

# Inhaltsübersicht

<b>A. Einleitung</b> .....	27
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand .....	27
II. Der Begriff Gun-Jumping .....	28
III. Gang der Untersuchung .....	31
<b>B. Ökonomischer Zielkonflikt</b> .....	33
I. Die Auswirkungen staatlicher Markteingriffe .....	33
II. Mögliche negative Auswirkungen von Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	39
III. Drohende Behinderung von unbedenklichen Zusammenschlussvorhaben .....	43
IV. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen ...	56
<b>C. Gun-Jumping im US-Kartellrecht</b> .....	58
I. Rechtlicher Rahmen .....	59
II. Rechtsprechung und Verfahren der Kartellbehörden .....	71
III. Auswertung der Entscheidungspraxis .....	109
IV. Entwicklung der Gun-Jumping-Verfolgung in den USA .....	128
V. Ergebnis .....	133
<b>D. Das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO</b> .....	135
I. Das Vollzugsverbot im Kontext des Fusionskontrollverfahrens .....	135
II. Die Reichweite des Vollzugsverbots .....	161
III. Kontrollwechsel durch Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	216
IV. Ergebnis .....	229

V. Exkurs: Reichweite von § 41 GWB .....	231
<b>E. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV .....</b>	<b>236</b>
I. Anwendungsbereich .....	236
II. Tatbestandsvoraussetzungen .....	246
III. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen als Orientierungspunkt .....	254
IV. Beurteilung des Informationsaustauschs zwischen den Zusammenschlussparteien	261
V. Ergebnis .....	320
VI. Exkurs: Anwendung von Art. 101 AEUV durch Mitgliedstaaten .....	321
<b>F. Fallgruppen .....</b>	<b>322</b>
I. Einflussnahme des Erwerbers auf das Verhalten des Zielunternehmens .....	322
II. Personelle Verflechtungen und Mitarbeiteransprache .....	333
III. Informationsaustausch und Vorbereitung der Integration des Zielunternehmens .	336
IV. Zusammenarbeit vor dem Vollzug .....	340
V. Übertragung des Risikos einer fusionskontrollrechtlichen Untersagung auf den Erwerber .....	342
VI. Besondere Zusammenschlussformen .....	343
VII. Gun-Jumping-Verhaltensweisen außerhalb der Europäischen Union .....	347
<b>G. Fazit .....</b>	<b>350</b>
I. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse .....	350
II. Schlussbemerkung zur Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	352
III. Schlussbemerkung zur Gun-Jumping-Verfolgung durch die Kommission .....	353
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>356</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>370</b>

# **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Einleitung</b> .....	27
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand .....	27
II. Der Begriff Gun-Jumping .....	28
III. Gang der Untersuchung .....	31
<b>B. Ökonomischer Zielkonflikt</b> .....	33
I. Die Auswirkungen staatlicher Markteingriffe .....	33
1. Die Steuerungswirkung des Kartellrechts .....	34
2. Das Prinzip der Selbstveranlagung .....	35
3. Die Gefahr von Fehlerkosten .....	35
4. Die Berücksichtigung von Transaktionskosten .....	37
5. Die Auswirkungen von Rechtsunsicherheit .....	38
6. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	39
II. Mögliche negative Auswirkungen von Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	39
1. Eintritt von Wettbewerbsbeschränkungen .....	39
2. Vorzeitiger Eintritt von Marktstrukturveränderungen .....	41
a) Eintritt von bedenklichen Marktstrukturveränderungen .....	41
b) Schwierigkeiten bei der Entflechtung .....	43
3. Ergebnis .....	43
III. Drohende Behinderung von unbedenklichen Zusammenschlussvorhaben .....	43
1. Überwiegende Zahl der Zusammenschlüsse ist wettbewerblich unbedenklich .....	44
2. Effiziente Ausgestaltung von Unternehmenstransaktionen .....	45
a) Informationsasymmetrien .....	45
b) Moral hazard-Problem .....	46
c) Transaktionskosten .....	47
d) Schlussfolgerung .....	47
3. Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten von Zusammenschlüssen .....	47
a) Geringe Erfolgsquote von Unternehmenszusammenschlüssen .....	48
b) Verbesserung der Erfolgsaussichten .....	49
aa) Erfolgsfaktor Integrationsplanung .....	49
(1) Kunden .....	50
(2) Produkte, Produktion und Einkauf .....	50

