

Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle

Die deutschen Erfahrungen bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung
von Unternehmenszusammenschlüssen unter Berücksichtigung
der amerikanischen Praxis

Von

Dr. Jens Neiser

Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt

B 39 517



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	23
1.1	Anlaß	23
1.2	Aufgabe	24
1.3	Thematische Eingrenzung	25
1.4	Aufbau	25
	<i>Erster Teil</i>	
2.1	Die Regelungen und ihr wettbewerbstheoretischer Hintergrund	27
2.1.1	Die deutsche Regelung	27
2.1.1.1	Entstehungsgeschichte und Ziele seit 1923	27
2.1.1.2	Aufbau der deutschen Regelung	31
2.1.1.3	Das Verfahren	32
2.1.1.4	Statistiken zur deutschen Praxis	33
2.1.2	Die amerikanische Regelung	37
2.1.2.1	Entstehungsgeschichte und Ziele seit 1890	37
2.1.2.1.1	Das Common Law	37
2.1.2.1.2	Das Wettbewerbsrecht der Einzelstaaten	37
2.1.2.1.3	Der Sherman Act	
2.1.2.1.4	Die Einführung des Clayton Act und des FTC Act von 1914	39
2.1.2.1.5	Die Entwicklung von 1914 - 1950	42
2.1.2.1.6	Das Recht seit 1950	43
2.1.2.2	Aufbau der heutigen amerikanischen Regelung	45
2.1.2.3	Die verschiedenen Verfahren	46
2.1.2.3.1	Die verschiedenen amerikanischen Behörden	46
2.1.2.3.2	Die Privatklagen	47
2.1.2.3.3	Die Verfahrensarten	47
2.1.2.4	Statistiken zur amerikanischen Praxis	48

2.1.3	Verhältnis der beiden Regelungen zueinander	51
2.1.3.1	Globalvergleich der beiden Ansatztypen	51
2.1.3.1.1	Vergleichbarkeit des Schutzobjektes	51
2.1.3.1.2	Vergleichbarkeit der Aufgreifkriterien	52
2.1.3.1.3	Vergleichbarkeit der Untersagungskriterien	52
2.1.3.1.4	Vergleichbarkeit des Verfahrens	53
2.1.3.2	Die gegenseitige Beeinflussung	53
2.1.3.2.1	Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen bei der Schaffung des GWB	53
2.1.3.2.2	Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen bei der Schaffung der zweiten Novelle 1973	54
2.1.3.2.3	Berücksichtigung deutscher Erfahrungen bei der Schaffung der präventiven Fusionskontrolle in den USA	54
2.1.4	Der wettbewerbstheoretische Hintergrund der Zusammenschlußkontrolle	55
2.1.4.1	Die Marktabgrenzung	55
2.1.4.2	Die Entwicklung des Wettbewerbsbegriffs	57
2.1.4.2.1	Die Entwicklung der workable competition doctrine	57
2.1.4.2.2	Die Weiterentwicklung der workable competition Lehre zur Lehre der effective competition	59
2.1.4.2.3	Die Lehre des wirksamen Wettbewerbs als Grundlage der Wettbewerbspolitik	62
2.1.4.2.4	Zusammenfassung	63
2.1.4.3	Die verschiedenen Tests zur Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen	64
2.1.4.4	Die Bewertung der Tests	65
2.1.4.4.1	Die Geeignetheit des Marktergebnistests	65
2.1.4.4.2	Die Geeignetheit des Verhaltenstests	65
2.1.4.4.3	Die Geeignetheit des Strukturtests	66
2.1.4.5	Die Marktstrukturkriterien	66
2.1.4.5.1	Der kritische Konzentrationsgrad bei der Anbieterkonzentration	68
2.1.4.5.2	Die Berücksichtigung der potentiellen Konkurrenz über das Kriterium der Marktzutrittsschranken	69
2.1.4.5.3	Die Berücksichtigung der Marktentwicklung über das Kriterium der Marktphase	70

