

Der vorliegende Kommentar setzt sich kritisch mit dem German Working Paper „*Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“*“ von Dieter Schmidtchen auseinander. Das besondere Augenmerk wird dabei auf den tendenziellen Wandel der Regeln von per se-Regeln zu rule of reason durch den „more economic approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik gelegt. Im speziellen wird dabei in einem *ersten* Schritt auf die Gefahr einer Rechtssicherheitsgefährdung und in einem *zweiten* Schritt auf das Wagnis der Kosten- und Fähigkeitsproblematik der Behörden eingegangen.

Im Grundsatz ist der Effizienz- und Wohlfahrtsgedanke aus dem „more economic approach“ von Schmidtchen in der europäischen Wettbewerbspolitik positiv zu gewichten. Laut Schmidtchen „sollten Wettbewerbsbehörden und Gerichte in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugenden begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein inkriminiertes Verhalten zulassen.“¹ Im speziellen ist dieser Effizienzeinwand auf die ökonomische Theorie des „second best“ zu stützen. „Die beschuldigten Unternehmen oder Unternehmensgruppen haben die Pflicht (Beweislast), überzeugend nachzuweisen, dass das inkriminierte Verhalten geeignet ist, um eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz zu verringern, oder dass eine alloкатive Ineffizienz wohlfahrtsmässig durch ein produktionstechnische oder dynamische Effizienz überkompensiert wird.“² Kurzum gesagt, sollte die Rechtsordnung für die Gesellschaft einen sozialen Mehrwert schaffen. Dieser Ansatz könne die gesellschaftliche Wohlfahrt fördern, indem der Zuwachs des sozialen Wohlfahrtsüberschusses (Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente) gefördert wird.

Dieser Ansatz der Wohlfahrts- und Effizienzförderung in der europäischen Wettbewerbspolitik kann jedoch nicht ohne weiteres implementiert werden. „Die Europäische Kommission möchte in jedem einzelnen Fall die vorliegenden ökonomischen Bedingungen überprüfen, in dem sie eine Vielzahl von Einflussgrößen berücksichtigt, um dann im Einklang mit den zugrundeliegenden Modellen die jeweiligen Entscheidungen zu treffen. Die spezifischen Marktbedingungen sowie das entsprechende Marktverhalten sollen daher im konkreten Einzelfall berücksichtigt werden.“³ Doch was wären die Auswirkungen einer solchen Einzelfallanalyse? „Allgemein bedeutet [...] die Einzelfallwürdigkeit eine Aufwertung der rule of reason – und im Umkehrschluss eine Abwertung von per se-Regeln.“⁴ Um im Folgenden die beiden Begriffe und deren Auswirkungen genauer kommentieren zu können, bedarf es einer kurzen Klärung. Laut Mestmäcker bietet „rule of reason Abwägung zwischen legitimen Zwecken und Wettbewerbsbeschränkung.“⁵ Will heißen, dass das Wettbewerbsrecht nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit auszulegen ist und auf

¹ Vgl. Schmidtchen (2005), S.5.

² Vgl. Schmidtchen (2005), S.6.

³ Vgl. Schmidt (2006), S.2.

⁴ Vgl. Schmidt & Voigt (2006), S.4.

⁵ Vgl. Mestmäcker (1974), S.354.

Effizienz- und Wohlfahrtsgesichtspunkte hin zu untersuchen ist. Bei einer rule of reason Einzelfallbetrachtung würden also die Vor- und Nachteile eines Geschehens gegeneinander abgewogen und dann eine (effiziente) Entscheidung getroffen. Im Gegensatz dazu stehen die per se-Regeln, welche keine Entscheidungsspielräume offen lassen und dementsprechend klare „Verhaltensrichtlinien“ vorgeben.

