

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einführung	1
§ 1 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	1
§ 2 <i>Ziel der Untersuchung</i>	3
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Grundlegung	5
§ 1 Einleitung	7
§ 2 Schutzzwecke des Kartellrechts und der Fusionskontrolle ...	9
A. <i>Potentielle Schutzziele einer Kartellrechtsordnung</i>	9
B. <i>Schutzziele der europäischen Fusionskontrolle</i>	12
C. <i>Schutzziele der deutschen Fusionskontrolle</i>	21
§ 3 Paradigmen der Fusionskontrolle	27
A. <i>Einleitung</i>	27
B. <i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Unternehmenswachstum</i> ...	27
C. <i>Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	42
D. <i>Bedeutung der beiden Paradigmen für das System des Wettbewerbsrechts</i>	89
E. <i>Ergebnis</i>	105

§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 1	109
Teil 2: Die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen mit Potentialen	111
§ 1 Einleitung	113
§ 2 Das Problem: killer acquisitions	115
A. <i>Killer acquisitions</i>	115
B. <i>Erforderlichkeit fusionskontrollrechtlichen Einschreitens</i>	118
§ 3 Der Umgang mit killer acquisitions im Wettbewerbsrecht	143
A. <i>Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers</i>	143
B. <i>Der Umgang mit killer acquisitions auf europäischer Ebene</i>	146
§ 4 Vereinbarkeit mit dem bestehenden System des Wettbewerbsrechts	155
A. <i>Einleitung</i>	155
B. <i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Wachstum</i>	156
C. <i>Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	159
D. <i>Ergebnis</i>	161
§ 5 Gesamtergebnis zu Teil 2	163
Teil 3: Konsequenzen für die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften	165
§ 1 Einleitung	167
§ 2 Formelle Fusionskontrolle	169
A. <i>Einleitung</i>	169
B. <i>Auswirkungen auf das Erfordernis des Marktbezugs</i>	170
C. <i>Der potentielle Marktbezug von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten</i>	183
D. <i>Auswirkungen auf andere Fälle des Erwerbs von Wettbewerbspotentialen</i>	223

<i>Inhaltsübersicht</i>	XI
<i>E. Ergebnis</i>	239
§ 3 Materielle Fusionskontrolle	243
<i>A. Einleitung</i>	243
<i>B. Auswirkungen auf das Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs</i>	243
<i>C. Anwendung des materiellen Prüfungsmaßstabs auf Zusammenschlüsse mit Potentialen</i>	245
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 3	295
Schlussfolgerungen	297
§ 1 Schlussfolgerungen aus Teil 1	297
§ 2 Schlussfolgerungen aus Teil 2	298
§ 3 Schlussfolgerungen aus Teil 3	299
Literaturverzeichnis	303
Register	325

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einführung	1
§ 1 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	1
§ 2 <i>Ziel der Untersuchung</i>	3
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Grundlegung	5
§ 1 Einleitung	7
§ 2 Schutzzwecke des Kartellrechts und der Fusionskontrolle ...	9
A. <i>Potentielle Schutzziele einer Kartellrechtsordnung</i>	9
I. Wettbewerb als Institution	9
II. Wohlfahrt	11
1. Effizienz als Maßstab für Wohlfahrtsgewinne	11
2. Verschiedene Wohlfahrtsstandards	12
B. <i>Schutzziele der europäischen Fusionskontrolle</i>	12
I. Wettbewerb als Institution	12
II. Konsumentenwohlfahrt	15
III. Verhältnis der beiden Schutzziele zueinander	18
IV. Ergebnis	21
C. <i>Schutzziele der deutschen Fusionskontrolle</i>	21
I. Wettbewerb als Institution	21
II. Konsumentenwohlfahrt	23
III. Verhältnis der beiden Schutzziele zueinander	25
IV. Ergebnis	26

