

Zur Methodologie des more economic approach im Kartellrecht

Rainer P. Lademann

I. Ausgangspunkte: Ökonomie und Recht

Der more-economic-approach steht heute für eine effektbasierte Kartellrechtsanwendung, die ihre Eingriffe am Maßstab der Konsumentenwohl­fah­rt orientiert. „Der Schutz des Wettbewerbs ist nur Mittel zum Zweck. Veränderungen der Marktstruktur oder die Form einer Wettbewerbshandlung sind also nur insoweit von Bedeutung als mit ihnen mittelbar Aussagen über die Folgen für die Verbraucher verbunden werden können.“¹ Aus ökonomischer Perspektive erweitern sich die Beweisfragen damit von der Tatfrage hinaus auf die Wirkungsfrage und auf messbare Effekte. Damit steht der more-economic-approach auch für einen ‚Zuständigkeitszuwachs‘ der Ökonomen, der über das klassische Feld der Wettbewerbspolitik hinaus nun vermehrt zur direkten Beteiligung an Kartellverfahren geführt hat. Damit gewinnen verfahrensbeteiligte Ökonomen aber auch mehr Verantwortung für die Evidenz ihrer Aussagen, die im jeweiligen Kartellverfahren benötigt werden. M.a.W.: eine effektbasierte Kartellrechtsanwendung erfordert ökonomische Evidenz. Fehlt es daran, bleibt der Jurist mit seinem Entscheidungs- bzw. Subsumtionsproblem allein und der more-economic-approach Fiktion. Hierauf weist Möschel hin, wenn er feststellt, dass bei der Anwendung des Art. 82 EG-Vertrag (heute Art. 102 AEUV) Eingriffe der Kommission bereits mit einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung begründet wurden und Auswirkungen auf die Konsumentenwohl­fah­rt gar nicht mehr untersucht wurden.² Dass jede Wettbewerbsbeschränkung die Konsumentenwohl­fah­rt beeinträchtigen kann, hilft hier nicht zu verstehen, warum Auswirkungen auf die Konsumentenwohl­fah­rt nicht untersucht wurden. Denn diese Wirkung wäre im Sinne des more

1 *Albers*, Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmissbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, nachträglich angefertigte, leicht veränderte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags anlässlich des Hamburger Kartellrechtssymposiums 2006, online unter <http://ec.europa.eu/competiton/antitrust/art82/albers.pdf>, S. 2

2 *Möschel*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „more economic approach“, unveröffentlicher Vortrag im Rahmen des Arbeitskreises Kartellrecht beim Bundeskartellamt, 2007, S. 12.

economic approach erst zu ermitteln. Daher ist es unbefriedigend, wenn die Konsumentenwohlfaht nur formell und indirekt berücksichtigt werden würde und damit weiterhin Per-se-Regeln bzw. der form-based-approach die Kartellrechtsanwendung dominieren.

Der folgende Beitrag geht daher der Frage nach, welche erkenntnistheoretischen Anforderungen an ökonomische Aussagen zu stellen sind, um sie in Kartellverfahren für die Abschätzung von Effekten integrieren zu können. Damit wendet sich der Beitrag den Anforderungen an die Umsetzung des more economic approach zu, während der vielfach kritisierte konzeptionelle Maßstabswechsel vom Konzept der Wettbewerbsfreiheit hin zu einer Art Verbraucherschutz hier nicht weiter betrachtet wird.³ Daher soll zunächst überprüft werden, in welchem Verhältnis rechtliche und ökonomische Aussagen stehen. Anschließend wird skizziert, welche Anforderungen an die Beweiskraft ökonomischer Aussagen zu stellen sind. Es wird zu untersuchen sein, ob die heute in Kartellverfahren vielfach vorherrschende hermeneutische Deutungskunst in Verbindung mit oft induktivem Denken eine Basis für den more economic approach sein kann. Diesem Konzept werden dann alternative methodologische Ansätze vor dem Hintergrund der kritisch-rationalen Erkenntnistheorie gegenübergestellt und Konsequenzen für die Umsetzung des more economic approach in der Rechtsanwendung aufgezeigt.

II. *Der Rückgriff des Rechts auf die Empirie*

Will man die Beweiskraft ökonomischer Aussagen für Kartellrechtsverfahren beurteilen, ist ein Blick auf das Verhältnis von Erfahrungswissen und Recht zu werfen. So wenig wie man vom Sein auf das Sollen schließen kann, kann der Ökonom mittels erfahrungswissenschaftlicher Aussagen dem Juristen die Subsumtionsentscheidung abnehmen. Dafür ist stets eine Norm erforderlich, die sich nicht aus Marktzusammenhängen, sondern aus der Gesetzgebung oder Rechtsfortbildung ergibt. Allerdings kann aus der methodologisch wichtigen Unterscheidung zwischen Werturteilen und Fakten nicht geschlossen werden, Rechtsnormen und Marktzusammenhänge wären unabhängig voneinander. Es bedarf nur eines Blicks auf Bußgeldbescheide, Gerichtsentscheidungen oder auch auf Gesetzesnovellen, um den Stellenwert von Erfahrungswissen für die Rechtset-

3 *Schmidtchen*, Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin 2005, S. 173 ff., 176; kritisch zu Wirkungsanalysen bzw. Rule-of-reason-Entscheidungen bereits früh *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen, 1974, S. 8 ff.