2.1.4.5.4	Zusammenfassung	71
2.1.4.6	Die Veränderung der Marktstruktur durch externes Wachstum	71
2.1.4.6.1	Die Formen externen Unternehmenswachstums	72
2.1.4.6.2	Die typischen Gefahren der verschiedenen Formen externen Unternehmenswachstums	75
<i>Zweiter Teil</i>		
2.2	Zentrale Probleme der deutschen Praxis im Verfahrens- ablauf unter Berücksichtigung der amerikanischen Er- fahrungen	78
2.2.1	Die am Verfahren Beteiligten und mögliche weitere einfluß- nehmende Institutionen	78
2.2.1.1	Die Untersuchungsbehörde	78
2.2.1.2	Die verfahrensbeteiligten Unternehmen gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 2 und 5 GWB	79
2.2.1.2.1	Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff	79
2.2.1.2.2	Die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen als Ver- fahrensbeteiligte gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB	82
2.2.1.2.3	Der Veräußerer als Verfahrensbeteiligter gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 5 GWB	84
2.2.1.3	Weitere möglicherweise einflußnehmende Institutionen ...	84
2.2.1.3.1	Die obersten Landesbehörden	84
2.2.1.3.2	Die Monopolkommission	84
2.2.2	Die Einleitung des Verfahrens durch Anmeldung des Zusam- menschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 GWB	85
2.2.2.1	Die Zusammenschlußstatbestände	85
2.2.2.1.1	Der Vermögenserwerb gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB	85
2.2.2.1.2	Der Anteilserwerb gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB	87
2.2.2.1.3	Zum Problem des mittelbaren Anteilserwerbs	88
2.2.2.1.4	Das Entstehen eines Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB	89
2.2.2.1.5	Unternehmensverträge gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB	91
2.2.2.1.6	Personelle Verflechtungen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB ..	91
2.2.2.1.7	Herbeiführung sonstiger Verbindungen mit beherrschendem Einfluß gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB	93
2.2.2.1.8	Der Zusammenschluß bereits gemäß § 23 Abs. 2 GWB zusam- mengeschlossener Unternehmen	95
2.2.2.1.9	Zusammenfassung	96

2.2.2.2	Die Pflicht zur Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	96
2.2.2.2.1	Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	97
2.2.2.2.2	Die Definition des Vorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	98
2.2.2.2.3	Der Inhalt der Anmeldung	99
2.2.2.2.4	Wirkungen der vollständigen Anmeldung gemäß § 24 a Abs. 2 und Abs. 4 GWB	99
2.2.2.2.5	Zusammenfassung	101
2.2.2.3	Die freiwillige Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 1 GWB	101
2.2.3	Die Einleitung des Verfahrens durch Anzeige des vollzogenen Zusammenschlusses gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 GWB	103
2.2.3.1	Die Größenvoraussetzungen der Anzeigepflicht gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB	103
2.2.3.2	Der Vollzug des Zusammenschlusses	105
2.2.4	Die Einleitung des Verfahrens nach Kenntniserlangen gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz GWB	106
2.2.5	Die Prüfung der marktunabhängigen Ausnahmen gemäß § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB	106
2.2.5.1	Die Anwendung des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 GWB	107
2.2.5.2	Die Anwendung der Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 GWB	108
2.2.6	Die Abgrenzung des relevanten Marktes	109
2.2.6.1	Die Bestimmung der Austauschbarkeit	109
2.2.6.1.1	Die Beurteilung der Austauschbarkeit in der deutschen Praxis	110
2.2.6.1.2	Die amerikanischen Erfahrungen der Marktabgrenzung	116
2.2.6.1.3	Analyse der bisherigen Praxis	119
2.2.6.2	Die räumliche Marktabgrenzung	121
2.2.6.2.1	Erforderlichkeit der räumlichen Marktabgrenzung	121
2.2.6.2.2	Die Kriterien der amerikanischen Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung	122
2.2.6.2.3	Die Kriterien der deutschen Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung	124
2.2.6.3	Die Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes	127
2.2.6.4	Die Bagatellmarktausnahme des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 n. F. GWB	127

