

DANIEL KAPPES

Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht des GWB

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 10



10



TENEA



Mit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999 ist das Fusionskontrollverfahren starken Änderungen unterzogen worden. Insbesondere wurde die generelle vorbeugende Fusionskontrolle eingeführt. Das Verfahren teilt sich in zwei Abschnitte. Zunächst werden im Vorprüfverfahren die unbedenklichen Zusammenschlüsse aussortiert und formlos vom Bundeskartellamt freigegeben. Schwierigere Fälle treten sodann in das Hauptprüfverfahren, das nunmehr stets mit einem Verwaltungsakt abgeschlossen wird. Entweder wird ein Zusammenschluß untersagt oder aber neuerdings auch förmlich freigegeben. Eine solche Freigabeverfügung bietet den Vorteil, Zusammenschlüsse, die in Teilen zu einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlußbeteiligten führen, unter Bedingungen und Auflagen freizugeben, um diese in Randbereichen bestehenden Hindernisse zu beseitigen.

Die Arbeit beschäftigt sich zunächst mit den dogmatischen Grundlagen der Bedingungen und Auflagen. Es stellen sich insbesondere die Fragen, ob und in welchem Umfang das Bundeskartellamt Ermessen bei der Verwendung des neuen Instruments hat, und ob die Aufzählung der Nebenbestimmungen in § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB abschließend ist oder auf das VwVfG ergänzend zurückgegriffen werden kann.

Sodann stellt der Autor kurz das vor der 6. GWB-Novelle praktizierte Zusage-recht dar und beschäftigt sich mit der Frage, ob das Bundeskartellamt auch nach der GWB-Novelle noch befugt ist, Zusagen der Zusammenschlußbeteiligten entgegenzunehmen.

In einem dritten Teil werden weiterhin die ersten zwanzig Zusammenschlüsse untersucht, in denen das Bundeskartellamt von der Möglichkeit, Freigabeverfügungen mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden, Gebrauch gemacht hat. Besondere Aufmerksamkeit widmet die Arbeit dabei dem Problem des in § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB bestimmten Verbots einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt.

Abschließend werden die verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der Bedingungen und Auflagen und der Rechtsschutz der Unternehmen gegen diese Nebenbestimmungen untersucht.

Daniel Kappes, geboren 1976 in Winsen an der Luhe; 1995 Abitur in Winsen; 1995/96 Wehrdienst in Lüneburg 2./PzAufklBtl. 3; Jurastudium von 1996 bis 2001 an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, der Humboldt-Universität Berlin und der Universität LaSapienza Rom; Januar 2001 erstes juristisches Staatsexamen in Berlin; anschließend Promotion an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg bei Prof. Dr. Alexander Riesenkampff; seit Februar 2002 Rechtsreferendar in Berlin.

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 10



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

DANIEL KAPPES

Nebenbestimmungen
im Fusionskontrollrecht des GWB

TENEA



Daniel Kappes

Nebenbestimmungen
im Fusionskontrollrecht des GWB
(Juristische Reihe Tenea/www.jurawelt.com; Bd. 10)

Zugleich Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau
Dissertation 2002

Dekan:	Prof. Dr. Rolf Stürner
Erstberichterstatter:	Prof. Dr. Alexander Riesenkampff
Zweitberichterstatter:	Prof. Dr. Uwe Blaurock
Ort der mündlichen Prüfung:	Freiburg im Breisgau
Tag der mündlichen Prüfung:	19. Juni 2002
Erscheinungsjahr der Dissertation:	2002

© TENEA Verlag für Medien
Berlin 2002

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

docupoint GmbH · 39112 Magdeburg

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-22-X

In memoriam Helmuth Kappes 1943–1999

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Alexander Riesenkampff, dem ich nicht nur für die Betreuung dieser Arbeit danke, sondern auch für die vielen Anregungen, die mich fachlich und persönlich bereichert haben. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Uwe Blaurock, der durch die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens wesentlich zu einem zügigen Ablauf des Promotionsverfahrens beigetragen hat.

INHALTSVERZEICHNIS

<u>EINLEITUNG</u>	5
<u>1. GRUND FÜR DIE ARBEIT</u>	5
<u>2. GANG DER UNTERSUCHUNG</u>	6
<u>1. KAPITEL: DIE DOGMATIK DER NEBENBESTIMMUNGEN NACH DER 6. GWB-NOVELLE</u>	9
<u>1. GESETZLICHE EINFÜHRUNG EINER FREIGABEVERFÜGUNG</u>	9
a) Alte Rechtslage.....	10
b) Neue Rechtslage.....	11
c) Nebenbestimmungskompetenz nach § 40 Abs. 3 S. 1.....	11
d) § 40 Abs. 3 als lex specialis.....	12
<u>2. RECHTLICHE EINORDNUNG DER NEBENBESTIMMUNGEN</u>	13
a) Die Bedingung.....	14
aa) Die aufschiebende Bedingung.....	14
bb) Die auflösende Bedingung.....	14
(1) Widerspruch zur Natur der Freigabeverfügung.....	15
(2) Widerspruch zu Sinn und Zweck des Fusionskontrollverfahrens.....	16
b) Die Auflage.....	17
aa) Die Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.....	18
bb) Zulässigkeit von „modifizierenden Auflagen“.....	18
cc) Vorübergehende Tolerierung marktbeherrschender Stellungen.....	19
c) Die Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).....	20
d) Der Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG).....	23
aa) Rücknahme und Widerruf im Fusionskontrollverfahren.....	23
(1) Vertrauensschutzgesichtspunkte in §§ 48, 49 VwVfG.....	24
(2) Erweiterung der Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeiten durch §§ 48, 49 VwVfG.....	24
bb) Zwischenergebnis.....	26
e) Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG).....	26
f) Ergebnis.....	27
<u>3. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE VERBINDUNG EINER FREIGABE MIT NEBENBESTIMMUNGEN</u>	27
<u>4. ERMESSENSSPIELRAUM DES BUNDESKARTELLAMTS</u>	29
a) Vorschlagspflicht für das Bundeskartellamt?.....	29
aa) Praktikabilitätsgründe.....	29
bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	30
cc) Amtsermittlungsgrundsatz.....	31
dd) Stellungnahme.....	31
ee) Modifizierung durch das europäische Fusionskontrollrecht?.....	32
ff) Praxis.....	34
gg) Ergebnis.....	34
b) Umfang des Ermessensspielraums.....	35
aa) Voraussetzungen für die Annahme von vorgeschlagenen Nebenbestimmungen durch das Bundeskartellamt.....	35
(1) Erfüllbarkeit der vorgeschlagenen Nebenbestimmungen.....	35
(2) Rechtzeitigkeit (vgl. § 18 Abs. 2 DVO zur FKVO).....	36
(3) Gleich geeignete Nebenbestimmungen.....	37
bb) Inhaltliche Ausgestaltung der Nebenbestimmungen.....	37
(1) Arten der Nebenbestimmungen.....	38
(2) Kurze Fristen zur Erfüllung von Auflagen.....	38
cc) Ergebnis.....	39
<u>5. TEILUNTERSAGUNGEN</u>	39
a) Stand der Meinungen zur Zulässigkeit von Teiluntersagungen.....	40
b) Stellungnahme.....	42
<u>6. NEBENBESTIMMUNGEN ALS INSTRUMENTARIUM FÜR DAS VORPRÜFVERFAHREN?</u>	43
a) Verwaltungsrechtliche Einstufung der formlosen Freigabe im Vorprüfverfahren.....	44
aa) Alte Rechtslage.....	44
bb) Neue Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle.....	45

(1) <u>Der Gesetzgeber</u>	45
(2) <u>Die Rechtsprechung</u>	46
(3) <u>Die neuere Literatur</u>	46
(4) <u>Stellungnahme</u>	47
b) <u>Sinn und Zweck des Vorprüfverfahrens</u>	47
aa) <u>Regelungscharakter der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren hinsichtlich der Zulässigkeit eines Zusammenschlußvorhabens</u>	48
bb) <u>Das Wesen des Vorprüfverfahrens</u>	49
(1) <u>Beschleunigungsprinzip</u>	49
(2) <u>Durchsetzbarkeit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren</u>	50
c) <u>Ergebnis</u>	51
d) <u>Exkurs: Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach alter Rechtslage?</u>	51
7. <u>VERBOT EINER LAUFENDEN VERHALTENSKONTROLLE</u>	53
8. <u>TYPISIERUNG DER NEBENBESTIMMUNGEN UND VOLLZUGSFRISTEN</u>	56
a) <u>Hauptnebenbestimmungen</u>	56
b) <u>Ergänzende Nebenbestimmungen</u>	56
aa) <u>Durchführungsnebenbestimmungen</u>	57
bb) <u>Absicherungsnebenbestimmungen</u>	58
c) <u>Potestativ- und Zufallsbedingungen</u>	60
d) <u>Vollzugsfristen</u>	61
9. <u>BEDINGUNGEN UND AUFLAGEN BEI DER MINISTERERLAUBNIS NACH § 42 ABS. 2</u>	62
a) <u>Die Problematik der Nebenbestimmungen gemäß § 24 Abs. 3 S. 3 a.F.</u>	63
b) <u>Änderungen durch die 6. GWB-Novelle</u>	63
aa) <u>Verbindung der Erlaubnis mit Beschränkungen</u>	64
bb) <u>Verbindung der Erlaubnis mit anderen Nebenbestimmungen</u>	65
10. <u>BEDINGUNGEN UND AUFLAGEN BEI DER BEFREIUNG VOM VOLLZUGSVERBOT NACH § 41 ABS. 2</u>	65
a) <u>Voraussetzungen für den Erlaß von Nebenbestimmungen</u>	66
b) <u>Bedingungen und Auflagen</u>	67
c) <u>Keine Beschränkung der Nebenbestimmungen auf strukturelle Maßnahmen</u>	68
d) <u>Praxis und Bedeutung der Nebenbestimmungskompetenz</u>	69
e) <u>Ergebnis</u>	69

2. KAPITEL: ÜBERKOMMENE BUNDESKARTELLAMTSPRAXIS UND MÖGLICHE WEITERGELTUNG DES ZUSAGENRECHTS.....**70**

1. <u>ENTSTEHUNG DER ZUSAGENPRAXIS</u>	70
2. <u>AUFGABE UND INHALTLICHE SCHRANKEN DER ZUSAGEN</u>	71
a) <u>Keine laufende Verhaltenskontrolle</u>	71
b) <u>Kurze Fristen zur Erfüllung der Zusagen</u>	72
3. <u>BEGRIFFSDEFINITIONEN</u>	72
a) <u>Vorfrist- und Nachfristzusagen</u>	72
b) <u>Verbotsabwendende und Entflechtungszusagen</u>	73
c) <u>Privat- und Direktzusagen</u>	73
4. <u>DIE RECHTSNATUR DER ZUSAGEN</u>	74
a) <u>Vorfristzusagen</u>	74
b) <u>Nachfristzusagen</u>	75
aa) <u>Öffentlich-rechtlicher Vertrag</u>	75
bb) <u>Sonstige Konstruktionen</u>	76
5. <u>ZULÄSSIGKEIT DER ZUSAGEN</u>	77
6. <u>ZUSAGENARTEN IN DER PRAXIS</u>	78
a) <u>Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen</u>	78
b) <u>Zusagen zur Einflußbegrenzung</u>	79
c) <u>Zusagen zur Marktöffnung</u>	80
7. <u>LEISTUNGSSTÖRUNGEN UND DURCHSETZBARKEIT</u>	80
a) <u>Leistungsstörungen</u>	81
b) <u>Durchsetzbarkeit der Zusagen</u>	81
aa) <u>Keine Durchsetzbarkeit</u>	82
bb) <u>Durchsetzung im Wege der Klageerhebung</u>	82
cc) <u>Vertragliche Vorbehalte des Bundeskartellamts</u>	83

dd) Sonstige Vorschläge zur Durchsetzung von Zusagen	84
ee) Zwischenergebnis	85
8. WEITERGELTUNG DER ZUSAGENPRAXIS	85
a) Hauptprüfverfahren	86
b) Vorprüfverfahren	86
aa) Nachfristzusagen	86
bb) Vorfristzusagen	87
(1) Schlechtere Eignung der Vorfristzusage	87
(2) Praktische Relevanz	88
(3) Sinn und Zweck des Vorprüfverfahrens	90
9. ERGEBNIS	90

3. KAPITEL: BEDINGUNGEN UND AUFLAGEN IN DER PRAXIS DES BUNDESKARTELLAMTS.....92

1. FREIGABEVERFÜGUNGEN IM HAUPTPRÜFVERFAHREN NACH § 40 ABS. 2 S. 1	92
a) CP Ships/Transportación Maritima Mexicana	92
aa) Marktbeherrschung	92
bb) Nebenbestimmungen	93
cc) Beurteilung	93
b) Habet/Lekkerland	94
aa) Marktbeherrschung	95
bb) Nebenbestimmungen	95
cc) Beurteilung	95
c) Federal-Mogul/Alcan	96
aa) Marktbeherrschung	97
bb) Nebenbestimmungen	97
cc) Beurteilung	98
d) VEW/Westfälische Ferngas/Westfälische Elektrizitätswerke	99
aa) Marktbeherrschung	99
bb) Nebenbestimmungen	100
cc) Beurteilung	100
e) Bilfinger + Berger/Buderus	101
aa) Marktbeherrschung	102
bb) Nebenbestimmungen	102
cc) Beurteilung	102
f) RWE/VEW	103
aa) Marktbeherrschung	103
bb) Nebenbestimmungen	103
cc) Beurteilung	104
g) E.ON/HEIN GAS	106
aa) Marktbeherrschung	107
bb) Nebenbestimmungen	107
cc) Beurteilung	107
h) ASV/Jahr-Verlag	108
i) Contigas/Stadtwerke Heide	108
aa) Marktbeherrschung	108
bb) Nebenbestimmungen	109
cc) Beurteilung	109
j) EnBW/Stadtwerke Schwäbisch Gmünd	110
k) Neckarwerke Stuttgart/Stadtwerke Reutlingen	110
aa) Marktbeherrschung	111
bb) Nebenbestimmungen	111
l) Trienekens Niederrhein/Stadtwerke Viersen/Stadt Viersen	112
m) EnBW Regional AG/ Stadtwerke Schramberg/EVS	112
n) SV-C VerwaltungsGmbH/WEKA	112
o) LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG, Hassfurt	113
p) Lufthansa/Eurowings	114
aa) Marktbeherrschung	114
bb) Nebenbestimmungen	115
cc) Beurteilung	115

q) Dentsply/Degussa	117
r) Trienekens/remex	118
s) Shell/DEA	119
aa) Marktbeherrschung	119
bb) Nebenbestimmungen	119
cc) Beurteilung	120
t) BP/E.ON	120
2. FALLGRUPPEN DER HAUPTNEBENBESTIMMUNGEN	121
a) Veräußerungsnebenbestimmungen	121
b) Nebenbestimmungen zur Einflußbegrenzung	121
c) Nebenbestimmungen zur Marktöffnung	122
3. ENTWICKLUNG DER FUSIONSKONTROLLVERFAHREN	123
<u>4. KAPITEL: DURCHSETZUNG DER NEBENBESTIMMUNGEN UND RECHTSSCHUTZ FÜR DIE ZUSAMMENSCHLÜBBETEILIGTEN</u>	126
<u>1. DURCHSETZUNG DER NEBENBESTIMMUNGEN EINER FREIGABEVERFÜGUNG DURCH DAS BUNDESKARTELLAMT</u>	126
a) Verstoß gegen Auflagen	126
aa) Bußgeld	127
bb) Allgemeine Verwaltungsvollstreckung	127
(1) Zwangsgeld	128
(2) Ersatzvornahme	128
(3) Unmittelbarer Zwang	128
cc) Möglichkeiten nach § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2	129
b) Verstoß gegen Bedingungen	131
aa) Die aufschiebende Bedingung	131
bb) Die auflösende Bedingung	133
c) Ergebnis	134
2. RECHTSSCHUTZ FÜR DIE AM ZUSAMMENSCHLÜß BETEILIGTEN UNTERNEHMEN	134
a) Bestandskraft der Verfügungen bei unzulässigem Inhalt	135
b) Beschreitung des Rechtswegs zur Beseitigung der Bedingungen und Auflagen	136
aa) Rechtsschutzbedürfnis	136
(1) Praktische Bedeutung	136
(2) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	137
(3) Rechtsschutzbedürfnis aufgrund von Divergenz zwischen Antrag und erlassener Freigabe	138
(4) Stellungnahme	138
bb) Rechtsschutz gegen Auflagen	140
(1) Einheitslösung Anfechtungsbeschwerde	140
(2) Einheitslösung Verpflichtungsbeschwerde	141
(3) Vermischung von formellen und materiellen Gesichtspunkten	142
cc) Rechtsschutz gegen Bedingungen	142
c) Ergebnis	144
<u>ZUSAMMENFASSUNG</u>	145
<u>FALLPRAXIS DES BUNDESKARTELLAMTS – AUFLAGEN UND BEDINGUNGEN BEI FREIGABEVERFÜGUNGEN NACH § 40 ABS. 3 GWB</u>	148
<u>LITERATURVERZEICHNIS</u>	152

Einleitung

1. Grund für die Arbeit

Mit der 6. GWB-Novelle wurde das Verfahren in der Fusionskontrolle stark modifiziert. So wurde die nachträgliche zugunsten der vorbeugenden Fusionskontrolle aufgegeben, so daß nunmehr nur noch eine Verfahrensart besteht. Innerhalb der vorbeugenden Fusionskontrolle war insbesondere das Hauptverfahren von der Gesetzesnovelle betroffen. Nunmehr wird im Regelfall bei einer wettbewerblichen Unbedenklichkeit eines Zusammenschlusses das Bundeskartellamt aktiv tätig und erläßt eine förmliche Verfügung, durch die das Zusammenschlußvorhaben freigegeben ist. Bei dieser Freigabe handelt es sich um einen Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG. Die Einführung eines Verwaltungsakts als positiver Abschluß des Fusionskontrollverfahrens hat die Möglichkeit eröffnet, ein Zusammenschlußvorhaben mit Auflagen und Bedingungen zu modifizieren¹. Eine derartige Ausgestaltung des Fusionskontrollverfahrens hatte insbesondere die Monopolkommission schon lange gefordert². Das Gesetz hat sich dadurch endgültig von dem starren Alles-oder-nichts-Prinzip verabschiedet, das dazu führte, daß nach alter Rechtslage theoretisch ein Zusammenschluß nur insgesamt untersagt werden konnte oder aber insgesamt von einer Untersagung abzusehen war. Diese Starrheit wurde wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips stets kritisiert, so daß sehr bald nach Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle von 1973 nach Wegen gesucht wurde, wie man zu einer flexibleren Handhabung finden könnte. Zum einen wurde in der Kommentarliteratur diskutiert, ob das Bundeskartellamt nicht zu einer Teiluntersagung verpflichtet sei, wenn es einer vollständigen Untersagung nicht bedürfe. Zum anderen hatte sich in der Praxis durchgesetzt, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen dem Bundeskartellamt Änderungen des Zusammenschlusses zusagten, um die Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen, wobei das Bundeskartellamt seinerseits von einer Untersagung absah³. Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der Zusagen und ihrer gerichtlichen und verwaltungsrechtlichen Durchsetzung war sehr vieles umstritten. Vielfach wurde sogar vertreten, daß die Zusagenpraxis insgesamt unzulässig sei. Auslöser für die umfangreiche Gesetzesänderung mit Einführung einer Freigabeverfügung, die mit Bedingun-

¹ Wie noch zu zeigen sein wird, war die Freigabemitteilung des Bundeskartellamts auch nach alter Rechtslage schon ein Verwaltungsakt. Allerdings wurden in der Praxis keine Nebenbestimmungen mit ihm verbunden. Auch wäre ihre Durchsetzung nicht immer problemlos vonstatten gegangen wegen der mit Fristablauf aufgrund Gesetzes erfolgenden Freigabe.

² Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz. 936 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 480.

³ S. dazu maßgeblich Riesenkampff, WuW 1977, S. 291 ff.

gen und Auflagen versehen werden kann, war die einseitige Kündigung eines Zusagenvertrages durch die Friedrich Krupp AG Hoesch Krupp Ende 1993⁴. Das Bundeskartellamt hatte daraufhin angekündigt, bis zur endgültigen Klärung der Frage nach der Durchsetzbarkeit von Zusagenvereinbarungen die Zusagenpraxis restriktiv zu handhaben⁵. Mit der gesetzlichen Einführung einer Freigabeverfügung, die gemäß § 40 Abs. 3 GWB⁶ ausdrücklich mit Bedingungen und Auflagen versehen werden kann, sollte das mit der Zusagenpraxis angestrebte wirtschaftliche Ziel auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage erreicht werden.

Durch die Einführung der Kompetenz für das Bundeskartellamt im Rahmen der 6. GWB-Novelle, eine Freigabeentscheidung im Fusionskontrollverfahren mit Bedingungen und Auflagen zu versehen, stellt sich nunmehr die Frage, wie die Vorschrift gerade im Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen des VwVfG auszulegen ist. Von besonderem Interesse ist dabei, ob § 40 Abs. 3 abschließend ist oder auch andere Nebenbestimmungen wie die Befristung und der Auflagenvorbehalt nach § 36 Abs. 2 VwVfG zulässig sind. Dies ist insofern von Bedeutung, als das Bundeskartellamt des öfteren Befristungen von Zusammenschlüssen als untersagungsabwendende Zusagen akzeptiert hat. Dieser Praxis könnte nun durch die Neuregelung ein Riegel vorgeschoben worden sein, wenn § 40 Abs. 3 abschließend ist.

Außerdem soll diese Arbeit klären, inwieweit die langjährige Zusagenpraxis des Bundeskartellamts fortgeführt werden kann oder ob sie durch die gesetzliche Neuregelung gänzlich abgelöst worden ist. In der Literatur wird hierzu vielfach vertreten, daß die Zusagenpraxis zumindest im Vorprüfverfahren fortgeführt werden kann. Dabei ist auch zu untersuchen, worin sich die Neuregelung von der Zusagenpraxis unterscheidet.

Schließlich ist die Praxis des Bundeskartellamts seit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle darzustellen, so daß sie mit der Zusagenpraxis verglichen werden kann. Es ist sodann zu prüfen, ob sich durch eine Freigabeverfügung mit Bedingungen und Auflagen das gleiche Ergebnis erzielen läßt wie mit Zusagen. Damit verbunden ist die Frage, ob sich für die von der Neuregelung betroffenen Unternehmen praktisch etwas geändert hat, etwa durch von den üblichen Zusagen vollständig abweichende Bedingungen oder Auflagen.

2. Gang der Untersuchung

Trotz der erst kurzen Anwendungszeit der neuen Regelung besteht bereits eine recht umfangreiche Bundeskartellamtspraxis, die eine nähere Untersu-

⁴ Monopolkommission, Hauptgutachten XI, Tz. 643 ff.

⁵ TB 1993/94, S. 20.

⁶ Im folgenden nicht gesondert gekennzeichnete §§ sind solche des GWB.

chung lohnt⁷. Vor einer praxisorientierten Darstellung sind allerdings im 1. Kapitel die dogmatischen Grundlagen der Nebenbestimmungen zu erörtern. In diesem Zusammenhang wird auch auf die nach § 24 Abs. 3 S. 3 a.F. bereits seit Einführung der Fusionskontrolle in Deutschland mögliche und praktizierte Einschränkung von Ministererlaubnissen einzugehen sein, weil durch die Rechtsverweisung des § 42 Abs. 2 die Einschränkung von nunmehr möglichen Freigabeentscheidungen und Ministererlaubnissen auf der gleichen Rechtsnorm, nämlich § 40 Abs. 3, beruht. Dabei ist zu klären, ob in beiden Fällen Voraussetzungen und Rechtsfolgen identisch sind, weil nur dann Rückschlüsse aus der Praxis der Ministererlaubnisse auf die Freigabeentscheidungen möglich sind.

Anschließend ist im 2. Kapitel zu untersuchen, inwiefern die Zusagenpraxis auch nach der 6. GWB-Novelle noch Anwendung finden kann. Hierzu bedarf es einer Einführung in die alte Rechtslage. Weil über die Fragen der Zusagenpraxis zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen - auch aus jüngerer Zeit - existieren⁸, erübrigt sich eine umfassende Untersuchung. Am Ende dieses Kapitels soll die Frage beantwortet werden, ob tatsächlich, wie z.T. in der Literatur behauptet, die Zusagenpraxis im Vorprüfverfahren vollumfänglich ihre Bedeutung beibehält.

Im 3. Kapitel wird sodann die bisher noch junge Bundeskartellamtspraxis dargestellt und analysiert. Hier wird insbesondere erörtert, ob das Bundeskartellamt inhaltlich andere Maßnahmen als in seiner bisherigen Zusagenpraxis ergreift. Besonderes Augenmerk erhält das Verbot von § 40 Abs. 3, wonach Bedingungen und Auflagen zu keiner laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

Im sich anschließenden vierten und letzten Kapitel wird die verwaltungsrechtliche Durchsetzung der Bedingungen und Auflagen durch das Bundeskartellamt und – wegen mangelnder praktischer Relevanz nur sehr kurz – der Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen gegen die Nebenbestimmungen dargestellt. Die Frage der Durchsetzung ist deshalb wichtig, weil im Zusagenrecht die größten Zweifel bei der Frage der Durchsetzung der Zusagen durch das Bundeskartellamt bestanden haben. Es ist daher zu klären, ob durch mit Nebenbestimmungen versehene förmliche Freigabeverfügungen dieser Problembereich erledigt wurde.

⁷ 1999 wurden fünf, 2000 vier und 2001 elf Freigaben mit Bedingungen und Auflagen verfügt, s. TB 1999/2000, S. 208.

⁸ Riesenkampff, WuW 1977, S. 291 ff.; Traumann, Die Zusage im Verfahren der Fusionskontrolle, Berlin 1977; Windbichler, Informelles Verfahren bei der Fusionskontrolle, 1981; Götz, Die Zusagenpraxis im materiellen Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt (§§ 24, 24 a GWB), Saarbrücken 1984; Rabenschlag, Die Zusagenpraxis im System der Zusammenschlußkontrolle, Berlin 1995; Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, 1996.

Für den Rechtsschutz stellen sich v.a. zwei Fragen: unter welchen Voraussetzungen kann ein Gerichtsbeschuß effektiv die Wirkungen der Nebenbestimmungen rückgängig machen, obwohl gemäß § 64 eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat? Haben die Zusammenschlußbeteiligten überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn sie - wie im Regelfall - selbst die schließlich verfüigten Nebenbestimmungen vorgeschlagen haben?

Zur Abrundung der Arbeit wird an den geeigneten Stellen das entsprechende EG-Recht des Fusionskontrollverfahrens in der VO Nr. 4064/89 (im folgenden FKVO) dargestellt. Im Hinblick auf die bereits bestehenden zahlreichen Untersuchungen der EG-rechtlichen Bedingungen und Auflagen⁹ wird auf einen detaillierten Rechtsvergleich mit dem EG-Recht allerdings verzichtet.

⁹ Riegger, Die Freigabe von Unternehmenszusammenschlüssen unter Auflagen und Bedingungen im System der europäischen Fusionskontrolle, Diss. Konstanz 1998; Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 1999; Leibenath, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, 2000; Strehle, Die Nichterfüllung von Zusagen im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens, Diss. Jena 2001.

1. Kapitel: Die Dogmatik der Nebenbestimmungen nach der 6. GWB-Novelle

Die Ermächtigung des Bundeskartellamts, Verfügungen im Fusionskontrollverfahren mit Auflagen und Bedingungen zu versehen, findet sich an drei verschiedenen Stellen. Die wichtigste Ermächtigung ist in § 40 Abs. 3 S. 1 enthalten, wonach Verfügungen, durch die ein beim Bundeskartellamt angemeldetes Zusammenschlußvorhaben freigegeben wird, mit Bedingungen und Auflagen versehen werden können. Diese Bedingungen und Auflagen sind neu ins Gesetz gekommen und bilden auch wegen der sich ergebenden Probleme den Kernpunkt der folgenden Untersuchung. Sie werden daher auch den größten Raum einnehmen. Die bereits seit Einführung der Fusionskontrolle im GWB bestehende Ermächtigung des Bundeswirtschaftsministers in § 42 Abs. 2 GWB, seine Ministererlaubnis mit Auflagen und Bedingungen zu versehen, hat ebenso wie die Ministererlaubnis an sich in den letzten 15 Jahren sehr stark an Bedeutung verloren. Der Vollständigkeit halber werden aber auch hier die sich bei der Ministererlaubnis ergebenden Probleme erörtert, in Anbetracht ihrer geringen praktischen Relevanz allerdings in der gebotenen Kürze¹⁰. Neu ins Gesetz aufgenommen wurde schließlich eine Ermächtigung des Bundeskartellamts gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 GWB zur Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB. Diese Befreiung kann nach § 41 Abs. 2 S. 2 GWB ebenfalls mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. In Anbetracht der zu vernachlässigenden Bedeutung dieser Befreiungsmöglichkeit wird auch die Darstellung der Besonderheiten ihrer Nebenbestimmungen nur wenig Raum in dieser Untersuchung einnehmen können.

1. Gesetzliche Einführung einer Freigabeverfügung

Mit der 6. GWB-Novelle wurde das nach dem Wortlaut der alten Gesetzesfassung bestehende Alles-oder-nichts-Prinzip¹¹ im Fusionskontrollverfahren¹² abgelöst, indem es dem Bundeskartellamt ermöglicht wurde, im Hauptprüfverfahren Freigaben mit Nebenbestimmungen, die für die Zusammenschlüsse beschränkende Wirkung haben, zu erlassen. Hierfür hat der Gesetzgeber im gesamten System der Zusammenschlußkontrolle Änderungen vorgenommen.

¹⁰ Vgl. auch die ausführlichere Darstellung bei Uhlig, Zusagen, S. 141 ff.

¹¹ Dieses Alles-oder-nichts-Prinzip wurde durch die im 2. Kapitel noch darzustellende Zusagenpraxis und bei Auslandszusammenschlüssen mit Inlandsauswirkungen durch die Möglichkeit von Teiluntersagungen (vgl. dazu unten 5.) durchbrochen.

¹² K.Schmidt, BB 1977, S. 778; Canenbley/Moosecker, S. 102; Wiedemann-Richter § 21 Rn. 46; Uhlig, Zusagen, S. 20.

a) Alte Rechtslage

Vor der 6. GWB-Novelle bestand ein zweigeteiltes Kontrollverfahren. Im Regelfall waren kontrollpflichtige¹³ Zusammenschlüsse generell erlaubt, unterlagen aber gemäß § 24 Abs. 2 a.F. innerhalb eines Jahres ab Anzeige des Zusammenschlußvollzuges einem Verbotsvorbehalt. Das Bundeskartellamt konnte diese Zusammenschlüsse nur untersagen, nicht aber förmlich freigeben. Verwaltungsrechtlich handelte es sich bei dieser Regelung um ein Erlaubnissystem mit Verbotsvorbehalt¹⁴.

Zusammenschlüsse von Umsatzmilliardären unterlagen gemäß § 24 a a.F. seit der vierten GWB-Novelle von 1980 einem vorbeugenden Fusionskontrollverfahren. Dies bedeutet, daß die Unternehmen ihr Zusammenschlußvorhaben vor einem Vollzug anmelden mußten. Die Anmeldepflicht wurde durch ein gleichzeitig bestehendes Vollzugsverbot abgesichert. Verwaltungsrechtlich gesprochen bestand für solche Zusammenschlüsse ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit der Besonderheit, daß es einer gesonderten behördlichen Erlaubnis in Gestalt einer förmlichen Genehmigung nicht bedurfte. Vielmehr hatte das Bundeskartellamt ein Untersagungsrecht, das nach Ablauf der einmonatigen bzw. im Falle der Zusendung des Monatsbriefs der viermonatigen Frist gemäß § 24 a Abs. 2 S. 1 a.F. zusammen mit dem Vollzugsverbot erlosch. Ein Grund für diese gesetzliche Ausgestaltung war, daß der Gesetzgeber den Unternehmen durch eine Freigabeverfügung kein „staatliches Gütesiegel“¹⁵ für die Unbedenklichkeit eines Zusammenschlusses ausstellen wollte. Die „Erlaubnis“ wurde entweder durch Fristablauf oder dergestalt erteilt, daß das Bundeskartellamt den Unternehmen mitteilte, daß das Zusammenschlußvorhaben die Untersagungsvoraussetzungen nicht erfülle.

Weil einer solchen Freigabe von der herrschenden Meinung die Verwaltungsaktqualität abgesprochen wurde¹⁶, konnte diese Freigabe nicht mit Nebenbestimmungen versehen werden¹⁷. Waren die Untersagungsvoraussetzungen hingegen erfüllt, so blieb dem Bundeskartellamt nach dem Gesetzeswortlaut

¹³ Zusammenschlüsse, bei denen die Schwellenwerte von § 23 a.F. (§ 35 n.F.) nicht erreicht wurden, unterlagen gar keinen Einschränkungen.

¹⁴ Kleinmann/Bechtold, 1. Auflage, Einl § 24 Rn. 71; Scholz, FS Günther, S. 227 f.; Götz, S. 13; ähnlich auch Riesenkampff, WuW 1977, S. 295; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 575, die von einem Untersagungsverfahren im Gegensatz zu einem Genehmigungsverfahren sprechen.

¹⁵ Graf Lambsdorff in der 3. Beratung der Dritten Kartellnovelle, Stenogr. Ber. des 7. Bundestages, 228. Sitzung, S. 15906.

¹⁶ Nicht allein das KG in WuW/E OLG 5849, 5850 „Großverbraucher“ ist aber zuletzt dazu übergegangen, diese formlosen Freigaben als Verwaltungsakte einzustufen. Näheres dazu s. unten 6. a).

