

MATTHIAS BREIDENSTEIN

Zur Methodik der
Verfahrensrechts-
vergleichung

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

20

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

20



Matthias Breidenstein

Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung

Eine Erörterung am Beispiel
der Tatsachenfeststellung im deutschen
und europäischen Verfahren zur Kontrolle
horizontaler Zusammenschlüsse
von Unternehmen

Mohr Siebeck

Matthias Breidenstein, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen; 2012 Promotion; derzeit Richter in Duisburg.

ISBN 978-3-16-152054-9 / eISBN 978-3-16-160926-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

D29

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden bis einschließlich Januar 2012 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. Mathias Rohe. Er hat mir durch sein Beispiel gezeigt, dass die wertvollsten Gedanken dann entstehen, wenn im Denken nicht nur die Grenzen der eigenen Rechtsordnung, sondern auch die der Rechtswissenschaften insgesamt überschritten werden. Ohne sein Vorbild und seine Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden. Für die lehrreichen und unvergesslichen Jahre, während derer ich Mitarbeiter an seinem Institut sein durfte, werde ich stets dankbar sein.

Daneben danke ich Herrn Prof. Dr. Jürgen Stamm, der die Zweitbegutachtung übernommen hat, für seine weiterführenden kritischen Anmerkungen und für die rasche Erstellung des Gutachtens.

Der Rödl-Stiftung danke ich für die Verleihung ihres Promotionspreises und den damit verbundenen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Aline danke ich für ihre bedingungslose Unterstützung und ihren jederzeitigen festen Glauben daran, dass die vorliegende Arbeit fertig werden wird.

Nicht zuletzt habe ich auch Herrn Jonas Sommer und meinem Vater Rudolf Breidenstein zu danken, die als Juristen auf für sie dennoch nicht vertrautem Gebiet diese Arbeit mit viel Kritik und akribischer Korrekturarbeit begleitet haben.

Die Arbeit ist den Menschen gewidmet, denen ich in meinem Leben am meisten zu verdanken habe.

Krefeld, im Mai 2012

Matthias Breidenstein

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis.....	XXIII
<i>A. Einleitung und Gang der Untersuchung.....</i>	<i>1</i>
<i>B. Methodik des Rechtsvergleichs von Verfahrensordnungen</i>	<i>8</i>
I. Funktionaler Ansatz und Verfahrensrecht	9
1. Funktionale Rechtsvergleichung und die <i>law machine</i>	11
2. Verfahrensbegriff.....	16
3. Strukturierung des Verfahrens nach Ordnungsaufgaben.....	17
II. Rechtsvergleichung als Querschnittswissenschaft	61
1. Fremdwissenschaften und das <i>tertium comparationis</i>	64
2. Handlungsmodelle als Prognoseinstrumente	67
3. Wirtschaftswissenschaftliche Optimierungsmodelle	126
4. Folgerungen für den Ansatz der Untersuchung	231
III. Thesen zum ersten Hauptteil.....	232
<i>C. Vergleich der Regelungen zur Tatsachenfeststellung im deutschen und europäischen Fusionskontrollverfahren.....</i>	<i>237</i>
I. Angewandte Methodik: Grundlegendes zum praktischen Teil....	238
1. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands	239
2. Stufenweises, integriertes Vorgehen	243
3. Kategorien und Kriterien der Tatsachenfeststellung.....	244
4. Fallauswahl.....	268
II. Die Besonderheit bei der Tatsachenfeststellung in der Fusionskontrolle	269
1. Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidung	269
2. Prognose mithilfe von ökonomischen Modellen.....	281
III. Konkret: Der praktische Rechtsvergleich.....	326
1. Historische Entwicklung.....	326
2. Tatsachenfeststellung im Europäischen Verfahren	336

3. Tatsachenfeststellung im Deutschen Verfahren.....	442
4. Entscheidungstheoretische Bewertung	508
5. Praktischer Wert der Transaktionskostenüberlegungen	520
6. Denkbare Eckpunkte einer optimierten Regelung der Tatsachenfeststellung	521
7. Exkurs: Vorarbeit für optimale materiellrechtliche Ausgestaltung	525
8. Ausblick.....	527
IV. Thesen zum zweiten Hauptteil	528
<i>D. Schluss</i>	531
Literaturverzeichnis.....	533
Sachverzeichnis.....	557

