

*Dieter Schmidtchen*

## **Wettbewerbsschutz durch regelgeleitete Wettbewerbspolitik – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild**

### Inhalt

I. Einleitung .....	165
II. Wettbewerbsmodelle .....	168
1. Wettbewerb als Allokationsmechanismus – eine unfruchtbare Simplifikation? .....	168
2. Gleichgewichtsmodelle als Erklärungen des Prinzips .....	170
3. Zur Koexistenz von Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie .....	172
III. Regelgeleitete Wettbewerbspolitik .....	174
1. Normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht .....	174
2. Definition von Property-rights .....	175
3. Per se Regeln und „rule of reason“ .....	177
4. Vor- und Nachteile von per se Verboten .....	178
5. Wettbewerbspolitik des Minimalismus .....	179
IV. Per se Regeln, Rule of Reason und die Kompetenz-Schwierigkeitslücke ...	181
1. Die Kompetenz-Schwierigkeitslücke .....	181
2. Diagnosefähigkeit und ROC-Kurve .....	182
3. Optimale Reaktionsstrategien: Per se Regel oder Rule of Reason? .....	183
V. Schlußbemerkungen .....	185
Literatur .....	186
Zusammenfassung .....	188
Summary: Protecting competition by a rule governed policy – Remarks on the institutional-evolutionary concept for competition policy .....	189

### **I. Einleitung**

Kürzlich hat *C. Mantzavinos* ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik vorgestellt, in dem zwei Ideen miteinander verknüpft werden: „Die Idee des Wettbewerbs als eines evolutionären Prozesses und die Idee des Wettbewerbs als eines regelgeleiteten Steuerungsmechanismus“ (*Mantzavinos* 2005, S.206). Er nennt dieses

Leitbild institutionenökonomisch-evolutionäres Wettbewerbsleitbild (abgekürzt: IE-Wettbewerbsleitbild (*Mantzavinos* 2005).

Die evolutionäre Dimension umfaßt drei Theoriestränge (siehe *Mantzavinos* 2005, S. 206 ff.):

- (1) Schumpetersche Ansätze, die Wettbewerb als Innovations-Imitationsprozeß be-greifen;
- (2) Hayeksche Ansätze, in denen Wettbewerb als Entdeckungsverfahren erscheint;
- (3) Biologieinspirierte Ansätze, bei denen Wettbewerb ein evolutionärer Prozeß von (zufälliger) Variation und anschließender Selektion ist.

Was den Wettbewerb als Steuerungsmechanismus anlangt, so greift *Mantzavinos* auf die Einsicht der Wettbewerbstheorie zurück, daß Wettbewerb sich innerhalb von Regeln vollzieht: „Mit der Spezifikation und Durchsetzung von Verfügungsrechten ... wird festgelegt, welche Handlungen die Wirtschaftssubjekte im Wettbewerbsprozeß vornehmen dürfen, d. h. welche Aktionsparameter erlaubt sind und welche nicht ... Dadurch definieren die Institutionen den ‚Inhalt‘ des Wettbewerbs“ (*Mantzavinos* 2005, S. 210). Das bedeutet: Die wettbewerblichen Bemühungen einschließlich der Inventionen, Innovationen und Imitationen richten sich auf jene Klasse von Handlungen, die institutionell erlaubt sind (*Mantzavinos* 2005, S.210). Da die Institutionen die Anreize der Akteure steuern, bestimmen sie zugleich die Geschwindigkeit von Wettbewerbsprozessen (*Mantzavinos* 2005, S.211).

Neben der Betonung der evolutionären Dimension stellt nach Ansicht *Mantzavinos'* die systematische Integration des institutionellen Rahmens bei der Konzeptionalisierung von Wettbewerbsprozessen im IE-Leitbild den Hauptunterschied zur gängigen mikro-ökonomischen Analyse des Wettbewerbs dar (*Mantzavinos* 2005, S.209). Diese setzt – nach Ansicht von *Mantzavinos* – Wettbewerb mit einem Allokationsmechanismus gleich, „der beim Zustandekommen eines Marktgleichgewichts zu vollkommen voraus-sagbaren Ergebnissen führt“ (*Mantzavinos* 2005, S. 217). Mit der Vernachlässigung des institutionellen Rahmens sowie der Eliminierung der Möglichkeit des Auftretens von Neuerungen hat sich – so der Vorwurf – die gängige mikroökonomische Analyse „als eine unfruchtbare Simplifikation des Wettbewerbsprozesses erwiesen“ (*Mantzavinos* 2005, S. 209).

Diese von *Mantzavinos* als erfahrungswissenschaftliche Grundlagen seines wettbewerbspolitischen Leitbildes bezeichneten Elemente werden durch Aussagen zur Behandlung von Normen ergänzt. In kritischer Auseinandersetzung mit der Wohlfahrtsökonomik und der Konstitutionenökonomik, die angeblich beide von der Idee der positiven Rechtfertigung von Wirtschaftspolitik mit Letztbegründungen beherrscht werden (*Mantzavinos* 2005, S. 212 ff.), plädiert *Mantzavinos* in der Nachfolge des kritischen Rationalismus für die Anwendung des Prinzips der kritischen Prüfung:

„In einer solchen wissenschaftlichen Wirtschaftspolitik ist die Formulierung von Werturteilen nicht erforderlich, da die komparative Untersuchung als rein sozialtechnologisches Unternehmen durchgeführt werden kann. Als angewandte Wissenschaft kann Wirtschaftspolitik nur Handlungsmöglichkeiten aufweisen und damit Möglichkeiten aufzeigen, wie bestimmte Ziele oder Zielkombinationen durch Einsatz bestimmter Mittel realisiert werden können. Für die Beurteilung der Leistung der vorgeschlagenen Maßnahmen bedarf es nur der hypothetischen Annahme bestimmter Leistungsmerkmale bzw. -kriterien, um dann herauszufinden, in welchem Maße die vorgeschlagenen Maßnahmen diese Kriterien zu erfüllen vermögen. Dafür

müssen nur Tatsachen analysiert werden, während die für den Aufbau des technologischen Systems notwendigen Wertgesichtspunkte bloß hypothetisch als gültig angenommen werden brauchen.“ (*Mantzavinos* 2005, S. 215 f.)

Bei der Skizzierung der Grundzüge des IE-Wettbewerbsleitbildes wird vom „Schutz des Wettbewerbs“ als hypothetisch angenommener Zielsetzung ausgegangen. Es wird sodann die Frage gestellt: „Was kann getan werden und auf welcher Ebene, um den Wettbewerb als einen innerhalb von Regeln ablaufenden evolutionären Prozeß zu schützen?“ (*Mantzavinos* 2005, S. 217) Dies wird als nomokratisches Verständnis von Wettbewerbsschutz bezeichnet (*Mantzavinos* 2005, S. 219). Danach sollte sich die Wettbewerbspolitik hauptsächlich des Mittels der per se Verbote bedienen: Per se Verbote sollen gewährleisten, daß überhaupt Wettbewerb am Markt herrscht, m. a. W.: Kriterium für die Einordnung einer Handlung in die Kategorien verboten oder erlaubt ist allein der Schutz des Wettbewerbs und nicht etwa das Ziel, den Wettbewerb möglichst vollkommen, funktionsfähig oder effizient auszugestalten (*Mantzavinos* 2005, S. 221). Diese als minimalistisch bezeichnete Wettbewerbspolitik trage sowohl dem unabänderlichen Mangel an nomologischem Steuerungswissen Rechnung, der seine Ursache in der Komplexität des Marktes habe, als auch Erkenntnissen der politischen Ökonomie der Regulierung, nach denen Kartellbehörden anfällig gegen Lobby-Aktivitäten der Industrie seien (*Mantzavinos* 2005, S. 218).

*Mantzavinos'* Entwurf eines institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbildes beeindruckt aufgrund seines Gedankenreichtums sowie der Verknüpfung von wissenschaftstheoretischen und institutionenökonomischen Einsichten mit der Idee, daß Wettbewerb ein evolutionärer Prozeß ist. *Mantzavinos* hebt damit Aspekte hervor, die in der konventionellen Wettbewerbstheorie und theoretischen Wettbewerbspolitik bedauerlicherweise nicht hinreichend gewürdigt werden.

Andererseits erscheint die Kritik an der traditionellen mikroökonomischen Analyse von Wettbewerb mit ihrem Fokus auf die Allokationseffizienz überzogen: Erstens läßt sich Wettbewerb, wenn er als ein regelgeleiteter evolutionärer Prozeß verstanden wird, durchaus als Allokationsprozeß deuten. Zweitens wird man auch bei der Wirkungsanalyse von Institutionen gemäß dem Prinzip der kritischen Prüfung auf die traditionelle mikroökonomische Analyse nicht verzichten können. Drittens wird in weiten Bereichen der Wirtschaftspolitik als angewandte Wissenschaft rein sozial-technologisch argumentiert.

*Mantzavinos* erwähnt zwar die drei Theoriestränge, für die die evolutionäre Perspektive kennzeichnend ist, aber er präsentiert kein Modell des Wettbewerbs, anhand dessen man prüfen könnte, ob und inwieweit die drei Theoriestränge zu sich wechselseitig ergänzenden oder konfliktären wettbewerbspolitischen Vorschlägen führen, und aus dem man ableiten könnte, unter welchen (notwendigen und hinreichenden) Voraussetzungen die Evolution erfolgt und welche Ergebnisse sie zeitigt. Auch stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb zu wirtschaftspolitisch unerwünschten Ergebnissen führen kann: Ist Wettbewerbsversagen als Möglichkeit im IE-Wettbewerbsleitbild denkbar? Welche Rolle spielen z. B. asymmetrische Information, adverse Selektion oder Subadditivität der Kostenfunktion im IE-Leitbild?

Man kann sich bei der Lektüre auch nicht ganz des Eindrucks erwehren, daß der Versuch, ein institutionenökonomisch-evolutionäres Wettbewerbsleitbild zu entwerfen, tatsächlich auf die Definition eines Wettbewerbsbegriffs hinausläuft, von dem behauptet wird, das „wahre“ Wesen des Wettbewerbs der Lebenswirklichkeit zu reflektieren. Die Frage danach, was die richtige, die „wahre“ Definition des Begriffs Wettbewerb ist, hat zwar lange Zeit die theoretische und praktische Diskussion beherrscht, sie kann aber

leicht in die Untiefen des methodologischen Essentialismus führen (Schmidtchen 1978). Dieser hat sich bekanntlich aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht als Sackgasse erwiesen; denn auf Definitionen ist das Wahrheitskriterium nicht anwendbar. Bei Definitionen geht es um Zweckmäßigkeiten, die nach der modernen, von Popper geprägten, Wissenschaftslehre durch ihren Beitrag zur Formulierung empirisch gehaltvoller Theorien entschieden werden.

In einem Leitbild, das im Namen den Bezug zur Institutionenökonomik herstellt, wird man als Voraussetzung der Evolution eine durch Verfügungsrechte garantierte Wettbewerbsfreiheit vermuten. Dies aber führt zur Frage nach dem Kriterium zur Spezifikation und personellen Zuordnung von Verfügungsrechten. Auch hier vermißt man Konkretes – abgesehen davon, daß der Umfang der Verfügungsrechte von Unternehmen durch per se Verbote begrenzt werden soll.

Seit ihrer Geburtsstunde wird die Wettbewerbspolitik von der Frage beherrscht, was eine Wettbewerbsbeschränkung (oder Wettbewerbsbehinderung) darstellt. Im Rahmen eines evolutionären Wettbewerbsverständnisses wird man die Evolutionsleistung in den Mittelpunkt stellen. Per se verboten wird, was die Evolutionsleistung des Wettbewerbs beeinträchtigt. Aber wie mißt man die und, vor allem, wie findet man heraus, ob ein per se Verbot oder eine per se Legalität einer Handlung die Leistung fördern?

