



Effizienz oder Wett-
bewerbsfreiheit?
Zur normativen Grund-
legung der Wettbewerbs-
politik

Martin Hellwig





Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik

Martin Hellwig

August 2006

1. Einführung

In seinem Beitrag zur Dreißig-Jahr-Feier der Monopolkommission¹ befasst sich Ernst-Joachim Mestmäcker mit der Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik. Im Zentrum seiner Untersuchung steht die normative Grundlegung der Wettbewerbspolitik. In ausdrücklichem Widerspruch zur Forderung, „Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen und deren Auslegung danach zu beurteilen, ob sie den Erfordernissen ökonomischer Rationalität entsprechen,“ verweist er auf die „eigene Rationalität und Eigengesetzlichkeit“ des Rechts, „die sich nicht notwendig auf preistheoretisch optimierte Modelle wettbewerbsgemäßen oder wettbewerbswidrigen Verhaltens zurückführen lassen.“² Maßgeblich ist das Rechtsprinzip der Freiheit. Die Wettbewerbsordnung ist ein wesentliches Element einer freien Ordnung. Wettbewerb selbst entsteht aus der Ausübung von Freiheitsrechten. Daher sind „die aus dem Rechtsprinzip der Freiheit folgenden Gebote, die *Kant* natürliche Gesetze nennt“, zu beachten, „auch dort, wo Einschränkungen der individuellen Freiheit aus der pareto-optimalen Nutzung ökonomischer Ressourcen folgen“.³

Mit seinem Beitrag bezieht Mestmäcker Stellung in der Diskussion um einen „more economic approach“, eine stärker ökonomische Ausrichtung der Wettbewerbspolitik, wie sie die Europäische Kommission seit einigen Jahren verfolgt. Gleichzeitig hebt er diese Diskussion auf ein höheres Niveau. Er schiebt die Frage nach dem angemessenen Verhältnis von ökonomischen und rechtlichen Erwägungen in der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungspraxis beiseite und fragt nach den normativen Grundlagen der Wettbewerbspolitik. Während er einerseits keinen Zweifel daran lässt, dass seines Erachtens die in der behördlichen Praxis auftretenden Fragen „nur unter Berücksichtigung der wechselseitigen Abhängigkeit von Recht und Ökonomie beantwortet werden können“,⁴ weist er andererseits jeglichen Versuch zurück, die Wettbewerbspolitik auf ein ökonomisch definiertes Effizienzziel hin auszurichten. Die spezifische Sachkompetenz der Ökonomie bei der Analyse wirtschaftlicher Zusammenhänge erstreckt sich *nicht* auf die normative Grundlegung der Wettbewerbspolitik.

Als Wirtschaftswissenschaftler teile ich Mestmäckers Vorbehalte gegenüber einer rein ökonomischen, wohlfahrtstheoretischen Grundlegung der Wettbewerbspolitik. Gleichwohl meine ich, dass man auch auf dieser Ebene der Diskussion nicht ohne den Beitrag der Ökonomie auskommt. Eine Politik, die sich dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit verschrieben hat, muss immer auch der Möglichkeit Rechnung tragen, dass sie selbst den Wettbewerb behindert, da sie den Marktteilnehmern gewisse Handlungsmöglichkeiten nimmt. Um mit dieser „Antinomie“⁵ angemessen umzugehen und jeweils zu beurteilen, welche Wettbewerbsbeschränkungen stärker ins Gewicht fallen, die von den Adressaten der Wettbewerbspolitik ausgehen, oder die, die von der staatlichen Intervention ausgehen, bedarf es der Ökonomie.

1 Mestmäcker (2005), S. 19 – 35.

2 Mestmäcker (2005), S. 21.

3 Mestmäcker (2005), S. 23 – 25.

4 Mestmäcker (2005), S. 21.

5 Mestmäcker (1984), S. 33.

Die Ökonomie hilft nicht nur, die einzelnen Wettbewerbswirkungen im konkreten Fall zu erfassen. Sie stellt darüber hinaus einen einheitlichen Analyserahmen zur Abwägung der verschiedenen Wettbewerbswirkungen zur Verfügung. Die Einheitlichkeit des Analyserahmens bietet die Möglichkeit, wettbewerbspolitische Interventionen nach allgemeinen, fallübergreifenden Kriterien zu begründen – wohlgerne, mit Blick auf das Ziel der Wettbewerbsfreiheit! – und die Gefahr von Willkürentscheidungen zu verringern.

Die hier angesprochenen Themen betreffen den Kern der aktuellen Diskussion um eine Reform der europäischen Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG. In dieser Diskussion geht es insbesondere um die Frage, wie dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass ein bestimmtes von der Wettbewerbsbehörde als wettbewerbsbehindernd beanstandetes Verhalten auch pro-kompetitive Effekte hat oder haben kann. Das Diskussionspapier, das die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zur Reform der Missbrauchsaufsicht vorgelegt hat,⁶ schlägt vor, in analoger Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG solche pro-kompetitiven Effekte als „efficiencies“ zu berücksichtigen. Dies entspräche der von Mestmäcker zu Recht kritisierten Ausrichtung der Wettbewerbspolitik auf ein ökonomisch definiertes Effizienzziel, vielleicht sogar der Unterordnung unter noch andere Ziele, die aus Art. 81 Abs. 3 EG herausgelesen werden können.

Die Economic Advisory Group on Competition Policy, ein Beratungsgremium der Generaldirektion Wettbewerb, dem ich angehöre, hat demgegenüber die Forderung erhoben, dass etwaige pro-kompetitive Effekte eines zur Diskussion stehenden Verhaltens schon im Rahmen der Wettbewerbsanalyse zu berücksichtigen sind.⁷ Im folgenden wird gezeigt, dass diese Forderung der von Mestmäcker vertretenen Ausrichtung der Wettbewerbspolitik am „Rechtsprinzip der Freiheit“ entspricht. Es gilt der Gefahr vorzubeugen, dass eine wettbewerbspolitische Intervention per saldo den Wettbewerb schädigt, da die mit dem behördlichen Eingriff verbundene Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit stärker ins Gewicht fällt als die Beschränkung durch das beanstandete Verhalten. Dazu müssen die möglichen pro-kompetitive Effekte eines Verhaltens und die Möglichkeit einer Wettbewerbsbehinderung durch den behördlichen Eingriff selbst schon im Rahmen der Wettbewerbsanalyse bedacht werden.

2. Kritik einer normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik anhand der ökonomischen Wohlfahrtstheorie

2.1 Der Dirigismus der ökonomischen Wohlfahrtstheorie

Zunächst zur Kritik der ökonomischen Wohlfahrtstheorie! Diese ist vom ganzen Ansatz her technokratisch-dirigistisch angelegt. Sie beurteilt Märkte und andere Institutionen danach, ob ihre Ergebnisse dem entsprechen, was ein „wohlmeinender“ sozialer Planer mit gegebenen Wertvorstellungen als optimal betrachtet. Unter bestimmten Bedingungen, so der sogenannte *Zweite Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie*, kann ein System von Wettbewerbsmärkten ein solches

6 European Commission (2005).

7 Gual *et al.* (2006).

„Wohlfahrtsoptimum“ realisieren.⁸ Ist dies nicht möglich, so wird von „Marktversagen“ gesprochen. Marktversagen wird grundsätzlich als Anlass für korrigierende staatliche Eingriffe gesehen. Allenfalls wird berücksichtigt, dass es nicht nur Marktversagen, sondern auch „Staatsversagen“ geben kann und dass geprüft werden muss, ob die staatlichen Institutionen, die für korrigierende Staatseingriffe zuständig wären, in der Praxis wirklich Verbesserungen gegenüber den Marktergebnissen bewirken könnten. Auch dann allerdings werden die verschiedenen Institutionen rein technokratisch als Instrumente zur Durchsetzung gegebener Wertvorstellungen behandelt.⁹

Das dirigistische Element der Wohlfahrtstheorie wird zumeist dadurch verdeckt, dass nicht von Optimalität gesprochen wird, sondern von *Pareto-Optimalität* oder von *Effizienz* und dass der sogenannte *Erste Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie* in einem Atemzug mit dem zweiten genannt wird.¹⁰ Dieser Satz besagt, dass unter bestimmten Bedingungen jedes Gleichgewicht eines Systems von Wettbewerbsmärkten ein Pareto-Optimum ist, d.h. dass bei gegebenen volkswirtschaftlichen Ressourcen niemand besser gestellt werden kann als in diesem Gleichgewicht, ohne dass jemand anderes schlechter gestellt wird. Dies klingt anti-interventionistisch, scheint es doch zu besagen, dass staatliche Eingriffe, zumindest unter den angegebenen Bedingungen, nur Verschlechterungen mit sich bringen können. Wird der Wohlfahrtstheoretiker freilich darauf angesprochen, dass die Pareto-Optimalität der Marktergebnisse belanglos ist, wenn die Marktergebnisse als verteilungspolitisch problematisch betrachtet werden, so muss er einräumen, dass der Erste Hauptsatz keine Argumente gegen verteilungspolitisch motivierte Interventionen enthält.¹¹

Er kann dann den Kritiker auf den bereits erwähnten Zweiten Hauptsatz verweisen und ausführen, dass es zur Realisierung seiner Wertvorstellungen genüge, die verteilungspolitisch motivierten Interventionen auf die Rahmenbedingungen, insbesondere die Verteilung der Eigentumsrechte, zu beschränken, ohne in die Funktionsmechanismen der Märkte selbst einzugreifen.¹² Die Funktionsfähigkeit der Marktmechanismen sei verteilungsneutral: Welche verteilungspolitischen Vorstellungen auch immer realisiert werden sollen, ein System von Wettbewerbsmärkten könne dazu dienen, ein „Wohlfahrtsoptimum“ zu implementieren. Mit anderen Worten: Wird die begriffliche Schwäche einer anti-interventionistischen Interpretation des Ersten Hauptsatzes aufgedeckt, so zieht der Wohlfahrtstheoretiker sich auf das interventionistische Argumentationsmuster des Zweiten Hauptsatzes zurück.

8 Die Unterscheidung der beiden Hauptsätze, ihre Formulierung und Beweise geht zurück auf Arrow (1951) und Debreu (1951). Für eine untechnische Erklärung siehe Knieps (2001), S. 9 - 11; eine moderne Lehrbuchdarstellung mit Beweisen findet sich bei Mas-Colell, Whinston und Green (1995), Kap. 16.

9 Bemerkenswerterweise klingt eine solche technokratische, die Institutionen als Instrumente beurteilende Sichtweise selbst in Hayeks Vorstellung vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ an, vgl. Hayek (2003), S. 373 – S. 375.

10 Zum Ersten Hauptsatz siehe die in FN 9 angegebene Literatur.

11 Die normative Bedeutung des Begriffs der Pareto-Optimalität war Gegenstand langer Auseinandersetzungen zwischen Arrow und den Vertretern einer traditionellen Wohlfahrtsökonomik. Vgl. Arrow (1963), S. 108, sowie Samuelson (1967).

12 Zur Unterscheidung der normativen Bedeutungen der beiden Hauptsätze siehe Hammond (1990).

2.2 Staatlicher Zwang als Problem normativer Analyse

Die im Zweiten Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie als gegeben betrachteten Wertvorstellungen werden nicht hinterfragt. Dazu wird erläutert, eine wissenschaftliche Diskussion solcher Wertvorstellungen scheitere am Erfordernis der Wertneutralität. Im übrigen zeige das Unmöglichkeitstheorem von Arrow,¹³ dass eine tiefere, etwa demokratietheoretische Grundlegung solcher Wertvorstellungen grundsätzlich nicht möglich sei. Deshalb werden Verteilungsfragen ausgeklammert. Man brauche diese allerdings auch gar nicht zu thematisieren, denn zumindest ein „wohlmeinender“ sozialer Planer werde unabhängig von seinen verteilungspolitischen Vorstellungen immer auch auf Effizienz und Pareto-Optimalität bedacht sein. Daher genüge es, wenn die Wohlfahrtsökonomik Märkte und andere Institutionen auf diese Eigenschaften hin untersuche. Effizienz und Pareto-Optimalität beinhalten zwar auch Wertungen, doch diese Wertungen seien nicht kontrovers.¹⁴

„Wohlmeinend“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Planer die Präferenzen der Betroffenen weitgehend respektiert und eigene Wertvorstellungen *nur* in Verteilungsfragen einbringt. Diese Eigenschaft kann allerdings nicht über den technokratisch-dirigistischen, wenn nicht gar totalitären, Charakter des Denkansatzes hinwegtäuschen, auch nicht darüber, dass die Kategorie der Freiheit in diesem Denkansatz nicht vorkommt. Freiheitsrechte erscheinen allenfalls in Form von Nebenbedingungen; als solche können sie nur stören und die Wohlfahrt mindern.¹⁵

Dazu wird der Wohlfahrtstheoretiker möglicherweise anmerken, er halte das nicht für problematisch, schließlich sei Zwang ein Charakteristikum hoheitlicher Interventionen des Staates. Auch die Erhebung von Steuern beruhe auf staatlichem Zwang.¹⁶

Jedoch ist nach den Grenzen dieses Zwangs zu fragen. Die Wohlfahrtstheorie berücksichtigt solche Grenzen nicht. Für die im Zweiten Hauptsatz zur Diskussion stehende Verteilung von Eigentumsrechten an verfügbaren Ressourcen gibt es keinen normativen Maßstab außer den als solchen nicht weiter hinterfragten Wertvorstellungen des „wohlmeinenden“ sozialen Planers. Auch in der Theorie der optimalen Einkommensbesteuerung¹⁷ ergeben sich „Grenzen der Besteue-

13 Arrow (1963).

14 So etwa Knieps (2001), S. 8. Die Vorstellung, die Wohlfahrtstheorie sich sinnvoll auf eine Diskussion von Pareto-Optimalität beschränken und von Verteilungsfragen abstrahieren, steht im Zentrum der in FN 12 erwähnten Auseinandersetzungen. Der im Text skizzierten Position von Samuelson und anderen Autoren hält Arrow entgegen, dass bei gegebener Wohlfahrtsfunktion das Kriterium der Pareto-Optimalität unerheblich ist und auch ein „wohlmeinender“ sozialer Planer auf Pareto-Optimalität verzichten wird, wenn seine Verteilungsziele etwa aufgrund von Informationsproblemen nur so realisiert werden können. In genau diesem Sinn untersucht die von Mirrlees (1971) entwickelte Theorie der optimalen Einkommensteuern die Bereitschaft eines sozialen Planers, zur Realisierung von Umverteilungszielen auf Effizienz zu verzichten, wenn Leistungsfähigkeit nicht beobachtet werden kann und nur die am Markt erzielten Einkommen eine Handhabe für Umverteilung bieten; vgl. Hammond (1990).

