

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Ziel und Herausforderung der Fragestellung	27
II. Vorgehensweise der Untersuchung	27

Kapitel 1

Problemfälle der Fusionskontrolle	29
A. Killer Acquisitions	29
I. Einführung	29
II. Kill-Zones	31
III. Bewertung	32
1. Positive Effekte	33
2. Negative Effekte	34
B. Anwerben von Gründern und Mitarbeitern	36
C. Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen	38

Kapitel 2

Die ökonomischen und dogmatischen Grundlagen von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht sowie die belegbare Existenz von Regelungslücken	40
A. Grundlegende Elemente der Fragestellung	40
I. Grundlagen der Fusionskontrolle	40
1. Sinn und Zweck der Fusionskontrolle	41
a) Ökonomische Perspektive	41
b) Juristische Perspektive	45
c) Politische Perspektive	47
d) Zwischenergebnis	50
2. Struktur der Fusionskontrolle	50
a) Zusammenschluss	51
aa) Europäische Union	51
(1) Fusion	51

(2) Kontrollerwerb	53
bb) Deutschland	55
(1) Vermögenserwerb	55
(2) Kontrollerwerb	57
(3) Anteilerwerb	59
(4) Wettbewerblich erheblicher Einfluss	59
cc) Zwischenergebnis	61
dd) Schließung der verbliebenden Regelungslücken	61
(1) Analogie zu § 37 GWB und Art. 3 Fusionskontrollverordnung	61
(2) Analogie zu gewerblichen Schutzrechten	62
(3) Anwendung des Art. 101 AEUV	63
(a) Anwendung in Bezug auf Mitarbeiter	64
(b) Anwendung in Bezug auf Gründer	65
(4) Anwendung des § 1 GWB	67
(5) Arbeitsrechtlicher Lösungsansatz	68
(6) Rückgriff auf das UWG	69
ee) Zwischenergebnis	71
b) Schwellenwerte	72
aa) Umsatzschwellen	72
(1) Europäische Union	72
(2) Deutschland	74
(3) Zwischenergebnis	75
bb) Transaktionswertschwelle	76
(1) Tatbestand	76
(2) Höhe des Transaktionswertes	76
(a) Killer Acquisitions erfasst?	77
(b) Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen erfasst?	78
(3) Bestimmung des Transaktionswertes	78
(4) Bewertung der erheblichen Inlandstätigkeit	80
(5) Zwischenergebnis	81
cc) Der neue § 39a GWB – „Remondis Klausel“	81
(1) Zielsetzung	81
(2) Tatbestand	82
(3) Systematik	82
(a) Materielle Aspekte	84
(b) Formelle Aspekte	91
(c) Rechtsfolge	95
(d) Ausnahmen	96
(e) Verfassungskonformität	97

(4) Schließung der bestehenden Regelungslücken über § 39a GWB?	98
(a) Kontrolle von Killer Acquisitions	98
(b) Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen	100
c) Die Verweisungssystematik der Fusionskontrollverordnung	101
aa) Art. 4 Abs. 5 Fusionskontrollverordnung	101
bb) Art. 22 Abs. 1 Fusionskontrollverordnung und dessen Neuinterpretation	103
(1) Voraussetzungen und Verfahren	103
(2) Ursprung und Ziel	103
(3) Bewertung in Bezug auf die Regelungslücken	104
(a) Geringe materielle Anforderungen	104
(b) Verweisung bei fehlender Anwendbarkeit nationaler Fusions- kontrolle	106
(c) Verweisungsfristen und deren problematische Bestimmung	109
(d) Aktuelle Anwendung des Art. 22 Fusionskontrollverordnung in der Praxis	110
cc) Zwischenergebnis	112
d) Sonderregelungen des Außenwirtschaftsgesetzes	113
e) Verhältnis zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle	116
II. Zwischenergebnis	116
III. Grundlagen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots	117
1. Sinn und Zweck des Missbrauchsverbots	117
a) Ökonomische Perspektive	117
b) Juristische Perspektive	118
c) Politische Perspektive	120
d) Zwischenergebnis	122
2. Struktur des Missbrauchsverbots	122
a) Europäische Union	122
b) Deutschland	122
aa) Der Missbrauchstatbestand des § 19a GWB	123
(1) Tatbestand	123
(2) Zielsetzung	124
(3) Systematik	125
(4) Zwischenergebnis	129
(5) Zusammenschlusskontrolle über § 19a GWB	130
(a) Die Verbotsnorm des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB	130
(b) Einfluss und Grenzen des Wortlauts der Norm	130
(c) Systematische Grenzen	132
(d) Verhältnis zum Europäischen Recht	133