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis.....	XXIII
<i>A. Einleitung und Gang der Untersuchung.....</i>	<i>1</i>
<i>B. Methodik des Rechtsvergleichs von Verfahrensordnungen</i>	<i>8</i>
I. Funktionaler Ansatz und Verfahrensrecht	9
1. Funktionale Rechtsvergleichung und die <i>law machine</i>	11
2. Verfahrensbegriff.....	16
3. Strukturierung des Verfahrens nach Ordnungsaufgaben.....	17
a) Mikro- und Makrovergleich im Verfahrensrecht	17
b) Verfahren als Wirklichkeitskonstruktion	20
c) Verfahrensstandards.....	25
d) Grundbausteine des Verfahrens.....	30
(1) Art des Verfahrens.....	32
(2) Beteiligung/Einwirkungsmöglichkeiten/Rechte Dritter.....	32
(3) Einleitung des Verfahrens	33
(4) Informationsbeschaffung.....	34
(5) Faktenselektion	36
(6) Tatsachenfeststellung	38
(7) Eruierung des materiellen Rechts	45
(8) Auswahl möglicher rechtlicher Grundlagen	48
(9) Festlegung der anwendbaren Rechtsgrundsätze	49
(10) Subsumtion und Entscheidung.....	51
(11) Ermittlung von Handlungsoptionen	53
(12) Verfahrensrechtliche Selbst- und Fremdüberprüfung	56
II. Rechtsvergleichung als Querschnittswissenschaft	61
1. Fremdwissenschaften und das <i>tertium comparationis</i>	64
2. Handlungsmodelle als Prognoseinstrumente	67
a) Anwendungsbereich und Zweck der Prognoseinstrumente	68
b) Rechtsökonomik und neoklassische Handlungsmodelle	70
(1) Grundvoraussetzung Ressourcenknappheit	73

(2) Das Pareto-Kriterium	74
(3) Das Kaldor-Hicks-Kriterium	75
(4) Kritik am Bild des <i>homo oeconomicus</i>	76
(a) Informationsdefizite	78
(i) Empirische Widerlegung der Annahme	78
(ii) Konsequenzen	79
(b) Eingeschränktes Rationalverhalten: Behavioral law and economics	83
(c) Besonderheiten in der (Verfahrens-)Rechtsvergleichung	90
(5) Kompatibilitätskritik und methodischer Lösungsmechanismus	91
(a) Grundsätzliche Kritik	92
(b) Insbesondere: Ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts	99
c) Rechtssoziologie und das soziologische Handlungs- modell	104
(1) Grundlegende Berücksichtigung soziologischer Phänomene bei der Verfahrensrechtsvergleichung	105
(2) <i>Homo sociologicus</i> als alternatives Handlungsmodell	108
(3) Verknüpfung mit <i>behavioral law and economics</i>	113
(a) Bestehende Verknüpfungsmodelle	113
(b) Neuer Ansatzpunkt zur Verknüpfung	115
(c) Konkrete Ergänzung	118
(i) Kompetenz-Schwierigkeits-Lücke	118
(ii) Low cost-Hypothese	119
(d) Konkrete Verwendung	121
(e) Beispiel	122
d) Exkurs: Kriteriengleichklang mit konsens- theoretischen Modellen	124
3. Wirtschaftswissenschaftliche Optimierungsmodelle	126
a) Transaktionskostenanalyse: das Coase-Theorem	128
(1) <i>Coase</i> , das „ <i>Coase</i> -Theorem“ und Transaktionskosten	130
(a) Die Arbeiten von Coase	130
(b) Die Weiterentwicklung des Ansatzes	133
(2) Das „klassische“ <i>Coase</i> -Theorem im Verfahrensrecht	137
(a) Umsetzung der Problematik in das Verfahrensrecht	139
(b) Nichtberücksichtigung der <i>ceteris paribus</i> -Bedingung	142
(c) Transaktionskosten als Teil eines Optimierungsproblems	143
(i) Grundaspekte der Kosten-Nutzen-Analyse für die Verfahrensakteure	144
(ii) Kosten-Nutzen-Analyse aus gesamtwirtschaftlicher Sicht	146
(iii) Kosten-Nutzen-Analyse des Entscheiders	147
(3) Neuer Ansatz für die Verfahrensrechtsvergleichung	150
(4) Kritik	155
(5) Die Messung von Transaktionskosten	156

b) Entscheidungstheoretische Modelle	
als Bewertungsmaßstab	161
(1) Arten von Entscheidungsszenarien	165
(a) Entscheidung der Normunterworfenen	165
(b) Entscheidung des Normsetzenden	167
(2) Kategorien und Unterkategorien	170
(3) Kriterien	172
(a) Verfahrenseinleitung	174
(b) Tatsachenfeststellung	179
(4) Verhältnis der Kriterien zueinander	182
(5) Maß der Erfüllung eines jeden Kriteriums	183
(a) Wahl einer Skala	187
(b) Wertfolgen statt Wertfunktionen	192
(c) Bei Multivarianz: Addition	194
(d) Modellierung von Unsicherheit	196
(6) Gewichtung der Kriterien	197
(a) Erforderlichkeit einer Gewichtung	198
(b) Anleihen aus der statistischen Rechtsvergleichung	199
(i) Kurzbeschreibung des Forschungsgegenstands	200
(ii) Gründe für die Nichtanwendung	201
(iii) Anwendbare Überlegungen zur Gewichtung	204
(iv) Vorgaben für eine Gewichtung	205
(c) Vergleichbarkeit der Kriterien als Voraussetzung	206
(d) Gewichtungsvorgang	207
(7) Grundlage der Bewertung: Rechtsquellen	211
(8) Gesamtergebnis: Gesamtwertfolge durch Addition	211
c) Der more economic approach	215
(1) Ursprüngliche Bedeutung	216
(2) Beimessung ordnungspolitischer Dimension	217
(3) Auswirkungen auf Verfahrensrecht und dessen Vergleichung	222
(4) Rückführung auf die Ursprungsdiskussion	225
(5) Relevanz für die Methodik der Rechtsvergleichung	228
4. Folgerungen für den Ansatz der Untersuchung	231
III. Thesen zum ersten Hauptteil	232