Ginge es nach Schmidtchen, sollten per se-Regeln im europäischen Wettbewerbsrecht durch rule of reason abgelöst werden, um von der Wettbewerbsbehörde, unter dem Gesichtspunkt der Effizienz, wohlfahrtssteigernde Urteile zu erreichen. Zwangsläufig stellt sich hier die Frage, wie sich die Rechtssicherheit unter diesem Wandel der europäischen Wettbewerbspolitik verhalten würde. Dieser angesprochene Begriff definiert sich in der (wettbewerbs-)rechtlichen Diskussion folgendermassen: „Die Rechtssicherheit soll den Staatsbürger vor überraschenden staatlichen Eingriffen schützen (Vertrauensinteresse, insbesondere Vorausberechenbarkeit)“⁶ Konkret auf die Marktwirtschaft bezogen, müssen die Teilnehmer am Markt vor allem wissen, ob eine Handlung erlaubt ist oder nicht. „Das gilt nicht nur in Bezug auf die Eigenschaften der gehandelten Güter, sondern auch in Bezug auf die Vermarktungsstrategien, auf den Umgang mit Wettbewerbern, auf die Möglichkeiten, Wettbewerber zu übernehmen und so fort.“⁷

Meines Erachtens würde durch eine Einzelfallbetrachtung durch rule of reason eine Gefährdung der Rechtssicherheit entstehen. „Sowohl sachverständigen Beamten und Richtern wird es nicht möglich sein, im Rahmen von Einzelfallentscheidungen konsistente Entscheidungen über den Zeitablauf zu treffen.“⁸ Dies kann dazu führen, dass Unternehmungen ihre Handlungen nicht mehr sicher beurteilen und abschätzen können. „In Bezug auf die Wettbewerbspolitik bedeutet Rechtssicherheit, dass Unternehmen die Reaktion der Wettbewerbsbehörden mit hinreichender Sicherheit prognostizieren können.“ Ist dies nicht mehr der Fall, entstehen Unsicherheiten. Diese können sich durch das Unterlassen von Geschäftstätigkeiten in bestimmten Bereichen bemerkbar machen. Sind Unternehmungen nicht mehr in der Lage, die rechtlichen Konsequenzen ökonomischen Handelns abzuschätzen, würden Möglichkeiten ausgelassen werden, um sozialen Mehrwert zu schaffen. Vereinfacht gesagt, können die entstehenden Unsicherheiten als Kosten interpretiert werden, die die erwarteten Gewinne von Projekten schmälern oder sogar negieren. Dadurch würden bestimmte wohlfahrtssteigernde Investitionen durch die gestiegenen (Unsicherheits-)Kosten nicht realisiert.

Dass für Unternehmen mit dem „more economic approach“ Ansatz und damit mit der Einführung von rule of reason Handelsunsicherheiten entstehen können, beschreiben auch Schmidt & Voigt: „Klar ist damit zuallererst, daß durch die Neuorientierung der Wettbewerbspolitik im Sinne des „more economic approach“ der diskretionäre Entscheidungsspielraum der Kommission erhöht wird. Selbst wenn sich in der Sache überhaupt keine Änderung ergeben sollte, wäre die Umsetzung dieser Vorschläge

⁶ Vgl. Rittner (1969), S. 76.

⁷ Vgl. Schmidt & Voigt (2006), S.4.

⁸ Vgl. Schmidt (2006), S.22.

problematisch, weil sie auf alle Fälle mit einer geringeren Rechtssicherheit einhergingen.⁹ Laut ihnen werden durch den Wechsel von per se-Regeln auf rule of reason die Vorteile von per se-Regeln ausgelassen. So verzichten die Behörden auf die entstehende Transparenz durch per se-Regeln. Weiter unterbindet dieser Ansatz das Bevorzugen von Interessengruppen, da der Ermessensspielraum von Behörden bei Entscheidungen sehr beschränkt ist. All dies sind Aspekte, welche zu Rechtssicherheit in einem Staat (oder im Falle der EU in einem Staatengebilde) führen und notwendig sind für effizientes, wirtschaftliches Schaffen von sozialer Wohlfahrt.

