

Veröffentlichungen des Instituts  
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,  
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht  
der Freien Universität Berlin

47

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Laura Börger

Die gerichtliche Kontrolldichte  
bei der Überprüfung  
von Entscheidungen der  
Europäischen Kommission  
auf dem Gebiet  
der Fusionskontrolle

# Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einleitung .....	17
A. Problemstellung.....	17
B. Gang der Untersuchung.....	25
C. Beschränkung des Themas.....	26
D. Terminologie.....	29
I. Kontrolldichte .....	29
II. Die Unionsgerichte.....	33
E. Der Schutz des Wettbewerbs im Unionsrecht .....	34
I. Das Verhältnis der Fusionskontrolle zum sonstigen europäischen Kartellrecht .....	37
II. Europäische Fusionskontrolle vor Erlass der VO Nr. 4064/89 .....	40
III. Ergebnis .....	44
Kapitel 2 Beurteilungsspielräume und gerichtliche Kontrolldichte in ausgewählten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten .....	45
A. Einführung .....	45
B. Gerichtliche Kontrolldichte und administrative Entscheidungsspielräume im französischen Verwaltungsrecht.....	49
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Stellung der Judikative und Exekutive .....	49
II. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Handlungen der Verwaltung.....	50
III. Die französische Fusionskontrolle .....	58
C. Gerichtliche Kontrolldichte und administrative Entscheidungsspielräume im englischen Verwaltungsrecht.....	61
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Stellung der Judikative und Exekutive .....	62
II. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Handlungen der Verwaltung.....	65
III. Die englische Fusionskontrolle.....	69

D.	Gerichtliche Kontrolldichte und administrative Entscheidungsspielräume im deutschen Verwaltungsrecht .....	73
I.	Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Stellung der Judikative und Exekutive .....	73
II.	Allgemeines Verwaltungsrecht .....	75
1.)	Die Lehre vom Beurteilungsspielraum .....	76
(a)	Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen .....	79
(b)	Beamtenrechtliche Entscheidungen .....	80
(c)	Entscheidungen verwaltungspolitischer Art .....	81
(d)	Entscheidungen durch weisungsfreie, sachverständige und/oder pluralistisch besetzte Gremien .....	81
(e)	Prognostische und wertende Entscheidungen .....	82
2.)	Ermessen .....	85
3.)	Die planerische Gestaltungsfreiheit .....	86
4.)	Das Regulierungsermessen .....	87
5.)	Zwischenergebnis .....	90
III.	Die deutsche Fusionskontrolle .....	92
1.)	Umfang der gerichtlichen Kontrolle bei Verfügungen des Bundeskartellamts .....	96
2.)	Umfang der gerichtlichen Kontrolle bei Entscheidungen des Bundeswirtschaftsministers .....	99
3.)	Fazit .....	100
E.	Zusammenfassung .....	100

Kapitel 3	Allgemeine und normative Vorgaben zur Kontrolldichte bei Verfahren vor den Unionsgerichten .....	107
A.	Einführung .....	107
B.	Überblick über das Rechtsschutzsystem der EU .....	107
I.	Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage .....	111
1.)	Der Klagegegenstand .....	112
2.)	Die Klagebefugnis .....	113
II.	Begründetheit und Rechtsfolgen der Nichtigkeitsklage .....	114
III.	Der Einfluss prozessualer Normen auf die Kontrolldichte .....	116
IV.	Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV .....	119
V.	Art. 261 AEUV i. V. m. Art. 16 VO Nr. 139/2004 .....	121
1.)	Vergleich von Art. 261 AEUV mit Art. 19 Abs. 1 EUV .....	123
2.)	Vergleich mit der Rechtslage im EGKS-Vertrag .....	124

3.)	Bloße Rechtmäßigkeitskontrolle außerhalb von Zwangsmaßnahmen .....	125
VI.	Die Nichtigkeitsgründe der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV .....	127
1.)	Der Nichtigkeitsgrund der Unzuständigkeit.....	129
2.)	Der Nichtigkeitsgrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften, insbesondere der Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV .....	130
3.)	Der Nichtigkeitsgrund der Verletzung des Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendende Rechtsnorm.....	133
4.)	Der Nichtigkeitsgrund des Ermessensmissbrauchs .....	133
5.)	Zwischenergebnis.....	134
VII.	Verfahrensgrundsätze.....	135
1.)	Der Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz .....	136
2.)	Die Abhängigkeit der Kontrolldichte vom Parteivorbringen.....	139
3.)	Die Darlegungs- und Beweislast.....	139
4.)	Ergebnis.....	142
VIII.	Ergebnis zum Abschnitt B. ....	142
C.	Die gerichtliche Kontrolldichte bei anerkannten Beurteilungsspielräumen der Kommission .....	143
I.	Anerkannte Beurteilungsspielräume der Kommission außerhalb der Fusionskontrolle .....	145
II.	Herleitung der Figur des offensichtlichen Beurteilungsfählers .....	148
1.)	Exkurs zu Art. 33 Abs. 1 Satz 2 2. HS. EGKSV .....	150
(a)	Bedeutungsgehalt des Ausschlusses der gerichtlichen Kontrolle.....	151
(b)	Rückausnahme bei Ermessensmissbrauch und offensichtlicher Verkennung des Vertrages .....	152
(c)	Übertragbarkeit der Aussagen des Art. 33 EGKSV auf die heutige Rechtslage.....	153
III.	Die Kontrolldichte im Rahmen des offensichtlichen Beurteilungsfählers .....	154
IV.	Ergebnis.....	156
D.	Vergleich der Ergebnisse des Rechtsvergleichs aus Kapitel 2 mit den Vorgaben des Unionsrechts zur Kontrolldichte.....	157
E.	Begriffsbestimmung Ermessen, Beurteilungsspielraum, Entscheidungsspielraum im Unionsrecht.....	161