¹⁷ Insofern konsequent die Annahme der h.M., Näheres unten 6. b).

nur die Möglichkeit, den Zusammenschluß insgesamt zu untersagen. Ein Ermessen hinsichtlich des „Ob“ einer Untersagung bestand nämlich nicht. Eine Untersagung hatte bereits dann zu erfolgen, wenn nur ein kleiner Teil eines Zusammenschlusses die Untersagungs Voraussetzungen erfüllte. Um in solchen Fällen die Unternehmenszusammenschlüsse nicht gänzlich zu blockieren, hat sich eine Zusagenpraxis etabliert. Ebenso wurde die Möglichkeit von Teiluntersagungen diskutiert, wonach nur der Teil eines Zusammenschlusses untersagt wird, hinsichtlich dessen die Untersagungs Voraussetzungen vorliegen.

b) Neue Rechtslage

Mit der 6. GWB-Novelle ist nunmehr die generelle vorbeugende Fusionskontrolle mit zweigeteiltem Verfahren nach § 40 Abs. 1 und 2, vorheriger Anmeldepflicht nach § 39 Abs. 1 und präventivem Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 eingeführt worden. Für den zweiten Teil des Verfahrens, das Hauptprüfverfahren, sieht das Gesetz in § 40 Abs. 2 S. 1 vor, daß es entweder mit einer Untersagungs- oder einer Freigabe Verfügung beendet wird. Anders als nach altem Recht, wonach nur das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts erlosch, wird das Hauptprüfverfahren bei Ablauf der viermonatigen Frist mit einer Erlaubnis, nämlich einer fingierten Freigabe Verfügung¹⁸, beendet. Im ersten Teil des Verfahrens, dem Vorprüfverfahren, besteht ebenfalls ein Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 S. 1. Dieser Norm läßt sich auch entnehmen, daß das Vollzugsverbot durch eine formlose Freigabe vorzeitig aufgehoben werden kann, wobei diese Erlaubnis nach Ansicht des Gesetzgebers wiederum keine Verwaltungsaktqualität besitzen soll¹⁹, sondern - wie bereits nach der alten Rechtslage für Umsatzmilliardäre - nur aus dem Verlust des Untersagungsrechts durch Verzicht bzw. Fristablauf besteht. Der Gesetzgeber hat eine derartige Ausgestaltung und Zweiteilung des Verfahrens in Vorprüf- und Hauptprüfverfahren vorgenommen, um in schwierigeren Fällen, die im Hauptprüfverfahren behandelt werden, über die Beschwerde eine Rechtsschutzmöglichkeit für Dritte zu eröffnen und durch die Bekanntmachungspflicht nach § 43 S. 1 Nr. 2 die Transparenz zu erhöhen²⁰.

c) Nebenbestimmungskompetenz nach § 40 Abs. 3 S. 1

Nach § 40 Abs. 3 S. 1 kann die Freigabe Verfügung mit Bedingungen und Auflagen versehen werden. Die Möglichkeit, einen Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen verbinden zu können, ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, nach dem eine Behörde eine beantragte Freigabe nicht

¹⁸ Wiedemann-Richter § 21 Rn. 91; Dormann, Drittklagen, S. 35.

¹⁹ Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 44.

²⁰ Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 44; s. auch Dormann, Drittklagen, S. 29 ff.

versagen darf, wenn entgegenstehende öffentliche Interessen oder betroffene Rechten oder schutzwürdige Interessen Dritter auch durch eine Nebenbestimmung hinreichend berücksichtigt werden können²¹.

Fraglich ist allerdings, ob es einer solchen Bestimmung im GWB noch bedurfte oder ob sich die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nicht bereits aus § 36 VwVfG ergibt. Nach dessen Abs. 1 darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, nur dann mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist, oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Die Erteilung einer förmlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt ist eine gebundene Entscheidung, auf die die betreffenden Unternehmen einen Anspruch haben, so daß § 36 Abs. 1 VwVfG auf die Freigabebefugungen zunächst einmal anwendbar ist. Verwaltungsakte, auf die ein Anspruch besteht, darf die Verwaltung nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung einschränken²². Ein Vorbehalt spezialgesetzlicher Ermächtigung gilt allerdings nicht, wo die Nebenbestimmung entsprechend der zweiten Alternative von Abs. 1 der Sicherstellung gesetzlich vorgeschriebener Voraussetzungen dient, da hier durch die Beifügung einer Nebenbestimmung anspruchshindernde Versagungsgründe gerade ausgeräumt werden. Damit erweist sich die Beifügung einer Nebenbestimmung als Minus und milderer Mittel gegenüber einer sonst im Rahmen der gebundenen Verwaltung gebotenen Ablehnung des Verwaltungsakts²³. Genau dies trifft auf die hier allein interessierenden Nebenbestimmungen einer Freigabebefugung im Fusionskontrollrecht zu. Die in § 40 Abs. 3 GWB zugelassenen Bedingungen und Auflagen dienen allein dem Zweck sicherzustellen, daß die vom Bundeskartellamt festgestellten Untersagungsvoraussetzungen entfallen. Sie dürfen über diesen Zweck nicht hinausgehen. Damit wird gleichzeitig sichergestellt, daß die Voraussetzungen für eine Freigabebefugung geschaffen werden. Nach dem Wortlaut von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG hätte es daher nicht unbedingt einer spezialgesetzlichen Ermächtigung bedurft.

d) § 40 Abs. 3 als *lex specialis*

Bei § 40 Abs. 3 S. 1 handelt es sich um eine *lex specialis* gegenüber dem VwVfG. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 1 HS 2 VwVfG, der die Anwendbarkeit des VwVfG dann verneint, wenn Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Die Regelung des § 40 Abs. 3 ist also Teil des Kartellverwaltungsrechts und kann anderen Auslegungen unterliegen als das allgemeine Verwaltungsrecht. Nach fast einhelliger

²¹ Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 2.

²² BVerwG NJW 1980, 2260; BGH NJW 1984, 2698.

²³ BVerwG DVBl. 88, 299.

Ansicht gilt das VwVfG allerdings subsidiär, wenn die Besonderheiten des Kartellverwaltungsverfahrens solcher Regelungen bedürfen²⁴. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein konkreter Sachverhalt im Spezialgesetz nicht hinreichend geregelt ist. Dies muß mit Hilfe der bekannten Auslegungsregeln ermittelt werden. Ergibt sich, daß ein konkreter Sachverhalt nicht hinreichend geregelt ist, wäre § 40 Abs. 3 lückenhaft, so daß subsidiär auf das VwVfG zurückgegriffen werden kann. Aus der Subsidiaritätsregel ergibt sich somit in jedem Fall ein Vorrang des GWB²⁵.

2. Rechtliche Einordnung der Nebenbestimmungen

Im folgenden Abschnitt ist zu untersuchen, wie die Begriffe Bedingungen und Auflagen in § 40 Abs. 3 S. 1 auszulegen sind und ob dieser Katalog an Nebenbestimmungen abschließend ist. Weil nämlich § 40 Abs. 3 S. 1 gegenüber § 36 VwVfG *lex specialis* und somit Teil des eigenständigen Kartellverwaltungsrechts ist, ist seine Auslegung nicht sklavisch an das allgemeine Verwaltungsrecht gebunden. Allerdings hat das allgemeine Verwaltungsrecht durch die Kodifizierung im VwVfG eine konkrete Gestalt erlangt, an der sich auch die Spezialgesetze ausrichten. Es wird daher kaum vorkommen, daß die Auslegung von Kartellverwaltungsfragen inhaltlich vom allgemeinen Verwaltungsrecht abweicht. Insofern kann sich die Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts an den in § 36 VwVfG niedergelegten allgemeinen Grundsätzen orientieren²⁶. Gerade im Bereich der Nebenbestimmungen ist die Terminologie der verwaltungsrechtlichen Gesetze aber oft unsicher und wechselnd²⁷, so daß es nötig ist, anhand des Zwecks der Regelung in § 40 Abs. 3 S. 1 zu prüfen, ob sich der Gesetzgeber wirklich auf die dort vorgesehene Art der Nebenbestimmungen im Sinne der Legaldefinitionen nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 und 4 VwVfG – nämlich Bedingungen und Auflagen – festlegen wollte oder ob das Kartellverwaltungsrecht nicht doch einer Erweiterung durch § 36 Abs. 2 VwVfG bedarf. § 36 Abs. 2 VwVfG enthält nämlich über die Bedingungen und Auflagen hinaus auch noch die Befristung (Abs. 2 Nr. 1), den Widerrufsvorbehalt (Abs. 2 Nr. 3) und den Auflagenvorbehalt (Abs. 2 Nr. 5). Zunächst ist daher eine Definition von Bedingungen und Auflagen vorzunehmen. Anschließend bleibt zu klären, inwieweit die Regelung des GWB abschließend ist oder Erweiterungen im Sinne des VwVfG zuläßt.

²⁴ v. Gamm § 51 Rn. 3; Riechmann, WuW 1980, S. 241 ff.; Bunte, BB 1980, S. 1076 ff.; ders., Änderung kartellbehördlicher Verwaltungspraxis, S. 26.

²⁵ IM-K.Schmidt vor § 54 Rn. 9.

²⁶ TB 1999/2000, S. 23.

²⁷ Da die Möglichkeit von Bedingungen und Auflagen erst durch die 6. GWB-Novelle aus dem Jahre 1998 in das GWB eingeführt worden ist, ist der gewählten Terminologie allerdings ein größeres Gewicht als Indiz für eine bewußte Festlegung beizumessen, als in Regelungen, die aus der Zeit vor Inkrafttreten des VwVfG stammen.

a) Die Bedingung

Die Bedingung wird in § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG legaldefiniert. Danach handelt es sich um eine Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, daß die Rechtswirkungen mit dem Eintritt des Ereignisses eintreten (aufschiebende Bedingung), und dem Fall, daß sie mit seinem Eintritt wegfallen (auflösende Bedingung)²⁸.

aa) Die aufschiebende Bedingung

Die aufschiebende Bedingung stellt aus Sicht des Bundeskartellamts den Idealfall für eine Nebenbestimmung einer Freigabeverfügung dar. Der Grund hierfür liegt darin, daß bei der aufschiebenden Bedingung der Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe zwar wirksam wird, die bedingten Rechtswirkungen jedoch bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe bleiben²⁹. Erst mit Eintritt der Bedingung endet also das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 S. 1. Dies hat den großen Vorteil, daß das Bundeskartellamt keine Probleme mit der Durchsetzung seiner Nebenbestimmungen hat, weil die Unternehmen selbst so schnell wie möglich die aufschiebende Bedingung zu erfüllen versuchen, um in den Genuß der Freigabe zu kommen. Selbst wenn sie die Bedingung entgegen ihren eigenen Interessen nicht erfüllen, so löst dies für das Bundeskartellamt keine Pflichten aus, denn die Unternehmen dürfen wegen des dann noch bestehenden Vollzugsverbots ihr Zusammenschlußvorhaben nicht vollziehen. In der bisherigen Kartellamtspraxis ist die aufschiebende Bedingung aber nur selten eingesetzt worden. Der Grund hierfür ist, daß die aufschiebende Bedingung für die Unternehmen eine Belastung darstellt, weil sie den Zusammenschluß erst dann vollziehen dürfen, wenn sie den Bedingungseintritt herbeigeführt haben. In vielen Fällen ist diese Belastung unverhältnismäßig, nämlich dann, wenn die Marktstruktur auch mit Auflagen, die einen sofortigen Vollzug des Zusammenschlusses erlauben, genauso effizient geschützt werden kann.

bb) Die auflösende Bedingung

Etwas anderes gilt für die auflösende Bedingung. Tritt sie ein, fallen die Rechtswirkungen der Freigabe ex nunc weg und es müssen im Falle des Vollzugs des Zusammenschlusses Entflechtungsmaßnahmen nach § 41 Abs. 3 und 4 durchgeführt werden. In seiner bisherigen Praxis hat das Bundeskartellamt allerdings noch keine Freigabeverfügung mit einer auflösenden Bedingung versehen. Es stellt sich zunächst ohnehin die Frage, ob eine Freigabeverfü-

²⁸ Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 18.

²⁹ Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 18.

gung überhaupt mit einer auflösenden Bedingung verbunden werden darf oder ob § 40 Abs. 3 S. 1 einschränkend auszulegen ist. Es bereitet dem Bundeskartellamt nämlich regelmäßig ganz erhebliche Schwierigkeiten, einen bereits vollzogenen Zusammenschluß wieder aufzulösen³⁰. Vor allem bei der Integration des erworbenen Unternehmens in das Erwerberunternehmen zeigt die Erfahrung, daß das erworbene Unternehmen in der Regel nicht mehr herausgelöst werden kann, weil es allein nicht mehr lebensfähig ist³¹. Dies liegt daran, daß es bei der Auflösung nach § 41 Abs. 3 allein darauf ankommt, daß die marktbeeinträchtigenden Wirkungen des Zusammenschlusses rückgängig gemacht werden. Die Auflösung darf über dieses Ziel nicht hinausgehen, so daß die bloße Restitution des vorigen Zustands häufig nicht in Frage kommt³², weil die Marktstellung der Unternehmen einem steten Wandel unterliegt. Vielmehr hat das Bundeskartellamt umfangreiche Ermittlungen anzustellen, um festzustellen, wie die zusammengeschlossenen Unternehmen so getrennt werden können, daß sie unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung liegen. Die dazu getroffenen Maßnahmen haben sich allerdings häufig als wirkungslos herausgestellt³³. Diese tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Auflösung von Zusammenschlüssen könnten bedeuten, daß das Bundeskartellamt einen Zusammenschluß nicht unter einer auflösenden Bedingung freigeben darf. Es ist nämlich anerkannt, daß generell Bedingungen unzulässig sind bei Verwaltungsakten, die ihrer Natur nach oder nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes bedingungsfeindlich sind³⁴. Dies kann auch nur für bestimmte Arten von Bedingungen gelten.

(1) Widerspruch zur Natur der Freigabeverfügung

Die Freigabeverfügung könnte ihrer Natur nach im Widerspruch zur auflösenden Bedingung stehen. Bedingungsfeindlichkeit wurde z.B. aus Gründen der Rechtssicherheit für die Einbürgerung als statusbegründendem Verwaltungsakt angenommen³⁵. Eine Freigabeverfügung betrifft allerdings nicht wie die Einbürgerung den Status eines Individuums, der keinen Zustand der Unsicherheit verträgt. Außer den oft bestehenden Schwierigkeiten einer nach Eintritt der auflösenden Bedingung erforderlichen Entflechtung des Zusammen-

³⁰ IM-Mestmäcker/Veelken § 39 Rn. 1; Niederleithinger, Schwerpunkte 1985/86, S. 21, 56.

³¹ IM-Mestmäcker/Veelken § 39 Rn. 1.

³² Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 391 ff.; Loewenheim/Belke § 24 Rn. 113; Bechtold § 41 Rn. 12; Kerber, Unternehmensentflechtung, S. 36 f.; Klawitter, WuW 1981, S. 246; a.A.: Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 670 ff.; WuW/E OLG 2753, 2763 „Springer/Elbe-Wochenblatt II“; Möschel, Auflösung, 1982, S. 24.

³³ Kerber, Unternehmensentflechtung, S. 353 ff.

³⁴ OVG Münster NVwZ 1985, 444; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 62; Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 5.

³⁵ BVerwGE 27, S. 263, 266.

schlusses sind mit dem Wegfall der Befreiungswirkung keine weiteren Konsequenzen verbunden. Eine Rechtsunsicherheit allein reicht aber nicht aus. Somit steht die auflösende Bedingung nicht im Widerspruch zur Natur der Freigabeverfügung.

(2) Widerspruch zu Sinn und Zweck des Fusionskontrollverfahrens

Insbesondere nach der 6. GWB-Novelle ergeben sich aber Bedenken, ob eine auflösende Bedingung nicht der Absicht des Gesetzgebers widerspricht, das Auflösungsverfahren nach § 41 Abs. 3 und 4 weitestgehend obsolet zu machen. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die generelle vorbeugende Fusionskontrolle mit ihrem Vollzugsverbot eingeführt. Nur aus Gründen des Übermaßverbots kann nach § 41 Abs. 2 S. 1 vom Vollzugsverbot befreit werden. Wird eine Freigabeverfügung mit einer auflösenden Bedingung verbunden und tritt diese Bedingung nach Vollzug des Zusammenschlusses ein, so ist der Zusammenschluß aufzulösen. Das Bundeskartellamt würde sich also durch die Verwendung von auflösenden Bedingungen in Widerspruch zu dem Ziel der Gesetzesnovelle begeben, das Auflösungsverfahren hinfällig zu machen. Denn es muß stets der Eintritt der auflösenden Bedingung in Betracht gezogen werden. Allerdings kann es auch bei der Mißachtung von Auflagen zum Widerruf der Freigabe und einer anschließenden Auflösung kommen. Ein solcher Widerruf mitsamt einer Auflösung gemäß §§ 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 mag zwar eine ultima ratio sein und dürfte nur in ganz seltenen Ausnahmefällen vorkommen. Es zeigt jedoch, daß das Gesetz nicht vollständig auf das Auflösungsverfahren verzichten kann. Auch im Falle einer Befreiung vom Vollzugsverbot kann das Bundeskartellamt am Ende des Fusionskontrollverfahrens schließlich dazu gezwungen sein, eine Auflösungsverfügung zu erlassen. Letztlich wird man eine Unzulässigkeit von auflösenden Bedingungen daher nicht annehmen können.

Das Gleiche ist auch dem Argument von Kleinmann/Bechtold, Quack bzw. Harms entgegenzuhalten, die die Zulässigkeit sowohl von auflösenden als auch von aufschiebenden Bedingungen für die Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 a.F. als „mit dem Wesen der Erlaubnis eines Zusammenschlusses“ unvereinbar ablehnten³⁶. Der Zusammenschluß sei eine auf Dauer angelegte

³⁶ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 333; FK-Quack, 25. Lieferung 1988, § 24 Rn. 126; GK-Harms § 24 Rn. 1223; diese für die Ministererlaubnis angestellten Überlegungen sind wegen der Identität in ihrer rechtlichen Wirkung zwangsläufig auch auf die nunmehr neu eingeführte Freigabeverfügung übertragbar. In der von Kleinmann/Bechtold und GK-Harms kommentierten alten Gesetzesfassung der Ministererlaubnis hieß es noch in § 24 Abs. 3 S. 3: „Die Erlaubnis kann mit Beschränkungen und Auflagen verbunden werden“. Die Möglichkeit von Bedingungen war vom Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen. Mit der 6. GWB-Novelle ist das Tatbestandsmerkmal Beschränkungen durch das Tatbestandsmerkmal der

Unternehmensverbindung und verträge weder Schwebezustände noch Unge-
wißheit über seinen rechtlichen Fortbestand. Wegen der noch größeren
Rechtsunsicherheit sollten auflösende Bedingungen noch eindeutiger als Be-
fristungen unzulässig sein.

Abgesehen vom Widerspruch zum jetzt eindeutigen Gesetzeswortlaut nach
der 6. GWB-Novelle, durch die Bedingungen ausdrücklich zugelassen worden
sind, überzeugte die Argumentation vorher auch deshalb nicht, weil bereits
damals durch die Ministererlaubnis (und jetzt auch durch die Freigabeverfü-
gung) unter Auflagen in ähnlicher Weise ein Schwebezustand herbeigeführt
werden konnte und noch immer herbeigeführt werden kann. Denn falls die
Unternehmen die Auflage nicht umsetzen und selbst Zwangsmittel nicht wei-
ter helfen, ist das Bundeskartellamt gezwungen, die Freigabe zu widerrufen
und eine Auflösungsverfügung zu erlassen. Insofern ist auch eine mit Aufla-
gen verbundene Freigabeverfügung bzw. Ministererlaubnis nicht in jedem
Fall von dauerhaftem Bestand. Sowohl bei der Auflage wie auch der auflö-
senden Bedingung haben die Unternehmen durch eine Verweigerung der Ko-
operation die Möglichkeit, willkürlich die Freigabeverfügung – allerdings
meist gegen ihre eigenen Interessen³⁷ – zu beseitigen.

Es bleibt also gegen die Verbindung einer Freigabeverfügung mit auflösenden
Bedingungen letztlich nur das Argument übrig, daß ein ggf. nötiges Ent-
flechtungsverfahren erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Das allein reicht
aber nicht aus, um die Verwendung auflösender Bedingungen für rechtlich
unzulässig anzusehen. Es ist jedoch anzunehmen, daß aus diesen Praktikabi-
litätsgründen auflösende Bedingungen auch in Zukunft vom Bundeskartellamt
keine Verwendung finden werden³⁸.

b) Die Auflage

In § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG wird die Auflage legaldefiniert. Danach handelt
es sich um eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden
oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Im Einzelfall kann es zu Schwierig-
keiten bei der Abgrenzung mit Bedingungen kommen. Dies ist eine Frage der
Auslegung. Als grobe Richtschnur kann man sich an die Formel *von Savignys*
halten: „Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, die Auflage zwingt,
suspendiert aber nicht“³⁹. Es kommt bei der Abgrenzung nicht auf die Be-

Bedingungen ersetzt worden. Damit ist die Überlegung von Kleinmann/Bechtold mittler-
weile contra legem.

³⁷ Im Fall „Weichschaum III“ WuW/E BGH 1557 war es das erklärte Interesse der einen
Partei, den bereits vollzogenen Zusammenschluß wieder rückgängig zu machen.

³⁸ In seinem jüngsten Tätigkeitsbericht – TB 1999/2000, S. 23 ff. – schenkt das Bundes-
kartellamt der auflösenden Bedingung keinerlei Beachtung.

³⁹ System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd. 1840, S. 231.

zeichnung durch die Behörde an, sondern auf den objektiven Erklärungsinhalt einer Nebenbestimmung⁴⁰.

aa) Die Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG

Bei einer Freigabe unter Auflagen darf der Zusammenschluß vollzogen werden, wobei nachträglich bestimmte Änderungen vorzunehmen sind. Nach h.M. ist die Auflage ein Verwaltungsakt⁴¹. Die Auflage kann nach h.M. selbständig angefochten werden⁴². Anders als die Nebenbestimmungen in § 36 Abs. 2 Nr. 1-3 VwVfG - also die Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt - ist die Auflage nicht integrierter Bestandteil des Verwaltungsaktes, sondern eine selbständige hoheitliche Anordnung.

bb) Zulässigkeit von „modifizierenden Auflagen“

Fraglich ist, ob der Begriff „Auflage“ in § 40 Abs. 3 neben einer Auslegung im Sinne einer klassischen Nebenbestimmung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auch eine Auslegung als sog. „modifizierende Auflage“ zuläßt⁴³. „Modifizierende Auflagen“ sind ergänzende, nämlich mit dem Verwaltungsakt integrativ verbundene Regelungen, die den Inhalt des Verwaltungsaktes betreffen⁴⁴. Es handelt sich daher um eine inhaltliche Beschränkung, die den Verwaltungsakt inhaltlich verändert, nicht aber um eine Nebenbestimmung im Sinne von § 36 VwVfG. Sie ist dogmatisch als modifizierte Gewährung einzuordnen, bei der eine vom Antrag inhaltlich abweichende Gewährung vorliegt⁴⁵. Insofern ist die Bezeichnung als „Auflage“ an sich falsch. In Rechtsprechung und Lehre wird unterschieden zwischen unwesentlichen und wesentlichen Abweichungen vom Antrag, die zu einer „modifizierten Aufla-

⁴⁰ BVerwG NW 89, 54; Laubinger, WiVerw 82, 126; Knack § 36 Rn. 43; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 29.

⁴¹ Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 61; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 41; wohl auch Knack § 36 Rn. 41; a.A. Meyer/Borgs § 36 Rn. 19; Schenke, WiVerw 82, 146. Der Frage kommt aber keine größere Bedeutung zu. Sie wirkt sich nur bei dem Streit aus, ob eine Auflage isoliert angefochten werden kann.

⁴² Näheres dazu s. 4. Kapitel 2. b) bb).

⁴³ Verneinend Bechtold § 40 Rn. 17; bejahend Treeck, Schwerpunkte 1997, 56.

⁴⁴ Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 35; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 11; Knack § 36 Rn. 47 ff.; Jäckle, NJW 1984, 2132.

⁴⁵ Im Schrifttum wird der „modifizierenden“ Auflage, die ursprünglich von Weyreuther (DVBl. 69, 232 ff. und 295 ff; ders. DVBl. 84, 365 ff.) so benannt wurde, daher auch eine eigene dogmatische Bedeutung abgesprochen (vgl. Ehlers VerwArch 1976, 382; ders., Die Verwaltung 1998, 67; Hoffmann DVBl. 77, 514 f. Wolff/Bachof/Stober I, § 47 Rn. 13, 23; Ule/Laubinger § 50 Rn. 16; Ipsen Rn. 600; Maurer § 12 Rn. 16; Knack § 36 Rn. 47 m.w.N.). Auch die Rechtsprechung verwendet den Begriff mittlerweile nur mit großer Vorsicht (s. Knack § 36 Rn. 47).

ge“ führen können⁴⁶. Bei unwesentlicher Abweichung vom Antrag ist diese bei verständiger Würdigung als vom Antrag mitumfaßte Inhaltsbestimmung anzusehen. Bei einer erheblichen Abweichung kommt es zu einer aufgedrängten Gewährung, die vom Antrag nicht mitumfaßt und damit unzulässig ist.

Ob eine modifizierende Auflage bei einer Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 zulässig ist, hängt also von der Erheblichkeit der Abweichung der Freigabe von dem Antrag der Unternehmen ab. Es ist im Einzelfall festzustellen, inwieweit eine inhaltliche Abweichung von einer beantragten Freigabe wesentlich ist. Im Regelfall dürfte aber davon auszugehen sein, daß Abweichungen bei fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügungen wesentlich sind, so daß es zu einer rechtswidrigen aufgedrängten Gewährung kommt.

cc) Vorübergehende Tolerierung marktbeherrschender Stellungen

Das Bundeskartellamt hat einen Zusammenschluß zu untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird oder in der Zukunft eine solche Entstehung oder Verstärkung zu befürchten ist. Gibt das Bundeskartellamt ein Zusammenschlußvorhaben unter einer Auflage frei, so kann dadurch zwischenzeitlich eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden⁴⁷, wenn – wie üblich – die Auflage erst nach dem Vollzug erfüllt wird. Dies kann mitunter sogar erst über ein Jahr später sein. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ist allerdings nur in einigen Konstellationen anzunehmen. Dies wird typischerweise dann der Fall sein, wenn sich Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind, zusammenschließen und daher ihre Marktanteile nach § 19 Abs. 3 ohne weiteres zusammengerechnet werden können. Mestmäcker/Veelken nehmen nunmehr an, daß durch die Einführung der Nebenbestimmungskompetenz das Bundeskartellamt gesetzlich ermächtigt wurde, eine signifikante Verschlechterung der Marktstruktur zeitweilig zu tolerieren. Eine solche Tolerierung ist allerdings in verschiedener Hinsicht unproblematisch. Zum einen wurde bereits durch die Nachfristzusagen⁴⁸ zeitweilig die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hingenommen. Auch für die Zusagen im EG-Fusionskontrollrecht nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO ist anerkannt, daß ein Zusammenschlußvorhaben unmittelbar nach Vorliegen der Genehmigung durch die Kommission verwirklicht werden kann, während die zugesagten Maßnahmen zur Beseitigung des wettbewerblichen Gefährdungspo-

⁴⁶ Meyer/Borgs § 36 Rn. 6; Pietzner/Ronellenfitsch § 9 Rn. 12; Schachel, Jura 1981, S. 454; Knack § 36 Rn. 13.

⁴⁷ Die Auflagenkompetenz ist evident nicht beschränkt auf Fälle, in denen eine marktbeherrschende Stellung nicht gegenwärtig, sondern erst in der Zukunft zu erwarten ist, IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 58.

⁴⁸ Siehe dazu unten 2. Kapitel.

tentials regelmäßig erst später durchgeführt werden⁴⁹. Zum anderen ist für die Untersagung stets eine Prognose über die Marktentwicklung zu erstellen. In diese Prognose werden auch Umstände eingestellt, die die marktbeherrschende Stellung ausschließen oder die Zusammenschlußwirkungen neutralisieren können⁵⁰. Regelmäßig ist z.B. die zukünftige Entwicklung der Marktanteile zu berücksichtigen. Schließen sich zwei oder mehr Unternehmen zusammen, die auf demselben Markt tätig sind, so kann es durchaus vorkommen, daß durch eine Zusammenfassung der Marktaktivitäten ein Abschmelzen des durch Addition erreichten gemeinsamen Marktanteils zu erwarten ist, so daß noch innerhalb des Prognosezeitraums die zusammengeschlossenen Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung wieder verlieren. Unter diese Prognose müssen aber auch Auflagen fallen. Es kann für die Prognose nämlich keinen Unterschied machen, ob sich die Stellung der betreffenden Unternehmen aufgrund der Marktgegebenheiten ohne Anstoß von außen abschwächt oder ob dies aufgrund von – im Regelfall von den Unternehmen selbst vorgeschlagenen – Auflagen geschieht, die mit Verwaltungszwang durchgesetzt werden können. In beiden Fällen ist von einer Änderung der Marktstruktur im positiven Sinne auszugehen. Somit werden marktbeherrschende Stellungen nicht in einem weiteren Rahmen toleriert, als dies in der Fusionskontrolle unter bestimmten Voraussetzungen schon seit jeher bei einer Prognose der zukünftigen Marktentwicklung geboten und zulässig war.

c) Die Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG)

§ 40 Abs. 3 S. 1 sieht neben Bedingungen und Auflagen keine Befristungen als mögliche Nebenbestimmungen vor. Die Befristung findet sich aber in § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG und wird im allgemeinen Verwaltungsrecht dann angenommen, wenn die Wirkung eines Verwaltungsakts mit einem Ereignis endet, dessen Eintritt und genauer Zeitpunkt gewiß sind⁵¹. Daß § 40 Abs. 3 die Befristung nicht erwähnt, ist ein Indiz dafür, daß eine Freigabeverfügung nicht mit einer Befristung versehen werden kann. Sie könnte allerdings dann zur Anwendung kommen, wenn subsidiär auf § 36 VwVfG zurückgegriffen werden kann. Dies ist nur möglich, wenn die Befristung sicherstellen soll, daß die Freigabevoraussetzungen geschaffen werden. Die Frage stellt sich hauptsächlich deshalb, weil das Bundeskartellamt in der Vergangenheit des öfteren Zusagen, die eine einfache Befristung des Zusammenschlusses vorsahen⁵², akzeptiert und infolgedessen von einer Untersagung abgesehen hat.

⁴⁹ IM EG-WbR, Bd. I, FKVO, D, Art. 8 Rn. 9.

⁵⁰ Begr. zum RegE zur 2. GWB-Novelle, BT-Drucksache VI/2520, S. 29; Langen/Ruppelt § 36 Rn. 43; Bechtold § 36 Rn. 3.

⁵¹ Vgl. statt aller: Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 12.

⁵² TB 1977, 57 „Bosch/Pierburg“; s. dazu die Kritik der Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 448 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten III, Tz. 544 „Trennungszusa-

Insbesondere der Fall „Bosch/Pierburg“ hat insoweit Anstoß erregt. In diesem Fall hatten die beteiligten Unternehmen die Zusage gemacht, den Zusammenschluß auf zehn Jahre zu befristen, was für das Bundeskartellamt den Ausschlag gegeben hat, von einer Untersagung abzusehen. Vor allen Dingen der lange Zeitraum von zehn Jahren hatte in der Literatur starke Kritik hervorgeufen und stellte nach überwiegender Auffassung einen Verstoß gegen die Bestimmungen des Fusionskontrollrechts dar⁵³. Eine Freigabe mit Nebenbestimmungen könne nämlich nur dann ergehen, wenn auf Grund des Zusammenschlusses innerhalb des Prognosezeitraums nach § 36 Abs. 1 die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwartet wird. Dieser Prognosezeitraum wird jedoch regelmäßig nicht länger als fünf Jahre sein können⁵⁴. Eine Befristung über den Prognosezeitraum hinaus ist aber auf keinen Fall mit geltendem Recht in Einklang zu bringen. Entweder wird innerhalb des Prognosezeitraums mit keiner Verschlechterung der Marktstruktur gerechnet, dann ist ein Zusammenschluß unbeschränkt zulässig, oder die Marktstruktur verschlechtert sich innerhalb des Prognosezeitraums, dann muß der Zusammenschluß untersagt werden und kann nicht sogar noch über den Prognosezeitraum hinaus befristet zugelassen werden.

Es stellt sich aber die weitere Frage, ob eine Befristung der Freigabeverfügung im Hauptverfahren unter Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht nach § 40 Abs. 3 S. 1 innerhalb des Prognosezeitraums möglich ist. Dazu müßte sie mit den Grundsätzen der Fusionskontrolle in formeller wie materieller Hinsicht vereinbar sein und das Fehlen der Befristung im Katalog der Nebenbestimmungen in § 40 Abs. 3 S. 1 eine Regelungslücke bedeuten. Für einen abschließenden Charakter der in § 40 Abs. 3 vorgesehenen Nebenbestimmungen spricht zunächst, daß eine Befristung zwangsläufig zu einer Auflösung des befristeten Zusammenschlusses führt. Insofern ist die Wirkung weitergehend als bei einer auflösenden Bedingung, die nicht zwangsläufig eintritt⁵⁵. Der entstehende Widerspruch zum gesetzlichen Ziel, Auflösungs-

ge zwischen Kreditunternehmen und Industrieunternehmen“; Monopolkommission, Hauptgutachten V, Tz. 592 „Gründung der Badischen Lokalfunk-Versuchs GmbH“; WuW 1990, S. 1020 „Minol/Aral bzw. Dea bzw. Agip“.

⁵³ Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 448 ff.; Huber, in: Huber/Börner, Gemeinschaftsunternehmen, S. 134; ders., WuW 1978, S. 686; Bechtold, BB 1980, S. 345; Harms/König, Schwerpunkte 1978/79, S. 145; Uhlig, Zusagen, S. 91 f.

