

**Preprints of the
Max Planck Institute for
Research on Collective Goods
Bonn 2007/19**



**Wirtschaftspolitik als
Rechtsanwendung:
Zum Verhältnis von
Jurisprudenz und
Ökonomie in der
Wettbewerbspolitik**

Martin Hellwig



MAX PLANCK SOCIETY



Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik

Martin Hellwig

October 2007

Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik¹

Martin Hellwig

1. Einleitung

Jurisprudenz und Wirtschaftswissenschaft erheben beide den Anspruch, Staat und Gesellschaft in wichtigen Fragen den Weg zu weisen. Ihre Empfehlungen stehen aber oft im Widerstreit miteinander.

Von besonderem Interesse ist das Verhältnis beider Wissenschaften im Bereich der Wettbewerbspolitik. Einerseits ist unumstritten, dass Wettbewerbspolitik als wichtiger Teil der Wirtschaftspolitik auf die Ökonomie als zuständige Fachwissenschaft angewiesen ist. Andererseits vollzieht sich Wettbewerbspolitik als Rechtsanwendung. Der Gesetzgeber hat seine wettbewerbspolitischen Vorstellungen in rechtliche Regeln gefasst. Die Anwendung dieser Regeln in konkreten Fällen erfordert die Kompetenz des Juristen. Eine angemessene und erfolgreiche Wettbewerbspolitik bedarf der Zusammenarbeit beider Disziplinen. Es stellt sich die Frage, wie die jeweiligen Kompetenzbereiche sinnvoll voneinander abzugrenzen sind.

Im Folgenden will ich versuchen, zur Klärung dieser Frage beizutragen. Da ich selbst Wirtschaftswissenschaftler bin, wird man nicht erwarten, dass ich unvoreingenommen an das Thema herangehe. Jedoch ist mir sehr bewusst, dass die Einbettung der Wettbewerbspolitik in ein System der Rechtsanwendung der Eigengesetzlichkeit des Rechtssystems Rechnung tragen muss.

Auch teile ich die Auffassung des Juristen Wernhard Möschel, früher mein Kollege in der Monopolkommission, dass die Unterwerfung der Wettbewerbspolitik unter die Herrschaft des Rechts, unter eine „Rule of Law“, zu den großen ordnungspolitischen Leistungen des zwanzigsten Jahrhunderts gehört.² Durch die Fassung wettbewerbspolitischer Prinzipien in abstrakt-generellen Rechtsnormen und die Implementierung der Wettbewerbspolitik als Rechtsanwendung wird Wettbewerbspolitik den Launen des politischen Tagesgeschäfts weitgehend entzogen. Die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Normen durch unabhängige Behörden und Gerichte ohne Ansehen der jeweiligen Person oder des jeweiligen Unternehmens mindert den Spielraum für Willkür und für Entscheidungen, bei denen die persönlichen, politischen und finanziellen Verbundenheiten der Beteiligten mehr zählen als Normen und Prinzipien. Dies kommt nicht nur

1 Überarbeitete und ergänzte Fassung der am 8. Juni 2007 in St. Gallen gehaltenen Walter-Adolf-Jöhr-Vorlesung 2007. Der Vortrag gründet sich unter anderem auf Erfahrungen und Eindrücke, die ich in den Jahren 1998 bis 2006 als Mitglied der deutschen Monopolkommission und seit 2004 als Mitglied der Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission gewonnen habe. Für hilfreiche Diskussionen sowie Kommentare zu einer früheren Version dieses Textes danke ich Stefan Bechtold, Christoph Engel und Daniel Zimmer.

2 Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, XIII. Hauptgutachten 1998/1999, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2000, Randnr. 796.

der Rechtssicherheit zugute, sondern auch der politischen Hygiene. Für die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik als einer auf die Ordnung der Wirtschaft abzielenden, langfristig angelegten Form der Wirtschaftspolitik ist die Absicherung durch die rechtliche Normierung unerlässlich.

2. Einige Beispiele

2.1 Kampfpreise: Das AKZO-Urteil des Europäischen Gerichtshofs

Als Wirtschaftswissenschaftler kommt man freilich, auch wenn man die Implementierung der Wettbewerbspolitik als Rechtsanwendung aus vollem Herzen bejaht, bei gewissen Äußerungen von Behörden und Gerichten ins Grübeln. Folgendes Beispiel ist einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahre 1991 entnommen.³ In diesem Urteil wies der EuGH eine Klage des niederländischen Unternehmens AKZO gegen die Europäische Kommission ab. Im Urteilstext findet sich folgende Formulierung:

„Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen und mit deren Hilfe ein Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als missbräuchlich anzusehen. Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausbeutung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten und zumindest eines Teils seiner variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich.“

Der zitierte Text enthält zwei Aussagen:

- Erstens wird gesagt, dass Preise unterhalb der variablen Durchschnittskosten des Unternehmens nach Art. 82 des EG-Vertrags verboten sind, wenn das betreffende Unternehmen eine „beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben“ innehat.⁴

Bei diesem Satz handelt es sich um einen Akt der Rechtssetzung. Der EG-Vertrag nennt die „Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“ als mögliches Beispiel für einen Missbrauch einer „beherrschenden Stellung“, sagt aber nicht, was genau als unangemessener Preis anzusehen ist, und überlässt es der Rechtsprechung, dies zu bestimmen. Die AKZO-Entscheidung des EuGH füllt diese Lücke und legt fest, dass der Preis nicht unter den variablen Durchschnittskosten liegen darf – mit Präzedenzwirkung bis heute.⁵

3 Rechtssache C-62/86 AKZO-Chemie BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 1991, I-03359, Randnr. 71.

4 Mit dieser Setzung folgt das Gericht der sogenannten Areeda-Turner-Regel, vgl. P.E. Areeda und D. F. Turner (1974), Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review 88, 697 – 733.

5 Dazu siehe European Commission, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brüssel, Dezember 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Randnr. 109 f.

- Zweitens wird erklärt, dass Preise unterhalb der variablen Durchschnittskosten von einem Unternehmen nur verlangt werden, wenn es die anderen Unternehmen im Markt verdrängen will.

Bei diesem Satz handelt es sich um eine Aussage über einen Sachzusammenhang. Als Wirtschaftswissenschaftler habe ich dazu anzumerken, dass diese Aussage falsch ist, zumindest in der Allgemeinheit, in der das Gericht sie formuliert hat. Es gibt wenigstens zwei Zusammenhänge, in denen es betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann, Preise unterhalb der variablen Durchschnittskosten zu verlangen, auch ohne dass eine Verdrängungsabsicht vorliegt.

Einführungspreise

Für ein Unternehmen, das ein neues Produkt auf den Markt bringt, kann es sinnvoll sein, zunächst durch niedrige Preise Käufer anzulocken, damit diese das Produkt erst einmal kennen lernen. Mit diesem Einführungsangebot verbindet das Unternehmen die Hoffnung, dass, wenn die Kunden sich erst einmal von der Qualität des Produkts überzeugt haben, sie dann auch bereit sein werden, dauerhaft höhere Preise zu bezahlen. Die Anfangsverluste aus dem Verkauf zu Einführungspreisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten dienen dem Unternehmen als Investition in den Aufbau eines hoffentlich dauerhaften Kundenstamms.

Quersubventionierungen in Multiproduktunternehmen

Für ein Unternehmen, das mehrere Produkte gleichzeitig anbietet, kann es sinnvoll sein, eines dieser Produkte zu Preisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten anzubieten, wenn es erwartet, dass aufgrund bestimmter Komplementaritätsbeziehungen die Nachfrage nach den anderen Produkten um so größer ist. Ein Beispiel sind „Lockvogelangebote“, mit denen Supermärkte in der Presse werben. Ein anderes Beispiel sind Mobiltelefone, die umsonst verteilt werden, weil das Mobilfunkunternehmen davon ausgeht, dass die Überschüsse auf die mit diesen Mobiltelefonen getätigten Gespräche die Kosten der Telefone selbst überwiegen.⁶

Weder bei den Einführungspreisen noch bei den Quersubventionierungen in Multiproduktunternehmen steht eine Verdrängungsabsicht im Vordergrund. Die Verluste, die das Unternehmen aufgrund der Verkäufe zu Preisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten erleidet, werden an anderer Stelle ausgeglichen, im einen Fall durch höhere Margen und höhere Verkaufszahlen, wenn das Produkt erst einmal eingeführt ist, im anderen Fall durch höhere Margen und höhere Verkaufszahlen auf andere Produkte. Derartige Erwägungen kommen auch bei Monopolisten vor, die niemanden mehr zu verdrängen haben, oder bei Unternehmen mit kleinen Marktanteilen, die zu unbedeutend sind, als dass ihr Verhalten einen spürbaren Einfluss auf das Überleben anderer Unternehmen im Markt haben könnte.

6 Auch bei Druckern und Druckerpatronen beobachten wir niedrige Preise bei Druckern und hohe Preise sowie hohe Margen bei Patronen, d.h. bei den bei der Nutzung des Druckers anfallenden laufenden Leistungen. Jedoch bin ich nicht sicher, ob die Margen bei Druckern tatsächlich negativ sind.

Durch das Wort „nur“ im zweiten Satz des zitierten Textes werden diese Möglichkeiten negiert. Insofern wird durch das AKZO-Urteil des EuGH eine sachlich falsche Aussage zu geltendem Recht erklärt.⁷ Ich sehe ein Problem darin, wenn die hoheitliche Gewalt der Judikative diese Wirkung hat. In gewissem Sinn erinnert mich das daran, dass in einem anderen Jahrhundert auch die Geltung der Aussage „Sonne und Planeten drehen sich um die Erde“ mit hoheitlicher Gewalt durchgesetzt wurde.

An dieser Stelle mag eingewandt werden, dass ich den Unterschied zwischen den beiden Sätzen des zitierten Textes vernachlässige. Nur der erste der beiden Sätze enthält einen Akt der Rechtsetzung. Der von mir kritisierte zweite Satz enthält eine als Begründung dienende Sachaussage. Die im ersten Satz enthaltene Rechtsetzung erfordert nicht notwendigerweise die im zweiten Satz enthaltene Begründung. Man könnte sich vorstellen, dass die Einschätzung von Preisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten als missbräuchlich auch dann aufrecht erhalten wird, wenn man die Sachzusammenhänge differenzierter sieht als das Gericht das in diesem Fall getan hat. In diesem Fall wäre abzuwägen, ob man Fehlurteile in bestimmten Einzelfällen in Kauf nimmt, um nicht die Einfachheit der im ersten Satz enthaltenen allgemeinen Regel aufgeben zu müssen.

Diese Abwägung hat allerdings nicht stattgefunden. Die apodiktische Aussage des zweiten Satzes begründet die Einfachheit und Allgemeinheit der im ersten Satz enthaltenen allgemeinen Regel, ohne dass die Probleme der Einführungspreise und der Quersubventionierungen überhaupt ins Blickfeld gekommen wären. Insofern entfaltet auch der zweite Satz normative Wirkung.

In einem späteren Verfahren der Europäischen Kommission gegen die Firma Coca-Cola ging es unter anderem um den Vorwurf, dass die von Coca-Cola gegenüber Handelsunternehmen eingeräumten Vergünstigungen für das Aufstellen von neu entwickelten Softdrinks des Unternehmens missbräuchlich wären.⁸ Die Vergünstigungen bestanden u.a. in Rabatten bei den sogenannten „Must Carry“-Getränken wie Coca-Cola und Fanta. Die Kommission stellte fest, dass, wenn man die betreffenden Vergünstigungen auf die – naturgemäß geringen – Absatzmengen bei den neuen Produkten umlegte, die Preise dieser Produktneuheiten deutlich unter den variablen Durchschnittskosten lagen, und wandte dann mechanisch die AKZO-Regel des Europäischen Gerichtshofs an. Die Erwägung, dass Einführungspreise für Produktneuheiten einer anderen Logik unter-

7 Christoph Engel weist mich an dieser Stelle darauf hin, dass bei genauer dogmatischer Betrachtung das Urteil des EuGH eine Geltungskraft nur gegenüber den beteiligten Parteien besitzt und dass eine etwaige, darüber hinaus gehende Wirkung auf spätere Urteile nur dadurch entsteht, dass die Kraft des Arguments auch in späteren Fällen wirkt; das schließt nicht aus, dass diese Präcedenzwirkung in einem späteren Fall durch andere, selbst entgegengesetzte Argumente ausgeschlossen wird. Dem ist entgegenzuhalten, dass in der Praxis der Europäischen Kommission und der Gerichte die in früheren Urteilen des EuGH enthaltenen Wertungen kaum hinterfragt werden und es allenfalls darum geht, ob der zur Diskussion stehende Fall durch diese Wertungen schon erfasst wird oder nicht. In den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-95/04 P, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften der europäischen Gemeinschaften (<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>) wird ausdrücklich betont, dass die bestehende Rechtsprechung des EuGH („Case Law“) einer Veränderung der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, etwa durch eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Argumente, deutliche Grenzen setzt (Randnr. 28).

8 Entscheidung Comp/A.39116/B2 – Coca-Cola, verfügbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_78.html.

liegen, spielte in diesem Verfahren keine Rolle, denn die Gründe, aus denen Preise unterhalb der variablen Durchschnittskosten verlangt werden, hatte das Gericht im AKZO-Urteil abschließend behandelt – sachlich falsch, aber rechtlich bindend.

2.2 Welcher Kostenbegriff ist maßgeblich?

Das vorstehend diskutierte Beispiel ist kein Einzelfall. Dass die zur Begründung eines Akts der Rechtsanwendung gegebene Analyse des Sachverhalts im Konflikt mit Beurteilungsmaßstäben und Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften steht, kommt häufiger vor. So ist immer wieder kontrovers, auf welchen Kostenbegriff im gegebenen Zusammenhang abgestellt werden sollte.

Opportunitätskosten oder tatsächliche Kosten?

Nach wirtschaftswissenschaftlicher Vorstellung kommt es für das Verhalten eines Marktteilnehmers weniger auf die tatsächlich angefallenen Kosten an als auf die *Opportunitätskosten*, d.h. die Kosten, die dadurch entstehen, dass man die betreffenden Ressourcen nicht anderweitig einsetzen kann. Die Kosten eines Universitätsstudiums etwa umfassen nicht nur die tatsächlich anfallenden Kosten für Studiengebühren, Fachliteratur u.ä., sondern auch das Einkommen, das dem Studierenden dadurch entgeht, dass er während der Studienzeit keine oder zumindest keine volle Erwerbstätigkeit ausüben kann.

