

# Inhalt

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Vorwort des Herausgebers</b> . . . . .                                                                             | V  |
| <b>Vorwort des Autors</b> . . . . .                                                                                   | IX |
| <b>A. Einleitung</b> . . . . .                                                                                        | 1  |
| I. <i>Problemstellung</i> . . . . .                                                                                   | 2  |
| 1. Die Dynamik von Unternehmenskäufen . . . . .                                                                       | 2  |
| 2. Der Anpassungsbedarf bereits freigegebener Zusammenschlussvorhaben . . . . .                                       | 2  |
| 3. Keine umfassende Publizitätspflicht für Fusionskontrollverfahren . . . . .                                         | 3  |
| 4. Drohende Rechtsfolgen beim Vollzug eines modifizierten Vorhabens . . . . .                                         | 4  |
| II. <i>Untersuchungsgegenstand</i> . . . . .                                                                          | 5  |
| III. <i>Gang der Untersuchung</i> . . . . .                                                                           | 6  |
| <b>B. Modifikationen von Zusammenschlussvorhaben nach Freigabe</b> . . . . .                                          | 7  |
| I. <i>Die grundsätzliche Zulässigkeit von Modifikationen eines Zusammenschlussvorhabens</i> . . . . .                 | 7  |
| 1. Die historisch und grundgesetzlich gebotene restriktive Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Normen . . . . .  | 7  |
| 2. Kein Entgegenstehen des gesetzgeberischen Willens . . . . .                                                        | 9  |
| 3. Der Charakter der Rechtsfolgen des GWB . . . . .                                                                   | 9  |
| 4. Die Akzeptanz von Erweiterungssachverhalten in der Fusionskontrolle . . . . .                                      | 10 |
| a) Die Freigabe wettbewerbsbeschränkender Nebenabreden . . . . .                                                      | 10 |
| b) Die Tatbestandsreduktion nach der Immanenztheorie . . . . .                                                        | 11 |
| c) Nachträgliche Ergänzungen von Freigabeentscheidungen . . . . .                                                     | 12 |
| 5. Fazit . . . . .                                                                                                    | 13 |
| II. <i>Grundlagen der Untersuchungsmethodik</i> . . . . .                                                             | 13 |
| 1. Die Notwendigkeit der Überprüfung von Modifikationen . . . . .                                                     | 13 |
| 2. Der theoretische Handlungsspielraum für zulässige Modifikationen . . . . .                                         | 14 |
| a) Die materielle Untersagungsfähigkeit der Modifikation . . . . .                                                    | 14 |
| aa) Die Erfüllung des Untersagungsstatbestandes aus § 36 Abs. 1 GWB . . . . .                                         | 14 |
| bb) Die Aufhebung von Freigabeentscheidungen nach § 40 Abs. 3a GWB . . . . .                                          | 14 |
| (1) Der Regelungsinhalt von § 40 Abs. 3a GWB . . . . .                                                                | 14 |
| (2) Konkurrenzverhältnis zu den §§ 48, 49 VwVfG . . . . .                                                             | 15 |
| (3) Die tatbestandlichen Voraussetzungen . . . . .                                                                    | 16 |
| (4) Rechtsfolgen . . . . .                                                                                            | 17 |
| (a) Die allgemeine Wirkung der Aufhebung . . . . .                                                                    | 17 |
| (b) Auflösungsverpflichtung oder erneute Prüfung des Vorhabens bei einem Widerruf der Freigabeentscheidung? . . . . . | 17 |
| (5) Stellungnahme . . . . .                                                                                           | 19 |
| (6) Der Widerruf der Befreiung vom Vollzugsverbot . . . . .                                                           | 19 |
| cc) Die Nichteinhaltung einer als Bedingung ausgestalteten Nebenbestimmung . . . . .                                  | 19 |

|      |                                                                                       |    |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| dd)  | Die nachträgliche Untersagungsmöglichkeit nach § 40 Abs. 2 S. 4 Nr. 2<br>GWB          | 20 |
| b)   | Entfallen der Anmeldepflicht gemäß § 39 Abs. 1 GWB                                    | 21 |
| aa)  | Der Wegfall des Zusammenschlusstatbestandes                                           | 21 |