zung oder Rechtsanwendung zu erkennen: (Kartell-)Rechtliche Entscheidungen werden stets durch Rückgriff auf ökonomische Aussagen etwa in Form von Tatsachenbehauptungen oder Kausalbeziehungen getroffen. (Wert-)Urteile basieren folglich auf einem empirischen Begründungszusammenhang. So sollen Gesetze unerwünschtes Wettbewerbsverhalten unterbinden und damit eine bestimmte Wirkung im Markt entfalten. Analoges trifft auf die Rechtsanwendung zu, durch die Wettbewerbsprobleme – also wiederum reale Phänomene – ausgeräumt oder verhindert werden sollen. Dass insofern bei der wettbewerbspolitischen Diskussion zur Implementierung und fortlaufenden Novellierung ökonomische Erkenntnisse bereits vor dem more-economic-approach eine zentrale Rolle spielten, sei hier nur der Klarheit und Vollständigkeit halber erwähnt.⁴ Insofern liegt beim more economic approach die Betonung auch auf dem ‚more‘ statt auf dem Beitrag der Ökonomie an sich.⁵

Der skizzierte Zusammenhang von Erfahrungswissen und Normativität bedeutet, dass Begründungen von Rechtsentscheidungen oder Gesetzesnormen überprüfbar werden. Sind die Begründungen logisch und faktisch zutreffend, ist die Regulierungsbedürftigkeit eines Sachverhalts und ein darauf rekurrierendes Gesetzeswerk schlüssig hergeleitet oder ein Urteil sachlich gerechtfertigt. Andernfalls laufen die Rechtsanwender Gefahr, willkürlich zu entscheiden. Auch ein Gesetz, dessen Begründungszusammenhang falsch ist, wird die Regulierungsziele verfehlen und ggf. unerwünschte Gesetzesfolgen nach sich ziehen. Das Verhältnis von Recht und Erfahrungswissenschaft wirft deshalb die Frage auf, wann Begründungen bzw. Aussagen über die Realität eigentlich richtig oder falsch sind. Wie noch zu zeigen sein wird, erfordert der more economic approach ein ganz bestimmtes Wissenschaftsverständnis bei der Entwicklung belastbarer Erkenntnisse. Zunächst berührt die Evidenzthematik aus wettbewerbsökonomischer Perspektive die Frage, wie erfahrungswissenschaftlich gehaltvolle Aussagen überhaupt gewonnen und für juristische Entscheidungen genutzt werden können.

4 Hierbei spielen u.a. Leitbilder des Wettbewerbs eine nicht unerhebliche Rolle. Sie standen zwar nicht direkt Pate für das GWB, spiegelten sich aber mit ihren Grundprinzipien in der Wettbewerbspolitik und dem jeweiligen rechtlichen Instrumentarium wider. So orientierte sich das wettbewerbspolitische Grundverständnis in den Anfängen des GWB an einem polypolistischen Wettbewerbsverständnis, das später von einer stärker am Prinzip des funktionsfähigen Wettbewerbs im Sinne Kantzenbachs orientierten Sichtweise abgelöst wurde. Beide an der Marktstruktur anknüpfenden Denkansätze korrespondierten im Übrigen direkt mit einem formbasierten – eben nicht effektbasierten – Kartellrechtsverständnis, denn Eingriffe zielten auf die Struktur, nicht auf das Marktergebnis; zu Leitbildern in der Wettbewerbspolitik *Bartling*, *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, München, 1980, S. 9 ff.

5 *Möschel* (Fn. 2), S. 1.

III. Auf dem Weg zu ökonomisch gehaltvollen Aussagen

1. Kartellrechtlicher Informationsbedarf und more economic approach

Eine formbasierte Kartellrechtsanwendung kam damit aus, unerwünschtes Wettbewerbsverhalten zu sanktionieren, ohne dass eine Wirkung eingetreten sein musste.⁶ Die Wettbewerbsökonomien spielten hier praktisch nur bei Beratungen zu Gesetzgebungsverfahren durch Einschätzungen zur kompetitiven oder anti-kompetitiven Bewertung einzelner Wettbewerbsprobleme oder bei der Gesetzesfolgenabschätzung eine Rolle, während im Gerichtsverfahren ‚lediglich‘ festgestellt werden musste, ob ein konkretes Verhalten einer Verbotsnorm zuzuordnen war oder nicht. Der more economic approach erhöht den Informationsbedarf deutlich, denn möchte man mittels einer effektbasierten Rechtsanwendung der Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen, reicht es jetzt grundsätzlich nicht mehr aus, ein bestimmtes Marktverhalten als Per-se-Verstoß zu untersagen. Es müsste nach der Logik des Konzepts die wohlfahrtsschädigende Wirkung eines Marktverhaltens auf Konsumentenseite fallindividuell erst festgestellt werden, es sei denn, es gäbe Erkenntnisse über immer und überall gleichartige, gleichgewichtige und signifikant negative Wirkungen auf den Wettbewerb.