bb) Der Missbrauchstatbestand des § 20 Abs. 3, Abs. 3a GWB	135
(1) Tatbestand	136
(2) Zielsetzung	136
(3) Systematik	137
(a) Normadressaten	137
(b) Gefährdungstatbestand	138
(c) Schutzbereich	139
(d) Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber	140
(e) Ernstliche Gefahr für den Leistungswettbewerb	141
(f) Kausalität	145
(g) Missbrauchspotential	145
(4) Zusammenschlusskontrolle über § 20 Abs. 3 S. 1, Abs. 3a GWB ..	146
cc) Stellungnahme	148
B. Zwischenergebnis: Resultierende Notwendigkeit einer auf Art. 102 AEUV basierenden Kontrolle	149

Kapitel 3

Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse ausgehend von der Continental Can Doctrine

150

A. Die vorherrschende Sichtweise der Gerichte und Wettbewerbsbehörden	150
I. Continental Can	150
1. Falldarstellung im Kontext	150
2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofes im Kontext der Untersuchung ...	151
3. Schlussfolgerung	152
II. BAT & Reynolds/Kommission	155
1. Falldarstellung im Kontext	155
2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofes im Kontext der Untersuchung ...	156
3. Schlussfolgerung	156
III. Utopia Entscheidung (Luxemburg)	158
1. Falldarstellung im Kontext	158
2. Auffassung der Wettbewerbsbehörde im Kontext der Untersuchung	159
3. Schlussfolgerung	161
a) Verhältnis zum europäischen Recht	161
b) Ex-post-Kontrolle	162
c) Missbräuchliches Verhalten	162
d) Zwischenergebnis	164
IV. Towercast	164
1. Falldarstellung im Kontext	164

2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofs	166
a) Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zum Primärrecht	166
b) Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zum Sekundärrecht	168
c) Ex-post Kontrolle	170
d) Materielle Kriterien	171
3. Schlussfolgerung	171
a) Sperrwirkung der Fusionskontrollverordnung	172
b) Anwendbares Verfahrensrecht	174
c) Ex-post Kontrolle	175
d) Materielle Kriterien	176
e) Zwischenergebnis	179
B. Sperrwirkung der Fusionskontrollverordnung	179
I. Sperrwirkung in Bezug auf Art. 102 AEUV	179
II. Sperrwirkung in Bezug auf Verordnung 1/2003	181
1. Zusammenschluss oberhalb der Aufgreifschwellen	182
2. Zusammenschluss unterhalb der Aufgreifschwellen	184
a) Wortlaut der Norm	184
b) Gefahr doppelter Kontrolle	184
c) Einordnung in die Systematik der FKVO	186
d) Effet Utile	187
e) Notwendiger Rückgriff auf den AEUV?	188
f) Zwischenergebnis	189
C. Auslegung, Selbstbindung und Vertrauensschutz ausgehend von der Protokollerklärung	189
I. Die Protokollerklärung im System des Europarechts	190
1. Zwingende Auslegung?	190
2. Selbstbindung der Europäischen Kommission?	192
3. Inhaltliche Auseinandersetzung mit der Protokollerklärung	193
4. Vertrauensschutz	194
II. Zwischenergebnis	195
D. Verstoß gegen das One-Stop-Shop-Prinzip	195
E. Fusionskontrolle grundsätzlich präventiv?	197
I. Ex-post Kontrolle im Vereinigten Königreich	199
II. Ex-post Kontrolle in den USA	201
III. Ex-post Kontrolle in Schweden	203
IV. Weitere Jurisdiktionen	205
F. Zwischenergebnis	205