In der Praxis der Rechtsanwendung in der Wettbewerbspolitik jedoch wird das Opportunitätskostenprinzip regelmäßig beiseite geschoben. So hat vor einigen Jahren in einem Verfahren in den USA der Richter den von der für Wettbewerbsfragen zuständigen Abteilung des Justizministeriums gegenüber American Airlines erhobenen Vorwurf des Verdrängungswettbewerbs durch Kampfpreise mit dem Argument beiseite geschoben, die zusätzlichen Flugzeuge, die American Airlines zur Verdrängung von Wettbewerbern einsetzte, hätte das Unternehmen ja ohnehin schon besessen, deshalb seien die mit dem Eigentum an diesen Flugzeugen verbundenen Kosten zu vernachlässigen. Dass diese Flugzeuge von anderen Strecken abgezogen werden mussten und dass die Erlöse von American Airlines auf den anderen Strecken entsprechend zurückgingen, spielte für den Richter keine Rolle. Das Justizministerium hatte ausgeführt, dass bei Berücksichtigung dieser Opportunitätskosten der Verwendung der betreffenden Flugzeuge die von American Airlines bei den betreffenden Flügen verlangten Preise im Verhältnis zu den Kosten zu niedrig waren und es sich insofern um Kampfpreise handelte.⁹ Die Auffassung des Richters zur Berücksichtigung der Kosten der Flugzeuge spielte eine maßgebliche Rolle bei der Zurückweisung dieses Vorwurfs.¹⁰

Die Frage, ob es bei der Beurteilung der Preise, die ein Unternehmen verlangt, auf die tatsächlichen Kosten oder auf Opportunitätskosten ankommt, spielt auch eine Rolle in der Diskussion,

9 United States v. AMR Corp., Civic Action No. 99-1180-JTM.

10 United States v. AMR Corp. 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001), insbesondere 1175 sowie 1199 n. 13.

die in Deutschland darüber geführt wird, ob es rechtens ist, dass die Großhandelspreise für Strom seit der Einführung der CO₂-Emissionszertifikate und des Zertifikatshandels in der Europäischen Union im März 2005 deutlich höher liegen als vorher.

Die betroffenen Unternehmen haben im Vorhinein eine kostenlose Zuteilung von Zertifikaten bekommen, in etwa entsprechend den Mengen an CO₂-Emissionen, die sie früher hatten. Sie können diese Zertifikate selbst verwenden oder auf dem offenen Markt verkaufen. Verwenden sie die Zertifikate selbst, etwa zur Erzeugung von Strom aus fossilen Brennstoffen, so entgeht ihnen der Erlös, den sie bei einem Verkauf auf dem offenen Markt erzielen würden. Die Unternehmen der Stromwirtschaft haben diese Opportunitätskosten der Erzeugung von Strom aus fossilen Brennstoffen in ihre Angebots- und Preispolitik eingehen lassen. Das erklärt einen erheblichen Teil des Anstiegs der Großhandelspreise für Strom.¹¹ Für jemanden, der auf tatsächliche Kosten abstellt, ist dieser Anstieg unanständig, ein Ergebnis des Missbrauchs von Marktmacht;¹² für jemanden, der auf Opportunitätskosten abstellt, gibt dieser Teil des Strompreisanstiegs keinen Anlass zur Beanstandung.

Man kann an dieser Stelle einwerfen, dass, auch wenn die Wirtschaftstheorie das anders sehe, es doch eine Sache der Fairness sei, dass man sich nicht an etwas bereichere, was man vom Staat umsonst bekommen habe. Fünf Milliarden Euro zusätzliche Gewinne für die Stromwirtschaft seien zuviel, zumal wenn diese Gewinne zu Lasten der Verbraucher gehen.

Jedoch ist zu bedenken, dass die relevante Rechtsnorm, § 19 Abs. 4 Nr. 2 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), nicht von Fairness redet, sondern davon, dass Preise nicht von den Preisen abweichen sollten, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden.¹³ Bei diesem Maßstab kommt es nach den einschlägigen Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften auf die Opportunitätskosten und nicht auf die tatsächlichen Kosten an.

Die Fragwürdigkeit eines Abstellens auf tatsächliche Kosten wird besonders deutlich, wenn man den Sachverhalt aus der Perspektive eines Stromanbieters betrachtet, der neu in den Markt hereinkommen will, ohne Marktmacht, vielleicht auch ohne vorherige Zertifikatszuteilung, nur mit Zertifikaten, die er auf dem Markt zukaft. Dieser kann und muss in seiner Planung die Kosten der CO₂-Emissionszertifikate berücksichtigen. Daher hat er im Wettbewerb nur eine Chance,

11 Etwa nach H.-G. Schwarz and C. Lang (2006), *The Rise in German Wholesale Electricity Prices: Fundamental Factors, Exercise of Market Power, or Both?*, IWE Working Paper Nr. 02, Universität Erlangen-Nürnberg, lag der Großhandelspreis 2004 im Durchschnitt bei etwa 30 Euro pro Megawattstunde, 2005 dagegen im Durchschnitt bei etwa 50 Euro pro Megawattstunde. Mehr als die Hälfte des Anstiegs wird den Kosten der CO₂-Emissionszertifikate zugeschrieben, der Rest vor allem dem Anstieg des Brennstoffpreises (Gas). Andere Studien kommen zu qualitativ ähnlichen Ergebnissen.

12 So etwa W. Frenz (2006), *Kostenlose Emissionszertifikate und unangemessene Preise*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 56, 737 - 747.

13 An dieser Stelle unterscheidet sich das deutsche GWB von der entsprechenden europäischen Rechtsnorm, Art. 82 des EG-Vertrags, wo, jeweils in den verschiedenen Vertragssprachen, von „unangemessenen“ Preisen, „prix inéquitables“ und „unfair prices“ die Rede ist. Man könnte allenfalls fragen, ob nicht das allgemein formulierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 Abs. 1 GWB auch ein Gebot der Fairness beinhaltet. Ein solches Fairnessgebot müsste allerdings mit dem in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gesetzten Standard des Als-ob-Wettbewerbspreises vereinbar sein, sonst wäre das Gesetz in sich widersprüchlich.

wenn die bestehenden Stromerzeuger das auch tun. Würden die bestehenden Stromerzeuger die Opportunitätskosten der CO₂-Emissionszertifikate nicht berücksichtigen, so hätte ein Wettbewerber gar nicht die Möglichkeit, neu in den Markt hineinzukommen.¹⁴

Grenzkosten oder Durchschnittskosten?

In der Frage der Überwälzung der Kosten der CO₂-Emissionszertifikate durch die Stromwirtschaft hat das deutsche Bundeskartellamt nach einigem Zögern grundsätzlich akzeptiert, dass es auf Opportunitätskosten und nicht auf tatsächlich angefallene Kosten ankommt. Jedoch macht das Amt geltend, dass es nur bei einem Bruchteil der in Rechnung gestellten Zertifikate überhaupt Opportunitätskosten der Verwendung zur eigenen Stromerzeugung gibt. Ein großer Teil der Zertifikate, so das Amt, sei gar nicht handelbar, denn die Stromversorger bräuchten diese Zertifikate auf jeden Fall, um ihren Verpflichtungen zur Sicherstellung der Grundversorgung nachzukommen. Bei diesem Teil der Zertifikate gebe es keine Kosten der alternativen Verwendung, daher sei die Überwälzung von Opportunitätskosten auf den Strompreis missbräuchlich.¹⁵

Auch über diese Argumentation kann der Ökonom nur den Kopf schütteln. Dem Bundeskartellamt wäre Recht zu geben, wenn es für die Preisbildung im Markt auf die *Durchschnittskosten* der Produktion ankäme. Nach den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften kommt es aber auf die *Grenzkosten* an, d.h. die Kosten der letzten produzierten Einheit. Im Hinblick auf diese jedoch ist das Argument des Bundeskartellamts unerheblich. Auch wenn es bei siebzig Prozent der Zertifikate keine Alternative zur Eigennutzung bei der Stromerzeugung geben mag, bei den verbleibenden dreißig Prozent gibt es diese Alternative, und die Zertifikate, die man braucht, um die „letzte Einheit“ z.B. aus einem Gas- oder Kohlekraftwerk zu produzieren, kommen aus diesen dreißig Prozent, über die das Unternehmen frei verfügen kann. Die Opportunitätskosten dieser Zertifikate sind daher den Kosten der letzten produzierten Einheit voll zuzurechnen. Nur bei der Berechnung der *Durchschnittskosten* der Produktion, d.h. des Verhältnisses zwischen Gesamtkosten und produzierter Menge, ist zu berücksichtigen, dass siebzig Prozent der verwandten Zertifikate keine Opportunitätskosten haben, da die Unternehmen bezüglich ihres Einsatzes effektiv keine Alternativen haben.

14 Genau genommen handelte es sich dann um den Tatbestand des Verdrängungsmissbrauchs durch Kampfpreise, d.h. Preise, die den relevanten Kosten nur unangemessen Rechnung tragen.

15 Bundeskartellamt, Presseerklärung vom 20. Dezember 2006 zur Abmahnung an RWE wegen überhöhter Strompreise im Hinblick auf CO₂-Zertifikatehandel, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2006/2006_12_20.php. Nach Abschluss dieses Textes, am 26. September 2007, erklärte das Bundeskartellamt, ohne Änderung seines Standpunktes in der Sache – die Einstellung des Verfahrens gegen die verpflichtende Zusage von RWE, leistungsgemessenen Endkunden, zumeist mittleren und größeren industriellen Abnehmern, bestimmte Strommengen im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens mit Preisuntergrenze zu verkaufen, siehe <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell07/B8-88-05-2.pdf>. Die Preisuntergrenze soll den variablen Durchschnittskosten aus abbeschriebenen Braunkohle- und Steinkohlekraftwerken, ohne CO₂-Zertifikatskosten und ohne Kapitalkosten, entsprechen; der tatsächliche Preis wird vom Verhalten der Bieter abhängen. Sollte der Preis im Rahmen des Versteigerungsverfahrens tatsächlich deutlich unter den Großhandelspreisen liegen, so wird dieses Verfahren den im vorstehenden Abschnitt beschriebenen Verdrängungseffekt zur Folge haben.

Jedoch sind für die Preisbildung die Grenzkosten und nicht die Durchschnittskosten maßgeblich. In einem Wettbewerbsmarkt, der ja nach dem Gesetz als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Preise marktmächtiger Unternehmen zu nehmen ist, bildet sich der Preis so, dass das Gesamtangebot und die Gesamtnachfrage gerade ausgeglichen sind; dabei ergibt sich das Gesamtangebot als Summe der Angebotsmengen, die die einzelnen Unternehmen jeweils wählen, wenn sie bei gegebenem Preis versuchen, ihre Gewinne zu maximieren. Daraus folgt, dass im Wettbewerbsgleichgewicht die Kosten der letzten produzierten Einheit in etwa gleich dem Preis sein müssen; wären sie erheblich größer, so könnte das Unternehmen seine Gewinne erhöhen, indem es sein Angebot senkt, wären sie erheblich kleiner, so könnte das Unternehmen seine Gewinne erhöhen, indem es sein Angebot ausweitet. Im Gleichgewicht eines Wettbewerbsmarktes ist daher der Preis gleich den Kosten für die Erstellung der letzten produzierten Einheit.¹⁶

Dagegen sind nach den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften die Durchschnittskosten der Produktion für die Preisbildung in einem Wettbewerbsmarkt kurzfristig weitgehend unerheblich. Ausnahmen ergeben sich dort, wo die Unternehmen selbst Schwierigkeiten haben, ihre Grenzkosten zu messen und statt dessen auf die kurzfristig variablen Durchschnittskosten abstellen. So rechnet die Stromwirtschaft nicht genau mit Grenzkosten, sondern mit den variablen Durchschnittskosten des „Grenzkraftwerks“, d.h. des letzten eingesetzten Kraftwerks. In der „Merit Order“, d.h. der ökonomisch sinnvollen Reihenfolge, des Kraftwerkseinsatzes ist dies zumeist ein Gas- oder Kohlekraftwerk. Jedoch liegen die variablen Durchschnittskosten dieses Kraftwerks deutlich über den variablen Durchschnittskosten insgesamt, denn die in der „Merit Order“ des Kraftwerkseinsatzes zuerst eingesetzten Wasser- und Atomkraftwerke arbeiten mit deutlich niedrigeren variablen Durchschnittskosten.

Der Vergleich von Preisen und Durchschnittskosten ist wirtschaftlich von Bedeutung für die Investitionen und damit für die mittel und langfristige Entwicklung in dem betreffenden Markt. Die Differenz von Erlösen und variablen Kosten, d.h. das Produkt der Menge mit der Differenz von Preis und variablen Durchschnittskosten, ergibt den Deckungsbeitrag, den ein Unternehmen erwirtschaftet. Vom Vergleich der Deckungsbeiträge mit den Investitionskosten hängt es ab, welche Anreize die Unternehmen zur Expansion oder Rücknahme der Investitionen in diesem Markt haben.¹⁷ Liegt der erwartete Gegenwartswert der Deckungsbeiträge deutlich über den Investitionskosten, so ist in einem Wettbewerbsmarkt mit dem Aufbau zusätzlicher Kapazitäten zu

16 Die Vorstellung, dass die Unternehmen den Wettbewerbspreis als gegeben betrachten, ist als Kurzformel dafür zu lesen, dass sie bei ihrer Preissetzung keinen Anreiz haben, erheblich von diesem Preis abzuweichen, nicht nach unten, denn dadurch verzichteten sie ohne Not auf zusätzliche Erlöse, auch nicht nach oben, denn dann müssten sie Angst haben, keine Kunden mehr zu bekommen. Siehe B. Allen und M. Hellwig (1985), Price-Setting Firms and the Oligopolistic Foundations of Perfect Competition, American Economic Review, Papers and Proceedings 76, 387 - 392.

17 Sind die bei Grenzkostenpreisen zu erzielenden Deckungsbeiträge zu klein, um Investitionen und andere Fixkosten zu decken, so hätte man es mit einem „natürlichen Monopol“ zu tun, und der normative Standard des Als-Ob-Wettbewerbsgleichgewichts wäre nicht wohldefiniert. Im gegebenen Fall jedoch scheint die Heterogenität der bei verschiedenen Kraftwerkstypen anfallenden variablen Durchschnittskosten so groß zu sein, dass genügend Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden können. Dazu siehe die für die Europäische Kommission erstellte Studie von London Economics, Structure and Performance of Six European Wholesale Electricity Markets in 2003, 2004, and 2005, Part II: Results for Germany and Spain, http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/energy/inquiry/electricity_final_part2.pdf.

rechnen, sei es bei den bestehenden Unternehmen, sei es durch einen Marktzutritt neuer Unternehmen. Dies führt zu einem Abbau der „Übergewinne“, d.h. der Differenz zwischen Deckungsbeiträgen und Investitionskosten. Ein Anhaltspunkt für einen wettbewerbsrechtlich relevanten Missbrauch würde sich ergeben, wenn dieser Anpassungsprozess ausfiele und während mehrerer Jahre keine Investitionen und kein Marktzutritt stattfinden, obwohl die Deckungsbeiträge deutlich höher sind, als zu Deckung der Investitionskosten erforderlich wäre. Kurzfristige Überhöhungen der Deckungsbeiträge dagegen sind ein normaler Teil des Wettbewerbsprozesses in einem Markt.

3. Analyse

3.1 Die Diskussion um die Reform der europäischen Missbrauchsaufsicht

Die vorstehend diskutierten Beispiele sind in den größeren Zusammenhang der Diskussion über die Reform der europäischen Missbrauchsaufsicht, d.h. der Verhaltenskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen nach Artikel 82 des EG-Vertrags, zu stellen. Von wirtschaftswissenschaftlicher Seite wird seit längerem die Forderung erhoben, bei der Anwendung dieser Rechtsnorm verstärkt auch wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung zu tragen. Ähnliche Forderungen sind zuvor schon für den Umgang mit Absprachen zwischen Unternehmen (Kartellkontrolle nach Art. 81 EG-Vertrag) und für den Umgang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Zusammenschlusskontrolle nach Fusionskontrollverordnung) erhoben und unter dem Leitbild eines „More Economic Approach“ von der Europäischen Kommission zumindest teilweise umgesetzt worden.

