

HENRIETTE HÜBENER

Potentiale in der Fusionskontrolle

Beiträge zum Kartellrecht

31

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

31



Henriette Hübener

Potentiale in der Fusionskontrolle

Mohr Siebeck

Henriette Hübener, geboren 1994; 2012–2018 Studium der Rechtswissenschaft an der Eberhard Karls Universität Tübingen; 2018–2020 Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; 2024 Promotion; seit 2023 Rechtsanwältin in Hamburg.
orcid.org/0009-0002-8930-7262

D21

ISBN 978-3-16-164645-4/eISBN 978-3-16-164646-1

DOI 10.1628/978-3-16-164646-1

ISSN 2626-773X/eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2024 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Grundsätzlich berücksichtigt sie Rechtsprechung und Schrifttum bis August 2024. Vereinzelt bezieht die Arbeit auch nach diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung ein, wie etwa die Entscheidung des EuGH vom 3. September 2024 in der Sache *Illumina/GRAIL*.

Mein Dank gebührt allen, die zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen haben. Allen voran bedanke ich mich herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas für die Betreuung dieses Vorhabens und die Erstellung des Erstgutachtens. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich für die Mitwirkung in der Prüfungskommission.

Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas danke ich zudem sehr für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie für ihre stetige Begleitung und Unterstützung. Insbesondere danke ich meinen Eltern dafür, dass sie mir die juristische Ausbildung ermöglicht haben, die den Grundstein für diese Arbeit legte. Meinem Ehemann, Benedict Hübener, danke ich von Herzen für sein offenes Ohr und seinen beständigen Zuspruch während der gesamten Promotionszeit. Meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, September 2025

Henriette Hübener

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einführung	1
§ 1 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	1
§ 2 <i>Ziel der Untersuchung</i>	3
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Grundlegung	5
§ 1 Einleitung	7
§ 2 Schutzzwecke des Kartellrechts und der Fusionskontrolle ...	9
A. <i>Potentielle Schutzziele einer Kartellrechtsordnung</i>	9
B. <i>Schutzziele der europäischen Fusionskontrolle</i>	12
C. <i>Schutzziele der deutschen Fusionskontrolle</i>	21
§ 3 Paradigmen der Fusionskontrolle	27
A. <i>Einleitung</i>	27
B. <i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Unternehmenswachstum</i> ...	27
C. <i>Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	42
D. <i>Bedeutung der beiden Paradigmen für das System des Wettbewerbsrechts</i>	89
E. <i>Ergebnis</i>	105

§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 1	109
Teil 2: Die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen mit Potentialen	111
§ 1 Einleitung	113
§ 2 Das Problem: killer acquisitions	115
A. <i>Killer acquisitions</i>	115
B. <i>Erforderlichkeit fusionskontrollrechtlichen Einschreitens</i>	118
§ 3 Der Umgang mit killer acquisitions im Wettbewerbsrecht	143
A. <i>Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers</i>	143
B. <i>Der Umgang mit killer acquisitions auf europäischer Ebene</i>	146
§ 4 Vereinbarkeit mit dem bestehenden System des Wettbewerbsrechts	155
A. <i>Einleitung</i>	155
B. <i>Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Wachstum</i>	156
C. <i>Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	159
D. <i>Ergebnis</i>	161
§ 5 Gesamtergebnis zu Teil 2	163
Teil 3: Konsequenzen für die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften	165
§ 1 Einleitung	167
§ 2 Formelle Fusionskontrolle	169
A. <i>Einleitung</i>	169
B. <i>Auswirkungen auf das Erfordernis des Marktbezugs</i>	170
C. <i>Der potentielle Marktbezug von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten</i>	183
D. <i>Auswirkungen auf andere Fälle des Erwerbs von Wettbewerbspotentialen</i>	223

<i>E. Ergebnis</i>	239
§ 3 Materielle Fusionskontrolle	243
<i>A. Einleitung</i>	243
<i>B. Auswirkungen auf das Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs</i> ...	243
<i>C. Anwendung des materiellen Prüfungsmaßstabs auf Zusammenschlüsse mit Potentialen</i>	245
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 3	295
Schlussfolgerungen	297
§ 1 Schlussfolgerungen aus Teil 1	297
§ 2 Schlussfolgerungen aus Teil 2	298
§ 3 Schlussfolgerungen aus Teil 3	299
Literaturverzeichnis	303
Register	325

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einführung	1
§ 1 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	1
§ 2 <i>Ziel der Untersuchung</i>	3
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	3
Teil 1: Grundlegung	5
§ 1 Einleitung	7
§ 2 Schutzzwecke des Kartellrechts und der Fusionskontrolle ...	9
<i>A. Potentielle Schutzziele einer Kartellrechtsordnung</i>	9
I. Wettbewerb als Institution	9
II. Wohlfahrt	11
1. Effizienz als Maßstab für Wohlfahrtsgewinne	11
2. Verschiedene Wohlfahrtsstandards	12
<i>B. Schutzziele der europäischen Fusionskontrolle</i>	12
I. Wettbewerb als Institution	12
II. Konsumentenwohlfahrt	15
III. Verhältnis der beiden Schutzziele zueinander	18
IV. Ergebnis	21
<i>C. Schutzziele der deutschen Fusionskontrolle</i>	21
I. Wettbewerb als Institution	21
II. Konsumentenwohlfahrt	23
III. Verhältnis der beiden Schutzziele zueinander	25
IV. Ergebnis	26

§ 3 Paradigmen der Fusionskontrolle	27
A. Einleitung	27
B. Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Unternehmenswachstum ...	27
I. Wettbewerb und Potentiale	27
II. Differenzierung zwischen internem und	
externem Unternehmenswachstum	28
1. Unbeschränkt zulässiges internes Wachstum	28
2. Der Fusionskontrolle unterworfenen externes Wachstum	29
3. Hintergründe der Differenzierung	29
a) Wachstumsgeschwindigkeit	29
b) Effizienzgewinne	29
c) Ressourcen	30
d) Markttest	30
e) Setzung von Verhaltensanreizen	31
4. Ergebnis	34
III. Bisherige Abgrenzung zwischen internem und externem Wachstum	34
1. Die problematischen Fälle	34
2. Deutsches Recht	35
a) Einleitung	35
b) Von der Rechtsprechung	
entwickelte Abgrenzungskriterien	35
aa) Warenzeichenerwerb	35
bb) National Geographic	36
cc) Zusammenfassung	37
c) Umsetzung	38
aa) Grundsatz	38
bb) Outsourcing	39
d) Wertung	39
3. Europäisches Recht	40
a) Grundsatz	40
b) Ausnahmen	41
aa) Outsourcing	41
bb) Novartis/GSK	41
c) Ergebnis	42
IV. Ergebnis	42
C. Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle	42
I. Einleitung	42
II. Determinanten des Wettbewerbs	43
III. Instrumente der Wettbewerbsaufsicht	44
IV. Fusionskontrolle	45
1. Deutsche Fusionskontrolle	45

