

Dr. Torsten Körber

Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	20
§ 1 Einleitung	25
A. Ausgangslage	25
I. Verfahrensrechtliche Anknüpfungspunkte für Konkurrentenklagen	26
II. Individualschutz und Institutionenschutz im Wettbewerbsrecht	27
III. Zielkonflikte zwischen den Interessen der Wettbewerber und der Allgemeinheit	29
B. Aufbau der Arbeit	31
I. Behördliche Rechtsdurchsetzung und Konkurrentenbeteiligung (§2)	31
II. Funktionen und Gefahren der Konkurrentenklage (§3)	31
III. Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung von Konkurrentenklagen (§ 4)	32
§ 2 Behördliche Rechtsdurchsetzung und Konkurrentenbeteiligung	33
A. Behördliche Fusionskontrolle in den Vereinigten Staaten	33
I. Materiell-rechtliche Grundlagen der US-Fusionskontrolle	33
1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der See. 7 Clayton Act	34
2. Anwendung der "Rule of Reason"	35
II. Fusionskontrolle durch die Antitrustbehörden	37
1. Organisation der Antitrustbehörden	37
a) Antitrust Division des Department of Justice	37
b) Federal Trade Commission	38
c) Koordination zwischen den Antitrustbehörden	39
2. Mechanismen der Rechtsdurchsetzung	39
a) Vorfeldmaßnahmen	39
aa) Anmeldepflicht und Vollzugsverbot nach See. 7A Clayton Act	39
(1) Voraussetzungen und Verfahren der Anmeldung	40
(2) Zweck und Wirkung der Wartefristen der See. 7A Clayton Act	41
bb) Richtlinien und Behördenauskünfte	42
(1) Richtlinien (Merger Guidelines)	42
(2) Behördenauskünfte	42
(3) Rechtliche und praktische Bedeutung	43
b) Hauptsacheverfahren	43
aa) Gemeinsamkeiten	43
bb) Klageerhebung durch das DoJ	44
cc) Verfahren der FTC	45

c) Besonderheiten des Vergleichsverfahrens	46
aa) Vergleichsverfahren des DoJ	47
bb) Vergleichsverfahren der FTC	49
III. Rolle der Wettbewerber im Behördenverfahren	50
1. Beteiligung am streitigen Verfahren	50
2. Verfahrensbeteiligung durch Intervention	50
B. Das Untersagungsverfahren des deutschen GWB	53
I. Kartellbehörden	53
1. Organisation und Tätigkeit des Bundeskartellamts	53
2. Rolle des Bundeswirtschaftsminister im zweistufigen Verfahren	54
II. Grundzüge des Untersagungsverfahrens	54
1. Aufgreifen eines Zusammenschlusses	54
a) Aufgreifkriterien	54
b) Anzeigepflicht, Anmeldepflicht und Vollzugsverbot	55
2. Prüfung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt	55
a) Eingreifkriterien	55
b) Dauer und Bedeutung der Fristen im Untersagungsverfahren	56
c) Verfahrensabschluß	58
aa) Freigabeerklärung	58
bb) Einstellung oder Untersagung	58
cc) Zusagenpraxis	59
3. Publizität des Verfahrens	60
III. Rolle der Wettbewerber im Behördenverfahren	61
1. Behandlung von Anträgen und Anhörung der Wettbewerber	61
2. Verfahrensbeteiligung von Wettbewerbern	61
a) Förmliche Beiladung gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB	62
aa) Beiladungsfähigkeit - Berührung erheblicher Interessen	62
bb) Ermessen des Bundeskartellamtes	64
b) Anspruch der Beigeladenen auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht	65
C. Europäische Fusionskontrolle nach der FKVO	67
I. Zuständige Behörde	67
II. Überblick über das Fusionskontrollverfahren nach der FKVO	68
1. Anwendungsbereich der FKVO	68
2. Gang des Fusionskontrollverfahrens	69
a) Informelle Vorgespräche	69
b) Anmeldung und Vollzugsverbot	70
c) Vorverfahren nach Art. 6 FKVO	71
d) Hauptverfahren nach Art. 8 FKVO	72
e) Zusagenpraxis	74

