

# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>9</b>
<b>Verzeichnis der Abkürzungen .....</b>	<b>19</b>
<b>Einführung .....</b>	<b>27</b>
<b>Teil 1: Die deutsche Fusionskontrolle .....</b>	<b>33</b>
A. Entstehungsgeschichte und Entwicklung der deutschen Fusionskontrolle .....	33
B. Verhältnis zum EU-Fusionskontrollrecht .....	35
C. Verhältnis zum Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung .....	40
D. Anmeldepflicht in der deutschen Fusionskontrolle .....	44
E. Vollzugsverbot in der deutschen Fusionskontrolle .....	47
F. Verfahren der deutschen Fusionskontrolle und seine kontrollrelevanten Entscheidungen .....	48
<b>Teil 2: Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 1. Instanz .....</b>	<b>71</b>
A. Rechtsschutz im Sinne des Gerichtsschutzes .....	71
B. Übersicht zu den Rechtsschutzmöglichkeiten .....	72
C. Allgemeines zu den Beschwerdearten .....	77
D. Anfechtungsbeschwerde gemäß § 63 Abs. 1 GWB .....	89
E. Verpflichtungsbeschwerde .....	155
F. Fortsetzungsfeststellungbeschwerde .....	161
G. Allgemeine Leistungsbeschwerde .....	172
H. Feststellungbeschwerde .....	176
<b>Teil 3: Einstweiliger Rechtsschutz .....</b>	<b>177</b>
A. Einstweiliger Rechtsschutz für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Falle einer Untersagung .....	177
B. Einstweiliger Rechtsschutz Dritter im Falle einer Freigabe .....	189
<b>Teil 4: Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 2. Instanz .....</b>	<b>197</b>
A. Rechtsbeschwerde .....	197
B. Nichtzulassungsbeschwerde .....	204

<b>Teil 5: Schadensersatz für rechtswidrige Entscheidungen des Bundeskartellamtes .....</b>	<b>211</b>
A. Ausgangslage .....	211
B. Mögliche Anspruchsgrundlagen .....	212
C. Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG .....	215
<b>Zusammenfassung und Ergebnisse .....</b>	<b>251</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>255</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsübersicht .....</b>	<b>7</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>9</b>
<b>Verzeichnis der Abkürzungen .....</b>	<b>19</b>
<b>Einführung .....</b>	<b>27</b>
I.    Anlass und Hintergrund der Untersuchung .....	27
II.    Zielsetzung und Gang der Untersuchung .....	31
<b>Teil 1: Die deutsche Fusionskontrolle .....</b>	<b>33</b>
A. Entstehungsgeschichte, Zweck und Entwicklung der deutschen Fusionskontrolle .....	33
B. Verhältnis zum EU-Fusionskontrollrecht .....	35
I.    Vorrang der europäischen Fusionskontrolle .....	36
II.    Verweisung .....	39
C. Verhältnis zum Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung .....	40
I.    Verhältnis zu Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV .....	40
II.    Verhältnis zum deutschen Kartellverbot in § 1 GWB .....	42
III.    Verhältnis zu anderen Kontrollvorschriften .....	43
D. Anmeldepflicht in der deutschen Fusionskontrolle .....	44
E. Vollzugsverbot in der deutschen Fusionskontrolle .....	47
F. Verfahren der deutschen Fusionskontrolle und seine kontrollrelevanten Entscheidungen .....	48
I.    Anmeldung .....	50
II.    Prüfung der Anmeldung und Einleitung des Vorprüfverfahrens („Phase I“) .....	52
1.    Einleitung des Vorprüfverfahrens und Entscheidungsmöglichkeiten .....	52
2.    Freigabe bzw. Nichtuntersagung innerhalb der Monatsfrist .....	53
3.    Einleitung des Hauptprüfverfahrens .....	53
4.    Einstellung des Verfahrens .....	54
III.    Hauptprüfverfahren („Phase II“) .....	54
1.    Eröffnung des Hauptprüfverfahrens und Entscheidungsmöglichkeiten .....	54
2.    Freigabe (ohne Nebenbestimmungen) .....	55

