

# Das Vollzugsverbot als Bestandteil eines effizienten Fusionskontrollverfahrens

Die Regeln des GWB aus rechtsökonomischer und -vergleichender Sicht

von  
Dr. Johannes Holzwarth

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)  
ISBN 978 3 8487 0947 2

Johannes Holzwarth

# Das Vollzugsverbot als Bestandteil eines effizienten Fusionskontrollverfahrens

Die Regeln des GWB aus rechtsökonomischer  
und -vergleichender Sicht



**Nomos**

**Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik**

herausgegeben von  
Ernst-Joachim Mestmäcker,  
Wernhard Möschel und  
Martin Hellwig

**Band 271**

Johannes Holzwarth

# Das Vollzugsverbot als Bestandteil eines effizienten Fusionskontrollverfahrens

Die Regeln des GWB aus rechtsökonomischer  
und -vergleichender Sicht



**Nomos**

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

Zugl.: Münster, Westfälische Wilhelms-Universität,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Diss., 2013

ISBN 978-3-8487-0947-2

## **D6**

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Kapitel 1: Einleitung	15
A. Problemaufriss	19
B. Ziel und Gang der Untersuchung	22
Kapitel 2: Ökonomie, Recht und Fusionskontrollverfahren	24
A. Ein ökonomisches Gerüst für das Verfahren der Fusionskontrolle	28
I. Gründe für die Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse	29
1. Durchsetzung einer ökonomisch fundierten Wettbewerbspolitik	29
a) Mittelbarer Einfluss der vorherrschenden Wettbewerbsideologie	30
b) Unmittelbarer Einfluss durch Ausgestaltung von Verfahrensregeln	32
2. Ökonomisierung kartellverfahrensrechtlicher Regelungen?	35
a) Zuständigkeitsverteilung	35
b) Dezentrale Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV	37
3. Zwischenfazit	39
II. Ansätze und Vorgaben der Ökonomie	39
1. Verhaltensmodell	41
2. Effizienz als Ziel rechtlicher Regeln	45
III. Bedeutung der Ökonomie für die Untersuchung	47
B. Rechtlicher Rahmen	47
I. Europarecht	48
II. Völkerrecht	49
III. Verfassungsrecht	50
1. Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen	51
2. Grundrechte	52
IV. Grundsätze des Verwaltungsverfahrens	58

*Inhaltsverzeichnis*

C. Fusionskontrollverfahren nach den Vorschriften des GWB	59
I. Hintergründe und Entwicklung des Fusionskontrollverfahrens	59
II. Anmeldepflicht nach § 39 GWB	62
III. Aufgreifkriterien	63
1. Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB	64
2. Umsatzschwellen	65
IV. Das Vollzugsverbot gem. § 41 Abs. 1 S. 1 GWB	66
1. Rechtsfolgen: Bußgeld, Nichtigkeit und Entflechtung	66
2. Befreiung und Ausnahmen	68
V. Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gem. § 40 GWB	70
1. Einleitung und Abschluss von Vor- und Hauptprüfverfahren	70
2. Prüfungsfristen	71
D. Zwischenfazit	72
 Kapitel 3: Das Vollzugsverbot aus rechtsvergleichender und -ökonomischer Sicht	 74
A. Zwei Grundtypen des Fusionskontrollverfahrens	74
I. Präventive Fusionskontrolle: Anmeldung und Aussetzung des Vollzugs	75
1. Europäisches Kartellrecht und Fusionskontrollverfahren	75
a) Hintergrund	76
b) Anmeldepflicht	79
aa) Zusammenschlussbegriff in der europäischen Fusionskontrolle	81
bb) Gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses	83
c) Verfahren und Verfahrensabschluss	84
d) Vollzugsverbot	86
aa) Durchsetzungspraxis	88
(1) Samsung/AST	89
(2) Bertelsmann/Kirch/Premiere	90
(3) A. P. Møller	91
(4) INEOS/Kerling	93
(5) Electrabel/Compagnie de Rhône	94

bb) Literatur	97
(1) Fallgruppen	98
(a) Juristischer Vollzug	98
(b) Einwirkung auf die Unternehmensführung	99
(c) Faktische Integration	99
(2) Systematisierung der Ansichten	100
(a) Ausgangspunkt: Verwirklichung eines Zusammenschlusstatbestands	100
(b) Darüber hinaus: überwiegend weites Verständnis	101
(c) Dennoch: Restriktionsbedürfnis	103
(d) Jedenfalls: Vorbereitungshandlungen sind nicht erfasst	105
e) Transaktionspraxis und Art. 101 AEUV	106
aa) Konkurrenzverhältnis von Art. 7 FKVO und Art. 101 AEUV	107
bb) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV	108
(1) Einschränkung nach den Regeln zur Nebenabreden-Doktrin	110
(2) Die Horizontalleitlinien als zusätzliche Rechtserkenntnisquelle	111
f) Erkenntnisgewinn	113
2. USA	114
a) Geschichtlicher Hintergrund und gesetzgeberische Ziele	117
b) Anmeldeerfordernis	123
c) Vollzugsverbot als Wartefrist	125
d) Zusätzliches Auskunftsverlangen	126
e) Gun-Jumping und Premerger Coordination	127
aa) Rechtsrahmen	127
(1) Verstöße gegen die Wartefrist	128
(2) Kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung	130
bb) Durchsetzung in der Behördenpraxis	131
(1) Übertragung des finanziellen Risikos	132