*Kapitel 4***Die Verwirklichung des Tatbestandes von Art. 102 AEUV
durch einen Zusammenschluss**

207

A. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	207
I. Beherrschende Stellung	207
1. Bestimmung der beherrschenden Stellung	207
2. Beherrschende Stellung des Erwerbers	209
a) Beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt	209
b) Beherrschende Stellung außerhalb des Binnenmarktes	210
3. Beherrschende Stellung des Zielunternehmens	212
4. Zeitpunkt der beherrschenden Stellung	213
a) Beherrschende Stellung bereits vorhanden	213
b) Beherrschende Stellung als Resultat des Zusammenschlusses	214
II. Missbräuchliches Verhalten	217
1. Arten von Missbrauchsverhalten	218
2. Marktstrukturmissbrauch	219
a) Verstärkung der beherrschenden Stellung	220
aa) Effektive Kontrolle	220
bb) Mindestmaß an Einflussnahme	221
(1) Anwerben von Gründern und Mitarbeitern	222
(2) Zielunternehmen in einem nicht beherrschten Markt	222
(a) Theorie der verbundenen Märkte	224
(b) Marktbeherrschendes Zielunternehmen	225
b) Wettbewerbsbehinderung	225
aa) Formen der Wettbewerbsbehinderung	225
(1) Wettbewerber auf demselben Markt	226
(2) Behinderung und Verzögerung des Markteintritts	226
bb) Wettbewerbsbehinderung auf dem beherrschten Markt	227
(1) Sicherung der beherrschenden Stellung	227
(2) Einsatz von Mitteln aus vorherigem missbräuchlichen Verhalten	228
cc) Zwischenergebnis	230
c) Kausalität zwischen der Verstärkung der beherrschenden Stellung und der Wettbewerbsbehinderung	230
d) Besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen	231
III. Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch	232
IV. Zwischenstaatlichkeitsklausel	234
V. Ergebnis	237

B. Anwendbarkeit und Bewertung der Zusammenschlusskontrolle über Art. 102 AEUV in Bezug auf die offengelegten Regelungslücken	238
I. Beherrschende Stellung	238
II. Anwerben von Gründern und Mitarbeitern als möglicher Missbrauch?	239
III. Killer Acquisitions	241
1. Killer Acquisition als Missbrauchsvariante – Anknüpfungspunkte für den Wettbewerbsschaden (Theory of Harm)	241
a) „Klassischer Strukturmissbrauch“	241
b) „Fortsetzungsmissbrauch“	242
c) Wettbewerbsschädliche Motivation	243
d) Unternehmensstrategie als mögliche Wettbewerbsbehinderung	244
2. Stellungnahme	246
IV. Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Un- ternehmen	246
C. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV	246
I. Öffentlich-rechtliche Folgen	247
1. Europäische Institutionen	247
a) Europäische Kommission	247
b) Europäische Gerichtsbarkeit	251
2. Nationale Institutionen	251
a) Bundeskartellamt	252
b) Nationale Gerichtsbarkeit	254
II. Zivilrechtliche Folgen	254

Kapitel 5

Handhabungsvorschlag für das Bundeskartellamt und Fazit	256
A. Handhabungsvorschlag	256
I. Zeitliche Begrenzung der ex-post-Kontrolle	256
II. Kriterien für die Bewertung des Missbrauchspotentials	258
III. Die Bewertung aufkommenden Wettbewerbs	261
1. Aktuelle Rechtslage	261
2. Aufkommender Wettbewerb	262
3. Einordnung in Bezug auf Art. 102 AEUV	263
a) Wettbewerbsschädliche Motivation	263
b) Economic Goodwill Threshold Test	263
c) Bewertung des Gefahrenpotentials	267
IV. Die Möglichkeit der Rechtfertigung	267
B. Abschließendes Fazit	268

Literaturverzeichnis 271

Übersicht Rechtsprechung 294

 I. Unionsgerichtsbarkeit 294

 II. Nationale Gerichtsbarkeit 296

 III. Ausländische Gerichtsbarkeit 298

Übersicht Kommissionsentscheidungen 299

Übersicht Bundeskartellamtsentscheidungen 300

Übersicht Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden 301

Stichwortverzeichnis 302