§ 3 Paradigmen der Fusionskontrolle	27
A. <i>Einleitung</i>	27
B. <i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Unternehmenswachstum</i> ...	27
I. Wettbewerb und Potentiale	27
II. Differenzierung zwischen internem und externem Unternehmenswachstum	28
1. Unbeschränkt zulässiges internes Wachstum	28
2. Der Fusionskontrolle unterworfenen externes Wachstum	29
3. Hintergründe der Differenzierung	29
a) Wachstumsgeschwindigkeit	29
b) Effizienzgewinne	29
c) Ressourcen	30
d) Markttest	30
e) Setzung von Verhaltensanreizen	31
4. Ergebnis	34
III. Bisherige Abgrenzung zwischen internem und externem Wachstum	34
1. Die problematischen Fälle	34
2. Deutsches Recht	35
a) Einleitung	35
b) Von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzungskriterien	35
aa) Warenzeichenerwerb	35
bb) National Geographic	36
cc) Zusammenfassung	37
c) Umsetzung	38
aa) Grundsatz	38
bb) Outsourcing	39
d) Wertung	39
3. Europäisches Recht	40
a) Grundsatz	40
b) Ausnahmen	41
aa) Outsourcing	41
bb) Novartis/GSK	41
c) Ergebnis	42
IV. Ergebnis	42
C. <i>Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	42
I. Einleitung	42
II. Determinanten des Wettbewerbs	43
III. Instrumente der Wettbewerbsaufsicht	44
IV. Fusionskontrolle	45
1. Deutsche Fusionskontrolle	45

a)	Grammatikalische Auslegung	45
b)	Systematische Auslegung	46
aa)	Gesetzessystematik	46
bb)	Zusammenschlusstatbestände	46
cc)	Kriterien für die materielle Fusionskontrollprüfung	48
dd)	Ergebnis	50
c)	Historisch-genetische Auslegung	50
aa)	Keine Fusionskontrolle bei Inkrafttreten des GWB	50
bb)	Einführung einer Fusionskontrolle durch die zweite GWB-Novelle	52
cc)	Die Gesetzesbegründung zur vierten GWB-Novelle	54
dd)	Zwischenergebnis	55
ee)	Einführung des SIEC-Tests	56
ff)	Ergebnis	57
d)	Teleologische Auslegung	57
e)	Ergebnis	59
2.	Europäische Fusionskontrolle	60
a)	Grammatikalische Auslegung	60
b)	Systematische Auslegung	60
aa)	Zusammenschlusstatbestände	60
bb)	Kriterien für die materielle Fusionskontrollprüfung	62
cc)	Ergebnis	62
c)	Historisch-genetische Auslegung	63
aa)	Beweggründe für die Einführung einer Fusionskontrolle	63
bb)	Leitbild	66
cc)	Untersagungsmaßstab	66
dd)	Zwischenergebnis	67
ee)	Einführung des SIEC-Tests	68
ff)	Ergebnis	69
d)	Teleologische Auslegung	70
e)	Ergebnis	70
3.	Ergebnis	70
V.	Abgrenzung zur Verhaltenskontrolle	71
1.	Einleitung	71
a)	Grundsätzliche Unterschiede zwischen Verhaltens- und Strukturkontrolle	71
b)	Zusammenschlussbegriff als Trennlinie	72
2.	Abgrenzung zum Kartellverbot	72
a)	Differenzierung zwischen Kartellen und Zusammenschlüssen	72
b)	Hintergründe der Differenzierung	73
aa)	Auswirkungen auf den Wettbewerb	73

(1) Unmittelbarkeit	73
(2) Dauerhaftigkeit und Auswirkungen auf die Marktstruktur	74
bb) Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt	75
c) Ergebnis	77
3. Abgrenzung zum Missbrauchsrecht	78
a) Zielrichtung	78
b) Zeitpunkt	79
c) Kriterium der marktbeherrschenden Stellung	79
d) Erfasstes Unternehmenswachstum	79
e) Verhältnis von Fusionskontrolle und Missbrauchsrecht	80
f) Ergebnis	81
VI. Abgrenzung zu einer allgemeinen Marktergebniskontrolle	81
1. Wettbewerb als ein ergebnisoffener Prozess	81
2. Konzeption des deutschen und europäischen Kartellrechts	82
a) Grundsatz	82
b) Ausbeutungsmissbrauch	84
c) Verhaltensunabhängige Entflechtungsinstrumente	84
d) Fusionskontrolle	86
3. Ergebnis	88
VII. Ergebnis	88
<i>D. Bedeutung der beiden Paradigmen für das System des Wettbewerbsrechts</i>	89
I. Erfordernis der Marktstrukturelevanz	89
1. Aufeinandertreffen der Paradigmen im Zusammenschlussbegriff	89
2. Marktbezug der formellen Fusionskontrolle	89
a) Marktbezug als gemeinsamer Nenner der beiden Paradigmen	89
b) Zusammenschlusstatbestände	90
aa) Adressatenstellung	90
bb) Übertragung eines Vermögensteils	92
(1) Marktbezug des Vermögensteils	92
(2) Hintergrund	93
(3) Aktueller Marktbezug des Vermögensteils	94
(4) Feststellung des Marktbezugs	94
(5) Ergebnis	95
c) Local Nexus	95
aa) § 185 Abs. 2 GWB i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB	95
(1) Spürbare Inlandsauswirkungen	95
(a) Marktbezug	95
(b) Spürbarkeit	98

