

Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé.

Lars-Hendrik Röller/ Hans W. Friederiszick*

I.	Einleitung	2
II.	Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik	3
A.	Reformmotive.....	3
B.	Merkmale einer robusten ökonomischen Analyse	5
C.	Anwendungsbereiche und Beispiele eines ökonomischen Ansatzes	7
III.	Schlussbemerkung – ökonomische Analyse und gerichtliche Kontrolle	14

*Dies ist ein Working Paper, die Drückfassung wird erscheinen in:
Baudenbacher, C. (Ed.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht.
Dreizehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Helbing und
Lichtenhahn.(Forthcoming,2007)*

* Prof. Lars-Hendrik Röller war von September 2003 bis August 2006 Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission. Dr. Hans Wolfgang Friederiszick war während dieser Zeit Mitarbeiter in seinem Team. Die im Artikel vertretenen Meinungen sind die persönlichen Standpunkte der Autoren und keinesfalls die der Kommission oder die von Teilen der Kommission. Seit September 2006 ist Herr Röller Präsident der European School of Management and Technology (ESMT), Berlin. Herr Friederiszick leitet seit Oktober 2006 die Wettbewerbsabteilung der ESMT.

I. Einleitung

Die Bedeutung ökonomischer Argumente und Analysen in der EU Wettbewerbspolitik hat in den vergangenen Jahren an Gewicht gewonnen. Der vorliegende Artikel beschreibt diesen Reformprozess, seine Ziele und Implementierung. Er bietet eine Zwischenbilanz des Reformprozesses basierend auf den Erfahrungen nach drei Jahren „Chief Economist Team“.

Die Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts wurde häufig auf den Begriff „more economic approach“ verkürzt.¹ Dieser Begriff stiftet Verwirrung: er konstatiert einen Widerspruch zwischen Gesetz und Ökonomie, er suggeriert einen Systemwechsel. Tatsächlich handelte es sich um eine Reform und keine Revolution, um eine Reflektion über bestehende Rechtspraxis im Lichte moderner ökonomischer Theorien. Er führte zu einer stärker wirkungsbasierten Wettbewerbsanalyse in einigen Bereichen, zu besseren Regeln in anderen Bereichen. Jedenfalls erfordert er eine Stärkung des ökonomischen Know-hows sowohl bei den Wettbewerbsbehörden wie bei den betroffenen Unternehmen.

Tatsächlich konstatierten einige Beobachter² zu Beginn der Reform einen sinkenden Anteil von Ökonomen trotz zunehmender Bedeutung ökonomischer Analysen in Wettbewerbsverfahren. Dieser Prozess scheint sich umzukehren: eine steigende Anzahl an Wettbewerbsbehörden verfügt über eigene Chefökonomien mit entsprechend ausgerüsteten Teams, die Bereitschaft Ökonomen in Wettbewerbsbehörden einzustellen ist ebenso wie die Interdependenz mit der ökonomischen Wissenschaft gestiegen. Auch in der Privatwirtschaft beobachtet man einen Anstieg von Angebot und Nachfrage nach ökonomischer Expertise. Dies alles lässt eine langfristige Qualitätssteigerung der ökonomischen Analyse erhoffen.

Der Erfolg oder Misserfolg der Reform misst sich letztlich daran, ob es gelungen ist durch einen modernen ökonomischen Ansatz bestehende Regeln zu verbessern, den Mix zwischen *per se* Regeln und Ermessensspielräumen sinnvoll zu definieren und dort, wo eine wirkungsbasierte Analyse vorgesehen ist, einen angemessenen Qualitätsstandard zu gewährleisten. Der vorliegende Artikel versucht sich diesen Fragen über drei Themenbereiche zu nähern – zunächst werden die Reformmotive beschrieben, im weiteren werden Charakteristika einer robusten ökonomischen Analyse definiert und schließlich Anwendungsgebiete der ökonomischen Analyse anhand einiger Beispiele diskutiert. Der Aspekt der Kontrolle durch die Gerichte wird im Schlusswort mit aufgenommen.

¹ Tatsächlich ist die Diskussion um diesen Begriff eine sehr deutsche. Googelt man den Begriff im Internet so erscheint die Diskussion allein zwischen der Kommission und deutschen Kommentatoren geführt zu werden, die sich mal mehr und mal weniger kritisch zum Begriff äußern. Bei einer Suche unter Google.com nach der Phrase „more economic approach“ (nur englischsprachige Texte) findet man unter den ersten zehn Treffern die folgenden: D. Schmiedchen (2005, dt), A. Christiansen (2006, dt), P.Lowe (2005, EU), Ch. Kirchner (2005, dt.), U.Böge (2005, dt.), EAGCP (2006, EU).

² Bobby Willig adressierte diesen Punkt in einem OECD Arbeitsgruppen Panel über „Use of Economic Evidence in Merger Control“, 10 Juni 2004.

II. Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik

Das Mandat der politischen Entscheidungsträger war und ist klar formuliert:

“... a major trend of this mandate has been to ensure that competition policy is fully compatible with economic learning....”

Rede des damaligen Wettbewerbskommissars Mario Monti, Brüssel, 28 Oktober 2004

“We are overhauling all our rules in order to firmly ground them in rigorous economic analysis and to improve the speed, transparency and predictability of their application.”

Rede der Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes, bezüglich Beihilfekontrolle, Berlin, 6 Juli 2006

So selbstverständlich der politische Ruf nach Konvergenz zwischen juristischen und ökonomischen Prinzipien im Bereich der Wettbewerbskontrolle erscheint, so unklar erscheint jedoch die Implementierung der unbestimmten Begriffe „rigorous economic analysis“ oder „more economic approach“. Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Facetten dieser Reform aufgezeigt werden.

A. Reformmotive

Drei Gründe führten zu dem politischen Reformmandat. Erstens ergab sich eine Notwendigkeit im Rahmen des Lissabonprozesses die ökonomischen Vorteile, die sich aus einer funktionierenden Wettbewerbskontrolle ergeben, besser zu rechtfertigen. Die strukturelle Schwäche der europäischen Wirtschaft und der zunehmende Globalisierungsdruck, erzwang eine erneute Debatte um die Bedeutung „nationaler Champions“ bei der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Länder und Europas in seiner Gesamtheit. Die Bereitschaft, zu einer aktiven sektoralen Industriepolitik zurückzukehren, mündete – sowohl auf nationaler Ebene wie auch auf Kommissionsebene – in einer wettbewerbspolitisch bedenklichen Schiefelage. So wurde Bezug nehmend auf den Fusionsfall Volvo/ Scania³ der Generaldirektion Wettbewerb vorgeworfen sich bei der Marktabgrenzung zu sehr an bestehenden nationalen Grenzen zu orientieren und dadurch insbesondere in kleinen Mitgliedsstaaten die Bildung aus europäischer Sicht angemessener Industrieinheiten zu unterdrücken.⁴ Auch war – und ist – ein anhaltendes Bestreben der Mitgliedstaaten sichtbar, eingegangene Liberalisierungsversprechen durch das Zulassen von nationalen Großfusionen, Gewährung von verschiedensten Formen der Beihilfen oder Verbot ausländischer Firmeneintritte zu kontakkarrieren. Die Energie- und Bankensektoren bieten zahlreiche Beispiel einer solchen Entwicklung.

