

ADRIAN KÜNZLER

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?

Walter Eucken Institut

*Untersuchungen zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

56

Mohr Siebeck

Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

56

Herausgegeben vom
Walter Eucken Institut



Adrian Künzler

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?

Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts
gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

Mohr Siebeck

Adrian Künzler, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und Lizenziat; 2005–2008 wiss. Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich; 2008 Promotion; seit 2008 Auditor und ausserordentlicher Gerichtssekretär am Bezirksgericht Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-151481-4

ISBN 978-3-16-149858-9

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg/N. gebunden.

Vorwort

„Lassen sich allgemeine Trends in der Kartellrechtsentwicklung der letzten zwanzig Jahre feststellen, so sind diese: (1) der zunehmende Einsatz der Ökonomie bei der Gestaltung und Anwendung des Wettbewerbsrechts und die damit einhergehende Diskussion über die Ziele der Wettbewerbspolitik; (2) eine verstärkte Schwerpunktsetzung bei der – sowohl behördlichen als auch privaten – Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und (3) die Internationalisierung des Wettbewerbsrechts.“

Dieser Satz aus einem Bericht über die „3. Konferenz der Academic Society for Competition Law in Zürich“¹ gibt in komprimierter Form die zentralen Diskussionspunkte zu einem seit den 1990er Jahren in Europa bestehenden Trend zu einer stärkeren ökonomischen Ausrichtung des Wettbewerbsrechts wieder, der unter der Bezeichnung „more economic approach“ auch im nationalen Wettbewerbsrecht erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Angefangen beim Kartell- und Missbrauchsverbot in den Art. 81 und 82 EGV bis hin zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen wird der „ökonomische Ansatz“ herangezogen, um von einer „legalistischen“ Herangehensweise abzurücken und zu „sachgerechteren“ Ergebnissen zu gelangen. Dabei prägen einzelfallbasierte Analysen der Effizienzwirkungen kartellrechtlich tatbestandsmässiger Verhaltensweisen auf der einen Seite und die Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen auf der anderen Seite das Erscheinungsbild der Diskussion um den „more economic approach“.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind die konzeptionellen Grundlagen des „more economic approach“. Dabei geht es im Wesentlichen darum, den „more economic approach“ auf seine rechtspolitische Brauchbarkeit hin zu überprüfen und die Frage nach der Rolle der Ökonomie im Kartellrecht zu beantworten. Während die erste Frage vor allem ökonomische, rechtsphilosophische und erkenntnistheoretische Probleme aufwirft, stehen bei der zweiten juristisch-methodische Überlegungen im Vordergrund. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den rechtspolitischen Stellenwert und die rechtssystematische Stellung des „more economic approach“ innerhalb des europäischen und des – vor allem im verfassungsmässigen Kontext bedeutsamen – schweizerischen Rechtssystems zu bestimmen. Sollte dies gelungen sein, wäre ein Beitrag dazu geleistet, Ökonomie und Kartellrechtswissenschaft einander näher zu bringen und es wäre der Weg

¹ WuW 2008, 1079–1082.

vorgezeichnet, den die weitere Forschung zu Einzelfragen einer Rechtsgestaltung nach dem „more economic approach“ in Zukunft zu beschreiten hätte.

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner dreijährigen Assistenzzeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und lag dieser im Mai 2008 als Dissertation vor. Allen, die mich während dieser Zeit durch ihren Rat und ihre Kritik bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben, möchte ich herzlich danken. An erster Stelle stehen insoweit meine beiden akademischen Lehrer, Herr Professor Dr. iur. Roger Zäch, welcher das Hauptgutachten verfasste, und Herr Professor Dr. iur. Walter Ott, welcher das Zweitgutachten verfasste. Beide haben meine Forschungen zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht gefördert.

Die Voraussetzungen für das Entstehen der Arbeit haben ihren Ursprung in Herrn Professor Dr. iur. Roger Zächs faszinierendem und inspirierendem Unterricht in Lehrveranstaltungen und Seminarien zum schweizerischen und europäischen Kartellrecht, zur juristischen Methodenlehre und zur Rechtstheorie, den ich seit Beginn meines Studiums geniessen durfte. Sein Unterricht sowie seine Arbeiten auf diesen Gebieten haben mein Interesse an der Rechtswissenschaft als analytische, empirische und normative Wissenschaft überhaupt erst geweckt. In seinem Unterricht habe ich darüber hinaus in disziplinübergreifender – insbesondere ökonomischer – und erkenntnistheoretischer Hinsicht unschätzbar Wertvolles gelernt. Packend und horizonterweiternd zugleich war auch der Unterricht von Herrn Professor Dr. iur. Walter Ott zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, der wesentlich zur Möglichkeit beigetragen hat, das vorliegende Thema aus ganzheitlicher Sicht abzuhandeln. Die sehr schöne und lehrreiche Assistenzzeit, welche ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, und die grosse Freiheit, die er mir beim Verfassen der Dissertation gewährte, war eine weitere, für das Entstehen der Arbeit unabdingbare Voraussetzung. Dankbar bin ich schliesslich für die ausgezeichneten Arbeitsbedingungen am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Sie stellen ein Arbeitsmittel zur Verfügung, das jeder Wissenschaftler ersehnt.

Während meiner Assistenzzeit hatte ich mehrfach die Gelegenheit, mit Vertretern und Kritikern des „more economic approach“ zu diskutieren. Für wertvolle Gespräche danken möchte ich an dieser Stelle namentlich Herrn Professor Dr. iur. Reto M. Hilty, Herrn PD Dr. iur. Alexander Brunner, Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Niklaus, Frau Dr. iur. Maria Anna Rea-Frauchiger sowie Herrn Dr. iur. Sven Zimmerlin. Sie alle haben meine Argumentation in der einen oder anderen Weise beeinflusst.

Danken möchte ich zudem den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des Walter Eucken Instituts in Freiburg im Breisgau, insbesondere Herrn Professor Dr. Viktor J. Vanberg und Herrn PD Dr. Michael Wohlgemuth sowie Herrn Dr. h.c. Georg Siebeck für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik“. Dank gebührt ferner

Frau Daniela De Marco für die rasche und sehr kompetente Unterstützung bei den Formatierungsarbeiten.

Last but not least gilt ein ganz besonders herzlicher Dank meinen lieben Eltern und Grosseltern, die meine Ausbildung ermöglicht und stets gefördert haben.

Die Arbeit wurde durch ein Forschungsstipendium der Stiftung EMPIRIS, Zürich, mit einem namhaften Beitrag gefördert und mit dem Issekutz Preis der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ausgezeichnet. Sie befindet sich auf dem Stand vom Januar 2008.

Zürich, im November 2008

Adrian Künzler

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

§ 1 Einleitung	1
A. Gegenstand des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen ...	1
B. Zwecksetzungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	3
C. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik	5
D. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung	7
E. Schematischer Überblick	9
§ 2 Begriffsklärung und Zielsetzungen	10

ERSTER TEIL

Wettbewerbspolitik zwischen Ökonomie und Recht

ERSTES KAPITEL: Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik ..	15
§ 3 Grundelemente der neuen Wettbewerbspolitik	18
A. Der Bezug zum klassischen Utilitarismus	19
B. Die Orientierung an Marktergebnissen	22
C. Das ökonomische Effizienzziel	23
§ 4 Wettbewerbspolitisches Programm	32
A. Instrumentalisierung von Wettbewerb	33
B. Wettbewerbstheoretische Bezüge	36
C. Anforderungen an das Recht	61
D. Beurteilungskriterien	65
Zusammenfassung	65

ZWEITES KAPITEL: Realfaktoren der Wettbewerbspolitik	69
§ 5 Das ökonomische Verhaltensmodell	71
A. Verhalten als rationales und nutzenmaximierendes Handeln	72
B. Der homo oeconomicus als positives Verhaltensmodell	74
C. Behandlung der Präferenzen im Rahmen des ökonomischen Verhaltensmodells	75
D. Grenzen des ökonomischen Verhaltensmodells	76
§ 6 Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt	80
A. Wirtschaftliche Wohlfahrt und ökonomische Effizienz	81
B. Effizienzgewinne und Interventionskosten	95
C. Das Problem der Abwägung	97
D. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	114
Zusammenfassung	140
DRITTES KAPITEL: Idealfaktoren der Wettbewerbspolitik	143
§ 7 Philosophische Grundlagentheorien der Wettbewerbspolitik	145
A. Utilitaristische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	145
B. Konsentheoretische Begründung des ökonomischen Effizienzziels ..	164
C. Pragmatische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	176
D. Ergebnis	180
§ 8 Grenzen des Effizienzdenkens	182
A. Der Grundsatz der Präferenzautonomie	183
B. Effizienzorientierte Wettbewerbspolitik und Rechtssystem	219
C. Demokratisches Verständnis von Wettbewerb	252
Zusammenfassung	256

ZWEITER TEIL

Der axiomatische Charakter von Wettbewerbskonzeptionen

ERSTES KAPITEL:

Das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis	263
---	-----

§ 9 Methoden zur Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnisse	266
--	-----

A. Die axiomatische Methode	266
-----------------------------------	-----

B. Die empirische Methode	270
---------------------------------	-----

§ 10 Der Begriff der wissenschaftlichen Erkenntnis	274
--	-----

A. Der Erkenntnisbegriff als Festsetzung	274
--	-----

B. Wissenschaftliche Erkenntnis	275
---------------------------------------	-----

ZWEITES KAPITEL:

Die Unbeweisbarkeit von Wettbewerbskonzeptionen	277
---	-----

§ 11 Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als Festsetzung	278
---	-----

A. Feststellende Definitionen	278
-------------------------------------	-----

B. Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als synthetisch- semantische Definition	282
---	-----

§ 12 Folgerungen für die Wettbewerbspolitik	285
---	-----

A. Der „axiomatische“ Charakter von Wettbewerbskonzeptionen	285
---	-----

B. Wettbewerbskonzeptionen als Entwürfe	286
---	-----

Zusammenfassung	289
-----------------------	-----

DRITTER TEIL

Die kartellrechtlichen Bestimmungen

ERSTES KAPITEL: Allgemeine Grundlagen	295
---	-----

§ 13 Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben des Kartellrechts	297
--	-----

A. Gegenwärtiger Meinungsstand	298
B. Individualschutz und Institutionsschutz als Erscheinungsformen desselben Phänomens	301
C. Ergebnis	307
 § 14 Zweck der kartellrechtlichen Bestimmungen	310
A. Rechtslage in der Schweiz	310
B. Rechtslage in der Europäischen Union	319
Zusammenfassung	323
 ZWEITES KAPITEL: Die einzelnen Tatbestände des Kartellrechts .	325
 § 15 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG, Art. 81 EGV)..	327
A. Einführung und Überblick	327
B. Analyse von Wohlfahrtsauswirkungen	328
C. Beurteilung von Kernbeschränkungen	365
 § 16 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG, Art. 82 EGV)	399
A. Einführung und Überblick	399
B. Marktbeherrschung	400
C. Missbrauch	452
 § 17 Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9–11 KG, FKVO)	478
A. Einführung und Überblick	478
B. Marktbeherrschungs- und SIEC-Test	479
C. Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	500
Zusammenfassung und Erkenntnisse	513
 § 18 Verfahren in Wettbewerbssachen	515
A. Einführung und Überblick	515
B. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach dem „more economic approach“	516
C. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach geltendem Recht	528
D. Abgleichung von Zivil- und Verwaltungsverfahren	533

Schlussbemerkungen	536
A. Leistungsfähigkeit des „more economic approach“	537
B. Die Rolle der Ökonomie im Kartellrecht	537
C. Ökonomische Analysen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht	538
Literaturverzeichnis	539
Personenregister	569
Sachregister	571

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
§ 1 Einleitung	1
A. Gegenstand des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen ...	1
I. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem	1
II. Sicherung von Wettbewerb durch das Recht	1
III. Beseitigung von staatlichen und privaten Wettbewerbs- beschränkungen	2
IV. Regelungsgegenstand	2
B. Zwecksetzungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	3
C. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik	5
D. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung	7
E. Schematischer Überblick	9
§ 2 Begriffsklärung und Zielsetzungen	10

ERSTER TEIL

Wettbewerbspolitik zwischen Ökonomie und Recht

ERSTES KAPITEL: Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik ..	15
§ 3 Grundelemente der neuen Wettbewerbspolitik	18
A. Der Bezug zum klassischen Utilitarismus	19
I. Der Konsequentialismus	20
II. Das Utilitätsprinzip	20
III. Der Wertmonismus	21