Bei enger Auslegung kann ein effektbasiertes Kartellrecht dazu führen, ein und dasselbe Verhalten einmal als wohlfahrtsschädigend zu werten, ein anderes Mal dagegen freizustellen, weil es für die Konsumentenwohlfahrt förderlich ist. Um die Rechtssicherheit zum Zeitpunkt unternehmerischer Entscheidungen zu gewährleisten und Klarheit darüber zu schaffen, ob es kartellrechtskonform oder ggf. sanktionsbewehrt ist, müssten zuverlässige universelle und anerkannte erfahrungswissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirkungsweise bestimmten Marktverhaltens oder über die Folgen veränderter Marktstrukturen auf künftige Marktergebnisse (Konsumentenwohlfahrt) vorhanden sein. Es ist offensichtlich, dass diese Unbestimmtheit eher wettbewerbsblähmend wäre, existierten keinerlei rechtliche Anhaltspunkte über einen Zulässigkeitsrahmen (safe harbour). Das Dilemma zwischen erfahrungswissenschaftlich zu begründender Einzelfallgerechtigkeit (effect based) und Rechtssicherheit (form based) ‚löst‘ das EU-Kartellrecht letztlich durch einen nur partiellen Verzicht von Per-se-Regeln sowie eine bestimmte Beweislastverteilung:

In der Fusionskontrolle, bei der Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV, aber auch bei den Gruppenfreistellungsverordnungen (etwa die alte und neue Vertikal-GVO VO [EG] 2790/1999 und 330/2010) hält die Kommission wie

6 Zur Entwicklung von Per-se-Verboten im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, 1983, Rn. 18 ff.

auch das GWB weiter an Strukturkriterien, wie Marktanteilen oder dem Verbot von sogenannten Kernbeschränkungen (ehemals ‚Schwarze Listen‘, Hardcore-Verstöße), fest.

Das europäische sowie inzwischen auch das deutsche Kartellrecht lösen diese empirische Herausforderung für die Rechtsanwendung letztlich durch das Prinzip der Effizienzeinrede.⁷ Dies räumt einerseits einem inkriminierten Unternehmen (außerhalb der Gruppenfreistellung) die Möglichkeit ein, Effizienzvorteile geltend zu machen, bürdet ihm zugleich aber auch die Beweislast auf, diese Vorteile darzulegen. Es liegt dann wiederum in der Verantwortung der Kommission oder des Bundeskartellamts, diese Vorteile mit Beeinträchtigungen des Wettbewerbs abzuwägen. Betrachtet man die Kartellverfahren vor diesem Hintergrund, so lässt sich feststellen, dass EU-Kommission und Bundeskartellamt ihre Entscheidungen letztlich immer noch vorrangig formbasiert begründen und die Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfaht bereits aus der Beschränkung des Wettbewerbs ableiten. Möschel stellt insoweit zutreffend fest, dass damit letztlich auch die Untersuchung der Marktergebnisse entbehrlich ist.⁸

Diese Form der Arbeitsteilung steht solange mit einer effektbasierten Kartellrechtsanwendung im Einklang, soweit die Effizienzen überzeugend nachgewiesen werden können, um Bedenken der Kartellbehörden auszuräumen. Diese Hoffnung wird allerdings deutlich enttäuscht, denn bislang hat es in der europäischen Kartellrechtspraxis noch keinen Fall gegeben, bei dem vorgebrachte Effizienzgewinne von der Kommission anerkannt wurden oder Gerichte dazu entscheiden mussten.⁹ Das kann vor allem zwei Ursachen haben: Entweder waren die Effizienzgewinne nicht ausreichend, um die Wettbewerbsbeschränkungen überzukompensieren, oder sie waren nicht ausreichend nachgewiesen.

Um einen solchen Nachweis zu liefern, werden daher unter der Maßgabe einer effektbasierten Kartellrechtsauslegung alle Klassen erfahrungswissenschaftlicher Aussagen benötigt. Neben deskriptiven Aussagen zur Feststellung der Fallgegebenheiten (Istaussagen) werden informativere Aussagen zur Erklärung von Sachverhalten oder zur künftigen Entwicklung des Wettbewerbs auf einem Markt (Prognosen) benötigt. So erfordert der SIEC-Test, aber auch der Marktbeherrschungstest eine zuverlässige Einschätzung der nachhaltigen und kausal bewirkten, künftigen Wettbewerbsbedingungen nach Vollzug eines Zusammenschlus-

7 Ausführlich *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt, 2006, S. 352 ff., grundlegend *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen ‚more economic approach‘, in: Oberender (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin, 2005, S. 9, 11 ff.

8 *Möschel* (Fn. 2), S. 12.

9 *Schwalbe/Zimmer* (Fn. 7), S. 364 ff.

ses. Um einen Konditionsmissbrauch effektbasiert festzustellen, muss etwa die Ausbeutungs-, Verdrängungs- oder Marktverschlusswirkung von Konditionsbestandteilen bekannt sein.

Die gleichen Aussagekategorien sind erforderlich, will man einen Verstoß gegen geltendes (Kartell-)Recht feststellen oder abwenden. Von zentraler Bedeutung ist hierbei die Operationalisierung der in einem Fall relevanten unbestimmten Rechtsbegriffe, Vermutungskriterien und Aufgreifschwelle. Denn Begriffe wie „Marktmacht“, „Wettbewerbsbeschränkung“ oder „Behinderung“ lassen sich in der Praxis des Wettbewerbs nicht ohne Weiteres direkt beobachten. Sie müssen – teils über Subkategorien, die wiederum unbestimmte Begriffen sein können (Beispiel: Marktbeherrschung = f[Marktanteil, Finanzkraft, ... usw.]) – in Indikatoren überführt werden, die eine valide und reliable Zuordnung realer Erscheinungen (Marktstrukturen, Marktverhalten, Marktergebnisse) zu einer Norm ermöglichen.

