

Michael Böheim

Wettbewerbspolitik in Österreich unter neuen Rahmenbedingungen

Zwischenbilanz und Ausblick

Mit der Kartellrechtsnovelle 2002 wurde die Wettbewerbspolitik in Österreich auf eine neue institutionelle Basis gestellt. Auf innerstaatlichen und europäischen Reformdruck schlug der Gesetzgeber mit der Etablierung von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt als staatlichen Aufgriffsbehörden einen Weg zur institutionellen Professionalisierung der österreichischen Wettbewerbspolitik ein. Eine erste Zwischenbilanz nach einem Jahr fällt allerdings widersprüchlich aus: Während sich entgegen den ursprünglichen Erwartungen die neue Institutionenstruktur mit zwei Amtsparteien trotz rechtsdogmatischer Bedenken an der Konstruktion und Ressourcenknappheit in der Praxis zu bewähren scheint, erweist sich das Zusammenwirken zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und Wettbewerbskommission als problematisch. Eine Umsetzung der anspruchsvollen Vorgaben der europäischen Wettbewerbspolitik erscheint unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen in Österreich gefährdet, da die inhaltliche, methodische und strategische Ausrichtung der österreichischen Wettbewerbspolitik nach wie vor gravierende Defizite aufweist.

Begutachtung: Norbert Knoll, Michael Pfaffermayr, Gunther Tichy • Wissenschaftliche Assistenz: Sonja Patsios • E-Mail-Adressen: Michael.Boeheim@wifo.ac.at, Sonja.Patsios@wifo.ac.at

Mit Wirkung vom 1. Juli 2002 trat in Österreich eine umfassende institutionelle Reorganisation der wettbewerbspolitischen Institutionenstruktur in Kraft. Die Kartellgesetznovelle 2002 ist als unmittelbare Reaktion des Gesetzgebers auf innerstaatlichen und europäischen Reformdruck zu interpretieren¹⁾. Wichtigste Intention war die längst überfällige institutionelle Professionalisierung der wettbewerbspolitischen Praxis in Österreich.

Gekennzeichnet ist das Reformwerk primär durch eine weitgehende Zurückdrängung des vielfach kritisierten umfassenden Einflusses der Sozialpartner auf die kartellrechtliche Entscheidungsfindung. Während das Antragsrecht der Sozialpartner im Fall von Kartellen und Marktmachtmissbrauch erhalten blieb, gingen jenes in der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen durch den Verlust der Amtsparteienstellung auf zwei neu eingerichtete staatliche Institutionen – die Bundeswettbewerbsbehörde und den Bundeskartellanwalt – über²⁾. Weiters wurde in den Senaten des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts die Mehrheit der von den Sozialpartnern entsandten fachkundigen Laienrichter beseitigt, indem zusätzliche Berufsrichter eingesetzt wurden.

In der neuen institutionellen Ordnung ist die *Bundeswettbewerbsbehörde* als zentrale wettbewerbspolitische Institution positioniert. Sie ist zwar organisatorisch beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit angesiedelt, aber hinsichtlich ihrer Aufgaben per Verfassungsbestimmung (§ 1 Abs. 3 WettbG) weisungsfrei und unabhängig gestellt. Ihre Hauptaufgabe ist die Untersuchung und Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen aller Art (vgl. § 2 Abs. 1 WettbG). Zu diesem Zweck wurde ihr der Status

Die Veränderung der wettbewerbspolitischen Landschaft in Österreich

¹⁾ Eine ausführliche Diskussion der innerstaatlichen und supranationalen Entwicklungen, die zur Kartellrechtsreform 2002 geführt haben, bietet Böheim (2002B), S. 54ff.

²⁾ Vgl. § 25 Abs. 3 bzw. § 37 KartG und § 42b Abs. 1 iVm § 44 KartG.

einer Amtspartei mit Parteienstellung in allen kartellrechtlichen Verfahren mit umfassenden Ermittlungs- und Aufgriffsrechten zugestanden.

Ergänzend zur Bundeswettbewerbsbehörde wurde beim Bundesministerium für Justiz der *Bundeskartellanwalt* eingerichtet. In konsequenter Umsetzung des Anklageprinzips ist der Bundeskartellanwalt (ähnlich einem Staatsanwalt im Strafverfahren) zur Vertretung der öffentlichen Interessen in Angelegenheiten des Wettbewerbsrechts beim Kartellgericht berufen (§ 112 KartG). Der Bundeskartellanwalt ist unmittelbar dem Bundesminister für Justiz unterstellt und an dessen Weisungen gebunden. Als (zweite) Amtspartei verfügt er über die gleichen Aufgriffskompetenzen wie die Bundeswettbewerbsbehörde. Obwohl beide Amtsparteien zum Zusammenwirken verhalten sind (§ 117 KartG), sind Prüfungsanträge an das Kartellgericht nicht an eine übereinstimmende Vorgangsweise gebunden. Eine gegenseitige Blockade der beiden Institutionen ist somit nicht möglich, da beide Amtsparteien unabhängig voneinander agieren können.

Diese Parallelkonstruktion von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt wurde wegen der Duplizierung von Zuständigkeiten treffend als "One-Stop-Shop auf Österreichisch" karikiert (*Ablasser – Hemetsberger, 2002*). Die Vorgabe des Gesetzgebers, dass die beiden Behörden "keine parallel agierenden, einander konkurrierenden Eichrichtungen sein, sondern sich in ihrer Aufgabenerfüllung ergänzen sollen"³⁾, ist zumindest in Fällen von großem öffentlichen Interesse, die selbstverständlich von beiden Amtsparteien untersucht werden, bloße Makulatur. Inhaltlich könnte die Existenz des Bundeskartellanwalts am besten durch die Wahrung der Interessen der Konsumenten bei der Beurteilung von Wettbewerbsfällen argumentiert werden⁴⁾, was allerdings eine Zuständigkeit des Justizministers (als "politischer Vorgesetzter" des Bundeskartellanwalts) für Konsumentenschutz voraussetzen würde⁵⁾.

Eine solche Institutionenstruktur, die sich zwei staatliche Amtsparteien leistet, könnte auf den ersten Blick als (unnötige) Ressourcenverschwendung bezeichnet werden, doch erweist sich diese Konstruktion bei näherer Betrachtung als (theoretisch mögliche) subtile implizite politische Kontrolle der unabhängigen Bundeswettbewerbsbehörde durch den Bundesminister für Justiz über den weisungsabhängigen Bundeskartellanwalt.

Im Extremfall könnte sich diese als "Doppelgleisigkeit" kritisierte Aufbauorganisation als "wettbewerbspolitischer Glücksfall" erweisen. Da der Bundeskartellanwalt mit den gleichen Aufgriffsrechten wie die Bundeswettbewerbsbehörde ausgestattet ist, könnte er (vom Bundesminister für Justiz dazu veranlasst) die Wettbewerbsbehörde "vor sich hertreiben" – wenn in einem Fall "von öffentlichem Interesse" der Bundeskartellanwalt einen Prüfungsantrag stellt, die Bundeswettbewerbsbehörde aber einen Prüfungsverzicht abgibt, wäre dies jedenfalls erklärungsbedürftig⁶⁾. Diese seltsame Rechtskonstruktion, die die implizite politische Kontrolle einer per Verfassungsgesetz weisungsunabhängig gestellten Behörde erlaubt, könnte sich in Grenzfällen wettbewerbspolitisch äußerst positiv auswirken, da eine untätige Bundeswettbewerbsbehörde unter Zugzwang geriete. Andererseits kann aber die Politik die Stellung eines Prüfungsantrags per Weisung nicht verhindern, da ein allfälliger (vielleicht durch

³⁾ Vgl. EB 1005 d.B. (XXI. GP), Allg. Teil lit b, 17f.

⁴⁾ Mit dieser Begründung würde man das wettbewerbstheoretische Konzept der Chicago School aufgreifen, das das Zielbündel der Wettbewerbspolitik auf die Steigerung der Konsumentenwohlfahrt reduziert (vgl. Böheim, 2002A). Die im Rahmen der Reform der EU-Fusionskontrollverordnung in der Generaldirektion Wettbewerb neu geschaffene Position des Consumer Liaison Officer ist ein deutliches Indiz dafür, dass Konsumenteninteressen bei der Beurteilung von Wettbewerbsfällen in Zukunft auch in Europa (wie schon jetzt in den USA) eine prominenter Rolle spielen werden.

