind partiell blockiert. Und jedem war klar, dass es am Ende des Fusionsprozesses weniger Arbeitsplätze gibt, als in der stand alone-Zeit. Darum waren mir im Rahmen einer neuen Konzernkultur zwei Punkte besonders wichtig:

In meinen ersten Interviews mit den Mitarbeiterzeitungen habe ich allen gesagt: „Mit mir gibt es keine betriebsbedingten Kündigungen, sondern nur sozialverträgliche Regelungen beim Personalabbau.“ Das war keineswegs selbstverständlich. Darum haben wir auch kurze Zeit später einen in der deutschen Industriegeschichte wohl einmaligen Vertrag geschlossen: Vier Betriebsräte, drei Gewerkschaften, vier

Vorstandsgremien und der „virtuelle“ Vorstand der späteren Holding haben diese meine Zusage in einen Vertrag gegossen und unterschrieben.

Der zweite Punkt betrifft mein Verständnis von Konzernkultur im Personalbereich, nämlich schnellstmöglich klare Verhältnisse zu schaffen. Das heißt: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haben einen Anspruch darauf, so früh wie möglich zu erfahren, wer am Ende des Umstrukturierungsprozesses wo einen Arbeitsplatz hat oder – so hart das klingen mag – wer dann keine Stelle mehr haben wird. Und für diese Menschen müssen wir zumutbare Lösungen finden.

Was ich Ihnen damit vor Augen halten wollte, ist folgendes: wenn wir von Effizienz im Unternehmen reden, dürfen wir nicht nur von Kosten, von schlanken Strukturen und stromlinienförmigen Prozessen reden. Der wichtigste Erfolgsfaktor ist auch im Unternehmen der Mensch – motivierte, engagierte Mitarbeiter sind es, die aus einer gut geölten Maschinerie ein erfolgreiches Unternehmen machen.

An dieser Stelle ein Wort zur Mitbestimmung in Deutschland. Es ist heutzutage Mode geworden, die Mitbestimmung in unserem Land als Wachstumsbremse hinzustellen. Ich halte das für falsch. Natürlich müssen Gewerkschaftsfunktionäre und Betriebsräte ihre Rolle spielen. Aber wenn man das akzeptiert und insbesondere mit den betrieblichen Trägern der Mitbestimmung die anstehenden Probleme offen diskutiert, kann man auch starke Verbündete in Umstrukturierungsprozessen gewinnen.

Wettbewerbsdruck führt zu Kostendruck und damit zu größeren Einheiten. Die Frage, die wir noch nicht ausreichend beantwortet haben, ist: sind größere Einheiten auch effizienter?

Größe ist kein Selbstzweck und hat für sich allein keinen Wert. Denn wenn dem so wäre, dann hatte Goliath den David besiegt, dann wären in der antiken Seeschlacht bei Salamis die persischen „Schlachtschiffe“ erfolgreich gewesen gegen die griechischen „Schnellboote“.

Größe muss beherrschbar bleiben und sie muss, um Instrument für effizientes Wirtschaften zu sein, auf ein klares Unternehmensziel ausgerichtet sein. Ein Multi-Utility-Konzern ist für mich kein erstrebenswertes Ziel. Denn bislang konnte mir keiner glaubhaft machen, dass es zwischen Geschäftszweigen unterschiedlicher Art nennenswerte Synergie-Effekte gibt.

Und Größe am Strommarkt, die man sich mit Anzeigen, Werbekampagnen und Dumpingpreisen erkaufte, machen auf Dauer auch keinen Sinn. Ich halte es nicht für anständig, mit Strom und Fernwärme Geld verdienen zu wollen. Aber es hat für mich sehr wenig Reiz, Kunden zu beliefern, bei denen ich noch Geld mitbringen muss. Deswegen gilt für mich: Marge vor Menge – alles andere wäre im Interesse des Konzerns ineffizient.

Es wäre ein Kurzschluss, daraus zu folgern, dass wir als Vattenfall-Gruppe nicht wachsen wollen. Unser Ziel ist es, im europäischen Maßstab die „Nr. 5“ zu bleiben. Angesichts der Gesamtentwicklung ist das mit organischem Wachstum in

einem stagnierenden Markt nicht möglich. Bleibt also M & A. Nur eines ist klar: Wer auch immer zu uns stößt, muss in das Geschäftskonzept passen und der Preis muss stimmen. Wir werden nicht für Minderheitsbeteiligungen strategische Zuschläge zahlen.