In der Diskussion um die Missbrauchsaufsicht haben Kritiker der bisherigen Praxis, darunter die Economic Advisory Group on Competition Policy, der ich annehöre, gefordert, Kommission und Gerichte sollten den bisher verfolgten „Form Based Approach“ durch einen „Effects Based Approach“ ersetzen.¹⁸ Man solle weniger auf die äußere Form des Verhaltens und mehr auf die Wirkungen des beanstandeten Verhaltens abstellen und jeweils genau feststellen, inwiefern diese Wirkungen eine Schädigung des Wettbewerbs beinhalten.

Das oben diskutierte AKZO-Urteil des Europäischen Gerichtshofs bietet ein Beispiel für den „Form Based Approach“, das Abstellen nur auf die Form des beanstandeten Verhaltens. Der Befund, dass ein Preis eines marktbeherrschenden Unternehmens unter den variablen Durchschnittskosten liegt, genügt für die Feststellung, dass das betreffende Verhalten missbräuchlich ist. Einer weiteren Prüfung, ob das betreffende Verhalten tatsächlich der Verdrängung von Wettbewerbern dient oder dienen sollte, bedarf es nicht mehr. Daher muss auch nicht geprüft werden,

18 J.Gual, M.Hellwig, A.Perrot, M.Polo, P.Rey, K.Schmidt, R.Stenbacka (Economic Advisory Group on Competition Policy) (2006), An Economic Approach to Article 82, Competition Policy International 2, 111 – 154. Siehe auch J. Vickers (2005), Abuse of Market Power, Economic Journal 115, F244 – F261. Das Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission (siehe Fn. 5) schließt sich im Prinzip der Forderung nach einem „Effects Based Approach“ an, stellt aber in der Analyse der einzelnen Missbrauchspraktiken nach wie vor auf die Form des jeweiligen Verhaltens ab.

ob das betreffende Verhalten möglicherweise einem legitimen Zweck dient, z.B. der Einführung eines neuen Produktes. In einem „Effects Based Approach“ wäre all dies zu prüfen.

Von vielen Wettbewerbsrechtlern, insbesondere in Wettbewerbsbehörden, wird die Forderung nach einem „Effects Based Approach“ mit dem Argument zurückgewiesen, bei diesem Ansatz gehe die Rechtssicherheit verloren. Bei einem „Form Based Approach“ wüssten die Unternehmen, welche Formen des Verhaltens erlaubt sind und welche verboten. Bei einem „Effects Based Approach“ dagegen komme es auf die Beurteilung des Einzelfalls durch Behörden und Gerichte an. Da wüssten die Unternehmen im Vorhinein nicht, ob das betreffende Verhalten zulässig sei oder nicht. Diese Rechtsunsicherheit sei den Unternehmen nicht zuzumuten.¹⁹

Die Befürworter eines „Effects Based Approach“ halten dem wiederum entgegen, eine Handhabung der Missbrauchsaufsicht, die den Wettbewerbswirkungen des Verhaltens nicht angemessen Rechnung trage, gehe letztlich zu Lasten des Verbrauchers. Werde etwa ein Unternehmen wie Coca-Cola durch die Wettbewerbspolitik daran gehindert, bei der Einführung neuer Produkte so vorzugehen, wie andere Unternehmen dies auch tun, so werde die Einführung neuer Produkte für dieses Unternehmen künstlich verteuert. Das Unternehmen werde daher im Zeitverlauf weniger neue Produkte einzuführen versuchen. Den Schaden davon hätten die Verbraucher.

Diesem Argument wiederum wird entgegengehalten, die zugrunde liegende Rechtsnorm ziele nicht ausschließlich und nicht in erster Linie auf den Schutz der Verbraucher ab. Artikel 82 EG-Vertrag ahndet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung als solche und nennt verschiedene Beispiele für missbräuchliches Verhalten. Nur bei einem dieser Beispiele, „der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung“ werden die Verbraucher als Betroffene genannt. Bei den anderen Beispielen werden die Betroffenen nicht genannt, oder es werden abstrakt „Handelspartner“ genannt. Ein Abstellen auf die Auswirkungen des Verhaltens auf die Verbraucherwohlfahrt, wie die Ökonomen es zumeist fordern, sei mit der Rechtsnorm selbst nicht zu vereinbaren.

Bei näherem Zusehen bemerkt man, dass die Teilnehmer dieser Diskussion aneinander vorbei reden. Genau genommen geht es nicht um eine Frage, sondern um drei verschiedene Fragen:

- Inwiefern ist bei der Beurteilung eines Verhaltens auf den konkreten Einzelfall abzustellen? Inwiefern ist es möglicherweise besser, eine Klasse von Verhaltensweisen als Gefährdungstatbestand zu normieren und das jeweilige Verhalten aufgrund seiner Zugehörigkeit zu dieser Klasse zu ahnden, ohne dass es der Prüfung der Missbräuchlichkeit im Einzelfall noch bedürfte?
- Welche Methoden sind anzuwenden, insbesondere, welchen Stellenwert hat die wirtschaftswissenschaftliche Analyse, wenn geprüft wird, wie ein Verhalten sich auf den Märkten auswirkt?

19 Hierzu vgl. die Stellungnahmen zum Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html> .

- Was sind die normativen Grundlagen für die Wertung des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens?

Mir geht es hier vor allem um die zweite dieser drei Fragen. Ich halte es für problematisch, wenn Behörden und Gerichte ihre Entscheidungen auf Aussagen über die Sachverhalte gründen, die aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaft als Entscheidungsgrundlage nicht ausreichen, da sie entweder falsch oder unvollständig sind.

Diese Frage wird allerdings durch die rhetorische Formel „Effects versus Form“ mit der ersten Frage – Einzelfallentscheidung oder Normierung von Gefährdungstatbeständen? – vermengt. Das gibt dem Befürworter des Status Quo die Möglichkeit, sich der Diskussion um die angemessenen Analysemethoden zu entziehen, indem er einfach auf die mit einem „Effects Based Approach“ verbundene Rechtsunsicherheit verweist und fordert, bei einem „Form Based Approach“ zu bleiben, bei dem die Unternehmen wissen, woran sie sind, weil bestimmte Verhaltensweisen von vornherein als missbräuchlich normiert bzw. als nicht missbräuchlich freigestellt sind.

Dieses Aneinandervorbeireden ist der Sache nicht dienlich. Auch wenn man aus Gründen der Rechtssicherheit einen „Form Based Approach“ befürwortet, muss man sich der Frage stellen, nach welchen Kriterien jeweils Verhaltensweisen einer bestimmten Form als missbräuchlich oder als nicht missbräuchlich einzuordnen sind. Dazu gehört die Auseinandersetzung mit den erwarteten Wirkungen der betreffenden Verhaltensweisen und mit dem Stellenwert wirtschaftswissenschaftlicher Analyse bei der Ermittlung dieser Wirkungen. Der Versuch, sich dieser Auseinandersetzung durch Verweis auf das Desiderat der Rechtssicherheit zu entziehen, ist, in Abwandlung einer Formulierung von Franz Böhm, einem der Gründerväter des deutschen Wettbewerbsrechts,²⁰ ein rhetorischer Taschenspielertrick.

Umgekehrt muss sich auch der Befürworter eines „Effects Based Approach“ der Frage stellen, warum bzw. unter welchen Umständen er eine Einzelfallanalyse gegenüber einer Normierung eines Gefährdungstatbestandes vorzieht. Die allgemeine Forderung nach einer wirtschaftswissenschaftlich kompetenten wirkungsbasierten Analyse gibt für die Beantwortung dieser Frage nichts her; dazu bedarf es einer zusätzlichen Prüfung der Vor- und Nachteile beider Verfahrensformen. Im Rahmen dieser Prüfung ist das Anliegen der Rechtssicherheit sehr ernst zu nehmen.

Im Folgenden gehe ich auf die drei gestellten Fragen der Reihe nach ein. Ich beginne mit der Frage, ob es besser ist, jeweils auf die Wettbewerbswirkungen im Einzelfall abzustellen, oder ob es besser ist, bestimmte Formen des Verhaltens aufgrund einer allgemeinen Analyse der Wettbewerbswirkungen als Gefährdungstatbestände zu normieren und zu untersagen.

20 F. Böhm (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.

3.2 Einzelfallbetrachtung oder Normierung von Gefährdungstatbeständen?

Nach dem oben zitierten Text aus dem AKZO-Urteil des EuGH liegt ein gemäß Art. 82 des EG-Vertrages verbotener Verdrängungsmissbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Preis unterhalb der variablen Durchschnittskosten verlangt. Ein Verhalten, das diese Bedingung erfüllt, ist *per se* als missbräuchlich anzusehen. Eine weitergehende Prüfung der Motive oder auch der tatsächlichen Wirkungen dieses Verhaltens ist nicht erforderlich. Das Verlangen von Preisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten ist als Gefährdungstatbestand normiert; das Potential einer Gefährdung des Wettbewerbs durch Verdrängungsmissbrauch wird bei diesem Verhalten so hoch veranschlagt, dass eine Einzelfallprüfung für verzichtbar gehalten wird.

Rechtssicherheit versus Treffsicherheit

Eine solche *Per-se*-Regel hat den Vorzug, dass die Betroffenen wissen, woran sie sind. Auch sind die behördlichen und gerichtlichen Verfahren um einiges einfacher, als wenn die Wettbewerbswirkungen des beanstandeten Verhaltens im Einzelfall nachgewiesen werden müssten.

Diesen Vorzügen steht der Nachteil gegenüber, dass die Normierung eines Gefährdungstatbestands naturgemäß nicht den Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt. Dadurch geht Information verloren, so etwa in dem oben angesprochenen Coca-Cola-Fall die Information, dass es sich bei den betreffenden Preisen zumindest teilweise um Einführungspreise für Produktneuheiten handelte. Die unterschiedslose Anwendung der *Per-se*-Regel gegen Preise unter variablen Durchschnittskosten bewirkt, dass im Einzelfall auch legitime Wettbewerbsstrategien des marktbeherrschenden Unternehmens untersagt werden.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die *Rechtssicherheit* bei einer *Per-se*-Regel mit einer Einbuße an *Treffsicherheit* der Wettbewerbspolitik erkaufte wird. Im konkreten Einzelfall steht mehr Information zur Verfügung als bei der Normierung eines Gefährdungstatbestands. Bei Anwendung einer *Per-se*-Regel wird diese Information nicht genutzt. Natürlich kann zusätzliche Information auch falsch ausgewertet werden. Daraus folgt aber nicht, dass es besser wäre, die zusätzliche Information nicht zu nutzen. Es folgt nur, dass man sich der Möglichkeit von Fehlern bewusst sein und bei der Nutzung der Information entsprechend vorsichtig vorgehen sollte. Aus der allgemeinen Theorie der Entscheidungen bei unvollkommener Information wissen wir, dass es immer besser ist, zusätzliche Information zu nutzen und dabei ein gewisses Maß an Vorsicht walten zu lassen, als die betreffende Information überhaupt nicht zu nutzen.²¹ Ob es sinnvoll ist, einen wettbewerbsrechtlichen Missbrauch im Rahmen einer *Per-se*-Regel als Gefährdungstatbe-

21 So etwa B. Holmström (1979), Moral Hazard and Observability, Bell Journal of Economics 10, 74 – 91. Dem Argument, das Konditionieren auf zusätzliche Information setze die Betroffenen einem übermäßigen Risiko („Rechtsunsicherheit“) aus, wäre nach Holmström damit zu begegnen, dass man bei diesem Konditionieren der Möglichkeit von Fehlern in der Interpretation der zusätzlichen Information Rechnung trägt und entsprechend Vorsicht walten lässt.

stand zu normieren, hängt letztlich davon ab, ob der mit einer solchen Normierung verbundene Gewinn an Rechtssicherheit den Verlust an Treffsicherheit der Wettbewerbspolitik wert ist.

Ausdifferenzierung der Regeln?

Man könnte einwenden, der beschriebene Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Treffsicherheit der Wettbewerbspolitik löse sich auf, wenn man die Regel selbst hinreichend differenziert formuliere. So könne man etwa die AKZO-Regel des EuGH um Ausnahmeklauseln für Einführungspreise und für „Lockvogelangebote“ ergänzen. Ist die Regel dann hinreichend genau formuliert, so gibt sie selbst schon vor, wie die im Einzelfall vorliegenden zusätzlichen Informationen zu nutzen sind.

Ich glaube nicht, dass man das Problem auf diese Weise lösen kann. Der Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Treffsicherheit der Wettbewerbspolitik kann durch eine stärker ausdifferenzierte Formulierung von Regeln zwar gemildert, aber nicht gänzlich aufgehoben werden. Die Vorstellung von einer *hinreichend genau formulierten* Regel, die jeweils schon vorgibt, wie die im Einzelfall vorliegenden zusätzlichen Informationen zu nutzen sind, halte ich für unrealistisch. Unsere Fähigkeiten zur Formulierung von Regeln sind begrenzt, und die Wirklichkeit ist zu komplex, als dass wir allen relevanten Eventualitäten und Kriterien schon auf der Ebene der Regelformulierung Rechnung tragen könnten.²²

Im Übrigen kann eine größere Ausdifferenzierung der Regel selbst zu einer Quelle der Rechtsunsicherheit werden. Je stärker die Regel ausdifferenziert ist, desto schwieriger wird die Subsumtion des jeweiligen Sachverhalts unter die Regel.²³ Angenommen, wir ergänzen die AKZO-Regel um eine Ausnahme für Einführungspreise. Wie ist dann festzustellen, ob es sich wirklich um eine Produktneuheit handelt? Könnte es sich nicht um ein altes Produkt handeln, das unter einem neuen Etikett verkauft wird? Die in der Regel selbst vorgesehene Ausnahme erfordert Abgrenzungen, die ihrerseits eine Quelle der Rechtsunsicherheit darstellen.²⁴

22 In der Wirtschaftstheorie bildet diese Beobachtung den Ausgangspunkt für die sogenannte *Theorie unvollständiger Verträge*. Nach dieser Theorie wissen die vertragsschließenden Parteien, dass der Vertrag nicht alle Aspekte ihrer Beziehung regeln kann; daher vereinbaren sie, mit welchen Verfahren und aufgrund welcher Zuweisung von Entscheidungskompetenzen die eventuell auftretenden Lücken in ihrem Vertrag zu schließen sind. Die Zuweisung von Entscheidungskompetenzen an Behörden und Gerichte erfüllt eine ähnliche Funktion; die Abwägung zwischen Regelnormierung und Einzelfallentscheidungsermessen wirft daher ähnliche Fragen auf.

23 Zum Problem der Abwägung zwischen stärker und weniger stark ausdifferenzierten Regeln siehe A. Christiansen und W. Kerber (2006), *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „Per se vs. Rule of Reason“*, *Journal of Competition Law and Economics* 2, 215 – 244.

24 Eine ähnliche Frage stellt sich derzeit in der Europäischen Union im Bereich der Telekommunikation, da „neue ... Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von ‚Vorreitervorteilen‘ besteht“, von der ansonsten im Telekommunikationssektor vorgesehenen Vorabregulierung ausgenommen werden sollen (Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, Erwägungsgrund 15). Sind die Leistungen der geplanten neuen Hochgeschwindigkeitsnetze zur Einführung der VDSL-Technik zur Übertragung von Internetverkehr,

Ambivalenz des zu beurteilenden Verhaltens

Ein tieferes Problem rührt daher, dass grundsätzlich jedes Verhalten ambivalent beurteilt werden kann, mit dem ein marktbeherrschendes Unternehmen im Markt erfolgreich ist. Jeglicher Wettbewerbserfolg eines Unternehmens geht einher mit einem Wettbewerbsmisserfolg der Konkurrenten. Beruht der Wettbewerbserfolg auf einer legitimen Wettbewerbsstrategie mit nachhaltig günstigeren Angeboten für die Kunden? Oder beruht er auf einer missbräuchlichen Verdrängungsstrategie? In der überwiegenden Zahl der Fälle spielen beide Aspekte eine Rolle. Welcher Aspekt überwiegt, ergibt sich nicht allein aus der Form des in Rede stehenden Verhaltens, sondern aus der Marktkonstellation als ganzer.

