

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 206

Entstehung und Praktiken der deutschen Fusionskontrolle

Eine Untersuchung zu Verfahren der chemischen Industrie
vor dem Bundeskartellamt (1973–1989)

Von

Verena Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

VERENA HÖHNE

Entstehung und Praktiken der deutschen Fusionskontrolle

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 206

Entstehung und Praktiken der deutschen Fusionskontrolle

Eine Untersuchung zu Verfahren der chemischen Industrie
vor dem Bundeskartellamt (1973–1989)

Von

Verena Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 978-3-428-18648-8 (Print)

ISBN 978-3-428-58648-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 2021 fertiggestellt und im Wintersemester 2021/22 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Promotionsleistung angenommen. Sie ist aus dem interdisziplinären Schwerpunktprogramm 1859 „Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns“ der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) hervorgegangen.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater und Erstgutachter, Herrn Professor Dr. Louis Pahlow, für die Betreuung dieser Arbeit und die Möglichkeit, an seinem Lehrstuhl zu arbeiten. Vor allem für die fortlaufende Unterstützung und die vielfältigen Anmerkungen, von der Themenfindung bis zum Abschluss des Promotionsverfahrens, bin ich zu Dank verpflichtet. Darüber hinaus danke ich Herrn Professor Dr. Guido Pfeifer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Albrecht Cordes für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Ein weiterer Dank geht an meine ehemaligen Kolleginnen und Kollegen des Lehrstuhls für die wertvollen Anregungen und den Austausch im Doktorandenseminar. Insbesondere Herrn Dr. phil. Franz Hederer danke ich für die Durchsicht der Manuskriptfassung mit dem Blick eines Historikers sowie Frau Catherine Rossmann und Herrn Dr. Felix Jehle für die angenehme gemeinsame Zeit am Lehrstuhl.

Frau Dr. Theresa Ntinas danke ich herzlich für die Durchsicht des Manuskripts und für die fachliche, moralische und vor allem freundschaftliche Unterstützung in allen Lebenslagen.

Meinen Eltern, Regine und Fritz Rassow, sowie meinem Bruder, Oliver Rassow, danke ich aufrichtig für den uneingeschränkten familiären Rückhalt und dafür, dass sie mich auf humorvolle Art und Weise immer wieder daran erinnern, worauf es im Leben wirklich ankommt.

Herzlicher Dank gebührt schließlich meinem Ehemann, Dr. Michael Höhne, nicht nur für die gründliche und kritische Durchsicht des Manuskripts, sondern insbesondere dafür, dass er immer an mich glaubt und mich bedingungslos dazu ermutigt und dabei unterstützt, meine Ziele zu erreichen. Ohne ihn wäre die Arbeit in dieser Form nicht entstanden.

Frankfurt am Main, im Mai 2022

Verena Höhne

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Problemstellung	17
B. Forschungsstand.....	19
C. Fragestellung und Gang der Untersuchung.....	20
<i>1. Teil</i>	
Die Einführung der Fusionskontrolle in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	22
1. Kapitel	
Das Scheitern einer konsequenten Fusionskontrollregelung im GWB 1958	23
A. Die Debatte um die Fusionskontrolle in der Entstehungsgeschichte des GWB	23
I. Josten-Entwurf	27
II. Regierungsentwurf	34
1. Der Regierungsentwurf in der ersten Legislaturperiode	35
2. Die Wiedereinbringung des Regierungsentwurfs in der zweiten Legislaturperiode	38
B. Die Diskussion und das Ausbleiben einer Fusionskontrolle im GWB	39
C. Zusammenfassung	47
2. Kapitel	
Die Einführung einer Fusionskontrolle im GWB bis zur Novelle 1980	47
A. Die Diskussion um eine Fusionskontrolle bis zur ersten Novellierung des GWB von 1965	48
I. Die Konzentrationsenquete von 1960–1964	50
II. Der Konzentrationsbericht der Bundesregierung 1962	52
III. Die Fusionskontrolle und die erste GWB-Novelle 1965	54
B. Der Weg zur Fusionskontrolle im GWB 1973	55

I.	Novellierung 1973	56
1.	Referentenentwurf vom 20.03.1970	59
2.	Referentenentwurf vom 28.10.1970	61
II.	Novellierungen 1976 und 1980	64
C.	Zusammenfassung	66