a)	Grammatikalische Auslegung	45
b)	Systematische Auslegung	46
aa)	Gesetzessystematik	46
bb)	Zusammenschlusstatbestände	46
cc)	Kriterien für die materielle Fusionskontrollprüfung	48
dd)	Ergebnis	50
c)	Historisch-genetische Auslegung	50
aa)	Keine Fusionskontrolle bei Inkrafttreten des GWB	50
bb)	Einführung einer Fusionskontrolle durch die zweite GWB-Novelle	52
cc)	Die Gesetzesbegründung zur vierten GWB-Novelle	54
dd)	Zwischenergebnis	55
ee)	Einführung des SIEC-Tests	56
ff)	Ergebnis	57
d)	Teleologische Auslegung	57
e)	Ergebnis	59
2.	Europäische Fusionskontrolle	60
a)	Grammatikalische Auslegung	60
b)	Systematische Auslegung	60
aa)	Zusammenschlusstatbestände	60
bb)	Kriterien für die materielle Fusionskontrollprüfung	62
cc)	Ergebnis	62
c)	Historisch-genetische Auslegung	63
aa)	Beweggründe für die Einführung einer Fusionskontrolle	63
bb)	Leitbild	66
cc)	Untersagungsmaßstab	66
dd)	Zwischenergebnis	67
ee)	Einführung des SIEC-Tests	68
ff)	Ergebnis	69
d)	Teleologische Auslegung	70
e)	Ergebnis	70
3.	Ergebnis	70
V.	Abgrenzung zur Verhaltenskontrolle	71
1.	Einleitung	71
a)	Grundsätzliche Unterschiede zwischen Verhaltens- und Strukturkontrolle	71
b)	Zusammenschlussbegriff als Trennlinie	72
2.	Abgrenzung zum Kartellverbot	72
a)	Differenzierung zwischen Kartellen und Zusammenschlüssen	72
b)	Hintergründe der Differenzierung	73
aa)	Auswirkungen auf den Wettbewerb	73

(1) Unmittelbarkeit	73
(2) Dauerhaftigkeit und Auswirkungen auf die Marktstruktur	74
bb) Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt	75
c) Ergebnis	77
3. Abgrenzung zum Missbrauchsrecht	78
a) Zielrichtung	78
b) Zeitpunkt	79
c) Kriterium der marktbeherrschenden Stellung	79
d) Erfasstes Unternehmenswachstum	79
e) Verhältnis von Fusionskontrolle und Missbrauchsrecht	80
f) Ergebnis	81
VI. Abgrenzung zu einer allgemeinen Marktergebniskontrolle	81
1. Wettbewerb als ein ergebnisoffener Prozess	81
2. Konzeption des deutschen und europäischen Kartellrechts	82
a) Grundsatz	82
b) Ausbeutungsmissbrauch	84
c) Verhaltensunabhängige Entflechtungsinstrumente	84
d) Fusionskontrolle	86
3. Ergebnis	88
VII. Ergebnis	88
<i>D. Bedeutung der beiden Paradigmen für das System des Wettbewerbsrechts</i>	89
I. Erfordernis der Marktstrukturelevanz	89
1. Aufeinandertreffen der Paradigmen im Zusammenschlussbegriff	89
2. Marktbezug der formellen Fusionskontrolle	89
a) Marktbezug als gemeinsamer Nenner der beiden Paradigmen	89
b) Zusammenschlusstatbestände	90
aa) Adressatenstellung	90
bb) Übertragung eines Vermögensteils	92
(1) Marktbezug des Vermögensteils	92
(2) Hintergrund	93
(3) Aktueller Marktbezug des Vermögensteils	94
(4) Feststellung des Marktbezugs	94
(5) Ergebnis	95
c) Local Nexus	95
aa) § 185 Abs. 2 GWB i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB	95
(1) Spürbare Inlandsauswirkungen	95
(a) Marktbezug	95
(b) Spürbarkeit	98

(2) Das Verhältnis von § 185 Abs. 2 GWB und § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB	99
(3) Ergebnis	101
bb) Auswirkungsprinzip und Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO	101
d) Ergebnis	103
3. Ergebnis	104
II. Abgrenzungsfunktion	104
III. Ergebnis	105
E. Ergebnis	105
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 1	109
Teil 2: Die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen mit Potentialen	111
§ 1 Einleitung	113
§ 2 Das Problem: killer acquisitions	115
A. <i>Killer acquisitions</i>	115
I. Begriff	115
II. Erwerbsgegenstand	116
III. Bisherige wettbewerbsrechtliche Einordnung	118
B. <i>Erforderlichkeit fusionskontrollrechtlichen Einschreitens</i>	118
I. Einleitung	118
II. Auswirkungen auf den Wettbewerb	119
1. Einleitung	119
2. Erhöhung der Marktzutrittsschranken durch Verfestigung der Marktstellung des Erwerbers	119
3. Ausschaltung künftigen Wettbewerbs	121
4. Marktverschließungseffekte	122
5. Ergebnis	123
III. Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt	123
1. Einleitung	123
2. Unmittelbare Auswirkungen auf die Produktqualität und Produktvielfalt	124
a) Produktqualität	124
b) Produktvielfalt	125
3. Mittelbare Auswirkungen auf die Produktqualität und Produktvielfalt durch Beeinflussung der Innovationsanreize	125
a) Einleitung	125
b) Begriff der Innovation	126

