



BUNDESKARTELLAMT

**Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen
im Lichte neuerer ökonomischer Methoden**

Bundeskartellamt

Diskussionspapier

für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht

am 27. September 2004

**Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen
im Lichte neuerer ökonomischer Methoden**

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | EINLEITUNG | 1 |
| 2 | FUSIONSKONTROLLE | 4 |
| 2.1 | Der "more economic approach" in der Fusionskontrolle | 4 |
| 2.2 | Einzelfallbezogene Effizienzbetrachtungen in der Fusionskontrolle | 7 |
| 2.3 | Effizienzbetrachtungen in der deutschen Fusionskontrolle | 11 |
| 3 | KARTELLE..... | 14 |
| 3.1 | Kartellverbot..... | 14 |
| 3.2 | Freistellung und Effizienzbetrachtungen..... | 16 |
| 4 | MISSBRAUCHSAUFSICHT | 18 |
| 4.1 | Marktbeherrschung | 19 |
| 4.2 | Behinderungsmissbrauch..... | 19 |
| 4.2.1 | Rabatte | 20 |
| 4.2.2 | Predatory Pricing | 22 |
| 4.2.3 | Koppelung | 23 |
| 4.3 | Ausbeutungsmissbrauch/Preishöhenmissbrauch | 25 |
| 4.4 | Effizienzbetrachtungen in der Missbrauchsaufsicht..... | 26 |
| 5 | FAZIT | 27 |

LITERATURVERZEICHNIS

1 EINLEITUNG

Steht die Kartellrechtsanwendung in Deutschland vor einer Umbruchphase? Zunehmend wird eine verstärkte ökonomische Absicherung von kartellrechtlichen Entscheidungen gefordert. Diese Forderungen sind getragen von der Erwartung, dass durch eine intensivere ökonomische Betrachtung die Interessen der Verbraucher besser berücksichtigt und geschützt werden können. Der Verbraucher und sein Schutz werden damit in den Focus der Anwendung des Wettbewerbsrechts gestellt.

Im angelsächsischen Rechtsraum – insbesondere in den USA – wird dieser Ansatz bereits seit längerem praktiziert. Aber auch in der europäischen Kartellrechtsanwendung erfährt der Schutz von Verbraucherinteressen eine immer größere Bedeutung. Mario Monti stellte bereits im Jahr 2001 fest: “Actually, the goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation.”¹ Und der European Competition Day in Dublin am 29. April 2004 stand unter dem Thema: “Promoting Competition for the benefit of consumers”.

Die Verbindung zwischen Wettbewerbsrecht und Ökonomie ist in Deutschland nicht neu. Das deutsche Wettbewerbsrecht steht traditionell auf ökonomischen Füßen. Ökonomische Überlegungen haben nicht nur zu einer gesetzlich festgeschriebenen Wettbewerbsordnung geführt, sondern beeinflussen kontinuierlich deren schrittweise Weiterentwicklung. Dabei spielte und spielt die Diskussion theoretischer ökonomischer Ansätze sowie die daran anknüpfende regelmäßige Überprüfung der bisherigen Kartellrechtspraxis eine wichtige Rolle.

Dem deutschen Wettbewerbsrecht liegt dabei nicht der in angelsächsischen Ländern übliche wohlfahrtstheoretische Ansatz zugrunde, bei dem Verbraucherinteressen ausdrücklich bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Auch das deutsche Wettbewerbsrecht hat aber letztlich das Wohl des Verbrauchers im Blick. Es geht dabei einen anderen, strukturorientierten Weg, indem es den

¹ Monti, Mario „The Future for Competition Policy in the European Union“, Rede in der Merchant Taylor’s Hall, London, 9.7.2001.

Wettbewerb als „Institution“ schützt. Die Eingriffe der deutschen Wettbewerbsbehörden rechtfertigen sich daraus, dass sie Verhaltensweisen verbieten und Strukturveränderungen entgegenwirken, die abstrakt als wettbewerbsfeindlich definiert werden. Innerhalb dieses auf Gefährdungslagen bezogenen Ansatzes bedarf es nicht des Nachweises konkreter nachteiliger Marktfolgen eines Verhaltens. Ebenso wenig spielen zu prognostizierende – gesamtwirtschaftliche oder auf Verbraucher bezogene - „Wohlfahrtswirkungen“ bei den Einzelfallentscheidungen eine Rolle.

Der wohlfahrtsorientierte Ansatz geht davon aus, dass Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern allein Mittel zur Wohlfahrtssteigerung bzw. –erhaltung ist. Unterschiedlich beurteilt wird allenfalls, ob die Konsumentenwohlfahrt² oder die Gesamtwohlfahrt³ als Zielrichtung anzusehen ist. Der Schutz der Konsumentenwohlfahrt (sog. Consumer Welfare Standard) gilt in vielen Rechtsordnungen, u.a. in den USA, schon seit vielen Jahren als Ziel der Wettbewerbspolitik. Eingriffe der Kartellbehörden sind grundsätzlich nur dann geboten und gerechtfertigt, wenn im Einzelfall nachgewiesen ist, dass sie zu einem höheren Nutzen für den Konsumenten führen als die Duldung des zu bewertenden Verhaltens. Dieser wohlfahrtsorientierte Ansatz erfordert eine hinreichend sichere Prognose hinsichtlich der konkreten Marktergebnisse des zu untersagenden Verhaltens und beinhaltet insbesondere die grundsätzliche Anerkennung einer „efficiency defense“ für Wettbewerbsbeschränkungen.

Zur Durchführung dieser Prognosen wird in der internationalen Kartellrechtsanwendung verstärkt wettbewerbsökonomische Expertise unter Einsatz entsprechender Informationstechnologie eingesetzt. Eine wichtige Rolle spielen hier insbesondere quantitative Methoden, z.B. Simulationsmodelle in der Fusionskontrolle. Dement-

² Eine enge Auslegung des Begriffs der Konsumentenwohlfahrt beschränkt sich auf das Konzept der Konsumentenrente, d.h. die Differenz zwischen dem Geldbetrag, den die Konsumenten für ein Gut äußerstenfalls zu zahlen bereit wären und dem Marktpreis. Als Ziel der Fusionskontrolle kann die Erhaltung der Konsumentenrente nach einem Zusammenschluss angesehen werden. Bei der Konsumentenrente handelt es sich damit um ein statisches, auf den Preis fokussiertes Modell. Deshalb beinhaltet der im Wettbewerbsrecht angewendete Konsumentenwohlfahrt-Standard im Allgemeinen noch eine zweite, nicht-preisbezogene Komponente. Sie bezieht sich auf Produkteigenschaften und Auswahlmöglichkeiten.

³ Bei der Orientierung an der Gesamtwohlfahrt (sog. Total Welfare Standard), beispielsweise in der kanadischen Fusionskontrolle, wird auf die Summe von Konsumentenrente und Produzentenrente abgestellt. Es wird keine Gewichtung zwischen den Interessen von Konsumenten und Produzenten vorgenommen, d.h. die Einkommensverteilung ist bei der Entscheidung über die Auswirkungen eines Zusammenschlusses nicht von Bedeutung.

sprechend bieten spezialisierte Beratungsfirmen sowohl Unternehmen als auch Kartellbehörden zunehmend entsprechende Dienstleistungen an.

Führt dieser wohlfahrtstheoretische Ansatz zu einer besseren Berücksichtigung der Interessen der Konsumenten, als dies im Ergebnis der bisherige Ansatz leisten kann? Oder besteht die Gefahr, dass der „Verbraucherschutz“ als Vehikel benutzt wird, um eine größere Zurückhaltung der Kartellbehörden bei der Durchsetzung des Kartellrechts zu erreichen? - Ist ein verstärkter ökonomischer Ansatz mit dem Ziel, konkrete Marktfolgen bei Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden zu berücksichtigen, der bessere Weg, um einen effektiven Wettbewerbsschutz sicherzustellen? Oder kann dieser mit dem bisherigen Ansatz, der bereits heute ökonomische Aspekte berücksichtigt, erzielt werden?

Jede Wettbewerbsbehörde wird immer wieder prüfen, inwieweit die Anwendung neuerer ökonomischer Methoden zu einer Verbesserung der Kartellrechtspraxis führt.

Das Diskussionspapier befasst sich mit der Frage, wie ökonomisch eine Wettbewerbsbehörde ausgerichtet sein muss oder sollte. Es beleuchtet die drei Bereiche Fusionskontrolle, Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht und arbeitet Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Ansätze bei der konkreten Anwendung des Wettbewerbsrechts heraus.

Innerhalb des Bereiches der Missbrauchsaufsicht beleuchtet das Diskussionspapier zudem Berührungspunkte zwischen Wettbewerbsrecht und dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG). Das Lauterkeitsrecht des UWG ist ein weiterer Rechtskomplex, der Verbraucherinteressen berücksichtigt.⁴ Dort, wo Wettbewerbsrecht und Lauterkeitsrecht den Verbraucherschutz als Berührungspunkt aufweisen, ergänzen sie sich bei der Bewertung von Sachverhalten.

⁴ Das Diskussionspapier befasst sich nicht mit dem Verhältnis zwischen Wettbewerbspolitik und allgemeiner Verbraucherschutzpolitik. Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Gesetzen, die den Verbraucher unter fachspezifischen Gesichtspunkten schützen, z.B. dem Lebensmittel-schutzgesetz, wird daher nicht beleuchtet.

2 FUSIONSKONTROLLE

2.1 Der "more economic approach" in der Fusionskontrolle

Von einer stärkeren Ökonomisierung der Fusionskontrolle als einem möglichen Mittel zum Ausgleich divergierender Unternehmer- und Verbraucherinteressen⁵ sollen im Idealfall Unternehmen und Verbraucher gleichermaßen profitieren.