⁵⁴ So auch WuW/E OLG 5495, 5496 f. „Vorratsanmeldung“.

⁵⁵ GK-Harms § 24 Rn. 1223; FK-Quack, 25. Lieferung 1988, § 24 Rn. 126 gehen im Gegenteil davon aus, daß bei der Befristung größere Rechtssicherheit herrscht, weil der Fristablauf gewiß ist und die Unternehmen um das Fehlen einer Erlaubnis ab Fristablauf wissen. Dies gilt m.E. allerdings auch für die auflösende Bedingung und die Auflage, da die Unternehmen sehr wohl wissen, wann sie gegen die Auflage verstoßen bzw. die auflösende

verfahren so weit wie möglich zu vermeiden, ist aber nicht das entscheidende Argument, das gegen die Zulässigkeit von befristeten Freigabeverfügungen spricht. Der wesentliche Grund dürfte eher in der Natur der Zusammenschlußkontrolle insgesamt liegen. Die Zusammenschlußkontrolle soll eine Verschlechterung der Marktstruktur verhindern. Wird ein Zusammenschluß allein aufgrund einer Befristung freigegeben, so nimmt das Bundeskartellamt eine Verschlechterung der Marktstruktur in Kauf, setzt dem aber nichts entgegen, was sich auch auf die Marktstruktur auswirkt, sondern begrenzt die Verschlechterung der Marktstruktur nur zeitlich. Liegt hingegen keine Verschlechterung der Marktstruktur vor, so muß das Bundeskartellamt eine Freigabeverfügung erlassen und darf die Freigabe nicht befristen. Auch wenn eine Marktstrukturverschlechterung erst in Zukunft zu erwarten ist⁵⁶, sieht § 36 Abs. 1 HS 1 vor, daß der Zusammenschluß sofort untersagt wird. Eine Untersagung erfolgt also schon, bevor eine Verschlechterung der Marktstruktur tatsächlich eintritt.

Noch eine weitere Überlegung kann die Unzulässigkeit von befristeten Freigaben in der Fusionskontrolle untermauern. Die Fusionskontrolle, deren Zweck ist, Strukturverschlechterungen zu verhindern, setzt erst ein, wenn ein Zusammenschluß, also eine Konzentration von Unternehmen, geplant ist. Voraussetzung hierfür ist eine Dauerhaftigkeit, nicht nur ein vorübergehender Zustand⁵⁷, der allenfalls als Kooperation anzusehen sein kann und daher eher unter § 1 GWB fällt. Wird ein „Zusammenschluß“ zeitlich derartig befristet, daß er noch innerhalb des Prognosezeitraums von bis zu fünf Jahren aufgelöst werden muß, so mag bei mehrjährigem Bestand vielleicht formal noch ein Zusammenschluß im Sinne von § 37 vorliegen. Der fließende Übergang zu kooperativen Unternehmensformen ist aber unübersehbar⁵⁸. Die bisher vorgenommenen Befristungen im Rahmen der Zusagenpraxis erinnern daher auch eher an befristete Erlaubnisse für freigestellte Kartelle.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Befristung dem Wesen der Fusionskontrolle widerspricht und daher nicht davon auszugehen ist, daß der Spezialtatbestand des § 40 Abs. 3 lückenhaft ist. Letztlich kann die Freigabe nach § 40 Abs. 2 nur unbefristet erteilt werden, weil eine Befristung dem Wesen

Bedingung herbeiführen. Insofern ist die Rechtssicherheit ein nur wenig überzeugendes Argument.

⁵⁶ Die bloße Möglichkeit einer Marktstrukturverschlechterung reicht auch hier für die Erfüllung des Untersagungstatbestandes und damit für die Zulässigkeit einer Verbindung einer Freigabeverfügung mit Nebenbestimmungen, um die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen, nicht aus, WuW/E OLG 3443, 3446 „EVS/TWS“; Langen/Ruppelt § 36 Rn. 43; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 8; v. Gamm § 24 Rn. 9.

⁵⁷ Wiedemann-Richter § 19 Rn. 79.

⁵⁸ Ebenso Harms/König, Schwerpunkte 1978/79, S. 145.

der Fusionskontrolle widerspricht⁵⁹. Damit kann in Bezug auf Befristungen also nicht ergänzend auf § 36 VwVfG zurückgegriffen werden.

d) Der Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG)

Zu überprüfen ist weiterhin, ob unter Rückgriff auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG eine Freigabeverfügung eventuell mit einem Widerrufsvorbehalt verbunden werden kann. Der Widerrufsvorbehalt ermöglicht die spätere Aufhebung des Verwaltungsakts nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Generell ist seine Anwendung aufgrund des Vertrauens- und Bestandsschutzes für begünstigende Verwaltungsakte problematisch⁶⁰. Er ist vor allen Dingen dann unzulässig, wenn Rücknahme und Widerruf abschließend geregelt sind⁶¹. Ob dies auch für das Fusionskontrollrecht gilt, ist im folgenden näher zu untersuchen.

aa) Rücknahme und Widerruf im Fusionskontrollverfahren

Die Frage, ob im Fusionskontrollrecht eine abschließende Regelung für die Rücknahme eines rechtswidrigen und den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts getroffen ist, oder ob auch nach den allgemeinen Regeln der §§ 48, 49 VwVfG eine Untersagung oder eine Freigabe zurückgenommen oder widerrufen werden kann, ist von der Literatur bisher unzureichend untersucht worden. Soweit die Frage in jüngster Zeit überhaupt thematisiert wurde, haben sich die Autoren zumeist mit einem pauschalen Verweis auf §§ 48, 49 VwVfG begnügt⁶². Dies erscheint aber insofern problematisch, als das GWB selbst in § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 den „Widerruf“, worunter auch eine Rücknahme im Sinne des allgemeinen Verwaltungsrechts zu verstehen ist⁶³, regelt, so daß es sinnvoll erscheint, diese Regelung auf ihre abschließende Funktion hin zu untersuchen.

Da im GWB in §§ 40 Abs. 3 S. 3, 41 Abs. 2 S. 3, 42 Abs. 2 jeweils i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 Vorschriften über die Rücknahme oder den Widerruf enthalten sind, stellt sich die Frage, inwieweit die allgemeinen Regeln des VwVfG in diesem konkreten Fall ergänzend heranzuziehen sind. Lange Zeit

⁵⁹ Huber, in: Huber/Börner, Gemeinschaftsunternehmen, S. 134; ders., WuW 1978, S. 686; Bechtold, BB 1980, S. 345; Harms/König, Schwerpunkte 1978/79, S. 145; Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 423, 448 ff.; Uhlig, Zusagen, S. 91 f.

⁶⁰ Knack § 36 Rn. 37; Kloepfer, DVBl. 72, S. 371 ff.

⁶¹ BVerwGE 45, S. 235, 241.

⁶² Wiedemann-Richter § 21 Rn. 100 f.; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 50; a.A. offenbar FK-Nägele § 43 Rn. 8.

⁶³ Das Gesetz spricht nur von Widerruf. Anhand von § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, der einen „Widerruf“ auch bei Arglist und unrichtigen Angaben vorsieht, ist aber erkennbar, daß auch die Rücknahme gemeint ist, denn in diesen Fällen wird häufig eine rechtswidrige Freigabeverfügung vorliegen. Insofern ist der Ausdruck „Widerruf“ in § 12 Abs. 2 untechnisch zu verstehen. Das GWB lehnt sich in diesem Fall also nicht an die allgemein übliche Terminologie des VwVfG an, vgl. auch Traumann, WuW 1982, 825, 828 f.

wurde für die Rücknahme ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht dann verneint, wenn das Gesetz eine zwingende Verpflichtung für die Behörde zur Rücknahme vorgesehen hat, so daß Vertrauensschutzgesichtspunkte keine Berücksichtigung fanden⁶⁴.

(1) Vertrauensschutzgesichtspunkte in §§ 48, 49 VwVfG

Das GWB sieht in § 12 Abs. 2 allerdings Ermessen für das Bundeskartellamt bei der Entscheidung vor, ob es die Freigabe eines Zusammenschlusses widerruft bzw. zurücknimmt oder nicht. In seiner Ermessensausübung hat das Bundeskartellamt auch Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Insofern ist es unmittelbar an §§ 48, 49 VwVfG gebunden⁶⁵. Dies gilt aber nur hinsichtlich der allgemeinen Regeln, die zugunsten der Adressaten von begünstigenden Verwaltungsakten die Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeiten der Verwaltung einschränken. Zwar ist das Bundeskartellamt über § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 zur Rücknahme bzw. zum Widerruf berechtigt, diese Ermächtigung wird durch §§ 48, 49 VwVfG aber unmittelbar wieder eingeschränkt. Die allgemeinen Regeln des Vertrauensschutzes werden also zugunsten der betroffenen Unternehmen angewendet.

(2) Erweiterung der Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeiten durch §§ 48, 49 VwVfG

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Ermächtigung des Bundeskartellamts zur Rücknahme bzw. zum Widerruf durch §§ 48, 49 VwVfG auch erweitert wird. Denn in diesen Normen befinden sich erheblich mehr Fallgruppen, in denen eine Rücknahme bzw. ein Widerruf möglich ist, als dies nach der gesetzlichen Rücknahme- bzw. Widerrufsmöglichkeit nach § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 der Fall ist. Danach kann die Freigabe eines Zusammenschlusses „widerrufen“ werden, „...2. soweit die Beteiligten einer mit der Freistellung verbundenen Auflage zuwiderhandeln oder 3. soweit die Freistellung auf unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt worden ist...“.

Folgt man der Systematik des GWB, so scheinen die oben genannten Widerrufsmöglichkeiten nur im Fall einer Freigabe unter Auflagen und Bedingungen zu gelten, denn der Gesetzgeber hat sie im selben Absatz wie die Bedingungen und Auflagen als Satz 3 geregelt. Dies mag sich daraus erklären, daß in § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 der Widerruf für den Fall eines Auflagenverstößes vorgesehen ist, so daß die Nr. 2 ohnehin nur auf Freigaben mit Auflagen paßt.

⁶⁴ BVerwGE 71, S. 248; 101, S. 24 im Waffenrecht; VGH Kassel NJW 85, S. 2909 für den Entzug einer Fahrerlaubnis; BVerwG DÖV 98, S. 293; für den Widerruf einer Approbation; weitere Nachweise bei Knack § 48 Rn. 10.

⁶⁵ BVerfGE 59, 122, 166 f.

Für die Nr. 3 ist eine Beschränkung auf Freigaben unter Nebenbestimmungen hingegen dem Gesetz nicht zu entnehmen. Es ist auch nicht sachgerecht, die Widerrufsmöglichkeit nur im Fall einer Freigabe unter Bedingungen und Auflagen anzunehmen. Weil § 40 Abs. 3 S. 3 nicht auch auf § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 verweist, der einen Widerruf bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse, die für die Freistellung maßgeblich waren, vorsieht und diese Nr. 1 vom Regelungsgehalt dem Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG entspricht, kann der Verweis nach § 40 Abs. 3 S. 3 nur abschließend zu verstehen sein in dem Sinne, daß andere Rücknahme- oder Widerrufsgründe nicht vorgesehen sind. Wenn man nun trotz der Spezialregelung in § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 die allgemeinen Regeln in §§ 48, 49 VwVfG nicht als gesperrt ansehen wollte, dürfte man §§ 48, 49 VwVfG nur für unbedingte und auflagenfreie Freigaben verwenden, weil die Spezialregelung für Freigaben unter Auflagen und Bedingungen, wie soeben gezeigt, in jedem Fall abschließend ist. Unter dieser Annahme hätte man je nach Art der Freigabe unterschiedliche Rücknahme- und Widerrufsvorschriften. Hierfür gibt es aber keinen sachlichen Grund, weil die Bedingungen und Auflagen nur schwerlich dazu führen können, daß eine Rücknahme oder ein Widerruf schwieriger vorzunehmen sind als bei einer unbedingten und auflagenfreien Freigabe. § 40 Abs. 3 S. 3 ist daher vielmehr als eigenständiger Absatz zu lesen, der für jeden Fall der Freigabe – mit oder ohne Nebenbestimmungen – gilt und eine abschließende Regelung darstellt.

Noch eine andere Überlegung soll die Richtigkeit des hier gefundenen Ergebnisses bestätigen. Läßt man eine Erweiterung der Rücknahme- und Widerrufsgründe durch §§ 48, 49 VwVfG zu, so dürfte nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG eine Freigabe widerrufen werden, „wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen...“. Ein typischer unter diesen Wortlaut subsumierbarer Fall wäre der eines Unternehmens, das nach einem Zusammenschluß aufgrund der veränderten Marktgegebenheiten eine marktbeherrschende oder sogar Monopolstellung erlangt. Ein Rückgriff auf die genannte Norm würde dazu führen, daß man eine echte Entflechtung wie im amerikanischen Recht vornehmen müßte, die das GWB aber gerade nicht vorsieht.

Damit steht fest, daß §§ 48, 49 VwVfG die Rücknahme- und Widerrufsgründe nicht erweitern⁶⁶, sondern § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 abschließend sind⁶⁷. Gegen diese Annahme spricht auch nicht, daß in § 43 S. 1 Nr. 5 von Rücknahme und Widerruf die Rede ist⁶⁸. In § 43 wird die

⁶⁶ So bereits für die alte Rechtslage Bunte, BB 1980, S. 1073, 1077; ders., Änderung kartellbehördlicher Verwaltungspraxis, Heidelberg 1981.

⁶⁷ In diesem Sinne offenbar auch FK-Nägele § 43 Rn. 8.

⁶⁸ So aber IM-Mestmäcker/Veelken § 43 Rn. 4.

Terminologie genau so wie im VwVfG technisch verwandt. Dies ist damit zu erklären, daß § 43 eine vollständig neue Vorschrift ist, die sich der Terminologie des relativ neuen VwVfG bedient, während § 12 Abs. 2 n.F. die Terminologie der Vorgängervorschriften § 11 Abs. 4 und 5, die älter als das VwVfG sind, daher auch nicht so präzise differenzieren und den Begriff Widerruf statt dessen nur untechnisch benutzen, unüberarbeitet übernommen hat. Unproblematisch ist die Rücknahme oder der Widerruf einer Untersagungsverfügung, auch wenn das Gesetz hierzu keine Aussage trifft, weil der Vertrauensschutz der beteiligten Unternehmen durch eine Aufhebung der Untersagung nicht betroffen ist. Für den Lauf der Fristen gilt dann § 40 Abs. 6 analog, so daß das Bundeskartellamt noch die Möglichkeit hat, eine erneute – auf andere Gründe gestützte - Untersagung auszusprechen oder eine Freigabe unter Auflagen und Bedingungen zu verfügen, der Beschleunigungsgrundsatz aber gewahrt bleibt.

bb) Zwischenergebnis

Rücknahme und Widerruf einer Freigabeverfügung sind im GWB abschließend geregelt. Die Freigabeverfügung kann daher auch nicht mit einem Widerrufsvorbehalt versehen werden⁶⁹, weil dies eine Erweiterung der Widerrufsründe bedeuten würde.

e) **Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG)**

Ein Verwaltungsakt kann auch mit dem Vorbehalt einer nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage verbunden werden. Allerdings ist der Auflagenvorbehalt als Belastung des Begünstigten von einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung abhängig⁷⁰. Auf die in § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG enthaltene Ermächtigung könnte nur dann zurückgegriffen werden, wenn durch den Auflagenvorbehalt tatsächlich vorliegende Freigabehindernisse beseitigt werden können. Dies ist jedoch zu verneinen. Entweder liegen die Freigabevoraussetzungen vor, dann ist der Zusammenschluß ohne Nebenbestimmungen freizugeben. Wenn jedoch die Prognose des Bundeskartellamts nach § 36 Abs. 1 ergibt, daß der Zusammenschluß zu einer marktbeherrschenden Stellung führt oder diese verstärkt, kann nur freigegeben werden, wenn mit großer Sicherheit davon auszugehen ist, daß die Nebenbestimmungen dem entgegenwirken. Ein Auflagenvorbehalt würde es dem Bundeskartellamt demgegenüber erlauben, sich in der Prognose nicht festzulegen, sondern abzuwarten wie sich der Zusammenschluß tatsächlich entwickelt, um sodann mittels Auflagen Marktstrukturen zu verhindern bzw. zu beseitigen. Ein solches Vorgehen führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für

⁶⁹ BVerwGE 45, 235, 241.

⁷⁰ Knack § 36 Rn. 45; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 42.

die Unternehmen und würde dem Bundeskartellamt eine echte Entflechtungsmöglichkeit in die Hand geben. Somit bleibt festzuhalten, daß der Auflagenvorbehalt dem Wesen des Fusionskontrollrechts widerspricht, so daß eine Freigabe auch nicht mit einem Auflagenvorbehalt versehen werden kann. Die Freigabe kann nur gemäß der gesetzlich vorgesehenen Ausnahme des § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 nachträglich mit Auflagen versehen werden, wenn die Freigabe auf unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt worden ist. Das Gesetz ist insoweit abschließend.

f) Ergebnis

Die Aufzählung von Bedingungen und Auflagen in § 40 Abs. 3 S. 1 als mögliche Nebenbestimmungen für eine Freigabeverfügung des Bundeskartellamts im Fusionskontrollverfahren ist abschließend. Es ist daher nicht zulässig, eine Freigabe mit Befristung, Widerrufs- oder Auflagenvorbehalt zu erlassen.

3. Voraussetzungen für die Verbindung einer Freigabe mit Nebenbestimmungen

Wie oben dargestellt, ist durch die Einführung einer förmlichen Freigabeverfügung gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen worden, diese Freigabeverfügung mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen das Bundeskartellamt seine Freigabeverfügungen mit Bedingungen und Auflagen versehen kann. Der Wortlaut von § 40 Abs. 3 legt zunächst nahe, daß es hierfür keine weiteren Voraussetzungen außer einer Freigabe bedarf, da er keinerlei Beschränkung enthält. Im Schrifttum wird aber einhellig angenommen, daß das Bundeskartellamt nicht nach Belieben die Freigabeverfügungen mit Bedingungen und Auflagen versehen kann⁷¹.

Begründet wird dies neben dem Wortlautargument zusätzlich mit einem historischen Argument. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten durch die Einführung einer förmlichen Freigabeverfügung, die mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden kann, die alte Zusagenpraxis des Bundeskartellamts auf eine gesetzliche Grundlage gestellt und nicht die Gestaltungsmöglichkeiten erweitert werden⁷². Es ist anerkannt, daß das Bundeskartellamt Zusagen nur entgegennehmen darf, wenn durch deren Erfüllung die bereits vorliegenden Untersagungsvoraussetzungen beseitigt werden⁷³.

Ein anderes Argument stellt auf die generelle Zweiteilung der Zusammenschlußkontrolle ab. Diese Zweiteilung besteht darin, daß das Bundeskartell-

⁷¹ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 46; Schulte, AG 1998, 197, 302; Uhlig, WuW 2000, 575.

⁷² Emmerich § 28, 2 b; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 44; vgl. die Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 59.

⁷³ Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 439; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 27; Uhlig, Zusagen, S. 30.

amt im ordentlichen Fusionskontrollverfahren jeden die Aufgreifkriterien erfüllenden Zusammenschluß gemäß § 36 Abs. 1 auf seine Vereinbarkeit mit dem Wettbewerb prüft, also den Einfluß des Zusammenschlusses auf die Marktstellung der beteiligten Unternehmen auf der einen und Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf der anderen Seite. Dabei ist anerkannt, daß politische Gesichtspunkte bei der Prüfung durch das Bundeskartellamt außen vor zu bleiben haben⁷⁴. Diese werden erst in einem sich ggf. anschließenden zweiten Teil eines Verfahrens erörtert, nämlich nach Beantragung einer Ministererlaubnis nach § 42. Im Gegenzug hat sich der Bundeswirtschaftsminister an die wettbewerblichen Feststellungen des Bundeskartellamtes zu halten und allein zu bewerten, ob gesamtwirtschaftliche Vorteile oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit die wettbewerblichen Nachteile auszugleichen vermögen. Würde man nun annehmen, daß das Bundeskartellamt seine Freigabeverfügungen ohne weiteres mit Nebenbestimmungen versehen kann, so durchbräche man das System der strikten Zweiteilung. Denn wenn wettbewerbliche Bedenken nicht bestehen, können allein außerwettbewerbliche Bedenken⁷⁵ zu einer nur beschränkten Freigabe führen. Da diese aber auch nach der 6. GWB-Novelle nicht durch das Bundeskartellamt berücksichtigt werden dürfen, kann eine Freigabe mit Bedingungen und Auflagen nur verbunden werden, wenn zuvor das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen festgestellt wird⁷⁶.

Das Bundeskartellamt hat eine Nebenbestimmungskompetenz also nur dann, wenn die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 vorliegen. Sie auszuräumen, ist einzige Aufgabe der Nebenbestimmungen nach § 40 Abs. 3 S. 1. Liegen die Untersagungsvoraussetzungen nicht vor, so hat es jeden Zusammenschluß bedingungslos und ohne Auflagen freizugeben.

Bedingungen und Auflagen sind daher nicht zulässig, wenn es Unsicherheiten über das tatsächliche Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen gibt. Diese Unsicherheiten dürfen nicht durch die Bedingungen und Auflagen ausgeräumt werden. Für das alte Zusage-recht war dies zwar auch allgemein anerkannt⁷⁷. Bei der Qualifizierung der Zusage als öffentlich-rechtlicher Vertrag wurde aber teilweise auch ein Vergleichsvertrag angenommen, durch den eine Ungewißheit über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Untersagung durch gegenseitiges Entgegenkommen ausgeräumt wird⁷⁸.

⁷⁴ Bechtold § 42 Rn. 2; Langen/Ruppelt § 42 Rn. 1.

⁷⁵ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 46 nennen beschäftigungs-, industrie-, regional- oder sozialpolitische Zielsetzungen.

⁷⁶ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 46; Schulte, AG 1998, 197, 302; Uhlig, WuW 2000, 575.

⁷⁷ Vgl. statt aller: IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 241; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 133.

⁷⁸ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; Traumann, Zusage, S. 110 Fn. 25; Oehler, S. 257.

Das Bundeskartellamt scheint diese eindeutigen Voraussetzungen weit zu interpretieren. So hat es im Fall „Dentsply/Degussa“ nicht deutlich zum Ausdruck gebracht, ob es die Untersagungsvoraussetzungen für den Teilmarkt der Edelmetallegierungen des zu beurteilenden Zusammenschlußvorhabens als erfüllt ansah oder diesbezüglich noch Unsicherheiten bestanden, die durch die dann verfügbaren Auflagen ausgeräumt wurden⁷⁹. Auch im europäischen Fusionskontrollrecht, in dem der gleiche Grundsatz gilt, ist diese Grenze der Nebenbestimmungskompetenz nicht immer eingehalten worden⁸⁰.

4. Ermessensspielraum des Bundeskartellamts

Damit ist geklärt, daß das Bundeskartellamt eine Freigabe nur dann mit Bedingungen und Auflagen verbinden kann, wenn es zunächst das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 festgestellt hat. Weiterhin ist aber zu untersuchen, inwieweit bei Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen ein Ermessen des Bundeskartellamts besteht, die Untersagungsvoraussetzungen durch Bedingungen und Auflagen zu beseitigen oder das Zusammenschlußvorhaben zu untersagen. Eng damit verbunden ist die Frage, ob das Bundeskartellamt zunächst verpflichtet ist, Lösungen zu suchen, um die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen, also den am Zusammenschlußvorhaben beteiligten Unternehmen konkrete Vorschläge für Bedingungen und Auflagen zu machen.

a) Vorschlagspflicht für das Bundeskartellamt?

Zunächst legt der Wortlaut von § 40 Abs. 3 nahe, daß es eine Pflicht des Bundeskartellamts, die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 von sich aus durch die Bedingungen und Auflagen zu beseitigen, nicht gibt, da die betreffende Norm als „Kann-Vorschrift“ ausgestaltet ist, die üblicherweise Ermessen einräumt⁸¹. Im Einzelfall ist allerdings eine als „Kann-Vorschrift“ formulierte Norm im Rahmen der Rechtsordnung als bindende Regelung zu verstehen⁸². Es ist daher zu prüfen, ob das Bundeskartellamt durch § 40 Abs. 3 gebunden wird und dementsprechend auch ohne Vorschläge durch die betreffenden Unternehmen Bedingungen und Auflagen zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen erarbeiten muß.

aa) Praktikabilitätsgründe

Diese Frage wird durch das Schrifttum u.a. aus Praktikabilitätsgründen verneint. Das Bundeskartellamt könne allein schon deshalb keine eigenen Vor-

⁷⁹ Bundeskartellamt vom 27.9.2001 „Dentsply/Degussa“ Az. B4 69/01 Rz. 81 ff.; s. 3. Kapitel 1. q).

⁸⁰ Leibenath, S. 92 f.

⁸¹ Knack § 40 Rn. 34; Stelken/Bonk/Sachs § 40 Rn. 21; Kopp/Ramsauer § 40 Rn. 42.

⁸² BVerwGE 18, S. 250; BVerwGE 85, S. 177, 184.

schläge für die Beseitigung der Untersagungs Voraussetzungen unterbreiten, weil es dem Amt an den wesentlichen Informationen fehle, um für die betreffenden Unternehmen entsprechende Lösungen zu erarbeiten, die geeignet sind, die Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen⁸³. Dies kann allein schon deshalb bezweifelt werden, weil das Amt bei der Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß § 39 Abs. 3 eine Fülle von Informationen durch die beteiligten Unternehmen erhält, aus denen sich genau ergibt, auf welchen Märkten eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden würde. Zumindest bei der Frage der marktbeherrschenden Stellung reichen die Informationen aus. Wenn das Bundeskartellamt eine derartige Marktstellung ermitteln kann, muß es ihm auch möglich sein festzustellen, wie diese Marktstellung wieder unter die Grenzen von § 19 Abs. 2 bzw. 3 abgesenkt werden kann. Schwieriger dürfte für die Kartellbehörde zu beurteilen sein, wie durch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen die Nachteile einer Marktbeherrschung ausgeglichen werden können. Gemäß § 36 Abs. 1 HS 2 würden auch in diesem Fall die Untersagungs Voraussetzungen entfallen. In diesen Fällen ermittelt das Bundeskartellamt wegen der Beweislastumkehrung nicht von Amts wegen⁸⁴.

Somit steht fest, daß eine Pflicht des Bundeskartellamts zur Unterbreitung von Vorschlägen für Bedingungen und Auflagen nicht an fehlenden Informationen scheitert.

bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Im Schrifttum wurde in Erwägung gezogen, ob sich nicht umgekehrt eine Verpflichtung des Bundeskartellamts in o.g. Sinne aus dem Übermaßverbot ergeben könnte, da eine Freigabe unter Nebenbestimmungen gegenüber einer Untersagung immer den geringeren Eingriff in die grundrechtlich garantierte Zusammenschlußfreiheit darstellt⁸⁵. Eine derartige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in diesem Zusammenhang erscheint aber zu weitgehend⁸⁶. Die Unternehmen, die von der grundsätzlichen Zusammenschlußfreiheit des deutschen Fusionskontrollrechts Gebrauch machen möchten, unterbreiten mit ihrer Anmeldung dem Bundeskartellamt ihr Vorhaben. Wenn dieses Vorhaben nicht gesetzeskonform ist, so stellt es keinen Eingriff des Staates in die Freiheit der Unternehmen dar, wenn das Bundeskartellamt seinerseits keinen Gegenvorschlag für einen gesetzeskonformen Zusammen-

⁸³ Uhlig, WuW 2000, S. 574, 578

⁸⁴ IM-K. Schmidt § 57 Rn. 9.

⁸⁵ Uhlig, WuW 2000, S. 574, 578; so offenbar auch Wiedemann-Richter § 21 Rn. 95; im allgemeinen Verwaltungsrecht auch Wolff/Bachof/Stober § 47 Rn. 19; Krüger, DVBl 1955, S. 522; Ule/Laubinger § 50 III.

⁸⁶ So auch IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 47 in Fn. 134 a.

schluß macht. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip führt in dieser Frage also nicht weiter.

cc) Amtsermittlungsgrundsatz

Ruppelt nimmt eine diesbezügliche Verpflichtung des Bundeskartellamts aus dem Amtsermittlungsgrundsatz nach § 57 Abs. 1 an⁸⁷. Mit Einräumung der Befugnis aus § 40 Abs. 3 könne sich das Bundeskartellamt nicht mehr darauf beschränken, auf Vorschläge von geeigneten strukturellen Maßnahmen seitens der beteiligten Unternehmen zu warten. Der Amtsermittlungsgrundsatz besagt, daß die Kartellbehörde den entscheidungserheblichen Tatsachenstoff von Amts wegen ermittelt⁸⁸, ohne an das Vorbringen oder an Zugeständnisse der Beteiligten gebunden zu sein⁸⁹. Nicht Teil des Amtsermittlungsgrundsatzes ist es hingegen, aus festgestellten Tatsachen gleich einem Planspiel Lösungen zu entwickeln, wie sich zwei oder mehr Unternehmen bei gegebener Sachlage gesetzeskonform zusammenschließen können. Andernfalls würde man dem Bundeskartellamt umfassende Beratungspflichten aufbürden, die in den Bereich der anwaltlichen oder unternehmerischen Beratungskompetenz fallen.

dd) Stellungnahme

Aus den oben genannten Gründen läßt sich weder eine Verpflichtung des Bundeskartellamts, geeignete Bedingungen und Auflagen vorzuschlagen, noch ein Verbot desselben ableiten. Das Bundeskartellamt hat vielmehr Ermessen, geeignete Bedingungen und Auflagen zur Beseitigung der Freigabehindernisse herauszuarbeiten, ist aber hierzu nicht verpflichtet. Eine derartige Kompetenz des Bundeskartellamts ist auch nicht unverhältnismäßig, da eine Freigabe mit Bedingungen und Auflagen für die Unternehmen weniger einschneidend ist als eine Untersagung. Auch nach allgemeinem Verwaltungsrecht obliegt es nicht der Behörde, geeignete Nebenbestimmungen zu suchen, um die Voraussetzungen für den Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts zu schaffen. Vielmehr entscheidet die Behörde über den Erlaß eines beantragten Verwaltungsakts und verbindet ihn nach freiem Ermessen mit Nebenbestimmungen, wenn rechtliche Hindernisse beseitigt werden müssen⁹⁰. Dabei liegt es im Ermessen der Behörden, den Antrag abzulehnen oder aber den beantragten Verwaltungsakt unter selbst gewählten Nebenbestimmungen zu erlassen, wenn der beantragte Verwaltungsakt die gesetzlichen Vorgaben

⁸⁷ Langen/Ruppelt § 40 Rn. 28.

⁸⁸ IM-K. Schmidt § 57 Rn. 1; Bechtold § 57 Rn. 1; Langen/Schultz § 57 Rn. 1.

⁸⁹ WuW/E OLG 891, 895 „IGZ“.

⁹⁰ Badura/Ehlers/Ericksen § 14 Rn. 11

nicht erfüllt⁹¹. Für eine solche Auslegung auch im Kartellverwaltungsrecht spricht schon der als „Kann“-Bestimmung formulierte § 40 Abs. 3 S. 1. Eine gleichartige Kompetenz des Bundeswirtschaftsministers war bisher auch für die Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 a.F. anerkannt⁹².

ee) Modifizierung durch das europäische Fusionskontrollrecht?

Das europäische Fusionskontrollverfahren geht andere Wege. Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit das deutsche Fusionskontrollverfahren durch die FKVO modifiziert werden kann⁹³. Auch nach der VO Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) erläßt die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO im Hauptverfahren - und nach Art. 6 Abs. 2 FKVO sogar im Vorverfahren - Freigabeverfügungen, die jeweils nach UAbs. 2 auch mit Auflagen und Bedingungen versehen werden können. Aus dem Wortlaut von UAbs. 2 geht hervor, daß die Unternehmen der Kommission gegenüber Verpflichtungen eingehen müssen, die dann von der Kommission in Bedingungen und Auflagen umgeformt werden. Nach europäischem Recht sind es also nur die Unternehmen, die Vorschläge für Auflagen und Bedingungen unterbreiten. Die Kommission darf aus eigener Kompetenz Freigabeverfügungen nicht mit Bedingungen und Auflagen versehen, die nicht auf zuvor von den beteiligten Unternehmen gegenüber der Kommission eingegangenen Verpflichtungen beruhen⁹⁴. Dieser Umstand führt dazu, daß genau geregelt sein muß, bis zu welchem Zeitpunkt die Unternehmen entsprechende Verpflichtungen eingehen dürfen. Andernfalls wäre der geordnete Ablauf des Verfahrens gefährdet, und zweifelhaft, ob die Kommission angesichts der kurzen Untersagungsfristen die Verpflichtungen für eine bedingte Freigabe noch berücksichtigen könnte. Gemäß § 18 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 447/98 (DVO zur FKVO) kann die Kommission Änderungsvorschläge der Unternehmen nur dann berücksichtigen, wenn sie vor Ablauf von drei Wochen nach der Anmeldung im Vorverfahren bzw. vor Ablauf des dritten Monats nach Einleitung des Hauptverfahrens eingereicht worden sind.

Somit würde man – dem europäischen Recht folgend – zu einem anderen Ergebnis kommen, nämlich, daß das Bundeskartellamt nicht nur nicht verpflichtet, sondern gar nicht berechtigt ist, bei Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen nach Bedingungen und Auflagen zu suchen, mit deren Hilfe die Untersagungsvoraussetzungen beseitigt werden können.

⁹¹ Ebenso für die Baugenehmigung: BVerwG vom 1.12.1972 BRS 25 Nr 54; VGH Mannheim, VBIBW 1983, S. 110; Simon Art. 79 Rn. 34 a.

