

**Maria Held**

# **Rechtsschutz in der deutschen Fusionskontrolle**

**Eine Bestandsaufnahme**

Maria Held

**Rechtsschutz in der  
deutschen  
Fusionskontrolle**



Maria Held

# **Rechtsschutz in der deutschen Fusionskontrolle**

**Eine Bestandsaufnahme**

Tectum Verlag

Maria Held

Rechtsschutz in der deutschen Fusionskontrolle. Eine Bestandsaufnahme

Zugl. Diss. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 2015

© Tectum Verlag Marburg, 2015

ISBN 978-3-8288-6215-9

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch  
unter der ISBN 978-3-8288-3545-0 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet  
[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)  
[www.facebook.com/tectum.verlag](https://www.facebook.com/tectum.verlag)

**Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit zum Rechtsschutz in der deutschen Fusionskontrolle wurde im Wintersemester 2014/2015 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Februar 2015 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Joachim Jickeli, der mich mit seinen wertvollen Anmerkungen unterstützt und mir sämtliche Freiheiten bei der Erarbeitung und Darstellung des Themas gewährt hat. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Joachim Jickeli für die rasche Erstellung des Erstgutachtens.

Für die Übernahme und ebenfalls zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Sebastian Graf von Kielmansegg.

Die Arbeit ist meiner Familie und insbesondere meinem Mann gewidmet.

Sielenbach, April 2015

Maria Held



# 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. Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde .....	161
G. Allgemeine Leistungsbeschwerde .....	172
H. Feststellungsbeschwerde .....	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. Auskunftersuchen des Bundeskartellamtes .....	60
a) Informelle Nachfrage .....	61
b) Auskunftersuchen über Marktanteile und Umsätze .....	61
c) Allgemeines formelles Auskunftersuchen .....	61
2. Beteiligung Dritter am Fusionskontrollverfahren .....	62
a) Einfache Beiladung .....	63
aa) Beteiligtenfähigkeit .....	63
bb) Erhebliche Interessenberührung .....	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

**Teil 2: Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 1. Instanz .....** 71

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 ordentlichen Gerichte .....	78
III. Rechtsnatur der Beschwerde .....	79
IV. Ergänzende Anwendbarkeit der Vorschriften anderer Verfahrensordnungen, insbesondere des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts .....	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
I.	Statthaftigkeit 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 Verfügung .....	107
a) Auskunftersuchen des Bundeskartellamtes.....	108
aa) Informelle Nachfrage .....	108
bb) Förmliches Auskunftersuchen über Marktanteile und Umsätze .....	108
cc) Allgemeines formelles Auskunftersuchen .....	108
b) Beteiligung Dritter am Fusionskontrollverfahren .....	109
c) Anhörung und Stellungnahme zum Fusionskontrollverfahren 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 Antragsstellung .....	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 Kontroll- dichte .....	145
aa) Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle .....	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

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