| (1)  | Übertragung des Rechtsgedankens aus der Praxis zu<br>Auflösungsverfügungen            | 22 |
| (2)  | Übertragung des Rechtsgedankens aus dem Umfang einer<br>Untersagungsverfügung         | 22 |
| (3)  | Schlussfolgerung                                                                      | 23 |
| (4)  | Kein Entgegenstehen der vorherigen Anmeldung                                          | 23 |
| (5)  | Zwischenfazit                                                                         | 24 |
| bb)  | Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission                                          | 24 |
| cc)  | Fazit                                                                                 | 24 |
| c)   | Entfallen der Freigabewirkung bei Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens                | 25 |
| d)   | Der zeitliche Rahmen für zulässige Abweichungen                                       | 25 |
| e)   | Zusammenfassung                                                                       | 26 |
| 3.   | Die Festlegung der Vergleichsparameter für die Untersuchung einer Modifikation        | 26 |
| a)   | Das Ursprungsvorhaben als Abweichungsmaßstab                                          | 26 |
| b)   | Die Beachtung des Kausalitätserfordernisses                                           | 27 |
| c)   | Der konkrete Referenzzeitpunkt für die vergleichende Betrachtung                      | 27 |
| aa)  | Die Angaben in der Anmeldung                                                          | 28 |
| bb)  | Der Kenntnisstand der Kartellbehörde                                                  | 28 |
| cc)  | Keine Notwendigkeit der Erkennbarkeit der kartellbehördlichen<br>Entscheidungsgründe  | 29 |
| d)   | Fazit                                                                                 | 29 |
| 4.   | Die Möglichkeiten zur Bestimmung des inhaltlichen Umfangs der Freigabewirkung         | 30 |
| a)   | Der Aussagegehalt der Freigabestatbestände                                            | 30 |
| aa)  | Die Freigabe im Vorprüfverfahren                                                      | 30 |
| (1)  | Freigabemitteilung                                                                    | 30 |
| (2)  | Die Freigabe durch Fristablauf                                                        | 31 |
| (3)  | Zwischenfazit                                                                         | 32 |
| bb)  | Die Freigabe im Hauptprüfverfahren                                                    | 32 |
| (1)  | Freigabeverfügung                                                                     | 32 |
| (2)  | Die Freigabefiktion aufgrund Fristablaufs                                             | 33 |
| (3)  | Die mit Nebenbestimmungen versehene Freigabeverfügung                                 | 34 |
| (4)  | Zwischenfazit                                                                         | 34 |
| cc)  | Die übrigen Freigabemöglichkeiten                                                     | 35 |
| (1)  | Die Zusagepraxis des Bundeskartellamts                                                | 35 |
| (2)  | Die Befreiung vom Vollzugsverbot                                                      | 36 |
| (3)  | Ministererlaubnis                                                                     | 36 |
| b)   | Die wettbewerbliche Prüfung der Fusionskontrolle                                      | 37 |
| aa)  | Die Bedeutung der Marktabgrenzung und des Marktanteils                                | 38 |
| bb)  | Weitere unternehmensbezogene Strukturfaktoren                                         | 39 |
| cc)  | Marktbezogene Strukturfaktoren                                                        | 40 |
| dd)  | Verhaltensbezogene Merkmale                                                           | 40 |
| c)   | Andere Möglichkeiten zur Bestimmung des inhaltlichen Umfangs einer<br>Freigabewirkung | 41 |
| d)   | Zusammenfassung                                                                       | 41 |
| III. | Die Zulässigkeit konkreter Modifikationssachverhalte                                  | 42 |
| 1.   | Die Notwendigkeit der Identitätswahrung der Zusammenschlussbeteiligten                | 42 |
| a)   | Der Austausch eines beteiligten Unternehmens                                          | 42 |

|     |                                                                                                                       |    |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| b)  | Veränderungen bei einem beteiligten Unternehmen . . . . .                                                             | 43 |
| c)  | Das Hinzutreten oder der Wegfall eines nicht im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1<br>GWB beteiligten Unternehmens . . . . . | 45 |
| d)  | Der Austausch des Akquisitionsvehikels . . . . .                                                                      | 45 |