3. Freigabe mit Nebenbestimmungen .....	56
a) Bedingung .....	57
b) Auflage .....	57
4. Untersagung .....	58
5. Widerruf der Genehmigung und nachträgliche Untersagung .....	58
IV. Entscheidungen des Bundeskartellamtes im Nebenverfahren .....	60
1. Auskunftsersuchen des Bundeskartellamtes .....	60
a) Informelle Nachfrage .....	61
b) Auskunftsersuchen über Marktanteile und Umsätze .....	61
c) Allgemeines formelles Auskunftsersuchen .....	61
2. Beteiligung Dritter am Fusionskontrollverfahren .....	62
a) Einfache Beiladung .....	63
aa) Beteiligtenfähigkeit .....	63
bb) Erhebliche Interessenberührungen .....	64
cc) Ermessen .....	65
dd) Notwendige Beiladung .....	67
3. Recht auf Anhörung und Recht auf Stellungnahme nach § 56 Abs. 1 GWB .....	69
4. Akteneinsicht nach §§ 29, 30 VwVfG .....	69
<b>Teil 2: Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 1. Instanz .....</b>	<b>71</b>
A. Rechtsschutz im Sinne des Gerichtsschutzes .....	71
B. Übersicht zu den Rechtsschutzmöglichkeiten .....	72
I. Beschwerde .....	72
1. Übersicht zu den einzelnen Beschwerdearten .....	72
2. Feststellung der relevanten Beschwerdeart im Einzelfall .....	74
II. Einstweiliger Rechtsschutz .....	74
III. Amtshaftung und Schadensersatzansprüche .....	75
IV. Ministererlaubnis .....	75
C. Allgemeines zu den Beschwerdearten .....	77
I. Gegenstand der Beschwerde und Verhältnis zu den sonstigen Kartellrechtsstreitigkeiten .....	77
II. Zuständiges Beschwerdegericht: Zuweisung an die ordentli- chen Gerichte .....	78
III. Rechtsnatur der Beschwerde .....	79
IV. Ergänzende Anwendbarkeit der Vorschriften anderer Verfah- rensordnungen, insbesondere des allgemeinen Verwaltungspro- zessrechts .....	81

V. Die Verfügung als zentraler Grundbegriff im Rahmen der Beschwerdearten .....	83
1. Begriff der Verfügung .....	83
a) Frühere Auffassung: weite Auslegung .....	83
b) Heutige Auffassung: enge Auslegung .....	85
c) Stellungnahme .....	86
2. Form und äußere Wirksamkeit der Verfügung.....	87
3. Nichtige Verfügungen als Gegenstand der Anfechtungsbeschwerde .....	89
D. Anfechtungsbeschwerde gemäß § 63 Abs. 1 GWB .....	89
1. Stathaltigkeit und Rechtsschutzziel .....	89
1. Anfechtungsgegenstand: Verfügung .....	91
2. Entscheidungen im Vorprüfverfahren als anfechtbare Verfügungen .....	91
a) Nichtuntersagung durch Freigabeschreiben .....	91
aa) Die <i>Ampère</i> -Entscheidung des BGH und die Ansicht der überwiegenden Literatur .....	91
bb) Ansicht des KG und eines Teils der Literatur .....	92
cc) Stellungnahme .....	93
b) Nichtuntersagung durch Ablauf der Monatsfrist .....	96
c) Eröffnung des Hauptprüfverfahrens durch den sog. Monatsbrief .....	98
d) Einstellung des Verfahrens .....	98
e) Zwischenergebnis .....	99
3. Entscheidungen im Hauptprüfverfahren als anfechtbare Verfügungen .....	100
a) Freigabe (ohne Nebenbestimmungen) .....	100
b) Freigabefiktion nach Ablauf der Vier-Monats-Frist .....	100
aa) Mindermeinung in der Literatur .....	100
bb) Herrschende Ansicht in der Literatur .....	101
cc) Stellungnahme .....	102
c) Freigabe mit Nebenbestimmungen .....	102
aa) Eine Ansicht: Differenzierung zwischen Auflage und Bedingung .....	103
(1) Auflage .....	103
(2) Bedingung .....	103
bb) Andere Ansicht: alle Nebenbestimmungen selbständig anfechtbar .....	104
cc) Stellungnahme .....	104
d) Untersagung .....	106
e) Widerruf der Freigabe und nachträgliche Untersagung .....	107

