

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 37

Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle

Die deutschen Erfahrungen bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung
von Unternehmenszusammenschlüssen
unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis

Von

Jens Neiser



Duncker & Humblot · Berlin

JENS NEISER

Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 37

Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle

Die deutschen Erfahrungen bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung
von Unternehmenszusammenschlüssen unter Berücksichtigung
der amerikanischen Praxis

Von

Dr. Jens Neiser



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN. 3 428 04896 2

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit hat im Wintersemester 1979/1980 der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Hohenheim als Dissertation vorgelegen. Sie wurde um mehrere Kapitel zur 4. Kartellnovelle erweitert.

Mein besonderer Dank gilt dem Deutschen Akademischen Austauschdienst, der meine Arbeit durch ein 5-monatiges Stipendium für Forschungen in den USA unterstützte, und dem Institut für Begabtenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung.

Herr Prof. Dr. E. Günther unterstützte meine Arbeit durch Vermittlung interessanter Gespräche in der FTC und der Antitrust-Division des Department of Justice. Wertvolle Anregungen verdanke ich dem Leiter der Antitrust-Division Herrn J. H. Shenefield, Herrn M. Pfunder, dem Leiter des Bureau of Premerger Notification der FTC und Herrn Prof. Dr. K. Markert.

Für die umfangreiche Förderung meiner Arbeit durch Hinweise und Kritik danke ich besonders meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. K. Kreuzer, und Herrn Prof. Dr. J. Schmidt, die meiner Arbeit stets viel Zeit und Interesse gewidmet haben.

Herrn Prof. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe.

Hamburg, im Februar 1981

Jens Neiser

Gliederungsübersicht

1. Einleitung	23
<i>Erster Teil</i>	
2.1 Die Regelungen und ihr wettbewerbstheoretischer Hintergrund ..	27
2.1.1 Die deutsche Regelung	27
2.1.2 Die amerikanische Regelung	37
2.1.3 Das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander	51
2.1.4 Der wettbewerbstheoretische Hintergrund der Zusammenschluß- kontrolle	55
<i>Zweiter Teil</i>	
2.2 Zentrale Probleme der deutschen Praxis im Verfahrensablauf unter Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen	78
2.2.1 Die am Verfahren Beteiligten und mögliche weitere einflußneh- mende Institutionen	78
2.2.2 Die Einleitung des Verfahrens durch Anmeldung	85
2.2.3 Die Einleitung des Verfahrens durch Anzeige	103
2.2.4 Die Einleitung des Verfahrens nach Kenntniserlangung	106
2.2.5 Die Prüfung der marktunabhängigen Ausnahmen	106
2.2.6 Die Abgrenzung des relevanten Marktes	109
2.2.7 Die Bestimmung der Marktmacht	129
2.2.8 Die „Erwartung“ der Marktmachtverstärkung	148
2.2.9 Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf horizontale Zusammen- schlüsse	160
2.2.10 Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf vertikale Zusammen- schlüsse	175
2.2.11 Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf konglomerale Zusam- menschlüsse	191
2.2.12 Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf Gemeinschaftsunter- nehmen	216
2.2.13 Die Berücksichtigung von Zusagen	220
2.2.14 Die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	232
2.2.15 Die Ministererlaubnis	243
2.2.16 Die Rechtsmittel gegen die Untersagung	251
2.2.17 Die einstweilige Anordnung	252
2.2.18 Die Klage auf Untersagung	256
2.2.19 Die Dauer des Verfahrens	258
3. Schlußteil	261
3.1 Ergebnisse der Bewertung der deutschen Praxis	261
3.2 Bewertung der Praxis unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ..	275
3.3 Novellierungsvorschläge	279
3.4 Schlußwort	280

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	23
1.1	Anlaß	23
1.2	Aufgabe	24
1.3	Thematische Eingrenzung	25
1.4	Aufbau	25
<i>Erster Teil</i>		
2.1	Die Regelungen und ihr wettbewerbstheoretischer Hintergrund	27
2.1.1	Die deutsche Regelung	27
2.1.1.1	Entstehungsgeschichte und Ziele seit 1923	27
2.1.1.2	Aufbau der deutschen Regelung	31
2.1.1.3	Das Verfahren	32
2.1.1.4	Statistiken zur deutschen Praxis	33
2.1.2	Die amerikanische Regelung	37
2.1.2.1	Entstehungsgeschichte und Ziele seit 1890	37
2.1.2.1.1	Das Common Law	37
2.1.2.1.2	Das Wettbewerbsrecht der Einzelstaaten	37
2.1.2.1.3	Der Sherman Act	
2.1.2.1.4	Die Einführung des Clayton Act und des FTC Act von 1914	39
2.1.2.1.5	Die Entwicklung von 1914 - 1950	42
2.1.2.1.6	Das Recht seit 1950	43
2.1.2.2	Aufbau der heutigen amerikanischen Regelung	45
2.1.2.3	Die verschiedenen Verfahren	46
2.1.2.3.1	Die verschiedenen amerikanischen Behörden	46
2.1.2.3.2	Die Privatklagen	47
2.1.2.3.3	Die Verfahrensarten	47
2.1.2.4	Statistiken zur amerikanischen Praxis	48

