

Juristische und ökonomische Prognosemethoden und -modelle in der Fusionskontrolle

Titos Markopoulos



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

Das bisherige Leitbild des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit wurde heftig kritisiert, weil es eine legalistische, formalistische und wenig ökonomisch inspirierte und fundierte Prognose der Wettbewerbswirkungen insbesondere von Zusammenschlüssen begünstigte. Unter dem Vorwand eines stärker ökonomisch ausgerichteten Analyseansatzes hat sich mittlerweile das wohlfahrtstheoretische Leitbild des Schutzes der Konsumentenwohlfaht in der gesamten europäischen Kartellrechtsordnung durchgesetzt. Seit der Revision der FKVO im Jahre 2004 und der Einführung des "more economic approach" stellt sich die Frage, ob die Kommission mehr ökonomisch fundierte Prognosen anzustellen hat als in der Vergangenheit. Der neue Ansatz dient dem Ziel der ökonomischen Wohlfahrtssteigerung. Folgerichtig hat sich ein Umbruch in der Methodik der Erstellung von Prognosen in der Fusionskontrolle abgezeichnet. Änderungen in den Prognosemethoden umfassen hauptsächlich folgende Aspekte:

1. Die Abkehr von nicht analytischen, groben Rechtsanwendungsmethoden; dies könnte zuvörderst die intuitive Methode als Element eines unkontrollierten Beurteilungs- bzw. Prognosespielraums der Wettbewerbsbehörde betreffen.

2. Qualitative Wertungen, Schätzungen und Abwägungen können im Rahmen von Prognoseverfahren nicht überzeugender als erschöpfende Tatsachenfeststellungen und diesbezügliche prospektive empirische Analysen sein.

3. Der Rückgriff auf die Ökonometrie und der Einsatz quantitativer Methoden als integrierte Methoden der Erstellung von Prognoseentscheidungen oder als absolut zuverlässige Beweismittel über das wahrscheinliche Vorliegen bestimmter Tatsachen in Zukunft sollen fester Bestandteil des "more economic" fusionskontrollrechtlichen Prognoseansatzes werden.

4. Urteile über die wissenschaftliche Validität von fusionskontrollrechtlichen Prognosen sollen zuvörderst von Ökonomen gefällt werden. Aus diesem Grund wurde auch die Stelle des Chefökonom der Kommission geschaffen, der die ökonomische Fundierung ihrer wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen überprüfen soll.

1. Ziele der Untersuchung und Herangehensweise

In dieser Untersuchung werden rivalisierende juristische und ökonomische Konzepte für die Erfassung von wettbewerbsrelevanten Inhalten als Instrumente zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen nach einem Zusammenschluss vorgestellt. Hinter diesen Konzepten stehen allgemeine Erfahrungssätze bzw. Mustervoraussagen, die entweder von Juristen oder aber von Ökonomen aufgestellt wurden. Wenn nötig muss die Legitimität und Zweckmäßigkeit dieser Konzepte aus wettbewerbs- und wissenschaftstheoretischer Sicht hinterfragt

werden. Auch terminologische Unstimmigkeiten, die auf Grund der Interdisziplinarität der Fusionskontrolle entstanden sind, müssen aus der Welt geschafft werden. Ökonomische und juristische Konzepte müssen miteinander kompatibel gemacht werden.

Primäres Ziel dieser Untersuchung ist es, die verschiedenen Methoden zu untersuchen, die zur Prognostizierung der Wettbewerbsswirkungen eines Zusammenschlusses eingesetzt werden. Dabei handelt es sich um rivalisierende Prognosemethoden. Herkömmliche, dem Vorwurf der legalistischen, formalistischen Denkrichtung ausgesetzte Prognosemethoden müssen empirischen und "high-tech"-ökometrischen Prognosemethoden und deren Stärken und Schwächen gegenübergestellt werden. Von großer Bedeutung sind die wissenschaftstheoretische Zuverlässigkeit und der Beweiswert der Ergebnisse dieser Methoden für die Anstellung der Gesamtprognose über die Wettbewerbsswirkungen eines Zusammenschlusses.

Die herkömmlichen Prognosemethoden sind qualitativ-wertender und abwägender Natur. Die nach Einführung der neuen Fusionskontrollverordnung favorisierten Methoden sind dagegen quantitativ. Wie in dieser Untersuchung zu zeigen ist, kann nur eine Mischung aus qualitativ-wertenden und quantitativen Methoden eine dem erforderlichen Beweismaß in der Fusionskontrolle genügende Prognose zeitigen. Es besteht keine Möglichkeit in der Fusionskontrolle, "objektive" Prognosen anzustellen. Gemischt qualitativ-quantitative Prognosemethoden bedingen eine Entscheidung des Rechtsanwenders unter Unsicherheit bzw. Annäherungsurteile.

Obwohl diese Untersuchung keinen rechtsvergleichenden Charakter hat und auf die europäische Fusionskontrollpraxis fokussiert, sind die gewonnenen Erkenntnisse auch auf andere Fusionskontrollrechte übertragbar. Insofern sind diese Erkenntnisse durchaus generalisierbar und werden in entsprechender Form präsentiert. Sie lassen sich im Großen und Ganzen auf alle europäischen sowie die US-amerikanische Fusionskontrollen übertragen. Aus diesem Grund wird an bestimmten Stellen dieser Arbeit auf Aspekte der Fusionskontrollpraxis der US-amerikanischen Antitrustbehörden und des Bundeskartellamtes hingewiesen. Dabei wird vorwiegend auf die Gesamtheit von rivalisierenden ökonomischen Theorien, Modellen, Konzepten und Methoden für die Prognose von horizontalen Zusammenschlusswirkungen eingegangen. Spezielle Aspekte von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlusswirkungen sind größtenteils unberücksichtigt geblieben, da ansonsten diese Arbeit uferlos würde.