(3) Technische Integration .....	51
(4) Mitarbeiter und Unternehmenskultur .....	51
(5) Weitere Themenfelder .....	52
(6) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht .....	52
bb) Erfolgsfaktor Informationsaustausch .....	52
(1) Informationsaustausch zur Bewertung des Zielunternehmens ..	52
(2) Informationsaustausch nach Vertragsschluss zur Integrations- planung .....	53
(3) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht .....	53
cc) Erfolgsfaktor Geschwindigkeit .....	54
(1) Verunsicherung von Kunden, Zulieferern und Mitarbeitern ..	54
(2) Aufrechterhaltung der Agilität der beteiligten Unternehmen ..	55
(3) Schnelle Realisierung von Synergien .....	55
(4) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht .....	55
4. Zusammenfassung .....	55
IV. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen ..	56
<b>C. Gun-Jumping im US-Kartellrecht .....</b>	<b>58</b>
I. Rechtlicher Rahmen .....	59
1. Vollzugsverbot, Section 7 A Clayton Act .....	59
a) Das präventive Fusionskontrollverfahren nach Section 7 A Clayton Act ..	60
b) Das Vollzugsverbot des Section 7 A Clayton Act .....	61
aa) Reichweite des Vollzugsverbots .....	61
bb) Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich .....	64
cc) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Section 7 A Clayton Act .....	64
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	64
2. Kartellverbot, Section 1 Sherman Act .....	65
a) Tatbestandsmerkmale .....	65
aa) Vereinbarung .....	65
bb) Beschränkung des Wettbewerbs .....	66
cc) Bundesstaats- oder staatsübergreifende Auswirkungen .....	67
dd) Keine Möglichkeit zur Freistellung vom Kartellverbot .....	68
b) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....	68
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	69
3. Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken, Section 5 FTC Act .....	69
a) Erfasste Verhaltensweisen .....	69
b) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....	70
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	71

II. Rechtsprechung und Verfahren der Kartellbehörden .....	71
1. Rechtsprechung zur Anwendung von Section 1 Sherman Act auf Interaktionen vor dem Vollzug .....	71
a) Kirihara v. Bendix Corporation: Zielunternehmen wechselt Vertriebspartner .....	72
aa) Sachverhalt .....	72
bb) Bewertung durch das Gericht .....	72
cc) Auswertung .....	73
b) U.S. v. R. J. Reynolds Tobacco Co.: Übertragung des Risikos des Scheiterns des Zusammenschlusses auf den Erwerber .....	73
aa) Sachverhalt .....	73
bb) Bewertung durch das Gericht .....	74
cc) Auswertung .....	74
c) International Travel Arrangers v. NWA Inc.: Keine Anwendbarkeit des Kartellverbots auf Zusammenschlussparteien .....	74
aa) Sachverhalt .....	74
bb) Bewertung durch das Gericht .....	75
cc) Auswertung .....	75
d) Omnicare v. United Health Group: Informationsaustausch vor dem Vollzug .....	76
aa) Sachverhalt .....	76
bb) Bewertung durch das Gericht .....	77
cc) Auswertung .....	79
e) Ergebnis .....	79
2. Gun-Jumping-Verfahren des DOJ und der FTC .....	79
a) United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO I): Übergang der Chancen und Risiken des Betriebs der übertragenen Vermögenswerte .....	80
aa) Sachverhalt .....	81
bb) Bewertung durch das DOJ .....	81
cc) Auswertung .....	82
b) United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO II): Übertragung von Stimmrechtsaktien .....	82
aa) Sachverhalt .....	82
bb) Bewertung durch das DOJ .....	83
cc) Auswertung .....	83
c) In re Torrington: Übertragung von Kundenbeziehungen .....	83
aa) Sachverhalt .....	83
bb) Bewertung durch die FTC .....	84
cc) Auswertung .....	84
d) United States v. Titan Wheel International, Inc.: Inbesitznahme von Vermögenswerten .....	85