	Inhaltsverzeichnis	11
2.1.3	Verhältnis der beiden Regelungen zueinander	51
2.1.3.1	Globalvergleich der beiden Ansatztypen	51
2.1.3.1.1	Vergleichbarkeit des Schutzobjektes	51
2.1.3.1.2	Vergleichbarkeit der Aufgreifkriterien	52
2.1.3.1.3	Vergleichbarkeit der Untersagungskriterien	52
2.1.3.1.4	Vergleichbarkeit des Verfahrens	53
2.1.3.2	Die gegenseitige Beeinflussung	53
2.1.3.2.1	Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen bei der Schaffung des GWB	53
2.1.3.2.2	Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen bei der Schaffung der zweiten Novelle 1973	54
2.1.3.2.3	Berücksichtigung deutscher Erfahrungen bei der Schaffung der präventiven Fusionskontrolle in den USA	54
2.1.4	Der wettbewerbstheoretische Hintergrund der Zusammenschlußkontrolle	55
2.1.4.1	Die Marktabgrenzung	55
2.1.4.2	Die Entwicklung des Wettbewerbsbegriffs	57
2.1.4.2.1	Die Entwicklung der workable competition doctrine	57
2.1.4.2.2	Die Weiterentwicklung der workable competition Lehre zur Lehre der effective competition	59
2.1.4.2.3	Die Lehre des wirksamen Wettbewerbs als Grundlage der Wettbewerbspolitik	62
2.1.4.2.4	Zusammenfassung	63
2.1.4.3	Die verschiedenen Tests zur Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen	64
2.1.4.4	Die Bewertung der Tests	65
2.1.4.4.1	Die Geeignetheit des Marktergebnistests	65
2.1.4.4.2	Die Geeignetheit des Verhaltenstests	65
2.1.4.4.3	Die Geeignetheit des Strukturtests	66
2.1.4.5	Die Marktstrukturkriterien	66
2.1.4.5.1	Der kritische Konzentrationsgrad bei der Anbieterkonzentration	68
2.1.4.5.2	Die Berücksichtigung der potentiellen Konkurrenz über das Kriterium der Marktzutrittsschranken	69
2.1.4.5.3	Die Berücksichtigung der Marktentwicklung über das Kriterium der Marktphase	70

2.1.4.5.4	Zusammenfassung	71
2.1.4.6	Die Veränderung der Marktstruktur durch externes Wachstum	71
2.1.4.6.1	Die Formen externen Unternehmenswachstums	72
2.1.4.6.2	Die typischen Gefahren der verschiedenen Formen externen Unternehmenswachstums	75

Zweiter Teil

2.2	Zentrale Probleme der deutschen Praxis im Verfahrens- ablauf unter Berücksichtigung der amerikanischen Er- fahrungen	78
2.2.1	Die am Verfahren Beteiligten und mögliche weitere einfluß- nehmende Institutionen	78
2.2.1.1	Die Untersagungsbehörde	78
2.2.1.2	Die verfahrensbeteiligten Unternehmen gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 2 und 5 GWB	79
2.2.1.2.1	Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff	79
2.2.1.2.2	Die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen als Ver- fahrensbeteiligte gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 2 GWB	82
2.2.1.2.3	Der Veräußerer als Verfahrensbeteiligter gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 5 GWB	84
2.2.1.3	Weitere möglicherweise einflußnehmende Institutionen	84
2.2.1.3.1	Die obersten Landesbehörden	84
2.2.1.3.2	Die Monopolkommission	84
2.2.2	Die Einleitung des Verfahrens durch Anmeldung des Zusam- menschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 GWB	85
2.2.2.1	Die Zusammenschlußtatbestände	85
2.2.2.1.1	Der Vermögenserwerb gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB	85
2.2.2.1.2	Der Anteilserwerb gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB	87
2.2.2.1.3	Zum Problem des mittelbaren Anteilserwerbs	88
2.2.2.1.4	Das Entstehen eines Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB	89
2.2.2.1.5	Unternehmensverträge gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB	91
2.2.2.1.6	Personelle Verflechtungen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB ..	91
2.2.2.1.7	Herbeiführung sonstiger Verbindungen mit beherrschendem Einfluß gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB	93
2.2.2.1.8	Der Zusammenschluß bereits gemäß § 23 Abs. 2 GWB zusam- mengeschlossener Unternehmen	95
2.2.2.1.9	Zusammenfassung	96