⁹² GK-Harms § 24 a.F. Rn. 1138; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 306; Uhlig, Zusa-gen, S. 19 f.

⁹³ In diesem Sinne Bechtold § 40 Rn. 18.

⁹⁴ Leibenath, S. 38 f., 90.

Durch die 6. GWB-Novelle sollte das GWB an das EG-Recht angepaßt werden⁹⁵. Dies ist unter anderem durch eine Reihe von parallelen Formulierungen geschehen. Es ginge aber zu weit, daraus schließen zu wollen, daß in zweifelhaften Auslegungsfragen das EG-Recht maßgeblich sei. Dies gilt erst recht für das Verfahrensrecht, bei dem wegen der Unerheblichkeit von Differenzen für das materielle Recht eine Anpassung ohnehin nicht vorrangig erfolgen sollte. Zwar sind ähnlich dem europäischen Recht auch Bedingungen und Auflagen eingeführt worden, aber sie sollten vornehmlich die Zusagenpraxis ablösen. Daß keine Harmonisierungsabsicht bezüglich des europäischen Rechts der Nebenbestimmungen bestanden hat, ist allein daran zu erkennen, daß das GWB von den Unternehmen keine vorher einzugehenden Verpflichtungen gegenüber dem Bundeskartellamt verlangt, wie dies im EG-Recht nach Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO erforderlich ist. Auch sind im Hinblick auf das Vorverfahren ganz erhebliche Unterschiede geblieben. So wird auch nach der 6. GWB-Novelle im Vorverfahren keine förmliche Freigabebefugung erlassen.

In der Literatur wurde andererseits diskutiert, inwieweit das deutsche Recht wegen des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts auszulegen, anzuwenden und fortzubilden ist⁹⁶. Im Ergebnis muß eine an den europäischen Parallelvorschriften ausgerichtete Auslegung aber verneint werden, da der Grundsatz der Gemeinschaftstreue im wesentlichen vier Punkte umfaßt, die allesamt nicht berührt werden, wenn ein selbständiges vom EG-Recht abweichendes Kartellrecht beibehalten wird. Zu nennen sind die Pflicht zur Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Geltungsanspruchs, die Pflicht zur Beachtung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, die Pflicht zur Beachtung der materiellen Ordnungen des Vertrages und das Verbot, die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane zu beeinträchtigen⁹⁷. Auch in der Rechtsprechung wurde die Frage der Auswirkungen des europäischen Rechts auf die Auslegung des deutschen Rechts in jüngster Zeit mehrfach aufgeworfen, da sich die von einer Untersagung betroffenen Unternehmen zur Abwendung dieser Untersagung auf die Auslegung des

⁹⁵ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 2.5.1996, abgedruckt in WuW 1996, S. 359 f.; nach Uhlig, WuW 2000, 574 ist auch mit der Einführung von Bedingungen und Auflagen eine Anpassung an das EG-Recht bezweckt worden. Dies ist zweifelhaft. Zum einen findet eine Harmonisierungsabsicht für das Fusionskontrollverfahren seitens des Bundeswirtschaftsministeriums nirgendwo Erwähnung, zum anderen bestehen nach der 6. GWB-Novelle noch immer große Unterschiede zu den europäischen Auflagen und Bedingungen.

⁹⁶ Gegen eine Angleichungspflicht: Lenz, Schwerpunkte 1992/93, S. 25, 30f.; Bach, WuW 1992, S. 571, 573ff.; für eine Angleichungspflicht: Zuleeg, EuR 1990, S. 123, 134; Steindorff, Schwerpunkte 1986/87, S. 27, 54.

⁹⁷ Bach, WuW 1992, S. 571, 573.

EG-Rechts berufen hatten. Dagegen hatten die Gerichte festgestellt, daß das europäische Gemeinschaftsrecht die nationalen Behörden und Gerichte nicht verpflichtet, das nationale Recht der Fusionskontrolle in dessen Anwendungsbereich so auszulegen, daß es nicht von den Vorschriften der Fusionskontrollverordnung – in deren Auslegung durch die Gemeinschaftsorgane - abweicht⁹⁸. Andernfalls würde in diesem Bereich eine andere Art von Vorrang des Gemeinschaftsrechts begründet, der hier gerade nicht besteht, und zudem die Grenze zulässiger Auslegung des nationalen Rechts rasch überschritten. Eine harmonisierende Auslegung von § 40 Abs. 3 im Sinne gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften ist letztlich also nicht geboten⁹⁹.

ff) Praxis

Das Bundeskartellamt folgt in der Praxis der oben gefundenen Lösung¹⁰⁰. Demnach sieht sich das Bundeskartellamt als befugt an, Freigabehindernisse auch ohne entsprechende Zusagen der beteiligten Unternehmen durch Bedingungen und Auflagen auszuräumen. Es sei aber nicht verpflichtet, selbst Lösungen zur Ausräumung von Freigabehindernissen zu entwickeln. Aufgrund des zusätzlichen Verwaltungsaufwandes, selbständig Nebenbestimmungen zu erarbeiten, die nachher ggf. nicht in das wirtschaftliche Konzept der Unternehmen passen, ist aber zu erwarten, daß das Bundeskartellamt nicht ohne Absprache mit den Unternehmen eine Ausarbeitung von passenden Nebenbestimmungen vornimmt¹⁰¹. Letztlich bleibt es somit bei einer zwischen den beteiligten Unternehmen und dem Bundeskartellamt einvernehmlich auszuhandelnden Regelung zur Lösung komplexer Wettbewerbsprobleme¹⁰², die bereits in der Vergangenheit des öfteren in der Kritik stand¹⁰³.

gg) Ergebnis

Es ist damit festzuhalten, daß § 40 Abs. 3 eine Vorschrift ist, die dem Bundeskartellamt ein Ermessen läßt, ob es selbst nach Möglichkeiten sucht, die Untersagungsvoraussetzungen bei einem Zusammenschlußvorhaben durch Bedingungen und Auflagen zu beseitigen.

⁹⁸ WuW/E BGH 3026, 3034 „Backofenmarkt“; WuW/E OLG 5907, 5913 f. „Rheinpfalz/Medien Union“; BGH WuW/E DE-R 243, 244 f. „Pirmasenser Zeitung“.

⁹⁹ Vgl. aber Bechtold § 40 Rn. 18, der sie zumindest für sinnvoll erachtet.

¹⁰⁰ TB 1999/2000, S. 23.

¹⁰¹ Eine Ausnahme stellt der Fall „SV-C Verwaltungs GmbH/WEKA“ Az. B6 56/01 bei der die Unternehmen die letztlich verwandten Nebenbestimmungen nicht vorgeschlagen haben; s. unten 3. Kapitel 1. n).

¹⁰² TB 1999/2000, S. 23.

¹⁰³ IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 250; Monopolkommission, Sondergutachten 18, Tz. 271 ff; Harms, Schwerpunkte 1976/77, S. 64; Windbichler, S. 39 f.

b) Umfang des Ermessensspielraums

Weiterhin ist zu klären, inwieweit das Bundeskartellamt Ermessen hat, den Erlaß einer Freigabeverfügung unter Bedingungen und Auflagen abzulehnen, wenn ihm von Seiten der Unternehmen Änderungsvorschläge unterbreitet werden.

aa) Voraussetzungen für die Annahme von vorgeschlagenen Nebenbestimmungen durch das Bundeskartellamt

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spielt für die Frage nach dem Umfang des Ermessens eine wesentliche Rolle. Bei ihrer Ermessensentscheidung hat die Behörde zu beachten, daß die verwendete Nebenbestimmung geeignet und erforderlich zur Ausräumung der rechtlichen Hindernisse sein muß. Es darf also kein milderes Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muß die Entscheidung nach einer Güterabwägung auch angemessen sein. Zunächst müssen also die vorgeschlagenen Nebenbestimmungen im Falle ihrer Erfüllung die zuvor vorliegenden Voraussetzungen für eine Untersagung beseitigen. Ist das nicht der Fall, so muß das Bundeskartellamt das Zusammenschlußvorhaben untersagen, weil es sich bei § 36 Abs. 1 um eine zwingende Vorschrift handelt.

Bei genauerer Betrachtung wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz häufig zu einer Ermessensreduzierung auf Null führen, so daß im konkreten Fall kein Ermessen mehr besteht. Legen die Unternehmen einen Änderungsvorschlag vor, um die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen, so verstieße es gegen den Grundsatz des geringsten Eingriffs, wenn das Bundeskartellamt das Zusammenschlußvorhaben untersagt, indem es sich auf sein Ermessen beruft. Damit zwänge es die Unternehmen nämlich dazu, das Zusammenschlußvorhaben unter Berücksichtigung der Änderungsvorschläge neu anzumelden. Vielmehr hat das Bundeskartellamt die vorgeschlagenen Änderungen zu prüfen. Dabei wird es die vorgeschlagenen Nebenbestimmungen grundsätzlich nur dann rechtmäßigerweise ablehnen können, wenn einer der unter (1) und (2) dargestellten Punkte nicht erfüllt ist.

(1) Erfüllbarkeit der vorgeschlagenen Nebenbestimmungen

Die am Zusammenschlußvorhaben beteiligten Unternehmen müssen objektiv in der Lage sein, die vorgeschlagenen Nebenbestimmungen zu erfüllen. Dieser Punkt ist bereits in den „Weichschaum-Beschlüssen“¹⁰⁴ des KG Berlin hervorgehoben worden und gilt auch nach der 6. GWB-Novelle fort. In beiden Entscheidungen hatte das KG Berlin festgestellt, daß Zusagen durch das Bundeskartellamt zu berücksichtigen seien, wenn sie „glaubwürdig“, d.h. von

¹⁰⁴ WuW/E OLG 1637 ff. „Weichschaum I“; WuW/E OLG 1758 ff. „Weichschaum II“.

der Verfügungsmacht der Unternehmen gedeckt sind¹⁰⁵. Glaubwürdigkeit liegt dann vor, wenn die Erfüllung der Zusagen im wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen liegt oder diese kaum beeinträchtigt¹⁰⁶. Demnach entscheidend sind also nicht allein subjektive Kriterien, wie der ernsthafte Wille oder die Zuverlässigkeit der Unternehmen¹⁰⁷, die regelmäßig vom Bundeskartellamt nicht abschließend beurteilt werden können, sondern subjektive und objektive Kriterien, nämlich ob das konkrete Unternehmen bei gegebener Sachlage die Nebenbestimmungen erfüllen kann. Zu denken ist neben der bestehenden Verfügungsmacht z.B. an die Veräußerungsfähigkeit eines Unternehmens bzw. eines Unternehmensteils.

(2) Rechtzeitigkeit (vgl. § 18 Abs. 2 DVO zur FKVO)

Weiterhin müssen die Unternehmen ihre Vorschläge so rechtzeitig unterbreiten, daß das Bundeskartellamt ausreichend Zeit hat, sie zu prüfen¹⁰⁸. Durch die Ausgestaltung des Fusionskontrollverfahrens dergestalt, daß nach Ablauf von Fristen die Zusammenschlüsse freigegeben sind, kann das Bundeskartellamt gezwungen sein, eine Entscheidung zu treffen, will es seine Untersagungsmöglichkeit nicht durch Fristablauf verlieren. In einem solchen Fall kann das Bundeskartellamt nicht durch kurzfristige Vorschläge für Nebenbestimmungen unter Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einer Freigabe gezwungen werden.

Es kann aber auch vorkommen, daß sich erst kurz vor Ablauf der Frist herausstellt, daß ein Zusammenschlußvorhaben zu untersagen ist. Machen in einem solchen Fall die beteiligten Unternehmen kurzfristig einen Änderungsvorschlag, so ist das Bundeskartellamt zu einer Prüfung und ggf. positiven Entscheidung verpflichtet, wenn die Unternehmen gleichzeitig einer Fristverlängerung gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 zustimmen.

Dieses Kriterium der Rechtzeitigkeit findet zunächst keine Stütze im Wortlaut der Verfahrensvorschriften der deutschen Fusionskontrolle. Ein Blick in das Fusionskontrollrecht der EG bestätigt aber die Richtigkeit dieser Überlegungen. Dort gab es bis zur Novelle der FKVO von 1997 keinerlei Bestimmungen über den Zeitrahmen, in dem sich die Verpflichtungen der Unternehmen zu bewegen hatten. So kam es häufig vor, daß die Unternehmen gegenüber der Kommission Verpflichtungen erst unmittelbar vor Ablauf der Fristen des Art. 10 FKVO eingegangen sind. Diese hatte dann in kürzester Zeit über die Eignung der Verpflichtungen zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen zu entscheiden. Eine Stellungnahme der nationalen Kartellbehörden ge-

¹⁰⁵ WuW/E OLG 1637, 1638 „Weichschaum I“; WuW/E OLG 1758, 1763 „Weichschaum II“.

¹⁰⁶ GK-Harms § 24 Rn. 1062; Oehler, S. 258; Uhlig, Zusagen, S. 41.

¹⁰⁷ Baur/Ehlers, WuW 1977, S. 693; Feuring, WuW 1981, S. 410.

¹⁰⁸ So auch Uhlig, Zusagen, S. 126.

mäß Art. 19 FKVO war dann häufig praktisch ausgeschlossen¹⁰⁹. Durch § 18 DVO zur FKVO sind mittlerweile Ausschlußfristen eingeführt worden, nach deren Ablauf die Verpflichtungen der Unternehmen von der Kommission nicht mehr berücksichtigt werden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bestätigt diese auf europäischer Ebene getroffene gesetzgeberische Entscheidung und ermöglicht ihre grundsätzliche Übertragbarkeit auf das deutsche Recht. Nimmt man nämlich im Rahmen der Angemessenheit eine Güterabwägung vor, so steht auf der einen Seite die Zusammenschlußfreiheit der Unternehmen, auf der anderen Seite aber die Rechtssicherheit und die Funktionsfähigkeit der Kartellbehörde, die beide nicht gewährleistet sind, wenn der Behörde zur Prüfung eines Zusammenschlußvorhabens auf seine Vereinbarkeit mit dem GWB nicht genügend Zeit bleibt. Weil die Unternehmen im Regelfall vorher genügend Zeit zur Unterbreitung von Vorschlägen haben, überwiegen die Gesichtspunkte der Vorsehbarkeit der Rechtsanwendung und der Funktionsfähigkeit der Verwaltung die Zusammenschlußfreiheit der Unternehmen¹¹⁰. Diese Gegenläufigkeit kann nur durch eine einvernehmliche Fristverlängerung nach § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 aufgehoben werden.

(3) Gleich geeignete Nebenbestimmungen

Schließlich ist auch der Fall denkbar, daß die Unternehmen Vorschläge für Nebenbestimmungen unterbreiten, das Bundeskartellamt aber davon abweichende Nebenbestimmungen erläßt. Dies ist prinzipiell möglich, wie oben unter 4. a) gezeigt wurde. Aber auch hier kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Modifizierungen führen. Die Nebenbestimmungen müssen den geringsten Eingriff darstellen. Was das im konkreten Fall bedeutet, wird nur schwer feststellbar sein. Aufgrund der grundsätzlichen Zusammenschlußfreiheit ist das Merkmal daher subjektiv auszulegen, so daß der geringste Eingriff stets derjenige ist, den die Unternehmen selbst vorgeschlagen haben.

bb) Inhaltliche Ausgestaltung der Nebenbestimmungen

Haben die Unternehmen selbst Vorschläge zur Herstellung der Freigabe Voraussetzungen gemacht, die die oben unter aa) genannten Voraussetzungen erfüllen, so stellt sich die Frage, wie die Nebenbestimmungen inhaltlich auszugestalten sind.

¹⁰⁹ Leibenath, S. 47, 49.

¹¹⁰ Für das EG-Recht Leibenath, S. 53: Der bestehende Konflikt zwischen einem schnellen Verfahrensablauf und der Durchführung einer umfassenden Untersuchung der Auswirkungen eines Vorhabens auf die Wettbewerbsstruktur der betroffenen Märkte dürfe nicht einseitig zugunsten des raschen Verfahrensablaufs aufgelöst werden.

(1) Arten der Nebenbestimmungen

Mit welchen Bedingungen und Auflagen das Bundeskartellamt die Freigaben verbinden kann, wird vor allem durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt. Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, daß die Auflage der Bedingung vorzuziehen ist, weil sie die Unternehmen weniger belastet¹¹¹. Grund hierfür ist, daß eine Erfüllung der Auflage durch Verwaltungszwang durchgesetzt werden kann. Dagegen würde die Herbeiführung des Eintritts einer auflösenden Bedingung sofort zum Wegfall der Freigabewirkung führen. Außerdem erlaubt die Auflage den Unternehmen, sofort ihr Zusammenschlußvorhaben zu vollziehen, während eine aufschiebende Bedingung erst einmal eintreten muß, bevor die Freigabe wirksam wird. Dies kann insbesondere in Fällen, in denen eine wenig attraktive Beteiligung zu veräußern ist und daher möglicherweise weit über ein Jahr an Zeit in Anspruch nimmt, zu einer schweren Belastung für die sich zusammenschließenden Unternehmen werden. Es ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, welche Nebenbestimmung ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Interessen der Unternehmen an einem möglichst unbeschwertem Zusammenschluß und den Interessen der Allgemeinheit an einer möglichst sicheren und schnellen Erfüllung der Nebenbestimmungen schaffen kann.

(2) Kurze Fristen zur Erfüllung von Auflagen

Ebenfalls aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz läßt sich ableiten, wie die Auflagen zeitlich zu behandeln sind. Weil bis zur Erfüllung der Auflagen zeitweilig eine marktbeherrschende Stellung entstehen kann¹¹², müssen für die Erfüllung der Auflagen möglichst kurze Fristen gesetzt werden¹¹³. Bei der genauen Bestimmung der Fristlänge ist dann auf der einen Seite die entstehende Wettbewerbsbeschränkung abzuwägen gegen die Zusammenschlußfreiheit der beteiligten Unternehmen und deren Fähigkeit und Möglichkeit, eine Auflage in einem bestimmten Zeitrahmen zu erfüllen. Der zu gewährende zeitliche Rahmen ist abhängig von der Art der Nebenbestimmung. Die Veräußerung von Unternehmen oder Betrieben oder Teilen derselben wird häufig nur in Fristen von ein bis zwei Jahren möglich sein¹¹⁴. Ist eine Auflage erkennbar erst nach einem langen Zeitraum durch die Unternehmen zu erfüllen, kann dies im Einzelfall dazu führen, daß das Bundeskartellamt das Zusammenschlußvorhaben nicht unter Nebenbestimmungen freigibt, sondern

¹¹¹ So auch Rabenschlag, S. 114; Uhlig, WuW 2000, S. 579.

¹¹² Siehe dazu oben 2. b) cc).

¹¹³ So auch IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 58; Monopolkommission, Hauptgutachten XI, Tz. 1003.

¹¹⁴ TB 1977, S. 79 ff. „Kinokette“; TB 1977 a.a.O. „Karstadt/Neckermann“, TB 1985/86, S. 45 „L’Air Liquide/Agefko“; Uhlig, WuW 2000, S. 574, 576 m.w.N.

insgesamt untersagen muß. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Auflage nicht innerhalb des Prognosezeitraums von § 36 Abs. 1 erfüllt werden kann.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß das Bundeskartellamt durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowohl beim Umfang seines Ermessens als auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Nebenbestimmungen gebunden ist. Eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen kann nur erfolgen, wenn die Nebenbestimmungen geeignet, erforderlich und angemessen sind, um die Freigabevoraussetzungen herbeizuführen. Die Vorschläge für Nebenbestimmungen müssen außerdem rechtzeitig vor Ablauf der Untersagungsfrist dem Bundeskartellamt vorgelegt werden, um noch Berücksichtigung zu finden. Unter gleich geeigneten Nebenbestimmungen haben diejenigen den Vorrang, die den ausdrücklichen Interessen der anmeldenden Unternehmen entsprechen. Entschließt sich das Bundeskartellamt, den Unternehmen Auflagen zu machen, so müssen diese Auflagen innerhalb vorgegebener Fristen erfüllt werden. Schließlich dürfen die Unternehmen durch die Nebenbestimmungen nicht übermäßig belastet werden, so daß im Regelfall Auflagen der Bedingung vorzuziehen sind. Dieses Ergebnis, wonach die Vorstellungen der Unternehmen weitgehend berücksichtigt werden müssen, ergibt sich nicht nur aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es stimmt auch mit der Gesetzgebungsgeschichte der 6. GWB-Novelle überein, bei der man die Zusagenvereinbarungen zwischen dem Bundeskartellamt und den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen auf eine gesetzliche Grundlage stellen wollte.

5. Teiluntersagungen

Mit der Einführung durch die 6. GWB-Novelle von Freigabeverfügungen, die mit Bedingungen und Auflagen versehen werden können, hat der Gesetzgeber versucht, verschiedene Probleme des Fusionskontrollverfahrens zu lösen. Zum einen sollte die umstrittene Zusagenpraxis des Bundeskartellamts endlich auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. Zumindest für das Hauptprüfverfahren dürfte es unbestritten sein, daß das Bundeskartellamt jedenfalls die Zusagen, die erst nach Wegfall des Untersagungsrechts des Bundeskartellamts erfüllt werden können oder müssen und bei denen deshalb die größten Probleme existierten (sog. Nachfristzusagen¹¹⁵), nicht mehr berücksichtigen darf, da sie durch die Auflagen und Bedingungen abgelöst worden sind¹¹⁶.

¹¹⁵ Vgl. 2. Kapitel 3. a).

¹¹⁶ Wiedemann-Richter § 21 Rn. 49 f.; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 66; eine Darstellung der Zusagenpraxis nach alter Rechtslage und eine Behandlung der Frage, ob Zusa-

Zum anderen findet nun das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch die Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts in § 40 Abs. 3 Ausdruck im Gesetz. Damit könnte sich auch der vor der Novellierung bestehende Streit erledigt haben, ob das ehemals im Wortlaut des Gesetzes erscheinende Alles-oder-nichts-Prinzip nicht nur durch die Zusagenpraxis, sondern auch durch die Möglichkeit von bzw. Verpflichtung zu Teiluntersagungen durch das Bundeskartellamt abgemildert werden mußte.

a) Stand der Meinungen zur Zulässigkeit von Teiluntersagungen

Ein Teil der Literatur hat aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs in die Freiheitsrechte der Unternehmen hergeleitet, daß das Bundeskartellamt verpflichtet sei, nur insoweit eine Untersagung zu verfügen, als die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 a.F. reichten¹¹⁷. Voraussetzung für eine Beschränkung der Untersagung sei allerdings, daß der oder die Zusammenschlüsse rechtlich und wirtschaftlich teilbar seien¹¹⁸. Sei das nicht der Fall, so bleibe nur eine Untersagung des Zusammenschlusses in seiner Gesamtheit. Die gleichen Grundsätze sollen nach dieser Mindermeinung auch dann gelten, wenn an sich rechtlich selbständige Zusammenschlüsse wirtschaftlich eine Einheit bilden. Wenn nur einer dieser an sich rechtlich selbständigen Zusammenschlüsse die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt, so dürfe auch nur dieser eine Zusammenschluß untersagt werden, nicht auch der andere an sich unbedenkliche¹¹⁹.

Als Gründe für die Zulässigkeit von Teiluntersagungen wurde neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch angegeben, die Teiluntersagung sei das Spiegelbild der Möglichkeit des Bundeswirtschaftsministers, die Genehmigung nach § 24 Abs. 3 a.F. mit „Beschränkungen“ zu versehen¹²⁰. Außerdem ergäbe sich, sofern man Teiluntersagungen nicht zulassen wolle, eine sachlich ungerechtfertigte Differenzierung zwischen vollzogenen, aber aufzulösenden Zusammenschlüssen und Zusammenschlußvorhaben. Denn bei bereits vollzo-

gen mit der Gesetzesnovelle in der Zukunft gänzlich unmöglich werden wird aufgrund ihres Umfangs und ihrer Bedeutung anschließend in einem eigenen 2. Kapitel behandelt.

¹¹⁷ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 194; Richter, Teiluntersagung in der Fusionskontrolle, S. 101, 105.

¹¹⁸ Der BGH hat in WuW/E BGH 1854, 1862 „Zeitungsmarkt München“ offengelassen, ob eine Teiluntersagung durch das Bundeskartellamt durch das Gesetz gedeckt ist, da in dem konkreten Fall der Zusammenschluß rechtlich und wirtschaftlich nicht teilbar war.

¹¹⁹ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 196 entgegen WuE/E BKartA 2259 ff. und WuW/E OLG 4075, 4089 „Springer/Kieler Zeitung“.

¹²⁰ Unter Beschränkung nach § 24 Abs. 3 a.F. war zu verstehen, daß eine Ministererlaubnis nur für Teile eines Zusammenschlusses erteilt wurde oder sogar darüber hinaus der Gegenstand der Erlaubnis gänzlich geändert und sie mit einem wesentlich abweichenden Inhalt erlassen wurde, Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 331; WuW/E OLG 1937, 1941 „Thyssen/Hüller“; s. auch unten 9. a).

genen Zusammenschlüssen sei nach § 24 Abs. 6 S. 1 a.F. (§ 41 Abs. 3 S. 3 n.F.) nicht unbedingt der alte Zustand wiederherzustellen, sondern aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes häufig auch nur ein Teil eines Zusammenschlusses rückgängig zu machen.

Die h.M. lehnte die Möglichkeit, Zusammenschlüsse nur zu einem Teil zu untersagen, ab¹²¹. Dies wurde damit begründet, daß eine Teiluntersagung ein unzulässiger Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der beteiligten Unternehmen sei und auch vom Wortlaut des § 24 Abs. 2 S. 1 a.F. (§ 36 Abs. 1) nicht gedeckt sei, weil es dort hieß „Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 vor, untersagt das Bundeskartellamt den Zusammenschluß“ und nicht etwa „soweit die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, untersagt das Bundeskartellamt den Zusammenschluß“. Außerdem könne das Bundeskartellamt auf der Grundlage der ihm im Fusionskontrollverfahren zur Verfügung stehenden Informationen nicht beurteilen, ob ein Zusammenschluß rechtlich oder wirtschaftlich teilbar sei. Die Fusionskontrolle greife aber unabhängig vom Parteiwillen ein, und es sei nicht Sache des Bundeskartellamts, den Unternehmen einen Teilzusammenschluß aufzuzwingen¹²².

Eine Ausnahme sei nur für Auslandszusammenschlüsse mit Inlandswirkung zu machen, um so dem Auswirkungsprinzip nach § 98 Abs. 2 a.F. (§ 130 Abs. 2 n.F.) auf der einen Seite und dem völkerrechtlichen Einmischungsverbot auf der anderen Seite gerecht zu werden¹²³. Nach dem Auswirkungsprinzip unterliegen ausländische Zusammenschlüsse dem deutschen Fusionskontrollrecht, wenn sie einen Inlandsbezug aufweisen, weil andernfalls ein für die inländische Marktstruktur identischer Vorgang unterschiedliche Rechtsfolgen hätte je nach dem, ob es sich bei den am Zusammenschluß unmittelbar beteiligten Muttergesellschaften um ausländische oder inländische Unternehmen handelt. Andererseits genüge es nicht für eine völkerrechtlich zulässige Erstreckung eines innerstaatlichen Hoheitsaktes auf einen Auslandssachverhalt, daß der Auslandssachverhalt einen konkreten Inlandsbezug aufweist; es müsse vielmehr hinzukommen, daß sich der den Inlandsbezug ergebende Sachverhalt nicht sinnvoll ohne Einbeziehung des Auslandssachverhalts regeln läßt. Liege ein solcher sinnvoller Inlandsbezug vor, bestehe aber wegen der Möglichkeit einer rechtlichen Trennung zwischen einer sich auch auf den Auslandssachverhalt erstreckenden Regelung und einer nur auf die Inlandswirkungen gerichteten Maßnahme keine sachliche Notwendigkeit, die Untersagung auch auf den Auslandssachverhalt zu erstrecken, so gebiete das völkerrechtliche

¹²¹ FK-Rieger § 24 Rn. 87; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 6; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 40; Canenbley/Moosecker S. 250 ff. offengelassen in WuW/E BGH 1854, 1861 „Zeitungsmarkt München“.

¹²² IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 40.

¹²³ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 881, 892; IM-Mestmäcker, 1. Auflage, § 24 Rn. 161; WuW/E OLG 3051, 3057 f., 3063 „Morris/Rothmans“.

Einmischungsverbot, den hoheitlichen Eingriff auf den die Wettbewerbsbeschränkung verkörpernden Inlandssachverhalt zu beschränken¹²⁴.

b) Stellungnahme

Anhand der Argumentation der beiden gegenteiligen Auffassungen läßt sich bereits erkennen, daß dieser Streit durch die gesetzlich geschaffene Möglichkeit, Freigabeverfügungen mit Auflagen und Bedingungen zu erlassen, hinfällig geworden ist. Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann nicht mehr für die Zulässigkeit von Teiluntersagungen herangezogen werden, da nunmehr mit der Einführung von Bedingungen und Auflagen dem Übermaßverbot Rechnung getragen wird. Die gleiche Funktion erfüllten zwar zuvor bereits die Zusagen, die jedoch selber auf einer unsicheren Grundlage angewandt wurden. Auch die Anführung der „Beschränkungen“ bei der Ministererlaubnis als Spiegelbild zu einer Teiluntersagung überzeugt nun noch weniger. Die Möglichkeit einer „Beschränkung“ ist nämlich durch die 6. GWB-Novelle gestrichen worden; statt dessen sind genau wie im normalen Freigabeverfahren nur Bedingungen und Auflagen möglich. Angesichts dieser Parallelität kann eine Teiluntersagung nicht mehr als Spiegelbild der „Beschränkungen“ bei der Ministererlaubnis aufgefaßt werden. Auch das Argument der ungerechtfertigten Differenzierung zwischen einer Gesamtuntersagung eines Zusammenschlußvorhabens im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle und der nur teilweisen Auflösung eines Zusammenschlusses im nachträglichen Fusionskontrollverfahren hat viel an Überzeugungskraft verloren, da mit Einführung der generellen vorbeugenden Fusionskontrolle nur noch in ganz außergewöhnlichen Fällen ein Auflösungsverfahren in Betracht kommt¹²⁵. Aber auch die h.M. vermag nun in ihrer Begründung nicht mehr zu überzeugen. Insbesondere der Hinweis darauf, daß eine Teiluntersagung ein unzulässiger Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der beteiligten Unternehmen sei, widerspricht dem Ermessensspielraum, den das Bundeskartellamt durch die Verbindung einer Freigabe mit Bedingungen und Auflagen bekommen hat¹²⁶. Denn auch hierdurch kann das Bundeskartellamt in die Gestaltungsfreiheit der Unternehmen eingreifen.

Mit Blick auf die seit der 6. GWB-Novelle erforderliche Freigabeverfügung läßt sich nun sagen, daß eine Teiluntersagung nicht mehr in Betracht kommt,

¹²⁴ WuW/E OLG 3051, 3057 f.; IM-Rehbinder § 139 Abs. 2 Rn. 192; GK-Harms § 24 Rn. 28; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 419 ff.; Kevekordes, S. 180; Meessen, Kollisionsrecht, S. 56 f.

¹²⁵ Ein Auflösungsverfahren ist überhaupt nur noch denkbar, wenn ein Zusammenschlußvorhaben entweder vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2 befreit wurde, verbotswidrig vollzogen wurde, oder aber eine Freigabe bzw. eine Ministererlaubnis zurückgenommen oder widerrufen wurden.

¹²⁶ Vgl. die Diskussion oben unter 4. a).

sondern nur noch eine Freigabeverfügung, die durch Bedingungen und Auflagen beschränkt wird. Eine Untersagung kommt ohnehin nur im Hauptprüfverfahren vor. Seit der 6. GWB-Novelle ist das Hauptprüfverfahren in der Fusionskontrolle aber stets durch einen Verwaltungsakt zu beenden. Es hat entweder eine Untersagung oder eine förmliche Freigabe zu erfolgen. Würde das Bundeskartellamt nun eine Teiluntersagung verfügen, so bedeutete dies noch nicht auch eine gleichzeitige Freigabe des anderen Teils. Diese hätte eigens durch eine Freigabeverfügung zu erfolgen¹²⁷. Eine Untersagung und Freigabe in einer Verfügung für ein und dieselbe Sache erscheint aber abwegig. Das Bundeskartellamt wird vielmehr eine Freigabeverfügung erteilen, die mit Bedingungen und Auflagen versehen ist, so daß letztlich nur ein Teil des angemeldeten Zusammenschlußvorhabens verwirklicht werden kann. Somit dürfte sich der Streit um die Teiluntersagung endgültig erledigt haben und seine Fortführung in den Neuauflagen der großen Kommentare¹²⁸ als bloße Nachwehen zu betrachten sein.

6. Nebenbestimmungen als Instrumentarium für das Vorprüfverfahren?

Auflagen und Bedingungen sind als Instrumentarium für das Hauptprüfverfahren gedacht. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes: Nach § 40 Abs. 3 S. 1 kann „die Freigabe (...) mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden“. § 40 Abs. 2 S. 1 sieht vor, daß im Hauptprüfverfahren durch Verfügung¹²⁹ entschieden wird, „ob der Zusammenschluß untersagt oder freigegeben wird“. Fraglich ist aber, ob auch im Vorprüfverfahren eine Freigabe mit Bedingungen und Auflagen erfolgen kann. Dies ist nur möglich, wenn im Vorprüfverfahren eine Freigabe ein Verwaltungsakt ist¹³⁰. Das Gesetz bestimmt für das Vorprüfverfahren nur, daß das Bundeskartellamt nach Ablauf von einem Monat nach Eingang der vollständigen Anmeldung sein Untersagungsrecht verliert, wenn es nicht zuvor den anmeldenden Unternehmen formlos mitgeteilt hat, daß es in das Hauptprüfverfahren eingetreten ist, § 40 Abs. 1 S. 1. Zwar kann das Bundeskartellamt bereits vorher den Unternehmen

¹²⁷ Eine Freigabe im Hauptprüfverfahren darf dagegen nicht durch bloßen Fristablauf erfolgen, denn die Freigabe durch Fristablauf dient allein dem Schutz der Unternehmen vor einer zeitlichen Verschleppung des Kontrollverfahrens durch das Bundeskartellamt, also der Verfahrensbeschleunigung, nicht hingegen seiner Arbeitsentlastung, in diesem Sinne auch Bechtold § 40 Rn. 15; Dormann, Drittklagen, S. 34

¹²⁸ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 40; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 6.