aa) Sachverhalt .....	85
bb) Bewertung durch das DOJ .....	85
cc) Auswertung .....	86
e) In re Insilco Corp.: Informationsaustausch vor dem Vollzug .....	86
aa) Sachverhalt .....	86
bb) Bewertung durch die FTC .....	86
cc) Auswertung .....	87
f) In re Commonwealth Land Title Insurance Co.: Angleichung der Ge- schäftsbedingungen .....	87
aa) Sachverhalt .....	87
bb) Bewertung durch die FTC .....	88
cc) Auswertung .....	88
g) United States v. Input/Output, Inc.: Faktische Integration des Ziel- unternehmens .....	89
aa) Sachverhalt .....	89
bb) Bewertung durch das DOJ .....	90
cc) Auswertung .....	91
h) United States v. Computer Associates International, Inc.: Beschränkung des Wettbewerbs .....	91
aa) Sachverhalt .....	91
(1) Conduct of business-Beschränkungen in der Zusammenschluss- vereinbarung .....	92
(2) Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen .....	93
(3) Zugriff auf wettbewerbsrelevante Informationen durch Compu- ter Associates .....	94
bb) Bewertung durch das DOJ .....	94
cc) Auswertung .....	95
(1) Anwendung von Section 1 Sherman Act auf Gun-Jumping-Ver- haltensweisen .....	95
(2) Beurteilung von conduct of business-Beschränkungen .....	95
(3) Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen .....	96
(4) Arm's length-Transaktionen .....	96
i) United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.: Beschränkungen des Wettbewerbs .....	96
aa) Sachverhalt .....	97
(1) Die slow roll-Vereinbarung .....	97
(2) Markt- und Kundenaufteilungen .....	97
(3) Preis- und Konditionenabsprachen .....	98
bb) Bewertung durch das DOJ .....	98
cc) Auswertung .....	99
(1) Section 1 Sherman Act .....	99

(2) Section 7 A Clayton Act .....	100
(3) Zulässige Verhaltensweisen .....	100
j) United States v. Qualcomm Incorporated: conduct of business-Beschränkungen .....	101
aa) Sachverhalt .....	101
bb) Bewertung durch das DOJ .....	102
cc) Auswertung .....	103
k) United States v. Smithfield Foods, Inc.: Vertragsgenehmigung durch Erwerber .....	103
aa) Sachverhalt .....	103
bb) Bewertung durch das DOJ .....	104
cc) Auswertung .....	104
l) Ergebnis .....	104
3. Rechtsprechung zu Section 7 Clayton Act .....	105
a) United States v. Columbia Pictures Corp.: Weite Auslegung des Zusammenschlussbegriffs .....	106
b) Nelson v. Pacific Southwest Airlines: Kontrollerwerb über Entscheidungsprozesse .....	107
c) McTamney v. Stolt Tankers & Terminals (Holdings): Übergang der wirtschaftlichen Kontrolle .....	108
d) Ergebnis .....	108
II. Auswertung der Entscheidungspraxis .....	109
1. Vollzugsverbot: Section 7 A Clayton Act .....	109
a) Entwicklung des Merkmals der operational control .....	109
b) Sinn und Zweck von Section 7 A Clayton Act .....	112
c) Rechtsprechung zu Section 7 Clayton Act .....	113
d) Ergebnis .....	114
2. Kartellverbot: Section 1 Sherman Act .....	114
a) Anwendbarkeit von Section 1 Sherman Act auf Verhaltensweisen vor dem Closing .....	114
aa) Unanwendbarkeit nach International Travel Arrangers überzeugt nicht .....	115
bb) Anwendung auf Verhaltensweisen vor dem Closing in der Fallpraxis .....	116
cc) International Travel Arrangers und der stare decisis-Grundsatz .....	116
b) Verhältnis zu Section 7 A Clayton Act .....	117
c) Tatbestandsmerkmale .....	117
aa) Vereinbarung .....	117
bb) Wettbewerbsbeschränkung .....	119
d) Fallgruppen .....	120
aa) Preis- und Konditionenabsprachen .....	120
bb) Markt- und Kundenaufteilungen .....	121

