

Europäisches Wirtschaftsrecht

Patrick Grüner

Das Vollzugsverbot in der EU-Fusionskontrolle

Grundlagen, Anwendungsbereich
und Verbotsinhalt des Art. 7 FKVO

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 70

Patrick Grüner

Das Vollzugsverbot in der EU-Fusionskontrolle

Grundlagen, Anwendungsbereich
und Verbotsinhalt des Art. 7 FKVO



Nomos





Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: München, LMU, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-7169-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-1216-3 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2020/21 als Dissertation angenommen. Für die Druckfassung wurden Rechtsprechung und Literatur bis April 2021 berücksichtigt.

Den erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit verdanke ich auch der Unterstützung mehrerer Personen. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Ackermann, der mir bei meinem Vorhaben jederzeit mit Rat und Tat zur Seite stand. Für die Erstattung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Martin Burgi. Weiterer Dank gilt Herrn Rechtsanwalt Dr. Thomas Wessely für die Anregung zu dem in hohem Maße praxisrelevanten Thema.

Erheblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben schließlich das Stipendium des Cusanuswerks und die Unterstützung durch das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München, in dessen Räumlichkeiten die Arbeit größtenteils entstanden ist.

Widmen möchte ich die Arbeit meinen Eltern Friedrich und Hildegard Grüner und meiner Frau Monika Grüner, die mich bei meinem Vorhaben immer unterstützt haben.

Stuttgart, im August 2021

Patrick Grüner

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	25
Einleitung	29
Allgemeiner Teil	35
Kapitel 1 – Wettbewerbsrechtliche Grundlagen	36
A. Das Vollzugsverbot als Kernelement der präventiven Regelungstechnik	36
B. Einführung in die Vorschrift des Art. 7 FKVO	62
Kapitel 2 – Betriebswirtschaftliche Grundlagen	167
A. Gegenstandsbestimmung: Fusionskontrollrechtlicher Zusammenschlussbegriff versus „M&A“	169
B. Grundlagen des Zusammenschlussprozesses	171
C. Erfolgsrelevanz des Prozessmanagements	188
D. Zusammenfassung: Mechanik und Folgen eines Maßnahmenaufschubs	218
Kapitel 3 – Unionsverfassungsrechtliche Grundlagen	221
A. Überblick über die primärrechtlichen Rahmenbedingungen	222
B. Vollzugsverbot und Grundrechte	223
Besonderer Teil	257
Kapitel 4 – Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	257
A. Sachlich-zeitlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	257
B. Persönlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	325
C. Räumlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	329

Inhaltsübersicht

Kapitel 5 – Inhaltliche Reichweite des Vollzugsverbots	361
A. Begriffsbestimmung: „gun jumping“ und „premerger coordination“	361
B. Grundproblem: Wann ist ein „Zusammenschluss [...] vollzogen“?	363
C. Einzelprobleme des Vollzugsverbots	364
D. Vollzugskonzept des Art. 7 FKVO	368
Kapitel 6 – Zusammenfassung in Thesen	621
Literaturverzeichnis	635

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Einleitung	29
Allgemeiner Teil	35
Kapitel 1 – Wettbewerbsrechtliche Grundlagen	36
A. Das Vollzugsverbot als Kernelement der präventiven Regelungstechnik	36
I. Terminologische Abgrenzungen	36
1. „Vollzug“, „Zusammenschluss“ und „Zusammenschlussvorhaben“	36
2. „Präventive“ und „repressive“ Systeme der Fusionskontrolle	37
3. „Verbot mit Anzeige“- „Erlaubnis“- oder „Befreiungsvorbehalt“	39
II. Typologie der zeitlichen Regelungstechniken	39
1. Grundmodell der repressiven Fusionskontrolle	40
2. Grundmodell der präventiven Fusionskontrolle	41
a. Begriffsbestimmung: „Erlaubnis“- und „Befreiungsvorbehalte“	42
b. Typisches Kontrollinstrumentarium und Vollzugsregelung	44
3. Gemischt präventiv-repressive Modelle der Fusionskontrolle	47
III. Einordnung des Modells der FKVO	50
1. Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle	51
a. Prinzip des Erlaubnisvorbehalts	54
b. Ergänzende Prinzipien	55
aa. Pflicht zur vorherigen Anmeldung	55
bb. Beschleunigung des Verfahrensablaufs	58
cc. Sanktionierung von Verfahrensverstößen	59
dd. Entflechtung des Zusammenschlusses	60
2. Durchbrechungen des Grundsatzes der Präventivkontrolle	61

