

Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Jürgen F. Baur

Johanna Hartog

Der Zusammenschlusstatbestand
des wettbewerblich
erheblichen Einflusses

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1	EINFÜHRUNG.....	1
A.	Gegenstand der Untersuchung	1
B.	Der Zusammenschlussbegriff des § 37 GWB im Fusionskontrollsystem des GWB	2
C.	Die Entstehungsgeschichte des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	3
I.	Die Entwicklung des Zusammenschlussbegriffs bis zur 4. GWB-Novelle	4
1.	Der Zusammenschlussbegriff vor Einführung der Fusionskontrolle	4
2.	Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs im Rahmen der Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle.....	5
3.	Weitere Änderung des Zusammenschlusstatbestands durch die 4. GWB- Novelle	6
II.	Einführung des Zusammenschlusstatbestands des wettbewerblich erhebli- chen Einflusses durch die 5. GWB-Novelle.....	8
1.	Die Diskussion um eine erweiterte Einbeziehung von Minderheitsbeteiligungen	8
a)	Stellungnahme des Bundeskartellamts.....	8
b)	Stellungnahme der Monopolkommission	9
c)	Stimmen in der Literatur.....	10
2.	Die Gesetzgebungsgeschichte.....	11
3.	Regierungsbegründung.....	12
III.	Die Änderung durch die 6. GWB-Novelle	12
TEIL 2	DER TATBESTAND DES § 37 ABS. 1 NR. 4 GWB	15
A.	Die Tatbestandsmerkmale	15
I.	Einfluss.....	16
1.	Regierungsbegründung.....	16
2.	Entscheidungspraxis	16
a)	Der Fall ASV AG/Stilke	16
b)	Spätere Entscheidungen	18
3.	Literatur	19
4.	Stellungnahme zum Einflussbegriff - Schwierigkeit einer eigenständigen Definition	20
5.	Merkmale des Einflussbegriffs	20
a)	Anteil allein reicht nicht – Bedeutung von Plusfaktoren	20
b)	Rechtliche und faktische Einflussmöglichkeiten.....	21
c)	Aktiver und passiver Einfluss	22
d)	Unmittelbarer und mittelbarer Einfluss.....	23
e)	Beständigkeit des Einflusses	24
f)	Einfluss bei gleichzeitiger Kontrolle eines anderen Gesellschafters	25
g)	Möglichkeit der Einflussnahme reicht aus.....	25
h)	Reichweite des Einflusses	26
6.	Zwischenergebnis	27
II.	Gesellschaftsrechtliche Vermittlung	27
1.	Der Begriff der gesellschaftsrechtlichen Vermittlung.....	27

a) Regierungsbegründung: Verweis auf BGHZ 90, 381, 394 ff.	27
b) Entscheidungspraxis.....	29
c) Literatur.....	31
d) Stellungnahme.....	31
2. Art der Unternehmensverbindung	33
a) Anteilserwerb	33
b) Personelle Verflechtung.....	33
c) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung durch Optionsvertrag?.....	34
d) Sonstige Unternehmensverbindungen.....	35
3. Zwischenergebnis	36
III. Wettbewerbliche Erheblichkeit	37
1. Gesetzesgenese und Regierungsbegründung	37
2. Der Begriff der wettbewerblichen Erheblichkeit in der Entscheidungs- praxis	38
a) Wettbewerbliche Erheblichkeit als eigener Prüfungspunkt	39
b) Implizite Prüfung der wettbewerblichen Erheblichkeit.....	40
c) Fazit der Entscheidungspraxis.....	42
3. Rückwirkung der materiellen Fusionskontrolle auf das Kriterium der wettbewerblichen Erheblichkeit.....	42
a) Ressourcenzurechnung im Rahmen der Prüfung des § 36 Abs. 1 GWB	43
b) Meinungen in der Literatur	46
c) Stellungnahme	49
4. Wettbewerbliche Erheblichkeit und Wettbewerbsverhältnis der Zusammenschlussparteien	52
a) Horizontale Beziehungen.....	52
b) Vertikale Beziehungen.....	55
c) Konglomerate Beziehungen.....	57
(i) Unternehmen in Substitutionswettbewerb	57
(ii) Unternehmen mit komplementären Produkten	58
(iii) Finanzkräftiger Erwerber.....	58
(iv) Konglomerate Zusammenschlüsse ohne Wettbewerbsrelevanz	60
5. Zwischenergebnis	60
IV. Gemeinsamer Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses	61
B. Verstärkung eines schon bestehenden wettbewerblich erheblichen Einflusses reicht nicht	63
C. Verhältnis zu den anderen Zusammenschlusstatbeständen	65
I. Fortbestehen der Subsidiarität nach der 6. GWB-Novelle.....	66
II. Abgrenzung gegenüber den anderen Zusammenschlusstatbeständen	67
1. Vermögenserwerb.....	67
2. Anteilserwerb	68
3. Kontrollerwerb	68
a) Kontrollbegriff.....	68
b) Notwendigkeit der Abgrenzung.....	70
D. Verhältnis zu § 1 GWB.....	71
I. Klare Abgrenzung der Tatbestände.....	71
II. „Doppelkontrolle“	73