cc) Aussetzen von Wettbewerbshandlungen .....	121
dd) Kontrollwechsel .....	122
ee) Conduct of business-Beschränkungen .....	122
ff) Informationsaustausch .....	124
gg) Zusammenarbeit der Zusammenschlussparteien .....	126
e) Zwischenergebnis .....	127
3. Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken: Section 5 FTC Act .....	127
<b>IV. Entwicklung der Gun-Jumping-Verfolgung in den USA .....</b>	<b>128</b>
1. Kartellbehörden kündigen Verfolgung von Gun-Jumping-Verstößen an ..	128
2. Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die kartellrechtlichen Vorgaben ..	130
3. Erhöhung der Rechtssicherheit .....	131
4. Schlussfolgerungen für das europäische Kartellrecht .....	132
V. Ergebnis .....	133
<b>D. Das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO .....</b>	<b>135</b>
I. Das Vollzugsverbot im Kontext des Fusionskontrollverfahrens .....	135
1. Das Fusionskontrollverfahren .....	136
a) Anwendung nur auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung .....	136
b) Anmeldepflicht und Vollzugsverbot .....	137
c) Informelles Pränotifikationsverfahren .....	137
d) Phase I: Freigabe von offensichtlich unbedenklichen Zusammenschlüssen .....	138
e) Phase II: Ausführliche Prüfung von problematischen Vorhaben .....	139
f) Vereinfachtes Verfahren für unproblematische Zusammenschlüsse ..	140
g) Vollzug des Zusammenschlusses und Überwachungsphase .....	141
2. Das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO .....	141
a) Entstehungsgeschichte des Vollzugsverbots .....	141
b) Zweck des Vollzugsverbots .....	142
aa) Vermeidung von praktischen Schwierigkeiten bei der Entflechtung ..	143
bb) Verhinderung des Eintritts von irreversiblen Marktstrukturveränderungen .....	143
cc) Schutz des Wettbewerbs während der fusionskontrollrechtlichen Prüfung .....	144
dd) Gewährleistung der Hoheit der Kommission über das Fusionskontrollverfahren .....	144
ee) Zentrale Regelung im System zum Schutz des Wettbewerbs .....	145
c) Funktion der präventiven Ausgestaltung aus ökonomischer Perspektive ..	146
d) Anwendungsbereich .....	148
aa) Sachlicher Anwendungsbereich .....	148
bb) Personeller Anwendungsbereich .....	148

cc) Zeitlicher Anwendungsbereich .....	150
e) Freistellung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 3 FKVO .....	150
f) Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 2 FKVO .....	151
g) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....	152
aa) Bußgelder .....	152
bb) Zivilrechtliche Unwirksamkeit .....	153
cc) Einstweilige Maßnahmen .....	153
dd) Entflechtung .....	153
h) Verjährung von Verstößen gegen das Vollzugsverbot .....	154
3. Das Fusionskontrollverfahren im Spannungsfeld von effektivem Wettbewerbschutz und der Vermeidung unnötiger Belastungen .....	154
a) Vorkehrungen zur Vermeidung unnötiger Belastungen .....	156
aa) Zwei Prüfphasen .....	156
bb) Knappe Entscheidungsfristen .....	156
cc) Beschleunigungsgrundsatz .....	157
dd) Vereinfachtes Verfahren .....	157
ee) Befreiung vom Vollzugsverbot .....	157
ff) Praktische Wirksamkeit dieser Vorkehrungen .....	157
gg) Beurteilung .....	158
b) Das Prinzip der Belastungsvermeidung .....	159
c) Reformmöglichkeiten .....	159
aa) Reformvorschlag zur Beschränkung des Anwendungsbereichs des Vollzugsverbots .....	159
bb) Vereinfachung des Anmeldeverfahrens .....	160
cc) Zwischenergebnis .....	161
II. Die Reichweite des Vollzugsverbots .....	161
1. Die Entscheidungspraxis der Kommission .....	162
a) Gun-Jumping-Fälle .....	162
aa) Bertelsmann/Kirch/Premiere .....	162
(1) Das Vorgehen der Kommission .....	163
(2) Auswertung .....	164
bb) Ineos/Kerling .....	165
cc) Volkswagen/MAN .....	166
(1) Das Vorgehen der Kommission .....	166
(2) Auswertung .....	167
dd) Zwischenergebnis .....	168
b) Bußgeldentscheidungen .....	168
aa) Samsung/AST .....	168
bb) A. P. Møller .....	169