⁵⁾ Tatsächlich lag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kartellrechtsreform 2002 die Kompetenz für Konsumentenschutzbelange beim Bundesministerium für Justiz. In der aktuellen Legislaturperiode (XXII. Gesetzgebungsperiode) wurde der Konsumentenschutz dem Bundesministerium für Soziale Sicherheit und Generationen zugeschlagen (vgl. § 1 BundesministerienG BGBl. ...Nr. 76/1986 idF BGBl. I Nr. 17/2003). Angeblich geht dies auf Interventionen von einflussreichen Wirtschaftskreisen angesichts des "zu engagierten" Auftretens des Justizministers in Konsumentenschutzbelangen zurück (z. B. Prozesse gegen Banken wegen Zinsgleitklausel für Privatkredite; vgl. das Interview mit Justizminister Böhmendorfer "Verlust als Auszeichnung", *Der Standard*, 12. März 2003).

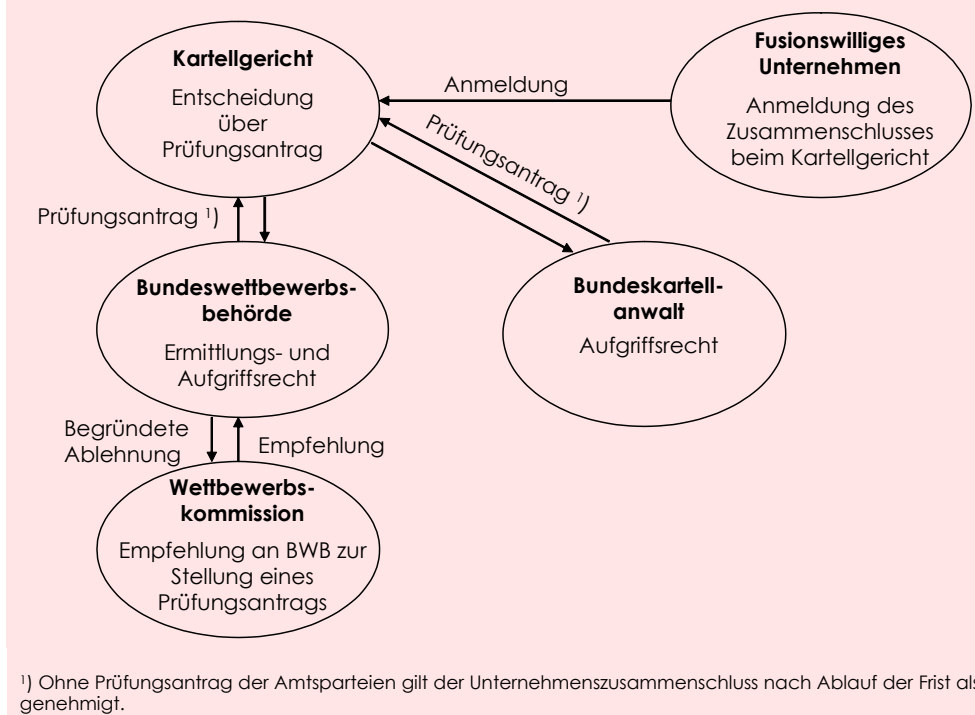
⁶⁾ Bisher ist dieser Fall nicht eingetreten. In der Praxis gehen Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt fast ausnahmslos gemeinsam vor; das ist besonders gut an der Parallelität der Stellung (auch Zurückziehung und Verzicht) von Prüfungsanträgen beim Kartellgericht zu beobachten.

Weisung erzwingender) Prüfungsverzicht des Bundeskartellanwalts die Bundeswettbewerbsbehörde nicht bindet.

Der Bundeswettbewerbsbehörde wurde vom Gesetzgeber die *Wettbewerbskommission* als beratendes Organ beigegeben (§ 16 WettbG). Jeweils vier ihrer acht Mitglieder werden vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit bzw. von den sozialpartnerschaftlichen Institutionen nominiert. In Fusionskontrollfällen kann die Wettbewerbskommission Empfehlungen an die Bundeswettbewerbsbehörde zur Stellung eines Prüfungsantrags abgeben. Eine solche Empfehlung ist für die Wettbewerbsbehörde allerdings nicht bindend, sondern kann begründet abgelehnt werden. Darüber hinaus kann die Wettbewerbskommission Gutachten zu allgemeinen wettbewerbspolitischen Fragestellungen erstatten.

Die Wettbewerbskommission, die anders als z. B. die deutsche Monopolkommission über keinen Mitarbeiterstab und kein eigenes Budget verfügt, wurde vom Gesetzgeber mit einer äußerst schwachen Rechtsstellung ausgestattet und ist in ihrem Wirken vollkommen vom "guten Willen" der Bundeswettbewerbsbehörde abhängig. In der Praxis gibt die Wettbewerbskommission ihre Empfehlung zur Stellung eines Prüfungsantrags bei Unternehmenszusammenschlüssen aufgrund der ihr zur Verfügung gestellten Anmeldeunterlagen ab. Ein darüber hinausgehender umfassender Informationsaustausch und eine vertiefte Einbindung der Wettbewerbskommission in die Untersuchung von Fusionsfällen erfolgen in der Praxis selbst in Fällen von großem öffentlichen Interesse (wie z. B. der österreichischen Gaslösung "Econgas") nicht. Dass die Wettbewerbsbehörde auf eine fundierte Beratung und einen regen Meinungsaustausch mit dem ihr zugeordneten Expertengremium verzichtet, steht in erklärungsbedürftigem Widerspruch zu dem (oftmals zu Recht beklagten) Mangel an Expertenwissen in der Wettbewerbsbehörde.

Abbildung 1: Die Prüfung von Fusionen in Österreich



Die Entscheidung in Wettbewerbsfällen liegt auch nach der Kartellrechtsreform 2002 in erster und zweiter Instanz beim *Kartellgericht* bzw. beim *Kartellobergericht*. Geändert wurden die Zusammensetzung der Richtersenat des Kartellgerichts und die Einleitung von Prüfungsverfahren. In den Senaten des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts haben nun die von den Sozialpartnern nominierten fachkundigen Laienrichter keine Mehrheit mehr, sodass ein Überstimmen der Berufsrichter nun nicht mehr möglich ist. Die aus rechtsdogmatischen Gründen (Identität von Ankläger und Richter) heftig kritisierte amtswegige Einleitung eines Prüfungsverfahrens (vormals

§ 44a KartG) wurde wieder abgeschafft. Die Aufgriffskompetenz aus öffentlichem Interesse ging auf den Bundeskartellanwalt über.

Die einschneidendsten Änderungen ergaben sich durch die Kartellrechtsnovelle 2002 in der Fusionskontrolle – hier verloren die Sozialpartner ihr Recht auf Stellung eines Prüfungsantrags. Sie sind nun auf die Abgabe von Stellungnahmen (§ 49 KartG) und die Mitwirkung in der Wettbewerbskommission über die von ihnen nominierten Mitglieder beschränkt. Den neuen institutionellen Rahmen für die Prüfung von Fusionen zeigt zusammengefasst Abbildung 1.

Erneut Handlungsbedarf durch Entwicklungen auf europäischer Ebene

Mit der Kartellrechtsnovelle 2002 wurde ein institutioneller Aufholprozess gegenüber europäischen Standards begonnen. Dennoch hinkt Österreich dem State of the Art der europäischen Wettbewerbspolitik noch immer bzw. schon wieder substantiell nach, weil die Europäische Kommission inzwischen weitreichende Reformvorhaben eingeleitet hat. Die gravierenden österreichischen Defizite betreffen dabei weniger die institutionellen Rahmenbedingungen als vielmehr die inhaltliche und methodische Ausrichtung der Wettbewerbspolitik.

Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission verfolgt seit den neunziger Jahren eine konsequente *Ökonomisierung der Wettbewerbspolitik*, da die traditionelle Methode der Marktanalyse im Wettbewerbsrecht zunehmend obsolet wurde angesichts einer rasanten technologischen Entwicklung, globalisierter Märkte sowie dynamischer Strukturverschiebungen, von denen ganze Wirtschaftssektoren betroffen sind. Der – im Gegensatz zum Antitrust Law der USA, das seit jeher auf einer gemeinsamen Anwendung von juristischer und ökonomischer Analyse basiert⁷⁾ – traditionell stärker juristisch ausgerichtete Ansatz der europäischen Wettbewerbspolitik war unter diesen geänderten Rahmenbedingungen an die Grenzen seiner Analysemacht gestoßen.