f) Zwischenergebnis .....	107
4. Entscheidungen im Nebenverfahren als anfechtbare Verfü- gung .....	107
a) Auskunftsersuchen des Bundeskartellamtes.....	108
aa) Informelle Nachfrage .....	108
bb) Förmliches Auskunftsersuchen über Marktanteile und Umsätze .....	108
cc) Allgemeines formelles Auskunftsersuchen .....	108
b) Beteiligung Dritter am Fusionskontrollverfahren .....	109
c) Anhörung und Stellungnahme zum Fusionskontrollverfah- ren nach § 56 GWB .....	109
d) Akteneinsicht der Verfahrensbeteiligten .....	109
II. Beschwerdebefugnis .....	111
1. Beschwerdebefugnis kraft Verfahrensbeteiligung .....	111
a) „Geborene“ Verfahrensbeteiligte: die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen .....	111
b) „Gekorene“ Verfahrensbeteiligte: die Beigeladenen .....	112
c) Mögliche Verletzung eigener Rechte .....	112
2. Beschwerdebefugnis Dritter ohne Verfahrensbeteiligung .....	115
a) Beschwerdebefugnis bei unterbliebener Beiladung .....	116
aa) Kritik in der Literatur .....	116
bb) Die <i>pepcom</i> - und <i>iesy/Ish</i> -Entscheidung des BGH .....	116
cc) Stellungnahme .....	117
b) Beschwerdebefugnis kraft Rechtsverletzung .....	119
aa) Ausgangslage und Relevanz in der Praxis .....	119
bb) Ansicht der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur .....	121
cc) Gegenstimmen in der Literatur .....	122
(1) Eingriff in Grundrechte .....	122
(2) Einfachgesetzliche Begründung subjektiver Rechte .....	124
dd) Stellungnahme .....	124
III. Rechtsschutzbedürfnis und Beschwer .....	126
1. Formelle Beschwer .....	126
a) Untersagung .....	127
b) Freigabeentscheidung (ohne Nebenbestimmungen) .....	127
c) Freigabe unter Nebenbestimmungen .....	128
d) Sonderfall: keine Verfahrensbeteiligung oder keine Antrag- stellung .....	129
2. Materielle Beschwer .....	130
a) Erfordernis der materiellen Beschwer .....	131

b) Inhalt und Voraussetzungen der materiellen Beschwer	132
c) Die materielle Beschwer in Einzelfällen	134
IV. Frist, Form und Inhalt der Beschwerde	136
1. Frist zur Einlegung der Beschwerde	136
2. Form der Beschwerdeschrift	137
3. Inhalt der Beschwerdeschrift	138
V. Frist, Form und Inhalt der Beschwerdebegründung	138
1. Frist zur Begründung der Beschwerde	138
2. Form und Inhalt der Beschwerdebegründung	139
VI. Beteiligte und Beteiligtenfähigkeit	140
VII. Prozess- und Postulationsfähigkeit	140
VIII. Begründetheit der Anfechtungsbeschwerde	141
1. Entscheidungsgrundlagen	141
a) Untersuchungsgrundsatz	141
b) Freie Beweiswürdigung	141
c) Rechtliches Gehör	142
d) Neue Tatsachen und Beweismittel	143
2. Prüfung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung	144
a) Unzulässigkeit der Verfügung: Verletzung formellen Rechts	144
aa) Heilung von Form- und Verfahrensfehlern	144
bb) Unbeachtlichkeit von Form- und Verfahrensfehlern	144
b) Unbegründetheit der Verfügung: Verletzung materiellen Rechts	145
c) Umfang der gerichtlichen Überprüfung und Kontrolldichte	145
aa) Rechts- und Zweckmäßigkeitsskontrolle	145
bb) Grenzen gerichtlicher Kontrolle	147
d) Der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt	148
aa) Überwiegende Ansicht	148
bb) Einwände	149
cc) Stellungnahme	149
3. Inhalt und Form der Entscheidung des Beschwerdegerichts	151
a) Unzulässigkeit der Beschwerde	151
b) Unbegründetheit der Beschwerde	151
c) Begründetheit der Beschwerde	152
d) Nebenbestimmungen	153
e) Aufhebung zur Durchführung weiterer Ermittlungen	153
IX. Wirkung der Beschwerde	154