| e)  | Fazit . . . . .                                                                                                       | 46 |
| 2.  | Der Austausch des Zusammenschlusstatbestandes . . . . .                                                               | 46 |
| a)  | Die Bedeutung des Zusammenschlusstatbestandes . . . . .                                                               | 46 |
| aa) | Bedeutung für die formelle Fusionskontrolle . . . . .                                                                 | 46 |
| bb) | Bedeutung für die materielle Fusionskontrolle . . . . .                                                               | 47 |
|     | (1) Der Vermögenserwerb und der alleinige Kontrollerwerb . . . . .                                                    | 48 |
|     | (2) Die Beteiligung mehrerer Unternehmen . . . . .                                                                    | 48 |
|     | (a) Gemeinschaftliche Kontrolle . . . . .                                                                             | 48 |
|     | (b) Gemeinschaftsunternehmen . . . . .                                                                                | 49 |
|     | (3) Der wettbewerblich erhebliche Einfluss . . . . .                                                                  | 49 |
|     | (4) Der Beteiligungserwerb . . . . .                                                                                  | 50 |
|     | (a) 50%iger Anteilserwerb . . . . .                                                                                   | 50 |
|     | (b) Minderheitsbeteiligungen . . . . .                                                                                | 51 |
|     | (5) Zusammenfassung . . . . .                                                                                         | 51 |
| b)  | Die Zulässigkeit eines Wechsels des Zusammenschlusstatbestandes nach<br>erfolgter Freigabe eines Vorhabens . . . . .  | 51 |
| aa) | Konkretisierung der Fragestellung . . . . .                                                                           | 51 |
| bb) | Kein unzulässiger Wechsel zu einem Tatbestand, der in der Prüfung<br>berücksichtigt wurde . . . . .                   | 52 |
| cc) | Bedenken gegen die Zulässigkeit in formeller Hinsicht . . . . .                                                       | 52 |
| dd) | Die Auswirkungen des Wechsels des Zusammenschlusstatbestandes auf<br>die materielle Prüfung . . . . .                 | 53 |
|     | (1) Beispielsfall . . . . .                                                                                           | 53 |
|     | (2) Erste Abwandlung . . . . .                                                                                        | 54 |
|     | (3) Zweite Abwandlung . . . . .                                                                                       | 54 |
|     | (4) Bewertung . . . . .                                                                                               | 54 |
| ee) | Die Frage der Abwärtskompatibilität der Zusammenschlusstatbestände . . . . .                                          | 54 |
|     | (1) Der Wechsel von der alleinigen zur gemeinsamen Kontrolle . . . . .                                                | 55 |
|     | (a) Beispielsfall . . . . .                                                                                           | 55 |
|     | (b) Bewertung . . . . .                                                                                               | 56 |
|     | (2) Die Auswirkungen des Wegfalls positiver Effekte im Einzelfall . . . . .                                           | 57 |
|     | (3) Der Wechsel zum »Auffangtatbestand« des § 37 Abs. 1 Nr. 4<br>GWB . . . . .                                        | 58 |
|     | (4) Materiell unbedenkliche Modifikationen . . . . .                                                                  | 59 |
|     | (5) Zwischenfazit . . . . .                                                                                           | 59 |
| ff) | Zwischenergebnis . . . . .                                                                                            | 59 |
| c)  | Entgegenstehen des Bestimmtheitsgebots und der Rechtssicherheit . . . . .                                             | 59 |
| aa) | Der Rechtsgedanke aus der Praxis zu Auflösungsanordnungen und<br>Untersagungsverfügungen . . . . .                    | 60 |
| bb) | Übertragbarkeit des Rechtsgedankens . . . . .                                                                         | 60 |
| cc) | Zwischenfazit . . . . .                                                                                               | 61 |
| d)  | Die Erkennbarkeit des geprüften Zusammenschlusstatbestandes . . . . .                                                 | 61 |