15 Dies gilt beispielsweise bei der Bereitstellung öffentlicher Güter unter unvollständiger Information über die Präferenzen der Betroffenen. Ein auf freiwilliger Übereinkunft beruhender Mechanismus ist grundsätzlich nicht in der Lage, für eine effiziente Bereitstellung zu sorgen, dagegen kann dies ein Mechanismus, bei dem Leute gezwungen werden, zur Finanzierung der öffentlichen Güter beizutragen; vgl. Hellwig (2004).

16 Die in FN 16 erwähnte Möglichkeit einer effizienten Bereitstellung öffentlicher Güter aufgrund staatlichen Zwangs läuft letztlich auf eine Form der Finanzierung durch direkte Steuern hinaus; vgl. Hellwig (2004).

17 Vgl. Mirrlees (1971).

rung“ allein aus Zweckmäßigkeitserwägungen, etwa weil eine allzu hohe Besteuerung Leistungsanreize mindert und insofern kontraproduktiv wirken kann. *Normative* Begründungen für Grenzen der Besteuerung, etwa aufgrund von Freiheitsrechten der Betroffenen, werden nicht erwogen.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die ökonomische Wohlfahrtstheorie nicht ohne weiteres zur normativen Grundlegung staatlicher Politik dienen kann. In einem Gemeinwesen, in dem die Verfassung die Freiheitsrechte des einzelnen schützt, ist grundsätzlich jede Ausübung staatlichen Zwangs daraufhin zu prüfen, ob nicht die durch die Verfassung gesetzten Grenzen überschritten werden. Für diese Prüfung jedoch ist in der traditionellen wirtschaftswissenschaftlichen Wohlfahrtstheorie kein Platz. Diese kann daher nicht erklären, welche staatlichen Interventionen in einem freiheitlichen Gemeinwesen angemessen sind.

2.3 Staatlicher Zwang in der Wettbewerbspolitik

Die vorstehende Kritik betrifft auch die normative Fundierung der Wettbewerbspolitik. Man könnte meinen, die hier zur Diskussion stehenden Fragen seien derart speziell, vielleicht auch von derart begrenzter Bedeutung, dass die skizzierten allgemeinen Erwägungen zum staatlichen Zwang in der ökonomischen Wohlfahrtstheorie gar keine Rolle spielen. Ist nicht die Verfolgung eines Effizienzziels – fern von verteilungspolitischen Erwägungen – völlig unkontrovers und daher legitim und angemessen? Bekanntermaßen sind die Marktergebnisse bei Monopolen und Kartellen ineffizient. Ist es nicht sinnvoll, die Ineffizienz von Monopolen und Kartellen durch staatliche Wettbewerbspolitik zu bekämpfen?

Mit solchen Erwägungen kann man sich aber der Frage nach der Legitimation staatlichen Zwangs nicht entziehen. Daraus dass ein Effizienzziel unkontrovers ist und dass die Marktergebnisse bei Kartellen und Monopolen ineffizient sind, folgt noch nicht, dass man den Staatseingriff der Wettbewerbspolitik braucht. Warum sollte der Staat berechtigt sein, unter Berufung auf die Ineffizienz von Monopolen und Kartellen in die Vertragsfreiheit der Marktteilnehmer einzugreifen und Kartelle zu verbieten? Warum sollte er berechtigt sein, die Vertragsbeziehungen eines marktbeherrschenden Unternehmens mit anderen Marktteilnehmern der Missbrauchsaufsicht zu unterwerfen? Auch hier ist der Staatseingriff mit Zwang verbunden und bedarf der Legitimation durch übergeordnete Normen.

Ginge es wirklich nur darum, durch Abschaffung oder Disziplinierung von Kartellen und Marktbeherrschern für eine Pareto-effiziente Ressourcenallokation zu sorgen, so könnte man auch versuchen, zu *vertraglichen* Regelungen zu kommen, bei welchen die Adressaten an den Effizienzsteigerungen beteiligt werden. Tatsächlich aber erhalten Kartellisten und Marktbeherrscher keine Kompensationen für die Gewinnminderungen, die sie aufgrund der wettbewerbspolitischen Interventionen erleiden. Sie werden durch diese Interventionen strikt schlechter gestellt und können die Vorstellung von Wettbewerbspolitik als einer Politik der Pareto-Verbesserungen, d.h. Verbesserungen, die *allen* zugute kommen, nur als Heuchelei empfinden.

Wettbewerbspolitik dient nicht nur der Effizienzsteigerung, sondern auch der Umverteilung. Die von den Protagonisten eines Effizienzziels vertretene Abstraktion von Verteilungswirkungen der Wettbewerbspolitik ist in der Praxis nicht so zu verstehen, dass die dem Konzept der Pareto-Verbesserung inhärente Vorstellung von einer Beteiligung aller an den zu erzielenden Effizienzgewinnen tatsächlich realisiert wird. Vielmehr werden Kartellisten und Marktbeherrscher durch die Intervention des Staates schlechter gestellt. Damit aber stellt sich die Frage nach der Legitimation des mit der staatlichen Intervention verbundenen Zwangs auch für die Wettbewerbspolitik.

Diese Kritik des wohlfahrtsökonomischen Ansatzes zur normativen Fundierung der Wettbewerbspolitik betrifft auch den deutschen Ordoliberalismus, soweit dieser darauf abstellt, dass Kartelle und Monopole die Lenkungsfunktion des Marktsystems beeinträchtigen. Wenn etwa Eucken (1952) oder Böhm (1946, 1950) darauf hinweisen, dass Preise, die durch bewusste Entscheidungen eines Kartells oder eines Monopolisten gesetzt werden, nicht geeignet sind, als Knappheitsindikatoren für eine angemessene Lenkung volkswirtschaftlicher Ressourcen sorgen, so entspricht dies den wohlfahrtsökonomischen Aussagen zur Pareto-Effizienz von Wettbewerbsgleichgewichten und zur Ineffizienz von Kartell- oder Monopolgleichgewichten. Die Verteilungswirkungen der Wettbewerbspolitik werden in diesem Argument so wenig angesprochen wie in dem bereits als unzulänglich kritisierten Argument, die Verfolgung eines Effizienzziels sei unkontrovers und bilde eine hinreichende Legitimation für Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle.¹⁸

3. Staatlicher Zwang zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit: Die Antinomie der Wettbewerbspolitik

3.1 Wettbewerbsfreiheit als Ziel der Wettbewerbspolitik

Im Unterschied zur ökonomischen Wohlfahrtsanalyse stellt Mestmäcker (2005) nicht auf Effizienz der Marktergebnisse ab. Bei ihm beginnt die Analyse mit der Frage nach der Legitimation staatlichen Zwangs. Wettbewerb wird als konstitutives Element einer freiheitlichen Ordnung des Gemeinwesens angesehen. Zu einer solchen Ordnung gehört die Freiheit, autonom über wirtschaftliche Tätigkeit zu entscheiden, sich die Partner für wirtschaftliche Transaktionen frei auszusuchen, diesen Partnern in eigenem Ermessen Angebote zu machen und im Fall einer Übereinkunft die entsprechenden Verträge zu schließen. Kartelle und Marktbeherrscher beschränken diese Möglichkeiten. Staatliche Wettbewerbspolitik ist sinnvoll und erforderlich, um diesen Beschränkungen entgegenzuwirken. Der mit der Wettbewerbspolitik verbundene Zwang ist legitim, denn die Freiheit des einzelnen findet dort ihre Grenzen, wo sie die Freiheit anderer einschränkt; die mit der staatlichen Wettbewerbspolitik verbundenen Einschränkungen der Freiheit von Kartellisten und Marktbeherrschern dienen dem Schutz der Freiheit der übrigen Marktteilnehmer.

18 Vgl. Eucken (1952), S. 35, Böhm (1950), S. 24 ff., S. 46 ff. Für eine systematische Diskussion des frühen Ordoliberalismus siehe die Abschnitte 3.2 und 3.3.

Das Problem der Rechtfertigung des mit der Wettbewerbspolitik verbundenen staatlichen Zwangs wird in diesem Ansatz überzeugend gelöst, ohne dass auf Effizienzerwägungen rekurriert würde. Dass die Ergebnisse von Wettbewerbsmärkten Pareto-optimal sind, kann als Indiz für die Segnungen einer freiheitlichen Ordnung angesehen werden, steht aber nicht im Zentrum der Argumentation.¹⁹ Die für die paretianische Wohlfahrtstheorie so peinliche Frage nach einer möglichen Kompensation von Kartellisten und Marktbeherrschern für die Folgen der Wettbewerbspolitik stellt sich gar nicht erst, denn Gewinne, die durch Wettbewerbsbeschränkungen, d. h. durch Beschränkungen der Freiheit anderer, und nicht durch Leistung entstehen, sind als illegitim anzusehen.

Jedoch liefern diese Überlegungen kaum mehr als einen Denkansatz. Wie damit *in concreto*, bei der Beurteilung einer Rechtsnorm oder eines Sachverhalts, umzugehen ist, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Die Feststellung, man brauche staatlichen Zwang zum Schutz des Wettbewerbs, kann ja keinen Blankoscheck für Interventionismus liefern. Im Gegenteil: gerade wenn man Wettbewerbsfreiheit als wesentliches Element einer freiheitlichen Ordnung ansieht, muss man besorgt sein, ob nicht die wettbewerbspolitische Intervention des Staates selbst diese Freiheit auf unannehmbare Weise beschränkt. Mestmäcker (1984) zeigt sehr eindrücklich, dass das Wettbewerbsrecht regelmäßig auch benutzt wird, um Wettbewerb zu verhindern. Ein derart „verwalteter Wettbewerb“ läuft dem Ziel der Wettbewerbsfreiheit zuwider. Mestmäcker hat dafür das treffende Wort von der „Antinomie des Wettbewerbsrechts“ geprägt.

Es gilt zu unterscheiden zwischen staatlichen Interventionen, die die übrigen Marktteilnehmer vor Wettbewerbsbeschränkungen der unmittelbaren Normadressaten schützen, und staatlichen Interventionen, die den Normadressaten die Möglichkeit nehmen, selbst aktiv Wettbewerb zu betreiben. Erstere nützen, letztere schaden der Wettbewerbsfreiheit. Soweit eine Intervention der Wettbewerbsbehörde *beide* Wirkungen gleichzeitig hat oder haben kann, ist zu erwägen, welche dieser Wirkungen stärker ins Gewicht fällt.

Dafür bedarf es der Kriterien. Wenn Gesetzgeber, Wettbewerbsbehörde und Gerichte bestimmte Vorgänge und Verhaltensformen als wettbewerbswidrig einstufen und ahnden, so ist zu fordern, dass diese Interventionen dem Ziel eines Schutzes der Wettbewerbsfreiheit dienen und nicht etwa selbst den Wettbewerb behindern. Die Kriterien, anhand derer solche Interventionen begründet werden, dürfen nicht willkürlich gewählt sein, schon gar nicht *ad hoc* für jeden einzelnen Vorgang. Sie müssen sich vielmehr aus den Zielen der Wettbewerbspolitik selbst ergeben, insbesondere dem Ziel der Wettbewerbsfreiheit. Hier kommt es darauf an, was genau man unter „Wettbewerbsfreiheit“ versteht.

19 So schon Böhm (1961), S. 6 und S. 11, in deutlicher Abkehr von Eucken (1952) und Böhm (1946, 1950).

3.2 Die Antinomie der Wettbewerbspolitik im frühen Ordoliberalismus

Mit der Berufung auf das Ziel der Wettbewerbsfreiheit steht Mestmäcker in der Tradition des deutschen Ordoliberalismus. Dem frühen Ordoliberalismus allerdings war das Problem der Antinomie der Wettbewerbspolitik kaum bewusst. Dies gilt insbesondere für den Umgang mit marktmächtigen Unternehmen. Böhm (1946) formuliert apodiktisch: „Wer privatwirtschaftliche Autonomie in Anspruch nimmt, darf auf dem Markt keine Macht besitzen; wer über Marktmacht verfügt, hat keinen Anspruch auf privatwirtschaftliche Autonomie“.²⁰ Da bleibt kein Platz für die Erwägung, dass auch ein marktmächtiges Unternehmen einen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit haben könnte. Wie anders klingt Mestmäckers (1984) Warnung, dass bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen eine unangemessene Normierung wettbewerbsrechtlicher Gefährdungstatbestände „zu ungerechtfertigten Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit und zu gesamtwirtschaftlichen Verlusten“ führe!²¹

Im frühen Ordoliberalismus, bei Walter Eucken (1952) und Franz Böhm (1946, 1950), wird Wettbewerbsfreiheit interpretiert als die Freiheit, zu Preisen kaufen oder verkaufen zu können, die sich in einem Markt bei vollständiger Konkurrenz bilden. Staatliche Wettbewerbspolitik hat danach zwei Aufgaben: Zum einen soll sie die Bildung von Kartellen und Monopolen so weit wie möglich verhindern, zum anderen soll sie die Monopole, die nicht zu verhindern sind, zu einem Verhalten zwingen, das dem Verhalten bei vollständiger Konkurrenz entsprechen würde.²²

Diese Vorstellung von Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbspolitik ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Zum einen ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum Wettbewerbsfreiheit verstanden wird als die Freiheit, zu Preisen kaufen oder verkaufen zu können, die sich im Markt ergeben, ohne dass ein einzelner Marktteilnehmer oder eine als Kollektiv handelnde Gruppe von Marktteilnehmern die Macht hätte, diese Preise zu bestimmen. Zum anderen ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum die Erzwingung eines Als-ob-Wettbewerbsverhaltens eines Monopolisten durch eine staatliche Instanz weniger Probleme für eine freiheitliche Ordnung mit sich bringen sollte als der Gebrauch oder Missbrauch der Marktmacht durch den Monopolisten selbst.