	Inhaltsverzeichnis	13
2.2.2.2	Die Pflicht zur Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	96
2.2.2.2.1	Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	97
2.2.2.2.2	Die Definition des Vorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 2 GWB	98
2.2.2.2.3	Der Inhalt der Anmeldung	99
2.2.2.2.4	Wirkungen der vollständigen Anmeldung gemäß § 24 a Abs. 2 und Abs. 4 GWB	99
2.2.2.2.5	Zusammenfassung	101
2.2.2.3	Die freiwillige Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß § 24 a Abs. 1 Satz 1 GWB	101
2.2.3	Die Einleitung des Verfahrens durch Anzeige des vollzogenen Zusammenschlusses gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 GWB	103
2.2.3.1	Die Größenvoraussetzungen der Anzeigepflicht gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB	103
2.2.3.2	Der Vollzug des Zusammenschlusses	105
2.2.4	Die Einleitung des Verfahrens nach Kenntniserlangen gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz GWB	106
2.2.5	Die Prüfung der marktunabhängigen Ausnahmen gemäß § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB	106
2.2.5.1	Die Anwendung des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 GWB	107
2.2.5.2	Die Anwendung der Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 GWB	108
2.2.6	Die Abgrenzung des relevanten Marktes	109
2.2.6.1	Die Bestimmung der Austauschbarkeit	109
2.2.6.1.1	Die Beurteilung der Austauschbarkeit in der deutschen Praxis	110
2.2.6.1.2	Die amerikanischen Erfahrungen der Marktabgrenzung ...	116
2.2.6.1.3	Analyse der bisherigen Praxis	119
2.2.6.2	Die räumliche Marktabgrenzung	121
2.2.6.2.1	Erforderlichkeit der räumlichen Marktabgrenzung	121
2.2.6.2.2	Die Kriterien der amerikanischen Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung	122
2.2.6.2.3	Die Kriterien der deutschen Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung	124
2.2.6.3	Die Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes	127
2.2.6.4	Die Bagatellmarktausnahme des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 n. F. GWB	127

2.2.6.5	Die Regionalmarktausnahme des § 24 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 a. F. GWB	128
2.2.7	Die Bestimmung von Marktmacht gemäß § 22 Abs. 1 bis 3 GWB	129
2.2.7.1	Die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GWB	129
2.2.7.2	Die Vermutungen der §§ 22 Abs. 3 Satz 1 und 23 a Abs. 2 GWB und ihre rechtliche Funktion	132
2.2.7.2.1	Die Vermutungen des § 22 Abs. 3 Satz 1 GWB und ihre rechtliche Funktion	132
2.2.7.2.2	Die Vermutung des neuen § 23 a Abs. 2 GWB und ihre rechtliche Funktion	137
2.2.7.2.2.1	Der Anwendungsbereich des § 23 a Abs. 2 GWB	137
2.2.7.2.2.2	Die rechtliche Funktion des neuen § 23 a Abs. 2 GWB	139
2.2.7.3	Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung	139
2.2.7.3.1	Die Anwendung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB	139
2.2.7.3.2	Die Anwendung des § 22 Abs. 2 GWB	141
2.2.7.3.3	Die Anwendung der Oligopolvermutung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a und b GWB und § 23 a Abs. 2 GWB	141
2.2.7.3.4	Die Anwendung der Vermutung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB	142
2.2.7.3.5	Die Widerlegung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 Satz 1 GWB und des § 23 a Abs. 2 GWB	142
2.2.8	Die „Erwartung“ der Marktmachtverstärkung gemäß § 24 Abs. 1 GWB	148
2.2.8.1	Die Bedeutung der Erwartung bei Zusammenschlüssen, die zur Beherrschung führen	148
2.2.8.2	Die Bedeutung der Erwartung bei Minderheitsbeteiligungen	150
2.2.8.3	Kriterien zur Begründung der Erwartung im Sinne von § 24 Abs. 1 GWB	150
2.2.8.4	Einbeziehung der künftigen Wettbewerbsentwicklung in die Prognose gemäß § 24 Abs. 1 GWB	152
2.2.8.5	Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen bei einem nicht-beteiligten Unternehmen	153
2.2.8.6	Die neuen Vermutungen des § 23 a Abs. 1 GWB	155
2.2.8.6.1	Die Anwendung der Verstärkungsvermutung des § 23 a Abs. 1 Nr. 1 GWB	155
2.2.8.6.2	Die Anwendung der Verstärkungsvermutung des § 23 a Abs. 1 Nr. 2 GWB	158
2.2.8.6.3	Die Widerlegung der Vermutungen des § 23 a Abs. 1 GWB ..	158