Lassen Sie mich meine Reflexionen zur Effizienz eines Unternehmens mit folgender Bemerkung abschließen: Man kann effiziente Unternehmensführung und deren Kriterien nicht abstrakt und für alle Unternehmen gleichermaßen definieren, sondern muss auf die konkrete Situation des Unternehmens bzw. der Branche eingehen. Unsere Branche ist wie kaum eine zweite „Spielball“ der Politik. Wir, Vatzenfall Europe, sind die „Nr. 3“ am deutschen Strommarkt und der größte Arbeitgeber in Ostdeutschland.

Auch wenn wir noch so effizient aufgestellt sind, so kann doch ein Federstrich des Gesetzgebers tief greifende Veränderungen nach sich ziehen. Sie können ein Kernkraftwerk noch so effizient betreiben – wenn der Gesetzgeber das Aus für Kernkraftwerke beschließt, nutzt auch die effizienteste Betriebsführung nicht. Sie können die effizientesten Braunkohlekraftwerke der Welt haben – wenn der Gesetzgeber aus Klimaschutzgründen den Ausstieg aus der Kohleverstromung beschließt, sind die Abermilliarden Investitionen in hocheffiziente Kraftwerkstechnologie „stranded investments“. Und deshalb meine These: effiziente Unternehmensführung ist mehr als technokratisches Kosten- und Prozessmanagement, es ist Führen und Motivieren von Mitarbeitern und deren Repräsentanten und es ist zu guter Letzt auch eine eminent politische Aufgabe, zumindest in unserer Branche.

Globale Wettbewerbsfähigkeit am Beispiel der Evotec OAI AG

Von *Dirk H. Ehlers*, Hamburg

Die Evotec OAI AG ist ein führendes Wirkstoffforschungs- und -entwicklungsunternehmen. In Forschungsk Kooperationen und eigenen Forschungsprogrammen entwickelt das Unternehmen neuartige pharmazeutische Wirkstoffe. Evotec OAI's Angebot innovativer Forschungslösungen reicht von der Bereitstellung biologischer Testsysteme und Screening bis hin zur Optimierung von chemischen Substanzen in der medizinischen Chemie und Wirkstoffherstellung.

Das Unternehmen ging im Dezember 2000 aus einem Zusammenschluss der Evotec Biosystems AG, die 1993 in Hamburg gegründet wurde, und der Oxford Asymmetry International plc – gegründet im Jahre 1992 in England – hervor. Von ihren Hauptsitzen in Hamburg und Oxford aus bedient das Unternehmen die Belange von über 120 Kunden weltweit. Insgesamt beschäftigt die Evotec OAI 640 Mitarbeiter in Großbritannien, in Deutschland und in den USA, von denen 40 % eine Promotion besitzen. 2003 erzielte Evotec OAI Umsätze von 77,2 Mio. Euro. Das Unternehmen ist im Prime Standard der Frankfurter Wertpapierbörse, TecDAX 30-Index, gelistet.

Die folgenden Betrachtungen sollen am Beispiel dieses Unternehmens zeigen, wie die Bedingungen spezifischer Märkte auf das Streben nach Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit auf der einzelwirtschaftlichen Ebene einwirken. Insbesondere soll gezeigt werden, warum aufgrund der spezifischen Bedingungen des Pharmamarktes überhaupt die Notwendigkeit eines Forschungslieferanten wie Evotec OAI entsteht. Dazu wird zunächst das Marktumfeld des Unternehmens skizziert, um darauf aufbauend zu zeigen, wie unter diesen Bedingungen eine nachhaltige Geschäftsstrategie aussieht. Schließlich soll eine Erfolgsbilanz dieser Geschäftsstrategie gezogen werden.

A. Marktumfeld

Der Kundenkreis der Evotec OAI entstammt der pharmazeutischen und Biotechnologie-Industrie. Die Herausforderungen, denen sich das Unternehmen gegenüber sieht, werden daher vor allem durch die Verhältnisse auf diesen Märkten bestimmt. Im Bereich der pharmazeutischen Industrie war in den vergangenen Jahren ein er-

heblicher Konsolidierungsprozess festzustellen. Während es 1988 noch 42 pharmazeutische Hersteller in den USA gab¹, waren es 1995 nur noch 31. Im Jahre 2003 wurden nur noch 15 Unternehmen gezählt.