Der zweite dieser Kritikpunkte ist von Franz Böhm selbst zu einem späteren Zeitpunkt aufgegriffen worden. Nach Böhm (1961) führt der Versuch, „die ökonomische Macht der Kontrolle verfassungsmäßiger Staatsgewalt zu unterstellen,... zu einer Lahmlegung der Privatrechtsordnung, zu einer Überlastung des Staatsapparats mit unlösbaren Lenkungsaufgaben und zu einer korrupsionsbedrohten Verfilzung zwischen einer funktionsgestörten Privatrechtsgesellschaft und einer ebenso funktionsgestörten Staatsgesellschaft.“²³ Der Versuch einer materiellen Steuerung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen durch eine staatliche Behörde ist mit eben den Problemen behaftet, die der frühe Ordoliberalismus schon gegen den Versuch einer zentralen staatlichen Wirtschaftslenkung überhaupt ins Feld geführt hatte: Ohne Wettbewerbsmärkte und im

20 Böhm (1946), S. 65.

21 Mestmäcker (1984), S. 34.

22 Eucken (1952), S. 291 – S. 299, Böhm (1946), S. 60 – S. 66, Böhm (1950), S. 32 – S. 38.

23 Böhm (1961), S. 23.

Markt ermittelte Wettbewerbspreise fehlt es an den für eine angemessene Steuerung erforderlichen Informationen. Im übrigen wird das Problem der Macht und des Machtmissbrauchs durch die Übertragung von Entscheidungsgewalt auf eine staatliche Behörde nicht aufgehoben, sondern nur verlagert.²⁴

Aufgrund dieser Einsicht nimmt Böhm 1961 – in bemerkenswertem Kontrast zu seinen früheren Arbeiten – Abstand von der Vorstellung einer materiellen staatlichen Steuerung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen. Für die Wettbewerbspolitik komme es vor allem darauf an, das „Entstehen von ökonomischer Macht zu verhindern und bereits entstandene ökonomische Macht wieder zu beseitigen“. Den „dann noch verbleibenden Rest ökonomischer Macht“ solle man „als einen Tribut an die notwendige Unvollkommenheit aller menschlichen Ordnungen in Kauf nehmen“.²⁵

An die Stelle der ursprünglich von Eucken (1952) und Böhm (1946, 1950) propagierten staatlichen Steuerung marktmächtiger Unternehmen zur Durchsetzung eines Als-ob Wettbewerbsverhaltens tritt somit die Missbrauchsaufsicht in Form von Verboten, wie wir sie aus §§ 19, 20 GWB und Art. 82 EG kennen. Die Wettbewerbsbehörde kann ein bestimmtes Verhalten untersagen, nicht aber ein bestimmtes Verhalten anordnen. Dabei hat sie nur geringe Ermessensspielräume. Die Untersagungen, die sie ausspricht, unterliegen der Überprüfung durch die Gerichte. Im übrigen steht es den Unternehmen frei, im Rahmen der gegebenen Rechtsordnung zu tun, was sie wollen.

Mit der Abkehr von einer Politik der Durchsetzung eines Als-ob Wettbewerbsverhaltens marktmächtiger Unternehmen ist bei Böhm (1961) allerdings *kein* Wechsel des Urteils über marktmächtige Unternehmen selbst verbunden. Der Verzicht auf eine staatliche Steuerung dieser Unternehmen beruht auf der Erkenntnis, dass eine solche Steuerungsaufgabe den Staat in prozeduraler wie in materieller Hinsicht überfordern würde – in materieller Hinsicht, weil die zuständige staatliche Instanz nicht über die nötigen Informationen verfügen würde, in prozeduraler Hinsicht, weil die mit einer solchen Steuerung verbundene Machtausübung nicht wirksam nach den Maßstäben des Öffentlichen Rechts kontrolliert werden könnte: aus sachlichen Gründen bräuhete die Behörde erhebliche Ermessens- und Wertungsspielräume, so dass die zu treffenden Entscheidungen kaum angemessen gerichtlich überprüfen.

Die Vorstellung, dass – entsprechend der oben zitierten Warnung von Mestmäcker (1984) – auch marktmächtigen Unternehmen Wettbewerbsfreiheit zustehen könnte, spielt in diesen Überlegun-

24 So auch Hayek (2003), S. 376 ff. Dass der frühe Ordoliberalismus es versäumte, die Vorstellung von einer Erzwingung eines Als-ob-Wettbewerbsverhaltens durch die staatliche Wettbewerbsbehörde anhand der von ihm selbst entwickelten Überlegungen zur Funktionsfähigkeit einer zentralen staatlichen Wirtschaftslenkung zu überprüfen, entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Das Versäumnis ist um so bemerkenswerter, als die Vorstellung von einer Erzwingung eines Als-ob-Wettbewerbsverhaltens durch eine staatliche Wettbewerbsbehörde *de facto* nicht weit entfernt ist von der Vorstellung eines Marktsozialismus nach Lange (1936) oder Lerner (1944), bei dem die staatliche Behörde Preise entsprechend ihren Wertvorstellungen setzt und die Unternehmen anhält, bei diesen Preisen ihre Gewinne zu maximieren. Beide Konzepte leiden daran, dass die erforderlichen Preise nicht im Markt zu ermitteln sind, sondern von der Behörde gesetzt werden.

25 Böhm (1961), S. 5.

gen keine Rolle. Im Gegenteil – über „private Macht“ redet Böhm im Jahre 1961 mit derselben Emphase wie in früheren Zeiten: Private Macht ist illegitim, da die Ausübung von Macht den öffentlichen Instanzen vorbehalten ist und die Privatrechtsgesellschaft Machtlosigkeit voraussetzt.²⁶ Private Macht entsteht durch „Falschspielertricks“, den Missbrauch der privatrechtlichen Vertragsfreiheit zur Bildung von Kartellen und Konzernen.²⁷ Wo private Macht besteht, treten „leistungswidrige Machtkämpfe“ an die Stelle von Leistungswettbewerb, und „gerät die Rechtsordnung ins Hintertreffen“,²⁸ der Wettbewerb „entartet zum Wirtschaftskrieg (Liefer- und Bezugssperren, Boykott, Abriegelungskämpfe, schwarze und weiße Listen, Kampf- und Vernichtungsfeldzüge, ...).“²⁹ Darin liegt eine unmittelbare Gefahr „für unsere Freiheiten, für unsere gesellschaftliche und politische Ordnung.“³⁰

Zweifel hinsichtlich der Legitimität unbegrenzten staatlichen Zwangs gegenüber marktmächtigen Unternehmen lässt Böhm im Jahre 1961 sowenig erkennen wie in früheren Zeiten. Die Begrenzung der staatlichen Interventionen auf Präventivmaßnahmen wie Kartellverbot und Fusionskontrolle und auf eine mit Verboten arbeitende Missbrauchsaufsicht erscheint mehr als eine Angelegenheit der Praktikabilität und der Rechtsstaatlichkeit der kartellbehördlichen Verfahren.

3.3 Zum Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit, Vollkommener Konkurrenz und Marktmacht

An dieser Stelle ist zurückzukommen auf den Begriff der Wettbewerbsfreiheit. Wenn man Wettbewerbspolitik und den mit Wettbewerbspolitik verbundenen staatlichen Zwang als Mittel zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit ansieht, so hängt die Legitimität der einzelnen Maßnahme davon ab, wie man den Begriff der „Wettbewerbsfreiheit“ versteht und wie die fragliche Maßnahme dazu passt. Die Vorstellungen des frühen Ordoliberalismus zur Legitimität unbegrenzten staatlichen Zwangs gegenüber marktmächtigen Unternehmen ist eng verbunden mit dem Verständnis von „Wettbewerbsfreiheit“ als der Freiheit, zu Preisen kaufen oder verkaufen zu können, die sich in einem Markt bei vollständiger Konkurrenz bilden.

Zur Begründung dieser Interpretation von „Wettbewerbsfreiheit“ finden sich im frühen Ordoliberalismus zwei Argumente. Zum einen wird darauf verwiesen, dass die Marktmacht von Kartellen und Monopolen die Lenkungsfunction des Marktsystems beeinträchtigen. Während Preise, die sich bei vollständiger Konkurrenz im Markt bilden, geeignet sind, als Knappheitsindikatoren für eine angemessene Lenkung der Ressourcen in der Volkswirtschaft zu sorgen, sind Preise, die durch bewusste Entscheidungen eines Kartells oder eines Monopolisten gesetzt werden, als Knappheitsindikatoren nicht geeignet, denn diese Preise werden immer auch von den Machtinteressen der preissetzenden Kartellisten oder Monopolisten bestimmt. Dieses Argument ent-

26 Böhm (1928), S. 34 ff., S. 40, S. 44, Böhm (1961), S. 6 – S. 8, S. 12, S. 19.

27 Böhm (1928), S. 27, Böhm (1946), S. 63, Böhm (1950), S. 32 – S. 35, Böhm (1961), S. 8 – S. 10.

28 Böhm (1950), S. 29 ff.; ähnlich Böhm (1961), S. 17 – S. 19.

29 Böhm (1946), S. 62; Böhm (1961), S. 18 gebraucht fast wörtlich dieselbe Formulierung.

30 Böhm (1961), S. 17.

spricht allerdings dem wohlfahrtsökonomischen Effizienzargument und ist, wie bereits erwähnt, derselben Kritik ausgesetzt wie dieses; mit Freiheit im eigentlichen Sinn des Wortes hat es nichts zu tun.

Zum anderen wird ausgeführt, dass in einem freiheitlichen Gemeinwesen private Macht an sich als Bedrohung anzusehen ist und bekämpft werden muss. Die wichtigsten Argumente hierzu habe ich am Ende des vorstehenden Abschnitts kurz referiert. Es sind dies zu einen rechtsdogmatische Argumente, zum anderen empirische Aussagen über das Entstehen von Marktmacht und das Verhalten marktmächtiger Unternehmen in der Realität.

Zur Rechtsdogmatik kann ich als Wirtschaftswissenschaftler nichts sagen. Jedoch möchte ich fragen, ob der Begriff der Macht im Kontext der Grenzziehung zwischen Privatrechtsgesellschaft und Staatskompetenz und der Begriff der Marktmacht im Sinne der Wirtschaftstheorie wirklich dasselbe sind. In den Schriften von Franz Böhm führt die Identifikation dieser beiden Begriffe fast unmittelbar zu der Vorstellung, dass die allseitige Vertragsfreiheit der Privatrechtsgesellschaft an die Marktform der vollkommenen Konkurrenz gebunden ist. Diese Bindung der Privatrechtsgesellschaft an die Marktform der vollständigen Konkurrenz erscheint mir als suspekt, wenn ich bedenke, dass die Vorstellung von der Marktform der vollkommenen Konkurrenz nur eine Modellvorstellung ist, ein „Idealtyp“, wie Eucken es nannte. Der Ökonomen betrachtet „vollkommene Konkurrenz“ als einen Grenzfall, der in der Realität genau genommen fast nie vorkommt, den zu analysieren sich aber lohnt, weil man damit die wesentlichen Eigenschaften von Märkten erfasst, in denen es nur „wenig Marktmacht“ gibt. Kann es wirklich sinnvoll sein, bei der Grenzziehung zwischen Privatrechtsgesellschaft und Staatskompetenz auf einen Begriff von Machtlosigkeit zu rekurrieren, der seine Bedeutung aus dieser idealisierenden Grenzfallbetrachtung der Ökonomen bezieht?

Ob und in welchem Sinn das Modell vollkommener Konkurrenz als Grenzfall realistischerer Marktmodelle zu verstehen ist, ist von der Wirtschaftstheorie in den vergangenen Jahrzehnten intensiv untersucht worden. Diese Forschung hat teilweise zu verblüffenden Ergebnissen geführt und uns gezwungen, die Kriterien für den Befund von Marktmacht bzw. von Abwesenheit von Marktmacht, abstrakter und genauer zu fassen. Zu den verblüffenden Ergebnissen gehört beispielsweise der Befund, dass ein Marktsystem mit differenzierten Produkten, deren jedes von nur einem Unternehmen angeboten wird, sich annähernd wie ein Marktsystem bei vollkommener Konkurrenz verhalten kann; insofern kommt es für Machtlosigkeit nicht unbedingt darauf an, dass es in jedem Markt viele Anbieter und Nachfrager gibt.³¹ Überraschen mag ferner der Befund, dass der Einfluss eines Marktteilnehmers auf die Preise, zu denen er im Markt handeln kann, nicht unbedingt als Beleg von Marktmacht anzusehen ist; ein solcher Einfluss kann sich

31 Vgl. Hart (1979). Bei Hart ergibt sich vollkommene Konkurrenz als Grenzfall „monopolistischer Konkurrenz“ bei Produktdifferenzierung, wenn und insofern als die einzelnen differenzierten Produkte jeweils als nahe Substitute zu „benachbarten“ Produkten anzusehen sind. In diesem Fall sieht jeder einzelne „Monopolist“ sich einer fast vollkommen elastischen Nachfrage gegenüber und hat kaum Spielraum für Preisüberhöhungen.

auch aus Informationseffekten ergeben, wenn die Handelspartner aus dem Verhalten des Betroffenen Rückschlüsse auf die Qualität des gehandelten Produktes ziehen.³²

Als neues Kriterium für Marktmacht, das weder auf die Zahl und relative Größe der Beteiligten noch auf den Einfluss eines Marktteilnehmers auf die Marktpreise noch auf die Höhe der Gewinne rekurriert, hat Makowski (1980) ein abstraktes Prinzip, das „No Surplus Principle“, entwickelt. Danach hat eine Person oder ein Unternehmen *keine Marktmacht*, wenn das Wohlfahrtsniveau der anderen Teilnehmer der Volkswirtschaft unabhängig davon ist, was diese Person oder dieses Unternehmen tut, auch unabhängig davon, ob diese Person oder dieses Unternehmen gänzlich aus der Volkswirtschaft verschwindet. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, so hat die betreffende Person oder das betreffende Unternehmen in dem Maße „Macht“, wie ihre Beteiligung an der Volkswirtschaft das Wohlfahrtsniveau der anderen beeinflusst.

