

# 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

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b> .....	23
1.1	Anlaß .....	23
1.2	Aufgabe .....	24
1.3	Thematische Eingrenzung .....	25
1.4	Aufbau .....	25
	<i>Erster Teil</i>	
<b>2.1</b>	<b>Die Regelungen und ihr wettbewerbstheoretischer Hintergrund</b> .....	27
2.1.1	<b>Die deutsche Regelung</b> .....	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	<b>Die amerikanische Regelung</b> .....	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

<b>2.1.3</b>	<b>Verhältnis der beiden Regelungen zueinander</b> .....	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
<b>2.1.4</b>	<b>Der wettbewerbstheoretische Hintergrund der Zusammenschlußkontrolle</b> .....	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>		
<b>2.2</b>	<b>Zentrale Probleme der deutschen Praxis im Verfahrensablauf unter Berücksichtigung der amerikanischen Erfahrungen</b> .....	<b>78</b>
<b>2.2.1</b>	<b>Die am Verfahren Beteiligten und mögliche weitere einflußnehmende Institutionen</b> .....	<b>78</b>
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 Verfahrensbeteiligte 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
<b>2.2.2</b>	<b>Die Einleitung des Verfahrens durch Anmeldung des Zusammenschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 GWB</b> .....	<b>85</b>
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 zusammengeschlossener 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
<b>2.2.3</b>	<b>Die Einleitung des Verfahrens durch Anzeige des vollzogenen Zusammenschlusses gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 GWB .....</b>	<b>103</b>
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
<b>2.2.4</b>	<b>Die Einleitung des Verfahrens nach Kenntniserlangen gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz GWB .....</b>	<b>106</b>
<b>2.2.5</b>	<b>Die Prüfung der marktunabhängigen Ausnahmen gemäß § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB .....</b>	<b>106</b>
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
<b>2.2.6</b>	<b>Die Abgrenzung des relevanten Marktes .....</b>	<b>109</b>
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
<b>2.2.7</b>	<b>Die Bestimmung von Marktmacht gemäß § 22 Abs. 1 bis 3 GWB .....</b>	<b>129</b>
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
<b>2.2.8</b>	<b>Die „Erwartung“ der Marktmachtverstärkung gemäß § 24 Abs. 1 GWB .....</b>	<b>148</b>
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

<b>2.2.9</b>	<b>Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf horizontale Zusammenschlüsse</b> .....	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
<b>2.2.10</b>	<b>Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf vertikale Zusammenschlüsse</b> .....	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
<b>2.2.11</b>	<b>Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf konglomerale Zusammenschlüsse</b> .....	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
<b>2.2.12</b>	<b>Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen</b> .....	<b>216</b>
<b>2.2.13</b>	<b>Die Berücksichtigung von Zusagen</b> .....	<b>220</b>
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
<b>2.2.14</b>	<b>Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen</b> .....	<b>232</b>
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
<b>2.2.15</b>	<b>Die Ministererlaubnis</b> .....	<b>243</b>
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
<b>2.2.16</b>	<b>Rechtsmittel gegen die Untersagungsverfügung .....</b>	<b>251</b>
<b>2.2.17</b>	<b>Die einstweilige Anordnung im Fusionskontrollverfahren ..</b>	<b>252</b>
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
<b>2.2.18</b>	<b>Die Klage auf Untersagung eines Zusammenschlusses .....</b>	<b>256</b>
<b>2.2.19</b>	<b>Die Dauer des Verfahrens .....</b>	<b>258</b>
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
<b>3.</b>	<b>Schlußteil .....</b>	<b>261</b>
<b>3.1</b>	<b>Ergebnisse der Bewertung der bisherigen deutschen Praxis unter Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen .....</b>	<b>261</b>
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 Marktangrenzungen .....	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 konglomerater 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
<b>3.2</b>	<b>Bewertung der deutschen Praxis unter rechtspolitischen Gesichtspunkten</b> .....	<b>275</b>
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
<b>3.3</b>	<b>Novellierungsvorschläge</b> .....	<b>279</b>
<b>3.4</b>	<b>Schlußwort</b> .....	<b>280</b>
<b>Anhang 1</b>	<b>Text der 4. Novelle (Auszug)</b> .....	<b>283</b>
<b>Anhang 2</b>	<b>Clayton Act (Auszug)</b> .....	<b>286</b>
<b>Anhang 3</b>	<b>Merger Guidelines (Auszug)</b> .....	<b>293</b>
	<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	<b>302</b>
	<b>Schrifttum</b> .....	<b>308</b>