

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
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

Inhaltsverzeichnis	9
Verzeichnis der Abkürzungen	19
Einführung	27
Teil 1: Die deutsche Fusionskontrolle	33
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
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
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
Teil 3: Einstweiliger Rechtsschutz	177
A. Einstweiliger Rechtsschutz für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Falle einer Untersagung	177
B. Einstweiliger Rechtsschutz Dritter im Falle einer Freigabe	189
Teil 4: Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 2. Instanz	197
A. Rechtsbeschwerde	197
B. Nichtzulassungsbeschwerde	204

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

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	7
Inhaltsverzeichnis	9
Verzeichnis der Abkürzungen	19
Einführung	27
I. Anlass und Hintergrund der Untersuchung	27
II. Zielsetzung und Gang der Untersuchung	31
Teil 1: Die deutsche Fusionskontrolle	33
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