Der Begriff der Machtlosigkeit im Sinne des „No Surplus Principle“ umfasst zum einen den Sachverhalt, dass der einzelne im Verhältnis zur Volkswirtschaft insgesamt zu unbedeutend ist, als dass er außer den Dingen, die ihn selbst und nur ihn selbst betreffen, irgendetwas maßgeblich beeinflussen könnte, zum anderen den Sachverhalt, dass der einzelne zwar ein gewisses Gewicht hat, auch in Relation zur Volkswirtschaft insgesamt, dass dieses Gewicht sich aber nicht in Macht umsetzen lässt, da jeglicher Versuch dazu die Handelspartner veranlassen würde, ihre Pläne zu ändern.

Machtlosigkeit als Korrelat des Umstands, dass man als einzelner keinen spürbaren Beitrag zur Wohlfahrt des Restes der Volkswirtschaft leistet oder leisten kann – das Gegenstück dazu ist Marktmacht als Korrelat dessen, dass man einen spürbaren Beitrag zur Wohlfahrt des Restes der Volkswirtschaft leisten kann. Dieser Umstand ist maßgeblich für die mit Marktmacht verbundenen Friktionen und Konflikte: Das marktmächtige Unternehmen kümmert sich nicht um die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf den Rest der Volkswirtschaft; dementsprechend sind die Ergebnisse dieser Entscheidungen – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht Pareto-effizient. Im Hintergrund steht der Verteilungskonflikt, dass das marktmächtige Unternehmen einen möglichst großen Teil der Wohlfahrtsgewinne, die es beiträgt, für sich selbst einheimen möchte, etwa durch überhöhte Preise.

Für Böhms Gleichsetzung des Begriffs von Macht im Kontext der Grenzziehung zwischen Privatrechtsgesellschaft und Staatskompetenz und Macht im Sinne der Wirtschaftstheorie wirft das „No Surplus Principle“ ein Problem auf. Wenn nach dem „No Surplus Principle“ Macht daher rührt, dass der Betreffende die Möglichkeit hat, die Wohlfahrt der übrigen Volkswirtschaft zu erhöhen, so ist nicht einzusehen, warum diese Macht in der Privatrechtsgesellschaft keinen Platz haben soll. Ein zentrales Funktionselement der Privatrechtsgesellschaft sind freiwillige Verträge, die allen Beteiligten zum Nutzen gereichen. Wenn nach dem „No Surplus Principle“ die Grundlage ökonomischer Macht darin liegt, dass der Betreffende einen Beitrag zur Wohlfahrt der an-

32 So dient in Hellwig (2005) die Versicherungsnachfrage eines Kunden ohne jegliche Marktmacht als Signal für „moral hazard“; eine hohe Versicherungsnachfrage lässt den Preis ansteigen, da die Versicherer die negativen Anreizeffekte der Versicherung berücksichtigen.

deren Teilnehmer der Volkswirtschaft leistet, so ist nicht einzusehen, warum die Wahrnehmung der durch die Macht gegebenen strategischen Möglichkeiten den Rahmen der Privatrechtsgesellschaft sprengen sollte. Ist diese Art „Macht“ rechtsdogmatisch wirklich genauso einzuordnen wie die Fähigkeit des Staates, mit physischer Gewalt Zwang auszuüben?

Wenn Böhm gelegentlich die Vorstellung äußert, Verträge mit Monopolunternehmen seien eigentlich keine auf beiden Seiten freiwilligen Verträge, wie sie die Privatrechtsgesellschaft voraussetzt, sondern Ergebnisse von „Monopolzwang“, einseitige Diktate, denen der Kunde unterworfen sei, so übersieht er, dass der Kunde das Diktat des Monopolisten nur deshalb annimmt, weil er auf die Leistung des Monopolisten Wert legt. Das Problem liegt nicht darin, dass der Kunde von der Leistung des Monopolisten nichts hätte, sondern darin, dass er sehr viel davon hat und der Monopolist es versteht, ihn entsprechend seiner Wertschätzung für die Leistung bezahlen zu lassen.

Das Problem der Aufteilung des allseitigen Wohlfahrtsgewinns aus einer freiwilligen Übereinkunft ist ein zentrales Problem jeder Vertragsverhandlung – der bilateralen Verhandlung über den Kauf bzw. Verkauf eines Hauses oder eines alten Gemäldes ebenso wie der anonymen „Verhandlung“ durch Kauf- und Verkaufsangebote an der Börse. Betrachtet man Verhandlungen unter „Monopolzwang“ in der Privatrechtsgesellschaft als systemwidrig, so unterstellt man implizit, dass der Kunde des Monopolisten eigentlich einen Anspruch hätte, das Produkt deutlich billiger zu bekommen, etwa zu den Gestehungskosten des Anbieters, oder zu Wettbewerbspreisen. Mit dieser Unterstellung allerdings würde die rechtsdogmatische Begründung einer Bindung der Privatrechtsgesellschaft an die Marktform der vollständigen Konkurrenz in sich zirkulär.

In diesem Zusammenhang ist ein Einwand von Hayek von Bedeutung.³³ Hayek gibt zu bedenken, dass eine Monopolstellung sehr oft das Ergebnis besonderer Leistungen ist. Eine so erworbene Monopolstellung und die mit dieser Stellung verbundene Macht zur Bestimmung der Preise, zu denen man das Monopolprodukt verkauft, seien dem Privateigentum zuzurechnen. Eine staatliche Intervention zur Kontrolle dieser Macht beschränke die Möglichkeiten, die Früchte eigener Leistungen zu ernten, und sei als illegitimer Eingriff in das Privateigentum abzulehnen.³⁴ In diesem Sinn schreibt der Supreme Court der USA in seiner *Trinko*-Entscheidung: “The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be held unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive *conduct*.”³⁵

33 Hayek (2003), SS. 378 f.

34 Nach Hayek (2003), S. 383, sind auch weder die Größe eines Unternehmens noch die Macht zur Festsetzung der Preise geeignete Maße für die Schädlichkeit privater Macht.

35 *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko Ltd.*, 540 U.S. 398 (2004). In diesem Sinn zitiert auch Mestmäcker (1984), S. 33, den Richter Learned Hand mit dem Hinweis, man dürfe ein Unternehmen, das sich im Wettbewerb mit anderen durchgesetzt habe, nicht wegen der so erworbenen Marktstellung verurteilen. Allerdings ist das *Alcoa*-Urteil, dem dieser Hinweis entnommen wurde, besonders umstritten, weil es die Grenze zwischen Leistung und Verdrängungsmisbrauch sehr eng zieht.

Das von Hayek und dem Supreme Court angesprochene Problem kommt bei Böhm nicht vor. Bei ihm ist Marktmacht *immer* das Ergebnis von illegitimen Kartellbildungen, Unternehmenszusammenschlüssen oder Behinderungsmisbräuchen. Unternehmen wie Coca-Cola oder Microsoft, deren marktbeherrschenden Stellungen der Attraktivität ihrer Produkte für die Kunden zu verdanken sind, kommen in seiner Gedankenwelt nicht vor.

Damit komme ich zu den oben erwähnten empirischen Aussagen über das Entstehen von Marktmacht und das Verhalten marktmächtiger Unternehmen. In der Absolutheit, in der diese Aussagen formuliert werden, sind sie einfach falsch. Nicht alle Marktmacht ist das Ergebnis privatrechtlicher „Falschspielertricks“. Es gibt auch Marktmacht aufgrund von besonderen Leistungen und besonderer Attraktivität für die Kunden. Es gibt auch marktmächtige Unternehmen, die weiterhin Leistungswettbewerb betreiben und sich bemühen, ihre Produkte stets besser oder billiger werden zu lassen. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass illegitime Mittel des Erwerbs und der Bewahrung von Marktmacht in der Realität von großer Bedeutung sind.³⁶ Jedoch ist die Aussage, dass Marktmacht *ausschließlich* mit illegitimen Mitteln erworben und bewahrt wird meines Erachtens abzulehnen.

Damit aber ist die Vorstellung hinfällig, dass marktmächtige Unternehmen *per se* keinen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit hätten. Soweit ihre Marktposition auf Leistung beruht und sie auch Leistungswettbewerb betreiben, ist ein staatlicher Eingriff zur Kontrolle solcher Unternehmen problematisch. Will man der Möglichkeit entgehen, dass die wettbewerbspolitische Intervention gegenüber marktmächtigen Unternehmen selbst den Wettbewerb schädigt, so kommt man nicht umhin, das Verhalten des betreffenden Unternehmens und die Wirkungen der vorgesehenen Intervention im einzelnen zu untersuchen und zwischen wettbewerbsförderlichen und wettbewerbsschädlichen Wirkungen abzuwägen. Für diese Abwägung bedarf es, wie oben erwähnt, der Kriterien. Ehe ich darauf eingehe, will ich das Problem, um das es hier geht, anhand eines Beispiels veranschaulichen.

4. Konditionale Rabatt- und Bonussysteme – ein Beispiel für das Problem der Antinomie

4.1 Bonussysteme für Außendienstmitarbeiter – kein Thema der Wettbewerbspolitik

Betrachten wir ein Unternehmen, etwa der Versicherungsbranche, das seine Produkte durch eigene Mitarbeiter im Außendienst vertreibt. Der Absatz Erfolg des Unternehmens wird in hohem Maße durch den persönlichen Einsatz der Außendienstmitarbeiter bestimmt. Dieser Einsatz kann von der Unternehmensleitung nicht unmittelbar beobachtet und kontrolliert werden. Daher ist

³⁶ Allerdings ist auch bei Fusionen das Element der Leistungssteigerung nicht zu vernachlässigen. Der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zur später berüchtigten Standard Oil Trust im Jahre 1882, ermöglichte eine Reorganisation der Produktion mit Kostensenkungen von 40 % bei Kerosin und von 15 % bei Rohöl; vgl. Chandler (1990), S. 25 und S. 92 ff.

das Unternehmen darauf angewiesen, dass es die Außendienstmitarbeiter durch wirksame Anreize motiviert.

Wüsste man im Vorhinein, welche Absatzmöglichkeiten die jeweiligen Außendienstmitarbeiter haben werden, so könnte man jeweils bestimmte Absatzmengen vereinbaren und für diese Leistung ein bestimmtes Entgelt festsetzen. Das Anreizproblem hätte man damit gelöst. Zumeist fehlt aber die Information darüber, welche Absatzmöglichkeiten sich tatsächlich ergeben. Man braucht daher eine gewisse Flexibilität des Anreizsystems, etwa indem man die abzusetzende Menge offenlässt und, etwa, durch den Einsatz eines Bonussystems, das Entgelt für die Vertriebsleistung von der tatsächlich abgesetzten Menge abhängig lässt.

Ein solches Bonussystem könnte die in Abbildung 1 skizzierte Form annehmen. Unterhalb eines kritischen Wertes X^* erhält der Außendienstmitarbeiter einen Bonus in Höhe von a Euro für jede verkaufte Einheit. Bei Mengen oberhalb des kritischen Wertes beträgt der Bonus A Euro für jede verkaufte Einheit, wobei $A > a$. Am kritischen Wert X^* springt der Bonus von $a X^*$ auf $A X^*$.

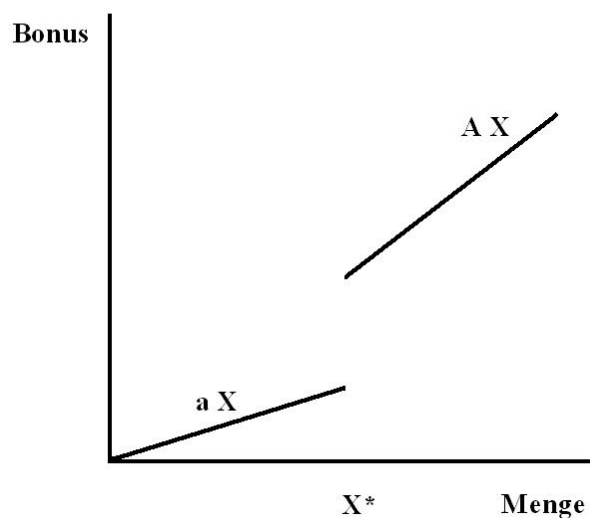


Abbildung 1

Das in Abbildung 1 gezeigte Bonussystem weist am Punkt X^* eine Sprungstelle auf. Diese gibt dem Außendienstmitarbeiter einen besonderen Anreiz, sich anzustrengen, um die kritische Absatzmenge X^* zu erreichen, von der an er den Bonus $A X$ erhält. Ein ähnlich großer Anreiz könnte auch von einem rein proportionalen Bonussystem mit einem Bonus von B Euro für jede verkaufte Einheit ausgehen, doch ist nicht auszuschließen, dass der dazu erforderliche Wert des Anreizkoeffizienten B noch größer sein müsste als A , der größere der beiden Anreizkoeffizienten in Abbildung 1. In diesem Fall hätte das Unternehmen bei einem proportionalen Bonussys-

tem höhere Kosten, um die intendierte Anreizwirkung zu erzielen, als bei dem in Abbildung 1 gezeigten Bonussystem.