C. Vergleich der Regelungen zur Tatsachenfeststellung im deutschen und europäischen Fusionskontrollverfahren..... 237

I. Angewandte Methodik: Grundlegendes zum praktischen Teil....	238
1. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands	239
a) Formelle Beschränkungen	239
b) Sachliche Beschränkungen	242
2. Stufenweises, integriertes Vorgehen	243
3. Kategorien und Kriterien der Tatsachenfeststellung	244
a) Person des Feststellenden	245

b)	Zeitpunkt der Feststellung.....	246
c)	Umfang der Feststellung	246
d)	Mittel der Feststellung	247
(1)	Kriterien und das Maß der Erfüllung.....	248
(2)	Gewichtung.....	252
e)	Anforderungen an die Feststellung und endgültige Überzeugung.....	253
f)	Fallunabhängige Feststellungsregeln.....	257
g)	Beweislastverteilung	260
h)	Überprüfung durch übergeordnete Entscheider	262
4.	Fallauswahl.....	268
II.	Die Besonderheit bei der Tatsachenfeststellung in der Fusionskontrolle	269
1.	Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidung	269
a)	Struktur der Prognoseentscheidung	271
b)	Alternativstruktur der Prognoseentscheidung.....	273
c)	Grenze zum materiellen Recht	275
(1)	Regelbildende Ökonomie	276
(2)	Einzelfallanalysierende Ökonomie	277
d)	Ausnahme vom Prognoseerfordernis.....	279
2.	Prognose mithilfe von ökonomischen Modellen.....	281
a)	Die Besonderheit ökonomischer Gutachten in der Fusionskontrolle.....	283
b)	Praxisrelevante Modelle und deren Modellannahmen	285
(1)	HHI-Modell	286
(2)	SSNIP-Test	288
(a)	Critical loss-Analyse.....	291
(b)	Preiselastizitäten	294
(3)	Diversion ratio.....	298
(4)	Preisanalyse	300
(5)	Schockanalyse	306
(6)	Simulationsmodelle	308
(a)	Oligopolmodelle	313
(b)	Nachfragemodelle	317
(i)	Konstante Elastizitäten.....	318
(ii)	Lineare Nachfrage.....	318
(iii)	Logit-Modelle	319
(iv)	Almost Ideal Demand System (AIDS)	321
(7)	Natürliche Experimente	325
III.	Konkret: Der praktische Rechtsvergleich.....	326
1.	Historische Entwicklung	326
a)	Deutsches Verfahren	327
b)	Europäisches Verfahren	331
2.	Tatsachenfeststellung im Europäischen Verfahren.....	336

a) Feststellung des sachlich relevanten Marktes	338
(1) Mittel der Feststellung	338
(2) Tatsächliche Vermutungen	360
(3) Feststellungsanforderungen	361
b) Feststellung des räumlich relevanten Marktes	364
(1) Mittel der Feststellung	364
(2) Tatsächliche Vermutungen	367
(3) Feststellungsanforderungen	368
c) Marktanteil und Konzentrationshöhe	368
(1) Mittel der Feststellung	368
(2) Tatsächliche Vermutungen	373
(3) Feststellungsanforderungen	374
d) Wettbewerbswidrige Wirkungen	377
(1) Koordinierte Wirkungen	377
(a) Mittel der Feststellung	377
(b) Tatsächliche Vermutungen	389
(c) Feststellungsanforderungen	389
(2) Nicht koordinierte Wirkungen	392
(a) Mittel der Feststellung	392
(b) Tatsächliche Vermutungen	411
(c) Feststellungsanforderungen	413
e) Nachfragemacht	413
(1) Mittel der Feststellung	413
(2) Tatsächliche Vermutungen	419
(3) Feststellungsanforderungen	419
f) Marktzutritt	420
(1) Mittel der Feststellung	420
(2) Tatsächliche Vermutungen	430
(3) Feststellungsanforderungen	430
g) Effizienzen	432
(1) Mittel der Feststellung	432
(2) Tatsächliche Vermutungen	434
(3) Feststellungsanforderungen	434
(4) Keine entscheidungstheoretische Bewertung	435
h) Sanierungsfusion	435
(1) Mittel der Feststellung	436
(2) Tatsächliche Vermutungen	440
(3) Feststellungsanforderungen	440
i) Die übrigen Unterkategorien	442
3. Tatsachenfeststellung im Deutschen Verfahren	442
a) Marktabgrenzung	443
(1) Sachlicher Markt	444
(a) Mittel der Feststellung	445
(b) Tatsächliche Vermutungen	448
(c) Feststellungsanforderungen	449