cc) Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône .....	169
(1) Die Entscheidung der Kommission .....	169
(2) Das Urteil des EuG .....	170
dd) Zwischenergebnis .....	171
c) Entflechtungsentscheidungen .....	171
d) Befreiungen vom Vollzugsverbot .....	172
e) Ergebnis .....	173
2. Der Fall Aer Lingus .....	173
a) Übernahme von Aer Lingus durch Ryanair wird untersagt .....	174
b) Kommission: kein Vorgehen gegen Minderheitsbeteiligung .....	175
c) EuG: kein einstweiliger Rechtsschutz .....	177
d) EuG: kein Erfolg in der Hauptsache .....	177
aa) Negative Auswirkungen der Minderheitsbeteiligung auf den Wettbewerb .....	178
bb) Auslegung von Art. 8 Abs. 4 FKVO .....	179
cc) Würdigung durch das Gericht .....	180
(1) Zuständigkeit der Kommission nur für Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO .....	180
(2) Wettbewerbsbeeinträchtigungen unterhalb der Schwelle des Kontrollwechsels irrelevant .....	181
(3) Keine abweichende Beurteilung aufgrund der Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 1 FKVO .....	182
dd) Ergebnis .....	183
e) Schlussfolgerungen für die Reichweite des Vollzugsverbots .....	183
aa) Auslegungsergebnis zu Art. 8 Abs. 4 FKVO ist auf Art. 7 Abs. 1 FKVO zu übertragen .....	183
bb) Literatur folgert aus Aer Lingus weite Auslegung des Vollzugsverbots .....	184
cc) Ausführungen in Aer Lingus zum Vollzugsverbot bestätigen enge Auslegung .....	186
dd) Ergebnis .....	187
3. Literaturmeinungen zur Reichweite des Vollzugsverbots .....	189
a) Weite Auslegung: Kontrollwechsel nicht erforderlich .....	189
aa) Kontrollerwerb, faktische Vorwegnahme des Zusammenschlusses und Einschränkungen des Wettbewerbs .....	189
bb) Handlungen zur Durchführung eines Zusammenschlusses .....	190
cc) Aufgabe der eigenständigen Festlegung des Marktverhaltens .....	191
dd) Verwirklichung des Zusammenschlusses in Teilbereichen .....	191
ee) Teilweise Vollzugshandlungen und Maßnahmen rein tatsächlicher Natur .....	192
ff) Weitere Literaturstimmen .....	192

b) Enge Auslegung: Kontrollwechsel erforderlich .....	193
aa) Bestimmung der Reichweite des Vollzugsverbots unter Rückgriff auf Art. 3 FKVO .....	193
bb) Bezugnahme auf die Marktstruktur und das strategisches Marktverhalten .....	194
c) Ergebnis .....	195
4. Auslegung des Vollzugsverbots .....	195
a) Wortlaut .....	196
b) Systematik .....	197
aa) Begrenzter Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung ..	198
bb) Mögliche Argumentation für ein Eingreifen unterhalb der Kontrollschwelle .....	199
cc) Abgrenzung zwischen Marktstruktur- und Verhaltenskontrolle .....	199
(1) Verhaltenskontrolle .....	200
(2) Marktstrukturkontrolle .....	200
(3) Klare Abgrenzung zwischen Marktstruktur- und Verhaltenskontrolle .....	200
(4) Nebenabreden zu Zusammenschlüssen .....	202
dd) Enge Auslegung des Vollzugsverbots erforderlich .....	204
ee) Zwischenergebnis .....	206
c) Sinn und Zweck .....	206
aa) Keine Schutzlücken bei enger Auslegung .....	206
(1) Verhinderung des Eintritts von irreversiblen Marktstrukturveränderungen .....	207
(2) Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Entflechtung .....	208
(3) Verhinderung des Eintritts von Wettbewerbsbeschränkungen vor der Untersagung .....	208
(a) Das Kartellverbot als komplementäres Kontrollinstrument ..	209
(b) Sachliche Reichweite: Schutzlücken allenfalls im Hinblick auf einseitige Verhaltensweisen .....	210
(c) Schutzlücke im Hinblick auf einseitige Verhaltensweisen ist hinzunehmen .....	211
(d) Zwischenergebnis .....	212
(4) Ergebnis der Untersuchung des Schutzlückenarguments .....	213
bb) Prinzip der Belastungsvermeidung .....	213
(1) Verringerung von Behinderungen .....	213
(2) Berücksichtigung im Rahmen des Prinzips der Belastungsvermeidung .....	214
cc) Erfahrungen der US-Kartellbehörden mit Gun-Jumping-Fällen .....	214
dd) Zwischenergebnis .....	215
5. Ergebnis .....	216