B. Die Orientierung an Marktergebnissen	22
C. Das ökonomische Effizienzziel	23
I. Das Problem der Quantifizierung und der Vergleichbarkeit individueller Nutzensvorstellungen	24
II. Die wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien	26
1. Paretoeffizienz	26
a) Das Pareto-Kriterium	26
b) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz	27
c) Kritik	27
2. Kompensationskriterien	29
a) Das Kaldor/Hicks-Kriterium	29
b) Das Kriterium der Reichtumsmaximierung	30
c) Kritik	30
§ 4 Wettbewerbspolitisches Programm	32
A. Instrumentalisierung von Wettbewerb	33
I. Formales und materielles Verständnis von Wettbewerb	33
II. Ökonomische Vorteilhaftigkeit und Wettbewerbsfreiheit	35
B. Wettbewerbstheoretische Bezüge	36
I. Ursprünge der neueren Wettbewerbstheorie	37
1. Modell der vollkommenen Konkurrenz	37
2. Preistheoretische Revolution	38
3. Evolutionstheoretische Ansätze zur Erklärung des Phänomens Wettbewerb	38
a) Wettbewerb als Prozess der schöpferischen Zerstörung	39
b) Wettbewerb der Bahnbrecher und der Nachahmer	39
c) Markphasentheorie	40
II. Der wohlfahrtsökonomische Ansatz	40
1. Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs („workable competition“)	40
a) Grundlagen	40
b) Statische „workable competition“ („second-best-solution“)	41
c) Dynamische „effective competition“ („first-best-solution“)	42
d) Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität	44
e) Kritik	46
2. Klassische Industrieökonomik (Industrial Organization)	47
a) Grundlagen	47
b) Kritik	49
3. Chicago School of Antitrust Analysis	49
a) Grundlagen	49
b) Kritik	51

4. Neue theoretische Industrieökonomik	51
III. Der systemtheoretische Ansatz	53
1. „Freie Konkurrenz“ der klassischen Nationalökonomie	53
a) Grundlagen	53
b) Kritik	54
2. Ordoliberalismus	54
a) Grundlagen	54
b) Kritik	55
3. Konzept der Wettbewerbsfreiheit	56
a) Systemtheoretischer Ansatz Hoppmanns	56
b) Erweiterter systemtheoretischer Ansatz	57
4. Kritik am Konzept der Wettbewerbsfreiheit	58
IV. Ergebnis	60
C. Anforderungen an das Recht	61
I. Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	61
II. Universeller Anspruch	63
III. Ökonomisierung der Rechtsanwendung	64
D. Beurteilungskriterien	65
Zusammenfassung	65
 ZWEITES KAPITEL: Realfaktoren der Wettbewerbspolitik	 69
§ 5 Das ökonomische Verhaltensmodell	71
A. Verhalten als rationales und nutzenmaximierendes Handeln	72
I. Das Konzept der Rationalität	73
II. Das Konzept der Maximierung	73
B. Der homo oeconomicus als positives Verhaltensmodell	74
C. Behandlung der Präferenzen im Rahmen des ökonomischen Verhaltensmodells	75
D. Grenzen des ökonomischen Verhaltensmodells	76
I. Unrealistische Annahmen	76
II. Der homo oeconomicus als Modell zur Voraussage zukünftiger Marktergebnisse	78

§ 6 Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt	80
A. Wirtschaftliche Wohlfahrt und ökonomische Effizienz	81
I. „Effizienzen“ und Theorie des „second-best“	81
1. Saldierung von wohlfahrtssteigernden und wohlfahrts-	
mindernden Effizienzen	81
2. Partialanalytischer „second-best“-Ansatz	84
II. Der Effizienzbegriff	87
1. Arten von Effizienzen	87
2. Operationalisierung von wirtschaftlicher Wohlfahrt mithilfe	
des Effizienzkriteriums	89
III. Erfassung von Effizienzen	91
B. Effizienzgewinne und Interventionskosten	95
C. Das Problem der Abwägung	97
I. Bewertung von Vor- und Nachteilen	98
II. Auswirkungen auf Dritte	102
1. Ideelle Auswirkungen	103
2. Dynamische Auswirkungen	105
III. Bewertungsmaßstab	107
1. Der Gesamtwohlfahrtstandard („total surplus“)	108
2. Der Konsumentenwohlfahrtstandard („consumer surplus“)...	109
3. Konsumentenwohlfahrt oder Gesamtwohlfahrt?	109
4. „Second-best“-Effekte	111
D. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	114
I. Die Theorie komplexer Phänomene	114
1. Einfache und komplexe Phänomene	114
2. „Als-Ob-Behandlung“ organisiert-komplexer Phänomene	117
3. Die makrosozialen Probleme als organisiert-komplexe	
Phänomene	119
II. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	121
1. Wettbewerb als organisiert-komplexes Phänomen	121
2. Wettbewerb als dynamischer Prozess	122
3. Unvorhersehbarkeit von Marktergebnissen	123
a) Spontane Ordnung und zentrale Planvorgabe	123
b) Die Rolle von „wissenschaftlichen Gesetzen“ in der	
Theorie des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren	125
c) Die Annahme der prinzipiellen Umkehrbarkeit ökonomischer	
Prozesse	125
III. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen	127

1. Orientierung an den Voraussetzungen von Wettbewerb	128
2. Gewährleistung von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit als tatsächliche Voraussetzung für Wettbewerb	128
3. Interessenabwägung als Beurteilungsgrundlage	129
IV. Ergebnis	131
1. Vermeidung von Werturteilen und operables Referenzsystem ..	132
2. Vereinbarkeit mit neueren Markttheorien und Notwendigkeit des Rückgriffs auf Marktergebnisse	133
3. Vermeidung von Zielkonflikten	137
Zusammenfassung	140
 DRITTES KAPITEL: Idealfaktoren der Wettbewerbspolitik	143
 § 7 Philosophische Grundlagender neuen Wettbewerbspolitik	145
A. Utilitaristische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	145
I. Der Utilitarismus als normative Ethik	145
1. Allgemeines	145
2. Handlungs- und Regelutilitarismus	146
II. Ökonomische Effizienz und utilitaristische Nützlichkeit	147
1. Das Prinzip der Reichtumsmaximierung	147
2. Unterschiede zum utilitaristischen Nützlichkeitsprinzip	148
3. Folge der fehlenden Zielidentität zwischen ökonomischer Effizienz und utilitaristischem Nutzen	150
III. Bewertung des Utilitarismus	151
1. Das Problem der Quantifizierung und des interpersonellen Nutzenvergleichs	151
a) Objektive Bedürfnishierarchien	152
b) Introspektion	153
c) Handlungsindikatoren	155
2. Die Problematik der individuellen Rechte	156
a) Individuelle Rechte und Regelutilitarismus	158
b) Gewichtungsfaktoren	160
c) Präferenzbeeinflussung	161
B. Konsens theoretische Begründung des ökonomischen Effizienzziels ..	164
I. Natürliche Unwissenheit in der Ausgangssituation	166
II. Künstliche Unwissenheit in der Ausgangssituation	169
1. Der Gedanke der Unparteilichkeit bei der Entscheidung ethischer Probleme	170

2. Ableitung des Utilitarismus	171
3. Konsequenzen für eine effizienzorientierte Wettbewerbspolitik	172
C. Pragmatische Begründung des ökonomischen Effizienzziels	176
D. Ergebnis	180
§ 8 Grenzen des Effizienzdenkens	182
A. Der Grundsatz der Präferenzautonomie	183
I. Uneingeschränkte Präferenzautonomie	184
1. Präferenzautonomie und „welfarismus“	184
2. Positive und normative Bedeutung der Präferenzautonomie ..	185
3. Normative Bedeutung der Präferenzautonomie	186
a) Präferenzautonomie als Mittel für ökonomische Effizienz	186
b) Präferenzautonomie als liberales Prinzip	187
4. Grenzen der Präferenzautonomie	189
II. Normative Implikationen	190
1. Das Problem der Wertneutralität	190
2. Externe Effekte und Modifikationen der Präferenzautonomie .	191
a) Externe Effekte	191
b) Zugeständnisse von Utilitaristen	193
III. Grenzen der Präferenzautonomie	195
1. Entwicklung des Kartellrechts	195
a) Freiheitssicherung Dritter	195
b) Freiheitssicherung gegen den Willen der Einzelnen	198
2. Das Problem der wirtschaftlichen Macht	201
3. Das Gleichheitsprinzip	203
4. Wohlfahrtssteigerung durch Präferenzbeeinflussung	206
5. Abwägung von Handlungsfreiheiten	209
a) Fehlen eines einheitlichen Beurteilungsmassstabes	210
b) Interessenabwägung und ökonomisches Effizienzkalkül	213
IV. Ergebnis	218
B. Effizienzorientierte Wettbewerbspolitik und Rechtssystem	219
I. Der Wert der Rechtssicherheit	220
1. Rechtssicherheit als Wertidee innerhalb des Rechts	220
a) Orientierungssicherheit	221
b) Stabilität des Rechts	222
c) Wohlfahrtsauswirkungen	222

2. Rechtssicherheit in der neuen Wettbewerbspolitik	223
a) Unsicherheiten in der Wirtschaftswissenschaft	223
b) Folgen für die Rechtssicherheit	225
II. Einschränkung des Anwendungsbereichs von Kartellgesetzen ...	226
1. Verbesserung der Entscheidungsqualität	226
2. Rechtliche Implikationen	227
III. Die neue Wettbewerbspolitik als Gesetzgebungstheorie	229
1. „Rule of reason“ und Per-se-Verbote	231
2. Funktionale Abgrenzung	233
a) Demokratische Legitimation des Gesetzgebers	234
b) Gewährleistung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit durch den Gesetzgeber	236
c) Kompetenz des Gesetzgebers	237
d) Relativierung der funktionalen Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung	239
3. Stellenwert von ökonomischen Analysen in der Rechtsanwendung	242
4. Rechtsdogmatische Abgrenzung	243
a) Gesetzesauslegung	244
b) Rechtsfortbildung	248
5. Ergebnis	250
C. Demokratisches Verständnis von Wettbewerb	252
Zusammenfassung	256

ZWEITER TEIL

Der axiomatische Charakter von Wettbewerbskonzeptionen

ERSTES KAPITEL:

Das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis	263
§ 9 Methoden zur Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnisse	266
A. Die axiomatische Methode	266
I. Charakterisierung der axiomatischen Methode	266
II. Die Axiome im Besonderen	268
B. Die empirische Methode	270
I. Charakterisierung der empirischen Methode	270
II. Empirische Aussagen im Besonderen	272

§ 10 Der Begriff der wissenschaftlichen Erkenntnis	274
A. Der Erkenntnisbegriff als Festsetzung	274
B. Wissenschaftliche Erkenntnis	275
ZWEITES KAPITEL:	
Die Unbeweisbarkeit von Wettbewerbskonzeptionen	277
§ 11 Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als Festsetzung	278
A. Feststellende Definitionen	278
I. Arten von feststellenden Definitionen	278
II. Analytisch-semantische Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt?	279
III. Sacherklärung der wirtschaftlichen Wohlfahrt?	281
B. Die Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt als synthetisch- semantische Definition	282
I. Sprachliche Festsetzungen als Postulate	282
II. Der Begriff der wirtschaftlichen Wohlfahrt als Postulat	283
§ 12 Folgerungen für die Wettbewerbspolitik	285
A. Der „axiomatische“ Charakter von Wettbewerbskonzeptionen	285
B. Wettbewerbskonzeptionen als Entwürfe	286
Zusammenfassung	289

DRITTER TEIL

Die kartellrechtlichen Bestimmungen

ERSTES KAPITEL: Allgemeine Grundlagen	295
§ 13 Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben des Kartellrechts	297
A. Gegenwärtiger Meinungsstand	298
I. Institutionsschutz als Zweck des Kartellgesetzes	298
1. Reiner Institutionsschutz	298

2. Individualschutz als Reflex des Institutionsschutzes	299
3. Unvereinbarkeit von Individualschutz und Institutionsschutz	299
4. Institutionsschutz als alleinige Aufgabe der Wettbewerbs- behörden	300
II. Individualschutz und Institutionsschutz als Zweck des Kartellgesetzes	300
B. Individualschutz und Institutionsschutz als Erscheinungsformen desselben Phänomens	301
I. Bestandsaufnahme	301
II. Begriffliche Klarstellungen	303
1. Institutionsschutz	303
2. Individualschutz und Institutionsschutz	303
3. Individualschutz	305
C. Ergebnis	307
§ 14 Zweck der kartellrechtlichen Bestimmungen	310
A. Rechtslage in der Schweiz	310
I. Grundlagen	310
II. Historische Entwicklung des Kartellrechts	311
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	313
1. Schutz der individuellen Wirtschaftsfreiheit	313
2. Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten	314
3. Verhinderung von volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen	314
IV. Gesetzliche Grundlagen	316
1. Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung	316
2. Materiellrechtliche Neuerungen der Kartellgesetz- revision 2003	316
3. Botschaft 1994	317
V. Ergebnis	318
B. Rechtslage in der Europäischen Union	319
I. Aufgaben und Ziele des EG-Vertrags	319
II. Aufgaben und Ziele nach dem Vertrag von Lissabon	321
III. Ergebnis	323
Zusammenfassung	323