Um verständlich zu machen, worin die Schwierigkeit liegt, gehe ich noch einmal auf die Vergünstigungen ein, die Coca-Cola dem Handel für das Aufstellen von neu entwickelten Softdrinks einräumte. Solche Vergünstigungen sind, wie erwähnt, ein natürlicher, vielfach sogar ein notwendiger Teil einer Einführungsstrategie für neue Produkte. Jedoch stand der Regalplatz, den die Unternehmen des Handels für das Aufstellen dieser neuen Softdrinks von Coca-Cola verwendeten, für andere Produkte nicht mehr zur Verfügung. Dazu gehörten natürlich auch Produkte, mit denen Coca-Cola im Wettbewerb stand. Die Verdrängung dieser Produkte aus den Regalen des Handels hat den Wettbewerb um die Endkunden im Sinne von Coca-Cola beeinflusst. Wie soll man nun unterscheiden, ob das in Rede stehende Verhalten als Verdrängungsmisbrauch oder als legitimes Vorgehen bei der Einführung neuer Produkte anzusehen ist?

Ich stelle diese Frage hier nicht, um sie zu beantworten, sondern um das mit der Ambivalenz des in Rede stehenden Verhaltens methodische Problem zu verdeutlichen. Die Antwort auf die gestellte Frage ist einfach, wenn das neue Produkt in Wirklichkeit kein neues Produkt ist, sondern ein altes, das unter einem neuen Etikett verkauft wird. In diesem Fall ist nur der Verdrängungseffekt zu berücksichtigen. Die Antwort auf die gestellte Frage ist auch einfach, wenn der erforderliche Regalraum gar nicht zu Lasten anderer Softdrinks geht, sondern zu Lasten von Wein, Bier oder Corn Flakes. In diesem Fall ist der Verdrängungseffekt zu vernachlässigen.

Dass einer dieser beiden einfachen Fälle vorliegt, erschließt sich jedoch nicht allein aus der Form des in Rede stehenden Verhaltens, sondern aus zusätzlichen Informationen, etwa der Information darüber, wie elastisch der beim Handel insgesamt für Softdrinks vorgesehene Regalraum auf Änderungen der mit einem Hersteller wie Coca-Cola vereinbarten Konditionen reagiert. Ist diese Elastizität sehr groß, so kann man den Verdrängungseffekt vernachlässigen; ist sie sehr gering, so muss man den Verdrängungseffekt sehr ernst nehmen.

Die wettbewerbspolitische Beurteilung erfordert eine Abwägung beider Effekte. Dazu gehört zum einen eine Abschätzung der jeweiligen Größenordnungen der Effekte, zum anderen eine normative Gewichtung. Letztere gehört zu der in Abschnitt 3.4 zu behandelnden Frage nach den

Sprachtelekommunikation und möglicherweise Fernsehsendungen als „neue Märkte“ in diesem Sinn anzusehen? Der deutsche Gesetzgeber bejaht dies und hat diese Antwort sogar gesetzlich kodifiziert; die Europäische Kommission verneint dies und hat dazu ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof angestrengt.

normativen Grundlagen wettbewerbsrechtlicher Wertungen. Vor der normativen Gewichtung jedoch sind die Größenordnungen der verschiedenen Effekte zu erfassen. Dies kann nicht allein anhand der Form des betreffenden Verhaltens als solcher geschehen, sondern man benötigt dazu zusätzliche Information über die Marktconstellation, im gegebenen Beispiel etwa über die Elastizität des beim Handel insgesamt für Softdrinks vorgesehenen Regalraums.

Ich bezweifle, dass man diese Information und ihre Verwendung bei der Entscheidungsfindung im Rahmen einer *Per-se*-Regel vorab kodifizieren kann. Die Normierung eines Gefährdungstatbestands im Rahmen einer solchen Regel hat daher zur Folge, dass im konkreten Fall relevante Information nicht genutzt wird und die Treffsicherheit der Wettbewerbspolitik als Rechtsanwendung leidet. Eine stärkere Ausdifferenzierung der Regel kann dieses Problem mildern, aber nicht beheben.

Die Abwägung von Rechtssicherheit und Treffsicherheit als Forschungsproblem

Die Feststellung, dass die Normierung von Gefährdungstatbeständen im Rahmen von *Per-se*-Regeln mit einem Verlust an Treffsicherheit einhergeht, bedeutet *nicht*, dass eine solche Normierung grundsätzlich abzulehnen ist. Es kann ja durchaus sein, dass die Rechtssicherheit, die die Unternehmen durch solche Normierungen hinzugewinnen, den Verlust an Treffsicherheit mehr als aufwiegt. Jedoch fehlt es uns bislang an Kriterien, um Kosten und Nutzen der Wirkungen solcher Normierungen auf Rechtssicherheit und Treffsicherheit der wettbewerbspolitischen Eingriffe zu erfassen und zu vergleichen. Hier liegt ein wichtiges Forschungsproblem.²⁵

Bei der Forschung über dieses Thema wäre auch die Verlässlichkeit der *Per-se*-Regeln zu thematisieren. Es muss zu denken geben, dass die US-amerikanische Rechtsprechung einerseits ein *Per-se*-Verbot von Koppelgeschäften („Tying“) ausgesprochen hat, andererseits aber dieses *Per-se*-Verbot selbst durch Ausnahmen durchlöchert, wobei das Analyseschema weitgehend dem entspricht, was bei Einzelfallbetrachtungen nach einer *Rule of Reason* üblich ist.²⁶ Ob eine *Per-se*-Regel, bei der man im Nachhinein Ausnahmen macht, mehr Rechtssicherheit bietet als ein Verfahren, bei dem im Vorhinein feststeht, dass man jeweils auf die Gegebenheiten des Einzelfalls abstellen will, mag füglich bezweifelt werden.

3.3 Die Analyse von Wirkungszusammenhängen

Ich komme damit zum zweiten der oben angesprochenen drei Diskussionsthemen. Unabhängig vom gewählten Verfahren erfordert der wettbewerbsrechtliche Eingriff eine angemessene Analyse der Wirkungszusammenhänge. Dies gilt auch, wenn man nicht jeweils im Einzelfall über die

25 Einen ersten Schritt in diese Richtung unternahmen Y. Katsoulacos und D. Ulph, On the Optimal Design of Competition Policy Procedures, mimeo, Universität Athen und St. Andrews University, Juli 2007.

26 Dazu siehe die Entscheidungen des Supreme Court in den Fällen Motion Picture Patents vs. Universal Film Co. 243 U.S. 502 (1917), International Salt Co. V. United States 332 U.S. 392 (1947), Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

Missbräuchlichkeit eines Verhaltens entscheiden will, sondern einen abstrakten Gefährdungstatbestand normiert. Die Normierung eines Gefährdungstatbestands erübrigt die Wirkungsanalyse im Einzelfall. Der Normierung selbst aber sollte eine seriöse Auseinandersetzung mit der Frage vorausgehen, welche Wirkungen das in Rede stehende Verhalten auf die Funktionsfähigkeit und die Ergebnisse des Wettbewerbs in den betroffenen Märkten hat. In diesem Zusammenhang ist an die Warnung Ernst-Joachim Mestmäckers, des Nestors des deutschen Wettbewerbsrechts, zu erinnern, eine unangemessene Normierung wettbewerbsrechtlicher Gefährdungstatbestände führe „zu ungerechtfertigten Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit“ des marktbeherrschenden Unternehmens.²⁷

Zum Verständnis der Wirkungszusammenhänge bedarf es einer positiven²⁸ Analyse dessen, was das beanstandete Verhalten in den Märkten bewirkt. Solche Analysen fallen in die Fachkompetenz des Ökonomen. Werden sie ohne die erforderliche Fachkompetenz durchgeführt, so besteht das Risiko, dass Fehler gemacht werden, die dann die Qualität der Entscheidung insgesamt untergraben. Dazu liefern die oben diskutierten Beispiele einiges Anschauungsmaterial. Als Ökonom halte ich es für problematisch, dass die Begründung, mit der der EuGH die AKZO-Regel zu geltendem Recht erklärt hat, nach den Erkenntnissen der zuständigen Fachwissenschaft eine materiell falsche Beurteilung der Wirkungszusammenhänge enthält. Mein Unbehagen ist um so größer, als die beanstandeten Punkte innerhalb der Wirtschaftswissenschaften nicht kontrovers sind, sondern zum Grundbestand unserer Disziplin gehören, und dies nicht erst neuerdings, sondern schon zu der Zeit, als die AKZO-Regel erlassen wurde.²⁹

Gewiss kann man nicht verlangen, dass der jeweilige Beamte oder Richter selbst die erforderliche wirtschaftswissenschaftliche Kompetenz besitzt. Man kann aber verlangen, dass er die Sachkompetenz, die ihm fehlt, durch Hinzuziehen wirtschaftswissenschaftlichen Sachverständigen ersetzt und nicht etwa aus dem Bauch heraus seine eigene Wirtschaftstheorie entwickelt.³⁰

27 Mestmäcker, Ernst-Joachim (1984), *Der verwaltete Wettbewerb*, Walter Eucken Institut, Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen 19, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 34.

28 Das Wort „positiv“ ist in diesem Text durchweg als Gegensatz zu „normativ“ zu verstehen.

29 Als die Juristen Areeda und Turner (Fn. 4) 1975 die in der Europäischen Union heute nach dem AKZO-Urteil des EuGH genannte Regel als Kriterium zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Preisen als Wettbewerbsinstrument vorschlugen, wurde der Vorschlag umgehend von wirtschaftswissenschaftlicher Seite als unangemessen kritisiert, siehe z.B. F.M. Scherer (1975/76), *Predatory Pricing and the Sherman Act and Some Last Words on Predatory Pricing*, *Harvard Law Review* 89, 869 – 890 und 901 - 903. Einen Überblick über diese Diskussion und die nachfolgende Entwicklung der Auseinandersetzung mit dem Verdrängungsmisbrauch durch Kampfpreise geben P. Bolton, J. Brodley, M. Riordan (2000), *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, *Georgetown Law Review* 88, 2239 – 2329.

30 So auch E.-J. Mestmäcker (2005), *Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, in: Monopolkommission (ed.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Nomos-Verlag, Baden-Baden: 19 – 35, insbes. 21, allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Tatbestand, dass die Forderung in der Praxis der Behörden und Gerichte zumeist nicht erfüllt wird.

Juristischer Umgang mit wirtschaftswissenschaftlicher Analyse: Arbeitsteilung oder Integration?

Im Umgang mit naturwissenschaftlichen und technischen Sachverhalten ist es für den Juristen selbstverständlich, dass er auf eine gewisse Arbeitsteilung mit den jeweils zuständigen Fachwissenschaften angewiesen ist. Im Umgang mit wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Sachverhalten fehlt diese Selbstverständlichkeit. Von juristischer Seite wird dies mit der *normativen Kompetenz* der Rechtswissenschaft begründet. Der Staatsrechtler Oliver Lepsius schreibt dazu:

„Juristen haben offenbar kein Problem, sich zu Subsumtionsautomaten von Medizinern, Naturwissenschaftlern oder Technikern zu machen; gegenüber den Sozialwissenschaften aber bestehen sie auf ihrer juristischen Kompetenz, die Fakten selbst zu erheben und zu bewerten.

Das hat auch insofern seine Richtigkeit, als es ja die juristischen Tatbestände sind, die darüber entscheiden, welche Fakten überhaupt rechtserheblich sind. Nur der Jurist als Normwissenschaftler kann beurteilen, welche Sachverhalte zu ermitteln sind und anhand welcher normativer Maßstäbe dies zu geschehen hat. Fakten haben für sich genommen keinen normativen Aussagewert. Aus dem Sein folgt bekanntlich kein Sollen. Daher muß die Auswahl der rechtserheblichen Fakten und ihre Bewertung in erster Linie eine juristische Aufgabe sein, die keinen Spielraum für interdisziplinäres Arbeiten einräumt.“³¹

Hier wird unterstellt, dass es beim Umgang mit Sachverhalten bei der Rechtsanwendung nur um Auswahl und Bewertung von Fakten geht. Dabei wird übersehen, dass Daten und Fakten nie aus sich selbst sprechen und dass es immer der Theorie bedarf, um sie zu interpretieren, auch, dass es der Theorie bedarf, um anhand der Daten zu prüfen, welche von mehreren in Konkurrenz stehenden Interpretationen wohl am ehesten zutrifft. Beides liegt in der Kompetenz der zuständigen Fachwissenschaft.

Lepsius selbst weist darauf hin, dass die normwissenschaftliche Kompetenz des Juristen als solche nicht begründen kann, warum man mit sozialwissenschaftlichen Sachverhalten anders umgeht als mit naturwissenschaftlichen. Ohne vom Anspruch abzurücken, „zu bestimmen, welche Tatsachen rechtserheblich sind“, plädiert er für ein stärker arbeitsteiliges Vorgehen auch im Umgang mit sozialwissenschaftlichen Sachverhalten:

„Wenn es jedoch um Tatsachen als Voraussetzung der Rechtsanwendung geht, ist der arbeitsteilige Ansatz dem integrativen methodisch überlegen, denn er nimmt die jeweiligen fachwissenschaftlichen Erkenntnisverfahren ernst, während der integrative auf multitalentierte Juristen vertraut. Deshalb wird der arbeitsteilige Ansatz in erster Linie bei naturwissenschaftlichen Fakten eingesetzt, weil selbst die gebildetsten Juristen hier an Wissensgrenzen stoßen.“³²

31 O. Lepsius (2005), Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, Juristenzeitung 60, 1 – 13, hier 2. Siehe auch C. Engel (2006), The Difficult Reception of Social Sciences into the Law, Preprint 2006/1, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn.

32 O. Lepsius, (Fn. 31), 12.

Was Lepsius über den Umgang mit historischen, sozialen, politischen oder psychologischen Faktoren schreibt, gilt auch für den Umgang mit wirtschaftlichen Zusammenhängen im Wettbewerbsrecht.

Angemessenheit des begrifflichen Rahmens und empirische Identifikation als Desiderata

Aus der Sicht des Ökonomen leidet der von Lepsius mit dem Wort „integrativ“ bezeichnete Ansatz zum Umgang des Juristen mit wirtschaftlichen Sachverhalten daran, dass die positive Analyse wirtschaftlicher Zusammenhänge nicht als Aufgabe *sui generis* respektiert wird.

Wenn ich als Ökonom an einen konkreten Fall herangehe, frage ich mich als erstes, was überhaupt der angemessene begriffliche Rahmen ist, um ihn zu analysieren. Was sind die Entscheidungsprobleme der Beteiligten? Welche Wirkungszusammenhänge sind zu erwägen? Welches theoretische Modell oder welche Kombination von theoretischen Modellen sind heranzuziehen, um Entscheidungen und Wirkungszusammenhänge zu verstehen und um Hypothesen über die Wirkungszusammenhänge im konkreten Fall zu generieren?