3. Kapitel

Zu den Ursachen der Einführung einer Fusionskontrolle im GWB 66

A.	Die adäquaten Leitbilder der Wettbewerbspolitik	68
I.	Die vollständige Konkurrenz und der Ordoliberalismus nach <i>Eucken</i> ..	69
II.	Die „workable competition“ und der funktionsfähige Wettbewerb nach <i>Kantzenbach</i>	72
III.	Der freie Wettbewerb unter <i>Hoppmann</i>	75
B.	Der Wandel in der Wirtschaftspolitik und ihr Einfluss auf das Kartellrecht ..	79
I.	Die Stellungnahmen des Bundeskartellamtes zur Fusionskontrolle ..	80
II.	Das neue wettbewerbspolitische Leitbild und die „Neue Wirtschaftspolitik“ als Grundlage einer Änderung der Einstellung zur Fusionskontrolle	85
III.	Politische Bemühungen und der zunehmende Konzentrationsanstieg ..	90
IV.	Auswirkungen der Theorien auf die Ausgestaltung der Fusionskontrolle	94
C.	Zusammenfassung	98

2. Teil

Fusionskontrolle in der Praxis – Empirische Untersuchung des Untersagungsverfahrens durch das Bundeskartellamt anhand historischer Fallbeispiele 100

4. Kapitel

Untersagungsverfahren des Bundeskartellamtes 102

A.	Das Bundeskartellamt: Einrichtung, Aufbau und Funktion	103
B.	Das Ermittlungs- und Untersagungsverfahren der Fusionskontrolle	107
C.	Der Quellenkorpus: Untersagungsverfahren zwischen 1973 und 1989	114
I.	<i>Veba/Gelsenberg</i> (1973)	115
II.	Gründung der Bitumen-Verkaufsgesellschaft (1973)	117
III.	<i>Bayer/Metzeler</i> (1974)	118
IV.	<i>IBH/Wibau</i> (1980)	120
V.	<i>Bayer/Firestone</i> (1980)	121

VI. Linde/Agefko (1985)	122
VII. Hüls/Condea (1986)	123
VIII. Messer Griesheim/Buse Gase (1988).....	124
IX. Linde/Lansing (1988).....	125
 5. Kapitel	
Die Entwicklung eigener Verfahrens- und Regulierungsmechanismen	126
 A. Die auslegungsbedürftigen Normen und Vermutungsregelungen der Fusionskontrolle	127
I. Unbestimmte Rechtsbegriffe	128
1. Zwischen Amt, Gericht und Politik: Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe.....	130
2. Konkretisierung in den Verfahrensakten	133
II. Die Vermutungskriterien.....	137
1. Die Marktbeherrschungsvermutung des § 22 Abs. 3 GWB 1973 ..	137
2. Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 23a GWB 1980	139
3. Die Marktbeherrschungsvermutungen in den Verfahrensakten	140
B. Informelle Verfahren	143
I. Rahmenbedingungen informeller Verfahren	144
II. Rechtliche Würdigung und Anreizwirkungen informeller Verfahren ..	147
III. Empirische Untersuchung informeller Verfahren	149
1. Das Sondieren im Vorverfahren	150
2. Das informelle Unternehmensverhalten nach offiziellem Prüfungsbeginn.....	152
3. Zusageverfahren	155
C. Zusammenfassung	161
 6. Kapitel	
Errichtung des Informationsmanagements	162
 A. Informationsgenerierung und -asymmetrien im Fusionskontrollverfahren ..	163
I. Informationsermittlung	164
1. Informationsübermittlung und -ergänzung durch fusionsbeteiligte Unternehmen	166
2. Öffentliche Medien und Befragungen Dritter als Informationsquelle	171
3. Instrumentalisierung des sog. Abmahnenschreibens sowie der Untersagung	179
4. Zwischenergebnis	180
II. Informationsverarbeitung	180
1. Entscheidende Prognosekriterien.....	181

2. Verwertung geschätzten Datenmaterials	184
3. Befragungsauswertung	185
4. Zwischenergebnis	189
B. Behördeninternes Wissen	189
C. Instrumentalisierung der Öffentlichkeit	195
D. Zusammenfassung	199
7. Kapitel	
Die Erwartungsbildung und -entscheidung	201
A. Die Beurteilung von Marktbeherrschung	202
I. Marktabgrenzung	202
II. Feststellung der Marktbeherrschung auf dem abgegrenzten Markt ..	208
1. Marktbeherrschung und Marktanteile	209
2. Weitere marktrelevante Strukturmerkmale	213
a) Strukturkriterien zur Feststellung der Entstehung und Verstärkung von Marktmacht	215
b) Strukturkriterien als Vermutungswiderlegung	219
III. Zwischenergebnis	221
B. Wettbewerbstheoretische bzw. -politische Auswirkung auf die Anwendung der Fusionskontrolle	221
I. Wirtschaftspolitisches Verhältnis zwischen dem Bundeskartellamt und dem Bundesministerium für Wirtschaft	222
II. Politisch motivierte Interventionsversuche außerhalb des Bundesministeriums für Wirtschaft	224
III. Politische Kriterien und Schutz von kleinen oder mittleren Unternehmen	226
IV. Wirtschaftstheoretische Betrachtung	227
C. Zusammenfassung	228
<i>3. Teil</i>	
Zusammenfassung der Ergebnisse	231
Anlage A–H	235
Anlage A	237
Anlage B	242
Anlage C	246
Anlage D	255
Anlage E	258