¹²⁹ Zur Anwendbarkeit von § 35 VwVfG im Fusionskontrollverfahren vgl. Rabenschlag, S. 51 ff.; nach allg. Ansicht ist der Begriff Verfügung im GWB identisch mit dem des Verwaltungsakts nach § 35 VwVfG; insofern zumindest mißverständlich Laufkötter, WuW 1999, S. 671, 673 in Fn. 17.

¹³⁰ Mestmäcker/Veelken lehnen eine analoge Anwendung der Nebenbestimmungskompetenz auf das Vorprüfverfahren ab, weil eine Freigabe im Vorprüfverfahren kein Verwaltungsakt sei, IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 45.

mitteilen, daß eine Untersagung nicht verfügt wird, so daß der Zusammenschluß sodann vollzogen werden kann. Dieses Recht ergibt sich aus § 41 Abs. 1 S. 1, der bestimmt, daß „die Unternehmen (...) einen Zusammenschluß, **der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben ist**¹³¹, nicht vor Ablauf der Fristen nach § 40 Abs. 1 S. 1 (...) vollziehen...“ dürfen. Eine derartige Freigabe im Vorprüfverfahren vor Fristablauf soll aber nach Ansicht des Gesetzgebers keinen Verwaltungsakt darstellen¹³². Somit steht zumindest fest, daß aus Sicht des Gesetzgebers die Möglichkeit einer mit Bedingungen und Auflagen verbundenen Freigabeverfügung nur für das Hauptverfahren gelten sollte.

a) Verwaltungsrechtliche Einstufung der formlosen Freigabe im Vorprüfverfahren

Dieses Ergebnis ist aber nur dann zwingend, wenn eine Freigabe im Vorprüfverfahren tatsächlich kein Verwaltungsakt ist. Liegt nämlich kein Verwaltungsakt vor, so ist auch kein Platz für Bedingungen und Auflagen. Die Frage nach der Rechtsqualität der formlosen Freigabe im Vorprüfverfahren ist allerdings keineswegs so eindeutig zu beantworten, wie die Gesetzesbegründung zur 6. GWB-Novelle vermuten läßt.

aa) Alte Rechtslage

Die Rechtsnatur der formlosen Freigabe war bereits für die alte Rechtslage umstritten¹³³. Ein Teil der Literatur ging davon aus, daß es sich um keinen Verwaltungsakt handelt, sondern um eine einfache Information oder um eine verfahrensbeendende Erklärung im Sinne von § 57 Abs. 2 a.F.¹³⁴. Auch das Bundeskartellamt behandelte die Freigabe in der Praxis als schlichtes Verwaltungshandeln, da es sie weder begründete, noch förmlich zustellte oder mit einer Rechtsbehelfsbelehrung verband¹³⁵. Es handele sich um die bloße Information, daß die Behörde nicht die Absicht habe, den Zusammenschluß zu untersagen. Diese Information sei ebensowenig ein Verwaltungsakt wie die

¹³¹ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹³² Begr. zum RegE BT-Drucks. 13/9720, S. 59.

¹³³ Nach altem Gesetzeswortlaut war eine förmliche Freigabeverfügung in der vorbeugenden Fusionskontrolle weder im Vorprüf- noch im Hauptprüfverfahren vorgesehen. Außerdem stellte sich die Frage nach der Rechtsqualität einer Freigabe auch bei der nunmehr abgeschafften nachträglichen Fusionskontrolle, bei der die Zusammenschlüsse bereits vollzogen waren, für die Negativatteste, durch die das Bundeskartellamt eine Prüfung vorzeitig abgeschlossen hat.

¹³⁴ FK-Rieger § 24 a Rn. 143; GK-Harms/Richter § 24 a Rn. 223 ff.; Müller/Gießler/Scholz § 24 a Rn. 45; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt § 62 Rn. 16; Loewenheim/Belke § 57 Rn. 4; Traumann, BB 1983, S. 343; Bunte, Verwaltungspraxis, S. 18.

¹³⁵ So auch FK-Quack § 57 Rn. 5; Rabenschlag, S. 45; Dormann, Drittklagen, S. 40.

Nichtuntersagung selbst¹³⁶. Andere verneinen die Verwaltungsaktqualität mit der Begründung, daß das Negativattest den Zusammenschluß nicht genehmige, sondern lediglich vom Vollzugsverbot dispensiere¹³⁷. Demgegenüber haben die Rechtsprechung¹³⁸ und ein Teil der Lehre¹³⁹ vertreten, daß auch die Freigabe nach alter Rechtslage ein Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG sei. Da sie das Vollzugsverbot vorzeitig beende, habe sie regelnde Funktion und sei schon deshalb als Verwaltungsakt einzustufen. Das gleiche ergebe sich auch daraus, daß die formlose Freigabe verfahrensbeendenden Charakter habe und dadurch das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts vorzeitig erlösche. Außerdem liege es nahe, ihr Elemente eines feststellenden Verwaltungsakts insoweit zuzuerkennen, als mit der Freigabe die fusionskontrollrechtliche Unbedenklichkeit des kontrollierten Zusammenschlusses bestätigt werde¹⁴⁰.

bb) Neue Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle

Wie bereits erwähnt, ist auch durch die 6. GWB-Novelle das Problem nicht endgültig geklärt worden. Zwar steht wegen § 40 Abs. 2 S. 1 nun fest, daß eine Freigabe im Hauptprüfverfahren ein Verwaltungsakt ist. Für das Vorprüfverfahren trifft das Gesetz hingegen keine Aussage. Vielmehr setzt sich nun die alte Diskussion fort und erhält durch die Absicht des Gesetzgebers, eine strikte Trennung zwischen Vorprüf- und Hauptprüfverfahren zu erreichen, neue Nahrung.

(1) Der Gesetzgeber

Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, daß es sich bei der formlosen Freigabe um einen bloßen Realakt handelt. In der Gesetzesbegründung heißt es, daß an der alten Rechtslage, „daß Freigaben in der ersten Prüfphase nicht – wie in der FKVO – durch förmliche Entscheidung, sondern durch eine formlose Verwaltungsmittelteilung abgeschlossen werden“, festgehalten werde¹⁴¹. Die FKVO sieht gerade für das Vorverfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b eine dem deutschen Verwaltungsakt entsprechende Entscheidung vor. Allerdings

¹³⁶ FK-Rieger § 24 a Rn. 143.

¹³⁷ GK-Harms/Richter § 24 a Rn. 224; Müller/Gießler/Scholz § 24 a Rn. 45.

¹³⁸ KG WuW/E OLG 5849, 5850 „Großverbraucher“; WuW/E OLG 3186, 3192 „Kreuzlinger Verträge“.

¹³⁹ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 281; § 24 a Rn. 129; Langen/Ruppelt § 24 a Rn. 14; FK-Quack § 57 Rn. 5; GK-Junge § 57 Rn. 1; Rabenschlag, S. 69; Hübner, DB 1976, S. 31 f.; Lutter/Timm, BB 1976, S. 1617, 1620;

¹⁴⁰ KG WuW/E OLG 5849, 5850 „Großverbraucher“ unter Berufung auf KG WuW/E OLG 3683 ff. „ARAL“.

¹⁴¹ Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 44.

ist dem Gesetzgeber offenbar entgangen, daß bereits in der Vergangenheit selbst die Rechtsprechung vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes ausging. Eigentlicher Hintergrund der gesetzgeberischen Annahme ist, daß durch Einführung einer Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren auch bezweckt war, den Rechtsschutz Dritter gegen Freigaben zu erweitern. Um aber nicht dritten Unternehmen die Möglichkeit in die Hand zu geben, durch taktisch geführte Prozesse Blockadestrategien zu verfolgen und letztlich die Investitionen anderer Unternehmen verzögern zu können, sollte diese Rechtsschutzmöglichkeit für Dritte nur im Hauptprüfverfahren, in dem regelmäßig die problematischen Fälle zum Abschluß gebracht werden, gegeben sein¹⁴².

(2) Die Rechtsprechung

Nachdem das KG Berlin die vorzeitige Freigabe im Vorprüfverfahren bereits für die alte Rechtslage als Verwaltungsakt eingestuft hatte, ist es auch nach der 6. GWB-Novelle bei dieser Rechtsprechung geblieben¹⁴³. Danach hänge die Frage, ob behördliches Handeln als Verfügung einzustufen ist, nicht von der gesetzlichen Bezeichnung ab, sondern vom konkreten Regelungsgehalt. Wenn auch nach dem Gesetzeswortlaut von § 40 Abs. 2 S. 1 nur für das Hauptprüfverfahren ausdrücklich eine Entscheidung „durch Verfügung“ vorgesehen ist, folge daraus noch nicht zwingend, daß Entscheidungen in einem früheren Verfahrensstadium nicht als Verfügung behandelt werden dürften. In der Sache trage auch eine Freigabe im Vorprüfverfahren insofern einen Regelungscharakter, weil sie – vergleichbar einer Freigabe im Hauptprüfverfahren – das Vollzugsverbot beende.

(3) Die neuere Literatur

In der Kommentarliteratur wird im wesentlichen die Begründung des Gesetzgebers übernommen, also mehrheitlich von schlichtem Verwaltungshandeln ausgegangen¹⁴⁴. Es scheint in der Literatur aber noch keine tiefgehende Auseinandersetzung mit der Frage der Verwaltungsaktqualität der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren seit dem Urteil des Kammergerichts aus dem Jahre 1997¹⁴⁵ stattgefunden zu haben, zumal sich bei der geäußerten Ansicht ein Hinweis auf die neuere Rechtsprechung bei den genannten Literaturstimmen nicht findet. Die Stimmen, die von einer Verwaltungsaktqualität der vor-

¹⁴² Monopolkommission, 17. Sondergutachten, Rn. 164 ff.; Dormann, Drittklagen, S. 36 f.

¹⁴³ KG Berlin vom 17. Mai 2000 WuW/E DE-R 644, 645 „tobaccoland III“.

¹⁴⁴ Bechtold § 40 Rn. 6; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 20; Wiedemann-Richter § 21 Rn. 77; FK-Quack, Kurzdarstellung, § 61 n.F. Rn. 2; Emmerich § 28 Nr. 2a; Schultz/Wagemann, Kartellrechtspraxis 1998/99, Rn. 614; Kahlenberg, BB 1998, S. 1593, 1599; Schulte, AG 1998, S. 297, 300.

¹⁴⁵ KG WuW/E OLG 5849, 5850 „Großverbraucher“

zeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren ausgehen, sind bisher in der Minderheit geblieben¹⁴⁶.

(4) Stellungnahme

Das jüngste Urteil des KG Berlin zu der Frage, welche Rechtsqualität die vorzeitigen Freigaben im Vorprüfverfahren haben, sowie die zahlreichen Stimmen in der Literatur zeigen, daß nicht ohne weiteres auf die Annahme des Gesetzgebers abgestellt werden kann. Insbesondere kann der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren wegen der Beendigung des Vollzugsverbots, wie es durch § 41 Abs. 1 S. 1 ausdrücklich vorgesehen ist, ein regelnder Charakter nicht abgesprochen werden¹⁴⁷, zumal dadurch auch das Begehen einer Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 41 Abs. 1 S. 1 ausgeschlossen wird. Hinzu kommt, daß die vorzeitige Freigabe nach § 40 Abs. 1 verfahrensbeendend wirkt. Damit erfüllt sie alle Voraussetzungen eines Verwaltungsakts nach § 35 S. 1 VwVfG. Auch die Freigabe im Vorprüfverfahren ist daher eine Verfügung im Sinne des GWB und damit gemäß § 61 Abs. 1 schriftlich zu begründen und zuzustellen. Das Motiv des Gesetzgebers für seine Annahme, nämlich einen Drittrechtsschutz im Vorprüfverfahren auszuschließen, erscheint zudem unbegründet, da der Drittrechtsschutz einem neueren Urteil des Kammergerichts zufolge unabhängig von der Qualifizierung der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren ausgeschlossen ist¹⁴⁸. Das KG begründet den Ausschluß des Drittrechtsschutz im Vorprüfverfahren richtigerweise damit, daß nach Ablauf der kurzen einmonatigen Frist die Gerichte das Bundeskartellamt nicht mehr zu einer Untersagung verpflichten können, da durch den Fristablauf das Zusammenschlußvorhaben durch Gesetz genehmigt sei und sich eine vorherige Freigabe damit erledigt habe¹⁴⁹.

b) Sinn und Zweck des Vorprüfverfahrens

Ergibt sich also, daß die Annahmen des Gesetzgebers falsch waren und die formlose Freigabe im Vorprüfverfahren doch ein Verwaltungsakt ist, so ist weiterhin zu klären, ob eine Verbindung der Freigabe im Vorprüfverfahren mit Bedingungen und Auflagen Sinn und Zweck des Vorprüfverfahrens entsprechen.

¹⁴⁶ Langen/Ruppelt § 40 Rn. 24; Dormann, Drittklagen, S. 40 ff.

¹⁴⁷ So auch Rabenschlag, S. 64, für die Vorgängervorschrift § 24 a Abs. 4 a.F.

¹⁴⁸ Siehe KG WuW/E DE-R 386 ff. „tobaccoland“; DE-R 641 ff. „tobaccoland II“; DE-R 644 ff. „tobaccoland III“.

¹⁴⁹ vgl. auch Dormann, S. 44 ff. mit einem abweichenden Konzept.

aa) Regelungscharakter der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren hinsichtlich der Zulässigkeit eines Zusammenschlußvorhabens

Eine vorzeitige Freigabe im Vorprüfverfahren kann nur dann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, wenn diese Freigabe die fusionskontrollrechtliche Zulässigkeit eines Zusammenschlußvorhabens statuiert. Ist das nicht der Fall, so kann auch nicht durch Bedingungen und Auflagen – dem Zweck dieser Nebenbestimmungen entsprechend – die Zulässigkeit des Zusammenschlußvorhabens hergestellt werden.

In der Literatur wurde der vorzeitigen Freigabe durch formlose Verwaltungsmitteilung des öfteren der Regelungscharakter im Hinblick auf die zusammenschlußrechtliche Zulässigkeit abgesprochen¹⁵⁰.

Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich aber bei der vorzeitigen Freigabe um einen feststellenden Verwaltungsakt, der die materielle Zulässigkeit eines Zusammenschlußvorhabens regelt¹⁵¹. Der feststellende Verwaltungsakt stellt rechtserhebliche Eigenschaften fest oder lehnt sie ab¹⁵². Wenn man annimmt, daß die vorzeitige Freigabe ein Verwaltungsakt ist und Regelungscharakter hat, darf das Bundeskartellamt einen Zusammenschluß nur dann vorzeitig freigeben, wenn die Untersagungsvoraussetzungen nicht vorliegen, das Vorhaben also fusionskontrollrechtlich zulässig ist. Andernfalls würde es gegen den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und letztlich gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

¹⁵⁰ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 279; wohl auch GK-Harms/Richter § 24 a a.F. Rn. 224; Müller/Gießler/Scholz § 24 a a.F. Rn. 45; Diese Annahme hat insbesondere auch *Dormann* (Drittklagen, S. 44 ff.) getroffen. Sie geht dabei davon aus, daß eine Zulässigkeit des Zusammenschlußvorhabens erst mit Ablauf der Ausschlußfrist des § 40 Abs. 1 S. 1 eintritt und die vorzeitige Freigabe nur der Aufhebung des Vollzugsverbots und des Untersagungsrechts dient. Dies wird damit begründet, daß der Gesetzgeber für das Vorprüfverfahren ein Interventionssystem beibehalten wollte, während durch die 6. GWB-Novelle (nur) im Hauptprüfverfahren ein Neutralitätssystem eingeführt wurde. Das Interventionssystem bedeutet, daß Zusammenschlüsse prinzipiell erlaubt waren, und es stets eines Eingreifens der Behörde bedurfte, um einen Zusammenschluß zu untersagen. Dagegen kommt bei einem Neutralitätssystem Freigabeverfügungen und Untersagungsverfügungen gleicher Rang zu. Unterstelle man ein Interventionssystem, so könne durch einen Verwaltungsakt nicht die Zulässigkeit von Zusammenschlüssen geregelt werden, weil sie gesetzlich grundsätzlich erlaubt seien. M.E. unterliegt *Dormann* bei dieser Argumentation einer *petitio principii* auf Basis einer nicht nachgewiesenen Grundannahme. Sie begründet ihre Auffassung, daß durch eine vorzeitige Freigabe im Vorprüfverfahren die Zulässigkeit von Zusammenschlußvorhaben nicht geregelt wird, mit dem Bestehen eines Interventionssystems. Gleichzeitig definiert sie das Interventionssystem damit, daß eine freistellende Wirkung lediglich kraft Gesetzes und ohne behördliche Willensäußerung eintritt.

¹⁵¹ So wohl auch KG WuW/E OLG 5849, 5860 „Großverbraucher“ unter Berufung auf KG WuW/E OLG 3658 ff. „ARAL“; Rabenschlag, S. 64 ff.;

¹⁵² Appel/Melchinger, VerwArch. 84 (1993), S. 349 ff.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß die Freigabe im Vorprüfverfahren als Verwaltungsakt auch die Vereinbarkeit eines Zusammenschlußvorhabens mit dem Fusionskontrollrecht regelt. Somit widerspricht es der Regelung des Vorprüfverfahrens grundsätzlich auch nicht, wenn die Freigabe in diesem Verfahren mit Bedingungen und Auflagen versehen wird.

bb) Das Wesen des Vorprüfverfahrens

Nachdem festgestellt ist, daß die technischen Voraussetzungen für eine Verbindung der Freigabe im Vorprüfverfahren mit Bedingungen und Auflagen vorliegen, ist noch zu klären, ob dies auch dem Wesen des Vorprüfverfahrens gerecht wird.

(1) Beschleunigungsprinzip

Die Zweiteilung des Fusionskontrollverfahrens hat den Hintergrund, daß die Unternehmen mit einer schnellen Prüfung der von ihnen angemeldeten Zusammenschlüsse rechnen können. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber ein Vorprüfverfahren geschaffen, in dem eine grobe Sichtung der Zusammenschlußvorhaben auf ihre fusionskontrollrechtliche Zulässigkeit hin stattfindet¹⁵³. Ergibt diese Prüfung, daß bei einem Zusammenschlußvorhaben eindeutig die Untersagungsvoraussetzungen nicht vorliegen, so wird das Verfahren durch die Freigabe vorzeitig beendet oder aber das Bundeskartellamt verzichtet mittels Fristablauf auf den Eintritt in das Hauptprüfverfahren. Die in § 40 Abs. 1 S. 1 dem Bundeskartellamt gesetzte Ausschlußfrist hat dabei den Sinn, das Bundeskartellamt zu einer sofortigen Prüfung des Zusammenschlußvorhabens auf seine Vereinbarkeit mit den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften zu veranlassen. Dieser Beschleunigungsgrundsatz spricht dafür, dem Bundeskartellamt bereits frühzeitig zu ermöglichen, einen Zusammenschluß auch unter Bedingungen und Auflagen im Vorprüfverfahren freigeben zu können. Allerdings wird es dem Bundeskartellamt auch bei einfachen Sachverhalten kaum möglich sein, darüber zu urteilen, daß das Zusammenschlußvorhaben in seiner angemeldeten Form zu untersagen ist und dann mit Gewißheit festzustellen, welche Bedingungen und Auflagen diese Untersagungsvoraussetzungen beseitigen können.

Dagegen spricht nun allerdings, daß das Vorprüfverfahren gerade nur der groben Sichtung dient und nicht bereits Fälle erfassen soll, bei denen Freigabehindernisse zunächst vorhanden sind und bei denen aus diesem Grund eine schwierigere Abwägung stattzufinden hat, wie diese Freigabehindernisse effektiv beseitigt werden können. Würde man eine Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts bereits im Vorprüfverfahren anerkennen, so wür-

¹⁵³ Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 58.

de die Zweiteilung des Fusionskontrollverfahrens stark an Bedeutung verlieren.

(2) Durchsetzbarkeit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren

Gegen eine Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts im Vorprüfverfahren spricht vor allem aber folgende Überlegung zur Durchsetzbarkeit: Verbindet das Bundeskartellamt eine Freigabe im Vorprüfverfahren mit einer auflösenden Bedingung¹⁵⁴, die nach Ablauf der Ausschlußfrist nach § 40 Abs. 1 S. 1 eintritt, so entfallen die rechtlichen Wirkungen der Freigabebefugung des Bundeskartellamts. Es stellt sich nun aber die Frage, ob der Zusammenschluß wegen des Fristablaufs dann nicht bereits kraft Gesetzes freigegeben ist. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei der Frist nach § 40 Abs. 1 S. 1 nämlich um eine Ausschlußfrist, nach deren Ablauf das Bundeskartellamt sein Untersagungsrecht verliert¹⁵⁵. Nach der jüngsten Entscheidung des KG zu dieser Frage ist die einmonatige Frist im Vorprüfverfahren auch nach der Gesetzesänderung eine Ausschlußfrist, mit deren Ablauf das Bundeskartellamt sein Untersagungsrecht verliert¹⁵⁶. Dem KG zufolge führt der Ablauf der Frist nach § 40 Abs. 1 S. 1 zu einer Erledigung der vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren. Dies bedeutet zugleich aber auch, daß eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen nicht erfolgen darf. Dies sei kurz am Beispiel der auflösenden Bedingung dargestellt. Tritt die Bedingung ein, so fällt zwar die Wirkung der Freigabebefugung weg, allerdings ist durch Fristablauf das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts entfallen und die Freigabebefugung hat sich insgesamt erledigt. Somit geht die auflösende Bedingung ins Leere und kann ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen, die Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Wegen einer solchen Erledigung könnte auch eine Auflage nicht mehr durchgesetzt werden. Gleiches gilt für eine aufschiebende Bedingung, wenn sie nicht vor Fristablauf bereits eingetreten ist.

Wie noch zu zeigen sein wird¹⁵⁷, sind im Gegensatz zum Vorprüfverfahren die Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren ohne weiteres durchsetzbar, weil die viermonatige Frist nach § 40 Abs. 2 S. 2 keine Ausschlußfrist ist, mit

¹⁵⁴ Der gleiche Fall kann gebildet werden mit einer Auflage, die zu erfüllen sich die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen beharrlich weigern, so daß das Bundeskartellamt als ultima ratio seine Freigabe nach § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 widerruft; s. 4. Kapitel 1. a) cc).

¹⁵⁵ Für die Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle: IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 16; Bechtold § 40 Rn. 5; Dormann, S. 38; unklar Langen/Ruppelt § 40 Rn. 11, der von einer Freigabefiktion auszugehen scheint; für die alte Rechtslage im Sinne einer Ausschlußfrist: WuW/E BGH 1556, 1560 „Weichschaum III“; Kleinmann/Bechtold § 24 a Rn. 77.

¹⁵⁶ KG WuW/E DE-R 641, 643.

¹⁵⁷ S. 4. Kapitel 1.

deren Ablauf das Untersagungsrecht erlischt, sondern eine fingierte Freigabe-
verfügung¹⁵⁸. Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 40 Abs. 2 S. 2 („Ergeht
die Verfügung **nicht** innerhalb einer Frist von vier Monaten (...), gilt der Zu-
sammenschluß als freigegeben“¹⁵⁹) führt ein Fristablauf nach Erlass einer
Freigabeverfügung auch nicht zu einer Erledigung der Freigabeverfügung,
weil der Fristablauf nur dann eine rechtliche Bedeutung erlangt, wenn gerade
keine Verfügung ergangen ist.

c) Ergebnis

Damit steht also fest, daß Bedingungen und Auflagen nur im Hauptprüfver-
fahren, nicht aber bereits im Vorprüfverfahren verwendet werden dürfen.
Zwar könnte grundsätzlich eine Freigabe wegen ihrer Rechtsqualität als Ver-
waltungsakt mit Nebenbestimmungen verbunden werden. Die rechtliche Un-
zulässigkeit dieses Vorgehens ergibt sich aber daraus, daß sich die vorzeitigen
Freigaben im Vorprüfverfahren mit Ablauf der Monatsfrist erledigen und
deshalb mit der Freigabe verbundene Nebenbestimmungen durch das Bun-
deskartellamt ebenfalls erledigt sind.

Auch in sehr eiligen Fällen, in denen das Ausschöpfen der vollen Fristen den
Vollzug eines Zusammenschlußvorhabens unmöglich machen kann, hat das
Bundeskartellamt aber die Möglichkeit, ggf. bestehende Untersagungs voraus-
setzungen durch Bedingungen und Auflagen zu beseitigen. Das Bundeskar-
tellamt unterliegt nämlich für den Eintritt in das Hauptprüfverfahren keinen
zeitlichen Beschränkungen¹⁶⁰. So kann es im Einzelfall bereits nach wenigen
Tagen durch den Monatsbrief in das Hauptprüfverfahren eintreten und dann
kurzfristig das Verfahren durch Freigabe mit Bedingungen oder Auflagen ab-
schließen.

d) Exkurs: Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nach alter Rechtslage?

Nimmt man nun an, daß auch nach dem Fusionskontrollrecht vor der 6.
GWB-Novelle eine Freigabe vor Ablauf der Fristen des § 24 a Abs. 2 a.F. ein
Verwaltungsakt war, so stellt sich die Frage, ob nicht dann auch die vorzeitige
Freigabe mit Bedingungen und Auflagen hätte verbunden werden können, um
ggf. bestehende Untersagungs voraussetzungen zu beseitigen¹⁶¹. Eine solche

¹⁵⁸ Wiedemann-Richter § 21 Rn. 86 ff.; Schulte, AG 1998, S. 297, 303; Emmerich § 28,
Nr. 4 b; Dormann, S. 35; a.A. Bechtold § 40 Rn. 8, 15.

¹⁵⁹ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁶⁰ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 66; Bechtold § 40 Rn. 6; Emmerich § 28 Nr. 2 a;
Treeck, Schwerpunkte 1997, S. 57.

¹⁶¹ Einzig Rabenschlag, S. 106 ff., hat diesen Gedanken weiterverfolgt. In der Literatur
wird kaum auf die Frage eingegangen, ob es sich bei einer vorzeitigen Freigabe um einen
Verwaltungsakt handeln könnte. So erwähnen Riesenkampff, WuW 1977, S. 295 und
Satzky, ZHR 141 (1977), S. 574 f. nur, daß ein Verstreichen der Untersagungsfrist keinen

Möglichkeit hätte die Zusagenpraxis mitsamt ihren Schwierigkeiten vermeiden helfen können.

Dies hätte zum einen bei der formlosen Freigabe im Vorprüf- und im Hauptprüfverfahren nach § 24 a Abs. 4 HS 2 a.F. geschehen können, zum anderen aber auch beim Negativattest in der nachträglichen Zusammenschlußkontrolle nach § 24 Abs. 2 a.F., der auch ein Verwaltungsakt ist, weil er das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts vorzeitig beendet.

Wie bereits oben unter 1 c) festgestellt, ist durch § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG die Verbindung eines gebundenen Verwaltungsakts mit Nebenbestimmungen auch ohne spezialgesetzliche Ermächtigung zulässig, sofern durch die Nebenbestimmungen nur sichergestellt werden soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden¹⁶². Dies gilt um so mehr, als nach altem Recht noch keine Spezialvorschrift bestanden hat, die die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei den damals ausnahmslos formlosen Freigaben geregelt hätte.

Entscheidend für die Zulässigkeit, die Freigabebefugung nach altem Recht mit Nebenbestimmungen zu versehen, ist die Gewährleistung einer effektiven Durchsetzung der Nebenbestimmungen. Die Durchsetzung hätte aber letztlich an den Ausschlußfristen scheitern können. Mit deren Ablauf gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 HS 2 a.F. für die nachträgliche und § 24 a Abs. 2 S. 1 a.F. für die vorbeugende Zusammenschlußkontrolle hätte sich die vorzeitige Freigabe erledigt, so daß der Zusammenschluß nicht mehr hätte untersagt werden können. Nebenbestimmungen waren daher nur dann denkbar, wenn sichergestellt worden wäre, daß sie vor Ablauf der Fristen erfüllt werden. Dies ist nur möglich durch eine aufschiebend befristete Bedingung, wobei innerhalb der Frist, die kürzer als die Untersagungsfrist sein muß, die Bedingung von den betreffenden Unternehmen erfüllt sein muß. Andernfalls untersagt das Bundeskartellamt den Zusammenschluß. Erst mit Erfüllung der Bedingung wäre der Zusammenschluß wirksam geworden und das Vollzugsverbot aufgehoben worden.

Eine Freigabe unter Nebenbestimmungen war also nur im Ausnahmefall zulässig. Das Bundeskartellamt hat aber in seiner Praxis nicht von der von *Rabenschlag*¹⁶³ gezeigten Möglichkeit der Freigaben Gebrauch gemacht, so daß an dieser Stelle auch nicht vertieft auf das mittlerweile überholte Recht eingegangen werden soll.

Verwaltungsakt darstellt, ohne zu diskutieren, ob die vorzeitige Freigabe die Merkmale eines Verwaltungsakts erfüllt.

¹⁶² So auch Rabenschlag, S. 107 f.

¹⁶³ A.a.O. S. 106 ff.

7. Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle

Gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 dürfen sich die Bedingungen und Auflagen nicht darauf richten, die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Dieser Grundsatz war bereits für die Zusagen nach altem Fusionskontrollrecht allgemein anerkannt und war durch § 24 Abs. 3 S. 4 a.F. für die Ministererlaubnis unmittelbar durch das Gesetz geregelt¹⁶⁴.

Der Grund für den Ausschluß einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt liegt in der Zusammenschlußkontrolle als Strukturkontrolle. Eine Freigabe darf nämlich nur dann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, wenn ein Zusammenschlußvorhaben die Untersagungsvoraussetzungen von § 36 Abs. 1 erfüllt. Durch die Bedingungen und Auflagen müssen die Untersagungsvoraussetzungen beseitigt werden. Nach § 36 Abs. 1 ist ein Zusammenschlußvorhaben zu untersagen, wenn sein Vollzug zu einer marktbeherrschenden Stellung führt oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Die für § 19 Abs. 2 entwickelten Kriterien können im Rahmen des § 36 Abs. 1 aber nur bedingt übernommen werden. Während die Frage, ob ein Unternehmen vor einem Zusammenschluß schon marktbeherrschend ist, allein nach den Kriterien von § 19 Abs. 2 beurteilt wird, gelten für die Beurteilung der Zusammenschlußwirkungen andere Grundsätze. Ob durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung neu entsteht oder verstärkt wird und ob zugleich Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, muß anhand der zu erwartenden Veränderung der Unternehmens- und Marktstruktur ermittelt werden¹⁶⁵. Ist nun ein Zusammenschlußvorhaben zu untersagen, weil die Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 vorliegen, also die Marktstruktur spürbare Verschlechterungen erleidet, so kann eine Beseitigung der Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 konsequenterweise auch nur erfolgen, wenn die Bedingungen und Auflagen die spürbare Verschlechterung der Marktstruktur verhindern bzw. zu ihrer Verbesserung führen. Daher dürfen die Nebenbestimmungen nur strukturelle Maßnahmen betreffen¹⁶⁶. Darüber hinaus würde eine laufende Verhaltenskontrolle nichts anderes bedeuten als eine Mißbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt, wobei durch die Freigabe eines Zusammenschlusses die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dauerhaft

¹⁶⁴ Vgl. WuW/E OLG 1937, 1944 „Thyssen/Hüller“.

¹⁶⁵ IM-Mestmäcker/Veelken § 36 Rn. 119 ff.; Bechtold § 36 Rn. 2 ff.; Langen/Ruppelt § 36 Rn. 23 ff.; WuW/E BGH 1685, 1691 „Elbe Wochenblatt“; WuW/E BGH 1749, 1754 „Klöckner/Becorit“.

¹⁶⁶ So bereits für die Beschränkungen und Auflagen bei der Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 S. 3 a.F. GK-Harms § 24 Rn. 1233 ff.; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 335; FK-Quack § 24 Rn. 148.

zugelassen worden wäre¹⁶⁷. Eine Mißbrauchsaufsicht ist im Fusionskontrollrecht aber gerade nicht vorgesehen.

Die Abgrenzung marktstrukturbezogener von verhaltensbezogenen Merkmalen kann indes im Einzelfall immense Schwierigkeiten bereiten¹⁶⁸. Eine einheitlich anerkannte Definition von Marktstruktur und Marktverhalten ist weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung ersichtlich. Grob läßt sich sagen, daß Marktstrukturkriterien solche sind, die von gewisser Beständigkeit sind und das Erscheinungsbild des Marktes prägen¹⁶⁹. Komponenten der Marktstruktur sind insbesondere die Zahl der Marktteilnehmer und ihre Marktanteilsverteilung, der Grad der Produktdifferenzierung und der Markttransparenz, die Höhe der Marktzutrittsschranken, die internen Unternehmensstrukturen sowie personelle und finanzielle Verflechtungen¹⁷⁰. Das Marktverhalten umfaßt dagegen diejenigen Aspekte, die Ausdruck unternehmerischer Entscheidungen sind und kurzfristig geändert werden können. Hierzu zählen u.a. die Preis- und Absatzpolitik oder Investitions- und Forschungsaufwendungen der Unternehmen¹⁷¹. Häufig sind Überschneidungen von strukturellen und verhaltensbezogenen Maßnahmen festzustellen¹⁷². Die h.M. ging daher für das Zusageverbot von einem Verbot von Zusagen nur dann aus, wenn sie zu einer laufenden Kontrolle führten¹⁷³. Im Einzelfall wurde sogar angenommen, daß eine lediglich einmalige und damit endgültige Kontrolle zulässig sei¹⁷⁴. Nach hier vertretener Auffassung führen derartige Überlegungen jedoch nicht zu einem zufriedenstellenden Ergebnis. Ob die Bedingungen und Auflagen durch die Unternehmen erfüllt worden sind, bedarf stets der Kontrolle. Gerade im Fall von auflösenden Bedingungen kann die Kontrolle auch häufiger durchgeführt werden, ohne daß dadurch das Marktverhalten der Unternehmen betroffen würde. Die Anzahl der Kontrollen kann allenfalls ein Indiz dafür sein, ob in das unternehmerische Tagesgeschäft oder in die Marktstruktur eingegriffen worden ist.