Sodann muss ich anhand der Empirie untersuchen, welche Hypothese dem vorliegenden Fall am ehesten gerecht wird. Wenn auf der Ebene der theoretischen Analyse mehrere Hypothesen in Konkurrenz zueinander stehen, ist zu untersuchen, welche dieser Hypothesen den vorliegenden Fall wahrscheinlich am besten trifft. Dazu ist zunächst zu erwägen, welche empirischen Daten überhaupt die Möglichkeit bieten, zwischen den verschiedenen Hypothesen zu unterscheiden. Stehen diese Daten nicht unmittelbar zur Verfügung, so ist zu erwägen, ob man nicht aus anderen Daten indirekt erschließen kann, welche der konkurrierenden Hypothesen anzunehmen und welche zu verwerfen sind.

Bei beiden Aufgaben, bei der Erstellung des angemessenen *begrifflichen Rahmens* und beim Versuch der *empirischen Identifikation der Wirkungszusammenhänge*, ist es wichtig, dass man sich zunächst ein umfassendes Bild von dem betreffenden Fall und allen möglicherweise relevanten Aspekten verschafft. Greift man von vornherein punktuell einen bestimmten Effekt heraus, so besteht die Gefahr, dass man nur auf diesen Effekt achtet und gar keinen Blick mehr dafür hat, dass es auch andere Möglichkeiten gibt und dass der betreffende Effekt noch anhand der Daten zu verifizieren wäre. Die eigenen Vorurteile bekämen dann gar nicht erst die Chance, dass sie auch widerlegt werden könnten.³³

Ich habe nicht die Illusion, dass die hier skizzierte Strategie der positiven Analyse der Wirkungszusammenhänge in jedem Fall zu eindeutig gesicherten Ergebnissen führt. Sie führt aber zu einem Verständnis der Zusammenhänge, bei dem man relativ klar sieht, welche Aussagen empirisch gesichert sind und welche Aussagen nur auf Vermutungen beruhen.

33 Diese Überlegung stellt auch die Forderung von Lepsius (Fn. 31) infrage, dass die Auswahl der rechtserheblichen Fakten selbst „in erster Linie eine juristische Aufgabe“ sein muss.

Ein weiteres Beispiel: Der Fall British Airways/Virgin Atlantic Airways

Die Problematik sei anhand eines weiteren Beispiels erläutert. Im Juli 1999 entschied die Europäische Kommission, dass die von der Fluggesellschaft British Airways in ihren Verträgen mit Reisevermittlern verwandten Bonussystem gegen Art. 82 des EG-Vertrags verstießen, und verhängte eine Geldbuße von beinahe 7 Mio. Euro.³⁴ British Airways legte dagegen Beschwerde ein, doch die Entscheidung der Kommission wurde 2003 vom Europäischen Gericht Erster Instanz und in diesem Frühjahr vom Europäischen Gerichtshof bestätigt.³⁵

Kommission und Gerichte beanstandeten, dass British Airways einem Reisevermittler als Bonus nicht einfach ein konstantes Vielfaches des erzielten Umsatzes bezahlte, sondern dass der Bonus in einem bestimmten Bereich überproportional mit dem Umsatz anstieg und dass der betreffende Bereich jeweils in Relation zum Umsatz des entsprechenden Vorjahresmonats festgelegt wurde. Abbildung 1 veranschaulicht dieses Bonussystem. Die eingezeichnete Kurve $B(U)$ deutet an, wie der Bonus B vom Umsatz U der laufenden Periode abhängt.³⁶ Bei einem Umsatz U unterhalb von 95 % des Umsatzes U_{-1} im entsprechenden Vorjahresmonat beträgt der Bonus 7 %, bei einem Umsatz oberhalb von 125 % des Vorjahresmonatsumsatzes dagegen 10 % des Umsatzes. Im Bereich zwischen 95 % und 125 % des Vorjahresmonatsumsatzes U_{-1} steigt das Bonus-Umsatz-Verhältnis gleichmäßig von 7 % auf 10 % an; der Bonus selbst steigt daher überproportional mit dem Umsatz. In diesem Bereich bekommt der Reisevermittler für eine kleine Umsatzerhöhung nicht nur den dieser Umsatzerhöhung zuzurechnenden Bonus bei gegebenem Bonaussatz, sondern auch den zusätzlichen Betrag, der sich daraus ergibt, dass der Bonussatz sich erhöht und der erhöhte Bonussatz auf den *Gesamtumsatz* angewandt wird.

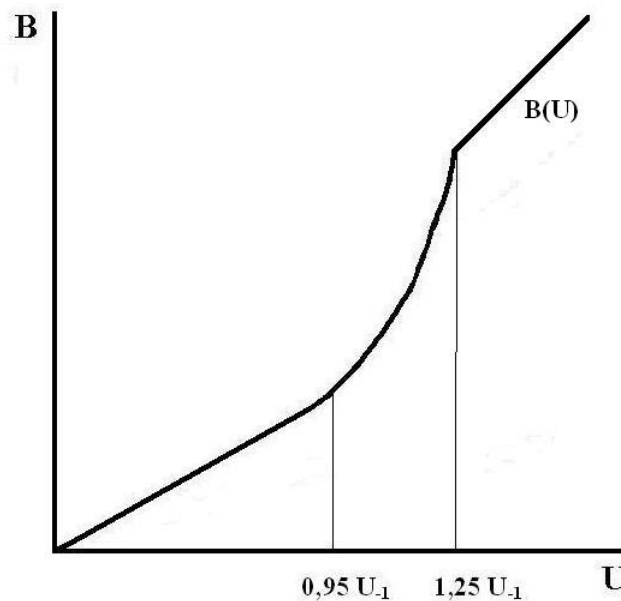
Wie die Abbildung zeigt, ist die angegebene Bonusfunktion im Bereich zwischen $0,95 U_{-1}$ und $1,25 U_{-1}$ steiler als im Bereich unterhalb von $0,95 U_{-1}$, teilweise auch steiler als im Bereich oberhalb von $1,25 U_{-1}$. Ist beispielsweise der laufende Umsatz gerade gleich dem Umsatz der Vorperiode, d.h., ist $U = U_{-1}$, so beträgt die Steigung der Bonusfunktion 17,5 %; hier bewirkt eine kleine Erhöhung des Umsatzes eine Erhöhung des Bonus um 17,5 % der Umsatzerhöhung.

34 Entscheidung 2000/74/EG der Europäischen Kommission vom 14. Juli 1999 im Verfahren IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways.

35 Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 17. Dezember 2003 in der Rechtssache T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2003, II-5917; Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14. März 2007 in der Rechtssache C-95/04, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>).

36 In der Abbildung wird vereinfachend unterstellt, dass der betreffende Reisevermittler nur internationale Flugscheine verkauft. Diese Vereinfachung findet sich auch in der maßgeblichen Beispielrechnung in Randnr. 30 der Entscheidung der Europäischen Kommission (Fn. 34). Eine Abbildung, die der Differenzierung der Boni nach In- und Auslandsflügen Rechnung trüge, wäre kaum noch anschaulich.

Abbildung 1



In den Augen der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte stellt die Verwendung dieses nichtlinearen Bonussystems einen unzulässigen Verdrängungsmissbrauch dar.³⁷ Liege nämlich der für British Airways getätigte Umsatz im kritischen Bereich zwischen 95 % und 125 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats, so werden andere Fluggesellschaften verdrängt, da sie nicht fähig oder willens sind, die Tätigkeit der Reisevermittler mit Bonussätzen zu honorieren, die der Steigung der Bonusfunktion in diesem Bereich entsprechen, etwa den oben genannten 17,5 % Steigung der Bonusfunktion bei einem Umsatz in Höhe von 100 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats. In diesem Bereich stehen die Reisevermittler faktisch nicht als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens zur Verfügung, denn sie werden alles dransetzen, durch zusätzliche Umsätze für British Airways die Bonussätze zu erhöhen.

Im Übrigen gebe es keine ökonomische Rechtfertigung für das beanstandete Bonussystem. Dem mit einem kleinen Umsatzanstieg am Punkt $U = U_1$ verbundenen Anstieg der Bonuszahlungen um 17,5 % des zusätzlichen Umsatzes stehe kein kommensurabler Vorteil, etwa aufgrund einer Kostendegression, gegenüber.

Die *empirische* Frage, ob es *tatsächlich* einen Verdrängungseffekt gab, wurde von der Europäischen Kommission und den Gerichten *nicht* geprüft. Alle Instanzen hielten das in Randnr. 30 der

37 Weitere Kritikpunkte waren: (i) Da die kritischen Schwellenwerte von den in der Vergangenheit erzielten Umsätzen der Reisevermittler abhingen, bestand die Möglichkeit, dass verschiedene Vertriebspartner bei gleichen Umsätzen unterschiedliche Boni oder bei verschiedenen Umsätzen dieselben Boni bekamen, ein Verstoß gegen das im EG-Vertrag enthaltene Diskriminierungsverbot. (ii) Aufgrund der Abhängigkeit der Bonuszahlungen von den Umsätzen der Vorperiode wirkt das Bonussystem wie ein System von Treuerabatten, bei dem der Partner dafür belohnt wird, dass er bei demselben Unternehmen bleibt. Eine allgemeine Aufarbeitung des Falls würde den Rahmen dieses Textes sprengen und vom eigentlichen Ziel der Ausführungen ablenken.

Kommissionsentscheidung enthaltene theoretische Argument, ein marginales Bonus-Umsatzverhältnis von 17,5 % am Punkte $U = U_{-1}$ bewirke eine Verdrängung der Wettbewerber,³⁸ für so überzeugend, dass eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Empirie ihnen als überflüssig erschien.

Vernachlässigung von Unsicherheit: Ein *Hamlet* ohne den Prinzen von Dänemark

Aus der Sicht des Wirtschaftswissenschaftlers sind die Erwägungen von Kommission und Gerichten zu den Verdrängungswirkungen des von British Airways verwandten Bonussystems *schon vom Ansatz her nicht geeignet*, die relevanten Wirkungszusammenhänge angemessen zu erfassen. Die Frage nach dem angemessenen begrifflichen Rahmen der Analyse ist offensichtlich zu keinem Zeitpunkt gestellt worden.

Kommission und Gerichte haben sich nicht gefragt, in welcher Entscheidungssituation British Airways und die Reisevermittler sich befanden, als sie die in Rede stehenden Bonussysteme vereinbarten. Daher haben sie auch nicht berücksichtigt, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für beide Vertragspartner *Unsicherheit* darüber bestand, welche Umsätze der Reisevermittler in der betreffenden Periode wohl erzielen könnte.

Diese Unsicherheit war aber maßgeblich dafür, dass überhaupt ein Bonussystem vereinbart wurde. Ließe sich jeweils zu Beginn eines Monats genau vorhersehen, welche Umsätze der Reisevermittler in Abhängigkeit von seinem Ressourceneinsatz in diesem Monat erzielen kann, so könnten Fluggesellschaft und Reisevermittler einfach eine Umsatzhöhe und eine Bonuszahlung fest vereinbaren. Der Vertrag lässt die Umsatzhöhe aber offen und spezifiziert lediglich, wie die Bonuszahlung vom Umsatz abhängt. In diesem Offenlassen des zu tätigen Umsatzes spiegelt sich der Umstand, bei Vertragsschluss eben nicht genau vorhersehbar ist, welche Umsätze der Reisevermittler tätigen wird. Schließlich hängt dies ja auch davon ab, was die Verbraucher im Laufe des Monats an Reisewünschen äußern. Die im Vorhinein bestehende Unsicherheit über die Verbrauchervünsche und damit über die zu tätigen Umsätze spielt in den Ausführungen von Kommission und Gerichten keine Rolle. Diese Ausführungen entsprechen daher einer Aufführung des *Hamlet*, in der der Prinz von Dänemark nicht auf der Bühne erscheint.

Trägt man der im Vorhinein bestehenden Unsicherheit Rechnung, so ist die theoretische Analyse des Verhaltens der Reisevermittler und der möglichen Verdrängungswirkungen des beanstandeten Bonussystems völlig neu aufzurollen. Die Kommission hat den behaupteten Verdrängungseffekt *nur* für eine Situation geprüft, in der der Reisevermittler schon weiß, dass sein Umsatz gerade bei 100 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats liegt und dass deshalb der

38 Die für die Argumentation der Kommission maßgeblichen Ausführungen in Randnr. 30 der Kommissionsentscheidung (Fn. 34) verwenden nicht den Begriff der Steigung oder der „marginalen“ Änderung, sondern behandeln eine diskrete Änderung in Form eines Umsatzrückgangs um ein Prozent. Materiell besteht aber kein Unterschied zu dem, was der Mathematiker mit dem Begriff der Steigung erfasst. Die von der Kommission gewählte Formulierung hilft nur zu vermeiden, dass der Leser der Kommissionsentscheidung sich mit einem Begriff aus der Differentialrechnung befassen muss.

nächste Umsatz, den er für British Airways tätigt, mit einem Bonussatz von 17,5 % versehen ist. Diese Analyse betrifft *nicht* das Verhalten des Reisevermittlers am 1. oder 2. Tag des Monats, wenn er noch nicht weiß, wo er am Monatsende landen wird, und wenn er überlegt, wie er seine Kapazitäten im Laufe des Monats einsetzen soll, um die Möglichkeiten, die das Bonussystem ihm bietet, am besten zu nutzen. Sie betrifft allenfalls das Verhalten des Reisevermittlers am 29. oder 30. Tag des Monats, wenn er die bisherigen Ergebnisse kennt *und* wenn er weiß, dass sein Umsatz in etwa bei 100 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats liegt.

Sollte sich allerdings bis zum 29. oder 30. Tag des Monats ergeben haben, dass der Umsatz des Reisevermittlers in etwa bei 90 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats liegt, so wäre das genaue Gegenteil eines Verdrängungseffekts zu erwarten. Der Reisevermittler kann dann vorhersehen, dass er kaum über die Schwelle von 95 % des Umsatzes des entsprechenden Vorjahresmonats hinauskommen wird, und erwartet daher, dass weitere Anstrengungen zu Gunsten von British Airways mit einem marginalen Bonussatz von 7 % honoriert werden. Dieser Bonussatz liegt deutlich *unter* dem Satz von 9 % für internationale Flüge, der vor Einführung des nichtlinearen Bonussystems galt.³⁹ Dementsprechend niedriger ist der Anreiz des Reisevermittlers, sich an den verbleibenden Tagen des Monats für British Airways einzusetzen. Der von der Europäischen Kommission behauptete Verdrängungseffekt verkehrt sich in sein Gegenteil. Der Anti-Verdrängungseffekt wird noch stärker, wenn der Reisevermittler berücksichtigt, dass er durch einen niedrigen Umsatz im laufenden Monat die Schwelle des Bonussystems im entsprechenden Monat ein Jahr später senken und den Erwartungswert der Bonuszahlungen in diesem Monat erhöhen kann.⁴⁰

Nichtlineare Anreizsysteme als Instrumente zur Kostensenkung

Ehe man nun anfängt, zu überlegen, welcher dieser verschiedenen Situationen am Monatsende das größere Gewicht beizumessen sei, sollte man zur Kenntnis nehmen, dass die mit einem nichtlinearen Bonussystem verbundenen Unterschiede der je nach Verlauf entstehenden Anreize für das Verhalten am Monatsende für die Beteiligten grundsätzlich von Nachteil sind. Betrachtet man das „letzte Geschäft des Monats“ für sich allein, so kann es nicht im Interesse der Beteiligten liegen, dafür je nach vorherigem Geschäftsverlauf einmal ein Bonus-Umsatz-Verhältnis von 17,5 % und ein andermal ein Bonus-Umsatz-Verhältnis von 7 % vorzusehen. Die Wahl eines solchen Bonussystems erfolgt im Hinblick auf seine Anreizwirkungen *ex ante*, in diesem Fall etwa am 1. oder 2. Tag des Monats, wenn noch nicht bekannt ist, wie sich die Umsätze im Laufe

39 Die Aussage gilt tendenziell auch für Inlandsflüge mit marginalen Bonussätzen von 7 % bei Umsätzen bis zu 95 % des Vorjahresmonatsumsatzes unter dem nichtlinearen System und 7,5 % unter dem früheren System.