<b>E. Verpflichtungsbeschwerde .....</b>	<b>155</b>
I. <b>Verpflichtungsbeschwerde der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen .....</b>	<b>155</b>
1. <b>Verpflichtungsbeschwerde gegen eine Untersagung im Hauptprüfverfahren .....</b>	<b>155</b>
2. <b>Verpflichtungsbeschwerde gegen eine Freigabe (mit Nebenbestimmungen) im Hauptprüfverfahren .....</b>	<b>156</b>
a) <b>Freigabe unter Auflagen .....</b>	<b>156</b>
b) <b>Freigabe unter Bedingungen .....</b>	<b>156</b>
II. <b>Verpflichtungsbeschwerde Dritter .....</b>	<b>158</b>
1. <b>Beschwerdebefugnis .....</b>	<b>158</b>
2. <b>Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>159</b>
a) <b>Vorprüfverfahren .....</b>	<b>160</b>
b) <b>Hauptprüfverfahren .....</b>	<b>160</b>
<b>F. Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde .....</b>	<b>161</b>
I. <b>Statthaftigkeit und Rechtsschutzziel .....</b>	<b>162</b>
II. <b>Antrag .....</b>	<b>163</b>
III. <b>Zulässigkeit der erledigten Beschwerde .....</b>	<b>163</b>
IV. <b>Fortsetzungsfeststellungsinteresse .....</b>	<b>163</b>
1. <b>Rehabilitation .....</b>	<b>164</b>
2. <b>Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen .....</b>	<b>164</b>
3. <b>Wiederholungsgefahr .....</b>	<b>165</b>
a) <b>Ausgangspunkt: Rechtsprechung im allgemeinen Verwaltungsrecht .....</b>	<b>165</b>
b) <b>Rechtsprechung im Bereich der Fusionskontrolle bis zum Jahre 2007 .....</b>	<b>166</b>
c) <b>Neue Rechtsprechung im Bereich der Fusionskontrolle seit 2007: <i>Springer/ProSiebenSat1, Phonak/GN Store, EDEKA/Plus und Total/OMV</i> .....</b>	<b>168</b>
d) <b>Zusammenfassung der neuen Rechtsprechung im Bereich der Fusionskontrolle seit 2007 .....</b>	<b>169</b>
e) <b>Stellungnahme .....</b>	<b>171</b>
V. <b>Begründetheit .....</b>	<b>172</b>
<b>G. Allgemeine Leistungsbeschwerde .....</b>	<b>172</b>
I. <b>Folgenbeseitigung .....</b>	<b>172</b>
II. <b>Vorbeugende Unterlassungsbeschwerde .....</b>	<b>173</b>
III. <b>Verfahrensregeln .....</b>	<b>175</b>
<b>H. Allgemeine Feststellungsbeschwerde .....</b>	<b>176</b>

<b>Teil 3: Einstweiliger Rechtsschutz .....</b>	<b>177</b>
A. Einstweiliger Rechtsschutz für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Falle einer Untersagung .....	177
1. Befreiung vom Vollzugsverbot vor oder während des Fusionskontrollverfahrens nach § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB .....	177
1. Wichtige Gründe, insbesondere Abwendung von schweren Schäden von einem beteiligten Unternehmen oder von Dritten .....	177
2. Ermessensaustübung .....	178
3. Entscheidung .....	179
4. Rechtsschutz .....	179
a) Rechtsschutz gegen die Ablehnung eines Antrags auf Befreiung vom Vollzugsverbot .....	179
b) Rechtsschutz Dritter gegen die Erteilung der Befreiung vom Vollzugsverbot .....	179
II. Befreiung vom Vollzugsverbot nach Untersagung durch das Bundeskartellamt .....	180
1. Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB ...	180
2. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsbeschwerde nach § 65 Abs. 3 GWB .....	181
3. Einstweilige Anordnung nach den Regelungen in §§ 60 Nr. 1, 64 Abs. 3 Satz 1 GWB .....	183
a) Die Entscheidung <i>Phonak/ReSound</i> des OLG Düsseldorf .....	183
b) Die Entscheidung <i>Faber/Basalt</i> des BGH .....	185
c) Stellungnahme .....	185
B. Einstweiliger Rechtsschutz Dritter im Falle einer Freigabe .....	189
I. Ausgangslage .....	189
II. Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach der Vorschrift des § 65 Abs. 3 GWB .....	190
1. Voraussetzungen .....	190
2. Einwände in der Literatur gegen die Vorschrift des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB .....	192
3. Stellungnahme .....	193
III. Einstweilige Anordnung gemäß § 64 Abs. 3 GWB .....	195
<b>Teil 4: Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 2. Instanz .....</b>	<b>197</b>
A. Rechtsbeschwerde .....	197
I. Zuständiges Gericht .....	197
II. Statthaftigkeit .....	197