Mit den Initiativen des damaligen Wettbewerbskommissars van Miert und dann des Kommissars Monti leitete die Europäische Kommission einen Modernisierungsprozess der Wettbewerbspolitik ein, der gekennzeichnet ist durch eine Forcierung der ökonomischen Analyse in der Behandlung von Wettbewerbsfällen (*Hildebrand, 2000*). Ökonomische Analysemethoden haben sowohl bei der Ausgestaltung und Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Normen als auch bei der Beurteilung konkreter Fälle verstärkte Bedeutung.

Als theoretische Grundlage ihrer ökonomischen Analysen entwickelte die Europäische Kommission einen eigenen "more economics based approach", der auch als *Europäische Schule* bezeichnet wird (*Hildebrand, 1998*).

Der verstärkte Einsatz ökonomischer Methoden in der Wettbewerbspolitik wird allgemein als nicht nur höchst wünschenswert, sondern als prinzipiell unverzichtbar angesehen (*van Miert, 1998*). Besonders deutlich wird dieser Ansatz in den aktuellen Dokumenten, die explizit die Vorstellungen der Europäischen Kommission hinsichtlich der Herangehensweise und Bewertung von wettbewerbsrelevanten Sachverhalten offenlegen. Beispiele dafür sind die "De-minimis"-Bekanntmachung⁸⁾ und die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes⁹⁾, die verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)¹⁰⁾ sowie die Leitlinien für horizontale und vertikale Vereinbarungen¹¹⁾.

Obwohl die durch diese Dokumente eingeforderte verstärkte ökonomische Analyse zweifellos die Komplexität der Entscheidungsfindung erhöht, ist der Ansatz der Europäischen Kommission von pragmatischen Gesichtspunkten geleitet. Im Sinne einer möglichst breiten Problemerkennung werden sowohl qualitative als auch quantitative

⁷⁾ Der U.S. Sherman Act aus dem Jahr 1890 wird allgemein als das erste Wettbewerbsgesetz angesehen, das sowohl eine juristische als auch eine ökonomische Sichtweise bei der Analyse von Wettbewerbsfällen einfordert.

⁸⁾ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, Abl. C 368, 22. Dezember 2001.

⁹⁾ OJ C 372, 9. Dezember 1997.

¹⁰⁾ Die aktuellste GVO wurde für den Kfz-Sektor erlassen: VO (EC) No. 1400/2002, OJ L 203, 1. August 2002.

¹¹⁾ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, OJ. C 291, 13. Oktober 2000.

Methoden eingesetzt; das ist besonders gut an der Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes zu beobachten. Erst aus der Gesamtschau von qualitativer und quantitativer Analyse wird eine umfassende Beurteilung eines Sachverhalts abgeleitet.

Substantielle Auffassungsunterschiede mit den Wettbewerbsbehörden der USA über rivalisierende Konzepte zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen¹²⁾ beim von der Kommission untersagten Unternehmenszusammenschluss von General Electric/Honeywell (Comp/M. 2220) im Jahr 2001 und Berufungsurteile des Gerichtshofs erster Instanz, die Einwendungen fusionswerbender Unternehmen im Jahr 2002 stattgaben (Case T-342/99 – Airtours vs. Commission; Case T-310/01 – Schneider Electric SA vs. Commission; Case T-5/02 – Tetra Laval BV vs. Commission), belegen, wie das wettbewerbstheoretische Fundament der europäischen Wettbewerbspolitik ins Wanken geraten ist.

Als Reaktion auf diese wohlbegründete Kritik des Gerichtshofs und der Wissenschaft (Neven – Nuttall – Seabright, 1993, Kühn, 2003) entwickelte die Kommission "die weitreichendste Reform der EU-Fusionskontrolle seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung (FKVO) im Jahr 1990"¹³⁾.

Das FKVO-Reformpaket besteht aus drei Hauptteilen: 1. einem Vorschlag zur Revision der FKVO begleitet von 2. einem Bündel von legislativen und nichtlegislativen Maßnahmen zur Verbesserung des Entscheidungsprozesses in Fusionsverfahren (siehe Kasten) und schließlich 3. einem Entwurf von Leitlinien zur Beurteilung von horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen.

Eckpunkte der Reform der EU-Fusionskontrollverordnung

Legislative Maßnahmen

(Änderungen der EU-Fusionskontrollverordnung)

- Präzisierung des Marktbeherrschungstests hinsichtlich der Anwendung auf Oligopol-Situationen
- Lockerung der zeitlichen Vorgaben für die Anmeldung von Zusammenschlüssen
- Vereinfachung der Verweisung von Fällen von der Kommission an die nationalen Wettbewerbsbehörden und umgekehrt (Vermeidung von "Mehrfachanmeldungen")
- Flexibilisierung des Zeitrahmens zugunsten einer tiefgehenden Prüfung von Zusammenschlüssen
- Stärkung der Untersuchungsbefugnisse der Kommission

Nichtlegislative Maßnahmen

(Optimierung des Entscheidungsprozesses)

- Schaffung des Postens eines Chefökonom in der Generaldirektion Wettbewerb
- Bestellung eines Kontrollforums ("devil's advocate panel") bei allen umfassenden Prüfungsverfahren (Phase II)
- Akteneinsicht für die zusammenschlusswerbenden Unternehmen zu einem früheren Zeitpunkt
- "State-of-Play"-Meetings zwischen der Kommission und den zusammenschlusswerbenden Unternehmen an zentralen Punkten des Verfahrens
- Einsetzung eines Verbindungsbeamten für Verbraucherfragen (Consumer Liaison Officer)
- Aufstockung des Mitarbeiterstabs des Anhörungsbeauftragten (Hearing Officer)

Die Reform der FKVO ist als integraler Bestandteil der umfassenden Reform der Verordnung 17/1962 zu verstehen, die das gesamte europäische Wettbewerbsregime auf eine zeitgemäße Grundlage stellte. Der Mitteilungsentwurf über die Beurteilung von Zusammenschlüssen zwischen Konkurrenzunternehmen ("horizontale Zusammenschlüsse"), der Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Berechenbarkeit und Rechtssicherheit erhöhen soll, kann als direkte Reaktion auf die Einwendungen des Gerichtshofs erster Instanz zur mangelhaften ökonomischen Bewertung von (oben zitierten) Wettbewerbsfällen interpretiert werden.

¹²⁾ Während die Europäische Kommission den Marktdominanztest verwendet, stützen sich die Federal Trade Commission und das US Department of Justice auf den "Substantial Lessening of Competition Test" (SLC-Test). Auch das österreichische Wettbewerbsrecht legt der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen den Marktdominanztest zugrunde (§ 42b Abs. 2 Zif. 2 KartG). Während demnach Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen sind, wenn sie die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zur Folge haben, stellt der SLC-Test darauf ab, ob der Wettbewerb wesentlich eingeschränkt wird ("substantial lessening of competition"). In den meisten Fällen liefern beide Tests dasselbe Ergebnis, in Grenzfällen sind allerdings unterschiedliche Ergebnisse denkbar (vgl. Bundeskartellamt, 2001).

¹³⁾ "Kommission beschließt umfassende Reform der EU-Fusionskontrolle", IP/02/1856, 11. Dezember 2002.

Wettbewerbstheoretisches Kernstück der Reform der FKVO ist die Verbesserung der ökonomischen Beurteilung bei Entscheidungen über Fusionen; im Diskussionsprozess wird die Kommission insbesondere ihre Vorstellung von Marktbeherrschung (Dominanz) auf Oligopolmärkten sowie die Bewertung von Effizienzargumenten präzisieren müssen. Die Reform soll nach Abschluss des Diskussionsprozesses am 1. Mai 2004 in Kraft treten.

Ausgeprägte Wettbewerbskultur fehlt in Österreich

"Competition is not considered the best guarantee to consumers of choice and value, and a spur to business to be dynamic and innovative. Free markets are still regarded, it seems, with some suspicion in Austria" (Global Competition Review, 2003, S. 12).

Der Nutzen funktionierender Wettbewerbs für eine Volkswirtschaft und die Umweltrentabilität einer effektiven Wettbewerbspolitik über höheres Wirtschaftswachstum werden von den wirtschaftspolitischen Verantwortlichen in Österreich auch noch fast 10 Jahre nach dem EU-Beitritt generell unterschätzt.

Eine lebendige Wettbewerbskultur hat sich in Österreich bisher nie entwickelt. In einem Umfeld von amtlichen Preisregelungen und (geduldeten) Kartellen verwundert es nicht, dass Absprachen zwischen Wettbewerbern bestenfalls als "Kavaliersdelikt" betrachtet wurden und zum Teil noch immer werden. Dementsprechend spielte die Wettbewerbspolitik in Österreich immer nur eine untergeordnete Rolle.

