

# Inhaltsverzeichnis

## Teil 1:

### Unternehmenszusammenschlüsse mit Auslandsbezug im Zielkonflikt von Handels-, Industrie- und Wettbewerbspolitik

21

#### A. EINLEITUNG

21

#### B. BEGRIFFE UND PARAMETER

22

##### I. Begriffsbestimmung

22

###### 1. Handelspolitik

22

###### 2. Industriepolitik

23

###### 3. Wettbewerbspolitik

24

###### 4. Sonstige Politiken

24

##### II. Protektionistische Gefahren der Zusammenschlußkontrolle

25

###### 1. Der Begriff des "Protektionismus"

25

###### 2. Protektionismus und Industriepolitik

26

###### 3. Protektionistische Industriepolitik und Wettbewerbspolitik

26

###### 4. Protektionistische Wettbewerbspolitik

27

##### III. Protektionismus durch Industrie- und Handelspolitik

29

###### 1. Weltwirtschaftliche Verflechtung und "Neuer Protektionismus"

29

###### 2. Globaler Wettbewerb und Protektionismus

31

##### IV. Zusammenschlußkontrolle und protektionistische Politik

35

###### 1. Direktinvestition und Zusammenschlußkontrolle

35

###### a) Zunahme der Direktinvestition

35

###### b) Die Zusammenschlußwelle

37

###### 2. Die Sensibilität von Direktinvestitionen

37

###### 3. Voraussetzungen für Direktinvestitionen in den USA

39

###### a) Investitionsfreiheit als Regelfall

39

###### b) Beschränkungen durch das Exon-Florio-Amendment

39

##### V. Zwischenergebnis

43

#### C. KRITERIENGEGWINNUNG AUS DEM HANDELSCHUTZRECHT

43

##### I. Organisationelle Faktoren

44

###### 1. Zuständigkeitsaufteilung zwischen ITA und ITC

44

###### a) Vorläufige Feststellungen

45

###### b) Abschließende Feststellungen

47

###### c) Zwischenergebnis

47

###### 2. ITA und ITC zwischen Exekutive und Legislative

47

###### a) Protektionistische Bestrebungen des Kongresses

47

###### b) Zuständigkeitsverschiebungen mit protektionistischer Tendenz

48

###### c) Die Rolle des U.S. Trade Representative

50

###### d) Politische Einflüsse bei der Besetzung der ITC

51

##### II. Verfahrensbezogene Faktoren

52

###### 1. Private und staatliche Verfahrenseinleitung

52

2.	Begründung von Antidumpingfestsetzungen	54
3.	Knappe Fristen	54
4.	Umfangreiche Auskunftsverlangen	55
5.	Rückgriff auf vorhandene Information	56
III.	Materiellrechtliche Faktoren	57
1.	Der Antidumping-Maßstab	57
2.	Regelungsdichte	60
3.	Methodenimmanente Benachteiligungstendenzen	61
a)	Verkäufe über Wert	61
b)	Verkäufe unter Wert	62
c)	Wertberechnung	63
(1)	Mindestkosten und Mindestgewinne	63
(2)	Kappungsgrenzen	64
4.	Rechtsschutz	64
IV.	Zwischenergebnis und Fazit	67

## Teil 2:

### Protektionistische Gefahren und Institutionalisierung der Zusammenschlußkontrolle 69

#### A. EINLEITUNG 69

#### B. PROTEKTIONISTISCHE GEFAHREN IN ORGANISATIONS- STRUKTUREN DER BUNDESANTITRUSTBEHÖRDEN 70

I.	Die Antitrust Division des Department of Justice	72
1.	Gefahren in Organisationsstrukturen	72
a)	Die Rechtsabteilungen	73
b)	Das "Office of Operations"	74
c)	Die "Economic Sections"	75
d)	Zwischenergebnis	75
2.	Gefahren der Politisierung	75
a)	Gefahren der Politisierung "aus der Mitte"	76
(1)	Folgen strategisch motivierter Entscheidungsprozesse	77
(2)	Folgen strategischer Personalpolitik	77
b)	Politisierung "von unten"	78
(1)	Der politische und rechtliche Kontext	78
(2)	Rationalisierungsversuche der Behördenspitze	79
(3)	Einflußnahme durch den wirtschaftswissenschaftlichen Stab	81
c)	Gefahren der Politisierung "von oben"	81
d)	Zwischenergebnis	84
II.	Die Federal Trade Commission	84
1.	Gefahr der weiten Interpretation von § 5 FTC Act	84
a)	§ 5 als flexible Ermächtigungsnorm	85
b)	Die weite Auslegung von § 5 FTC Act	86

c)	Zwischenergebnis	88
2.	Organisationelle Politisierungsgefahren	88
a)	Die Leitungsebene	88
b)	Der Unterbau	89
c)	Zwischenergebnis	90
3.	Gefahren der Politisierung	91
a)	Politisierung "von innen"	92
b)	Politisierung "von außen"	96
(1)	Eingrenzungen des Handlungsspielraums	97
(2)	Die Periode des "dual enforcement"	98
(3)	Die "Reagan Revolution"	99
(4)	FTC und Kongreß	101
c)	Zwischenergebnis	102
III.	Fazit	102