Inhaltsverzeichnis

B. Einführung in die Vorschrift des Art. 7 FKVO	62
I. Der Grundtatbestand des Vollzugsverbots (Art. 7 Abs. 1 FKVO)	62
1. Regelungszweck	63
a. Historischer Hintergrund	65
aa. Präventive Fusionskontrolle nach Art. 66 EGKSV	66
bb. Repressive Fusionskontrolle nach Art. 85 und 86 EWGV	69
cc. Der Präventionsgrundsatz in den Vorbereitungen zur FKVO	72
(1) Überblick über die Entwicklungen der Jahre 1973 bis 1989	73
(2) Zwischenzeitliche Erfahrungen mit Entflechtungen in Deutschland	81
dd. Der Präventionsgrundsatz im System der FKVO 1989	86
b. Theoretisches Fundament	87
aa. Systematisierung	87
bb. Hintergrund: Die Rückabwicklungsproblematik	89
(1) Rückabwicklungsproblematik I: Wiederherstellung funktionierender Strukturen	89
(a) Begriffsbestimmung: „Entflechtung“	89
(b) Entflechtungszielsetzungen	92
(c) Typologie der Entflechtung	94
(d) Typische Entflechtungsschwierigkeiten	95
(aa) Untergang als Rechtssubjekt	97
(bb) Umgestaltung und Integration	98
(cc) Verlust von Stakeholderbeziehungen	101
(dd) Änderung der Marktverhältnisse	103
(ee) Offenlegung wettbewerblich sensibler Informationen	104
(ff) Fehlen geeigneter Erwerbsinteressenten	104
(gg) Zeitdauer als „Querschnittsfaktor“	108
(hh) Widerstand durch die beteiligten Unternehmen	111
(2) Rückabwicklungsproblematik II: Behebung zwischenzeitlich eingetretener Schäden	114

(3) Zwischenergebnis	116
cc. Lösung des Gesetzgebers: Vermeidung von Entflechtung bzw. Schadensregulierung	117
(1) Einführung in die Literatur zur optimalen zeitlichen Regelungstechnik	119
(2) Problematik einer allein auf Abschreckung aufbauenden Fusionskontrolle	121
(a) Begrenztheit der möglichen Sanktionen nach Art und Höhe	122
(b) Unsicherheiten bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage	124
(c) Begrenztheit des Erkennungs- und Verfolgungsrisikos	125
(3) Entschärfung im präventiven Modell	126
(a) Anreize zur vorherigen Erlaubniseinholung	126
(b) Trennung von materieller Beurteilung und Sanktion	128
c. Zusammenfassung und Ergebnis	128
2. Regelungsmerkmale	130
a. Formeller Charakter	130
b. Automatischer Charakter	132
c. Vorläufiger Charakter	133
d. Abstrakter Charakter	133
II. Die Ausnahmetatbestände vom Vollzugsverbot (Art. 7 Abs. 2 und 3 FKVO)	135
1. Ausnahme für öffentliche und „schleichende“ Übernahmen (Art. 7 Abs. 2 FKVO)	136
a. Regelungsstruktur	136
b. Regelungszweck	138
c. Sachlicher Anwendungsbereich der Ausnahme	140
aa. Öffentliche Übernahmen	140
bb. „Schleichende“ Übernahmen („Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren“)	140
(1) Begriffsbestimmung: Wertpapiere	140
(2) Erfordernis mehrerer Erwerbsvorgänge und Veräußerer	140
(3) Anwendbarkeit auf außerbörsliche Erwerbsvorgänge	141

