

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	17
Abbildungsverzeichnis	20
Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Der mittelbare Anteilserwerb im Einzelnen	24
I. Begriffsklärung	24
1. „Anteile“	25
2. „mittelbar“	31
3. „Erwerb“	32
4. Unterscheidung zwischen dem „mittelbaren Anteilserwerb im engeren Sinne“ und dem „mittelbaren Anteilserwerb im weiteren Sinne“	34
5. Sonderfälle	36
II. Voranstellung der „Grundkonstellationen“ des mittelbaren Anteilserwerbs	36
III. Der mittelbare Anteilserwerb als Problem der formellen Fusionskontrolle	38
IV. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf die Betrachtung von Kapitalgesellschaften	40
C. Der mittelbare Anteilserwerb in anderen innerstaatlichen Rechtsordnungen	41
I. USA	42
II. Frankreich	49
III. Großbritannien	52
IV. Österreich	56
Erster Teil	
Der mittelbare Anteilserwerb in der deutschen Zusammenschlusskontrolle	65
Kapitel 1: Der mittelbare Anteilserwerb nach den Fusionskontrollvorschriften des GWB	65
A. Rahmen der Untersuchung: Auf- und Eingreißkriterien	65
B. § 36 Abs. 2 GWB	66
I. Anwendungsbereich des § 36 Abs. 2 GWB	67
II. Generelle Bedeutung des § 36 Abs. 2 GWB für die Beurteilung des mittelbaren Anteilserwerbs	68
1. Der Begriff der „beteiligten“ Unternehmen	68
2. § 36 Abs. 2 GWB im Vergleich zu § 23 Abs. 3 S. 3 GWB a.F.	72
3. § 36 Abs. 2 GWB im Vergleich zu § 23 Abs. 3 S. 4 GWB a.F.	80
4. Der mittelbare Anteilserwerb bei Eingreifen des § 36 Abs. 2 GWB	83

III. Regelungsgehalt des § 36 Abs. 2 GWB und Folgerungen im Hinblick auf den mittelbaren Anteilserwerb als möglichen selbstständigen Zusammenschluss	84
1. Verbundklausel, § 36 Abs. 2 S. 1 GWB	84
a) Holding-Gesellschaft als „Unternehmen“?	87
b) Verweisungen auf aktienrechtliche Tatbestände	88
aa) Verweisung auf § 17 AktG, § 36 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB	88
(1) Der aktienrechtliche Abhängigkeitsbegriff	89
(a) Grundlagen	89
(b) Wirtschaftliche „Abhängigkeit“	91
(c) Die „kombinierte Beherrschung“	94
(d) Die Widerlegung der Beherrschungsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG	102
(2) Übernahme des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffs in § 36 Abs. 2 S. 1 GWB?	103
(a) Wortlaut	103
(b) Gesetzesmaterialien	105
(c) Nochmals Gesetzesmaterialien und Wortlaut: Ein Blick auf § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F.	106
(d) Normzweckbedingte Unterschiede?	109
(3) Zwischenergebnis	129
bb) Verweisung auf § 18 AktG, § 36 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GWB	130
(1) Der Gleichordnungskonzern, insbesondere Begriff der einheitlichen Leitung	130
(2) Übernahme des Gleichordnungskonzernverständnisses in § 36 Abs. 2 S. 1 GWB?	142
c) Folgerungen im Hinblick auf den mittelbaren Anteilserwerb	146
aa) Zusammenfassung zu einem einheitlichen Unternehmen auf der Erwerberseite	146
(1) Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG	146
(2) Konzernverbindung im Sinne des § 18 AktG	149
bb) Zusammenfassung zu einem einheitlichen Unternehmen auf der Erworbenenseite	149
(1) Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG	150
(2) Konzernverbindung im Sinne des § 18 AktG	152
2. Mehrmütterklausel, § 36 Abs. 2 S. 2 GWB	152
a) Gesetzliche Fiktion	153
b) Folgerungen im Hinblick auf den mittelbaren Anteilserwerb	155
IV. Zwischenergebnis	157
C. Der mittelbare Anteilserwerb als selbstständiger Zusammenschluss	158
I. Meinungsstand in Praxis und Schrifttum	158
1. Die Praxis	158
a) Rechtsprechung	158
b) Bundeskartellamt	160