Im Mittelpunkt vieler Diskussionen stand in letzter Zeit die Oligopoltheorie, da sich ihre Entwicklung am deutlichsten in der Praxis widerspiegelt. Die an die Spieltheorie angelehnte neuere Theorie der oligopolistischen Marktbeherrschung versucht zu erklären, unter welchen strukturellen Voraussetzungen mit einer kooperativen Strategie der Marktanbieter zu rechnen ist. Das Auftreten koordinierter Effekte ist demzufolge umso wahrscheinlicher, je höher die Markttransparenz ist (leichtere Übersicht über das Verhalten anderer Marktteilnehmer), je wirksamer vorhandene Sanktionsmechanismen für abweichendes Verhalten sind (Stabilität und Disziplinierung) und je höher der Grad externer Durchsetzbarkeit ist (keine Ausweichmöglichkeiten für Wettbewerber und Abnehmer). Allerdings sind die faktischen Anforderungen an den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung infolge der europäischen Rechtsprechung insgesamt gestiegen.⁶

Auch auf der Ebene der Instrumente gibt es Ansätze, mit denen die Entscheidungsqualität weiter verbessert werden kann. Der Katalog neuerer ökonomischer Analyseinstrumente und -methoden wird laufend erweitert.⁷ Hierzu zählen beispielsweise *Preiskorrelationsanalysen*, die im Rahmen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung eingesetzt werden. Eine hohe positive Korrelation der Preisentwicklung zweier Güter deutet darauf hin, dass diese einem gemeinsamen Markt zugehörig sind. *Preiselastizitätsanalysen* kommen bei der Marktabgrenzung zur

⁵ Für einen Überblick über Fusionsursachen und damit verbundene *Unternehmerinteressen* vgl. Lenel, Hans Otto: Zu den Megafusionen in den letzten Jahren, in: ORDO, Bd. 51, 2000, S. 1-31, 10ff. *Verbraucherinteressen* lassen sich grob in preisbezogene Verbraucherinteressen (Kriterien: Preis und Preisbestandteile) und in produktbezogene Verbraucherinteressen (Kriterien: Qualität, Auswahl, Innovation, Produktnutzen) unterteilen.

⁶ Vgl. insbesondere EuG, Urteil vom 6.6.2002, Rs. T-342/99 – Airtours/Kommission (rechtskräftig), WuW/E-R 559.

⁷ Für einen Überblick aus praxisorientierter Sicht mit Beispielen zum Einsatz quantitativer Techniken in der EU-Fusionskontrolle vgl. Lexecon: An Introduction to Quantitative Techniques in Competition Analysis. London/Brüssel, o.D. (auch im Internet veröffentlicht unter http://www.lexecon.co.uk/publications/media/quantitative_techniques.pdf).

Anwendung, beispielsweise im Rahmen des SSNIP-Tests (auch: hypothetischer Monopoltest⁸). Dabei wird untersucht, wie die Nachfrager reagieren würden, wenn alle Anbieter der zu dem relevanten Markt zählenden Produkte (insofern: ein hypothetischer Monopolist) ihren Preis um einen bestimmten Prozentsatz (meist 5% - 10%) anheben würden. Wechseln die Nachfrager bei dem Preisanstieg zu anderen Anbietern oder zu einem vergleichbaren Produkt, so gehören diese zum gleichen Markt, da sie für den Nachfrager austauschbar sind. Hierfür muss zunächst die Preiselastizität der Nachfrage geschätzt werden. Eine hohe Preiselastizität spricht tendenziell für eine zu enge Marktabgrenzung.

Elemente der vorgenannten und weiterer Theorien und Analysetechniken können zu komplexen Simulationsmodellen zur Berechnung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses (*Merger Simulation Models*) verknüpft werden. Hierzu wird zunächst genau analysiert, nach welchen Gesetzmäßigkeiten und anhand welcher Parameter der Wettbewerb in dem betroffenen Markt funktioniert (z.B. Menge oder Preis).⁹ Die ökonomischen Annahmen und Zusammenhänge werden dann in Form von Funktionen und Gleichungssystemen mathematisch erfasst und programmiert, d.h. in einem ökonometrischen Modell abgebildet. Dieses Modell, in das dann entsprechende Marktdaten wie Mengen oder Preise eingegeben und variiert werden, dient der Prognose der Veränderung von Preisen und Mengen des fusionierten Unternehmens und seiner Wettbewerber nach dem Zusammenschluss.

Für alle wichtigen Produkte eines bestimmten Marktes werden bei der Modellierung zunächst Preiselastizitäten der Nachfrage sowie Kreuzpreiselastizitäten geschätzt. Ferner werden Annahmen über die gegebene Marktform bzw. Marktstruktur getroffen. Diese Modelle werden unter anderem angewendet, wenn ein oligopolistischer Markt mit differenzierten Produkten vorliegt, auf dem der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter ist. Betrachtet werden unilaterale Effekte, die aus der Reduzierung der Anzahl der Anbieter auf dem relevanten Markt resultieren.

⁸ SSNIP steht dabei für "small, significant, non-transitory increase in price". Der hypothetische Monopoltest wurde erstmals 1982 in die US-Merger Guidelines aufgenommen und in der Folgezeit von einigen anderen Wettbewerbsbehörden übernommen. Die EU-Fusionskontrolle orientiert sich trotz Erwähnung des SSNIP-Tests in der "Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes" (ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997 S. 5 – 13) bei der Marktabgrenzung überwiegend am Bedarfsmarktkonzept.

⁹ Vgl. zu Merger Simulation Models auch Colley, Liam: From "Defence" to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers, in: *European Competition Law Review*, Issue 6/2004, S. 342-349, hier: S. 344.

Merger Simulation Models stellen hohe Ansprüche an die Modellkonzeption und den Dateninput:

- Anstatt pauschal die mit verschiedenen Modellen verbundenen Verhaltensannahmen in ein universell einsetzbares Simulationsmodell zu übernehmen, gehen Ökonomen verstärkt dazu über, das tatsächliche Wettbewerbsverhalten in der vom Zusammenschluss betroffenen Branche zu erfassen.¹⁰ Es muss also formuliert werden, welche Wettbewerbsparameter von den am Markt tätigen Unternehmen vorrangig und wie eingesetzt werden. Erst dann können die entsprechenden Marktdaten (Mengen, Preise) für die weitere Simulation erhoben werden. Die Analyse des Marktgeschehens und der einzelnen Wettbewerbsparameter führt zu zusätzlichem Rechercheaufwand, ist aber unverzichtbar bei der Modellierung.
- Die Qualität ökonometrischer Berechnungen und Aussagen steigt mit der Menge und Qualität der berücksichtigten Marktdaten. Diese Daten müssten möglichst vollständig erfasst werden, vergleichbar sein und über einen bestimmten – von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedlichen - Zeitraum vorliegen. Für die Praxis ist zu erwarten, dass sich die Analyse auf einen relativ kurzen Betrachtungszeitraum beschränken und möglicherweise bestimmte Regionen, Produkte oder Anbieter außer acht lassen muss, weil Daten nicht oder nicht in der erforderlichen Qualität vorliegen. Jede Erweiterung der Datenmenge zieht einen erhöhten Ermittlungs- und Prüfungsaufwand nach sich und führt zu einer stärkeren Belastung der Marktteilnehmer.
- Mögliche Verhaltensänderungen aufgrund des Zusammenschlusses, beispielsweise der Übergang der Anbieter zu einer kooperativen Strategie, werden im Simulationsmodell nicht berücksichtigt. Zur Prognose und Quantifizierung solcher koordinierter Effekte als Folge eines Zusammenschlusses gibt es bislang noch keine geeigneten ökonometrischen Modelle.

* * *

In Anbetracht des oben skizzierten großen personellen, finanziellen und zeitlichen Aufwands wird sich der Einsatz von Simulationsmodellen in der Praxis von

¹⁰ Vgl. Dubow, Ben / Elliott, David / Morrison, Eric: Unilateral Effects and Merger Simulation Models, in: European Competition Law Review, Issue 2/2004, S. 114-117, hier: S. 116.

vornherein auf die Prüfung solcher Zusammenschlussvorhaben beschränken müssen, die voraussichtlich besonders schwerwiegende negative Auswirkungen für den Wettbewerb und die Verbraucher mit sich bringen.¹¹ Der Einsatz dieser Instrumente in der Praxis kann auch nur im Rahmen der engen Fristen der Fusionskontrolle erfolgen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass bereits die Auswahl geeigneter Fusionsfälle auf der Grundlage einer detaillierten materiellen Vorprüfung erfolgt, die ihrerseits zeitintensive Ermittlungen erfordert. Im Übrigen hat die Simulation ergänzenden Charakter für die Prüfung einer Fusion und macht eine qualitative Prüfung nicht überflüssig. Denn Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen wie Marktzugangsbarrieren, beabsichtigte Markteintritte, potenzieller Wettbewerb, Verhaltensänderungen etc. werden mit den Simulationsmodellen nicht erfasst.

2.2 Einzelfallbezogene Effizienzbetrachtungen in der Fusionskontrolle

In Merger Simulation Models können erwartete fusionsbedingte produktive Effizienzgewinne¹² der Unternehmen für jeden Einzelfall integriert werden. Effizienzgewinne sind oft das Resultat von Größen- oder Verbundvorteilen, die sich aufgrund des Zusammenschlusses realisieren lassen. In der wirtschaftstheoretischen Analyse führen produktive Effizienzen zu sinkenden Grenzkosten. Diese bewirken ceteris paribus einen Anreiz für das betroffene Unternehmen, seine Preise zu senken. Bei einer Fusion treten aber neben der möglichen Kostensenkung auch gleichzeitig unilaterale Effekte auf, d.h. das fusionierte Unternehmen hat durch seine erhöhte Marktmacht einen Anreiz, seine Preise zu erhöhen. In Anbetracht dieser gegenläufigen Effekte ist es möglich, dass unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall eine Fusion nicht zu einer Preiserhöhung führt.

