

## INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Teil 1 - Die Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission.....	1
Abschnitt 1 - Einleitung.....	1
Kapitel 1 - Die Entstehung der Fusionskontrollverordnung.....	1
Kapitel 2 - Verhältnis der FKVO zu den Artt. 81, 82 EGV (ex. Artt. 85, 86).....	3
Abschnitt 2 - Die Aufgreifkriterien der FKVO.....	4
Kapitel 3 - Normadressaten der FKVO - Der Unternehmensbegriff.....	5
Kapitel 4 - Der Zusammenschluß von Unternehmen.....	6
A. Art. 3 Abs. 1, lit. a) FKVO - Die Fusion.....	6
I. Begriff der Fusion.....	6
II. Die wirtschaftliche Fusion und der Gleichordnungskonzern.....	7
B. Art. 3 Abs. 1, lit. b) FKVO - Der Kontrollerwerb.....	8
I. Die Beteiligten des Kontrollerwerbs.....	9
II. Der Begriff der Kontrolle.....	10
1. Steuerungsintensität.....	10
2. Möglichkeit zur Kontrollausübung.....	12
3. Dauerhaftigkeit.....	13
4. Problemfälle.....	13
a) Verstärkung bestehender Kontrolle.....	13
b) Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle.....	14
III. Die einzelnen Erscheinungsformen des Kontrollerwerbs.....	14
1. Der Erwerb von Anteilsrechten.....	14
2. Der Erwerb von Vermögenswerten.....	16
3. Der Kontrollerwerb durch Vertrag.....	17
a) Der Vertragsbegriff.....	17
b) Die einzelnen Erscheinungsformen des Kontrollübernahmevertrages.....	17
4. Der Kontrollerwerb in sonstiger Weise.....	18
5. Sonderproblem: Minderheitsbeteiligungen.....	20
6. Sonderproblem: Gemeinschaftsunternehmen.....	21
a) Die bisherige Rechtslage.....	22
aa) Die gemeinsame Kontrolle.....	23
bb) Abgrenzung konzentrativer und kooperativer Gemeinschaftsunternehmen.....	24
α) Die positive Bedingung - Vollfunktionsunternehmen.....	24
β) Die negative Bedingung - keine Koordinierung.....	28
γ) Problem 1: Zusammenschlußkontrolle und Kartellverbot.....	30
δ) Problem 2: Die Industrielle Führerschaft.....	31
b) Die Rechtslage seit dem 01.03.1998.....	33
aa) Verfahrensrechtliche Änderungen.....	34
bb) Materielle Änderungen.....	35
cc) Institutionelle Änderungen.....	36
c) Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis.....	37
d) Stellungnahme und Ergebnis.....	37
C. Ausnahmen vom Zusammenschlußbegriff.....	41

Kapitel 5 – Die gemeinschaftsweite Bedeutung .....	42
A. Die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 FKVO .....	42
B. Die Berechnung der Umsätze .....	44
C. Die Rechtslage seit dem 01.03.1998 - Schwellenwerte für Mehrfachanmeldungen .....	46
Zwischenergebnis zu Abschnitt 2 .....	49
Abschnitt 3 - Die Eingriffskriterien der Fusionskontrollverordnung .....	49
Kapitel 6 – Die marktbeherrschende Stellung .....	49
A. Die Marktabgrenzung .....	50
I. Der sachlich relevante Markt .....	50
1. Produktcharakteristika und Verwendungszweck .....	52
2. Preis .....	53
3. Marktlösung .....	54
4. Umstellungshindernisse .....	55
5. Marktstrukturelle Faktoren .....	55
II. Der räumlich relevante Markt .....	56
1. Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs .....	56
2. Die Methode der Marktermittlung .....	57
3. Weitere Kriterien .....	58
4. Räumliche Referenzmärkte .....	59
B. Marktbeherrschung .....	61
I. Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse nach Art. 2 Abs. 1, lit. a) und b) FKVO .....	63
1. Die Marktstellung .....	63
2. Der potentielle Wettbewerb und die Marktzugangsschranken .....	66
3. Finanzkraft und wirtschaftliche Macht .....	69
4. Entwicklung von Angebot und Nachfrage .....	69
5. Die Macht der Markgegenseite .....	72
6. Faktoreninteraktion .....	73
II. Die Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse .....	73
1. Wahlmöglichkeiten und Marktzugang .....	73
2. Das Grünbuch betreffend die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen .....	75
