

**Die EU-Wettbewerbspolitik zwischen  
Einheitlichkeit und Vielfalt**

**Stefan Okruch**

**2006**

**Andrássy Working Paper Series No. XVII**

1. ISSN 1589-603X

**Edited by the Professors and Readers of Andrassy Gyula University, Budapest.**

This series presents ongoing research in a preliminary form. The authors bear the entire responsibility for papers in this series. The views expressed therein are the authors', and may not reflect the official position of the University. The copyright for all papers appearing in the series remains with the authors.

**Author's adress and affiliation:**

*Stefan Okruch*  
Andrassy Gyula Budapesti Nemet Nyelvu Egyetem  
Pollack Mihaly ter 3  
H-1088 Budapest  
E-Mail:  
[stefan.okruch@andrassyuni.hu](mailto:stefan.okruch@andrassyuni.hu)

© by the author

## **Die EU-Wettbewerbspolitik zwischen Einheitlichkeit und Vielfalt – Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht**

### **I. Einleitung: Dimensionen der EU-Wettbewerbspolitik**

Der Binnenmarkt bleibt die tragende der drei Säulen der EU. Nach dem vorläufigen Scheitern des Verfassungsvertrags bildet die europäische *Wirtschaftsverfassung* weiterhin das Zentrum des europäischen Rechts. Für den Binnenmarkt und die Wirtschaftsverfassung ist ihrerseits die *Wettbewerbspolitik* zentral. Veränderungen der Wettbewerbspolitik sind somit von größter Bedeutung für die *Wirtschaftsordnung* der Europäischen Union. Solche Veränderungen sind Gegenstand des folgenden Beitrags.

Ebenso wie das Projekt des Verfassungsvertrags sollen die zum 1. Mai 2004 wirksam gewordenen Änderungen des wettbewerbspolitisch relevanten Sekundärrechts die Wirksamkeit der EU-Politik in einer vergrößerten Union sicherstellen. Auch die Wettbewerbspolitik soll mithin „in Vielfalt geeint“ (so die blumige Formel in der Präambel des Verfassungsvertrags) sein, die Wettbewerbspolitik der supranationalen Ebene mit den Politiken der Mitgliedsstaaten in ein harmonisches Verhältnis gebracht werden. Ob zu dieser Harmonie auch eine weitgehende *Harmonisierung* vonnöten ist bzw. wie für das Kartellrecht das Verhältnis zwischen Einheitlichkeit und Vielfalt im Einzelnen – jenseits des Formelkompromisses – ausgestaltet sein soll, bleibt allerdings ein europäisches Dauerthema.

Zugespitzt lautet die Alternative hierbei *Einheitlichkeit durch Harmonisierung* oder *Vielfalt im Wettbewerb*, und letzteres bedeutet nichts anderes, als dass auch die Wettbewerbspolitik im europäischen Wettbewerb der Systeme steht. Auch wenn gerade für die Wettbewerbspolitik schnell klar wird, dass sich die vorgenannte Alternative in dieser Ausschließlichkeit nicht stellt und es vielmehr um eine sachgerechte Dosierung von Einheitlichkeit (Ordnungsrahmen) und Vielfalt (Systemwettbewerb) geht, so muss gleichwohl bei jeder *Harmonisierung* des Kartellrechts gefragt werden, wie diese Harmonisierung legitimiert wird, ob diese Legitimation einer kritischen Prüfung standhält oder ob nicht doch eine dezentrale Lösung möglich und vorzuziehen ist. In diesem Sinne sind Harmonisierungen des Kartellrechts (wie alle anderen Vereinheitlichungen auf europäischer Ebene) Maßnahmen einer Wettbewerbspolitik zweiter Ordnung, denn sie beschränken die Reichweite des Systemwettbewerbs in der EU. Mit der Vorgabe eines fixen europäischen Standards endet der Prozess der dezentralen Suche nach neuen und besseren Lösungen in den einzelnen Jurisdiktionen. Somit ist klar, dass von „EU-Wettbewerbspolitik“ in einem doppelten Sinne gesprochen werden kann: Einerseits die Wettbewerbspolitik auf Märkten, wie sie auch von den einzelnen Mitgliedsstaaten betrieben wird und die an die Marktakteure adressiert ist. Andererseits die Wettbewerbspolitik für den Systemwettbewerb, die ein Proprium der supranationalen Ebene ist und die sich an die politischen Akteure in den Nationalstaaten richtet. Die EU-Wettbewerbspolitik im weiteren Sinne entfaltet sich etwa über die Beihilfenkontrolle, vor allem aber über die gegenseitige Anerkennung nationaler Regelungen innerhalb des Binnenmarktes mit seinen wirtschaftlichen Grundfreiheiten. Die Cassis de Dijon-Doktrin war in diesem Sinne eine eminent wettbewerbspolitische Maßnahme und hat zu einer spürbaren Belebung des Systemwettbewerbs innerhalb der EU geführt (Kerber 2000, Oberender/Okbruch

1994). Gleiches gilt für die gegenseitige Anerkennung gesellschaftsrechtlicher Regelungen<sup>1</sup> – und könnte eben auch für das Kartellrecht gelten.<sup>2</sup>