aa)	Entgegennahme von Zusagen im Hauptverfahren	74
bb)	Entgegennahme von Zusagen im Vorverfahren	74
cc)	Stellungnahme	75
(1)	Zur Zusagenpraxis im Vorverfahren	75
(2)	Zur Transparenz der Zusagenpraxis	76
3.	Folgen des Fristablaufs	77
a)	Grundsatz	77
b)	Verweisung nach Art. 9 FKVO	77
c)	Gerichtliche Nachprüfbarkeit	78
III.	Rolle der Wettbewerber im Behördenverfahren	79
1.	Erzwingung der Verfahrenseinleitung durch Konkurrenten	79
2.	Anspruch auf Anhörung und Akteneinsicht nach Art. 18 FKVO	81
a)	Betroffenenbegriff des Art. 18 FKVO	81
b)	Drittanhörung nach Art. 18 Abs. 4 FKVO	82
aa)	Darlegung eines hinreichenden Interesses	82
(1)	Vergleich mit dem US-Recht	83
(2)	Vergleich mit dem deutschen Recht	84
(3)	Vergleich mit anderen Normen des europäischen Rechts	84
(4)	Ergebnis	85
bb)	Auswahlermessen der Kommission	86
cc)	Anhörung in Haupt- und Vorverfahren	89
(1)	Beschränkung der Drittanhörung auf das Hauptverfahren	90
(2)	Anhörung auch im Vorverfahren	90
(3)	Ergebnis	93
dd)	Information und Akteneinsichtsrecht	93
(1)	Kommissionspraxis	93
(2)	Rechtsvergleichende Kritik	94
(3)	Vorrang des Geheimnisschutzes	96
(4)	Ergebnis	97
D.	Zusammenfassender Vergleich und Auswertung	99
I.	Kartellbehördliche Rechtsdurchsetzung	99
II.	Rolle der Wettbewerber im Behördenverfahren	101
§ 3	Funktionen und Gefahren der Konkurrentenklage	105
A.	Rechtliche Anknüpfungspunkte für Konkurrentenklagen	105
I.	Privatklagenormen im Fusionskontrollrecht der USA	105
1.	Klage auf dreifachen Schadensersatz gemäß Section 4 Clayton Act	105
2.	Klage auf richterliche Verfügung gemäß Section 16 Clayton Act	107
3.	Verhältnis von Behörden- und Privatklageverfahren	109

II.	Anknüpfungspunkte für eine Konkurrentenklage in der deutschen Fusionskontrolle	110
	1. Schadensersatzklage gemäß § 3 5 GWB	110
	2. Kartellbeschwerde gemäß, §§ 62ff GWB	111
III.	Anknüpfungspunkte für eine Konkurrentenklage in der europäischen Fusionskontrolle	112
	1. Nichtigkeitsklage gemäß Art. 173 Abs. 4 EGV	112
	2. Untätigkeitsklage gemäß Art. 175 Abs. 3 EGV	113
B.	Funktionen der Konkurrentenklage	115
I.	Intensivierung der Rechtsdurchsetzung	115
	1. Quantitative Bedeutung der Privatklageverfahren	115
	2. Kläger, Gegenstände und Erfolge privater Klagen	116
	a) Georgetown Private Antitrust Litigation Project	116
	b) Bewertung	118
II.	Nutzbarmachung des Sachverstandes der Konkurrenten	119
	1. US-amerikanische Praxis	119
	2. Nutzung ergänzenden Sachverstandes im deutschen und europäischen Recht	120
	3. Drittmotivation durch Schadensersatz	120
III.	Arbeitsteilung zwischen Behörden und Privatklägern	121
	1. Ausstattung und Arbeitsbelastung der Kartellbehörden	121
	2. Arbeitsteilung im US-amerikanischen Antitrustrecht	122
	3. Übertragbarkeit auf das deutsche und europäische Recht	123
IV.	Beschleunigungswirkung	124
V.	Kontrolle der Behördentätigkeit :	125
	1. Politisierungsgefahren in der europäischen Fusionskontrolle	125
	2. Politische Einflußnahme auf die behördliche Rechtsdurchsetzung in den USA	126
	a) Entwicklung der Zusammenschlußaktivität	127
	b) Entwicklung der Tätigkeit von Antitrust Division und FTC	127
	c) Interpretation der Statistiken	130
	d) Ursachenanalyse	131
	aa) Wandel in der Einstellung der Antitrustbehörden	131
	bb) Finanzielle und personelle Ausstattung der Antitrustbehörden	133
	cc) Schlußfolgerungen	134
	3. Schutz vor Politisierung durch Zweistufigkeit des deutschen Verfahrens	136
	4. Schlußfolgerungen für das europäische Recht	137
VI.	Rechtsfortbildungsfunktion	138
VII.	Abschreckungswirkung (Präventionsfunktion)	139
VIII.	Ausgleich von Wettbewerbsverzerrungen	140