Inhaltsverzeichnis

d. Inhalt und Umfang der Ausnahme	142
aa. Vollzugerlaubnis in Abweichung von Art. 7 Abs. 1 FKVO	142
bb. Verbleibende Beschränkungen	142
(1) Art. 7 Abs. 2 Buchst. a, b Alt. 1 FKVO („Verbot der Stimmrechtsausübung“)	143
(a) Grundsatz: Geltung nur für Stimmrechte aus Neuanteilen	144
(b) Ausnahme: Kontrollerwerb durch Altanteile	145
(2) Art. 7 Abs. 2 Buchst. a, b Alt. 2 FKVO (Einzelfreistellung vom „Verbot der Stimmrechtsausübung“)	145
e. Eintritt und Dauer der Anmeldefrist	147
2. Einzelfreistellung vom Vollzugsverbot (Art. 7 Abs. 3 FKVO)	149
a. Formelle Freistellungsvoraussetzungen	151
b. Materielle Freistellungsvoraussetzungen	152
c. Entscheidung der Kommission	154
aa. Entscheidungsmöglichkeiten	154
bb. Überblick über die bisherige Praxis	155
cc. Verfahren der Freistellung	157
dd. Inhalt und Umfang der Freistellung	158
ee. Sonderproblem: Freistellung in Verweisungsfällen	158
III. Teilregelung der zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes (Art. 7 Abs. 4 FKVO)	159
1. Anordnung schwebender Unwirksamkeit (Art. 7 Abs. 4 Unterabs. 1 FKVO)	159
a. Begriffsbestimmung: Vollzugs- und sonstige Rechtsgeschäfte	160
b. Weitere Folgen nach anwendbarem nationalem Recht	162
2. Ausnahme von der schwebenden Unwirksamkeit (Art. 7 Abs. 4 Unterabs. 2 FKVO)	165
3. Keine Regelung zu außervertraglichen Ansprüchen Dritter	165

Kapitel 2 – Betriebswirtschaftliche Grundlagen	167
A. Gegenstandsbestimmung: Fusionskontrollrechtlicher Zusammenschlussbegriff versus „M&A“	169
B. Grundlagen des Zusammenschlussprozesses	171
I. Typische Ziele von Zusammenschlüssen	171
1. Systematisierung	171
2. Gesamtwertsteigerung als wirtschaftliches „Oberziel“	172
3. Bedeutung persönlicher Ziele	173
II. Typischer Ablauf des Zusammenschlussprozesses	174
1. Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b FKVO)	176
a. Verhandlungsverfahren	176
aa. Vorgespräche und Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung (NDA)	176
bb. Abgabe von Absichtserklärungen (LoI, MoU)	177
cc. Durchführung der Due-Diligence-Prüfung	177
dd. Strukturierung und Bewertung	178
ee. Kontaktaufnahme mit den Wettbewerbsbehörden	179
ff. Signing, Closing und wirtschaftlicher Stichtag	179
gg. Einweisung und Integrationsbeginn	180
b. Bieterverfahren	181
c. Anteilerwerb über die Börse	181
2. Rechtliche Fusion (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a FKVO)	182
3. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 4 FKVO)	184
4. Phasenmodell	186
C. Erfolgsrelevanz des Prozessmanagements	188
I. Allgemeine Zielerreichungsfaktoren	189
1. Identifizierung, Bewertung und Realisierung von Wertschöpfungspotenzialen	190
a. Begriffsbestimmung: „Wertschöpfungspotenziale“	190
b. Systematisierungskriterien	191
aa. Organisatorische Reichweite	191
bb. Realisierungszeitpunkt	193
c. Typologie der Wertschöpfungspotenziale	195
2. Identifizierung, Bewertung und Unterdrückung von Wertvernichtungspotenzialen	197
a. Begriffsbestimmung: „Wertvernichtungspotenziale“	197

Inhaltsverzeichnis

b. Systematisierungskriterien	198
aa. Organisatorische Reichweite	198
bb. Realisierungszeitpunkt	199
c. Typologie der Wertvernichtungspotenziale	200
3. Minimierung der Transaktionskosten	201
4. Optimierung des Transaktionspreises	203
II. Zeitmanagement als „Querschnittsfaktor“	203
1. Ausgangspunkt	204
2. Die beiden „Hebel“ des Zeitmanagements	205
a. Prozessgeschwindigkeit	205
b. Timing von Maßnahmen	210
3. Besondere „Maßnahmentreiber“	214
a. Bekanntwerden des Vorhabens	214
b. Signing und Closing	215
c. Wirtschaftlicher Stichtag	215
D. Zusammenfassung: Mechanik und Folgen eines Maßnahmenaufschubs	218
 Kapitel 3 – Unionsverfassungsrechtliche Grundlagen	 221
A. Überblick über die primärrechtlichen Rahmenbedingungen	222
B. Vollzugsverbot und Grundrechte	223
I. Europäische Grundrechtslehren	223
1. Grundrechtsträgerschaft von Unternehmen	223
2. Adressatenstellung der Unionsorgane; Schutzebenen	224
3. Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung	225
II. Standpunkte in der Literatur und Praxis	225
III. Vereinbarkeit des Art. 7 FKVO mit Grundrechten	228
1. Schutzbereich	228
a. Unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC)	229
b. Eigentumsrecht (Art. 17 Abs. 1 GRC)	230
c. Vereinigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GRC)	231
d. Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 GRC)	232
e. Gesamtschau und Konkurrenzen	234
2. Eingriff	236
3. Rechtfertigung	237
a. Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheitsgebot und Wesensgehaltsgarantie	237
b. Verhältnismäßigkeit	239
aa. Gemeinwohlorientierte Zielsetzung	239