Nicht nur die um Einheitlichkeit und Vielfalt, Zentralität oder Dezentralität kreisende Diskussion zur Wettbewerbspolitik im weiteren Sinne ist eine Variation zu einem europäisch-integrationstheoretischen Leitmotiv. Auch die im engeren Sinne wettbewerbspolitische Diskussion hält manches *déjà vu* bereit. Während über die zentrale Rolle des Wettbewerbschutzes in der EU Konsens zu herrschen scheint, wiederholt sich mit der neu aufflammenden Diskussion über Ziele und Instrumente dieses Politikfeldes der Dissens über das maßgebliche Wettbewerbsverständnis, über Wettbewerbsleitbilder und über die Anwendung kartellrechtlicher Normen. Auch die Wettbewerbstheorie scheint den für die Ökonomik typischen „zyklischen Fortschritt“<sup>3</sup> zu kennen, und so müsste dem Fazit für die Neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts – „Von der Industrieökonomie zur Marktökonomie“ (Oberender/Väth 1989) – inzwischen wohl ein verwundertes „...und wieder zurück“ hinzugefügt werden. Auf diese hier nur theoriegeschichtlich vorgestellte Volatilität wettbewerbstheoretischer Positionen wird allerdings noch in wettbewerbspolitisch relevanter und aktueller Weise zurückzukommen sein.

Im Folgenden werden zuerst die Veränderungen bei der europäischen Wettbewerbspolitik im engeren Sinne dargestellt, eingeordnet (2.) und kritisch gewürdigt (3.), bevor ein Ausblick auf aktuelle Entwicklungen der Wettbewerbspolitik für den europäischen Systemwettbewerb gegeben wird (4.).

## **II. Die Veränderungen im europäischen Kartell-Sekundärrecht: Darstellung und Hintergrund**

Zum Beitrittstermin der zehn neuen Mitgliedsstaaten sind zwei Verordnungen in Kraft getreten, die die Anwendung der primärrechtlichen Wettbewerbsregeln entscheidend verändern, namentlich die neue Kartellverfahrensverordnung (VO 1/2003, im Folgenden: KVVO) sowie die novellierte Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004, im Folgenden: FKVO). Die beiden Verordnungen haben einen langwierigen Prozess der ‚Modernisierung‘ des europäischen Kartellrechts abgeschlossen. Mit Blick auf die Ablösung der seit 1962 gültigen ‚alten‘ Kartellverfahrensverordnung (VO 17/62) wurde nicht nur von einer „rechtlichen Revolution“ gesprochen, sondern gar von einer „Kulturrevolution“ (Ehlermann 2000).

### *II.1. Veränderungen bei der Anwendung der Art. 81 und 82 EGV<sup>4</sup>*

Entscheidende Neuerung der KVVO ist die Dezentralisierung der Rechtsanwendung – und dies in einem sehr umfassenden Sinne. So sollen die Kartellbehörden und Gerichte in den

---

<sup>1</sup> Vgl. Eidenmüller (2005), Kirchner (2004), Sandrock/Wetzler (2004), Kieninger (2004), Heine (2003), Kerber/Heine (2002).

<sup>2</sup> Vgl. Kerber/Budzinski (2004), First (1998), Meessen (1989).

<sup>3</sup> Helmstädter (1994), Neumark (1975), Schumpeter (1965).

<sup>4</sup> Vgl. zum Folgenden z.B. Weitbrecht (2003), Montag/Rosenfeld (2003), Koenigs (2003).

Mitgliedsstaaten die Art. 81 und 82 unmittelbar anwenden, sofern das europäische Kartellrecht einschlägig ist, es sich bei dem fraglichen Sachverhalt also um eine Wettbewerbsbeschränkung von mehr als nationaler Reichweite handelt. Diese unmittelbare Anwendung betrifft insbesondere auch den Art. 81 Abs. 3, also die Freistellungsmöglichkeiten vom grundsätzlichen Verbot des Abs. 1. Während es unter der alten KVVO eines positiven Aktes der Genehmigung bedurfte, werden erlaubte Wettbewerbsbeschränkungen nun ohne weiteres wirksam. Mit einem solchen System der *Legalausnahme* wird allerdings die Rechtsanwendung noch in einem weiteren Sinne dezentralisiert, indem die Unternehmen im Wege der Selbstevaluation über die Rechtmäßigkeit ihrer Vereinbarungen befinden sollen. Dieses „private enforcement“ wird konsequenterweise mit einer Neuregelung der Beweislast verbunden.

Um eine unions-einheitliche Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen zu gewährleisten, wird der Vorrang des Art. 81 festgeschrieben, so dass Sachverhalte, die nach dieser europäischen Vorschrift erlaubt (verboten) sind, nicht nach nationalem Kartellrecht verboten (erlaubt) werden dürfen. Im Bereich der binnenmarkt-wirksamen Kartelle, vertikalen Bindungen und abgestimmten Verhaltensweisen ist demnach kein Raum mehr für laxere oder strengere Regelungen im Kartellrecht der Mitgliedsstaaten. Abweichende nationale Regelungen sind in diesem Bereich (Art. 81) demnach nur für ausschließlich im Inland wirksame Wettbewerbsbeschränkungen denkbar. Ohne eine Rechtsharmonisierung rechtlich zu erzwingen, wird mit dieser Konstruktion eine Harmonisierung faktisch unausweichlich<sup>5</sup>. Neben der faktischen Harmonisierung sieht die KVVO eine Koordinierung der Wettbewerbspolitiken in einem „Netzwerk der Wettbewerbsbehörden“ vor, in dem regelmäßige Konsultationen einen Erfahrungsaustausch und eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedsstaaten erlauben sollen (Ehlermann 2004).