III. Kontrollwechsel durch Gun-Jumping-Verhaltensweisen .....	216
1. Der Zusammenschlusstatbestand der Fusionskontrollverordnung .....	217
2. Die Funktion des Kontrollkriteriums .....	218
3. Voraussetzungen für die Annahme eines Kontrollwechsels durch Gun-Jumping .....	219
a) Strategischer und geschäftspolitischer Bereich .....	220
aa) Entscheidungen über das Budget .....	221
bb) Entscheidungen über die Besetzung der Unternehmensleitung .....	221
cc) Entscheidungen über den Geschäftsplan .....	222
dd) Entscheidungen über größere Investitionen .....	222
ee) Entscheidungen über marktspezifische Rechte .....	222
ff) Einflussnahme auf das Tagesgeschäft nicht erforderlich .....	223
gg) Zwischenergebnis .....	223
b) Intensität der Einflussmöglichkeit .....	224
aa) Faktischer Kontrollerwerb ist ausreichend .....	224
bb) Dauerhaftigkeit der Kontrollausübung .....	225
cc) Erwerb der Kontrolle über einen Teilbereich des Unternehmens ist ausreichend .....	226
dd) Positive und negative Kontrolle .....	226
ee) Alleinige oder gemeinsame Kontrollausübung .....	227
ff) Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses ist ausreichend .....	227
4. Maßgeblichkeit einer Einzelfallbetrachtung .....	227
IV. Ergebnis .....	229
V. Exkurs: Reichweite von § 41 GWB .....	231
1. BGH und OLG Düsseldorf .....	231
2. Bundeskartellamt .....	232
a) Zusammenschlussvorhaben Mars/Nutro Products .....	232
b) Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaisers Tengelmann .....	233
3. Kein einheitliches Meinungsbild in der Literatur .....	233
4. Übertragung der engen Auslegung auf § 41 Abs. 1 GWB .....	234
E. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV .....	236
I. Anwendungsbereich .....	236
1. Anwendbarkeit bis das Konzemprivileg eingreift .....	236
2. Anwendbarkeit über die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung hinaus .....	238
3. Keine Anwendung auf Zusammenschlüsse und Nebenabreden .....	239
a) Keine Anwendung auf Zusammenschlüsse .....	239
b) Keine Anwendung auf Nebenabreden .....	239
4. Das Verhältnis zwischen dem Kartell- und Vollzugsverbot .....	240
a) Grundsätzlich keine Doppelkontrolle von Marktstrukturveränderungen .....	241

b) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vor dem Kontrollwechsel . . . . .	241
c) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach einem Kontrollwechsel . . . . .	241
aa) Kontrollwechsel rechtfertigt nicht immer die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit . . . . .	242
bb) Eingreifen des Konzernprivilegs nach einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot . . . . .	244
II. Tatbestandsvoraussetzungen . . . . .	246
1. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise . . . . .	246
a) Allgemeines . . . . .	246
b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen . . . . .	247
2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	247
a) Allgemeines . . . . .	247
b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen . . . . .	249
3. Spürbarkeit . . . . .	251
a) Allgemeines . . . . .	251
b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen . . . . .	252
4. Ausnahme vom Kartellverbot, Art. 101 Abs. 3 AEUV . . . . .	252
a) Allgemeines . . . . .	253
b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen . . . . .	254
III. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen als Orientierungspunkt . . . . .	254
1. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen . . . . .	254
2. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmungen im Vorfeld eines Kontrollwechsels . . . . .	257
a) Einfluss auf das geschäftliche Verhalten . . . . .	258
b) Ermöglichung eines kollusiven Verhaltens . . . . .	259
c) Unilaterale Effekte . . . . .	260
3. Ergebnis . . . . .	261
IV. Beurteilung des Informationsaustauschs zwischen den Zusammenschlussparteien . . . . .	261
1. Ökonomische Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen . . . . .	262
a) Positive Effekte von Informationsaustausch und erhöhter Markttransparenz . . . . .	263
aa) Horizontale Transparenz . . . . .	264
(1) Steigerung der allokativen Effizienz . . . . .	264
(2) Benchmarking . . . . .	264
(3) Erleichterung von Marktzutritten . . . . .	265
(4) Verringerung von Informationsasymmetrien . . . . .	265
(5) Horizontale Kooperationen, Standardisierung und Schnittstelleninformationen . . . . .	267
bb) Vertikale Transparenz . . . . .	267

