

Economic Evidence

Beweise und Beweislast in der
Europäischen Fusionskontrolle

von
DR. RALPH EISSLER
Konstanz

 Carl Heymanns Verlag 2010

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers.....	V
Vorwort des Autors.....	VII
<i>Einleitung</i>	
	1
I. Der »more economic approach« der Europäischen Kommission	1
II. Die US-amerikanische »Antitrust Modernization Commission«	4
III. Forschungsfragen	5
IV. Aufbau der Untersuchung.....	7
<i>Erster Hauptteil:</i>	
<i>Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht</i>	
	9
Erstes Kapitel: Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts im Lichte ökonomischer Theorien.....	9
I. Die Entwicklung der Wettbewerbstheorie	9
1. Klassischer Liberalismus und Neoklassik.....	10
2. Neoliberalismus, Ordoliberalismus und Freiburger Schule.....	12
3. Wettbewerb als dynamischer Prozess, »workable competition« und die Lehren der Harvard School.....	13
4. Von der österreichischen Schule zur neuklassischen Systemtheorie...	15
5. Chicago School.....	16
6. Post-Chicago und neue Industrieökonomik	18
7. Neo-Chicago und die Bedeutung der Empirie.....	19
II. Zusammenfassung der Erkenntnisse der Wettbewerbstheorien	19
Zweites Kapitel: Der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts.....	21
I. Die Notwendigkeit einer klaren Zieldefinition	21
II. Pluralismus der Schutzzwecke.....	22
1. Der Wettbewerb als Schutzobjekt.....	22
a) Das Definitionsproblem: Was ist Wettbewerb?	23
b) Schlussfolgerung.....	24
2. Erkenntnisse aus der Wettbewerbstheorie.....	24
3. Rechtliche Standards.....	25
a) USA	25
b) EU.....	26
4. Die Berücksichtigung anderer Ziele	29
a) Kontrolle der Macht privater Wirtschaftseinheiten	29
b) Freiheit der Produktabnehmer.....	30
c) Freiheit der Wettbewerber	31
d) Marktintegration	32
e) Sonstige Ziele	33
III. Operationalisierung der Ziele: Lösung der Zielkonflikte.....	34
1. Fehler erster und zweiter Ordnung.....	35
2. Die offene Frage: Welcher Wohlfahrtsstandard?	36
<i>Zweiter Hauptteil:</i>	
<i>Quantitative ökonomische Methoden und Wettbewerbsrecht</i>	
	39
I. »Economic Evidence«.....	39
	IX

	II. Erfolgsfaktoren der quantitativen Analyse	39
	III. Der fließende Übergang zwischen positiver und normativer Ökonomie.....	40
Drittes Kapitel:	Quantitative Analyse in der Ökonomie	40
	I. Die Bedeutung der quantitativen Analyse in den Wirtschaftswissenschaften.....	40
	1. Die Theorie als Ausgangspunkt.....	40
	2. Grundprobleme der empirischen Überprüfung ökonomischer Theorien	41
	II. Die Aufgaben der Ökonometrie.....	41
	1. Die Spezifikation eines Modells.....	42
	a) Die grundlegende Modellformulierung	42
	b) Die Vorbereitung der quantitativen Analyse.....	42
	2. Das Datenmaterial.....	43
	a) Datenerfassung.....	43
	b) Datenprüfung	44
	3. Die Schätzung des Modells	45
	a) Beispiel einer Schätzung: die Methode der kleinsten Quadrate.....	45
	(aa) Das bivariate Regressionsmodell.....	46
	(bb) Der Übergang zu einem multivariaten Modell	48
	b) Eigenschaften einer Schätzung.....	49
	4. Die Analyse der Schätzergebnisse	50
	a) Die Bedeutung des Bestimmtheitsmaßes R^2	50
	b) Hypothesentests.....	51
	(aa) Signifikanz einer Schätzung	52
	(bb) Konfidenzintervalle	54
	(cc) Kausalitätsfragen	56
	(dd) Weitere Testverfahren	57
	5. Prognosen	57
	6. Der Erkenntniswert quantitativer ökonomischer Analysen.....	58
Viertes Kapitel:	Anwendungsbereiche quantitativer ökonomischer Methoden in der Fusionskontrolle	60
	I. Marktabgrenzung, Marktanteile und Marktmacht.....	60
	1. Marktabgrenzung.....	61
	a) Grundlegende Konzepte und Probleme der Marktabgrenzung	61
	(aa) Das Bedarfsmarktkonzept	61
	(bb) Der SSNIP-Test	62
	(cc) Probleme des SSNIP-Tests bei marktmächtigen Unternehmen – die »Cellophane Fallacy«	64
	b) Quantitative Instrumente der Marktabgrenzung.....	65
	(aa) Preiskorrelationsanalysen	65
	(bb) Elastizitäten und Diversion Ratios.....	68
	(cc) Die Analyse der Angebotsseite.....	70
	2. Marktanteile.....	72
	a) Die Bestimmung von Marktanteilen	72
	b) Die Bedeutung des Marktanteils.....	73
	3. Die Ermittlung von Marktmacht.....	76
	a) Der Lerner-Index	76
	b) Die Bedeutung der Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle.....	77
	II. Die Analyse und Prognose des Marktgeschehens	77
	1. Horizontale Fusionen.....	78

