

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	17
1. Kapitel: Einführung	21
2. Kapitel: Übersicht über wettbewerbsfremde Aspekte in der Zusammenschlusskontrolle	27
A. Wettbewerbsfremde Aspekte der Zusammenschlusskontrolle in Deutschland	27
I. Die Ministererlaubnis im GWB	27
1. Entwicklung	27
a) Einführung des GWB	27
b) Einführung einer Fusionskontrolle	28
c) Änderungen im Rahmen der 6. GWB-Novelle	30
d) Änderungen im Rahmen der 7. GWB-Novelle	31
aa) Fusionskontrollverfahren E.ON/Ruhrgas	31
bb) Fusionskontrollverfahren Holtzbrinck/Berliner Zeitung	34
cc) Gesetzgeberische Reaktionen auf E.ON/Ruhrgas und Holtzbrinck	35
e) Änderungen im Rahmen der „8. GWB-Novelle“	36
2. Die Stellung der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle	37
a) Anwendbarkeit nationalen Rechts	37
aa) Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach GWB	37
(1) Örtlicher Anwendungsbereich	37
(2) Persönlicher Anwendungsbereich	38
(3) Sachlicher Anwendungsbereich	38
bb) Vorrang der FKVO	39
(1) Zusammenschluss	40
(2) Aufgreifschwellen	40
(3) Maßgeblicher Zeitpunkt für Zuständigkeitsbestimmung	41
cc) Verhältnis der Ministererlaubnis zur FKVO	44
b) Überblick über das Fusionskontrollverfahren	47
aa) Verfahren vor dem BKartA	47

(1) Verfahrensablauf	48
(2) Beurteilungsmaßstab	49
bb) Verfahren zur Erlangung einer Ministererlaubnis	51
cc) Rechtsschutz	51
c) Dogmatische Einordnung der Ministererlaubnis und verfassungsrechtliche Würdigung	52
II. Die Untersagungsmöglichkeit nach § 7 II Nr. 5, 6 AWG	55
1. Entwicklung	55
a) Entstehungsgeschichte des AWG	55
b) Untersagungsmöglichkeit für Zusammenschlüsse bis zur 13. AWG-Novelle	56
c) Änderungen im Rahmen der 13. AWG-Novelle	57
d) Ausblick	57
2. Überblick über die Kontrolle nach AWG	58
a) Anwendbarkeit nationalen Rechts	58
b) Überblick über das Verfahren	59
c) Rechtsschutz	59
d) Dogmatische Einordnung der Untersagungsmöglichkeit und rechtliche Würdigung	60
aa) Verfassungsrechtliche Bewertung	61
bb) Europarechtliche Bewertung	62
(1) Verhältnis der Grundfreiheiten zueinander	62
(2) Rechtfertigung des Eingriffs	65
cc) Völkerrechtliche Bewertung	67
III. Sektorspezifische Regelungen	68
1. Rundfunkrecht	69
2. Bankrecht	69
3. Versicherungsrecht	70
4. Telekommunikationsrecht	70
5. Luftverkehr	71
B. Wettbewerbsfremde Aspekte der Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz	71
I. Die ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat nach Art. 11 KG	72
1. Entwicklung	72
a) Entwicklungen vor Einführung des Kartellgesetzes	72
b) Das Kartellgesetz von 1962	73
c) Das Kartellgesetz von 1985	73
aa) Umfang der Fusionskontrolle	74
bb) Saldomethode	75

cc) Reformbedürftigkeit des KG 85	76
d) Das Kartellgesetz von 1995	76
aa) Überblick über wesentliche Änderungen durch das KG 95	77
bb) Spätere Ergänzungen des KG 95	78
2. Die Stellung der ausnahmsweisen Zulassung in der Fusionskontrolle	78
a) Anwendbarkeit nationaler Zusammenschlusskontrolle	79
aa) Örtlicher Anwendungsbereich	79
bb) Persönlicher Anwendungsbereich	80
cc) Sachlicher Anwendungsbereich	81
(1) Unternehmenszusammenschlüsse	81
(2) Aufgreifkriterien	82
(a) Umsatzschwellen	82
(b) Marktbeherrschung als subsidiäres Aufgreifkriterium	83
b) Überblick über das Fusionskontrollverfahren	83
aa) Verfahren vor der WeKo	84
(1) Verfahrensablauf	85
(2) Beurteilungskriterien	88
(a) Marktbeherrschung	88
(b) Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	89
(c) Stellung im internationalen Wettbewerb	90
(d) Wettbewerbsverbesserung in anderem Markt	92
bb) Verfahren zur Erlangung einer ausnahmsweisen Erlaubnis	92
cc) Rechtsschutz	94
c) Dogmatische Einordnung und verfassungsrechtliche Würdigung der ausnahmsweisen Zulassung	96
II. Sektorspezifische Regelungen	98
1. Rundfunkrecht	99
2. Bankrecht	99
3. Versicherungsrecht	101
4. Telekommunikationsrecht	102
5. Luftfahrtrecht	103
6. Immobilienrecht	103