(2) Räumlicher Markt.....	449
(a) Mittel der Feststellung	450
(b) Tatsächliche Vermutungen	455
(c) Feststellungsanforderungen	455
b) Marktanteile und Marktkonzentration	457
(1) Mittel der Feststellung	458
(2) Tatsächliche Vermutungen	471
(3) Feststellungsanforderungen	474
c) Wettbewerbsfaktoren außerhalb des betrachteten Marktes	477
(1) Mittel der Feststellung	477
(2) Tatsächliche Vermutungen	486
(3) Feststellungsanforderungen	487
d) Nachfragemacht	489
(1) Mittel der Feststellung	489
(2) Tatsächliche Vermutungen	491
(3) Feststellungsanforderungen	491
e) Gemeinsame Marktbeherrschung	491
(1) Mittel der Feststellung	492
(2) Tatsächliche Vermutungen	503
(3) Feststellungsanforderungen	503
f) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	505
g) Die übrigen Unterkategorien	508
4. Entscheidungstheoretische Bewertung	508
a) Relevante Unterkategorien	508
b) Methodische Vorüberlegungen.....	509
(1) Gewichtung der materiellrechtlichen Kriterien	509
(a) Europäisches Verfahren.....	510
(b) Deutsches Verfahren.....	512
(2) Gewichtung der Verfahrensstandards	513
c) Die entscheidungstheoretischen Tabellen.....	514
(1) Grundlegendes Aufbauschema.....	514
(2) Zusammenfassung der relevanten Unterkategorien.....	515
d) Denkbare Angriffspunkte	517
5. Praktischer Wert der Transaktionskostenüberlegungen	520
6. Denkbare Eckpunkte einer optimierten Regelung der Tatsachenfeststellung	521
7. Exkurs: Vorarbeit für optimale materiellrechtliche Ausgestaltung	525
8. Ausblick.....	527
IV. Thesen zum zweiten Hauptteil	528
<i>D. Schluss</i>	531

Literaturverzeichnis.....	533
Sachverzeichnis.....	557

Abkürzungsverzeichnis

A&K	Analyse und Kritik
aaO.	Am angegebenen Ort
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AIDS	Almost Ideal Demand System
ALM	Antitrust Logit Model
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ATB	The Antitrust Bulletin
BB	Betriebsberater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
C.M.L.R.	Common Market Law Review
Cal. L. R.	California Law Review
Card. J. Int. Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Comp. Pol. Int.	Competition Policy International
D.h.	Das heißt
DB	Der Betrieb
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe/Dieselben
DOJ	Department of Justice
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Die Verwaltung
E. C. L. R.	European Competition Law Review
E. L. Rev.	European Law Review
Ebd.	ebenda
ECJ	European Competition Journal
Econ. J.	The Economics Journal
Econ. Pol.	Economic Policy
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FKVO	EG-Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
Fordham Int. L. J.	Fordham International Law Journal
FTC	Federal Trade Commission
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review

GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Hast. Int. & Comp. L. Rev.	Hastings International & Comparative Law Review
HHI	Hirschman-Herfindahl-Index
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICN	International Competition Network
IIA	Independence of Irrelevant Alternatives
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Insbes.	Insbesondere
Int. L. Quart.	The International Law Quarterly
J. Bus.	Journal of Business
J. Comp. Econ.	Journal of Comparative Economics
J. Comp. L. & E.	Journal of Competition Law and Economics
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Corp. L. Stud.	The Journal of Corporate Law Studies
J. Econ.	Journal of Economics
J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Exp. Psychol. Hum. Percep. & Perf.	Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Indust. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Leg. Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Pol. Econ.	The Journal of Political Economy
JB WW	Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JZ	Juristenzeitung
L & S Rev.	Law & Society Review
Manage. Decis. Econ.	Managerial and Decision Economics
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
mwN	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PC-AIDS	Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
RefE	Referentenentwurf
RegB	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Indus. Org.	Review of Industrial Organization
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

s.	siehe
S.	Seite
s. o.	siehe oben
SSNIP	Small but significant non-transitory increase in price
St. Rspr.	Stetige Rechtsprechung
Stan. L. R.	Stanford Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. J.	University of Chicago Law Journal
vgl.	vergleiche
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Tabellenverzeichnis