IX.	Individualschutz durch Konkurrentenklagen	140
C.	Nachteile, Probleme und Gefahren der Zulassung von Konkurrentenklagen	141
I.	Zielkonflikte zwischen Wettbewerber-und Allgemeininteressen	141
	1. Ansätze in der Literatur	141
	a) Generelle Unbedenklichkeit von Konkurrentenklagen.	141
	b) Vernachlässigung öffentlicher Interessen in Privatklageverfahren	142
	c) Ausschluß von Konkurrentenklagen in der Fusionskontrolle	142
	aa) Der Brunswick-Fall	143
	bb) Der Chrysler-Fall	144
	cc) Schlußfolgerungen	144
	2. Stellungnahme	145
	a) Berücksichtigung öffentlicher Interessen Im Privatklageverfahren	145
	b) Repräsentation öffentlicher Interessen durch private Kläger	146
	c) Differenzierender Ansatz	146
II.	Mißbrauch der Konkurrentenklagemöglichkeit	149
	1. Mißbrauch zur Erpressung der Zusammenschlußbeteiligten	149
	2. Die Konkurrentenklage als Wettbewerbssubstitut	150
	3. Stellungnahme	151
	a) Risiko- und Kostenverteilung im US-Privatklageverfahren	151
	b) Übertragbarkeit auf das deutsche und europäische Recht	153
III.	Arbeitsüberlastung der Gerichte	154
IV.	Störung der Behördentätigkeit durch Verwaltungskontrollklagen	155
	1. Gerichtliche Erzwingung behördlicher Rechtsdurchsetzung	155
	2. Belastung der Behördentätigkeit durch die Gerichtsverfahren	156
	3. Demotivierung der Drittbeteiligung am Verwaltungsverfahren	15 7
V.	Zuständigkeitsstreuung und disharmonische Rechtsentwicklung	157
VI.	Sonderprobleme der Schadensersatzklage	158
	1. "Perverse Incentives Effect"	15 8
	2. Übermäßige Belastung der Beklagten durch die Ersatzforderungen	159
	3. Praktische Probleme der Schadensbestimmung	161
D.	Zusammenfassung	163
I.	Funktionen der Konkurrentenklage	163
II.	Nachteile, Probleme und Gefahren der Zulassung von Konkurrentenklagen	165
§ 4	Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung von Konkurrentenklagen	167
A.	Klagebefugnis der Konkurrenten in der US-amerikanischen Fusionskontrolle	167
I.	Einführung in die "Standing"-Doktrin	167
	1. Inhalt	167