Eine Sprungstelle im Bonussystem bietet die Möglichkeit, Verhaltensanreize und tatsächliche Zahlungen voneinander zu entkoppeln, d.h. starke Verhaltensanreize zu setzen, ohne besonders hohe Bonuszahlungen gewärtigen zu müssen. Bei einem proportionalen Bonussystem dagegen sind die vom Unternehmen zu leistenden Zahlungen und die Verhaltensanreize über den Koeffizienten B unmittelbar aneinander gekoppelt. Daher ist ein solches System für das Unternehmen in vielen Fällen ungünstiger als ein System mit einer Sprungstelle. Die Sprungstelle erhöht die Sensibilität der Zahlung gegenüber zusätzlichen Anstrengungen, ohne dass der Erwartungswert der zu leistenden Zahlungen entsprechend ansteigt.³⁷

Allerdings ist dazu erforderlich, dass die kritische Schwelle richtig gesetzt wird. Dabei es auf das spezifische Leistungsvermögen des Adressaten an. Man muss insbesondere der Gefahr Rechnung tragen, dass der Adressat bei zu hoch angesetzter Schwelle nach anfänglichen Fehlschlägen entmutigt aufgibt, weil er nicht mehr glaubt, dass er die Schwelle in der gesetzten Frist überhaupt noch erreichen kann. Daher ist wichtig, dass man genügend Information hat, um das bei optimalem Einsatz mögliche Ergebnis gut vorhersehen und die Schwelle X^* entsprechend setzen zu können.³⁸ Als mögliche Informationsquelle bietet sich die Erfahrung an, die man in der Vergangenheit mit dem betreffenden Mitarbeiter gemacht hat.

Die Wahl eines Entlohnungssystems für Außendienstmitarbeiter ist ein Element der Wettbewerbsstrategie des Unternehmens. Kann man durch ein Bonussystem mit einer Sprungstelle im Vertrieb positive Verhaltensanreize setzen, ohne dass die Kosten entsprechend steigen, so bewirkt dies eine Senkung der Vertriebskosten als eines wesentlichen Teils der Gesamtkosten. Die Wahl dieses Systems gibt dem Unternehmen die Möglichkeit, seine Produkte billiger anzubieten. Bei intensivem Wettbewerb sind die Unternehmen geradezu gezwungen, solche Kostenvorteile zu nutzen und an die Kunden weiterzugeben.

Ein staatliches Verbot eines solchen Bonussystems wäre als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen. Die Unternehmen könnten nicht mehr frei wählen und ausprobieren, welches System der Entlohnung für Außendienstmitarbeiter besonders kostengünstig ist.

Dies gilt auch, wenn das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat. Ein Verbot des in Abbildung 1 gezeigten Bonussystems für marktbeherrschende Unternehmen könnte dem Unternehmen die Möglichkeit nehmen, die kostengünstigste Vertriebsstrategie zu wählen. Seine Position im Wettbewerb mit anderen Unternehmen würde dadurch geschwächt. Einer weiteren Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens würde entgegengewirkt. Jedoch

37 Dazu grundlegend Mirrlees (1974) sowie Innes (1990). Auch nichtlineare Anreizsysteme sind tendenziell besser als lineare Systeme, was z.B. eine Managemententlohnung mit Aktienoptionen als sinnvoll erscheinen lässt. Die Entkoppelung des Zahlungsniveaus vom Anzeizeffekt ist besonders augenfällig, wenn der Koeffizient a in Abbildung 1 auf Null gesetzt wird. In diesem Fall muss der Mitarbeiter mindestens die Menge X^* absetzen, um überhaupt einen Bonus zu bekommen.

38 Fehlt die Information, um die Schwelle richtig zu wählen, so kann ein proportionales Anreizsystem besser sein. Dazu siehe Holmström und Milgrom (1987) sowie Hellwig und Schmidt (2002).

wäre es widersinnig, den Wettbewerb dadurch schützen zu wollen, dass man das marktbeherrschende Unternehmen zwingt, eine ineffiziente Vertriebsstrategie zu wählen.

Ein weiterer Ausbau der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht automatisch als wettbewerbswidrig anzusehen. Wenn dieser Ausbau sich darauf gründet, dass das Unternehmen effizient arbeitet und den Kunden attraktive Angebote macht, so ist er als Teil des Wettbewerbsprozesses zu respektieren. Ansonsten würde man den Wettbewerb selbst schädigen. Anstelle eines Regimes, in dem jeder seine Angebotsstrategie frei wählen kann und die Beteiligten auf der Marktgegenseite sich frei zwischen den verfügbaren Angeboten entscheiden können, hätte man ein Regime, in dem die Angebotsstrategie des Marktbeherrschers zumindest teilweise von der Wettbewerbsbehörde festgelegt wird. Warum sollte man dann nicht auch verlangen, dass das marktbeherrschende Unternehmen ineffiziente Produktionsverfahren verwendet? Auch das würde einer Verstärkung seiner marktbeherrschenden Stellung entgegenwirken.

Durch eine solche Politik würden die übrigen Anbieter im Markt vor dem Wettbewerb des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt. Im Wissen um die Handicaps, die die Wettbewerbsbehörde dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt, könnten sie in ihren Anstrengungen nachlassen, ohne die nachteiligen Folgen gewärtigen zu müssen, die bei ungehindertem Wettbewerb eintreten. Ein derartiger Schutz der anderen Unternehmen *vor* einem Leistungswettbewerb des Marktbeherrschers ist aber *nicht* das Ziel der Wettbewerbspolitik.

Die Einschätzung, dass ein Verbot des in Abbildung 1 gezeigten Anreizsystems als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen und daher abzulehnen ist, stützt sich *nicht* unmittelbar auf Effizienzerwägungen. Sie stützt sich vielmehr darauf, dass im Rahmen der Wettbewerbsordnung auch ein marktbeherrschendes Unternehmen gewisse Freiheitsrechte hat. Zu diesen Rechten gehört insbesondere das Recht, frei über die eigene Organisation, Produktion und Vertrieb entscheiden zu können.³⁹ Diese Entscheidungen sind der Kontrolle der Wettbewerbsbehörde entzogen.

Ob das vom Unternehmen in Wahrnehmung dieser Freiheitsrechte gewählte Bonussystem für die Außendienstmitarbeiter tatsächlich besonders kostengünstig ist, spielt dabei keine Rolle. Für die Setzung der Wettbewerbsfreiheit als Ziel der Wettbewerbspolitik kommt es nicht darauf an, welchen Gebrauch die Unternehmen von dieser Freiheit machen. Jedoch kann man erwarten, dass das Eigeninteresse die im Wettbewerb stehenden Unternehmen veranlassen wird, ihre Entscheidungsfreiräume effizient zu nutzen. Wenn ein Unternehmen seine Freiheitsrechte ineffizient nutzt, z.B. in der Organisation des Vertriebs, so wird es hohe Vertriebskosten haben und entsprechend höhere Preise für seine Produkte verlangen müssen. Dies wird ihm bei den Kunden schaden. Bei funktionsfähigem Wettbewerb wird es Marktanteile verlieren. Es wird dann versuchen, seine Strategie zu verbessern. Wenn ihm das nicht gelingt, so kann es am Ende vom Markt verdrängt werden. Wettbewerbserfolg und Überlebensfähigkeit der Unternehmen hängen davon ab,

39 Sofern dem nicht andere Rechtsvorschriften entgegenstehen, z.B. arbeitsrechtliche Vorschriften für den Umgang mit den Außendienstmitarbeitern. Für die wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Beurteilung sind diese Vorschriften unerheblich.

dass sie ihren Kunden attraktive Angebote machen. Je intensiver der Wettbewerb ist, desto stärker wirkt dieser Zusammenhang.

4.2 Warum werden Bonussysteme für Vertriebsagenturen anders behandelt als Bonussysteme für Außendienstmitarbeiter?

Stellen wir uns nun vor, dass das im vorstehenden Abschnitt betrachtete Unternehmen die Arbeitsverhältnisse mit seinen Außendienstmitarbeitern auflöst. Die einzelnen Außendienstmitarbeiter konstituieren sich neu als unabhängige Vertriebsagenturen („Ich-AGs“) und vertreiben die Produkte des Unternehmens im Rahmen von Kommissionsgeschäften. Materiell verändert sich gegenüber der vorherigen Situation nichts. Nur die Rechtsform der Beziehung zwischen dem Unternehmen und den Personen, die seine Produkte vertreiben, ist eine andere.

Im Verhältnis zu den Vertreibern seiner Produkte hat das Unternehmen dieselben Anreizprobleme wie vorher. Nach wie vor ist es darauf angewiesen, dass es durch die Art der Bezahlung für die gehörige Motivation zum Vertrieb seiner Produkte sorgt. Die zur Wahl stehenden Bonus- und sonstigen Anreizsysteme weisen dieselben Eigenschaften auf wie zuvor. Das gilt insbesondere für das in Abbildung 1 gezeigte Bonussystem mit einer Sprungstelle an einem kritischen Wert X^* . Nach derselben Logik wie zuvor wird ein Bonussystem dieses Typs unter bestimmten Bedingungen für das Unternehmen am günstigsten sein, d.h. die gewünschten Anreizwirkungen zu minimalen Kosten erzielen.

Man könnte daher vermuten, dass das Unternehmen nach wie vor frei ist, dieses Anreizsystem zu wählen, wenn es dies für besonders günstig hält. Tatsächlich aber kommt es jetzt darauf an, ob das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat oder nicht. Verträge mit unabhängigen Vertriebsagenturen unterliegen, anders als Arbeitsverträge, der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Eine Wettbewerbsbehinderung wird unterstellt, wenn durch die Vertragsgestaltung anderen Unternehmen die Möglichkeit genommen wird, ihrerseits die Vertriebspartner des marktbeherrschenden Unternehmens mit dem Vertrieb ihrer Produkte zu betrauen. Nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zu konditionalen Bonus- und Rabattsystemen⁴⁰ ist davon auszugehen, dass das in Abbildung 1 gezeigte Bonussystem in der Vertragsbeziehung zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Vertriebspartnern *per se* untersagt ist. Kommission und Gericht sehen eine Wettbewerbsbehinderung in dem Umstand, dass die mit dem Vertrieb beauftragte Agentur in einem Bereich knapp unterhalb von X^* alles daran setzen wird, den kritischen Wert X^* zu erreichen, so dass in dieser Situation ein Wettbewerber kaum Chancen hat, die Vertriebsagentur auch für sich arbeiten zu lassen.

40 Insbesondere in den Rechtssachen T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2003 E.C.R. II-4071, und T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2003 E.C.R. II-5917. Vgl. Spector (2005), Waelbroeck (2005).

Hierin liegt ein Paradoxon: Entlohnt das marktbeherrschende Unternehmen seine Außendienstmitarbeiter nach dem in Abbildung 1 gezeigten Bonussystem, so besteht wettbewerbsrechtlich kein Anlass zur Beanstandung, auch wenn die Arbeitsleistungen der Außendienstmitarbeiter anderen Unternehmen überhaupt nicht zur Verfügung stehen. Ändert sich der Status der mit dem Vertrieb betrauten Personen vom Außendienstmitarbeiter zum Geschäftsführers einer Vertriebsagentur, deren Leistungen grundsätzlich auch anderen Unternehmen zur Verfügung stehen, so ist die neue Situation wettbewerbspolitisch günstiger einzuschätzen als die alte – schließlich hat eine gewisse Marktöffnung stattgefunden. Nach diesem Wechsel aber – und trotz der eingetretenen wettbewerbspolitischen Verbesserung – kommt die Wettbewerbsbehörde und beanstandet das Verhalten des Unternehmens als missbräuchlich.⁴¹

Das Paradox löst sich teilweise auf, wenn man bedenkt, dass im Rahmen eines *Per-se*-Ansatzes zur wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht das jeweils zur Diskussion stehende Verhalten nicht isoliert betrachtet wird, sondern als Element einer größeren Klasse von Verhaltensweisen. Im ersten Fall geht es um Bonussysteme in Arbeitskontrakten, im zweiten um Bonussysteme in Verträgen mit unabhängigen Vertriebspartnern. Wenn die eine Fallklasse *per se* nicht der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegt und bei der anderen Fallklasse bestimmte Verhaltensweisen *per se* untersagt werden, so ist kaum zu vermeiden, dass es in Grenzbereichen zu paradoxen Ergebnissen kommt, wenn Fälle, die sich materiell kaum voneinander unterscheiden, verschiedenen Klassen zugeordnet werden.

Jedoch bleibt zu fragen, nach welchen Kriterien die *Per-se*-Regelungen selbst getroffen werden. Warum sind bestimmte Bonussysteme erlaubt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sie mit seinen Außendienstmitarbeitern vereinbart, und verboten, wenn es sie mit unabhängigen Vertriebsagenturen vereinbart? Die Erwägung, dass das in Abbildung 1 gezeigte Bonussystem bestimmte Anreizeffekte kostengünstig erzeugen kann, gilt im Verhältnis mit unabhängigen Vertriebsagenturen ebenso wie im Verhältnis mit Außendienstmitarbeitern.⁴² Die Erwägung, dass bestimmte Formen der Vertragsgestaltung den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang zu den betreffenden Vertriebskanälen versperren, gilt für den Vertrieb durch Außendienstmitarbeiter sogar noch mehr als für unabhängige Vertriebsagenturen. Warum wird bei der einen Fallklasse auf den einen Effekt abgestellt und bei der anderen Fallklasse auf den anderen Effekt?