Die steigende Bedeutung der Einzelfallbetrachtung durch die Aufwertung der rule of reason kann also zu Rechtsunsicherheit führen und so die Schaffung von sozialem Mehrwert nicht nur fördern, sondern auch verhindern und eine Ineffizienz auslösen. Optimal wäre es nun, abzuwägen, welcher Effekt die höhere Wohlfahrtssteigerung erzeugen könnte: Die durch die Einzelfallanalyse gesteigerte von Schmidchen gezeigte Wohlfahrt oder die, welche durch ein gesteigertes, sehr hohes Mass an Rechtssicherheit erreicht werden kann. Anders könnte auch der Wohlfahrtsgewinn mit dem Wohlfahrtsverlust (u.a. wegen der entstehenden Rechtsunsicherheit) durch die Einführung von rule of reason verglichen werden. Würde ein Nettozuwachs entstehen, wäre die Schaffung von sozialer Wohlfahrt gegeben. Käme es hingegen zu einem Nettoverlust, bedeutet dies Ineffizienz und einen entsprechenden Wertverlust von sozialer Wohlfahrt. Schmidt & Voigt formulieren es wie folgt: „Nur, wenn im Vergleich zum *status quo* mit einem deutlich höheren Nettonutzen zu rechnen ist, erscheint eine Umsetzung rational.“¹⁰

Dass ein Nettoverlust durchaus denkbar ist, zeigt die Studie „Regulatory Uncertainty and Investment: Evidence from Antitrust Enforcement“ von George Bittlingmayer. Dabei untersuchte er das Zusammenspiel zwischen politischer Unsicherheit und Investitionstätigkeit am Beispiel der Wettbewerbspolitik im Zeitraum von 1947 bis 1991. „The work here uses antitrust case filings as a measure of regulatory uncertainty. The resulting estimates imply that the low investment of the late 1950s and early 1960s was due at least in part to a resurgence of aggressive antitrust and related initiatives interpretable as “anti-business.” Some of the unexpectedly low investment of the 1970s may have had a similar origin”¹¹ Das Resultat war, dass Rückgänge im Investitionsvolumen mit Unsicherheit in der Wettbewerbspolitik einhergehen. Die Studie sagt, dass Rechtssicherheit eine fundamentale Grundlage für Effizienz in der Wettbewerbspolitik ist. Demzufolge könnte die Entstehung von Rechtsunsicherheiten durch die rule of reason Regelung zu Ineffizienzen führen und das Gegenteil einer Effizienz- und Wohlfahrtsteigerung bewirken.

Äquivalente Aussagen macht auch Arndt Christiansen in seinen diversen Papers über die „Ökonomisierung“ der europäischen Wettbewerbspolitik. Er geht noch weiter und spricht einen weiteren Punkt an, der im folgenden zweiten Teil dieses Kommentars diskutiert wird:

⁹ Vgl. Schmidt & Voigt (2006), S.13.

¹⁰ Vgl. Schmidt & Voigt (2006), S.9.

¹¹ Vgl. Bittlingmayer (2001), S.27.

„Die von der Europäischen Kommission in den Mittelpunkt gestellte Erhöhung der Rechtssicherheit muss nach eingehender Analyse als verfehlt gelten. Dagegen ist eine erhebliche Erhöhung des Aufwands für Unternehmen und Behörde zu erwarten. Damit stehen die (voraussichtlichen) Kosten und Nutzen in einem Missverhältnis.“¹² Christiansen spricht die steigenden Verfahrens- und Untersuchungskosten an, die durch den „more economic approach“ einer Einzelfallbetrachtung anfallen. Die Behörden müssten aufwändige und kostspielige Analysen anstellen, um die Effizienzeinrede der Unternehmen zu überprüfen und einen auf wissenschaftlich-ökonomischen Grundlagen gestützten Entscheid zu fällen. Dies verursacht einen Kostenaufwand, der an der sozialen Wohlfahrt abzuziehen ist und eine entsprechende Effizienzeinbuse generiert.