2.2.9	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf horizontale Zusammenschlüsse	160
2.2.9.1	Die Untersagungsgrenze in amerikanischen Fällen gemäß Sec. 7 Clayton Act	160
2.2.9.2	Die Verstärkung oder das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung durch einen horizontalen Zusammenschluß	164
2.2.9.2.1	Die Verstärkung der Marktmacht durch eine Minderheitsbeteiligung	166
2.2.9.2.2	Die Verstärkung der Marktmacht durch doppelte Minderheitsbeteiligung	167
2.2.9.2.3	Die Verstärkung der Marktmacht eines Oligopols	170
2.2.9.3	Die Spürbarkeit der Verstärkung der Marktmacht	172
2.2.10	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf vertikale Zusammenschlüsse	175
2.2.10.1	Die Veränderung der Marktverhältnisse auf dem Markt des Lieferunternehmens	176
2.2.10.2	Die Veränderung der Marktverhältnisse auf dem Markt des Käuferunternehmens	177
2.2.10.3	Die Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse im amerikanischen Recht	178
2.2.10.3.1	Der Markt des Lieferunternehmens	179
2.2.10.3.2	Der Markt des Käuferunternehmens	181
2.2.10.3.3	Die Erhöhung der Marktzutrittsschranken	184
2.2.10.3.4	Zusammenfassung	185
2.2.10.4	Anwendung der amerikanischen Erfahrungen bei der Prüfung gemäß § 24 Abs. 1 1. Halbsatz GWB	186
2.2.10.4.1	Die Verstärkung der Marktstellung auf dem Markt des Käuferunternehmens	187
2.2.10.4.2	Die Verstärkung der Marktstellung auf dem Markt des Lieferunternehmens	189
2.2.11	Die Anwendung des § 24 Abs. 1 GWB auf konglomerale Zusammenschlüsse	191
2.2.11.1	Die Berücksichtigung des Finanzkraftzuwachses	192
2.2.11.2	Die Berücksichtigung der entstehenden Verflechtung	195
2.2.11.3	Die Berücksichtigung der Erhöhung der Marktzutrittsschranken	196
2.2.11.4	Der Wegfall eines potentiellen Wettbewerbers als Begründung der Marktmachtverstärkung	197
2.2.11.4.1	Bisherige deutsche Erfahrungen	197

2.2.11.4.2	Die amerikanischen Erfahrungen mit der sogenannten potential competition doctrine	198
2.2.11.4.2.1	Die Darstellung der Theorie	198
2.2.11.4.2.2	Einfluß der Theorie auf die Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act	200
2.2.11.4.2.3	Die Bestimmung des potentiellen Wettbewerbers	202
2.2.11.4.2.4	Zusammenfassung	208
2.2.11.4.3	Vorschlag zur Anwendung der amerikanischen Erfahrungen in der deutschen Praxis	208
2.2.11.5	Die Behandlung von Marktverkettungszusammenschlüssen .	210
2.2.11.5.1	Der Grund für reziproke Geschäftspraktiken	211
2.2.11.5.2	Die Rechtsprechung der USA zur Berücksichtigung reziproker Geschäftspraktiken	212
2.2.11.5.3	Anwendung der amerikanischen Erfahrungen	215
2.2.12	Die Anwendung des § 24 Abs.1 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen	216
2.2.13	Die Berücksichtigung von Zusagen	220
2.2.13.1	Die verschiedenen Arten der Zusage	222
2.2.13.2	Zulässigkeit und Inhalt der Zusage	223
2.2.13.3	Bewertung der Zusagenpraxis	223
2.2.14	Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	232
2.2.14.1	Rationalisierungsvorteile	233
2.2.14.2	Konzentrationsvorteile durch Sanierungsfusionen	233
2.2.14.3	Verteilungsvorteile durch Aufholfusionen	235
2.2.14.4	Markteintrittsvorteile und Markterschließungsvorteile	236
2.2.14.5	Außerwettbewerbliche Vorteile und Vorteile auf ausländischen Märkten	237
2.2.14.6	Die Berücksichtigung sonstiger Verbesserungen	238
2.2.14.7	Die Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserung	238
2.2.14.8	Die Abwägung der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingung gegen die Nachteile der Marktbeherrschung	240
2.2.14.9	Zusammenfassung	242
2.2.15	Die Ministererlaubnis	243
2.2.15.1	Die Bindung des Ministers an die Feststellungen des Bundeskartellamtes	243
2.2.15.2	Die Prüfung durch den Minister	244
2.2.15.2.1	Die Prüfung des Überwiegens gesamtwirtschaftlicher Vorteile	244