Während der Wahrheitsgehalt von fallrelevanten Istaussagen recht einfach überprüfbar ist, ist dies bei Erklärungen oder Prognosen – die genannten Anwendungsfelder im Kartellrecht mögen das unterstreichen – unverhältnismäßig viel schwieriger. Die wettbewerbsökonomische Herausforderung besteht darin, im Einzelfall nicht nur darüber zu befinden, ob bestimmte Sachverhalte eintreten werden, sondern auch belastbar abzuschätzen, ob und wie lange diese fortwirken. Die Herausforderung für die Ökonomie besteht also darin, erklärungskräftige und prognosetaugliche Befunde zu liefern. Wann also liegen solche Befunde vor?

2. Von Verifizierung und Falsifikation

Ein immer wiederkehrender Wunsch in der Zusammenarbeit von Juristen mit Ökonomen richtet sich auf die Verifizierung von Markt- und Wettbewerbszusammenhängen. Bestimmte mögliche Wirkungszusammenhänge sollen als wahr bestätigt werden, um einen Sachverhalt je nach Interessenlage unter eine Norm oder nicht unter eine Norm zu subsumieren. Aus erkenntnistheoretischer Sicht kann jedoch eine Aussage nicht als universell gültig bewiesen werden. Denn dazu müsste man etwa für ein vom Kartellamt verfolgtes Marktverhalten beweisen können, dass es immer und überall zu bestimmten Marktergebnissen führt. Es ist aber nicht möglich, alle vergangenen und künftigen Wettbewerbsverstöße und deren Folgen zu beobachten und damit positiv zu bestätigen. Ein allgemeingültiger Verifizierungsanspruch ist daher ökonomisch nicht einlösbar und deshalb juristisch unbrauchbar.

Aussagen lassen sich vielmehr nur dadurch bestätigen, dass man sie dem Risiko des Scheiterns aussetzt. Dazu wird die Aussage mit der Realität konfrontiert und geprüft, ob sie sich bewährt oder zu verwerfen ist. Hält eine Aussage einem Wirklichkeitscheck stand, nehmen wir sie als vorläufig nicht widerlegt an, können aber nicht behaupten, sie sei universell bestätigt. Die Belastbarkeit einer Aussage wird also dadurch hergestellt, dass sie sich als nicht falsch erwiesen hat. Es wird folglich nicht getestet, ob eine Aussage richtig ist, sondern ob sie nicht widerlegt wird. Bewährt sich in diesem Sinne eine Aussage, gilt sie als (vorläufig) bestätigt und wird angenommen. Ist eine Aussage abzulehnen, würde man die Gegenthese annehmen, weil diese nicht auszuschließen ist.

Da Aussagen über reale Zusammenhänge niemals verifizierbar sein können, muss eine für ein Kartellverfahren zu testende Aussage falsifizierbar sein. Um nicht gegen das Verifikationsdilemma zu verstoßen, testet man die Gegenhypothese zu dem Sachverhalt, der ökonomisch bestätigt werden soll. Gegen dieses als Fallibilismus¹⁰ bezeichnete Prüfschema wird in der Kartellrechtsanwendung jedoch des Öfteren verstoßen. So lehnen etwa Gerichte oder das Bundeskartellamt räumliche Vergleichsmärkte zuweilen mit der Begründung ab, es sei nicht zweifelsfrei nachgewiesen, dass diese kartellfrei seien. Eine solche Aussage wird etwa mit dem Hinweis auf einen zu kurzen Nachkartellzeitraum getroffen, ohne zugleich eine überprüfbare Begründung zu geben, wie lange denn das Kartellende zurückliegen muss, bis sich Wettbewerbspreise eingestellt haben. Solche Aussagen sind aus drei Gründen unzulässig:

Zunächst kann eine Fortwirkung nur angenommen werden, wenn nach Aufdeckung eines Kartells Indizien oder Gründe dafür erkennbar sind (z. B. Vertragslaufzeiten bei Bieterwettbewerben). Wenn in solchen Fällen etwa der Preis auf dem Niveau des Kartellzeitraums verharrt, bestätigt dies jedoch keineswegs die These eines Fortwirkens des Kartells, wenn etwa die Preise im Kartellzeitraum gar nicht kartellbedingt überhöht nachgewiesen waren – also das Kartell unwirksam war.

Werden dagegen keine begründeten, überprüfbaren und vor allem validen Anhaltspunkte vorgebracht, ist eine Widerlegung – das Kartell wirkt nicht fort – gar nicht möglich. Ein Beschuldigter würde also etwas widerlegen müssen, was nicht beweisbar ist.