Kapitel 4	Beurteilungsspielräume der Kommission bei der Anwendung der FVKO – eine Untersuchung der hierzu ergangenen Rechtsprechung.....	165
A.	Aufbau des Abschnitts.....	165
B.	Überblick über die europäische Fusionskontrolle als Untersuchungsgegenstand.....	167
I.	Die Fusionskontrollverordnung VO Nr. 139/ 2004.....	167
II.	Die Aufgreifkriterien.....	169
1.)	Der Zusammenschlussbegriff .....	169
2.)	Die Umsatzschwellen .....	170
III.	Ausnahmen von der exklusiven Zuständigkeit der Kommission.....	171
IV.	Eingreifkriterien.....	173
1.)	Die Marktabgrenzung .....	173
2.)	Die materielle Prüfung: Wettbewerbliche Würdigung der Auswirkungen des Zusammenschlusses.....	175
3.)	Wettbewerbliche Würdigung und der more economic approach.....	178
4.)	Kausalität.....	180
V.	Das Prüfungsverfahren der Kommission unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlich überprüfbaren Entscheidungen .....	180
1.)	Die Phase I .....	182
2.)	Die Phase II.....	184
3.)	Entscheidungen der Kommission, die keiner der beiden Phasen zugeordnet werden können.....	185
(a)	Die Vereinbarkeitsfiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO .....	185
(b)	Befreiung vom Vollzugsverbot.....	185
VI.	Fazit.....	185
C.	Rechtsprechung bis zum Jahr 2002.....	185
I.	Air France I/Kommission .....	186
II.	SIV u. a./Kommission.....	188
III.	Kali & Salz/Kommission .....	189
IV.	Gencor Ltd./Kommission .....	197
V.	Endemol Entertainment Holding BV/Kommission.....	199
VI.	Kesko/Kommission.....	202
VII.	RJB Mining/Kommission .....	205
VIII.	Auswertung der Rechtsprechung.....	208

D.	Exkurs: Kontrolldichte im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen nach Art. 101 AEUV .....	209
I.	Beurteilungsspielraum der Kommission bei Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	211
II.	Beurteilungsspielraum der Kommission bei Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	216
III.	Zwischenergebnis.....	219
E.	Rechtsprechung ab dem Jahr 2002 .....	221
I.	Airtours/Kommission .....	221
II.	Exkurs: Amtshaftungsklage My Travel.....	227
III.	Schneider Electric/Kommission .....	228
IV.	Exkurs: Amtshaftungsklage Schneider Electric .....	234
V.	Tetra Laval/Kommission.....	236
1.)	Entscheidung des EuG .....	239
2.)	Entscheidung des EuGH .....	245
3.)	Zwischenfazit.....	253
VI.	Royal Philips Electronics/Kommission und BaByliss/Kommission.....	260
VII.	Petrolessence & SG2R/Kommission.....	263
VIII.	Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission.....	265
IX.	Cableuropa u. a./Kommission .....	266
X.	ARD/Kommission .....	270
XI.	EDP/Kommission .....	272
XII.	General Electric/Kommission.....	274
XIII.	Cementbouw Handel & Industrie/Kommission.....	288
XIV.	easyJet Airline Co. Ltd./Kommission .....	289
XV.	Impala/Kommission.....	294
1.)	Entscheidung des EuG .....	294
2.)	Entscheidung des EuGH .....	299
XVI.	Sun Chemical Group u. a./Kommission.....	307
XVII.	Omya AG/Kommission.....	311
XVIII.	NVV u. a./Kommission.....	313
XIX.	Qualcomm/Kommission .....	318
XX.	Ryanair Holdings plc./Kommission .....	319
F.	Zusammenfassung, Vergleich und Auswertung der Rechtsprechung.....	323
G.	Die Durchführung der beschränkten gerichtlichen Kontrolle bei Beurteilungsspielräumen der Kommission durch das EuG.....	328