2.2.6.5	Die Regionalmarktausnahme des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 a. F. GWB	128
2.2.7	Die Bestimmung von Marktmacht gemäß § 22 Abs. 1 bis 3 GWB	129
2.2.7.1	Die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GWB	129
2.2.7.2	Die Vermutungen der §§ 22 Abs. 3 Satz 1 und 23 a Abs. 2 GWB und ihre rechtliche Funktion	132
2.2.7.2.1	Die Vermutungen des § 22 Abs. 3 Satz 1 GWB und ihre rechtliche Funktion	132
2.2.7.2.2	Die Vermutung des neuen § 23 a Abs. 2 GWB und ihre rechtliche Funktion	137
2.2.7.2.2.1	Der Anwendungsbereich des § 23 a Abs. 2 GWB	137
2.2.7.2.2.2	Die rechtliche Funktion des neuen § 23 a Abs. 2 GWB	139
2.2.7.3	Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung	139
2.2.7.3.1	Die Anwendung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB	139
2.2.7.3.2	Die Anwendung des § 22 Abs. 2 GWB	141
2.2.7.3.3	Die Anwendung der Oligopolvermutung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a und b GWB und § 23 a Abs. 2 GWB	141
2.2.7.3.4	Die Anwendung der Vermutung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB	142
2.2.7.3.5	Die Widerlegung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 Satz 1 GWB und des § 23 a Abs. 2 GWB	142
2.2.8	Die „Erwartung“ der Marktmachtverstärkung gemäß § 24 Abs. 1 GWB	148
2.2.8.1	Die Bedeutung der Erwartung bei Zusammenschlüssen, die zur Beherrschung führen	148
2.2.8.2	Die Bedeutung der Erwartung bei Minderheitsbeteiligungen	150
2.2.8.3	Kriterien zur Begründung der Erwartung im Sinne von § 24 Abs. 1 GWB	150
2.2.8.4	Einbeziehung der künftigen Wettbewerbsentwicklung in die Prognose gemäß § 24 Abs. 1 GWB	152
2.2.8.5	Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen bei einem nichtbeteiligten Unternehmen	153
2.2.8.6	Die neuen Vermutungen des § 23 a Abs. 1 GWB	155
2.2.8.6.1	Die Anwendung der Verstärkungsvermutung des § 23 a Abs. 1 Nr. 1 GWB	155
2.2.8.6.2	Die Anwendung der Verstärkungsvermutung des § 23 a Abs. 1 Nr. 2 GWB	158
2.2.8.6.3	Die Widerlegung der Vermutungen des § 23 a Abs. 1 GWB ..	158

2.2.9	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf horizontale Zusammenschlüsse	160
2.2.9.1	Die Untersagungsgrenze in amerikanischen Fällen gemäß Sec. 7 Clayton Act	160
2.2.9.2	Die Verstärkung oder das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung durch einen horizontalen Zusammenschluß	164
2.2.9.2.1	Die Verstärkung der Marktmacht durch eine Minderheitsbeteiligung	166
2.2.9.2.2	Die Verstärkung der Marktmacht durch doppelte Minderheitsbeteiligung	167
2.2.9.2.3	Die Verstärkung der Marktmacht eines Oligopols	170
2.2.9.3	Die Spürbarkeit der Verstärkung der Marktmacht	172
2.2.10	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf vertikale Zusammenschlüsse	175
2.2.10.1	Die Veränderung der Marktverhältnisse auf dem Markt des Lieferunternehmens	176
2.2.10.2	Die Veränderung der Marktverhältnisse auf dem Markt des Käuferunternehmens	177
2.2.10.3	Die Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse im amerikanischen Recht	178
2.2.10.3.1	Der Markt des Lieferunternehmens	179
2.2.10.3.2	Der Markt des Käuferunternehmens	181
2.2.10.3.3	Die Erhöhung der Marktzutrittsschranken	184
2.2.10.3.4	Zusammenfassung	185
2.2.10.4	Anwendung der amerikanischen Erfahrungen bei der Prüfung gemäß § 24 Abs. 1 1. Halbsatz GWB	186
2.2.10.4.1	Die Verstärkung der Marktstellung auf dem Markt des Käuferunternehmens	187
2.2.10.4.2	Die Verstärkung der Marktstellung auf dem Markt des Lieferunternehmens	189
2.2.11	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf konglomerale Zusammenschlüsse	191
2.2.11.1	Die Berücksichtigung des Finanzkraftzuwachses	192
2.2.11.2	Die Berücksichtigung der entstehenden Verflechtung	195
2.2.11.3	Die Berücksichtigung der Erhöhung der Marktzutrittsschranken	196
2.2.11.4	Der Wegfall eines potentiellen Wettbewerbers als Begründung der Marktmachtverstärkung	197
2.2.11.4.1	Bisherige deutsche Erfahrungen	197