c) Monopolkommission	165
2. Das Schrifttum	166
a) 2. GWB-Novelle 1973	166
b) 4. GWB-Novelle 1980	167
c) 5. GWB-Novelle 1989	169
d) 6. GWB-Novelle 1998	170
e) 7. GWB-Novelle 2005	172
3. Kurze Würdigung und Fortgang der Untersuchung	172
II. Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs als selbstständiger Zusammenschluss	173
1 Grundsätzliches zu § 37 Abs. 1 GWB	174
2. Bedürfnis zur Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs als selbstständiger Zusammenschluss	177
3. Formeller und materieller Charakter der Zusammenschlusstatbestände	179
a) Die Unterscheidung	179
b) Folgen für die Auslegung	181
c) Veränderung der Normsituation und Systematik der Zusammenschlusstatbestände	182
4. Der mittelbare Anteilserwerb im Regime der einzelnen Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB	184
a) § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB	184
b) § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	188
aa) Entstehungsgeschichte und Folgerungen für die Auslegung	188
bb) Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs	189
cc) Eigenständiger Anwendungsbereich neben § 36 Abs. 2 GWB?	193
dd) Erforderlicher Grad des Einflusses auf das Mittlerunternehmen und erforderliche Höhe der Anteile am dritten Unternehmen	197
c) § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	199
aa) Entstehungsgeschichte und Folgerungen für die Auslegung	199
bb) Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs	200
(1) Der Begriff des „Erwerbs von Anteilen“ in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB	201
(2) Satz 2 Halbsatz 1 des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	204
(a) Erweiterung des Erwerbsbegriffs in Satz 1?	205
(b) Treuhänderischer Anteilserwerb als mittelbarer Anteilserwerb durch den Treugeber?	208
(3) Satz 3 des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	218
cc) Berücksichtigung von § 36 Abs. 2 GWB	221
(1) Gesellschaftsrechtlich mittelbarer und fusionskontrollrechtlich unmittelbarer Anteilserwerb	221
(2) „bereits gehörende Anteile“	222

(3) „Teilfusion der Mütter“ und mittelbarer Anteilserwerb	226
dd) Zwischenergebnis	232
d) § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	233
aa) Entstehungsgeschichte und Folgerungen für die Auslegung	233
bb) Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs	234
(1) Die „sonstige Verbindung von Unternehmen“	234
(2) Der „wettbewerblich erhebliche Einfluss“	237
cc) Reichweite der Subsidiarität	246
dd) Erforderlicher Grad des Einflusses auf das Mittlerunternehmen und erforderliche Höhe der Anteile am dritten Unternehmen	246
ee) Besondere Konstellationen: Mittelbarer Anteilserwerb im weiteren Sinne	249
(1) Gleichordnungskonzern	250
(2) Personelle Verflechtungen	252
(3) Unternehmensverträge	256
(4) Die Stimmrechtsausübung betreffende Vereinbarungen	258
ff) Abgrenzung zu § 1 GWB	263
(1) Verhältnis zu den Fusionskontrollvorschriften des GWB	265
(2) Keine Marktstrukturkontrolle auf der Basis von § 1 GWB	265
(3) Konsequenzen für die Abgrenzungsproblematik	268
(4) Anwendbarkeit von § 36 Abs. 2 GWB im Rahmen von § 1 GWB	270
5. Überblick: (Mittelbare) Verflechtungen in der materiellen Fusionskontrolle	271
a) „Aufgreifleistung“ von § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 GWB	274
b) Marktanteilsaddition bei be- oder entstehenden Verflechtungen	279
c) Sonstige wettbewerbliche Bedeutung von Verflechtungen: Beispiel Energiesektor	282
6. „Drittwirkung von Zusammenschlüssen“ und mittelbarer Anteilserwerb	286
7. Zusammenfassung und Folgerungen für Anmeldepflicht und behördliche Verfügung	290