1: Entscheidungsmatrix der Zusammenschlussbeteiligten	166
2: Entscheidungsmatrix des Gesetzgebers	169
3: Entscheidungsmatrix des Gesetzgebers mit Bildung von Unterkategorien.....	171
4: Materiellrechtliches Merkmal: Sachlich relevanter Markt	363
5: Materiellrechtliches Merkmal: Räumlich relevanter Markt	369
6: Materiellrechtliches Merkmal: Marktanteil und Konzentrationshöhe	376
7: Materiellrechtliches Merkmal: Koordinierte Wirkungen	391
8: Materiellrechtliches Merkmal: Nichtkoordinierte Wirkungen (unilaterale Effekte)	414
9: Materiellrechtliches Merkmal: Nachfragemacht	420
10: Materiellrechtliches Merkmal: Marktzutritt.....	431
11: Materiellrechtliches Merkmal: Effizienzen.....	435
12: Materiellrechtliches Merkmal: Sanierungsfusion	442
13: Materiellrechtliches Merkmal: Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht	449
14: Materiellrechtliches Merkmal: Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht	456
15: Materiellrechtliches Merkmal: Marktanteil und Konzentrationshöhe	476
16: Materiellrechtliches Merkmal: Wettbewerbsfaktoren außerhalb des betrachteten Marktes	488
17: Materiellrechtliches Merkmal: Nachfragemacht	491
18: Materiellrechtliches Merkmal: Gemeinsame Marktbeherrschung	504
19: Gewichtung der Verfahrensstandards	516
20: Entscheidungsmatrix für das EU-Verfahren	518
21: Entscheidungsmatrix für das deutsche Verfahren	519

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Durch das Verfahrensrecht sollen keine selbständigen Rechtspositionen geschaffen, sondern es soll eine vorgegebene materielle Rechtslage umgesetzt werden. Dies führt dazu, dass dem Verfahrensrecht¹ lediglich „dienende“ Funktion zugeschrieben wird.² Das Verfahrensrecht transportiert die materielle Rechtslage in die Rechtswirklichkeit und sorgt für die Durchsetzbarkeit von Erlaubnissen, Ge- und Verboten, die sich nach materieller Rechtslage ergeben.³ Diese lange Zeit nahezu unumstrittene Bewertung von Verfahrensordnungen ist schon für den klassischen Verfahrensfall, in dem ein genau beschriebenes Normenprogramm in die Realität einer hoheitlichen Entscheidung umgesetzt werden soll, nur teilweise richtig. Faktisch reicht die Wirkung des Verfahrensrechts schon in diesem Bereich über die bloße Umsetzung der materiellen Rechtslage weit hinaus. Durch vielerlei Möglichkeiten bei der Ausgestaltung verfahrensrechtlicher Rechte kann eine Rechtsordnung die Umsetzung einer materiellrechtlichen Posi-

¹ Zur Nomenklatur: In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff des Verfahrens als Sammelbegriff für alle hoheitlichen Streitschlichtungs- und Interessenabgleichsmechanismen verwendet, umfasst also das Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahren. In Abgrenzung dazu wird der Begriff des Prozesses nichtrechtlich als Sammelbegriff für bestimmte Abläufe, Verläufe und Entwicklungen benutzt.

² Schon diesen Satz mögen diejenigen Rechtssoziologen als falsch bezeichnen, die mit *Luhmann* davon ausgehen, dass das Verfahren der eigentliche Kernbestandteil und der Treiber der Akzeptanz der Rechtsordnung in der Gesellschaft ist, und die Richtigkeit der materiellrechtlichen Entscheidung (die „Wahrheit“) hingegen nicht ins Gewicht fällt, vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 28, 30 f. Dieser soziologische Standpunkt („faktischer Kommunikationsprozess“, ebd. S. 37) soll hier aber noch nicht aufgegriffen, sondern es soll ein rein rechtlicher Blickwinkel eingenommen werden, der eben nicht auf die Akzeptanz des Ergebnisses in der Gesellschaft, sondern auf das juristische Problem der Umsetzung von Rechtsvorschriften in die Realität abzielt. *Luhmann* selbst unterscheidet sehr genau zwischen „Verfahren“ im von ihm verstandenen Sinne und „Verfahrensrecht“, vgl. aaO S. 12; vgl. dazu auch *Gilles*, Prozeßrechtsvergleichung, S. 48.

³ Als Nachweis der untergeordneten Bedeutung des Verfahrensrechts muss auf Literaturnachweise gar nicht zurückgegriffen werden. Der deutsche Gesetzgeber hätte das von ihm so gesehene Verhältnis kaum klarer zum Ausdruck bringen können als in § 46 VwVfG: Kann ein Verfahrensfehler auf die materiellrechtliche Entscheidung keinen Einfluss gehabt haben, so ist er irrelevant. Allein entscheidend ist die inhaltlich richtige Entscheidung. Zur Kritik daran s. *Hoffmann-Riem* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 9, 13, 22.

tion deutlich erleichtern bzw. erschweren. So können etwa hohe Beweisforderungen eine Rechtsposition nahezu undurchsetzbar erscheinen lassen.⁴ Ebenso kann bspw. die Begrenzung von Interventionsrechten Dritter die Rechtsdurchsetzung sehr erleichtern. Nicht zuletzt bestimmt auch die Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten, in welchem Maße die Rechte von Beteiligten oder Dritten geschützt werden.