Worin ist dieser Konsolidierungsprozeß begründet? Die Pharmaindustrie steht unter einem enormen Wettbewerbs- und Innovationsdruck. Themen wie auslaufender Patentschutz margenstarker Produkte und Generika-Wettbewerb, Preisdruck durch Politik und Gesundheitswesen und unzureichender Nachschub an innovativen Produkten beschäftigen die Industrie. Eine weitere Herausforderung stellt die Tatsache dar, dass die Anforderungen an die Wirkstoffe stark zugenommen haben. Neue Medikamente müssen sich gegenüber den schon bestehenden differenzieren, oft bedienen sie nur eine kleinere Nische und sprechen damit nur ein kleineres Patientenkontingent an und dazu kommen hohe Zulassungsanforderungen aus Sicherheitsgründen.

So schliessen sich die Unternehmen zusammen, um ihre Wettbewerbsposition zu verbessern. Dies wirkt sich in den Bereichen Marketing und Vertrieb sowie in der klinischen Entwicklung positiv aus, da die Unternehmen dort zunehmend kritische Masse und Skalenvorteile aufbauen. Hinsichtlich der Produktivität in der Forschung hat diese Konsolidierung jedoch bisher keine sichtbaren Fortschritte gebracht. Eine enorme Erhöhung der Ausgaben für Forschung und Entwicklung zur Erstellung eines neuen Medikaments ist noch nicht mit einer entsprechenden Steigerung des Forschungsoutputs einhergegangen (Abbildung 1). Während im Vergleich zum Jahre 1975 diese Entwicklungskosten mehr als das Hundertfache (Abbildung 2) betragen, ist in den vergangenen fünf Jahren sogar eine eher fallende Tendenz beim Forschungsoutput festzustellen.

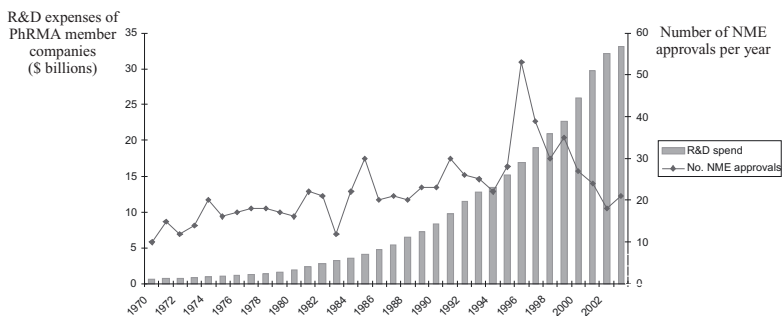


Abbildung 1: Produktivität und Forschungsausgaben (Quelle: PhRMA)

Für die Pharma-Industrie ergibt sich aus diesen Gründen die Notwendigkeit, sich innerhalb der Wertschöpfungskette zu fokussieren. Pharma-Unternehmen speziali-

¹ Mitglieder PMA (Pharmaceutical Manufacturers of America).

sieren sich dabei eher auf die späteren Abschnitte der Wertschöpfungskette, nämlich die klinische Entwicklung und Herstellung der Arzneimittel sowie auf das Marketing – Bereiche, die durch die Konsolidierung gestärkt werden. Andere Dinge, insbesondere vorgelagerte Teile der Forschungsleistungen versuchen sie zuzukaufen und Arzneimittelkandidaten einzulizenzieren. Dabei versuchen sie, die Anzahl der Kollaborationen kein zu halten und primär mit größeren Biotech-Unternehmen als Forschungslieferanten zusammenzuarbeiten. Das Geschäftsmodell von Evotec OAI setzt genau an dieser Stelle an.

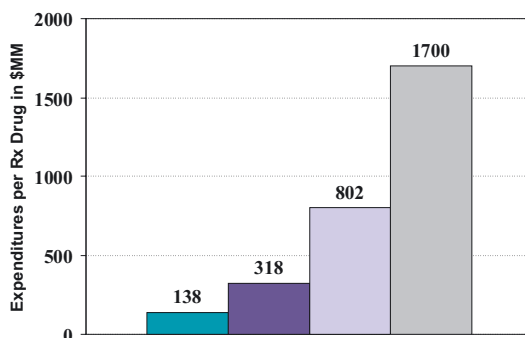


Abbildung 2: Kosten für die Entwicklung eines neuen Wirkstoffes um 1975, 1987, 2000 und 2003