2.2.15.2.2	Die Prüfung des überragenden Interesses der Allgemeinheit	246
2.2.15.2.3	Die Erteilung einer beschränkten Erlaubnis	246
2.2.15.2.4	Die Verbindung der Erlaubnis mit Auflagen	248
2.2.15.3	Die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Bundesministers	249
2.2.15.4	Das Problem der Interessenkollision	250
2.2.16	Rechtsmittel gegen die Untersagungsverfügung	251
2.2.17	Die einstweilige Anordnung im Fusionskontrollverfahren ..	252
2.2.17.1	Die einstweilige Anordnung im Untersagungsverfahren	252
2.2.17.2	Die einstweilige Anordnung zur Sicherung der Entflechtung	252
2.2.17.3	Die einstweilige Anordnung im amerikanischen Fusionsrecht	254
2.2.17.4	Die „hold separate order“ im amerikanischen Fusionsrecht ..	255
2.2.18	Die Klage auf Untersagung eines Zusammenschlusses	256
2.2.19	Die Dauer des Verfahrens	258
2.2.19.1	Die Dauer des Verfahrens des Bundeskartellamtes	258
2.2.19.2	Die Dauer des Verfahrens der Ministererlaubnis gemäß § 24 Abs. 3 GWB	259
2.2.19.3	Die Dauer des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens	260
3.	Schlußteil	261
3.1	Ergebnisse der Bewertung der bisherigen deutschen Praxis unter Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen	261
3.1.1	Erfasste Unternehmen	261
3.1.2	Beteiligte Behörden	261
3.1.3	Ausdehnung der Anmeldepflicht	262
3.1.4	Lückenlosigkeit der Zusammenschlußstatbestände	262
3.1.5	Die Anzeigepflicht	264
3.1.6	Der Inhalt von Anmeldung und Anzeige	264
3.1.7	Überprüfung der Ausnahmen	264
3.1.8	Sichere Marktabgrenzung	265
3.1.9	Die Anwendung der Oligopolklausel und der Oligopolvermutung	265
3.1.10	Die Erfassung nichtbeteiligter Unternehmen	266

3.1.11	Die Beurteilung der „Erwartung“	267
3.1.12	Die Spürbarkeit der Verstärkung	268
3.1.13	Die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse	269
3.1.14	Die Kontrolle vertikaler Zusammenschlüsse	269
3.1.15	Die Kontrolle konglomeraler Zusammenschlüsse	270
3.1.16	Die Zusagenpraxis	272
3.1.17	Die Abwägung gegen Verbesserungen	272
3.1.18	Die Ministererlaubnis	273
3.1.19	Die einstweilige Anordnung	273
3.1.20	Die Dauer des Verfahrens	274
3.2	Bewertung der deutschen Praxis unter rechtspolitischen Gesichtspunkten	275
3.2.1	Rechtsicherheit	275
3.2.2	Verschärfung der Eingriffskriterien	276
3.2.3	Abkopplung der Fusionskontrolle vom Begriff der Marktbeherrschung	276
3.2.4	Häufige Novellierung	278
3.3	Novellierungsvorschläge	279
3.4	Schlußwort	280
Anhang 1 Text der 4. Novelle (Auszug)		283
Anhang 2 Clayton Act (Auszug)		286
Anhang 3 Merger Guidelines (Auszug)		293
Entscheidungsverzeichnis		302
Schrifttum		308