III. Die Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse .....	77
IV. Die Erstreckung der Fusionskontrollverordnung auf Oligopol-Sachverhalte .....	77
1. Darstellung des Meinungsstandes .....	78
2. Stellungnahme .....	80
3. Besondere Faktoren bei der Beurteilung oligopolistischer Marktstrukturen .....	81
V. Relativierende Faktoren .....	84
1. Industriepolitik/Abwägung .....	84
2. Die „Failing Firm Defense“ .....	87
Kapitel 7 – Erhebliche Behinderung des Wettbewerbs .....	88
Zwischenergebnis zu Abschnitt 3 .....	90
Abschnitt 4 - Übersicht über das Verfahren nach der FKVO .....	90
Kapitel 8 – Das behördliche Verfahren .....	90
A. Anmeldephase .....	90
B. Vorverfahren .....	92
C. Hauptverfahren .....	93
D. Die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission .....	95
Kapitel 9 – Rechtsschutz .....	97

A. Die Entscheidung im Sinne des Art. 230 Abs. 4 EGV (ex. Art. 173)	97
B. Die Klagebefugnis	99
I. Die unmittelbare Betroffenheit	100
II. Die individuelle Betroffenheit	101
C. Die Begründetheit der Nichtigkeitsklage	102
D. Der einstweilige Rechtsschutz	103
Zwischenergebnis zu Teil 1	103
Teil 2 – Die Fusionskontrolle in den USA	105
Abschnitt 1 – Die Grundlagen der US-Fusionskontrolle	105
Kapitel 10 – Die Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen	105
A. Die Entwicklung bis zum <i>Seymour</i> Act	105
B. Der <i>Seymour</i> Act	106
C. Der <i>Clayton</i> Act	108
D. Die zuständigen Behörden	109
Kapitel 11 – Weitere materiell-rechtliche Grundlagen der US-Fusionskontrolle	110
Abschnitt 2 – Der Zusammenschlußbegriff des US-amerikanischen Fusionskontrollrechts	112
Kapitel 12 – Die Reichweite der US-amerikanischen Fusionskontrolle	112
A. Gesetzgeberisches Ziel	112
B. Der Beteiligtenbegriff	113
I. Beschränkung auf den Erwerber	113
II. „Person“ – Der funktionale Unternehmensbegriff	114
Kapitel 13 – Der Zusammenschluß	114
A. Rechtliche oder wirtschaftliche Betrachtung – „Entity“ v. „Enterprise“	115
B. Die Erscheinungsformen des Zusammenschlusses	116
I. Der Erwerb von Anteilen	116
1. Der Mehrheitserwerb	117
2. Minderheitsbeteiligungen	118
II. Der Erwerb des Vermögens oder von Vermögensteilen	120
III. Wirtschaftliche Verflechtungen und finanzielle Interdependenz	120
IV. Personelle Verflechtungen – „Interlocking Directorates“	121
V. Fusionen	122
VI. Gemeinschaftsunternehmen – „Joint Ventures“	122
VII. Ausnahmen	124
Zwischenergebnis zu Abschnitt 2	126
Abschnitt 3 – „Eingreiffkriterien“ der US-Fusionskontrolle	127
Kapitel 14 – Horizontale Zusammenschlüsse	127
A. Begriff und Gefahrenpotential des horizontalen Zusammenschlusses	127
I. Abgestimmtes Angebotsverhalten	128
II. Einseitiges Angebotsverhalten	129
B. Die Bestimmung des relevanten Marktes	130
I. Der sachlich relevante Markt – „Product Market“	130
1. Die verbraucherbezogene Austauschbarkeit – „Demand-side Substitutability“	130
a) Preis- und Kreuzpreiselastizität	131
b) Produktkategorien – „Differences in Product Type“	133
c) Preisunterschiede – „Price Differences“	134
d) Markenbindung	135
e) „Cluster Markets“	137

f) „Submarkets“ .....	138
2. Die angebotsbezogene Austauschbarkeit – „Supply-side Substitutability“ .....	139
II. Der geographisch relevante Markt – „Geographic Market“ .....	141
III. Die Marktabgrenzung nach den Merger Guidelines .....	145
C. Wettbewerbliche Beurteilung .....	148
I. Marktmacht und Marktkonzentration .....	148
II. Weitere Faktoren .....	151
1. Die Markteintrittsmöglichkeiten .....	152
2. Weitere Faktoren .....	155
III. Verteidigungsmöglichkeiten – „Defenses“ .....	157
1. Effizienzgewinne – „Efficiency Defense“ .....	157
2. Die „Failing Firm Defense“ .....	162
3. „Buyer-Power Defense“ .....	165
IV. Die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen – „Joint Ventures“ .....	165