Die politische Legitimierung einer aktiven Wettbewerbspolitik drohte zu erodieren. Stimmen, wie die des Sapir-Reports zeigten jedoch, das ein stabiles ökonomisches Fundament für eine aktive Wettbewerbspolitik bestand: *„A truly dynamic Single Market needs not only more integration, but also better regulation to facilitate entry by new players and the development of risk capital... For product markets, this involves a substantial reduction of entry cost ... and*

³ Volvo/ Scania (1999) M.1672.

⁴ Die faktisch eingetretenen Fusionsalternative – Volvo ging ein Partnerschaft mit Renault ein und Scania mit Volkswagen – widerlegen diese Argumentation für diesen konkreten Fall. Siehe hierzu J. Stennek (2006): A new perspective on mergers and acquisitions: Evidence explained, policies prescribed. CESifo Forum 7,1, S.3-9.

consistent anti-trust action against incumbents' attempts to prevent entry by others".⁵ Allein eine Wettbewerbspolitik, die ihre Rolle bei der Erreichung der in der Lissabonagenda vorgegebenen Ziele robust begründen kann, kann mit der Unterstützung rechnen, die für ihre Durchsetzung in Europa notwendig ist. Eine einfache, formal juristische Referenz zum Vertrag von Rom erreicht dies nicht. Entsprechend musste es das Bestreben sein, eine robuste ökonomische Basis zu finden, welche zum einen in dynamischen Industrien Effizienzgewinne durch Größenvorteile zulässt, und zum anderen Vermachtungstendenzen in ungenügend liberalisierten Märkten verhindert.

Zum zweiten hatten die vor den europäischen Gerichten erzwungenen Niederlagen der Kommission einen signifikanten Handlungsdruck erzeugt. So zieht das Gericht Erster Instanz in der Entscheidung zum Fall *Airtours vs. Commission* die Schlussfolgerung, dass „...*die in der Entscheidung dargestellte Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung nicht auf eindeutige Beweise gestützt ist und hinsichtlich von Faktoren, die für die Beurteilung einer etwaigen Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wichtig sind, eine Reihe von Beurteilungsfehlern aufweist.*“⁶ Die Entscheidung des Gerichts fordert deutlich bessere ökonomische Evidenz ein. Das Gericht adressiert ebenfalls die Notwendigkeit, dass es die Aufgabe der Kommission – und nicht die der Parteien – ist, die relevante ökonomische Evidenz vorzulegen, will sie eine Situation kollektiver Marktbeherrschung begründen.⁷ Ähnlich scharf urteilte das CFI in einigen weiteren Fällen,⁸ und wurde in der Folgezeit weitestgehend bestätigt durch das ECJ.⁹

Zum dritten ist ökonomische Analyse hilfreich, um eine gewisse Konvergenz mit der Wettbewerbspraxis in anderen Ländern zu erreichen – insbesondere seien hier die amerikanischen Wettbewerbsbehörden, die FTC und das DOJ erwähnt. Konflikte zwischen Wettbewerbsbehörden können aufgrund von verschiedenen Gründen auftreten. Konflikte sind wahrscheinlich, wenn die Wettbewerbsbehörden unterschiedliche Ziele verfolgen, verschiedenen Standards bei der Beweisführung haben oder die ökonomischen Auswirkungen der geprüften Maßnahme in den verschiedenen Gebieten unterschiedlich ausfallen.¹⁰ Durch die Fokussierung auf ökonomische Ziele – anstelle anderer politischer Ziele – kann ein gewisses Konfliktpotential beseitigt werden. Eine vollständige Angleichung verschiedener Rechtsauffassungen ist jedoch nicht zu erwarten noch erwünscht.

Auch die Schaffung einer gemeinsamen, ökonomischen Sprache ist bei dieser Konfliktvermeidung ein nicht zu unterschätzendes Element. Eine solche hilft unnötige Konflikte zu vermeiden und bestehende Differenzen zu diskutieren. Jonathan Baker, der für einige Wochen die Arbeit bei DG COMP begleitete, resümiert: „*On the cases I worked on with DG COMP staff, the issues we discussed, the language we used, the sophistication of the conversation, and the kind of evidence viewed as relevant to resolve outstanding questions,*

⁵ Sapir Report, 2004, S.154 und S.158.

⁶ *Airtours plc* gegen Kommission, ECR 2002 II-02585, ¶ 294.

⁷ In Bezug auf die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung ist auch die aktuelle Entscheidung des CFI im Fall *Sony/ BMG* interessant. Siehe CFI, *Impala* gegen Kommission, T-464/04, 13.7.2006. Siehe auch die Diskussion des Falls in Abschnitt 2.C.

⁸ *Schneider Electric SA* gegen Kommission, ECR 2002 II-04201; *Tetra Laval* gegen Kommission, 2002 II-04381; *General Electric* gegen Kommission, 2005, T-210/01.

⁹ Kommission gegen *Tetra Laval BV*, ECR 2005 I-01113.

¹⁰ Siehe hierzu D.Neven und L.-H. Röller 2003: *On the Scope of Conflict in International Merger Control*. *Journal of Industry, Competition and Trade*, Bank Paper, 235-249.

was much like my previous work at the Federal Trade Commission and Antitrust Division in the U.S. “¹¹

B. Merkmale einer robusten ökonomischen Analyse

Eine robuste ökonomische Analyse stützt sich auf zwei wesentliche Säulen – ökonomische Theorie und dessen empirische Überprüfung. Dabei sind es im Wesentlichen vier Merkmale, die eine robuste ökonomische Analyse charakterisieren. Erstens, beruht sie auf dem bestehenden Kanon ökonomischen Wissens und nicht auf Grenzwissen, zweitens, werden die in Frage kommenden „theories of harm“ frühzeitig identifiziert und die empirische Überprüfung an ihnen ausgerichtet, drittens erfolgt eine empirische Überprüfung basierend auf einem plausiblen Konzept der Identifikation, schließlich basiert eine robuste ökonomische Analyse nicht auf einer einzigen empirischen Methode sondern auf einer breiten Palette von Methoden und diskutiert die Robustheit der Ergebnisse.¹² Diese Aspekte sollen im Folgenden kurz umrissen werden.