Manche Fusionskontrollregime sehen explizit eine Einzelfallbetrachtung dieser fusionsbedingter Effekte vor. Die Wettbewerbsbehörden in den USA, Australien, dem Vereinigten Königreich, Irland und Neuseeland konzentrieren sich bei ihrer

¹¹ Vgl. Dubow, Ben et al., a.a.O., S. 115.

¹² Wenn nicht explizit anders gekennzeichnet, werden im folgenden unter "Effizienzgewinnen" durch einen Zusammenschluss bewirkte Synergieeffekte, Kosteneinsparungen oder sonstige Vorteile bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verstanden, also z.B. Rationalisierungsgewinne, Größen- und Verbundvorteile, verbesserte Innovationsmöglichkeiten etc..

wettbewerblichen Beurteilung in der Mehrzahl auf die fusionsbedingten Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt.¹³ Geprüft wird in jedem Einzelfall, ob der geplante Zusammenschluss voraussichtlich zu Vorteilen für die Verbraucher führen wird, die die Nachteile der Fusion ausgleichen.¹⁴ Es erfolgt dabei eine Abwägung von Wohlfahrtsverlusten aufgrund koordinierter oder nicht-koordinierter (unilateral) Effekte eines Zusammenschlusses einerseits und von fusionsbedingten Effizienzgewinnen andererseits.

Hinsichtlich der Berechnung unilateraler Effekte kann auf die bereits erwähnten Simulationsmodelle zurückgegriffen werden. Die Betrachtung koordinierter Effekte unter Berücksichtigung der Oligopoltheorie kann hingegen nicht auf solche Modelle gestützt werden.

Ähnliche Probleme wie bei der Berechnung von Wohlfahrtsverlusten (vgl. Abschnitt 2.1) entstehen auch bei der Quantifizierung von Effizienzgewinnen. Denn die prognostizierten Effizienzgewinne müssen im Einzelfall im Rahmen der materiellen Prüfung bestimmten Mindestbedingungen genügen. Die EU-Kommission betrachtet gemäß ihrer Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nur solche Effizienzvorteile, die gleichzeitig fusionsspezifisch und überprüfbar sind und den Nachfragern zugute kommen.¹⁵ Mit letzterem ist klargestellt, dass Effizienzvorteile, die keine Verbraucherinteressen berühren oder diesen zuwider laufen, im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung keine Rolle spielen.

¹³ Vgl. beispielsweise U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission: Horizontal Merger Guidelines (issued: April 2, 1992, revised: April 8, 1997), S. 3 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>), sowie Europäische Kommission: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 Nr. C 31, S. 5ff., Rz. 8. (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>.) Vgl. zum Konzept der Konsumentenwohlfahrt auch Abschnitt 1 des vorliegenden Diskussionspapiers. Allein die kanadische Wettbewerbsbehörde berücksichtigt die Folgen eines Zusammenschlusses für die Gesamtwohlfahrt.

¹⁴ Die EU-Kommission führt dazu in ihren "Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse" aus, dass „behauptete Effizienzvorteile daran gemessen [werden], dass die Verbraucher durch den Zusammenschluss nicht benachteiligt werden" (vgl. Europäische Kommission, a.a.O., Rz. 79).

¹⁵ Vgl. EU-Kommission, a.a.O., Rz. 78f. Ähnliche Anforderungen an Effizienzen werden beispielsweise in den US-Merger Guidelines (vgl. U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission, a.a.O., section 4), in den britischen Guidelines (vgl. Competition Commission: Merger References - Competition Commission Guidelines (June 2003), section 3.26f.) sowie in den irischen Guidelines (vgl. The Competition Authority: Notice in Respect of Guidelines for Merger Analysis, Decision No. N/02/004, section 5.14ff.) gestellt.

Es fällt auf, dass es bislang keine öffentlich zugängliche Entscheidung gibt, in der allein prognostizierte Effizienzgewinne die Freigabe eines wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlusses rechtfertigt haben.¹⁶ Zweifellos liegt dies auch daran, dass behauptete Effizienzgewinne oft nicht die oben genannten Voraussetzungen erfüllen. Prüft man diese nämlich im Einzelfall, so ist häufig schon fraglich, ob die prognostizierten Effizienzgewinne tatsächlich fusionsspezifisch sind oder ob sie sich nicht auch durch andere, eventuell weniger wettbewerbsschädliche Strategien erreichen lassen. Der Versuch eines ansatzweise konkreten Nachweises solcher Alternativen, beispielsweise internen Unternehmenswachstums oder einer Kooperation mit anderen Unternehmen, beansprucht erhebliche weitere Ressourcen.

Das Ausmaß der für eine Freigabe erforderlichen Effizienzgewinne ist im Einzelfall vom Grad der fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkung abhängig. Je größer die Wettbewerbsbeschränkung ist, desto größer müssen die Effizienzgewinne sein (sliding scale approach). Im Falle der drohenden Entstehung eines Monopols kommt eine Freigabe aufgrund von Effizienzgewinnen im Allgemeinen nicht infrage¹⁷.

Die Sicherstellung der Weiterleitung von Effizienzgewinnen an Konsumenten wirft zusätzliche Probleme auf. Solange Wettbewerb herrscht, bestehen wettbewerbsimmanente Anreize, Effizienzgewinne an die Abnehmer weiterzureichen. Dies gilt nicht, wenn nach einem Zusammenschluss kein Wettbewerbsdruck mehr vorherrscht, der die zusammengeschlossene Einheit dazu zwingt, sich gegen die anderen wettbewerblich agierenden Marktteilnehmer behaupten zu müssen. In einem solchen Fall liegt die Weitergabe von Effizienzgewinnen im internen Entscheidungsbereich des Unternehmens. Spürbare Preissenkungen sind realistisch also nur dann zu erwarten, wenn nach der Fusion wirksamer Wettbewerbsdruck aufrecht erhalten bleibt.¹⁸

Die Verifizierung der behaupteten Effizienzgewinne muss auf Basis einer zeit- und kostenintensiven Einzelfallbetrachtung durchgeführt werden, wobei eine Herausfor-

¹⁶ Vgl. Colley, Liam, a.a.O., S. 342f.: "However, in all cases that have gone to court, the merging parties have ultimately failed to demonstrate that the efficiencies rebut the prima facie anti-competitive harm."

¹⁷ Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse führen dazu aus, es sei "höchst unwahrscheinlich", dass ein zum Monopol – oder einer diesem vergleichbaren Marktstellung – führender Zusammenschluss allein aufgrund von Effizienzerwägungen freigegeben werden könne; vgl. EU-Kommission, a.a.O., Rz. 84.

¹⁸ Vgl. Schmidt, Ingo: Fusionskontrolle – Effizienz durch Wettbewerb oder Konzentration, in: WuW 4/2004, S. 359.

derung darin besteht, im Rahmen der kurzen Prüfungsfristen alle relevanten Informationen zu beschaffen und auszuwerten. Die Einzelfallbetrachtung von behaupteten Effizienzgewinnen im Sinne einer rule of reason ist zudem weniger robust gegenüber Verfahrensmanipulationen durch eine optimistische Darstellung von Effizienzgewinnen als eine Effizienzbetrachtung auf Basis genereller Vermutungen.¹⁹

Bei der Betrachtung von nicht-preislichen, nicht-mengenbezogenen Effekten stößt die Quantifizierung der Effizienzgewinne an ihre Grenzen.²⁰ Beispielsweise kann ein Zusammenschluss dynamische Effizienzeffekte (auch: Innovationseffizienzen) hervorrufen, indem er die Fähigkeit der Unternehmen zu Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten erhöht. Dies kann zum Angebot neuer, innovativer Produkte oder zur Verbesserung der Qualität bereits vorhandener Produkte führen, die den Bedürfnissen der Nachfrager mehr als bisher entgegenkommen. Auf bestimmten Märkten überwiegen solche produktbezogenen Verbraucherinteressen, d.h. Preise spielen dort bei der Wahlentscheidung der Verbraucher eine untergeordnete Rolle. Beispiele hierfür sind Hochtechnologiemärkte, der Gesundheitssektor sowie der Medienbereich. Mit der Erfassung allein von Preiseffekten können andere Verbraucherinteressen nicht wirksam berücksichtigt werden.

* * *

Die Effizienzanalyse hat einen statischen Charakter, indem sie sich ausschließlich auf einen bestimmten Markt²¹ bezieht und das Produktangebot sowie die Anbieterstruktur als gegeben und kurzfristig unveränderlich betrachtet. Die parallele Analyse dynamischer Faktoren wie die Entstehung neuer Märkte, das Innovationsgeschehen und die Anbieterfluktuation auf dem Markt muss daher zusätzlich ergänzend durchgeführt werden.

¹⁹ Vgl. Monopolkommission (2002): XIV. Hauptgutachten 2000/2001, Rz. 610, sowie Colley, Liam, a.a.O., S. 349: "Merging parties have a clear incentive to overstate the case when it comes to likely efficiencies."

²⁰ Diese Grenzen der Quantifizierung zeigen sich im übrigen auch bei der Berechnung des potenziellen Wettbewerbsschadens, sobald sich dieser nicht mehr allein in Preis- bzw. Mengeneffekten erschöpft.

²¹ Es handelt sich jeweils um einen Markt, auf dem der Zusammenschluss wettbewerbliche Bedenken hervorruft. Veränderungen auf anderen Märkten in Folge von fusionsbedingten Ausstrahlungseffekten bleiben unberücksichtigt.