c)	Indirekte Auswirkungen auf die Innovationsanreize durch Veränderung der Marktstruktur	127
aa)	Einleitung	127
bb)	Schumpeter und Arrow	127
cc)	Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Innovationsanreize	131
dd)	Ergebnis	132
d)	Direkte Auswirkungen auf die Innovationsanreize	133
aa)	Start-ups	133
(1)	Innovationsrate	133
(a)	Positive Auswirkungen	133
(b)	Negative Auswirkungen	135
(c)	Ergebnis	136
(2)	Innovationsrichtung	137
bb)	Etablierte Unternehmen	138
cc)	Ergebnis	138
4.	Ergebnis	139
IV.	Effizienzen	139
V.	Konsequenzen für die fusionskontrollrechtliche Erfassung	140
VI.	Ergebnis	142
§ 3	Der Umgang mit killer acquisitions im Wettbewerbsrecht	143
A.	Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers	143
I.	Transaktionswertschwelle (§ 35 Abs. 1a GWB)	143
II.	Anmeldeverfügung (§ 39a GWB a.F. und § 32f Abs. 2 GWB)	144
B.	Der Umgang mit killer acquisitions auf europäischer Ebene	146
I.	Verweisungslösung (Art. 22 Abs. 1 FKVO)	146
1.	Zeitweilige Praxis der Kommission im Hinblick auf die Annahme von Verweisungsanträgen nach Art. 22 Abs. 1 FKVO	146
2.	Illumina/GRAIL	148
II.	Alternative Möglichkeiten der Prüfung von Zusammenschlüssen mit Potentialen nach europäischem Recht	149
III.	Digital Markets Act	152
§ 4	Vereinbarkeit mit dem bestehenden System des Wettbewerbsrechts	155
A.	Einleitung	155
B.	Die Fusionskontrolle erfasst nur externes Wachstum	156
I.	Vereinbarkeit	156
II.	Problematik	156

<i>C. Die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle</i>	159
I. Vereinbarkeit	159
II. Problematik	160
<i>D. Ergebnis</i>	161
§ 5 Gesamtergebnis zu Teil 2	163
Teil 3: Konsequenzen für die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften	165
§ 1 Einleitung	167
§ 2 Formelle Fusionskontrolle	169
<i>A. Einleitung</i>	169
<i>B. Auswirkungen auf das Erfordernis des Marktbezugs</i>	170
I. Einleitung	170
II. Marktbezug in den adressierten Fällen	171
1. Erwerb von Start-ups im Digitalsektor	171
2. Der Erwerb von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	173
III. Keine grundsätzliche Abkehr vom Erfordernis des Marktbezugs ...	174
1. Grundsatz	174
2. Erwerb von Vermögensteilen	176
a) Grundsätzliche Beibehaltung	176
b) Anpassungsbedarf	177
c) Künftige Anforderungen an den Marktbezug	179
d) Künftige Voraussetzungen des Zusammenschlusstatbestands	181
IV. Ergebnis	182
<i>C. Der potentielle Marktbezug von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten</i>	183
I. Einleitung	183
II. Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	184
1. Wettbewerbsrechtliche Bedeutung	184
2. Begriff	184
III. Kriterien zur Prüfung des Marktbezugs von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	185
1. Möglichkeit der Zuordnung zu einem bestimmten Markt	185
a) Grundsatz	185
b) Stadium der Grundlagenforschung	186
c) Stadium der angewandten Forschung	187
d) Entwicklungsstadium	189

e) Ergebnis	191
2. Hinreichendes Potential	191
a) Einleitung	191
b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit der Markteinführung	192
aa) Wahrscheinlichkeitsmaßstab	192
bb) Anwendung auf den Arzneimittelsektor	194
cc) Anwendung auf den Pflanzenschutzsektor	195
c) Hinreichende zeitliche Nähe der Markteinführung	195
d) Hinreichender Umfang der Markteinführung	197
aa) Einleitung	197
bb) Vorschriften zum lokalen Bezug	198
(1) Erhebliche Inlandstätigkeit des Zielunternehmens (§ 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB)	198
(a) Sinn und Zweck des § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB	198
(b) Verhältnis zu § 185 Abs. 2 GWB	199
(c) Inlandstätigkeit	200
(aa) Tätigkeit	200
(bb) Inlandsbezug	200
(cc) Inlandsbezug von Tätigkeiten mit potentiellem Marktbezug	201
(d) Erheblichkeit der Inlandstätigkeit	203
(aa) Einleitung	203
(bb) (Potentielle) Inlandsumsätze	203
(cc) (Potentieller) Abnehmeranteil	205
(e) Ergebnis	209
(2) Zwischenstaatlichkeitsklausel (Art. 22 Abs. 1 FKVO bzw. Art. 102 Abs. 1 AEUV)	209
(a) Sinn und Zweck der Zwischenstaatlichkeitsklausel	209
(b) Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	210
(c) Spürbarkeit	213
(aa) Einleitung	213
(bb) (Potentielle) gemeinschaftsweite Umsätze	214
(cc) (Potentieller) Marktanteil	215
(d) Ergebnis	216
(3) Ergebnis	217
cc) Übertragung eines Vermögensteils	218
dd) Ergebnis	219
e) Bezugspunkt für die Prüfung des hinreichenden Potentials	220
IV. Ergebnis	221
D. Auswirkungen auf andere Fälle des Erwerbs von Wettbewerbspotentialen	223

I.	Einleitung	223
II.	Erwerb von bislang unternehmensintern eingesetzten Vermögensteilen	225
1.	Outsourcing	225
a)	Begriff	225
b)	Marktbezug des Outsourcings	226
2.	Sonstige Fälle des Erwerbs von bislang unternehmensintern eingesetzten Vermögensteilen	227
3.	Ergebnis	228
III.	Erwerb von Einsatzmitteln, Betriebsmitteln und Immobilien	228
1.	Erwerb von Einsatz- und Betriebsmitteln	228
2.	Erwerb von Immobilien	231
3.	Ergebnis	233
IV.	Erwerb von inaktiven Unternehmen oder Vermögensteilen	233
1.	Beteiligung von Vorrats- und Mantelgesellschaften	233
a)	Begriffe	233
b)	Unternehmenseigenschaft von Vorrats- und Mantelgesellschaften	234
aa)	Problem	234
bb)	Unternehmenseigenschaft von Vorratsgesellschaften ...	235
cc)	Unternehmenseigenschaft von Mantelgesellschaften ...	235
c)	Ergebnis	237
2.	Erwerb eines vorübergehend inaktiven Vermögensteils	237
V.	Ergebnis	239
E.	<i>Ergebnis</i>	239
§ 3	Materielle Fusionskontrolle	243
A.	<i>Einleitung</i>	243
B.	<i>Auswirkungen auf das Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs</i> ...	243
C.	<i>Anwendung des materiellen Prüfungsmaßstabs auf Zusammenschlüsse mit Potentialen</i>	245
I.	Einleitung	245
II.	Reformvorschläge	246
1.	Einleitung	246
2.	Prognosezeitraum	246
3.	Prognosewahrscheinlichkeit	247
4.	Beweislastverteilung	249
5.	Ergebnis	251
III.	Marktabgrenzung	251
1.	Einleitung	251
2.	Erfordernis der Marktabgrenzung	252