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
AAG	Assistant Attorney General
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
AER	American Economic Review (Zeitschrift)
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGV	Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher e. V.
AJE	American Journal of Economics (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Am. Bus. Law.	American Business Lawyer (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ATB	Antitrust Bulletin (Zeitschrift)
ATLJ	Antitrust Law Journal (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift bis 31. 12. 74)
BA	Bar Association
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMW, BMW	Bundesminister für Wirtschaft, Bundeswirtschaftsministerium
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bus.	Business
2 C	2. Circuit Court, 2. Court of Appeals
Cal.	Kalifornien
C.D.	Central District, mittlerer Distrikt
Co.	Company
Conn.	Connecticut

Corp.	Corporation
D	District, Distrikt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
D.C.	District of Columbia
Dkt., Docket	Docket, Ablagekarte der FTC in fortlaufender Nummerierung vgl. TRR vol. 3, S. 24011 ff.
d. h.	das heißt
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
E.D.	Eastern District, östlicher Distrikt
E.G.	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag vom 18. 4. 51 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (BGBl. II S. 447)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWGV	EWG-Vertrag
f., ff.	folgende (Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
1 F 2nd 3	Sammlung der Entscheidungen der Bundesgerichte 2. Reihe, Federal Reporter 2nd Series, Band 1 Seite 3
1 Fed 2	Sammlung der Entscheidungen der Bundesgerichte, Federal Reporter Band 1 Seite 2
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V., Köln
Flo.	Florida
Fn.	Fußnote
FR	Federal Register
1 FSupp. 2	Federal Supplement Band 1 Seite 2
FTC	Federal Trade Commission
1 FTC 2	Sammlung der Entscheidungen der FTC, Federal Trade Commission Reporter Band 1 Seite 2
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 (RGBl. S. 477)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GU	Gemeinschaftsunternehmen
Guidelines	= merger guidelines = Richtlinien der Antitrust Division des Department of Justice, vom 30. 5. 68
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. vom 4. 4. 74 (BGBl. I S. 869), zuletzt geändert durch Gesetz v. 14. 12. 76 (BGBl. I, 3341)

Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl. S. 219)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
Ill.	Illinois
Inc.	Incorporate
i. V. m.	in Verbindung mit
JIE	Journal of Industrial Economics (Zeitschrift)
JfNSt.	Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik
KG	Kammergericht
LA	Los Angeles
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LR	Law Review
Mass.	Massachusetts
MBA	Master of Business Administration
Mio.	Million(en)
MKHG 1	Erstes Hauptgutachten der Monopolkommission
MKSG 1	Erstes Sondergutachten der Monopolkommission
M + M	Manufacturing and Mining
Mrd.	Milliarde(n)
Nat'l	National
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
N.D.	Northern District, nördlicher Distrikt
n. F.	neue Fassung
NICB	National Industrial Conference Board
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NY	New York
OLG	Oberlandesgericht
Pa.	Pennsylvania
Rdnr.	Randnummer
Reg.Entwurf	Regierungsentwurf
Reg.Beg.	Regierungsbegründung zur 2. Novelle des GWB BT-Drucks. 6/2520
RG	Reichsgericht
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschafts- dienst des Betriebsberaters (Zeitschrift, seit 1. 1. 75)
Rules	Ausführungsvorschriften der FTC und des Justizministe- riums zu Sec. 7 A Clayton Act, in 43 FR S. 33537 ff.
S.	Seite, Southern, südlich
1 Sct 2	Sammlung der Entscheidungen des Supreme Court, Band 1 Seite 2

Stat.	Statutes
SIC	Standard Industrial Classification, nach Standard Industrial Classification Manual 1972, Office of Management and Budget, Washington, D.C.
TB 73	Tätigkeitsbericht, Bericht des BKartA über seine Tätigkeit im Jahre 1973
TC	Trade Cases, Sammlung wirtschaftlicher Entscheidungen, herausgegeben von Commerce Clearing House
Tex.	Texas
TRR	Trade Regulation Report, herausgegeben von Commerce Clearing House
Tz	Textziffer
u.	und
u. a.	unter anderem
1 US 2	Sammlung der Entscheidungen des Supreme Court, United States Reporter Band 1 Seite 2
USA	United States of America, Vereinigte Staaten von Amerika
USC	United States Code
u. U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
vgl.	vergleiche
Vol., vol.	Volume = Band
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 76, BGBI. I, S. 1253
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. 4. 53, BGBI. I, S. 157
Wisc.	Wisconsin
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
W.D.	Western District, westlicher Distrikt
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E BKartA	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Beschlüsse des Bundeskartellamts außerdem aufgeteilt in:
	WuW/E BGH Entscheidungen des BGH
	WuW/E OLG Entscheidungen der OLG
	WuW/E MUV/EWG Entscheidungen des EuGH
	WuW/E EV Entscheidungen der EG-Kommission
	WuW/E LG/AG Entscheidungen der LG und AG
	WuW/E BWM Entscheidungen des BWM
z. B.	zum Beispiel
ZfWSW	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
z. Z.	zur Zeit

