

Artikel veröffentlicht in „Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht“, 11. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Band 6.

Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik

Lars-Hendrik Röller/ Hans W. Friederiszick*

I.	Einleitung.....	2
II.	Die Bedeutung des Chefökonom im Verfahrensablauf.....	2
III.	Ökonomische Analysetechniken in der Praxis	5
A.	Besteht eine „Lücke“ zwischen Rechtslehre und Wirtschaftswissenschaften?.....	5
B.	Denken im Modell: Chancen und Gefahren	7
C.	Über die Notwendigkeit klarer Regeln: einige abschließende Bemerkungen	8
IV.	Die neue Fusionskontrolle aus einem ökonomischem Blickwinkel	9
A.	Allgemeine Bemerkungen	9
B.	Der Test	10
C.	Koordinierte und nicht-koordinierte Effekte: Intuition und empirischer Ansatz.....	11
D.	Strukturindikatoren: Marktanteile und HH-Index.....	13
E.	Effizienzanalyse	15
1.	Brauchen wir eine Effizienzanalyse im Einzelfall?	15
2.	Der Ansatz der Kommission: Integrierte Beurteilung und konservativer Bewertungsmaßstab	16
V.	Schlussbemerkung.....	19

* Prof. Lars-Hendrik Röller ist Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Dr. Hans Wolfgang Friederiszick ist Mitarbeiter in seinem Team. Die im Artikel vertretenen Meinungen sind die persönlichen Standpunkte der Autoren und keinesfalls die der Kommission oder die von Teilen der Kommission.

I. Einleitung

Die Europäische Wettbewerbspolitik hat unter Kommissar Monti einen weitreichenden Reformprozess durchlaufen – von organisatorischen Veränderungen innerhalb der Europäischen Wettbewerbsbehörde bis hin zur Überarbeitung wesentlicher Verordnungen und Leitlinien (FKVO, etc). Leitgedanke dieses Reformprozesses war eine Stärkung des ökonomischen Fundaments in der wettbewerbsrechtlichen Analyse. Die Ernennung eines Chefökonomens, unterstützt durch ein 10-köpfiges Team, ist ein wichtiger Teil dieses Reformprozesses. Basierend auf den Erfahrungen des ersten Jahres als Chefökonom – und auf dem im Rahmen des 11. Internationalen Kartellrechtsforums gehaltenen Vortrages -, fasst dieser Aufsatz einige Gedanken und Einschätzungen zur Bedeutung ökonomischer Analyse in der EU Wettbewerbspolitik zusammen.

Vorangestellt sei eine grundlegende Bemerkung: eine Stärkung des ökonomischen Fundaments der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung geht nicht automatisch einher mit dem verstärkten Einsatz komplexer ökonomischer und empirischer Methoden. Zwar verfolgt das Team des Chefökonomens mit großem Interesse die Entwicklung neuer empirischer Techniken, doch liegt die wesentliche Aufgabe in der Abstimmung und Annäherung juristischer und ökonomischer Denkansätze und Methoden. In diesem Annäherungsverfahren ist es insbesondere die Aufgabe der Ökonomen, entscheidungsrelevante Methoden zu entwickeln. Faktenbasis, Robustheit und intuitive nachvollziehbare Wirkungszusammenhänge sind hierfür entscheidende Bestandteile.

Nachfolgend werden drei Themen aufgegriffen, anhand derer die Relevanz, aber auch die Grenzen ökonomischer Analyse in der europäischen Wettbewerbspolitik erläutert werden sollen: die Bedeutung des Chefökonomens im Verfahrensablauf; die Vor- und Nachteile empirischer Methoden und die Beurteilung der Reformen im Bereich der Fusionskontrolle aus ökonomischen Blickwinkel.

II. Die Bedeutung des Chefökonomens im Verfahrensablauf

In komplexen Organisationen wie der Europäischen Kommission ist ein inhaltlicher Wandel leichter im Rahmen eines institutionellen Wandels zu verwirklichen. Die Bildung des Chief Economist Teams (CET) war ein wichtiger institutioneller Schritt hin zu einer stärkeren ökonomischen Fundierung der Entscheidungen, als auch zu einer verstärkten methodischen Integration der verschiedenen Bereiche europäischer Wettbewerbspolitik – Fusionskontrolle, Antitrust, Liberalisierung und staatliche Beihilfenkontrolle.

Das CET ist dabei Teil einer durch den Generaldirektor Philip Lowe implementierten, umfassenden Reform von DG COMP. Die sektorale Ausrichtung der Direktionen, die Einführung von Qualitätspanels, als auch der Trend verstärkt qualifizierte Industrieökonominnen für DG COMP anzuwerben sind komplementäre Elemente dieser Reform.

Das CET besteht aus 10 Mitglieder, alle mit PhD oder Dokortitel im Bereich der Industrieökonomie. Alle Mitglieder verfügen über umfassende Erfahrungen im empirischen und/ oder mikroökonomischen, theoretischen Bereich; vier waren zuvor bei renommierten

Beratungsfirmen im Bereich Wettbewerb beschäftigt; weitere vier waren vormals Mitarbeiter der „Merger Task Force“.

Das CET ist zuständig für alle Themenfelder entsprechend den Aufgaben von DG COMP – und nicht nur z.B. für die Fusionskontrolle. Dies ist in Übereinstimmung mit dem politischen Ziel einer engeren methodischen Integration der verschiedenen Bereichen der Wettbewerbskontrolle.

Die Tätigkeitsfelder des CETs sind vielfältig: Ein wesentlicher Bestandteil der Arbeit des CET ist die direkte Mitarbeit bei individuellen Fällen. Dies reicht von kurzfristigen Anfragen zu speziellen ökonomischen Problemstellungen bis hin zur durchgängigen Mitarbeit im „Case Team“ bei ökonomisch komplexen Fällen. Dabei sind die CET Mitglieder insbesondere für die Durchführung und Evaluierung interner sowie externer ökonomischer Analysen zuständig. Rund 20 bis 30 Fälle werden durchschnittlich parallel vom CET bearbeitet. Die Auswahl der Fälle erfolgt auf Anfrage einzelner Direktorate sowie durch Initiative des CET selbst, immer jedoch in Absprache und mit Zustimmung des Generaldirektors, Philip Lowe. Die Position des CET Mitglieds im „Case Team“ ist dabei als speziell zu bezeichnen. Dies gilt in sofern, als dass der dem Fall zugeordnete Vertreter des CET zum einen konstruktiv an der Fallbearbeitung mitwirkt, zum anderen aber unabhängig dem Chefökonom berichtet.

Neben der fallspezifischen Arbeit befasst sich das CET auch mit horizontalen Aufgaben – wie der Erarbeitung von Leitlinien, Verordnungen oder Mitteilungen. Dies erfolgt in enger Zusammenarbeit und in der Regel unter Führung der Grundsatzabteilung, Direktion A, bzw. der Koordinierungseinheit SAC im Fall der Beihilfenkontrolle. Aktuell verabschiedete Texte, wie - um nur einige wenige zu nennen - die Verordnung und die Leitlinien zur Fusionskontrolle oder die neuen Leitlinien für Rettungs- und Restrukturierungsbeihilfen wurden vom CET konstruktiv begleitet, wenn auch nur in den Grenzen des Möglichen, ob der vorangeschrittenen Arbeit zum Zeitpunkt der Bildung des CETs. Andere Leitlinien und Verordnungen, wie zum Beispiel die geplanten Leitlinien für nicht-horizontale Zusammenschlüsse, werden vom CET langfristig und grundlegend mitgestaltet.

Darüber hinaus bildet das CET die Brücke zur ökonomischen Wissenschaft. Neben zahlreichen Präsentationen des CET an diversen Universitäten und Internationalen Organisationen, wurde ein wirtschaftswissenschaftliches Seminar gegründet in dem forschungsnah wettbewerbsrelevante Themen diskutiert werden. Eine herausragende Rolle spielt des Weiteren der neu gebildete wissenschaftliche Beirat, die „Economic Advisory Group for Competition Policy“. Rund 15 renommierte WirtschaftswissenschaftlerInnen aus ganz Europa diskutieren aktuelle Politikfragen in den Bereichen Antitrust, Fusionskontrolle und Beihilfenkontrolle. Ergebnisse dieses Diskurses werden für jeden der Bereiche in einem regelmäßig verfassten Politikreport präsentiert. Ziel dieser Politikreporte ist insbesondere eine verbesserte Anknüpfung der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen und geplanten Reformschritte an die bestehende Forschung im Bereich der Wirtschaftswissenschaften. Der erste dieser Berichte ist Ende dieses Jahres im Bereich der Beihilfenkontrolle vorgesehen.