C.	PROTEKTIONISTISCHE GEFAHREN DURCH WEITERE BETEILIGTE	104
I.	Protektionistische Gefahren und privates Klagerecht	104
1.	Die gesetzlichen Voraussetzungen	105
2.	Die Rolle privater Klageverfahren	106
3.	Prozessuale Erleichterungen privater Klagen	108
a)	Erleichterung bei Schadensberechnung und Kosten	108
b)	Fehlende Ausgleichsansprüche und Klagen von Mitschädigern	109
c)	Vermutungswirkung und Verjährung in Anschlußverfahren	110
d)	Sammelklage und Stellvertreterklage	111
e)	Abgekürztes Verfahren	112
f)	Unterlassungsurteile und Aufspaltung	113
g)	Zwischenergebnis	114
4.	Die Erschwerung privater Klagen gegen Zusammenschlüsse	114
a)	Die Ausgangslage	114
b)	Brunswick	116
c)	Cargill	117
d)	Zwischenergebnis	121
5.	Fazit	121
II.	Staaten	123
1.	Durchsetzung von Bundesrecht	123
a)	Staaten als Privatkörper nach § 4 Clayton Act	123
b)	"Parens patriae"-Klagen	124
c)	Unterlassungsklagen	125
d)	Die Bedeutung des "state enforcement" von Bundesrecht	126
e)	Zwischenergebnis	126
2.	Vollzug der staatlichen Antitrustgesetze	127
a)	Die gesetzlichen Voraussetzungen	127
b)	Verfassungsrechtliche Barrieren	128

(1) Konkurrierende Zuständigkeit ("commerce clause")	128
(a) Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit	129
(b) Anwendung im Einzelfall	130
(2) Präklusion ("preemption")	130
(a) Van de Kamp	131
(b) ARC America	131
(c) Weitere Entscheidungen	132
(3) Weitere verfassungsrechtliche Schranken	133
(a) "Equal protection"	133
(b) "Due process"	134
(c) Extraterritoriale Rechtsanwendung	135
(d) Verbot der Doppelbestrafung	135
(4) Doppelte Inanspruchnahme	136
c) Zwischenergebnis	138
3. Koordinierungsmechanismen	138
a) Horizontale Koordinierungsmechanismen	138
(1) Die "NAAG Antitrust Task Force"	138
(2) Verfahren	140
(3) Aktivitäten	140
(4) Zusammenschlüsse	141
(5) NAAG Merger Guidelines	142
b) Vertikale Koordinierungsmechanismen	144
c) Zwischenergebnis	145
4. Fazit	145