bb. Geeignetheit	240
cc. Erforderlichkeit	243
dd. Angemessenheit	248
4. Ergebnis	255
IV. Auslegung und Anwendung des Art. 7 FKVO im Einzelfall	256
Besonderer Teil	257
Kapitel 4 – Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	257
A. Sachlich-zeitlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	257
I. Grundsatz	257
II. Einzelheiten nach Fallgruppen	258
1. Zusammenschlüsse von EU-weiter Bedeutung (Art. 1 und 3 FKVO)	258
a. Eintritt des Vollzugsverbots	258
b. Erlöschen des Vollzugsverbots	262
aa. Wegfall einer notwendigen Positivvoraussetzung nach Art. 1 oder Art. 3 Abs. 1 bis 4 FKVO bzw. Eintritt einer Negativvoraussetzung nach Art. 3 Abs. 5 FKVO	262
bb. Genehmigungsentscheidung der Kommission	263
(1) Uneingeschränkte Genehmigung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b, Art. 8 Abs. 1 FKVO)	265
(2) Genehmigung nach Änderung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 1 bzw. Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 1 FKVO)	265
(3) Genehmigung unter einer Bedingung oder Auflage (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO)	266
cc. Ablauf der Untersagungsfrist (Art. 10 Abs. 6 FKVO)	269
dd. Untersagungsentscheidung der Kommission (Art. 8 Abs. 3 FKVO)	269
ee. Freistellungsentscheidung der Kommission (Art. 7 Abs. 3 FKVO)	271
c. Wiederaufleben des Vollzugsverbots	271
aa. Widerruf einer Genehmigungsentscheidung (Art. 6 Abs. 3 bzw. Art. 8 Abs. 6 FKVO)	271

Inhaltsverzeichnis

bb. Gerichtliche Aufhebung einer Genehmigungs-, Untersagungs- oder Freistellungsentscheidung (Art. 264 Abs. 1 AEUV)	272
cc. Eintritt einer auflösenden Bedingung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO)	273
d. Verhältnis der Vollzugsregelung der FKVO zu den innerstaatlichen Vollzugsregelungen der Mitgliedstaaten	274
aa. Begriffsbestimmung: „Vollzugsregelung“	274
bb. Wettbewerbsrechtliche Vollzugsregelungen der Mitgliedstaaten (Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 1 FKVO)	274
cc. Außerwettbewerbsrechtliche Vollzugsregelungen der Mitgliedstaaten (Art. 21 Abs. 4 FKVO)	275
(1) Einführung in die Vorschrift des Art. 21 Abs. 4 FKVO	275
(2) Bedeutung für vorläufige mitgliedstaatliche Vollzugsregelungen	277
(a) Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 4 FKVO	277
(b) Formelle Unionsrechtskonformität	277
(c) Materielle Unionsrechtskonformität	279
(d) Lösung von Anwendungskonflikten	282
2. Besonderheiten im Kontext des Verweisungsregimes	283
a. Einführung in das Verweisungsregime der FKVO	283
b. Verweisungen nach Art. 22 FKVO	285
aa. Rückblick: Rechtslage vor dem 1. März 1998	285
(1) British Airways/Dan Air (Fall M.278)	287
(2) RTL/Veronica/Endemol (Fall M.553)	287
(3) Kesko/Tuko (Fall M.784)	288
(4) Blokker/Toys „R“ Us (Fall M.890)	289
bb. Aktuelle Rechtslage (Art. 22 Abs. 4 Unterabs. 1 S. 2 FKVO)	289
(1) Eintritt des Vollzugsverbots	291
(a) Eintrittszeitpunkt	291
(b) Eintrittsvoraussetzungen	292
(c) Gegenständliche Beschränkung („soweit“)	294
(2) Erlöschen des Vollzugsverbots	295