ZWEITES KAPITEL: Die einzelnen Tatbestände des Kartellrechts .	325
§ 15 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG, Art. 81 EGV) ..	327
A. Einführung und Überblick	327
B. Analyse von Wohlfahrtsauswirkungen	328
I. Der Begriff der Wettbewerbsabrede	328
1. Ökonomische Debatte	328
a) Grundlagen	328
b) Wohlfahrtsverluste durch Anknüpfung an Handlungsfreiheiten ...	329
c) Kritik	330
2. Juristische Beurteilung	332
a) Widerspruch zu den Vorschriften über unzulässige Wettbewerbsabreden	333
b) Wettbewerbsbeeinträchtigende und wettbewerbsintensivierende Abreden	336
II. Erheblichkeit	338
1. Ökonomische Debatte	338
a) Grundlagen	338
b) Das Konzept der Marktmacht	339
c) Kritik	340
2. Juristische Beurteilung	341
a) Rezeption des Marktmachtkonzepts	341
b) Definition der Erheblichkeit durch die Bekanntmachung	344
c) Vereinbarkeit mit der Gesetzessystematik	345
d) Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck	348
III. Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz	350
1. Ökonomische Debatte	350
a) Grundlagen	350
b) Wohlfahrtsökonomische Interpretation der Freistellungsgründe ...	351
c) Kritik	354
2. Juristische Beurteilung	359
a) Zweckkonforme Auslegung der Freistellungsvoraussetzungen	359
b) Zur Frage der Beweislast	361
C. Beurteilung von Kernbeschränkungen	365
I. Ökonomische Debatte	365
1. Grundlagen	365
2. Wohlfahrtsverluste durch Untersagung von Kernbeschränkungen	366
3. Kritik	370
II. Juristische Beurteilung	373
1. Rechtslage in der Schweiz	373

a) Grundlagen	373
b) Rezeption der ökonomischen Debatte im Buchpreisbindungsfall ...	374
aa) Sachverhalt und Beurteilung des Bundesgerichts	374
bb) Kritik am Urteil des Bundesgerichts	376
c) Beurteilung nach geltender Rechtslage	378
aa) Klarstellung der gesetzlichen Wertung in Art. 5 Abs. 4 KG	378
bb) Klarstellung durch die revidierte Vertikalbekanntmachung	379
cc) Schutz des Intra-brandwettbewerbs	383
aaa) Institutionelle Bedeutung	383
bbb) Individualrechtliche Bedeutung	384
ccc) Abwägung von Handlungsfreiheiten	387
dd) Massgeblichkeit des gesetzlichen Wertentscheids	389
2. Rechtslage in der Europäischen Union	390
a) Grundlagen	390
b) Der Fall Syfait/GlaxoSmithKline	391
c) Kritik	393
aa) Beschränkung des Preiswettbewerbs	393
bb) Beeinträchtigung der Innovation	394
cc) Folgen für die wirtschaftliche Wohlfahrt	396
dd) Widerspruch zur gesetzlichen Wertung	398
§ 16 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG, Art. 82 EGV)	399
A. Einführung und Überblick	399
B. Marktbeherrschung	400
I. Marktbestimmung	400
1. Ökonomische Debatte	400
a) Grundlagen	400
b) Ökonomische Marktbestimmung	402
aa) Systemmarkttheorie	402
bb) Spiegelbildtheorie	405
cc) Bestimmung der Marktgegenseite	406
c) Kritik	406
aa) Systemmarkt- und Spiegelbildtheorie	406
bb) Bestimmung der Marktgegenseite	408
2. Juristische Beurteilung	410
a) Systemmarkttheorie	410
aa) Rechtslage in der Schweiz – Der Fall Minolta	410
aaa) Erwägungen der Wettbewerbskommission	410
bbb) Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	412
ccc) Kritik	413
bb) Rechtslage in der Europäischen Union	414
cc) Rechtliche Beurteilung von Sekundärmärkten	415
aaa) Institutionelle Bedeutung des Wettbewerbs	415

bbb) Individualrechtliche Bedeutung des Wettbewerbs	417
ccc) Vermeidung von Nichtentscheiden	418
b) Spiegelbildtheorie	418
aa) Rechtslage in der Schweiz	418
bb) Rechtslage in der Europäischen Union	419
cc) Rechtliche Beurteilung von Nachfragemacht	419
c) Bestimmung der Marktgegenseite	421
3. Vornahme enger Marktabgrenzungen	422
II. Beherrschende Stellung	423
1. Ökonomische Debatte	423
a) Grundlagen	423
b) Beurteilung von Marktmacht in der Ökonomie	425
c) Kritik	425
2. Juristische Beurteilung	426
a) Rechtslage in der Schweiz	426
aa) Das Konzept der relativen Marktmacht	428
aaa) Allgemeines	428
bbb) Zur Kritik aus Sicht des „more economic approach“	429
(1) Der Beherrschungsgrad als Aufgreifkriterium	429
(2) Schutzwürdigkeit wirtschaftlich abhängiger Unternehmen	431
ccc) Kriterien zur Beurteilung relativer Marktmacht	432
(1) „Marktstrukturell“ bedingte Abhängigkeiten	432
(2) Fehlen von ausreichenden oder zumutbaren Ausweichmöglichkeiten	435
(3) Sortiments- und unternehmensbedingte Abhängigkeit	437
(4) Fallgruppen relativer Abhängigkeit	439
ddd) Vermeidung von Struktur- und Sozialschutz	440
(1) Problemstellung	440
(2) Erfassung individueller Abhängigkeiten	442
(3) Ausschluss selbstverschuldeter Abhängigkeiten	444
eee) Angebots- und Nachfragemacht	447
bb) Überragende Marktstellung	448
b) Rechtslage in der Europäischen Union	449
3. Weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals der beherrschenden Stellung	452
C. Missbrauch	452
I. Allgemeine Beurteilungskriterien	452
1. Ökonomische Debatte	452
a) Grundlagen	452
b) Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	453
aa) Schutz der Konsumentenwohlfaht	453
bb) Referenzmassstab des „ebenso effizienten Wettbewerbers“	455
cc) Effizienzeinwand	456

a) Kritik	456
aa) Schutz der Konsumentenwohlfahrt	456
bb) Referenzmassstab des „ebenso effizienten Wettbewerbers“	458
cc) Effizienzeinwand	461
2. Juristische Beurteilung	462
a) Unvereinbarkeit mit den Missbrauchsvorschriften	462
b) „Selektive Geltung“ der Wettbewerbsfreiheit?	466
II. Beurteilung einzelner Praktiken	467
1. Allgemeines	467
2. Einzelne Fallgruppen	469
a) Kampfpreisstrategien	469
aa) Beurteilung nach dem „more economic approach“	469
bb) Kritik	470
b) Geschäftsverweigerungen	472
aa) Beurteilung nach dem „more economic approach“	472
bb) Kritik	473
3. Weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Missbrauchs ..	476
§ 17 Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9–11 KG, FKVO)	478
A. Einführung und Überblick	478
B. Marktbeherrschungs- und SIEC-Test	479
I. Ökonomische Debatte	479
1. Grundlagen	479
2. Kollektive Marktbeherrschung und nicht-koordinierte Effekte	480
a) Kollektive Marktbeherrschung	480
b) Koordinierte und nicht-koordinierte Effekte	482
3. Fortentwicklung der traditionellen Wettbewerbskonzeption ..	483
II. Juristische Beurteilung	484
1. Rechtslage in der Europäischen Union	484
a) Nicht-koordinierte Effekte vor und nach der Reform	484
b) Tragweite des materiellen Prüfungskriteriums	486
2. Rechtslage in der Schweiz	489
a) Marktbeherrschung	489
aa) Qualifizierte Marktbeherrschung des Art. 10 Abs. 2 KG	489
bb) Auswirkungen der Änderung von Art. 4 Abs. 2 KG auf die Zusammenschlusskontrolle	492
b) Nicht-koordinierte Effekte in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle	495
aa) Unzulässigkeit der Erfassung nicht-koordinierter Effekte?	495
bb) Fortentwicklung der traditionellen Wettbewerbskonzeption ...	496

cc) Analytische Trennung koordinierter und nicht-koordinierter Effekte	497
dd) Fehlendes Erfordernis der Koordination im Gesetz	498
ee) Normzweckkonforme Auslegung	499
C. Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	500
I. Ökonomische Debatte	500
1. Beurteilung von Wohlfahrtsauswirkungen	500
2. Kritik	501
a) Das Problem der Zukunftsprognose	501
b) Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ..	504
aa) Vorteile für die Verbraucher	504
bb) Fusionspezifische Effizienzvorteile	505
cc) Nachprüfbarkeit	507
II. Juristische Beurteilung	508
1. Verhältnis zu Art. 81 Abs. 3 EGV bzw. Art. 5 Abs. 2 KG	508
2. Fehlende Anknüpfungspunkte im geltenden Recht	510
a) Rechtslage in der Schweiz	510
b) Rechtslage in der Europäischen Union	512
Zusammenfassung und Erkenntnisse	513
§ 18 Verfahren in Wettbewerbssachen	515
A. Einführung und Überblick	515
B. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach dem „more economic approach“	516
I. Ausgangslage	516
II. Trennung von Individual- und Institutionsschutz	519
III. Kritik	520
1. Untrennbarkeit von Individual- und Institutionsschutz	521
2. Vermeidung widersprüchlicher Beurteilungen	522
3. Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung	524
C. Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren nach geltendem Recht	528
I. Verwaltungsrechtliches Verfahren	530
II. Zivilrechtliches Verfahren	531
D. Abgleichung von Zivil- und Verwaltungsverfahren	533

Schlussbemerkungen	536
A. Leistungsfähigkeit des „more economic approach“	537
B. Die Rolle der Ökonomie im Kartellrecht	537
C. Ökonomische Analysen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht	538
Literaturverzeichnis	539
Personenregister	569
Sachregister	571

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, unterteilt in die Teile L (Loi, verbindliche Erlasse) und C (Communication, unverbindliche Mitteilungen)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (bis 1947: Eidgenössische Gesetzessammlung, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
Botschaft 1961	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl 1961 II 553-619
Botschaft 1981	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl 1981, 1293-1391
Botschaft 1994	Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468-657
Botschaft 2001	Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022-2057
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
Corp.	Corporation
d. Verf.	der Verfasser
E.	Erwägung(en)
e.V.	eingetragener Verein
EAGCP	European Advisory Group on Competition Policy
ECLR	European Competition Law Review (London)
EFTA-Übereinkommen	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 0.632.31)
EG	Europäische Gemeinschaften

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUR	Euro
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende Seite(n)
FHA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401)
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl 2004 L 24/1)
Fn	Fussnote
FTC	Federal Trade Commission (USA)
GA	Generalanwalt
gl. M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil (Weinheim)
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Inc.	Incorporated
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IT	Informationstechnologie
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KG 62	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (AS 1964, 53 ff.)
KG 85	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (AS 1986, 874 ff.)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KZR	Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Kartellsachen (BGH)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels) du 6 octobre 1995 (SR 251)

lit.	litera, literae (Buchstabe)
Ltd.	Limited
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweis; mit Nachweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
No.	Numéro
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ÖKartG	Österreichisches Kartellgesetz
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Stuttgart)
ParLG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
Randnr.	Randnummer
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
Reko/Wef	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (bis. 31. Dezember 2006; ab 1. Januar 2007 Bundesverwaltungsgericht)
resp.	respektive
Rn	Randnummer
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden (Bern)
Rs.	Rechtssache(n)
Rz	Randziffer; Randziffern
S.	Satz
SA	Société anonyme
Sec.	Section
Serv.	Service(s)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Bern/Zürich)
SIEC-Test	„Significant Impediment to Effective Competition“-Test
SLC-Test	„Substantial Lessening of Competition“-Test
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	so genannt/e
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung)
StR	Ständerat
u.a.	und andere/unter anderem
U.S.	United States Supreme Court Reports
u.s.f.	und so fort
u.U.	unter Umständen
US	United States

USA	United States of America
usw.	und so weiter
uvm.	und vieles mehr
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1998 (SR 241)
v. Chr.	vor Christus
v./vs.	versus
vgl.	vergleiche
VKKP	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (Bern)
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAK NR	Protokolle der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (vertraulich, deshalb keine namentliche Nennung der jeweiligen Sprecher)
Weko/WEKO	Eidgenössische Wettbewerbskommission
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Zeitschrift für Ausbildung und Hochschulkontakt (München)
World Competition	Law and Economics Review (Brüssel)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Züricherische Rechtsprechung (Zürich)

§1 Einleitung

A. Gegenstand des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

I. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem

In allen arbeitsteiligen und besonders in höher entwickelten Wirtschaften ist es erforderlich, das Zusammenwirken der wirtschaftlich Tätigen zu koordinieren, d.h. das Wirtschaften mit knappen Mitteln menschenwürdig zu organisieren. Die Staaten der EU und der EFTA, wichtige Staaten Osteuropas sowie die ausereuropäischen OECD-Staaten haben sich für den freien Wettbewerb als grundsätzliches Koordinationssystem entschieden. Damit ist in fast allen Staaten die Wirtschaft heute weit gehend Sache privater Unternehmen. Die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Privaten sollen unter Wettbewerbsbedingungen erfolgen. Jahrzehntelange Erfahrung zeigt, dass die Bedürfnisse der Gesellschaft grundsätzlich am besten unter Wettbewerbsbedingungen befriedigt und unter Wettbewerbsbedingungen wirtschaftlicher und sozialer Wohlstand am ehesten erreicht werden kann. Zwar vermag Wettbewerb nicht alle gesellschaftlichen Werte zu verwirklichen. Dennoch dürfte die Wettbewerbswirtschaft im Vergleich zu anderen Organisationsformen der Wirtschaft (Plan, Gruppenvereinbarung) gleichwohl die bessere Ausgangsbasis sein, da negative Ergebnisse im Wettbewerbssystem etwa mit Massnahmen der Umwelt-, Sozial- und Wirtschaftspolitik relativ einfach korrigiert werden können.