Die zweite wichtige Kundengruppe für Evotec OAI sind Biotechnologie-Unternehmen. Sie verfügen vor allem über ein umfangreiches molekulares Verständnis bestimmter Krankheitsursachen, das sie z. B. aus genetischem Datenmaterial abgeleitet haben. Ein Großteil ihrer Aktivitäten ist denen von Evotec OAI vorgelagert. Viele dieser Unternehmen können sich nicht aus eigener Kraft vorwärts integrieren und eine ausreichende Wertschöpfung in ihren Forschungsprojekten erzielen. Sie verfügen nämlich nicht über das Know-How und die Fähigkeiten in dem Wirkstoffforschungsprozess, um alleine Arzneistoffkandidaten zu entwickeln, die mit den von ihnen identifizierten Krankheitsproteinen in Wechselwirkung treten und so Krankheiten heilen. So setzen sie auf Partnerschaften mit Unternehmen wie Evotec OAI. Das erlaubt es ihnen, sich weiterhin auf ihre Kernkompetenzen in der Krankheitsbiologie zu konzentrieren anstatt eigene innerbetriebliche Ressourcen in der Wirkstoffforschung aufzubauen.

B. Strategie

Die Evotec OAI AG ist mit ihrem Forschungs- und Entwicklungsprozess als strategischer Partner gegenüber beiden Kundengruppen ideal positioniert. Vor dem

skizzierten Markt-Hintergrund verfolgt das Unternehmen eine Integrationsstrategie, um mit einem umfangreichen Dienstleistungsangebot und der notwendigen kritischen Masse die Bedürfnisse der Pharma-Unternehmen auf der einen und der Biotechnologie-Unternehmen auf der anderen Seite bestmöglich zu erfüllen. Darüber hinaus fungiert die Evotec OAI als ein integrierendes Moment zwischen Biotechnologie und Pharma-Industrie (vgl. Abbildung 3), denn das Unternehmen kann die Forschungsansätze vieler Biotechnologie-Unternehmen bündeln, die besten Ansätze herausfiltern, in Partnerschaft mit ihnen weiterentwickeln und letztendlich Pharmaunternehmen zum Einlizensieren anbieten.

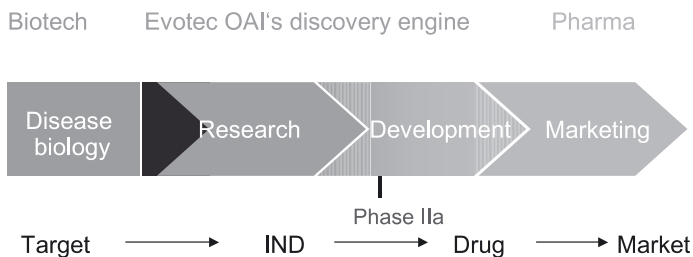


Abbildung 3: Evotec OAI als integrierender Partner

In dieser Integratorfunktion sind Faktoren wie eine breit angelegte technologische Kompetenz und effiziente Prozessintegration, nachweisbare Erfolge in Kundenprojekten sowie finanzielle Stabilität und kritische Masse von enormer Bedeutung, um von den Partnerunternehmen als geschätzter und vertrauenswürdiger Partner anerkannt zu sein. All diese Merkmale und Fähigkeiten statten Evotec OAI gegenüber vielen Konkurrenzunternehmen mit einem signifikanten Wettbewerbsvorteil aus.

Operativ ist die Evotec OAI vorwiegend in zwei Geschäftsbereichen tätig:² Zum einen praktische Auftragsforschung (DDS) und zum anderen interne Forschungsprogramme (DPD). Die praktische Auftragsforschung ist relativ risikoarm und generiert kurzfristige Gewinne. Die internen Forschungsprogramme sind Vorleistungen für Forschungskollaborationen oder Auslizenzierungen und sind deshalb hinsichtlich ihres Ergebnisbeitrags eher langfristig angelegt. Sie bergen daher ein höheres Risiko. Im Gegenzug wird Evotec OAI im Falle eines Erfolges dieser Programme über höhere Meilensteinzahlungen und Umsatzbeteiligungen an vermarkteten Produkten entsprechend belohnt. Dennoch sind die Risiken in diesem Geschäftsfeld verglichen mit denen eines traditionellen Biotechnologie-Unternehmens noch relativ gering.

² Ein drittes Geschäftsfeld bezieht sich auf Forschungsgeräte.