Zur ersten Fallklasse – Verträge mit den eigenen Außendienstmitarbeitern – war oben ausgeführt worden, dass ein behördliches Verbot bestimmter Bonussysteme abzulehnen ist, da ein solches Verbot in Freiheitsrechte eingreift, die im Rahmen der Wettbewerbsordnung auch marktbeherrschenden Unternehmen zustehen müssen. Der Eingriff der Wettbewerbsbehörde selbst wäre als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen.

41 Vgl. Röller (2005), S. 42.

42 Dies dürfte der Grund dafür sein, dass die im Fall British Airways/Virgin Atlantic Airways beanstandeten Bonussysteme für Reisebüros nicht nur von British Airways als marktbeherrschendem Unternehmen, sondern auch von den Wettbewerbern von British Airways benutzt wurden.

Beim Übergang zur zweiten Fallklasse – Verträge mit unabhängigen Vertriebsagenturen – wird diese Erwägung nicht automatisch gegenstandslos. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass jedes Unternehmen, ob marktbeherrschend oder nicht, im Rahmen der Wettbewerbsordnung gewisse Freiheitsrechte hat, die es nach eigenem Gutdünken nutzen kann. Das behördliche Verbot bestimmter Bonussysteme beschränkt diese Rechte. Kommission und Gericht müssen sich daher fragen lassen, warum sie solche Verbote trotzdem aussprechen.

4.3 Wann sind konditionale Bonus- oder Rabattsysteme missbräuchlich?

Natürlich kann ein Bonussystem mit sprunghaften Änderungen der Zahlungen an bestimmten Schwellenwerten grundsätzlich auch als Wettbewerbsbeschränkung wirken. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Dienstleistungen der Vertriebspartner angewiesen sind, um im Markt tätig zu sein, und wenn das Ziel, die Schwellenwerte zu erreichen, die Kapazitäten der Vertriebspartner so in Anspruch nimmt, dass sie für Wettbewerber nicht mehr zur Verfügung stehen. In diesem Fall kann ein Wettbewerber nur in den Markt kommen, wenn er im Vorhinein, d.h. vor Kontrahierung des betreffenden Bonussystems, ein Alternativangebot macht, mit dem er die Gesamtkapazität des Vertriebspartners an sich zieht. Letzteres kommt zumindest für solche Wettbewerber nicht infrage, die neu in den Markt eingetreten sind oder eintreten wollen und die noch nicht das nötige Geschäftsvolumen für die Vertriebspartner aufbringen.

Für die Wettbewerbspolitik stellt sich die Frage, was schwerer wiegt, die Möglichkeit, dass ein Bonussystem mit sprunghaften Änderungen der Zahlungen an bestimmten Schwellenwerten den Wettbewerb behindert, da es den Wettbewerbern des Unternehmens den Zugang zu bestimmten Vertriebsmöglichkeiten verwehrt, oder die Möglichkeit, dass die Untersagung eines solchen Bonussystems selbst den Wettbewerb behindert, da sie dem marktbeherrschenden Unternehmen die Wahl eines kostengünstigen Anreizsystems versagt. Die Untersagung durch Kommission und Gericht ist sachlich gerechtfertigt, wenn der Marktverschlusseffekt des Bonussystems wichtiger ist als der potentielle Kostensenkungseffekt bzw. die Freiheit, das Bonussystem einzusetzen, um mit niedrigeren Kosten im Wettbewerb besser bestehen zu können. Die Untersagung ist zu kritisieren, wenn man letzteres für wichtiger hält als den Marktverschlusseffekt.

Allerdings lassen die Entscheidungen der Europäischen Kommission und des Gerichts zu konditionalen Bonus- und Rabattsystemen nicht erkennen, dass man sich dieses Abwägungsproblems bewusst gewesen wäre. Zur Begründung dieser Entscheidungen wurde folgendes angeführt:

- Die kritischen Schwellenwerte hängen von den in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Ergebnissen des betreffenden Vertriebspartners ab und sind somit von Vertriebspartner zu Vertriebspartner verschieden. Die Rabatt- und Bonussysteme können daher diskriminierend wirken, denn es kann vorkommen, dass verschiedene Vertriebspartner bei gleichen Umsätzen unterschiedliche Rabatte bzw. Boni oder bei unterschiedlichen Umsätzen dieselben Rabatte bzw. Boni bekommen.

- In einem Bereich kurz vor Erreichen der kritischen Schwellenwerte stehen die Vertriebspartner nicht für Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens zur Verfügung, da sie in diesem Bereich alles daransetzen, die Schwellenwerte zu erreichen.
- Bei denjenigen Mengeneinheiten, die zum Erreichen der Schwellenwerte führen, ist der Tatbestand der Kampfpreissetzung erfüllt, da die bei diesen Einheiten zusätzlich anfallenden Vertriebskosten, nämlich der jeweilige Sprung im Gesamtaufwand für Rabatt- und Bonuszahlungen, durch die Absatzpreise nicht gedeckt werden.

Auf die möglichen wettbewerbsförderlichen Effekte der beanstandeten Bonus- und Rabattsysteme gehen Kommission und Gericht nicht ein, geschweige denn auf die Möglichkeit, dass auch die Untersagung dieser Systeme wettbewerbsbeschränkend wirken könnte. Im Fall British Airways/Virgin Atlantic Airways⁴³ wird der Vortrag von British Airways, dass die Wettbewerber des Unternehmens selbst die beanstandeten Bonussysteme verwenden, mit dem Argument beiseite gewischt, aufgrund seiner besonderen Verantwortung hätte ein marktbeherrschendes Unternehmen eben nicht dieselben Rechte wie seine Wettbewerber.

Der pauschale Hinweis auf die besondere Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens klingt wie ein fernes Echo von Böhms Dictum, ein marktmächtiges Unternehmen habe keinen Anspruch auf Entscheidungsautonomie. Ich halte es allerdings für fatal, wenn ein solcher pauschaler Hinweis an die Stelle einer genauen Analyse der Wettbewerbswirkungen des beanstandeten Verhaltens bzw. seiner Untersagung tritt.

Nach den gegebenen Begründungen wurde die Möglichkeit, bei den beanstandeten Bonus- oder Rabattsystemen könne es sich um legitimes Wettbewerbsverhalten handeln, nicht ernsthaft geprüft. Als Wirtschaftswissenschaftler stelle ich fest, dass die Argumente, die gegeben wurden, mit einer angemessenen Analyse des Sachverhalts wenig zu tun haben. Die Faktoren, auf die es ankäme, um die Wettbewerbswirkungen der betreffenden Rabatt- oder Bonussysteme zu beurteilen, wurden überhaupt nicht geprüft. Die von Kommission und Gericht aufgeführten Argumente bieten keine Grundlage, um zu beurteilen, ob bzw. inwiefern eine Marktverschlusswirkung in den angesprochenen Fällen vorlag oder vorliegen konnte.

Zum einen wird das Element der Unsicherheit *ex ante* über die tatsächlichen Absatzmöglichkeiten des Vertriebspartners unterschlagen. Kommission und Gericht stellen ab auf bestimmte Situationen *ex post*, wenn man bereits weiß, dass man sich knapp unterhalb der kritischen Schwelle befindet. Dies betrifft etwa die Einschätzung, bei der letzten Mengeneinheit vor Erreichen der Schwelle liege der Tatbestand der Kampfpreissetzung vor. Diese Einschätzung verkennt, dass das betreffende Unternehmen zu dem Zeitpunkt, wo es das Rabatt- oder Bonussystem vorschlägt, noch gar nicht weiß, welchen Absatzerfolg der Vertriebspartner haben wird. Zu diesem Zeitpunkt entscheidet das Unternehmen aufgrund einer Erwartungswertkalkulation *ex ante*, wobei es neben den erwarteten Vertriebskosten die Verhaltensanreize auf den Vertriebspartner berücksichtigt.

43 Siehe FN 41.

Aus der Perspektive dieser Erwartungswertkalkulation ist der Vorwurf der Kampfpreissetzung unbegründet. Die diesem Vorwurf zugrunde liegende Interpretation des Anstiegs der Bonuszahlung je zusätzlicher verkaufter Einheit als „Preis“ für die Leistung beim Verkauf dieser Einheit ist ökonomisch unsinnig, geht es doch darum, welche Anreize das Bonussystem als Ganzes dem Vertriebspartner setzt und ob dies die zu erwartenden Vertriebskosten erhöht oder senkt.⁴⁴ Wenn das Rabatt- oder Bonussystem die zu erwartenden Vertriebskosten des Unternehmens *senkt*, kann man wohl kaum von einer Kampfpreisstrategie reden.⁴⁵

Auch das Argument, dass der Vertriebspartner des marktbeherrschenden Unternehmens in bestimmten Situationen kurz vor Erreichen der kritischen Schwelle nicht für Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens zur Verfügung stehe, bezieht sich allzu sehr auf eine bestimmte Situation *ex post*, bei der die im Vorhinein bestehende Unsicherheit schon weitgehend aufgelöst ist. Die Analyse dieser Wettbewerbssituation selbst enthält ein erhebliches Element der Willkür.⁴⁶ Nicht betrachtet wird die Bedeutung des Bonussystems für den Wettbewerb *ex ante*, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, oder auch zwischenzeitlich, wenn die kritische Schwelle noch nicht im Zentrum des Geschehens steht.

Die Vernachlässigung der Unsicherheit *ex ante* ist insofern kritisch, als gerade diese Unsicherheit überhaupt erst der Grund dafür ist, dass die in Rede stehenden Rabatt- und Bonussysteme gewählt werden. Gäbe es sie nicht, so könnte der Marktbeherrscher im Vorhinein, z.B. am 1. Januar eines jeden Jahres, die zu verkaufende Menge und das zu entrichtende Entgelt mit seinem Vertriebspartner vereinbaren. Ein solcher Vertrag wäre formal äquivalent zu einem Bonussystem mit Null Bonus unterhalb und einem Fixum oberhalb der kritischen Menge. Dass stattdessen ein Bonussystem gewählt wird, bei dem die abzusetzende Menge nicht von vornherein festliegt, liegt daran, dass die Beteiligten im Vorhinein nicht vorhersehen können, welche Menge der Vertriebspartner absetzen kann. Indem Kommission und Gericht die Unsicherheit *ex ante* aus ihren Überlegungen ausklammerten, nahmen sie sich die Möglichkeit, überhaupt die Gründe zu erfassen, die die Beteiligten veranlassen, ein Bonussystem zu vereinbaren.

Will man das konditionale Rabatt- oder Bonussystem aus einer *Ex-ante*-Perspektive beurteilen, so stellt sich das alte Problem der Unterscheidung zwischen legitimem Wettbewerbsverhalten und illegitimem Verdrängungswettbewerb. Dieses Problem betrifft gerade auch die Anreizwir-

44 Die Vorstellung von einem „Preis“ je Einheit Vertriebsleistung setzt voraus, dass die verschiedenen Einheiten unabhängig voneinander gehandelt werden können. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Ob der Vertriebspartner im Dezember in der Nähe des Schwellenwerts liegt, hängt davon ab, wieviel er im Januar, Februar etc. verkauft hat.

45 Zur Veranschaulichung betrachte man den Übergang von einem System mit konstant 5 % Bonus zu einem System mit 5 % Bonus bei Erreichen einer Umsatzschwelle und Null Bonus sonst. Bei letzterem System sind die Vertriebskosten des marktbeherrschenden Unternehmens immer dann, wenn die Umsatzschwelle nicht erreicht wird, *niedriger* als bei dem ersten. Nach der Logik von Kommission und Gericht wäre trotzdem ein Kamppreistatbestand zu beanstanden.

46 Wenn gefragt wird, welchen „Preis“ pro Einheit ein fiktiver Wettbewerber bezahlen müsste, damit der Vertriebspartner des marktbeherrschenden Unternehmens für ihn arbeitet, so hängt das Ergebnis im Bereich knapp unterhalb der Sprungstelle des Bonussystems rein mechanisch davon ab, auf welche Menge der Sprung in der Bonuszahlung umgelegt wird. Der erforderliche „Preis“ pro Einheit kann beliebig groß gemacht werden, indem man den betrachteten Bereich knapp unterhalb der kritischen Schwelle klein genug wählt. Mit tatsächlich zu erwartenden Wettbewerbswirkungen hat dieser Befund nicht viel zu tun.

kungen des Rabatt- oder Bonussystems *ex ante*. Ob diese Anreizwirkungen vorrangig auf die Faulheit des Vertriebspartners oder auf die Verdrängung der Wettbewerber zielen, lässt sich ohne eine genauere Kenntnis der Umstände nicht sagen. So wie jeder Versuch, einen Endkunden für sich zu gewinnen, auch ein Versuch ist, dem Wettbewerber den Endkunden wegzunehmen, so impliziert auch jeder Versuch zur stärkeren Motivation der Vertriebspartner automatisch eine gewisse Demotivation der Vertriebspartner, für andere Unternehmen zu arbeiten.