## II.2. *Veränderungen bei der europäischen Fusionskontrolle*<sup>6</sup>

Die neue FKVO will einen „soliden ökonomischen Rahmen“ festschreiben, in welchem die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben zu erfolgen hat, einen „more economic approach“ der für eine verlässliche und transparente Entscheidungspraxis sorgen soll.

Einerseits in Anlehnung an die schon stärker ‚ökonomisierte‘ Kartellrechtsanwendung in den USA, andererseits in terminologischer Abgrenzung dazu, wird dazu ein neues Untersagungskriterium eingeführt – die „erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“ (Significant Impediment to Effective Competition“). Entscheidend ist also das Ergebnis eines SIEC-Tests, für das der bisherige Prüfungsmaßstab der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung allenfalls als Hinweis oder Beispielfall dient („insbesondere“). Das Instrumentarium für den neuen Prüfungsmaßstab folgt der Praxis des SLC-Tests (Significant Lessening of Competition) in der US-amerikanischen Kartellrechtspraxis und bedeutet beispielsweise die Aufwertung industrieökonomisch untermauerter

---

<sup>5</sup> National abweichende Regelungen sind weiterhin möglich im Bereich der Missbrauchsaufsicht (Art. 82 EGV).

<sup>6</sup> Vgl. zum Folgenden auch Böge (2004a; 2004b), Oberender (2005; 2000).

Konzentrationsmaße, sowie die empirische Analyse der koordinierten und unilateralen Effekte der Fusion (Christiansen 2005; Hofer/Williams/Wu 2005). Im Vergleich zur bislang maßgeblichen Diagnose der Einzel- oder kollektiven Marktbeherrschung bedeutet dies eine potentielle Verschärfung der Prüfung, da nun koordinierte Effekte in vollem Umfang, unilaterale Effekte erstmals in die Analyse miteinbezogen werden.<sup>7</sup> Freilich wird als weitere Neuerung die Effizienzeinrede ausdrücklich vorgesehen, also die Prüfung des „Williamson trade-off“ zwischen Monopolisierungsnachteilen und Effizienzvorteilen (Williamson 1968). Mit der Notwendigkeit der empirischen Analyse und der Quantifizierung der relevanten Effekte im Einzelfall steigt der Aufwand für die Fusionskontrolle erheblich an (Christiansen 2005). Innerhalb der Kommission wird der *more economic approach* institutionalisiert durch die Berufung eines Chefökonom (vgl. Stevenson/Filippi 2005).

### II.3. Zielsetzung und Instrumente

Gemeinsame Zielsetzung beider Verordnungen ist die Erhöhung der Rechtssicherheit, egal ob diese in den Erwägungsgründen prospektiv oder retrospektiv formuliert wird: Entscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte sollen demnach vorhersehbar sowie transparent und nachvollziehbar sein. Der entscheidende Unterschied ist allerdings der Kontext: Während die KVVO Rechtssicherheit *trotz dezentraler Rechtsanwendung* anstrebt, will die FKVO die Rechtssicherheit *bei der zentralen Anwendung* sicherstellen. Entsprechend unterschiedlich ist das Instrumentarium: Die KVVO strebt eine *Harmonisierung des Kartellrechts* an, indem nationale Abweichungsmöglichkeiten beschnitten werden. Die FKVO dagegen versucht die gewünschte Rechtssicherheit *rechtsextern* herzustellen, indem ein ökonomisches Präjudiz gesucht wird (Christiansen 2005). Der vieldiskutierte Ruf nach dem „*more economic approach*“ delegiert in diesem Sinne die Produktion von Rechtssicherheit an – die Ökonomik. Diese Ökonomisierung ist nicht zuletzt motiviert durch die negativen Erfahrungen mit stark politisierten Fusionskontrollentscheidungen der Kommission in der Vergangenheit (Voigt/Schmidt 2005).

## III. Ordnungsökonomische Kritik

Die geschilderten Veränderungen des europäischen Kartell-Sekundärrechts können nach unterschiedlichen Kriterien beurteilt werden. So kann eine wettbewerbspolitische Bewertung vorgenommen werden, indem nach der erhöhten oder verminderten Intensität des Wettbewerbsschutzes unter dem Regime der neuen Verordnungen gefragt wird. Während dabei die Effektivität der Wettbewerbspolitik beurteilt wird, kann bei der Fusionskontrolle auch nach der Effizienz des neuen institutionellen Arrangements gefragt werden, indem die Kosten für die industrieökonomisch informierten Entscheidungen den Nutzen der dadurch ermöglichten erhöhten Einzelfallgerechtigkeit gegenübergestellt werden (Christiansen 2005;

---

<sup>7</sup> Vgl. eingehend Simon (2005), Denzel (2004), Alfter (2003), Burgstaller (2003).