Im folgenden sollen einige der genannten Einwände genauer betrachtet werden.

In Kapitel II wird die Behauptung zurückgewiesen, daß das Konzept des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus eine unfruchtbare Simplifikation des Wettbewerbsprozesses sei. In diesem Kapitel wird auch verdeutlicht, daß die Modellierung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus auf Erklärungen des Prinzips abzielt. Es werden lediglich „algebraische“ Theorien (*Hayek*) formuliert, deren Voraussagen bezüglich der Allokation im Marktgleichgewicht als Mustervoraussagen im Sinne *Hayeks* zu verstehen sind. In Kapitel III wird das Konzept der regelgeleiteten Wettbewerbspolitik analysiert und der Vorschlag geprüft, die Wettbewerbspolitik allein auf per se Verbote zu stützen. Erfahrungen im Antitrust mit per se Verboten geben Anlaß zu der Behauptung, daß eine dichotomische Politik, die nur die Alternativen „Wettbewerb“ oder „kein Wettbewerb“ kennt, nicht praktikabel ist. Die erfolgsversprechende Botschaft lautet dagegen, Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen, was der „rule of reason“ entspricht. In Kapitel IV wird mit Hilfe von Ron Heiners Konzept der Kompetenz-Schwierigkeitslücke (Theorie eingeschränkt rationalen Entscheidens) untersucht, wann per se Regeln und wann ein „rule of reason“-Standard wohlfahrtsfördernd sind. Kapitel V enthält Schlussbemerkungen.

## II. Wettbewerbsmodelle

### 1. Wettbewerb als Allokationsmechanismus – eine unfruchtbare Simplifikation?

Jede Erkenntnis ist selektiv. Das jeweilige Erkenntnisinteresse bestimmt die Fragestellung, die Methoden und die Richtung des Forschens. Diese Trivialität bewahrheitet sich auch bei der Erforschung des Wettbewerbs. So wurde Wettbewerb als nicht-autoritäres System sozialer Kontrolle, als Anreizmechanismus, als Schöpfer von Neuem und Zerstörer von Überkommenem, als evolutionärer Prozeß, als Entdeckungsverfahren, als Koordinationsverfahren, als Rangordnungsverfahren – und

als Allokationsmechanismus untersucht. Jede Konzeptionalisierung des Wettbewerbs stellt eine Simplifikation dar, weil lediglich ein Aspekt des Wettbewerbs herausgehoben und genauer analysiert wird. Wer Wettbewerb in der Totalität seiner Aspekte wissenschaftlich untersuchen möchte, untersucht gar nichts. Simplifikation gehört zum methodischen Rüstzeug der Ökonomen und manifestiert sich im Modelldenken.

Die Untersuchung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus eine unfruchtbare Simplifikation zu nennen, läuft auf die Behauptung hinaus, daß die Frage der Allokation von Ressourcen eine nicht besonders bedeutsame Frage darstellt. Tatsächlich handelt es sich aber um die Leitfrage der Nationalökonomie, denn von der Allokation der Ressourcen hängt der Grad der Knappheitsminderung und damit der Wohlstand der Nationen ab.

Bei der Behandlung des Problems der optimalen Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen hat es sich als analytisch zweckmäßig erwiesen, statische und dynamische Effizienz zu unterscheiden. Statische Effizienz liegt vor, wenn die von den Nachfragern gewünschten Bündel von Gütern und Leistungen mit der kostengünstigsten Produktions- und Organisationstechnologie erzeugt werden. Die seit Adam Smith die Wissenschaft beherrschende Frage war, ob bei dezentralisiertem Wissen über Präferenzen, Ressourcenbestände und Technologien das Preissystem eine spontane Ordnung erzeugt, die (statisch) effizient ist. Zur Beantwortung dieser Frage wurde die Allgemeine Gleichgewichtstheorie entwickelt und Wettbewerb als Allokationsmechanismus untersucht. Preise wurden in diesem Zusammenhang als Koordinationsinstrument (Signalsystem), das war *Hayeks* Idee (*Hayek* 1945), und Entdeckungsinstrument (*Kirzner* 1985) betrachtet (zu einem Überblick siehe *Schmidtchen* 1990). Sind die dabei gewonnenen Einsichten Muster ohne Wert?

Für viele Neoklassiker gilt die Frage nach der dynamischen Effizienz aber als mindestens so wichtig wie die nach der statischen Effizienz: Unter welchen Voraussetzungen erzeugt eine Industrie neues Wissen, das es erlaubt, bekannte Produkte und Dienstleistungen billiger zur Verfügung zu stellen oder neue oder bessere Produkte zu erzeugen? Die traditionelle Industrieökonomik (*Carlton/Perloff* 2000) hat sich intensiv mit Lernprozessen und den Bedingungen und Wirkungen des Innovations- und Imitationsverhaltens befaßt und damit in der ihr eigenen Weise das zentrale Thema des IE-Wettbewerbsleitbildes behandelt. Auch institutionelle Faktoren wurden untersucht: Man denke nur an die Patentgesetzgebung oder an die Frage, welche Organisationsformen Forschung und Entwicklung förderlich sind.

Wenn ein Begriff des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, der allein die Frage der statischen Effizienz fokussiert, eine „unfruchtbare Simplifizierung“ darstellt, dann müßte man zu diesem Urteil konsequenterweise auch bei einem Verständnis von Wettbewerb gelangen, dem es nur um die dynamische Effizienz geht. Tatsächlich interessiert die Ökonomen aber beides, und sie haben herausgefunden, daß es einen „trade-off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz gibt. Um Anreize zur Schaffung neuen Wissens zu erzeugen, mögen Patente erforderlich sein (dynamischer Aspekt); aber wenn das Wissen einmal vorhanden ist, dann sollte es aus Gründen statischer Effizienz jedermann kostenlos zur Verfügung stehen. Wie werden im IE-Wettbewerbsleitbild solche „trade-offs“ entschieden? Welche konkrete Ausgestaltung sollte das Patentrecht haben? Sollte man nicht völlig auf das Patentrecht verzichten und die Anreize zum Erfinden über einen Wettbewerb (contest) organisieren, bei dem der Sieger einen Preis erhält? Die Allokationstheorie liefert Antworten auf diese Fragen (siehe zu einem Überblick *Schmidtchen* 2007a, b). Wie sieht die Antwort im Lichte des IE-Leitbildes aus, das nur per se Verbote kennt?

Auch sollte nicht übersehen werden, daß der institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerb nichts anderes als einen Allokationsmechanismus darstellt: In ihm wird z. B. entschieden, wie viele gegenwärtige Ressourcen in die Produktion der Ressource neues Wissens geschickt werden und wie die Reallokation der Ressourcen durch den Prozeß schöpferischer Zerstörung, durch Wettbewerb als Entdeckungsverfahren und als Selektionsmechanismus erfolgt.

Da bei der Begründung des IE-Wettbewerbsleitbildes immer wieder auf *Hayek* Bezug genommen wird, ist es nützlich, daran zu erinnern, daß *Hayek* selbst Markt und Wettbewerb als Allokationsmechanismus begriffen und einen Zusammenhang zum Konzept des Pareto-Optimums hergestellt hat.

*Hayek* schlägt vor, sich das Wirken des Marktsystems als Spiel vorzustellen, das nicht nur zur Schaffung einer Ordnung, „sondern auch zu einem großen Anstieg des Ertrages, den die Menschen aus ihren Anstrengungen ziehen“, führt (*Hayek* 2003, S. 266). Es ist ein „wohlstandschaffendes Spiel“ (*Hayek* 2003, S. 266). Vom Wettbewerb als einem Entdeckungsverfahren erwartet *Hayek*, daß er den „Horizont katallaktischer Möglichkeiten“ erreicht (*Hayek* 2003, S. 270):

„Der Horizont katallaktischer Möglichkeiten (der für ein System, welches  $n$  Güter erzeugt durch eine  $n$ -dimensionale Oberfläche dargestellt würde), würde den Bereich dessen angeben, was heutzutage gewöhnlich als Pareto-Optima bezeichnet wird“ (*Hayek* 2003, S. 270).<sup>1</sup>

Das Erreichen solcher Pareto-Optima setzt nach Ansicht *Hayeks* abstrakte Verhaltensregeln voraus: „Eine Katallaxie ist also die besondere Art spontaner Ordnung, die vom Markt erzeugt wird, wenn sich die Leute an die Regeln des Eigentums-, Haftungs- und Vertragsrechts halten“ (*Hayek* 2003, S. 260).

Wenn *Hayek* dann formuliert, daß in einer Katallaxie jeder sein individuelles Wissen zur Verfolgung seiner Zwecke ohne Konflikte mit anderen nutzen kann, dann meint er nichts anderes als die Nutzung individuellen Wissens zur Realisierung von allseitigen Tauschgewinnen. Jeder Tausch aber ist ein Beitrag zur Effizienz, weil die getauschte „Sache“ in die Verfügungsgewalt desjenigen gerät, der sie höher bewertet als der ursprüngliche Besitzer.

## 2. Gleichgewichtsmodelle als Erklärungen des Prinzips

Begreift man Wettbewerb als ein komplexes Phänomen, dann ist der Erkenntnisanspruch der Wettbewerbstheorie – *Hayek* folgend – auf Erklärungen des Prinzips beschränkt (*Mantzavinos* 2005, S. 208). Genau dies ist auch der Zweck einer

<sup>1</sup> Daß Wettbewerb Pareto-Optima realisiert, kann man mit Hilfe der experimentellen Spieltheorie zeigen (*Smith* 1982; *Kirstein/Schmidchen* 2002; *Schmidchen/Kirstein* 2003). Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist bei *Hayek* zugleich ein Allokationsmechanismus, denn Wettbewerb entdeckt nicht abstrakt, sondern in und durch die Transaktionen, die ihn als Austauschprozeß konstituieren. Aber jede Transaktion bewirkt eine Umallokation von Ressourcen im Sinne einer Pareto-Verbesserung. *Hayek* hat zu Recht niemals ausgeschlossen, daß Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zugleich ein Allokationsmechanismus ist. In diesem Zusammenhang mag es auch nützlich sein, daran zu erinnern, daß *Hayek* alles andere als ein Gegner der Gleichgewichtstheorie war. *Hayeks* Position wird wohl am besten durch den Satz beschrieben: Ohne die Vorstellung eines Gleichgewichts (oder einer Ordnung) ist Nationalökonomie als empirische Wissenschaft nicht zu betreiben, aber ohne die Hypothese einer Tendenz zum Gleichgewicht wird sie zu einer Übung in reiner Logik (*Hayek* 1952, S. 63 f.)

Modellierung des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, der im Falle eines Marktgleichgewichts in der Tat zu „vollkommen voraussagbaren Ergebnissen führt“ (Mantzavinos 2005, S. 217) – aber nur zu Mustervoraussagen und nicht zu Voraussagen des Typs, den Hayek Einzelaussagen nennt (Hayek 1967, 1972; Graf 1978). Mantzavinos erkennt, daß die Gleichgewichtsmodelle nichts anderes darstellen als Erklärungen des Prinzips (Hayek), Mustervoraussagen (Hayek) oder, wie es Hayek auch genannt hat, „algebraische“ Theorien. Als Beispiel erwähnt Hayek simultane Gleichungssysteme à la Walras (Hayek 1972, S. 27).

Eine Theorie liefert nach Hayek immer nur eine Art (oder Klasse) von Mustern (Hayek 1972, S. 10). Bei komplexen sozialen Phänomenen müssen wir dieses „Muster erst erfinden, ehe wir in den Phänomenen dessen Vorhandensein entdecken können – oder, ehe wir überprüfen können, ob es auf das, was wir beobachten, anwendbar ist“ (Hayek 1972, S. 10). Ein Muster zu erfinden oder zu konstruieren ist die Aufgabe des Theoretikers. Seine Arbeit erscheint als die Kunst, aus einem Satz bewährter und nicht bestrittener Prämissen ein Muster zu konstruieren, das zu einem erklärungsbedürftigen Sachverhalt paßt (Hayek 1967). Heute nennt man das Ergebnis solchen Bemühens ein Modell.