Allerdings können die Umstände des Falles zusätzliche Information liefern. So kann die Möglichkeit eines Marktverschlusses weitgehend ausgeschlossen werden, wenn das Angebot an Vertriebsleistungen relativ elastisch auf zusätzliche Nachfrage reagiert. Kann der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens damit rechnen, dass sein eigenes Bemühen um Vertriebsleistungen ein zusätzliches Leistungsangebot auf der Vertriebsstufe hervorruft, so kann die Möglichkeit einer Marktverschlusswirkung *a priori* ausgeschlossen werden. Um die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der konditionalen Rabatt- und Bonussystems angemessen zu beurteilen, wäre daher zu untersuchen gewesen, wie elastisch das Angebot an Vertriebsleistungen ist. In diesem Zusammenhang wären die Möglichkeiten des Marktzutritts neuer Vertriebsagenturen, der Kapazitätsausweitung bestehender Vertriebsagenturen oder auch die Erschließung neuer Vertriebskanäle zu prüfen gewesen.⁴⁷ In den angesprochenen Fällen jedoch haben weder die Europäische Kommission noch das Gericht Erster Instanz diese Art von Prüfung durchgeführt. Eine sachgerechte Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der beanstandeten Praktiken war daher nicht möglich.⁴⁸

Ob die hier besprochenen Entscheidungen im Ergebnis angemessen waren, kann ich als Außenstehender nicht beurteilen. Jedoch ist zu bemängeln, dass die Begründungen keinerlei Sensibilität bezüglich der Möglichkeit erkennen lassen, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen Freiheitsrechte hat und dass unangemessene Beschränkungen dieser Rechte durch behördliche Eingriffe den Wettbewerb selbst schädigen können.

5. Zur Reform der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG

5.1 Missbrauchsaufsicht: „Form Based“ oder „Effects Based“?

Die hier vorgetragenen Überlegungen sind unmittelbar von Bedeutung für die Diskussion um eine Reform der europäischen Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG. In dieser Diskussion verlangen die Kritiker des Status Quo, dass Wettbewerbsbehörden und Gerichte vom bisherigen „verhaltensbasierten“ („form based“) Ansatz der Missbrauchsaufsicht übergehen zu einem „wir-

47 Im Fall des Vertriebs durch Außendienstmitarbeiter entspräche dem die Erwägung, dass es dem Wettbewerber freisteht, eigene Außendienstmitarbeiter einzustellen.

48 Auch der Befund eines Diskriminierungstatbestands ist kritisch zu sehen. Wie oben erläutert wurde, hängen die Anreizwirkungen eines un stetigen Bonussystems entscheidend davon ab, dass die kritische Schwelle entsprechend dem spezifischen Leistungsvermögen des jeweiligen Partners angemessen gesetzt wird. Genau dies wird durch die Abhängigkeit der kritischen Schwellen von den in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Ergebnissen ermöglicht. Zumindest hätte geprüft werden müssen, ob dies nicht als hinreichender sachlicher Grund für die Unterschiede in den Schwellenwerten für verschiedene Vertriebspartner anzusehen wäre.

kungsbasierten“ („effects based“) Ansatz. Im Rahmen des Letzteren sollen die möglichen „pro-kompetitiven“ Wirkungen einer in Rede stehenden Praktik ebenso untersucht werden wie die „anti-kompetitiven“ Wirkungen. Im Ergebnis sei zwischen „pro-kompetitiven“ und „anti-kompetitiven“ Wirkungen abzuwägen.⁴⁹

Befürworter des Status Quo verweisen demgegenüber auf die Rechtssicherheit, die ein verhaltensbasierter Ansatz gewährt, bei dem die Unternehmen im Vorhinein wissen, welche Praktiken erlaubt sind und welche verboten, ohne dass es darauf ankäme, wie Behörde und Gerichte die verschiedenen Wirkungen des fraglichen Verhaltens gegeneinander abwägen.

Zur Vorbereitung möglicher Leitlinien zur Missbrauchsaufsicht hat die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission im Dezember 2005 ein Diskussionspapier vorgelegt.⁵⁰ Darin schlägt sie zwei grundlegende Neuerungen vor:

- Die Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG soll vom bisherigen verhaltensbasierten Ansatz zu einem wirkungsbasierten Ansatz übergehen.
- Die betroffenen Unternehmen sollen die Möglichkeit bekommen, etwaige pro-kompetitive Effekte ihres Verhaltens geltend zu machen, die dann gegebenenfalls in analoger Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG als „Efficiencies“ berücksichtigt werden können.

Die Diskussion zu diesem Diskussionspapier spiegelt die Grundpositionen von Kritikern und Befürwortern des Status Quo. Den einen geht das Papier nicht weit genug, den anderen geht es viel zu weit.

In dieser Diskussion lenkt meines Erachtens die Gegenüberstellung des vermeintlichen Gegensatzpaares „verhaltensbasiert“ – „wirkungsbasiert“ von den eigentlichen Fragen ab. In dieser Gegenüberstellung werden drei Fragen miteinander vermengt, zum ersten die Frage, ob man ein bestimmtes Verhalten *per se* untersagen oder im Rahmen einer „rule of reason“ von Fall zu Fall prüfen soll, zu zweiten die Frage, ob man auf etwaige positive Wettbewerbswirkungen des betreffenden Verhaltens abstellen soll, zum dritten die Frage, ob neben den positiven Wettbewerbswirkungen auch etwaige weitere Effizienzwirkungen des betreffenden Verhaltens zu berücksichtigt werden sollen.

Das von den Befürwortern des Status Quo hervorgehobene Desideratum der Rechtssicherheit betrifft die erste Frage. Eine *Per-se*-Regel lässt wenig Spielraum, den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden, hat aber den Vorteil, dass die Unternehmen genau wissen, was sie dürfen und was sie nicht dürfen. Wenn dieser Vorteil gegenüber den Kosten der geringeren Treffsicherheit der Entscheidung im Einzelfall überwiegt, so kann eine *Per-se*-Regel angemessen sein. Ein Beispiel bietet die Fusionskontrolle, wo man die positiven und negativen Wirkungen eines Zusammenschlusses nicht in jedem einzelnen Fall genau abschätzt, sondern mit der Vermutung arbei-

49 So etwa Gual *et al.* (2006).

50 European Commission (2005). Siehe auch Allen (2006) sowie Montag und Van Cauwelaert (2006).

tet, dass unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze die positiven Effekte überwiegen, oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze jedoch die negativen.

Die Frage, ob eine *Per-se*-Regel oder ein *Rule-of-Reason*-Ansatz vorzuziehen ist, ist aber unabhängig von der Frage, auf welche Wirkungen des in Rede stehenden Verhaltens die Wettbewerbsbehörde und die Gerichte abstellen sollen. Auch wenn man aus Gründen der Rechtssicherheit einen verhaltensbasierten Ansatz befürwortet und ein in Rede stehende Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, etwa ein konditionales Bonussystem, mit einem *Per-se*-Verbot belegen will, ist angemessen zu begründen, warum dieses Verhalten als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist.⁵¹ Der Verweis auf das Erfordernis der Rechtssicherheit ist kein Ersatz für eine solche Begründung.

Zur Beantwortung dieser Frage genügt es nicht, dass man einen Aspekt des beanstandeten Verhaltens herausgreift, der die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens schädigen kann. Negative Auswirkungen auf Wettbewerber ergeben sich auch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf legitime Weise Wettbewerbserfolge erzielt, so zum Beispiel, wenn ein Bonussystem die Vertriebskosten des Unternehmens senkt und Spielraum für Preissenkungen schafft. Ohne eine genaue Untersuchung der Gründe für die negativen Auswirkungen auf die Wettbewerber setzt man sich der Gefahr aus, dass man zwar die Wettbewerber schützt, den Wettbewerb selbst aber schädigt.

Das Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb lässt nicht erkennen, dass man sich dieses Problems bewusst wäre. In der für die Unterscheidung von „Form“ und „Effects“ grundlegenden Tz. 58 heißt es zum Nachweis von wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen („likely market distorting foreclosure effects“) eines Verhaltens: „It is sufficient that ... the dominant firm is able to directly raise rivals' costs or reduce demand for rivals' products...“ Dass eine Nachfragereduktion bei den Wettbewerbern auch das Ergebnis einer legitimen, erfolgreichen Wettbewerbsstrategie sein kann, wird nicht berücksichtigt. Das Diskussionspapier lässt leider nicht erkennen, wie man zwischen einem legitimen Wettbewerbserfolg und einem Marktausschluss durch das marktbeherrschende Unternehmen unterscheiden will.⁵²

Aus den hier vorgetragenen Überlegungen ergibt sich die Forderung, dass grundsätzlich *alle Wettbewerbswirkungen in die Wettbewerbsanalyse* einzubeziehen sind, bei einer *Per-se*-Betrachtungsweise wie bei einem *Rule-of-Reason*-Ansatz. Es gilt, im Rahmen einer Gesamtanalyse zwischen anti-kompetitiven Effekten und pro-kompetitiven Effekten abzuwägen, zwischen den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des in Rede stehenden Verhaltens und den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Untersagung. Eine Wettbewerbsanalyse, die sich auf eine Teilmenge der möglichen Wettbewerbswirkungen beschränkt, wäre nicht als angemessene Grundlage für die Beurteilung des in Rede stehenden Verhaltens anzusehen. Ein Ausklammern positiver Wettbewerbswirkungen erschiene als willkürlich, wenn nicht gar vorurteilsbehaftet.

51 Mestmäcker (1984), S. 33 f.

52 Auch lässt das Diskussionspapier nicht erkennen, dass man im Umgang mit Rabatt- und Bonussystemen konzeptionell über den Stand vergangener Verfahren hinausgekommen wäre.

5.2 „Pro-kompetitive“ Effekte als „Efficiencies“?

Den Vorschlag, etwaige pro-kompetitive Effekte eines Verhaltens in analoger Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG als „Efficiencies“ zu berücksichtigen, halte ich für problematisch. Zum einen wird dieser Vorschlag der Bedeutung der pro-kompetitiven Effekte nicht gerecht. Zum anderen gefährdet er den Status der Wettbewerbspolitik als Anwendung von Wettbewerbsrecht.

Pro-kompetitive Effekte sind etwas anderes als Effizienzen. Die im vorangegangenen Abschnitt formulierte Kritik der Entscheidungspraxis von Kommission und Gericht zu konditionalen Rabatt- und Bonussystemen zielte *nicht* in erster Linie die Effizienzwirkungen dieser Systeme ab. Im Vordergrund der Kritik stand vielmehr die Einschätzung, dass man den Wettbewerb selbst schädigen kann, wenn man die Möglichkeit außer acht lässt, dass das beanstandete Verhalten eine legitime Wettbewerbsstrategie darstellt. Diese Kritik wird auch nicht ausgeräumt, wenn man die Möglichkeit einer „efficiency defense“ zulässt, vermittels derer das beklagte Unternehmen geltend machen kann, sein Verhalten wirke effizienzsteigernd und komme den Verbrauchern zugute. Es geht um die Wettbewerbsanalyse selbst und nicht um eine Korrektur der Wettbewerbsanalyse durch zusätzliche Effizienzerwägungen.

Zwischen Wettbewerbsfreiheit und Effizienz besteht eine bemerkenswerte Dialektik: Einerseits gehört es zur Wettbewerbsfreiheit, dass die Unternehmen in bestimmten Bereichen jegliche Entscheidungen treffen können, auch solche, die ineffizient sind. Andererseits bewirkt Wettbewerbsfreiheit, dass Marktergebnisse effizient sind. Jedoch ist nach den Ausführungen der Abschnitte 2 und 3 die Effizienz der Marktergebnisse *nicht* der Grund dafür, dass Wettbewerbsfreiheit durch Wettbewerbspolitik zu schützen ist.

In Abschnitt 4.1 wurden folgende Auswirkungen eines Verbots des in Abbildung 1 gezeigten konditionalen Bonussystems für Außendienstmitarbeiter ermittelt:

- Das Verbot stellt einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens dar.
- Ist das Bonussystem ineffizient, so hat der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit keine nennenswerten Auswirkungen auf die Marktergebnisse.⁵³ Allenfalls greift es den Ergebnissen des Wettbewerbsprozesses vor und schützt das marktbeherrschende Unternehmen und seine Kunden zeitweise vor einer ineffizienten Vertriebsstrategie.
- Ist das in Abbildung 1 gezeigte Bonussystem effizient, so hindert der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit das marktbeherrschende Unternehmen daran, mit der kostengünstigsten Vertriebsstrategie im Wettbewerb aufzutreten. Dadurch werden die Kunden in dem betreffenden Markt schlechter gestellt, die einen, weil die Überhöhung der Vertriebskosten die Produkte verteuert, die anderen, weil die der anderen Anbieter im Markt einem geringeren Wettbe-

53 Für mögliche Gründe einer solchen Ineffizienz, siehe FN 39.

werbsdruck ausgesetzt sind und entsprechend weniger Anreize haben, ihre eigenen Angebote so attraktiv wie möglich zu gestalten.

Als nachhaltige Wirkung des Verbots ist also vor allem die Möglichkeit anzusehen, dass die Kunden in dem betreffenden Markt schlechter gestellt werden. Der Effizienzverlust, der dies bewirkt, ist ein *Indiz* für die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch den behördlichen Eingriff. Er ist aber *nicht* unmittelbar der Grund dafür, dass von einem Verbot Abstand zu nehmen ist. Der Grund liegt vielmehr in der mit einem Verbot verbundenen Beschränkung von Freiheitsrechten. Würde man stattdessen auf Effizienzeffekte abstellen, so fiel man in das von Mestmäcker (2005) zu Recht kritisierte Muster der Instrumentalisierung des Wettbewerbs zum Erreichen von Effizienzzielen zurück. Der Versuch, etwaige „pro-kompetitive“ Effekte als Effizienzen zu behandeln, wird insofern der Bedeutung des Problems nicht gerecht.

Im übrigen ist zu gewärtigen, dass, wenn die Möglichkeit einer – im Vertrag nicht vorgesehenen! – analogen Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG auf Fälle des Art. 82 EG einmal geschaffen worden ist, auch weitere, nicht wettbewerbliche Effizienzwirkungen – oder auch sonstige, bei einer analogen Anwendung von Art. 81 Abs. 3 infrage kommenden Kriterien – zu berücksichtigen sein werden. Solche zusätzlichen Kriterien bergen die Gefahr der Beliebigkeit, wenn nicht gar Willkür. Wettbewerbspolitik bezieht aber ihre Stärke daraus, dass sie den Betroffenen als Anwendung von Wettbewerbsrecht erscheint. Diese Grundlage der Wettbewerbspolitik würde gefährdet, wenn neben den Wettbewerbswirkungen auch noch andere Aspekte in die Analyse einbezogen würden.