1. Die bisherige Praxis .....	165
2. Die 1999 „Draft Guidelines For Collaboration Among Competitors“ .....	169
Kapitel 15 – Vertikale Zusammenschlüsse .....	171
A. Vertikaler Zusammenschluß und vertikale Integration .....	171
B. Die Beurteilung durch die Rechtsprechung .....	172
I. Marktabschottung – „Foreclosure“ .....	172
II. Marktzutrittschranken .....	174
III. Begünstigung kollusiven Verhaltens .....	176
C. Vertikale Zusammenschlüsse und ihre Behandlung in den Merger Guidelines .....	176
I. Erhöhung der Marktzutrittschranken .....	177
II. Die Erleichterung kollusiven Handelns .....	178
III. Die Umgehung von Regulierungen .....	179
D. Effizienzgewinne - „Efficiencies“ .....	179
I. Koordinierung von Design und Produktion .....	179
II. Koordinierung des Marketing .....	180
III. Rationalisierung des Input-Marktes .....	180
IV. Vermeidung mehrfacher Preisüberhöhung .....	181
Kapitel 16 – Konglomerate Zusammenschlüsse .....	181
A. Notwendigkeit einer rechtlichen Abgrenzung .....	181
I. Entfernte Substitutionskonkurrenz .....	182
II. Mischung von horizontalen und konglomeraten Elementen .....	182
B. Die Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse durch die Gerichte .....	183
I. Die Theorie der Gegenseitigkeit – „Reciprocity“ .....	183
II. Die „Entrenchment“-Theorie .....	184
III. Die Theorie des potentiellen Wettbewerbs .....	185
C. Die Behandlung diversifizierender Zusammenschlüsse durch die Merger Guidelines .....	186
I. Die Theorie des potentiellen Wettbewerbs .....	186
1. Der aktuelle potentielle Wettbewerb – „Actual Potential Competition“ .....	186
2. Der erwartete potentielle Wettbewerb – „Perceived Potential Competition“ .....	188
II. Die Maßstäbe der Beeinträchtigung des potentiellen Wettbewerbs .....	190
1. Marktkonzentration .....	190
2. Marktzutrittsbedingungen .....	191
3. Unternehmensspezifische Marktzutrittsbedingungen .....	192

4. Marktanteil des erworbenen Unternehmens .....	192
III. Verteidigungen – „Defenses“ .....	193
1. Effizienzgewinne - „Efficiencies“ .....	194
2. Die „Failing Firm Defense“ .....	194
Zwischenergebnis zu Abschnitt 3 .....	195
Abschnitt 4 – Merger Enforcement .....	196
Kapitel 17 – Das Verhältnis der Bundes- zu den Behörden der Einzelstaaten .....	196
A. Anwendungskonkurrenz als Regelfall .....	196
B. Ausschließliche Zuständigkeit des Bundes als Ausnahmefall .....	197
I. Die „Supremacy Clause“ .....	197
II. Die „Commerce Clause“ .....	199
C. Ausschließliche Zuständigkeit der Einzelstaaten als Ausnahmefall .....	199
Kapitel 18 – Das Verfahren der behördlichen Fusionskontrolle .....	200
A. Die Zusammenschlußvoranmeldung – „Premerger Notification“ .....	200
I. Anwendungsbereich .....	200
II. Verfahrensablauf .....	202
1. Die „Premerger Notification Form“ .....	202
2. Wartefrist .....	203
3. Erste Untersuchung .....	203
4. „Second Request“ .....	203
B. Das Untersuchungsverfahren .....	204
I. Formlose Vorermittlungen .....	204
II. Formliches Ermittlungsverfahren .....	205
1. Die Ermittlungsmöglichkeiten des Department of Justice .....	205
2. Die Ermittlungsmöglichkeiten der Federal Trade Commission .....	206
3. Die abschließende Entscheidung .....	207
4. Übereinstimmende Verfahrensbeendigung .....	207
a) Die „Fix-It-First“ Politik .....	207
b) Verfahrensbeendigung durch förmliche Einigung .....	208
aa) Das „Consent Decree“ des Department of Justice .....	208
bb) Die „Consent Order“ der Federal Trade Commission .....	209
Kapitel 19 – Möglichkeiten des gerichtlichen Vorgehens .....	210
A. Der einstweilige Rechtsschutz .....	210
I. Das Department of Justice in einstweiligen Verfahren .....	211
II. Die Federal Trade Commission in einstweiligen Verfahren .....	211
III. Der „alternative“ vorläufige Rechtsschutz .....	212