III.	Zulassung der Rechtsbeschwerde .....	197
IV.	Rechtsbeschwerdebefugnis und Rechtsbeschwerdeberechtigung .....	198
V.	Frist und Form .....	199
VI.	Umfang der rechtlichen Nachprüfung .....	200
1.	Rüge von Verfahrensfehlern .....	200
2.	Verstöße gegen materielle Vorschriften .....	201
3.	Tatsachenfeststellungen des Beschwerdegerichts .....	202
4.	Maßgeblicher Zeitpunkt .....	202
VII.	Verfahren und Wirkung der Rechtsbeschwerde .....	203
VIII.	Entscheidung .....	203
B.	Nichtzulassungsbeschwerde .....	204
I.	Zuständiges Gericht .....	205
II.	Statthaftigkeit .....	205
III.	Beschwerdebefugnis und Beschwerde .....	205
IV.	Verhältnis zur zulassungsfreien Rechtsbeschwerde .....	206
V.	Form und Frist .....	207
VI.	Verfahren .....	208
VII.	Entscheidung, maßgeblicher Zeitpunkt und Umfang der Überprüfung .....	208
<b>Teil 5:</b>	<b>Schadensersatz für rechtswidrige Entscheidungen des Bundeskartellamtes .....</b>	<b>211</b>
A.	Ausgangslage .....	211
B.	Mögliche Anspruchsgrundlagen .....	212
C.	Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG .....	215
I.	Tätigwerden als Beamter in Ausübung eines öffentlichen Amtes .....	215
II.	Verletzung einer Amtspflicht .....	215
III.	Drittbezogenheit der Amtspflicht .....	217
1.	Drittbezogenheit der Amtspflicht im Allgemeinen .....	217
2.	Drittbezogenheit der Amtspflicht in der Fusionskontrolle .....	218
a)	Entscheidung des LG Köln im Verfahren <i>GN Store/Bundesrepublik Deutschland</i> .....	218
b)	Stellungnahme .....	219
IV.	Verschulden .....	221
1.	Verschuldensvermutung bei objektiv rechtswidriger Entscheidung .....	221
2.	Kollegialverschulden versus Individualverschulden .....	222
3.	Grundsatz der Verschuldenshaftung und Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs .....	223

4. Sorgfaltsmaßstab im Bereich der Fusionskontrolle .....	224
a) Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes .....	225
aa) Sachverhaltaufklärung .....	225
bb) Prüfung des Zusammenschlussvorhabens .....	226
cc) Stellungnahme .....	228
b) Kriterien und Fallgruppen zum Verschulden und Sorgfaltsmaßstab – rechtsvergleichende Betrachtung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte .....	230
aa) Verfahrensfehler .....	232
bb) Fehler bei der Feststellung des Sachverhalts .....	234
cc) Fehler bei der ökonomischen Bewertung .....	234
dd) Fehler bei der Anwendung rechtlicher Konzepte .....	236
5. Verschuldensausschluss infolge der sog. Kollegialgerichtslinie bzw. Vermutung des Nichtverschuldens bei gerichtlicher Bestätigung in 1. Instanz .....	239
a) Die Grundsätze der Kollegialgerichts-Richtlinie .....	239
b) Die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie in der Fusionskontrolle .....	239
aa) Grundsätze .....	239
bb) Entscheidung des LG Köln im Verfahren <i>GN Store/Bundesrepublik Deutschland</i> .....	240
cc) Stellungnahme .....	242
V. In Betracht kommende Haftungsausschlüsse .....	243
1. Spruchrichterprivileg gemäß § 839 Abs. 2 BGB .....	243
2. Verletzung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes nach § 839 Abs. 3 BGB .....	244
VI. Schaden und haftungsbegründende Kausalität .....	246
VII. Fazit: Amtshaftung in der deutschen Fusionskontrolle .....	249
<b>Zusammenfassung und Ergebnisse .....</b>	<b>251</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>255</b>