Ein Muster – etwa die perfekte Koordination von Plänen oder der Prozeß der wechselseitigen Anpassung von Plänen oder „der“ Wettbewerb als Einheit von Parallel- und Austauschprozeß oder der zweistufige Prozeß von Variation und anschließender Selektion – kann zahlreiche individuelle Erscheinungsformen aufweisen. Aber die von der Theorie gelieferte Beschreibung des Musters dient nach Hayeks Ansicht nicht dazu, die Voraussage einer individuellen Erscheinungsform des Musters zu ermöglichen: „Es ist ... auch die allgemeine Voraussage eines Musters, d. h. daß unter bestimmten allgemeinen Bedingungen das Muster einer bestimmten Art auftritt, ebenfalls eine echte (und falsifizierbare) Voraussage“ (Hayek 1972, S. 10 f., 16).

Nach Ansicht Hayeks und auch im IE-Wettbewerbsleitbild ist Wettbewerb ein komplexes Phänomen. Es ist daher aufschlußreich zu erfahren, was Hayek über die Theorie komplexer Phänomene zu sagen hat.

Theorien komplexer Phänomene müssen „algebraisch“ bleiben, weil wir keine speziellen Werte für die Variablen einsetzen können, die in dem Muster enthalten sind (Hayek 1972, S. 17):

„Aus diesem Grunde ist die ökonomische Theorie auf die Beschreibung der Arten von Mustern beschränkt, die auftreten, wenn gewisse allgemeine Bedingungen erfüllt sind; aber aus diesem Wissen kann sie kaum, wenn überhaupt, irgendwelche Voraussagen über individuelle Phänomene ableiten. Das wird ganz besonders deutlich, wenn wir solche simultanen Gleichungssysteme betrachten, wie sie seit Léon Walras weit und breit benutzt worden sind, um die allgemeinen Beziehungen zwischen den Preisen und den Mengen aller gekauften und verkauften Güter darzustellen. Sie sind so gefaßt, daß wir die Preise und Mengen aller Güter ausrechnen könnten, wenn wir alle Parameter dieser Gleichungen kennen würden. Aber, was zumindest den Begründern dieser Theorie klar war, ‚eine numerische Errechnung von Preisen zu erreichen‘, ist nicht ihr Zweck, weil die Annahme ‚absurd‘ wäre, wir könnten alle Daten ermitteln“ (Hayek 1972, S. 27).

Das simultane Gleichgewicht à la Walras stellt nach Hayek also ein Muster dar, eine Beschreibung des allgemeinen Charakters einer Ordnung.

*Hayeks* Antwort auf die Frage, warum wir uns mit dem „zugegebenermaßen fiktiven Gleichgewichtszustand überhaupt befassen“ (*Hayek* 1952, S. 63) sollten, ist aufschlußreich und verdient, ausführlich zitiert zu werden:

„Was immer gelegentlich von allzu ‚reinen‘ Theoretikern der Nationalökonomie gesagt worden sein mag, scheint doch kein Zweifel möglich, daß die einzige Rechtfertigung dafür die angenommene Tendenz zum Gleichgewicht ist. Nur durch die Behauptung, daß eine solche Tendenz besteht, hört die Nationalökonomie auf, eine Übung in reiner Logik zu sein, und wird eine empirische Wissenschaft; ... Angesichts unserer Untersuchung der Bedeutung des Begriffs des Gleichgewichtszustandes sollte es ein leichtes sein, zu sagen, was der eigentliche Inhalt der Behauptung ist, daß eine Tendenz zum Gleichgewicht besteht. Es kann kaum etwas anderes bedeuten, als daß unter gewissen Bedingungen angenommen wird, daß das Wissen und die Absichten der verschiedenen Mitglieder der Gesellschaft einer immer größeren Übereinstimmung entgegengehen, oder, um dasselbe etwas weniger allgemein und weniger exakt, dafür aber konkreter auszudrücken, daß die Erwartungen der Leute, insbesondere der Unternehmer, immer richtiger werden. In dieser Form ist die Behauptung des Vorhandenseins einer Tendenz zum Gleichgewicht offenbar ein empirischer Satz, d. h. eine Behauptung über etwas, das in der realen Welt geschieht, und müßte daher, zumindest im Prinzip, verifizierbar sein. Und er gibt unserer etwas abstrakten Behauptung eine glaubhafte, dem gesunden Menschenverstand einleuchtende Bedeutung“ (*Hayek* 1952, S. 63 f.).

In späteren Schriften hat *Hayek* – zumindest bei wirtschaftspolitischen Betrachtungen – anstelle des Begriffs des Gleichgewichts lieber den Begriff der Ordnung verwendet, aber hinzugefügt, daß das Gleichgewicht eine Art von Idealtyp der Ordnung darstellt (*Hayek* 1969, S. 255, 256). Die Kritik an einer Beschäftigung mit Gleichgewichtsmodellen ist dann berechtigt, wenn die Frage nach den Bedingungen ausgespart wird, unter denen Gleichgewichte sich herausbilden. In dieser Hinsicht greift das klassische walrasianische Gleichgewichtsmodell zu kurz, weil es nicht nach den eigentlich interessanten Prozessen der Annäherung an den Gleichgewichtspunkt (falls er existiert und sich nicht verändert) fragt (*Hayek* 1952, S. 49 ff.).

Wenngleich zur Erklärung hochkomplex verlaufender Wettbewerbsprozesse ein Gleichgewichtsmodell empirisch kaum Aussagen liefert und insofern für die wirtschaftspolitische Praxis unbrauchbar ist, so lassen sich doch anhand „klassischer“ Gleichgewichtsmodelle durchaus empirisch wertvolle (und falsifizierbare) Tendenzaussagen – beispielsweise in der Untersuchung von Renditenormalisierungsprozessen (siehe Grossekkellers Koordinationsmängelkonzept in *Borchert/Grossekkeller* 1985, S. 170 ff.; siehe auch *Lorenz* 2006) – treffen. Auch kann in Laborexperimenten geprüft werden, wie Wettbewerbsprozesse verlaufen und ob sie Gleichgewichtsallokationen herbeiführen (*Smith* 1982; *Kirstein/Schmidtchen* 2002; *Schmidtchen/Kirstein* 2003).

### 3. Zur Koexistenz von Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie

Gleichgewichtstheorie, Marktprozeßtheorie und Evolutionstheorie werden manchmal als wissenschaftliche Gegner betrachtet. Dieser Ansicht sollte nicht gefolgt werden (*Schmidtchen* 1990). Weder hat die Gleichgewichtstheorie die Evolutionstheorie überflüssig gemacht, noch letztere die erstere. Analog ließe sich für die Marktprozeßtheorie argumentieren. In arbeitsteiliger Weise fokussiert jede der drei

Theorien ein untersuchenswertes Phänomen. Gleichgewichtstheorie und Marktprozeßtheorie unterstellen gegebene Normen und Institutionen. Erstere interessiert sich für Fragen der Existenz, Stabilität und Eigenschaften von Gleichgewichtszuständen. Betrachtet werden Zustände, in denen die endogenen Variablen bereits ihre Gleichgewichtswerte angenommen haben. Das gilt auch für die Wachstumstheorie. Der Haupteinwand ist, daß die Gleichgewichtstheorie keine Erklärung des Prozesses liefert, der das Gleichgewicht hervorbringt.

Mit dieser Frage befaßt sich jedoch die Marktprozeßtheorie. Diese interessiert sich für Ursachen und die Richtung der Veränderungen endogener Variablen wie Preise, Marktanteile, Faktorallokation und anderes mehr. Dabei werden die exogenen Variablen manchmal als konstant, manchmal als stochastisch veränderlich unterstellt. Zwei Varianten der Marktprozeßtheorie sollten unterschieden werden (*Kirzner* 1985): Die erste Variante betrachtet die tatsächliche Abfolge der Werte der endogenen Variablen in der Zeit. Diese Abfolge reflektiert die gemeinsame Wirkung verschiedener Ursachen. Die eine Ursache erzeugt eine Abweichung vom Gleichgewicht; dies ist der Wechsel der exogenen Variablen. Die andere Ursache erzeugt eine Anpassung der Werte der endogenen Variablen derart, daß sie den Wert der exogenen Variablen reflektieren. Letztere Ursache bewirkt eine Annäherung an das Gleichgewicht. Für *Kirzner* und andere ist dafür das Unternehmertum verantwortlich. Für die zweite Variante ist der Marktprozeß ein analytisches Konzept. Man konzentriert sich nur auf jene Gleichgewichtskräfte, die gerade dadurch entfesselt werden, daß die endogenen Variablen noch nicht die Gleichgewichtswerte angenommen haben. Aus analytischen Gründen wird angenommen, daß die exogenen Variablen unverändert bleiben. Mit dieser Variante beschäftigt sich in erster Linie *Kirzner*.

Während Gleichgewichtstheorie und Marktprozeßtheorie unter der Annahme gegebener Normen und Institutionen arbeiten, wird der Evolutionstheorie gerade diese Annahme zum wissenschaftlichen Problem.

Diese kurze Darstellung der Forschungsgebiete zeigt, daß keine der drei Theorien einen imperialistischen Anspruch innerhalb der Nationalökonomie erheben sollte. Theoretisch viel fruchtbarer erscheint es, die drei in einer Beziehung der Koexistenz stehend anzusehen. Es gibt eine Fülle von Phänomenen im Wirtschaftsleben, die man mit der Gleichgewichtstheorie vergleichsweise gut untersuchen kann. Wenn man beispielsweise nach Anreizwirkungen eines geltenden oder eines geplanten Gesetzes fragt oder nach der „kausalen Wirkung von Institutionen auf das Verhalten von Marktteilnehmern“ (*Mantzavinos*), dann wäre es töricht, nicht auf das Instrumentarium der gleichgewichtsorientierten Allokationstheorie zurückzugreifen. Bei einem solchen wissenschaftlichen Erkenntnisinteresse ist es geradezu notwendig, die zu untersuchen beabsichtigten Normen und Institutionen als gegeben anzusehen. Auf der anderen Seite mag es Fragen geben, bei denen ein Rückgriff auf die Gleichgewichtstheorie wenig erfolgsversprechend wäre. Bei der Untersuchung von Prozessen spontaner Ordnung (Selbstorganisation), sei es im Bereich der Normen und Institutionen oder sei es im Bereich der Marktbeziehungen, wird man sich von der Gleichgewichtstheorie nicht allzuviel erhoffen dürfen. Hier haben die Evolutions- und Koordinationstheorie sowie die Marktprozeßtheorie ihren komparativen Vorteil. Mit der Entwicklung der evolutorischen Spieltheorie deutet sich allerdings die Möglichkeit einer Synthese der verschiedenen Theoriestränge an. So läßt sich z. B. *Hayeks* Hypothese von den „Zwillingsideen der Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung“ mit Hilfe der evolutorischen Spieltheorie überprüfen (*Schmidtchen* 2000, 2002a; *Schneider* 2002), die

z. B. mit dem Konzept der evolutionär stabilen Strategien einen Gleichgewichtszustand definiert.