In noch stärkerem Maße ist die Ansicht, das Verfahren habe lediglich dienende Funktion, dann zweifelhaft, wenn auf der materiellrechtlichen Seite kein klares Normenprogramm vorgeschrieben ist, sondern bewusst Handlungsspielräume für den Entscheider gelassen werden.⁵ In einem solchen Fall gilt es, Beurteilungsspielräume in sachlich zutreffender Weise auszufüllen. Die Berücksichtigung widerstreitender Interessen und deren Ausgleichung ist in derartigen Konstellationen Aufgabe des Verfahrens. Ohne Verfahrensvorschriften, die den ordnungsgemäßen Ablauf der Entscheidungsfindung regeln, ist eine richtige Entscheidung nicht möglich. Das zeigt deutlich eine eigenständige Bedeutung des Verfahrens.

Hinter der Ausgestaltung der Verfahrensordnung steht damit eine Entscheidung des Gesetzgebers, die in gleichem Maße wie die Normierung der materiellen Rechtslage Abwägung der Interessen der am Verfahren Beteiligten enthält.

Es liegt auf der Hand, dass verschiedene Gesetzgeber diese Abwägungsfragen auf unterschiedliche Art und Weise beantworten. Dadurch ist das Forschungsgebiet der Verfahrensrechtsvergleiche eröffnet.

Dessen eingedenk verfolgt die vorliegende Arbeit ein doppeltes Erkenntnisziel: Der erste Hauptteil beschäftigt sich mit der Frage, wie Verfahrensrechtsvergleiche methodisch sinnvoll durchgeführt werden sollte. Die Arbeit versucht zunächst, eine rechtsordnungsneutrale Strukturierung des Verfahrens zu finden, in der sich die unterschiedlichen Verfahrensabläufe und Verfahrensverständnisse verschiedener Rechtsordnungen darstellen lassen, ohne dass vorherige Wertung diese Einteilung beeinflusst. Eine solche Strukturierung hat den Vorteil, dass rechtsvergleichende Studien sich an diesem Raster ausrichten können und der Weg von einer phänomenorientierten Verfahrensrechtsvergleiche hin zu der systematischen Vergleiche bestimmter Verfahrensbausteine eröffnet ist.⁶ Dies er-

⁴ Jolowicz in: Nafziger/Symeonidis (Hrsg.), *Law and Justice in a Multistate World*, S. 721, 725.

⁵ So etwa im Verwaltungsverfahren, *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, § 27 Rn. 65.

⁶ Dagegen *Riles*, *Harv. Int. L. J.* 40 (1999), 221, 277, die ausdrücklich die Phänomene untersuchen will, weil sie den strukturierten Ansatz als gescheitert ansieht. Der Ansatz, letztlich die Globalisierung als Phänomen untersuchen zu wollen (ebd., S. 279), liegt allerdings fern jeder Machbarkeit. Auch sehr renommierte Werke leiden an dieser Schwäche, s. etwa *Zekoll* in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of*

möglichst auch die reibungslose Anknüpfung neuer Studien an die Ergebnisse früherer, ohne dass sich die Untersuchungen teilweise überschneiden, wenn die einzelnen Arbeiten sich an dem vorgegebenen Muster orientieren und dementsprechend vollständig und trennscharf einen Verfahrensabschnitt vergleichen. So lassen sich Verfahrensordnungen Schritt für Schritt, letztlich vollumfänglich, vergleichen.