I. Einleitung

1.1 Anlaß

Durch das 2. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹ vom 3. 8. 1973 wurde zum ersten Mal eine Zusammenschlußkontrolle² in das GWB³ eingeführt. Neben der bis dahin schon bestehenden Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 Abs. 4 GWB) wurde dem Bundeskartellamt in § 24 und § 24 a GWB damit die Möglichkeit gegeben, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 22 Abs. 1 und Abs. 2 GWB durch einen Zusammenschluß von Unternehmen zu verhindern. Nach 22 Jahren wurde damit die schon im Regierungsentwurf vom 22. 5. 1951⁴ in § 18 vorgesehene Zusammenschlußkontrolle nach mehreren Anläufen Gesetz.

Inzwischen lagen dem BKartA 2 455 Zusammenschlüsse zur Beurteilung vor, 28 Untersagungen sind erfolgt (davon allein 11 im Jahre 1978) und es ergingen bereits zahlreiche Urteile des KG und des BGH, die Fragen der Zusammenschlußkontrolle betreffen. Die Zusammenschlußkontrolle ist darüber hinaus durch die Auseinandersetzungen um die 4. Novelle in das öffentliche Interesse gerückt⁵. Die Literatur zu Einzelfragen der Fusionskontrolle ist kaum noch überschaubar, dennoch scheint eine umfassende Darstellung und Beurteilung der Fusionskontrollpraxis⁶ noch auszustehen. Die vorliegende Arbeit soll die Literatur zur Fusionskontrolle um eine Zwischenbilanz der bisherigen Praxis

¹ BGBl. I, S. 917.

² In der Literatur wird vielfach der Begriff Fusionskontrolle benutzt, der jedoch exakt angewandt nur einen Teil der Zusammenschlußfälle trifft. Die Benutzung dieses Begriffs hat sich inzwischen für alle Zusammenschlußfälle jedoch eingebürgert. Vgl. *Monopolkommission* Hauptgutachten I S. 456 und Titel des Sondergutachtens Nr. 5, vgl. auch *Kleinmann, Bechtold*, Kommentar zur „Fusionskontrolle“. Der Verfasser möchte auch in der folgenden Arbeit die Begriffe Fusionskontrolle und Zusammenschlußkontrolle synonym verwenden.

³ In der Fassung der Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957 (BGBl. I, S. 1081) vom 4. 4. 1974 (BGBl. I, S. 849).

⁴ BT-Drucks. 2/1158 Anl. 1.

⁵ Vgl. z. B. FAZ vom 6. 5. 1978, S. 13 und FAZ vom 18. 5. 1978, S. 13 und 14.

⁶ Es liegen allerdings zwei Aufsatzserien von *V. Emmerich* vor: vgl. *Emmerich*, Praxis der Fusionskontrolle I, II, III, a. a. O., und *Emmerich*, Neueste Praxis, a. a. O.

erweitern und die neuen Regelungen der 4. Novelle in ihrer Wirkung auf die Praxis beurteilen.

1.2 Aufgabe

Da sich die geregelten Vorgänge durch ihre Vielseitigkeit einer exakten Benennung entziehen, arbeitete der Gesetzgeber, um alle Möglichkeiten zu erfassen, mit generalklauselartigen Bestimmungen⁷. Diese Gesetzgebungstechnik führt dazu, daß sich die genauen vom Bundeskartellamt angewandten Maßstäbe für die Beurteilung von Zusammenschlüssen nicht direkt aus dem Gesetz ergeben, sondern erst durch eine Analyse der Praxis und Rechtsprechung ermittelt werden können. Nachdem eine mehr als fünfjährige Erfahrung besteht und nach 28 Untersagungen tatsächlich von einer „Praxis der deutschen Fusionskontrolle“ gesprochen werden kann, soll die Arbeit diese Praxis anhand der unterschiedlichen Fälle umfassend analysieren und bewerten. Da eine Einbeziehung der vermutlichen „Entscheidung“⁸ des Bundeskartellamtes in die Planung der Unternehmungen aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert ist⁹, wird es ein Ziel dieser Arbeit sein, aus den bisher zur Zusammenschlußkontrolle ergangenen Beschlüssen, Verfügungen und Urteilen genauere Kriterien der Untersagungspraxis zu entwickeln. Um die Argumentationsbasis zu erweitern, sollen zur Analyse und Bewertung der deutschen Praxis auch amerikanische Erfahrungen in Zusammenschlußfällen gemäß Sec. 7 Clayton Act¹⁰ und amerikanische Literatur herangezogen werden¹¹.