### **Teil 3: Protektionistische Gefahren und Verfahrensmechanismen 147**

#### **A. EINLEITUNG 147**

#### **B. DURCHSETZUNGSMECHANISMEN VON ANTITRUST DIVISION UND FTC 148**

##### **I. Antitrust Division 148**

##### **1. Verfahrenseinleitung 148**

a) Vorermittlungen 148

b) Förmliche Ermittlungen 148

c) Freiwillige Kooperation 149

d) Einleitung von Gerichtsverfahren 149

e) Verfahrensbeendende Schritte 149

##### **2. Das "Civil Investigative Demand" 149**

a) Anwendungsbereich 150

b) Modalitäten 151

c) Verwendungsmöglichkeiten 152

d) Reaktionsmöglichkeiten 152

##### **3. Das Instrument des Zivilprozesses 154**

a) Die Dimension von Antitrustprozessen 154

b)	Das Rechtsfolgenpektrum	156
(1)	Vorläufige Unterlassung	156
(2)	Alternativer vorläufiger Rechtsschutz	156
(3)	Auflösung	157
(4)	Schadensersatzklagen	158
c)	Prozessuale Mechanismen	158
(1)	Klageerhebung	158
(2)	Klagerücknahme und Klageabweisung ("Dismissal of Complaint")	159
(3)	Einwendungen	159
(4)	"Issue determination"	159
(5)	Beweiserzwingungsmöglichkeiten	159
4.	Zwischenergebnis	160
II.	FTC-Verfahren	160
1.	Verfahrenseinleitung und Ermittlungsbefugnisse	160
a)	Ermittlungsbefugnisse	160
b)	Die Aufnahme von Vorermittlungen	161
c)	Zwangsmittel	161
(1)	Anwendung	161
(2)	Rechtsschutz	162
2.	Unterlassungsklagen	163
a)	Vorläufige Untersagung	163
b)	Untersagung auf Dauer	165
3.	Die Untersagungsanordnung ("cease and desist order")	166
a)	Verwaltungsrechtliche Klagen ("administrative complaints")	166
(1)	Verfahrensausgestaltung	167
(2)	Beweisermittlung ("discovery")	168
b)	Rechtsschutz	169
(1)	Gerichtliche Kontrolle der Voraussetzungen von FTC-Entscheidungen	169
(2)	Kontrolle der Rechtsfolgenseite	170
4.	Zwischenergebnis	171
C.	VERGLEICHE	172
I.	Antitrust Division	172
1.	Verfahren	173
a)	Aushandlung	173
b)	Zustimmung des Gerichts	173
(1)	Bekanntmachung	174
(2)	Einwendungen	174
(3)	Gerichtliche Prüfung	175
2.	Wirkungen	176
3.	Vollstreckung	176
4.	Auslegung, Änderung und Aufhebung	176
a)	Auslegung	176
b)	Änderung und Aufhebung	177

II.	FTC	178
1.	Verfahren	178
2.	Änderung und Aufhebung	179
III.	Vergleichsinhalt	179
1.	Strukturelle Abhilfe als Regelfall	179
a)	Veräußerung von Unternehmensteilen	179
b)	Modalitäten	180
c)	Aktive Unterstützung	180
d)	Zusammenschlußverbote	181
e)	Verhaltensmaßregeln	181
f)	Überwachung	182
IV.	Zwischenergebnis	182
D.	PROTEKTIONISTISCHE GEFAHREN DES VORANMELDUNGS- VERFAHRENS	182
I.	Allgemeines	182
II.	Aufgreifkriterien	183
III.	Die "Premerger Notification Form"	187
IV.	Wartefrist	189
V.	Der Gang der Untersuchung	189
1.	Erste Überprüfung	189
2.	"Second request"	190
3.	Maßstab der Befolgung	190
4.	Entscheidungsspielräume	192
a)	Befolgungsprobleme	192
b)	Vorzeitige Beendigung der Wartefrist	193
c)	Voraussetzungen des "second request"	194
d)	Vertraulichkeit	196
(1)	Mattox	197
(2)	Lieberman	200
5.	Zwischenergebnis	200
E.	FAZIT	200

#### **Teil 4:**

### **Protektionistische Gefahren in materiellen Beurteilungskriterien 202**

A.	EINLEITUNG	202
B.	RESTRIKTIVE UND PERMISSIVE ZUSAMMENSCHLUß- KONTROLLE	202
I.	Überblick	202
II.	Die Entwicklung der Rechtsprechung	203
1.	Der Sherman Act	204
2.	Frühe Rechtsprechung	206
a)	Enge Interpretationsansätze	206

b)	Addyston Pipe	207
c)	Interpretationsansätze des Supreme Court	208
d)	Standard Oil	209
e)	Zwischenergebnis	211
3.	Gesetzgeberische Verschärfungsbemühungen	211
a)	Die Gesetzgebung von 1914	211
b)	Die enge Auslegung in der Rechtsprechung	212
c)	Zwischenergebnis	212
III.	Die restriktive Phase	213
1.	Brown Shoe	213
a)	Strukturelle Interpretationsansätze	214
(1)	Alcoa I	214
(2)	Columbia Steel	215
b)	Das Celler-Kefauver-Amendment von 1950	216
c)	Brown Shoe	217
(1)	Sachverhalt und Verfahren	217
(2)	Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung	218
(a)	Die Berechnung der Marktkonzentration	218
(b)	Die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen	218
(3)	Der gesetzgeberische Wille	219
d)	Zwischenergebnis	220
2.	Folgeentscheidungen	220
a)	Philadelphia National Bank	221
b)	Weitere Entscheidungen	222
(1)	El Paso	222
(2)	Lexington	222
(3)	Alcoa II	223
(4)	Continental Can	223
(5)	Von's Grocery	223
3.	Grundlagen der restriktiven Interpretation	224
a)	Das neoklassische Modell	225
b)	Industrial Organization Economics	226
(1)	Entwicklung	227
(2)	Das Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma	228
4.	Zwischenergebnis	229
IV.	Die Überwindung der restriktiven Phase	230
1.	Rechtsprechungskritik	230
2.	Grundlagen der Kritik	233
a)	Theoretische Wurzeln	234
b)	Inhalte der Chicago School of Antitrust	236
c)	Effizienzen und Verbraucherwohlstand	238
(1)	Verbraucherwohlstand als Gesetzeszweck	239
(2)	Effizienz	241
(3)	Die Schwäche der Oligopoltheorie	243
d)	Konkrete Folgerungen für Unternehmenszusammenschlüsse	246
(1)	Horizontale Zusammenschlüsse	246
(2)	Vertikale Zusammenschlüsse	246