Ökonomische Theorie ist notwendig um einen entsprechenden Analyserahmen vorzugeben. Ein Grundverständnis der unterliegenden Marktfaktoren – wie Marktkonzentration, Anzahl der Firmen, wesentliche Merkmale von Nachfrage und unterliegender Technologie, sowie strategisches Verhalten der Firmen im Markt – ist notwendig um plausible von unplausiblen Missbrauchstatbeständen zu unterscheiden. Der bestehende Kanon an ökonomischen Theorien – von Vickers auch als „ökonomische Prinzipien“ bezeichnet – beschreibt ein solches, hinreichend robustes Theoriegebäude. Die Entwicklung neuer Theorieansätze dagegen ist nur begrenzt relevant zur Beurteilung von Wettbewerbsfällen. Zeitliche Aspekte, aber auch die institutionellen Rahmenbedingungen (Ressourcenverfügbarkeit und -verteilung; gerichtliche Kontrolle vs. wissenschaftlicher Reviewprozeß; Ziel der Rechtssicherheit) begrenzen die Rolle neuer Theorieansätze in der wettbewerbspolitischen Praxis. Es ist das kumulative – nicht das Grenzwissen – welches einen zugleich zeitgemäßen und rechtssicheren Entscheidungsrahmen bietet.

In Bezug auf ökonomische Analysen in individuellen Wettbewerbsfällen – wir kommen im nächsten Kapitel auf dieses Anwendungsgebiet zurück - hat die Verfahrenspraxis gezeigt, dass eine Diskussion der „theories of harm“ im Frühstadium eines Falles hilfreich ist. Zum einen können ökonomisch unplausible Fälle frühzeitig blockiert werden, zum anderen kann die Beweiserhebung zielgerichteter erfolgen. Beides führt zu erheblichen Ressourceneinsparungen trotz des höheren Aufwands zu Beginn eines Falls.

¹¹ Jonathan B. Baker ist Professor für Recht, an der American University, Washington. Von 1995 bis 1998 war er Direktor der ökonomischen Abteilung der FTC. Zuvor arbeitete er in der Antitrust Division des DOJ. Zitiert aus Global Competition Review, 2005-11-30, S.12.

¹² Hinzu kommen gewisse Erfordernisse an die Präsentation/ Kommunikation ökonomischer Analysen, sollen sie im wettbewerbsrechtlichen Verfahren relevant werden. Insbesondere muss eine ausreichende Dokumentation der Methodik und der Datenquellen vorliegen, die Annahmen der Methodik hinreichend offen gelegt werden und – bei Verlangen der Wettbewerbsbehörde – die verwendeten Rohdaten und programmierten Algorithmen zur Verfügung gestellt werden. Die Notwendigkeit der Verständlichkeit der wesentlichen Ergebnisse und Annahmen – nicht jedoch des technischen Annex – für Nicht-Experten ist offensichtlich. Eine breite Liste an US Veröffentlichungen diskutiert derartige Kriterien, siehe z.B. Werden, Gregory J., Luke M. Froeb, and David T. Scheffman, A Daubert Discipline for Merger Simulation, *Antitrust Magazine*, 18:3 (Summer, 2004) pp. 89-95. M. Coleman and David T. Scheffman (2005) “FTC Perspectives on the Use of Econometric Analyses in Antitrust Cases,” in *Econometrics: Legal, Practical, and Technical Issues*, American Bar Association Section on Antitrust, J. Harkrider, Hrsg. <http://www.ftc.gov/be/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>

Ökonomische Theorie kann dabei keine Antworten liefern ohne empirische Fundierung: jede Theorie stützt sich auf gewissen Annahmen.¹³ Selbst fundamentale Sätze der Ökonomie, wie zum Beispiel das „Gesetz der Nachfrage“, welches besagt, dass bei steigenden Preisen eines Gutes dessen Nachfrage sinkt – eine fundamental Aussage für jede Messung der Nachfrageelastizität –, beruhen auf gewissen Annahmen und finden ihre Ausnahmen.¹⁴ Die Überprüfung, welcher theoretische Rahmen konsistent ist mit den beobachtbaren Informationen, ist fundamental für die Entscheidungsfindung (in den Sozialwissenschaften wird dies auch Identifikation genannt). In diesem Zusammenhang ist der folgende Absatz aus der Entscheidung zur Oracle/Peoplesoft Fusion interessant. Er nimmt Bezug auf die von Oracle geübten Kritik an Simulationsmodellen:

„Wenn Modelle für mathematische Berechnungen genutzt werden sollen, müssen vereinfachende Annahmen zugrunde gelegt werden, und dabei ist sicherzustellen, dass die grundlegenden Mechanismen, die für das Modell herausgegriffen werden, die tatsächliche Situation adäquat darstellen.“

Die Diskussion über die Vereinfachungen, die im Modell annehmbar sind, sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine prospektive Analyse der Auswirkungen eines Zusammenschlusses grundsätzlich auf Annahmen beruht. Bei einer Vorhersage der Auswirkungen eines Zusammenschlusses aufgrund eines Modells kommt es auf Transparenz an, sowohl was den logischen Zusammenhang der Vorhersage als auch was die zugrunde gelegten Annahmen anbelangt. Eine prospektive Analyse ohne Zuhilfenahme eines wirtschaftlichen Modells auf der Grundlage einer qualitativen Beurteilung beruht ebenfalls auf verschiedenen Annahmen, ist jedoch weniger transparent und implizit. Die Kritik trifft also genauso auch auf diese Art der Analyse zu.“¹⁵

Zur Identifikation – also dem Versuch anhand empirischer Evidenz zwischen verschiedenen Modelhypthesen zu unterscheiden – können verschiedene Methoden zur Anwendung kommen. Der meist verwendete Ansatz überprüft die zur Gültigkeit einer Theorie notwendigen Annahmen. Ein solcher Ansatz muss jedoch nicht immer zur Identifikation führen, können einzelne Annahmen zwar hinreichend jedoch nicht notwendig für das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltensweise sein. Eine weitere Möglichkeit der Identifikation liegt in der so genannten komparativen Statik. Wesentliche Idee hierbei ist es, aufgrund der unterschiedlichen Vorhersagen verschiedener Theorieansätze eine Identifikation zu ermöglichen. Schließlich kann die Identifizierung mittels natürlicher Experiment erfolgen. Natürliche Experimente erlauben aufgrund bestimmter exogener Ereignisse – wie zum Beispiel Betriebsschließung aufgrund von technischen Problemen oder Umweltkatastrophen – zwischen verschiedenen Modellen zu unterscheiden.

¹³ Tatsächlich ist der Zusammenhang zwischen Theorie und Empirie ein wechselseitiger: jede empirische Analyse benötigt einen gewissen theoretischen Rahmen. So stellt Heckman in seiner Vorlesung anlässlich der Verleihung des Nobelpreises fest: *“Economic theory plays an integral role in the application of econometric methods because the data do not speak for themselves on many questions of interpretation. Econometrics uses economic theory to guide the construction of counterfactuals and to provide discipline on empirical research in economics.”* J. J. Heckman (2001): Micro Data, Heterogeneity, and the Evaluation of Public Policy: Nobel Lecture, 109(4) Journal of Political Economy, 673-748.