Aufbauend auf der rechtsordnungsneutralen Strukturierung von Verfahrensordnungen versucht die Arbeit, die methodologische Basis der Verfahrensrechtsvergleiche zu bereichern. In diesem Teil der Arbeit soll zweierlei geschehen: Einerseits soll ein Prognoseinstrument entwickelt werden, anhand dessen sich feststellen lässt, wie eine hypothetische Norm, die eine Ordnungsaufgabe den Anforderungen entsprechend löst und in eine nationale Rechtsordnung implementiert wird, tatsächlich wirkt. Für diese Aufgabe rücken ökonomische und soziologische Handlungsmodelle in den Fokus der Betrachtung. Der Rückgriff auf diese Modelle ist wegen des Fehlens eines spezifisch rechtlichen Handlungsmodells erforderlich. Andererseits sollen verschiedene außerrechtliche Optimierungsmodelle auf ihre Anwendbarkeit auf das Recht und ihren Nutzen für eine Verbreiterung der methodologischen Basis der Rechtsvergleiche hin untersucht werden. Diese Modelle sollen die Suche nach einer Norm, die eine Ordnungsaufgabe den Anforderungen entsprechend löst, ermöglichen. Sie sollen einen außerrechtlichen und damit rechtsordnungsneutralen Bewertungsrahmen für Normen aufzeigen. In diesem Rahmen stellt sich die Frage, wie grundsätzlich mit nichtrechtlichen (hier sog. fremdwissenschaftlichen) Modellen umzugehen ist. Die Überlegungen haben den Anspruch auf grundsätzliche Geltung, unabhängig von der konkreten rechtsvergleichenden Studie. Konkret wird versucht, zwei Unterdisziplinen der Wirtschaftswissenschaften zu nutzen, und zwar erstens die Transaktionskostenökonomik und zweitens die Entscheidungstheorie. Beide Forschungsdisziplinen sind nicht für das juristische Verfahrensrecht geschaffen, sondern sollen wirtschaftswissenschaftliche Prozesse bewerten. Für die Transaktionskostenökonomik wird aber zu zeigen sein, dass sich die auf *Coase* zurückgehenden Überlegungen mit gewissen Modifikationen auf das Verfahrensrecht übertragen lassen. Für die Entscheidungstheorie soll gezeigt werden, dass sich die wirtschaftswissenschaftlichen Raster und Bewertungsmethoden auf die Entscheidung des Gesetzgebers übertragen lassen, wenn nur die richtigen juristischen Kriterien gefunden werden.

Die Überlegungen zur Entscheidungstheorie greifen einen aktuellen Trend auf, der auf dem Gebiet von *law and finance* entstanden ist, eine bestimmte Art von Rechtsvergleichung zum Gegenstand hat und mittler-

Comparative Law, 1356 f., der sich die Phänomene *financing litigation* und *mass claims* herausucht.

weile Einfluss auf internationale Institutionen gewonnen hat, insbesondere von der Weltbank genutzt wird. Unter dem Schlagwort von *law and finance* wurden Rechtsordnungen im Bereich des Kapitalmarktrechts auf das Vorliegen bestimmter Merkmale untersucht. Anhand dieser Merkmale wurden die Rechtsordnungen kodiert, d.h. für die einzelnen Merkmale wurden die Werte „0“ und „1“ vergeben. Anhand dieser Werte wurden sodann die Rechtsordnungen bewertet. Auf diese Weise wurde eine Bewertung der Rechtsordnungen anhand der Summe der Teilwerte vorgenommen. Zudem werden derartige Berichte immer wieder als Grundlage für die Mittelvergabe gerade der Weltbank herangezogen, haben also immense politische und ökonomische Auswirkungen.⁷ Die Methodik dieser von Ökonomen vorgenommenen Studien ist aus juristisch rechtsvergleichender Perspektive angreifbar, sie leidet vor allem an fehlender Rechtsordnungsneutralität, weil sich die Autoren der Studien vom US-amerikanischen System haben leiten lassen.⁸ Letztlich wurde also in den ersten Studien das *common law* mit dem *civil law* verglichen.⁹ Mittlerweile ist der Grundfehler dieser Orientierung am US-System behoben und die in den ersten Studien als Ergebnis präsentierte grundsätzliche Überlegenheit des *common law*-Systems relativiert.¹⁰ Die Debatte um die neuen Methoden der Rechtsvergleichung

⁷ Dies beruht wohl auch auf den personellen Verflechtungen zwischen Studierernstlern und Weltbank. S. etwa *Beck/Demirguc-Kunt/Levine*, 31 J. Comp. Econ. 653, 658 ff. (die Autoren *Beck* und *Demirguc-Kunt* waren im Zeitpunkt der Erstellung des betreffenden Werks Mitarbeiter der Weltbank; diese wiederum stützt sich auf die gewonnenen Erkenntnisse).

⁸ Ergebnis solcher Untersuchungen ist regelmäßig die Feststellung, dass das *common law* wegen der systematischen Unterschiede dem *civil law* grundsätzlich überlegen sei, so etwa wegen der größeren Freiheit des Richters bei der Entscheidungsfindung. So wird der *common law*-Richter tendenziell als kreativer, freier Kopf, der *civil law*-Richter als gesetzesanwendender Bürokrat angesehen, s. dazu etwa *Coffee*, J. Corp. L. 25 (1999), 1, 27 f.; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 556 ff.; *Rubin*, 6 J. Leg. Stud. (1977), 51 ff. Das *common law*-System wird als wandelbar und anpassungsfähig dargestellt, wohingegen das *civil law*-System starr und unbeweglich sei, die Eigentumsrechte des Einzelnen nicht so stark ausbilde und überregulierend in die wirtschaftliche Entwicklung eingreife, s. dazu *Beck/Demirguc-Kunt/Levine* 31 J. Comp. Econ. 653, 658 ff. (die Autoren *Beck* und *Demirguc-Kunt* waren im Zeitpunkt der Erstellung des betreffenden Werks Mitarbeiter der Weltbank; diese wiederum stützt sich auf die gewonnenen Erkenntnisse).