(3) Verhältnis zu den wettbewerbsrechtlichen Vollzugsregelungen der Mitgliedstaaten	296
c. Verweisungen nach Art. 4 Abs. 5 FKVO	299
aa. Eintritt des Vollzugsverbots	300
(1) Eintrittszeitpunkt	300
(2) Eintrittsvoraussetzungen	305
(3) Keine zeitlich-gegenständliche Beschränkung	306
bb. Erlöschen des Vollzugsverbots	306
cc. Verhältnis zu den wettbewerbsrechtlichen Vollzugsregelungen der Mitgliedstaaten	307
d. Verweisungen nach Art. 9 FKVO	308
e. Verweisungen nach Art. 4 Abs. 4 FKVO	310
3. Besonderheiten im Rüstungssektor (Art. 346 Abs. 1 Buchst. b AEUV)	312
4. Sonderproblem: Vollzugsverbot „kraft Anmeldung“?	315
a. Problemstellung	316
b. Mögliche Argumente	317
aa. Einheit des Vorverfahrens	317
bb. Gleichlauf der Zuständigkeiten und des anwendbaren Rechts	318
cc. Regelungszweck des Art. 7 Abs. 1 FKVO	319
dd. Freiwillige Unterwerfung unter die Zuständigkeit der Kommission	320
c. Bewertung	320
d. Ergebnis	324
B. Persönlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	325
C. Räumlicher Anwendungsbereich des Vollzugsverbots	329
I. Begriffsbestimmung: „Durchsetzungs“- und „Anordnungsbereich“	329
II. Durchsetzungsbereich	330
III. Anordnungsbereich (extraterritoriale Wirkung)	332
1. Auslandsanknüpfungen und -regelungen durch Art. 7 FKVO	333
2. Problemstellung	334
a. Vollzugsverbot für „Auslandsteile“ eines Zusammenschlusses	335
b. Vollzugsverbot bei „reinen Auslandszusammenschlüssen“	336

Inhaltsverzeichnis

3. Völkerrechtlicher Rahmen	338
a. Erfordernis einer sinnvollen Anknüpfung	340
b. Anknüpfung nach dem Auswirkungsprinzip	341
c. Inhalt und Schranken des Auswirkungsprinzips	343
4. Vereinbarkeit der aktuellen Regelung mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts	344
a. Unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkungen	345
b. Interessenabwägung (Verhältnismäßigkeit)	347
aa. Geeignetheit zur Zweckerreichung	348
bb. Erforderlichkeit	349
cc. Angemessenheit	352
c. Ergebnis	357
5. Vereinbarkeit der aktuellen Regelung mit Unionsverfassungsrecht	359
IV. Sonderproblem: Verweisungen nach Art. 22 FKVO	360
Kapitel 5 – Inhaltliche Reichweite des Vollzugsverbots	361
A. Begriffsbestimmung: „gun jumping“ und „premerger coordination“	361
B. Grundproblem: Wann ist ein „Zusammenschluss [...] vollzogen“?	363
C. Einzelprobleme des Vollzugsverbots	364
I. „Umfassender“ („rechtlicher“) Vollzug	364
II. „Teilweiser“ Vollzug	365
1. Sukzessiver Erwerb von Kontrollmitteln im Sinne des Art. 3 Abs. 2 FKVO	366
2. Vorwegnahme der wesentlichen wettbewerblichen Auswirkungen eines Vorhabens	367
III. „Weiterer“ Vollzug	367
IV. „Passiver“ Vollzug	367
V. Verhältnis zum Kartellverbot (Art. 101 AEUV)	368
D. Vollzugskonzept des Art. 7 FKVO	368
I. Entscheidungspraxis und Diskussionsstand	369
1. Rückblick: Entscheidungspraxis und (letzter) Diskussionsstand zu Art. 66 § 1 EGKSV	369
a. Überblick über den Normtext	369
b. Begriffsverständnis in der Literatur	370