Mit EU-Beitritt im Jahr 1995 und der damit verbundenen Übernahme des gesamten Gemeinschaftsrechts (*acquis communautaire*) haben sich die wettbewerbsrechtlichen Spielregeln für die österreichischen Unternehmen und damit die Rahmenbedingungen für die österreichische Wettbewerbspolitik grundlegend geändert. Offensichtliche wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, wie z. B. der "Lombard-Klub", die lange Zeit unter den Augen der österreichischen Wettbewerbspolitik und der Öffentlichkeit auch nach dem EU-Beitritt unwidersprochen blieben, belegen, dass das Unrechtsbewusstsein der beteiligten Unternehmen und die Sensibilität der Wettbewerbspolitik gegenüber solchen Verstößen in Österreich nach wie vor nicht besonders ausgeprägt sind.

Statt ein wettbewerbsfreundliches Umfeld ("*level playing field*") mit fairen Marktbedingungen für alle Wettbewerber zu schaffen, setzt sich die österreichische Wirtschaftspolitik bevorzugt für "österreichische Lösungen" ein, auch wenn die Europäische Kommission diesen Tendenzen ablehnend gegenübersteht und sie gegebenenfalls auch unterbindet. Besonders deutlich wurde die unterschiedliche Vorgangsweise von europäischen und österreichischen Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung der beiden thematisch verwandten und strukturell ähnlichen "österreichischen Energielösungen" (Strom- und Gasmarkt).

Der als "österreichische Stromlösung" bekannt gewordene Unternehmenszusammenschluss zwischen Verbund und Energie Allianz wurde von der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission geprüft (Comp/M. 2947). Dieser Fall ist ein prototypisches aktuelles Beispiel für eine verfehlte Einschätzung der rigorosen Wettbewerbsorientierung der Europäischen Kommission durch an die laxen österreichischen Wettbewerbspolitik gewöhnte frühere Monopolunternehmen¹⁴⁾, die unterstützt durch die Politik über Fusionen ihre Monopolstellung auch auf liberalisierten Märkten verteidigen wollen.

Nach dem bei der Europäischen Kommission zur wettbewerbsrechtlichen Genehmigung vorgelegten Unternehmenszusammenschluss würden Energie Allianz und Verbund ihre jeweiligen Aktivitäten im Elektrizitätshandel und in der Belieferung von Großkunden mit einem Jahresverbrauch von über 4 GWh zusammenlegen und in der Folge über zwei neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen (APT und E&S) Energie handeln und vertreiben. Durch die Zusammenführung des größten Stromerzeugers in Österreich (Verbund) mit fünf seiner regionalen Verteilungsunternehmen (zusammengefasst in der Energie Allianz) würden die gemeinsamen Marktanteile in der Erzeugung und Lieferung von Strom sowohl an gewerbliche Abnehmer als auch an private Verbraucher in Österreich erheblich steigen. Neben der neuen Einheit (Energie Austria) blieben in Österreich dann nur noch fünf regionale Stromvertriebsunternehmen; an drei von ihnen (in Kärnten, Salzburg und der Steiermark) halten aber die Zusammenschlusswerber auch Anteile, und sie hängen für ihre Stromlieferungen in hohem Maße von der Energie Austria ab.

Nach Ansicht der Kommission würde deshalb die Energie Austria eine solche Marktmacht auf dem österreichischen Strommarkt erlangen, dass sie die Strompreise für

¹⁴⁾ Die marktbeherrschende Energie Allianz (Marktanteil über 50%) ist selbst Ergebnis einer von der österreichischen Wettbewerbspolitik zu verantwortenden Fusion von Bewag, Energie AG OÖ, EVN, Linz AG und Wiener Stadtwerken.

die österreichischen Unternehmen und Haushalte bestimmen könnte. Entscheidend für die Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung waren insbesondere der Wegfall des Verbund als derzeit wichtigster aktiver und potenzieller Wettbewerber der Energie Allianz, die führende Stellung der beiden Unternehmen in der Stromerzeugung sowie bestehende Verflechtungen mit Wettbewerbern. Im Verlauf der vertiefenden Prüfung zeigt sich bald, dass die Europäische Kommission diesen Unternehmenszusammenschluss – wenn überhaupt – nur unter sehr strengen Auflagen zur Sicherstellung des Wettbewerbs auf dem österreichischen Strommarkt genehmigen würde. Es wäre bei realistischer Einschätzung der Lage absehbar gewesen, dass die Kommission zumindest bis zur vollen Liberalisierung der europäischen Strommärkte im Jahr 2007 als relevanten Markt ganz Österreich heranziehen und deshalb die österreichische Stromlösung mit strengen Auflagen und Übergangsfristen belegen wird.

Die bedeutendste Auflage ist sicher die Verpflichtung zum Verkauf des Verbund-Anteils von 55% an der gemeinsamen Großkundengesellschaft APC mit dem steirischen Landesversorger Steweag/Steg, wobei die steirische Energieholding Estag ihr Vorkaufsrecht an der APC nicht ausüben darf¹⁵⁾. Mit dieser eigentumsrechtlichen Entflechtung kann ein unabhängiges Konkurrenzunternehmen als Käufer des APC-Anteils ein wirksames Gegengewicht zur Marktmacht der Energie Austria bilden.

Die Tatsache, dass die Europäische Kommission eine eigentumsrechtliche Entflechtung als Auflage vorschreibt, ist als eindeutiges Bekenntnis zur Bedeutung der Marktstruktur für einen funktionsfähigen Wettbewerb zu werten. Vergleichbare eigentumsrechtliche Entflechtungen zur Erhaltung einer kompetitiven Marktstruktur forderte die E-Control auch anlässlich des Zusammenschlusses der Erdgassparten von OMV, Energie Allianz und Oberösterreichischer Ferngas zur "österreichischen Gaslösung" (24 Kt 184/02 – Econgas). So sollte sich nach Meinung der Energieregulatoren die EVN von ihrem Anteil von 40% an der RAG (Rohöl-Aufsuchungs AG), neben der OMV dem einzig nennenswerten österreichischen Gasproduzenten, trennen. Gefordert wurde auch der Verkauf des Anteils der OMV von 50% an der OÖ Ferngas sowie des Anteils der Energie OÖ AG von 26% an der Salzburg AG. Obwohl auf Jahre hinaus die Bildung eines europäischen Gasmarktes nicht zu erwarten ist und Econgas den Import von Gas mit einem Marktanteil von 86%, den Kleinkundenmarkt mit 80%, die Speicherung von Erdgas mit 78% und die Versorgung der Großkunden mit 70% beherrschen wird¹⁶⁾, schrieb die österreichische Wettbewerbsaufsicht für den Zusammenschluss keine eigentumsrechtlichen Entflechtungen als Auflagen vor.

Das im Zusammenwirken zwischen Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt und Bundesarbeitskammer¹⁷⁾ mit den Fusionswerbern abgestimmte Auflagenpaket sieht zwar "Verhaltensmaßregelungen" vor¹⁸⁾; das wird allerdings die aus der hohen Anbieterkonzentration auf dem österreichischen Erdgasmarkt resultierenden wettbewerbspolitischen Probleme der Marktstruktur (Quasi-Monopol) nicht lösen können.

Die "österreichische Gaslösung" zeigt (einmal mehr), dass die österreichische Wettbewerbspolitik selbst noch immer zu schwach ist, um das Entstehen volkswirtschaftlich schädlicher Marktkonzentrationen zu verhindern. Wenn aber im Konflikt zwischen Industrie- bzw. Energiepolitik und Wettbewerbspolitik grundsätzlich erstere Vorrang erhält, kann sich trotz Liberalisierung kaum funktionierender Wettbewerb auf den Märkten einstellen.

¹⁵⁾ Sollte keine Einigung zwischen Verbund und Estag hinsichtlich der finanziellen Ablöse des Vorkaufsrechts zustande kommen, würde die Kommission nach gesonderter Prüfung auch andere äquivalente Maßnahmen (d. h. Abgabe von Großkundenanteilen der Energie Allianz) akzeptieren.

¹⁶⁾ Vgl. http://www.diepresse.com/services/archiv/archiv_print.asp?id=301477.

¹⁷⁾ Der Zusammenschlussfall "Econgas" war gleichzeitig einer der letzten unter dem alten und der erste unter dem neuen Kartellrechtsregime, weshalb unter dieser besonderen Konstellation sowohl die Bundesarbeitskammer als "alte" Amtspartei als auch die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt als "neue" Amtsparteien zur Stellung von Prüfungsanträgen beim Kartellgericht berechtigt waren.