Das gilt umso mehr, wenn solche Beweisanforderungen mit dem Zusatz ‚zweifelsfrei‘ erhoben werden. Wer einen zweifelsfreien Nachweis erwartet, geht offenbar von einem universellen – verifizierbaren – Geltungsanspruch von Aussagen aus. Da unser Wissen aber vorläufig ist, müssen wir uns auch in Kartell-

10 *Popper*, Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie, 2. Auflage, Tübingen, 1994, S. XXI.

verfahren grundsätzlich mit Aussagen ‚unterhalb der letzten Gewissheit‘ begnügen. Eine erfahrungswissenschaftliche Aussage kann daher auch nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (oder nur mit einer statistischen Irrtumswahrscheinlichkeit) – nicht jedoch mit einer letzten Gewissheit – getroffen werden. Daher ist zu klären, wann eine hinreichend sichere Aussage vorliegt (s.u.).

Beweiskräftig können daher wettbewerbsökonomische Aussagen nur sein, wenn sie überhaupt falsifizierbar sind. Informations- bzw. Realitätsgehalt gewinnt eine Aussage nur dann, wenn sie eine Reihe von Phänomenen explizit ausschließt. Denn mit steigendem empirischem Gehalt einer Aussage nehmen die Möglichkeiten zu, sie zu überprüfen, die Aussage also dem Scheiterrisiko auszusetzen. Umgekehrt nimmt der logische Spielraum einer Aussage zu, wenn sie mit möglichst vielen Konstellationen kompatibel ist. M.a.W.: Je größer der logische Spielraum, desto weniger kann eine Aussage scheitern, desto geringer ist ihr Informationsgehalt.

Dieser Zusammenhang verdeutlicht, dass eine Aussage nur Informationsgehalt hat, wenn sie an überprüfbare Bedingungen geknüpft wird, die in potenziell kausaler Beziehung mit dem zu erklärenden Sachverhalt steht. Ansonsten handelt es sich um eine zusammenhangslose, nicht überprüfbare allgemeine Behauptung. Diesen Charakter hat z. B. die Aussage, nach Kartellende wirke ein Kartell fort, wenn nicht widerleglich angegeben wird, woran dieser Zusammenhang überprüft werden kann. Eine bloße Überzeugung – also ein intersubjektiv nicht nachvollziehbares ‚Bekanntnis‘ – reicht hierzu im Lichte des more economic approach nicht aus, auch nicht dann, wenn es im Gewande des richterlichen Ermessensspielraums daherkommt. Es ist mit Blick auf den effect based approach daher unverzichtbar, hierfür Aussagen mit hohem Informationsgehalt heranzuziehen, nicht dagegen Aussagen mit einem möglichst großen logischen Spielraum. Sie bedeuten das Gegenteil von wettbewerbsökonomisch überprüfbaren, wahren Aussagen und nehmen einem inkriminierten Unternehmen die Chance einer Widerlegung.

3. Induktive Erkenntnisgewinnung im Widerspruch zum more economic approach

Das Verifikationsprinzip steht in engem Zusammenhang mit induktiven Aussagen. In Rechtsverfahren ist bei der Würdigung empirischer Zusammenhänge die Neigung groß, Einzelfälle zu verallgemeinern und Gesetzmäßigkeiten gleichende Begründungszusammenhänge anzunehmen. Ein Analogieschluss auf der Basis von notwendiger Weise endlich vielen Untersuchungen ist aber nicht belastbar, um eine solche Regel als universell gültige ökonomische Gesetzmäßigkeit zu

etablieren. Aus wissenschaftstheoretischer Sicht ist das Induktionsprinzip unbefriedigend, weil es auf das Trilemma jeglichen Begründungsstrebens hinausläuft: Die Annahme eines allgemeinen Zusammenhangs innerhalb einzelner Beobachtungen bedarf einer Begründung, die wiederum einer Begründung bedarf und letztlich zum *infiniten Regress* oder in einen *logischen Zirkel*, nämlich den Rückgriff auf andere, ebenfalls begründungsbedürftige Beobachtungen führt. Beides lässt sich nur beenden, wenn der Begründungsversuch unbefriedigender Weise *willkürlich abgebrochen* wird.¹¹

Die induktive Methode der Erkenntnisgewinnung ist auch deshalb für Kartellrechtsverfahren als unbrauchbar abzulehnen, weil die notwendigen Beobachtungen bei einem Fall nicht objektiv, sondern selektiv und zweckgebunden erfolgen. Es liegt in der Natur der Sache, dass Beobachtungen grundsätzlich nicht ergebnisoffen, intersubjektiv identisch vorgenommen und alle möglichen Zusammenhänge beachtet werden. Die Fallumstände werden seitens der Rechtsanwender (Bundeskartellamt, EU-Kommission, Kartellgerichte, Unternehmen und deren Anwaltschaft) vielmehr danach selektiert, ob sie einen möglichen Rechtsverstoß bestätigen oder widerlegen können. Als Folge letztlich induktiver Begründungsversuche stehen sich in einem Kartellverfahren Kläger und Beklagte in der Regel diametral gegenüber. Wäre dem anders, gäbe es keine widerstreitenden Parteien und die Beteiligten könnten den Verstoß und etwaige Wirkungen durch das Bundeskartellamt ermitteln lassen.