Schließlich ist schwer vorstellbar, wie eine Wettbewerbspolitik auf der Grundlage des IE-Wettbewerbsleitbildes konzipiert werden kann, ohne den Einfluß auf wirtschaftliche Entscheidungen, d. h. Wahlakte, im einzelnen zu untersuchen. Man betrachte z. B. folgende Aussage:

„Die institutionenökonomisch-evolutionäre Sichtweise des Wettbewerbs rückt die kausalen Zusammenhänge zwischen Institutionen und Marktverhalten in den Vordergrund. Da die kausale Wirkung von Marktform bzw. Marktstruktur auf das Verhalten von Marktteilnehmern nicht als empirisch gesichert gelten kann, erscheint es zweckmäßig, auf die kausale Wirkung von Institutionen auf das Verhalten von Marktteilnehmern abzustellen“ (Mantzavinos 2005, S. 217 f.).

Wenn man nicht beim Beschreiben stehenbleiben will, wird die Kausalitätsanalyse (Wirkungsanalyse) an der Preis- und Spieltheorie, der Vertragstheorie, der Transaktionskostenökonomik oder der Prinzipal-Agenten-Theorie – zentralen Stücken der traditionellen Mikroökonomie – nicht vorbeikommen.

### III. Regelgeleitete Wettbewerbspolitik

#### I. Normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht

„Schutz des Wettbewerbs und Schutz individueller Handlungsspielräume sind die beiden Seiten derselben Medaille“ (Mantzavinos 2005, S. 221). Dieser Satz könnte auch von Vertretern des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit stammen. Und in der Tat gibt es starke Überschneidungen beider Wettbewerbsleitbilder, was die Konzeptionalisierung des Wettbewerbs und die Ausrichtung der Wettbewerbspolitik anlangt.<sup>2</sup> Hier sollen nur die Gemeinsamkeiten hinsichtlich der Wettbewerbspolitik betrachtet werden.

Das Gemeinsame aller Kartell- und Monopolregelungen besteht darin, daß sie sich mit dem Problem exzessiver privater Marktmacht befassen:

„Im Antitrust geht es um den Schutz der Wettbewerbsfreiheit gegen exzessive wirtschaftliche Macht, wobei man zugleich der Ansicht ist, daß die Wettbewerbsfreiheit auch die wirtschaftlichen Kräfte freisetzt und stimuliert“ (Hoppmann 1968, S. 94).

Marktmacht soll begrenzt, eingeschränkt, gezähmt und kanalisiert werden (Hoppmann 1974, S. 6), damit Wettbewerb als Such-, Informations- und Lernprozeß das innovatorische und evolutorische Potential einer Wirtschaft erschließen kann (Hoppmann 1974, S. 10 f.). Das Kartell- und Monopolrecht hat in dieser Sicht die Funktion, „ein System von allgemeinen Spielregeln für das wettbewerbliche Marktsystem zu sichern. Es sagt den einzelnen Marktteilnehmern, daß sie gewisse Dinge generell nicht tun dürfen, z. B. daß bestimmte näher spezifizierte Verträge unwirksam und verboten sind“ (Hoppmann 1974, S. 11).

Plädiert wird also für per se Verbote (Hoppmann 1974, S. 11 ff.). Sie stellen den Kern eines normativ-funktional genannten Kartell- und Monopolrechts dar („rule governed policy“, Hoppmann 1974, S. 14, Fn. 5). Dem wird ein interventionistisch genanntes

<sup>2</sup> Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit – auch system- oder sozialtheoretisches Konzept der Wettbewerbspolitik genannt (Hoppmann 1974) – wurde Ende der 1960er Jahre von Hoppmann basierend auf Hayekschen Überlegungen formuliert (Hoppmann 1968) und dann in den 1980er Jahren institutionenökonomisch weiterentwickelt (Schmidtchen 1982, 1983, 1988).

Recht gegenübergestellt, dessen Anwendung Wirkungsanalysen im Einzelfall nach Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten erfordert (*Hoppmann* 1974, S. 13). Im Plädoyer für ein normativ-funktionales Kartell- und Monopolrecht und der Ablehnung eines interventionistischen Rechts sind sich *Hoppmann* und *Mantzavinos* einig. Sie liefern auch identische Gründe für ihre Haltung: Im komplexen System Markt hat sich die Wettbewerbspolitik „mit der unvermeidlichen Unkenntnis vieler Tatsachen, die relevant wären, wenn wir sie kennen würden, abzufinden“ (*Hoppmann* 1974, S.13). Verhaltensregeln, die allgemein-abstrakt und universell anwendbar sein müssen, stellen eine Methode dar, „um sich der Tatsache unabänderlichen Nicht-Wissens anzupassen“ (*Hoppmann* 1974, S. 14). So lautet im Ergebnis auch die Begründung einer regelgeleiteten Wettbewerbspolitik bei *Mantzavinos* (*Mantzavinos* 2005, S. 218).<sup>3</sup> *Mantzavinos* spricht von einem Mangel an nomologischem und Steuerungswissen, der seine Ursache in der Komplexität des Marktes hat (*Mantzavinos* 2005, S. 218).

Per se Verbote beschränken individuelle Handlungsspielräume und definieren damit den Umfang der Wettbewerbsfreiheit. Allerdings wird weder von *Mantzavinos* noch von *Hoppmann* eine Heuristik für die Generierung von Verbotsregeln entworfen, auf deren Grundlage die Freiheitsbereiche der wirtschaftlichen Akteure gegeneinander abgegrenzt werden können. Im folgenden Abschnitt werden einige Überlegungen darüber angestellt, wie die Abgrenzung von Handlungsspielräumen vorgenommen werden könnte (*Schmidtchen* 2004a). Die Neue Institutionenökonomik behandelt diese Frage unter dem Stichwort Definition von Property-rights.

## 2. Definition von Property-rights

Als erstes muß der Begriff der Freiheit definiert werden. Sei  $x$  ein Akt wie z. B. sprechen, versammeln, Abschluß eines Vertrages, Setzen eines Preises. Eine Person hat die Freiheit,  $x$  zu tun, wenn  $x$  nicht verboten und  $x$  nicht geboten ist und anderen verboten ist, den Akt zu stören. Wenn  $x$  nicht geboten und nicht verboten ist, dann ist  $x$  erlaubt.

Freiheit läßt sich als geschützte Erlaubnis definieren (*Cooter* 2000, S. 245; *Schmidtchen* 1988). Der Schutz erfolgt typischerweise durch die Zuteilung individueller Rechte. Diese definieren zugleich die Grenze dessen, was wir tun dürfen. Schadenersatz, Strafe und staatliche Regulierung sichern diese Grenze gegen Invasionen. Wo ist die Grenze zu ziehen? Zunächst ist zu beachten, daß eine Grenzziehung nur dort erforderlich ist, wo es zu Handlungskonflikten kommen kann; salopp formuliert: wo der Vorteil des einen zwingend mit einem Nachteil für einen anderen einhergeht.

In Konfliktsituationen impliziert die Vergrößerung des Umfanges des Rechts des A eine Verringerung des Umfangs des Rechts des B.<sup>4</sup> Mehr Freiheit für den einen bedeutet weniger Freiheit für den anderen. Würde man sich auf die Formel berufen „Die Freiheit des einzelnen endet da, wo sie die Freiheit der anderen beeinträchtigt“, dann landete man im Nirgendwo. Diese Formel ist eine Leerformel.

<sup>3</sup> Er erwähnt als weiteren Grund die Anfälligkeit der Kartellbehörden gegen Lobby-Aktivitäten der Industrie (*Mantzavinos* 2005, S. 218; *Christiansen/Kerber* 2005).

<sup>4</sup> Diese Schlußfolgerung ist zwingend, wenn die Rechtsordnung das Prinzip der „compossibility“ beachten will, was von einer rationalen Rechtsordnung verlangt werden muß. Zu diesem Prinzip der logischen (und faktischen) Vereinbarkeit von Rechtspositionen siehe *Steiner* (1977).

Eröffnet das bei Juristen beliebte Gleichheitsprinzip einen Ausweg? So könnte man beispielsweise argumentieren, daß Freiheit ein vorpositives, angeborenes, unveräußerliches Recht darstellt, das jeder Person in gleichem Maße zusteht. Das sei unbestritten, doch hilft uns das nicht weiter, wenn die Nutzung der Freiheit des einen mit der Nutzung der Freiheit des anderen kollidiert. Was bedeutet gleiche Freiheit im Falle eines Rauchers und eines Nichtraucher, die sich dasselbe Zimmer teilen müssen? Entweder hat der Raucher das Recht zu rauchen (ihm ist Rauchen erlaubt), dann hat der Nichtraucher kein Hinderungsrecht; oder aber der Nichtraucher hat ein Hinderungsrecht (er kann, aber muß nicht das Rauchen verbieten), dann hat der Raucher kein Handlungsrecht. In Konfliktfällen dieser Art ist es unmöglich, jeder Person Freiheit in gleichem Maße zu gewähren. Erlaubnis ist unteilbar: Entweder Person A besitzt die Erlaubnis zum Handeln oder Person B besitzt die Erlaubnis zur Verhinderung dieses Handelns.

Hilft das Gerechtigkeitsprinzip weiter? Wer darauf setzt, steht sofort vor der Frage, wie die Konkurrenz der Gerechtigkeitskonzepte zu entscheiden ist (*Schmidtchen 2004a*). Hingegen könnte das Effizienzprinzip eine Lösung liefern. Wir haben es bei der Grenzziehung mit der Frage der Zuteilung von Rechten zu tun, die Coase in seinem berühmten Artikel (*Coase 1960*) thematisiert hatte. Die Vergrößerung der Freiheit (der Handlungsrechte) des Viehzüchters bedeutet die Einschränkung der Freiheit (der Verhinderungsrechte) des Bauern (und umgekehrt). Wie immer man das Recht zuteilt, es entstehen Opportunitätskosten in Form eines Verlustes an Wertschöpfung; das Problem ist reziproker Natur. Effizienz verlangt bei positiven Transaktionskosten, das Recht so zuzuordnen, daß der unumgängliche Wertverlust minimiert, also der größere Schaden vermieden wird.<sup>5</sup> Juristen befolgen diese Entscheidungsregel in vielen Fällen, ohne allerdings den Effizienzbegriff explizit zu verwenden.

Vermutlich weisen alle Fälle, mit denen Kartellbehörden und Kartellgerichte befaßt sind, die Struktur des Coase-Problems auf. Denn jeder Rechtsstreit ist ein Streit um die Allokation von Rechten.

Man betrachte einen Monopolanbieter. Die Frage lautet: Soll er das Recht haben, den Preis des Cournot-Punktes zu verlangen, oder sollen die Nachfrager das Recht haben, dieses zu verhindern? M. a. W.: Sollen die Nachfrager einen Anspruch auf die Differenz zwischen ihrem Reservationspreis und dem Wettbewerbspreis haben? Gibt die Rechtsordnung den Nachfragern ein Verhinderungsrecht, dann wäre die Monopolpreissetzung eine Verletzung dieses Rechts. Gibt sie dagegen dem Monopolisten ein unbeschränktes Preissetzungsrecht, dann wäre die Verhinderung der Monopolpreissetzung ein Eingriff in seine Freiheit. Nach dem Effizienzkriterium sollten die Nachfrager ein Verhin-

<sup>5</sup> Damit wird eine Allokation eines Rechtes bewirkt, wie sie sich bei einem funktionsfähigen Markt (vernachlässigbare Transaktionskosten) eingestellt hätte. Die in der juristischen Literatur vertretene These, daß die Allokationsfunktion des Marktes dem Prinzip der Freiheitsverwirklichung unter allgemeinen Gesetzen (Privatautonomie) nachgelagert sei und sich zur Letztbegründung von Rechtsregeln nicht eigne (*Mestmäcker 1984*), ist verfehlt. Bei Transaktionskosten von Null kann die Erstallokation von Property-rights „beliebig“ sein; der Markt sorgt dafür, daß die Rechte dorthin wandern, wo sie gemessen an der Zahlungsbereitschaft am höchsten bewertet werden. Dies Beispiel zeigt, daß die Betrachtung des Marktes als Koordinationsmechanismus, in dem Pläne mit den Mitteln des Vertragsrechts verwirklicht werden, und die Interpretation des Marktes als Mechanismus zur effizienten Allokation knapper Güter zwei Seiten einer Medaille sind. Diese These konnte experimentell bestätigt werden (*Kirstein/Schmidtchen 2002; Schmidtchen/Kirstein 2003; sowie Helmschäfer 2003 und Kirstein/Schmidtchen 2003*).

derungsrecht erhalten.<sup>6</sup> Die Durchsetzung dieses Rechts kann den Kartellbehörden übertragen oder den Geschädigten durch die Ermöglichung von Privatklagen selbst überlassen werden (*Wagner* 2006).