Weitgehend ungelöst ist bislang die Frage des „ex post monitoring“, d.h. die Überwachung der Weitergabe behaupteter Effizienzgewinne an Verbraucher einschließlich möglicher Konsequenzen, falls sich Effizienzgewinne nicht einstellen oder diese nicht wie versprochen an die Verbraucher weitergegeben werden. Will oder kann man einen solchen Zusammenschluss nicht rückabwickeln, so besteht die Gefahr, dass ein marktmächtiges Unternehmen entsteht, das nur wenige Effizienzgewinne realisiert oder sie in geringerem Ausmaß an die Verbraucher weitergibt als geplant, weil es hierzu keine Anreize hat. Es verbliebe dann nur die eingeschränkte Möglichkeit einer gewissen Verhaltenskontrolle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht. Für Fusionskontrollregime, die primär auf eine präventive Strukturkontrolle im Sinne der Verhinderung von Gefährdungslagen ausgerichtet sind und dabei den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezwecken, kann dies jedoch allenfalls eine zweitbeste Lösung darstellen.

2.3 Effizienzbetrachtungen in der deutschen Fusionskontrolle

Im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle findet keine Einzelfallberechnung von Effizienzgewinnen und Wettbewerbsnachteilen statt. Es gibt aber vereinzelte Forderungen, auch in der deutschen Fusionskontrolle künftig verstärkt explizite Effizienzbetrachtungen anzustellen.²² Auch wenn das GWB keine explizite Effizienzeinrede enthält, hat das Bundeskartellamt im Rahmen der materiellen Prüfung die Vor- und Nachteile des Zusammenschlusses hinsichtlich seiner Wirkung auf den Wettbewerb auf den relevanten Märkten abzuwägen. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann im Grunde nur dann prognostiziert werden, wenn die erwarteten negativen Folgen der Fusion für die Marktstruktur die möglichen positiven Effekte überwiegen.

Eine explizite Effizienzeinrede ist unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze nicht nötig und nicht sinnvoll. Unterhalb der Marktbeherrschung wird quasi „pauschal“ unterstellt, der funktionierende Wettbewerb stelle sicher, dass möglichst alle

²² Beispielsweise prognostizieren Nitsche und Thielert für die deutsche Fusionskontrolle die Einführung der Analyse unilateraler Effekte. In diesem Zusammenhang sei zu erwarten, dass Effizienzargumente bzw. "Synergieeffekte" an Bedeutung gewinnen. Vgl. Nitsche, Rainer/Thielert, Julia: Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW 3/2004, S. 250-259, hier: S. 252 u. 259.

erreichbaren Effizienzgewinne realisiert und an die Verbraucher weitergegeben werden und somit beispielsweise den bei allen Zusammenschlüssen entstehenden unilateralen Effekten entgegenwirken. Oberhalb der Marktbeherrschungsschwelle ist eine Effizienzeinrede hingegen nicht möglich.²³ Denn bei festgestellter Marktbeherrschung verfügt das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss über einen vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum. Damit kann das Unternehmen eine Preis- und Produktpolitik durchsetzen, die sich nicht mehr vorrangig an den Verbraucherinteressen orientiert.²⁴

Eine gewisse Ähnlichkeit mit einer gesamtwirtschaftlichen Effizienzbetrachtung weist die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 GWB auf.²⁵ Auf diese Klausel können sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen berufen, wenn die materielle Prüfung eines Zusammenschlusses zu dem Ergebnis kommt, dass die Untersagungsvoraussetzungen vorliegen. Um eine Untersagung dennoch abzuwenden, müsste die Fusion nachweislich zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf einem anderen als jenem vom Zusammenschluss betroffenen Markt führen, auf dem Marktbeherrschung entsteht bzw. verstärkt wird. Damit die Verbesserung auf dem Abwägungsmarkt die strukturelle Wettbewerbsverschlechterung des beherrschten Marktes überwiegt, sind an diese jedoch hohe Anforderungen zu stellen. In der Regel muss auf dem Abwägungsmarkt ebenfalls Marktbeherrschung bestehen, die durch den Zusammenschluss vermindert wird.²⁶ Die Erhöhung der Wettbewerbsintensität auf einem Markt mit einem marktmächtigen Unternehmen erhöht die alloкатive Effizienz einer Volkswirtschaft, was letztlich auch dem Verbraucher zugute kommt. Diese Regelung ermöglicht folglich grundsätzlich eine Berücksichtigung von fusionsbedingten wettbewerbsfördernden Effekten auf Drittmärkten, was beispielsweise im US- bzw. EU-Fusionskontrollrecht nicht vorgesehen ist.

²³ Vgl. Böge, Ulf: Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in : WuW 7 u. 8/2004, S. 726-733, hier: S. 732.

²⁴ Vgl. Böge, Ulf, a.a.O., S. 732.

²⁵ Eine Sonderrolle spielt die Ministererlaubnis des § 42 GWB, die eine Abwägung wettbewerblischer Nachteile mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen gerade vorschreibt. Im Rahmen der Ministererlaubnis müssen die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung durch gesamtwirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses aufgewogen werden oder der (vom Bundeskartellamt untersagte) Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sein (§ 42 Abs. 1 GWB). Da es sich dabei aber nicht mehr um übliche Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamts handelt, soll an dieser Stelle nicht vertieft auf diese Verfahren eingegangen werden.

²⁶ Vgl. Bundeskartellamt, DE-V WuW/E 558ff., 565ff. Liberty/VIOLA.

Es stellt sich die Frage, ob die am Schutz des Wettbewerbs als Institution orientierte deutsche Fusionskontrolle mit ihrer Gesamtschau aller positiven und negativen Folgen eines Zusammenschlusses für den Wettbewerb zu anderen Ergebnissen gelangt, als dies bei einer an der Konsumentenwohlfahrt orientierten Fusionskontrolle der Fall ist. Verlässliche Untersuchungen hierzu liegen nicht vor. Ein solcher Vergleich hat auch deshalb einen sehr spekulativen Charakter, weil es auf europäischer Ebene kaum relevante Entscheidungen gibt und – soweit ersichtlich – auch keine veröffentlichten Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden vorliegen, in denen ausschließlich Effizienzgewinne zu einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe führten. Es gibt jedenfalls keine belastbaren Hinweise darauf, dass das Bundeskartellamt bislang systematisch volkswirtschaftlich sinnvolle Zusammenschlüsse untersagt hätte, etwa weil für die Verbraucher positive, fusionspezifische Effizienzgewinne der Unternehmen nicht oder nicht angemessen gewürdigt worden wären.

Zweifellos werden zukünftig neuere ökonomische Ansätze in der Fusionskontrolle verstärkt in die praktische Arbeit des Bundeskartellamtes mit einfließen, um die Entscheidungsqualität positiv zu beeinflussen. In diesem Rahmen muss auch die Auswahlentscheidung getroffen werden, in welchem Einzelfall der zum Teil sehr hohe Implementierungsaufwand der Instrumente aus Kosten-/ Nutzensgesichtspunkten heraus gerechtfertigt ist. Ob die Berechnung von Effizienzgewinnen im Einzelfall tatsächlich einen "Qualitätssprung" in der Qualität der Entscheidungen erzeugt, ist aber fraglich.

Zur Debatte steht nicht die Frage des "Ob" einer verstärkten Ökonomisierung der deutschen Fusionskontrolle und der Berücksichtigung von Verbraucherinteressen, sondern eher die Frage des "Wie?" und "In welchen Fällen?". Besonders diskussionswürdig ist, durch welche organisatorischen Maßnahmen das ökonomische Know-how des Bundeskartellamtes kontinuierlich vergrößert, auf dem laufenden Stand der Wissenschaft gehalten und allen Mitarbeitern zur Verfügung gestellt werden kann. Wie die Monopolkommission in ihrem fünfzehnten Hauptgutachten feststellt, dürften die gegenwärtigen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die zukünftigen Anforderungen verbesserungsfähig sein. Die Monopolkommission schlägt in diesem Zusammenhang die Einrichtung eines ökonomischen Grundsatzreferates vor, für das

gegebenenfalls auch eine Ausweitung der Personalressourcen des Bundeskartellamtes zu empfehlen sei.²⁷

3 KARTELLE

Eine ökonomischere Betrachtung des Kartellrechts verbunden mit einer stärkeren Hinwendung zum Verbraucher hat auch im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 EG und § 1 GWB eine erhebliche Bedeutung erlangt. Der Schwerpunkt liegt hier im Bereich der Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 81 Abs. 3 EG und § 2 GWB-E (zur Zeit §§ 2ff. GWB, insbes. §§ 5 und 7 GWB). Der Begriff des Verbrauchers wird ausdrücklich im europäischen Kartellrecht nur in Art. 81 Abs. 3 EG und im deutschen Kartellrecht nur in § 2 GWB-E und § 7 GWB erwähnt.

3.1 Kartellverbot

Nach Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB-E²⁸ verbotene Hardcore-Kartelle wie Preis- und Mengenabsprachen erhöhen das Preisniveau, reduzieren die Wettbewerbsintensität und erschweren den Markteintritt. Kurzfristig führen derartige Kartelle zur Fehlallokation der kartellierten Produkte. Mittel- bis langfristig wirkt sich die reduzierte Wettbewerbsintensität zudem negativ auf die Anreize der Unternehmen aus, neue Produkte zu entwickeln oder die eigenen Kosten zu reduzieren. Bei beiden zeitlichen Perspektiven sind folglich negative Auswirkungen auf die Wohlfahrt und den Verbraucher festzustellen, d.h. der Schutz des Wettbewerbes ist mit dem Schutz der Verbraucherinteressen im Hinblick auf die Unterbindung von Kartellvereinbarungen kongruent. Es bedarf in diesem Kontext also keiner weitergehenden ökonomischen Betrachtungsweise, um die Verbraucherinteressen zu stärken. Vielmehr eröffnen ökonomische Methoden neue Möglichkeiten bei der Verfolgung und Ahndung von verbotenen Kartellabsprachen:

²⁷ Vgl. Monopolkommission (2004), XV. Hauptgutachten 2002/2003, Rz. 237f.