Ein induktiver Ansatz ist auch aus einem weiteren Grund abzulehnen. Er fördert eine hermeneutische Interpretation von Markt- und Wettbewerbsdaten, der u.E. mit dem more economic approach nicht vereinbar ist. Die hermeneutische Methode berücksichtigt zwar die logische Richtigkeit einer Aussage, nicht jedoch auch systematisch erforschte erfahrungswissenschaftliche Zusammenhänge. Diese werden stattdessen durch Ad-hoc-Thesen über Markt- und Wettbewerbskausalitäten ersetzt, die eine Erklärung für den Einzelfall auch gegen widersprechende Beobachtungen oder Begründungsansätze absichern sollen. Es ist offensichtlich, dass es in solchen, im Kartellverfahren häufigen Fällen, nicht um Wahrheitsfindung im Sinne des Falsifikationsprinzips geht, sondern um Deutungshoheit.

Mit hermeneutischen Klage- oder Verteidigungskonzepten ist aber einem Gericht die Entscheidung zwischen widerstreitenden Parteien nicht abgenommen. Wie soll es für oder gegen ein Begründungskonzept entscheiden, wenn das Gericht selbst die Fachkunde nicht hat, die Qualität von erfahrungswissenschaftlichen Untersuchungen zu bewerten? Da das Gericht in der Regel nicht über die ökonomische Sachkunde verfügt, kann es seine Entscheidung nicht aus den Be-

11 Albert, Traktat über kritische Vernunft, Tübingen, S. 13.

funden und etwaigen Qualitätsindikatoren selbst ableiten, sondern muss selbst wieder zu Begründungen greifen. Es ist folglich gezwungen, wiederum in hermeneutische Deutungskunst zu verfallen und damit mittels Ad-hoc-Hypothesen die Überlegenheit eines Begründungskonzepts zu entscheiden. Der weiter oben beklagte infinite Regress durchzieht so ein ganzes Gerichtsverfahren.

Diese Überlegungen entlarven induktive und hermeneutische Ansätze im Übrigen als nicht kompatibel mit dem *more economic approach*. Denn bei effektbasierter Kartellrechtsanwendung müssen die tatsächlichen und belastbaren Ursachen ermittelt werden, nicht dagegen in der Regel nicht überprüfbare Ausdeutungen eines Sachverhalts nach einem plausibel klingenden Ergebnis. Es ist offensichtlich, dass die Umsetzung des *more economic approach* davon abhängt, ob und inwieweit die induktive, hermeneutische Ad-hoc-Praxis an Kartellgerichten überwunden werden kann.

4. Die Deduktion von Aussagen aus Modellen

Aufgrund der Schwäche induktiv gewonnener Aussagen in Kartellverfahren ist im Folgenden zu prüfen, inwieweit ein deduktiver Ansatz zielführend ist. Er basiert auf der Intuition eines Forschers und seiner analytischen Durchdringung eines Sachverhalts. Die deduktive Methode findet ihren Niederschlag in der formal formulierten Modelltheorie der Ökonomie, die auf einigen wenigen Prinzipien beruht. Während die frühe Modelltheorie als Modellplatonismus¹² abgetan wurde, weil mit der Figur des *homo oeconomicus* („Homunkulus“) und vollkommenen Marktbedingungen realitätsfremde, nicht überprüfbare Prämissen zugrunde gelegt wurden, wird heute in der Regel von erheblich differenzierteren und realitätsnäheren Annahmen ausgegangen. Diese berücksichtigen die Erkenntnisse der Spieltheorie und der Neuen Institutionenökonomik und damit wesentliche Elemente unvollkommener realer Märkte.

Gleichwohl stellen solche Modelle weiterhin einfache Theorien im Sinne von Hayeks dar, die die komplexen Markt- und Wettbewerbsbedingungen stets nur ausschnittsweise beleuchten.¹³ Hinzu kommt, dass viele Modelle statischer Natur sind, während das zu klärende Problem dynamisch strukturiert ist. Da sie reale Zusammenhänge vereinfachen, können sie dem konkreten Einzelfall nicht direkt Rechnung tragen. Der Informationsgehalt solcher Aussagensysteme reicht

12 *Albert*, Modellplatonismus: Der neoklassische Stil des ökonomischen Denkens in kritischer Beleuchtung, in: Maus/Fürstenberg, Hrsg., Marktsoziologie und Entscheidungslogik, Neuwied/Berlin, S. 331 ff.

13 *Hayek*, Die Theorie komplexer Phänomene in: Hayek, Die Anmaßung von Wissen, Tübingen, 1996, S. 285 ff.

grundsätzlich stets nur soweit, wie ihre Prämissen tragen. Er wird durch die Art, Anzahl und Stärke der Annahmen begrenzt und ist damit nicht größer als der Informationsgehalt der Annahmen selbst. Werden Modelle für die Lösung von wettbewerbsökonomischen Fragen herangezogen, ist es daher entscheidend zu klären, ob die Prämissen im jeweiligen Fall erfüllt sind.