2.2.11.4.2	Die amerikanischen Erfahrungen mit der sogenannten potential competition doctrine	198
2.2.11.4.2.1	Die Darstellung der Theorie	198
2.2.11.4.2.2	Einfluß der Theorie auf die Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act	200
2.2.11.4.2.3	Die Bestimmung des potentiellen Wettbewerbers	202
2.2.11.4.2.4	Zusammenfassung	208
2.2.11.4.3	Vorschlag zur Anwendung der amerikanischen Erfahrungen in der deutschen Praxis	208
2.2.11.5	Die Behandlung von Marktverkettungszusammenschlüssen .	210
2.2.11.5.1	Der Grund für reziproke Geschäftspraktiken	211
2.2.11.5.2	Die Rechtsprechung der USA zur Berücksichtigung reziproker Geschäftspraktiken	212
2.2.11.5.3	Anwendung der amerikanischen Erfahrungen	215
2.2.12	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen	216
2.2.13	Die Berücksichtigung von Zusagen	220
2.2.13.1	Die verschiedenen Arten der Zusage	222
2.2.13.2	Zulässigkeit und Inhalt der Zusage	223
2.2.13.3	Bewertung der Zusagenpraxis	223
2.2.14	Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	232
2.2.14.1	Rationalisierungsvorteile	233
2.2.14.2	Konzentrationsvorteile durch Sanierungsfusionen	233
2.2.14.3	Verteilungsvorteile durch Aufholfusionen	235
2.2.14.4	Markteintrittsvorteile und Markterschließungsvorteile	236
2.2.14.5	Außerwettbewerbliche Vorteile und Vorteile auf ausländischen Märkten	237
2.2.14.6	Die Berücksichtigung sonstiger Verbesserungen	238
2.2.14.7	Die Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserung	238
2.2.14.8	Die Abwägung der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingung gegen die Nachteile der Marktbeherrschung	240
2.2.14.9	Zusammenfassung	242
2.2.15	Die Ministererlaubnis	243
2.2.15.1	Die Bindung des Ministers an die Feststellungen des Bundeskartellamtes	243
2.2.15.2	Die Prüfung durch den Minister	244
2.2.15.2.1	Die Prüfung des Überwiegens gesamtwirtschaftlicher Vorteile	244

2.2.15.2.2	Die Prüfung des überragenden Interesses der Allgemeinheit	246
2.2.15.2.3	Die Erteilung einer beschränkten Erlaubnis	246
2.2.15.2.4	Die Verbindung der Erlaubnis mit Auflagen	248
2.2.15.3	Die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Bundesministers	249
2.2.15.4	Das Problem der Interessenkollision	250
2.2.16	Rechtsmittel gegen die Untersagungsverfügung	251
2.2.17	Die einstweilige Anordnung im Fusionskontrollverfahren ..	252
2.2.17.1	Die einstweilige Anordnung im Untersagungsverfahren	252
2.2.17.2	Die einstweilige Anordnung zur Sicherung der Entflechtung	252
2.2.17.3	Die einstweilige Anordnung im amerikanischen Fusionsrecht	254
2.2.17.4	Die „hold separate order“ im amerikanischen Fusionsrecht ..	255
2.2.18	Die Klage auf Untersagung eines Zusammenschlusses	256
2.2.19	Die Dauer des Verfahrens	258
2.2.19.1	Die Dauer des Verfahrens des Bundeskartellamtes	258
2.2.19.2	Die Dauer des Verfahrens der Ministererlaubnis gemäß § 24 Abs. 3 GWB	259
2.2.19.3	Die Dauer des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens	260
3.	Schlußteil	261
3.1	Ergebnisse der Bewertung der bisherigen deutschen Praxis unter Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen	261
3.1.1	Erfasste Unternehmen	261
3.1.2	Beteiligte Behörden	261
3.1.3	Ausdehnung der Anmeldepflicht	262
3.1.4	Lückenlosigkeit der Zusammenschlußtatbestände	262
3.1.5	Die Anzeigepflicht	264
3.1.6	Der Inhalt von Anmeldung und Anzeige	264
3.1.7	Überprüfung der Ausnahmen	264
3.1.8	Sichere Marktabgrenzung	265
3.1.9	Die Anwendung der Oligopolklausel und der Oligopolver- mutung	265
3.1.10	Die Erfassung nichtbeteiligter Unternehmen	266

3.1.11	Die Beurteilung der „Erwartung“	267
3.1.12	Die Spürbarkeit der Verstärkung	268
3.1.13	Die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse	269
3.1.14	Die Kontrolle vertikaler Zusammenschlüsse	269
3.1.15	Die Kontrolle konglomeraler Zusammenschlüsse	270
3.1.16	Die Zusagepraxis	272
3.1.17	Die Abwägung gegen Verbesserungen	272
3.1.18	Die Ministererlaubnis	273
3.1.19	Die einstweilige Anordnung	273
3.1.20	Die Dauer des Verfahrens	274
3.2	Bewertung der deutschen Praxis unter rechtspolitischen Gesichtspunkten	275
3.2.1	Rechtsicherheit	275
3.2.2	Verschärfung der Eingriffskriterien	276
3.2.3	Abkopplung der Fusionskontrolle vom Begriff der Marktbeherrschung	276
3.2.4	Häufige Novellierung	278
3.3	Novellierungsvorschläge	279
3.4	Schlußwort	280
	Anhang 1 Text der 4. Novelle (Auszug)	283
	Anhang 2 Clayton Act (Auszug)	286
	Anhang 3 Merger Guidelines (Auszug)	293
	Entscheidungsverzeichnis	302
	Schrifttum	308