2. Darlegungs- und Beweisforderungen	168
Befugnis zur Erhebung von Schadensersatzklagen nach Section 4 Clayton Act	170
1. Persönlicher Anwendungsbereich	170
2. Verstoß gegen ein Antitrustgesetz	171
3. Geschäft oder Eigentum	172
a) Grundsätzlich weite Auslegung	172
b) Strengere Anforderungen an die Klagebefugnis potentieller Wettbewerber	173
4. Tatsächlicher Schaden	174
5. Kausalität	175
a) Mitursächlichkeit	175
b) Unmittelbarkeit	178
aa) Klagebefugnisregelung bei Schadensweitergabe (Pass on)	179
(1) Position des Supreme Court	179
(2) Anwendung der Pass on-Doktrin auf Konkurrentenklagen	180
(a) Ausschluß der Pass on-Einrede gegenüber Konkurrentenklagen	180
(b) Konkurrentenklagebefugnis trotz (scheinbar) mittelbarer Betroffenheit	181
(3) Fazit	181
bb) Associated General Contractors - der Multifaktor-Test des Supreme Court	182
(1) Kriterien des Multifaktor-Tests	183
(2) Anwendung auf Konkurrentenklagen	184
c) Das Antitrustschadenskonzept des Supreme Court	185
aa) Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-0-Mat, Inc.	186
(1) Inhalt der Entscheidung	186
(2) Auswertung der Entscheidung	187
(a) Verengung des Zurechnungszusammenhangs	187
(b) Bedeutung des Antitrustschadenskonzepts für die Klagebefugnisprüfung	188
(c) Anwendung des Antitrustschadenskonzepts auf Konkurrentenklagen	190
(aa) Abschreckungswirkung	190
(bb) Ausnutzung rechtswidrig erlangter Effizienzvorteile	191
(cc) Market Foreclosure Effect	191
(dd) Wettbewerbswidriges Handeln der zusammenschlossenen Unternehmen	192
bb) Weiterentwicklung des Antitrustschadenskonzepts nach Brunswick	192
(1) Cargill, Inc. v. Montfort of Colorado, Inc.	192
(a) Sachverhalt und Prozeßgeschichte	193

(b) Entscheidung des Supreme Court	194
(2) Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.	195
(a) Sachverhalt und Prozeßgeschichte	196
(b) Entscheidung des Supreme Court	196
(3) Auswertung der Entscheidungen	197
cc) Ergebnis	199
III. Befugnis zur Erhebung von Verfügungsklagen nach Section 16 Clayton Act	200
1. Persönlicher Anwendungsbereich	201
2. Verstoß gegen ein Antitrustgesetz	201
3. Drohen eines kausalen Schadens	201
4. Kein Erfordernis der Verletzung an Geschäft oder Eigentum	202
5. Keine Beschränkung der Klagebefugnis auf unmittelbar betroffene Kläger	203
6. Anwendbarkeit des Antitrustschadenskonzepts	204
a) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.	204
b) Cargill, Inc. v. Montfort of Colorado, Inc.	205
aa) Position der Supreme Court-Mehrheit	205
bb) Dissens der Richter Stevens und White	207
c) Weiterentwicklung der Klagebefugnisanforderungen nach Cargill	209
aa) Gesetzgebungsinitiative zur Korrektur der Cargill-Entscheidung	209
bb) Strenge Anwendung der Cargill-Kriterien - Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.	210
cc) Beweiserleichterung bei hochwahrscheinlichen Antitrustrechtsverstößen	210
(1) R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever, N.V.	211
(2) Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.	212
(3) Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.	212
d) Stellungnahme	213
aa) Intention des Gesetzgebers	213
bb) California v. American Stores Co.	213
cc) Prozeßökonomie und Belastung der Beklagten	215
dd) Ergebnis	217
(1) Lösungsalternativen	217
(2) Kriterien für die Annahme einer prima facie-Vermutung	219
IV. Schlußbemerkung	220
B. Konkurrentenklagen nach dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	223
I. Zivilklage nach § 35 GWB223	
1. §§ 24, 24a GWB als Schutzgesetze	225
a) Die Weichschaum-Beschlüsse	225
aa) Sachverhalt	225