b) Negative Effekte von Informationsaustausch und erhöhter Markttransparenz .....	268
aa) Ermöglichung von Kollusion .....	268
(1) Erleichterung der Einigung auf ein Kollusionsergebnis .....	269
(2) Überwachung von Abweichungen: Gewährleistung interner Stabilität .....	270
(3) Entdeckung von Marktzutritten: Gewährleistung externer Stabilität .....	271
bb) Marktabschottung .....	271
cc) Beeinträchtigung des Marktergebnisses ohne Kollusion und Marktabschottung .....	271
c) Schlussfolgerung für die kartellrechtliche Analyse .....	272
2. Kartellrechtliche Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen .....	273
a) Das Selbstständigkeitspostulat als übergeordneter Maßstab .....	274
b) Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise .....	275
aa) Bezugspunkt .....	275
bb) Maßstab .....	276
cc) Einseitige Verhaltensweisen .....	277
c) Wettbewerbsbeschränkung .....	278
aa) Beziehungsweise Wettbewerbsbeschränkung .....	278
(1) Künftiges Preisverhalten .....	279
(2) Künftiges Mengenverhalten .....	279
(3) Informationsaustausch im Rahmen von weitergehenden Absprachen .....	280
bb) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung .....	280
(1) Eigenschaften des betroffenen Markts .....	281
(a) Markttransparenz .....	281
(b) Oligopolistische Prägung .....	282
(c) Komplexität .....	282
(d) Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen .....	283
(e) Symmetrische Marktstrukturen .....	283
(f) Bedeutung kurzfristiger Gewinne .....	284
(g) Möglichkeit von Vergeltungsmaßnahmen .....	284
(h) Marktabdeckung .....	285
(i) Macht der Marktgegenseite .....	285
(2) Eigenschaften der ausgetauschten Informationen .....	286
(a) Strategische Bedeutung .....	286
(b) Aggregation der Daten .....	287
(c) Aktualität der Daten .....	287
(d) Häufigkeit des Informationsaustauschs .....	288
(e) Öffentlichkeit der Informationen .....	288

(f) Öffentlichkeit des Informationsaustauschs .....	289
(3) Zwischenergebnis .....	289
cc) Nichthorizontale Konstellationen .....	290
d) Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	290
aa) Effizienzgewinne .....	290
bb) Unerlässlichkeit .....	291
cc) Angemessene Beteiligung der Verbraucher .....	291
dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs .....	291
3. Anwendung auf Informationsaustauschvorgänge im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen .....	292
a) Umfang des Informationsaustauschs im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen .....	293
aa) Informationsaustausch im Rahmen der Due Diligence .....	293
(1) Financial Due Diligence .....	294
(2) Strategic Due Diligence .....	297
bb) Informationsaustausch außerhalb der Due Diligence .....	298
cc) Zwischenergebnis .....	298
b) Auswirkungen des Informationsaustauschs der Zusammenschlussparteien .....	298
aa) Positive Auswirkungen .....	299
(1) Effizienz des Markts für Unternehmenskontrolle .....	299
(2) Ermöglichung von Effizienzgewinnen durch Zusammenschlüsse .....	299
bb) Negative Auswirkungen .....	300
(1) Breite und Tiefe des Informationsaustauschs können Einigung auf Kollusionsergebnis erleichtern .....	300
(2) Gefahr einer langfristigen kollusiven Praxis, wenn das Zusammenschlussvorhaben nicht vollzogen wird .....	300
(3) Gefahr zwischenzeitlicher Wettbewerbsbeschränkungen .....	301
(4) Vorgetäuschte Zusammenschlussverhandlungen .....	301
(5) Zwischenergebnis .....	302
cc) Umstände, die wettbewerbliche Bedenken mildern .....	302
(1) Bestehen eines berechtigten Interesses .....	303
(2) Einmaligkeit des Informationsaustauschs .....	303
(3) Einseitigkeit der Informationsübermittlung .....	304
(4) Autonomes unternehmerisches Interesse am Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....	305
(5) Art des Zusammenschlusses .....	305
dd) Ergebnis .....	306
c) Einzelfallbeurteilung des Informationsaustauschs im Vorfeld von horizontalen Zusammenschlüssen .....	307
aa) Abschichtung problematischer Informationen .....	308