a) Die Konzentration auf dem betreffenden Markt – der HHI	79
b) Marktzutrittschranken und potentieller Wettbewerb.....	81
c) Unilaterale Effekte	82
(aa) Die Änderung des Untersagungskriteriums in der Fusionskontrollverordnung	83
(bb) Preiseffekte – der SSNIP-Test und unilaterale Effekte	85
(cc) Die Nähe des Wettbewerbsverhältnisses.....	88
(i) Korrelationen von Marktanteilen	88
(ii) Kreuzpreiselastizitäten und Diversion Ratios	89
(a) Kreuzpreiselastizität	89
(b) Diversion Ratio	90
(iii) Regressionsanalysen.....	92
(iv) Schockanalysen bzw. natürliche Experimente.....	93
(dd) Komplexe Simulationen der Marktentwicklung.....	93
(i) Grundsätzliches methodisches Vorgehen	94
(ii) Beispiel eines einfachen Merger-Simulations-Modells....	97
(ee) Zwischenergebnis.....	98
(ff) Der Sonderfall: Bieter- und Ausschreibungsmärkte.....	100
(i) Die Feststellung des wettbewerblichen Näheverhältnisses	102
(a) Win/Loss-Analysen und Bieteranglisten	102
(b) Regressionsanalysen.....	103
(ii) Komplexe Simulationsmodelle.....	105
d) Koordinierte Effekte einer Fusion.....	109
(aa) Ökonomische Grundlagen.....	110
(bb) Die Grundvoraussetzung der Koordination	113
(cc) Faktoren der Koordination.....	114
(dd) Rechtsprechungsentwicklung.....	115
(i) Die Situation in den USA	115
(ii) Die Entwicklung in der EU.....	118
(ee) Analysen auf Basis von Entwicklungen am Aktienmarkt.....	124
e) Zwischenergebnis für horizontale Fusionen	125
2. Vertikale und konglomerate Fusionen	126
a) Vertikale Fusionen	126
(aa) Definition	126
(bb) Wettbewerbliche Risiken vertikaler Fusionen	127
(i) Möglichkeiten der Marktverschließung und des »raising rivals' costs«	128
(ii) Schaffung von Marktzutrittsbarrieren.....	129
b) Konglomerate Fusionen	129
(aa) Definition	129
(bb) Wettbewerbliche Risiken	130
(cc) Der Sonderfall: die Eliminierung potentieller Wettbewerber durch den Zusammenschluss	132
c) Die Situation in den USA	135
(aa) Vertikale Fusionen	135
(bb) Konglomerate Fusionen	138
(cc) Die Eliminierung potentiellen Wettbewerbs.....	140
d) Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte	142
(aa) Der Zusammenschluss von <i>Tetra Laval</i> und <i>Sidel</i>	142
(i) Die Entscheidung des Gerichts	143
(a) Konglomerate Effekte der Fusion	143

(b) Die Eliminierung potentiellen Wettbewerbs.....	144
(c) Vertikale Effekte der Fusion	145
(ii) Die Entscheidung des Gerichtshofs.....	145
(a) Die Beweisanforderungen.....	145
(b) Die Abschreckungswirkung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens und die Bedeutung von Verpflichtungszusagen.....	146
(c) Die Beurteilung potentiellen Wettbewerbs	146
(bb) Der Zusammenschluss von <i>General Electric</i> und <i>Honeywell</i>	147
(i) Die vertikalen Effekte der Fusion	147
(ii) Die konglomeraten Wirkungen.....	148
(a) Die Theorie der Kommission.....	148
(b) Die Entscheidung des Gerichts.....	149
(cc) Systematisierung der Entscheidungsinhalte	150
(i) Die Möglichkeit des Verhaltens	151
(ii) Der Anreiz zum wettbewerbschädigenden Verhalten... (a) Die Bedeutung von Art. 82 EG	151
(b) Die Rolle von Verpflichtungszusagen.....	154
(c) Vertragliche Verpflichtungen.....	157
(iii) Die Wahrscheinlichkeit der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung	158
(a) Kriterien der Wahrscheinlichkeit.....	159
(b) Mögliche Auswirkungen des SIEC-Tests.....	160
(dd) Die Eliminierung potentiellen Wettbewerbs.....	160
(i) Entscheidungen der Europäischen Gerichte unter dem Marktbeherrschungstest.....	161
(a) Beurteilung der künftig zu erwartenden Substituierbarkeit.....	161
(b) Beurteilung der »actual potential entrant theory«	163
(c) Die »wing theory« unter dem Marktbeherrschungstest.....	167
(ii) Die Auswirkungen der Änderung der Fusionskontrollverordnung.....	168
3. Effizienzen.....	169
a) Das <i>Williamson</i> -Modell.....	169
b) Beurteilung in den USA.....	170
c) Beurteilung in der EU.....	171
(aa) Effizienzen unter der FKVO 4064/89	171
(bb) Nach der neuen Fusionskontrollverordnung.....	172
III. Systematisierung der Lösungsinstrumente der Europäischen Gerichte – abgestufte Beweisstandards	173
1. Prüfungsintensität des Gerichts.....	174
2. Begründungspflicht der Kommission	175
a) Horizontale Fusionen.....	176
(aa) Einzelmarktbeherrschung – unilaterale Effekte.....	176
(bb) Koordinierte Effekte.....	177
b) Vertikale und konglomerate Fusionen	178
(aa) Die Anforderungen an die Beweismittel	178
(bb) Die Anforderungen im Einzelnen.....	180
c) Der Sonderfall: Fusionen zwischen potentiellen Wettbewerbern...	180
IV. Kritik und eigener Lösungsansatz	182