¹⁸⁾ So kann z. B. kein Versorger mehr verpflichtet werden, Erdgas exklusiv von der OMV importieren zu lassen, da alle Gasverteiler die Möglichkeit haben, die Verträge mit der OMV zu kündigen; für Details zum Auflagenpaket siehe <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/zusaengas.htm>.

Besondere wettbewerbspolitische Probleme ergeben sich zudem aus dem Zusammenspiel von Energie Austria und Ecomgas, da über die Beteiligung der Energie Allianz an beiden Quasi-Monopolisten nicht nur die vertikale Konzentration der Wertschöpfungskette (Erzeugung – Vertrieb), sondern auch die horizontale Konzentration der beiden wichtigsten Energieträger (Strom – Gas) verwirklicht wurde. Eine Lösung kann hier wahrscheinlich nur durch eine strikte eigentumsrechtliche Trennung von Netz und Vertrieb ("Unbundling") gefunden werden.

Bausteine einer österreichischen Wettbewerbspolitik

Der österreichischen Wettbewerbspolitik fehlt vor allem – die öffentlichen Diskussionen um die österreichische Strom- und Gaslösung haben es deutlich gezeigt – ein grundlegendes Verständnis über den Wert des Wettbewerbs für eine Volkswirtschaft im Allgemeinen und den diesbezüglichen Nutzen der Wettbewerbspolitik im Besonderen.

Grundsätzliche wettbewerbstheoretische Erkenntnisse und abgesicherte empirische Ergebnisse zur Fundierung wettbewerbspolitischer Maßnahmen müssten die Basis für die Formulierung eines "Grand-Design der österreichischen Wettbewerbspolitik" bilden¹⁹⁾.

In einem marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystem bedürfen staatliche Eingriffe in die Handlungen privater Wirtschaftssubjekte einer wohl fundierten ökonomischen Begründung. Demnach sind auch wettbewerbspolitische Interventionen des Staates grundsätzlich nur bei Auftreten von *Marktversagen* gerechtfertigt – also nur dann, wenn durch das freie Wirken der Marktkräfte eine gesamtwirtschaftlich suboptimale Ressourcenallokation entstünde.

Im ökonomischen Modell verbessert eine Intensivierung des Wettbewerbs die Allokationseffizienz, indem der Preis eines Gutes gegen die Grenzkosten seiner Erzeugung konvergiert. Bei *vollständiger Konkurrenz* resultiert modellgemäß ein gewinnloser Zustand (mit marktüblicher Verzinsung), in dem die Preise mit den Grenzkosten übereinstimmen (vgl. *Borrmann – Finsinger, 1999*). Wettbewerbspolitik hätte in dieser idealen Welt keinen Platz, da "durch die unsichtbare Hand des Wettbewerbs" eine optimale Ressourcenallokation hergestellt würde.

Im Interventionsszenario der Wettbewerbspolitik resultiert aus dem freien Wettbewerb der Marktkräfte durch strategisches Verhalten der Unternehmen eine gesamtwirtschaftlich suboptimale Ressourcenallokation.

Für die Produzenten besteht der Anreiz, ihre Gewinne zulasten der Konsumenten durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu erhöhen. Eine Politik des *laissez-faire* hätte dieser strategischen Option nichts entgegenzusetzen. "In the absence of a competition policy that makes the expected cost of strategic behavior sufficiently great, strategic behavior will occur in equilibrium in imperfectly competitive markets" (*Martin, 1994, S. 538*). Eine für die Produzenten individuell gewinnmaximierende Strategie zeitigt für die Gesamtwirtschaft schwerwiegende Nachteile, die mit den Schlagworten *Machtkonzentration*, *Kollusionsgefahr* und *Wohlfahrtsverluste* zusammengefasst werden können (vgl. *Tichy, 2000*).

Empirische Analysen bestätigen, dass *Marktkonzentration* generell preis- und gewinnsteigernd wirkt, wenn auch der Zusammenhang keineswegs linear ist (*Bain, 1951, Collins – Preston, 1969, Geroski, 1981, Utton, 1986, Scott, 1989*). Die eigentliche Gefahr für wettbewerbsfähige Märkte ist aber nicht die Marktkonzentration selbst – die ja nur ein Indikator für das Bestehen von Marktmacht ist –, sondern die mit zunehmender Konzentration erhöhte *Kollusionsgefahr*. Der Anreiz zu Absprachen zwischen den wenigen Marktteilnehmern ist groß, zumal dadurch Gewinnsteigerungen (auf Kosten der Konsumenten oder Lieferanten) realisiert werden können.

Die *Kollusionsgefahr* ist umso größer einzuschätzen, je kleiner die Zahl der Marktteilnehmer ist. *Selten (1973)* zeigt anhand der Spieltheorie, dass die Kollusionsgefahr erst bei mehr als fünf Konkurrenten deutlich abnimmt, weil ein Outsider in einer solchen Situation seinen Marktanteil (und seinen Gewinn) durch kartellabweichendes Verhalten (niedrigere Preise) erhöhen kann: So beträgt im Modell die Wahrscheinlichkeit für eine Kollusion bei vier oder weniger Konkurrenten 100%, für fünf aber nur noch 22%; für mehr als fünf Konkurrenten liegt sie bei nur mehr 1%. Empirische Untersuchungen

¹⁹⁾ Eine ausführliche Darstellung der Grundlagen der Wettbewerbspolitik bietet *Böheim (2002A)*.

haben diese theoretischen Überlegungen mehrfach bestätigt (Hay – Kelley, 1974, Bresnahan – Reiss, 1991).

Ein vielfach unterschätzter Effekt ist weiters die *Machtkonzentration* auf private Unternehmen, die über den rein wirtschaftlichen Bereich hinaus in die politische Sphäre hineinreichen kann. Dass große Unternehmen mittels Lobbying Einfluss auf die Politik nehmen, ist eine ebenso demokratiepolitisch bedenkliche wie weitverbreitete Praxis. "Big firms represent a concentration of power in private hands rather than democratically chosen governments. Such private power can cross economic boundaries and poses the threat of an extra-market power which can change the rules of the game in favour of the dominant corporations" (Jacquemin – de Jong, 1977, S. 198).

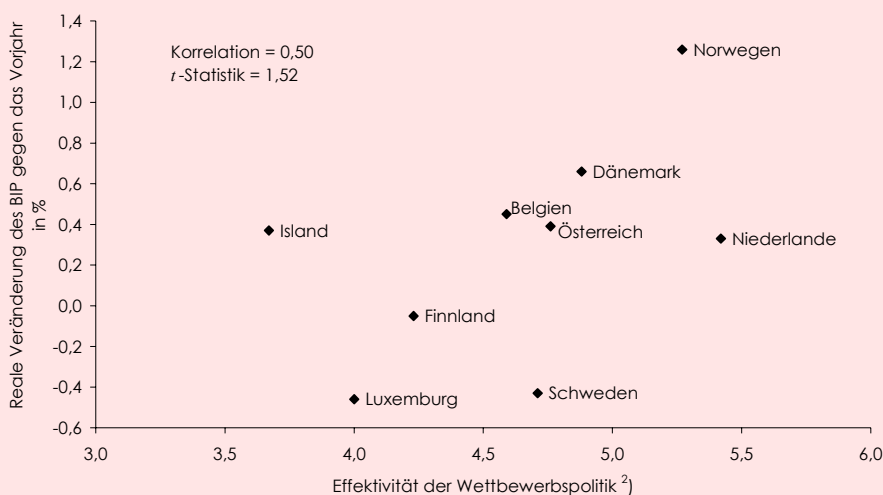
Die konkreten Auswirkungen einer Einschränkung des Wettbewerbs durch Missbrauch von Marktmacht können vielfältig sein: etwa höhere Preise, Qualitätseinbußen, eingeschränkte Produktauswahl, Verdrängung von Mitbewerbern, Entstehen von Markteintrittsbarrieren, Preisdruck auf Lieferanten, Lohndruck auf Beschäftigte oder Verlust von Arbeitsplätzen. Allen Auswirkungen ist gemeinsam, dass aufgrund von Ressourcenfehlallokationen Wohlfahrtsverluste entstehen.