(3) Konglomerate Zusammenschlüsse	247
e) Zwischenergebnis	248
3. Die Änderung der Rechtsprechung	249
a) General Dynamics	249
b) GTE Sylvania	250
4. Die Zusammenschlußkontrolle in der Reagan und Bush Administration	251
5. Verfestigungsbemühungen	253
6. Zwischenergebnis	254
C. PROTEKTIONISTISCHE GEFAHREN IN MATERIELLEN BEURTEILUNGSDEFIZITEN	254
I. Behördliche und gerichtliche Beurteilungskriterien	254
1. Die gestiegene Bedeutung behördlicher Beurteilungskriterien	254
2. Rechtsnatur der "1992 Horizontal Merger Guidelines" des Department of Justice und der Federal Trade Commission	255
3. Funktion der "1992 Horizontal Merger Guidelines"	257
4. Strukturelle Relikte in "Guidelines" und Rechtsprechung	258
5. Kategorien von Unternehmenszusammenschlüssen	260
II. Die Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse	261
1. Die Definition des relevanten Marktes	262
a) Die Definition des relevanten Marktes in den "1992 Guidelines"	262
(1) Die Definition des relevanten Produktmarktes in den "1992 Guidelines"	262
(2) Die Definition des relevanten geographischen Marktes in den "1992 Guidelines"	265
b) Die gerichtliche Definition des relevanten Marktes	266
(1) Die gerichtliche Definition des Produktmarkts	266
(a) Nachfrageelastizität	266
(b) Zusätzliche Kriterien	267
(b.1) Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite	267
(b.2) Austauschbarkeit auf der Angebotsseite	269
(b.3) Submärkte	270
(b.4) Gebündelte Märkte ("cluster markets")	271
(2) Die gerichtliche Definition des geographischen Marktes	272
2. Die Berechnung und Bewertung von Marktanteilen und Marktkonzentration	275
a) Die Berechnung nach den "1992 Guidelines"	275
b) Berechnung in der Rechtsprechung	278
3. Die Berücksichtigung weiterer Wettbewerbsfaktoren	283
a) Wettbewerbsfaktoren in den "1992 Guidelines"	283
(1) Wettbewerbsbeschränkungen durch koordiniertes Verhalten	284



(a)	Koordinationsbegünstigende Faktoren	285
(b)	Faktoren, die die Aufdeckung des "Ausscherens" aus koordiniertem Zusammenwirken begünstigen	286
(c)	"Maverick firms"	287
(2)	Einseitiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	287
b)	Wettbewerbsbezogene Faktoren in der Rechts- sprechung	289
4.	Marktzutritt	290
a)	Marktzutritt in den "1992 Guidelines"	290
b)	Marktzutrittsbedingungen in der Rechtsprechung	294
(1)	Einordnung	294
(2)	Arten	295
(3)	Bewertungsmaßstäbe	297
5.	Effizienzen	298
a)	Effizienzen in den "1992 Guidelines"	298
b)	Effizienzen in der Rechtsprechung	300
6.	Scheitern des Zusammenschlusses und Marktaustritt	302
a)	Der Ansatz der "Guidelines"	302
b)	Scheiternde Unternehmen in der Rechtsprechung	303
(1)	"Failing company"	303
(2)	"Impaired company"	306
7.	Zwischenergebnis	307
III.	Die Beurteilung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse	307
1.	Vertikale Zusammenschlüsse	307
2.	Konglomerate Zusammenschlüsse	309
a)	"Entrenchment"	310
b)	"Reciprocity"	311
3.	Zusammenschlüsse zwischen potentiellen Wettbewerbern	312
a)	Gemeinsame Voraussetzungen	314
(1)	Hohe Konzentration	314
(2)	Kleine Gruppe potentieller Konkurrenten	314
b)	Die Theorie des tatsächlichen potentiellen Wettbewerbs	315
(1)	Verfügbare Kapazitäten	316
(2)	Wettbewerbsfördernde Wirkung	319
c)	Die Theorie des vermeintlichen potentiellen Wettbewerbs	320
d)	Zwischenergebnis	322
IV.	Abschließende Zusammenfassung	323
	LITERATURVERZEICHNIS	326