II. Sicherung von Wettbewerb durch das Recht

Ist Wettbewerb tatsächlich wirksam, haben längerfristig nur Angebote, die ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis aufweisen, Erfolg auf den Märkten. Unternehmen, die unter Wettbewerbsdruck stehen, müssen sich daher laufend darum bemühen, das Preis-Leistungs-Verhältnis ihrer Angebote zu verbessern oder Angebote mit entsprechendem Preis-Leistungs-Verhältnis zu schaffen. Aufgrund dieses Preis- bzw. Margendruckes ist Wettbewerb für die betroffenen Un-

ternehmen *anstrengend*. Zudem beinhaltet Wettbewerb für die Unternehmen stets *Risiken*. Unternehmen werden deshalb versuchen, diesen Druck bzw. diese Risiken zu beschränken oder gar auszuschalten. Staaten, die Wettbewerb wollen, sind aus diesem Grund gezwungen, Wettbewerb zu gewährleisten.

III. Beseitigung von staatlichen und privaten Wettbewerbsbeschränkungen

Die Gewährleistung von Wettbewerb ist einerseits durch die Beseitigung *staatlicher* Vorschriften, die den Wettbewerb beschränken, insbesondere den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital sowie den zwischenstaatlichen Verkehr von Arbeitnehmenden verhindern oder behindern, zu erreichen.¹ Andererseits sind rechtliche Vorschriften zur Verhinderung von rechtswidrigen Beschränkungen des Wettbewerbs durch *Private* erforderlich. Denn wer Wettbewerb durch Beseitigung staatlicher Beschränkungen fördern will, kann nicht zulassen, dass Private an die Stelle staatlicher Beschränkungen private Beschränkungen des Wettbewerbs setzen.²

IV. Regelungsgegenstand

Für die heute in vielen Ländern geltenden Bestimmungen gegen private Wettbewerbsbeschränkungen war und ist das Recht der USA massgebend. In den USA begann die Entwicklung 1890 mit dem Erlass des Sherman Acts. 1914 folgte der Erlass des Clayton Acts. Nach 1945 kam es unter dem Druck der USA zum Erlass von wirksamen Bestimmungen gegen private Wettbewerbsbeschränkungen in Europa: 1951 in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1957 im damaligen Westdeutschland und in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. In den USA wurden zuerst Vorschriften gegen wettbewerbsbeschränkende Abreden, das so genannte Kartellrecht, entwickelt. Sodann wurden Vorschriften zur Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, also des „big business“, erlassen. Vorschriften zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen erfolgten erst Jahre später. Die Entwicklung des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen erfolgte auch in der EU und in der Schweiz schrittweise.

¹ Innerhalb der EU sind diese Hindernisse seit Langem beseitigt (Art. 23 ff., 28 f. 39, 43 ff., 49 ff., 56 ff. EGV); In der Schweiz steht zurzeit der Abbau von technischen Handelshemmnissen im Brennpunkt des Interesses, vgl. AB StR 2006, 707 (Interpellation Hess, Cassis de Dijon).

² FHA Art. 22 f.; EFTA-Übereinkommen Art. 18; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 2.

Die Bestimmungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen richten sich, wie schon ihre Bezeichnung zum Ausdruck bringt, nicht gegen die in den wettbewerbspolitischen Ausnahmereichen bestehenden staatlichen Beschränkungen des Wettbewerbs und sollen auch nicht wirtschaftlich richtiges Verhalten vorschreiben, wie dies in einer Planwirtschaft erforderlich ist. Durch sie soll vielmehr verhindert werden, dass Private selbst den Wettbewerb in rechtswidriger Weise beschränken.

In der Schweiz und teilweise auch in der EU wird das Recht gegen private Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Begriff „Kartellrecht“ bezeichnet. Der Begriff „Kartellrecht“ erfasst genau besehen nur Wettbewerbsbeschränkungen zwischen konkurrierenden Unternehmen derselben Marktstufe. In der Schweiz wurde der Begriff vom Gesetzgeber seit 1962 verwendet und 1995 auch für das damals vollständig revidierte Kartellgesetz beibehalten, obwohl dieses Gesetz neben kartellistischen Wettbewerbsbeschränkungen und der Ausübung von Marktmacht auch generell vertikale Wettbewerbsabreden und Unternehmenszusammenschlüsse erfasst. Der in der schweizerischen Lehre und im schweizerischen Verfassungsrecht eingebürgerte Begriff „Kartellrecht“ (Art. 96 Abs. 1 BV) meint damit das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen in einem umfassenden Sinne und untersagt wettbewerbsbeschränkende Abreden (Art. 5 KG), missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) und bestimmte Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 und 10 KG). Auch im Recht der EU ist mit dem Begriff „Kartellrecht“ das Recht gegen private Wettbewerbsbeschränkungen gemeint.

Mit der Totalrevision des schweizerischen Kartellgesetzes im Jahre 1995 wurde die so genannte Saldomethode, welche die Wettbewerbsbehörden zur Berücksichtigung ausserwettbewerblicher Aspekte verpflichtete, abgeschafft. Solche ausserwettbewerblichen Kriterien (wie etwa kultur-, industrie- oder sozialpolitische Aspekte) dürfen nur durch den Bundesrat berücksichtigt werden (Art. 8 und 11 KG). Die Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden ist damit auf ausschliesslich wettbewerbliche Kriterien beschränkt. Dies ist auch im europäischen Wettbewerbsrecht grundsätzlich der Fall.³

B. Zwecksetzungen des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

Nach den grundlegenden Verfassungsbestimmungen der Schweiz und der EU haben die gesetzlichen Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen zum Ziel, wirtschaftlichen Wohlstand bzw. wirtschaftliche Wohlfahrt zu

³ Vgl. zur Tendenz, auch ausserwettbewerbliche Ziele in die Wettbewerbspolitik zu integrieren, VON WARTENBERG, 55 ff.; REINHARDT, 78 ff.; vgl. auch hinten § 14 B. If.

gewährleisten:⁴ Nach schweizerischem Recht soll die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich im Rahmen einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung, d.h. durch Private im freien Wettbewerb erfolgen (Art. 27, 94 und 96 BV). Das schweizerische Kartellgesetz hat deshalb zum Zweck (Art. 1 KG),

„[...] volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.“

Die Förderung des Wettbewerbs durch das Kartellgesetz wird somit als ein Mittel zur Wahrung und Steigerung der Wohlfahrt angesehen. Dies gilt auch für die EU: Nach Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Dieses System unverfälschten Wettbewerbs steht im Dienste der in Art. 2 EGV formulierten Vertragsziele, soweit sie durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes erreicht werden sollen. Das insoweit überragende Vertragsziel ist die „Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität“ durch Integration der Märkte. Das Gemeinschaftsrecht schützt den Wettbewerb also vor Verfälschungen, weil sich die Gemeinschaft vom Wettbewerb wohlstandssteigernde Wirkungen verspricht.

Mit den gesetzlichen Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen soll wirtschaftlicher Wohlstand bzw. wirtschaftliche Wohlfahrt nach traditioneller Auffassung allerdings nicht *direkt* angestrebt werden. Dies soll vielmehr *indirekt* über die Gewährleistung der Handlungsfreiheit der wirtschaftlichen Akteure geschehen, und zwar auch gegen deren Willen. Besonders deutlich wird dies bei so genannten Kartellverboten. Solche Verbote bezwecken primär die Handlungsfreiheit der Akteure auf den Märkten zu erhalten. Sekundäres Ziel ist es, dadurch den Wettbewerb als Institution und damit wirtschaftlichen Wohlstand bzw. wirtschaftliche Wohlfahrt in der Gesellschaft zu gewährleisten.

Im Zuge des so genannten „more economic approach“ sind in der EU in letzter Zeit rechtliche Vorschriften geschaffen und Meinungen geäußert worden, die dazu führen könnten, dass inskünftig Wettbewerbsbeschränkungen zunehmend direkt unter dem Gesichtspunkt ihrer wirtschaftlichen Ergebnisse beurteilt werden.⁵ Auch in der Schweiz wird unter anderem die Auffassung vertre-

⁴ Wettbewerbspolitik ist ein Teilbereich der Wirtschaftspolitik. Das Hauptziel der Wettbewerbspolitik besteht darin, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu verhindern. Da „wirtschaftliche und soziale Wohlfahrt“ nicht ausschliesslich durch die Wettbewerbspolitik, sondern auch durch andere Bereiche der Wirtschaftspolitik erreicht werden soll, ist im Folgenden lediglich von „wirtschaftlicher Wohlfahrt“ die Rede. Die Begriffe „wirtschaftliche Wohlfahrt“ und „wirtschaftlicher Wohlstand“ werden überdies synonym verwendet.

⁵ Art. 2 FKVO, Begründungserwägung Nr. 29; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 C 31/03, Rz 31, 5–18; Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Absatz 3 EGV, ABl 2004 C 101/08, Rz 13, 33. Mit Blick auf die Reform der Verfahrensregeln hat der

ten, „dass der Zweck des Kartellgesetzes allein in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt“ bestehe.⁶ Mit diesem Ansatz sollen zugleich die ökonomische Betrachtungsweise verstärkt und vermehrt die Marktergebnisse ins Zentrum der Betrachtung gerückt werden. Im Gegensatz zur traditionellen Anschauung hat diese Auffassung zur Folge, dass die Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit als Kriterium zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschlossen wird. Denn die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften wird direkt von einer Beurteilung ihrer ökonomischen Auswirkungen abhängig gemacht. Massgebend soll sein, welche Auswirkungen Wettbewerbsbeschränkungen auf den wirtschaftlichen Wohlstand bzw. die wirtschaftliche Wohlfahrt haben. Wird der wirtschaftliche Wohlstand vermindert, so soll die Verhaltensweise untersagt werden; andernfalls, d.h. bei Wohlstandssteigerung oder bei wohlfahrtsökonomischer Neutralität sowie bei Unsicherheit, soll die Verhaltensweise für zulässig erklärt werden.⁷

C. Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik

Dass ein Rechtsgebiet wie das Kartellrecht einen Bezug zu ökonomischen Fragestellungen aufweist, ist nahe liegend. Das Kartellrecht unterliegt insofern dem Einfluss der Wettbewerbspolitik, als diese ihrerseits von einer bestimmten bzw. von verschiedenen Wettbewerbstheorien geprägt ist. Die Nähe von Recht und Ökonomie auf dem Gebiet des Kartellrechts zeigt sich aber auch in personeller Hinsicht. Häufig gehörten bestimmten Schulen sowohl Ökonomen als auch Juristen an und auch in den Wettbewerbsbehörden sind üblicherweise Juristen und Ökonomen vertreten.

Neu ist demgegenüber die verstärkte Ökonomisierung des Kartellrechts, welche durch die Umsetzung ökonomischer Ansätze, wie sie z.B. die Chicago bzw. Post Chicago School und die Harvard School entwickelt haben, erfolgt. Diese Tendenz hin zu einer Wettbewerbspolitik, welche sich (verstärkt) am Ziel der Effizienz orientiert, steht nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Ent-

damalige zuständige Kommissar Mario Monti in seiner Rede „EU competition policy after May 2004“ anlässlich der Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy formuliert: „In making this revision, we have shifted from a legalistic based approach to an interpretation of the rules based on sound economic principles“, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html> (besucht am 30. Januar 2008); siehe auch SCHMIDTCHEN, Leitbild, 9 ff.; BASEDOW, Leitbilder, 712 m.N.; MÖSCHEL, Juristisches versus ökonomisches Verständnis, 716 f. m.N.; ZIMMER, Kommentar, 715.

⁶ AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 74.

⁷ AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 77 f. sowie AMSTUTZ/REINERT, Marktmacht I, 547–549 mit Hinweisen auf zustimmende Literatur.

wicklung der Ökonomischen Analyse des Rechts, deren Forschungsinteresse sich auf das gesamte Recht, vor allem aber auf das Zivilrecht und teilweise auch auf das Strafrecht erstreckt. Die Ökonomische Analyse des Rechts beschäftigt sich mit der Frage, welche *Folgen* durch Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen in der Wirklichkeit ausgelöst werden. Diese Folgen werden aus ökonomischer Sicht *bewertet* und es werden Aussagen dazu gemacht, wie Recht zu gestalten ist, um ein ökonomisch erwünschtes, d.h. effizientes Ergebnis zu erzielen.⁸ *Effizient* im ökonomischen Sinne sind Folgen, die den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen, *ineffizient* solche, die ihn verringern. Die Aufgabe des Rechtssystems soll es daher sein, Entscheidungen zu treffen, die den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen oder ihn zumindest nicht verringern.