Man mag bezweifeln, daß *Mantzavinos* sich aus evolutorischer Sicht dem Effizienzkriterium im Coaseschen Sinne anschließen kann. Schließlich entstehen seiner Ansicht nach durch den Evolutionsprozeß die „besten“ Regeln. Aber diese Wirkungen der Evolution müßten bewiesen werden. Selbst ein Mann wie *Hayek* gesteht zu, daß die Evolution des Rechts in Sackgassen enden könne und daß Richter und Gesetzgeber die Fehlentwicklungen korrigieren sollten (*Hayek* 2003; *Schmidtchen* 2000, 2004b).

Die Frage, ob und inwieweit Recht zur Effizienz evolviert, war und ist Gegenstand der ökonomischen Analyse des Rechts. Sie zeigt unter Rückgriff auf die Instrumente der neoklassischen Theorie, daß sich Evolution und das Effizienzkriterium miteinander versöhnen lassen (*Leder* 1998; *Schmidtchen* 2002b).

### 3. Per se Regeln und „rule of reason“

Rechtsregeln als per se Regeln formulieren Kriterien, die es erlauben, eine Handlung in genau eine von zwei Klassen einzuordnen: Sie ist entweder rechtmäßig oder rechtswidrig. Das Entweder-Oder besagt, daß eine Handlung unter allen Umständen entweder rechtmäßig oder rechtswidrig ist.<sup>7</sup> Dieser Umstand wird im Wettbewerbsrecht durch den Ausdruck „per se“ erfaßt. Ein per se Verbot einer Handlung impliziert, daß sie unter allen Umständen verboten ist; d. h. daß die Rechtsordnung keine Rechtfertigung dieser Handlung zuläßt, indem sie sie entweder aus der Klasse der rechtswidrigen Handlungen herausfallen läßt oder mildere Sanktionen erlaubt als ohne die Rechtfertigung.

Geschäftspraktiken, die nicht aufgrund einer unwiderleglichen Vermutung entweder rechtmäßig oder rechtswidrig sind, werden nach der sogenannten „rule of reason“ beurteilt. Aufschlußreich ist hier die US-Praxis:

„Under the rule of reason, business practices are neither generally lawful nor generally unlawful. After establishing that the defendant engaged in the challenged practice, the court in each rule-of-reason case weighs the practice's effect upon the intensity of competition ... Under US antitrust law, only if the court finds that the particular instance of the challenged practice is likely to stifle more competition than it promotes is the practice declared unlawful. Otherwise, the practice in the particular case escapes antitrust liability“ (*Boudreaux* 1998, S. 31).

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der „rule of reason“ zeigt, „daß wir es mit einem Auslegungsprinzip für Normen mit kollidierenden Schutzzwecken zu tun haben. Eine wichtige Funktion besteht darin, Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen“ (*Mestmäcker* 1974, S.23). Ähnliche Auslegungsfragen tauchen dort auf, wo für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorgesehen sind (*Mestmäcker* 1974, S. 26 ff.). Es sei betont, daß

<sup>6</sup> Eine ausführliche Behandlung der Thematik am Beispiel des Preishöhenmißbrauchs findet man in *Schmidtchen* 1982, 1983.

<sup>7</sup> Regeln sind Normen, „die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger“ (*Alexy* 1986, S. 76). Auch Normen, die Handlungen vorschreiben, die in verschiedenen Graden ausgeführt werden können, haben die Regel-Eigenschaft, wenn ein „bestimmter Grad der Handlung oder Verhaltensweise geboten (verboten, erlaubt) ist“ (*Alexy* 1986, S.76, Fn. 25).

ein „rule of reason“-Standard nicht im Widerspruch stehen muß zu einer regelgeleiteten Wettbewerbspolitik oder zur Rule of Law. Regeln können unterschiedliche Komplexitätsgrade aufweisen: Einfache Regeln verlangen die Prüfung weniger und klar erkennbarer Sachverhalte. Bei komplexeren Regeln sind viele und/oder verwickelte Sachverhalte zu prüfen. Deshalb haben wir es in Wahrheit mit einem Kontinuum zwischen einfachen und komplexeren Regeln zu tun, aus dem nach sachlichen Gesichtspunkten eine Regel auszuwählen ist (*Christiansen/Kerber* 2005).

#### 4. Vor- und Nachteile von per se Verboten

In der Literatur sind die Vor- und Nachteile von per se Regeln ausführlich diskutiert worden: *Mantzavinos* erkennt Vorteile aufgrund ihrer Operationalität, Justiziabilität und Rechtssicherheit (*Mantzavinos* 2005, S. 219). *Areeda* stellt ähnliches fest:

„The utility of bright line rules is well understood. Their clarity guides conduct, simplifies planning, minimizes conflict, reduces resort to courts, simplifies the conduct of litigation, allows juries and judges to reach confident and consistent results, and promotes justice in the sense of similar treatment for those similar situated“ (*Areeda* 1992, S. 42).

Allerdings stehen den Vorteilen schwerwiegende Kosten gegenüber:

„clear rules carry the cost of depriving courts of the discretion to incorporate elements excluded by the rule but serving its policy“ (*Areeda* 1992, S. 43).

Eine mechanische Anwendung kann zu Ergebnissen führen, die *Areeda* als „bizarrr“ oder „truly silly“ beschreibt (*Areeda* 1992, S. 42 f.). *Mantzavinos* erwähnt die Problematik einer Revision von per se Regeln (*Mantzavinos* 2005, S. 219): Einerseits sollten sie langfristig gelten, andererseits darf ein Regelwandel nicht ausgeschlossen werden. Allerdings wird kein Kriterium geliefert, das diesen „trade-off“ zu entscheiden erlaubt.

Auf dem Papier galten in den USA die folgenden fünf Geschäftspraktiken als per se verboten: Horizontale und vertikale Preisvereinbarungen, Koppelung, horizontale Marktaufteilung und Boykott. Die Gerichte behandelten dieses Verhalten anfänglich als per se rechtswidrig, sahen dies aber bald als unverhältnismäßig an und urteilten auf der Grundlage einer de facto „rule of reason“ (siehe zu den Gründen im einzelnen *Boudreaux* 1998, S. 31 ff.; *Areeda* 1992, S. 42 f.).

Überblickt man die Geschichte von per se Regeln in den USA, so ist das Urteil über sie eher ernüchternd.

„To think seriously about per se rules in antitrust law is to encounter frustration at the limitations and exceptions that attend such rules. After all, if per se rules are justified by their ability to reduce judicial decision-making costs and to provide a clearer legal road-map to business, then the myriad qualifications and exceptions layered atop per se rules are at loggerheads with the underlying rationale of these rules. The fact is that there is no class of business activities that is literally per se illegal“ (*Boudreaux* 1998, S. 32 f.).

Auch in der Diskussion um die Ausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik werden zunehmend Zweifel am Nutzen von per se Regeln geäußert (*Christiansen/Kerber* 2005).

## 5. Wettbewerbspolitik des Minimalismus

*Mantzavinos* geht auf den Einwand ein, daß es kaum Verhaltensweisen gibt, die unter allen Umständen wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilen sind (*Mantzavinos* 2005, S. 220). Er versucht, diesen Einwand mit dem Hinweis darauf zu entkräften, daß während des Wettbewerbsprozesses aufgrund von Innovationen und Imitationen ein temporärer Aufbau und Abbau marktmächtiger Stellungen permanent stattfindet (Schumpeter-Ansatz) und daß realistischere Weise bei offenen Märkten ständig potentieller Wettbewerb vom Inland und Ausland möglich ist (*Mantzavinos* 2005, S. 220). Deshalb verbleibe „als einzige Quelle von echter Marktmacht ein Ressourcenmonopol“ (*Mantzavinos* 2005, S. 220). Wenn „echte“ Marktmacht in Form eines Ressourcenmonopols gleichbedeutend ist mit einer Beschränkung des Wettbewerbs, dann läßt sich Wettbewerb durch ein per se Verbot schützen:

„Man kann nämlich als ein allgemeines Verbot die Regel formulieren, dass kein Individuum, keine Unternehmung oder der Staat den Zugang zu Ressourcen für die übrigen Konkurrenten sperren darf. Zugleich ist aus einer evolutionären Perspektive zu betonen, dass Ressourcen nicht exogen gegeben sind, sondern vielmehr ständig neue Arten von Ressourcen im Produktionsprozeß entwickelt werden können. Das Problem läßt sich deshalb im wesentlichen auf den Bereich der natürlichen Ressourcen, also der Rohstoffquellen, beschränken“ (*Mantzavinos* 2005, S. 220).

Das wettbewerbspolitische Programm, das aus dem IE-Wettbewerbsleitbild abgeleitet wird, ist das eines Minimalismus (*Mantzavinos* 2005, S. 220 f.):

„Wenn man den Optimalitätsgedanken und das damit zusammenhängende Denken von ‚Markunvollkommenheiten‘, ‚Zweitbesten Lösungen‘, usw. endgültig und konsequent verabschiedet, dann erscheint das Denken in der Alternative ‚Wettbewerb‘ oder ‚kein Wettbewerb‘ als das einzig sinnvolle Abwägen. Per se Verbote müssen nicht in jedem konkreten Fall bestimmen, dass der Wettbewerb möglichst vollkommen, funktionsfähig oder effizient ist, sondern dass überhaupt Wettbewerb auf dem Markt herrscht“ (*Mantzavinos* 2005, S. 221).

Leider liefert *Mantzavinos* außer dem Hinweis auf Ressourcenmonopole keine weiteren Anhaltspunkte, was die Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik anlangt.

Wenn Ressourcenmonopole die einzige Quelle von echter Marktmacht darstellen – eine Idee, die bereits *Kirzner* (1978) vertrat (*Schmidtchen* 1979) –, dann könnte man alle Regeln des GWB abschaffen, die nicht darauf gerichtet sind, das Sperren des Zugangs zu Ressourcen zu verbieten.

Ein per se Verbot des Sperrens des Zugangs zu Ressourcen hört sich als wettbewerbspolitische Empfehlung einfach an, aber der Teufel liegt im Detail.

- (1) Es muß zunächst abstrakt – ohne Bezugnahme auf konkrete zeitliche, räumliche oder persönliche Umstände – definiert werden, was ein Ressourcenmonopol ist.
- (2) Ein Gericht muß herausfinden, ob im konkreten Fall ein Ressourcenmonopol vorliegt. Anders als bei Verhaltensweisen, die man per se verbieten kann und deren Existenz man aufgrund von Handlungen beobachten kann, muß eine Monopolstellung gedanklich rekonstruiert werden. Dabei muß der relevante Markt auf der Ressourcenseite definiert und abgegrenzt werden, was nur im Hinblick auf eine Abgrenzung von Absatzmärkten möglich ist, zu deren Bedienung die betreffenden Ressourcen eingesetzt werden können. Zu fragen ist auch, ob die Ressourcen notwendig sind. Es ist schwer ersichtlich, welche Rolle in diesem Zusammenhang per se Regeln spielen können.