40 Dies zeigt übrigens, dass auch die von Kommission und Gerichten nicht weiter begründete Gleichsetzung des inkriminierten Bonussystems mit einem System von Treuerabatten (Fn. 37) problematisch ist. Bei einem System von Treuerabatten hängen die Rabatte *positiv* von den in der Vergangenheit getätigten Umsätzen ab. Bei dem hier zur Diskussion stehenden Bonussystem dagegen hängen sie im kritischen Bereich *negativ* von den in der Vergangenheit getätigten Umsätzen ab. Dass bei unterschiedlichen Vorzeichen sich auch die Richtung der Verhaltenseffekte umkehrt, wird von Kommission und Gerichten nicht beachtet.

des Monats entwickeln.⁴¹ Diese allerdings sind von Kommission und Gerichten nicht untersucht worden.

Aus der *Ex-ante*-Perspektive am 1. oder 2. Tag des Monats erwägt der Reisevermittler, wie sein Verhalten während des Monats die Bonuszahlungen beeinflussen wird. Dies hängt davon ab, wie sich die Unsicherheit im Laufe des Monats auflösen wird. Zusätzliche Anstrengung und ein zusätzlicher Umsatz Δ am 1. oder 2. (oder an irgendeinem anderen) Tag des Monats erhöht die Bonuszahlung um die Differenz $\mathbf{B}(\mathbf{U}+\Delta)-\mathbf{B}(\mathbf{U})$. Diese Differenz hängt davon ab, welcher Umsatz \mathbf{U} sich am Ende des Monats ergibt. Da dies am Anfang des Monats nicht genau vorherzusehen ist, kann der Reisevermittler hier nur mit einem Erwartungswert rechnen. Dieser ergibt sich als Produkt aus dem Umsatzanstieg Δ mit dem *Erwartungswert* des marginalen Bonussatzes $\mathbf{B}'(\mathbf{U})$, der am Ende relevant sein wird. Der von der Kommission ins Zentrum der Betrachtung gerückte Satz von 17,5 % am Punkt $\mathbf{U} = \mathbf{U}_{-1}$ ist dabei nur einer der möglichen Werte, über die gemittelt wird.

In diesem Zusammenhang erweist sich die Nichtlinearität des Bonussystems als ein Mittel, um den Erwartungswert des marginalen Bonussatzes $\mathbf{B}'(\mathbf{U})$, d.h., die dem Reisevermittler gesetzten Anreize, vom Erwartungswert der Bonuszahlungen zu entkoppeln und so die Kosten des Anreizsystems zu senken, mit dem der Reisevermittler zu gehörigen Verkaufsanstrengungen motiviert werden soll. Aus der allgemeinen Theorie der Anreizverträge ist bekannt, dass aus einer *Ex-ante*-Perspektive lineare Verträge, im gegebenen Fall also Bonussysteme mit einem konstanten Bonus-Umsatz-Verhältnis, nur in Ausnahmefällen optimal sind. Solche Bonussysteme werden gewöhnlich durch Bonussysteme des in Abbildung 1 dargestellten Typs dominiert.⁴²

Aus einer *Ex-ante*-Perspektive schafft die Nichtlinearität einen Anreiz, sich so anzustrengen, dass man möglichst über den kritischen Bereich hinauskommt und von einem insgesamt höheren Bonus-Umsatz-Verhältnis $\mathbf{B}(\mathbf{U})/\mathbf{U}$ zu profitiert.⁴³ Um denselben Anreiz mit einem proportionalen Bonussystem zu erzeugen, bräuchte man ein höheres Bonus-Umsatz-Verhältnis, so dass die Zahlungen der Fluggesellschaft an den Reisevermittler im Durchschnitt deutlich höher wären.

41 Vgl. B. Holmström, P. Milgrom (1987), Aggregation and Linearity in the Provision of Intertemporal Incentives, *Econometrica* 55, 303 – 328, und M.F. Hellwig, K.M. Schmidt (2002), Discrete-Time Approximations of the Holmström-Milgrom Brownian-Motion Model of Intertemporal Incentive Provision, *Econometrica* 70, 2225 – 2264.

42 Zur Vorteilhaftigkeit nichtlinearer oder gar unstetiger Anreizsysteme grundlegend sind die Arbeiten von J. A. Mirrlees (1974), Notes on Welfare Economics, Information, and Uncertainty, in: M. Balch, D. McFadden, S. Wu (eds.) *Essays on Economic Behavior under Uncertainty*, North Holland, Amsterdam, 243 – 258, sowie R. D. Innes (1990), Limited Liability and Incentive Contracting with Ex-ante Action Choice, *Journal of Economic Theory* 52, 45 – 67.

43 Allerdings muss der kritische Bereich richtig gesetzt werden. Dabei kommt 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 den kritischen Bereich für die Nichtlinearität richtig setzen zu können. Als mögliche Informationsquelle bietet sich die Erfahrung an, die man mit dem betreffenden Vermittler in der Vergangenheit gemacht hat. Dies erklärt die Bezugnahme auf die Ergebnisse des Vorjahresmonats. Fehlt die Information, um die Schwelle richtig zu wählen, so kann ein proportionales Anreizsystem besser sein. Siehe B. Holmström, P. Milgrom (Fn. 41), M.F. Hellwig, K.M. Schmidt (Fn. 41).

Nichtlinearitäten in Bonussystemen bieten die Möglichkeit, die gewünschte Sensitivität der erwarteten Zahlung bezüglich der Anstrengung des Reisevermittlers zu erzielen, ohne dass der Erwartungswert der Zahlungen selbst entsprechend hoch sein müsste.⁴⁴

Die mit einem nichtlinearen Anreizsystem verbundene Entkoppelung der dem Reisevermittler gesetzten Anreize von den durchschnittlichen Bonuszahlungen kann dazu dienen, bei gegebenem Einsatz der Reisevermittler für British Airways die Vertriebskosten der Fluggesellschaft zu senken. In diesem Fall wäre von einem Verdrängungsmissbrauch so wenig zu reden wie wenn British Airways durch Einsatz eines neuen Routenplanungsprogramms die Leerzeiten der Flugzeuge verringerte.

Die Entkoppelung der dem Reisevermittler gesetzten Anreize von den durchschnittlichen Bonuszahlungen kann natürlich auch dazu dienen, bei gegebenem Aufwand die Reisevermittler zu größeren Anstrengungen für British Airways zu veranlassen. Inwiefern die eine oder andere dieser beiden Alternativen vorliegt, ist auf der Ebene der Theorie nicht zu klären. Realistischerweise ist damit zu rechnen, dass beide Wirkungen vorliegen; welche von ihnen das Übergewicht hat, hängt von den konkreten Gegebenheiten ab.

Soweit das nichtlineare Anreizsystem dazu dient, bei gegebenem Aufwand die Reisevermittler zu größeren Anstrengungen für British Airways zu veranlassen, stellt sich die Frage, ob die zusätzlichen Anstrengungen zu Lasten der Wettbewerber von British Airways oder zu Lasten der Siesta des Reisevermittlers gehen. Soweit Letzteres zutrifft, wäre wiederum nicht von einem Verdrängungsmissbrauch zu reden und wäre das Verbot eines nichtlinearen Bonussystems ähnlich kritisch zu sehen wie eine etwaige Auflage zur Verwendung eines ineffizienten Routenprogramms. Grundsätzlich ist allerdings beides möglich. Hier haben wir es wieder mit dem bereits diskutierten Problem der Ambivalenz eines Verhaltens zu tun, das je nach den Umständen eine legitime Wettbewerbsstrategie oder einen illegitimen Verdrängungsmissbrauch darstellen kann.

Unangemessenheit des Kriteriums der *Ex-post*-Adäquanz der Bonuszahlungen

Im Verhältnis zwischen Fluggesellschaft und Reisevermittler wird in jedem Fall, unabhängig von der Wettbewerbssituation, ein Anreizsystem benötigt. Die Fluggesellschaft ist auf die Verkaufsanstrengung des Reisevermittlers angewiesen. Diese Verkaufsanstrengung ist aber nicht wirksam kontrahierbar. Sie kann von der Fluggesellschaft nicht beobachtet werden. Sie kann auch nicht aus den erzielten Umsätzen erschlossen werden, denn diese hängen auch vom Verbraucherverhalten ab. Dieses Anreizproblem besteht auch dann, wenn die Fluggesellschaft gar

44 In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Reisevermittler bei dem von der Europäischen Kommission unterstellten Endumsatz $U = U-1$ mit 7,5 % des Umsatzes auf internationale Flüge einen insgesamt deutlich *niedrigeren* Bonus bekommt als unter dem früheren System (9 % des Umsatzes; die entsprechenden Zahlen bei Inlandsflügen betragen 7,2 % bei dem nichtlinearen System und 7,5 % bei dem früheren System). Hier ist das durchschnittliche Bonus-Umsatz-Verhältnis $B(U)/U = 7,5\%$ ist deutlich kleiner als der marginale Bonussatz $B'(U) = 17,5\%$.

keine Wettbewerber hat oder wenn der Reisevermittler als Außendienstmitarbeiter der Fluggesellschaft im Anstellungsverhältnis arbeitet, etwa wie der Außendienstmitarbeiter eines Versicherers, und anderen Fluggesellschaften ohnehin nicht zur Verfügung steht. Auch in diesen Fällen kann es für die Fluggesellschaft sinnvoll sein, durch Einsatz eines nichtlinearen Bonussystems die Kosten für die Motivation der Reisevermittler zu senken.

Die Aussage des Europäischen Gerichts Erster Instanz,⁴⁵

„BA konnte kein anderes Interesse daran haben, diese Prämienregelungen anzuwenden, als das, die konkurrierenden Fluggesellschaften zu verdrängen und so die Aufrechterhaltung des bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung dieses Wettbewerbs auf dem britischen Markt der Luftverkehrsvermittlungsdienste zu behindern.“

ist daher sachlich genauso falsch wie seinerzeit die Begründung des EuGH für die AKZO-Regel. Der Fehler geht darauf zurück, dass die Frage nach dem angemessenen begrifflichen Rahmen für die Analyse, die für den Ökonomen ganz zentral ist, in diesem Verfahren nicht gestellt wurde. Die zentrale Rolle der Unsicherheit und das mit dieser Unsicherheit verbundene Risikoteilungs- und Anreizproblem ist überhaupt nicht ins Blickfeld des Gerichts geraten.

Verträge, die unter Unsicherheit geschlossen werden, betreffen immer auch die Frage, wie die anfallenden Risiken zwischen den Vertragspartnern aufgeteilt werden. Dabei geht es zum einen um die Frage, wer diese Risiken besser tragen kann; dies hängt u.a. von der Risikoaversion der Beteiligten ab. Zum anderen geht es um die Frage, welche Verhaltensanreize durch die Risikoaufteilung gesetzt werden. Risikoteilungs- und Anreizeffekte sind gegeneinander abzuwägen und entsprechend den Interessen und den Risikopräferenzen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, d.h. *ex ante*, auszutarieren.

Kommission und Gericht jedoch fordern eine *Ex-post*-Adäquanz des Bonussystems und stellen die Frage, ob z.B. der mit einer Umsatzerhöhung von 99 % auf 100 % des Vorjahresmonatsumsatzes verbundene Anstieg der Bonuszahlung um 17,5 % durch einen entsprechend großen Vorteil gerechtfertigt ist, den British Airways aus den zusätzlichen Umsätzen zieht, etwa aufgrund von Größenvorteilen.⁴⁶ Wenn aber der geschlossene Vertrag ein Element der Risikoteilung ent-

45 Rechtssache T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 35), Randnr. 288.

46 Vgl. z.B. Randnr. 289 – 291 der Entscheidung des Gerichts Erster Instanz (Fn. 35). Die Einräumung eines marginalen Bonussatzes von 17,5 % am Punkt U = U-1 wird als eine Art Kampfpreisstrategie betrachtet, bei der dem zusätzlichen Bonus keine angemessene Gegenleistung der Reisevermittler gegenübersteht. Dass zwischen dieser Vorstellung und der Vorstellung von einer Schlechterstellung der Reisevermittler durch die „einseitig“ von British Airways Einführung des nichtlinearen Bonussystems unter Herabsetzung der bisher geltenden Provisionssätze (Randnr. 188 und 218 der Gerichtsentscheidung) eine gewisse Inkonsistenz besteht, wird nicht wahrgenommen. Zu dieser Wahrnehmungslücke passt es allerdings, wenn das Gericht Erster Instanz ausführt, dass „die Anwendung von Ergebniszuschlagsregelungen, die nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruhen, die Freiheit der Vermittler, ihre Dienste den Fluggesellschaften ihrer Wahl zu erbringen,... beschränkt hat“ (Randnr. 292) – die Einräumung eines ungerechtfertigten Bonus nimmt dem Adressaten die Freiheit, ein anderes Angebot wahrzunehmen!

hält, so besteht kein Grund für eine solche *Ex-post*-Adäquanz der für verschiedene Umsatzergebnisse vereinbarten Zahlungen.⁴⁷

Erhöhe man die *Ex-post*-Adäquanz zu einer allgemeinen Forderung an die Vertragsgestaltung marktbeherrschender Unternehmen, so nähme man diesen Unternehmen und ihren Vertragspartnern die Möglichkeit, die Allokation der Risiken, denen sie ausgesetzt sind, zum beiderseitigen Vorteil zu beeinflussen. Dies wäre ein tiefgehender dirigistischer Eingriff in die Allokationsmechanismen der Volkswirtschaft. Ich will nicht gänzlich ausschließen, dass eine gründliche juristische Analyse auch einen solchen Dirigismus aus den zugrunde liegenden Rechtsnormen ableiten könnte. Im gegebenen Fall jedoch geht man diesen Weg, ohne das Problem der Risikoallokation und ihrer Gestaltung durch die in Rede stehenden Verträge überhaupt thematisiert zu haben.

Ein vor-Galilei-scher Umgang mit der Empirie

Eine empirische Untersuchung der Auswirkungen des inkriminierten Bonussystems hielten Kommission und Gerichte für überflüssig. Auf die entsprechende Kritik von British Airways an der Kommissionsentscheidung antwortete das Gericht Erster Instanz,⁴⁸ der Nachweis einer „konkreten Wirkung“ auf den betroffenen Märkten sei nicht erforderlich. Es genüge der Nachweis, dass das betreffende Verhalten „aufgrund seiner Art und Eignung eine solche Wirkung haben kann.“

Im übrigen habe die Kommission den Verdrängungseffekt „konkret nachgewiesen.“⁴⁹ Die Kommission habe nämlich gezeigt, dass „die Reisevermittler im Vereinigten Königreich den Absatz von 85 % aller im Vereinigten Königreich verkauften Flugscheine durchführten.“ Daher „konnte das missbräuchliche Verhalten von BA ... eine Ausschlusswirkung auf den britischen Luftverkehrsmärkten ... gar nicht verfehlen.“ Dem Vortrag von British Airways, der Marktanteil des Unternehmens sei in der in Rede stehenden Zeit stetig und spürbar zurückgegangen, entgegnete das Gericht, ohne den Verdrängungseffekt des inkriminierten Bonussystems wäre der Rückgang eben noch größer gewesen.⁵⁰ Auf die erneute Kritik von British Airways, nunmehr an der Entscheidung des Gerichts Erster Instanz, antwortete der Europäische Gerichtshof, die theo-

47 Die von Kommission und Gerichten geforderte Adäquanz wäre gerechtfertigt, wenn die Fluggesellschaft dem Reisevermittler das in Rede stehende Bonussystem anböte, er dann ein Umsatzniveau wählte und der entsprechende Vertrag abgeschlossen würde. Dies setzt allerdings voraus, dass die Risikoallokation keine Rolle spielt und der Reisevermittler in der Lage ist, von sich aus den Umsatz, den er für die Fluggesellschaft tätigt, zu wählen.