Daraus ergeben sich zugleich auch die Anwendungsmöglichkeiten deduktiver Modelle: Sind die Prämissen im jeweiligen Kartellfall erfüllt, lässt sich solch ein Ansatz fallbezogen nutzen. Treffen die Annahmen eines Modells auf einen Fall jedoch nicht zu, kann das Modell nicht direkt zur Fallbeurteilung verwendet werden. Das Modell muss dann modifiziert werden, bis es einem realen Sachverhalt nachprüfbar gerecht wird. Die Fallanpassung eines Modells hat den großen Vorteil, den Informationsgehalt zu vergrößern. Dies aber setzt des Weiteren zwingend voraus, dass die in dem Modell verwendeten endogenen und exogenen Variablen grundsätzlich operationalisierbar und die dafür erforderlichen Daten verfügbar sind.¹⁴

Diese Überlegungen zeigen, dass die Deduktion aus fallbezogen adaptierten Modellen eine Möglichkeit darstellt, um den more economic approach in der Rechtsanwendung umzusetzen. Die Grenzen liegen im Realitätsgehalt der Annahmen und ggf. in einer fehlenden Operationalisierbarkeit. Damit rückt die Modelltheorie aber bereits in die Nähe des für erfahrungswissenschaftliche Analyse zu bevorzugenden Konzepts, Hypothesen und Theorien als überprüfungsbedürftige Spekulationen zu betrachten.

5. Hypothesen und Theorien als überprüfungsbedürftige Spekulationen

Aus der Sicht des kritischen Rationalismus sind Hypothesen Spekulationen über kausale Zusammenhänge, die falsifizierbar und operationalisierbar sind. Sie unterscheiden sich hinsichtlich ihres Informationsgehalts sowie bezüglich ihres Bewährungsgrads. Bewährte Hypothesen knüpfen Kausalbeziehungen zwischen Ursachen und Wirkungen, die bislang nicht falsifiziert werden konnten. Mehrere gut bestätigte, miteinander verknüpfte Hypothesen bilden eine Theorie. Besonders wertvoll sind Hypothesen, die fallbezogen operationalisierbar sind. Ihr logischer Spielraum muss folglich zugunsten des Informationsgehalts verringert werden können, ohne dass der generelle Zusammenhang seine Gültigkeit verliert. Damit ist ein großer Fortschritt zu Ad-hoc-Hypothesen oder bloß formalen Modellen verbunden. Bei einer Ad-hoc-Hypothese wird in der Regel aus dem zeitgleichen Auftreten zweier Phänomene auf einen Zusammenhang geschlossen

14 Hayek (Fn. 13), S. 288 ff.

bzw. eine Vermutung als bestätigt angesehen. Es ist offensichtlich, dass die Preisbildung im Kartell in Abhängigkeit der dort verwendeten Kontroll- und Sanktionsmechanismen aufgedeckt und erklärt sein müsste, bevor Indikatoren für die Wirkung eines Kartells deduziert und gemessen werden können.

Überprüfungsbedürftige Spekulationen können – wie im vorherigen Abschnitt angedeutet – auch operable Modelle mit realistischen Annahmen sein. Sobald Modelle nur formale Zusammenhänge beschreiben oder außerhalb der Realität liegende Annahmen verwenden, können sie reale Phänomene nicht mehr erklären oder prognostizieren. Denn idealisiertes ökonomisches Verhalten (*homo oeconomicus*) entzieht sich der Falsifikation.

Bereits ein kursorischer Blick auf den Stand der ökonomischen Theorie zeigt, dass zzt. kein geschlossenes Theoriegebäude existiert. Vielmehr kann heute erst auf eine Reihe gut bestätigter Hypothesen zurückgegriffen werden.¹⁵ Dadurch lassen sich Wettbewerbszusammenhänge stets auch nur punktuell erklären bzw. prognostizieren. Dies gilt auch für die in Kartellverfahren benötigten erfahrungswissenschaftlichen Aussagen: Von einer in sich geschlossenen Kartelltheorie sind die Wirtschaftswissenschaften immer noch ein Stück entfernt, wie auch die Missbrauchsaufsicht noch kein bewährtes Theoriegebäude besitzt. Auch vertikale Wettbewerbsbeziehungen sind z. B. hinsichtlich des Zusammenwirkens von Inter- und Intra-brandwettbewerb keineswegs ‚theoriereif‘ erforscht, wie etwa die Entwicklung der GVOen unterstreichen. Unklar bleibt auch, wie Effizienzeffekte vertikaler Beschränkungen belastbar bestimmt und im Hinblick auf die Weitergabesicherheit an die Verbraucher prognostiziert werden können. Selbst Fusionskontrollverfahren können bislang die dynamischen Effekte eines Zusammenschlussvorhabens nur als Entwicklungsmuster, nicht aber im Detail prognostizieren. Mit einer Reihe von leistungsfähigen Hypothesen können zwar grundsätzliche Effekte abgeschätzt werden, nicht aber die exakten langfristigen Gesamtwirkungen. Auch der SIEC-Test bietet nur dem ersten Anschein nach einen Vorteil, weil es einfacher erscheint, eine Verschlechterung von effektiven Wettbewerbsbedingungen zu ermitteln als eine marktbeherrschende Stellung. Unbestimmt ist aber, ab welcher Größenordnung und für welchen Zeitraum eine signifikante Verschlechterung vorliegt. Durch die Maßstabslosigkeit der Verschlechterung sind hier Eingriffen nach dem gewünschten Ergebnis Tür und Tor geöffnet. Auch die Marktabgrenzung wird sich nicht ohne einen juristischen Eingriff lösen lassen, da die Grenze zwischen monopolistischem Verhalten und ausreichender Substitution nicht aus dem SSNIP-Test heraus bestimmt werden

15 Zur partialanalytischen Bestimmung von Effizienzen vgl. *Zimmer/Schwalbe* (Fn. 7), S. 352 ff.

kann, sondern eine normative Setzung (fünf bis zehn Prozent als signifikante nicht vorübergehende Preiserhöhung) erfordert.