a)	Funktion	252
b)	Paradigma der Marktstrukturkontrolle	253
c)	Praxis	254
3.	Marktabgrenzung bei Zusammenschlüssen mit Potentials	254
a)	Problem	254
b)	Keine Abgrenzung von Innovationsmärkten	255
aa)	Konzept	255
bb)	Kritik	256
cc)	Keine Abgrenzung von Innovationsmärkten durch die Kommission	257
c)	Abgrenzung von aktuellen und künftigen Produkt- und Dienstleistungsmärkten	259
4.	Ergebnis	260
IV.	Schadenstheorien	261
1.	Einleitung	261
2.	Etablierte Schadenstheorien	261
a)	Keine Marktanteilsaddition	261
b)	Einstellung, Verzögerung oder Umleitung des Potentials ...	263
aa)	Einleitung	263
bb)	Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber	264
(1)	Potentieller Wettbewerb durch das Zielunternehmen	264
(a)	Gegenwärtiger potentieller Wettbewerb	264
(b)	Künftiger potentieller Wettbewerb	265
(2)	Entstehung einer wettbewerbliehen Lücke	266
cc)	Beseitigung einer wichtigen Innovationskraft	266
(1)	Auf den Innovationswettbewerb bezogene Schadenstheorien	266
(2)	Würdigung	268
(3)	Marktbezogene Schadenstheorien	269
c)	Abschottung des Potentials bzw. der Ressourcen für die Realisierung eines Potentials	270
d)	Integration des Potentials	272
aa)	Einleitung	272
bb)	Ressourcenzuwachs und Spillover-Effekte	272
(1)	Einleitung	272
(2)	Wettbewerbsrelevante Ressourcen	273
(a)	Forschung und Entwicklung	273
(b)	Daten	274
(3)	Voraussetzungen der Schadenstheorie	275
(4)	Keine efficiency offense	276
cc)	Bindung und Kopplung	277

3. Neue Schadenstheorien	278
a) Vorschläge	278
b) Grenzen für die Entwicklung neuer Schadenstheorien	279
aa) Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	279
bb) Marktbezug	280
cc) Keine efficiency offense	280
4. Ergebnis	281
V. Bewertung der Reformvorschläge	282
1. Einleitung	282
2. Grenzen aus höherrangigem Recht für die Umsetzung der Reformvorschläge	282
a) Gesetzesvorbehalt	282
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	284
aa) Einleitung	284
bb) Legitimer Zweck	285
cc) Geeignetheit	285
(1) Einleitung	285
(2) Innovationsanreize	286
(3) Effizienzen	287
dd) Erforderlichkeit	288
ee) Angemessenheit	289
ff) Ergebnis	290
3. Konsequenzen für die Reformvorschläge	291
a) Prognosezeitraum	291
b) Prognosewahrscheinlichkeit	292
c) Beweislastverteilung	292
4. Ergebnis	293
§ 4 Gesamtergebnis zu Teil 3	295
Schlussfolgerungen	297
§ 1 Schlussfolgerungen aus Teil 1	297
§ 2 Schlussfolgerungen aus Teil 2	298
§ 3 Schlussfolgerungen aus Teil 3	299
Literaturverzeichnis	303
Register	325

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Ausschuss-Drs.	Ausschussdrucksache
BB	Betriebs-Berater
BeckOGK	Beck-online.Grosskommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründung
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BReg	Bundesregierung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
CEPA	Center for European Policy Analysis
CLPD	Competition Law & Policy Debate
DB	Der Betrieb
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DMA	Digital Markets Act
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
ECU	Europäische Währungseinheit
EGKS	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag über die Europäische Union
EL	Ergänzungslieferung
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Zeitschrift Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FB	Fallbericht
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung
FK	Frankfurter Kommentar

FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
FuE/F&E	Forschung und Entwicklung
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HBR	Harvard Business Review
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
ICN	International Competition Network
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
JCLE	Journal of Competition Law & Economics
JECLP	Journal of European Competition Law & Practice
JZ	Juristenzeitung
KartellR	Kartellrecht
KG	Kammergericht
Kommission	Europäische Kommission
LMRMK	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann
m.V.a.	mit Verweis auf
MüKo	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharmarecht
RefE	Referentenentwurf eines Gesetzes
RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
SCLR	South Carolina Law Review
SIEC	significant impediment to effective competition
TB	Tätigkeitsbericht
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht/Journal of competition law

Einführung

§ 1 Gegenstand der Untersuchung

Die mit der neunten Novelle eingeführte Aufgreifschwelle in § 35 Abs. 1a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹ ermöglicht es dem Bundeskartellamt, Zusammenschlüsse mit Unternehmen, die noch keine oder nur geringe Umsätze erzielen, aber ein großes Marktpotential bergen, fusionskontrollrechtlich zu prüfen. Hierdurch soll sog. *killer acquisitions* begegnet werden. Darunter sind Fälle zu verstehen, in denen sich ein bereits marktmächtiges Unternehmen mit jungen und innovativen Unternehmen zusammenschließt, um hierdurch die Entstehung einer neuen Wettbewerbskraft kontrollieren oder verhindern zu können.² Erwerbsgegenstand sind dabei häufig Start-ups, deren Unternehmenswert im Wesentlichen aus der Geschäftsidee oder einer digitalen Plattformstruktur ohne nennenswerte Umsätze besteht, die aber ein hohes Marktpotential aufweisen.³ Insbesondere die großen Digitalkonzerne haben in den letzten Jahren vermehrt solche Unternehmen erworben.⁴ Es wird befürchtet, dass dieser Trend zur Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs zu erhöhten Marktzutrittsschranken und Marktverschließungseffekten führt sowie die Innovation beeinträchtigt.⁵

Auch für das europäische Fusionskontrollrecht wird daher über den richtigen Umgang mit dieser Art von Zusammenschlüssen diskutiert.⁶ So hat die Kommission zeitweilig im Rahmen des Art. 22 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁷ Verweisungsanträge im Hinblick auf Zusammenschlussvorhaben gefördert und angenommen, die nicht in die Zustän-

¹ Im Folgenden „GWB“.

² Siehe Teil 2 § 2A.I.

³ Siehe Teil 2 § 2A.II.

⁴ Vgl. *Furman et al.*, Unlocking digital competition, 2019, S. 49 f., 92; *Argentesi et al.*, Lear-Report, 2019, S. 11 ff.

⁵ Siehe Teil 2 § 2B.