bb) Entscheidungen von Kammergericht und BGH	226
b) Kritik in der Literatur	227
aa) Offener Wortlaut der §§ 24, 24a GWB	228
bb) "Ausgleichsfunktion" des GWB	228
c) Stellungnahme	229
aa) Zur Position Kremers	229
bb) Pragmatische Betrachtung	230
2. § 22 Abs. 4 und 5 GWB als Schutzgesetz	232
a) Vergleich mit US-Recht und europäischem Recht	232
b) Anwendbarkeit auf zusammenschlußbezogene Verhaltensweisen	233
c) Anwendbarkeit auf Zusammenschlüsse als solche	233
3. Ergebnis	235
II. Anfechtungsbeschwerde gemäß § 62 Abs. 1 und 2 GWB	235
1. Statthaftigkeit	236
a) Verfahrenseinstellung	236
b) Freigabeerklärung	237
c) Ablehnung von Verfahrensanträgen	237
d) Mitteilung des Nichteinschreitens gegen einen Zusammenschluß	238
2. Beschwerdebefugnis	238
a) Gesetzliche Regelung - Anknüpfung an die Verfahrensbeteiligung	238
b) Beschwer des Beschwerdeführers	239
c) Erweiterung der Beschwerdebefugnis analog § 62 Abs. 3 GWB	240
3. Beschwerdefrist	241
4. Begründetheit	241
a) Anfechtung der Freigabeerklärung	241
b) Anfechtung der Ablehnung von Verfahrensanträgen	242
5. Ergebnis	243
III. Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 62 Abs. 3 GWB	243
1. Statthaftigkeit	243
2. Beschwerdebefugnis	244
a) Gesetzliche Regelung - Anknüpfung an die Verletzung subjektiver Rechte	244
b) Erweiterung der Beschwerdebefugnis analog § 62 Abs. 2 GWB	245
3. Ergebnis	246
IV. Schlußbemerkung	247
C. Konkurrentenklagen in der europäischen Fusionskontrolle	249
I. Nichtigkeitsklage gemäß Art. 173 Abs. 4 EGV	249
1. Potentieller Klägerkreis	250
2. Statthaftigkeit gegenüber Erklärungen und Fiktionen nach der FKVO	250
a) Bedeutung der äußeren Form der Kommissionserklärungen	251

aa) Unzureichende Form der Erklärungen nach Art. 6 Abs. 1 FKVO	251
bb) Stellungnahme	252
cc) Angreifbarkeit von Kommissionserklärungen außerhalb des förmlichen Verfahrens	253
b) Rechtsverbindlichkeit der Kommissionserklärungen	254
aa) Deklaratorischer Charakter der Erklärungen nach der FKVO	255
bb) Stellungnahme	256
cc) Rechtsverbindlichkeit von Kommissionserklärungen außerhalb des förmlichen Verfahrens	257
(1) Rechtsansichten der Parteien und Streithelfer in Air France I	257
(2) Entscheidung des EuG	258
(3) Stellungnahme	259
c) Einzelbetrachtung	259
aa) Erklärungen nach Art. 6 Abs. 1 und 8 Abs. 2 FKVO	259
bb) Erklärungsfiktionen nach Art. 10 Abs. 6 FKVO	260
cc) Ablehnung eines Antrags auf Wiedereröffnung des Verfahrens	262
dd) Ablehnung eines Antrags auf Erzwingung der Anmeldung nach Art. 4 FKVO	263
ee) Ablehnung eines Antrags auf Anhörung nach Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO	264
d) Exkurs: Zur Frage der richtigen Klageart	265
e) Ergebnis	266
. Unmittelbare und individuelle Betroffenheit des Klägers	266
a) Betroffenheit	267
aa) Begriffsbestimmung durch Literatur und Rechtsprechung	267
bb) Betroffenheit von Konkurrenten durch Kommissionsentscheidungen nach der FKVO	270
b) Unmittelbarkeit der Betroffenheit	272
aa) Begriffsbestimmung durch die Literatur	272
(1) Das Unmittelbarkeitskriterium als Ausdruck der föderalen Struktur der EU	272
(2) Relevanz mittelnden Ausführungshandels Privater	273
(3) Individualschutz durch die FKVO als Voraussetzung unmittelbarer Betroffenheit	274
(4) Unmittelbarkeit und Rechtsschutzinteresse	275
(5) Aktuelle Betroffenheit	277
bb) Begriffsbestimmung durch die Rechtsprechung	279
(1) Rechtsprechung zu an Mitgliedstaaten gerichteten Entscheidungen	279
(2) Rechtsprechung zu an einzelne gerichteten Entscheidungen	279
(3) Rechtsprechung zu Konkurrentenklagen in der Fusionskontrolle	280