Derzeit kann die Wettbewerbsökonomie das Kartellrecht nur aus einem partiell gefestigten Theorie(n)gebäude heraus unterstützen. Der erfahrungswissenschaftliche Beitrag der Ökonomie zu Kartellverfahren beschränkt sich daher in der Regel auf den Test fallgerecht operationalisierter Thesen und ggf. im o. a. Sinne realistischer Modelle.

IV. Ergebnis

Aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht lassen sich Erklärungen und Prognosen für reale Phänomene nur durch gut falsifizierbare, möglichst bewährte Hypothesen gewinnen. Modelle als Ausfluss der deduktiven Methode können die Erkenntnisgewinnung ebenfalls unterstützen, wenn sie falsifizierbar formuliert wurden und ihre Prämissen realistisch, d. h. nachprüfbar – gesetzt wurden. Sie entsprechen in dieser Form spekulativen, überprüfungsbedürftigen Hypothesen. Die einzige abzulehnende Form der Erkenntnisgewinnung sind die induktive Methode, die in Verbindung mit einem hermeneutischen Begründungsverhalten immer noch große Verbreitung in Kartellverfahren hat, sowie der Modellplatonismus.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund den Bedarf an wettbewerbsökonomischen Erkenntnissen in Kartellverfahren, ist zunächst festzustellen, dass statt gut bewährter Theorien zzt. nur eine Reihe gut bestätigter Hypothesen verfügbar sind. Hinzu kommt, dass sich die Struktur des Kartellrechts nicht eng an bestimmte ökonomische Theorien oder Hypothesen anlehnt, sondern mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Vermutungskriterien und Aufgreifschwelen arbeitet, die einen spezifischen Informationsbedarf nach sich ziehen. Insofern ist es zzt. nicht möglich und vermutlich langfristig praktisch kaum erwartbar, das Kartellrecht auf einer kritisch-rationalen wettbewerbsökonomischen Theorie zu gründen. Dennoch kann ein kritisch-rationaler Ansatz den spezifischen, aus Normen abgeleiteten Erklärungs- und Informationsbedarf unterstützen. Dazu müssten sich alle Rechtsanwender die Beweisregeln des Kritischen Rationalismus aneignen und Begründungskonzepte sowie dafür durchgeführte ökonomische Untersuchungen streng nach dem Falsifikationsprinzip dem Risiko des Scheiterns aussetzen.

Das Prinzip der Selbstveranlagung könnte damit auf ein fundiertes methodologisches Fundament gestellt werden, wenn alle Verfahrensbeteiligten die Re-

geln kritisch-rationaler Wahrheitsfindung einhalten.¹⁶ Das würde sowohl die Rechtssicherheit unternehmerischer Entscheidungen als auch die Einzelfallgerechtigkeit verbessern können. Anders als auf hoher See wären die Marktbeteiligten mit einer solchen Umsetzung des *more economic approach* vor Gericht nicht mehr in Gottes Hand.

Literatur

- Albers, Michael, Der „*more economic approach*“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, nachträglich angefertigte, leicht veränderte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags anlässlich des Hamburger Kartellrechtssymposiums 2006, <http://ec.europa.eu/competiton/antitrust/art82/albers.pdf>.
- Albert, Hans, Modellplatonismus: Der neoklassische Stil des ökonomischen Denkens in kritischer Beleuchtung, in: Maus, Heinz/Fürstenberg, Friedrich, Hrsg., *Marktsoziologie und Entscheidungslogik*, Neuwied/Berlin, 1967, S. 331 ff.
- Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, 2. Auflage, Tübingen 1969
- Bartling, Hartwig, *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, München 1980
- Friedrichs, Jürgen, *Methoden empirischer Sozialforschung*, 14. Auflage, Opladen 1990
- Hayek, Friedrich-August von, Zur Theorie komplexer Phänomene, in Hayek, F.A. von, *Anmaßung von Wissen*, Tübingen 1974, S. 281 ff.
- Hoppmann, Erich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1974
- Möschel, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- Möschel, Wernhard, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „more economic approach“*, unveröffentlichter Vortrag im Rahmen des Arbeitskreises Kartellrecht beim Bundeskartellamt 2007
- Oberender, P., *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, 2005
- Popper, Karl R., *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, 2. verbesserte Auflage Tübingen 1994
- Schmidtchen, Dieter, *Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“*, in: Oberender, O., (Hg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin 2005, S. 9ff.
- Schmidtchen, Dieter, *Abschlussreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand*, Berlin 2005, in: Oberender, O., (Hg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin 2005, S. 173ff.
- Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel, *Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle*, Frankfurt 2006

16 Der Falsifikationsversuch durch ein spezifisches Untersuchungsdesign unterliegt dann wiederum den Gütekriterien für erfahrungswissenschaftliche, empirische Untersuchungen. Zum forschungslogischen Ablauf (von der Hypothese über die Operationalisierung zum Test) und einschlägigen Gütekriterien, wie Validität, Reliabilität und Objektivität sowie Repräsentativität; vgl. statt vieler *Friedrichs*, *Methoden empirischer Sozialforschung*, 14. Auflage, Opladen 1990, S. 50 ff., 112 ff.