⁶ Kommission, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 26.3.2021, SWD(2021) 66 final, Rn. 266 ff.; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 110 ff.; *Bourreaulde Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019; *Vestager*, Rede bei der International Bar Association 24th Annual Competition Conference am 11.9.2020.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1, im Folgenden „FKVO“.

digkeit des verweisenden Mitgliedstaats gefallen sind,⁸ um Zusammenschlüsse, an denen Unternehmen beteiligt sind, die eine bedeutende Rolle im Wettbewerb spielen oder künftig spielen könnten, obwohl sie zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses keine nennenswerten Umsätze erzielen, der Fusionskontrolle zu unterwerfen.⁹ Damit hat sie zwar keine Transaktionswertschwelle eingeführt, den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle aber dennoch faktisch erweitert. Da der EuGH diese Kommissionpraxis mit seiner Entscheidung in der Sache *Illuminal/GRAIL* für unzulässig erklärt hat, werden nun alternative Möglichkeiten erwogen, um diese Zusammenschlüsse der europäischen Fusionskontrolle zu unterwerfen.¹⁰

Eine fusionskontrollrechtliche Erfassung solcher Zusammenschlüsse wirkt sich jedoch sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht erheblich auf das System der Fusionskontrolle aus. Derartige Änderungen erfordern insbesondere die Auseinandersetzung mit zwei die Fusionskontrolle prägenden Grundsätzen: Zum einen soll die Fusionskontrolle lediglich externes Unternehmenswachstum begrenzen, während das Kartellrecht internem Unternehmenswachstum nicht entgegensteht.¹¹ Zum anderen wird die Fusionskontrolle als Strukturkontrolle verstanden, die nur eingreift, wenn ein Zusammenschlussvorhaben abstrakt geeignet ist, die Marktstruktur zu verändern.¹² Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle auf die beschriebenen Fälle ist nicht ohne Weiteres mit diesen beiden Paradigmen vereinbar. Durch den Erwerb eines Unternehmens, das noch keine nennenswerten Umsätze erzielt, wird in der Regel keine aktuelle, sondern eine lediglich potentielle Marktstellung übertragen. Der Erwerb eines solchen Potentials ist nach der bisherigen Entscheidungspraxis jedoch mangels Marktstrukturelevanz als grundsätzlich zulässiges und nicht der Fusionskontrolle unterliegendes internes Wachstum einzuordnen.¹³ Bricht man die bisherige Differenzierung auf, könnte dies, vor allem vor dem Hintergrund, dass die Veräußerung des Start-ups an einen großen Konzern die Exit-Strategie vieler Investoren ist,¹⁴ einen verfehlten Verhaltensanreiz setzen. Es ist daher von großer Bedeutung, welche Potentiale in Zukunft von der Fusionskontrolle erfasst werden. Neben dem Innovations- und Wettbewerbspotential von Start-ups liegt nämlich auch in der Beschaffung von Einsatzmitteln und Verbrauchsmaterial ein gewisses Wettbewerbspotential.¹⁵ Zudem kann der Erwerb von bisher

⁸ Kommission, Leitfaden zu Art. 22 FKVO, ABl. 2021 C 113/1, Rn. 11.

⁹ Kommission, Leitfaden zu Art. 22 FKVO, ABl. 2021 C 113/1, Rn. 9.

¹⁰ Siehe Teil 2 § 3B.II.

¹¹ Siehe Teil 1 § 3B.

¹² Siehe Teil 1 § 3C.

¹³ OLG Düsseldorf, 15.6.2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW/E DE-R 1504, 1506 f. – National Geographic; BGH, 10.10.2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979, 1980 f. – National Geographic I. Siehe auch Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. 2009 C 43/10, Rn. 24. Siehe näher hierzu Teil 1 § 3 B.III, Teil 2 § 2A.III.

¹⁴ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 111.

¹⁵ Hierzu BGH, 10.10.2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979, 1981 f. – National Geographic I.

lediglich unternehmensintern genutztem Vermögen, zwischenzeitlich stillgelegten Unternehmensteilen oder Vorrats- und Mantelgesellschaften Marktpotential bergen.¹⁶ Im Grunde genommen enthält jeder Austauschvertrag ein gewisses Wettbewerbspotential.¹⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern die erwähnten Grundsätze des Fusionskontrollrechts unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung für das System des Wettbewerbsrechts angepasst werden müssen, um den Zugriff auf *killer acquisitions* handhabbar zu machen, ohne dabei jeden Austauschvertrag der Fusionskontrolle zu unterwerfen.

§ 2 Ziel der Untersuchung

Kernfrage der Untersuchung ist daher, wie die genannten Paradigmen so erweitert werden können, dass die Fusionskontrolle Verbindungen mit Potentialen, die ihren Schutzzwecken zuwiderlaufen, erfasst, ohne sich gleichzeitig auf jeden Erwerb eines Vermögensteils zu erstrecken. Die Arbeit macht es sich folglich zur Aufgabe, im Spannungsfeld zwischen Innovationsförderung und den Schutzziele der Fusionskontrolle einen Ausgleich zwischen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung der Übertragung von bestimmten Marktpotentialen und dem Grundsatz, dass die Fusionskontrolle nur externes Wachstum erfasst, sowie dem Verständnis der Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle zu finden.

§ 3 Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Untersuchung dient der Grundlegung. Er befasst sich zunächst mit den Schutzzwecken der deutschen und europäischen Kartellrechtsordnung im Allgemeinen und der Fusionskontrolle im Besonderen. Sodann widmet er sich den beiden für die Untersuchung maßgeblichen Paradigmen der Fusionskontrolle. Zum einen setzt er sich mit dem Grundsatz auseinander, dass die Fusionskontrolle nur externes Unternehmenswachstum erfasst, während die Kartellrechtsordnung internes Unternehmenswachstum nicht beschränkt. Zum anderen zeigt er das Verständnis der Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle auf. Im Anschluss untersucht er die Bedeutung dieser beiden Paradigmen für das System des Wettbewerbsrechts.

Der zweite Teil der Arbeit setzt sich mit der fusionskontrollrechtlichen Erfassung von Zusammenschlüssen mit bloßen Potentialen auseinander. Einleitend

¹⁶ Siehe zum bisherigen Umgang mit diesen im Hinblick auf die Marktstrukturelevanz problematischen Fallgruppen *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 35 GWB Rn. 45, § 37 GWB Rn. 38, 44, 46, 48 ff.