Kapitel 2: Betrachtung verschiedener Konstellationen des mittelbaren Anteilserwerbs

	294
A. Neuerwerb	294
I. Beispiel „E.ON/Gelsenberg“	295
1. Die Transaktion im Einzelnen	295
2. Würdigung	297
a) § 36 Abs. 2 GWB	300
b) § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	303
c) § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	305

II. Beispiel „E.ON/Bergemann“	306
1. Die Transaktion im Einzelnen	306
2. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt	308
3. Würdigung	308
a) § 36 Abs. 2 GWB	309
b) § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	309
c) § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	309
d) § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	311
B. Verstärkung eines bereits bestehenden Einflusses	311
I. Beispiel „LEW“	312
1. Die Transaktion im Einzelnen	312
2. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt	314
3. Würdigung	314
a) § 36 Abs. 2 GWB	314
b) § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	315
c) § 37 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 GWB	316
d) § 37 Abs. 2 GWB	318
II. Abwandlung des Beispiels „E.ON/Bergemann“	320

Zweiter Teil

Der mittelbare Anteilserwerb in der europäischen Zusammenschlusskontrolle	321
--	-----

Kapitel 1: Qualität des Vorrangs gemeinschaftsrechtlicher Normen der Zusammenschlusskontrolle	321
--	-----

A. Geltung des Gemeinschaftsrechts	321
B. Das Kartellrecht der EG und der „Anwendungsvorrang“	322
C. Das Fusionskontrollrecht der EG und der „Anwendbarkeitsvorrang“	331

Kapitel 2: Der mittelbare Anteilserwerb nach der FKVO	337
--	-----

A. Normkonkurrenz	337
I. Verhältnis zu §§ 35 ff. GWB	337
1. Ausnahmen zum Anwendbarkeitsvorrang	338
2. Die Erfüllung des Zusammenschlussbegriffs des Art. 3 FKVO	340
II. Verhältnis zu §§ 1 und 19 GWB	343
III. Folgerungen für die Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs	344
B. Rahmen der Untersuchung: Auf- und Eingreißkriterien	345
C. Beteiligte Unternehmen	346
I. Auslegung des Begriffs durch die Kommission	347
II. Schwächen dieser Auslegung	353

III. „Verordnungstreue“ Auslegung	365
D. Der mittelbare Anteilserwerb als selbstständiger Zusammenschluss	374
I. Meinungsstand in Praxis und Schrifttum	375
1. Praxis	375
a) Kommission	375
b) Rechtsprechung von EuGH und EuG	380
2. Schrifttum	381
II. Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs als selbstständiger Zusammen-	
schluss	384
1. Grundsätzliches zu Art. 3 FKVO	384
2. Bedürfnis zur Erfassung des mittelbaren Anteilserwerbs als selbst-	
ständiger Zusammenschluss	385
3. Der mittelbare Anteilserwerb im Regime der einzelnen Zusammen-	
schlussstatbestände des Art. 3 Abs. 1 FKVO	387
a) Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO	387
aa) Fusion de iure	388
bb) Fusion de facto	390
b) Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO	395
aa) „Kontrolle“ und „mittelbare Kontrolle“	395
(1) Erforderliche Beteiligungshöhe	398
(a) Alleinige Kontrolle	398
(b) Gemeinsame Kontrolle	399
(c) Untergrenze der Beteiligungshöhe	401
(2) Dauerhaftigkeit der Kontrolle	402
(3) Wirtschaftliche Abhängigkeitslagen	402
(4) Mittelbarer Anteilserwerb im weiteren Sinne	407
(a) Gleichordnungskonzern	407
(b) Personelle Verflechtungen	409
(c) Die Stimmrechtsausübung betreffende Vereinbarungen	412
bb) Mittelbare Kontrolle und Art. 3 Abs. 3 FKVO	413
(1) Bevollmächtigung, Unternehmensverträge, Stimmbindung	414
(2) Treuhand	416
(3) Mittelbare Kontrolle	421
cc) „Kontrolle“ und die in Art. 5 Abs. 4 lit. b FKVO genannten	
Einflussmöglichkeiten	422
(1) Auslegung des Art. 5 Abs. 4 FKVO durch die Kommission	423
(2) Kritik	429
dd) Einzelne Konstellationen	446
4. Überblick: (Mittelbare) Verflechtungen in der wettbewerblichen	
Beurteilung	450
5. „Drittwirkung von Zusammenschlüssen“ und mittelbarer Anteils-	
erwerb	455
6. Zusammenfassung und Folgerungen für Anmeldepflicht und behörd-	
liche Verfügung	457