| aa) | Erkennbarkeit bei Freigabeverfügungen und der Ministererlaubnis . . . . .                                             | 61 |
| bb) | Erkennbarkeit bei Freigaben im Vorprüfverfahren und nach der<br>Freigabefiktion . . . . .                             | 61 |
|     | (1) Die Frage der Vollständigkeit einer Anmeldung . . . . .                                                           | 62 |
|     | (2) Die Relevanz des Zusammenschlusstatbestandes . . . . .                                                            | 64 |

|                                                                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| (3) Zwischenergebnis . . . . .                                                                                                      | 64 |
| cc) Ergebnis . . . . .                                                                                                              | 64 |
| e) Fazit . . . . .                                                                                                                  | 65 |
| 3. Änderungen der Beteiligungshöhe . . . . .                                                                                        | 66 |
| a) Aufstockung der Anteile . . . . .                                                                                                | 66 |
| b) Reduzierung der Anteile . . . . .                                                                                                | 68 |
| aa) Die wettbewerbliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen . . . . .                                                          | 68 |
| bb) Der Wegfall positiver Effekte . . . . .                                                                                         | 69 |
| (1) Beispielsfall . . . . .                                                                                                         | 70 |
| (2) Die Modifikation des Vorhabens nach der Freigabe . . . . .                                                                      | 71 |
| (3) Fazit . . . . .                                                                                                                 | 71 |
| 4. Die Abwärtskompatibilität einer Freigabeentscheidung. . . . .                                                                    | 71 |
| a) Der Prognosecharakter der wettbewerblichen Prüfung . . . . .                                                                     | 72 |
| b) Die Ausnahme bei Vorliegen der Voraussetzungen der Abwägungsklausel . . . . .                                                    | 72 |
| c) Ergebnis . . . . .                                                                                                               | 72 |
| IV. Die Bestimmung abstrakter Beurteilungskriterien . . . . .                                                                       | 73 |
| 1. Die Entscheidungserheblichkeit bestimmter Strukturfaktoren. . . . .                                                              | 73 |
| 2. Die Modifikation entscheidungserheblicher Strukturfaktoren . . . . .                                                             | 74 |
| a) Die Differenzierung nach der ursprünglichen Berücksichtigung . . . . .                                                           | 74 |
| b) Die Erweiterung von Vorhaben um bisher unberücksichtigte Strukturfaktoren. . . . .                                               | 75 |
| aa) Beispielsfall . . . . .                                                                                                         | 75 |
| bb) Abwandlung. . . . .                                                                                                             | 75 |
| cc) Die Möglichkeit einer vom Ursprungsvorhaben abweichenden wettbewerblichen Würdigung . . . . .                                   | 75 |
| dd) Ergebnis . . . . .                                                                                                              | 76 |
| c) Die Änderung bereits berücksichtigter Strukturfaktoren . . . . .                                                                 | 77 |
| d) Zusammenfassung. . . . .                                                                                                         | 77 |
| 3. Die Einschätzung der Zulässigkeit einer Modifikation anhand einer im Einzelfall festzulegenden Wesentlichkeitsschwelle . . . . . | 78 |
| a) Das Wesentlichkeitsmerkmal im Rahmen von § 24a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB a.F. . . . .                                                | 78 |
| b) Die zunehmende Akzeptanz auswirkungsbasierter Beurteilungsansätze . . . . .                                                      | 79 |
| aa) Der Streitstand zum Spürbarkeitskriterium in der deutschen Fusionskontrolle . . . . .                                           | 79 |