¹⁴ So wurde theoretisch fundiert argumentiert, dass für bestimmte Grundnahrungsmittel, der Einkommenseffekt einer Preissteigerung den Substitutionseffekt überwiegt, und dadurch das Gesetz der Nachfrage für diese Produkte verletzt wird (so genannte Giffen-Güter). Siehe Stigler (1947) für eine empirische Widerlegung dieser theoretischen Hypothese. George J. Stigler (1947): Notes on the History of the Giffen Paradox. Journal of Political Economy, 55, 2, 152-156.

¹⁵ Oracle/Peoplesoft (2004), M.3216, ¶193, 194.

Eng mit dem Konzept der Identifikation ist der Begriff der wirkungsbasierte Analyse („effects-based analysis“) verbunden. Letztlich beruht die wirkungsbasierte Analyse auf dem Gedanken zwei Gleichgewichtssituationen miteinander zu vergleichen (z.B. Marktergebnis mit und ohne Fusion; mit und ohne wettbewerbswidriges Verhalten). Der ökonomischen Theorie kommt hierbei die Rolle zu einen Rahmen zur Analyse der hypothetischen Gleichgewichtssituation zu ermöglichen, d.h. eine contrafaktische Analyse im Sinne eines „was-wäre-wenn“-Szenarios zu ermöglichen. In Art.82 und Art.81 Fällen führt sie zu einer contrafaktischen ex post Analyse (vergangenes Marktergebnis mit und ohne wettbewerbswidriges Verhalten), in der Fusionskontrolle und der Beihilfenkontrolle, führt sie zu einer contrafaktischen ex ante Analyse (z.B. erwartetes Marktergebnis mit und ohne Fusion). Die Notwendigkeit der contrafaktischen Analyse – und damit die Relevanz der ökonomischen Analyse - wird auch vom Gericht anerkannt. In der aktuellen O2-Entscheidung¹⁶ wird vom CFI zum Beispiel in Bezug auf Art.81 festgestellt: *“Die nach Artikel 81 Absatz 1 EG erforderliche Prüfung besteht nämlich im Wesentlichen darin, die Auswirkungen der Vereinbarung auf den aktuellen und den potenziellen Wettbewerb (...) und die Wettbewerbssituation ohne eine Vereinbarung (...) zu berücksichtigen, wobei zwischen diesen beiden Gesichtspunkten ein innerer Zusammenhang besteht..... Um den zwei Teilen, ..., Rechnung zu tragen, ist daher erstens zu prüfen, ob die Kommission tatsächlich eine Prüfung der ohne eine Vereinbarung bestehenden Wettbewerbssituation vorgenommen hat und, zweitens, ob die Schlussfolgerungen, die sie aus ihrer Prüfung der Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb hergeleitet hat, ausreichend fundiert sind.“*

Bezüglich der empirischen Überprüfung werden in einzelnen Wettbewerbsfällen robuste, einfache Methoden überwiegen. Dies ist einfach ein Gebot der zeitlichen Restriktionen. Ökonometrische Untersuchungen haben in der Vergangenheit¹⁷ und werden in der Zukunft eine Rolle spielen – sei es bei der Marktdefinition wie auch bei der Beurteilung der unilateraler Effekte –, aber nur in gewissen Fällen und eingebunden in eine breitere Datenanalyse. Eine faktenbasierte Analyse versucht die theoretischen Annahmen empirisch zu überprüfen, die erwarteten Effekte zu identifizieren und zu quantifizieren. Dies erfolgt mit einem breiten Spektrum an empirischen Methoden.

C. Anwendungsbereiche und Beispiele eines ökonomischen Ansatzes

Der Nutzen (wie auch der Missbrauch) ökonomischer Prinzipien und Analysen kann signifikant variieren zwischen den verschiedenen Anwendungsbereichen. Prinzipiell können drei Bereiche identifiziert werden – gemäß dem Zeithorizont der Analyse – in denen ökonomische Analyse die Wettbewerbskontrolle verstärken kann.

¹⁶ CFI O2 vs Commission, T-328/03, 2.Mai 2006, ¶71 und ¶73. Tatsächlich hat das CFI die Kommissionsentscheidung partiell aufgehoben aufgrund einer unzureichenden Analyse der contrafaktischen Marktsituation durch die Kommission.

¹⁷ In verschiedenen aktuellen Fusionsfällen waren ökonometrische Analysen von Relevanz. So zum Beispiel bei: GE/Instrumentarium (2003), M.3083; Sydkraft/Graninge (2003), M.3268; Philip Morris/Papastratos (2003), M.3191; Lagadere/Natexis/VUP (2004) M.2978; Oracle/Peoplesoft (2004), M.3216; Adidas / Reebok (2005), M.3942; Blackstone/Acetex (2005), M.3625; Omya/ J.M.Huber (2005), M.3796, EDF / AEM / EDISON M.3729. Aber auch in Art.82 Fällen, wie z.B. AstraZeneca Case (2005), COMP/A. 37.507/F3, Art.81 Fällen, wie z.B. Copper Plumbing Tubes (2004), Case C.38.069 oder Beihilfefälle wie France Télécom (2003), C 13/A/2003. Ein kurzer Überblick über einige der benannten Fälle wird im folgenden Abschnitt geliefert.

Erstens ist die **Einzelfall bezogene Arbeit** zu nennen. Diese Arbeit ist von relativ kurzfristiger Natur und betrifft sowohl die Identifikation bestimmter Missbrauchstatbestände („theories of harm“) als auch die empirischen Überprüfung derselben. Wie bereits zuvor angesprochen hat der verstärkte Einsatz ökonomischer Analysetechniken die Diskussion der „theories of harm“ im Frühstadium erforderlich gemacht. Durch die ökonomische Analyse ist zum anderen ein verstärkter Focus auf das resultierende Marktgleichgewicht – im Gegensatz zu einer partial Analyse – festzustellen. Mögliche Gegenstrategien von Wettbewerbern oder Käufern haben ebenso, wie auch Effizienzvorteile, einen angemessenen Platz in der Analyse erhalten. Weiterhin ist durch die wirkungsbasierte Analyse der Ansatz der contrafaktischen Analyse wichtiger geworden. Dies erfordert insbesondere ein Umdenken im Beihilfebereich, war doch hier ein solcher Ansatz nicht – oder zumindest nicht explizit – erkennbar. Siehe aber auch die zuvor zitierte O2-Entscheidung im Bereich des Artikels 81.