Voigt/Schmidt 2004). Im Folgenden soll das beiden Novellen gemeinsame Ziel der Rechtssicherheit näher beleuchtet werden.<sup>8</sup>

Die Bedeutung von Rechtssicherheit für eine marktwirtschaftliche Ordnung ist ordnungsökonomisch von jeher unstrittig: Transparenz und Vorhersehbarkeit kartellrechtlicher Entscheidungen bedeutet Konstanz der Wettbewerbspolitik und vermindert zusätzliche, marktexterne Unsicherheit in einer dynamischen Marktordnung (Eucken 1990). Die Herrschaft des Gesetzes erscheint bei Hayek (1991) nachgerade als Grundlage der spontanen Ordnung der Marktwirtschaft, wobei die Herrschaft des Gesetzes solche Gesetze erfordert, die u.a. gewiss sind, was nichts anderes als Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit bedeutet.<sup>9</sup> Die Euckensche Forderung nach dem starken Staat, der dem Primat der Ordnungspolitik gehorcht, lässt sich für die Wettbewerbspolitik so reformulieren, dass eine transparente und vorhersehbare Kartellrechtsanwendung den Spielraum für *rent-seeking* verringert. Dieses Argument ist für eine der Novellen unmittelbar einschlägig – zugleich aber problematisch: Die Berücksichtigung von Partikularinteressen in der EU-Fusionskontrolle war, wie angedeutet, eine wesentliche Motivation für die Neufassung der FKVO und für den zuverlässigeren, „soliden ökonomischen Rahmen“ für die Einzelfallprüfung. Freilich ist mit dem ordnungsökonomischen Argument für Transparenz und Sicherheit die Vorstellung einer Regelbindung verbunden, die den konkreten Einzelfall gerade außer Betracht lässt. Es geht beim Primat der Ordnungspolitik um die „Vernunft von Regeln“ nicht um die Rationalität von Einzelentscheidungen nach bewährten „Regeln der Vernunft“. Oder anders gewendet: Die Ordnungsökonomik adressiert zuerst die grundlegende Frage, ob die Wettbewerbspolitik mit *per se*-Regeln operieren oder aber einer „rule of reason“ folgen soll, bevor die rule of reason eventuell industrieökonomisch-empirisch ‚hochgerüstet‘ wird. Dieselbe Problematik wird auch deutlich, wenn versucht wird, Rechtssicherheit dadurch institutionenökonomisch zu legitimieren, dass auf mögliche Transaktionskostensparnisse abgestellt wird. Die kostensparende Sicherheit von allgemeinen Regeln ist offensichtlich etwas anderes als die kostenträchtige Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit.

Nach dem Vorangegangenen wird bereits deutlich, dass das Ziel der Rechtssicherheit legitim und – auch ökonomisch – unproblematisch ist, dass jedoch das eingesetzte Instrumentarium der beiden Verordnungen bereits *prima vista* Probleme erkennen lässt. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Instrumente der beiden Novellen spitzt sich das Problem der Rechtssicherheit auf zwei Fragen zu: Gelingt die Produktion von Rechtssicherheit durch vereinheitlichtes materielles Recht, wie es die KVVO faktisch erzwingt? Und: Gelingt die Produktion von Rechtssicherheit durch Ökonomisierung der Rechtsanwendung, wie es die FKVO vorsieht?

Diese Fragen sind von grundsätzlicher ordnungsökonomischer Bedeutung, denn letztlich wird damit einerseits nach der Möglichkeit und den Formen der institutionellen (rechtlichen) Steuerung der Wirtschaft gefragt, andererseits nach der wirtschaftswissenschaft-

---

<sup>8</sup> Vgl. zur Fusionskontrolle unter diesem Blickwinkel auch Christiansen (2005), Voigt/Schmidt (2005; 2004).

<sup>9</sup> So auch Christiansen (2005, 288), der jedoch die inhärente Widersprüchlichkeit der Hayekschen Kriterien für „echte Gesetze“ außer Acht lässt; dazu Okruch (1999; 2001).

lichen Begründung juristischer oder politischer Entscheidungen. Oder noch anders: Es wird das Problem angesprochen, ob und wie eine wirtschaftswissenschaftliche Politik- und Rechtsberatung möglich ist, insbesondere, ob diese Beratung für die Wahl der ‚Spielregeln‘ oder für die Kalkulation einzelner ‚Spielzüge‘ angebracht ist.

### *III.1. Zur Produktion von Rechtssicherheit durch einheitliche Rechtsvorschriften*

Im Folgenden soll die These verteidigt werden, dass die Harmonisierung des Kartellrechts nicht hinreichend ist, um die gewünschte Rechtssicherheit herzustellen. Da dies eine Position ist, die grundlegenden ordnungsökonomischen Überzeugungen zuwiderzulaufen scheint, bedarf es etwas ausführlicherer Darlegungen.

Im Hinblick auf die rechtlich-institutionelle Steuerung der Wirtschaft drohen m. E. zwei extreme Irrtümer: Einerseits die Vorstellung, rechtliche Steuerung sei sicher, mit der Setzung eines unwandelbaren institutionellen Rahmens sei das Problem der Steuerung dauerhaft gelöst. Mit dieser Position wird zwar die Möglichkeit der (seltenen) Anpassung des Regelwerks zugestanden, jedoch die evolutorische Selbsttransformation des Rechtssystems, also institutioneller Wandel ausgeblendet. Andererseits der Verdacht, Rechtsanwendung sei unsicher. Dabei wird die Möglichkeit institutionellen Wandels eingeräumt, zugleich aber radikalisiert. Die Ergebnisse der Rechtsanwendung sind nach dieser Position nicht nachvollziehbar und willkürlich, die Richtung des institutionellen Wandels damit nicht prognostizierbar.<sup>10</sup>

Während die erste Position selbstexekutierende Rechtsnormen unterstellen muss bzw. sich den Rechtsanwender nur als mechanisch agierenden ‚Subsumtionsautomaten‘ vorstellen kann, sieht der zweite Standpunkt die ‚Herrschaft des Gesetzes‘ beständig durch die willkürliche ‚Herrschaft der Rechtsanwender‘ bedroht. Oder verfassungsökonomisch: Es droht unkontrollierter ‚impliziter Verfassungswandel‘, also Veränderungen der Verfassung ohne Veränderung des Verfassungstextes (Voigt 1999). Folglich muss der Verfassungstext andauernd gegen die unerwünschten Interpretationen verteidigt werden (expliziter Verfassungswandel). Anpassungen des geschriebenen Regelwerks werden damit – ganz im Gegensatz zur ersten Position – zur häufigen und Daueraufgabe.