²⁸ Im Rahmen der anstehenden GWB-Novelle wird der Wortlaut des § 1 GWB-E an Art. 81 Abs. 1 EG angepasst und umfasst sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen.

- Anfangsverdacht: Ökonomische Analysemethoden eröffnen die Möglichkeit, den Anfangsverdacht bei einer Kartellabsprache durch ökonomische Beweisführung zu untermauern - beispielsweise zur Abgrenzung von verbotenen Preisabsprachen und zulässigem Parallelverhalten. Das Bundeskartellamt konnte im Jahr 2003 erstmalig einen für das zuständige Gericht ausreichenden Anfangsverdacht für eine Preisabsprache im Rahmen der bundesweiten Ausschreibung von DSD-Leistungsverträgen durch statistische Untersuchungen und ökonomische Argumentation belegen.
- Leniency: Eine weitere ökonomisch motivierte Facette der Kartellverfolgung findet sich in der Bonusregelung, deren Grundidee letztendlich auf spieltheoretische Wirkungszusammenhänge zurückgeht. Die mittlerweile weltweit praktizierten leniency-Regelungen haben durch ihre Anreizwirkung entscheidend zur erheblich höheren Aufdeckungsquote von Kartellen beigetragen.
- Mehrerlösabschöpfung: Die Geldbuße bei Verstößen gegen das Kartellverbot kann nach § 81 Abs. 2 GWB bis zum dreifachen des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses betragen. Die Berechnung der Geldbuße orientiert sich damit an der konkreten Marktwirkung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und erfordert eine ökonomische Analyse, bei der man den erzielten „Kartellpreis“ mit einem hypothetischen Wettbewerbsergebnis ohne das Kartell vergleicht.

Angesichts der oft sehr unterschiedlichen ökonomischen Einschätzungen und Analysen wird den Gerichten bei der Abwägung konkurrierender ökonomischer Ergebnisse ein hohes Maß an ökonomischem Sachverstand abverlangt.²⁹ Dies kann oft nur durch die Einschaltung von Sachverständigen erreicht werden, wodurch die Gefahr besteht, dass die Entscheidungsfindung von den Gerichten auf die Sachverständigen verlagert wird.

²⁹ Im seinem Urteil vom 6.5.2004 – Kart 41-43 und 45-47/01 OWi in dem Verfahren "Transportbeton" hat das OLG Düsseldorf ein ökonomisches Gutachten, nach dem durch ein Quotenkartell kein Mehrerlös entstanden sei, akzeptiert (S. 48ff.), das aus ökonomischer Sicht nicht unumstritten ist.

3.2 Freistellung und Effizienzbetrachtungen

Zentraler Ansatzpunkt für eine stärkere ökonomische Betrachtung, Effizienzüberlegungen und die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen sind die Freistellungsstatbestände des Art. 81 Abs. 3 EG, § 2 GWB-E und § 7 GWB. Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikel 81 Abs. 1 EG bzw. § 1 GWB-E können nach Artikel 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 Abs. 1 GWB-E vom Kartellverbot freigestellt werden, wenn ihre Effizienzgewinne auch wettbewerbsfördernde und wohlfahrtserhöhende Wirkungen entfalten und die Verbraucher daran angemessen beteiligt werden.

In den im Mai 2004 veröffentlichten Leitlinien der EU-Kommission zu Artikel 81 Abs. 3 EG³⁰ sowie in den in jüngster Zeit überarbeiteten Gruppenfreistellungsverordnungen³¹ greift die EU-Kommission den Grundgedanken einer ökonomischen Betrachtung der Vereinbarungen anstelle von per-se-Regeln auf und betont die Effizienzvorteile, die sich u.U. durch derartige Vereinbarungen ergeben können. Nach der Übernahme des Wortlautes des Art. 81 Abs. 3 EG in das deutsche Recht (§ 2 Abs. 1 GWB-E) und der Anordnung der entsprechenden Geltung europäischer Gruppenfreistellungsverordnungen (§ 2 Abs. 2 GWB-E) werden Effizienzbetrachtungen im deutschen Recht verstärkt relevant.

Effizienzvorteile können sich bei horizontalen Vereinbarungen dadurch ergeben, dass die Unternehmen durch die teilweise Zusammenlegung ihrer Vermögenswerte aufgrund steigender Skalenerträge in der Produktion Kosteneinsparungen erreichen. Bei vertikalen Vereinbarungen können beispielsweise Effizienzvorteile dadurch entstehen, dass die sich im Zusammenhang mit spezifischen Investitionen ergebenden free-rider-Probleme³² und hold-up-Probleme³³ durch entsprechende

³⁰ Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG, ABl. vom 27.4.2004, C 101.

³¹ Jüngstes Beispiel sind die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. vom 27.4.2004, L 123 sowie die zugehörigen Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. vom 27.4.2004, C 101.

³² Ein free-rider-Problem entsteht, wenn Konkurrenten von den Tätigkeiten (z.B. Marketingaktivitäten) eines Unternehmens profitieren, ohne sich an den Kosten zu beteiligen. Dadurch wird der Anreiz für das Unternehmen, solche Aktivitäten zu entwickeln, geschmälert.

³³ Das hold-up-Problem bezeichnet die negative Anreizwirkung, die sich im Rahmen von spezifischen Investitionen ergibt. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt eine spezifische Investition zugunsten eines Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt tätigt und dann die Gefahr besteht, dass dieses Unternehmen seine Machtstellung, z.B. durch die Forderung nach niedrigeren Preisen, ausnutzt.

Vereinbarungen ausgeräumt werden. Effizienzgewinne entstehen in diesem Zusammenhang dadurch, dass durch die entsprechende Vertikalvereinbarung ein höherer Investitionsanreiz entsteht, der zu einer Verbesserung der Produktvielfalt oder -qualität führen kann. Die angemessene Beteiligung der Marktgegenseite an den durch die Vereinbarungen erzielten Effizienzgewinnen bezieht den Verbraucher explizit in die wettbewerbliche Beurteilung der Kartellvereinbarung ein. So müssen die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen mindestens ausgeglichen werden, d.h. die Nettowirkung der Vereinbarungen muss für den betroffenen Nachfrager mindestens neutral sein.³⁴ Die Beteiligung der Verbraucher kann sowohl durch die zumindest teilweise Weitergabe von Kosteneinsparungen als auch durch die Weitergabe weiterer Arten von Effizienzgewinnen erfolgen.³⁵ Durch die stärkere Berücksichtigung von Effizienzgewinnen sowie deren Weitergabe an Verbraucher werden horizontale und vertikale Vereinbarungen in ihrem jeweiligen ökonomischen Kontext gesehen.

Dem steht die Kritik entgegen, dass die in den Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG teilweise undifferenzierte Zusammenfassung der Betrachtung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und deren Effizienzen nicht den unterschiedlichen ökonomischen Motivationen gerecht wird.³⁶ Insoweit erscheint es dem Bundeskartellamt wichtig, dass mit der Abkehr von der bewährten Trennung im GWB zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Anpassung an Art. 81 EG (§§ 1, 2 GWB-E) die unterschiedliche wettbewerbliche Bedeutung von horizontalen und vertikalen Vereinbarungen nicht verwischt wird.

³⁴ Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG, ABl. vom 27.4.2004, C 101/110, Rn. 85.

³⁵ Nach einer Einzelfallprüfung wurden beispielsweise Ende 2003 von der Europäischen Kommission mehrere Vereinbarungen zwischen dem Fernsehplattformbetreiber Telenor und dem Anbieter von Premium-Bezahlfernsehinhalten Canal+, die mehrere Ausschließlichkeitsvereinbarungen bezüglich Endkundenvertrieb von Bezahlfernsehdiensten sowie Premium-Bezahlfernsehinhalten betreffen, nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt (COMP/38.287 - Telenor/Canal+/Canal Digital). In diesem Fall wurden die wettbewerblichen Beschränkungen der Vereinbarungen geringer eingeschätzt als die resultierenden Effizienzgewinne. Durch die Ausschließlichkeitsvereinbarungen werde zwar der Wettbewerb um die Bezahlfernsehinhalte ausgeschaltet, jedoch führe dies zu einem schärferen Wettbewerb zwischen den Anbietern konkurrierender Bezahlfernsehinhalte und folglich mit hoher Wahrscheinlichkeit zu sinkenden Preisen. Darüber hinaus würden die Konsumenten auch von den Verbesserungen in der Programmauswahl und dem Angebot neuer interaktiver, fernsehbasierter Dienstleistungen profitieren.

³⁶ Vgl. RBB Economics: Art or Science? Assessing efficiencies under the Commission's article 81 (3) Notice, RBB Brief 15, July 2004.

Die Quantifizierung von Effizienzgewinnen, die Prognose, ob Effizienzgewinne an die Verbraucher weitergegeben werden, sowie die Abwägung gegenüber negativen Effekten der Wettbewerbsbeschränkung sind auch beim Einsatz ökonomischer Methoden häufig mit Bewertungsschwierigkeiten verbunden. Diese werden durch die Tatsache, dass die Effizienzgewinne oftmals einer gewissen Dynamik unterliegen, verstärkt. Es stellt sich die Frage, ob ein stärker effizienzbezogener Ansatz zu geringerer Rechtssicherheit und Justiziabilität sowie zu höheren Kosten für Unternehmen, Behörden und Gerichte führen kann. Hierbei ist auch zu beachten, dass in dem mit der VO 1/2003 eingeführten Legalausnahmesystem die Unternehmen selbst (bzw. in Kartellzivilstreitigkeiten die Gerichte) einschätzen müssen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 GWB-E erfüllt sind.