c.	Begriffsverständnis der Hohen Behörde (Kommission)	373
aa.	ARBED/HADIR	373
bb.	Guest Keen & Nettlefolds/Miles Druce	374
cc.	Schneider/Denain Nord-Est Longwy/de Wendel/Marine-Firminy	376
dd.	British Steel/Dunford Hadfields/Johnson & Firth Brown	377
d.	Zusammenfassung und Beurteilung	378
aa.	Grundsätzliches	378
bb.	„Umfassender“ Vollzug	378
cc.	„Teilweiser“ Vollzug	379
dd.	„Weiterer“ Vollzug	379
ee.	„Passiver“ Vollzug	380
2.	Entscheidungspraxis und Diskussionsstand zu Art. 7 FKVO	380
a.	Begriffsverständnis der Kommission	380
aa.	Verwaltungspraxis	380
(1)	Genehmigungs- und Bußgeldverfahren	381
(a)	Torras/Sarrió (M.166)	383
(b)	Telefónica/Sogecable/Cablevisión (M.709)	384
(c)	Bertelsmann/Kirch/Premiere (M.993)	386
(d)	Compagnie Nationale de Navigation/Sogelfa/CIM (M.1021)	388
(e)	Samsung/AST (M.920)	389
(f)	A.P. Møller (M.969)	390
(g)	Skanska/Scancem (M.1157)	392
(h)	Hutchison/RCPM/ECT (JV.55)	394
(i)	Lagardère/Natexis/VUP (M.2978)	395
(j)	RTL/M6 (M.3330)	397
(k)	Yara/Kemira GrowHow (M.4730)	398
(l)	Ineos/Kerling (M.4734)	399
(m)	Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône (M.4994)	400
(n)	Volkswagen/MAN (M.6267)	403
(o)	Marine Harvest/Morpol (M.7184)	404
(p)	Altice/PT Portugal (M.7993)	411
(q)	Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (M.8179)	420

Inhaltsverzeichnis

(2) Freistellungsverfahren	423
(a) Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens	426
(b) Erwerb der Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen	427
(3) Entflechtungsverfahren	437
(a) Anordnung der Entflechtung in bislang vier Fällen	437
(b) Ablehnung der Entflechtung im Fall Ryanair/Aer Lingus (M.4439)	438
bb. Empfehlungen und Stellungnahmen	442
(1) Zur Qualifikation von Maßnahmen vor Kontrolländerung als „Nebenabreden“	443
(2) Zum Konzept des „faktischen“ Kontrollerwerbs	444
(3) Zum Konzept des „passiven“ Kontrollerwerbs	444
(4) Zum Konzept des „einzigsten“ Zusammenschlusses	445
(5) Verwendung der Begriffe „Vollzug“ und „vollzogen“ in anderem Kontext	450
cc. Äußerungen in Gerichtsverfahren	453
dd. Zusammenfassung und Strukturierung	454
(1) „Umfassender“ Vollzug	454
(2) „Teilweiser“ Vollzug	457
(3) „Weiterer“ Vollzug	459
(4) „Passiver“ Vollzug	460
(5) Verhältnis zum Kartellverbot (Art. 101 AEUV)	461
b. Begriffsverständnis der Unionsgerichte	462
aa. Air France/Kommission (T-3/93)	462
bb. Aer Lingus/Kommission	463
(1) Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz (T-411/07 R)	464
(2) Hauptsacheklage (T-411/07)	467
cc. Éditions Odile Jacob/Kommission	469
(1) Verfahren vor dem EuG (T-279/04)	469
(2) Verfahren vor dem EuGH (C-551/10 P)	470
dd. Electrabel/Kommission	471
(1) Verfahren vor dem EuG (T-332/09)	472