Nach Studien für die USA (Harberger, 1954, Leibenstein, 1966, Cowling – Müller, 1978, 1981) ist die kurzfristige, auf den Mangel an Wettbewerb zurückzuführende *statische Ressourcenfehlallokation* (d. h. Ressourcen werden im Produktionsprozess nicht effizient genutzt) nicht besonders groß (höchstens 1% des BIP). Aktuelle OECD-Studien (Ahn, 2002) zufolge sollten aber die durch wettbewerbsfördernde Maßnahmen längerfristig zu lukrierenden *dynamischen Effizienzgewinne* – obwohl gesamtwirtschaftlich schwierig zu quantifizieren – deutlich größer ausfallen.

Dynamische Effizienzgewinne entstehen in Form von Produktivitätssteigerungen (Prozessinnovationen) und/oder Qualitätsverbesserungen (Produktinnovationen) und bewirken Wohlfahrtsgewinne und eine Beschleunigung des Wirtschaftswachstums. Ausgelöst werden sie durch eine verstärkte Innovationstätigkeit der Unternehmen ("Wettbewerb zwingt zu Innovation"): Können Marktteilnehmer ihre Marktposition nicht mehr durch wettbewerbswidriges Verhalten verbessern, dann müssen sie dazu innovativer und produktiver als die Konkurrenten sein.

Funktionierender Wettbewerb hat kurzfristig eine Dämpfung der Preise, Steigerung der Qualität und der Produktvielfalt zur Folge sowie langfristig eine Zunahme von Innovationen und Wachstum der Gesamtwirtschaft.

Abbildung 2: Wettbewerbspolitik und Wirtschaftswachstum

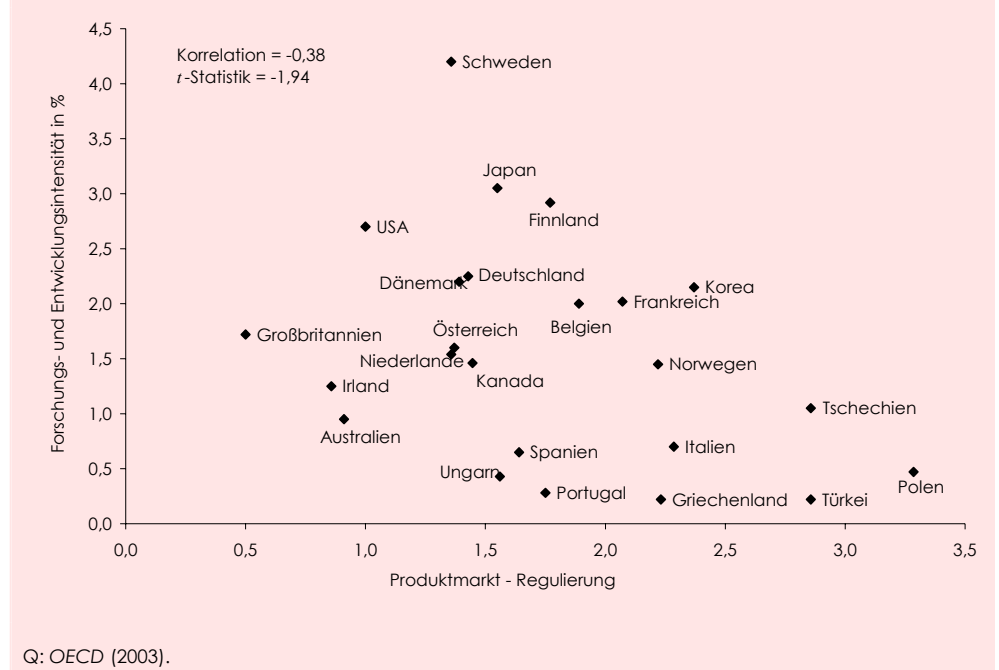


¹⁾ Residual-Wachstum des BIP (real pro Kopf, 1986/1995, pro Jahr), das in einem traditionellen Wachstumsmodell nicht durch die Variablen Konvergenz, Offenheit, Humankapital und Investitionen erklärt wird. – ²⁾ Skala laut Dutz – Hayri (1999): 1 (sehr schwach) bis 7 (sehr stark).

Empirisch lässt sich die These, dass eine Intensivierung des Wettbewerbs eine (gesamtwirtschaftlich erwünschte) Steigerung von Innovationen und Wirtschaftswachstum bewirkt, am (robusten) positiven Zusammenhang zwischen Wettbewerbsintensität und Produktivitätswachstum belegen (vgl. Nickell – Nicolitsas – Dryden, 1997, Aghion – Howitt, 1998, Grosfeld – Tressel, 2001, Januszewski – Köke – Winter, 2002).

Empirisch konnte zudem ein inverser Zusammenhang zwischen (wettbewerbsbeschränkender) Produktmarktregulierung und der Forschungs- und Entwicklungsintensität nachgewiesen werden (Abbildung 2). Gerade für kleine offene Volkswirtschaften wie Österreich zeigen sich die wachstumsfördernden Wirkungen einer effektiven Wettbewerbspolitik besonders deutlich (Dutz – Hayri, 1999; Abbildung 3).

Abbildung 3: Forschungs- und Entwicklungsintensität und Produktmarktregulierung



Schlussfolgerungen

Nach der institutionellen Reform des Jahres 2002 zeigt sich die österreichische Wettbewerbspolitik in weiten Bereichen als "Potemkinsches Dorf", dessen neue Institutionenstruktur nicht über gravierende inhaltliche, methodische, operative und strategische Defizite hinwegtäuschen kann.

Inhaltliche Defizite

Die wettbewerbsökonomische Beurteilung von Fusionen unter dem neuen Kartellrechtsregime hat (am Beispiel Ecomgas) gezeigt, dass die österreichische Wettbewerbsaufsicht (Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt) der Missbrauchskontrolle einen wichtigeren Stellenwert einräumt als der Fusionskontrolle²⁰). Dieser Ansatz widerspricht nicht nur der Praxis der europäischen Wettbewerbspolitik, sondern auch dem State of the Art der wettbewerbsökonomischen Theorie, wonach im Rahmen eines erweiterten Structure-Conduct-Performance-Paradigmas Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis als drei gleich wichtige Teile eines integrierten Konzepts zur Beurteilung der Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Aktivitäten auf den Wettbewerb dienen (Abbildung 4; vgl. Böheim, 2002A).

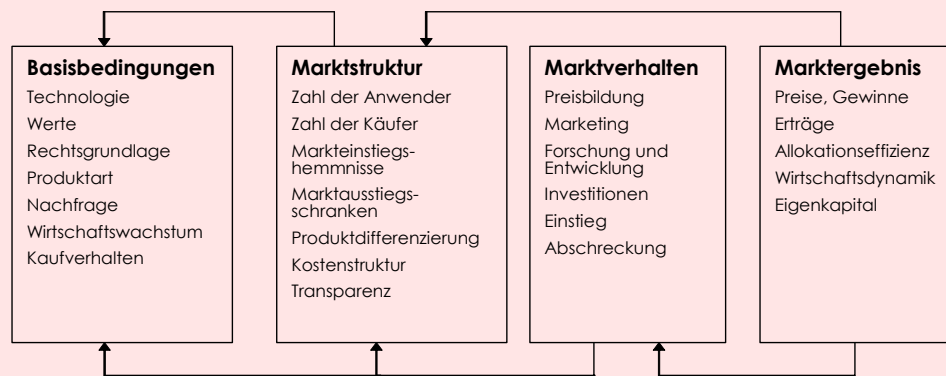
In der Vernachlässigung der Fusionskontrolle, indem die Entstehung hochkonzentrierter Marktstrukturen zugelassen wird, und der damit einhergehenden Annahme, dass solche Marktstrukturen durch bloße Missbrauchsaufsicht zu beherrschen wären, liegt ein folgenschwerer wettbewerbspolitischer Irrtum.

Im Gegensatz zur Missbrauchsaufsicht haben die Wettbewerbsbehörden in der Fusionskontrolle eine sehr starke Position: Die fusionierenden Unternehmen müssen die Wettbewerbsbehörden davon überzeugen, dass der Zusammenschluss nicht die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zur Folge hat. In einem Fusionsverfahren können substantielle eigentumsrechtliche Entflechtungen zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt auferlegt werden. Sobald die Fusion aber genehmigt ist, sind die Wettbewerbsbehörden auf die Missbrauchsaufsicht beschränkt. Die anlässlich der Fusionskontrolle nicht behobenen Probleme eines hochkonzentrierten Marktes (Marktmacht, Kollisionsgefahr) treffen deshalb unweigerlich die Missbrauchsaufsicht – allerdings hat nun die Wettbe-

²⁰) Vgl. http://www.diepresse.com/services/archiv/archiv_print.asp?id=315815.

werksbehörde eine ungleich schwächere Position gegenüber dem Unternehmen. Da Marktmachtmissbrauch äußerst schwierig aufzudecken und zu beweisen ist, sollte die Wettbewerbsbehörde das mächtige Instrument der Fusionskontrolle nicht leichtfertig aus der Hand geben, indem sie ihre Aktivitäten auf die Missbrauchsaufsicht beschränkt und diese Absicht den Unternehmen überdies ex ante signalisiert²¹⁾.