- (3) Was ist unter Sperren des Zugangs zu einer Ressource zu verstehen? Es gehört zum Wesen eines Property-right, den Zugang zur Nutzung einer von ihm erfaßten Ressource kontrollieren zu können. Wann geht legitime Kontrolle in ein mißbräuchliches Sperren über? Wie langfristig dürfen Verträge sein, damit sie nicht als sperrungsgeeignet klassifiziert werden?<sup>8</sup> Die Institutionenökonomik lehrt, daß der Schutz von Quasirenten auf spezifischen Investitionen gelegentlich den Ausschluß des Wettbewerbs durch Schaffung einer Organisation auf der Grundlage langfristiger Verträge erfordert. Ist das, was Williamson fundamentale Transformation nennt, nämlich der Übergang von wettbewerblichen Verhältnissen vor Abschluß eines Vertrages zum bilateralen Monopol (nach Abschluß), mit dem IE-Wettbewerbsleitbild vereinbar?
- (4) Die Aussage, daß sich das Problem im wesentlichen auf den Bereich der natürlichen Ressourcen beschränke, ist unzutreffend. Das Problem ist besonders virulent im Bereich einer geschaffenen Ressource, nämlich die neuen Wissens. Ein Patent erlaubt die Sperrung des Zugangs von Konkurrenten zu neuem Wissen. Sollen Patente abgeschafft werden? Wenn nicht, welche Patentdauer und welche Rechte sind nach dem IE-Wettbewerbsleitbild zu installieren?<sup>9</sup>
- (5) Ob Erfinderpateute Marktzutrittsbarrieren darstellen, hängt vom unterstellten Wettbewerbsleitbild ab (*Weizsäcker* 2005, S. 46 ff.). Aber jedes Leitbild ist mit dem „trade-off“ konfrontiert, daß ein Mehr an Innovation nur mit einem Weniger an Imitation zu haben ist. Wie ist der „trade-off“ im IE-Wettbewerbsleitbild zu entscheiden? Ähnliche „trade-offs“ tauchen auf bei der Behandlung der Fragen, ob Markentreue von Kunden, Substitutionskosten und versunkene Kosten Marktzutrittschranken darstellen (*Weizsäcker* 2005, S. 43 ff.).
- (6) Per se Verbote werden u. a. befürwortet, weil sie die Rechtsdurchsetzungskosten im Vergleich zu einer „rule of reason“ senken. Wenn per se Verbote sich aber in de facto „rules of reason“ verwandeln, weil die Gerichte die Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auslegen und Verbotsnormen mit Ausnahmetatbeständen verknüpft werden, dann tritt dieser Kostensenkungseffekt nicht auf. *Wood* (1993) fand heraus, daß die Gerichtskosten bei Preiskartell-Fällen in den USA, die ursprünglich unter das per se Verbot fielen, höher waren als bei Fällen, die von vornherein der „rule of reason“ unterlagen.
- (7) Unternehmen benutzen Regeln der per se Illegalität dazu, um Wettbewerber zu schikanieren (*Wood* 1993): „Because misusing antitrust law to stymie competition is anticompetitive, this latter bid of evidence casts doubt on the claim that rules of per se illegality are especially useful in deterring anticompetitive conduct“ (*Boudreaux* 1998, S. 32).
- (8) Der starre Charakter von per se Regeln hat Vorteile, wenn sie auf zutreffenden Finschätzungen eines Verhaltens als durchweg antiwettbewerblich beruhen. Die moderne Industrieökonomik hat aber herausgefunden, daß solche Fälle seltener

<sup>8</sup> Um den Wettbewerb auf dem Gasmarkt zu beleben, verlangt das Bundeskartellamt von den Gasversorgern, daß sie ihre Langfristverträge etwa mit Stadtwerken nach folgender Regel umstellen: Je größer der Bezugsanteil, desto kürzer die Vertragslaufzeit. Lieferverträge, die mehr als 80 Prozent des Kundenbedarfs decken, müssen auf maximal zwei Jahre befristet werden. Bei Bezugsanteilen von 50 – 80 Prozent darf die Vertragslaufzeit maximal vier Jahre betragen. Was wäre aus Sicht des IE-Leitbildes zu dieser Politik zu sagen?

<sup>9</sup> Zur Beziehung zwischen Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums siehe in einzelnen *Schmidtchen* (2007a, b), dort wird auch gezeigt, daß die Wettbewerbspolitik nicht um die Anwendung einer „rule of reason“ herumkommt

sind als früher angenommen wurde – was u. a. die Entwicklung eines „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik einleitete (*Schmidtchen* 2005a, 2005b, 2006). Die Irrtumskosten einer per se Regelung können erheblich sein: „Thus, yet another cost of *per se* rules is the risk that they will be faulty and, hence, spawn an overly large litter of mistaken outcomes – mistakes that cannot easily be avoided given the (allegedly) summary nature of *per se* proceedings“ (*Boudreaux* 1998, S. 32).

Allerdings können auch bei einer Anwendung der „rule of reason“ Fehlentscheidungen auftreten. Akzeptiert man als institutionenökonomischen Imperativ, reale Institutionen miteinander zu vergleichen, dann wären die Fehlerwahrscheinlichkeiten beider Formen der Wettbewerbspolitik sowie die mit den Fehlern verbundenen Kosten dem Vergleich zugrundezulegen. Zu unterscheiden wären dabei zwei Typen von Fehlern: Fehler vom Typ I (eine rechtswidrige Handlung wird als rechtmäßig eingeschätzt) und Fehler vom Typ II (eine wettbewerbskonforme Handlung wird als rechtswidrig verfolgt). Wie man rationalerweise auf die Möglichkeit reagieren kann, beide Typen von Fehlern zu begehen, ist Gegenstand der Theorie regelgeleiteten Verhaltens (*Heiner* 1983; *Kirstein* 1999; *Kirstein/Schmidtchen* 1997; *Hafner* 2000; *Bier* 2002). Da die Kartellbehörden und Gerichte wegen der Komplexität der Marktbeziehungen beide Fehler mit positiver Wahrscheinlichkeit begehen, kann diese Theorie auch für die Wettbewerbspolitik nutzbar gemacht werden.

Im institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild wird behauptet, daß die Befolgung von per se Regeln eine optimale Antwort auf die Komplexität einer Entscheidungsumwelt darstellen – aber die Behauptung wird nicht theoretisch bewiesen und vor allem wird kein Kriterium dafür geliefert, unter welchen Voraussetzungen ein „rule of reason“-Standard bessere Ergebnisse liefert als eine per se Regel. Ein Rückgriff auf die von Ronald Heiner begründete Theorie regelgeleiteten Verhaltens könnte diese Lücke schließen. Im folgenden wird der Grundgedanke der Theorie regelgeleiteten Verhaltens dargestellt.

#### **IV. Per se Regeln, Rule of Reason und die Kompetenz-Schwierigkeitslücke**

##### **1. Die Kompetenz-Schwierigkeitslücke**

Auch wenn Akteure – seien es Individuen, Organisationen, Gesetzgeber oder Behörden – wohlfahrtsmaximierende Entscheidungen treffen wollen, so sind sie manchmal dazu nur eingeschränkt in der Lage. Herbert Simon hat dafür den Ausdruck „eingeschränkt rationales Verhalten“ geprägt (was nicht mit irrationalem Verhalten verwechselt werden sollte).<sup>10</sup> Hier wird vorgeschlagen, das Verhalten eines Entscheidungsträgers eingeschränkt rational zu nennen, wenn dieser Entscheidungsfehler begeht. Davon gibt es zwei Arten:

Der Akteur wählt eine Handlung, obwohl die Umstände für den Erfolg nicht günstig sind (Entscheidungsfehler vom Typ I); andererseits kann er eine Handlung verwerfen, obwohl sie angesichts der Umstände die beste gewesen wäre (Entscheidungsfehler vom Typ II). Der uneingeschränkt rationale homo oeconomicus kennt solche Entscheidungs-

<sup>10</sup> Siehe *Simon* (1961, xxiv): „intendedly rational, but only limitedly so“.

fehler nicht. Er wählt stets die beste Handlungsalternative (bei Vorliegen von Risiko die, die den Erwartungsnutzen maximiert).

Einer der häufigsten Gründe für eingeschränkt rationales Verhalten liegt darin, daß die Schwierigkeit eines zu lösenden Problems die geistigen Kapazitäten eines Akteurs übersteigt.<sup>11</sup> Aus diesem Umstand resultiert eine spezifische Form von Entscheidungsunsicherheit (U). Zwei Klassen von Variablen können als deren Ursachen identifiziert werden: Variablen der Entscheidungsumwelt (e), "including the complexity of the environmental situations potentially encountered; the relative likelihood of these situations; and the stability of the relationship that determine possible situations and their relative likelihood." (Heiner 1983, S. 564.)

Die zweite Klasse von die Entscheidungsunsicherheit (U) determinierenden Variablen (k) sind kognitiver Natur. Sie stehen für die Kompetenz eines Akteurs, die Beziehungen zwischen seinem Verhalten und seiner Umgebung zu entziffern. Unvollkommene Kompetenz zeigt sich in „mistaken perceptions about what is more preferred, information processing errors, unreliable probability information, etc.“ (Heiner 1983, S. 564).<sup>12</sup>

Die Struktur zwischen e und k, von denen die Entscheidungsunsicherheit abhängt, läßt sich formal als Funktion schreiben:  $U = U(k,e)$  (ebenda, S. 565).<sup>13</sup> Die Variablen e und k determinieren die Lücke zwischen Kompetenz und Schwierigkeitsgrad einer Aufgabe. Heiner nennt eine Lücke dieser Art „C-D gap“ – „competence-difficulty gap“ (Heiner 1983). Mit zunehmender Entscheidungsunsicherheit nimmt die Fehleranfälligkeit einer Entscheidung zu.

## 2. Diagnosefähigkeit und ROC-Kurve

Wir betrachten eine Kartellbehörde, die entscheiden muß, ob ein Unternehmenszusammenschluß rechtlich zulässig ist oder nicht. Als rechtlich zulässig möge ein Unternehmenszusammenschluß gelten, wenn er pro-wettbewerbliche Wirkungen erzeugt. Rechtlich unzulässig ist ein Unternehmenszusammenschluß, wenn er anti-wettbewerbliche Wirkungen entfaltet. Pro-wettbewerbliche Wirkungen seien solche, die die gesellschaftliche Wohlfahrt steigern (der Wohlfahrtsgewinn sei mit  $g > 0$  bezeichnet). Hat der Zusammenschluß anti-wettbewerbliche Wirkungen, dann senkt er die gesellschaftliche Wohlfahrt (der Wohlfahrtsverlust sei mit  $l < 0$  bezeichnet). Wird ein pro-wettbewerblicher oder ein anti-wettbewerblicher Zusammenschluß nicht vollzogen, dann sei die Wohlfahrtsänderung Null. Ein pro-wettbewerblicher Zustand sei mit  $z_1$  und ein anti-wettbewerblicher Zustand mit  $z_2$  bezeichnet.

Die Aktionenmenge der Behörde enthält die zwei Aktionen „a“ und „¬a“; „a“ steht für Erlaubnis des Unternehmenszusammenschlusses und „¬a“ für dessen Untersagung.

Die Diagnosefähigkeit der Behörde sei mit vier bedingten Wahrscheinlichkeiten beschrieben:

$$r := \text{prob}(a | z_1) \text{ und } (1-r) := \text{prob}(\neg a | z_1)$$

<sup>11</sup> "The capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world ..." (Simon 1957, S. 198).

<sup>12</sup> Die Entscheidungsunsicherheit stellt einen Fall Knightscher Unsicherheit dar.