	(2) Verfahren vor dem EuGH (C-84/13 P)	475
ee.	Marine Harvest (Mowi)/Kommission	475
	(1) Verfahren vor dem EuG (T-704/14)	475
	(2) Verfahren vor dem EuGH (C-10/18 P)	480
ff.	Ernst & Young/Konkurrenzerädet (C-633/16)	483
gg.	Zusammenfassung und Strukturierung	491
	(1) „Umfassender“ Vollzug	491
	(2) „Teilweiser“ Vollzug	491
	(3) „Weiterer“ Vollzug	495
	(4) „Passiver“ Vollzug	496
	(5) Verhältnis zum Kartellverbot (Art. 101 AEUV)	496
c.	Begriffsverständnis der deutschen Gerichte	496
aa.	LG Köln (EPG)	497
bb.	OLG Dresden (Presselounges)	498
cc.	Zusammenfassung und Strukturierung	499
d.	Begriffsverständnis der Literatur	499
aa.	Herangehensweise der Literatur	501
	(1) Versuch einer abstrakten Definition	501
	(2) Bildung von Fallgruppen	502
	(3) Aufstellung von Maßnahmenkatalogen	503
bb.	Wesentliche Beurteilungskriterien	504
	(1) Zusammenschlussbezogenheit von Vollzugsmaßnahmen	504
	(2) Wettbewerbsbezogenheit von Vollzugsmaßnahmen	505
	(3) Keine Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften und Realakten	506
	(4) Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäften	507
	(5) Realisierender Charakter von Vollzugsmaßnahmen	509
	(6) Unumkehrbarkeit von Vollzugsmaßnahmen	511
	(7) Verfügbarkeit des Kartellverbots als „Auffangtatbestand“	513
cc.	Standpunkte zu Einzelaspekten	513
	(1) „Umfassender“ Vollzug	513
	(2) „Teilweiser“ Vollzug	517
	(a) Sukzessiver Erwerb von Kontrollmitteln im Sinne des Art. 3 Abs. 2 FKVO	520

Inhaltsverzeichnis

(b)	Vorwegnahme der wesentlichen wettbewerblichen Auswirkungen eines Vorhabens	524
(c)	Vereinzelt: Generelle Ablehnung „teilweiser“ Vollzugsmaßnahmen	526
(3)	„Weiterer“ Vollzug	528
(4)	„Passiver“ Vollzug	529
(5)	Verhältnis zum Kartellverbot (Art. 101 AEUV)	530
(a)	Ebene des Anwendungsbereichs	532
(aa)	Die „These von den unabhängigen Unternehmen“	532
(bb)	Berücksichtigung des Art. 21 Abs. 1 FKVO	535
(b)	Ebene des Verbotsinhalts	536
(aa)	Grundsätzliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede	537
(bb)	Zur Qualifikation von Maßnahmen vor Kontrolländerung als „Nebenabreden“	542
(c)	Zusammenfassung	544
II.	Bewertung und Fortentwicklung	545
1.	Keine rechtsvergleichende Untersuchung	546
2.	Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 FKVO („Zusammenschluss [...] vollzogen“)	548
a.	Vollzugsbegriff (Art. 7 FKVO)	548
b.	Zusammenschlussbegriff (Art. 3 FKVO)	550
aa.	Zusammenschluss als Zustand	553
bb.	Zusammenschluss als Vorgang	555
cc.	Zusammenschluss als Gesamtheit „integraler Bestandteile“	557
(1)	Konzept der „integralen Bestandteile“	558
(a)	Grundlagen	558
(b)	Konkretisierung	560
(2)	Konzept des „einzigsten“ Zusammenschlusses	563
c.	Zwischenergebnis: Bedeutung für das Vollzugskonzept	566
3.	Regelungszusammenhang des Art. 7 FKVO	567
a.	Innerer Regelungszusammenhang (Regel-Ausnahme-Prinzip)	567

b.	Äußerer Regelungszusammenhang	569
aa.	Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO („nach [...] Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug“)	569
bb.	Art. 22 Abs. 4 Unterabs. 1 S. 2 FKVO („soweit [...] noch nicht vollzogen“)	572
cc.	Art. 8 Abs. 4 und 5 FKVO („Zusammenschluss [...] vollzogen“)	573
dd.	Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle (Erlaubnisvorbehalt)	574
c.	Zwischenergebnis: Bedeutung für das Vollzugskonzept	575
4.	Regelungszweck des Art. 7 Abs. 1 FKVO	576
a.	Oberziel: Vermeidung von Rückabwicklungsschwierigkeiten	577
aa.	Vollzug bei konkret drohenden Rückabwicklungsschwierigkeiten?	577
bb.	Vollzug bei abstrakt drohenden Rückabwicklungsschwierigkeiten?	578
cc.	Zwischenergebnis	579
b.	Unterziel: Vorläufige Verhinderung von Marktstrukturveränderungen	579
aa.	Begriffsbestimmung: Marktstruktur und Marktverhalten	581
bb.	Vollzug als Bewirkung oder Aufrechterhaltung eines integralen Bestandteils	582
(1)	Bewirkung einer dauerhaften Kontrolländerung („umfassender“ Vollzug)	583
(a)	Durch aktives Verhalten	583
(b)	Durch passives Verhalten („passiver“ Vollzug)	586
(2)	Aufrechterhaltung einer dauerhaften Kontrolländerung („weiterer“ Vollzug)	588
(3)	Bewirkung eines sonstigen integralen Bestandteils („teilweiser“ Vollzug)	593
(a)	Sukzessiver Erwerb von Kontrollmitteln im Sinne des Art. 3 Abs. 2 FKVO	593
(b)	Vorwegnahme der wesentlichen wettbewerblichen Auswirkungen eines Vorhabens	599