48 Rechtssache T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 35), Randnr. 293.

49 Rechtssache T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 35), Randnr. 294 – 296.

50 Rechtssache T-219/99, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 35), Randnr. 298.

retischen Erwägungen des Gerichts Erster Instanz genügten für eine Beurteilung der Wirkungen des inkriminierten Bonussystems.⁵¹

Die Äußerungen der Gerichte entsprechen einem vor-Galilei-schen Verständnis von Theorie und Empirie. Warum durch das Fernrohr schauen, wenn man schon weiß, dass Sonne und Planeten um die Erde kreisen? Für den Nachweis, dass das betreffende Verhalten „aufgrund seiner Art und Eignung eine solche Wirkung haben kann,“ genügt den Gerichten die Plausibilität einer ansonsten keiner intellektuellen Disziplin unterworfenen theoretischen Spekulation. Eine empirische Validierung ist nicht erforderlich.

Die Begründung der Aussage des Gerichts Erster Instanz, die Kommission habe den Verdrängungseffekt konkret nachgewiesen, ist für eine solche Validierung schon vom Ansatz her nicht geeignet. Die empirische Befund, dass 85 % aller im Vereinigten Königreich verkauften Flugscheine den Vertriebsweg über Reisevermittler nahmen, belegt allenfalls die Bedeutung der Beziehungen zwischen Fluggesellschaften und Reisevermittlern für die eigentlichen Flugmärkte; über das *Verhalten* der Reisevermittler unter dem mit British Airways vereinbarten Bonussystem und damit über die Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Fluggesellschaften sagt dieser Befund gar nichts aus. In diesem Punkt verlässt das Gericht sich allein auf die theoretische Analyse. Da man bei der theoretischen Analyse von vornherein einen Spezialfall herausgegriffen hatte, bei dem die Ergebnisse eindeutig waren, kam es gar nicht auf die Idee, dass der behauptete Verdrängungseffekt etwa *nicht* vorliegen könnte.

Der Verzicht auf empirische Validierung wäre unproblematisch, wenn das in Rede stehende Verhalten aufgrund einer vorab vorgenommenen Normierung eines Gefährdungstatbestands *per se* verboten wäre *und* wenn der betreffenden Normierung eine angemessene theoretische und empirische Analyse der Wettbewerbswirkungen vorangegangen wäre, die dieses Verhalten typischerweise hat. Ist die Einschätzung, dass das in Rede stehende Verhalten im Normalfall den Wettbewerb schädigt, theoretisch und empirisch genügend abgesichert, so erübrigt die Normierung eines Gefährdungstatbestands die erneute Prüfung der Wettbewerbswirkungen im konkreten Fall. Wie oben ausgeführt, mag der damit verbundene Gewinn an Rechtssicherheit (und Verfahrensökonomie) den mit dem Verzicht auf die Nutzung relevanter Information verbundenen Verlust an Treffsicherheit der Entscheidung aufwiegen.⁵²

Eine solche Normierung lag hier aber *nicht* vor. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass der British-Airways-Fall selbst⁵³ ohne weitere Analyse die Grundlage für eine solche Normierung bilden wird, so dass marktbeherrschende Unternehmen in Zukunft grundsätzlich keine nichtlinearen Bonussysteme im Vertrieb verwenden dürfen.⁵⁴ Um so problematischer ist es daher, dass man

51 Rechtssache C-95/04, British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 35), Randnr. 96 – 98.

52 Mestmäcker (Fn. 26) 99 f.

53 Zusammen mit dem ähnlich gelagerten Fall Michelin II, Rechtssache T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2003, II-4071.

54 Dazu siehe den Schlussantrag der Generalanwältin Kokott im Fall British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 7), insbesondere Randnr. 28.

sich überhaupt nicht um eine empirische Validierung der behaupteten Wirkungszusammenhänge bemüht hat.

Für eine solche Validierung wäre nach den obigen Ausführungen zur Funktion und zur wettbewerbspolitischen Ambivalenz nichtlinearer Anreizsysteme zu prüfen gewesen, ob das inkriminierte Bonussystem vor allem dazu diente, Vertriebskosten zu senken oder die Reisevermittler zu verstärkten Anstrengungen für British Airways zu veranlassen. Ferner, ob zusätzliche Anstrengungen der Reisevermittler für British Airways zu Lasten der anderen Fluggesellschaften gegangen sind oder ob diese Anstrengungen aus zusätzlichen Ressourcen bestritten wurden, durch eine Verringerung von Leerlauf, einen zusätzlichen Einsatz von Personal oder auch den Marktzutritt weiterer Reisevermittler.

Im Hinblick auf die zweite Frage ist von Interesse, dass die Kommission selbst davon spricht, dass die Reisevermittler im Vereinigten Königreich im intensiven Wettbewerb miteinander standen. Dies lässt vermuten, dass das Angebot an Vermittlungsleistungen insgesamt eher elastisch war. Wäre das Angebot an Vermittlungsleistungen unelastisch, so könnte Wettbewerb nur eine untergeordnete Rolle spielen, denn der Geschäftspartner, der sich von einem Vermittler schlecht behandelt fühlt, ob als Fluggesellschaft oder als Reisender, könnte schlecht wechseln, wenn es bei den anderen Reisevermittlern keine freien Kapazitäten gäbe. Ist das Angebot an Vermittlungsleistungen aber insgesamt elastisch, so ist der von der Kommission beschworene Verdrängungs- oder Marktverschlusseffekt eher unwahrscheinlich. Insofern liefert die Entscheidung der Kommission selbst einen gewissen Anhaltspunkt dafür, dass ihre Analyse nicht nur unzulänglich ist, sondern auch im Ergebnis falsch sein könnte.

Mir geht es hier allerdings nicht darum, ob das Ergebnis richtig oder falsch war. Mir geht es vor allem darum, dass die Analyse der Wirkungszusammenhänge, die zu diesem Ergebnis führte, nach den Maßstäben der Wirtschaftswissenschaft als unprofessionell zu bezeichnen ist: Die theoretischen Überlegungen sind unzulänglich, und die empirische Analyse fehlt. Ich halte es für problematisch, wenn die hoheitliche Funktion der Judikative auf diese Weise wahrgenommen wird.

3.4 Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Was sind die normativen Grundlagen von Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik

Ich komme schließlich zur dritten und letzten der oben gestellten Fragen: Was sind die normativen Grundlagen der Wettbewerbspolitik? Ökonomen neigen dazu, ohne weiteres die *Effizienz der Ressourcenallokation* als Ziel von Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht zu unterstellen. Sie diskutieren dann nur noch über die Frage, ob Effizienz im Sinne der Gesamtwohlfahrt,

unter Einschluss der Produzentengewinne, oder im Sinne der Verbraucherwohlfahrt zu interpretieren sei.⁵⁵

Von juristischer Seite wird dazu gespottet, der Ökonom sei wohl auch für die Einführung der Sklaverei, wenn nur die Effizienz der Ressourcenallokation dadurch gesteigert werden könnte.⁵⁶ Die maßgeblichen Rechtsnormen seien mit einem absolut gesetzten Effizienzziel nicht zu vereinbaren. Vielmehr gehe es darum, durch den Erhalt und die Förderung des Wettbewerbs und der *Wettbewerbsfreiheit* einen Beitrag zur freiheitlichen Ordnung des Gemeinwesens insgesamt zu leisten. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit seien als konstitutive Elemente der Verfassungsordnung zu sehen und dürften nicht für die Erfordernisse ökonomischer Rationalität instrumentalisiert werden. Der Forderung nach Verfolgung eines Effizienzziels stehe die „eigene Rationalität und Eigengesetzlichkeit“ des Rechts entgegen.⁵⁷

Problematik des Effizienzziels

Die Kritik am Effizienzziel der Ökonomen ist meines Erachtens gerechtfertigt. Ich habe dies an anderer Stelle ausführlich erörtert⁵⁸ und fasse hier nur das Wichtigste zusammen. Ungeachtet der Frage, in welchem Verhältnis ein Effizienzziel zu den zugrunde liegenden Rechtsnormen steht,⁵⁹ habe ich Vorbehalte bezüglich des materiellen Gehalts eines solchen Ziels.

Im Vokabular der Wirtschaftstheorie bezieht sich das Wort „Effizienz“ in der Regel auf das *Pareto-Kriterium*, wonach ein Marktergebnis *ineffizient* ist, wenn mit den der Volkswirtschaft zur Verfügung stehenden Ressourcen ein anderes Ergebnis erreicht werden könnte, bei dem *alle* Beteiligten besser gestellt würden. Von Kartellen und Monopolen ist bekannt, dass die Marktergebnisse typischerweise ineffizient sind. Es mag daher nahe liegen, die mit der staatlichen Wettbewerbspolitik verbundenen Interventionen, Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, als Mittel zur Bekämpfung dieser Pareto-Ineffizienz zu interpretieren.

55 Zur aktuellen Diskussion über diese Frage siehe J. Farrell, M. Katz (2006), *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, *Competition Policy International* 2, Nr. 2, 3 – 28, und K. Heyer (2006), *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best?*, *Competition Policy International* 2, Nr. 2, 29 – 54. Grundlegend sind O. E. Williamson (1968), *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, *American Economic Review* 58, 18 – 35, und R.H. Bork (1978), *The Antitrust Paradox*, Basic Books, New York.

56 W. Möschel (2005), *Recht und Ökonomie – Am Beispiel des Kartellgesetzes*, in: Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Zum 100. Geburtstag von Professor Dr. Dres. h.c. Ludwig Raiser (1904 – 1980), *Tübinger Universitätsreden Neue Folge Band 44*, 29 – 51, insbes. 48.

57 E.- J. Mestmäcker (Fn. 30), 21 – 25, W. Möschel (Fn. 56), 46 – 48.

58 M. F. Hellwig, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik*, in: C. Engel and W. Möschel (eds.), *Recht und spontane Ordnung. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag*, Nomos-Verlag, Baden Baden 2006, 231 – 268, insbes. 233 – 248.

59 Die Formulierung von Artikel 98 des EG-Vertrags, „Die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird“, lässt ein Effizienzziel als zumindest nicht gänzlich abwegig erscheinen.

Diese Interpretation greift aber zu kurz. Das Pareto-Kriterium ist bei Wirtschaftswissenschaftlern beliebt, weil es von Aspekten der Umverteilung durch Wirtschaftspolitik abstrahiert. Ökonomen tun sich schwer mit Verteilungsproblemen, denn der Umgang mit ihnen erfordert Werturteile, die wissenschaftlich kaum zu begründen sind und die bei den Betroffenen kontrovers sind. Interpretiere ich freilich die Ineffizienz von Kartellen und Monopolen im Sinne des Pareto-Kriteriums, so muss ich feststellen, dass Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik damit nichts zu tun haben. Das Wettbewerbsrecht beschränkt die Handlungsspielräume von Unternehmen, potentiellen Kartellisten und Marktbeherrschern, *ohne* dass die Unternehmen und ihre Eigentümer dafür kompensiert würden. Solche Eingriffe sind mit dem Pareto-Kriterium nicht zu begründen.

Ökonomen neigen dazu, die Verteilungsimplicationen ihrer Politikempfehlungen zu verdrängen, indem sie annehmen, Verteilungsaspekte der Wirtschaftspolitik – einschließlich der gegebenenfalls erforderlichen Kompensation für Eingriffe bei der Verfolgung eines Effizienzziels! – würden an anderer Stelle des politischen Systems, etwa im Rahmen der Steuerpolitik berücksichtigt. Ich halte diese Vorgehensweise für intellektuell unehrlich. Tatsächlich werden die Verteilungswirkungen der Wettbewerbspolitik *nicht* an anderer Stelle berücksichtigt; die Steuerpolitik kümmert sich nicht darum. Überdies sind die Verteilungswirkungen der Wettbewerbspolitik durchaus vom Gesetzgeber intendiert. Meines Erachtens muss eine normative Grundlegung der Wettbewerbspolitik auch die Verteilungswirkungen dieser Politik thematisieren und erklären, warum ein Kartellverbot ohne Kompensation von den Betroffenen zu akzeptieren ist. Ein reines Effizienzziel ist dafür nicht geeignet.

Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfreiheit als Normzweck

In der auf den deutschen Ordoliberalismus zurückgehenden juristischen Tradition zu den normativen Grundlagen von Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik wird, wie erwähnt, der Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfreiheit als wesentlicher Normzweck gesehen. Wettbewerbsrechtliche Beschränkungen der Handlungsspielräume von Unternehmen sollen die Wettbewerbsfreiheit anderer Marktteilnehmer schützen. So bietet das Kartellverbot dem einzelnen Anbieter und seinem Kunden die Möglichkeit, frei miteinander zu verhandeln. Das Verbot des Verdrängungsmissbrauchs ahndet unzulässige Beschränkungen der Handlungsspielräume der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens.

In diesem Denkansatz erscheinen Verteilungswirkungen von vorn herein als ein konstitutives Element der Wettbewerbspolitik. Der staatliche Eingriff beschränkt die Rechte und Möglichkeiten von Marktteilnehmern, um die Rechte und Möglichkeiten anderer Marktteilnehmer zu schützen. Der normative Maßstab für diesen Eingriff ergibt sich nicht aus einem utilitaristischen Umverteilungskalkül, sondern aus der Erkenntnis, dass die Wettbewerbsfreiheit des einen in der Wettbewerbsfreiheit des anderen ihre Grenze findet und dass es notwendig ist, diese Grenze mit den Mitteln des Rechts genau zu ziehen. Effizienz der Ressourcenallokation erscheint in diesem

Denkansatz allenfalls als Nebenprodukt der Wettbewerbspolitik, nicht aber als eigentlicher Normzweck.

Was aber bedeutet „Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerbsfreiheit“ *in concreto*? Kritiker bemängeln regelmäßig, dass die Entscheidungen der deutschen und europäischen Wettbewerbsbehörden mehr dem Schutz der Wettbewerber als dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Im British-Airways-Fall war das Verfahren durch eine Beschwerde von Virgin Atlantic Airways, einem Konkurrenten von British Airways ausgelöst worden. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nennt ausdrücklich den Schutz der bestehenden Marktstruktur vor einer Verdrängung von Wettbewerbern durch das marktbeherrschende Unternehmen als einen Normzweck des EG-Vertrags.

Schutz des Wettbewerbs oder Schutz der Marktstruktur?

