

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 Verfü- | |
| gung | 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 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 |
| VI. | Frist, Form und Inhalt der Beschwerdebeurteilung | 138 |
| 1. | Frist zur Begründung der Beschwerde | 138 |
| 2. | Form und Inhalt der Beschwerdebeurteilung | 139 |
| VII. | Beteiligte und Beteiligtenfähigkeit | 140 |
| VIII. | 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 Zweckmäßigkeitkontrolle | 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, Phonak/GN Store, 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 |

| | |
|--|----------------|
| Teil 3: Einstweiliger Rechtsschutz | 177 |
| A. Einstweiliger Rechtsschutz für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Falle einer Untersagung | 177 |
| I. 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. Ermessensausübung | 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 |
| Teil 4: Rechtsschutz gegen Entscheidungen in der deutschen Fusionskontrolle in der 2. Instanz | 197 |
| 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. Tatsachenfeststellung 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 Beschwer | 205 |
| IV. | Verhältnis zur zulassungsfreien Rechtsbeschwerde | 206 |
| V. | Form und Frist | 207 |
| VI. | Verfahren | 208 |
| VII. | Entscheidung, maßgeblicher Zeitpunkt und Umfang der Überprüfung | 208 |
| 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 |
| 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) | Sachverhaltsaufklärung | 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 |
| | Zusammenfassung und Ergebnisse | 251 |
| | Literaturverzeichnis | 255 |