

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
Problemstellung	23
Beschreibung des Untersuchungsgegenstands	24
Gang der Untersuchung	26
Kapitel 1: Die Beurteilung wirtschaftlicher Konzentrationsprozesse	29
A. Konzentrationsprozesse im Lichte unterschiedlicher Wettbewerbskonzeptionen	29
I. Historische Entwicklung des Wettbewerbsbegriffs	29
II. Der funktionsfähige Wettbewerb der Harvard School	31
1. Grundlagen	31
2. Beurteilung von Zusammenschlüssen	32
II. Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit	33
1. Grundlagen	33
2. Wettbewerbspolitische Beurteilung von Konzentrationsprozessen	34
III. Die Chicago School of Antitrust Analysis	35
1. Grundlagen	35
2. Beurteilung von Zusammenschlüssen	36
IV. Post-Chicago Economics	38
1. Grundlagen	38
2. Beurteilung von Zusammenschlüssen	39
B. Legitimation und Formen von Industriepolitik	40
I. Rechtfertigung industrieloser Maßnahmen	40
1. Defensive Industriepolitik	40
2. Aktive Industriepolitik	41
a) Marktversagen	41
b) Neue Wachstumstheorie	43
c) Theorie der Wachstumspole	44
d) Neue Außenhandelstheorie	45

Inhaltsverzeichnis

II.	Industriopolitisches Instrumentarium	47
1.	Ordnungspolitisches Instrumentarium	47
2.	Interventionistisches Instrumentarium	47
C.	Zusammenfassung: Wettbewerbs- und Industriopolitik im Spannungsverhältnis	48
 Kapitel 2: Das Verhältnis von Wettbewerb und Industriopolitik im Unionsrecht sowie in den Fusionskontrollregimen der Mitgliedstaaten		51
A.	Europäische Fusionskontrolle als Instrument der Wettbewerbs- oder der Industriopolitik	51
I.	Das Wettbewerbsprinzip in der Wirtschaftsverfassung der Union	51
II.	Die Wettbewerbskonzeption der europäischen Fusionskontrolle	53
1.	Wettbewerbspolitisches Leitbild	53
2.	Verhältnis wettbewerbs- und industriopolitischer Zielsetzungen	56
3.	Zusammenfassung	57
III.	Industriopolitische Kriterien in der europäischen Fusionskontrolle	58
1.	Primärrechtliche Anknüpfungspunkte	58
a)	Berücksichtigung der allgemeinen Vertragsziele	58
b)	Der industriopolitische Kompetenztitel des Art. 173 AEUV	60
aa)	Industriopolitische Ziele	60
bb)	Ermächtigungsgrundlagen	62
(1)	Koordinierungspflichten	62
(2)	Unionskompetenzen	62
(3)	Kompetenzschränke	64
c)	Weitere Querschnittsklauseln	65
2.	Außenwettbewerbliche Kriterien in der FKVO	66
a)	Materielles Untersagungskriterium des Art 2 Abs. 2, 3 FKVO	66
aa)	Erheblichkeit der Behinderung	67
bb)	Unbenannter Ausnahmetatbestand in Art. 2 Abs. 2 FKVO	67
cc)	Stellungnahme	68
b)	Beurteilungskriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO	69
aa)	Struktur aller betroffenen Märkte	69
bb)	Interessen der Zwischen- und Endverbraucher	69
cc)	Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts	70
(1)	Zum Begriff des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts	70

(2) Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Faktoren	71
(a) Abwägungs- oder rechtfertigender Ausnahmetatbestand	71
(b) Zweifels- oder Grauzonentheorie	72
(3) Keine Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Faktoren	73
(a) Deklaratorische Bedeutung	73
(b) Marktbeherrschungskriterium	74
(4) Zielkompatibilität zwischen Effizienzgewinnen und Wettbewerb	75
(5) Stellungnahme	76
IV. Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Industriepolitik im Unionsrecht	77
B. Geteilte Zuständigkeit in der Fusionskontrolle als Einfallstor für wettbewerbswidrige Konzentrationsprozesse	77
I. Abgrenzung der Anwendungsbereiche von nationaler und europäischer Fusionskontrolle	78
1. Zuständigkeitsverteilung gem. Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO	78
a) Unionsweite Bedeutung	78
aa) Umsatzschwellenwerte	79
bb) Zweidrittelregel als Ausnahme	81
cc) Umsatzberechnung	83
b) Zusammenschlussbegriff	85
aa) Erforderliche Abgrenzung anhand des Zusammenschlussbegriffs	85
bb) Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrollverordnung	89
(1) Fusion	89
(2) Kontrollerwerb	89
(3) Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	91
cc) Zusammenschlussbegriffe in den nationalen Rechtsordnungen	93
(1) Mit der FKVO übereinstimmender oder engerer Zusammenschlussbegriff	93
(2) Weiterer Zusammenschlussbegriff als in der FKVO	94
2. Ausnahmen	97
a) Verweisungsregelungen der Artt. 4 Abs. 4 und 9 FKVO	97
aa) Verweisung vor Anmeldung	97
bb) Verweisung nach Anmeldung	98
b) Schutz berechtigter Interessen nach Art. 21 Abs. 4 FKVO	104
c) Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV	106
d) Sicherheitsinteressen nach Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV	107
3. Zusammenfassung	110