I.	Der offensichtliche Beurteilungsfehler als Leerformel in der fusionskontrollrechtlichen Rechtsprechung .....	328
II.	Die Remia-Formel in der fusionskontrollrechtlichen Rechtsprechung .....	332
III.	Trennung zwischen Sachverhaltsfeststellung und Sachverhaltswürdigung nicht durchführbar .....	334
H.	Die Begründung von Beurteilungsspielräumen der Kommission und einer damit korrespondierenden zurückgenommenen gerichtlichen Kontrolldichte im Lichte der Rechtsprechung und der Literatur .....	335
I.	Einleitung .....	335
1.)	Die Kali & Salz-Formel .....	336
2.)	Komplexe wirtschaftliche Beurteilungen .....	337
3.)	Unterschiedliche Rechtsschutzkonstellationen .....	340
4.)	Unterschiedliche Zusammenschlusstypen .....	340
5.)	Geringe normative Dichte fusionskontrollrechtlicher Normen .....	341
6.)	Prognostische Elemente der Fusionskontrolle .....	344
7.)	Wettbewerbspolitischer Spielraum der Kommission .....	348
8.)	Das institutionelle Gleichgewicht .....	349
(a)	Das Modell der funktionsgerechten Aufgabenverteilung im Rahmen des Kartellverbots von <i>Fritzsche</i> .....	352
(b)	Kritik .....	353
9.)	Die Übertragung anderer Konzepte auf die europäische Fusionskontrolle .....	355
10.)	Ökonomische Ansätze .....	356
11.)	Der Begründungsansatz von <i>Kröninger</i> .....	358
II.	Fazit .....	359

## Kapitel 5 Eine umfassende gerichtliche Kontrolle auf dem Gebiet der Fusionskontrolle als Gewährleistung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz .....

361

A.	Das Gebot einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle als Element eines Rechts auf effektiven Rechtsschutz .....	362
I.	Vorüberlegung: Die Herleitung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz .....	364
1.)	Die Entwicklung der ungeschriebenen Grundrechte in der Rechtsprechung des EuGH .....	364
2.)	Die drei Quellen des Grundrechtsschutzes in der EU seit dem Vertrag von Lissabon .....	366

(a)	Bedeutung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union .....	366
(b)	Bedeutung der EMRK .....	367
(c)	Bedeutung der Grundrechte als Allgemeine Grundsätze i. S. d. Art. 6 Abs. 3 EUV.....	369
3.)	Die zukünftige Rolle der Unionsgrundrechte .....	370
II.	Art. 47 GrCh als Entscheidung für ein subjektiv-rechtliches Rechtsschutzmodell zur Stärkung des Rechtsschutzes.....	371
(a)	Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Leistungsgrundrecht .....	372
(b)	Ursprünglich lediglich ausgestaltet als allgemeiner Rechtsgrundsatz .....	374
(c)	Juristische Personen des Privatrechts als Grundrechtsträger.....	375
(d)	Eingeschränkte Bedeutung des Art. 47 GrCh wegen der Erläuterungen der Präsidien der Konvente?.....	377
(e)	Kein Bedeutungsverlust des Rechtsschutzgebotes durch den verfahrensrechtlichen Gehalt der Unionsgrundrechte .....	377
III.	Reichweite und Bedeutung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz .....	378
1.)	Das Recht auf effektiven Rechtsschutz beinhaltet verschiedene Teilgewährleistungen .....	379
2.)	Umfassende gerichtliche Kontrolle als Ausdruck des effektiven Rechtsschutzes im Bereich der Nichtigkeitsklage.....	380
3.)	Hohe gerichtliche Kontrolldichte als Ausgleich schwacher „checks and balances“ innerhalb der Kommission.....	383
4.)	Exkurs: Garantien des Art. 6 EMRK .....	384
5.)	Umfassenderer Grundrechtsschutz durch die Grundrechtecharta gestattet .....	387
6.)	Kein Gebot der Eigenständigkeit der Verwaltung aus Art. 41 GrCh.....	387
7.)	Mangelnde Verankerung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle in den Verfassungen der Mitgliedstaaten unschädlich.....	389
8.)	Einschränkbarkeit des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz .....	393
9.)	Beurteilungsspielräume der Unionsorgane weiterhin denkbar .....	395
10.)	Inhalt des Gebots einer umfassenden Kontrolle.....	396



11.) Fähigkeit des EuG zur umfassenden gerichtlichen Kontrolle im Bereich der Fusionskontrolle.....	396
12.) Aber: Das EuG ist keine Widerspruchsbehörde .....	398
13.) Auch keine Notwendigkeit von Beurteilungsspielräumen durch den More Economic Approach in Fusionskontrolle .....	400
14.) Zwischenergebnis.....	402
B. Die Durchführung der gerichtlichen Kontrolle durch das EuG .....	404
I. Eigener Vorschlag.....	405
II. Kann-Bestimmungen in der VO Nr. 139/2004 .....	408
III. Keine Flucht des EuG in ein zu hohes Beweismaß und zu hohe Beweisanforderungen .....	410
1.) Umgehung der Kontrollaufgabe.....	411
2.) Gefahr der Ineffektivität der Fusionskontrolle bei zu hohen Beweisanforderungen .....	412
3.) Das Verhältnis von Beweismaß und Kontrolldichte zueinander .....	414
IV. Ausnutzung der Möglichkeiten des Prozessrechts durch das EuG.....	418
V. Einschaltung von Sachverständigen .....	420
VI. Reform der Unionsgerichtsbarkeit: Ein europäisches Fachgericht für Wettbewerb in der Zukunft?.....	423
 Literaturverzeichnis.....	 431