Vom Schutz der Marktstruktur ist im EG-Vertrag allerdings nicht die Rede. Die Vorstellung, dass die zugrunde liegenden Rechtsnormen auf den Schutz der Marktstruktur abzielen, ergibt sich erst aus der Interpretation dieser Normen durch Jurisprudenz und Rechtsprechung. Die im Zuge dieser Interpretation vorgenommene „Konkretisierung des Normgehalts“ der im Vertrag enthaltenen Wettbewerbsregeln gehört, wie oben diskutiert, zur ureigensten Domäne der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft.⁶⁰ Gleichwohl ist die Interpretation, dass der Schutz des Wettbewerbs automatisch den Schutz der Marktstruktur beinhalte, für den Ökonomen problematisch.

Der Ökonom erinnert sich nur zu gut, dass die Fokussierung der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden auf den Schutz der Marktstruktur die Firma General Motors in den fünfziger und sechziger Jahren davon abgehalten hat, ihre Größen- und Verbundvorteile im Wettbewerb in den Automärkten voll auszuspielen – aus Angst, das dann zu erwartende Ausscheiden des kleinsten Anbieters American Motors könnte die Wettbewerbsbehörden veranlassen, auf eine Entflechtung von General zu dringen. Die Marktstruktur blieb auf diese Weise erhalten, aber die Fähigkeit zum Wettbewerb ging verloren – so sehr, dass die US-amerikanischen Automobilhersteller den Herausforderungen der siebziger Jahre, dem Ölpreisschock und dem Wettbewerb der Japaner, zunächst ziemlich hilflos gegenüber standen. In diesem Fall hat die Fokussierung der Wettbewerbsbehörden auf den Schutz der Marktstruktur dazu geführt, dass Wettbewerb beschränkt wurde. Ich habe Zweifel, ob ein solcher Schutz der Marktstruktur wirklich dem Normzweck der Wettbewerbsregeln entspricht.

In diesem Zusammenhang erinnere ich noch einmal an Ernst-Joachim Mestmäckers Hinweis und Warnung, dass auch das marktbeherrschende Unternehmen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit hat und dass eine sachlich unangemessene wettbewerbsrechtliche Intervention auf ungerechtfertigte Weise in diese Wettbewerbsfreiheit eingreift.⁶¹ In seinem Buch *Der verwaltete Wettbewerb*

60 O. Lepsius (Fn. 31), insbesondere 1, 13.

61 Mestmäcker (Fn. 26), 33 f.

zeigt Mestmäcker sehr eindrücklich, dass das Wettbewerbsrecht regelmäßig auch benutzt wird, um Wettbewerb zu behindern.

Gehen wir noch einmal zurück zum Beispiel British Airways. Wie oben erläutert, wäre in diesem Fall zu prüfen gewesen, ob das inkriminierte Bonussystem British Airways vor allem zur Senkung der Vertriebskosten oder vor allem zur Verdrängung der Wettbewerber bei den Reisevermittlern diene. Träfe die erste dieser beiden Alternativen zu, so hätte der Eingriff der Wettbewerbsbehörde dem Unternehmen eine legitime Wettbewerbsstrategie genommen. Dies wäre kaum anders zu beurteilen als eine Auflage, veraltete Flugzeuge oder eine ineffiziente Routenplanung zu verwenden. Solche Maßnahmen schützen die Wettbewerber, indem sie den Wettbewerb beschränken.

An dieser Stelle erfolgt zumeist der Hinweis darauf, dass es nach dem Verschwinden der heutigen Wettbewerber keinen Wettbewerb mehr geben wird. Ich halte es aber für problematisch, wenn die Furcht vor einem Verschwinden der heutigen Wettbewerber als Grund genommen wird, um einen legitimen Wettbewerbserfolg eines marktbeherrschenden Unternehmens zu verhindern, ganz abgesehen davon, dass man in vielen Fällen von einem gänzlichen Verschwinden der Wettbewerber weit entfernt ist. Die Vorstellung vom Wettbewerbserfolg als Indiz für die Leistung eines Unternehmens würde *ad absurdum* geführt, wenn die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens sich nur deshalb im Markt halten können, weil die Wettbewerbsbehörde auch legitime Strategien des marktbeherrschenden Unternehmens untersagt.

Haben marktbeherrschende Unternehmen keinen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit?

Die Vorstellung, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit haben könnte, hat in der europäischen Entscheidungspraxis bislang kaum Widerhall gefunden. Vielmehr betonen Kommission und Gerichte, ein marktbeherrschendes Unternehmen trage eine „besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.“⁶² Im British-Airways-Fall wurde das Argument, dass die Wettbewerber von British Airways selbst nichtlineare Bonussysteme des beanstandeten Typs verwandten, mit dem Hinweis beiseite geschoben, aufgrund seiner „besonderen Verantwortung“ hätte ein marktbeherrschendes Unternehmen eben nicht dieselben Rechte wie seine Wettbewerber.⁶³

62 Rechtssache 322/81, *Niederländische Banden Industrie Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1983, 3461, Randnr. 57.

63 Rechtssache T-219/99, *British Airways gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (Fn. 35), Randnr. 64. Auf den Widerspruch zwischen der Verwendung solcher Bonussysteme durch die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens und der oben zitierten Einschätzung, ein solches System könne *nur* zum Zweck der missbräuchlichen Verdrängung der Wettbewerber eingeführt werden (Randnr. 288), ging das Gericht nicht ein.

Mit solchen Hinweisen auf die „besondere Verantwortung“ marktbeherrschender Unternehmen knüpft die Rechtsprechung an Denkmuster des frühen Ordoliberalismus an. So heißt es bei Franz Böhm im Jahre 1946: „Wer privatwirtschaftliche Autonomie in Anspruch nimmt, darf auf dem Markt keine Macht besitzen; wer über Marktmacht verfügt, hat keinen Anspruch auf privatwirtschaftliche Autonomie.“⁶⁴ Zur Begründung dieser Wertung führte er aus, dass Marktmacht *nur* mit illegitimen Mitteln, Kartellbildung, Verdrängungsmisbräuchen oder Unternehmenszusammenschlüssen, erworben wird und dass bei Vorhandensein von Marktmacht der legitime Leistungswettbewerb der Unternehmen grundsätzlich durch leistungswidrige Machtkämpfe ersetzt wird, bei denen die Rechtsordnung ins Hintertreffen gerät. Die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen war seiner Ansicht nach erforderlich, um eine derartige Entartung des Wettbewerbs zu verhindern und dafür zu sorgen, dass auch marktbeherrschende Unternehmen sich so verhielten, als hätten sie keine Marktmacht. In dieser Argumentation ist kein Platz für Zweifel an der Legitimität unbegrenzten staatlichen Zwangs gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen.

Der frühe Ordoliberalismus hatte maßgeblichen Einfluss auf die deutsche und europäische Wettbewerbsgesetzgebung. Der Normwissenschaftler, der bei der Genese der Wettbewerbsregeln ansetzt, mag es daher für natürlich halten, dass marktbeherrschende Unternehmen für sich keinen Anspruch auf Wettbewerbsfreiheit haben, vielmehr gehalten sind, aufgrund ihrer „besonderen Verantwortung“ auch legitime Wettbewerbsstrategien zu vermeiden.

Jedoch ist die Auffassung, dass Marktmacht nur durch illegitime Mittel erworben wird und nur mit illegitimen Mitteln aufrechterhalten wird, sachlich falsch. Starke Marktstellungen sind sehr oft das Ergebnis besonderer Leistungen, etwa bei der Entwicklung neuer Produkte; in vielen Fällen werden sie auch durch immer neue besondere Leistungen aufrechterhalten.⁶⁵ Mit dieser Erkenntnis jedoch ist die Frage nach der Legitimität des Staatseingriffs zur Verhaltenskontrolle bei marktbeherrschenden Unternehmen neu aufzurollen. Beruht die Marktmacht auf besonderen Leistungen und wird sie durch immer neue besondere Leistungen aufrechterhalten, so ist, zumindest aus der Perspektive des Ökonomen, die Legitimität eines Staatseingriffs, der das marktbeherrschende Unternehmen bei diesem Leistungswettbewerb behindert, in Zweifel zu stellen. Die Wettbewerbsfreiheit auch des marktbeherrschenden Unternehmens ist ins Blickfeld zu nehmen – und wäre es auch nur, um zu begründen, warum Böhms Schlussfolgerung grundsätzlich auch für Unternehmen gelten sollte, die ihre Marktmacht besonderen Leistungen verdanken. Ich würde mir wünschen, dass auch die Jurisprudenz als Normwissenschaft diese Frage thematisiert.

64 F. Böhm (1946), Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung. *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1, 141-149, hier 147. Siehe auch Böhm, *Demokratie und politische Macht* (Fn. 20).

65 Dies betont vor allem F.A. v. Hayek (2003), *Recht, Gesetz und Freiheit*, Verlag J.C.B. Mohr (Siebeck), Tübingen, 378 f.

Das Problem der Abwägung zwischen der Wettbewerbsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerbsfreiheit anderer Unternehmen

Akzeptiert man die Vorstellung, dass auch marktbeherrschende Unternehmen ein Recht auf Wettbewerbsfreiheit haben können, so stellt sich für den Umgang mit dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Normziel der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht die Frage nach den Kriterien für eine angemessene Abwägung zwischen der Wettbewerbsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerbsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer. Wie mehrfach angesprochen, sind die Wettbewerbswirkungen des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens in vielen Fällen ambivalent zu beurteilen. Wie ist zu entscheiden, welche Wirkungen überwiegen? Im British-Airways-Fall etwa wären die Wettbewerbswirkungen einer möglichen Verdrängung von Wettbewerbern und die Wettbewerbswirkungen des Verbots eines kostengünstigen Vertriebssystems miteinander zu vergleichen. Dies scheint allerdings auf einen Vergleich von Äpfeln und Birnen hinauszulaufen. Wie kann man derart inkommensurable Dinge überhaupt gegeneinander abwägen?

Für den Umgang mit dieser Frage hat die Economic Advisory Group on Competition Policy vorgeschlagen,⁶⁶ dass man sich bei der Gesamtbeurteilung der Wettbewerbswirkungen eines Verhaltens am Saldo der Wirkungen des Verhaltens auf die Marktgegenseite orientiert. Sie begründet diesen Vorschlag mit der Erwägung, dass Wettbewerb eine Veranstaltung ist, bei der die Beteiligten sich um die Gunst der Marktgegenseite bemühen, bei der die Marktteilnehmer auf der Gegenseite sich jeweils das Angebot aussuchen, das ihnen am attraktivsten erscheint. Je intensiver der Wettbewerb ist, desto attraktiver sind die Angebote, die die Marktgegenseite erhält. Insofern kann die Attraktivität des Marktergebnisses für die Marktgegenseite als Indiz für die Intensität des Wettbewerbs genommen werden.

In den Fällen, wo auf der Marktgegenseite unmittelbar die Endverbraucher stehen, führt diese Erwägung zu der Empfehlung, dass man sich am Verbrauchernutzen orientiert und im Umgang mit einem in Rede stehenden Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens darauf abstellt, ob dieses Verhalten per Saldo die Wohlfahrt der Verbraucher erhöht oder senkt. Die EAGCP geht noch einen Schritt weiter und schlägt vor, auf den Verbrauchernutzen auch dann abzustellen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf einer vorgelagerten Stufe der Wertschöpfungskette tätig ist, so dass die Verbraucher nicht unmittelbar auf der Marktgegenseite stehen. Hinter diesem Vorschlag steht zum einen die Erwägung, dass die Unternehmen auf den nachgelagerten Stufen der Wertschöpfungskette Vorteile, die sie selbst durch den Wettbewerb ihrer Zulieferer empfangen, im Wettbewerb untereinander an die jeweils nächste Stufe, bis hin zum Verbraucher, weitergeben. Zum anderen steht hinter dem Vorschlag das Ziel, im Umgang mit dem beschriebenen Abwägungsproblem unabhängig von den Mechanismen der Koordination und Organisation der Produktion auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette vorzugehen. Dies sollte es ermöglichen, dass man die Mechanismen der Koordination und Organisation der Produktion auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette selbst zum Gegens-

66 J. Gual et al. (Fn. 18).

tand der Wettbewerbsanalyse macht, etwa bei der Untersuchung von Beschränkungen, die ein Produzent einem Händler auferlegt, etwa durch Preisbindung der zweiten Hand oder durch Ausschließlichkeitsklauseln.

Durch den Vorschlag der EAGCP wird das Abwägungsproblem der Wettbewerbsanalyse allerdings nur verlagert und nicht wirklich gelöst. Zum einen kann es vorkommen, dass ein Verhalten dem einen Verbraucher nützt und dem anderen Verbraucher schadet. In diesem Fall erfordert die Abwägung der verschiedenen Effekte ein Werturteil über die mit dem in Rede stehenden Verhalten verbundene Umverteilung zwischen den verschiedenen Verbrauchern.⁶⁷

Zum anderen kann es vorkommen, dass ein Verhalten dem Verbraucher heute nützt und in der Zukunft schadet. Bei Kampfpreisen etwa profitieren die Verbraucher heute von günstigen Preisen, werden aber geschädigt, wenn nach dem Ausscheiden der Wettbewerber aus dem Markt das marktbeherrschende Unternehmen überhöhte Preise verlangt. In diesen Fällen erfordert die Abwägung der verschiedenen Effekte eine Abwägung zwischen dem heutigen und dem zukünftigen Verbrauchernutzen.

Jedoch bietet der Vorschlag, Wettbewerbswirkungen anhand der Nutzenwirkungen bei den jeweils Betroffenen auf der Marktgegenseite zu erfassen, die Möglichkeit einer gewissen Objektivierung, wenn nicht gar Quantifizierung. Auf der Ebene des Individuums ist es relativ leicht, Nutzenwirkungen aus Veränderungen von Marktpreisen und Veränderungen des Verhaltens im Markt abzulesen. Auch die erforderlichen Abwägungen lassen sich zum Teil objektivieren, z.B. durch einen Rekurs auf Marktzinssätze als Grundlage für die Gewichtung der Wettbewerbseffekt je nach dem Zeitpunkt, zu dem sie wirksam werden. Für die angesprochenen interpersonellen Abwägungen gilt das nicht. Hier wäre wichtig, dass die Kriterien, nach denen diese Abwägungen erfolgen, nicht willkürlich gewählt sind und schon gar nicht *ad hoc* für jeden einzelnen Fall.

Bisher fehlt es an solchen Kriterien. Ich würde mir wünschen, dass Jurisprudenz als die für die Norminterpretation zuständige Wissenschaft und Wirtschaftstheorie als die für die Sachzusammenhänge zuständige Wissenschaft zusammenarbeiten, um eine verlässliche, der Rechtssicherheit dienliche Grundlage für solche Abwägungen zu schaffen.

67 Daniel Zimmer hat mich darauf hingewiesen, dass das ausschließliche Abstellen auf den Verbrauchernutzen dort problematisch ist, wo es Nachfragemacht gibt und wo etwaige Kartellbildungen und marktbeherrschende Stellungen als Marktgegenseite nicht die Abnehmer, sondern die Zulieferer betreffen. Der Einwand ist – gerade auch nach der Logik der EAGCP – völlig berechtigt. Hat man es mit einem zweiseitigen Markt zu tun, in dem Marktmacht sowohl gegenüber den Abnehmern als auch gegenüber den Zulieferern ausgeübt werden kann, so ist auch der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass das Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens die Abnehmer besser stellt, die Zulieferer aber schlechter. Im British-Airways-Fall etwa kann man vermuten, dass das beanstandete Bonussystem die Reisevermittler als Lieferanten von Vertriebsleistungen schlechter und die Kunden als Abnehmer von den aufgrund der Vertriebsleistungen der Reisevermittler gekauften Flugscheinen besser gestellt hat.