Eindeutig struktureller Art sind die Bedingungen und Auflagen, die eine Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zum Gegenstand ha-

¹⁶⁷ So auch IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 48.

¹⁶⁸ Riesenkampff; WuW 1977, S. 300; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 564; Scholz, FS Günther, S. 244; Uhlig, Zusagen, S. 81.

¹⁶⁹ Kantzenbach, AG 1986, S. 185.

¹⁷⁰ Ingo Schmidt, S. 52 f.

¹⁷¹ Ingo Schmidt, S. 53.

¹⁷² Satzky, ZHR 141 (1977), S. 554, 565.

¹⁷³ R. Büscher, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse, S. 467; W. Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 45; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 564 f.; Urban, S. 141; Uhlig, S. 83 unter Berufung auf die entsprechende Regelung bei der Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 S. 4 a.F.

¹⁷⁴ GK-Harms § 24 a.F. Rn. 1233.

ben¹⁷⁵. Umgekehrt eindeutig verhaltensbezogen sind Auflagen, die die Geschäftsbedingungen der Unternehmen festlegen¹⁷⁶. Zwar wirkt sich die Geschäftspraxis eines Unternehmens auf lange Sicht häufig auf die Marktstruktur aus und umgekehrt. Wie diese Auswirkungen letztlich aussehen, ist jedoch nur äußerst schwer vorherzusehen. Überdies wäre eine Unterscheidung von Marktverhalten und Marktstruktur überflüssig, wenn auf die Wirkungen einer Maßnahme abgestellt würde, da diese langfristig immer strukturell sein können.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall von Patentlizenzerteilungen. Grundsätzlich betrifft der Besitz von Patenten die Marktstruktur, weil Patente dem besitzenden Unternehmen ein Ausschließlichkeitsrecht für die Produktion und den Vertrieb von auf bestimmte Weise hergestellten Waren einräumen. Dies betrifft unmittelbar die Stellung des Unternehmens auf dem Markt und hat dauerhafte Wirkungen. Der Marktzutritt für andere Unternehmen ohne eine Patentlizenz ist erheblich erschwert. Die Erteilung von Patentlizenzen eröffnet daher dem erwerbenden Unternehmen die Möglichkeit des Marktzutritts und ändert daher unmittelbar seine Stellung auf dem Markt und damit die Marktstruktur¹⁷⁷. Auf der anderen Seite betrifft die Erteilung von Patentlizenzen das Marktverhalten des erteilenden Unternehmens. Insbesondere die Ausgestaltung der Lizenzverträge ist Ausdruck der Geschäftspolitik des Unternehmens. Darüber hinaus muß das Bundeskartellamt bei jedem einzelnen Lizenzvertrag kontrollieren, ob die Lizenz zu angemessenen Konditionen erteilt wird, da andernfalls das die Lizenz erteilende Unternehmen durch überhöhte Lizenzgebühren die marktöffnende Wirkung der Lizenzauflage vereiteln kann. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit angezweifelt, ob das Bundeskartellamt überhaupt fachlich in der Lage ist, die Angemessenheit von Lizenzkonditionen zu beurteilen¹⁷⁸.

Ein weiterer unklarer Fall, der in der diesbezüglich noch jungen Praxis des Bundeskartellamts häufig vorkommt, ist die rechtsverbindliche öffentliche Erklärung von Energieversorgungsunternehmen, daß Konkurrenzunternehmen das Gasnetz der betreffenden Unternehmen für die Durchleitung von Gas nutzen können. Zudem müssen die Erklärungen die Bedingungen dieser Durchleitungen und die Grundlagen für die Aufstellung dieser Bedingungen enthalten. Eine solche Erklärung ist zweifellos keine strukturelle Maßnahme, weil die Erklärung die Marktstruktur nicht ändert. Sie betrifft allerdings erst

¹⁷⁵ Die Mehrzahl der Bedingungen und Auflagen betraf derartige Veräußerungen, s. unten 3. Kapitel 1.

¹⁷⁶ So z.B. die detaillierte Festlegung von Flügen und Sitzplatzkapazität im Fall Lufthansa/Eurowings (s. 3. Kapitel 1. p) oder von Stromabnahmeverträgen im Fall RWE/VEW (s. 3. Kapitel 1. f).

¹⁷⁷ W. Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 48; Schultz, WuW 1982, S. 440.

¹⁷⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 426.

recht kein Marktverhalten. Vielmehr bildet sie die Grundlage, um die Marktstruktur zu ändern. Sie ist darauf gerichtet, den lokal und regional noch monopolisierten Gasmarkt für Wettbewerber zu öffnen. Dies dürfte ausreichen, um sicherzustellen, daß die Auflage nicht dem Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle unterliegt und als strukturelle Auflage angesehen werden kann. Diese Art von Auflage ist daher zulässig¹⁷⁹, sofern sie die Eignung besitzt, die Freigabehindernisse zu beseitigen¹⁸⁰.

Das Verbot laufender Verhaltenskontrolle nach § 40 Abs. 3 S. 2 gilt jedoch nicht für alle Nebenbestimmungen. So sind Nebenbestimmungen, die allein der Durchführung der für die Beseitigung der Freigabehindernisse des § 36 Abs. 1 zentralen Nebenbestimmungen dienen, von diesem Verbot ausgenommen, zumal sie regelmäßig nur für einen kurzen Zeitraum zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen können¹⁸¹.

8. Typisierung der Nebenbestimmungen und Vollzugsfristen

In Anlehnung an das europäische Recht¹⁸² lassen sich die Nebenbestimmungen des Bundeskartellamts in Hauptnebenbestimmungen und ergänzende Nebenbestimmungen einteilen. Für beide Arten von Nebenbestimmungen ist die rechtliche Zulässigkeit nach unterschiedlichen Grundsätzen zu beurteilen.

a) Hauptnebenbestimmungen

Die Hauptnebenbestimmungen sind diejenigen Nebenbestimmungen, die wesentlich für die Herstellung der Freigabevoraussetzungen sind. Sie müssen stets struktureller Art sein. Sie können der Praxis der Kommission im europäischen Recht ebenso wie der alten Zusagenpraxis des Bundeskartellamts folgend im wesentlichen in drei Kategorien eingeteilt werden: Nebenbestimmungen zur Veräußerung, zur Marktöffnung und zur Einflußbegrenzung. Eine nähere Darstellung erfolgt im 3. Kapitel¹⁸³, weil dort die aktuellen Entwicklungen unter Bezugnahme auf die Fallpraxis der Jahre 1999 bis 2001 direkt berücksichtigt werden können.

b) Ergänzende Nebenbestimmungen

Die ergänzenden Nebenbestimmungen können verschiedene Zwecke verfolgen. Ihnen ist gemeinsam, daß sie für die Hauptnebenbestimmungen nur ergänzend wirken und entweder deren Durchführung sicherstellen oder aber

¹⁷⁹ Ebenso GK-Bosch § 40 Rn. 22, der auf die Verpflichtung, mit Dritten Durchleitungsverträge abzuschließen, abstellt, dies aber als Maßnahme zur Marktöffnung und damit als Strukturmaßnahme qualifiziert und für zulässig erachtet.

¹⁸⁰ Vgl. dazu 3. Kapitel 1. d) cc).

¹⁸¹ Näheres dazu unten 8. b) aa).

¹⁸² Vgl. die umfassende Darstellung bei Leibenath, Zusagenpraxis, S. 69 ff.

¹⁸³ S. dort unter 2.

verhindern sollen, daß die Wirkung der Hauptnebenbestimmungen rückgängig gemacht wird.

aa) Durchführungsnebenbestimmungen

Die Durchführungsnebenbestimmungen haben das Ziel, die Durchführung der Hauptnebenbestimmungen effektiv zu gestalten. Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Auflage eines befristeten Wettbewerbsverbots im Falle einer Veräußerungsaufgabe. Zu den vom Bundeskartellamt bisher verwendeten Durchführungsnebenbestimmungen, die bisher allesamt Auflagen gewesen sind, zählen neben den Wettbewerbsverboten bei der Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensteilen¹⁸⁴ auch noch die den Unternehmen auferlegten Berichtspflichten in bestimmten zeitlichen Abständen¹⁸⁵, der Einsatz von Veräußerungstreuhändern¹⁸⁶, Maßnahmen zur Erhaltung des vollen wirtschaftlichen Werts der Veräußerungsgegenstände¹⁸⁷ und schließlich die Zustimmungsvorbehalte des Bundeskartellamts zum Erwerber eines zu veräußernden Unternehmens¹⁸⁸.

Fraglich ist, ob auch für die Durchführungsnebenbestimmungen das Verbot laufender Verhaltenskontrolle nach § 40 Abs. 3 S. 2 nicht gilt, denn ein Wettbewerbsverbot betrifft nur das Marktverhalten und führt daher zu einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt. Ohne ein derartiges Wettbewerbsverbot ist jedoch die Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensteilen regelmäßig nicht zu realisieren, weil der Käufer bis zu dem Zeitpunkt, an dem er sich am Markt etabliert hat und die Kunden an sich binden kann, ein fundamentales Interesse daran hat, vor Wettbewerb durch den Veräußerer geschützt zu werden. Neben dem Problem, einen Erwerber zu finden, könnte ein sofortiger Wettbewerb auf dem sachlichen und räumlichen Markt des veräußerten Unternehmens außerdem dazu führen, daß der Veräußerer den Kundenstamm des veräußerten Unternehmens auf sein neues Konkurrenzunternehmen überträgt und damit letztlich durch die vom Bundeskartellamt verfügte Unternehmensveräußerung keine Abschmelzung von Marktanteilen zur Folge hat. Im Ergebnis wären dann auch die Freigabehindernisse nicht beseitigt. Könnte nun das Bundeskartellamt als Auflage kein Wettbewerbsverbot verhängen, so wäre stets eine Umgehung der Veräußerungsauf-

¹⁸⁴ Dies betrug im Fall Habet/Lekkerland (3. Kapitel 1. b) sechs Monate, im Fall LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG Haßfurt (3. Kapitel 1. o) dagegen sogar drei Jahre.

¹⁸⁵ So in den Fällen Habet/Lekkerland (3. Kapitel 1. b) alle zwei Monate und LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG Haßfurt (3. Kapitel 1. o) quartalsweise.

¹⁸⁶ RWE/VEW (3. Kapitel 1. f); Trienekens/remex (3. Kapitel 1. r).

¹⁸⁷ RWE/VEW (3. Kapitel 1. f); Trienekens/remex (3. Kapitel 1. r).

¹⁸⁸ SV-C/WEKA (3. Kapitel 1. n), RWE/VEW (3. Kapitel 1. o), LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG Haßfurt (3. Kapitel 1. o).

lage denkbar, wodurch Veräußerungsaufgaben letztlich nicht mehr die Freigabehindernisse beseitigen könnten. Für die Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten, obwohl sie nur entgegen den Wortlaut von § 40 Abs. 3 S. 2 verfügt werden können, spricht überdies, daß sie im Wirtschaftsleben grundsätzlich vereinbart werden, wenn ein Unternehmen veräußert wird. Das Wettbewerbsverbot ist daher der Unternehmensveräußerung vollständig untergeordnet.

Daraus läßt sich im Ergebnis schließen, daß das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle nicht für alle Nebenaufgaben gilt, auch wenn das Gesetz keine Ausnahmen kennt¹⁸⁹. Ein solches Verbot kann auch dann nicht bestehen, wenn den Aufgaben der direkte Bezug zur materiellen Vereinbarkeit des Zusammenschlusses fehlt. Denn es ist gänzlich unschädlich, daß sie rein verhaltensbezogen sind¹⁹⁰. Um das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle nicht auszuhöhlen, wird man jedoch verlangen müssen, daß die Nebenaufgaben tatsächlich notwendig sind, um die Hauptaufgaben wirksam zu gestalten, und darüber hinaus vollständig der Hauptaufgabe untergeordnet sind.

bb) Absicherungsnebenbestimmungen

Des weiteren finden sich noch Nebenbestimmungen, die einzig der Absicherung der Hauptnebenbestimmungen in dem Sinne dienen, daß den Unternehmen untersagt wird, die Nebenbestimmungen zu verletzen oder deren Wirkung rückgängig zu machen. So hat das Bundeskartellamt (9. Beschlußabteilung) in seiner Entscheidung „WITASS“ die Unternehmen mit der Auflage belastet, nicht wieder der Schifffahrtskonferenz „WITASS“ oder einer vergleichbaren Schifffahrtskonferenz beizutreten¹⁹¹. Ebenfalls die 9. Beschlußabteilung hat im Fall Lufthansa/Eurowings den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in Form einer Auflage untersagt, auf bestimmten Strecken die Zahl der Flüge und die Sitzplatzkapazität gegenüber dem Winterflugplan 2001/2002 zu erhöhen, bzw. nur dann zu erhöhen, wenn der auf diesen Strecken alleinige Wettbewerber EAE zusätzliche Nachfrage nicht bedienen kann¹⁹².

Mestmäcker/Veelken haben die Überlegung geäußert, eine rechtliche Absicherung gegen eine Rückgängigmachung generell in Form von auflösenden Bedingungen oder in Form eines Widerrufsvorbehalts vorzunehmen¹⁹³. Wie bereits im 1. Kapitel unter 2. d) dargelegt, ist ein Widerrufsvorbehalt bei einer

¹⁸⁹ Im EG-Recht soll nach Leibenath, S. 73 das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle für ergänzende Nebenbestimmungen generell nicht gelten.

¹⁹⁰ In diesem Sinne bereits für die im Zusagenrecht verwendeten Berichtspflichten Uhlig, Zusagen, S. 82.

¹⁹¹ BKartA, Beschluß vom 13. Januar 1999, B9-184/98, Tz. 2; WuW/E DE-V 122 „WITASS“ (3. Kapitel 1 a).

¹⁹² BKartA, Beschluß vom 19. September 2001, B9-147/00, Tz. 3 (3. Kapitel 1. p).

¹⁹³ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 70.

Freigabeverfügung nicht möglich, weil das GWB abschließend die Fälle eines zulässigen Widerrufs einer Freigabe in §§ 40 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 aufzählt. Es ist aber überlegenswert, ob sich das Bundeskartellamt nicht generell durch Bedingungen und Auflagen gegen die Rückgängigmachung der Maßnahmen zur Beseitigung der Freigabebehindernisse absichern sollte.

Für die Veräußerungsnebenbestimmungen ist eine solche Überlegung allerdings irrelevant. Bei einem Rückkauf der zu veräußernden Unternehmen oder Unternehmensteile wird regelmäßig ein neues Fusionskontrollverfahren zu durchlaufen sein, so daß eine Rückgängigmachung nur mit Zustimmung des Bundeskartellamts möglich ist. Werden die Aufgreifkriterien nicht erfüllt, so ist von der wettbewerblichen Unschädlichkeit einer Rückgängigmachung auszugehen.

Bei den Bedingungen und Auflagen, die der Marktöffnung bzw. Einflußbegrenzung dienen, wird häufig eine Absicherung nicht vonnöten sein. So ist die Wirkung von Lizenzauflagen oder der rechtsverbindlichen Erklärung einer diskriminierungsfreien Durchleitung von Gas nur bei gleichzeitigem Verstoß gegen die Auflage durch die Unternehmen rückgängig zu machen. Gegen solche Verstöße ist das Bundeskartellamt aber über §§ 40 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 abgesichert und kann die Freigabe widerrufen. Sinnvoll erscheint eine Nebenbestimmung zur Absicherung nur noch in Fällen wie „Habet/Lekkerland“¹⁹⁴, bei dem als Hauptnebenbestimmung ein Logistik-Partner-Vertrag gekündigt werden sollte, der den Wettbewerb zwischen den Vertragsparteien einschränkte oder wie „RWE/VEW“¹⁹⁵ hinsichtlich des Stimmrechts- und Mandatsverzichts. Mit der Kündigung ist die Auflage erfüllt und hat sich damit erledigt. Nach der Kündigung steht es den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen damit grundsätzlich frei, den gleichen oder einen ähnlichen Vertrag erneut abzuschließen. Es wäre nämlich zu weitgehend, in der Auflage ein Verbot zu sehen, dauerhaft derartige Verträge nicht mehr abzuschließen, wenn dies nicht ausdrücklich verboten ist. Durch ein solches Verbot würden die Unternehmen zudem in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit dauerhaft beschränkt und tatsächlich einer laufenden Verhaltenskontrolle unterworfen. Man wird daher auch umgekehrt davon ausgehen müssen, daß nicht nur Hauptauflagen, die den Effekt eines dauerhaften Verbots haben, sondern auch Absicherungsnebenbestimmungen, die auf Dauer den Abschluß von Verträgen unterbinden, gegen das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 verstoßen¹⁹⁶. Denn sie gelten zeitlich unbe-

¹⁹⁴ BKartA, Beschluß vom 25. Februar 1999, B9-164/98, WuW/E DE-V 116 „Habet/Lekkerland“ (3. Kapitel 1. b).

¹⁹⁵ BKartA, Beschluß vom 3. Juli 2000, B8-309/99, WuW/E DE-V 301 „RWE/VEW“ (3. Kapitel 1. f).

¹⁹⁶ Im EG-Recht soll nach Leibenath, S. 77 das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle für ergänzende Nebenbestimmungen generell nicht gelten.

grenzt und stellen inhaltlich das Spiegelbild der abzusichernden Nebenbestimmungen dar. Insofern können Nebenbestimmungen, die der Absicherung von Hauptnebenbestimmungen dienen, gegen das GWB verstoßen. Es stellt sich dann natürlich die Frage, ob die ursprüngliche Auflage, den Logistik-Partner-Vertrag zu kündigen, auch wirklich die Freigabehindernisse beseitigt, wenn sie ohne eine – allerdings ebenfalls unzulässige – Absicherungsnebenbestimmung ergeht. Haben die Unternehmen nämlich die Möglichkeit, rechtlich zulässig den gleichen Vertrag erneut abzuschließen, so dürfte die Kündigung des Vertrages nicht bei der Prognoseentscheidung des Bundeskartellamts hinsichtlich der Abschmelzung der marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden.

Abschließend ist festzuhalten, daß Absicherungsnebenbestimmungen, die nur den Zweck haben zu verhindern, daß Maßnahmen zur Beseitigung von Freigabehindernissen rückgängig gemacht werden, wegen der Möglichkeit des Widerrufs gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 regelmäßig nicht benötigt werden. Können die Hauptbedingungen und Hauptauflagen alleine nicht dauerhaft und sicher die Untersagungs Voraussetzungen beseitigen, so werden die Absicherungsnebenbestimmungen regelmäßig zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen. Der Zusammenschluß darf daher mit derartigen Haupt- und Ergänzungsnebenbestimmungen gar nicht erst freigegeben werden.

c) Potestativ- und Zufallsbedingungen

In seiner bisherigen Praxis hat das Bundeskartellamt ausschließlich Potestativbedingungen erlassen, also Bedingungen, deren Eintritt von einem bestimmten Verhalten der beteiligten Unternehmen abhängt. Es stellt sich nun die Frage, ob demgegenüber auch Zufallsbedingungen zulässig sind¹⁹⁷. Als Beispiel für eine zulässige Zufallsbedingung nennen *Mestmäcker/Veelken* das Erreichen einer bestimmten Marktstellung eines dritten Unternehmens, das die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 entfallen läßt durch einen wettbewerbsfördernden Ressourcentransfer der am Zusammenschlußvorhaben beteiligten Unternehmen auf das dritte Unternehmen. Eine Zulässigkeit einer solchen Zufallsbedingung wird man m.E. verneinen müssen. Gegen eine Zulässigkeit von Zufallsbedingungen spricht vor allem, daß sie zu einer enormen Rechtsunsicherheit der Unternehmen über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses führen, der eine unternehmerische Planung unmöglich macht. Dies gilt insbesondere bei auflösenden Bedingungen. Der jederzeit und unabhängig vom Willen der Unternehmen mögliche Eintritt einer Zufallsbedingung hätte im Fall der auflösenden Bedingung zur Folge, daß die Freigabewirkung entfiel und der Zusammenschluß aufgelöst werden müßte¹⁹⁸. Soll die Zufallsbe-

¹⁹⁷ Bejahend IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 50.

¹⁹⁸ S. dazu 4. Kapitel 1. b) bb).

dingung überdies nicht völlig willkürlich sein, so müßten die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im Fall der aufschiebenden Bedingung durch eigene Maßnahmen den Eintritt dieser Bedingung – wie z.B. einen Ressourcentransfer wie in dem oben von *Mestmäcker/Veelken* genannten Beispiel – herbeiführen, blieben aber dennoch im ungewissen darüber, ob dies ausreicht, um letztlich eine wirksame Freigabe des eigenen Zusammenschlußvorhabens zu erreichen. Eine derartige Vorleistung bei ungewissem Erfolg ist den Unternehmen allerdings unzumutbar. Darüber hinaus ist die Frage auch überwiegend theoretischer Natur. Weil in der Praxis – bisher fast ausnahmslos¹⁹⁹ – die Unternehmen dem Bundeskartellamt Vorschläge für Bedingungen und Auflagen vorlegen, um die Freigabehindernisse zu beseitigen, werden sie wegen der darin liegenden Rechtsunsicherheit dabei regelmäßig keine Zufallsbedingungen vorschlagen. Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das Bundeskartellamt aber verpflichtet, die von den Zusammenschlußbeteiligten bevorzugten Nebenbestimmungen zu wählen, sofern sie die Freigabehindernisse auch tatsächlich beseitigen²⁰⁰.

d) Vollzugsfristen

Das Bundeskartellamt muß sicherstellen, daß die beteiligten Unternehmen innerhalb des Prognosezeitraums gemäß § 36 Abs. 1 die Auflagen erfüllen, so daß innerhalb des Prognosezeitraums eine bereits entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung wieder abgebaut werden kann. Um dieses Ziel zu erreichen, hat das Bundeskartellamt den Unternehmen zur Erfüllung der Auflagen – bei den Bedingungen tritt die Wirkung der Freigabe erst nach Bedingungseintritt ein – regelmäßig eine Frist gesetzt. Diese Frist ist je nach Auflage und Fall unterschiedlich. In den Zusammenschlußvorhaben auf den regionalen Gasmärkten betrug die Frist zur Beibringung einer öffentlichen rechtsverbindlichen Erklärung der Unternehmen über die Öffnung des eigenen Netzes stets entweder zehn Tage²⁰¹ oder einen Monat²⁰². Im Fall RWE/VEW betrug die Frist zur Änderung von Gesellschaftsverträgen zwecks

¹⁹⁹ Soweit ersichtlich haben die beteiligten Unternehmen nur im Fall „SV-C/WEKA“ keine Vorschläge gemacht, die mit den zu Verfahrensende verfügbaren Bedingungen und Auflagen identisch gewesen sind, vgl. Az. B 6 56/01 Ziffer 49 ff. Das Bundeskartellamt hatte hier statt der geforderten Auflage eine inhaltsgleiche aufschiebende Bedingung verwandt.

²⁰⁰ Vgl. dazu oben 4. b).

²⁰¹ So in den Fällen RWE/VEW (3. Kapitel 1. f), E.ON/HEIN GAS (3. Kapitel 1. g), bei denen das Bundeskartellamt von den Muttergesellschaften verlangte, eine Erklärung der Tochtergesellschaften beizubringen, daß sie innerhalb von zehn Tagen eine rechtsverbindliche öffentliche Erklärung abgeben würden.

²⁰² So in den Fällen Westfälische Ferngas (3. Kapitel 1. d), Contigas/Stadtwerke Heide (3. Kapitel 1. i), EnBW/Stadtwerke Schwäbisch Gmünd (3. Kapitel 1. j), Neckarwerke Stuttgart/Stadtwerke Reutlingen (3. Kapitel 1. k), Trienekens Niederrhein/Stadtwerke Viersen (3. Kapitel 1. l), EnBW/Stadtwerke Schramberg (3. Kapitel 1. m).

Stimmrechts- und Mandatsverzichts neun Monate. Ebenfalls wurden für die Erfüllung der Veräußerungsaufgaben den Unternehmen regelmäßig Fristen gesetzt, die jedoch häufig als Geschäftsgeheimnis in den Entscheidungen nicht veröffentlicht werden, um die Verhandlungsposition potentieller Käufer nicht zu Lasten des mit der Auflage belasteten Unternehmens zu verbessern²⁰³. Im Fall LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG, Haßfurt war die Veräußerungsfrist von gut einem Jahr, bei Lufthansa war die Frist zur Erfüllung der Marktöffnungsaufgaben bis zu einem halben Jahr in der Entscheidung veröffentlicht. Im Fall Dentsply/Degussa betrug die Veräußerungsfrist sechs Monate. Damit bewegten sich die Vollzugsfristen allesamt deutlich im Rahmen des Prognosezeitraums.

9. Bedingungen und Auflagen bei der Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 2

Seit der 6. GWB-Novelle ist das Recht der Nebenbestimmungen bei der Freigabe eines Zusammenschlußvorhabens und bei der Ministererlaubnis harmonisiert. Gemäß § 42 Abs. 2 S. 1 kann der Bundeswirtschaftsminister eine Ministererlaubnis mit Bedingungen und Auflagen verbinden. Satz 2 verweist auf die entsprechende Regelung für Freigabe Verfügungen im Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt, so daß auch die Nebenbestimmungen der Ministererlaubnis sich nicht darauf richten dürfen, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen und ein Widerruf auch nur dann erfolgen kann, wenn die Voraussetzungen von § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 vorliegen. § 24 Abs. 3 S. 3 a.F. bestimmte noch, daß die Ministererlaubnis mit „**Beschränkungen** und Auflagen verbunden werden“ konnte.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die durch die 6. GWB-Novelle vorgenommene formale Harmonisierung des Nebenbestimmungsrechts von Freigabe und Ministererlaubnis auch dazu führt, daß die Nebenbestimmungen einer Ministererlaubnis rechtlich genauso behandelt werden wie die Nebenbestimmungen einer Freigabe Verfügung²⁰⁴. Dazu ist zu klären, ob mit der Änderung des Wortlauts von § 42 Abs. 2 i.V.m. § 40 Abs. 3 (§ 24 Abs. 3 S. 3 und 4 a.F.) durch die 6. GWB-Novelle, bei der der Begriff Beschränkung durch den Begriff Bedingung ersetzt worden ist, auch eine Änderung des materiellen Rechts eingetreten ist.

²⁰³ Vgl. auch GK-Schütz § 36 Rn. 175.

²⁰⁴ In diesem Sinne Treeck, Schwerpunkte 1997, S. 55.

a) Die Problematik der Nebenbestimmungen gemäß § 24 Abs. 3 S. 3 a.F.²⁰⁵

Die Auflage entsprach zweifelsfrei bereits nach altem Recht der Auflage nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG und war und ist damit deckungsgleich mit der Auflage nach § 40 Abs. 3.

Schwieriger zu definieren ist die „Beschränkung“. Sie wurde parallel zum gleichlautenden Tatbestandsmerkmal in § 11 Abs. 3 a.F. ausgelegt. Demnach handelte es sich nach herrschender und richtiger Meinung um keine Nebenbestimmung im Sinne von § 36 VwVfG, sondern um einen wesentlichen Bestandteil des Verwaltungsakts der Erlaubnis²⁰⁶. Umstritten war zudem, ob eine beschränkte Erlaubnis lediglich als Teilerlaubnis zu verstehen war²⁰⁷ oder aber auch eine vom Antrag der Unternehmen abweichende Erlaubnis des Zusammenschlusses umfaßte²⁰⁸.

Heftig umstritten war außerdem, ob die Ministererlaubnis neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Beschränkungen und Auflagen auch noch mit anderen Nebenbestimmungen verbunden werden konnte. Eine überwiegende Meinung in der Literatur hat dies aufgrund des Wortlauts von § 24 Abs. 3 S. 3 a. F. verneint²⁰⁹. Sie sei überdies mit dem Wesen einer auf Dauer angelegten Unternehmensverbindung nicht zu vereinbaren. Der Bundeswirtschaftsminister und ein Teil der Literatur haben hingegen den Standpunkt vertreten, daß andere Nebenbestimmungen – im konkreten Fall „Daimler/MBB“ ging es um eine Bedingung – auch mit dem Gesetzeszweck vereinbar und anzuwenden waren, wenn sie das eindeutig mildere Mittel darstellten²¹⁰.

b) Änderungen durch die 6. GWB-Novelle

Die 6. GWB-Novelle sieht vor, daß die Ministererlaubnis nicht mehr mit Beschränkungen, sondern mit Bedingungen versehen werden kann. Der Wortlaut

²⁰⁵ Eine umfangreiche Darstellung der Praxis des Bundeswirtschaftsministers bei der Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 bis 5 a.F. enthält Uhlig, Zusagen, S. 141 ff.

²⁰⁶ FK-Quack § 24 Rn. 145; GK-Harms § 24 Rn. 221; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 331; Bartram, WuW 1979, S. 379; WuW/E OLG 1937, 1941 „Thyssen/Hüller“; a.A. IM-Mestmäcker/Veelken § 42 Rn. 44 unter Berufung auf Bechtold § 42 Rn. 12, der die Beschränkung als Oberbegriff für alle vom ursprünglichen Antrag abweichenden Regelungen auffaßt, so daß auch Bedingungen und Befristungen enthalten wären.

²⁰⁷ FK-Quack § 24 Rn. 145; GK-Harms § 24 Rn. 1221, 1228 ff.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt § 24 Rn. 109 f.; Langen/Ruppelt § 24 RN. 107 f.; Bartram, WuW 1979, S. 379.

²⁰⁸ WuW/E OLG 1937, 1941 „Thyssen/Hüller“; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 332; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 331 f.; Emmerich, Kartellrecht, 7. Auflage, S. 428.

²⁰⁹ GK-Harms § 24 Rn. 1223; FK-Quack § 24 RN. 144; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 333; Loewenheim/Belke § 24 Rn. 96; Müller/Gießler/Scholz § 24 Rn. 59.

²¹⁰ WuW/E BWM 191 ff. „Daimler/MBB“; Langen/Niederleithinger § 24 Rn. 109; Langen/Ruppelt § 42 Rn. 12.

spricht dafür, daß dies genauso auszulegen ist wie bei § 40 Abs. 3 S. 1. Aus der unterschiedlichen Geschichte der Norm könnte sich jedoch etwas anderes ergeben.

aa) Verbindung der Erlaubnis mit Beschränkungen

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Erlaubnis dennoch weiterhin mit Beschränkungen verbunden werden kann. Die Literatur beschäftigt sich nur am Rande mit dieser Frage²¹¹. *Mestmäcker/Veelken* nehmen eine Beschränkungs-kompetenz des Bundeswirtschaftsministers an unter Berufung auf die Gesetzesbegründung, nach der „Absatz 2 (...) inhaltlich die bisherigen Regelungen in § 24 Abs. 3 S. 3 und 4“ übernimmt²¹². Dieses Argument ist allerdings keineswegs zwingend. Die Gesetzesbegründung kann nämlich auch so aufgefaßt werden, daß eine Beschränkung nach obiger Definition nicht mehr möglich ist, aber durch die Einführung der Bedingung die gleichen Ergebnisse erzielt werden²¹³. Insbesondere erscheint es widersprüchlich, daß *Mestmäcker/Veelken* eine beschränkte Erlaubnis, die ein aliud zur beantragten Erlaubnis ist, bei § 42 zulassen wollen mit Verweis auf den Verhältnismäßigkeits-grundsatz, während sie eine Teiluntersagung im Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt vehement verneinen, weil den Unternehmen kein anderer Zusammenschluß aufgezwungen werden soll, als sie beantragt haben²¹⁴. Auch im Ergebnis ist *Mestmäcker/Veelken* zu widersprechen²¹⁵. Da es sich bei einer Beschränkung nach hier verwendeter Definition um einen wesentlichen integrierenden Bestandteil der Erlaubnis handelt, der den Antrag inhaltlich modifiziert, kann auf die allgemeinen Regeln für die „modifizierte Auflage“ eines Verwaltungsaktes zurückgegriffen werden. Eine „modifizierte Auflage“ ist jedoch rechtlich unzulässig, wenn sie eine wesentliche Abweichung zu dem beantragten Verwaltungsakt darstellt, wovon im Fusionskontrollrecht regelmäßig auszugehen sein wird²¹⁶. Somit ergibt sich, daß der Bundeswirtschaftsminister regelmäßig keine Erlaubnis mit Beschränkungen erlassen darf. Da § 42 Abs. 2 nun nicht mehr vorsieht, daß anstelle des beantragten Verwaltungsakts auch ein aliud mit wesentlicher Abweichung von dem gestellten Erlaubnisantrag ergehen kann, besteht gegenüber den allgemeinen Erwägungen keine speziellere Regelung mehr.

²¹¹ Eindeutig bejahend allein IM-Mestmäcker/Veelken § 42 Rn. 44; unklar hingegen Bechtold § 42 Rn. 12; Wiedemann-Richter § 21 Rn. 128.

²¹² Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 60.

²¹³ So wohl auch Bechtold § 42 Rn. 12.