E. Ergebnis	73
TEIL 3 DER WETTBEWERBLICH ERHEBLICHE EINFLUSS IN DER FALLPRAXIS.....	75
A. Höhe des erworbenen Anteils	75
I. Keine Mindestbeteiligungshöhe	76
II. Aufgabe der zwischenzeitlich angewandten 20%-Schwelle	77
III. Die Rolle der Anteilshöhe im Rahmen der Gesamtbetrachtung	81
B. Plusfaktoren	82
I. Besondere Stimmrechte/Vetorechte	83
1. Konstruktion der Stimmrechte/Vetorechte	83
2. Gegenstand der Stimmrechte/Vetorechte	84
a) Einfluss auf wettbewerbsrelevante Entscheidungen	84
b) Reine Sperrminorität reicht grundsätzlich nicht	85
II. Faktische Sperrminorität	90
III. Organpräsenzrechte	91
1. Präsenz in Geschäftsleitung	93
2. Präsenz in Aufsichtsrat	94
3. Präsenz in Beirat	97
IV. Informationsrechte außerhalb von Organpräsenzen	98
1. Umfang der Informationsrechte	98
a) § 51a GmbHG	99
b) § 131 Abs. 1 AktG	99
c) Darüber hinausgehende Informationsrechte	100
2. Bedeutung von Auskunftsverweigerungsrechten im Rahmen der Prüfung des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	100
3. Vermeidung einer Anmeldepflicht durch Ausschluss von sämtlichen wettbewerblchen Informationen	104
a) Inhaltliche Konkretisierung des Auskunftsverweigerungsrechts	104
b) Verfahrensrechtliche Modifizierung des Auskunftsverweigerungsrechts	105
V. Optionen	108
1. Call-Option	108
2. Put-Option	109
VI. Vorkaufsrechte	110
VII. Besondere Vermögensrechte	112
VIII. Wirtschaftliche Abhängigkeit	112
IX. Parallele Interessenlage	113
1. Entscheidungspraxis	114
a) Verknüpfung der beiderseitigen Interessen – ASV AG/Stilke	114
b) Überlegene Markt- und Branchenkenntnis	114
c) „Strategische Kooperationen“ in der Energiewirtschaft	115
d) Grenze: Der Fall Bonner Zeitungsdruckerei	117
2. Analyse und Bewertung der Entscheidungspraxis	118
a) Dauerhafte Einflussnahme muss gewährleistet sein	118
b) Strenge Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen	119
X. Wechselseitige Beteiligungen	121
XI. Sonstige Umstände	122

XII. Gesamtwürdigung.....	123
C. Ergebnis.....	124
TEIL 4 VERFAHRENSRECHTLICHE ASPEKTE.....	127
A. Anmeldung in eindeutigen Fällen.....	127
B. Vorgehensweise in Zweifelsfällen.....	128
I. Sanktionsrisiko.....	128
1. Nichtigkeit des Erwerbs.....	128
2. Entflechtung.....	129
3. Bußgelder.....	131
II. Informelle Kontaktaufnahme mit dem Bundeskartellamt.....	132
III. Vorsorgliche Anmeldung.....	134
IV. Fälle, in denen die Abgrenzung zur Mitkontrolle schwierig ist.....	135
C. Verbindungen i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB und nachfolgende Fusionskontrollverfahren.....	136
D. Ergebnis.....	136
TEIL 5 DIE MATERIELLE PRÜFUNG.....	137
A. Anknüpfung an die formelle Zusammenschlusskontrolle.....	137
B. Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	140
I. Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.....	140
II. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	141
1. Begriff der Verstärkung.....	141
2. Fallkonstellationen.....	142
a) Verstärkung bei Horizontalzusammenschlüssen.....	142
b) Verstärkung bei Vertikalzusammenschlüssen.....	143
c) Verstärkung bei konglomeraten Zusammenschlüssen.....	144
C. Ergebnis.....	144
TEIL 6 ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE.....	147
Fallübersicht.....	151
Abkürzungsverzeichnis.....	157
Literaturverzeichnis.....	161