C. Zwischenergebnis	104
3. Kapitel: Formelle Regelungen	109
A. Die Ministererlaubnis im GWB	109
I. Einleitung des Verfahrens	110
1. Antrag	110
a) Antragsbefugnis und Formvorschriften	110
b) Wirkungen des Antrags	111
2. Untersagungsverfügung	111
II. Entscheidungsträger	113
1. Originäre Zuständigkeit	113
2. Stellvertretung	116
a) Staatssekretär-Lösung	118
b) Finanzminister-Lösung	118
c) Analyse und Stellungnahme	119
aa) Auslegung von § 42 GWB	119
bb) Anwendung von § 14 III GO BReg	120
(1) Abgrenzung von Regierungs- und Verwaltungstätigkeit	122
(2) Verfassungsrechtliche Bewertung	125
cc) Anwendung von § 14 I GO BReg unmittelbar	130
dd) Anwendung von § 14 I GO BReg analog	130
(1) Planwidrige Regelungslücke	131
(2) Vergleichbarkeit der Interessenlage	132
(3) Verfassungsrechtliche Grenzen einer Analogie	134
(4) Überprüfung nach praktischen Gesichtspunkten	135
d) Lösungsvorschläge <i>de lege ferenda</i>	136
III. Beteiligung anderer Behörden	138
1. Beteiligung deutscher Behörden	138
2. Vorlage an EU-Kommission	139
IV. Mündliche Verhandlung	140
1. Teilnahmeberechtigung und Umfang rechtlichen Gehörs	141
2. Anwesenheit des Entscheidungsträgers	143
3. Änderung der Sachlage nach mündlicher Verhandlung	146
V. Änderungsmöglichkeiten und Fristen	148
1. Rücknahme und Widerruf	148
2. Heilungsmöglichkeiten	149
a) Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern	149
b) Heilung von Verfahrensfehlern	149

aa) Anwendbarkeit von § 45 I Nr. 3 VwVfG auf die Ministererlaubnis	150
bb) Durchführung und Grenzen des Heilungsverfahrens	152
3. Fristen und Formvorschriften	155
B. Die Untersagung nach AWG	155
I. Einleitung des Verfahrens	156
1. Verfahrenseröffnung von Amts wegen	156
2. Verfahrenseröffnung auf Antrag	157
II. Zuständigkeit und Entscheidungskompetenz	158
III. Verfahrensablauf und Fristen	159
1. Vorverfahren	159
2. Prüfverfahren	160
3. Zeitpunkt der Eröffnung des Prüfverfahrens	161
a) Grenzen der Ausschöpfung der Vorverfahrensfrist	161
b) Verhältnis zur Unbedenklichkeitsbescheinigung	162
c) Freiwillige Einreichung vollständiger Unterlagen	163
IV. Beteiligung weiterer Behörden	164
V. Anhörung	164
VI. Formvorschriften	165
VII. Änderungsmöglichkeiten	165
C. Die ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat nach Art. 11 KG	166
I. Einleitung des Verfahrens	167
1. Antrag	167
a) Antragsbefugnis	167
b) Formvorschriften	169
c) Wirkungen des Antrags	170
2. Untersagungsverfügung	171
II. Entscheidungsträger	173
1. Originäre Zuständigkeit	173
2. Stellvertretung	173
III. Beteiligung anderer Behörden	174
1. Vorbereitung durch das Volkswirtschaftsdepartement	174
2. Beteiligung der WeKo	174
3. Beteiligung sonstiger Behörden	175
IV. Anhörung	176
1. Teilnahmeberechtigung und Umfang rechtlichen Gehörs	176
2. Anwesenheit der Entscheidungsträger	178
3. Änderung der Sachlage	179
V. Änderungsmöglichkeiten und Fristen	179

1. Widerruf und Revision	179
2. Heilungsmöglichkeiten	181
3. Fristen und Formvorschriften	181
D. Zwischenergebnis	182
I. Vergleich der formellen Regelungen	182
II. Entscheidungszuständigkeit und Stellvertretung in der Ministererlaubnis <i>de lege ferenda</i>	184
4. Kapitel: Materielle Regelungen	187
A. Die Ministererlaubnis nach GWB in Deutschland	187
I. Tatbestandsvoraussetzungen	187
1. Feststellung der Wettbewerbsbeschränkung	187
a) Umfang der Bindungswirkung an Feststellungen des BKartA	188
aa) Bindungswirkung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht	188
(1) Wortlautauslegung	189
(2) Systematische Auslegung	190
(3) Teleologische Auslegung	192
bb) Abschließende Wirkung der Wettbewerbsfeststellungen des BKartA	193
(1) Abschließende Wirkung in tatsächlicher Hinsicht	193
(2) Abschließende Wirkung in zeitlicher Hinsicht	194
(3) Doppelrelevante Tatsachen	195
b) Ausnahmen von der Bindungswirkung	198
aa) Fehlerhaftigkeit der kartellamtlichen Feststellungen	198
bb) Änderung der Sachlage	199
(1) Marktveränderung zwischen Untersagung und Ministererlaubnis	200
(2) Marktveränderung durch Ministererlaubnis	202
2. Erlaubnistatbestände und Abwägungsvorgaben	205
a) Allgemeine Anforderungen	205
aa) Wortlautauslegung	207
bb) Systematische Auslegung	208
(1) Vorgaben des GWB	208
(2) Vorgaben des StWG	209
cc) Teleologische Auslegung	209
(1) Konkretisierung der Rahmenbedingungen für Gemeinwohlvorteile	210
(a) Definition der Gesamtwirtschaft	210