²¹⁴ IM-Mestmäcker/Veelken § 40, Rn. 40.

²¹⁵ Im Ergebnis auch Langen/Ruppelt § 42 Rn. 13, der aber offenbar von einer anderen Definition für die Beschränkung ausgeht.

²¹⁶ S. oben 2. b) bb).

bb) Verbindung der Erlaubnis mit anderen Nebenbestimmungen

Zu prüfen bleibt, ob die Ministererlaubnis außer mit Bedingungen und Auflagen auch noch mit anderen Nebenbestimmungen verbunden werden kann.

Insbesondere ist hierbei an die Befristung nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG zu denken. Soweit ersichtlich vertritt einzig *Ruppelt*²¹⁷ die Auffassung, daß ein Zusammenschluß befristet vom Bundeswirtschaftsminister freigegeben werden kann, weil insofern § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ergänzend zu § 42 Abs. 2 heranzuziehen sei. Wie bereits unter 2. c) festgestellt, widerspricht die Befristung jedoch dem Wesen einer auf Dauer angelegten Unternehmensverbindung. Außerdem spricht auch die spezialgesetzliche Regelung in § 42 Abs. 2 dafür, daß sie abschließend ist. Dies war nach alter Rechtslage, als das Gesetz noch eine beschränkte Erlaubnis vorsah, anders. Die Beschränkung entsprach nämlich nicht der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik. Dies hing unter anderem damit zusammen, daß das Kartellverwaltungsrecht mangels eines kodifizierten Verwaltungsrechts – während die Fusionskontrolle bereits 1973 Gesetz wurde, trat das VwVfG erst 1977 in Kraft – noch eigene Wege gehen konnte. So war folgerichtig auch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Beschränkung“ stets umstritten und konnte auch als Oberbegriff für Nebenbestimmungen aufgefaßt werden, so daß sich der Bundeswirtschaftsminister ja auch ermächtigt sah, eine bedingte Erlaubnis zu erteilen.

Die Ministererlaubnis kann daher ebensowenig wie die Freigabe durch das Bundeskartellamt befristet oder mit einem Widerrufs- oder Auflagenvorbehalt verbunden werden, weil durch § 42 Abs. 2 S. 2 auch für die Ministererlaubnis die Zulässigkeit abschließend geregelt ist²¹⁸.

Somit bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß durch die 6. GWB-Novelle die Nebenbestimmungskompetenz des Bundeswirtschaftsministers durch Streichung der Möglichkeit, die Erlaubnis zu beschränken, dem bestehenden allgemeinen Verwaltungsrecht und der Regelung für Freigaben nach § 40 Abs. 3 angepaßt wurde. Gleichzeitig stellt aber auch § 42 Abs. 2 eine *lex specialis* dar, die einen erweiternden Rückgriff auf § 36 VwVfG nicht gestattet.

10. Bedingungen und Auflagen bei der Befreiung vom Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 2

Das Recht, einen Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen zu versehen, findet sich im Fusionskontrollverfahren noch an dritter Stelle, nämlich bei der Möglichkeit des Bundeskartellamts, gemäß § 41 Abs. 2 eine Befreiung vom Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 zu erteilen.

²¹⁷ Langen/Ruppelt § 42 Rn. 12.

²¹⁸ Vgl. insoweit oben 2 f.

a) Voraussetzungen für den Erlaß von Nebenbestimmungen

Die Befreiung vom Vollzugsverbot kann nur dann mit Nebenbestimmungen verbunden werden, wenn es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG handelt. Anders als bei einer vorzeitigen Freigabe im Vorprüfverfahren (s. oben 6 a) hatte der Gesetzgeber daran offenbar keinen Zweifel, wie sich auch aus der Möglichkeit des Widerrufs der Befreiung nach § 41 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ergibt. Daß die Befreiung tatsächlich ein Verwaltungsakt ist²¹⁹, kann auch nicht bezweifelt werden. Die Kartellbehörde hebt dadurch das bestehende Vollzugsverbot auf, regelt also einen Einzelfall mit Außenwirkung.

Anders als bei den Nebenbestimmungen bei Freigabeverfügungen oder Ministererlaubnissen handelt es sich beim Hauptverwaltungsakt, also der Befreiung vom Vollzugsverbot, nicht um eine gebundene Entscheidung²²⁰. Nach dem Wortlaut von § 41 Abs. 1 S. 1 „kann“ das Bundeskartellamt auf Antrag vom Vollzugsverbot befreien. Eine gebundene Entscheidung kann allein schon deshalb nicht angenommen werden, weil das zeitlich befristete Vollzugsverbot ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ist. Bei repressiven Verböten mit Befreiungsvorbehalt ist stets von der Einräumung freien Ermessens auszugehen, da eine im Ermessen der Behörde stehende Befreiung immer noch weniger stark in die Grundrechtsausübung eingreift als ein ausnahmslos durchgreifendes Verbot²²¹. Bei der Ausübung des Ermessens hat das Bundeskartellamt unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips die geltend gemachten Individualinteressen gegen das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Vollzugsverbots abzuwägen²²². Das Bundeskartellamt ist ausnahmsweise dann zum Erlaß einer Befreiung verpflichtet, wenn im Einzelfall ein wichtiger Grund für die Befreiung vorliegt, insbesondere ein zu erwartender außerordentlich schwerer Schaden, so daß eine Ermessensreduzierung auf Null eintritt.

Weil nun aber bereits der Hauptverwaltungsakt in das freie Ermessen der Behörde gestellt ist, kann die Behörde beim Erlaß von Nebenbestimmungen nicht eingeschränkt werden. Da die beteiligten Unternehmen keinen Anspruch auf eine Befreiung vom Vollzugsverbot haben, haben sie erst recht keinen Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten Befreiung. Daher ist auch die Verbindung der Befreiung mit Nebenbestimmungen in das freie Ermessen,

²¹⁹ Wiedemann-Richter § 21 Rn. 40; IM-Mestmäcker/Veelken § 41 Rn. 25.

²²⁰ IM-Mestmäcker/Veelken § 41 Rn. 27; Langen/Ruppelt § 41 Rn. 5; Bechtold § 41 Rn. 7; Schulte, AG 1998, S. 297, 300.

²²¹ Stelkens/Bonk/Sachs § 40 Rn. 20; vgl. für die Zulassung von Wettunternehmen BVerwGE 96, S. 293, 298 ff.; für die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielbank BVerwGE 96, S. 302, 311 ff.

²²² Schulte, AG 1998, S. 297, 300; Bechtold § 41 Rn. 7; IM-Mestmäcker/Veelken § 41 Rn. 27.

also sowohl das Entschließungs- als auch das Auswahlermessen, des Bundeskartellamts gestellt. Anders als bei den Nebenbestimmungen von Freigabeverfügungen ist das Ermessen nicht weitgehend durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip reduziert. Zu beachten ist, daß die Nebenbestimmungen ihren gesetzlichen Zweck erfüllen. Dieser liegt darin, eine Befreiung vom Vollzugsverbot nur soweit zu erteilen, wie die eine Befreiung beantragenden Unternehmen von diesem Vollzugsverbot belastet werden bzw. die Nachteile einer Aufhebung des Vollzugsverbots möglichst gering zu halten²²³. Eine andere Zielrichtung der Nebenbestimmung kann zu Ermessensfehlern führen.

b) Bedingungen und Auflagen

Das Gesetz nennt als mögliche Nebenbestimmungen Bedingungen und Auflagen. Praktisch kommen aber nur Auflagen und auflösende Bedingungen in Betracht. Eine Befreiung vom Vollzugsverbot unter einer aufschiebenden Bedingung hat nämlich den Nachteil, daß die Befreiung erst mit Eintritt der Bedingung wirksam wird. Da die Befreiung vom Vollzugsverbot die Unternehmen in seltenen Notfällen von der Last des an sich recht kurzen Vollzugsverbots befreien soll, würde eine aufschiebende Bedingung den Unternehmen regelmäßig wertvolle Zeit nehmen, in der möglicherweise bereits ein Vollzug erforderlich ist, um beispielsweise ein insolventes Unternehmen zu sanieren. Aber auch Auflagen und auflösende Bedingungen sind problematisch. Der Wegfall der Befreiungswirkung mit Eintritt eines ungewissen Ereignisses hat nur dann Bedeutung, wenn das Zusammenschlußvorhaben noch nicht vollständig vollzogen ist. Soweit ein Vollzug bereits gegeben ist, greift das Vollzugsverbot nicht mehr, weil es nur die Vollzugsakte erfassen soll, die ja aber bereits in rechtmäßiger Weise vorgenommen worden sind²²⁴. Die in § 41 Abs. 1 S. 2 vorgesehene zivilrechtliche Unwirksamkeit greift dann ebenfalls nicht, weil beim Vollzug aufgrund der ursprünglich bestehenden Befreiung gerade nicht gegen das Vollzugsverbot verstoßen wurde. Der aufgrund der Befreiung nach § 41 Abs. 2 vorgenommene Zusammenschluß müßte sodann gemäß § 41 Abs. 3 aufgelöst werden. Eine Auflösungsverfügung entpuppt sich im Ergebnis aber als stumpfes Schwert, weil das Auflösungsverfahren regelmäßig länger dauert als das eigentliche Fusionskontrollverfahren. Gleiches gilt auch für die Auflagen. Verstoßen die Unternehmen gegen die Auflagen der Befreiung, kann zwar ein Bußgeld verhängt werden und die Befreiung widerrufen werden, der Widerruf der Befreiung und das anschließende Auflösungsverfahren dauern aber auch hier wesentlich länger als das Fusionskontrollverfahren. Sind die Unternehmen also nicht gewillt, die Auflagen zu erfüllen bzw. die Herbeiführung der auflösenden Bedingung zu unterlassen, so hat das Bundes-

²²³ Langen/Ruppelt § 41 Rn. 5.

²²⁴ IM-Mestmäcker/Veelken § 41 Rn. 28.

kartellamt keine effektive Möglichkeit, diese Nebenbestimmungen auch tatsächlich durchzusetzen. Vielmehr wirkt in einem solchen Fall eine Befreiung mit Bedingungen und Auflagen faktisch wie eine Befreiung ohne Nebenbestimmungen. Allein das mögliche Bußgeld, das nach § 81 Abs. 1 Nr. 5 im Falle eines Verstoßes gegen die Auflagen durch das Bundeskartellamt verhängt werden kann, hat im Vorfeld abschreckende Wirkung.

Dasselbe gilt auch für die Befristung. Weil das Vollzugsverbot für die Vollzugshandlung gilt und nicht für den Zeitraum, in der ein vollzogener Zusammenschluß besteht, ist eine zeitlich befristete Befreiung dann sinnlos, wenn das Zusammenschlußvorhaben innerhalb des Befreiungszeitraums vollständig vollzogen wird. Insofern erfüllt eine befristete Befreiung nicht den Gesetzeszweck und ist damit nicht in Ergänzung zu § 41 Abs. 2 S. 2 für die Befreiung anwendbar. Ein zeitlich befristet bestehender Zusammenschluß kann nur erreicht werden, indem den Unternehmen durch Auflage aufgegeben wird, im Falle einer Untersagungsverfügung den Zusammenschluß wieder aufzulösen. Insofern käme es dann auch nicht mehr auf die im vierten Kapitel noch zu erörternde Streitfrage an, ob ein Zusammenschluß nur dann aufgelöst werden kann, wenn die vorher ergangene Untersagungsverfügung unanfechtbar geworden ist. Die beteiligten Unternehmen müßten sich dann vielmehr der Auflage beugen. Widersetzen sich die Unternehmen aber dieser Auflage, wirkt auch hier die durch Auflage befristete Befreiung wegen der Dauer eines Auflösungsverfahrens wie eine unbeschränkte Befreiung.

Dagegen kann eine Befreiung vom Vollzugsverbot nicht mit Widerrufs- und Auflagenvorbehalt verbunden werden. Insofern ist die gemäß §§ 41 Abs. 2 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 gesetzliche verankerte Möglichkeit, die Befreiung zu widerrufen oder mit weiteren Auflagen zu verbinden, abschließend. Jedoch ist das Bundeskartellamt auf die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen angewiesen, da es die Bedingungen und Auflagen der Befreiung vom Vollzugsverbot nicht durchsetzen kann.

c) Keine Beschränkung der Nebenbestimmungen auf strukturelle Maßnahmen

Auch in der Ausrichtung unterscheiden sich die Auflagen und Bedingungen im Sinne von § 41 Abs. 2 von jenen des § 40 Abs. 3. Die Nebenbestimmungen sind hier nicht auf strukturelle Maßnahmen ausgerichtet²²⁵. Dies ist zum einen daran zu erkennen, daß § 41 Abs. 2 S. 3 direkt auf die Widerrufsmöglichkeit von § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 verweist, nicht aber auf § 40 Abs. 3, wo genau jene Ausrichtung postuliert wird. Aber auch materiell muß das so sein. Während die Nebenbestimmungen einer Freigabeverfügung die bereits vorliegenden Untersagungsveroraussetzungen beseitigen sollen, was nur durch

²²⁵ Im Ergebnis ebenso Langen/Ruppelt § 41 Rn. 6.

strukturelle Maßnahmen möglich ist²²⁶, ist es Zweck der Nebenbestimmungen bei der Befreiung vom Vollzugsverbot, die Nachteile einer Aufhebung vom Vollzugsverbot möglichst gering zu halten. Hier geht es nämlich gerade nicht darum, ggf. vorliegende Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen. Deren Vorliegen muß in dem laufenden Kontrollverfahren ja gerade noch geprüft werden.

d) Praxis und Bedeutung der Nebenbestimmungskompetenz

Nach Auskunft des Bundeskartellamts ist es bisher nur zwei Mal zu einer Befreiung vom Vollzugsverbot gekommen²²⁷. Aufgrund der geringen Bedeutung der Befreiung werden auch die Nebenbestimmungen nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die beiden bisherigen Befreiungsfälle betrafen jeweils eine Sanierungsfusion. Einmal hat das Bundeskartellamt die Befreiung unter der auflösenden Bedingung erteilt, daß die Stimmrechte aus den zu erwerbenden Gesellschaftsanteilen an einem Zielunternehmen nicht ausgeübt werden, solange das Bundeskartellamt das Hauptprüfverfahren noch nicht förmlich beendet hat. Im Fall Deutsche Post/trans-o-flex befreite das Bundeskartellamt die Deutsche Post vom Vollzugsverbot unter den Auflagen, trans-o-flex als selbständige Einheit zu führen und dabei eine Übertragung von Vermögenswerten und Kundenbeziehungen zu unterlassen.

e) Ergebnis

Aufgrund seines anders gerichteten Zwecks sind die „Bedingungen und Auflagen“ nach § 41 Abs. 2 S. 2 somit grundsätzlich anders zu behandeln als jene im Sinne von § 40 Abs. 3²²⁸, weil sich die Nebenbestimmungen nach § 41 Abs. 2 S. 2 nicht auf strukturelle Maßnahmen beschränken müssen. Allerdings ist der Katalog der möglichen Nebenbestimmungen auch bei § 41 Abs. 2 S. 2 auf Bedingungen und Auflagen beschränkt. Weil das Fusionskontrollverfahren nach § 40 Abs. 2 grundsätzlich innerhalb von vier Monaten beendet wird, können die Nebenbestimmungen einer Befreiung vom Vollzugsverbot regelmäßig nicht vor Abschluß des gesamten Verfahrens durchgesetzt werden, wenn die Unternehmen gegen sie verstoßen haben. Weil es im freien Ermessen des Bundeskartellamts steht, die Zusammenschlußbeteiligten vom Vollzugsverbot zu befreien, kann es die Befreiung auch nach freiem Ermessen mit Bedingungen und Auflagen versehen.

²²⁶ S. oben 7.

²²⁷ Der zweite Fall betraf den Zusammenschluß der Deutschen Post AG mit trans-o-flex, BKartA vom 26. September 2001 B9-100-01 veröffentlicht unter www.bundeskartellamt.de.

²²⁸ A.A. ohne weitere Begründung Bechtold § 41 Rn. 8.

2. Kapitel: Überkommene Bundeskartellamtspraxis und mögliche Weitergeltung des Zusagenrechts

Nach Erörterung der wesentlichen Probleme des Nebenbestimmungsrechts, ist zu klären, ob und ggf. welche Rolle die alte Zusagenpraxis des Bundeskartellamts nach der 6. GWB-Novelle noch spielt. In dieser Frage wird von einem Teil der Literatur vertreten, daß im Vorprüfverfahren, in dem für Nebenbestimmungen kein Platz ist, Zusagen der beteiligten Unternehmen durch das Bundeskartellamt entgegengenommen werden dürfen²²⁹. Ein anderer Teil lehnt eine solche Fortgeltung des Zusagenrechts mit der Begründung ab, daß der Gesetzgeber das Zusagenrecht insgesamt durch die Nebenbestimmungen ablösen wollte und das Schweigen des Gesetzes zu Zusagen im Vorprüfverfahren nur als Entscheidung gegen deren Zulässigkeit gewertet werden kann²³⁰. Auch das Bundeskartellamt beantwortet diese Frage mit einem eindeutigen Nein²³¹.

Bevor inhaltlich näher auf diese Streitfrage eingegangen werden kann, bedarf es einer kurzen Einführung in die Problematik der früheren Zusagenpraxis des Bundeskartellamts.

1. Entstehung der Zusagenpraxis

Nach der Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle 1973 sah das Gesetz nur ein starres Alles-oder-nichts-Prinzip vor, so daß jeder Zusammenschluß untersagt werden mußte, der – und sei es nur in Randbereichen – die Untersagungsvoraussetzungen erfüllte. Aufgrund der Regierungsbeurteilung zur 2. GWB-Novelle sah sich das Bundeskartellamt allerdings ermächtigt²³², dieses starre Prinzip durch Entgegennahme von Zusagen zu flexibilisieren. In der Regierungsbeurteilung heißt es wörtlich: „Bei Zusammenschlüssen von Vielproduktunternehmen, durch die nur auf einem Markt eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird, wird es in der Regel nicht erforderlich sein, den gesamten Zusammenschluß zu untersagen. In solchen und anderen Fällen wird das Bundeskartellamt mit den Unternehmen informell klären, unter welchen Voraussetzungen der Zusammenschluß hingenommen werden kann. Treffen die Beteiligten entsprechende Maßnahmen (z.B. Aus-

²²⁹ Für Nach- und Vorfristzusagen im Vorprüfverfahren: Wiedemann-Richter § 21 Rn. 50 f.; Nur Vorfristzusagen im Vorprüfverfahren: IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 67; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 26; Bechtold § 36 Rn. 33; Schulte, AG 1998, S. 302; Uhlig, WuW 2000, 574, 583; abweichend GK-Schütz § 36 Rn. 168, der bei zwar eingeschränkter Anwendung dennoch ein Bedürfnis für jegliche Art von Zusagen in jedem Abschnitt des Verfahrens sieht, z.B. für Auslandssachverhalte.

²³⁰ Treack, Schwerpunkte 1997, S. 57.

²³¹ TB 1999/2000, S. 23.

²³² TB 1975, S. 20.

gliederung der betreffenden Produktbereiche), so unterbleibt die Untersagung des Zusammenschlusses. Ist es nicht möglich, geeignete Maßnahmen innerhalb der Fristen des § 24 a Abs. 2 Satz 1 a.F. abschließend durchzuführen, so eröffnet § 24 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 a.F. die Möglichkeit, diese Fristen entsprechend zu verlängern“²³³. Im Laufe der Zusagenpraxis des Bundeskartellamts seit Einführung der Fusionskontrolle im GWB 1973, die sich ab dem Jahr 1975 zu entwickeln begonnen hatte, hat es weit über 50²³⁴ Zusammenschlüsse gegeben, in denen die Untersagungen durch Zusagenvereinbarungen abgewendet worden sind.

2. Aufgabe und inhaltliche Schranken der Zusagen

Aus der oben genannten Regierungsbegründung ergibt sich auch die Aufgabe der Zusagen. Durch sie sollten die Untersagungs Voraussetzungen nach § 24 Abs. 1 a.F. beseitigt werden. In der Praxis kam es jedoch vor, daß im Falle von Unklarheiten darüber, ob die Untersagungs Voraussetzungen auch tatsächlich vorliegen, Zusagen entgegengenommen wurden²³⁵. Eine solche Praxis ist in der Literatur aber stets als unzulässig betrachtet worden. Zusagen dürften niemals verwendet werden, um Unsicherheiten über das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen, vielmehr müßte das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen zunächst vom Bundeskartellamt festgestellt werden²³⁶, das aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes hierzu verpflichtet ist. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so könne das Bundeskartellamt einen Zusammenschluß nicht untersagen, so daß es keiner Zusagen bedürfe. Der Inhalt der Zusagen war nach einhelliger Auffassung in zweierlei Hinsicht beschränkt.

a) Keine laufende Verhaltenskontrolle

Zum einen war anerkannt, daß die Unternehmen durch die Zusagen keiner laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt unterstellt werden durften. Da die Fusionskontrolle die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im wesentlichen auf Kriterien der Marktstruktur stützt, muß das

²³³ Begr. zum RegE BT-Drucksache VI/2520, S. 30.

²³⁴ Aufgrund unterschiedlicher Zählungen schwanken die Zahlen: Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tabelle IV.3, S. 239 ff mit insgesamt 63 Zusagenfällen; Uhlig, Zusagen, S. 314 kommt im Zeitraum bis 1996 auf sogar 72 Zusagenfälle. Aufgrund der Kündigung des Zusagenvertrages „Krupp/Hoesch“ im Jahre 1994 hatte das Bundeskartellamt in den Jahren 1995/96 keine Zusagen mehr berücksichtigt, seine alte Praxis 1997 wieder aufgenommen und in diesem Zeitraum weitere 15 Zusagenverträge geschlossen, TB 1997/98, S. 18, 243 ff.

²³⁵ Uhlig, Zusagen, S. 45.

²³⁶ Satzky, ZHR 141 (1977), S. 569; Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 402.

Gleiche auch für die Beseitigung dieser Stellung gelten²³⁷. Weil aber die Übergänge zwischen Marktstruktur- und Marktverhaltenskriterien fließend sind, wurde darauf abgestellt, ob eine Zusage eine mehrfache bzw. laufende Kontrolle erforderte²³⁸. Wann das der Fall ist, mußte für jeden Einzelfall neu bestimmt werden²³⁹.

b) Kurze Fristen zur Erfüllung der Zusagen

Die Zusagen wurden in die Prognose von § 24 Abs. 1 a.F. einbezogen und verhinderten somit die Untersagung eines Zusammenschlusses, weil kurz- bis mittelfristig bei Erfüllung der Zusage die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht mehr zu erwarten war. Damit stand aber auch fest, daß die Erfüllung innerhalb des Prognosezeitraums erfolgen mußte, da andernfalls die Prognose eben doch zu dem Ergebnis kommen mußte, daß die Untersagungs Voraussetzungen trotz des Bestehens einer Zusage vorliegen²⁴⁰. Der Prognosezeitraum wurde vom Bundeskartellamt und Rechtsprechung je nach Markt auf drei bis fünf Jahre festgelegt²⁴¹. Im Falle eines Marktes, auf dem Strukturveränderungen langfristig nicht zu erwarten sind, konnte der Prognosezeitraum im Einzelfall auch acht bis zehn Jahre betragen²⁴².

3. Begriffsdefinitionen

In der langen Diskussion haben sich verschiedene Typen von Zusagen herauskristallisiert. Am gebräuchlichsten war eine Unterscheidung in Vorfrist- und Nachfristzusagen, die sich am Zeitpunkt der Erfüllung der Zusage orientierte.

a) Vorfrist- und Nachfristzusagen

Als Vorfristzusagen wurden diejenigen Zusagen bezeichnet, die von den beteiligten Unternehmen erfüllt werden mußten, bevor die Untersagungsfrist des

²³⁷ GK-Harms § 24 Rn. 1082; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 256; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 137; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 24 f.; W. Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 45 ff.; Riesenkampff, WuW 1977, S. 300; Schultz, WuW 1982, S. 438.

²³⁸ Riesenkampff, WuW 1977, S. 300; Scholz, FS Günther, S. 244; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S: 586 Tz. 885; FK-Quack § 24 Rn. 148; GK-Harms § 24 Rn. 1081.

²³⁹ Vgl. z.B. Uhlig, Zusagen, S. 84 ff. zu einigen Fällen aus der Zusagenpraxis des Bundeskartellamts.

²⁴⁰ Schwintowski, S. 115; Uhlig, Zusagen, S. 87 ff.

²⁴¹ WuW/E OLG 5495, 5496 f. „Vorratsanmeldung“; vgl. auch WuW/E BGH 1501, 1507 f. „Kfz-Kupplungen“ allerdings ohne Angabe einer bestimmten Zeitspanne.

²⁴² WuW/E OLG 5495, 5496 „Vorratsanmeldung“.

Bundeskartellamts abgelaufen war²⁴³. Bei der präventiven Fusionskontrolle betraf dies die viermonatige Frist bis zum Ende des Hauptprüfverfahrens gemäß § 24 a Abs. 2 S. 1 a.F. Bei der nachträglichen Fusionskontrolle bestand eine einjährige Untersagungsfrist für das Bundeskartellamt gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 HS 2 a.F.

Dementsprechend sprach man von Nachfristzusagen, wenn die Zusagen erst nach Ablauf der Untersagungsfrist erfüllt werden sollten.

In der Praxis haben sich allerdings einige Schwierigkeiten gebildet, im Einzelfall die Vorfrist- von der Nachfristzusage abzugrenzen. Dies hing mit den z.T. sehr komplizierten Konstruktionen der Zusagen zusammen²⁴⁴. Die Unterscheidung war aber sinnvoll aufgrund der z.T. sehr unterschiedlichen Handhabung und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der einen oder anderen Art von Zusage.

b) Verbotsabwendende und Entflechtungszusagen

Die oben dargestellten Vor- und Nachfristzusagen waren verbotsabwendende Zusagen, durch die im Rahmen der Prognose nach § 24 Abs. 1 a.F. (§ 36 Abs. 1 n.F.) das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden sollte. Eine Entflechtungszusage setzte hingegen eine bereits ergangene Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses voraus und sollte die Auflösung im übrigen abwenden²⁴⁵. Sie haben in der Praxis ebensowenig Bedeutung erlangt wie das Auflösungsverfahren insgesamt²⁴⁶.

c) Privat- und Direktzusagen

Zum Teil wurde auch eine Unterteilung²⁴⁷ vorgenommen in zwischen den jeweiligen Zusammenschlußpartnern vereinbarte Änderungen des Zusammenschlußvertrages (Privatzusagen)²⁴⁸ und Zusagen, die die Unternehmen unmittelbar gegenüber dem Bundeskartellamt abgeben (Direktzusagen)²⁴⁹. Während es sich bei den Direktzusagen um die klassischen durch öffentlich-rechtlichen

²⁴³ IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 246; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 565 Tz. 883; TB 1975, S. 21; Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 654; andere Terminologie bei Traumann, Zusage, S. 14 und Canenbley/Moosecker, S. 100, die zwischen unechten (=Vorfrist-) und echten (=Nachfrist) Zusagen unterscheiden.

²⁴⁴ Ausführlich Uhlig, Zusage, S. 34 f.

²⁴⁵ GK-Harms § 24 Rn. 1052; Purrucker, S. 170 ff.

²⁴⁶ Uhlig, Zusage, S. 31 Fn. 7.

²⁴⁷ Die Unterteilung in Wirkungsänderungs- und Inhaltsänderungszusagen von Krafft, S. 163, hat sich nicht durchgesetzt.

²⁴⁸ Baur/Ehlers, WuW 1977, S. 693 Fn. 60; Wolter, WuW 1979, S. 224; Satzky, ZHR 144 (1977), S. 555 Fn. 10; Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 8 und 134 f.

²⁴⁹ Windbichler, Informelles Verfahren, S. 12; T. Götz, Zusagepraxis, S. 53; GK-Harms § 24 Rn. 1051.

Vertrag vereinbarten Zusagen handelte, sollten die Privatzusagen allein in die vom Bundeskartellamt zu erstellende Prognose nach § 24 Abs. 1 a.F. einbezogen werden können²⁵⁰. Richtigerweise wurde in der Literatur des öfteren die Privatzusage aus dem Zusagenbegriff ausgeschlossen, weil sie dem Bundeskartellamt gegenüber unverbindlich war und keine Verpflichtung zu einem zukünftigen Tun oder Unterlassen enthielt²⁵¹.

4. Die Rechtsnatur der Zusagen

Bis zuletzt war heftig umstritten, wie die Zusagen rechtlich einzuordnen waren.

a) Vorfristzusagen

Die h.M. ging bei den Vorfristzusagen davon aus, daß sie für die Unternehmen nicht verbindlich seien, weil dem Bundeskartellamt weiterhin ein Untersagungsrecht zustünde²⁵². Die Frage nach der Bindung des Bundeskartellamts hatte demgegenüber größere Bedeutung. Richtigerweise war davon auszugehen, daß das Bundeskartellamt einer solchen Bindung unterlag, weil andernfalls die Erfüllung der durch die Zusagen eingegangenen Verpflichtungen für die Unternehmen unzumutbar gewesen wäre²⁵³.

Für die Vorfristzusagen wurden im wesentlichen zwei Rechtsfiguren diskutiert. Ein Teil der Lehre vertrat die Ansicht, daß auch für die Vorfristzusagen ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen werden müsse²⁵⁴. Die h.M. ging dagegen davon aus, daß das Bundeskartellamt eine Zusicherung gemäß § 38 VwVfG abgegeben habe, daß es bei Erfüllung der Zusagen vor Fristablauf den Zusammenschluß nicht untersagen werde²⁵⁵. Dabei wurde angenommen, daß die Zusicherung unter der aufschiebenden Bedingung der fristgemäßen Erfüllung der Zusage stehen solle, damit das Bundeskartellamt vor Ablauf der

²⁵⁰ GK-Harms § 24 Rn. 1051; Traumann, Zusage, S. 14; Canenbley/Moosecker § 24 Rn. 298; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 576.

²⁵¹ Riesenkampff, WuW 1977, S. 304; K. Schmidt, BB 1977, S. 777; Götz, Zusagepraxis, S. 53; Baur/Ehlers, WuW 1977, S. 693.

²⁵² IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 247; K. Schmidt, BB 1977, S. 779; Windbichler, WuW 1982, S. 846; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; FK-Rieger § 24 Rn. 33; Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 654; TB 1975, S. 21.

²⁵³ Riesenkampff, WuW 1977, S. 298 f.; FK-Rieger § 24 Rn. 33; Uhlig, Zusage, S. 42.

²⁵⁴ Satzky, ZHR 141 (1977), S. 568; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 14, 35 f.; Straßburg, WuW 1979, S. 803; Scholz, FS Günther, S. 226; Riesenkampff, WuW 1977, S. 299 f.

²⁵⁵ FK-Rieger § 24 Rn. 33; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 247; Langen/Ruppelt, 2. Auflage, § 24 Rn. 56; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 565 Tz. 883; K. Schmidt, BB 1977, S. 779; Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 654;

Untersagungsfrist den Zusammenschluß untersagen könne²⁵⁶. Die Lösung von einer unbedingten Zusicherung wäre nämlich nur unter den sehr engen Voraussetzungen von § 38 Abs. 3 VwVfG im Falle einer Änderung der Sach- oder Rechtslage möglich.

b) Nachfristzusagen

Unstreitig verpflichteten sich bei den Nachfristzusagen die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen gegenüber dem Bundeskartellamt²⁵⁷. Durch diese Verpflichtung mußte die Erfüllung der Zusagen gewährleistet sein, damit sich die Marktstruktur nicht dauerhaft verschlechterte²⁵⁸.

Ob auch das Bundeskartellamt durch die Zusagen gebunden wurde, spielte bei den Nachfristzusagen dagegen keine Rolle, weil dort die Freigabe bereits erfolgt und die Zusage erst danach zu erfüllen war.

aa) Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Für die Nachfristzusagen wurde überwiegend angenommen, daß sie nur durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart werden konnten. Dabei drehte sich der Streit im wesentlichen um die Frage, welche Art von öffentlich-rechtlichem Vertrag vorlag.

So wurde vertreten, daß es sich nur um einen Vertrag im Gleichordnungsverhältnis gemäß § 54 S. 1 VwVfG handeln könne, weil die Vertragsparteien auf gleicher Ebene stünden und das Bundeskartellamt die Unternehmen nicht zur Abgabe einer Zusage zwingen könne²⁵⁹.

Ein Großteil der Literatur verneinte hingegen einen Vertrag im Gleichordnungsverhältnis, weil der Gegenstand des Vertrages, auf den abzustellen ist, in der Abwendung der Untersagung des Zusammenschlusses lag. Es sei vielmehr ein Vertrag im Unterordnungsverhältnis gegeben²⁶⁰. Ein Teil der h.M. ging von einem Vergleichsvertrag im Sinne von § 55 VwVfG als Unterfall des Vertrages im Unterordnungsverhältnis aus²⁶¹. Hiergegen wurde allerdings

²⁵⁶ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 148; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 565 Tz. 883; Uhlig, Zusagen, S. 52.

²⁵⁷ GK-Harms § 24 Rn. 1042; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 241; Riesenkampff, WuW 1977, S. 300; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 562 Tz. 881; Krafft, S. 32; Oehler, S. 250; Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz. 936; TB 1975, S. 20 f.

²⁵⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten III, Tz. 544; TB 1975, S. 22; Riesenkampff, WuW 1977, S. 298 f.; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 149; Schultz, WuW 1982, S. 433 f.; Krafft, S. 204 f.; Richter, S. 57.

²⁵⁹ T. Götz, Zusagenpraxis, S. 94 f.

²⁶⁰ Scholz, FS Günther, S. 226; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 569; Schultz, WuW 1982, S. 443.