B. Das Hauptsacheverfahren .....	213
I. Der Zivilprozeß des Department of Justice .....	213
II. Der Prozeß der Federal Trade Commission .....	213
C. Anfechtungsmöglichkeiten Dritter .....	215
Zwischenergebnis zu Teil 2 .....	216
Teil 3 – Rechtsvergleichende Gegenüberstellung und Transnationalisierung .....	219
Abschnitt 1 – Marktstrukturelle Tendenzen und Wettbewerbsschutz .....	219
Kapitel 20 – Die Entwicklung der Marktstruktur .....	219
Kapitel 21 – Das „Wesen“ der Globalisierung .....	221
A. Transnationalität statt Multinationalität .....	221
B. Effekte der Transnationalisierung .....	223

I. Auswirkungen auf Unternehmen und Märkte .....	223
II. Auswirkungen auf die volkswirtschaftlichen Systeme .....	227
III. Auswirkungen der Transnationalisierung auf die Fusionskontrolle .....	230
Kapitel 22 – Wettbewerbsschutz als fusionskontrollrechtliche Zielvorgabe .....	232
A. Die wettbewerblichen Zielvorstellungen in den USA .....	232
B. Die europäische Annäherung an das Schutzobjekt der Fusionskontrollverordnung .....	237
C. Vergleichsresultat im Hinblick auf den Wettbewerbsbegriff .....	241
Zwischenergebnis zu Abschnitt 1 .....	245
Abschnitt 2 – Die Aufgreifkriterien und die Transnationalisierung .....	245
Kapitel 23 – Die unterschiedliche Annäherung an den Begriff des Zusammenschlusses .....	246
Kapitel 24 – Die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen .....	250
Kapitel 25 – Vergleichsresultat im Hinblick auf den Zusammenschlußbegriff .....	252
Zwischenergebnis zu Abschnitt 2 .....	256
Abschnitt 3 – Die Marktabgrenzung und die Transnationalisierung .....	257
Kapitel 26 – Die Funktion der Marktabgrenzung .....	257
A. Die Marktabgrenzung der U.S.-amerikanischen Fusionskontrolle im Systemwettbewerb .....	258
B. Transnationalisierung und Marktbestimmung in Europa .....	262
Kapitel 27 – Vergleichsresultat im Hinblick auf die Marktabgrenzung .....	267
Zwischenergebnis zu Abschnitt 3 .....	271
Abschnitt 4 – Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung .....	271
Kapitel 28 – Marktgegenseitig unabhängige Preisgestaltung .....	272
Kapitel 29 – Das Element des konkurrenzunabhängigen Marktverhaltens .....	273
Kapitel 30 – Vergleichsresultat im Hinblick auf den Marktbeherrschungsbegriff .....	276
Zwischenergebnis zu Abschnitt 4 .....	278
Abschnitt 5 – Die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse .....	278
Kapitel 31 – Die Rolle von Marktanteilen und Marktkonzentration .....	279
A. Die „Listenlösung“ der Fusionskontrollverordnung .....	279
B. Das „berechnende“ Vorgehen in den Vereinigten Staaten .....	281
Kapitel 32 – Die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen .....	283
Kapitel 33 – Die Rolle des potentiellen Wettbewerbs .....	285
A. Europäische Bewertung .....	285
B. Die Rolle des potentiellen Wettbewerbs in der Fusionskontrolle der USA .....	286
Kapitel 34 – Vergleichsresultat im Hinblick auf horizontale Zusammenschlüsse .....	288
A. Ökonomietheoretische Ausrichtung und Integrationsgebot .....	288
B. Die Behandlung gemeinsamer Marktbeherrschung .....	289
C. Die Verselbständigung der Effizienzgenerierung .....	290
D. Gemeinschaftsunternehmen .....	291
E. Der potentielle Wettbewerb .....	293
F. Protektionistische Tendenzen bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse .....	294
Zwischenergebnis zu Abschnitt 5 .....	296
Abschnitt 6 – Vertikale Zusammenschlüsse und Transnationalisierung .....	297
Kapitel 35 – Wettbewerbliches Gefährdungspotential .....	297
Kapitel 36 – Wettbewerbsfördernde Aspekte vertikaler Integration .....	298
Kapitel 37 – Instrumentalisierung und vertikale Zusammenschlüsse .....	299
Zwischenergebnis zu Abschnitt 6 .....	300