(b) Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit	210
(c) Gefährdung der marktwirtschaftlichen Ordnung als Grenze	211
(2) Anforderungen an Nachweis der Gemeinwohlvorteile im Einzelfall	212
dd) Verfassungsrechtlicher Rahmen	213
ee) Europarechtlicher Rahmen	214
(1) Anwendung von Art. 101, 102 AEUV	214
(a) Verhältnis Art. 101, 102 AEUV zur FKVO	215
(b) Anwendung der Art. 101, 102 AEUV durch nationale Behörden	216
(2) Sonstige Vorgaben aus dem AEUV	221
b) Anerkannte Gemeinwohlgründe	222
3. Abwägung	223
a) Vergleichbarkeit und Abwägung der einzelnen Aspekte	223
b) Berücksichtigung von Alternativen und Drittinteressen	224
II. Entscheidungsmöglichkeiten	225
1. Versagung der Erlaubnis	226
2. Erteilung der Erlaubnis	226
B. Die Untersagung nach deutschem Außenwirtschaftsrecht	227
I. Gemeinsame Tatbestandsvoraussetzungen der Verfahrenseröffnung und der Untersagung	227
1. Gebietsansässiges Zielunternehmen	227
2. Erwerber	228
a) Grundsatz der Gemeinschaftsfremdheit	228
b) Ausnahme bei Umgehungstatbeständen	230
3. Erwerbsvorgang	231
a) Art des Erwerbs	231
aa) Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge	231
bb) Differenzierung zwischen Asset Deals und Share Deals	231
b) Erwerbsschwelle	232
aa) Kausalität zwischen Erwerb und Erreichen des Schwellwertes	232
bb) Zurechnung von Stimmrechten	233
c) Mittelbarer Erwerb	234
d) Konzerngestaltung	234
II. Untersagungsvoraussetzungen	234
1. Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	235
a) Wortlautauslegung	235

b) Systematische Auslegung	235
c) Teleologische Auslegung	236
d) Verfassungsrechtlicher Rahmen	237
e) Europarechtlicher Rahmen	237
2. Erforderlichkeit	238
III. Entscheidungsmöglichkeiten	239
IV. Rechtsfolgen	240
C. Die schweizerische ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat nach Art. 11 KG	241
I. Tatbestandsvoraussetzungen	241
1. Ausnahmefall	241
2. Öffentliche Interessen	242
a) Verfassungsrechtliche Bedenken	242
b) Auslegung	244
aa) Wortlautauslegung	244
bb) Systematische Auslegung	244
cc) Teleologische Auslegung	245
dd) Verfassungsrechtliche Vorgaben	246
(1) Verfassungsrechtlich anerkannte öffentliche Interessen	246
(2) Verfassungsrechtliche Abwägungsvorgaben	247
c) Umfang der Berücksichtigung öffentlicher Interessen	248
3. Wettbewerbsinteresse	248
4. Abwägung	250
5. Notwendigkeit	251
II. Entscheidungsmöglichkeiten	252
1. Versagung der Erlaubnis	252
2. Erteilung der Erlaubnis	252
a) Erlaubnis ohne Nebenbestimmungen	253
b) Erlaubnis mit Nebenbestimmungen	253
D. Zwischenergebnis	254
5. Kapitel: Rechtsschutz	257
A. Rechtsschutz im deutschen Recht	257
I. Rechtsschutz nach GWB	257
1. Rechtsweg	257
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen	257
a) Statthafte Beschwerdeart	257
b) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen	258

c) Beschwerdebefugnis	258
aa) Anfechtungsbeschwerde	258
bb) Verpflichtungsbeschwerde	259
cc) Geltendmachung eigener Rechte	259
3. Umfang der gerichtlichen Nachprüfbarkeit	261
4. Einstweiliger Rechtsschutz	261
II. Rechtsschutz gegen Maßnahmen nach dem AWG	262
1. Rechtsweg	262
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen	263
3. Umfang der gerichtlichen Nachprüfbarkeit	264
4. Einstweiliger Rechtsschutz	265
B. Rechtsschutz im schweizerischen Recht	266
I. Lage bis zur Totalrevision der Bundesrechtspflege	266
II. Lage nach der Totalrevision	266
C. Zwischenergebnis	267
6. Kapitel: Schlussbetrachtungen	269
A. Vergleich der einzelnen Regelungen	270
I. Formelle Regelungen	270
II. Materielle Regelungen	273
III. Rechtsschutz	274
B. Schlussfolgerungen	275
C. Ausblick	277
Literaturverzeichnis	279