Umdenken benötigt Zeit. So trat am 1. Mai 2004 die neue Fusionsverordnung in Kraft. Parallel dazu wurden entsprechende Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse verabschiedet. Der substantielle Test stellte die Behinderung eines effektiven Wettbewerbs ins Zentrum der Analyse, Dominanz wurde zu einem – wenn auch wichtigen – Teilaspekt. Eine erste Analyse, der seit diesem Datum verabschiedeten Fusionsentscheidungen lässt jedoch eine nur vorsichtige Abkehr vom Dominanzkriterium hin zur Gleichgewichtsanalyse erkennen.¹⁸ Von den 23 analysierten Fällen adressierten 13 Fälle Bedenken aufgrund von Einzeldominanz und 5 bezüglich kollektiver Dominanz. In drei Fällen (J&J/ Guidant, M.3687; Siemens/ VA Tech, M.3653 und Lufthansa/ Swiss, M.3770) stand eine Gleichgewichtsanalyse im Mittelpunkt der Beurteilung, das Kriterium der Dominanz spielte in diesen Fällen eine untergeordnete Rolle. Der Fall Bertelsmann/Springer/JV (2004)¹⁹ weist ebenfalls keine direkte Referenz zum Dominanzkriterium auf, verweist jedoch auf die klare Marktführerschaft des neu gebildeten Gemeinschaftsunternehmens. Der Fall Total/Gaz de France analysiert vertikale Wettbewerbsproblem (Third Party Access zur Infrastruktur) im französischen Gasmarkt - ebenfalls ohne explizite Referenz zum Dominanzkriterium.

Diese zunächst einmal verbale Distanz zum Dominanzkriterium scheint substantiell jedoch bisher nur begrenzt relevant geworden zu sein, und bedarf eines langfristigeren Analysehorizonts.²⁰

Der Reformprozess hat im Vergleich zur vergangenen Verfahrenspraxis auch einen verstärkten Einsatz empirischer Methoden mit sich gebracht. So wurde in der Volvo/ Scania (1999) Fusion noch eine ökonometrische Studie eingeholt, diese letztlich in der Entscheidung jedoch nicht verwendet.²¹ In ähnlicher Praxis wurde in der GE/Honeywell-Fusion eine theoretische Arbeit vom Beschwerdeführer vorgelegt, in der Entscheidung von einer Referenz

¹⁸ Das Papier analysiert die zwischen 1. Mai 2004 bis 12. Oktober 2005 notifizierten Fusionen, in denen die Kommission Wettbewerbsbedenken geäußert hat (d.h. alle Verbotsfälle oder Fälle, die nur unter Auflagen genehmigt wurden). Insgesamt waren dies 23 Fälle, davon 18, welche in der 1.Phase genehmigt wurden und 5 Fälle, die in der 2.Phase genehmigt wurden. In dieser Periode wurden keine Verbotsentscheidungen gefällt. Siehe L.-H. Röller und M. de la Mano (2006): The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control. European Competition Journal 2,1, S.9-28.

¹⁹ M.3178.

²⁰ Aufgrund des graduellen Charakters des Reformprozesses ist die klare Identifikation eines Gap-Falles schwierig. Röller und de al Mano (2006) identifizieren in E.ON/MOL (M.3696) einen potentiellen „Gap“-Fall. Allerdings referiert auch diese Entscheidung in wesentlichen Teilen auf das Dominanzkriterium.

²¹ So wird in der Entscheidung festgestellt: „Given the novelty of the approach and the level of disagreement, the Commission will not base its assessment on the results of the study.“ Volvo/ Scania (1999) M.1672, ¶75.

zu diesem Model abgesehen. Im Berufungsverfahren reagierte das Gericht entsprechen gereizt auf diese explizite Verneinung des in der Mitteilung der Beschwerdepunkte noch unterstützten Models: „*The only economic evidence substantiating the Commission’s argument concerning the future demise of Rolls-Royce and P&W was Professor Choi’s economic model, commissioned by Rolls-Royce through the consultancy Frontier Economics (‘the Choi model’), which has, however, been abandoned by the Commission. Furthermore, the Commission has not refuted the analyses submitted by rival experts who reached the opposite conclusion.*”²²

In den letzten Jahre ist hier ein Umdenken, wenn auch ein vorsichtiges, zu beobachten. So wurden in verschiedenen Fällen ökonomische – insbesondere empirische - Analysetechniken verstärkt angewendet.²³ So wurde zum Beispiel in der Freigabeentscheidung der Fusion zweier schwedischen Elektrizitätsunternehmen, Sydkraft/Graninge (M.3268, 2003), unter anderem auf die Simulationsergebnisse verwiesen, die basierend auf einem Model des dänischen Netzbetreibers Eltra erzielt worden waren. Hatte die Kommission, trotz der relative geringen Marktanteilsaddition, mögliche Marktmachtprobleme in den betroffenen Elektrizitätsmärkten identifiziert, so entkräfteten die Simulationsergebnisse signifikante Preiseffekte durch die Fusion.²⁴

Im Fusionsfall Lagadere/Natexis/VUP (M.2978, 2004) wurde ein Nachfragemodell durch einen von der Kommission beauftragten Experten geschätzt und in der Entscheidung verwendet (siehe ¶700-706 der Entscheidung). Das Model analysiert die unilateralen Preiseffekte der Fusion und stellt in den von der Fusion betroffenen Einzelhandelsmärkten für allgemeine Literatur (im Taschenbuch- und im Großformat) signifikante Preiseffekte von durchschnittlich 4,48% fest.²⁵ Auch lässt die Studie einen erheblichen Rückgang der Konsumentenrente von durchschnittlich rund 6% als Folge der Fusion erwartet. Dieser Rückgang der Konsumentenrente entsprach einem nicht unerheblichen Anteil des in den untersuchten Märkten erzielten Umsatzes (nämlich 1,5%).

Im Fusionsfall GE/Instrumentarium,²⁶ einer Fusion in Märkten für medizinische Geräte, wurden Bieterdaten statistisch analysiert. Europaweite Informationen zu Geboten der vier Hauptanbietern von Patientenmonitoren wurden über einen Zeitraum von 5 Jahren erhoben – insgesamt mehreren tausend Angeboten – mit dem Ziel, die Wettbewerbsintensität zwischen den beiden Fusionsparteien zu analysieren. So wurde zum Beispiel aus der Häufigkeit des

²² General Electric Company gegen Kommission, Rechtssache T-210/01, 14. Dezember 2005, ¶109.

²³ Der Einsatz ökonomischer Theorie ist nicht so leicht aufzuzeigen, ist doch eine Referenz zu einem einzelnen theoretischen Model selten (und nicht sinnvoll, siehe die im Text diskutierte GE/ Honeywell Fusion). Für einen Versuch, die Bedeutung des reformierten Fusionstest auf die Entscheidungen zu analysieren, siehe Röller/ de la Mano (2006): The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control, European Competition Journal 2,1, S.9-28. Eine deutlich engere Anbindung der Beihilfenkontrolle an die ökonomische Theorie, insbesondere das Konzept des Marktversagens ist dagegen klar in Einzelentscheidungen zu erkennen. Siehe z.B. State aid n° N 284/2005 – Ireland Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (“MANs”), phases II and III, ¶58-63 oder CD vom 9. November 2005 bezüglich Beihilfen von Deutschland zur Einführung digital terrestrial television (DVB-T) in Berlin-Brandenburg, ¶95-119.

²⁴ Auch in der Philip Morris/Papastratos Entscheidung (2003, M.3191), einer Fusion im griechischen Zigarettenmarkt wird auf Ergebnisse einer Fusionssimulation verwiesen. Die Ergebnisse, der durch die Parteien vorgelegten Studie, scheinen in diesem Fall weitestgehend die Ergebnisse der Untersuchung der Kommission bestätigt zu haben.