Auf den ersten Blick besitzt das Programm des „more economic approach“ eine Reihe von Vorzügen, die es aus juristischer Sicht besonders interessant machen könnten. Liegt einer *Analyse* von Folgen des Kartellrechts das positive ökonomische Verhaltensmodell zugrunde und erfolgt ihre *Bewertung* auf der Grundlage der normativen Wohlfahrtsökonomik, so liegt darin nicht nur die Aussicht auf verbesserte Kommunikation zwischen Juristen und Ökonomen, sondern auch die Aussicht auf verbesserte Kommunikation von Juristen untereinander. Eine wirksame Wettbewerbspolitik verlangt nach einer Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Judikatur, die den aktuellen Stand ökonomischer Forschung über Wettbewerb und Wettbewerbspolitik reflektiert.⁹ Soweit diese „neue Wettbewerbspolitik“¹⁰ Folgen rechtlicher Regeln auf der Grundlage ökonomischer Modelle prognostiziert, macht sie Aussagen, die grundsätzlich einer empirischen Überprüfung zugänglich sind.¹¹ Die für die Bestimmung des Effizienzziels zentralen Begriffe der Wertschöpfung, Produzentenrente und Konsumentenrente können operationalisiert werden.¹² Und schliesslich liegt es gerade im Bereich des Wettbewerbs nahe, das Recht nach dem Massstab der ökonomischen Effizienz zu gestalten.

Vor dem Hintergrund dieser Vorzüge propagieren Vertreter eines „more economic approach“, dass *ausschliesslich* der Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienz zur Bewertung der Folgen kartellrechtlicher Regeln herangezogen werden sollte.¹³ Dieser Ausschliesslichkeitsanspruch öffnet aber die Tür für juristische Kritik. Denn es gilt zu beachten, dass Unterschiede im methodischen Zugang und im sachlichen Erkenntnisinteresse zwischen Ökonomie und Recht

⁸ Zu den wichtigsten Lehrbüchern der Ökonomischen Analyse des Rechts gehören die Werke von POSNER, *Economic Analysis* und POLINSKY sowie MATHIS und SCHÄFER/OTT; grundlegende und systematische Analysen finden sich auch bei EIDENMÜLLER und VAN AAKEN.

⁹ RÖLLER, Wettbewerbspolitik, 37.

¹⁰ SCHMIDTCHEN, Leitbild, 10.

¹¹ SCHMIDT/VOIGT, 1097 f.

¹² SCHMIDTCHEN, Leitbild, 29 f.

¹³ Vgl. insbesondere SCHMIDTCHEN, Leitbild, 11 ff.

bestehen. Aus diesem Grund haben beide Wissenschaften jeweils eigene Vorstellungen vom Begriff des Wettbewerbs und können zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen gelangen.¹⁴ Und auch innerhalb der beiden Disziplinen bestehen unterschiedliche theoretische Ansätze, welche jeweils unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen. Darüber hinaus stellt sich besonders in westlich orientierten Gesellschaften, die sich seit einem halben Jahrtausend zuerst in Europa, dann auf allen Erdteilen an dem Menschenbild individueller Freiheit und Selbstverantwortung ausrichten, und mit Blick auf die vermehrte Regulierung und die fortgesetzte politische Kontrolle der Wirtschaft die Frage, ob nicht eine Notwendigkeit besteht, die Bedeutung des Wettbewerbs gerade für die Grundrechte und die wirtschaftliche Freiheit zu betonen.

D. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung

Die derzeitigen Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik und die Dynamik der rechtlichen Rahmenbedingungen bilden insofern den Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit. Sie interessiert sich für die Frage, ob ökonomische Effizienz ein für das Kartellrecht attraktives rechtspolitisches Ziel darstellt.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert. Im *Ersten Teil* soll über den Sinn und den Stellenwert des Wettbewerbs in einer freien Gesellschaft nachgedacht werden. Hier ist in einem ersten Schritt dem Wesen der „neuen Wettbewerbspolitik“ auf den Grund zu gehen. Dabei wird auch auf die historischen Bezüge zum klassischen Utilitarismus eingegangen, denn der Utilitarismus spielt in der Diskussion um die normativen Grundlagen der „neuen Wettbewerbspolitik“ eine herausragende Rolle. Im Zentrum der Betrachtung steht sodann das rechtspolitische Programm der „neuen Wettbewerbspolitik“. Es bildet den Gegenstand der Analyse der vorliegenden Arbeit. Diese Analyse beschäftigt sich hauptsächlich mit den konzeptionellen Grundlagen der „neuen Wettbewerbspolitik“: das ökonomische Verhaltenskonzept und der ökonomische Wohlfahrtsbegriff. Bei der Untersuchung dieser Grundlagen stellt sich die Frage, ob die Handlungsempfehlungen der ökonomischen Analyse überhaupt realisierbar sind: Ist wirtschaftliche Wohlfahrt ein handhabbares Entscheidungskriterium? Lässt sich das rechtspolitische Programm der „neuen Wettbewerbspolitik“ so operationalisieren, dass es als Entscheidungsgrundlage für die Beurteilung konkreter Fälle brauchbar ist? Wir werden sehen, dass das rechtspolitische Programm der „neuen Wettbewerbspolitik“ eine Reihe von konzeptionellen Schwächen aufweist. Es besteht die Gefahr, dass diese konzeptionellen Schwächen dazu ausgenutzt werden, das ökonomische Wohlfahrtskalkül ergebnisorientiert zu manipulieren. Zudem wären ausserordentlich komplexe und umfangreiche empi-

¹⁴ MESTMÄCKER, Recht und Ökonomie, 19 ff.; SCHWARZE, 13.

rische Untersuchungen notwendig, um die wohlfahrtsökonomischen Effekte wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen unter Berücksichtigung der dem jeweiligen Einzelfall zugrunde liegenden Tatsachen abzuleiten. Nicht selten wird dabei auch ein wertendes Entscheiden erforderlich.

Deshalb sind anschliessend die Grenzen des Effizienzdenkens in der Wettbewerbspolitik zu ermitteln. Zunächst steht die Frage im Mittelpunkt, warum die Folgen kartellrechtlicher Regeln überhaupt ausschliesslich bzw. vorrangig auf der Basis des ökonomischen Effizienzziels bewertet werden sollen. Zur Beantwortung dieser Frage sind die philosophischen Grundlagen des ökonomischen Effizienzdenkens heranzuziehen. Nur auf dieser Basis kann geprüft werden, wie tragfähig die Argumente sind, mit denen wirtschaftliche Wohlfahrt als primäres Ziel der Wettbewerbspolitik gerechtfertigt wird. Das Ergebnis dieser Untersuchung wird zeigen, dass eine in jeder Hinsicht überzeugende Rechtfertigung des ökonomischen Effizienzdenkens bis jetzt nicht existiert. Sodann sind auch die Rahmenbedingungen unseres Rechtssystems in die Betrachtung miteinzubeziehen. Denn Wettbewerbspolitik spielt sich stets in einem rechtlichen Umfeld ab. Hier wird sich zeigen, dass das ökonomische Effizienzziel (auch) in der Wettbewerbspolitik nur eine begrenzte Rolle spielen kann. Die vielleicht wichtigste These dieser Arbeit lautet deshalb, dass nicht wirtschaftliche Wohlfahrt, sondern die Gewährleistung wirtschaftlicher Handlungsfreiheit das primäre Ziel der Wettbewerbspolitik sein sollte. Bedeutung besitzt die ökonomische Analyse des Kartellrechts demgegenüber vor allem in der Gesetzgebung. Für den Erlass bzw. die Abänderung von Gesetzen sind fundierte ökonomische Kenntnisse notwendig. Weil Wettbewerb ein ökonomisches Phänomen darstellt, muss der Gesetzgeber adäquate ökonomische Theorien berücksichtigen. Denn ohne angemessene Kenntnisse des zu regelnden Gegenstands können keine guten Gesetze entstehen. Doch auch der Gesetzgeber hat gewisse Rechtsprinzipien zu beachten, zum Beispiel den Grundsatz, dass Rechtsregeln voraussehbar sein müssen.

Im *Zweiten Teil* dieser Arbeit wird auf das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis eingegangen. Vor allem Ökonomen stellen sich bisweilen auf den Standpunkt, nur eine dem letzten Stand (industrie-)ökonomischer Forschung folgende Wettbewerbspolitik sei eine „richtige“ Wettbewerbspolitik. Die Frage nach der Wahrheit einer bestimmten Wettbewerbskonzeption kann allerdings nicht in dieser Absolutheit beantwortet werden. Wettbewerbsdefinitionen besitzen einen axiomatischen Charakter, sie sind unbeweisbar. Aus diesem Grund ist eine bestimmte Deutung des Phänomens Wettbewerb vorzunehmen, die den gegebenen Rahmenbedingungen entspricht. Aufgrund dieser Deutung sind die Wettbewerbsregeln zu interpretieren.

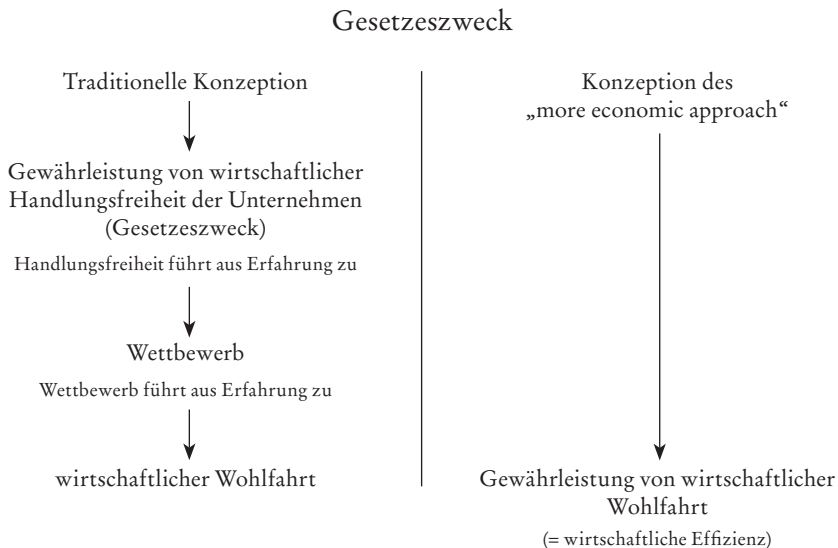
Doch selbst wenn man sich auf eine bestimmte Deutung von Wettbewerb verständigt, so beginnen die eigentlichen Schwierigkeiten erst nach diesem Punkt. Die Abgrenzung von wettbewerbslichen und antiwettbewerbslichen Ver-

haltensweisen ist ein Feld, wo Analyse und Spekulation dicht beieinander liegen. Deshalb soll in einem *Dritten Teil* skizziert werden, wie man aufgrund der hier vorgenommenen Deutung von Wettbewerb die einzelnen Tatbestände des Kartellrechts überprüfen sollte. Die Darstellung orientiert sich am schweizerischen und am europäischen Recht und behandelt unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG, Art. 81 EGV), unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG, Art. 82 EGV), Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9–11 KG, insb. Art. 2 FKVO) und einzelne Verfahrensfragen. Dabei soll jeweils gleichzeitig untersucht werden, inwieweit die behandelten Bestimmungen überhaupt Raum für einen „more economic approach“ lassen.

E. Schematischer Überblick

Zur Verdeutlichung der Ausführungen dieses Paragraphen diene das nachfolgende Schema (Abbildung 1).¹⁵

Abbildung 1:



¹⁵ Schema nach ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb, 73.

§ 2 Begriffsklärung und Zielsetzungen

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und der Einbezug ökonomischer Analysen und Modelle sind im Kartellrecht unerlässlich. Neuere ökonomische Analysemethoden stellen den mit Abstand fruchtbarsten neuen Ansatz zur Erforschung des Phänomens Wettbewerb dar. Die Ökonomie ist in der Lage, konkrete Vorschläge zur Lösung praktischer Problemstellungen zu machen und besitzt deshalb einen hohen Gebrauchswert für das Kartellrecht. Eine Stärkung des ökonomischen Fundaments *normbezogener* Analysen ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Ökonomische Analysen, die darüber hinausgehen, sind jedoch kritisch zu überprüfen. Denn die ökonomische Analyse bedarf der konzeptionellen Präzisierung, der philosophischen Moderierung, aber auch der empirischen Fundierung. Gerade in der Wettbewerbspolitik bedarf sie der Ergänzung durch die Rechtswissenschaft, die den Rahmen, innerhalb dessen ökonomische Argumente wirken, definiert und begrenzt.¹

Damit wird bereits deutlich, dass unter einem „more economic approach“ Unterschiedliches verstanden werden kann.² Ist von einem ökonomischeren Ansatz die Rede, so kann es einerseits darum gehen, zur Vorbereitung der Entscheidungsfindung verstärkt auf *ökonomische Modelle und Analysemethoden* zurückzugreifen. Solche ökonomischen Modelle stellt etwa die für eine Analyse oligopolistischer Märkte massgebende Spieltheorie bereit. Als Beispiel für eine verstärkt empirische Absicherung der Entscheidungsgrundlagen sind ökonometrische und empirische Verfahren zur Marktabgrenzung wie Preiselastizitätsanalysen zu nennen.³ Mit einem ökonomischeren Ansatz kann andererseits auch ein „juristisches“ Verständnis von Effizienz gemeint sein. Dabei handelt es sich um den Effizienzbegriff der *Wirtschaftlichkeit*. Eine wirtschaftlichere Wettbewerbspolitik bestünde darin, den erforderlichen Ressourcenaufwand zu reduzieren, um die Wettbewerbspolitik in diesem Sinne „effizienter“ zu gestalten. Schliesslich kann es bei einem ökonomischeren Ansatz auch darum gehen,

¹ RÖLLER/FRIEDERISZICK, III. A.; allgemein EIDENMÜLLER, 14 und VAN AAKEN, 36 ff., 41, 43.