Eine weitere Aufgabe des Chefökonom besteht in der ökonomischen Beratung des Kommissars. Das CET ist zwar direkt dem Generaldirektor beigelegt und somit Teil der Arbeitsebene der Generaldirektion - und nicht der politischen Ebene. Trotzdem besteht ein regelmäßiger Austausch sowohl mit dem Generaldirektor als auch mit dem Kommissar in allen entscheidungsrelevanten Phasen einzelner Fälle. Formal findet diese Kommunikation zum einen innerhalb der wöchentlichen Sitzung des Kommissars statt, an der der Chefökonom

oder ein Mitglied des CET regelmäßig teilnimmt. Zum anderen findet sie ihren Ausdruck in dem so genannten „final advice“. Dieser wird in wichtigen Fällen (oder bei relevanten Politikthemen), an denen das CET beteiligt war, verfasst. Der „final advice“ wird auch den anderen Kommissaren – nicht jedoch den betroffenen Parteien oder der Öffentlichkeit – mitgeteilt. Das Einbringen einer unabhängigen Beurteilung des jeweiligen Falls aus einer ökonomischen Perspektive in den Entscheidungsprozeß – sowohl während den wöchentlichen Sitzungen des Kommissars als auch durch den „final advice“ – sind wichtige Elemente einer Politik, die sich eine Stärkung des ökonomischen Fundaments zum Ziel gesetzt hat.

Basierend auf diesen Ausführungen wird bereits deutlich, dass die Einfluss- und Entscheidungskompetenz des CET mit zunehmendem Ökonomieanteil steigt. Die Erfahrung der ersten Monate hat insbesondere im Bereich empirischer Ökonomie die Bedeutung des CET für die Arbeit der Generaldirektion gezeigt – sei es bei der Evaluierung empirischer Arbeiten und Studien, deren Integration in die Entscheidungen oder bei der Aufarbeitung empirischen Materials. Diese Kernkompetenz des CET wird sicherlich in der Zukunft erhalten bleiben. Ein zweiter, an Gewicht zunehmender Bereich wird – wie bereits angesprochen – die Mitarbeit an wichtigen Verordnungen und Leitfäden werden. Eine Reflektion der Texte aus ökonomischem Blickwinkel und das Einbringen von Ideen aus der „Advisory Group“ im Speziellen und der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung im Allgemeinen sind die wesentlichen Beiträge des CET in diesem Bereich.

Abschließend noch einige grundlegende Bemerkungen zur Struktur des CET im Gesamtverbund der Generaldirektion und insbesondere in Bezug auf die Zusammenarbeit von Juristen und Ökonomen. Zwei unterschiedliche Grundkonzepte der Zusammenarbeit zwischen juristischer und ökonomischer Expertise sind denkbar und wurden vor der Bildung des CETs diskutiert: Zum einen besteht das interdisziplinäre Konzept, in dem Juristen und Ökonomen gemeinsam an den Fällen arbeiten und einem gemeinsamen Vorgesetzten berichten. Dies beschreibt die bisherige Situation innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb. Ähnliche Konzepte findet man auch in US amerikanischen Kontrollinstitutionen, wie z.B. im „Government Accountability Office“ (GAO). Zum anderen existiert das Modell klarer fachlicher Spezialisierung, wie es zum Beispiel in der Antitrust-Einheit des „Department of Justice“ (DOJ) oder der „Federal Trade Commission“ (FTC) etabliert ist. Der Vorteil des interdisziplinären Systems liegt insbesondere in einer schnelleren und unter Umständen substantiell besseren Entscheidungsfindung, da andernfalls – im Fall getrennter Linienfunktionen – Konflikte zwischen Ökonomen und Juristen erst in der oberen Leitungsebene gelöst werden und die Implementierung des ökonomisch sinnvollsten Ansatzes, dann bereits nicht mehr möglich sein kann. Dem stehen potentielle Nachteile des interdisziplinären Systems gegenüber: Kurzfristig liegt die Gefahr des interdisziplinären Systems in einem Qualitätsverlustes in der fallbezogenen Entscheidungsfindung, wenn die Fallbearbeiter nicht an fachlich Gleichgesinnte berichten und dadurch der fachspezifische Diskurs über den individuellen Fall verloren geht. Langfristig besteht darüber hinaus die Gefahr des Verlustes spezialisierten Wissens aufgrund fehlender Förderung und Weiterbildung auf dem jeweiligen Spezialgebiet.

Durch die Einführung des CET ist in Europa ein hybrides System entstanden – verbunden mit der Hoffnung die Vorteile beider Systeme zu vereinen. So sind rund die Hälfte der qualifizierten Mitarbeiter der Generaldirektion von ihrer Ausbildung her Ökonomen und in die einzelnen Fachabteilungen integriert. Zum anderen wurde durch das CET eine auf ökonomische Fragestellungen spezialisierte Einheit gebildet, die weitestgehend unabhängig von rechtlichen Erwägungen die ökonomische Seite eines Falls diskutieren und vorantreiben

kann. Durch die direkte Berichterstattung an den Chefökonom besteht die Möglichkeit beim Vorliegen eines inhaltlichen Dissenses bezüglich der juristischen und ökonomischen Beurteilung des Falls diesen direkt in die obersten Entscheidungsebenen zu tragen und dort angemessen zu lösen. Dieses Vorgehen gewährt auch eine hinreichende Beachtung derartiger Konfliktpunkte bei der Erarbeitung zukünftiger Leitlinien und Verordnungen.

Unsere Erfahrungen mit der Struktur sind positiv. Doch sei es anderen überlassen, die Arbeit des CET zu beurteilen. An dieser Stelle sei allein darauf verwiesen, dass neben der direkten Wirkung des CET in Richtung einer qualitativen Verbesserung des ökonomischen Fundaments europäischer Wettbewerbskontrolle, auch die indirekte Signalwirkung nicht unterschätzt werden darf - dies gilt sowohl in Bezug auf die Innen-, wie auch Außenwirkung des CETs.

III. Ökonomische Analysetechniken in der Praxis

Wie bereits angesprochen liegt eine der Kernkompetenzen des CETs in der Durchführung, Leitung und Evaluierung ökonomischer, insbesondere empirischer Analysen in den verschiedenen Bereichen der Wettbewerbspolitik – dies reicht von Datenerhebungen und deskriptiver Statistik bis hin zu ökonometrischen oder statistischen Analysen.

Im Rahmen dieses Artikels soll nicht auf die einzelnen Methoden, ihre Vor- und Nachteile eingegangen werden. Vielmehr sollen einige allgemeine Problematiken bei der Anwendung ökonomischer Analysetechniken in der wettbewerbsrechtlichen Praxis angesprochen werden.

A. Besteht eine „Lücke“ zwischen Rechtslehre und Wirtschaftswissenschaften?

Unbestritten sind es die Wirtschaftswissenschaften, die die Grundlage für unser Verständnis wettbewerblicher Probleme liefern – und die Fortentwicklung des mikroökonomischen Ansatzes und der Methodik der empirischen Überprüfung ihrer Thesen hat fundamentale Fortschritte gemacht seit der „Erfindung“ der nicht-kooperativen Spieltheorie in den 50er Jahren durch John Nash.¹ Der deutschsprachige Raum hat sich lange schwer getan diese – in ihren Fundamenten sehr mathematisch ausgerichtete - Entwicklung mitzugehen, basiert der deutschsprachige Ansatz doch auf einer eher prozessorientierten, ordnungspolitisch ausgerichteten Tradition herausragender deutschsprachiger Ökonomen wie Schumpeter oder von Hayek (wenn auch nicht unerwähnt bleiben sollte, dass der einzige deutsche Nobelpreisträger der Ökonomie, Reinhard Selten, ein Spieltheoretiker ist und das einer der Gründungsväter der Spieltheorie, Oskar Morgenstern, ebenfalls in Deutschland geboren wurde und lange Zeit an der Universität Wien lehrte).

Unbestritten ist auch, dass es die Aufgabe von Juristen – Rechtsanwälten wie Richtern – ist, den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen ökonomische Argumente wirken, zu definieren und zu begrenzen. Insbesondere die Konsistenz von Regeln, die Notwendigkeit der Transparenz

¹ Einblicke in die Bedeutung von Nash für die Ökonomie findet man in dem Artikel von Roger B. Myerson (1999): Nash Equilibrium and the History of Economic Theory, Journal of Economic Literature, Band 37, S. 1067ff.

und der Praktikabilität sind Elemente die Ökonomen selten als „Highlights“ ihrer wirtschaftswissenschaftlichen Forschung ansehen.

Kaum deutlicher können die verschiedenen Sichtweisen von Juristen und Ökonomen charakterisiert werden, als durch den unterschiedlichen Umgang der beiden Disziplinen mit dem Begriff der „Gerechtigkeit“ (wie der Jurist sagt) oder „Fairness“ (wie der Ökonom sagt). Liegt für den einen der Begriff im Zentrum seines Denken und Handelns, stellt er für den anderen ein politisches Nirwana dar, welches gerne vermieden wird.