Dem zuerst beschriebenen Irrtum scheinen Teile der Ordnungsökonomik tatsächlich zu erliegen. Vieles in der Euckenschen Ordnungstheorie liest sich, als ob mit dem Setzen des Ordnungsrahmens das ordnungspolitische Problem gelöst sei. Auch in der konstitutionenökonomischen Fassung der Ordnungstheorie (Buchanan 1984; Brennan/Buchanan 1993) werden bezeichnenderweise die seltenen ‚konstitutionellen Augenblicke‘ betrachtet, die Möglichkeiten einer grundlegenden ‚konstitutionellen Revolution‘ untersucht, aber die institutionelle Evolution durch impliziten Verfassungswandel weitgehend ausgeblendet (Voigt 1999).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> So etwa Kläver (2002), vgl. dazu Okruch (2005).

<sup>11</sup> Eine eigentümliche Sonderstellung nimmt Hayeks Ordnungstheorie ein: Zwar wird darin Rechtswandel berücksichtigt, zugleich aber als sichere Quelle erwünschter Regeln vorgestellt. Die

Dieser gemeinsame blinde Fleck erklärt sich durch die normative Zielsetzung der beiden Ansätze. Hinter der Begrifflichkeit, mit der die Seltenheit und Außerordentlichkeit des expliziten Verfassungswandels beschrieben wird, verbergen sich weniger Aussagen über die empirische Diskontinuität, als vielmehr normative Aussagen. Da beide Richtungen Empfehlungen formulieren wollen, welchen Inhalt die Verfassung haben soll und da – nach ebenfalls übereinstimmender Meinung – der Buchstabe der Verfassung an erster Stelle Verbote für bestimmte Handlungen vorsehen muss, darf kein Raum sein für die Aushöhlung dieser Verbote. Die Veränderung des Gehalts der Verfassung bei gleich bleibendem Verfassungstext wird folglich als nicht erwünscht außer Betracht gelassen. Dabei wird allerdings übersehen, dass auch ohne eine gefährliche ‚Verdünnung‘ von Rechten ein Spielraum für den Verfassungswandel bleibt, weil die allgemeinen Verbote in der Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall positiv ausgefüllt werden (müssen).

Diese theoretische Vernachlässigung ist gerade im Hinblick auf die europäische Wirtschaftsverfassung bedauerlich, denn impliziter Wandel ist für die bisherige Entwicklung der europäischen (Wirtschafts-)Verfassung offensichtlich von überragender Bedeutung.<sup>12</sup>

Unwandelbare Vorschriften der Wirtschaftsverfassung sind somit kein archimedisches Punkt, von dem aus die wirtschaftliche oder politische Dynamik mit Sicherheit zu steuern ist.

Mit diesem Fazit, das die Bedeutung des ‚impliziten‘ Rechtswandels betont, muss man keinesfalls sogleich dem zweiten der beschriebenen Irrtümer aufsitzen. Zwar sind auch rechtliche Restriktionen „Tatsachen der Sozialwissenschaften“ (Hayek) und als solche keine objektiven Daten. Allerdings ist die Evolution des Rechts nicht völlig erratisch, sondern kontrolliert durch Entscheidungsroutrinen und nicht explizierbares praktisches Wissen in der Rechtsanwendung.<sup>13</sup>

Die Gleichzeitigkeit von Kreativität und Kontrolle in der Rechtsanwendung bedeutet für die gewünschte Rechtssicherheit in der Kartellrechtspraxis aber nichts anderes, als dass eine Harmonisierung des Kartellverbots nicht allein ausreichend sein wird. Für die ‚Harmonisierung‘ des für die einheitliche Rechtsanwendung entscheidenden praktischen Wissen wird vielmehr der Erfahrungsaustausch innerhalb des „Netzwerk der Kartellbehörden“ von Bedeutung sein. Wenn aber die Vereinheitlichung des Kartellrechts nicht hinreichend für die Rechtssicherheit ist und vor allem Lernprozesse der Rechtsanwender entscheidend sein werden, so fragt sich letztlich auch, ob die Rechtsharmonisierung – über die Vereinbarung von Mindeststandards hinaus – überhaupt notwendig ist oder ob nicht vielmehr

---

Gefährdung der Verfassung(-swirklichkeit) geht für Hayek bekanntlich von explizitem Wandel durch die Legislative aus.

<sup>12</sup> Gerade im Hinblick auf die expliziten Neufassungen der europäischen Wirtschaftsverfassungen wurde immer wieder kritisch bemerkt, dass darin der Union nur nachträglich Kompetenzen zugewiesen wurden, die sie sich schon zuvor – eben durch impliziten Verfassungswandel – angemäht hatte (Mussler 1998). Ebenso vertraut ist die eigentümliche Rolle des Europäischen Gerichtshofs, der häufig als „Wahrer des Rechts“ *zugleich* „Motor der Integration“ gewesen ist, weil er den Text der Wirtschaftsverfassung in integrationsfreundlicher Weise gedeutet, ihren Gehalt verändert hat – auch dies impliziter Wandel.