| bb) Das Spürbarkeitskriterium in der europäischen Fusionskontrolle. . . . .                                                         | 80 |
| cc) Die Änderungen durch die achte GWB-Novelle. . . . .                                                                             | 81 |
| dd) Die Bedeutung des Spürbarkeitskriteriums im gesamten Kartellrecht außerhalb der Fusionskontrolle. . . . .                       | 82 |
| ee) Fazit . . . . .                                                                                                                 | 82 |
| c) Übertragung des Rechtsgedankens des Spürbarkeitskriteriums . . . . .                                                             | 83 |
| aa) Keine direkte Anwendung des Rechtsgedankens . . . . .                                                                           | 83 |
| bb) Die Analogiefähigkeit der Fragestellung . . . . .                                                                               | 83 |
| d) Die Anwendung des Rechtsgedankens auf progressive Modifikationen . . . . .                                                       | 84 |
| e) Die Grenzen der Anwendung einer Wesentlichkeitsschwelle . . . . .                                                                | 85 |
| aa) Die Notwendigkeit einer Intensitätsgrenze . . . . .                                                                             | 85 |
| bb) Mögliche Kriterien zur Festlegung der Wesentlichkeitsschwelle . . . . .                                                         | 85 |
| cc) Das Problem der doppelten Anwendung des Spürbarkeitskriteriums . . . . .                                                        | 86 |
| dd) Die Frage der universellen Geltung der Wesentlichkeitsschwelle . . . . .                                                        | 86 |
| (1) Die Anwendung des Rechtsgedankens auf regressive Modifikationen . . . . .                                                       | 86 |

|                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| (2) Modifikationen mit Auswirkungen auf nicht entscheidungserhebliche Faktoren . . . . .                              | 86         |
| (3) Das Abweichen von Nebenbestimmungen . . . . .                                                                     | 87         |
| f) Fazit . . . . .                                                                                                    | 87         |
| V. Zusammenfassung . . . . .                                                                                          | 88         |
| <b>C. Parallelen zu den Modifikationen bereits bestehender Unternehmensverbindungen . . . . .</b>                     | <b>89</b>  |
| I. Abgrenzung zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit . . . . .                                                     | 89         |
| II. Die wesentliche Verstärkung bereits bestehender Unternehmensverbindungen . . . . .                                | 90         |
| 1. Der Tatbestand von § 37 Abs. 2 GWB . . . . .                                                                       | 90         |
| 2. Übertragung der Rechtsgedanken . . . . .                                                                           | 91         |
| III. Die Erweiterung oder Änderung der Tätigkeit von Gemeinschaftsunternehmen . . . . .                               | 92         |
| 1. Die Erweiterungs- und Änderungssachverhalte . . . . .                                                              | 92         |
| a) Die Übertragung zusätzlicher vermögensrelevanter Werte oder Rechte . . . . .                                       | 92         |
| b) Änderungen im Gesellschafterbestand . . . . .                                                                      | 93         |
| c) Kein Zusammenschlusstatbestand bei der Verlängerung befristeter Verträge eines Gemeinschaftsunternehmens . . . . . | 93         |
| d) Zusammenfassung . . . . .                                                                                          | 94         |
| 2. Zwischenergebnis . . . . .                                                                                         | 94         |
| IV. Ergebnis . . . . .                                                                                                | 95         |
| <b>D. Die Erweiterung der Freigabewirkung auf Annexvorhaben . . . . .</b>                                             | <b>97</b>  |
| I. Problemstellung . . . . .                                                                                          | 97         |
| 1. Beispielsfall eines Ursprungsvorhabens . . . . .                                                                   | 97         |
| 2. Beispielsfall eines Annexvorhabens . . . . .                                                                       | 97         |
| 3. Die Unbilligkeit des Freigabeerfordernisses des Annexvorhabens . . . . .                                           | 98         |