Es stellt sich die Frage, ob zwischen den beiden Wissenschaften, Jura und Wirtschaft, eine „Lücke“ besteht – um im Jargon der aktuellen Debatte um den „substanziellen Test“ zu bleiben. Zumindest bezüglich des Begriffes der Fairness scheint sich die Ökonomie Richtung Jura zu bewegen: Die neuere ökonomische Forschung ist weit offener, Fairness als Entscheidungsparadigma von Individuen zu akzeptieren. Es sei an dieser Stelle exemplarisch auf die Arbeiten des Schweizer Ernst Fehr und seines Teams² verwiesen, oder - um einen weiteren Nobelpreislaureaten zu nennen - an Daniel Kahneman, der im Jahr 2002 (gemeinsam mit Vernon L. Smith) den Nobelpreis für die Einbringung psychologischer Elemente, wie der begrenzten Rationalität, in die Ökonomie erhielt.

Anders erscheint jedoch die Entwicklung in Bereichen, die der Wettbewerbspolitik näher liegen. So hat die so genannte „New Empirical Industrial Organization“ (NEIO) zu einer breiten Facette an Modellen, empirischen Tests und industriespezifischen Ausnahmen geführt, die zumindest auf den ersten Blick schwer mit einer glaubwürdigen und robusten wettbewerbsrechtlichen Beurteilung in Deckung zu bringen sind. Entsprechend haben einige Autoren die Ansicht vertreten, dass die Mikroökonomie aufgrund ihrer Erfolge, Lösungen in der Welt des „Zweitbesten“³ anzubieten als auch vielfältige Modellvarianten zu entwickeln, an Entscheidungskraft verloren hat.⁴ Und tatsächlich erscheint als „worst case“-Szenario für die Bedeutung ökonomischer Analysen in der Wettbewerbspolitik das simple Neutralisieren konkurrierender, aber in ihrer Relevanz beliebig erscheinender Modellansätze im juristischen Diskurs.

Aus der Sicht der Autoren erscheint diese Sichtweise verkürzt. Tatsächlich hat die Methodik der Spieltheorie zu einer Modelvielfalt geführt. Doch ist das Problem der „Identifikation“ keines, welches durch Ökonomen erfunden wurde, noch eines, welches durch das Vermeiden von Ökonomie im juristischen Diskurs prinzipiell vermieden werden kann. Die Frage, ob basierend auf den empirisch beobachtbaren Fakten, zwischen zwei konkurrierenden

² Ein Überblick über das Konzept der Fairness und empirischer Evidenz für ein solches Verhalten findet man in Ernst Fehr und Klaus Schmidt: *Theories of Fairness and Reciprocity – Evidence and Economic Applications*, vorgetragen am 8. World Kongress der „Econometric Society“ in Seattle, 2000. Ein für den Wettbewerbsökonom beruhigendes Resultat findet man auf Seite 38 des Vortrags: „The self-interest model fails to explain the experimental evidence in many games in which only a few players interact, but it is very successful in explaining the outcome of competitive markets. It is a well-established experimental fact that in a broad class of market games prices converge to the competitive equilibrium.“

³ „Zweitbest Lösungen“ („second-best solutions“) beschreiben optimale Lösungen bei Bestehen gewissen Restriktionen. Liegt zum Beispiel Nachfragemacht beim Handel – was ein Marktversagen beschreibt – und kann dieses Marktversagen nicht direkt gelöst werden (zum Beispiel durch strukturelle Maßnahmen in diesem Markt, die „first-best solution“), so kann das Zulassen von Konzentrationen auf der vorgelagerten Produktionsstufe zu einer Verbesserung der Konsumentenrente beim Endkunden führen („second-best solution“).

⁴ Eine Zusammenfassung der verschiedenen Standpunkte und möglicher Lösungsansätze können in der Arbeit von Sutton (2002) gefunden werden. John Sutton (2002): *Market Structure. The bounds approach*. http://personal.lse.ac.uk/sutton/market_structure_bounds_sutton.pdf. Erscheint in Mark Armstrong und Robert Porter (Hrsg.): *Handbook of Industrial Organization*, Band III, forthcoming 2005.

theoretischen Modellen in Bezug auf ihre Aussagekraft unterschieden werden kann – dies ist das Problem der Identifikation -, ist so alt wie die Sozialwissenschaften selbst. Vielmehr bietet die moderne Industrieökonomie Methoden theoretischer, wie auch empirischer Art an, die unser Verständnis von der Wirklichkeit verändert haben und die neue Möglichkeiten der Identifikation bieten, die zuvor nicht denkbar waren. Die neuen Erkenntnisse in der Auktionstheorie stehen dabei repräsentative für zahlreiche weitere Beispiele.

Tatsächlich stellt sich die Frage, ob durch Fortschritte in der ökonomischen Wissenschaft Themenbereiche erwachsen, für die a) die generelle ökonomische Einschätzung nicht mit der aktuellen, juristischen Beurteilung in Einklang zu bringen ist und b) wichtige Sonderfälle identifiziert (!) werden können, die eine von der allgemeinen Regel abweichende Beurteilung erlauben. Diesen Abstimmungsprozess permanent, undogmatisch und offen zu führen ist einer der Grundpfeiler moderner Wettbewerbspolitik und eines der Leitbilder des CETs.

B. Denken im Modell: Chancen und Gefahren

Grundlegend für das Verständnis ökonomischer Ideen, ist das Denken in Modellen und die Akzeptanz, dass jedes logische Argument auf einem Modell basiert. Die Tatsache, dass Ökonomen Modelle zu meist in der Sprache der Mathematik und nicht in der Sprache des Wortes fassen, ist Auslöser vieler Missverständnisse. Juristen reagieren in zweierlei Weise auf ein „mathematisches Modell“: entweder sie ignorieren es (und versuchen durch Einsatz von Experte und Gegen-Experte die ökonomische Analyse zu neutralisieren und zur juristischen Tagungsordnung überzugehen), oder sie stecken zu hohe Erwartungen in das Modell (und fordern ein Meta-Model, welches alle denkbaren Industrieigenschaften und Wirkungszusammenhänge sicher nachzeichnen kann). Letztlich erscheinen diese Probleme als reine Übersetzungsprobleme, wobei es vor allem die Aufgabe des Ökonomen ist, die Übersetzungsarbeit zu leisten.

Die Chance, die im theoretischen Modell liegt, sind dreierlei: Erstens werden die Annahmen, auf denen bestimmte Wirkungszusammenhänge basieren, offen gelegt. Zweitens eröffnet sich die Möglichkeit der Überprüfung der abgeleiteten Zusammenhänge sowie der Modellannahmen. Drittens können Effekte – aufgrund ihrer mathematischen Formulierung – quantifiziert werden und somit gegeneinander in ihrer Relevanz abgewogen werden.

Verschieden Methoden bestehen, um theoretische Modelle empirisch zu überprüfen: deskriptive Statistik von relevanten Marktfaktoren, natürliche Experimente, simple Korrelationsanalysen bis hin zu komplexen ökonometrischen Verfahren, Simulationen und Laborexperimente. Alle diese Methoden haben ihre Berechtigung und sind in der Anwendung komplementär. Doch muss darauf hingewiesen werden, dass gegeben den Rahmen der Wettbewerbskontrolle in erster Linie einfache und robuste Methoden von Relevanz sind. Es kann nicht hinreichend betont werden, dass die Gewinnung qualitativ hochwertiger Daten von substantiellen Marktparametern, wie Preise, Umsatz, Marktanteile oder Kosteninformationen im Mittelpunkt der empirischen Marktanalyse steht und seine zentrale Funktion auch behalten wird.

Einfache Techniken können die Notwendigkeiten einer Analyse im Wettbewerbsverfahren – nämlich einer kurzfristig verfügbaren, faktenbasierten und nicht-manipulierbaren Marktanalyse - oftmals weitaus besser erfüllen als komplexe Verfahren. Natürliche Experimente sind ein Beispiel dafür. Natürliche Experimente beschreiben historische

Ereignisse, die die Identifikation (!) des Zusammenhangs zwischen zwei Variablen erlauben – so kann zum Beispiel der Austritt einer Firma aus dem Markt Rückschlüsse auf den Zusammenhang zwischen der Anzahl von Wettbewerbern und den Marktpreisen liefern, so lang andere Wettbewerbsparameter sich nicht in der relevanten Periode verändern. Eine Analyse natürlicher Experimente wird in der Regel bereits durch die zuvor benannte Gewinnung substantieller Marktparameter möglich. Sie beschreibt die ökonomisch qualifizierte Interpretation der Marktdaten unter Beachtung des Konzepts der Identifikation.