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Kontrolle über die operativen Geschäfte	133
(a) Erste Verfahren wegen Missachtung der Verfahrensregeln	134
(b) Dezidierte Ahndung	135
(3) De facto-Zusammenschluss	137
(4) Verhaltenskoordination	139
cc) Rechtsprechung	141
dd) Erklärungen der Behördenvertreter	143
(1) „Warten und Planen“	143
(2) Verständnis für die Interessen der Unternehmen	146
ee) Literatur	148
(1) Hinweise zum Vollzugsverbot	148
(2) Anwendung und Modifikation der Kartellrechtsregeln im Zusammenschlusskontext	149
f) Erkenntnisgewinn	151
3. Zwischenfazit zur Umsetzung der präventiven Fusionskontrolle	153
II. Repressive Fusionskontrolle	154
1. Die Zusammenschlusskontrolle nach britischem Recht	154
a) Hintergrund	155
b) Marktüberwachung und Möglichkeiten der Anmeldung	157
c) Aufgreifkriterien	159
d) Vorauswahl, Verweisung, vertiefte Prüfung	161
e) Einstweiliger Rechtsschutz und Entflechtungsmaßnahmen	163
f) Erkenntnisgewinn	166
2. Weitere Jurisdiktionen	168
B. Vereinheitlichende Tendenzen auf internationaler Ebene	170
C. Das optimale Fusionskontrollverfahren	172
I. Verschiedene Ansätze zur Behandlung typenunabhängiger Probleme	173
1. Entscheidungsfindung: Informationsbeschaffung, Fehler und Kosten	176
2. Prävention und Entflechtung	186

II. Fazit: Ökonomische Eckpunkte des verfahrensrechtlichen Rahmens	193
1. Anmeldepflicht oberhalb hoher Schwellenwerte	194
2. Ex post-Kontrolle und Anmeldemöglichkeit	196
Kapitel 4: Ausgewählte Aspekte zur Ausgestaltung des Vollzugsverbots im GWB	198
A. Eingreifen des Vollzugsverbots	198
I. Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse	199
II. Angemeldete Zusammenschlüsse?	199
1. BGH: Prävention erfordert umfassendes Vollzugsverbot	199
2. Einwand: Fehlender Anreiz zur Anmeldung kritischer Fälle	200
3. Lösungsvorschläge	203
B. Inhaltliche Reichweite des Vollzugsverbots	204
I. Vollzugsbegriff	204
1. Durchsetzungspraxis	204
2. Lehrmeinungen	208
3. Eigener Ansatz	209
a) Autonomer Vollzugsbegriff	209
b) Orientierung an Aufgaben und Funktionen innerhalb eines effizienten Fusionskontrollverfahrens	210
aa) Marktstrukturbezug	211
bb) Bestandteil eines effizienten Verfahrens	212
II. Konsequenz: Das Kartellverbot als „Auffangtatbestand“	213
1. Parallele Anwendbarkeit von Vollzugs- und Kartellverbot	213
2. Der Rechtsrahmen für notwendige Begrenzungen	215
a) Konzernprivileg erst mit closing	215
b) „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung und Immanenztheorie	217
C. Behandlung vollzogener Zusammenschlüsse	222
I. Keine Pflicht zur Anzeige eines verbotswidrigen Vollzugs	224
II. Einleitung und Durchführung eines Kontrollverfahrens	227
1. Keine Möglichkeit zur Anmeldung und Prüfung im Entflechtungsverfahren	228
a) Praxis des Bundeskartellamts	229

*Inhaltsverzeichnis*

b) Zuspruch in der Literatur	230
2. Verfahren der Zusammenschlusskontrolle nach § 40 GWB	233
a) Anmeldemöglichkeit nach Vollzug	234
b) Rechtsunsicherheit und Belastung durch die neue Praxis des Bundeskartellamts	235
aa) Fristungebundenheit des Entflechtungsverfahrens	235
bb) Legalisierungswirkung der Mitteilung über die Verfahrenseinstellung	236
cc) Verfassungsrechtliche Bedenken	237
dd) Kein Anreiz zur Anzeige	238
3. Lösung des Gesetzgebers	238
4. Stellungnahme	239
 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	 244
 Literaturverzeichnis	 249
 Materialienverzeichnis	 267