<sup>13</sup> Vgl. Okruch (1999; 2005) mit weitem, insbesondere auch rechtswissenschaftlichen Nachweisen.

die Lernprozesse auch in einem ‚offeneren‘ System zu der erwünschten Rechtssicherheit führen können.

### *III.2. Zur Produktion von Rechtssicherheit durch ‚Ökonomisierung‘*

Der Ruf nach dem more economic approach hat – obwohl auf den ersten Blick für die Ökonomik schmeichelhaft – in der Disziplin ein lebhaftes und durchaus geteiltes Echo gefunden<sup>14</sup>, das im Folgenden nur kurz kommentiert werden soll.

Für die angestrebte Rechtssicherheit geht es nur sekundär um die Kosten und Nutzen der aufwendigeren Methoden zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. Die mangelnde Antizipierbarkeit von evolutorischen Wettbewerbsprozessen ist eine grundsätzliche, auch durch größten methodischen Aufwand nicht aufhebbare Beschränkung, die sich in den anhaltenden wettbewerbstheoretischen Kontroversen augenfällig äußert. Es bedeutet zudem eine unzulässige Verengung, wenn mit der ‚Ökonomisierung‘ nur jener Teil der Volkswirtschaftslehre angesprochen wird, der einzelne Markt- und Wettbewerbsergebnisse quantifizieren will. Jener Teil der Ökonomik, der nicht die Spielzüge im Einzelfall prognostizieren, sondern vielmehr den Einfluss der Spielregeln auf die Spielzüge im allgemeinen untersuchen möchte, hat ebenfalls wettbewerbspolitische Bedeutung. Durch den Einfluss des traditionellen (ordoliberalen) Wirtschaftskonstitutionalismus war das Kartellrecht zudem von jeher ‚ökonomisiert‘ (Gerber 1998).

Ob also die Wettbewerbstheorie in dem geforderten Sinne für Entscheidungssicherheit sorgen kann, ist angesichts der Komplexität, Dynamik und Offenheit von Wettbewerbsprozessen überaus fraglich. Die in der Vergangenheit vorherrschende Intransparenz und Politisierung von Fusionskontrollentscheidungen ist wohl weniger durch einzelfallbezogene ‚Ökonomisierung‘ zu vermeiden, als vielmehr – im Sinn einer ‚Ökonomik der Spielregeln‘, also ordnungsökonomisch – durch institutionelle Veränderungen. Ein nahe liegender Ansatzpunkt für eine institutionelle Reform ist die Einrichtung einer tatsächlich unabhängigen europäischen Kartellbehörde. Die Berufung eines Chefvolkswirts ist angesichts der unübersichtlichen Kommunikationsbedingungen und Einflüsse innerhalb der Kommission nicht ausreichend, um Unabhängigkeit zu sichern (Drauz 2002). Mit einer unabhängigen Kartellbehörde könnte dann auch die Anwendung des Fusionskontrollrechts in dem „Netzwerk der Wettbewerbsbehörden“ koordiniert werden und die supranationale Ebene müsste nicht mehr so peinlich darauf achten, dass die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben ausschließlich zentral erfolgt. Schließlich folgt doch aus dem more economic approach keineswegs die Notwendigkeit der Zentralisierung: Gerade wenn man die Verheißungen des ökonomischeren Ansatzes für bare Münze nimmt – genügt dann nicht die Verpflichtung aller Wettbewerbsbehörden auf diesen Standard, um eine dezentrale Anwendung auch des Fusionskontrollrechts zu ermöglichen? Wenn man, wie dargelegt, der Sicherheit des ökonomischen Präjudiz misstraut, könnten abermals Mindeststandards für mehr Vielfalt sorgen.

---

<sup>14</sup> Vgl. nochmals Christiansen (2005), Voigt/Schmidt (2004), außerdem Schmidt, I. (2006), Schmidtchen (2006).

#### IV. Ausblick: Wettbewerbspolitik im Systemwettbewerb

Im Vorangegangenen hat mein Beitrag für mehr Vielfalt plädiert, zugleich aber die Bedeutung von Koordination und von Lernprozessen betont, um im europäischen Systemwettbewerb eine erwünschte, ausreichende Einheitlichkeit zu sichern. Der eingangs erwähnte scharfe Gegensatz von Harmonisierung und Wettbewerb, Einheitlichkeit und Vielfalt wird sich auch im Allgemeinen dauerhaft nur entschärfen lassen, wenn solche Lernprozesse intensiviert werden. In dieser Sichtweise ist es dann die ordnungspolitische Aufgabe der zentralen Ebene, nicht allein eine Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb zu setzen. Vielmehr kann eine Wettbewerbspolitik für den Systemwettbewerb darin bestehen, den Wettbewerb zu beleben und zugleich den Prozess gegenseitigen Lernens unter den Mitgliedsstaaten zu organisieren. Die im Zuge der Lissabon-Strategie initiierte ‚Offene Methode der Koordinierung‘ ist in diesem Sinne eine ordnungspolitisch ermutigende Entwicklung. Dass die OMK in ihrem ersten ‚Design‘ gescheitert ist und 2005 ein ‚Relaunch‘ erforderlich war, ist dabei kein Gegenargument, sondern nur Ausdruck dafür, dass für die ordnungspolitische Bewältigung von Vielfalt und Wandel eben doch (*pace* Eucken) eine, wenn auch disziplinierte ‚Wirtschaftspolitik der Experimente‘ erforderlich ist.<sup>15</sup>

#### Rechtsquellen

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, <http://www.eur-lex.europa.eu> (30.05.2006).