<sup>13</sup> Dabei sind k und e Vektoren, und es gilt, daß die Unsicherheit mit steigendem k ab- und mit steigendem e zunimmt.

$$w := \text{prob}(a | z_2) \text{ und } (1-w) := \text{prob}(\neg a | z_2)$$

Mit Wahrscheinlichkeit  $w$  begeht die Behörde den Fehler vom Typ I (false positive); sie erlaubt einen anti-wettbewerblichen Zusammenschluß (Zustand  $z_2$ ); mit Wahrscheinlichkeit  $(1-w)$  begeht die Behörde den Fehler vom Typ II (false negative); sie untersagt einen pro-wettbewerblichen Zusammenschluß (Zustand  $z_1$ ). Für eine Behörde mit perfekter Diagnosefähigkeit gilt  $r = 1$  und  $w = 0$ . Eine Behörde mit  $r = w$  entscheidet nicht besser als zufällig. Eine Behörde mit  $1 > r > w > 0$  besitzt imperfekte, aber positive Diagnosefähigkeit. Aus unzähligen Signalerkennungsexperimenten und der statistischen Entscheidungstheorie wissen wir, daß zwischen den Parametern  $r$  und  $w$  ein Zusammenhang existiert (siehe Swets 1996; Heiner 1986), der sich als ROC-Kurve (ROC steht für „receiver operating characteristic“) in einem Einheitsquadranten darstellen läßt.

An der Ordinate wird  $r$  abgetragen und an der Abszisse  $w$ . Die Kurve verläuft von  $(r, w) = (0, 0)$  bis  $(r, w) = (1, 1)$ . Die Hauptdiagonale ( $r = w$ ) beschreibt den Fall, in dem ein Entscheider nicht besser als zufällig entscheiden kann. Hier ist die Kompetenz-Schwierigkeitslücke, beschrieben durch den Wert von  $U(e, k)$ , am größten. Kleineren Kompetenz-Schwierigkeitslücken sind ROC-Kurven mit positiver, aber abnehmender Steigung zugeordnet. Je stärker gekrümmt eine solche Kurve verläuft, desto kleiner ist die Kompetenz-Schwierigkeitslücke  $U(e, k)$ . Der Grenzfall eines perfekten Entscheiders mit einer Kompetenz-Schwierigkeitslücke von Null wird durch eine ROC-Kurve erfaßt, auf der der Punkt  $(r, w) = (1, 0)$  liegt.

Aus dem Verlauf einer ROC-Kurve einer Behörde mit imperfekter Diagnosefähigkeit folgt, daß eine Erhöhung des Wertes von  $r$  zwingend mit einer Vergrößerung des Wertes von  $w$  einhergeht. Man kann die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ I zu begehen, nur verringern, indem sich die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ II zu begehen, erhöht. Beide Fehlerwahrscheinlichkeiten lassen sich nur durch eine Verschiebung der ROC-Kurve verringern, und zwar derart, daß sie weiter nach links oben ausgebeult verläuft.

### 3. Optimale Reaktionsstrategien: Per se Regel oder Rule of Reason?

Der Gesetzgeber überlegt, ob er der Kartellbehörde eine per se Regel oder eine „rule of reason“ als Verhaltensmaxime vorgibt. Beide Regeln stellen entscheidungstheoretisch gesehen Reaktionsstrategien dar. Eine Reaktionsstrategie ordnet Untersuchungsergebnissen einer Behörde eine bestimmte Aktion aus der Menge der verfügbaren Aktionen zu (siehe zu diesem Begriff Heiner/Schmidtchen 1995, S. 5).

Man unterscheidet zwei Arten von Reaktionsstrategien: unbedingte und bedingte. Eine unbedingte Reaktionsstrategie läßt der Behörde keinen Ermessensspielraum. Sie hat lediglich zu prüfen, ob ein Unternehmenszusammenschluß vorliegt. Wenn ein Unternehmenszusammenschluß vorliegt, dann muß die Behörde – je nach Ausprägung der unbedingten Reaktionsstrategie – diesen entweder genehmigen oder untersagen. Es wird hier also von der Form unternehmerischen Verhaltens auf die Pro- oder Anti-wettbewerblichkeit geschlossen (formbasierte Wettbewerbspolitik).

Bei einer bedingten Reaktionsstrategie hängt die Entscheidung der Behörde vom Ergebnis der Untersuchungen der Wirkungen des Unternehmenszusammenschlusses ab. Er mag pro- und antiwettbewerbliche Wirkungen aufweisen, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Man kann sich das in der Praxis so vorstellen, daß die Behörde

eine Liste von Kriterien daraufhin zu prüfen hat, ob sie erfüllt sind oder nicht. Es dürfte einleuchten, daß die Kompetenz-Schwierigkeitslücke bei einer bedingten Reaktionsstrategie größer ist als bei einer unbedingten und daß die Lücke zunimmt, je größer die Zahl und/oder Komplexität der Kriterien auf der Prüfliste ist.

Bei der Wahl der optimalen Reaktionsstrategie muß der Gesetzgeber die folgenden vier Parameter berücksichtigen:

- die objektive Wahrscheinlichkeit (a priori Wahrscheinlichkeit), daß der Unternehmenszusammenschluß pro-wettbewerblich oder anti-wettbewerblich ist. Es sei  $\pi > 0$  die (a priori) Wahrscheinlichkeit, daß der Zusammenschluß pro-wettbewerblich ist; dann ist  $1 - \pi$  die Wahrscheinlichkeit, daß er anti-wettbewerblich ist;
- die Diagnosefähigkeit der Behörde, wie sie in deren ROC-Kurve zum Ausdruck kommt;
- die Höhe des Wohlfahrtsgewinns ( $g$ ) und des Wohlfahrtsverlustes ( $l$ );
- die Administrationskosten der Reaktionsstrategien bei Behörde und Unternehmen.

Es lassen sich nun die Wohlfahrtswirkungen der Reaktionsstrategien rechnerisch bestimmen: Die unbedingte Reaktionsstrategie „immer genehmigen“ (sie sei Reaktionsstrategie A genannt) hat folgenden Wohlfahrtswert:

$$(1) \quad \begin{aligned} A &= \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l, \\ &= \pi \cdot g + (1 - \pi) \cdot l, \text{ weil } r, w = 1 \end{aligned}$$

Die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ II (false negative) zu begehen ( $1 - r$ ), ist Null und damit die aus diesem Fehler resultierenden erwarteten Kosten. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit des Fehlers vom Typ I (false positive) maximal,  $w = 1$ . Der Wohlfahrtswert A kann in Abhängigkeit von den Parameterwerten  $\pi$  größer, kleiner oder gleich Null sein.

Die andere unbedingte Reaktionsstrategie „immer untersagen“ (sie sei Reaktionsstrategie B genannt) hat folgenden Wohlfahrtswert:

$$(2) \quad B = \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l = 0, \text{ weil } r, w = 0.$$

Ohne Kenntnis der Parameterwerte  $\pi$ ,  $g$  und  $l$  kann nicht entschieden werden, welche unbedingte Strategie den höheren Wohlfahrtswert aufweist. Je größer  $(1 - \pi)$  und  $l$ , desto eher dürfte der Wohlfahrtswert von A unter dem von B liegen.

Eine bedingte Reaktionsstrategie (sie sei Strategie C genannt) hat den Wohlfahrtswert:

$$(3) \quad C = \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l, \text{ mit } 1 > r \geq w > 0.$$

Strategie C ist besser als Strategie A, wenn Folgendes gilt:

$$(4) \quad \pi \cdot r \cdot g + (1 - \pi) \cdot w \cdot l > \pi \cdot g + (1 - \pi) \cdot l. \text{ Umformen führt zu}$$

$$(4a) \quad [-(1 - \pi) \cdot l + (1 - \pi) \cdot w \cdot l] - [\pi \cdot g - r \cdot \pi \cdot g] > 0.$$

Ungleichung (4a) erlaubt eine einfache Interpretation: Der erste Ausdruck in eckigen Klammern mißt die erwarteten vermiedenen Wohlfahrtsverluste (im Vergleich zur Situation A). Wegen  $l < 0$  ist dieser Term immer positiv. Der zweite Ausdruck in eckigen Klammern mißt die durch den Übergang von A nach C entstehenden erwarteten Kosten: denn im Gegensatz zu A (mit  $r = 1$ ) gilt bei C ein  $r < 1$ . Man kann den zweiten

Term in eckigen Klammern umformen zu  $(1-r) \cdot \pi \cdot g$  und erkennt sofort, daß dies erwartete Fehlerkosten sind, die bei der unbedingten Strategie A nicht auftreten.

Eine exakte Kalkulation würde an dieser Stelle zu weit führen (zum Grundsätzlichen siehe *Kirstein 1999; Bier 2002; Hafner 2000*), aber es dürfte deutlich sein, daß z. B. die Frage, ob die Kartellbehörde anstelle der unbedingten Reaktionsstrategie A die bedingte Reaktionsstrategie C verfolgen soll, durch einen Vergleich von erwarteten vermiedenen Fehlerkosten und erwarteten zusätzlichen Fehlerkosten entschieden werden muß.

Sollte die Behörde ein perfekter Entscheider sein, also  $r = 1$  und  $w = 0$ , dann ist Bedingung (4a) immer erfüllt und die bedingte Reaktionsstrategie ist wohlfahrtsmaximierend.

Allerdings formuliert Ungleichung (4a) nur eine notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung für die Wahl der bedingten Reaktionsstrategie, weil zu vermuten ist, daß zusätzliche Administrationskosten anfallen. Notwendig und hinreichend für eine Wohlfahrtssteigerung durch Übergang von der unbedingten Reaktionsstrategie A zur bedingten Reaktionsstrategie C ist, daß der Wert auf der linken Seite von (4a) größer ist als die zusätzlichen Administrationskosten.

Es leuchtet ein, daß ähnliche Überlegungen bezüglich eines Vergleichs von Strategie B und C angestellt werden können.

Als Fazit ergibt sich: Durch eine größere Differenziertheit von Regeln (mehr Prüfkriterien und/oder komplexere Prüfkriterien) wird nicht zwingend die Qualität einer Entscheidung verbessert. Auf den ersten Blick scheint größere Differenziertheit mit größerer Einzelfallgerechtigkeit einherzugehen, aber größere Differenziertheit kann auch die Kompetenz-Schwierigkeitslücke erhöhen und einen flacheren Verlauf von ROC-Kurven bewirken. Die Wahrscheinlichkeit, den Fehler vom Typ I und/oder den Fehler vom Typ II zu begehen, nimmt dann zwingend zu. Damit steigen die erwarteten Irrtumskosten<sup>14</sup> und der Wohlfahrtswert einer ausdifferenzierteren „rule of reason“ nimmt im Vergleich zu einer weniger differenzierten (im Extrem: einer per se Regel) ab.<sup>15</sup>

## V. Schlußbemerkungen

Das Plädoyer für eine regelgeleitete Wettbewerbspolitik rennt insofern offene Türen ein, als die praktische Wettbewerbspolitik schon immer regelgeleitet war. Praktische Wettbewerbspolitik besteht nämlich in der Formulierung und Durchsetzung von Rechtsnormen. Geschützt werden soll die Freiheit des Wettbewerbs. Dabei arbeitet der Gesetzgeber hauptsächlich mit Verbotsnormen. Konkurrierende Normenzwecke machen es aber erforderlich, für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorzusehen oder Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen. Es ist deshalb nicht übertrieben zu behaupten, daß Antitrust von einer de facto „rule of reason“ beherrscht wird. Interessenabwägungen sind unumgänglich. *Mantzavinos* kritisiert mit Recht eine willkürliche, nicht regelgeleitete Wettbewerbspolitik, aber die Kritik trifft nicht den „rule of reason“-Standard.

<sup>14</sup> Anders *Christiansen/Kerber* (2005, S. 8): „Since additional assessment criteria through more differentiated rules can lead to a better identification of pro- and anticompetitive behaviour, a higher degree of differentiation will usually imply a reduction of error costs“.

<sup>15</sup> Politökonomische Überlegungen sollten bei der Wahl zwischen per se Regeln und einem „rule of reason“-Standard ebenfalls eine Rolle spielen.