Wegen geringer deutscher Erfahrungen insbesondere in Fällen vertikaler und konglomeraler Zusammenschlüsse ist es ein Ziel dieser Arbeit, durch Heranziehung amerikanischer Erfahrungen Vorschläge für die zukünftige Erfassung dieser Fälle zu erarbeiten. Dies einerseits, um der deutschen Praxis die Entscheidung in diesen Bereichen zu erleichtern, andererseits um den betroffenen Unternehmen einen Schluß auf die zu erwartende kartellrechtliche Beurteilung zu gestatten. Das Ergebnis der Arbeit werden Vorschläge sein, wie die bestehende deutsche Praxis de lege lata und de lege ferenda effizienter gestaltet werden

⁷ Vgl. z. B. § 22 Abs. 1 GWB „ohne Wettbewerber ist“, „wesentlicher Wettbewerb“ und „überragende Marktstellung“.

⁸ Gemeint ist lediglich die amtsinterne Entscheidung, den Zusammenschluß zu untersagen oder das Verfahren einzustellen. Eine Nichtuntersagung stellt keine Regelung dar und ist somit kein Verwaltungsakt.

⁹ Vgl. MKHG 1 Tz. 846.

¹⁰ In der Fassung des O'Mahoney-Celler-Kefauver Amendments von 1950, Text vgl. Anhang 2 dieser Arbeit.

¹¹ Vgl. *Markert*, Novellierung S. 163, der feststellt, daß die Verwertung amerikanischer Erfahrungen bisher bei der Novellierung des GWB vernachlässigt wurde.

könnte. Dabei werden auch Vorschläge bezüglich einer Novellierung der Regelung der *formellen* Fusionskontrolle erarbeitet, die bisher in den Novellierungsvorschlägen zu wenig beachtet worden ist.

Zusammenfassend soll die Arbeit folgende vier Angaben erfüllen:

1. Erhöhung der Rechtssicherheit durch Analyse und Darstellung der augenblicklichen deutschen Praxis.
2. Verbesserung der Entscheidungsgrundlagen in noch ungeklärten Fragen der deutschen Fusionskontrolle durch Heranziehung amerikanischer Erfahrungen.
3. Erarbeitung von Vorschlägen zur Steigerung der Effizienz der deutschen Praxis *de lege lata*.
4. Erarbeitung von Gesetzesvorschlägen zur Verbesserung des fusionskontrollrechtlichen Instrumentariums.

1.3 Thematische Eingrenzung

Die Arbeit beschränkt sich auf den Verfahrensabschnitt von der Einleitung des Untersagungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Untersagung. Das Verfahren vor dem Bundesminister für Wirtschaft wird miteinbezogen. Probleme der Entflechtung und die Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf ausländische Zusammenschlüsse sollen in dieser Arbeit jedoch wegen der grundlegend anderen Rechtsfragen ausgeklammert bleiben.

Die amerikanische Praxis wird nur insoweit behandelt, als dortige Erfahrungen zur Analyse und Bewertung der deutschen Praxis genutzt werden können.

Wegen der Weite des Themas und der großen Vielfalt der fusionsrechtlichen Literatur (vor allem in den Vereinigten Staaten) mußte sich die Arbeit aus Gründen der Klarheit der Darstellung und Lesbarkeit auf eine Auswahl und Behandlung der wichtigsten Literatur beschränken. Auf weitere interessante Veröffentlichungen konnte in manchen Fällen deshalb nur verwiesen werden. In der Arbeit wurde versucht, bei der Auswahl der Literatur der Bedeutung der Veröffentlichung gerecht zu werden.

Die Arbeit berücksichtigt deutsche und amerikanische Entscheidungen und Veröffentlichungen bis zum 30. 9. 1980.

1.4 Aufbau

Die Arbeit wird im ersten Teil die bestehenden deutschen und amerikanischen Regelungen in ihrer Entstehungsgeschichte, Aufbau und ihrem Verfahren vorstellen und ihre praktische Bedeutung anhand