4 MISSBRAUCHSAUFSICHT

In der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen spielen ökonomische Konzepte bereits eine nicht unerhebliche Rolle. Auch hier wird im Rahmen einer Modernisierung der Anwendung von Art. 82 EG die Ausweitung ökonomischer Methoden diskutiert. Es ist davon auszugehen, dass die Bedeutung ökonomischer Gesichtspunkte - analog zu den jüngst überarbeiteten Leitlinien zu Art. 81 EG und den Gruppenfreistellungsverordnungen - bei Art. 82 EG (z.B. in den momentan von der EU-Kommission geplanten Leitlinien zu Art. 82 EG) zunehmen und die Anwendung von per-se-Regeln beeinflussen.³⁷ Beim Behinderungsmissbrauch sollen insbesondere die Rolle von Effizienzen, die sich durch die missbräuchlichen Verhaltensweisen ergeben, und die Auswirkungen auf den Verbraucher in der Bewertung dieser Verhaltensweisen gestärkt werden.

³⁷ Philip Lowe betonte den letzten Punkt in seiner Fordham-Rede bei der Fordham Antitrust Conference, Washington am 23.10.2003: "We have to tackle each abuse in its specific context, and we have to also look at the particular motivation and context of abuses."

4.1 Marktbeherrschung

Eine marktbeherrschende Stellung ist nach europäischem und deutschem Recht (bei letzterem reicht im Rahmen des § 20 GWB auch eine marktstarke Stellung) Voraussetzung für die Anwendung der Missbrauchsvorschriften. Die deutschen und europäischen Gerichte und Kartellbehörden stellen bei ihren Entscheidungen zur Missbrauchsaufsicht regelmäßig die besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für die Wettbewerbssituation auf dem beherrschten Markt und die besonderen Verhaltensanforderungen an Marktbeherrscher heraus. Diesbezüglich wird von einigen Ökonomen die Frage gestellt, welchen Einfluss ein marktbeherrschendes Unternehmen auf die Wettbewerbsstruktur ausüben kann und ob die Machtstellung eines Marktbeherrschers nicht auch engen Handlungsrestriktionen unterworfen ist.³⁸ Auf der anderen Seite findet z.B. das US-Wettbewerbsrecht bereits auf die vorsätzliche Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung (Section 2 Sherman Act: willful acquisition of monopoly power) Anwendung. Letzteres wird im deutschen Kartellrecht über die Erfassung missbräuchlicher Verhaltensweisen von nur marktstarken (§ 20 Abs. 2 GWB) Unternehmen und die Erfassung von Drittmarktbehinderungen (Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung, um auf einem Drittmarkt ggf. eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen) gewährleistet.

4.2 Behinderungsmissbrauch

Die Schutzrichtung des in § 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verankerten Verbotes des Behinderungsmissbrauchs ist grundsätzlich eher horizontal auf die Wettbewerber gerichtet. Der Schutz des Wettbewerbs wirkt sich mittelbar – wenngleich erst in mittel- bis langfristiger Perspektive - auch zugunsten der Verbraucher aus.

³⁸ So beispielsweise Spector, David: Loyalty rebates and related pricing practices, in: Evans, David / Padilla, Jorge: Global competition policy: Economic issues and impacts, 2004.

4.2.1 Rabatte

Ausgangspunkt der Diskussion um einen „more economic approach“ im Rahmen der Missbrauchskontrolle sind auf europäischer Ebene die jüngst vom EuG bestätigten Entscheidungen der EU-Kommission in den Fällen Virgin/British Airways³⁹ und Michelin II⁴⁰. In beiden Fällen verstieß die Anwendung von Rabattsystemen durch Marktbeherrscher gegen Art. 82 Satz 1 EG, weil die Rabatte Konkurrenten behinderten. Die Missbräuchlichkeit von Rabattsystemen wird in Kommissionspraxis und Rechtsprechung allein an angebotsseitigen Kriterien - beispielsweise an den entstehenden Größenvorteilen – gemessen; d.h. nur Rabatte, denen eine wirtschaftliche Leistung gegenüber steht, verstoßen nicht gegen Art. 82 EG. Daraus wurde die auch von der deutschen Rechtsprechung angewandte⁴¹ per-se-Regel entwickelt⁴², nach der Treue- und Zielrabatte eines Marktbeherrschers missbräuchlich sind, da sie eine Sogwirkung entwickeln, durch die Konkurrenten behindert werden. Mengenrabatte sind hingegen wettbewerbskonform, so lange sie im Verhältnis zu den entstandenen Mengenvorteilen des Herstellers stehen.

An dieser Vorgehensweise wird kritisiert, dass ein Rabattsystem bereits missbräuchlich sei, wenn den gewährten Rabatten keine wirtschaftliche Leistung gegenüberstehe - unabhängig von der Frage, ob bzw. mit welcher Wahrscheinlichkeit sich tatsächlich Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation ergeben. Außerdem sei die getroffene Unterscheidung zwischen Mengen- und Treuerabatte aus ökonomischer Perspektive zu pauschal, weil sie ausschließlich auf einer Betrachtung der Kostenseite basiere. Vielmehr müsse ein Rabattsystem im jeweiligen wirtschaftlichen Kontext gesehen werden, um die entstehenden Effizienzgewinne würdigen zu können. So könne ein Rabattsystem beispielsweise dazu genutzt werden, Informations- und Anreizprobleme zwischen Hersteller und Händler zu überwinden. Vor diesem

³⁹ Entscheidung der Kommission v. 14.7.1999, COMP/34.780 – „Virgin/British Airways“; EuG, Urteil v. 17.12.2003, T-219/99 – „British Airways“.

⁴⁰ Entscheidung der Kommission vom 20.6.2001, COMP/36.041- „PO-Michelin“; EuG, Urteil v. 30.9.2003, T-203/01 – „Michelin“.

⁴¹ KG, Beschluss v. 11.1.1980, WuW/E OLG 2403 – „Fertigfutter“.

⁴² Die wichtigsten Entscheidungen waren EuGH Slg. 1979, 461 „Hoffmann-La Roche/Vitamine“ und EuGH Slg. 1983, 3461 „Michelin I“.

Hintergrund müsse die per-se-Unterscheidung zwischen missbräuchlichen Treuerabatten und nicht missbräuchlichen Mengenrabatten hinterfragt werden.⁴³

Im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht sind die Auswirkungen auf die Wettbewerber das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens. Marktbeherrschende Unternehmen verfügen grundsätzlich über einen vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum, dem die Missbrauchsvorschriften Rechnung tragen. Im Verhältnis zu den Wettbewerbern können - nach herrschender Meinung - Treue- und Zielrabatte eines Marktbeherrschers zu deren Behinderung und Verdrängung aus dem Markt und damit zur Absicherung der eigenen marktbeherrschenden Stellung führen. Dies führt letztlich regelmäßig zu einem Nachlassen der Wettbewerbsintensität. Mittel- bis langfristig wirken sich Treue- und Zielrabattsysteme damit auch negativ auf die Verbraucherinteressen aus, weil durch eine Erschwerung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten die Produktvielfalt sinken und das Preisniveau steigen kann.

Der Nachweis, wie durch die Berücksichtigung von Effizienzen und möglicher Vorteile für Verbraucher und Händler die Wirkung von Rabatten auf den Wettbewerb praxisgerecht im Einzelfall besser erfasst werden kann, ist noch zu führen. Im Übrigen gilt auch hier, dass per-se-Regeln ein höheres Maß an Rechtssicherheit, Justiziabilität und Vorhersehbarkeit für alle Beteiligten bieten. Dies ist für die Beurteilung durch die Unternehmen und die Gerichte, ob die Voraussetzungen des Art. 82 EG vorliegen, ein gewichtiger Gesichtspunkt.

Auf der Ebene der Gewährung von Rabatten von Herstellern/Händlern an die Verbraucher selbst hat der Gesetzgeber in dem dem konkreten Verbraucherschutz verpflichteten Recht des unlauteren Wettbewerbs in der jüngsten Zeit eine Neubewertung vorgenommen. Angestoßen durch europäische Harmonisierungsbestrebungen wurden das Rabattgesetz und die Zugabenverordnung abgeschafft. Unter anderem war ein Beweggrund für die Abschaffung dieser Gesetze, wettbewerbliche

⁴³ Eine ausführliche Auseinandersetzung findet sich bei Sher, Brian: Price Discounts and Michelin 2: What goes around, comes around, in: *European Competition Law Review*, Issue 10/2002, S. 482-489 sowie in Kallaugher, John / Sher, Brian: Rebates revisited: Anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82, in: *European Competition Law Review*, Issue 5/2004, S. 263-285.

Hemmnisse abzubauen und verstärkt die positiven Wirkungen von Rabattgestaltungen in den Blick zu nehmen.

4.2.2 Predatory Pricing

Predatory Pricing durch Marktbeherrscher, d.h. das Setzen von Kampfpreisen, die darauf ausgerichtet sind, Konkurrenzunternehmen vom Markt zu drängen oder vor einem Marktzutritt abzuschrecken, verstößt gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs.1 GWB und Artikel 82 Satz 1 EG.⁴⁴ Dies beruht auf der ökonomischen Erkenntnis, dass ein Preis unterhalb der variablen Durchschnittskosten mit steigender Produktionsmenge zu steigenden Verlusten führt und deswegen nur dann rational sein kann, wenn diese Verluste durch zukünftige Gewinne überkompensiert werden können. Deswegen kann nach Auffassung der EU-Kommission und des EuGH bei Preisen unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten fast sicher auf eine Verdrängungsabsicht geschlossen werden, während bei Preisen, die oberhalb der variablen, aber unterhalb der totalen Durchschnittskosten liegen, weitere Beweise der Verdrängungsabsicht erbracht werden müssen.⁴⁵

Die derzeitige Entscheidungspraxis ist bereits durch die Anwendung ökonomischer Methoden geprägt, die insbesondere bei der Identifizierung von Kampfpreisen eine entscheidende Rolle spielen. Jedoch wird kritisiert, dass der ökonomische Kontext nicht ausreichend berücksichtigt wird. So werde beispielsweise die Zielsetzung der Preissetzung nicht exakt fokussiert, sondern auf die Verdrängungsabsicht geschlossen. Ebenso werde nicht nachgewiesen, dass von einer zukünftigen Überkompensation der mit Kampfpreisen erlittenen Verluste auszugehen ist.⁴⁶

⁴⁴ Vgl. z.B. den Fall Lufthansa/Germania, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2001/2002, S. 189f. und OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.3.2002, WuW/E DE-R 867 – „Germania“ sowie für das europäische Recht EuGH.