Natürlich kann eine solche „einfache“ Analyse durch komplexe ökonometrische Verfahren ergänzt werden. Und – aus einer rein wissenschaftlichen Perspektive – kann durchaus die Überlegenheit des ökonometrischen Verfahrens vermutet werden, gegeben hinreichend viele Datenpunkte und ein hinreichendes Qualitätsniveau der Analyse. Jedoch ist Vorsicht geboten diese wissenschaftliche Beurteilung auf die Wettbewerbskontrolle zu übertragen. Der wissenschaftliche Diskurs bietet einen gänzlich anderen Rahmen der Qualitätskontrolle und der individueller Anreize und Motive. „Peer-review“ während Konferenzpräsentationen oder im Publikationsverfahren, Offenlegung und Langfristigkeit sind Elemente der Qualitätssicherung, die in Wettbewerbsverfahren in dieser Form nicht bestehen. Altruismus und Toleranz konkurrierender Ideen sind Eigenschaften, die in einem Feld wohl definierten ökonomischen Interesses geringeres Gewicht zukommen. Insbesondere im Fall der Fusionskontrolle erscheint es daher geboten – aufgrund des engen zeitlichen Rahmens und des hypothetischen Charakters der Analyse - robuste empirische Methoden gegenüber spezialisierten theoretischen Modellen zu präferieren.⁵

Die Lehren, die aus diesen Überlegungen gezogen werden können sind zweierlei: Zum einen muss es eine Bereitschaft geben, die Chancen, die die ökonomische Wissenschaft bietet zu nutzen. Dies erfordert von Seiten der Ökonomen ein hohes Maß an Qualitätskontrolle und Offenheit, von Juristen eine Bereitschaft Grundkonzepte der theoretischen und empirischen Ökonomie zu akzeptieren.

Zum anderen sind auch die Grenzen komplexer ökonomischer Analysen deutlich zu erkennen. Innovationen, Qualitätsverbesserungen oder vertikale Wirkungen von Firmenzusammenschlüssen sind ökonomisch entscheidende Effekte, die jedoch weitaus schwieriger theoretisch modelliert und vor allem empirisch verifiziert werden können, als reine Preiseffekte im homogenen Oligopol. Eine spezialisierte theoretische oder empirische ökonomische Analyse kann nicht die facettenreiche Abwägung eines Wettbewerbsproblems ersetzen. Sie kann jedoch Antworten auf konkrete Teilprobleme geben, die entscheidend für die Gesamtbeurteilung eines Falles sein können.

C. Über die Notwendigkeit klarer Regeln: einige abschließende Bemerkungen

⁵ Allerdings muss auch darauf verwiesen werden, dass insbesondere im Fall einer richterlichen Überprüfung der Kommissionsentscheidung ein sehr hoher Standard der Überprüfung erreicht wird. So waren z.B. in den Gerichtsverfahren vor dem Gericht erster Instanz bezüglich der Untersagung der Fusion von GE und Honeywell nicht weniger als zehn renommierte Ökonomen persönlich oder durch Gutachten vertreten. Die Pflicht zur Offenlegung und der Austausch der zugrunde liegenden Daten und Methoden führen in diesen Fällen unter Umständen sogar zu einer höheren Qualitätsbeurteilung der ökonomischen Analyse als sie im Rahmen des wissenschaftlichen Diskurses – bezüglich einer speziellen Arbeit - erreicht werden kann.

Schon aus dieser allgemeinen Sichtweise wird deutlich, dass klare Regeln notwendig sind, um eine sinnvolle Einbindung - auch komplexer - ökonomischer Analysen zu gewährleisten.

Insbesondere kann festgehalten werden, dass ökonomische Analyse in der Wettbewerbspolitik in der Regel auf einfachen, robusten Modellen und Methoden beruhen sollte, die jedoch hinreichend konsistent mit der modernen ökonomischen Theorie sind. Technisch komplexe Verfahren können immer nur komplementär zu dieser Analyse sein⁶, sollte sich auf wohl definierte Teilprobleme konzentrieren und auf angemessene Art und Weise die ihnen zugrunde liegenden empirischen Annahmen offen legen und begründen, als auch die Robustheit ihrer Ergebnisse benennen.

Im Fall komplexer ökonomischer Analysen sollte, um eine sinnvolle Konzentration der Arbeit auf entscheidungsrelevante Fragestellung zu gewährleisten und um eine Konvergenz unterschiedlicher ökonomischer Meinungen bezüglich marktrelevanter Faktoren zu erreichen, eine frühzeitige und unrestringierte Kommunikation zwischen Ökonomen der verschiedenen Seiten ermöglicht werden. Die Ergebnisse, die Intuition und die Annahmen der Analyse müssen jedoch auch für Juristen verständlich und überprüfbar sein.

Sicherlich können weitere Regeln gefunden werden, die die Integration ökonomischer Analyse fördern ohne die juristische Stringenz der Wettbewerbskontrolle zu gefährden. In diesem Rahmen sei insbesondere auf die Anstrengungen der amerikanischen Kollegen an der FTC verwiesen, die durch „Best Practice“-Regeln den Rahmen für entscheidungsrelevante ökonomische Analysen zu definieren versuchen.⁷ Ebenso sei auf die Anstrengungen der ökonomischen Wissenschaft verwiesen, Verfahren zu vereinfachen und entsprechend der wettbewerbspolitischen Wirklichkeit anzupassen.⁸ Eine Aufgabe, die sich auch das CET gestellt hat.

IV. Die neue Fusionskontrolle aus einem ökonomischem Blickwinkel

A. Allgemeine Bemerkungen

Die neue Verordnung und die entsprechenden Leitlinien zur Zusammenschlusskontrolle stellen aus unserer Sicht eine deutliche Verbesserung dar: Der Zusammenhang zwischen moderner ökonomischer Analyse und der Verordnung bzw. den Leitlinien ist deutlicher geworden. Die aus den Leitlinien deutlich werdende Festlegung auf einen Konsumentenstandard, die Klarstellung des substantiellen Tests im Sinne eines wirkungsbasierten Ansatzes, die Differenzierung zwischen koordinierten und nicht-koordinierten Effekten und die Benennung relevanter Ausgleichsfaktoren, inklusive

⁶ Die Eigenschaft der Komplementarität zu einfachen Methoden impliziert nicht, dass komplexe Analysen nicht Fall entscheidend werden können. Es bedeutet jedoch, dass sie nicht losgelöst von einer einfachen Marktanalyse bestehen können und Widersprüche zu z.B. natürlichen Experimenten nicht durch einen simplen Verweis auf die Überlegenheit der Methodik gelöst werden können.

⁷ Diverse Publikationen der FTC zum Thema findet man unter: <http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/index.htm>.

⁸ Beispielhaft sei hier auf den Vortrag von Ariel Parkes (2003): Common Sense and Simplicity in Empirical Industrial Organization, Grundsatzrede, International Industrial Organization Conference, Boston und auf die Arbeit von Paul Klemperer (2002): Using and Absuing Economic Theory, Alfred Marshall Lecture, European Economic Association, Venedig, hingewiesen.

Effizienzgesichtspunkten, beschreiben Elemente einer modernen, ökonomischen Wettbewerbskontrolle.

Im Vergleich zu der bisherigen rechtlichen Basis stellen insbesondere die Klarstellungen in Bezug auf den substantiellen Test und parallel dazu die Annahme des Konzepts unilateraler Effekte, sowie die explizite Benennung einer Effizienzanalyse im Sinne eines integrierten Ansatzes, zentrale Elemente der Reform dar.

Entsprechend wird im Folgenden einen kurzen Überblick über das Konzept koordinierter und nicht-koordinierter Effekte gegeben, ihre ökonomische Interpretation und ihre Bedeutung für die empirische Analyse werden diskutiert. In einem weiteren Abschnitt wird auf die Effizienzanalyse im Kontrollverfahren eingegangen.

B. Der Test

Die veränderte Wortwahl im substantiellen Test ist in der Zwischenzeit zahlreich kommentiert worden: Das Konzept der Dominanz, welches zuvor das entscheidende und notwendige Prüfkriterium in der Beurteilung eines Firmenzusammenschlusses definierte, ist in der neuen Verordnung als entscheidende Untermenge einer wettbewerbslichen Wirkungsanalyse interpretiert worden.