¹⁷ *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2020, § 37 GWB Rn. 52.

erläutert er den Begriff der *killer acquisition*. Daraufhin geht er der Frage nach, ob *killer acquisitions* der Fusionskontrolle unterworfen sein sollten. Im Anschluss stellt er die Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf diese Art von Zusammenschlüssen sowie den Stand der Diskussion über Möglichkeiten, diesem Phänomen auf europäischer Ebene zu begegnen, dar. Sodann widmet sich die Arbeit der Frage, ob die Erfassung von Zusammenschlüssen mit bloßen Potentialen mit den im grundlegenden Teil erläuterten Paradigmen vereinbar ist.

Da die Untersuchung zu dem Schluss kommt, dass dies nicht der Fall ist, geht sie im dritten Teil der Frage nach, wie die Paradigmen des Fusionskontrollrechts angepasst werden können, um den Zugriff auf diese Art von Zusammenschlüssen handhabbar zu machen, ohne die Fusionskontrolle auf jeden Austauschvertrag zu erstrecken. Hierfür befasst sie sich zunächst mit den Auswirkungen der Gesetzesänderungen im deutschen Recht und den Bestrebungen auf europäischer Ebene, bestimmte Zusammenschlüsse mit Potentialen der Fusionskontrolle zu unterwerfen, auf die formellen Fusionskontrollvorschriften und schlägt Kriterien zur Umsetzung dieser Maßnahmen vor. Sodann untersucht sie, ob sich die Änderungen in der formellen Fusionskontrolle auf das Konzept des materiellen Prüfungsmaßstabs ausgewirkt haben und wendet den materiellen Prüfungsmaßstab auf Zusammenschlüsse mit Potentialen an.

Abschließend fasst die Arbeit die gewonnenen Erkenntnisse zusammen.

Teil I

Grundlegung

§ 1 Einleitung

Ob und wie sich das Fusionskontrollrecht mit Zusammenschlüssen mit Potentialen zu befassen hat, richtet sich nach den Schutzzwecken der jeweiligen Kartellrechtsordnung und der jeweiligen Fusionskontrollvorschriften. Nur wenn solche Zusammenschlüsse diesen Schutzzwecken zuwiderlaufen können, ist das Fusionskontrollrecht die richtige Rechtsmaterie, um ihnen zu begegnen. Für die in Teil 2 erörterte Frage, ob die fusionskontrollrechtliche Prüfung von Zusammenschlüssen mit Potentialen erforderlich ist, ist es daher unerlässlich, die Schutzziele der Fusionskontrolle zu bestimmen.

Ferner wirkt sich die Ausweitung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse mit Potentialen grundlegend auf das System des Wettbewerbsrechts aus und ist insbesondere im Hinblick auf zwei die Fusionskontrolle prägende Grundsätze problematisch. So könnte sie zum einen mit dem Verständnis der Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle unvereinbar sein. Zum anderen bricht sie die bisherige Trennung zwischen internem und externem Unternehmenswachstum auf, da der Zusammenschluss mit bloßen Potentialen nach den bisher gültigen Abgrenzungskriterien als nicht der Fusionskontrolle unterliegendes internes Wachstum einzuordnen ist. Für die in Teil 2 folgende Untersuchung, ob die fusionskontrollrechtliche Erfassung von Zusammenschlüssen mit bloßen Potentialen mit diesen Paradigmen vereinbar ist, und die in Teil 3 bearbeitete Frage, inwiefern diese ggf. angepasst werden müssen, ist es erforderlich, sich näher mit ihnen auseinanderzusetzen.

Der erste Teil der Untersuchung umreißt daher zunächst die potentiellen Schutzzwecke der deutschen und europäischen Kartellrechtsordnung und der jeweiligen Fusionskontrollvorschriften (§ 2), betrachtet sodann die für die Untersuchung relevanten Paradigmen der Fusionskontrolle näher (§ 3) und fasst die gewonnenen Ergebnisse in einem Gesamtergebnis zusammen (§ 4).

§ 2 Schutzzwecke des Kartellrechts und der Fusionskontrolle

A. Potentielle Schutzziele einer Kartellrechtsordnung

I. Wettbewerb als Institution

Eine Kartellrechtsordnung kann das Ziel verfolgen, den Wettbewerb als solchen zu schützen. Wettbewerb kann allgemein durch die Existenz von Märkten mit mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, die sich antagonistisch verhalten, charakterisiert werden.¹ Der Wettbewerbsprozess lässt sich auch umschreiben als „das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.“²

Dieser Wettbewerbsprozess wird aus verschiedenen Gründen als schützenswert erachtet. Von den Vertretern des Ordoliberalismus wurde der Wettbewerb vor allem als Mittel zur Domestizierung übermäßiger wirtschaftlicher Macht und damit zum Schutz individueller Handlungsfreiheiten verstanden.³ Dementsprechend bezeichnete *Böhm* den Wettbewerb als „das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“.⁴ *Kantzenbach* schrieb dem Wettbewerb fünf konkrete Zielfunktionen zu: Die leistungsgerechte Einkommensverteilung, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität sowie den technischen Fortschritt durch Produkt- und Prozessinnova-

¹ *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. 2013, S. 3 f.

² *Borchardt/Fikentscher*, Wettbewerb Wettbewerbsbeschränkung Marktbeherrschung, 1957, S. 15. Eine über diese abstrakt gefasste Umschreibung hinausgehende, allgemein anerkannte positive Definition des Wettbewerbsbegriffs gibt es im Kartellrecht aufgrund der Komplexität des Wettbewerbsphänomens und der unterschiedlichen Eigenschaften und Funktionen, die dem Wettbewerb zugeschrieben werden, nicht. Eine positive Definition könnte niemals alle Bedingungen, Wirkungsweisen und Folgen des Wettbewerbs erfassen, da Freiheitspositionen aufgehoben werden würden, wenn ihre Inhalte vorweg bestimmt würden (*Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1).

³ Vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 48 ff., 291 ff. Näher hierzu *Möschel*, in: FS Pfeiffer, 1988, 707, 712 ff.; *Günther*, in: FS Böhm, 1975, 183, 190 f.

⁴ *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, 1961, 1, 22.

tion.⁵ Dagegen lehnte von Hayek es ab, den Wettbewerb aufgrund von bestimmten Funktionen zu schützen, indem er den Wettbewerb als „spontane Ordnung“⁶ bzw. als „Entdeckungsverfahren“⁷ beschrieb, dessen Ergebnisse unvorhersehbar seien und die von niemandem bewusst angestrebt werden könnten⁸.