²⁵ Wobei mit einer Wahrscheinlichkeit von 95% der Preisanstieg in einem Bereich zwischen 3,74% und 5,54% geschätzt wird. Siehe Entscheidungsgründe ¶702.

²⁶ M.3083. Eine Beschreibung der empirischen Arbeit bietet G. Lorient et al. (2004): GE/Instrumentarium: a practical example of the use of quantitative analyses in merger control, Competition Policy Newsletter, Frühjahr.

Aufeinandertreffens der Fusionsparteien im Bieterverfahren – insbesondere der Häufigkeit mit der einer der Partner das zweitbeste Angebot offerierte in Bieterverfahren in denen der Fusionspartner den Zuschlag erhielt – auf die wettbewerbliche Nähe der Fusionspartner geschlossen. Auch wurde ermittelt, ob durch die Teilnahme des Fusionspartners in Bieterverfahren der andere Fusionspartner nur einen vergleichsweise niedrigen Preis durchsetzen konnte bzw. höhere Rabatte gewähren musste. Basierend auf dieser, allerdings nur auf einem begrenzten Datensatz beruhenden Analyse wurde tatsächlich in einem Markt, dem Markt für perioperative Patientenmonitore, eine relative hohe Wettbewerbsnähe festgestellt: die fusionierenden Parteien hatten 2-7% höhere Rabatte gewährt in Bieterverfahren in denen der jeweilig andere Fusionspartner teilgenommen hatte, im Vergleich zu Bieterverfahren ohne Teilnahme beider Fusionspartner.

Auch bei der Übernahme von Peoplesoft durch Oracle (2004)²⁷, einer Fusion in den Märkten von Softwareanwendungen für Unternehmen, lagen Bieterdaten vor. Insbesondere wurde analysiert, ob zwischen den drei Hauptanbietern Oracle, Peoplesoft und SAP ein enges Oligopol vorliegt, oder ob andere Anbieter signifikanten Wettbewerbsdruck ausüben können. Basierend auf drei verschiedenen Datensätzen wurden – entsprechend der Analyse im Fall GE/ Instrumentarium – die Bedeutung individueller Firmen im Bieterverfahren analysiert. Es konnte bei allen drei Datensätzen kein signifikanter Unterschied zwischen Oracles Wettbewerbsverhalten gegenüber SAP und PeopleSoft und seinem Wettbewerbsverhalten gegenüber anderen Anbietern ermittelt werden.²⁸ Dies spricht gegen die These eines engen Oligopols. Auch wurde die Bedeutung der Anzahl von Bietern an einzelnen Bieterverfahren ökonomisch analysiert. Im Gegensatz zu früheren Studien konnte jedoch kein signifikanter Zusammenhang zwischen der Zahl der Bieter in der Endrunde und den Preisnachlässen festgestellt werden, sobald das Auftragsvolumen in der Analyse mitberücksichtigt wurde. Entsprechend lieferten die ökonomischen Ergebnisse keine zusätzlichen Hinweise auf eine signifikante Beschränkung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss. Die mit diesem Ergebnis in Einklang stehende weitere Marktabgrenzung führte auch zur Verwerfung des vorgebrachten Simulationsmodells, stützte es sich doch auf die Annahme eines engen Oligopols.²⁹

In der Übernahme des kanadischen Chemieunternehmens Acetex durch die US-amerikanische Investitionsbank Blackstone (2005)³⁰ wurden ökonomische Analyseergebnisse relevant für die Marktabgrenzung. Die Kommission hatte zunächst Wettbewerbsbedenken geäußert war doch ein von Blackstone kontrolliertes Unternehmen auf den gleichen Produktmärkten vertreten wie Acetex. Die Parteien legten neben Korrelationsanalysen auch eine ökonomische Studie vor, welche die regionale Wirkung von unerwarteten Betriebsschließungen³¹ auf die Preise und Handelsströme in Nachbarmärkten analysierte. Unter Hinzunahme weiteren Datenmaterials und veränderter Annahmen stellte die Kommission unter anderem fest, dass unerwartete Betriebsschließungen in Westeuropa zu signifikanten Preiserhöhungen nicht nur in dieser Region, sondern auch in Nordamerika führten. Dies ist Evidenz dafür, dass nordamerikanische Produzenten durch vermehrte Importe auf Angebotsknappheit in Europa reagieren, und somit von einem weiteren

²⁷ M.3216

²⁸ Siehe Entscheidung, ¶143.

²⁹ Siehe Entscheidung, ¶196.

³⁰ M.3625

³¹ Betriebsschließungen stellen natürliche Experimente dar, soweit ihr Auftreten unerwartet und unbeeinflussbar für die Marktteilnehmer ist.

relevanten geographischen Markt auszugehen ist. Eine direkte Analyse der Handelsströme komplizierte die empirische Untersuchung.³²

Eine umfassende Untersuchung empirischer Evidenz wurde auch bei dem Zusammenschluss der Aktivitäten von Sony und BMG im Tonträgermarkt zu einem Gemeinschaftsunternehmen von der Kommission durchgeführt.³³ In dem engen Oligopol – der Zusammenschluss reduzierte die Zahl der „Majors“ (Universal Music, Sony Music, EMI, Warner Music und BMG) von 5 auf 4, diese wiederum kontrollieren rund 80% des relevanten Marktes – stand insbesondere die Herausbildung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung im Mittelpunkt der Analyse. Insbesondere das Element von Preisparallelismus (als Indikator bestehender Koordinierung) und der Transparenz (als notwendige Bedingung zukünftiger Koordinierung entsprechend der Airtours-Bedingungen) wurde durch eine umfassende Preisanalyse beurteilt. So wurden Preisinformationen bezüglich der jeweiligen 100 meistverkauften CDs erhoben und eine Analyse der Durchschnittspreise durchgeführt. Eine Identifikation preislicher Absprachen in der Vergangenheit konnte jedoch nicht hinreichend begründet werden, die durch die Rabattvergabe festgestellte Intransparenz widersprach zukünftiger kollektiver Marktbeherrschung. Trotz dieser datenintensiven Analyse wurde die Entscheidung vom Gericht Erster Instanz aufgehoben.³⁴ Mit dieser ersten Aufhebung einer Genehmigungsentscheidung einer Fusion wird deutlich, dass der Beweisstandard bezüglich empirischer Evidenz in Genehmigungsentscheidung ebenso hoch liegt, wie in Verbotsentscheidungen.³⁵