⁴⁵ Der bekannteste Fall ist Akzo, Entscheidung der Kommission v. 14.12.1985;ABl. Nr. L 374/1; bestätigt durch EuGH Sl. 1991, I-3439 = EuZW 1992, 21.

⁴⁶ Rede von Philip Lowe, Stockholm, 5.12.2003. Letzteres ist jedoch nach Lowes eigener Auffassung insofern nicht relevant, weil es das Ziel der Kartellbehörden ist, das derzeitige missbräuchliche Verhalten in Form von Kampfpreisen und nicht den zukünftigen Preishöhenmissbrauch, der zur Überkompensation notwendig sein wird, zu unterbinden.

Aus Sicht der Verbraucher werden niedrige (Kampf-)Preise regelmäßig positiv eingeschätzt, denn die Verbraucher interessieren sich weder für die strategischen Motive der Unternehmen noch für die mit Kampfpreisen einhergehenden Probleme der Konkurrenzunternehmen. Kampfpreise können jedoch ebenso wie Rabattsysteme zur Behinderung und Verdrängung der Wettbewerber aus dem Markt führen, was mittel- bis langfristig nicht im Verbraucherinteresse liegt.

Im Hinblick auf Preisunterbietungen sind die Wertungen und Kriterien des Kartellrechts mit denen des Lauterkeitsrechts (§ 1 UWG) weitgehend identisch. Preisunterbietungen verstoßen wie im Kartellrecht gegen das UWG, wenn sie mit der erkennbaren Zielsetzung erfolgen, einen bestimmten Mitbewerber zu verdrängen oder wenn durch diese der Wettbewerb auf dem Markt völlig oder nahezu aufgehoben wird.⁴⁷ Über den Schutz der von den Kampfpreisen betroffenen Wettbewerber soll auch das Interesse der Allgemeinheit am Bestand des Wettbewerbes geschützt werden. Ähnlich wie die Marktverhaltenskontrolle über das Kartellrecht findet damit auch über das UWG eine gleichzeitig auf eine Marktstrukturkontrolle hinauslaufende Marktverhaltenskontrolle statt.⁴⁸

4.2.3 Koppelung

Produktkoppelung bezeichnet das Angebot von Produktbündeln, die mindestens zwei Produkte - das koppelnde und das gekoppelte Produkt - umfassen. Die Koppelung von Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen verstößt gegen Artikel 82 Satz 2 Buchst. d) EG und § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, wenn durch die Koppelung die Wettbewerber behindert werden.⁴⁹ Missbräuchlich ist das Verhalten des Marktbeherrschers, wenn dieser durch die Koppelung versucht, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des koppelnden Produktes auszunutzen, um die

⁴⁷ BGH, Urteil v. 27.10.1988, WuW/E BGH 2547f. „Preiskampf“.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 20.11.2003 - I ZR 120/00.

⁴⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1206 – „Strom und Telefon I“; Urteil v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1210 – „Strom und Telefon II“; BGH, Urteil vom 30.3.2004 – KZR 1/03 „Der Oberhammer“ sowie Kommission, Entscheidung v. 22.12.1987, ABl. 1988 Nr. L 65/19; bestätigt durch EuG Slg. 1991, II-1439 - "Hilti"; Kommission, Entscheidung v. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1; bestätigt durch EuG Slg. 1994, II-755; EuGH Slg. 1996, I-5987 - "Tetra Pak".

Marktposition auf dem Markt des gekoppelten Produktes zu verbessern. Die Produktkoppelung wird also eine Art Hebel genutzt (Leverage-Effekt).⁵⁰

Die von Kritikern angeführte nicht ausreichende Berücksichtigung der durch Koppelungsgeschäfte entstehenden Effizienzen wird zum einen daran festgemacht, dass die Produktkoppelung für die koppelnden Unternehmen zu Kostensenkungen führt, weil Größen- und Verbundvorteile in der Produktion und in der Distribution erstehen können.⁵¹ Diese könnten auch an Verbraucher weitergegeben werden. Ferner kann aus Verbrauchersicht der Erwerb des Koppelproduktes die bequemere und kostengünstigere Variante sein, sofern er komplementäre Produkte nutzen will.

Durch die Koppelung werden jedoch ebenso wie bei Rabattsystemen und Kampfpreisen die Wettbewerber auf dem Markt des gekoppelten Produktes behindert und ggf. verdrängt. Der BGH hat in einer kürzlich ergangenen Entscheidung bereits die tatsächliche Sogwirkung einer Koppelung als ausreichend für eine wettbewerbs-schädliche Wirkung (Verlagerung von Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Produktes zur Behinderung von Wettbewerbern) angesehen, ohne auf die gerade in diesem Fall bestehenden Bequemlichkeitsvorteile für den Verbraucher auch nur einzugehen.⁵² Die Behinderung der Wettbewerber wirkt sich letztlich immer auch zulasten der Verbraucher aus. Deren Abhängigkeit von dem koppelnden Unternehmen, das mangels wettbewerblichem Druck die Produktvielfalt reduzieren kann und einen geringen Anreiz zu Kostensenkungen und Produktinnovationen hat, wird erhöht.⁵³

Koppelungsgeschäfte werden ebenfalls vom UWG erfasst. In der gerichtlichen Praxis werden Koppelungssachverhalte sowohl nach UWG als auch nach GWB geprüft.

⁵⁰ Vgl. Shy, Oz: Industrial Organization, 1996, S. 362 ff.

⁵¹ Vgl. Evans, David / Padilla, Jorge / Salinger, Michael: A pragmatic approach to identifying and analysing legitimate tying cases, in: Evans, David / Padilla, Jorge: Global competition policy: Economic issues and impacts, 2004.

⁵² BGH, Urteil vom 30.3.2004 – KZR 1/03 „Der Oberhammer“.

⁵³ Exemplarisch dafür ist die Koppelung des Windows-Betriebssystems mit dem Internet Explorer von Microsoft, das in den Neunziger Jahren von der amerikanischen Kartellbehörde aufgegriffen wurde. Durch diese Koppelung ist es Microsoft gelungen, die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme auszunutzen, um auf dem Markt für Internet-Browser ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung zu erreichen. Die Integration des Internet Explorers in das Betriebssystem ist zwar für die Verbraucher bequemer. Sie hat aber Wettbewerber wie Netscape mit ihren Internet-Browser aus dem Markt gedrängt. Zudem bietet die Kombination Windows und Internet Explorer eine außerordentlich große Angriffsfläche für Viren.

Häufig bejahen beide Vorschriften einen Wettbewerbsverstoß.⁵⁴ Allerdings unterscheiden sich die heranzuziehenden Maßstäbe: Im Kartellrecht ist insbesondere das Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung als Hebel (Leverage-Effekt) auf dem Markt des gekoppelten Gutes ausschlaggebend. Bei der lauterkeitsrechtlichen Prüfung wird auf die Möglichkeit des Verbrauchers zu einer rationalen Kaufentscheidung abgestellt.⁵⁵ So verstoßen Koppelungsgeschäfte dann gegen §1 UWG, wenn über den tatsächlichen Wert des Angebotes in relevanter Weise irreführt werden und eine vom verständigen Verbraucher erwartete Aufklärung über die einzelnen Preisbestandteile unterblieben ist.⁵⁶ Im Ergebnis ergänzen sich beide Prüfungsmaßstäbe.

4.3 Ausbeutungsmisbrauch/Preishöhenmissbrauch

Das in § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB sowie Art. 82 EG verankerte Verbot des Ausbeutungsmisbrauchs schützt unmittelbar die Marktgegenseite, d.h. auch die Verbraucher. Häufigster Anwendungsbereich dieser Missbrauchsform ist der Preishöhenmissbrauch, vor allem in Monopolbereichen wie beispielsweise Energienetzen.

Unangemessen hohe Preise lassen sich von einem Unternehmen durchsetzen, wenn für konkurrierende Unternehmen keine ausreichenden Möglichkeiten bestehen, mit niedrigeren Preisen Nachfrager zu gewinnen. Dies ist insbesondere bei Netzmärkten oder aufgrund von Urheberrechten oder Patenten der Fall. Außerdem muss die Nachfrage nach dem betrachteten Produkt hinreichend unelastisch sein, da ansonsten die Nachfrager auf die hohen Preise durch Konsumverzicht reagieren würden. Die Marktgegenseite und der Verbraucher sind beim Preishöhenmissbrauch unmittelbar Schutzobjekte, weil in diesen Fällen kein funktionierender Wettbewerb herrscht. Insofern besteht eine direkte Zielkongruenz zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1206 – „Strom und Telefon I“; Urteil v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1210 – „Strom und Telefon II“.

⁵⁵ BGH, Urteil v. 30.11.1995, GRUR 1996, 363ff. – „Saustarke Angebote“; BGH, Urteil v. 27.2.2003, GRUR 2003, 538 ff.; BGH, Urteil v. 22.5.2003, GRUR 2003, 804 ff.; BGH, Urteil v. 4.11.2003, WuW/E DE-R 1206 – „Strom und Telefon I“.