bb) Vorkehrungen zur Verhinderung des Eintritts von Wettbewerbsbeschränkungen .....	310
(1) Vertraulichkeitsvereinbarungen .....	310
(2) Einschalten von independent agents .....	311
(3) Bildung von clean teams .....	312
(4) Überwachung des Informationsaustauschs durch externe Berater .....	313
(5) Aggregation .....	314
(6) Historische Informationen .....	314
(7) Abgestufte Informationspreisgabe .....	314
(8) Zwischenergebnis .....	315
cc) Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Erfordernissen des Wettbewerbsschutzes und legitimen Informationsbedürfnissen .....	315
dd) Rückgriff auf die ancillary restraints-Doktrin und Legalausnahme nicht erforderlich .....	316
(1) Ancillary restraints-Doktrin .....	316
(2) Legalausnahme .....	317
ee) Vergleich mit der Beurteilung unter dem US-Kartellrecht .....	317
d) Besondere Konstellationen .....	318
aa) Gründung von Gemeinschaftsunternehmen .....	318
bb) Bietwettbewerb .....	319
cc) Fusion .....	319
dd) Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse .....	319
4. Ergebnis zur Beurteilung des Informationsaustauschs der Zusammenschlussparteien .....	319
V. Ergebnis .....	320
VI. Exkurs: Anwendung von Art. 101 AEUV durch Mitgliedstaaten .....	321
<b>F. Fallgruppen .....</b>	<b>322</b>
I. Einflussnahme des Erwerbers auf das Verhalten des Zielunternehmens .....	322
1. Einflussmöglichkeiten des Erwerbers .....	322
a) Verstoß gegen das Vollzugsverbot .....	323
b) Verstoß gegen das Kartellverbot .....	323
c) Beispiele aus der US-Behördenpraxis .....	324
2. Vertragliche Beschränkungen der Handlungsfreiheit des Zielunternehmens .....	324
a) Erscheinungsformen .....	325
b) Mögliche Auswirkungen von conduct of business-Beschränkungen .....	326
aa) Risikoverteilung und Lösung des moral hazard-Problems .....	326
bb) Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen .....	327
c) Kartellrechtliche Schranken .....	327
aa) Praxis des DOJ .....	328

bb) Beurteilung unter Art. 101 AEUV und Art. 7 Abs. 1 FKVO .....	329
(1) Verstoß gegen das Kartellverbot .....	330
(2) Verstoß gegen das Vollzugsverbot .....	331
d) Ergebnis .....	332
3. Abgrenzung von einseitiger Verhaltensanpassung .....	332
II. Personelle Verflechtungen und Mitarbeiteransprache .....	333
1. Unzulässige personelle Verflechtungen .....	333
a) Erlangung der Mehrheit in Leitungsgremien .....	333
b) Neubesetzung von Leitungspositionen .....	334
c) Beratung oder Überwachung der Geschäftsführung des Zielunternehmens .....	335
d) Personelle Verflechtungen und Kartellverbot .....	335
2. Ansprache von Arbeitnehmern .....	335
III. Informationsaustausch und Vorbereitung der Integration des Zielunternehmens .....	336
1. Informationsaustausch .....	336
2. Integrationsplanung .....	337
a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Integrationsplanung .....	337
b) Kartellrechtswidrige spillover-Effekte .....	338
c) Vorkehrungen zur Verhinderung eines Kartellverstoßes .....	338
d) Beurteilung im US-Kartellrecht .....	339
3. Integrationsmaßnahmen .....	339
4. Kunden- und Zuliefererkontakte .....	340
IV. Zusammenarbeit vor dem Vollzug .....	340
1. Kartellverbot .....	341
2. Vollzugsverbot .....	341
3. Der Fall <i>Bertelsmann/Kirch/Premiere</i> .....	341
4. Ergebnis .....	342
V. Übertragung des Risikos einer fusionskontrollrechtlichen Untersagung auf den Erwerber .....	342
VI. Besondere Zusammenschlussformen .....	343
1. Gemeinschaftsunternehmen .....	343
2. Sukzessiver Anteilserwerb .....	345
3. Öffentliche Übernahmeangebote .....	346
4. Zusammenschlüsse unterhalb der Schwellenwerte der FKVO .....	347
VII. Gun-Jumping-Verhaltensweisen außerhalb der Europäischen Union .....	347
1. Vollzugsverbot .....	347
2. Kartellverbot .....	348
G. Fazit .....	350
I. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse .....	350

II. Schlussbemerkung zur Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen . . . . .	352
III. Schlussbemerkung zur Gun-Jumping-Verfolgung durch die Kommission . . . . .	353
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	356
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	370