Inhaltsverzeichnis	13
Anlage F	265
Anlage G	273
Anlage H	300
Literaturverzeichnis	313
Stichwortverzeichnis	325

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAL	Bayer-Archiv Leverkusen
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BFM	Bundesfinanzministerium
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Bundesrat Drucksachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestag Drucksachen
BWM	Bundeswirtschaftsminister
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Ed.	Edition

f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GB/BHE	Gesamtdeutscher Block/Bund der Heimatvertriebenen und Ent- rechten
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. e.	id est
insb.	insbesondere
i. R. d.	im Rahmen des/im Rahmen dessen
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JbNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JWG	Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMU	kleine und/oder mittlere Unternehmen
LKartA	Landeskartellamt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o. A.	ohne Angabe
o. J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
o. S.	ohne Seitenangabe
RA	Rechtsanwalt
RAe	Rechtsanwälte
sog.	sogenannt, sogenannten
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
TB	Tätigkeitsbericht

u.	und
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
VSWG	Vierteljahreszeitschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
VV	Vorverfahren
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift WuW
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUG	Zeitschrift für Unternehmensgeschichte

Einleitung

A. Problemstellung

Am 19.01.2021 ist die 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten, welche auch als „GWB-Digitalisierungsgesetz“ bezeichnet wird.¹ Notwendig war die Reform, um das GWB dem Wandel der Zeit anzupassen und die inzwischen nicht mehr aus unserer Gesellschaft wegzudenkenden sog. digitalen Märkte ausreichend zu erfassen.² Während aber die Instrumentarien des GWB, mit denen die heutigen Kartellbehörden im Falle ihres Einschreitens operieren, inzwischen durch eine jahrzehntelange Anwendungspraxis etabliert und gefestigt sind, ist bislang kaum untersucht worden, wie diese Errichtung generell erfolgte.

Das Kartellrecht basiert auf drei Kernsäulen, erstens dem Kartellverbot, zweitens der Missbrauchskontrolle und drittens der Fusionskontrolle.³ Auf letztere fokussiert sich diese Arbeit.

Mit der Fusionskontrolle,⁴ die ein Eingriffsinstrumentarium des GWB darstellt, verfolgt das Bundeskartellamt etwa den Zweck, „den Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess zu schützen“.⁵ Gleichzeitig dienen die Fusionskontrollvorschriften aber auch dazu, „die Freiheit des Wettbewerbs bzw. die Freiheit der Wettbewerber, die an diesem Prozess teilnehmen, strukturell zu sichern“.⁶ In einem 2012 herausgegebenen Leitfaden verweist das Bundes-

¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18.01.2021, BGBl. I 2021, S. 2; zu den wesentlichen Gesetzesänderungen siehe *Bosch*, NJW 2021, 1791.

² Zur Debatte vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw44-de-digitales-wettbewerbsrecht-798194> [Stand: 02.08.2021].

³ Zu den Säulen des Kartellrechts vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Die Kernsäulen des GWB, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/kernsaeulen-des-gwb.html> [Stand: 02.08.2021]; *Ahrens*, Europäisches und internationales Wirtschaftsprivatrecht, S. 194 Rn. 516.

⁴ Die Begriffe Fusionskontrolle, Zusammenschlusskontrolle und Konzentrationskontrolle werden im Verlauf der Arbeit synonym verwendet.

⁵ *Bundeskartellamt*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 2 Rn. 6.

⁶ *Bundeskartellamt*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 3 Rn. 6.

kartellamt im Rahmen der Erläuterung des Schutzes von Wettbewerb noch auf die Gesetzesbegründung zur zweiten GWB-Novelle aus dem Jahre 1973, mit welcher die Fusionskontrolle eingeführt wurde. So ist es nicht verwunderlich, dass auch der Wortlaut der heute normierten Vorschrift zur Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB sich nur geringfügig von der im Jahre 1973 erlassenen Fusionskontrollnorm des § 24 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 GWB 1973 unterscheidet.⁷

Im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelte sich die Regulierung des Wettbewerbs zu einem Kernelement der Wirtschaftspolitik. Es brach eine neue Ära des Wettbewerbs und dessen Regulierung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an:

Während der Fokus der Regulierung bei Einführung und Inkrafttreten des GWB⁸ im Jahre 1958 auf dem Verbot von Kartellen lag, verlagerte sich das Hauptaugenmerk gleichwohl in den auf den Erlass des Gesetzes folgenden Jahren auf die Einführung einer Fusionskontrolle. Zwar war die Regelung einer Zusammenschlusskontrolle bereits im Regierungsentwurf zum GWB angedacht,⁹ sie wurde aber erst fast 20 Jahre später mit der zweiten GWB-Novelle im Jahre 1973 normiert.¹⁰ Danach oblag es den Beamten des Bundeskartellamtes, eine Prognose zu stellen, ob gem. § 24 Abs. 1 GWB 1973 zu „erwarten“ war, dass „durch Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt“ wurde.