In dem Art. 82 Fall AstraZenca³⁶ wurden ebenfalls die Methode natürlicher Experimente zur Marktabgrenzung hinzugezogen. Die Kommission warf in diesem Fall AstraZeneca Missbrauch des Patent- und Anmeldesystems von Arzneimitteln zur Hinauszögerung des Markteintritts von konkurrierenden Generikaherstellern vor. Bei der Marktabgrenzung stellte sich die Frage inwieweit die betroffene Produktgruppe der so genannten Protonenpumpen-Inhibitoren (PPIs) durch die Vorgänger Produktgruppe, so genannte H2-Blocker, restringiert wurde. In Bezug auf den deutschen Markt wurde unter anderem festgestellt, dass der Eintritt von H2-Generika auf die Preise und Umsätze bestehender H2-Produkte eine deutliche Wirkung zeigt, jedoch keine Wirkung auf den benachbarten Markt der PPIs. Auch bezüglich der Marketinganstrengungen konnte eine deutliche Reaktion der bestehenden H2-Produzenten auf den Generikaeintritt festgestellt werden, eine Reaktion der PPI-Produzenten war jedoch nicht zu beobachten. Entsprechend wurde eine engere Marktabgrenzung ohne H2-Blocker gewählt.³⁷ Eine von den Parteien eingereichte ökonomische Studie wurde dagegen aufgrund konzeptioneller Mängel und geringer Robustheit der Ergebnisse verworfen.³⁸

³² B. Durand und V. Rabassa (2005): The role of quantitative analysis to delineate antitrust markets: An example. Blackstone / Acetex, Competition Policy Newsletter, 3, S.118-122.

³³ M.3333, 2004. Siehe insbesondere ¶67-119. Siehe auch P. Eberl (2004): Following an in-depth investigation the Commission approved the creation of the Sony/BMG music recording joint venture on 19 July 2004. Competition Policy Newsletter, 3, 7-10.

³⁴ CFI, Impala gegen Kommission, T-464/04, 13.7.2006.

³⁵ Bezüglich der DG COMP internen Qualitätssicherung führt dies Entscheidung sicherlich auch zu einem verstärkten Fokus der internen Kontrollen auf die Vermeidung von „false positive“-Situationen. Auch bekommt die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eingenommen Positionen einen stärker präjudizierenden Charakter.

³⁶ COMP/A. 37.507/F3. Gegen die Kommissionsentscheidung wurde – auch bezüglich der Marktdefinition - Berufung eingelegt, OJ C 271/24, 29.10.2005.

³⁷ Siehe Entscheidung, ¶423,424.

³⁸ Siehe Entscheidung, ¶462-472.

Empirische Methoden habe weiterhin im Bereich des Kartellrechts Einzug gehalten. Im Kartellfall bezüglich Kupfersanitärrohren³⁹ – es wurden Strafen in Höhe von 222,3 Mio. EUR verhängt - legten die Parteien verschiedene ökonomische Studien vor, die einen fehlenden Preiseffekt des Kartell belegen sollten.⁴⁰ Basierend auf einem so genannten Dummy-Variablen-Model wurden signifikante Preiseffekte des Kartells nur in Nischenmärkten, beziehungsweise überhaupt nicht festgestellt. Die Kommission analysierte detailliert die Rohdaten und die vorgelegten Schätzprozeduren, und kam zu dem Schluss, dass die Ergebnisse der Studien mit dem Vorliegen sehr schwerwiegenden Preiswirkungen in einigen Zeitabschnitten und Ländern nicht in Widerspruch stehen.⁴¹ So wurde unter anderem das Dummy-Variablen-Model auf spezielle Tatsacheninformationen hin angepasst, und festgestellt, dass die vom Informanten konstatierten erheblichen Preiseffekte statistisch belegt werden konnten.⁴²

Ökonomische Analyse spielt auch eine entscheidende Rolle in **der Formulierung neuer Leitlinien oder Gruppenfreistellungen**. Im Vergleich zur fallspezifischen Arbeit – die definitionsgemäß eher Kontext bezogen ist - sollen Leitlinien auf robuste Prinzipien basieren, die langfristig Bestand haben. Das Herausarbeiten hinreichend robuster ökonomischer Regeln stellt die Herausforderung dar. Ein angemessener Mix an formbasierten Regeln, in Bereichen, in denen die ökonomischen Effekte über einen weiten Bereich Einzelfall unabhängig sind und wirkungsbasierten Regeln, in Bereichen, in denen zwischen verschiedenen Situationen kontextbezogen differenziert werden muss, stellt dabei das Optimum dar. Der Entwurf der neuen F&E&I Leitlinien im Bereich der Beihilfenkontrolle sind ein Beispiel für einen solchen Versuch.⁴³ Basierend auf der im staatlichen Aktionsplan entwickelten allgemeinen Abwägungsprüfung („Balancing Test“)⁴⁴ hat die ökonomische Analyse hier zu einer vorsichtigen Anpassung bestehender formbasierter Regeln geführt, zum anderen ein wirkungsbasierte Analyse für bestimmte Einzelfälle eingeführt. Die laufenden Diskussionen um die Leitlinien im Bereich des Artikels 82 und im Bereich nicht-horizontaler Fusionen, sind weitere Beispiel der Relevanz ökonomischer Analyse bei der Formulierung neuer Leitlinien oder Gruppenfreistellungen. Im Bereich von Artikel 82 – das aktuell vorliegende Diskussionspapier bezieht sich ausschließlich auf marktausschließendes nicht auf ausbeutendes Verhalten – hat das vom CET ins Leben gerufene, ökonomische Beratergremium (EAGCP) für einen überwiegend wirkungsbasierten Ansatz plädiert.⁴⁵

Schließlich spielt ökonomische Analyse eine Rolle bei **der Evaluierung und Steuerung von Wettbewerbspolitik**. Bei der Evaluierung der Wettbewerbspolitik wird die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde im Sinne von Fehlern erster und zweiter Art überprüft. Die von der Kommission durchgeführte Studie zu Abhilfemaßnahmen in

³⁹ COMP/38.069 - PO/Copper plumbing tubes. Gegen die Entscheidung wurden Rechtsmittel eingelegt. OJ C 82/39, 2.4.2005.

⁴⁰ Siehe Entscheidung, ¶612, 625.

⁴¹ Siehe Entscheidung, ¶655-666.

⁴² Siehe Entscheidung, ¶664.

⁴³ http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/others/action_plan/rdi_frame_de.pdf.

⁴⁴ In der Abwägungsprüfung wird die Vereinbarkeit mittels drei Schritten geprüft, von denen die ersten beiden die positiven Folgen und der dritte die negativen Auswirkungen und die Gewichtung der positiven und der negativen Folgen betreffen. Für eine detaillierte Diskussion ökonomischer Analyse im Beihilfebereiche und einer Beschreibung des „Balancing Tests“ siehe Hans W. Friederiszick, Lars-Hendrik Röller, Vincent Verouden (2006): European State Aid Control: an economic framework, in: Paolo Buccirossi (ed.), Advances in the Economics of Competition Law, MIT Press, im Erscheinen 2006.