1. Vorüberlegungen.....	182
2. Die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens als Freibabegrund?	183
a) Die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung	183
b) Das Argument der Begünstigung marktbeherrschender Unternehmen	184
c) Auswirkungen des Gerichtsansatzes	185
d) Der Zweck der Fusionskontrolle.....	186
3. Kritik der hohen Beweisanforderungen.....	188
a) Die Widersprüchlichkeit der gerichtlichen Entscheidungen.....	188
b) Die Variation der Anforderungen bei unterschiedlichen Zusammenschlusskonstellationen	189
c) Die Überzogenheit der Anforderungen.....	190
4. Ergebnis der Kritik	191
a) Die Auswirkungen der Rechtsprechung auf die Beurteilung von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen	191
(aa) Vertikale Fusionen.....	191
(bb) Konglomerate Fusionen.....	192
(cc) Ergebnis.....	192
b) Tatsächliche Beweisanforderungen: qualitativ statt quantitativ....	193
c) Die resultierende Fehlergefahr	194
5. Alternative Lösungsansätze.....	195
a) Möglichkeit 1: Verzicht auf die Prüfung der Rechtswidrigkeit eines konkreten Verhaltens	195
b) Möglichkeit 2: Änderungen der Beweisführungslast	196
(aa) Grundgedanken des Modells	196
(bb) Die Rolle der »theory of harm«.....	196
(cc) Dogmatische Einordnung	197
(dd) Anforderungen an die Widerlegung der »theory of harm« ...	198
(ee) Parallelen in der Marktanteilsrechtsprechung der Gerichte...	198
(ff) Einbindung des Modells in das bestehende Verfahren.....	199
c) Potentielle Kritikpunkte.....	199
(aa) Prüfung eines Verstoßes gegen Europäische Grundrechte....	200
(bb) Möglicher Verstoß gegen die Begründungspflicht gem. Art. 253 EG	201
(cc) Verminderte Rechtssicherheit.....	202
(dd) Unzulässige Delegation der Ermittlungsbefugnisse	203
d) Unterstützende Argumente.....	203
(aa) Keine erhöhten Anforderungen für Unternehmen.....	203
(bb) Keine Mehrbelastung der Gerichte	205
(cc) Die sachgerechte Lösung potentieller Haftungsprobleme....	205
(dd) Die Parallele zur Beweislastverteilung in Art. 81 EG und Art. 82 EG	206
(ee) Parallele zu den Anforderungen beim Nachweis von Effizienzen	209
(ff) Die wiedergewonnene Bedeutung von Verpflichtungszusagen	210
6. Auswirkungen des vertretenen Lösungsmodells.....	212

Schluss:

<i>Bewertungen und Schlussfolgerungen</i>	215
---	-----

Fünftes Kapitel: Economic Evidence – Die Bedeutung ökonomischer Gutachten in Fusionskontrollverfahren.....	215
--	-----

Inhaltsverzeichnis

I. Der Beweiswert ökonomischer Expertisen.....	215
1. Die Lösung in den USA und anderen Common-Law-Staaten.....	216
2. Das Europäische Modell.....	217
II. Die Zukunft des »more economic approach«.....	219
III. Schlussbemerkungen.....	221
Sechstes Kapitel: Zusammenfassende Thesen.....	222
Abkürzungsverzeichnis.....	227
Literatur- und Quellenverzeichnis.....	231
Sachverzeichnis.....	251