Im Working Paper „Competition Policy Objectives“ äussert sich auch Prof. Damian Neven über die Behandlung von Effizienzen als Rechtfertigungsgrund eines inkriminierten Verhaltens. Dabei geht er im speziellen auf die Kartellbehörde ein, welche über Fusionen zu entscheiden haben. Durch die Komplexität der Fälle würden die Kosten der Verfahren in der Fusionskontrolle erheblich steigen. Zusätzlich spricht Neven die Informations- und Ressourcenvorteile an, welche die Unternehmen bei einer Effizienzeinrede haben. „Firms will always have an advantage over the competition agency in arguing their case for several reasons: they will have access to privileged information on cost issues, which is difficult to verify; and they are likely to have resources at their disposal to argue their case which far exceed those available to the monitoring agency.“¹³ Demnach haben die Unternehmen einen Vorteil, wenn es um die Begründung der Effizienzeinrede geht. Wollen die Behörden diese Asymmetrien abbauen, müssten sie Ressourcen frei legen, um gleiche Voraussetzungen zu schaffen. Dies würde Kosten und einen Mehraufwand nach sich ziehen, der heute zum Teil gar noch nicht abschätzbar ist. Hinzukommt, „dass es sich bei Wettbewerbsprozessen generell um vielschichtige und komplexe Phänomene handelt.“¹⁴ Mit den steigenden Anforderungen an die Behörden stellt sich eine weitere wichtigere Frage: Haben die Behörden überhaupt die Fähigkeiten und Eignung, solche komplexe Prozesse zu analysieren und adäquate Entscheide über die Zeit zu fällen? Der gesamte Entscheidungsprozess wird komplexer, vielseitiger und anspruchsvoller, da die Entscheide auf ökonomisch komplexen Ansätzen zu fällen sind, um die Effizienzeinrede eingehend prüfen zu können. „Die Qualität der zu treffenden Entscheidungen wird maßgeblich davon abhängen, inwieweit es der Wettbewerbsbehörde gelingt, die entscheidungsrelevanten Informationen zu beschaffen und zu verarbeiten.“¹⁵ Sind die Behörden den fachlichen Voraussetzungen nicht gewachsen, entstehen Qualitätsmängel und die Gefahr von Wildkürentscheidungen. Die Gefahr eines Qualitätsverlustes und die Möglichkeit der fehlenden fachlichen Qualifikation können auch da als Kosten interpretiert werden, die der sozialen Wohlfahrt entgehen und eine Ineffizienz darstellen.

Hier schliesst sich der Kreis meines Kommentars, indem gefolgert werden kann, dass fehlende Ressourcen und Fähigkeiten der Wettbewerbsbehörden Qualitätsverluste bedeuten

¹² Vgl. Christiansen (2005), S.13.

¹³ Vgl. Neven (1997), S.113.

¹⁴ Vgl. Hayek (1972), S.25ff.

¹⁵ Vgl. Schmidt (2006), S.10.

und demnach die anfangs angesprochene Rechtssicherheit aufs Neue gefährden könnte. Schmidtchen mag dem Fähigkeitseinwand mit dem Argument zu begründen, „dass die Behörden und Gerichte bereits heute ihre Entscheidungen auf Informationen stützen, die auch im „more economic approach“ eine wesentliche Rolle spielen. Man sollte die Lernfähigkeit von Behörden und Gerichten nicht unterschätzen.“¹⁶ Diese Argumentation könnte letztlich fehlschlagen, da die Behörden und Gerichte heute nur bedingt auf dem rule of reason Ansatz Entscheide fällen. Wird hingegen in Zukunft vollständig auf dem rule of reason Ansatz entschieden, könnten die genannten Argumente Berechtigung finden.

¹⁶ Vgl. Schmidtchen (2005), S.7.

Literaturverzeichnis

BITTLINGMAYER, G.: Regulatory Uncertainty and Investment: Evidence from Antitrust Enforcement, Kansas 2001.

CHRISTIANSEN, A.: Die Reform der EU-Fusionskontrolle Ökonomisch betrachtet, Marburg 2005.

HAYEK, F. A.: Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972.

NEVEN, D.: Competition Policy Objectives, Working Paper VII, in: Ehlermann C.D, Laudati L.L: European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy, Oxford 1998.

RITTNER, F.: Die Rechtssicherheit im Kartellrecht. Wirtschaft und Wettbewerb, Freiburg 1969.

SCHMIDT, A.: Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburg 2006.

SCHMIDT, A., VOIGT S.: Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, Göttingen 2006.

SCHMIDTCHEN, D.: Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen “more economic approach”, Saarbrücken 2005.