Für Effizienzeinreden nach Art. 81 Abs. 3 EG liegt die Beweislast bei dem betroffenen Unternehmen. Diese Beweislastregelung schützt zwar die Wettbewerbspolitik vor einem Missbrauch von Effizienzeinreden durch die betroffenen Unternehmen. Sie schafft aber auch Spielraum für eine gewisse Willkür der Wettbewerbsbehörde, ob sie sich von einer Effizienzeinrede im Einzelfall überzeugen lässt oder nicht. Auch dies schadet der Rechtssicherheit der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht.

5.3 Der Vorschlag der EAGCP: Verbraucherinteressen als Indikator für Wettbewerb

Die Forderung, pro-kompetitive und anti-kompetitive Effekte eines Verhaltens gemeinsam im Rahmen der Wettbewerbsanalyse zu berücksichtigen, lässt offen, wie die Abwägung der verschiedenen negativen und positiven Wettbewerbswirkungen im einzelnen vorzunehmen ist. Auf den ersten Blick geht es um einen Vergleich von Äpfeln und Birnen, so etwa im Fall der konditionalen Bonus- und Rabattsysteme den Vergleich der Wettbewerbswirkungen eines möglichen Marktverschlusses mit den Wettbewerbswirkungen des Verbots eines möglicherweise kostengünstigen Vertriebssystems. Wie soll man derart inkommensurable Dinge gegeneinander abwägen?

Die Economic Advisory Group on Competition Policy als Beratungsgremium der Generaldirektion Wettbewerb hat hierzu vorgeschlagen, dass man in erster Linie die Auswirkungen des zur Diskussion stehenden Verhaltens auf die Verbraucher als Indiz für Wettbewerbswirkungen ansieht und dass man versucht, den Saldo positiver und negativer Effekte auf die Verbraucher zu erfassen.⁵⁴ Im Fall der in Abschnitt 4 diskutierten Bonus- und Rabattsysteme würde dem die Frage entsprechen, inwiefern die Verbraucher von etwaigen Vertriebskostensenkungen der Unternehmen profitieren, auch die Frage, inwiefern die Lieferanten sich veranlasst sehen, die Boni und Rabatte, die sie erhalten, an die Verbraucher weiterzugeben. Die Vorteile, die die Verbraucher aus der etwaigen Weitergabe von Senkungen der Vertriebskosten der Unternehmen und/oder Boni bzw. Rabatten der Intermediäre ziehen, wären zu vergleichen mit den Nachteilen, die ihnen dadurch entstehen, dass ein etwaiger Marktverschlusseffekt die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens behindert. Indem man auf die Verbraucherinteressen abstellt, macht man die verschiedenen Effekte miteinander kommensurabel.

Das Abstellen auf Verbraucherinteressen ist nicht als Effizienzargument durch die Hintertür zu verstehen. Unternehmensgewinne spielen in dieser Argumentation keine Rolle, auch nicht ein Konzept der „Gesamtwohlfahrt“ als Summe aus Konsumenten- und Produzentenrenten. Es geht nicht um „allgemeine Wohlfahrt“ als Ziel der Wettbewerbspolitik, sondern um Verbraucherwohlfahrt als Indiz für Wettbewerbswirkungen.

Maßgeblich ist die Erwägung, dass „Wettbewerb“ in einem Markt in erster Linie ein Bemühen um die Marktgegenseite ist. Der Nutzen, den die Marktgegenseite aus dem betreffenden Markt zieht, ist daher ein Maßstab dafür, wie gut der Wettbewerb in diesem Markt funktioniert. Hat ein Verhalten sowohl „pro-kompetitive“ als auch „anti-kompetitive“ Effekte, so werden die einen den Verbrauchern nützen, die anderen den Verbrauchern schaden. Der Saldo liefert einen Maßstab für die Gesamtbeurteilung.

Bei Endproduktmärkten führt diese Erwägung unmittelbar zum Verbraucherinteresse als Maßstab der Wettbewerbseffekte. Bei vorgelagerten Märkten kommt die Erwägung hinzu, dass die vertikale Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit in dem betreffenden Sektor selbst ein Instrument des Wettbewerbs ist, der letztlich wiederum den Verbrauchern dient. So oder so – bei Endproduktmärkten wie bei vorgelagerten Märkten – sorgt Wettbewerb dafür, dass der Produktionssektor der Volkswirtschaft den Interessen der Verbraucher bezüglich Preisen, Qualität, Produktvielfalt usw. Rechnung trägt. Eine Erhöhung der Verbraucherwohlfahrt kann daher als Beleg für positive Wettbewerbseffekte gesehen werden, eine Senkung als Beleg für negative Wettbewerbseffekte.⁵⁵

Allerdings sind „Verbraucherinteressen“ eine mehrdimensionale Größe. In manchen Fällen geht es um multiple Märkte mit heterogenen Verbrauchern, mit gegenläufigen Interessen. In man-

54 Gual *et al.* (2006).

55 Auch Bork (1978) fordert eine Orientierung der Wettbewerbspolitik an Verbraucherinteressen. Jedoch hat er dafür eine andere Begründung. Er rekurriert auf die in der Sherman Act enthaltene Ächtung von Maßnahmen „in restraint of trade“ und stellt darauf ab, dass in den meisten Märkten Maßnahmen, die den Verbraucherinteressen schaden, das Tauschvolumen sinken lassen, mithin eine Form von „restraint of trade“ darstellen.

chen Fällen ist es auch nötig, Verbraucherinteressen in heutigen Märkten mit Verbraucherinteressen in zukünftigen Märkten zu vergleichen. Dies gilt z.B. für die Formen von Verdrängungsmisbrauch, bei denen sehr attraktive Angebote heute die Wettbewerber des Marktbeherrschers verdrängen und die Grundlage dafür legen, dass zukünftige Verbraucher ausgebeutet werden können.

In all diesen Fällen muss die Wettbewerbsbehörde zwischen verschiedenen Verbraucherinteressen abwägen. Dazu liefern in einigen Fällen die Märkte selbst die erforderlichen Gewichtungsfaktoren, z.B. in Form von Zinssätzen, die dazu dienen können, die angemessene Mindergewichtung der Zukunft gegenüber der Gegenwart zu bestimmen. In anderen Fällen geht es um Fragen der Umverteilung zwischen Verbrauchergruppen, für die es keine „objektiven“ Bewertungsmaßstäbe gibt. In diesen Fällen ist die Urteilkraft der Wettbewerbsbehörde gefordert, auch wenn dadurch ein subjektives Ermessen ins Spiel kommt. Die Einräumung eines Ermessens befreit die Behörde allerdings nicht von der Pflicht, die Abwägung, die sie vornimmt, klar herauszustellen und ihre Entscheidung angemessen zu begründen.

Das hier skizzierte Programm wird in der Praxis nicht immer vollständig durchzuführen sein. So mag Datenmangel verhindern, dass die Wirkungen eines Verhaltens auf die Verbraucher vollständig und genau erfasst werden. Jedoch ist es auch in solchen Fällen sinnvoll, die Untersuchung durch die Frage leiten zu lassen, welchen Einfluss das in Rede stehende Verhalten auf die Verbraucher hat. Die Vorgabe eines durch die Verbraucherinteressen definierten festen begrifflichen Rahmens sorgt für gedankliche Disziplin und zwingt die Wettbewerbsbehörde, eine konsistente Darstellung der relevanten Wettbewerbswirkungen zu geben.

Der hier geforderte Einbezug pro-kompetitiver Effekte in die Wettbewerbsanalyse selbst erhöht die analytischen Anforderungen an die Wettbewerbsbehörde. Sie kann sich nicht mehr damit begnügen, einzelne wettbewerbsbeschränkende Effekte eines beanstandeten Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens als möglich herauszustellen. Sie muss vielmehr zeigen, dass pro-kompetitive Effekte nicht vorliegen bzw. gegenüber den anti-kompetitiven Effekten nicht ins Gewicht fallen. Dazu ist erforderlich, dass sie ein Gesamtbild der verschiedenen Effekte entwirft und erläutert, worin genau der Schaden besteht, den das beanstandete Verhalten für die Verbraucher verursacht. Ohne die gedankliche Disziplin eines solchen Analyseschemas ist zu befürchten, dass die Wettbewerbsbehörde den Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz der Wettbewerber verwechselt. Dies allerdings würde dem Ziel der Wettbewerbsfreiheit zuwiderlaufen.

6. Literatur

- Allen, Bill (2006), Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper, *Competition Policy International* **2**: 43 – 82.
- Arrow, Kenneth J. (1951), An Extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics, in: Jerzy Neyman (Hg.), *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*, University of California Press, Berkeley 1951, abgedruckt in: *Collected Papers of Kenneth J. Arrow*, Bd. 2, Blackwell, Oxford 1983: 13 – 45.
- Arrow, Kenneth J. (1963), *Social Choice and Individual Values*, Cowles Foundation Monograph 12, 2. Auflage, Yale University Press, New Haven.
- Böhm, Franz (1928), Das Problem der privaten Macht, *Die Justiz* **3**: 324-345, hier zitiert nach: Franz Böhm (1960), *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, hg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe: 25 – 45.
- Böhm, Franz (1946), Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung. *Süd-deutsche Juristen-Zeitung* **1**: 141-149, hier zitiert nach: Franz Böhm (1960), *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, hg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe: 46 – 68.
- Böhm, Franz (1950), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, *Recht und Staat* 153/154, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Böhm, Franz (1961), Demokratie und ökonomische Macht, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht: Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht*, Internationale Kartellkonferenz Frankfurt am Main, Institut für ausl. und internationales Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main: 1 – 24.
- Bork, Robert H. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York.
- Chandler, Alfred D. (1990), *Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Debreu, Gérard (1951), The Coefficient of Resource Utilization, *Econometrica* **19**: 273 – 292.
- Eucken, Walter (1952), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- European Commission, DG Competition (2005), *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*
<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

- Gual, Jordi, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey, Klaus Schmidt und Rune Stenbacka (EAGCP) (2006), *Competition Policy International* **2**: 111 – 154.
- Hammond, Peter J. (1990), *Theoretical Progress in Public Economics*, *Oxford Economic Papers* **42**: 6 – 33.
- Hart, Oliver D. (1979), *Monopolistic Competition in a Large Economy with Differentiated Commodities*, *Review of Economic Studies* **46**: 1 – 30.
- Hayek, Friedrich A. v. (2003), *Recht, Gesetz und Freiheit*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Hellwig, Martin F., und Klaus M. Schmidt (2002), *Discrete-Time Approximations of the Holmström-Milgrom Brownian-Motion Model of Intertemporal Incentive Provision*, *Econometrica* **70**: 2225 – 2264.
- Hellwig, Martin F. (2004), *Optimal Income Taxation, Public-Goods Provision and Public-Sector Pricing: A Contribution to the Foundations of Public-Sector Economics*, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Preprint 14/2004
- Hellwig, Martin F. (2005), *Nonlinear Incentive Provision in Walrasian Markets: A Cournot Convergence Approach*, *Journal of Economic Theory* **120**: 1 –38.
- Holmström, Bengt und Paul Milgrom (1987), *Linearity and Aggregation in the Provision of Intertemporal Incentives*, *Econometrica* **55**: 303 – 328.
- Innes, Robert D. (1990), *Limited-Liability and Incentive Contracting with Ex-ante Action Choices*, *Journal of Economic Theory* **52**: 45 – 67.
- Knieps, Günter (2001), *Wettbewerbsökonomie*, Springer, Berlin.
- Lange, Oskar (1936/1937), *On the Economic Theory of Socialism*, *Review of Economic Studies* **4**: 53 – 71 und 123 –142.
- Lerner, Abba P. (1944), *The Economics of Control: Principles of Welfare Economics*, Macmillan, New York.
- Makowski, Louis (1980), *Perfect Competition, the Profit Criterion, and the Organization of Economic Activity*, *Journal of Economic Theory* **22**: 222 - 241.
- Mas-Colell, Andreu, Michael D. Whinston und Jerry R. Green (1995), *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1984), *Der verwaltete Wettbewerb*, Walter Eucken Institut, Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen 19, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

- Mestmäcker, Ernst-Joachim (2005), Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (ed.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos-Verlag, Baden-Baden: 19 – 35.
- Mirrlees, James A. (1971), An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation, Review of Economic Studies **38**: 175 – 208.
- Mirrlees, James A. (1974), Notes on Welfare Economics, Information and Uncertainty, in: M. Balch, D. McFadden, and S. Wu (eds.), Essays on Economic Behavior under Uncertainty, North Holland, Amsterdam: 243 - 258.
- Montag, Frank, und Alicia Van Cauwelaert, The Article 82 Review Process and its Impact on Compulsory Licensing of IP Rights, Competition Policy International **2**: 83 – 109.
- Röller, Lars-Hendrik (2005), Der ökonomische Ansatz in der Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (ed.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos-Verlag, Baden-Baden: 37 – 46.
- Samuelson, Paul A. (1967), Arrow's Mathematical Politics, in: S. Hook (ed.), Human Values and Economic Policy: A Symposium, New York University Press, abgedruckt in: The Collected Scientific Papers of Paul A. Samuelson, Bd. 3, MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1971: 411 – 421.
- Spector, David (2005), Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason, Competition Policy International **1**: 89 – 114.
- Waelbroeck, Denis (2005), Michelin II: A Per Se Rule Against Loyalty Rebates by Dominant Companies?, International Journal of Competition Law and Economics **1**: 149 – 171.