cc) Ergebnis	282
c) Individualisierung des Klägers	283
aa) Begriffsbestimmung durch den EuGH	283
(1) Allgemeine Betroffenheit in der Wettbewerbsbeziehung	283
(2) Aufgrund der Entscheidung feststehender Personenkreis	284
(3) Verfahrensbeteiligung Dritter	285
(a) Individualisierung durch Antragstellung	285
(aa) Metro I" •	285
(bb) FEDIOL	286
(cc) Demo-Studio Schmidt	287
(dd)CICCE	288
(b) Individualisierung durch sonstige Verfahrensbeteiligung	288
(aa) Timex	288
(bb) Cofaz	289
(cc) Metro II	290
(dd) Van der Kooy	291
(c) Rechtsvergleichende Auswertung	292
(4) Individualisierung durch besonders intensive materielle Betroffenheit	293
(a) BAT und Reynolds	294
(b) Extramet Industrie	294
(c) Fazit	296
bb) Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf Konkurrentenklagen in der Fusionskontrolle	297
(1) Ausschluß individueller Betroffenheit von Konkurrenten	297
(2) Stellungnahme	298
cc) Rechtsprechung des EuG	299
(1) Air France II	299
(2) Air France I	301
dd) Einzelbetrachtung unter Auswertung der Rechtsprechung	302
(1) Individualisierung durch antragsgemäße Anhörung	302
(2) Individualisierung durch sonstige Verfahrensbeteiligung	303
(a) Bedeutung der Antragstellung	304
(aa) Position der Rechtsprechung	304
(bb) Stellungnahme	305
(b) Erfordernis und Maßstab zusätzlicher materieller Betroffenheit	306
(aa) Erfordernis einer spürbaren Beeinträchtigung in der Marktstellung	306
(bb) Besondere Anforderungen an die Klagebefugnis potentieller Wettbewerber	306

(cc) Erfordernis eines fusionskontrollrechtlich qualifizierten Betroffenseins	307
(3) Individualisierung allein aufgrund materieller Betroffenheit	308
(a) Bedarf nach einer Klagemöglichkeit verfahrensunbeteiligter Konkurrenten	308
(b) Argumente gegen eine Individualisierung allein durch materielle Betroffenheit	310
(c) Rechtsvergleichende Stellungnahme	310
(aa) Belastung des EuG durch Einführung materieller Fragen in die Zulässigkeitsprüfung	311
(ot) Vergleich mit der Situation in den USA	311
(ß) Inhaltliche Anforderungen an eine Individua- lisierung durch materielle Betroffenheit	312
(aa) EuGH - Extramet Industrie	312
(ßß) EuG - Air France I	315
(XX) Fazit	316
(bb) Verschleppung des Verfahrens und Demotivierung der Drittbeteiligung am Verwaltungsverfahren	317
(a) Präklusion verspäteten Sachvortrags	318
(ß) Kurze Klagfrist	319
(x) Grundsätzlicher Ausschluß aufschiebender Wirkung von Konkurrentenklagen	319
(cc) Weitere Bedenken gegen die Zulassung von Konkurrentenklagen	320
d) Ergebnis	321
4. Begründetheitsprüfung	322
5. Rechtsmittel	323
II. Klagebefugnis der Konkurrenten nach Art. 175 Abs. 3 EGV	324
1. Anwendungsbereich	324
2. Klagebefugnisvoraussetzungen	325
a) Wortlaut des Art. 175 EGV	325
b) Ausschluß der Untätigkeitsklage durch Nichtadressaten	325
aa) Position des EuGH - Lord Bethell	325
bb) Position des EuG - Air France I	326
cc) Stellungnahme	326
3. Ergebnis	327
III. Schlußbemerkung	327
Literaturverzeichnis	331