Aus einem ökonomischen Blickwinkel erscheint diese sprachliche „Klarstellung“ als sinnvoll, aber substantiell wenig elementar. Der Grund liegt in dem für Ökonomen prinzipiell schwer fassbaren Begriff der Dominanz, der in der ökonomischen Literatur durch ein relativ spezielles ökonomisches Modell belegt ist – nämlich das Modell einer Firma, die eine dem Monopol nahe kommende Marktstellung inne hat und einer so genannten „competitive fringe“, einer Gruppe sehr kleiner Unternehmen, die als reine Preisnehmer agieren. Sicherlich beschreibt dieses Modell ein Paradebeispiel wettbewerbsrechtlicher Dominanz, aber mit ebensolcher Klarheit repräsentiert es nicht die Gesamtheit ökonomischer Marktspiele, die unter dem alten substantiellen Test verboten werden konnten – und auch zukünftig verboten werden sollten. Der häufig zitierte Baby-Food-Case in den USA (Heinz/ Beech-Nut) beschreibt einen Fall, der nicht unter das enge ökonomische Modell einer dominanten Firma fällt, sehr wohl aber wettbewerbsrechtlich kritisch beurteilt werden kann.⁹

Auch die von den Gerichten entwickelte Definition einer dominanten Marktposition ist für Ökonomen nicht direkt übersetzbar. So wurde in relevanten Entscheidungen vom Europäischen Gerichtshof eine dominante Marktstellung wie folgt definiert: „Die wirtschaftliche Machtstellung eines oder mehrerer Unternehmen, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihnen die Möglichkeit verschafft, sich ihren Konkurrenten, ihren Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.“¹⁰

⁹ In dem Fall handelt es sich um einen Zusammenschluss des zweit- (Heinz, 17,4% Marktanteil) und drittgrößten (Beech-Nut, 15,4% Marktanteil) US Anbieter für Baby-Nahrung. Der Marktführer, Gerber, hatte einen Marktanteil von 65%. Die von der FTC vorgetragenen Wettbewerbsbedenken beruhten jedoch nicht auf ein wettbewerbswidriges Verhalten des – gegeben die Marktdefinition - möglicherweise als dominant zu bezeichnenden Marktführers, sondern auf einer Reduktion des Wettbewerbs zwischen Heinz und Beech-Nut.

¹⁰ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Paragraph 2.

Die Feststellung eines Ökonomen auf eine solche Definition ist die, dass auch ein Monopolist seine Preise und sein Marktverhalten nicht unabhängig von Konsumenten und Wettbewerbern trifft. Selbstverständlich variiert ein Monopolist oder eine dominante Firma ihre Preise entsprechend den Nachfrageschwankungen. Tatsächlich sind es gerade die Reaktionen dominanter Firmen auf tatsächliche oder potentielle Wettbewerber, die unter Art. 82 auf ihre Wettbewerbswidrigkeit geprüft werden.¹¹

Faktisch jedoch wurde in der Rechtsprechung – auch vor der Reform der Fusionskontrollverordnung – die Bedeutung der wettbewerbshemmenden Wirkungen einer Konzentration als Prüfkriterium hervorgehoben.¹² Ein Ansatz der wiederum für Ökonomen sehr einfach zu interpretieren ist.

Um auf unser Wortspiel vom vorangegangenen Abschnitt zurück zu kommen, so erscheint es, dass eine „Lücke“ zwischen ökonomischen Sprachgebrauch und wettbewerblicher Praxis bestand, der – insbesondere wenn das politische Ziel eine Annäherung der Wettbewerbskontrolle an die ökonomische Wissenschaft ist – einer Klarstellung bedurfte. Letztlich besteht aber Übereinstimmung zwischen allen Beteiligten, dass es das Ziel des neuen wie auch des alten substantiellen Tests ist, bzw. war, Situationen potenzieller Marktmacht zu identifizieren, und zu überprüfen, ob durch den Zusammenschluss Marktmacht gebildet oder substantiell erhöht wird – zum Nachteil der Verbraucher.

C. Koordinierte und nicht-koordinierte Effekte: Intuition und empirischer Ansatz

Ein weiteres Beispiel für eine verbesserte Anbindung ökonomischer Theorie an die wettbewerbsrechtliche Praxis ist die explizite Unterscheidung zwischen koordinierten und nicht-koordinierten Effekten. Tatsächlich können diese beiden Effekte auf ähnliche Marktkonstellationen zutreffen: Märkte mit relativ symmetrischen Wettbewerbern und hohen Eintrittsbarrieren. Beide Effekte können in derartigen Märkten zu substantiellen Preissteigerungen führen.

Doch sind die, den Preissteigerungen unterliegenden, ökonomischen Mechanismen gänzlich andere und in gängigen ökonomischen Modellen wohl definiert. So sind sich Ökonomen einig, was man unter nicht-koordinierten Effekten verstehen muss. Motta beschreibt nicht-koordinierte Effekte kurz und bündig wie folgt: „In technical terms, we are comparing the one-shot non-co-operative equilibrium in the industry before and after the merger.“¹³ So wenig hilfreich diese Definition für Juristen seien mag, so wichtig ist sie doch für Ökonomen, bietet sie doch einen klaren Ansatzpunkt für die ökonomische Theorie und damit für empirische Analysetechniken, wie z.B. Preissimulationen.¹⁴

¹¹ Tatsächlich wurde im Rahmen der „Merger Review“ eine Neu-Definition des Begriffs in diesem Sinne vorgeschlagen. COM(2002) 711 final, Paragraph 20/21.

¹² So zum Beispiel im Fall T-342/99, Airtours/ Kommission, ECR II-02585, Absatz 58 und 82.

¹³ Massimo Motta (2004): Competition Policy, Cambridge, UK. Zur Klarstellung, sei darauf verwiesen, dass das Buch von Motta ausgesprochen intuitiv geschrieben und auch für Nicht-Ökonomen lesenswert ist. Die zitierte Stelle entstammt einer Fußnote.

¹⁴ Ein weitere „Klarstellung“, die sich durch die deutliche Anbindung an die ökonomische Theorie ergibt, ist die Akzeptanz eines Gleichgewichtsansatzes im Kontrast zu einer partiellen Analyse von Effekten. Entsprechend dem ökonomischen Konzept eines Gleichgewichts müssen auch Gegenstrategien der Wettbewerber berücksichtigt werden – soweit es der hypothetische Rahmen der Fusionskontrolle erlaubt.

Eine intuitivere Erklärung des Unterschieds zwischen koordinierten und nicht-koordinierten Effekten kann in der anders gearteten Berücksichtigung der eigenen Firmenstrategie im zukünftigen Verhalten von Wettbewerbern gefunden werden.¹⁵ Im Fall nicht-koordinierter Effekte berücksichtigt eine Firma nicht, welche Reaktion ihr gegenwärtiges Preissetzungsverhalten¹⁶ auf das zukünftige Verhalten der Konkurrenten hat. Im Fall koordinierten Verhaltens wird genau dieser strategische Zusammenhang ausgenutzt. So wird zum Beispiel, im Rahmen einer denkbaren taktischen Kooperation („tacit collusion“) in einer Industrie, eine Firma, die in einer Periode von der „vereinbarten“ Monopolmenge abweicht, in der Folgeperiode durch einen „Preiskrieg“ bestraft. Derart taktische Koordination kann – ohne jegliche vertragliche Fixierung – zu einem Preisniveau nahe dem Monopolpreis führen.

Entsprechend dieser ökonomisch sehr unterschiedlichen Konzepte macht es Sinne, die Effekte analytisch zu trennen und entsprechend unterschiedlich sind die Bedingungen, die zu ihrem empirischen Nachweis notwendig sind.

Betrachtet man die Elemente, die zur Feststellung nicht-koordinierter Effekte notwendig sind, so stellt man fest, dass diese weitestgehend mit den Elementen der traditionellen Dominanzanalyse übereinstimmen. So benennen die Leitlinien die folgenden Beurteilungskriterien:

- Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen
- Die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber
- Begrenzte Möglichkeit der Kunden, zu einem anderen Anbieter zu wechseln
- Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich
- Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern
- Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss

Auch die unter dem zweiten Punkt explizit benannten empirischen Methoden zur Messung der Substituierbarkeit (Erhebung von Kundenpräferenzen, Analyse des Kaufverhaltens, Schätzung der Kreuzpreiselastizitäten oder der Diversion Ratios, Bieteranalysen) stellen keine Abweichung von der bestehenden Praxis dar.

Basierend auf der gänzlich abweichenden ökonomischen Logik von „Tacit-Collusion“-Modellen – und auf der vom Gericht erster Instanz getroffenen Entscheidung im Fall Airtours/First Choice - werden zur Beurteilung koordinierter Effekte abweichende Kriterien zur Prüfung herangezogen. So ist Koordination wahrscheinlicher in Märkten in denen die Rahmenbedingungen der Koordination leichter festgelegt werden können und in denen die Dauerhaftigkeit der Koordination gewährleistet werden kann. Letztere ist der Fall, wenn drei Bedingungen gelten:

- **Marktransparenz:** die koordinierenden Unternehmen müssen im ausreichenden Maße überwacht werden können

¹⁵ An dieser Stelle sei auf die zwei ökonomischen Studien hingewiesen, die die Intuition, die theoretische Konzeption und die empirische Nachweisbarkeit der beiden Typen von Effekten darstellen und im Auftrag von DG COMP durchgeführt wurden: M.Ivaldi, B.Jullien, P. Rey, P. Seabright und J. Tirole (2003): The Economics of Tacit Collusion/ The Economics of Unilateral Effects, Reports for DG COMP. Zu finden unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>.