Abschnitt 7 – Die Instrumentalisierung der Verteidigungsmöglichkeiten im Systemwettbewerb .....	300
Kapitel 38 – Die Verteidigung der „Efficiencies“ .....	300

A. Die fehlerhafte Berücksichtigung von Gewinnumverteilungen .....	301
B. Nichtberücksichtigung von Kostenprogressionen .....	302
C. Quantifizierbarkeit von Effizienzen und die Weitergabe an die Verbraucher .....	303
D. Industriepolitische Handhabung der „Efficiency Defense“ .....	305
Kapitel 39 – Die Verteidigung der „Failing Firm Defense“ .....	306
Kapitel 40 – Die „Power-buyer Defense“ .....	307
Zwischenergebnis zu Abschnitt 7 .....	307
Abschnitt 8 – Der Behördenaufbau, das behördliche und das gerichtliche Verfahren .....	307
Kapitel 41 – Der Behördenaufbau und die Zuständigkeiten .....	307
A. FTC, DOJ und die State Attorney Generals .....	307
B. Konzentration der Kompetenz bei der Europäischen Kommission .....	308
I. Notwendigkeit eines europäischen Kartellamtes .....	309
II. Darstellung des Meinungsstandes .....	309
III. Stellungnahme .....	310
Kapitel 42 – Die Rolle des behördlichen Verfahrens im Systemwettbewerb .....	312
A. Das Verfahren der Zusammenschlußvoranmeldung .....	312
B. Die Zusagenpraxis der Fusionskontrollbehörden .....	314
Kapitel 43 – Die Rolle des gerichtlichen Verfahrens im Systemwettbewerb .....	316
Zwischenergebnis zu Abschnitt 8 .....	317
Abschnitt 9 – Industriepolitik und Protektionismus als Konzepte im Systemwettbewerb .....	317
Kapitel 44 – Industriepolitik .....	317
A. Der Begriff der Industriepolitik .....	317
B. Die Ausprägung industriepolitischer Ansätze in Europa und den USA .....	320
I. Industriepolitik in der Europäischen Union .....	320
1. Das industriepolitische Konzept der Europäischen Kommission .....	320
2. Die Faltung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft .....	323
3. Die Entwicklung des industriepolitischen Mandats .....	325
II. Das industriepolitische Konzept in den Vereinigten Staaten von Amerika .....	328
1. Die spezielle Erscheinungsform US-amerikanischer Industriepolitik .....	328
2. Insbesondere: Die Verflechtung von Wirtschaft und Politik .....	329
3. Unvollkommener Wettbewerb .....	331
4. Punktualität und behördlicher Entscheidungsspielraum .....	332
5. Industriepolitik und Zusammenschlußkontrolle .....	333
Kapitel 45 – Protektionistische Tendenzen der Zusammenschlußkontrolle .....	334
A. Die extraterritoriale Anwendung der s. 7 Clayton Act .....	335
I. Die extraterritoriale Anwendung in der Rechtsprechung .....	335
II. Die extraterritoriale Anwendung in der behördlichen Praxis .....	337
B. Die extraterritoriale Anwendung der Fusionskontrollverordnung .....	338
I. Die Praxis der Europäischen Kommission .....	339
II. Die Position der Europäischen Gerichte .....	341
III. Beschränkung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	342
C. Völkerrechtliche Beschränkungsmechanismen .....	344
Kapitel 46 – Stellungnahme .....	346
A. Rechtliche Aspekte .....	346
B. Faktische Grenzen der Industriepolitik .....	348
C. Die extraterritoriale Anwendung der Zusammenschlußkontrollvorschriften .....	350
Zwischenergebnis zu Abschnitt 9 .....	352

Abschnitt 10 – Möglichkeiten einer koordinierten Wettbewerbspolitik.....	353
Kapitel 47 – Bi- und multilaterale Abkommen .....	353
A. Darstellung des Meinungsstandes .....	353
B. Das Abkommen zwischen den USA. und den Europäischen Gemeinschaften.....	354
Kapitel 48 – Die Internationalisierung der Wettbewerbspolitik .....	356
A. Darstellung des Meinungsstandes .....	356
B. Der „Draft International Antitrust Code“ .....	357
Kapitel 49 – Stellungnahme.....	358
Teil 4 – Gesamtergebnis .....	361
Anhang – Sec. 7 Clayton Act (15 USCS, § 18) .....	XXV
Literaturverzeichnis.....	XXVII
Entscheidungsverzeichnis.....	LIX