Abbildung 4: Erweitertes Structure-Conduct-Performance-Modell



Q: Faull – Nikpay (1999).

Die letzten Jahre waren international durch eine zunehmende Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts auf allen drei Ebenen (rechtliche Grundlagen, Leitlinien und Fallbeurteilung) gekennzeichnet. Dieser europäischen Entwicklung eines "more economics based approach" wird sich auch die österreichische Wettbewerbspolitik nicht entziehen können, zumal die Neuordnung der im EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln eine umfassende Dezentralisierung des europäischen Wettbewerbsrechts vorsieht. Um die einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts sicherzustellen, sind einheitliche Standards bei der Fallbeurteilung unabdingbar.

Die österreichische Wettbewerbspolitik wird deshalb möglichst rasch den "more economics based approach" verinnerlichen und umsetzen müssen. Mit den derzeit verfügbaren Ressourcen (1 Mio. €) wird die erforderliche Rekrutierung qualifizierten ökonomischen Personals in ausreichender Zahl nicht möglich sein. Sowohl im nationalen Vergleich mit den Regulatoren, die über eigene gut ausgestattete ökonomische Abteilungen verfügen, als auch im internationalen Vergleich mit anderen nationalen Wettbewerbsbehörden ist die Bundeswettbewerbsbehörde sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags, funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, unzureichend mit Ressourcen ausgestattet.

Anlässlich seiner Amtsübernahme im Juli 2002 nahm der Generaldirektor der Bundeswettbewerbsbehörde in Interviews zur kartellrechtlichen Genehmigung der Fusion der Nachrichtenmagazine News/Format und Profil kritische Stellung: "Man²²⁾ hat in intransparenter Weise im Hintergrund eine gemeinsame Auffassung gefunden, und damit ist die Sache gelaufen"²³⁾.

Ein Jahr später hat sich aber offenbar an dieser Tendenz, Wettbewerbspolitik unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu machen, auch unter dem neuen Kartellrechtsregime wenig verändert. Auch wie die österreichische Gaslösung von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt durch Rückzug des Prüfantrags beim Kartellgericht "abgesegnet" wurde, erscheint höchst intransparent²⁴⁾. Eine solche Informationspolitik – die international heftig kritisiert wird (*Global Competition Review*, 2003) –

Methodische Defizite

Operative Defizite

²¹⁾ Vgl. diesbezüglich http://www.diepresse.com/services/archiv/archiv_print.asp?id=322327.

²²⁾ Gemeint sind hier die Sozialpartner und die politischen Verantwortungsträger.

²³⁾ "Formil: Man wollte das nicht verhindern", Interview mit Generaldirektor Barfuß, Der Standard, 4. Juli 2002.

²⁴⁾ Die einzige offizielle Veröffentlichung der Bundeswettbewerbsbehörde zur österreichischen Gaslösung betrifft das ausgehandelte, um vertrauliche Informationen bereinigte Auflagenpaket (<http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/zusagengas.htm>).

dient offenbar auch der Intention, sich gegen fundierte Kritik an schwach begründeten Entscheidungen zu immunisieren.

Gerade einer weisungsfreien und unabhängigen Verwaltungsbehörde würde ein Höchstmaß an Transparenz gut anstehen, da die einzig wirksame Kontrolle ihrer Tätigkeit nur über die (interessierte) Öffentlichkeit laufen kann. Die Bundeswettbewerbsbehörde (und wohl auch der Bundeskartellanwalt)²⁵⁾ zeigt hingegen eine ausgeprägte Präferenz für Absprachen und Klärungen im Vorfeld (d. h. vor einem allfälligen Verfahren vor dem Kartellgericht) und im Hintergrund²⁶⁾. Solche "Verhandlungslösungen" bergen mitunter die offenbar unterschätzte Gefahr einer allzu engen Verbundenheit zwischen Regulierern und Regulierten ("regulatory capture").

So erscheint die Öffentlichkeitsarbeit (Presseausendungen, Homepage) der Bundeswettbewerbsbehörde im Vergleich zur Europäischen Kommission und dem deutschen Bundeskartellamt sehr eingeschränkt – teils wohl auch eine Folge der angesprochenen Ressourcenknappheit. Zu erwarten und wohl auch vom Gesetzgeber beabsichtigt wäre, dass zumindest zu den wichtigsten Fällen Stellungnahmen und Hintergrundinformationen auf der Homepage veröffentlicht würden. Selbst im ersten (jährlichen) Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde²⁷⁾ sucht man aussagekräftige Informationen dieser Art vergeblich.

Nur durch ein Höchstmaß an Transparenz kann die Bundeswettbewerbsbehörde ihre Unabhängigkeit demokratisch rechtfertigen. Gerade für die Förderung der Wettbewerbskultur ("competition advocacy") ist eine umfassende öffentliche Darstellung der Wettbewerbspolitik unabdingbare Voraussetzung. "Geheimdiplomatie" einer unabhängigen, nicht der politischen Kontrolle unterliegenden Verwaltungsbehörde ist diesem Ziel äußerst abträglich und in einem demokratischen Rechtsstaat jedenfalls inakzeptabel.

Eine wettbewerbspolitische Gesamtstrategie ist in Österreich derzeit nicht zu erkennen. Die Wirtschaftspolitik scheint sich nicht dafür zu interessieren, und den staatlichen Wettbewerbsbehörden bleibt wegen Ressourcenmangels neben der Einzelfallbearbeitung offenbar keine Zeit für strategische Überlegungen. Eine bloß kasuistisch agierende Wettbewerbspolitik läuft allerdings Gefahr, wesentliche gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu übersehen, weshalb mit Nachdruck ein "Grand-Design" für die österreichische Wettbewerbspolitik ("Wettbewerbspolitik in kleinen offenen Volkswirtschaften") zu entwickeln wäre.

Strategische Defizite

Schlusswort

In das neue Wettbewerbsrechtsregime wurden anlässlich seiner Etablierung große Hoffnungen projiziert. Wie die oben angeführten persistenten Defizite zeigen, wurden die hochgesteckten Erwartungen – nicht zuletzt aufgrund Ressourcenmangels – partiell enttäuscht. Im aktuellen jährlichen Rating der renommierten Fachpublikation *Global Competition Review* wurde das österreichische Wettbewerbsregime deshalb auch noch weiter herabgestuft²⁸⁾. Der neu etablierten Wettbewerbsaufsicht ist zwar ein Lernprozess zuzubilligen; dennoch setzt sie sich durch ihre Vorgangsweise dem berechtigten Vorwurf aus, bei wichtigen Entscheidungen eine überkommene wettbewerbspolitische Praxis fortgeschrieben statt die Basis für einen wettbewerbspolitischen Richtungswechsel gelegt zu haben.

²⁵⁾ Im Gegensatz zur Bundeswettbewerbsbehörde steht der Bundeskartellanwalt aber unter der politischen Kontrolle des Justizministers.

²⁶⁾ "Bloß in jenen - relativ wenigen - Fällen, in denen es nicht gelang, bereits im 'Vorfeld' für die notwendigen Modifizierungen, Klarstellungen, Berichtigungen usw. zu sorgen, wurde auf Grund eines förmlichen Prüfungsantrages auch noch ein Prüfungsverfahren vor dem Kartellgericht durchgeführt" (*Bundeswettbewerbsbehörde*, 2003, S. 6).

²⁷⁾ *Bundeswettbewerbsbehörde* (2003), S. 3f.

²⁸⁾ Während das alte österreichische Wettbewerbsregime auf einer inversen Schulnotenskala noch als durchschnittlich (3) bewertet wurde, beurteilt die Bewertungsgruppe das neue Wettbewerbsregime trotz verbesserter Institutionenstruktur schlechter (2,5). Da die institutionellen Rahmenbedingungen nach einhelliger Expertenmeinung verbessert wurden, kann die herabgestufte Bewertung deshalb nur als deutliche Kritik an der Wettbewerbspolitik von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt interpretiert werden. Nur vier Wettbewerbsregime (Brasilien, Mexiko, Griechenland und Argentinien) werden im internationalen Vergleich schlechter als Österreich eingestuft. Das deutsche Bundeskartellamt und die Europäische Kommission werden etwa mit 4,25 (2. Platz) bzw. 4 (4. Platz) bewertet. Spitzenreiter sind die USA mit einer inversen Schulnote von 4,5.