¹⁶ Dies gilt entsprechend für andere Wettbewerbsparameter wie z.B. Investitionen in Kapazität oder R&D.

- **Disziplinierungsmechanismus:** es müssen, im Fall von Abweichung, glaubhafte Abschreckungsmechanismen greifen
- **Gegenstrategien Dritter:** außenstehende Firmen, sowie Kunden können die Koordination nicht konterkarieren

Sicherlich kommt dem Kriterium der Transparenz eine besondere Rolle zu, ist sie doch notwendig, um die Koordination zu initiieren als auch zu erhalten. Disziplinierung ohne Transparenz ist nicht denkbar. Eine empirische Überprüfung ist in der Regel möglich. Doch ebenso wichtig ist ein klares Verständnis des Wettbewerbsverhaltens auf den Märkten. Welches sind die wesentlichen strategischen Variablen in einem spezifischen Markt? Preise? Kapazitäten? Innovationen? Erfolgt die Koordinierung über einige, oder alle Variablen? usw.

Schließlich sollte darauf verwiesen werden, dass trotz der Klarheit des theoretischen Konzeptes koordinierter Effekte, die empirische Beweisführung nicht immer dieselbe Stringenz aufweist. So stellen sich zum Beispiel im Rahmen der empirischen Analyse existierender Koordination pre-merger, gewisse konzeptionelle Fragen. So ist, um ein Beispiel zu nennen, ein beobachtetes Parallelverhalten in den Preisen konsistent sowohl mit der Annahme kooperativen Verhaltens als auch mit der perfekten Wettbewerbs.

Entsprechend kann eine empirische Analyse zu einer Existenzvermutung führen; ein direkter „Beweis“ bestehender taktischer Koordinierung erscheint empirisch jedoch schwierig zu erbringen. Es bleibt abzuwarten, ob die verfügbaren empirischen Elemente eine gerichtsfeste Basis für eine Untersagung bieten. Das CET wird diesen Prozess konstruktiv mitgestalten. Die bestehenden Leitlinien bieten jedenfalls den notwendigen Rahmen für eine ökonomisch sinnvolle Analyse, die Fallpraxis wird konkrete Lösungsansätze aufzeigen.

D. Strukturindikatoren: Marktanteile und HH-Index

Im Sinne einer ersten empirischen Annäherung greifen die Leitlinien sowohl auf den bewährten Indikator „Marktanteile“ als auch auf den in Europa bisher wenig verwendeten Herfindahl-Hirschman-Index zurück.¹⁷ Die Leitlinien machen sehr deutlich, dass diese einfachen Marktstrukturindikatoren nur ein erstes Screening-Instrument darstellen und dass die anhand dieser Indikatoren definieren Ausnahmereiche nur „soft safe harbor“ Bereiche charakterisieren – ein Zusammenschluss der unterhalb dieser Grenzwert fällt, kann bei vorliegen fallspezifischer Besonderheit durchaus kritisch beurteilt werden. Ebenso besteht keine Automatismus in dem Sinne, dass ein Zusammenschluss, der oberhalb der Grenzwerte liegt, nicht im Einklang mit den europäischen Wettbewerbsregeln steht.

Im Fall von Marktanteilen benennen die Leitlinien zwei Bereiche: zum einen den Bereich oberhalb von 50%, der das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vermuten lässt und ein Bereich unterhalb von 25%, der die Kompatibilität der Fusion nahe legt. Bezüglich des HH-Index werden drei Bereiche genannt: In Märkten mit einem HH-Index post-merger kleiner als 1000 werden typischerweise keine wettbewerbsrechtlichen Probleme erwartet. Tatsächlich handelt es sich in diesem Fall um Märkte mit mindestens 10 Wettbewerbern.¹⁸

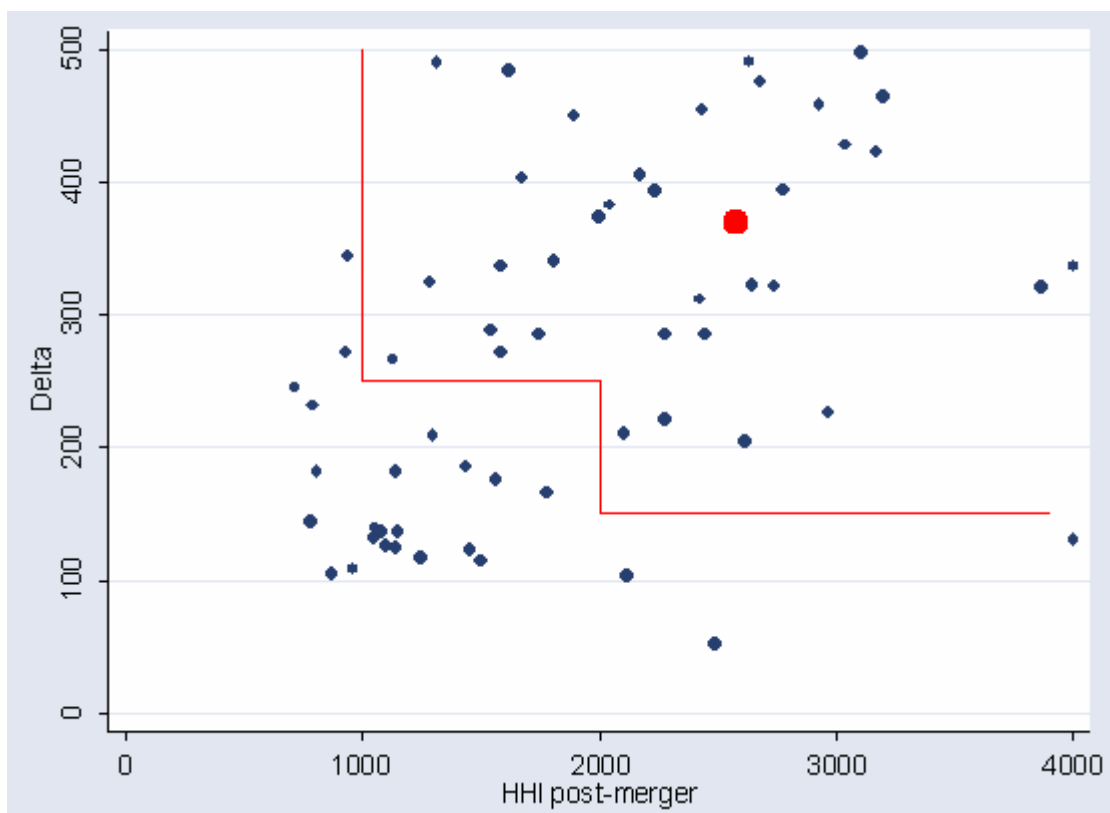
¹⁷ Der Herfindahl-Hirschman-Index beschreibt die Summe der quadrierten Marktanteile der Firmen im relevanten Markt. Das „Delta“ beschreibt die Veränderung des Index aufgrund des Zusammenschlusses.

¹⁸ Der HH-Index ist am geringsten im Fall symmetrischer Marktanteil und steigt mit abnehmender Anzahl an Unternehmen. Im Fall von 10 Wettbewerbern mit Marktanteilen von jeweils 10% erreicht der HH-Index genau

Des Weiteren wird ein Bereich zwischen 1000 und 2000 Punkten und einem Delta-Wert kleiner als 250, bzw. ein Bereich oberhalb von 2000 Index-Punkten und einem Delta-Wert kleiner als 150 als unbedenklich eingestuft, solange nicht andere fallspezifischen Aspekte gegen eine solche Einschätzung sprechen. Abbildung 1 zeichnet die Grenzen der „soft safe harbour“ Region basierend auf dem HH-Index ab.

Bringt der HH-Index über die bestehenden Marktanteilsschwellen hinaus relevante Information, so könnte man fragen. Und tatsächlich können Beispiele in diesem Sinne identifiziert werden. Angenommen in einer hypothetischen Marktsituation existieren 5 Firmen, drei mit einem Marktanteil von jeweils 25%, zwei mit einem Marktanteil von jeweils 12.5%. Fusionieren die beiden kleineren Wettbewerber, so erreichen sie zwar einen gemeinsamen Marktanteil von 25% - welcher zur Vermutung der Kompatibilität führen würde – der Post-Merger HH-Index liegt dagegen mit 2500 Punkten und einem Delta-Wert von 381 deutlich über den kritischen Werten (siehe roter/ großer Punkt). Und tatsächlich können Fusionen mit derartigen Marktanteilkombinationen zu signifikanten unilateralen Preiseffekten führen.¹⁹

Abbildung 1: Schwellenwerte des HH-Index



Anmerkung: schwarze (kleine) Punkte: HHI/Delta-Kombinationen hypothetischer Zusammenschlüsse. Roter (großer) Punkt: im Text benanntes Beispiel.

den Wert 1000. Entsprechend liegt er oberhalb dieses Wertes für jede andere Kombination an Marktanteilen und weniger als 10 Firmen.