C. Erfolge

Die vorangehend skizzierte Geschäftsstrategie hat sich in der Vergangenheit als erfolgreich bewährt. Der Evotec OAI ist es gelungen, einen Bereich in der Wertschöpfungskette der pharmazeutischen Forschung unter sich verändernden Marktbedingungen auszufüllen. Das Unternehmen hat dabei ein feinmaschiges Netzwerk von mehr als 120 Kunden weltweit – darunter viele der 20 Top Pharma-Unternehmen – aufbauen können. Hinsichtlich der Anzahl neuer Aufträge im Jahr 2003 übertrifft sie ihre Konkurrenten. Trotz des herausfordernden Marktklimas und des schwachen US-Dollars generierte die Evotec OAI in den letzten Jahren solide Wachstumsraten (Abbildung 4).

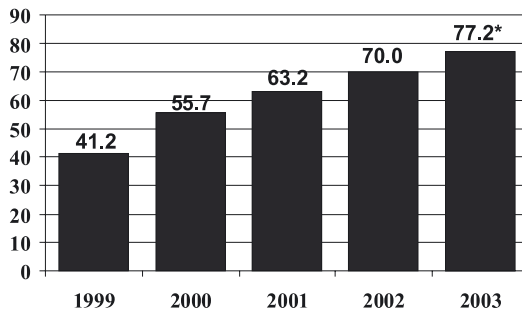


Abbildung 4: Umsätze der Evotec OAI AG in Mio. Euro

Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand

Von *Dieter Schmidtchen*, Saarbrücken

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 liebgewonnenen 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.

A. Comparative institutions approach

Es ist nützlich, zwei Arten von Wettbewerbspolitik zu unterscheiden: die orthodoxe Wettbewerbspolitik und die Neue Wettbewerbspolitik. Erstere ist einem Strukturdenken verpflichtet, das man mit „Förderung und Erhaltung der Wett-

bewerblichkeit“ von Märkten bezeichnen kann. Die Neue Wettbewerbspolitik strebt Förderung und Erhaltung der Effizienz an.¹

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 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 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?

B. 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

¹ Es hängt vom wettbewerblichen Weltbild ab, ob ein Dilemma zwischen beiden Zielsetzungen existiert (siehe die in Deutschland geführte Diskussion um die Non-Dilemma-These).

des gegebenen Rechts überschreitet. Zum Beispiel kann man fragen, welche Kosten in Form verlorener 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, Effizienz spiele in der Praxis keine Rolle, Juristen seien nicht bereit und in der Lage, sich auf den ökonomischen Kalkül einzulassen, ein Performance-Test sei nicht justizabel, halten einer genaueren Überprüfung nicht stand. Was Regulierungsbehörden an ökonomischem Sachverstand einsetzen können, ist auch Kartellbehörden möglich.

C. 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 von dem 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 wettbewerblich oder antiwettbewerblich sind.

D. „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 wel-

fare“ Ansatz vermeidet im Vergleich zu einem *consumer welfare*“ Ansatz einige Eiertänze. In der Diskussion um die später noch zu behandelnde Effizienzrede wurde bezweifelt, daß ein Unternehmen einen Anreiz habe, eine in der Effizienzrede versprochene Produktivitätssteigerung auch durchzuführen, nachdem etwa eine Fusion genehmigt wurde. Ich bezweifele 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 verteilungspolitischer 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 Williamsons 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.

E. Effizienzrede

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 be-

wußt 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 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. Es ist allerdings 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 sollte nicht diskriminierend erfolgen.

F. „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.

G. 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 im traditionellen Sinne hinzufügt. In einer imperfekten Welt kann Sünde zur Wohltat werden. Für wirtschaftspolitische Berater und Kartellbehörden wird aber 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 Abschlusßdiskussion 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 im relevanten Markt?
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.

Eine umfassende Würdigung der Neuen Wettbewerbspolitik erfordert auch, sie unter dem Gesichtspunkt der Neuen Politischen Ökonomie zu betrachten. Wird der Einfluß von Unternehmen auf politische Instanzen, Behörden und Gerichte gefördert? Die dadurch möglicherweise hervorgerufenen Kosten (agency costs) müssen bei der Entscheidung über einen Paradigmenwechsel in der Wettbewerbspolitik ebenfalls berücksichtigt werden. Aber auch hier müssen die Regeln des „comparative institutions approach“ beachtet werden.

Literatur

- Heiner*, R. (1983): The Origin of Predictable Behavior, in: *American Economic Review*, Vol. 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.
- Weizsäcker*, C. C. von (2004): Marktzutrittsschranken, in diesem Band.