Inhaltsverzeichnis

II.	Politische Einflussmöglichkeiten und außerwettbewerbliche Kriterien in den Fusionskontrollregimen der Mitgliedstaaten	112
1.	Zuständigkeitsverteilung im nationalen Fusionskontrollverfahren	113
a)	Zuständigkeit unabhängiger Wettbewerbsbehörden und Gerichte	113
b)	Zuständigkeit politischer Organe	115
c)	Geteilte Zuständigkeit zwischen unabhängigen Behörden und politischen Organen	116
2.	Industriepolitische Kriterien in der materiellen Fusionskontrolle	120
a)	Ausschließliche Orientierung an wettbewerblichen Kriterien	120
b)	Wettbewerbliche und industriepolitische Kriterien im Regel-Ausnahme-Verhältnis	122
c)	Gleichordnung von wettbewerblichen und industriepolitischen Kriterien	126
3.	Zusammenfassung	129
III.	Empirischer Nachweis einer Bevorzugung inländischer Zusammenschlüsse	130
C.	Zusammenfassung und Zwischenergebnis	132
 Kapitel 3: Die Vereinbarkeit staatlicher Marktstruktureingriffe mit den unionalen Wettbewerbsvorschriften		135
A.	Unternehmensbezogene Vorschriften	135
I.	Der sachliche Anwendungsbereich der Artt. 101 und 102 AEUV	135
1.	Das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV	135
2.	Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV	137
3.	Zwischenstaatlichkeitsklausel	138
II.	Der Adressatenkreis der Artt. 101 und 102 AEUV	140
1.	Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff	140
2.	Unmittelbare Anwendbarkeit auf hoheitliche Maßnahmen	141
3.	Die Abgrenzung von hoheitlichem Handeln und öffentlicher Wirtschaftstätigkeit	143
a)	Die Rechtsprechung des EuGH	143
b)	Ansätze in der Literatur	145
c)	Stellungnahme	147
B.	Die Regelung bezüglich öffentlicher und bevorrechtigter Unternehmen des Art. 106 Abs. 1 AEUV	149
I.	Bedeutung und Zweck der Regelung	149
II.	Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 106 Abs. 1 AEUV	150
1.	Begriff des öffentlichen bzw. privilegierten Unternehmens	150

a)	Öffentliche Unternehmen	150
b)	Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten	152
aa)	Gewährung ausschließlicher Rechte	153
bb)	Gewährung besonderer Rechte	154
	(1) Definition der Transparenzrichtlinie	154
	(2) Übertragung hoheitlicher Befugnisse	156
	(3) Rechtliche Sonderstellung einzelner Unternehmen	156
	(4) Besondere Rechte als Ausnahmen vom System unverfälschten Wettbewerbs	160
	(5) Stellungnahme	162
2.	Vertragswidrige Maßnahmen	163
a)	Begriff der Maßnahme	163
b)	Bezug zu öffentlichen oder privilegierten Unternehmen	164
aa)	Selektivität der Maßnahme	164
bb)	Gewährungsakt als Maßnahme	165
c)	Vertragswidrigkeit	167
aa)	Allgemeines	167
bb)	Verstoß gegen die unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln	168
cc)	Vereinbarkeit der Verleihung von Monopolrechten mit Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV	171
	(1) Marktbeherrschung	171
	(2) Generelle Rechtfertigungsbedürftigkeit von Monopolen?	172
	(3) Missbrauch	175
	(a) Missbräuchliche Verhaltensweisen von Monopolunternehmen	175
	(b) Kausalzusammenhang von Missbrauch und Monopolrechten	177
	(aa) Zwang zum Missbrauch	178
	(bb) Veranlassung eines Missbrauchs	179
	(cc) Schaffung einer Missbrauchsgefahr	182
d)	Handlungs- und Unterlassungspflichten	184
e)	Übertragung auf andere Marktstruktureingriffe	187
III.	Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV	189
IV.	Rechtsfolgen in Art. 106 Abs. 3 AEUV	192
C.	Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	194
I.	Bedeutung und Struktur der unionalen Beihilfenkontrolle	194
II.	Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV	195
1.	Begünstigungswirkung	195
	a) Ausschließlich geldwerte Vorteile als Begünstigung	196
	b) Hoheitliche Gestaltungen als Begünstigung	196
	c) Stellungnahme	197
2.	Selektivität	198