2. Gang und kurze Zusammenfassung der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit umfasst 5 Kapitel.

Im 1. Kapitel wird die Unmöglichkeit der direkten Prognose von Marktmacht dargestellt und die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des Konzeptes der Marktabgrenzung hervorgehoben. Vielmehr werden rivalisierende Marktabgrenzungsmethoden vorgestellt und deren Stärken und Schwächen analysiert. Das Bedarfsmarktkonzept und dessen qualitative Beurteilungsmethoden werden mit quantitativen Methoden wie Preis-, Preiskorrelations- und HM- bzw. SNIP-Tests und gemischt qualitativ-quantitativen Methoden wie die conjoint analysis verglichen. Die schwache Indizwirkung der Ergebnisse einzelner Methoden und deren Funktion als Arbeitshypothesen diktieren die differenzierte Anwendung mehrerer Ansätze entweder parallel oder als integrierte Diagnosemethoden. Die meisten Fälle aus der Kommissions- und Gerichtspraxis bringen dieses Gebot zum Ausdruck.

Im 2. Kapitel werden die Modelle und Methoden der Prognose nicht-koordinierter Effekte auf homogenen Produktmärkten untersucht. Indirekte, qualitative Kriterien und Prognosemethoden wie die strukturelle Ermittlung der Wettbewerbsstärke der Zusammenschlussparteien und der Überwindbarkeit von Marktexpansions- und -mobilitätsschranken durch die Mitbewerber werden als unerlässlich betrachtet. Quantitative Methoden scheitern an der Unmöglichkeit der direkten Prognose und Quantifizierung von Marktmacht. Beispiele aus der Kommissions- und Gerichtspraxis veranschaulichen diese Aspekte.

Im 3. Kapitel werden die Modelle und Methoden der Prognose nicht-koordinierter Effekte auf heterogenen Produktmärkten kritisch betrachtet und beurteilt. Es wird klargestellt, dass es keinen Streit über die theoretischen Grundannahmen und Variablen der Modelle gibt. Die Probleme der qualitativen, wertenden und abwägenden Prognosemethoden wie die Anreiz- und Interaktionsanalyse sowie die Analyse von Produktdifferenzierungsschranken werden dargestellt und die Unzulänglichkeiten der quantitativen "high-tech"-Methode der Simulation ausgiebig diskutiert. Gleichwohl wird in diesem Kapitel auf ökonometrische Methoden hingewiesen, die viele Probleme der Simulation zu überwinden vermögen. Die Simulation scheint die einzige quantitative Prognosemethode zu sein, die vielversprechend ist. Beispiele aus der europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrollpraxis untermauern diese Auffassung.

Im 4. Kapitel werden die Methoden der Prognose der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs, der als fester Bestandteil der Analyse für die Anstellung einer Gesamtprognose über die Lähmung des Wettbewerbs nach einem Zusammenschluss gilt. Die Prognose der Wirksamkeit des potentiellen Wettbewerbs bedingt die Anwendung mehrgliedriger Prognosemethoden und -verfahren. Es werden der objektive und der subjektive Prognoseansatz, das Konzept der Marktzutrittsschranken sowie die Wahrscheinlichkeit neuer Marktzutritte im erforderlichen Umfang und Zeitraum diskutiert und die praktischen Probleme der Entwicklung einer komplexen Prognosemethode dargestellt. Es wird anhand von Beispielen aus der Rechtspraxis gezeigt, dass nur gemischt qualitativ-quantitative Prognoseansätze Erfolg versprechend sind. Von der Beweiskraft der Marktzutrittsprognose hängt in hohem Maße die Zuverlässigkeit der Gesamtprognose ab, wie die Defizite des Airtours-Urteils nahelegen, die in der Arbeit aufgezeigt werden.

Im 5. Kapitel werden die komplexen Methoden der Prognose von koordinierten Zusammenschlusswirkungen kritisch betrachtet. Am Anfang des Kapitels werden die Mustervoraussagen bzw. die Grundmodelle für die Prognose von Wettbewerbsbehinderungen in Form von koordinierten Zusammenschlusswirkungen präsentiert. Der Streit zwischen rivalisierenden Grundmodellen wird am Ende des Kapitels endgültig gelöst. Im Schwerpunkt der Analyse stehen die Unzulänglichkeiten der qualitativen, wertenden und abwägenden Prognosemethode, die als Multifaktorentest aufgefasst wird. Das von der Kommission favorisierte Muster für die Prognose von koordinierten Zusammenschlusswirkungen wird ebenfalls kritisiert. Die Vorteile des Aufbaus einzelfallspezifischer Modelle oder der Kombination bereits vorgeschlagener Modelle werden deutlich gemacht. Im Ergebnis kann die Prognose von koordinierten Wettbewerbswirkungen nicht ohne qualitative Wertungen auskommen. Quantitative Prognosemethoden sind auf Grund der großen Modellierungskomplexität der dynamischen Interaktion der Oligopolisten kaum möglich. Am Ende werden die Probleme der qualitativ-wertenden Prognose des zukünftigen Vorliegens der Determinanten der impliziten Kollusion theoretisch und praktisch am Beispiel zwei großer Fallstudien veranschaulicht.