² ALBERS, 3; BECHTOLD, Rechtssicherheit, 103 f.; SCHMIDT, „more economic approach“, 3; SCHMIDT/VOIGT, 1098.

³ Eine ausführliche Darstellung derartiger Konzepte findet sich bei SCHWALBE/ZIMMER, 56 ff.

wettbewerbsrelevantes Verhalten wirtschaftlicher Akteure direkt anhand der *ökonomischen Konsequenzen der Entscheidungsfindung* zu beurteilen. Wettbewerbsbeschränkungen sollen direkt daran gemessen werden, welche Auswirkungen sie auf die wirtschaftliche Wohlfahrt haben.

Die vorliegende Arbeit interessiert sich ausschliesslich für die dritte Bedeutungsvariante des „more economic approach“. Mit ihr ist eine Änderung des Gesetzeszwecks verbunden. Diese Deutung des „more economic approach“ wird deshalb auch als „neue Wettbewerbspolitik“ bezeichnet. Im Verlauf der Untersuchung wird sich zeigen, dass ökonomische Modelle und Analysemethoden eingesetzt werden, um das Ziel einer stärker an den Auswirkungen auf die wirtschaftliche Wohlfahrt orientierten Wettbewerbspolitik zu erreichen. Insoweit besteht im Rahmen der vorliegenden Arbeit eine Notwendigkeit, die entsprechenden Modelle und Verfahren in die Analyse miteinzubeziehen.

Die Zielsetzungen dieser Arbeit sind mithin die folgenden:

- Es sollen die Unterschiede der Konzeption des „more economic approach“ im Vergleich zur traditionellen Konzeption herausgearbeitet werden.
- Es soll danach gefragt werden, ob und mit welcher Begründung es legitim ist, dem Effizienzgedanken einen höheren Stellenwert in der Hierarchie der Ziele einzuräumen als dem Schutz der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer.
- Es soll geklärt werden, ob es überhaupt möglich ist, Wettbewerbsschutz ohne Schutz der Handlungsfreiheit Einzelner zu betreiben.
- Es soll untersucht werden, wie sich eine Relativierung des Wettbewerbschutzes in die schweizerische und europäische Rechtsordnung bzw. die von den Wettbewerbsbehörden betriebene Wettbewerbspolitik der letzten Jahre einfügt.

Nicht angestrebt werden in dieser Arbeit dagegen die folgenden Ziele:

- Es soll nicht eine schlechthin umfassende Darstellung der Ökonomisierung des Kartellrechts gegeben werden. D.h. es soll nicht danach gefahndet werden, wo überall in der Vergangenheit oder in der Gegenwart – neben den hier dargestellten Beispielen – neuere Ergebnisse der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung Eingang in die Rechtsanwendung gefunden haben.
- Ebenso wenig soll hier behandelt werden, inwieweit die Verwendung ökonomischer Analysemethoden Auswirkungen auf die kartellrechtliche Beurteilung im Einzelfall haben können. Vor allem im Dritten Teil werden zwar ökonomische Modelle, die eine *Änderung des Gesetzeszwecks* zur Folge haben, behandelt. Eine darüber hinausgehende Darstellung des Einsatzes ökonomischer Analysen und Modelle ist aber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Doch sei vorsorglich betont, dass hierin das Hauptproblem der Ökonomisierung des Kartellrechts liegt und dass alles davon abhängt, an welchen Massstäben die einzelnen Modelle und Analysemethoden gemessen werden.

– Schliesslich beschränkt sich die Darstellung der kartellrechtlichen Bestimmungen im Dritten Teil primär auf das schweizerische und auf das europäische Recht. Bestimmungen anderer Rechtsordnungen werden nur dann beigezogen, wenn sie im Rahmen der vorliegenden Ziele von besonderem Interesse sind. Bei der Behandlung der kartellrechtlichen Bestimmungen wird überdies auf eine umfassende Darstellung der kartellrechtlichen Tatbestände verzichtet.

ERSTER TEIL

Wettbewerbspolitik
zwischen Ökonomie und Recht

ERSTES KAPITEL

Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik

Zur Illustration zunächst ein Beispiel: Ein schweizerisches Reparaturunternehmen wird nicht mit Originalersatzteilen beliefert. Der schweizerische Importeur, eine Tochtergesellschaft des Herstellers eines bekannten Markenprodukts, vertreibt seine Produkte durch eine Vielzahl von offiziellen Markenhändlern. Die Produkte, auf die der Importeur eine Garantie gewährt, werden direkt durch diesen selbst repariert. Die Produkte, für welche die Garantie des Importeurs bereits verfiel, werden teilweise auch durch unabhängige Reparaturunternehmen wieder instand gesetzt. Aufgrund von hohen Kosten und langen Lieferfristen sind die Reparaturunternehmen auf die Lieferung von Ersatzteilen durch den schweizerischen Importeur angewiesen. Die Herstellung von eigenen Ersatzteilen ist nicht rentabel und wegen fehlender technischer Kenntnisse auch gar nicht möglich. Aus nicht bekannten Gründen erklärt der Importeur den Reparaturunternehmen, dass er fortan keine Ersatzteile mehr ausliefere und alle Reparaturen seiner Produkte selber ausführen wolle. Den Markenhändlern teilt er mit, dass sie die Produkte, für welche die Garantie nicht mehr besteht, künftig nicht mehr den unabhängigen Reparaturstellen anvertrauen sollen.

Kann sich ein solches Reparaturunternehmen wegen Behinderung im Wettbewerb erfolgreich beschweren? Die schweizerische Wettbewerbskommission und auch die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen haben die Beschwerde nicht stattgegeben,¹ obwohl die Rekurskommission bestätigte, dass das unabhängige Reparaturunternehmen aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeit von dem schweizerischen Importeur wirtschaftlich abhängig sei.²

Von der Wettbewerbskommission war zu entscheiden, ob es sich um einen eigenen Markt für Reparaturen der vertriebenen Markenprodukte oder aber aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten um einen einzigen Markt für die vertriebenen Markenprodukte und Serviceleistungen zugleich handelte. Indem die Wettbewerbskommission und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von *einem* Markt ausgingen, der zugleich den Handel mit den Markenpro-

¹ RPW 1999, 247 ff., Minolta; RPW 2000, 716 ff., Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG.

² RPW 2000, 736, Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG: „Les réparateurs indépendants sont [...] entièrement contrôlés par Minolta (Schweiz) AG.“

dukten und den Serviceleistungen nach dem Kauf umfasste, wurde der schweizerische Importeur als nicht marktbeherrschend angesehen.³ Damit wurde indessen die Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit des wirtschaftlich abhängigen Reparaturunternehmens ausser Acht gelassen. Das Ergebnis wird ökonomisch begründet: Wenn die Verweigerung von Produkten gegenüber dem wirtschaftlich abhängigen Unternehmen zu Effizienzgewinnen bzw. zu einer Erhöhung oder zumindest nicht zu einer Verringerung des gesamtwirtschaftlichen Wohlstandes führt, sind die Auswirkungen auf das betroffene Unternehmen irrelevant.⁴ Für die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens soll also *ökonomische Effizienz* der einzige Massstab sein.

Dieses Argument ist immer häufiger anzutreffen. Bereits im Jahr 1999 hat die EU-Kommission in ihrem Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EGV (heute Art. 81 und 82 EGV)⁵ ihre neue Wettbewerbspolitik vorgestellt, die inzwischen legislativ weitgehend verwirklicht ist. In diesem Weissbuch heisst es unter anderem, dass die Kommission bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EGV (heute Art. 81 Abs. 1 EGV) einen verstärkt wirtschaftlich ausgerichteten Ansatz verfolgen werde.⁶ Das wird heute dahingehend verstanden, dass die Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen generell weniger an Handlungsbeschränkungen der beteiligten Unternehmen orientiert sein sollten, sondern nur noch an wirtschaftlichen Ergebnissen.⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob davon ausgegangen werden muss, dass in Zukunft nur noch ökonomische Konzepte zur Lösung kartellrechtlicher Probleme eingesetzt werden, und inwiefern das überhaupt wünschenswert ist. Welche Implikationen ergäben sich daraus für das Kartellrecht im Allgemeinen bzw. für das schweizerische und europäische Kartellrecht im Besonderen? Um diese Fragen beantworten zu können, muss man das rechtspolitische Programm dieser neuen Wettbewerbspolitik kennen. Man muss wissen, wie das Kartellrecht im Sinne der neuen Wettbewerbspolitik gestaltet werden sollte und auf welche Formen von Wettbewerbsbeschränkungen sich dieses Programm bezieht. Im Ersten Kapitel der vorliegenden Arbeit soll daher das rechtspolitische Programm der neuen Wettbewerbspolitik untersucht werden. Damit dieses Programm einer (juristischen) Bewertung unterzogen werden kann, ist allerdings die Kenntnis der ihm zu-

³ RPW 2000, 738, Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG.

⁴ Siehe dazu explizit GRÖNER, 65 f. sowie GLOOR/STAEHELIN, 305 ff.

⁵ Mitteilungen der Kommission – Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 C 132.

⁶ Mitteilungen der Kommission – Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 C 132, Rz 78.

⁷ SCHMIDTCHEN, Leitbild, 9 ff.; MÖSCHEL, Juristisches versus ökonomisches Verständnis, 716 f. m.N.; IMMENGA, Kommentar, 463.

grunde liegenden Annahmen vorausgesetzt. Bevor wir uns deshalb mit dem rechtspolitischen Programm der neuen Wettbewerbspolitik auseinandersetzen können, müssen wir die grundlegenden Elemente dieses Programms herausarbeiten.

§ 3 Grundelemente der neuen Wettbewerbspolitik

Die Volkswirtschaftslehre untersucht Probleme, die aus dem grundsätzlichen Phänomen der Knappheit von Gütern resultieren. Sie beschäftigt sich traditionellerweise mit zwei unterschiedlichen Fragestellungen: Die *positive Ökonomie* beschreibt und prognostiziert wirtschaftliche Vorgänge. Solche positiven Aussagen können durch eine empirische Überprüfung widerlegt werden. Die *normative Ökonomie* hingegen bewertet wirtschaftliche Zustände oder Veränderungen auf der Grundlage eines vorher definierten Kriteriums. Sie umfasst Werturteile und macht Aussagen darüber, was an einem wirtschaftlichen Zustand geändert werden sollte oder welche bestimmten politischen Handlungen am geeignetsten für das Erreichen eines gewünschten Ziels sind. Die Wohlfahrtsökonomie als wichtigster Zweig der normativen Ökonomie verwendet als Massstab zur Beurteilung einer ökonomischen Situation das Kriterium der Maximierung der gesellschaftlichen Wohlfahrt.

Auf der Grundlage von Erkenntnissen der ökonomischen Theorie befasst sich die theoretische Wettbewerbspolitik mit dem Phänomen des Wettbewerbs. Im Verlauf der Zeit sind über den Wettbewerb verschiedene Auffassungen, verschiedene wettbewerbspolitische Leitbilder, entwickelt und vertreten worden, die allerdings auf divergierenden wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen. Diese wettbewerbspolitischen Leitbilder können in zwei Bereiche, in einen positiven und in einen normativen, aufgeteilt werden. So sucht die theoretische Wettbewerbspolitik einerseits nach wissenschaftlichen Erklärungen über den Wettbewerb, um zu prüfen, wie sich Veränderungen eines oder mehrerer Aktionsparameter in der Realität auswirken. Dabei kann Wettbewerb grundsätzlich aufgrund der Struktur eines bestimmten Marktes (Marktstruktur), des Verhaltens der Marktteilnehmer (Marktverhalten) und den Wirkungen bzw. den Ergebnissen auf einem bestimmten Markt (Marktergebnis) analysiert werden.

Die theoretische Wettbewerbspolitik macht aber auch normative Aussagen. Sie begnügt sich nicht damit, bestimmte Marktstrukturen, das Vorkommen bestimmten Marktverhaltens oder bestimmte Marktergebnisse zu ermitteln. Vielmehr werden diese Marktgegebenheiten nach einem bestimmten Kriterium bewertet. Gegenstand der Bewertung in der neuen Wettbewerbspolitik sind die *Marktergebnisse*. Diese werden daran gemessen, ob sie einem in einer

bestimmten Weise definierten ökonomischen Effizienzkriterium genügen. Dabei stützt sich die neue Wettbewerbspolitik auf die Erkenntnisse der Wohlfahrtsökonomie.