Das erste Jahr unter neuen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen zeigt deutlich, dass es noch ein weiter Weg zu einer tragfähigen österreichischen Wettbewerbspolitik ist. Vor dem Hintergrund der Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts und des damit einhergehenden Anpassungsbedarfs für Österreich kommt der Beseitigung der Defizite besondere Priorität zu.

- Ablasser, A., Hemetsberger, W., "Fusionskontrolle neu oder One-Stop-Shop auf Österreichisch", *ecolex*, 2002, (6), S. 412-416.
- Aghion, P., Howitt, P., *Endogenous Growth Theory*, London-Cambridge, MA, 1998.
- Ahn, S., "Competition, Innovation and Productivity Growth: A Review of Theory and Evidence", OECD Economics Department Working Paper, 2002, (317).
- Bain, J. S., "Relation of the Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing 1936-1940", *Quarterly Journal of Economics*, 1951, 65, S. 293-324.
- Böheim, M. (2002A), Wettbewerbspolitik in Österreich, Studie des WIFO im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Wien, 2002.
- Böheim, M. (2002B), "Austrian Competition Policy: Quo Vadis?", *Austrian Economic Quarterly*, 2002, 7(4), S. 176-190.
- Borrmann, J., Finsinger, J., *Markt und Regulierung*, München, 1999.
- Bresnahan, T. F., Reiss, P. C., "Entry and Competition in Concentrated Markets", *Journal of Political Economy*, 1991, 99(5), S. 977-1009.
- Bundeskartellamt, *Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition*, Tagungspapier des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, 2001.
- Bundeswettbewerbsbehörde, *Tätigkeitsbericht 2002/2003*, Wien, 2003. <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/bericht.htm>.
- Collins, N., Preston, L., "Price Cost Margins and Industry Structure", *Review of Economics and Statistics*, 1969, 51, S. 271-286.
- Cowling, K., Müller, D., "The Social Cost of Monopoly Power", *Economic Journal*, 1978, 88, S. 727-748.
- Cowling, K., Müller, D., "The Social Cost of Monopoly Power Revisited", *Economic Journal*, 1981, 91, S. 721-725.
- Dutz, M., Hayri, A., "Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?", *CEPR Discussion Paper*, 1999, (2249).
- Faull, J., Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford–New York, 1999.
- Geroski, P. A., "Specification and Testing of the Profit-Concentration, Price and Critical Concentration Ratios", *Economica*, 1981, 48, S. 279-288.
- Global Competition Review, "Rating Enforcement Survey", 2003, 6(6).
- Grosfeld, I., Tressel, T., "Competition and Corporate Governance: Substitutes or Compliments? Evidence from Warsaw Stock Exchange", *The University of Michigan Business School, Davidson Institute Working Paper Series*, 2001, (369).
- Harberger, A. C., "Monopoly and Resource Allocation", *American Economic Review*, 1954, 44(2), S. 77-87.
- Hay, G. A., Kelley, D., "An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies", *Journal of Law and Economics*, 1974, 17, S. 13-38.
- Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Den Haag–London–Boston, 1998.
- Hildebrand, D., "The European School", in "The European Antitrust Review 2000", *Global Competition Review Special Report*, 2000, S. 11-14.
- Jacquemin, A., de Jong, H. W., *European Industrial Organization*, London, 1977.
- Januszewski, S., Köke, J., Winter, J., "Product Market Competition, Corporate Governance and Firm Performance: An Empirical Analysis for Germany", *Research in Economics*, 2002, 56(3), S. 299-332.
- Kühn, K.-U., "Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes", *Journal of Industry, Competition & Trade*, 2003, 3(1) (erscheint demnächst).
- Leibenstein, H., "Allocative Efficiency Versus X-efficiency", *American Economic Review*, 1966, 56, S. 392-415.
- Martin, St., *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, 2nd Edition, Englewood Cliffs, 1994.
- Neven, D., Nuttall, R., Seabright, P., *Mergers in Daylight – The Economics and Politics of Merger Control*, London, 1993.
- Nickell, S., Nicolitsas, D., Dryden, N., "What Makes Firms Perform Well?", *European Economic Review*, 1997, 41, S. 783-796.
- OECD, "Product Market Competition and Economic Performance", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 2003, 4(4), S. 25-34.
- Scott, J. T., "Purposive Diversification as a Motive for Merger", *International Journal of Industrial Organization*, 1989, 7, S. 35-47.

Literaturhinweise

- Selten, R., "A Simple Model of Imperfect Competition where Four are Few and Six are Many", *International Journal of Game Theory*, 1973, 2, S. 141-201.
- Sleuwaegen, L., "Cross-border Mergers and EC Competition Policy", *The World Economy*, 1998, 21(8), S. 1077-1094.
- Tichy, G., *Fusionen und Übernahmen: Erfolgsaussichten von Fusionen*, Wien, 2000.
- Tichy, G., "What Do We Know about the Success and Failure of Mergers", *Journal of Industry, Competition & Trade*, 2001, 1(4), S. 347-394.
- Utton, M. A., *Profits and the Stability of Monopoly*, Cambridge, 1986.
- van Miert, K., "Foreword", in *Hildebrand* (1998), S. V-VI.

New Framework for Austrian Competition Policy

Interim Report and Outlook – Summary

With the amendment to the cartel law in 2002, a new institutional basis had been established for competition policy in Austria. Responding to domestic and European pressure to reform, legislators provided the groundwork for setting up the Federal Competition Authority and Federal Cartel Prosecutor as government agencies entitled to take action, thereby directing Austrian competition policy into the proper channels of institutional professionalisation.

A first report after one year nevertheless points at contradictions and inconsistencies: while there is no doubt that the reform improved the institutional framework per se, it must not be forgotten that Austrian competition policy is still very much a "Potemkin village", a structure of new institutions which cannot disguise serious deficits in its contents, methods, operation and strategies.

When we look at mergers under the new cartel law from a competition policy point of view, we see that the Austrian guardians of fair competition (Federal Competition Authority, Federal Cartel Prosecutor) accord more attention and importance to the task of checking abuses than to monitoring mergers.

Their approach is inconsistent not only with the practice of competition policy in Europe, but also with the state-of-the-art theory in the competition economics which uses market structure, market conduct and market performance as three equally important components of an integrated concept within the scope of an extended structure-conduct-performance paradigm in assessing the effects of activities that restrict competition.

In recent years, competition law has increasingly veered towards more attention to economic principles at an international level (legal foundations, guidelines, and case law). This development at European level, known as "more economics-based approach", will not pass by Austrian competition policy, especially since European competition law is undergoing large-scale decentralisation under the new Regulation (EC) 1/2003.

For Austria's competition policy this means that this approach needs to be implemented as rapidly as possible. Compared nationally with regulatory authorities and internationally with other national competition authorities, the Federal Competition Authority is inadequate by equipped both in qualitative and quantitative terms to meet its legal brief of ensuring functioning competition within the new framework.

The new cartel regime has not had any great impact on the bad Austrian habit of making competition policy behind closed doors. The method of having the Federal Competition Authority and Federal Cartel Prosecutor decide major cases in camera certainly suffers from a substantial shortage of transparency.

A federal competition authority charged with deciding independently and without instructions from the government would do well to aspire to maximum transparency, as the only way to effectively check its activities is through an (interested) public. Yet, the Austrian Authority (and probably also the Federal Cartel Prosecutor) shows a decided preference for arriving at arrangements and understandings long before a case is liable to reach the cartel court. The risk of an excessively close bond between regulators and regulated ("regulatory capture") associated with such "negotiated solutions" is rarely appreciated.

At present, no overall competition policy strategy can be discerned in Austria. Economic policy appears to be disinterested and the state authorities appear to have no time for strategic consideration, suffering, as they do, from a shortage of resources all of which need to be directed to handling individual cases. Yet, a competition policy working solely on a case-to-case basis runs the risk of overlooking essential economic connexes, and it would thus be urgently necessary to develop a "grand design" for Austrian competition policy (along the lines of a policy designed specifically for small and open economies).

The great expectations projected into the new competition regime have been at least partly disappointed. The newly established guardians of competition, who naturally are only at the beginning of their learning experience, must still be chided for failing to get the best out of an – admittedly difficult – initial situation but rather opted to continue previous bad practice in several of their key decisions instead of laying the foundations for a long overdue change of course in the practice of Austrian competition policy.