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, <http://www.eur-lex.europa.eu> (30.05.2006).

Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962 – Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages <http://www.eur-lex.europa.eu> (30.05.2006).

#### Literatur

Alfter, M. (2003), Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle: SLC-Test versus marktbeherrschende Stellung - eine Frage der Semantik?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 53, S. 20-28.

Böge, U. (2004a), Reform der Europäischen Fusionskontrolle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 54, S. 138-148.

Böge, U. (2004b), Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, S. 726-733.

Brennan, G./ Buchanan, J. M. (1993), *Die Begründung von Regeln: Konstitutionelle Politische Ökonomie*, Tübingen.

Buchanan, J. M. (1984), *Die Grenzen der Freiheit: Zwischen Anarchie und Leviathan*, Tübingen.

---

<sup>15</sup> Vgl. zu diesem Argument eingehend Okruch (2006).

- Burgstaller, M. (2003), Marktbeherrschung oder "substantial lessening of competition"?:  
Zugleich ein Beitrag zur Reform des materiellen Europäischen Fusionskontrollrechts,  
in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 53, S. 726-738.
- Christiansen, A. (2005), Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: mehr Kosten als  
Nutzen?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 55, S. 285-293.
- Denzel, U. (2004), Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA:  
Marktbeherrschungstest und "significant impediment to effective competition" versus  
"substantial lessening of competition", Baden-Baden.
- Drauz, G. (2002), A View from Inside the Merger Task Force: Comments on "Reforming  
European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes", in: *Journal  
of Industry, Competition and Trade*, Vol. 2, S. 391-399.
- Ehlermann, C.-D. (2000), The Modernization of EC Antitrust Policy: a legal and cultural  
revolution, in: *Common Market Law Review*, Vol. 37, S. 537-590.
- Ehlermann, C.-D. (Hrsg.) (2004), *Constructing the EU network of competition authorities*,  
Oxford u.a.
- Eidenmüller, H. (2005), Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen  
Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, in: Lorenz, S. (Hrsg.), *Festschrift für Andreas  
Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, S. 581-595.
- Eucken, W. (1990), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen.
- First, H. (1998), Theories of Harmonization: A Cautionary Tale, in: Ullrich, H. (Hrsg.),  
*Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust  
Law*, Baden-Baden, S. 17-41.
- Gerber, D. J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting  
Prometheus*, Oxford.
- Hayek, F. A. v. (1991), *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen.
- Heine, K. (2003), *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht: Zur Funktionsfähigkeit  
eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin.
- Helmstädter, E. (1994), Die Geschichte der Nationalökonomie als Geschichte ihres  
Fortschritts: Eine Exposition zur Dogmengeschichte, in: Issing, O. (Hrsg.), *Geschichte  
der Nationalökonomie*, München, S. 1-13.
- Hofer, P./Williams, M./Wu, L. (2005), Empirische Methoden in der Europäischen  
Fusionskontrolle, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Bd. 55, S. 155-162.
- Kerber, W. / Budzinski, O. (2004), Competition of Competition Laws: Mission Impossible?,  
in: Epstein, R. A./Greve, M. S. (Hrsg.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust  
Jurisdiction in the Global Economy*, Washington, D.C., S. 31-65.
- Kerber, W. (2000), Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in:  
Grundmann, S. (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des  
Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht*,  
Tübingen, S. 67-97.
- Kerber, W./Heine, K. (2002), Zur Gestaltung von Mehr-Ebenen-Rechtssystemen, in: Ott, C./  
Schäfer, H.-B. (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in  
transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, S. 167-194.
- Kieninger, E.-M. (2004), Internationales Gesellschaftsrecht nach "Centros", "Überseering"  
und "Inspire Art": Antworten, Zweifel und offene Fragen, in: *Zeitschrift für  
europäisches Privatrecht*, Bd. 12, S. 685-704.

- Kirchner, C. (2004), Zur Ökonomik des legislatorischen Wettbewerbs im europäischen Gesellschaftsrecht, in: Fuchs, A. (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München, S. 607-625.
- Kläver, M. (2002), Verfassungsevolutorik, in: Lehmann-Waffenschmidt, M. (Hrsg.), Perspektiven des Wandels: Evolutorische Ökonomik in der Anwendung, Marburg, S. 295-311.
- Koenigs, F. (2003), Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht, in: Der Betrieb, Bd. 56, S. 755-759.
- Meessen, K. M. (1989), Competition of Competition Laws, in: Northwestern Journal of International Law and Business, Vol. 10, S. 17-30.
- Montag, F./Rosenfeld, A. (2003), A Solution to the Problems?: Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Bd. 1, S. 107-135.
- Mussler, W. (1998), Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel: Von Rom nach Maastricht, Baden-Baden.
- Neumark, F. (1975), Zyklen in der Geschichte ökonomischer Ideen, in: Kyklos: Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften, Vol. 28, S. 257-285.
- Oberender, P. (Hrsg.) (2000), Europäische Fusionskontrolle, Berlin.
- Oberender, P. (Hrsg.) (2005), Effizienz und Wettbewerb, Berlin.
- Oberender, Peter/Okruh, Stefan (1994), Gegenwärtige Probleme und zukünftige Perspektiven der europäischen Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 44, S. 507-520.
- Oberender, P./Väth, A. (1989), Von der Industrieökonomie zur Marktökonomie, in: Oberender, P. (Hrsg.), Marktökonomie: Marktstruktur und Wettbewerb in ausgewählten Branchen der Bundesrepublik Deutschland, München, S. 1-27.
- Okruh, S. (1999), Innovation und Diffusion von Normen: Grundlagen und Elemente einer evolutorischen Theorie des Institutionenwandels, Berlin.
- Okruh, S. (2001), Der Richter als Institution einer spontanen Ordnung: Einige kritische Bemerkungen zu einer Zentralfigur in Hayeks Theorie der kulturellen Evolution, in: ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 52, S. 131-153.
- Okruh, S. (2005), Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive – oder: Die Grenzen der konstitutionenökonomischen Suche nach der guten Verfassung, in: Beckmann, K./Dieringer, J./Hufeld, U. (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, Tübingen, S. 135-158.
- Okruh, S. (2006), Die ‚Offene Methode der Koordinierung‘: Gefahr schleichender Harmonisierung oder Chance für Politiklernen?, in: Stuchlik, A. (Hrsg.), Rentenreform in Mittel- und Osteuropa: Impulse und Politikleitbilder für die Europäische Union, Wiesbaden (in Druck).
- Sandrock, O./Wetzler, C. F. (Hrsg.) (2004), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen: nach Centros, Überseering und Inspire Art, Heidelberg.
- Schmidt, I. (2006), More economic approach: ein wettbewerbspolitischer Fortschritt?, in: Brinker, I. (Hrsg.), Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München, S. 409-418.
- Schmidtchen, D. (2006), Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Bd. 56, S. 6-17.