Mittlerweile stellt die Fusionskontrolle ein essenzielles und fundamentales Steuerungsmittel im System der Wettbewerbsregulierung dar. Die Zusammenschlusskontrolle entfaltete sich zu einem wirksamen Instrument zur Verhinderung wirtschaftlicher Machtballungen. Der Erfolg der Fusionskontrolle auf nationaler Ebene war auch grundlegend für die Einführung einer europäischen Fusionskontrolle im Jahre 1989 durch die europäische Fusionskontrollverordnung.¹¹ Auch heute noch wird sie national sowie auf europäischer

⁷ Zu den §§ des GWB 1973 siehe Anlage G.

⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.07.1957, BGBl. I 1958, S. 1081.

⁹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13.06.1952, BT-Drucks. I/3462; wortgleich mit der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22.01.1955, BT-Drucks. II/1158.

¹⁰ Zweites Gesetz zur Änderung des GWB vom 03.08.1973, BGBl. I 1974, S. 917; zur Fusionskontrolle der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl siehe *Witschke, Gefahr für den Wettbewerb?*, Berlin 2009.

¹¹ Die erste europäische Fusionskontrollverordnung war die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L Nr. 395 vom 30.12.1989, S. 1 ff.

Ebene aktiv ausgeübt. Seit dem Vordringen des „more economic approach“¹² und der Revision der europäischen Fusionskontrollverordnung¹³ wird in Forschung und Praxis zumeist der Frage nachgegangen, ob die Prognose an sich insgesamt ökonomisch fundierter erfolgen kann.¹⁴ Die – vorgeordnete – Frage, wie die Beamten des Bundeskartellamtes in Deutschland eine Erwartungsentscheidung treffen, findet kaum Beachtung und stellt damit weiterhin ein Forschungsdesiderat dar.

Die Erwartung an künftige Markt- und Wettbewerbsentwicklungen war eine elementare Voraussetzung nicht nur für das ökonomische Handeln der Unternehmen, sondern auch der administrativen und gerichtlichen Regulierungsakteure. So wurde die Zusammenschlusskontrolle in § 24 Abs. 1 GWB 1973 als Entscheidung, die sich an konkreten Erwartungen zu orientieren hatte (Erwartungsentscheidung), im Jahre 1973 normiert, wobei die Erwartung wiederum mit dem Phänomen der Marktbeherrschung verknüpft wurde.

Dies stellte die – für die Erwartungsentscheidung zuständigen – Beamten des Bundeskartellamtes ab 1973 vor die Aufgabe, Entscheidungen auf einem Feld zu treffen, auf dem man in Deutschland über keine Erfahrungen verfügte. Zwar gab es theoretische Konzepte zu den relevanten Fragestellungen der Entscheidungsbildung. Ob die Beamten aber auf solche bei der Erwartungsprognose zurückgriffen, ist bisher nicht untersucht oder dargelegt worden.

B. Forschungsstand

In den letzten Jahrzehnten konzentrierte sich das Interesse der geschichtswissenschaftlichen sowie teilweise auch der rechtshistorischen Forschung hinsichtlich der Bestimmung der Unternehmenskonzentration und deren rechtlicher bzw. institutioneller Rahmenbedingungen im 20. Jahrhundert auf drei Bereiche: Historische Entwicklung von Kartellen inklusive ihrer Entstehungsbedingungen, Wirkungen und Funktionen,¹⁵ Fallstudien zu einzelnen

¹² Nach *Lademann* steht der „more economic approach“ für eine „effektbasierte Kartellrechtsanwendung, die ihre Eingriffe am Maßstab der Konsumentenwohlfahrt orientiert“, hierzu *Lademann*, in: FS Mösche, S. 381–394.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L Nr. 24 vom 29.01.2004, S. 1 ff.

¹⁴ Statt vieler *Markopoulos*, Juristische und ökonomische Prognosemethoden, S. 15.

¹⁵ Hierzu u. a. *Jovović*, JWG 2012, S. 237–273; *Schröter*, JWG 2012, S. 87–102; ders., in: Müller/Schmidt/Tissot (Hg.), *Regulierte Märkte*, S. 199–211; *Galke*, Kartelle und Staat, 2016.