Im Folgenden werden wir uns ausführlicher mit den positiven Kriterien Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis zur Beschreibung von Wettbewerb und dem normativen Ziel der ökonomischen Effizienz beschäftigen. Die Definition von Effizienzkriterien ist ein traditioneller Gegenstand der Wohlfahrtsökonomie. Diese hat ihre Wurzeln in der utilitaristischen Philosophie. Der Bezug zum Utilitarismus ist hier vor allem deswegen von Bedeutung, weil sich daraus grundlegende und bereits bekannte Argumente für die Bewertung der neuen Wettbewerbspolitik ableiten lassen.

A. Der Bezug zum klassischen Utilitarismus

Der durch Bentham begründete und später von Mill und Sidgwick weiterentwickelte Utilitarismus gehört bis heute vor allem im angelsächsischen Raum zu den wichtigsten philosophischen Strömungen. Die moderne Ökonomie, insbesondere die Wohlfahrtsökonomie, wurde durch den Utilitarismus massgeblich beeinflusst.¹

Der Utilitarismus hat sich als eine der ersten Bewegungen für das Wohl der Gesamtgesellschaft interessiert. Indem die utilitaristische Bewegung im Grossbritannien des 18. und 19. Jahrhunderts auch praktische Politik betrieb, war sie eine der ersten Versuche, das Allgemeinwohl zu thematisieren. Einer korrupten und ausbeuterischen Bürokratie sollte ein humanistischer Entwurf entgegeng gehalten werden. Das Glück der geschundenen Arbeiter zählte genauso wie das der aristokratischen und bürgerlichen Elite. Nach Bentham und anderen englischen Moralphilosophen war es moralisch, so viel Glück zu schaffen wie möglich und nicht nur eine reiche Elite noch reicher zu machen.²

Im Laufe der Zeit hat sich der Utilitarismus in eine Vielzahl von unterschiedlichen Positionen ausdifferenziert.³ Im Folgenden stehen allerdings nicht die verschiedenen Varianten der utilitaristischen Ethik, sondern das Verständnis der historischen Bezüge zwischen dem klassischen Utilitarismus und der Entwicklung der modernen Wohlfahrtsökonomie im Zentrum. Daher geht es nachfolgend erst einmal um die Grundprinzipien des klassischen Utilitarismus.

¹ ARROW, *Theory of Justice*, 246; SCHUMANN, 232 f.

² POLLARD, 30 f.

³ Bereits MILL hatte verschiedene Korrekturen am Utilitarismus vorgenommen, um diesen gegen kritische Einwände zu verteidigen. Die wohl modernste und umfassendste Verteidigung des Utilitarismus stammt von GESANG. Siehe dazu ausführlich hinten § 7.

I. Der Konsequentialismus

Nach dem Utilitarismus hängt die ethische Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit von Handlungen von der positiven bzw. negativen Qualität ihrer Folgen ab. Handlungen sind richtig, insofern sie nützlich sind durch ihre *Folgen*.⁴ Damit ist der Utilitarismus eine teleologische Theorie: Handlungen werden nicht aus sich selbst heraus, sondern nur im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die Betroffenen als richtig oder falsch beurteilt.

Der Gegensatz dazu sind die so genannten deontologischen Theorien des richtigen Handelns. Für diese zählen nicht die Folgen einer Handlung als Kriterium ihrer Richtigkeit, für sie sind Handlungen „in sich“, d.h. ohne Rücksicht auf die Folgen, richtig oder falsch.⁵ Bei den deontologischen Theorien steht an Stelle der Handlungsfolgenbetrachtung die Regelkonformität einer Handlung.

II. Das Utilitätsprinzip

Beim Utilitarismus liegt der Massstab für die Bewertung der Folgen einer Handlung im Prinzip der Nützlichkeit. Nur eine Handlung, die nützt, ist positiv zu bewerten. Diese Nützlichkeit besteht in dem grösstmöglichen Übergewicht von guten gegenüber schlechten Folgen bzw. in dem geringstmöglichen Übergewicht von schlechten gegenüber guten Folgen.⁶ Damit man messen kann, ob eine Folge gut oder schlecht ist, setzt der Utilitarismus allerdings einen Wertmassstab voraus. Denn erst nach einem solchen lässt sich der generierte Nutzen bestimmen bzw. lässt sich sagen, welche Folgen „gut“ oder „schlecht“ sind.

Der Utilitarismus ist somit eine Kombination von Konsequentialismus und Werttheorie. Erst die dem Utilitarismus zugrunde liegende Wertlehre benennt das Ziel, im Hinblick auf dessen Erreichen Nützlichkeitsbeurteilungen erfolgen können. Da der Utilitarismus selbst über kein Kriterium verfügt, das eine rationale Auswahl unter konkurrierenden Werten ermöglicht, ist denkbar, dass man sich einer beliebigen Werttheorie verschreibt.⁷

⁴ HOERSTER, 11.

⁵ HOERSTER, 11.

⁶ FRANKENA, 54.

⁷ HOERSTER, 14 ff.; KERSTING, 96.

III. Der Wertmonismus

Ursprünglich besteht für den Utilitarismus das allgemeingültige Ziel menschlichen Handelns in dem grösstmöglichen Mass von Zufriedenheit für möglichst viele Menschen. Benthams These lautete, dass die Menschen aufgrund von Naturgesetzmässigkeiten danach streben, Schmerz zu vermeiden und Freude zu erlangen. Wem dies gelingt, der ist glücklich. Daher liegt es nach Bentham nahe, das höchste Ziel im Glück des Menschen zu suchen.⁸ Damit ist für den Utilitarismus der letzte Massstab gefunden, an dem die Folgen einer Handlung zu bemessen sind. Die Richtigkeit einer Handlung bzw. Handlungsregel ist danach zu bemessen, inwiefern sie das Glück der Menschen fördert bzw. das Unglück der Menschen verhindert.

Hier wird erkennbar, dass der Utilitarismus nur *ein einziges* intrinsisches Gut kennt. Alle moralisch relevanten Güter können in die „Währung“ Glück umgerechnet werden. Glück ist mit anderen Worten die Quelle, aus der alle moralischen Werte entspringen. Werte wie Gerechtigkeit, Freiheit, etc. haben nur dann einen Wert, wenn sie etwas zur Glücksvermehrung beitragen. Sie sind völlig gleichgültig, wenn sie niemanden glücklich machen, wenn sich in einer Welt mit ihnen niemand besser fühlt. Für den Utilitaristen ist derjenige, der solche Werte unbedingt und ausnahmslos, also unabhängig davon, welche Folgen eine Handlung nach sich zieht, durchsetzen will, ein „realitätsblinder Regelfetischist“, ein Prinzipienreiter, der die legitimen menschlichen Bedürfnisse und Interessen missachtet.⁹ Es liegt auf der Hand, dass dieser monistische Ansatz die Ethik enorm vereinfacht und bis zu einem bestimmten Grad operationalisierbar macht.

Bereits hier kann man unschwer erkennen, dass die auf der Wohlfahrtsökonomie basierende neue Wettbewerbspolitik mit dem Utilitarismus konzeptionell verwandt ist: Die neue Wettbewerbspolitik bewertet die *Folgen* wettbewerblichen Verhaltens wirtschaftlicher Akteure. Wettbewerbsbeschränkungen werden deshalb *direkt* unter dem Gesichtspunkt ihrer wirtschaftlichen Ergebnisse beurteilt. Diese wirtschaftlichen Ergebnisse werden am Massstab der ökonomischen Effizienz gemessen. Zu beurteilen ist, ob die positiven gegenüber den negativen Folgen überwiegen. Darin besteht die Verbindung zwischen dem utilitaristischen Nützlichkeitsprinzip und dem ökonomischen Effizienzziel. Mit der Ergebnisorientierung und dem ökonomischen Effizienzziel werden wir uns im Folgenden etwas ausführlicher beschäftigen.

⁸ BENTHAM, Introduction, Chapter I Sec. I-X; vgl. auch BENTHAM, Introduction, Chapter VII Sec. I. Diese Position des Utilitarismus nennt man Eudämonismus. Definiert man demgegenüber das höchste Ziel als Lust, spricht man von Hedonismus. Beim Utilitarismus im Sinne des Hedonismus geht es also darum, möglichst viel Lust zu erreichen und Unlust zu vermeiden, vgl. HOERSTER, 15.

⁹ GESANG, 20.

B. Die Orientierung an Marktergebnissen

Ausgehend von der einflussreichen „workable competition“-Lehre Clarks wurden erstmals Kriterien formuliert, an denen man das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs erkennen kann:¹⁰ Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnisse.¹¹ Diese Kriterien betreffen den positiven Teil wettbewerbspolitischer Leitbilder und dienen der Beschreibung des jeweiligen Marktgeschehens.¹² In der Wettbewerbstheorie werden bis heute die Voraussetzungen und Grenzen wirksamen Wettbewerbs vornehmlich anhand dieser Kriterien analysiert.

Die *Marktstruktur* bezieht sich auf die „organisatorischen Merkmale“ eines Marktes. Damit sind jene Merkmale gemeint, welche die Beziehungen zwischen den Akteuren bzw. Akteursgruppen auf dem Markt bestimmen. Dies können die Zahl und die Grössenverteilung der Nachfrager oder Anbieter auf einem Markt (sog. Nachfrager- und Anbieterkonzentration) sein, das Ausmass, in dem die Güter der einzelnen Anbieter auf dem Markt von den Käufern als nicht identisch angesehen werden (sog. Produktdifferenzierung), oder die relative Leichtigkeit oder Schwierigkeit für neue Anbieter, den Markt zu betreten (sog. Marktzutrittsbedingen).¹³

Das *Marktverhalten* betrifft jene Handlungsschemata, denen die Unternehmen im Rahmen ihrer Anpassung an die Bedingungen der Märkte, auf denen sie verkaufen oder kaufen, folgen. Das Marktverhalten betrifft also etwa unternehmerische Entscheidungen über den Kampf um Marktanteile oder über die für das Überleben am Markt eingesetzten Ressourcen. Bezieht man sich auf die Unternehmen in ihrer Funktion als Anbieter, so umfasst der Begriff des Marktverhaltens beispielsweise die Preis- und Produktpolitik der Unternehmen, die Wahl und die Ausgestaltung der Vertriebssysteme, den Service und die Werbung.¹⁴

Mit den *Marktergebnissen* sind schliesslich die Resultate des Wettbewerbsprozesses gemeint. Dies können Resultate in Bezug auf die Höhe von Preisen, Produktions- und Verkaufskosten, die Produktgestaltung, der technische und wirtschaftliche Fortschritt uvm. sein.¹⁵

Mit der auf der wohlfahrtsökonomischen Theorie basierenden neuen Wettbewerbspolitik sollen nun ganz *bestimmte* wirtschaftliche *Ergebnisse* erreicht werden. Für die neue Wettbewerbspolitik ist deswegen das Zusammenspiel von positiver Analyse und normativer Bewertung charakteristisch. Veranschaulicht

¹⁰ CLARK, Workable Competition, 241 ff.

¹¹ CLARK, Workable Competition, 243 ff.; siehe auch BAIN, 7 ff.

¹² Vgl. zum Folgenden ausführlich BAIN, 7 ff.

¹³ HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 68; HOPPMANN, Workable Competition, 146.

¹⁴ HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 62 f.; HOPPMANN, Workable Competition, 146.

¹⁵ HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 52 f.; HOPPMANN, Workable Competition, 146.

werden kann dies am besten anhand der früheren „workability“-Konzepte:¹⁶ Um die anvisierten ökonomischen Ergebnisse optimal zu verwirklichen, wurden, ausgehend von dem erwünschten Ziel, bestimmte Referenzsituationen auf dem Markt definiert. Wurde etwa angenommen, dass eine bestimmte Marktstruktur das Verhalten der Marktteilnehmer und damit die Marktergebnisse beeinflusst, so musste eine dem erwünschten Ziel bzw. Marktergebnis entsprechende, alle drei Kriterien umfassende Optimalsituation gefunden werden. Zu diesem Zweck wurde in umgekehrter Richtung zur Hypothese über die Kausalbeziehung zwischen den einzelnen Wettbewerbsdeterminanten verfahren: Zunächst wurden die gewünschten Marktergebnisse, dann das gewünschte Marktverhalten und daraufhin die dafür optimale Marktstruktur festgelegt. Auf diesem Weg konnte die für das erwünschte Ziel entsprechende optimale Marktsituation definiert werden.¹⁷ Je nach dem konkreten Inhalt und der Gewichtung des im Wohlfahrtsziel enthaltenen Katalogs von ökonomischen Einzelzielen und je nach der verwendeten Marktstrukturhypothese konnten sich unterschiedliche Optimalsituationen ergeben. Aufgrund der Erkenntnis, dass die objektiven Marktstrukturen das Marktverhalten und die Marktergebnisse keineswegs eindeutig und vollständig bestimmen, wurden später andere ökonomische Modelle als Ausgangsbasis gewählt. Heute werden vor allem industrieökonomische Instrumente der Wettbewerbsanalyse und spieltheoretische Modelle verwendet.¹⁸ Gemeinsam ist allen Ansätzen, dass eine Beurteilung im Hinblick auf die Marktergebnisse erfolgt.