⁴⁵ http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

Fusionsfällen⁴⁶ ist ein gelungenes Beispiel eines solchen Ansatzes. Die intern durchgeführte Studie evaluiert das Design und die Implementierung von Abhilfemaßnahmen in 40 Fusionsentscheidungen über den Zeitraum 1996-2000. Insgesamt wurden 96 Abhilfemaßnahmen überprüft, der Grossteil davon betraf Entflechtungsmaßnahmen. In 57% der untersuchten Abhilfemaßnahmen konnte das gewünschte Wettbewerbsziel vollständig erreicht werden, in 24% nur partiell. 7% der Abhilfemaßnahmen verfehlten das gewünschte Ergebnis vollständig. Als wesentliche Ursache fehlender Effektivität wurde insbesondere eine unzureichende Definition von Art und Umfang der Entflechtungsmaßnahme identifiziert. Ein Auswahl eines nicht geeigneten Käufers und die fehlerhafte oder unvollständige Zuordnung von Anlagewerten in die entflochtenen Firmenteile waren weitere festgestellte Ursachen für die unzureichende Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme.

Ex-post Analysen von z.B. Fusionsentscheidungen⁴⁷ oder Beihilfeentscheidungen⁴⁸ sind weitere Beispiele für die Rolle, die ökonomische Analyse bei der Evaluierung und Steuerung von Wettbewerbspolitik spielen kann. Konzeptionell sind es letztlich zwei wesentliche Probleme, die bei der Durchführung solcher Studien auftreten. Zum einen die Bestimmung eines plausiblen „Counterfaktual“ (siehe oben). Zum anderen die Endogenität der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde. Letztere zielt auf die Möglichkeit ab, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde und das Marktergebnis nicht unabhängig voneinander sind. In diesem Fall ist die Beurteilung fehlerhaft. Werden zum Beispiel nur wettbewerbsfähige Firmen von einer Vergabestelle subventioniert, so führt eine ex-post Evaluierung, die die Performance nicht subventionierter und subventionierter Unternehmen miteinander vergleicht, zu einer zu positiven Beurteilung der Wirkung von Beihilfen. Aufgrund dieser Probleme ist die Anzahl derartiger Studien begrenzt. Zusätzliche Anstrengungen sind hier von Nöten.

Die Steuerung der Wettbewerbspolitik kann insbesondere durch Marktbeobachtung und – eng damit verbunden – durch Prioritätskriterien erreicht werden. Marktbeobachtung, wie es zum Beispiel derzeit durch die laufenden Sektoruntersuchungen im Bereich Energie- und Finanzmärkte erfolgt ist, ermöglicht eine umfassende Erhebung ökonomisch relevanter Faktoren und bilden somit die Basis eines robusten ökonomischen Verständnisses des jeweiligen Sektor. Dies wiederum erlaubt es wesentliche Wettbewerbsprobleme zu identifizieren und diese – soweit durch wettbewerbspolitische Instrumente erfassbar – zu lösen. So hat die laufende Sektoruntersuchung im Energiebereich wesentliche Wettbewerbsprobleme in den Gas und Elektrizitätsmärkten identifiziert.⁴⁹ Insbesondere wurden die anhaltend hohe Marktkonzentration, die wettbewerbsschädliche Wirkung vertikaler Marktausschlussstrategien, die nur begrenzte Implementierung der Marktintegration, und Probleme bei der Transparenz und der Preisfestsetzung als wesentliche Hemmnisse eines effektiven Wettbewerbs festgestellt. Ein ausgewogener Ansatz zwischen regulativen und wettbewerbspolitischen Eingriffen wird die Konsequenz dieser

⁴⁶ Europäische Kommission, GD Wettbewerb (2005): Merger Remedies Study. Staff Paper.

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/others/remedies_study.pdf

⁴⁷ Siehe zum Beispiel PwC (2005): Ex Post Evaluation of Mergers. Studie für OFT, CC, DTI. www.competition-commission.org.uk/press_rel/2005/feb/pdf/14-05.pdf

⁴⁸ Siehe zum Beispiel London Economics (2004): Ex-post Evaluation of the Impact of Rescue and Restructuring Aid on the International Competitiveness of the Sector(s) Affected by Such Aid, Studie für DG ENTR, http://ec.europa.eu/enterprise/library/lib-competition/doc/impact_rescue_restructuring_state_aid.pdf und NERA (2006): Case Studies of Public Subsidies, Studie für die OFT, <http://www.of.gov.uk/Business/Market+studies/subsidies.htm>.

⁴⁹ Der vorläufige Bericht ist unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/ zu finden. Der Abschlussbericht ist für Ende des Jahres zu erwarten.

Untersuchungen sein. Eine ökonomisch sinnvolle Abgrenzung regulativer und wettbewerbspolitischer Instrumente charakterisiert dabei einen weiteren Bereich der ökonomischen Analyse.

III. Schlussbemerkung – ökonomische Analyse und gerichtliche Kontrolle

Der vorliegende Artikel hat deutlich gemacht, dass die Reform hin zu einem verstärkten Einsatz ökonomischer Analysen in der Wettbewerbspolitik an Tempo gewonnen hat. Ein nicht unerheblicher Auslöser dieser Reform war die gerichtliche Kontrolle. Welche Rolle wird das Gericht im „steady-state“, bei Implementierung der Reform einnehmen? Die am 15. Februar 2005 gefällte Entscheidung des Europäischen Gerichtshof im Berufungsverfahren gegen die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz im Fusionsfall *Tetra Laval/ Sidal* weist in eine Richtung anhaltender und umfassender Kontrolle – auch in Bereichen ökonomischer Analysen. So wird in der Entscheidung des EGH formuliert: *„Auch wenn der Gerichtshof anerkennt, dass der Kommission in Wirtschaftsfragen ein Beurteilungsspielraum zusteht, bedeutet dies nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen muss. Er muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen. Eine solche Kontrolle ist umso nötiger, wenn es sich um eine zur Prüfung eines geplanten Zusammenschlusses mit Konglomeratwirkung erforderliche Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung handelt.“*⁵⁰

Wie in vorangegangenen Abschnitten umrissen, ist für Ökonomen die ökonomische Analyse mit der Auswahl oder gar Auslegung empirischer Evidenz eng verwoben. Entsprechend wird bei einer weiten Auslegung des oben genannten Absatzes sich das Gericht nicht dem Aufbau ökonomischer Kompetenz entziehen können, will es seinerseits die Qualität der richterlichen Kontrolle sicherstellen. Verschiedene Alternative existieren, um einen solchen Kompetenzaufbau zu ermöglichen. Sie reichen von der Einstellung von internen Ökonomen bei Gericht, über vom Gericht berufenen Experten hin zu einer Schulung spezialisierter Richter.

Ob innerhalb der Kommission oder innerhalb der Gerichte, die vom Gericht angestoßene Reform wird auch in der nächsten Zukunft die Bedeutung ökonomischer Expertise in wettbewerbsrechtlichen Fällen weiter verstärken.

⁵⁰ Urteil des Gerichtshofes vom 15. Februar 2005. - Kommission gegen Tetra Laval BV, Rechtssache C-12/03 P, ¶39.