Der Wettbewerbsprozess wird durch die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit geschützt.⁹ Wettbewerb entsteht, wo Rechtssubjekte im Wirtschaftsverkehr von ihrer Handlungsfreiheit Gebrauch machen.¹⁰ Einer auf den Wettbewerbsschutz abzielenden Kartellrechtsordnung geht es daher darum, Strukturen zu schaffen, in denen ökonomische Entscheidungen dezentral getroffen werden können.¹¹ Die Wettbewerbsregeln schaffen als rechtlicher Rahmen („Spielregeln“¹²) ein *level playing field* für die Marktakteure und damit die Bedingungen für ein dynamisches Wettbewerbsgeschehen.¹³ Dabei wird davon ausgegangen, dass ab bestimmten Konzentrationsgraden eine Marktstruktur vorliegt, die wettbewerbsbeschränkendes Verhalten besonders begünstigt.¹⁴ Als Überschreiten der kritischen Schwelle wird in vielen Wettbewerbsordnungen die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung erachtet.¹⁵ Folglich knüpft eine Wettbewerbsord-

⁵ Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl. 1967, S. 16 f.

⁶ von Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, in: Streit, Friedrich A. von Hayek – Rechtsordnung und Handelsordnung – Aufsätze zur Ordnungsökonomik, 2003, 35, 37 f., 42; siehe auch von Hayek, Wahrer und falscher Individualismus, in: Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. erw. Aufl. 1976, 9, 17 f.

⁷ von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968.

⁸ von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 3.

⁹ Hoppmann, Fusionskontrolle, 1972, S. 12.

¹⁰ Hoppmann, Fusionskontrolle, 1972, S. 11; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 2; Immenga, ZWeR 2006, 346, 356.

¹¹ Basedow, WuW 2007, 712.

¹² Hoppmann, Fusionskontrolle, 1972, S. 33; Hoppmann, Grundsätze marktwirtschaftlicher Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988, 296, 301; Möschel, in: FS Pfeiffer, 1988, 707, 719.

¹³ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 30; Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb, 2011, S. 66; Bögel/Jakobi, BB 2005, 113.

¹⁴ Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 79 ff., 92, 182 ff.; EuG, 25.3.1999, T-102/96, Rn. 94 – Gencor.

¹⁵ Vgl. Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 82. So auch in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO und in § 36 Abs. 1 S. 1 GWB. Unter einer marktbeherrschenden Stellung wird dabei im europäischen und deutschen Recht eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens verstanden, die es diesem ermöglicht, sich gegenüber seinen Wettbewerbern, Abnehmern und den Verbrauchern unabhängig zu verhalten (grundlegend EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Rn. 38 – Hoffmann-La Roche/Kommission; siehe auch BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, Rn. 9). Marktbeherrschenden Unternehmen fehlt mangels ausreichendem Wettbewerbsdruck der Anreiz, ihre Leistungsfähigkeit aus eigener Initiative zu verbessern, während sie gleichzeitig über den nötigen Handlungsspielraum verfügen, um Handelspartner und Verbraucher mit unangemessenen Konditionen auszubeuten oder Konkurrenten in ihren Aktionspotentialen auf dem Markt zu behindern (Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 81. EL 1/2024, Art. 102 AEUV Rn. 6).

Register

- Abnehmeranteil 205
Adressatenstellung 90 ff., 94, 220, 234
Anmeldeverfügung 144 f.
Arzneimittelsektor 194 ff.
Ausbeutungsmissbrauch 84 f., 88
Auswirkungsprinzip 97, 99 ff., 101 ff.,
198, 199, 209, 216, 221
- Betriebsmittel 228 ff., 239
Beweislast 249 ff., 282, 283 f., 288,
292 f., 293 f., 296, 301
Bindung und Kopplung 277 f., 281
- Consumer welfare siehe
Konsumentenwohlfahrt
- Daten 41, 49, 119 f., 122, 124 f., 201,
255, 271, 273, 274, 275, 288
Determinanten des Wettbewerbs 43, 44
Digital Markets Act 85, 152 f., 289
Digitalsektor 115, 119 ff., 133, 152,
171 ff., 220, 223, 239, 248, 250, 257,
263, 272, 274, 275, 278, 288, 299
Dynamische Effizienz 11, 12, 77, 87,
277
- Economies of scale 11, 119
Economies of scope 11, 119
Effects based approach 11
Efficiency defense 88
– Darlegungs- und Beweislast 249
– In der deutschen
Fusionskontrolle 24, 86
– In der europäischen
Fusionskontrolle 25
Efficiency offense 276 f., 280 f.
- Effizienzen 12, 16, 17, 20, 24 f., 75 ff.,
86 f., 104, 123, 139 f., 142, 160 f.,
261, 276 f., 280 f., 283, 285 f., 287 f.,
290, 291 ff., 295, 296, 299
Einsatzmittel 2, 94, 228 ff., 270, 281
Erwerbsgegenstand 1, 116 ff., 163
Etablierte Unternehmen 135, 137, 138,
139, 141, 264, 272, 288
Exit-Strategie 2, 134, 157, 287
Externes Unternehmenswachstum 2, 3,
27 ff., 47 f., 62, 79, 81, 89, 93, 104,
105 f., 109 f., 113, 118, 156 ff, 164,
172, 174 ff., 179, 183, 224, 297, 298
- Form based approach 11
Formelle Fusionskontrolle 59, 90,
169 ff., 244, 254
Forschung und Entwicklung 11, 31 f.,
42, 77, 105 f., 109, 128, 138, 157,
164, 173, 176, 184 ff., 202, 256,
273 f., 297
– Angewandte Forschung 185, 187 f.,
190
– Forschung im
Entwicklungsstadium 189 ff., 192 f.,
194, 195 ff., 202, 204 ff., 212,
214 ff., 220 f., 222, 228, 230, 240,
300
– Grundlagenforschung 185, 186 f.,
191, 221 f., 240, 299 f.
- Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten
– Erwerb 173 ff.
– Marktbezug 184 ff.
- Gemeinschaftsweite Umsätze 214 f.
Gesetzesvorbehalt 244, 282 ff., 293, 296,
301