(2) Das Verhältnis von § 185 Abs. 2 GWB und § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB	99
(3) Ergebnis	101
bb) Auswirkungsprinzip und Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO	101
d) Ergebnis	103
3. Ergebnis	104
II. Abgrenzungsfunktion	104
III. Ergebnis	105
<i>E. Ergebnis</i>	105
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 1	109
Teil 2: Die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen mit Potentialen	111
§ 1 Einleitung	113
§ 2 Das Problem: killer acquisitions	115
<i>A. Killer acquisitions</i>	115
I. Begriff	115
II. Erwerbsgegenstand	116
III. Bisherige wettbewerbsrechtliche Einordnung	118
<i>B. Erforderlichkeit fusionskontrollrechtlichen Einschreitens</i>	118
I. Einleitung	118
II. Auswirkungen auf den Wettbewerb	119
1. Einleitung	119
2. Erhöhung der Marktzutrittsschranken durch Verfestigung der Marktstellung des Erwerbers	119
3. Ausschaltung künftigen Wettbewerbs	121
4. Marktverschließungseffekte	122
5. Ergebnis	123
III. Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt	123
1. Einleitung	123
2. Unmittelbare Auswirkungen auf die Produktqualität und Produktvielfalt	124
a) Produktqualität	124
b) Produktvielfalt	125
3. Mittelbare Auswirkungen auf die Produktqualität und Produktvielfalt durch Beeinflussung der Innovationsanreize	125
a) Einleitung	125
b) Begriff der Innovation	126

c)	Indirekte Auswirkungen auf die Innovationsanreize durch Veränderung der Marktstruktur	127
aa)	Einleitung	127
bb)	Schumpeter und Arrow	127
cc)	Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Innovationsanreize	131
dd)	Ergebnis	132
d)	Direkte Auswirkungen auf die Innovationsanreize	133
aa)	Start-ups	133
(1)	Innovationsrate	133
(a)	Positive Auswirkungen	133
(b)	Negative Auswirkungen	135
(c)	Ergebnis	136
(2)	Innovationsrichtung	137
bb)	Etablierte Unternehmen	138
cc)	Ergebnis	138
4.	Ergebnis	139
IV.	Effizienzen	139
V.	Konsequenzen für die fusionskontrollrechtliche Erfassung	140
VI.	Ergebnis	142
§ 3	Der Umgang mit killer acquisitions im Wettbewerbsrecht	143
A.	<i>Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers</i>	143
I.	Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a GWB)	143
II.	Anmeldeverfügung (§ 39a GWB a.F. und § 32f Abs. 2 GWB)	144
B.	<i>Der Umgang mit killer acquisitions auf europäischer Ebene</i>	146
I.	Verweisungslösung (Art. 22 Abs. 1 FKVO)	146
1.	Zeitweilige Praxis der Kommission im Hinblick auf die Annahme von Verweisungsanträgen nach Art. 22 Abs. 1 FKVO	146
2.	Illumina/GRAIL	148
II.	Alternative Möglichkeiten der Prüfung von Zusammenschlüssen mit Potentialen nach europäischem Recht	149
III.	Digital Markets Act	152
§ 4	Vereinbarkeit mit dem bestehenden System des Wettbewerbsrechts	155
A.	<i>Einleitung</i>	155
B.	<i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Wachstum</i>	156
I.	Vereinbarkeit	156
II.	Problematik	156

C. Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle	159
I. Vereinbarkeit	159
II. Problematik	160
D. Ergebnis	161
§ 5 Gesamtergebnis zu Teil 2	163
Teil 3: Konsequenzen für die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften	165
§ 1 Einleitung	167
§ 2 Formelle Fusionskontrolle	169
A. Einleitung	169
B. Auswirkungen auf das Erfordernis des Marktbezugs	170
I. Einleitung	170
II. Marktbezug in den adressierten Fällen	171
1. Erwerb von Start-ups im Digitalsektor	171
2. Der Erwerb von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	173
III. Keine grundsätzliche Abkehr vom Erfordernis des Marktbezugs ...	174
1. Grundsatz	174
2. Erwerb von Vermögensteilen	176
a) Grundsätzliche Beibehaltung	176
b) Anpassungsbedarf	177
c) Künftige Anforderungen an den Marktbezug	179
d) Künftige Voraussetzungen des Zusammenschlusstatbestands	181
IV. Ergebnis	182
C. Der potentielle Marktbezug von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	183
I. Einleitung	183
II. Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	184
1. Wettbewerbsrechtliche Bedeutung	184
2. Begriff	184
III. Kriterien zur Prüfung des Marktbezugs von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	185
1. Möglichkeit der Zuordnung zu einem bestimmten Markt	185
a) Grundsatz	185
b) Stadium der Grundlagenforschung	186
c) Stadium der angewandten Forschung	187
d) Entwicklungsstadium	189

e) Ergebnis	191
2. Hinreichendes Potential	191
a) Einleitung	191
b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit der Markteinführung	192
aa) Wahrscheinlichkeitsmaßstab	192
bb) Anwendung auf den Arzneimittelsektor	194
cc) Anwendung auf den Pflanzenschutzsektor	195
c) Hinreichende zeitliche Nähe der Markteinführung	195
d) Hinreichender Umfang der Markteinführung	197
aa) Einleitung	197
bb) Vorschriften zum lokalen Bezug	198
(1) Erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens	
(§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB)	198
(a) Sinn und Zweck des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB	198
(b) Verhältnis zu § 185 Abs. 2 GWB	199
(c) Inlandstätigkeit	200
(aa) Tätigkeit	200
(bb) Inlandsbezug	200
(cc) Inlandsbezug von Tätigkeiten mit	
potentiellem Marktbezug	201
(d) Erheblichkeit der Inlandstätigkeit	203
(aa) Einleitung	203
(bb) (Potentielle) Inlandsumsätze	203
(cc) (Potentieller) Abnehmeranteil	205
(e) Ergebnis	209
(2) Zwischenstaatlichkeitsklausel (Art. 22 Abs. 1 FKVO	
bzw. Art. 102 Abs. 1 AEUV)	209
(a) Sinn und Zweck	
der Zwischenstaatlichkeitsklausel	209
(b) Eignung zur Beeinträchtigung des Handels	
zwischen den Mitgliedstaaten	210
(c) Spürbarkeit	213
(aa) Einleitung	213
(bb) (Potentielle) gemeinschaftsweite Umsätze	214
(cc) (Potentieller) Marktanteil	215
(d) Ergebnis	216
(3) Ergebnis	217
cc) Übertragung eines Vermögensteils	218
dd) Ergebnis	219
e) Bezugspunkt für die Prüfung des hinreichenden Potentials	220
IV. Ergebnis	221
D. Auswirkungen auf andere Fälle des Erwerbs	
von Wettbewerbspotentialen	223