- Schumpeter, J. A. (1965), *Geschichte der ökonomischen Analyse*, Göttingen.
- Simon, S. (2005), Wird SLC marktbeherrschend? Die materialrechtliche Reform der europäischen Fusionskontrolle, in: FIW e.V. (Hrsg.), *Enforcement - die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts*, Köln u.a., S. 149-166.
- Stevenson, C./Filippi, I. (2004), How Does the European Commission's New Chief Economist Think?, in: *European Competition Law Review*, Vol. 25, S. 122-125.
- Voigt, S. (1999), *Explaining Constitutional Change: A Positive Economics Approach*, Cheltenham/Northampton.
- Voigt, S./Schmidt, A. (2004), Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!, in: *European Competition Law Review*, S. 580-586.
- Voigt, S./Schmidt, A. (2005), *Making European Merger Policy More Predictable*, Dordrecht.
- Weitbrecht, A. (2003), Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Bd. 14, S. 69-73.
- Williamson, O. E. (1968), Economies as an Antitrust Defense: The welfare trade-offs, in: *American Economic Review*, Vol. 58, S. 18-36.

ANDRÁSSY WORKING PAPER SERIES  
ISSN 1589-603X

- I Beckmann, Klaus B. and Martin Werding. 2002. „Two Cheers for the Earned Income Tax Credit”.
- II Beckmann, Klaus B. 2003. „Evaluation von Lehre und Forschung an Hochschulen: eine institutenökonomische Perspektive”.
- III Beckmann, Klaus B. 2003. „Tax Progression and Evasion: a Simple Graphical Approach”.
- IV Balogh, László – Meyer, Dietmar. 2003. „Gerechtes und/ oder effizientes Steuersystem in einer Transformationsökonomie mit wachsendem Einkommen”.
- V Arnold, Volker. 2003. „Kompetitiver vs. kooperativer Föderalismus: Ist ein horizontaler Finanzausgleich aus allokativer Sicht erforderlich?”
- VI Okruch, Stefan. 2003. „Evolutorische Ökonomik und Ordnungspolitik – ein neuer Anlauf”.
- VII Meyer, Dietmar: „Humankapital und EU-Beitritt – Überlegungen anhand eines Duopolmodells.”
- VIII Okruch, Stefan. 2003. „Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive - oder: Grenzen der konstitutionenökonomischen Suche nach der guten Verfassung.”
- IX Arnold, Volker – Hübner, Marion. 2004. „Repression oder Umverteilung - Welches ist der beste Weg zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit marktwirtschaftlicher Systeme? - Ein Beitrag zur Theorie der Einkommensumverteilung.”
- X Bartscher, Thomas, Ralph Baur and Klaus Beckmann. 2004 „Strategische Probleme des Mittelstands in Niederbayern”

- XI Alfred, Endres. 2004 „Natürliche Ressourcen und nachhaltige Entwicklung“
- XII Chiovini, Rita und Zsuzsanna Vető. 2004. „Daten und Bemerkungen zu den Disparitäten im Entwicklungsstand ausgewählter Länder“
- XIII Meyer, Dietmar – Lackenbauer, Jörg. 2005 „EU Cohesion Policy and the Equity-Efficiency Trade-Off: Adding Dynamics to Martin’s Model“
- XIV Beckmann, Klaus B. 2005. “Tax competition and strategic complementarity”
- XV Margitay-Becht András 2005 “Inequality and Aid. Simulating the correlation between economic inequality and the effect of financial aid”
- XVI Beckmann, Klaus B. 2006. “Tax evaders keep up with the Joneses”
- XVII Okruch, Stefan. 2006. „Die EU-Wettbewerbspolitik zwischen Einheitlichkeit und Vielfalt – Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht“

Paper copies can be ordered from:

The Librarian  
Andrássy Gyula Egyetem  
Pf. 1422  
1464 Budapest  
Hungary

Visit us on the web at <http://www.andrassyuni.hu>. Please note that we cease to circulate papers if a revised version has been accepted for publication elsewhere.