Inhaltsverzeichnis

(c) Sonderproblem: „Pooling“- , „Spinning“- und „Warehousing“-Konstellationen	605
(aa) „Pooling“ und „Spinning“	605
(bb) „Warehousing“	607
(4) Aufrechterhaltung eines sonstigen integralen Bestandteils	611
(5) Kein Vollzug bei bloßer Regelung oder Vorbereitung eines integralen Bestandteils	612
5. Verhältnis zur „Ernst & Young-Formel“ des EuGH	613
6. Verjährung von Verstößen gegen das Vollzugsverbot	614
7. Verhältnis zwischen Art. 7 FKVO und Art. 101 AEUV	615
a. Ebene des Anwendungsbereichs	615
b. Ebene des Verbotsinhalts	619
c. Übersicht	620
Kapitel 6 – Zusammenfassung in Thesen	621
Literaturverzeichnis	635

Abkürzungsverzeichnis¹

Acad. Manage. Rev.	Academy of Management Review.
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon, ABl. C 306/1 vom 17. Dezember 2007.
Antitrust Bull.	Antitrust Bulletin.
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal.
BB	Betriebs-Berater.
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB (Literaturverzeichnis bei Hau, Wolfgang/Poseck, Roman).
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis.
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften.
Bus. Law.	The Business Lawyer.
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift.
CFL	Corporate Finance Law.
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review.
DB	Der Betrieb.
DÖV	Die öffentliche Verwaltung.
Duke L.J.	Duke Law Journal.
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt.
E.C.L.R.	European Competition Law Review.
EGV 1997	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Amsterdam, ABl. C 340/1 vom 10. November 1997.
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, BGBl. 1952 II, 447.
E.L. Rev.	European Law Review.
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („Europäische Menschenrechtskonvention“) vom 4. November 1950.

¹ Allgemein gebräuchliche und ohne Weiteres verständliche Abkürzungen wurden nicht aufgenommen.

Abkürzungsverzeichnis

EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon, ABl. C 306/1 vom 17. Dezember 2007.
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, BGBl. 1957 II, 753.
EWRA	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1/3 vom 3. Januar 1994.
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht.
FK-KartR	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Literaturverzeichnis bei Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk).
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1 vom 29. Januar 2004.
FKVO 1989	Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395/1 vom 30. Dezember 1989, berichtigt ABl. L 257/13 vom 21. September 1990.
FKVO 1997	FKVO 1989 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 180/1 vom 9. Juli 1997.
FKVO-DVO	Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 133/1 vom 30. April 2004 in der Fassung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 336/1 vom 14. Dezember 2013.
GK-GWB/EuKartR	Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Literaturverzeichnis bei Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav).
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung, ABl. C 83/389 vom 30. März 2010.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18. Januar 2021, BGBl. 2021 I, 2.

GWB 1973	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3. August 1973, BGBl. 1973 I, 917.
GWB 1989	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Dezember 1989, BGBl. 1989 I, 2486.
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.
ICN	International Competition Network.
JA	Juristische Arbeitsblätter.
JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice.
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics.
JuS	Juristische Schulung.
KK-KartR	Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Literaturverzeichnis bei Busche, Jan/Röhling, Andreas).
MK-EuWettbR	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Literaturverzeichnis bei Säcker, Franz Jürgen/Meier-Beck, Peter/Bien, Florian/Montag, Frank bzw. Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen).
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht.
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft.
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen.
Strat. Mgmt. J.	Strategic Management Journal.
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review.
WM	Wertpapier-Mitteilungen.
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb.
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht.
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht.