| II. Legitimation des Rechtsgedankens anhand vergleichbarer Rechtsinstitute . . . . .                                  | 99         |
| 1. Die Freigabe notwendiger Nebenabreden . . . . .                                                                    | 99         |
| 2. Die fusionskontrollrechtliche Behandlung zusammenhängender Transaktionen . . . . .                                 | 100        |
| 3. Der Auffangtatbestand für die Aufsplittung eines Erwerbsvorgangs . . . . .                                         | 100        |
| 4. Fazit . . . . .                                                                                                    | 101        |
| III. Mögliche Voraussetzungen für die Erweiterung der Freigabewirkung auf Annexvorhaben . . . . .                     | 101        |
| 1. Identitätswahrung der beteiligten Unternehmen . . . . .                                                            | 101        |
| 2. Die Akzessorietät des Ursprungsvorhabens zum Annexvorhaben . . . . .                                               | 101        |
| 3. Die materielle Unbedenklichkeit des Annexvorhabens . . . . .                                                       | 102        |
| IV. Die Erweiterung der Freigabewirkung auf das Annexvorhaben . . . . .                                               | 102        |
| V. Fazit . . . . .                                                                                                    | 103        |
| <b>E. Die Umsetzung der Modifikation eines Zusammenschlussvorhabens in die Praxis . . . . .</b>                       | <b>105</b> |
| I. Generelle Handlungsempfehlung . . . . .                                                                            | 105        |
| 1. Präventives Handeln zur Risikominimierung und Verfahrensbeschleunigung . . . . .                                   | 105        |

|      |                                                                                                                                  |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.   | Der frühzeitige Kontakt zur Kartellbehörde . . . . .                                                                             | 105 |
| 3.   | Die »Korrektur« der Anmeldung . . . . .                                                                                          | 106 |
| 4.   | Die Anzeige der Modifikation im Rahmen von § 39 Abs. 6 GWB. . . . .                                                              | 106 |
| II.  | <i>Die Möglichkeiten des Bundeskartellamts zur »Freigabe« der Modifikation . . . . .</i>                                         | 107 |
| III. | <i>Aufwand- und Nutzenrelation der Umsetzung einer Modifikation . . . . .</i>                                                    | 107 |
| 1.   | Die Selbsteinschätzung der Zulässigkeit der Modifikation . . . . .                                                               | 107 |
| a)   | Unzulässige Modifikationen, die ein erneutes Verfahren erforderlich machen . . . . .                                             | 108 |
| b)   | Modifikationen, die zulässig sein können, aber einer Überprüfung bedürfen . . . . .                                              | 108 |
| c)   | Zulässige Modifikationen, die keiner erneuten Prüfung bedürfen und lediglich vor dem Vollzug mitgeteilt werden sollten . . . . . | 108 |
| 2.   | Die Mitteilung der Modifikation des Vorhabens vor dessen Vollzug . . . . .                                                       | 109 |
| a)   | Die Gefahr der Verzögerung der Transaktion durch (erneute) Entscheidungsfristen . . . . .                                        | 109 |
| b)   | Der zusätzliche Einsatz von Ressourcen. . . . .                                                                                  | 109 |
| 3.   | Der Vollzug ohne Kommunikation mit der Kartellbehörde . . . . .                                                                  | 110 |
| a)   | Der Vollzug einer unzulässigen und gegen materielles Recht verstoßenden Modifikation . . . . .                                   | 110 |
| b)   | Der Vollzug einer unzulässigen und nicht gegen materielles Recht verstoßenden Modifikation . . . . .                             | 111 |
| c)   | Der Vollzug einer zulässigen Modifikation. . . . .                                                                               | 111 |
| F.   | <b>Zusammenfassende Darstellung der Ergebnisse . . . . .</b>                                                                     | 113 |
|      | <b>Abkürzungen . . . . .</b>                                                                                                     | 115 |
|      | <b>Literatur . . . . .</b>                                                                                                       | 117 |
|      | <b>Sachregister . . . . .</b>                                                                                                    | 125 |