Inhaltsverzeichnis

3.	Mittelherkunft	199
a)	Beihilfe ohne Belastung staatlicher Haushalte	199
b)	Belastung staatlicher Haushalte als Merkmal einer Beihilfe	202
c)	Stellungnahme	203
III.	Zusammenfassung	206
D.	Rechtsangleichungsvorschriften der Artt. 116 und 117 AEUV	207
I.	Einordnung in das Vertragssystem	207
II.	Inhalt der Vorschriften	208
1.	Art. 116 AEUV	208
2.	Art. 117 AEUV	209
III.	Möglichkeit eines »Competitive Impact Statement«	209
E.	Zusammenfassung und Ergebnis	211
 Kapitel 4: Die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln als Maßstab staatlicher Marktstrukturinterventionen		213
A.	Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Beachtung des »effet utile« der Artt. 101, 102 AEUV	213
I.	Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	214
1.	Grundlegende Entscheidungen	214
2.	Konkretisierung der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen durch die Rechtsprechung	215
3.	Fortgelitung der »effet utile«-Doktrin nach dem Lissabon-Vertrag	218
II.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der wettbewerblichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten	221
1.	Tatbestandliche Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV i.V.m. Art. 101 Abs. 1 AEUV	221
a)	Akzessorische Entzugstatbestände	221
aa)	Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Kartellabsprache	221
bb)	Fallgruppen vertragswidriger Maßnahmen der Mitgliedstaaten	222
(1)	Vorschreiben einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise	222
(2)	Erleichtern einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise	228
(3)	Verstärkung der Auswirkungen eines Wettbewerbsverstoßes	230
b)	Delegierungsverbot	232
aa)	Akzessorietätserfordernis	233
bb)	Voraussetzungen des Delegierungstatbestands	235

2.	Tatbestandliche Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV	239
3.	Rechtliche Auswirkungen eines Verstoßes	242
a)	Rechtsfolgen für Mitgliedstaaten	242
b)	Rechtsfolgen für nationale Gerichte und Behörden	245
c)	Rechtsfolgen für Unternehmen	246
B.	Staatliche Marktstrukturinterventionen als Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV i.V.m. Artt. 101, 102 AEUV	248
I.	Änderungen der Unternehmensstruktur im Anwendungsbereich des europäischen Kartellprimärrechts	248
1.	Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse	248
a)	Das »Philip Morris«-Urteil des EuGH	248
b)	Erfassung unterschiedlicher Formen von Strukturveränderungen durch Art. 101 Abs. 1 AEUV	249
aa)	Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung	250
(1)	Vereinbarung zwischen Unternehmen oder abgestimmte Verhaltensweise	250
(a)	Anwendbarkeit auf reine Konzentrationssachverhalte	251
(b)	Keine Anwendbarkeit auf reine Konzentrationssachverhalte	252
(c)	Stellungnahme	254
(aa)	Wortlaut	254
(bb)	Entstehungsgeschichte	255
(cc)	Systematik	256
(dd)	Sinn und Zweck	257
(2)	Wettbewerbsbeschränkung	259
(3)	Mehrheitsbeteiligung mit verbleibender Minderheitsbeteiligung	261
bb)	Erwerb von Minderheitsbeteiligungen	262
(1)	Beteiligungserwerb an einem Wettbewerber	262
(a)	Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise	262
(aa)	Beteiligungserwerb als Vereinbarung	263
(bb)	Vereinbarung bei Anteilserwerb über die Börse	264
(cc)	Stellungnahme	265
(b)	Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	267
(2)	Vertikale und konglomerate Beteiligungen	269
(3)	Wechselseitige Beteiligungen	270
cc)	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	272
(1)	Begriff des Gemeinschaftsunternehmens	272
(2)	Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise	274
(3)	Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	275
(a)	Vollfunktionalität	275