Dieser kann nämlich regelförmig ausgestaltet werden: Der Unterschied zu einer per se Regel liegt dann lediglich darin, daß die „rule of reason“ in dem Sinne komplexer ist, als mehr ökonomische Faktoren bei der Regelanwendung zu prüfen sind.

Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik, die unter dem Begriff „more economic approach“ firmieren (Schmidtehen 2005a, 2005b, 2006), deuten an, daß Wohlfahrtskriterien bei Interessenabwägungen eine größere Rolle spielen werden als bisher.

Unter dem „more economic approach“ wird eine Wettbewerbspolitik verstanden, die stärker als bisher an ökonomischen Kriterien ausgerichtet ist und den Stand moderner ökonomischer Forschung reflektiert. In einem solchen wettbewerbspolitischen Ansatz werden unternehmerische und staatliche Verhaltensweisen hinsichtlich ihrer Beeinträchtigungen des Wettbewerbs nicht „formalistisch“ unter Rückgriff auf abstrakt-generalisierende Regeln beurteilt, sondern aufgrund einer Untersuchung der Wirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall (wirkungsbasierter Ansatz).

Viele Verhaltensweisen haben unterschiedliche Wirkungen unter unterschiedlichen Umständen: Sie behindern den Wettbewerb an einer Stelle, aber fördern Effizienz und Innovation an anderer Stelle. Als Konsequenz ergibt sich: Die pro- und anti-wettbewerblichen Wirkungen von unternehmerischen und staatlichen Verhaltensweisen sollten gegeneinander abgewogen werden. Zu fragen ist, ob die negativen wettbewerblichen Effekte durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden. In solchen Fällen sollte die Wettbewerbspolitik nicht per se Regeln, sondern einem „rule of reason“-Standard folgen; wobei allerdings ein dirigistischer Aktivismus und ein „fine-tuning“ vermieden werden sollten.

## Literatur

- Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main.
- Areeda, Phillip (1992), Antitrust Law as Industrial Policy: Should Judges and Juries Make it?, in: Jorde, Th., D. Teece (Hg.), *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, New York und Oxford, S. 29-46.
- Bier, Christoph (2002), *Regulierter oder verhandelter Zugang zum Stromnetz? Eine ökonomische Analyse unter Berücksichtigung imperfekter Aufsichtsbehörden*, Hamburg.
- Borchert, Manfred, Heinz Grosseckertler (1985), *Preis- und Wettbewerbstheorie*, Stuttgart u. a.
- Boudreaux, Donald (1998), „per se rules“, *The New Palgrave of Law and Economics*, Bd. 3, S. 31-33.
- Carlton, Dennis, Jeffrey Perloff (2000), *Modern Industrial Organization*, 3. Aufl., Reading et. al.
- Christiansen, Arndt, Wolfgang Kerber (2005), *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules" vs. Rule of Reason*, Philipps-University Marburg, Germany.
- Coase, Ronald (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Bd. 3, S. 1-44.
- Cooter, Robert (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton.
- Graf, Hans-Georg (1978), „Mustervorausagen“ und „Erklärungen“ des Prinzips bei F.A. von Hayek: Eine methodologische Analyse, Tübingen.
- Hafner, Mathias (2000), *Behördliche Diagnosefehler im Genehmigungsverfahren*, Wiesbaden.
- Hayek, Friedrich August (1945), *The Use of Knowledge in Society*, American Economic Review, S. 519-530.
- Hayek, Friedrich August (1952), Wirtschaftstheorie und Wissen, in: ders.: *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, Erlenbach-Zürich.
- Hayek, Friedrich August (1967), Degrees of Explanation, in: ders.: *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, S. 3-21.
- Hayek, Friedrich August (1972), *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen.

- Hayek, Friedrich August (2003), *Recht, Gesetz und Freiheit*, Tübingen.
- Heiner, Ronald (1983), The Origin of Predictable Behavior, *American Economic Review*, Bd. 73 (4), S. 560-595.
- Heiner, Ronald (1986), The Economics of Information when Decisions are Imperfect, in: MacFayden, A., H. MacFayden (Hg.), *Economic Psychology: Intersections in Theory and Application*, Amsterdam, S. 293-350.
- Heiner, Ronald, Dieter Schmidchen (1995), *Rational Cooperation in One-Shot Simultaneous PD-Situations*, Center for the Study of Law and Economics, Saarbrücken, Discussion paper 9503.
- Hoppmann, Erich (1968), Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Hans K. Schneider (Hg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Berlin, S. 9-49.
- Hoppmann, Erich (1974), Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Hoppmann, E. und E.J. Mestmäcker: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, S. 5-19.
- Kirstein, Roland (1999), *Imperfekte Gerichte und Vertragstreue*, Wiesbaden.
- Kirstein, Roland, Dieter Schmidchen (1997), Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, *International Review of Law and Economics*, Bd. 17 (4), S. 509-520.
- Kirstein, Roland, Dieter Schmidchen (2002), Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, *ORDO*, Bd. 53, S. 227-240.
- Kirstein, Roland, Dieter Schmidchen (2003), Replik auf Ernst Helmstädter, *ORDO*, Bd. 54, S. 327-330.
- Kirzner, Israel (1978), *Wettbewerb und Unternehmertum*, Tübingen.
- Kirzner, Israel (1985), Prices, the Communication of Knowledge, and the Discovery Process, in: Leube, K., Zlabinger, A. (Hg.), *The Political Economy of Freedom, Essays in Honor of F. A. Hayek*, München, S. 193-206.
- Leder, Mathias (1998), *Die sichtbare und die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts*, Berlin.
- Lorenz, Christian (2006), Marktscreeing nach Kartellstrukturen mittels ökonomischer Indikationen: Der KMD-Kartellecheck, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 7/8, S. 748-759.
- Mantzavinos, Chrysostomos (2005), Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 225/2, S. 205-224.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1974), Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hoppmann, E. und E.-J. Mestmäcker: *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, S. 21-58.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1984), Mehrheitsglück und Minderheitenherrschaft, in: ders. (Hg.): *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2. Aufl., S. 158ff.
- Neven, Damien, Lars-Hendrik Röller (2005), Consumer Surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, *International Journal of Industrial Organization*, Bd. 23, S. 829-848.
- Schmidt, Ingo (2001), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. Aufl., Stuttgart.
- Schmidchen, Dieter (1978), *Wettbewerbspolitik als Aufgabe*, Baden-Baden.
- Schmidchen, Dieter (1979), Ausbeutung aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand, *ORDO*, Bd. 30, S. 273-294.
- Schmidchen, Dieter (1982), Property rights, Freiheitsschutz und die Logik staatlicher Preisinterventionen: Kritische Analyse der theoretischen Grundlagen einer freiheitsgefährdenden Wettbewerbspolitik, in: Röper, B. (Hg.), *Die Mißbrauchsaufsicht vor dem Hintergrund der Entwicklungen der neueren Wettbewerbstheorie*, Berlin, S. 13-43.
- Schmidchen, Dieter (1983), *Property rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik*, Tübingen.
- Schmidchen, Dieter (1988), Fehltritte über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, *ORDO*, Bd. 39, S. 111-135.
- Schmidchen, Dieter (1990), Preise und spontane Ordnung – Prinzipien einer Theorie ökonomischer Evolution, in: U. Witt (Hg.), *Studien zur Evolutorischen Ökonomik*, Berlin, S. 75-113.
- Schmidchen, Dieter (2000), Rules and Order, in: Bouckaert, B. und A. Godart-von der Kroon (Hg.), *Hayek Revisited*, Cheltenham, S. 32-45.

- Schmidtchen, Dieter (2002 a), Korreferat zu Dieter Schneider, in: M. Lehmann-Waffenschmid (Hrsg.): *Studien zur Evolutorischen Ökonomik VI. Ein Diskurs zu Analysemethoden der Evolutorischen Ökonomik*, Berlin, S. 239-246.
- Schmidtchen, Dieter (2002 b), Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott, C., H.-B. Schäfer (Hrsg.): *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, S. 1-31.
- Schmidtchen, Dieter, Roland Kirstein (2003), Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, *ORDO* Bd. 54, S. 75-92.
- Schmidtchen, Dieter (2004a), Recht, Eigentum und Effizienz: Zu F.A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit, *ORDO*, Bd. 55, S. 127-151.
- Schmidtchen, Dieter (2004b), Ökonomie und Gerechtigkeit, in: Horstmann, K. und H. Hüttenhoff, H. Koriath (Hg.), *Gerechtigkeit - eine Illusion?*, Münster, S. 43-71.
- Schmidtchen, Dieter (2005a), Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: P. Oberender (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 9-41.
- Schmidtchen, Dieter (2005b), Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: P. Oberender (Hrsg.): *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 173-179.
- Schmidtchen, Dieter (2006), Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 1, S. 6-17.
- Schmidtchen, Dieter (2007a), Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung?, in: Oberender, P. (Hg.) *Wettbewerb und geistiges Eigentum*, Berlin.
- Schmidtchen, Dieter (2007b), Abschlußreferat: Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht – eine ökonomische Analyse, in: Oberender, P. (Hg.), *Wettbewerb und geistiges Eigentum*, Berlin.
- Schneider, Dieter (2002), Erklärt methodologischer Individualismus „Zwillingsideen von Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung“ durch Wettbewerb?, in: M. Lehmann-Waffenschmid (Hg.), *Studien zur Evolutorischen Ökonomik VI. Ein Diskurs zu Analysemethoden der Evolutorischen Ökonomik*, Berlin, S. 209-238.
- Smith, Vernon (1982), Markets as Economizers of Information: Experimental Examination of the „Hayek-Hypothesis“, *Economic Inquiry*, Bd. 20, S. 165-179.
- Steiner, Hillel (1977), The structure of a set of compossible rights, *Journal of Philosophy* Bd. 74, S. 767-775.
- Swets, John (1996), *Signal Detection and ROC Analysis in Psychology and Diagnostics*, New Jersey.
- von Weizsäcker, Carl-Christian (2005), Marktzutrittschranken, in: P. Oberender (Hg.) *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 43-61.
- Wagner, Gerhard (2006), *Schadenersatz bei Kartelldelikten*, Paper für das X. Travemünde Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts.
- Wood, William (1993), Costs and benefits of per se rules in antitrust enforcement, *Antitrust Bulletin*, Bd. 38, S. 887-902.

### Zusammenfassung

Kürzlich hat Chr. *Mantzavinos* ein neues Wettbewerbsleitbild vorgeschlagen, das auf Ergebnissen der Neuen Institutionenökonomik und der Evolutorischen Ökonomie aufbaut. Er kritisiert die gängigen normativen Konzeptionen in der Wettbewerbspolitik insbesondere die Idee des Wettbewerbs als Allokationsmechanismus, und plädiert für eine regelgeleitete Wettbewerbspolitik, die sich hauptsächlich auf per se Verbote stützt. In diesem Paper wird argumentiert, daß die Kritik an den gängigen Konzeptionen überzogen ist und daß eine Politik der per se Verbote nicht praktikabel ist. Gerichte praktizieren aus guten Gründen in Fällen, für die ursprünglich per se Verbote galten eine de facto „rule of reason“.

**Summary:****Protecting competition by a rule governed policy – Remarks on the institutional-evolutionary concept for competition policy**

Recently, *C. Mantzavinos* proposed a new concept for antitrust analysis drawing on theoretical developments in New Institutional Economics and Evolutionary Economics. Criticizing the policy prescriptions based on traditional microeconomics and welfare economics, *Mantzavinos* pleads for a rule-governed antitrust policy which mainly operates with per se rules. This paper argues that the criticism of the traditional foundations of antitrust is inadequate and that per se rules rarely work. Reality confounds the principle of per se illegality and prompted courts to use a de facto rule of reason.