I.	Einleitung	223
II.	Erwerb von bislang unternehmensintern eingesetzten Vermögensteilen	225
	1. Outsourcing	225
	a) Begriff	225
	b) Marktbezug des Outsourcings	226
	2. Sonstige Fälle des Erwerbs von bislang unternehmensintern eingesetzten Vermögensteilen	227
	3. Ergebnis	228
III.	Erwerb von Einsatzmitteln, Betriebsmitteln und Immobilien	228
	1. Erwerb von Einsatz- und Betriebsmitteln	228
	2. Erwerb von Immobilien	231
	3. Ergebnis	233
IV.	Erwerb von inaktiven Unternehmen oder Vermögensteilen	233
	1. Beteiligung von Vorrats- und Mantelgesellschaften	233
	a) Begriffe	233
	b) Unternehmenseigenschaft von Vorrats- und Mantelgesellschaften	234
	aa) Problem	234
	bb) Unternehmenseigenschaft von Vorratsgesellschaften ...	235
	cc) Unternehmenseigenschaft von Mantelgesellschaften	235
	c) Ergebnis	237
	2. Erwerb eines vorübergehend inaktiven Vermögensteils	237
V.	Ergebnis	239
E.	Ergebnis	239
§ 3	Materielle Fusionskontrolle	243
A.	Einleitung	243
B.	Auswirkungen auf das Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs ...	243
C.	Anwendung des materiellen Prüfungsmaßstabs auf Zusammenschlüsse mit Potentialen	245
I.	Einleitung	245
II.	Reformvorschläge	246
	1. Einleitung	246
	2. Prognosezeitraum	246
	3. Prognosewahrscheinlichkeit	247
	4. Beweislastverteilung	249
	5. Ergebnis	251
III.	Marktabgrenzung	251
	1. Einleitung	251
	2. Erfordernis der Marktabgrenzung	252

a)	Funktion	252
b)	Paradigma der Marktstrukturkontrolle	253
c)	Praxis	254
3.	Marktabgrenzung bei Zusammenschlüssen mit Potentials	254
a)	Problem	254
b)	Keine Abgrenzung von Innovationsmärkten	255
aa)	Konzept	255
bb)	Kritik	256
cc)	Keine Abgrenzung von Innovationsmärkten durch die Kommission	257
c)	Abgrenzung von aktuellen und künftigen Produkt- und Dienstleistungsmärkten	259
4.	Ergebnis	260
IV.	Schadenstheorien	261
1.	Einleitung	261
2.	Etablierte Schadenstheorien	261
a)	Keine Marktanteilsaddition	261
b)	Einstellung, Verzögerung oder Umleitung des Potentials ...	263
aa)	Einleitung	263
bb)	Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber	264
(1)	Potentieller Wettbewerb durch das Zielunternehmen	264
(a)	Gegenwärtiger potentieller Wettbewerb	264
(b)	Künftiger potentieller Wettbewerb	265
(2)	Entstehung einer wettbewerblchen Lücke	266
cc)	Beseitigung einer wichtigen Innovationskraft	266
(1)	Auf den Innovationswettbewerb bezogene Schadenstheorien	266
(2)	Würdigung	268
(3)	Marktbezogene Schadenstheorien	269
c)	Abschottung des Potentials bzw. der Ressourcen für die Realisierung eines Potentials	270
d)	Integration des Potentials	272
aa)	Einleitung	272
bb)	Ressourcenzuwachs und Spillover-Effekte	272
(1)	Einleitung	272
(2)	Wettbewerbsrelevante Ressourcen	273
(a)	Forschung und Entwicklung	273
(b)	Daten	274
(3)	Voraussetzungen der Schadenstheorie	275
(4)	Keine efficiency offense	276
cc)	Bindung und Kopplung	277

3. Neue Schadenstheorien	278
a) Vorschläge	278
b) Grenzen für die Entwicklung neuer Schadenstheorien	279
aa) Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	279
bb) Marktbezug	280
cc) Keine efficiency offense	280
4. Ergebnis	281
V. Bewertung der Reformvorschläge	282
1. Einleitung	282
2. Grenzen aus höherrangigem Recht für die Umsetzung der Reformvorschläge	282
a) Gesetzesvorbehalt	282
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	284
aa) Einleitung	284
bb) Legitimer Zweck	285
cc) Geeignetheit	285
(1) Einleitung	285
(2) Innovationsanreize	286
(3) Effizienzen	287
dd) Erforderlichkeit	288
ee) Angemessenheit	289
ff) Ergebnis	290
3. Konsequenzen für die Reformvorschläge	291
a) Prognosezeitraum	291
b) Prognosewahrscheinlichkeit	292
c) Beweislastverteilung	292
4. Ergebnis	293
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 3	295
Schlussfolgerungen	297
§ 1 Schlussfolgerungen aus Teil 1	297
§ 2 Schlussfolgerungen aus Teil 2	298
§ 3 Schlussfolgerungen aus Teil 3	299
Literaturverzeichnis	303
Register	325