⁹ Diese Dichotomie ist schon im Ansatz verfehlt, vgl. dazu *Siems/Deakin* JITE 166 (2010), 120, 127. Zu verschiedenen Arten der „Hybridrechtsordnungen“ *Ogus*, in: Örü-cü/Nelken (Hrsg.), *Comparative Law*, S. 155, 165.

¹⁰ Mittlerweile haben die Autoren der aufsehenerregenden ersten Studien durch eine Definition aus dem Streit zurückgezogen: Sie wollen nunmehr per definitionem *common law* als das Recht verstanden wissen, das auf die Konfliktlösung durch Private setzt, wohingegen das *civil law* auf die Konfliktlösung durch staatliche Eingriffe setzt, s. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, 46 J. Econ. Lit. (2008), 285, 286. Dieses Vorgehen charakterisiert nicht mehr bestimmte historisch gewachsene Rechtssysteme und behauptet, generel-

ist jedoch bestehen geblieben. Allerdings ist sie, obwohl originär rechtsvergleichend, bei Vertretern der klassischen Rechtsvergleichung größtenteils unbemerkt geblieben.¹¹ Dies führt zu dem Missstand, dass die Rechtswissenschaft ein Betätigungsfeld aus den Augen verliert, das bereits jetzt die Verbindung zwischen juristischer Theorie und praktischer Umsetzung geschaffen hat, um die sich Rechtsvergleicher immer bemüht haben. Allein deshalb lohnt sich die Auseinandersetzung mit dieser Materie.

Für die vorliegende Arbeit ist darüber hinaus von besonderem Interesse, dass diese Ergebnisse mit neuartigen Methoden, insbesondere der empirischen und statistischen Rechtsvergleichung,¹² gefunden werden.¹³ Bislang nur eine einzige der Untersuchungen bezieht sich auf das vorliegend behandelte Verfahrensrecht,¹⁴ weit überwiegend ist das materielle Recht im Fokus des Interesses. Neuartige Untersuchungsverfahren könnten aber die Methodik der Rechtsvergleichung beeinflussen, und dies beträfe möglicherweise auch die Verfahrensrechtsvergleichung.

In der vorliegenden Arbeit soll unter allen Umständen vermieden werden, als Antwort auf die soeben genannten Untersuchungen oder aufgrund einer angelernten Vorprägung eine Gegenposition aufzubauen. Eine solche Antwort müsste in gleicher Weise pauschal und fälschlich verallgemeinernd bleiben und ergäbe keinen wissenschaftlichen Mehrwert. Es soll vielmehr mit einer rechtsordnungsneutralen Methodik die Grundlage für ideologiefreie Untersuchungen geschaffen werden. Dabei wird vor der Erörterung eines Beispiels der Frage nachgegangen, wie Verfahrensrechtsvergleichung durchzuführen ist, mit anderen Worten, welche methodischen Grundlagen Untersuchungen zugrunde liegen sollten, die Verfahrensrecht

le Aussagen über diese treffen zu können. Vielmehr schaffen die Autoren Kategorien und ordnen diesen Kategorien die Rechtssysteme verschiedener Länder zu. Ein solches Vorgehen hat mit der juristischen Unterscheidung zwischen *civil law* und *common law* nichts mehr zu tun.

¹¹ *Michaels*, 57 Am J. Comp. L. (2009), 765, 766 bezeichnet diese Diskussion gar als die wichtigste auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung, von der traditionelle Rechtsvergleicher niemals etwas gehört haben.

¹² Es handelt sich bei der statistischen und der empirischen Rechtsvergleichung in der Tat um neue Forschungsmethoden, nicht neue Forschungsdisziplinen, s. *Lieder*, ZVglRWiss 109 (2010), 216, 229 f.

¹³ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* 58 J. Fin. Econ. (2000), 3, 12 f. (die Autoren sind allesamt der Weltbank eng verbunden).

¹⁴ *Djankov/La Porta/Lopes-de-Silanes/Shleifer* 5 Q. J. Econ. (2003), 453 stellen unmissverständlich bereits in der Einleitung ihrer Arbeit fest: „We find that such formalism is systematically greater in civil than in common law countries, and is associated with higher expected duration of judicial proceedings, less consistency, less honesty, less fairness in judicial decisions, and more corruption.“ Vernichtender kann ein Urteil über ein Rechtssystem wohl kaum ausfallen (der Autor *Djankov* ist Mitarbeiter der Weltbank). Differenzierte kritische Antwort bei *Spamann* JITE 166 (2010), 149 ff.