- Handlungsfreiheit der Marktakteure 9 f.,
21, 57 f., 71, 78, 83
- Immobilien 231 ff.
- Inlandsauswirkungen 95 ff., 203 f.,
206 f.
- Inlandstätigkeit 97, 173, 174, 176,
198 ff.
- Tätigkeit 200
 - Inlandsbezug 200 ff.
 - Erheblichkeit 203 ff.
- Inlandsumsätze 97 f., 98 f., 101, 169,
203 ff.
- Innovation 126 f.
- Innovationsanreize 31 ff., 39, 42, 107,
127 ff., 133 ff., 140 f., 142, 158 f.,
163, 259, 268 f., 286 f., 290, 292,
293, 295 f., 298 f.
- Innovationskraft 263 f., 266 ff., 276, 281
- Innovationsmarkt 95, 255 ff.
- Innovationsrate 133 ff.
- Innovationsrichtung 137 ff.
- Internes Unternehmenswachstum 28,
29 ff., 34 ff., 47, 79 f., 81, 89, 106,
110, 113, 118, 156, 163, 171, 224,
228 f., 232, 295, 298
- Kartellverbot 72 ff.
- Killer acquisition 1, 115 ff., 143 ff.
- Konsumentenwohlfahrt 58 f., 70, 71,
75 ff., 90, 109, 123 ff., 140 ff., 155,
158, 163, 243, 276 f., 279, 280, 281,
283, 285, 286, 287 f., 289, 290, 292,
293, 296, 297, 298, 301
- Begriff 12
 - in der deutschen
Fusionskontrolle 23 ff., 25 ff.
 - in der europäischen
Fusionskontrolle 15 ff., 18 ff.
 - Konsumentenrente 12
- Künftiger Markt 259 ff.
- Local nexus 95 ff., 176
- Lokaler Bezug siehe local nexus
- Mantelgesellschaft 233 ff.
- Marktabgrenzung 94, 97, 101, 206 f.,
216, 251 ff., 296, 300
- Marktanteil 43, 48 ff., 61 f., 62, 98 f.,
119, 206 f., 213, 215 ff., 222, 241,
261 ff., 280, 281, 295 f., 300
- Marktanteilsaddition 261 ff., 280, 296,
300
- Marktbeherrschende Stellung 24, 28, 32,
45, 49, 62, 73, 79, 130, 247, 261
- Marktbeherrschungsregelbeispiel 14 f.,
16, 19, 22, 45, 58, 60, 68, 69, 79, 86,
247, 253, 261
- Marktbeherrschungstest 14, 16, 19, 22,
45, 49, 55, 56, 58, 67 ff., 76, 79, 86,
253
- Marktbeherrschungsvermutung 48, 50,
62
- Marktbezug 89 ff., 170 ff., 183 ff.,
226 f., 280
- Markteinführung 191 ff.
- Wahrscheinlichkeit 192 ff.
 - Zeitliche Nähe 195 ff.
 - Umfang 197 ff.
- Marktergebniskontrolle 42, 44, 81 ff.
- Marktstrukturkontrolle 42 ff., 159 ff.,
253 f.
- Marktstrukturmissbrauch 79, 80 f.
- Marktstrukturrelevanz 47 f., 71, 89 ff.,
104 f., 105, 106 f., 109 f., 118, 159 f.,
160 f., 161, 163 f., 169, 183, 215,
219, 223 f., 226, 237, 241, 295,
297 f.
- Markttest 30
- Marktverhaltenskontrolle 32, 45, 54,
71 ff., 88, 106, 110, 160 f., 164, 298
- Marktverschleißeffekte 74, 122 f.,
163, 270, 279, 298
- Marktzutrittsschranken 48, 119 ff., 130,
132, 142, 163, 272, 274, 298
- Materielle Fusionskontrolle 59, 90,
169 ff.
- Missbrauchsrecht 50, 71, 78 ff., 95, 158,
289
- Missbrauchsverbot 64 f., 78 ff., 151

- Outsourcing 39, 41, 94, 218, 225 ff.
- Pflanzenschutzsektor 195, 255
- Pharmazeutischer Sektor 41 f., 122, 188, 194, 206, 257, 260, 265
- Potential 1 ff., 27, 191 ff., 223 ff., 245 ff.
- Einstellung 263 ff.
 - Umleitung 263 ff.
 - Verzögerung 263 ff.
 - Abschottung 270 ff.
 - Integration 272 ff.
- Potentieller Wettbewerb 98, 116, 119, 264 ff., 291
- Gegenwärtig 264 f.
 - Künftig 121 f., 265 f.
- Produktqualität 12, 43, 124 f., 125 ff., 139, 142, 163, 298
- Produktvielfalt 12, 43, 125 ff.
- Produzentenrente 12
- Prognoseentscheidung 50, 86 ff., 210, 282
- Prognosewahrscheinlichkeit 193, 247 ff., 286, 292
 - Prognosezeitraum 180, 195 ff., 246 f., 285, 287, 291 f.
- Prüfungsmaßstab 22, 54, 62, 84, 243 ff., 245 ff.
- Reformvorschläge 246 ff., 282 ff.
- Ressourcen 11, 15, 28, 30, 31, 32, 74, 99, 127, 139, 173, 183, 220 f., 226, 228, 235 f., 255, 270 ff., 272 ff.
- Ressourcenzuwachs 272 f., 275, 281, 296
- Schadentheorie 261 ff., 278 ff.
- Schutzziele 9 ff., 285, 298
- Potentielle Schutzziele 9 ff.
 - Deutsche Fusionskontrolle 21 ff.
 - Europäische Fusionskontrolle 12 ff.
- SIEC-Test 17, 18, 20, 22, 23, 25, 56 ff., 68 f., 86 ff., 109, 123, 196, 243 ff., 278, 282 ff., 296, 300
- Spillover-Effekt 128, 131, 270, 272 ff., 281
- Spürbarkeit 98 f., 199, 213 ff., 218 f., 222, 227
- Start-up 1 f., 115, 116, 118, 120, 121, 133 ff., 171 ff.
- Transaktionswertschwelle 2, 56, 143 f., 145, 160 f., 163, 174, 177, 180, 199, 206, 207 f., 224, 231, 234, 243, 260, 261, 263, 268, 299
- Umsatzschwelle 99 ff., 103, 144, 145, 147, 148, 163 f., 169, 198 f., 204, 209, 224, 231, 234, 299
- Verbraucherwohlfahrt siehe Konsumentenwohlfahrt
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 279 f., 284 ff.
- Vermögensteil 34 ff.
- Marktbezug 92 f.
 - Erheblichkeit 34 ff.
 - Intern eingesetzt 225 ff., 227 f.
 - Inaktiv 233 ff.
 - Übertragung 35, 92 ff., 176 ff., 218 f.
- Verweisungslösung 146 ff., 244 f., 283, 295 f.
- Vorratsgesellschaft 233 ff.
- Wettbewerb 9 ff.
- als Institution 9 ff.
 - als ergebnisoffener Prozess 81 ff.
- Wohlfahrt 11 f.
- Zusammenschlussbegriff 72, 89 ff.
- Zusammenschlusstatbestände 46 f., 60 ff., 90 ff., 181 f.
- Zwischenstaatlichkeitsklausel 102, 209 ff.