¹⁹ So wird in der zuvor zitierten Studie von Ivaldi et al. („Unilateral Effects“, S.56) anhand eines vergleichbaren theoretischen Beispiels einer 5 zu 4 Fusion im symmetrischen Cournot Modell ein Preiseffekt von über 5% berechnet.

Auf einen weiteren Vorteil derartiger Indikatoren sollte hingewiesen werden: Indikatoren können sehr wertvoll sein im Rahmen eines ex-post Monitoring der Wettbewerbspolitik. Entsprechend der zukünftigen Erfahrung mit diesen Indikatoren kann die Eingriffsschwelle verifiziert werden und die Beurteilung der Wettbewerbspolitik aus einer „Makro“-Perspektive erfolgen.

Wir möchten nicht die Bedeutung derartiger Indikatoren überbetonen – sie können nur ein erstes Screening leisten. Ein „mehr“ an Ökonomie bedeutet grade nicht ein starres Blicken auf simple Indikatoren - aber doch die Bereitschaft empirische Evidenz in seiner Verschiedenartigkeit zu nutzen und in einem qualifizierten Abwägungsprozess in die Entscheidung mit einfließen zu lassen. In diesem Sinne soll auch auf die drei Typen von Ausgleichsfaktoren hingewiesen werden, die in diesen Abwägungsprozess mit einfließen: kompensierende Nachfragemacht, Markteintritt und Effizienzen. Dem letzten dieser Aspekte wollen wir uns im Folgenden zuwenden.

E. Effizienzanalyse

1. Brauchen wir eine Effizienzanalyse im Einzelfall?

Marktmacht und das Erzielen von Effizienzen sind die beiden möglichen Ziele eines Firmenzusammenschlusses – bleibt man im Rahmen gewinnmaximierender Verhaltensmaximen von Unternehmen. Die Beurteilung der Marktmacht liegt im Zentrum der Wettbewerbsanalyse und es stellt sich die Frage, ob eine Einbeziehung von Effizienzabwägungen in die Fusionskontrolle überhaupt von Nöten ist. Dies gilt insbesondere in soweit als dass die Kosten der Informationsgewinnung sowohl für die betroffenen Firmen, wie auch für die kontrollierende Behörde relative hoch sind. Weiterhin impliziert auch ein Verfahren ohne einzelfallabhängige Effizienzanalyse die Annahme einer gewissen durchschnittlichen Effizienz. Andernfalls müsste jede – und nicht nur eine signifikante – Beeinträchtigung des Wettbewerbs die Untersagung des Zusammenschlusses auslösen. Empirische Analysen deuten jedoch darauf hin, dass unter gewissen Umständen eine einzelfallabhängige Effizienzanalyse notwendig ist.

Die empirische Überprüfung, ob Firmenzusammenschlüsse a) profitable sind und b) die gesteigerte Profitabilität auf gewonnener Marktmacht oder verbesserter Effizienz beruht, ist nicht einfach. Die wissenschaftliche, empirische Literatur hat mit vielfältigen Methoden versucht diese Fragen zu beantworten. Die Ansätze reichen von Ereignisstudien, über spezielle Industriestudien bis hin zu cross-country Studien.²⁰

Die Ergebnisse sind gemischt und spiegeln ein sehr unterschiedliches Bild bezüglich der Wirkung von Firmenzusammenschlüssen auf den „Shareholder Value“, die Firmenprofitabilität oder die Marktanteile wider. Jüngste Ergebnisse deuten jedoch daraufhin, dass es im Durchschnitt Marktmachtargumente sind, die die Profitabilität der

²⁰ Ein Überblick über die Arbeiten findet man in L.-H.Röller, Johan Stennek und Frank Verboven (2001): Efficiency gains from mergers. European Economy, S.58 ff.

Zusammenschlüsse dominieren.²¹ Zum anderen zeigen Einzelfallstudien zum Teil erhebliche Effizienzgewinne auf.

Es ist diese starke Schwankung individueller Fälle um den Durchschnittswert, die eine Einzelfallanalyse nahe legt und signifikante Wohlfahrtsgewinne durch eine einzelfallabhängige Effizienzanalyse verspricht.

2. Der Ansatz der Kommission: Integrierte Beurteilung und konservativer Bewertungsmaßstab

Gegeben diese potentiellen Wohlfahrtsgewinne erscheint es begrüßenswert, dass die Kommission eine Effizienzanalyse explizit in ihre Leitlinien mit aufgenommen hat. Doch hat sie einen konservativen Bewertungsmaßstab angelegt. Im Zentrum des Ansatzes liegt die Vorstellung, dass Effizienzen in die Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses mit einzubeziehen sind, die „geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil für die Verbraucher zu beleben, wodurch die nachteiligen Wirkungen dieser Fusion auf den Wettbewerb entgegengewirkt werden kann.“²²

Die Leitlinien nennen drei wesentliche Voraussetzungen damit Effizienzgesichtspunkte in der Analyse mitberücksichtigt werden können:

- Sie müssen dem Konsumenten zugute kommen.
- Sie müssen fusionspezifisch sein.
- Sie müssen überprüfbar sein.

Wir möchten drei Aspekte hervorheben:

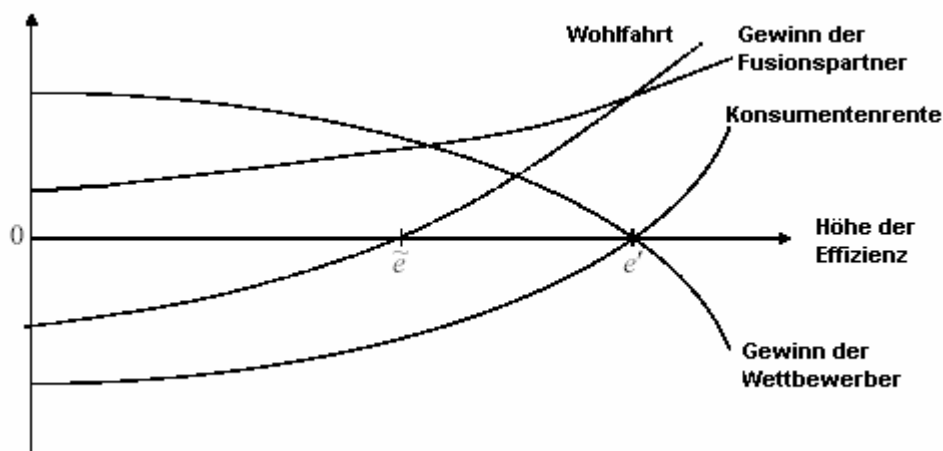
1. Basierend auf Artikel 2(1)(b) wird in den Leitlinien ein Konsumentenstandard postuliert. Dies stellt bereits ein konservatives Maß dar, erlaubt es doch allein die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen, die an den Konsumenten weitergereicht werden. Abbildung 2 macht dies anhand eines Standard-Oligopolmodells, dem Cournot-Oligopol mit homogenen Gütern, deutlich. Die Abbildung zeigt die durch einen Firmenzusammenschluss induzierte Veränderung in den Gewinnen der Firmen – sowohl die der fusionierenden Unternehmen als auch die der Wettbewerber -, sowie die Veränderung der Konsumentenrente und der

²¹ So finden Gugler et al. basierend auf einem Datensatz von knapp 15.000 weltweiten Firmenzusammenschlüssen eine überdurchschnittliche Profitabilität der fusionierten Unternehmen im Vergleich zur relevanten Kontrollgruppe. Fünf Jahre nach dem Zusammenschluss waren die fusionierten Unternehmen um gut 8% profitabler. Die durchschnittlichen Absatzzahlen waren dagegen geringer als in der Kontrollgruppe. Fünf Jahre nach dem Zusammenschluss lagen sie um knapp 15% unter den Absatzzahlen der Kontrollgruppe. Dieses weltweite Muster kann auch für Europa bestätigt werden. Es ist konsistent mit der Annahme von Marktmacht, nicht jedoch von Effizienzgewinnen als dominierendes Motive der Firmenzusammenschlüsse. Siehe K.Gugler, D.C.Mueller, B.B. Yurtoglu und C. Zulehner (2003): The effects of mergers: an international comparison, *International Journal of Industrial Organization*, 21, S.625ff. Ähnlich auch die Ergebnisse von Duso et al., die - aufgrund einer Analyse der Aktienkursentwicklung nach Ankündigung einer Fusion - von 164 analysierten Zusammenschlüssen 80 identifizieren, bei denen Marktmacht Motive dominierten. Dies entspricht knapp 49% der Fälle. Der Datensatz enthält alle bis 2001 bei der Kommission angemeldeten Phase II-Merger und einen Zufallssample von Phase I Fällen. Siehe Duso, Neven, Röller (2003): The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data, WZB.

²² Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Paragraph 77.

Wohlfahrt (im Sinne der Summe von Firmengewinnen und Konsumentenrente). Man erkennt, dass mit zunehmenden fusionsspezifischen Effizienzen der Gewinnzuwachs für die fusionierten Firmen ebenso zunimmt, wie auch die Veränderung der Konsumentenrente und der Gesamtwohlfahrt. Die Gewinnzuwächse der Konkurrenten nehmen dagegen mit zunehmenden Effizienzvorteilen der fusionierten Firmen ab. Entscheidend ist jedoch, dass das Effizienzniveau, das mindestens notwendig ist, um einen positiven Gesamteffekt der Fusion auf die Konsumentenrente zu gewährleisten (e'), größer ist, als die mindestens notwendigen Effizienzen, die einen positiven Wohlfahrtseffekt durch den Zusammenschluss implizieren (\tilde{e}).²³ Die in dem Bereich zwischen den Effizienzniveaus \tilde{e} und e' anfallenden Gewinnzuwächse sowohl der fusionierenden als auch der konkurrierenden Unternehmen werden im Fall eines Konsumentenstandards nicht mitberücksichtigt. In diesem Sinne stellt die Wahl eines Konsumentenstandards eine konservative Festlegung in Bezug auf die Effizienzanalyse dar.

Abbildung 2: Veränderung von Firmengewinnen, Konsumentenrente und Wohlfahrt durch einen Zusammenschluss



Quelle: D. Neven, L.-H. Röller (2000): Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, discussion Paper WZB, FS IV 00 - 15.

Relevant wird die Wahl eines Konsumentenstandards auch bei der Beurteilung von Effizienzvorteilen bezüglich variabler Kosten im Vergleich zu Effizienzgewinnen bei Fixkosten. Im ersten Fall kann basierend auf den klassischen, statischen Wettbewerbsmodellen ein „pass-through“ angenommen werden, während im Fall von Fixkosteneffizienzen dies nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann – jedenfalls nicht auf kurze Frist. Entsprechend legen die Leitlinien ein stärkeres Gewicht auf Reduktionen der variablen Kosten als auf solche von Fixkosten – zumindest solange ein dem Fusionszeitpunkt naher „pass-through“ von den Parteien nicht nachgewiesen wird.

Tatsächlich erscheinen auch einfache Verweise auf eine höhere Innovationsfähigkeit der fusionierten Firma aufgrund von Fixkostenvorteilen durch die Fusion nicht ausreichend, um

²³ Zum Konzept der „Minimum required efficiencies“ siehe L.-H. Röller, J. Stennek und F. Verboven (2001): efficiency gains from mergers. In European Economy, Nr.5, S.102ff.

einen positiven Nettoeffekt der Fusion auf die Konsumenten zu begründen. F&E Projekte mit einem positiven Nettogegenwartswert können bei Funktionstüchtigkeit der Kapitalmärkte auch ohne fusionspezifische Eigenkapitalmittel finanziert werden. Entsprechend müssten Kapitalmarktimperfection nachgewiesen werden, um zu belegen, dass die positiven F&E Effekte tatsächlich fusionspezifisch sind: ein schwieriges Unterfangen.

2. Weiterhin ist hervorzuheben, dass die Effizienzanalyse integrativer Bestandteil der wettbewerblichen Gesamtanalyse ist. Dies ist im Einklang mit einem wirkungsbasierten Ansatz, der die potentiellen Preissteigerungen abnehmender „allokativer Effizienz“ mit den preissenkenden Effekten gesteigerter „Produktionseffizienz“ aufwiegt. Allein wenn der Nettoeffekt für den Konsumenten positiv ist, kann ein Zusammenschluss zugelassen werden. Weiterhin erlaubt ein integrierter Ansatz auch Effizienzen zu berücksichtigen, die nicht nur eine effizientere Produktion erlauben, sondern auch die allokativer Effizienz erhöhen. So kann der Zusammenschluss zweier ineffizienter Wettbewerber beim Vorliegen von entsprechenden Kostenvorteilen zu einem verstärkten Wettbewerb gegenüber dem Marktführer führen, und somit die allokativer Effizienz erhöhen. Auch kann die Wahrscheinlichkeit koordinierten Verhaltens reduziert werden, wenn die durch den Zusammenschluss induzierten Effizienzen die Symmetrie in den relevanten Wettbewerbsparametern zwischen den Marktteilnehmern zerstört.

3. Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass Effizienzerwägungen vor allem für Zusammenschlüssen mit mittelstarken negativen Wettbewerbseffekten relevant werden dürften. Zwar ist für eine Ökonomen aus einem theoretischen Blickwinkel durchaus einsichtig, dass ein Zusammenschluss selbst hin zu einem Monopol bei vorliegen entsprechend deutlicher Effizienzvorteile, vorteilhaft für den Konsumenten sein kann. Doch erscheint aufgrund der Probleme der Messbarkeit von Effizienzen und den Kosten der Informationsbeschaffung für eine hinreichend exakte und glaubwürdige Analyse, ein konservativer Ansatz geboten. Die gesamtwirtschaftlichen Kosten eines Fehlers II. Art – den Zusammenschluss zu erlauben, trotz negativen Nettoeffekt – erscheinen in diesem Fall höher als die Kosten eines Fehlers I. Art – den Zusammenschluss zu verbieten trotz positiver Nettoeffekte.²⁴

Die Praxis wird zeigen, ob die Effizienzanalyse zu einem wesentlichen Element der Wettbewerbskontrolle werden wird. Gegeben das – zu Recht – vorsichtige Vorgehen der Kommission diesbezüglich, ist eher damit zu rechnen, dass Effizienzerwägungen nur in wenigen Einzelfällen relevant werden dürften.

Letztlich entscheidend jedoch ist das Signal, welches durch die explizit genannte Kriterien der Effizienzanalyse an die Unternehmen gesendet wird: Firmenzusammenschlüsse, die konsumentenfreundliche, fusionspezifische und nachprüfbare Effizienzen aufweisen, können eher mit einer positiven Entscheidung rechnen als solche, die solche Effizienzen nicht vorweisen können. Ob und wie viele Firmen in der Vergangenheit Zusammenschlüsse – aufgrund der unklaren Berücksichtigung von Effizienzen unter der alten Entscheidungspraxis – nicht durchführten, kann nur spekuliert werden.

In Verbindung mit der wirkungsbasierten Analyse innerhalb der Anwendung des substantiellen Tests ist jedoch insgesamt festzustellen, dass sich die durchschnittliche Eingriffsschwelle in der Praxis wahrscheinlich nicht verändern wird. Die Wahrscheinlichkeit

²⁴ Dieser Ansatz entspricht im Übrigen dem in Röllner et al. (2001) vorgeschlagenen „sequentiellen Ansatz“.

von Entscheidungsfehler I. oder II. Art durch die Kommission ist jedoch durch die neue Verordnung und die Leitlinien gesunken – eine gute Botschaft für Unternehmen wie auch Konsumenten.

V. Schlussbemerkung

Wie einführend erklärt ist die Mitarbeit des CETs am konkreten Einzelfall eine seiner zentralen Aufgabe. Relevante Fälle - sowohl aus Konsumentensicht, wie auch aus einer ökonomischen Perspektive - sind zu erwarten, gegeben die tendenziell positive Wirtschaftsentwicklung in Europa. Liberalisierung von Netzwerkindustrien und anhaltendes Entwicklungstempo in den Technologiesektoren, als auch die Integration der zehn neuen Mitgliedsländer in den gemeinsamen Markt, werden neue ökonomische Herausforderungen auch für die Europäische Wettbewerbsbehörde schaffen.

Darüber hinaus werden im Laufe der kommenden Monate in den verschiedenen Feldern europäischer Wettbewerbspolitik Leitlinien und Verordnungen überarbeitet, die wichtige ökonomische Themenfelder berühren. Exemplarische seien hier nur die geplanten Leitlinien für nicht-horizontale Firmenzusammenschlüsse oder die Überarbeitung des F&E-Gemeinschaftsrahmens im Bereich der Beihilfenkontrolle genannt.

Das CET wird aktiv an diesen Entwicklungen teilnehmen.