(b) Teilfunktionalität	276
2. Die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse	277
a) Die Entscheidung »Continental Can«	277
b) Zulässigkeit einer Marktstrukturkontrolle mittels Art. 102 AEUV	279
aa) Keine Erfassung eines Marktstrukturmissbrauchs durch Art. 102 AEUV	279
bb) Marktstrukturmissbrauch als von Art. 102 AEUV erfasste Verhaltensweise	281
cc) Stellungnahme	282
c) Tatbestandliche Voraussetzungen eines Marktstrukturmissbrauchs	283
aa) Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung	283
bb) Missbrauch durch Zusammenschluss oder Beteiligungserwerb	285
(1) Horizontale Zusammenschlüsse	285
(2) Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse	287
(3) Minderheitsbeteiligungen	288
(4) Zusammenschlüsse auf Oligopolmärkten	290
cc) Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch	290
3. Zwischenergebnis	292
II. Das Verhältnis von Kartellprimärrecht und Fusionskontrollverordnung	293
1. Anwendbarkeit der Artt. 101, 102 AEUV auf Zusammenschlüsse nach Erlass der FKVO	293
a) Fortgeltung der »Philip Morris«- und der »Continental Can«-Rechtsprechung	293
b) Das Konkurrenzverhältnis von Artt. 101, 102 AEUV und FKVO	295
2. Anwendungsbereich der Artt. 101, 102 AEUV in der Zusammenschlusskontrolle neben der FKVO	297
III. Das Verhältnis von Kartellprimärrecht und nationalen Fusionskontrollvorschriften	300
1. Die Konkurrenzregelung des Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003	300
2. Mittelbare Verstöße gegen Artt. 101, 102 AEUV durch nationale Fusionskontrollentscheidungen	302
a) Schutzbereich von Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101 AEUV	302
aa) Entzugstatbestand	302
(1) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV	303
(2) Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit	306
bb) Delegierungstatbestand	307

b) Schutzbereich von Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV	307
IV. Zusammenfassung: Kontrolle staatlicher Marktstrukturinterventionen durch den »effet utile« der Wettbewerbsvorschriften	308
Kapitel 5: Die Entwicklung weitergehender unionsrechtlicher Wettbewerbsverpflichtungen der Mitgliedsstaaten	311
A. Unionsrechtliche Grundlagen einer Kontrolle staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen	311
I. Ansätze zur Entwicklung staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen aus allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts	311
1. Rechtsanalogie zu den Wettbewerbsvorschriften	311
2. Wettbewerbsfreiheit als subjektives Recht	312
3. Wettbewerb als Strukturprinzip des Binnenmarktes	313
II. Der Grundsatz der Unionstreue als Anknüpfungspunkt wettbewerbsrechtlicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten	314
1. Der europarechtliche Grundsatz der Unionstreue	314
a) Begriff und Rechtsnatur	314
b) Rechtlicher Gehalt	317
c) Unmittelbare Anwendbarkeit	319
2. Die Unterlassungspflicht aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV	320
a) Vertragsziele	320
b) Pflichteninhalt	320
3. Möglichkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV	322
a) Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung	322
b) Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	324
B. Tatbestandsvoraussetzungen eines staatlichen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV i.V.m. Artt. 101, 102 AEUV	325
I. Qualität der staatlichen Maßnahme	325
1. Form	325
2. Inhalt	326
a) Die Akzessorietätsthese des EuGH	326
aa) Gründe für ein Akzessorietätserfordernis	326
bb) Kritik des Akzessorietätskriteriums	328
cc) Stellungnahme	330
b) Andere Ansätze	332
aa) Intensität des Eingriffs	332
bb) Wettbewerbsregelnde Funktion des Eingriffs	333
cc) Wirkungsgleichheit mit einem unternehmerischen Verstoß	334

Inhaltsverzeichnis

c) Eigener Vorschlag	335
aa) Das Verhältnis von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 106 Abs. 1 AEUV	336
bb) Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen	337
cc) Übertragung der Maßstäbe für die Zulässigkeit von Monopolrechten	338
II. Selektivität	340
III. Wettbewerbsbeschränkende Wirkung und Zwischenstaatlichkeitskriterium	341
C. Schranken staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen:	
Tatbestandsrestriktion oder Rechtfertigungsprüfung	342
I. Erfordernis eines Kriteriums zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen	342
II. Vorschläge für ein Abgrenzungskriterium	343
1. Artt. 101 Abs. 3 und 106 Abs. 2 AEUV	343
2. Prozessualer Ansatz	344
3. Anwendung einer »Rule of Reason« als Tatbestandsrestriktion	345
4. Nachgelagerte Verhältnismäßigkeitsprüfung	346
III. Begrenzung staatlicher Wettbewerbspflichten auf Tatbestandsebene	348
1. Rechtsmissbrauch als Grenze der Zulässigkeit staatlicher Wettbewerbsverfälschungen	349
2. Ökonomische Wirkungen einer permissiven Wettbewerbspolitik	351
3. Interessen- und Folgenabwägung in Analogie zu Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV	354
a) Grenze der Ausnahmegewährung des Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV	354
aa) Inhaltliche Voraussetzungen	354
(1) Handelsbeeinträchtigung	354
(2) Widerspruch zu Unionsinteressen	355
bb) Darlegungs- und Beweislastverteilung	358
cc) Dogmatische Einordnung	358
b) Analogievoraussetzungen	360
c) Anzuwendender Test bei staatlichen Marktstruktureingriffen	362
Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit	365
Literaturverzeichnis	369