Kapitel 3: Mittelbarer Anteilserwerb und Zusammenschlusskontrolle „unterhalb“ des Kontrollerwerbskriteriums: Anwendbarkeit der Art. 81 und 82 EG?	460
A. „Durchlässigkeit“ der formellen Fusionskontrolle und Rückgriff auf Art. 81, 82 EG	460
I. Erwerb einer Minderheitsbeteiligung	460
II. Zwei-Drittel-Regelung und Zusammenschlüsse „nationaler Riesen“	463
B. Normkonkurrenz	464
I. Verhältnis der Art. 81, 82 EG zur FKVO	464
II. Verhältnis der Art. 81, 82 EG zum deutschen Recht	466
1. Verhältnis zu den Fusionskontrollvorschriften der §§ 35 ff. GWB	466
2. Verhältnis zu den §§ 1, 19 GWB	468
C. Keine Marktstrukturkontrolle auf der Basis von Art. 81 und Art. 82 EG	470
I. Historische Gründe	472
II. Regelungsdefizite	474
III. Wortlaut und Telos im Lichte der Auslegung durch die Gemeinschafts- organe	475
1. Art. 81 EG	476
a) Die Rahmenbedingungen: Ein dem Wortlaut nach offen stehender Weg zur Erfassung des Anteilserwerbs	476
b) Wettbewerbsbeschränkung: Die drei abstrakten Szenarien des EuGH	479
aa) Anteilserwerb und Wettbewerbsbeschränkung – Szenario 1	479
(1) Beschränkung der Handlungsfreiheit: Verhaltensbindung	480
(2) Beeinträchtigung Dritter („Außenwirkung“)	487
(3) Folgerungen für Szenario 1 auch mit Blick auf systematische Konsistenz	490
bb) Anteilserwerb und Wettbewerbsbeschränkung – Szenario 2	494
cc) Anteilserwerb und Wettbewerbsbeschränkung – Szenario 3	497
c) Lediglich die das Marktverhalten betreffenden Begleitverein- barungen erfasst	497
2. Art. 82 EG	498
a) Die Rahmenbedingungen: Entgegenstehender Wortlaut	499
b) Kritik an der Argumentation des EuGH in der „Continental-Can“- Entscheidung	501
c) Weitere Überlegungen	507
d) Allenfalls „aggressive Unternehmenszusammenschlüsse“ erfasst	513
IV. Analoge Anwendung?	516
V. Rechtsfortbildung durch den EuGH?	516
D. Verhaltenskontrolle im Zusammenhang mit einem mittelbaren Anteils- erwerb	517
I. Mittelbarer Anteilserwerb und Art. 81 EG	517

1. Mittelbarer Anteilserwerb im engeren Sinne	517
2. Mittelbarer Anteilserwerb im weiteren Sinne	522
II. Mittelbarer Anteilserwerb und Art. 82 EG	523
III. Berücksichtigung verbundener Unternehmen	525
 Schluss	 531
 Literaturverzeichnis	 537
Materialienverzeichnis	559