C. Das ökonomische Effizienzziel

Auf der Grundlage von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis werden also die durch den Wettbewerbsprozess hervorgebrachten Resultate ermittelt. An die Ermittlung dieser Resultate schliesst sich ihre *Bewertung* an. Eine solche Bewertung setzt jedoch entsprechende Bewertungsmassstäbe voraus. Die neue Wettbewerbspolitik entnimmt diese Bewertungsmassstäbe der Wohlfahrtsökonomie. Sie fragt danach, ob die Resultate des Wettbewerbsprozesses einem in einer bestimmten Weise definierten wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterium genügen.

Die Entwicklung der Wohlfahrtsökonomie wurde massgeblich durch den Utilitarismus beeinflusst. Das Bentham'sche Utilitätsprinzip sollte ja die Grundlage eines umfassenden politischen Systems im Sinne einer Norm für die Wohlfahrt einer Gesellschaft sein. Innerhalb seines Utilitarismus ging es Bentham nicht um

¹⁶ Vgl. hierzu HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 106.

¹⁷ HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 106.

¹⁸ Grundlegend TIROLE, 141 ff., 447 ff.

die individuelle Glückseligkeit, sondern um das grösste Glück der grössten Zahl innerhalb der Gemeinschaft.¹⁹ An dieses Programm konnte die Wohlfahrtsökonomie im 19. Jahrhundert anknüpfen.

I. Das Problem der Quantifizierung und der Vergleichbarkeit individueller Nutzenvorstellungen

Wie der Utilitarismus Benthams, unterstellt die so genannte „alte Wohlfahrtsökonomie“ des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts, dass individueller Nutzen *kardinal*, d.h. quantitativ mittels Zahlen, gemessen und interpersonell verglichen werden kann. Wohlfahrtssteigerungen sollten in Geld addiert und subtrahiert werden können, um auf solche Weise das Maximum zu ermitteln.²⁰ Seit den 1930er Jahren spielen kardinale Nutzenmessungen und interpersonelle Nutzenvergleiche in der Wohlfahrtsökonomie jedoch keine Rolle mehr. Die so genannte „neue Wohlfahrtsökonomie“ ist vielmehr bestrebt, allein auf der Grundlage eines *ordinalen* Nutzenbegriffs und unter Verzicht auf interpersonelle Vergleiche Aussagen zu den Auswirkungen wirtschaftspolitischer Massnahmen auf die wirtschaftliche Wohlfahrt zu machen.²¹ Diese Wende von der „alten“ zur „neuen“ Wohlfahrtsökonomie wurde durch Robbins eingeleitet. Einer der ersten Angriffe auf kardinale Nutzenmessungen und interpersonelle Nutzenvergleiche stammt von ihm:

„[I]t is one thing to assume that scales can be drawn up showing the *order* in which an individual will prefer a series of alternatives, and to compare the arrangement of one such individual scale with another. It is quite a different thing to assume that behind such arrangements lie magnitudes which themselves can be compared. [...] It is a comparison which necessarily falls outside the scope of any positive science. To state that A's preference stands above B's in order of importance is entirely different from stating that A prefers *n* to *m* and B prefers *n* and *m* in a different order. It involves an element of conventional valuation. Hence it is essentially normative. It has no place in pure science.“²²

Nach Robbins ist es zwar möglich anzugeben, wie ein Individuum bestimmte Alternativen reiht. Problematisch ist aber die Annahme, dass hinter einer solchen Reihung quantifizierbare Grössen liegen, welche einen Vergleich individueller Nutzenvorstellungen zwischen verschiedenen Personen ermöglichen. Quantifizierungen und interpersonelle Nutzenvergleiche basieren auf *Wert-*

¹⁹ BENTHAM, Introduction, Chapter IV.

²⁰ MARSHALL, 56 ff., 124 ff., 389 ff.; PIGOU, 42 f.

²¹ COOTER/RAPPOPORT, 524.

²² ROBBINS, Economic Science, 138 f. (Hervorhebungen im Original).

urteilen, nicht aber auf positiven Aussagen, die durch Beobachtung überprüfbar sind. In einer „echten Wissenschaft“ haben sie deshalb keinen Platz.²³

Unter Einfluss der Kritik von Robbins wurden interpersonelle Nutzenvergleiche in der Folgezeit mehr und mehr als unwissenschaftlich abgelehnt. Interpersonelle Nutzenvergleiche setzen einen einheitlichen, objektiven Massstab voraus, mit dem sich die Nutzenwerte verschiedener Zustände für verschiedene Individuen bestimmen lassen. Einen solchen Massstab gibt es anscheinend nicht:

„The viewpoint will be taken here that interpersonal comparison of utilities has no meaning and, in fact, that there is no meaning relevant to welfare comparisons in the measurability of individual utility. [...] During the entire controversy, the proponents of measurable utility have been unable to produce any proposition of economic behaviour which could be explained by their hypothesis [...]. Indeed, the only meaning the concepts of utility can be said to have is their indications of actual behaviour, and, if any course of behaviour can be explained by a given utility function, it has been amply demonstrated that such a course of behaviour can be equally well explained by any other utility function which is a strictly increasing function of the first. If we cannot have measurable utility, in this sense, we cannot have interpersonal comparability of utilities a fortiori.“²⁴

Ein utilitaristisches Kalkül, das beansprucht, jeder konkreten Befriedigung eine bestimmte Zahl zuordnen zu können, also Leid- und Lustempfindungen des Einzelnen als messbare Grössen versteht, deren Summe sein Glück oder seinen Nutzen ergibt, und die individuellen Nutzengrössen dann als interpersonell vergleichbar und addierbar betrachtet, erscheint illusionär: „The [...] utilitarian thesis was that one could add up the welfares of different individuals to arrive at the welfare of society. That idea has now to be abandoned.“²⁵ Es ist weder möglich, eine Einheit für angenehme Empfindungen anzugeben, noch lassen sich Relationen zwischen den Gesamtwerten, die verschiedene Handlungsalternativen hervorbringen, im Wege der Addition bzw. Subtraktion des Wertgehaltes ihrer verschiedenen Einzelkonsequenzen aufstellen. Wie liesse sich z.B. die Aussage rechtfertigen, dem A verschaffe die Opernvorstellung X in einer bestimmten Situation *doppelt* soviel Befriedigung wie die Opernvorstellung Y? Noch komplizierter wird es, wenn es darum geht, den Wert von Opernaufführungen mit dem von Weinen zu vergleichen oder den Vergleich dann durchzuführen, wenn Oper Z und Wein W von verschiedenen Personen genossen werden. Augenscheinlich gibt es sehr verschiedenen Arten des Glücks und der Lust bzw. des Nutzens, die man nicht auf eine standardisierte Einheit zurückführen kann. Aber nur wenn man das könnte, liesse sich der Nutzen quantifi-

²³ Siehe auch ROBBINS, *Interpersonal Comparisons*, 637f. und DE SCITOVSKY, *Welfare Economics*, 304f.; vgl. auch SCHUMANN, 234.

²⁴ ARROW, *Social Choice*, 9.

²⁵ LITTLE, 52.

zieren. Und nur dann könnte man ihn wie Geldeinheiten addieren und subtrahieren, um auf solche Weise das Maximum zu ermitteln.²⁶

Weil individuelle Nutzenvorstellungen weder quantifizierbar noch interpersonell vergleichbar sind, baut die „neue Wohlfahrtsökonomie“ auf einem ordinalen Nutzenbegriff auf, der verschiedene Zustände nur im Sinne eines „besser“, „schlechter“ oder „gleich gut“ vergleicht.²⁷

II. Die wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien

Mit der Ablehnung interpersoneller Nutzenvergleiche stellte sich die Frage, was an die Stelle des (theoretischen) Massstabes des utilitaristischen Nutzenkalküls Benthams, an dem sich wirtschaftspolitische Massnahmen messen liessen, treten sollte. In der Wohlfahrtsökonomie war man sich einig, dass auf interpersonelle Nutzenvergleiche zu verzichten war. Konsens bestand aber auch insoweit, dass ein neues Entscheidungskriterium auf dem *welfarismus* fussen sollte, also das Gemeinwohl ausschliesslich als Funktion der Wohlfahrt der einzelnen Individuen definieren sollte. Zudem sollte es mit dem Grundsatz der *Präferenzautonomie* vereinbar sein, d.h. jedes Individuum soll selbst bestimmen können, was seine individuelle Wohlfahrt in welcher Weise beeinflusst.²⁸ Bei dieser Ausgangslage bot sich zunächst der Rückgriff auf das Pareto- und später auf das Kaldor/Hicks-Kriterium an.

1. Paretoeffizienz

a) Das Pareto-Kriterium

Auf Pareto geht ein einfaches Entscheidungskriterium zurück, das nach ihm Pareto-Kriterium genannt wird. Nach diesem Kriterium ist ein sozialer Zustand A einem anderen Zustand B genau dann vorzuziehen, wenn mindestens ein Individuum den Zustand A vorzieht und kein anderes Individuum den Zustand B vorzieht. Das heisst, alle anderen Individuen ziehen ebenfalls den Zustand A vor oder aber sie sind indifferent zwischen A und B. Jede Veränderung, die jemanden in der Gesellschaft besser stellt, ohne jemand anderen schlechter zu stellen, ist eine Verbesserung im Sinne Paretos.²⁹ Ein sozialer Zustand ist paretooptimal, wenn es keinen andern Zustand mehr gibt, der mindestens eine Person besser stellt und den alle anderen zumindest nicht ablehnen. Es kommt

²⁶ ZIPPELIUS, 77; HOERSTER, 17.

²⁷ ROBBINS, *Interpersonal Comparisons*, 637f.; DE SCITOVSKY, *Welfare Economics*, 304f.; vgl. auch SCHUMANN, 234.

²⁸ COOTER/RAPPOPORT, 528.

²⁹ MATHIS, 45; SCHÄFER/OTT, 26.

also beim Pareto-Kriterium lediglich darauf an, ob die einzelnen Individuen verschiedene gesellschaftliche Zustände für „besser“, „schlechter“ oder „gleich gut“ halten, nicht aber, ob sie den Zustand A zum Beispiel doppelt oder dreifach so gut finden wie den Zustand B.³⁰ Das Pareto-Kriterium basiert demnach auf einer ordinalen Nutzenkonzeption.

b) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz

Einen solchen Gleichgewichtszustand eines sozialökonomischen Wohlfahrts-optimums beschreibt das wettbewerbstheoretische Modell der vollkommenen Konkurrenz. Mit diesem Modell sollen die Bedingungen festgelegt werden, die gegeben sein müssen, damit ein bestimmter Zustand eines volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsoptimums erreicht wird. Zur Bestimmung dieses Zustands wird auf das Kriterium der Paretoeffizienz zurückgegriffen.³¹ Folglich ist nach dem Modell der vollkommenen Konkurrenz das volkswirtschaftliche Wohlfahrtsoptimum dann erreicht, wenn es nicht mehr möglich ist, durch eine Veränderung der Tausch- oder Produktionsverhältnisse den Wohlstand eines oder mehrerer Wirtschaftssubjekte zu erhöhen, ohne den Wohlstand irgend eines anderen Wirtschaftssubjektes zu vermindern. Das Marktgleichgewicht bei vollkommener Konkurrenz stellt ein Paretooptimum dar. Dieses Marktgleichgewicht ist zum einen durch homogene Güter, Markttransparenz und freien Zugang zum Markt und zum anderen dadurch gekennzeichnet, dass es jeweils eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern gibt, die deshalb als Einzelne keinen Einfluss auf das Marktgeschehen haben.³² Damit ein solches Wohlfahrtsoptimum erreicht werden kann, hat die Wettbewerbspolitik zur Aufgabe, durch geeignete Massnahmen auf eine möglichst grosse Annäherung der tatsächlichen Marktverhältnisse an den Zustand der vollkommenen Konkurrenz hinzuarbeiten.

c) Kritik

Aufgrund des Umstandes, dass das Pareto-Kriterium jedem einzelnen Individuum ein Vetorecht gibt, mit dem es sich gegen Zustandsänderungen wehren kann, die seiner Ansicht nach belastend sind, besteht eine grosse Distanz zur praktischen Wirklichkeit von Marktmechanismen. So würde bei uneingeschränkter Geltung der Paretoeffizienz auch einem Monopolisten ein Vetorecht gegen die Auflösung seines Monopols verliehen. Das Monopol wäre so lange zu

³⁰ VAN AAKEN, 212; EIDENMÜLLER, 48; MATHIS, 44.

³¹ MÖSCHEL, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rz 63; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 6.

³² KLUMP, 54; MÖSCHEL, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rz 64; NEUMANN, 71; OLTEN, 45 f.