⁵⁶ BGH, Urteil v. 13.6.2002, GRUR 2002, 979 ff.

Der Nachweis unangemessen überhöhter Preise ist in der Praxis schwierig und aufwendig. Methodische Ansatzpunkte für die Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs liefern das Vergleichsmarktkonzept (bzw. Benchmarking) und die Kostenkontrolle. In beiden Bereichen ist die Anwendung ökonomischen Sachverständes und ökonometrischer Methoden sinnvoll; sie führt aber auch – wie die Missbrauchskontrolle des Bundeskartellamtes im Energiebereich gezeigt hat – zu einer Disproportionalität zu Lasten der Behörde, wenn die erheblich größeren personellen und finanziellen Ressourcen der Unternehmen nicht durch eine entsprechende Ausstattung kompensiert werden.⁵⁷

4.4 Effizienzbetrachtungen in der Missbrauchsaufsicht

Im Mittelpunkt der Diskussion um eine Modernisierung der Anwendung des Art. 82 EG steht ebenfalls die Berücksichtigung von Effizienzerwägungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht. Dies bedeutet eine stärkere Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung auch kurzfristiger Vorteile für den Verbraucher, wobei die Frage ist, inwiefern Effizienzgewinne an die Verbraucher weitergegeben werden.

Im deutschen und europäischen Kartellrecht sind bisher zu Recht die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wettbewerber das entscheidende direkte Kriterium für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens. Die mögliche Behinderungswirkung von Treuerabatten, Kampfpreisen und Koppelungen wird von Ökonomen nicht in Frage gestellt. Die Verdrängung von Wettbewerbern führt regelmäßig zu geringeren Auswahlmöglichkeiten sowie einer größeren Abhängigkeit der und damit zum Wohlfahrtsverlust für die Verbraucher. Zumindest mittel- bis langfristig wirken sich Wettbewerbsbehinderungen daher negativ auf die Verbraucherinteressen aus.

Ob Effizienzen und mögliche kurzfristige Vorteile für Verbraucher und Händler die Nachteile für den Schutz der Wettbewerber und langfristiger Verbraucherinteressen überwiegen können, ist nach Ansicht des Bundeskartellamtes fraglich. Gilt nicht auch bei der Missbrauchsaufsicht, dass bei Marktbeherrschung mangels ausreichender

⁵⁷ Die Arbeit im Energiebereich wird derzeit zusätzlich durch die unklare Rechtslage erschwert.

Kontrolle durch den Wettbewerb Effizienzgedanken keine ausschlaggebende Bedeutung haben können, weil eine Weitergabe von Effizienzvorteilen an den Verbraucher weder sicher gestellt noch wahrscheinlich ist?

Zudem bleiben Zweifel, ob per-se Regeln generell einer ökonomischen Einzelfallbetrachtung weichen sollen. Sind solche per-se-Regeln nicht notwendige Abstrakte von ermittelten und für überwiegend zutreffend gehaltenen ökonomischen Fakten und Prognosen für eine juristische Handhabung? Wird nicht möglicherweise bei Unternehmen der Eindruck erweckt, dass Effizienzerwägungen alle Verhaltensweisen rechtfertigen können? Und wie viel Raum für Einzelfallbetrachtung besteht in der Missbrauchsaufsicht, wenn weiterhin Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und gerichtliche Handhabung gewährleistet sein sollen? Dies ist für die von Unternehmen, Behörden und Gerichten vorzunehmende kartellrechtliche Einschätzung von grundlegender Bedeutung.

Beachtung finden muss auch, dass die Zunahme ökonomischer Gutachten und Analysen die personellen und finanziellen Ressourcen der rechtsanwendenden Kartellbehörden und vor allem der Gerichte überfordern kann, was zu einem Ungleichgewicht zulasten des Wettbewerbs und damit letztlich des Verbrauchers führen kann.

Sollte deshalb Ziel einer neuen ökonomischen Diskussion nicht in erster Linie die Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung bestehender per-se-Regeln unter stärkerer Beachtung ökonomischer Aspekte sein? Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist eine Überprüfung der Fallpraxis im Lichte neuer ökonomischer Methoden und Erkenntnisse sinnvoll. Im Ergebnis muss aber eine schnelle Entscheidungsfindung mit klaren Prüfungskriterien für Behörden, Unternehmen und Gerichte gewährleistet bleiben.

5 FAZIT

Der „more economic approach“ mit einer ausgeprägteren Berücksichtigung von ökonomischen Modellen und ökonometrischen Methoden führt bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen, Wettbewerbsbeschränkungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen zu einer stärkeren Einzelfallbetrachtung. Diese Einzelfallbetrach-

tung ermöglicht die Berücksichtigung konkreter wettbewerblicher Wirkungsmechanismen auf dem betroffenen Markt, um damit der wirtschaftlichen Praxis näher zu kommen.

Ob eine ressourcenaufwendige Einzelfallbetrachtung im Ergebnis auch zu einer größeren Einzelfallgerechtigkeit als der bisherige Ansatz führt, erscheint offen.

Denn ökonomische und ökonometrische Methoden können zwar Antworten auf präzise gestellte Einzelfragen liefern, nicht aber die wettbewerbliche Gesamteinschätzung vorwegnehmen oder gar ersetzen. Und die mathematisch anmutende Exaktheit insbesondere ökonometrischer Methoden darf nicht über die fortbestehende Unsicherheit bei ökonomischen Prognosen, Erwartungen und Angaben hinwegtäuschen.

Andererseits können die neueren Theorien und Instrumente eine wertvolle Hilfestellung bei der Entscheidungsfindung sein und gegebenenfalls zu einer Verbesserung der Entscheidungsqualität beitragen.

Diskussionswürdig ist, ob nicht mit einer stärkeren ökonomischen Einzelfallbetrachtung die Zielvorstellung verbunden sein sollte, geltende gesetzliche Vermutungen und per-se-Regeln an den Ergebnissen einer ökonomischen Einzelfallbetrachtung zu überprüfen und letztlich zu bestätigen, zu verfeinern oder neue per-se-Regeln zu entwickeln.

Die Abkehr von per-se-Regeln und von einem legalistischen Ansatz birgt auch Gefahren. Rechtssicherheit, die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips durch klare wettbewerbliche Standards und die Praktikabilität einer intensiveren ökonomischen Einzelfallprüfung durch Behörden und Gerichte sind gewichtige Argumente in der Waagschale.

Die Diskussion über die Frage, wie ökonomisch eine Wettbewerbsbehörde ausgerichtet sein muss oder sein sollte, ist in vollem Gange. Sie muss sorgfältig und ausgewogen geführt werden, um das beste Ergebnis für den Wettbewerb zu erzielen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Böge**, Ulf: Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, WuW 7 u. 8/2004, S. 726-733.
- Colley**, Liam: From "Defence" to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers, in: European Competition Law Review, Issue 6/2004, S. 342-349
- Competition Commission**: Merger References - Competition Commission Guidelines (June 2003; http://www.competition-commission.org.uk/rep_public_rules_and_guide/pdf/15073compcommguidance2final.pdf)
- Dubow**, Ben / **Elliott**, David / **Morrison**, Eric: Unilateral Effects and Merger Simulation Models, in: European Competition Law Review, Issue 2/2004, S. 114-117
- Europäische Kommission**: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen", ABl. EG 2004 Nr. C 31 (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>)
- Europäische Kommission**: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG, ABl. vom 27.4.2004, C 101
- Europäische Kommission**: Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. vom 27.4.2004, L 123
- Europäische Kommission**: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. vom 27.4.2004, C 101
- Evans**, David / **Padilla**, Jorge / **Salinger**, Michael: A pragmatic approach to identifying and analysing legitimate tying cases, in: **Evans**, David / **Padilla**, Jorge: Global competition policy: Economic issues and impacts, 2004
- Kallaugher**, John / **Sher**, Brian: Rebates revisited: Anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82, in: European Competition Law Review, Issue 5/2004, S. 263-285
- Lenel**, Hans Otto: Zu den Megafusionen in den letzten Jahren, in: ORDO, Bd. 51, 2000, S. 1-31
- Lexecon**: An Introduction to Quantitative Techniques in Competition Analysis. London/ Brüssel, o.D. (http://www.lexecon.co.uk/publications/media/quantitative_techniques.pdf)
- Lowe**, Philip: Rede anlässlich der Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, Washington am 23.10.2003

Lowe, Philip: EU Competition Practice on Predatory Pricing, Rede zum Seminar "Pros and Cons of Low Prices", Stockholm am 05.12.2003

Monopolkommission (2002): XIV. Hauptgutachten 2000/2001

Monopolkommission (2004): XV. Hauptgutachten 2002/2003

Monti, Mario: The Future for Competition Policy in the European Union, Rede in der Merchant Taylor's Hall, London am 9.7.2001

Nitsche, Rainer / Thielert, Julia: Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW 3/2004, S. 250-259

RBB Economics: Art or Science? Assessing efficiencies under the Commission's article 81 (3) Notice, RBB Brief 15, July 2004

Schmidt, Ingo: Fusionskontrolle – Effizienz durch Wettbewerb oder Konzentration, in: WuW 4/2004, S. 359

Sher, Brian: Price Discounts and Michelin 2: What goes around, comes around, in: European Competition Law Review, Issue 10/2002, S. 482-489

Shy, Oz: Industrial Organization, 1996, S. 362 ff

Spector, David: Loyalty rebates and related pricing practices, in: **Evans, David / Padilla, Jorge:** Global competition policy: Economic issues and impacts, 2004

The Competition Authority: Notice in Respect of Guidelines for Merger Analysis, Decision No. N/02/004 (http://www.tca.ie/decisions/notices/n_02_004.pdf)

U.S. Department of Justice / Federal Trade Commission: Horizontal Merger Guidelines (issued: April 2, 1992, revised: April 8, 1997); (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>)