²⁶¹ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; Traumann, Zusage, S. 110 Fn. 25; ähnlich Oehler, S. 257.

zu Recht eingewandt, daß ein Vergleichsvertrag eine Ungewißheit voraussetzt. Eine solche Ungewißheit über den Sachverhalt oder die Rechtslage konnte hier aber nicht vorliegen, denn wie bereits oben unter 2. festgestellt, durfte das Bundeskartellamt nur dann Zusagen entgegennehmen, wenn es zuvor das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen festgestellt hatte²⁶². Schließlich wurde noch vertreten, daß die Annahme von Zusagen durch das Bundeskartellamt den Abschluß eines Austauschvertrages nach § 56 VwVfG, der ebenfalls ein Unterfall des Vertrages im Unterordnungsverhältnis ist, bedeuten würde²⁶³. Hiergegen wurde wiederum eingewandt, daß das Bundeskartellamt keinerlei Leistung erbringe außer einer Nichtuntersagung. Ein vertraglicher Verzicht auf eine Untersagung sei aber nach § 59 VwVfG nichtig, weil dem Bundeskartellamt auf der Rechtsfolgenseite der Untersagungs norm des § 24 Abs. 1 a.F. kein Ermessen eingeräumt sei²⁶⁴.

bb) Sonstige Konstruktionen

Als weiterer Konstruktionsvorschlag wurde eine einseitig verpflichtende Erklärung der Unternehmen angenommen, sofern nicht ausdrücklich ein Vertrag geschlossen wird²⁶⁵.

Diskutiert wurde auch die Qualifizierung als verfahrensbeendende Erklärung des Bundeskartellamts nach § 57 Abs. 2 a.F. (§ 61 Abs. 2 n.F.)²⁶⁶ oder auch Kombinationen der o.g. Konstruktionen²⁶⁷.

Wiederum eine andere Ansicht ging von einer Zusicherung des Bundeskartellamts i.S.d. § 38 VwVfG aus²⁶⁸. Begründet wurde dies mit der Schwierigkeit, bei Annahme einer vertraglichen Vereinbarung die Erfüllung der Zusage im Klagewege durchzusetzen.

Im Ergebnis wird man wohl sagen müssen, daß es sich bei den Zusagen jedenfalls um einseitig verpflichtende öffentlich-rechtliche Verträge handelt, wobei bei den Vorfristzusagen das Bundeskartellamt und bei den Nachfristzusagen die Unternehmen verpflichtet sind.

²⁶² R. Büscher, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse, S: 473; Krafft, S. 213; Schultz, WuW 1982, S. 443; Wolter, WuW 1979, S. 216.

²⁶³ Hösch, BB 1995, S. 1917; Neiser, S. 226 f.; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 569; Wolter, WuW 1979, S. 217.

²⁶⁴ Schultz, WuW 1982, S. 443;

²⁶⁵ FK-Rieger § 24 Rn. 34; v.Gamm § 11 Rn. 10; T.Götz, Zusagenpraxis, S. 138 f.

²⁶⁶ WuW/E OLG 1637, 1640 „Weichschaum I“; WuW/E OLG 1758, 1763 „Weichschaum II“; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 30; IM-K.Schmidt, § 57 Rn. 23; GK-Harms § 24 Rn. 1075.

²⁶⁷ Krafft, S. 227 f.; Oehler, S. 254 ff.

²⁶⁸ K.Schmidt, BB 1977, S. 779; ähnlich Oehler, S. 254 ff.

5. Zulässigkeit der Zusagen

Nach der Begriffsbestimmung und anschließenden Darstellung der rechtlichen Qualifikation der Zusagen durch Praxis und Literatur ist nun auf die Zulässigkeit der Zusagen einzugehen.

Die Zulässigkeit von Vorfristzusagen wurde in der Vergangenheit ausnahmslos bejaht, weil aufgrund der Verpflichtung der Unternehmen, sie vor Ablauf der Untersagungsfrist zu erfüllen, keine Probleme bei ihrer Durchsetzbarkeit entstanden²⁶⁹.

Die Zulässigkeit der Nachfristzusagen war hingegen bis zuletzt heftig umstritten. Aufgrund der „Weichschaum-Beschlüsse“²⁷⁰ des KG ging die h.M. von der Zulässigkeit der Nachfristzusagen aus²⁷¹. Kritik kam vor allem von Seiten der Monopolkommission²⁷² und Teilen der Literatur²⁷³. Diese Kritik stützte sich insbesondere auf Bedenken, daß das Bundeskartellamt bei Nichterfüllung der von den Unternehmen gegebenen Zusagen rechtlich nur unzureichende Möglichkeiten habe, deren Durchsetzung zu erzwingen²⁷⁴. Außerdem wurde angeführt, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur dann geschlossen werden könne, wenn das Bundeskartellamt befugt sei, einen Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt zu erlassen. Da der Zusagenvertrag inhaltlich einer Auflage entspreche, das Bundeskartellamt aber keine Auflagenkompetenz hatte, sei ein Zusagenvertrag rechtlich nicht zulässig²⁷⁵.

Das Bundeskartellamt hat in seiner Praxis jedoch sowohl Vor- als auch Nachfristzusagen akzeptiert²⁷⁶ und sich damit über die oben genannten Bedenken hinweggesetzt.

²⁶⁹ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 147; FK-Rieger § 24 Rn. 33; GK-Harms § 24 Rn. 1049; Uhlig, Zusagen, S. 54.

²⁷⁰ WuW/E OLG 1637, 1638 f. „Weichschaum I“; WuW/E OLG 1758, 1763 „Weichschaum II“.

²⁷¹ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 149; GK-Harms § 24 Rn. 1062; FK-Rieger § 24 Rn. 30; Müller/Gießler/Scholz § 24 Rn. 34; Riesenkampff, WuW 1977, S. 295 ff.; Krafft, S. 145 ff.; Neiser, S. 225; Oehler, S. 251 ff.; T. Götz, Zusagenpraxis, S. 102 ff., 126; Traumann, Zusage, S. 64 ff.; Rabenschlag, S. 143 ff. 198; K. Schmidt, BB 1977, S. 777 f.; WuW/E BKartA 2625, 2627 „Krupp-Hoesch-Brüninghaus“.

²⁷² Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 478 ff.; Hauptgutachten IV, Tz. 633.

²⁷³ IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 249 ff.; Richter, S. 57 ff.; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 33 ff.; dies., WuW 1982, S. 846; Emmerich, AG 1976, S. 194; R. Büscher, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse, S. 477 ff.; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 570 ff.; Wolter, WuW 1979, S. 218 ff.

²⁷⁴ Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 635.

²⁷⁵ Wolters, WuW 1979, S. 218 f.

²⁷⁶ Erste Vorfristzusagen finden sich in TB 75, S. 35 „Veba/Gelsenberg/Deutsche Fi-na/Occidental“, TB 75, S. 37 „MAN/EVT“, TB 75, S. 38 f. „Hoechst/UKW“. Erste Nachfristzusagen finden sich in TB 75, S. 35 „Ruhrkohle/Rüttgerswerke/CMT“, TB 75, S. 37 f. „Siemens/Osram“, TB 75, S. 40 ff. „Bayer/Metzeler“.

6. Zusagenarten in der Praxis

Die Zusagen, die das Bundeskartellamt in den Jahrzehnten seiner Zusagenpraxis entgegengenommen hat, wurden von der Literatur in verschiedene Kategorien eingeordnet. Die vorliegende Darstellung folgt dabei der gebräuchlichsten Einteilung²⁷⁷.

a) Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen

Veräußerungszusagen stellen die größte Zusagengruppe und beinhalten in aller Regel die Veräußerung von Kapitalanteilen, Vermögensteilen, Betriebsteilen etc. Dabei hat die Monopolkommission bisher zwischen drei Gruppen von Maßnahmen unterschieden²⁷⁸:

- Ein Vielproduktunternehmen erlangt durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt. In der Zusage verpflichteten sich die Unternehmen, den die Marktbeherrschung verursachenden Betriebsteil zu veräußern, so daß auch nach dem Zusammenschluß mit kompetitiven Marktstrukturen gerechnet werden konnte.
- Soweit durch den Zusammenschluß die Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols erwartet werden konnte, sollte durch die Zusage erreicht werden, daß die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten durch Aufgabe von Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen mit den übrigen Oligopolisten aufgehoben wird.
- Schließlich konnte die durch Zusagen erwirkte Aufgabe von Beteiligungen an Unternehmen oder Betriebsteilen die Anwendung der Abwägungsklausel ermöglichen.

Derartige Zusagen, die eine Veräußerung von Unternehmen, Unternehmens- oder Betriebsteilen beinhalten, wurden bisher einhellig als Zusagen struktureller Art klassifiziert²⁷⁹. Hierdurch ändert sich die Verflechtung von Unternehmen, es werden Marktanteile gesenkt, und durch den einmaligen Vorgang der Veräußerung wird der Einfluß des marktbeherrschenden Unternehmens auf den Markt oder die Ressourcen anderer Unternehmen dauerhaft gesenkt.

²⁷⁷ Die Einteilung in die hier verwendeten drei Fallgruppen finden sich u.a. bei IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 258 ff.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 653 Tz. 881; Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 403 ff. Die ursprüngliche Einteilung nach Schultz, WuW 1982, S. 429 ff. hat dabei den Zusagen zu Vertriebsregelungen und den Know-how-Zusagen jeweils eine eigene Fallgruppe zugewiesen. Krafft, S. 175 ff. unterteilt nur nach Marktstruktur- und Marktverhaltenszusagen. Eine weitaus differenzierte Einteilung nehmen Traumann, DB 1981, S. 978 und T.Götz, Zusagenpraxis, S. 54 ff. vor.

²⁷⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 404.

²⁷⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 411; Uhlig, Zusagen, S. 81.

b) Zusagen zur Einflußbegrenzung

Untersagungsabwendende Zusagen, die eine Einflußbegrenzung beinhalten, waren darauf gerichtet, die gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten des einen auf ein anderes Unternehmen zu begrenzen, ohne daß der Erwerber Anteile veräußern mußte²⁸⁰. Als Beispiel sei hier eine Übertragung von Stimmrechten aus einer Beteiligung an einem anderen Unternehmen auf einen weisungsungebundenen Treuhänder genannt²⁸¹. Für diese konkrete Art von Zusage ging sowohl die Monopolkommission²⁸² als auch die Literatur²⁸³ davon aus, daß sie überwiegend strukturell ausgerichtet war, da sie die Einwirkung auf unternehmerische Ressourcen verhinderte und letztlich wie eine Veräußerungszusage wirkte.

Die Zulässigkeit von bloßem Stimmrechtsverzicht ohne Treuhänder und Verzicht auf die personelle Besetzung bestimmter Organe wurde jedoch von der Monopolkommission bis zuletzt bezweifelt. Weil bei einer Stimmrechtsbegrenzung die Finanzbeteiligung des betreffenden Unternehmens erhalten bleibt, bestünde auch nach Erfüllung der Zusage die Gefahr, daß die Anteilseigner des Unternehmens, für das eine Stimmrechtsbegrenzung zugesagt wurde, in den Aufsichtsgremien ohne Wissen der Öffentlichkeit weiterhin gemäß ihrer tatsächlichen Kapitalanteile abstimmten. Da dies auch im Falle von Interessengegensätzen nicht endgültig ausgeschlossen werden könne, erwachse aus den Einflußbegrenzungszusagen ein ständiger Kontrollbedarf, der einer laufenden Verhaltenskontrolle zumindest nahe rücke²⁸⁴. Die Zulässigkeit von Zusagen zur Einflußbegrenzung wurde auch von der Lehre in der Vergangenheit überwiegend verneint. Insbesondere das Versprechen, bestimmte Gesellschafts- oder Direktionsrechte nicht zu verändern, binde das Unternehmensverhalten und bedürfe der laufenden Kontrolle²⁸⁵. Daher sind eine Reihe von entgegengenommenen Zusagen in der Lehre als rechtswidrig beurteilt worden²⁸⁶.

²⁸⁰ Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 143; Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 405; Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 383

²⁸¹ TB 1981/82, S. 107 „Bayernwerk-Contigas“.

²⁸² Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 418.

²⁸³ W. Büscher, S. 50 f.; GK-Harms § 24 Rn. 1087.

²⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz. 936 ff. und zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 384.

²⁸⁵ Harms, Schwerpunkte 1976/77, S. 63; GK-Harms § 24 Rn. 1087; Richter, S. 62; a.A. Schultz, WuW 1982, S. 439.

²⁸⁶ TB 1975, S. 35 „Ruhrkohle/Rütgers“; TB 1975, S. 35 „Deutsche Babcock/Wilcox/Iran“; TB 1975, S. 42 „WAZ/NRZ“; TB 1977, S. 52 „Krupp/Iran“; TB 1981/82, S. 87f., 107f. „Bayernwerke/Contigas“.

c) Zusagen zur Marktöffnung

Durch eine Öffnungszusage sollte der Zugang zu einem durch den Zusammenschluß herbeigeführten Unternehmensverbund für andere Unternehmen ermöglicht werden²⁸⁷. Auch hier wurde zwischen verschiedenen Formen unterschieden:

- Die Vertriebsregelung bezweckt, daß anderen Unternehmen bestimmte Bezugsquellen oder Absatzquellen eröffnet oder sie von Vertriebsbindungen bzw. Abhängigkeiten befreit werden.
- Öffnungszusagen können auch den Zugang zu Know-how betreffen. Den am Zusammenschluß beteiligten Marktführern wird dabei die Pflicht auferlegt, das zur Marktführung beitragende Know-how auch anderen Unternehmen zur Verfügung zu stellen, um damit deren Marktzutritt zu ermöglichen²⁸⁸.
- Schließlich zählt zu den Öffnungszusagen auch, anderen Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, sich an den marktführenden Unternehmen zu beteiligen, um Zugang zum Absatzmarkt oder Beschaffungsmarkt zu erhalten²⁸⁹.

In den Fällen der Öffnungszusage gab es seitens der Monopolkommission und Teilen der Literatur häufig Kritik, daß hier auch marktverhaltensbezogene Zusagen vom Bundeskartellamt entgegengenommen wurden. Insbesondere wurde geäußert, die betreffenden Zusagen seien häufig ebenso zu beurteilen wie reine Vertriebsregelungen und führten daher zu einer laufenden Verhaltenskontrolle²⁹⁰.

7. Leistungsstörungen und Durchsetzbarkeit

Vor allem im Bereich der Leistungsstörungen und der Durchsetzbarkeit der Zusagen durch das Bundeskartellamt war es in der Vergangenheit immer wieder zu schwierigen Problemen gekommen, die letztlich dazu geführt haben, daß die Zusagenpraxis durch das im 1. Kapitel beschriebene Erlaubnissystem mit einer Nebenbestimmungskompetenz für das Bundeskartellamt abgelöst wurde.

²⁸⁷ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 406.

²⁸⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 406; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 62; TB 1981/82, S. 106 „Mannesmann/Kienzle“.

²⁸⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 406; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 62; TB 1979/80, S. 73, 133 „Feldmühle/Kopparfors“; TB 1981/82, S. 106 „Saarbergwerke/Gelsenberg“.

²⁹⁰ GK-Harms § 24 Rn. 1085; Uhlig, Zusagen, S. 82; Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 424.

a) Leistungsstörungen

Wichtigster Fall der Leistungsstörung ist eine unzutreffende Sachverhaltserfassung und eine damit verbundene fehlerhafte Prognose bezüglich der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen und der Wirkung der Zusagen. Eine derartige unzutreffende Beurteilung stellte zugleich einen Fehler in der Rechtsanwendung dar²⁹¹. Weil aber rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich Bestand haben, konnte sich eine der Vertragsparteien – die beteiligten Unternehmen auf der einen und das Bundeskartellamt auf der anderen Seite – nur dann von der Vereinbarung lösen, wenn die Voraussetzungen von § 60 VwVfG vorlagen, sich also die für die Festsetzung des Vertrages maßgeblichen Verhältnisse seit Abschluß des Vertrages wesentlich geändert hatten. § 60 VwVfG folgt weitgehend dem zivilrechtlichen Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage²⁹², läßt somit eine Kündigung von öffentlich-rechtlichen Verträgen nur in Ausnahmefällen zu. Dabei ist zu beachten, daß die Veränderung nicht nur in den Risikobereich der einen Seite fallen darf²⁹³. So trägt das Bundeskartellamt z.B. das Prognoserisiko allein mit der Folge, daß es einen Zusagenvertrag nicht kündigen kann, wenn sich die Marktverhältnisse entgegen der Prognose verändert haben²⁹⁴. Ein außerordentliches Kündigungsrecht kann allenfalls in den Ausnahmefällen des § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG bestehen, also um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhindern oder zu beseitigen.

Wenn im Ausnahmefall das Bundeskartellamt ein Kündigungsrecht aufgrund einer negativen Änderung der Marktverhältnisse hat, so sollte eine Untersagung des Zusammenschlusses wegen der im Fusionskontrollverfahren geltenden Ausschlußfristen aber nur dann möglich sein, wenn eine Untersagungs- und Auflösungsbefugnis auf vertraglicher Basis vereinbart wurde²⁹⁵.

Umgekehrt sollte es aber den Unternehmen möglich sein, den Zusagenvertrag zu kündigen, wenn sich die Marktverhältnisse derartig geändert haben, daß die Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 a.F. nicht mehr vorlagen²⁹⁶.

b) Durchsetzbarkeit der Zusagen

Während die Durchsetzbarkeit der Vorfristzusagen keinerlei Schwierigkeiten aufwarf, weil das Bundeskartellamt im Falle ihrer Nichterfüllung stets das

²⁹¹ Windbichler, Informelles Verfahren, S. 36.

²⁹² Knack § 60 Rn. 3; Stelken/Bonk/Sachs § 60 Rn. 2; Kopp/Ramsauer § 60 Rn. 1.

²⁹³ BVerwG NVwZ 1991, S. 1096, 1097; BGH NJW 1991, S. 1478, 1479; Palandt § 242 Rn. 126.

²⁹⁴ W. Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 58; Uhlig, Zusagen, S. 98 f.

²⁹⁵ Uhlig, Zusagen, S. 99.

²⁹⁶ So Uhlig, Zusagen, S. 99 f.; ebenso auch geschehen im Fall „Krupp/Hoesch“ WuW/E BKartA 2625, 2626.

Recht behielt, den Zusammenschluß noch zu untersagen, blieb die Durchsetzbarkeit der Nachfristzusagen bis zuletzt umstritten. Dies lag v.a. daran, daß das Bundeskartellamt mit Ablauf der Ausschlußfristen seine Untersagungskompetenzen verlor²⁹⁷.

aa) Keine Durchsetzbarkeit

Ein Teil der Literatur ging davon aus, daß die Zusagenvereinbarungen durch das Bundeskartellamt nicht durchsetzbar sind²⁹⁸. So vertrat *K. Schmidt* die Ansicht, daß der Gesetzgeber im Falle der Nichterfüllung einer Zusage dem Bundeskartellamt eine besondere Ermächtigung zur Durchsetzung der Zusage vergleichbar einer Eingriffsermächtigung nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 a.F. hätte geben müssen.

bb) Durchsetzung im Wege der Klageerhebung

Der überwiegende Teil der Literatur ging demgegenüber von einer Durchsetzbarkeit der Zusagen durch das Bundeskartellamt im Wege der Klage aus. Dies wurde damit begründet, daß sich das Bundeskartellamt durch den Zusagenvertrag auf die Ebene der Gleichordnung begeben habe²⁹⁹.

Umstritten war allerdings, ob der allgemeine Verwaltungsrechtsweg nach der VwGO eröffnet war³⁰⁰ oder ob das GWB einen abschließenden Sonderrechtsweg zu den Kartellgerichten aufweist. Derjenige Teil der Literatur, der einen Rückgriff auf die für die Zusagenverträge einschlägige Leistungsklage des VwGO für unzulässig hielt, weil das Kartellbeschwerdeverfahren ein abschließendes Gerichtsverfahren sui generis sei, nahm zum Großteil an, daß eine Leistungsbeschwerde vor den Kartellgerichten gesetzlich nicht vorgesehen und daher nicht zulässig sei³⁰¹, so daß nach dieser Ansicht gar keine Klagemöglichkeit bestand.

²⁹⁷ WuW/E BGH 1556, 1559 f. „Weichschaum III“.

²⁹⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 479; Hauptgutachten IV, Tz. 635; Richter, S. 62 ff.; R. Büscher, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse, S. 477 f.; Emmerich, 7. Auflage, S. 435; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 252; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 581; K. Schmidt, BB 1977, S. 778 f.

²⁹⁹ Scholz, FS Günther, S. 248; Traumann, Zusage, S. 72.

³⁰⁰ So FK-Rieger § 24 Rn. 35; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 158; Müller/Gießler/Scholz § 24 Rn. 38; Canenbley/Moosecker, S. 300; T. Götz, S. 163 f.; Neiser, S. 229; Riesenkampff, WuW 1977, S. 301; Wolter, WuW 1979, S. 218.

³⁰¹ Emmerich, 7. Auflage, S. 435; GK-Hinz Vor §§ 62-75 Rn. 6; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 252; T. Götz, S. 163 f.; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 578 f.; Canenbley/Moosecker, S. 300; Kremer, S. 153 ff., 156; zuletzt Uhlig, Zusage, S. 106 ff. ohne aber auf eine Entscheidung des BGH vom 18.2.1992, WuW/E BGH 2760 ff. „Unterlassungsbeschwerde“, einzugehen, in der der BGH die Statthaftigkeit einer Leistungsbeschwerde im kartellrechtlichen Verfahren annimmt, wenn und soweit nur durch sie ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet wird.

Aber auch mit der h.L., die von einer Durchsetzbarkeit der Zusagen durch das Bundeskartellamt im Wege der Klage vor den Kartell- bzw. Verwaltungsgerichten ausging, wäre die Durchsetzung der Zusagen auf dem Klageweg – zu einem derartigen Vorgehen konnte sich das Bundeskartellamt in keinem Fall entschließen – wenig effizient gewesen, weil bei Ausschöpfung des Instanzenzuges sich ein Gerichtsverfahren über Jahre hinziehen konnte, während in dieser Zeit die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung der Unternehmen nach dem Zusammenschluß hätte hingenommen werden müssen³⁰².

cc) Vertragliche Vorbehalte des Bundeskartellamts

In den Zusagenverträgen hat sich das Bundeskartellamt seit Beginn der 80er Jahre in einzelnen Fällen Befugnisse zur Durchsetzung der Zusagen vorbehalten. Dabei handelte es sich zum einen um Untersagungsvorbehalte³⁰³, die vorsahen, daß bei Nichterfüllung der Zusage das Untersagungsverfahren wieder aufgenommen werden könnte. Nach ganz überwiegender Meinung waren diese Untersagungsvorbehalte allerdings unwirksam, da sie die Einräumung gesetzlich nicht vorgesehener Eingriffsbefugnisse bedeuteten³⁰⁴. Das Erlöschen der Untersagungsbefugnis sei zwingend, die Ausnahmefälle des § 24 a Abs. 2 S. 2 a.F. seien abschließend.

Gebräuchlicher war aber die Vereinbarung von Auflösungs vorbehalten, wonach das Bundeskartellamt bei Nichterfüllung der Zusagen das vertragliche Recht erhielt, die Auflösung des Zusammenschlusses nach § 24 Abs. 6 a.F. ohne dessen erneute Prüfung zu verfügen, oder sich vertraglich die Rechte aus § 24 Abs. 6 und 7 a.F. vorbehielt³⁰⁵. Auch der Auflösungs vorbehalt stand in der Kritik der Lehre und wurde überwiegend für systemwidrig und unzulässig gehalten³⁰⁶.

³⁰² R. Büscher, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse, S. 478; Krafft, S. 276; Neiser, S. 229; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 578; Uhlig, Zusagen, S. 108.

³⁰³ TB 1979/80S. 131 ff. „PWA/Svenska Cellulosa“; TB 1979/80, S. 133 „Feldmühle/Kopparfors“; TB 1981/82, S. 107 f. „Bayernwerk/Contigas“.

³⁰⁴ FK-Rieger § 24 Rn. 35; GK-Harms § 24 Rn. 1100; Canenbley/Moosecker, S. 300; IM-Mestmäcker § 24 Rn. 253; W. Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, S. 137; Richter, S. 66; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 46; a.A.: Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 157; Scholz, FS Günther, S. 249.

³⁰⁵ Beispielhaft genannt seien TB 1983/84, S. 49 „Bayernwerk/Überlandwerk Unterfranken“; TB 1981/82, S. 106 f. „Gelsenberg/Saarbergwerke“; TB 1987/88, S. 40 f. „Metro/BLV“; TB 1985/86, S. 45 „L’Air Liquide/Agefko“; TB 1997/98, S. 246 f. „Verbundnetz Gas/British Gas Deutschland“; TB 1997/98, S. 247 f. „RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit“.

³⁰⁶ GK-Harms § 24 Rn. 1101; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 254; Richter, S. 66 f.; Windbichler, WuW 1982, S. 847; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 477; zuletzt Uhlig, Zusagen,

Teilweise wurde in der Literatur auch vorgeschlagen, daß sich die Unternehmen im Rahmen der Zusagen der sofortigen Vollstreckung gemäß § 61 VwVfG unterwerfen³⁰⁷. Aber ebenso wie der Untersagungsvorbehalt und der AuflösungsVorbehalt wurde die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung von einem Großteil der Lehre für unzulässig gehalten, weil sie eine unzulässige Erweiterung behördlicher Befugnisse darstelle³⁰⁸. In seiner Praxis hat das Bundeskartellamt eine solche Nebenvereinbarung in den Zusagenverträgen überdies erst kurz vor Ablösung der Zusagenpraxis durch die 6. GWB-Novelle getroffen³⁰⁹.

Im Fall „PreußenElektra/BEWAG“³¹⁰ hat das Bundeskartellamt einen Zusagenvertrag auflösend bedingt geschlossen. Damit war zwar sichergestellt, daß der Vertrag bei Eintritt der auflösenden Bedingung keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten konnte und das Bundeskartellamt den Vertrag zuvor nicht zu kündigen brauchte. Allerdings galt auch hier, daß nach Ablauf der Untersagungsfrist eine Untersagung durch das Bundeskartellamt nicht mehr möglich war, unabhängig von den bestehenden Rechtswirkungen des Zusagenvertrags. Weil nach altem Recht Zusammenschlüsse keiner Freigabe bedurften, sondern nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums untersagt werden konnten, hatte der Wegfall der Rechtswirkungen des Zusagenvertrages keine Bedeutung. Hier zeigt sich, wie stumpf die Schwerter waren, die dem Bundeskartellamt zur Verfügung standen³¹¹.

dd) Sonstige Vorschläge zur Durchsetzung von Zusagen

Von den übrigen Vorschlägen³¹², wie die Zusagen durch das Bundeskartellamt zulässigerweise durchgesetzt werden können, seien an dieser Stelle nur die beiden wichtigsten genannt: Der eine Vorschlag stellte auf den Ausnahmetatbestand des § 24 a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 a.F. ab, wonach das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts nach Fristablauf nicht erlosch, wenn ein Zusam-

S. 110 ff.; a.A.: FK-Rieger § 24 Rn. 35; Langen/Ruppelt, 8. Auflage, § 24 Rn. 59; Krafft, S. 290 ff.

³⁰⁷ FK-Rieger § 24 Rn. 35; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 158; Müller/Gießler/Scholz § 24 Rn. 38; Krafft, S. 287 ff.; Traumann, DB 1981, S. 977; Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 55; Satzky, ZHR 141 (1977), S. 577 f.

³⁰⁸ Windbichler, Informelles Verfahren, S. 39; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 254 a.E.; Uhlig, Zusagen, S. 113.

³⁰⁹ TB 1997/98, S. 248 ff. „Preussag/Hapag Lloyd“

³¹⁰ TB 1997/98, S. 245.

³¹¹ Nach der 6. GWB-Novelle, die mit Erreichen des Hauptprüfverfahrens eine ausdrückliche Freigabe erforderlich gemacht hat, sind auflösende Bedingungen demgegenüber effektiv, vgl. 1. Kapitel 2. b) bb), sowie 4. Kapitel 1. b) bb).

³¹² Weitere Vorschläge, die sich aber nicht erst recht nicht durchsetzen konnten, finden sich bei Rabenschlag, S. 184 f.; Oehler, S. 258 f. und K. Schmidt, BB 1977, S. 779.

menschlußvorhaben anders als angemeldet vollzogen wird³¹³. Dagegen wurde eingewandt, daß man dann entgegen dem eindeutigen Wortlaut von § 24 Abs. 2 S. 2 Teilsatz 3 a.F. die Nr. 3 von § 24 a Abs. S. 2 a.F. analog auch in der nachträglichen Fusionskontrolle anwenden müßte. Zudem würde ein Zusammenschluß, bei dem Nachfristzusagen nicht erfüllt werden, nicht anders vollzogen als angemeldet, weil der Vollzug des Zusammenschlusses ja auch nach dem Zusagenvertrag gerade vor der Erfüllung der Zusage liegen soll³¹⁴.

Der andere Vorschlag war, die Nichterfüllung unter die Ausnahmeregel des § 24 a Abs. 2 S. 2 Nr. 5 a.F. zu subsumieren³¹⁵, wonach das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts trotz Fristablaufs nicht erlischt, wenn das Bundeskartellamt durch unrichtige oder unvollständige Angaben der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen oder eines anderen veranlaßt worden ist, die Untersagung des Zusammenschlusses zu unterlassen. Aber auch diese Lösungsvariante wurde von der Mehrheit in der Literatur verworfen, weil bei nachträglicher Nichterfüllung der Zusagen nicht von Anfang an unrichtige Angaben vorgelegen hätten³¹⁶.

ee) Zwischenergebnis

Somit ist festzuhalten, daß für die Durchsetzung der Nachfristzusagen keine mehrheitlich anerkannte Rechtsgrundlage gefunden wurde. Da es nie einen Versuch der Durchsetzung der Zusagen seitens des Bundeskartellamts, der in einer gerichtlichen Überprüfung gemündet hätte, gegeben hat, ist bis heute unklar geblieben, ob überhaupt eine Durchsetzungsmöglichkeit für die Nachfristzusagen bestanden hat.

8. Weitergeltung der Zusagenpraxis

Nach der obigen Darstellung des Zusagenrechts mit ihrer Fülle an Problemen stellt sich nunmehr die Frage, ob das Zusagenrecht in seiner Gesamtheit entgegen der bisher in der Literatur geäußerten herrschenden Ansicht³¹⁷ durch die Freigabeverfügung unter Bedingungen und Auflagen abgelöst worden ist und daher keine Geltung mehr beanspruchen kann.

³¹³ So vertreten von Windbichler, Informelles Verfahren, S. 47 ff.; dies., WuW 1982, S. 847; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 567 Rn. 884; Wolter, WuW 1979, S: 224 f.

³¹⁴ Uhlig, Zusagen, S: 114 ff.

³¹⁵ Götz, S. 133 f.; Neiser, S. 229 ff.

³¹⁶ Windbichler, Informelles Verfahren, S. 47; Krafft, S. 272; FK-Rieger § 24 Rn. 100; GK-Harms/Wissel § 24 Rn. 956.

³¹⁷ Wiedemann-Richter § 21; Rn. 50 f.; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 67; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 26; Bechtold § 36 Rn. 33; Schulte, AG 1998, S. 302; Uhlig, WuW 2000, 574, 583.

a) Hauptprüfverfahren

Im Hauptprüfverfahren ist gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, Freigaben mit Bedingungen und Auflagen zu verbinden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Neuerung die Zusagenpraxis ablösen. Daher kann zunächst festgehalten werden, daß im Hauptprüfverfahren die Zusagen keinesfalls mehr zur Anwendung kommen können³¹⁸.

Dies wird für die Vorfristzusagen mit dem Hinweis auf ein hierfür noch bestehendes Bedürfnis allerdings teilweise bestritten³¹⁹. Insbesondere sei mit Vorfristzusagen unter eventueller Fristverlängerung nach § 40 Abs. 2 Satz 3 eine zeitweilige Tolerierung der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen nicht verbunden. Denn bei Vorfristzusagen erfolgten Freigabe und Wegfall des Vollzugsverbots erst nach Durchführung der - die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 beseitigenden - zugesagten Maßnahmen³²⁰. Dieser Einwand vermag allerdings nicht zu überzeugen, denn der gleiche Effekt wird auch durch eine aufschiebende Bedingung erreicht. Darüber hinaus hat sich hinsichtlich der Tolerierung temporärer marktbeherrschender Stellungen zur alten Rechtslage keine Änderung ergeben³²¹. Im Hauptprüfverfahren ist daher von einer abschließenden Regelung für die Modifizierung eines Zusammenschlußvorhabens nach dessen Anmeldung auszugehen. Da das Hauptprüfverfahren nunmehr auch im Falle einer Freigabe mit einer Verfügung beendet wird, sind Modifizierungen des Zusammenschlußvorhabens, die sich als notwendig für die Herbeiführung der Freigabevoraussetzungen erwiesen haben, auch in der Freigabeverfügung – und damit zur Erhöhung der Transparenz auch in der Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach § 43 S. 1 Nr. 2³²² - explizit aufzuführen und zwar als Bedingungen oder Auflagen.

b) Vorprüfverfahren

Etwas anderes könnte aber im Vorprüfverfahren gelten. Denn hier kann das Bundeskartellamt – wie im 1. Kapitel festgestellt – keine Bedingungen und Auflagen verwenden³²³.

aa) Nachfristzusagen

Wie oben dargestellt war sowohl die Zulässigkeit von Nachfristzusagen bis zum Schluß umstritten, als auch eine Durchsetzung der Nachfristzusagen

³¹⁸ A.A. GK-Schütz § 36 Rn. 168 mit Verweis auf ein Bedürfnis bei Auslandssachverhalten.

³¹⁹ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 69.

³²⁰ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 69.

³²¹ S. dazu 1. Kapitel 2. b) cc).

³²² IM-Mestmäcker/Veelken § 43 Rn. 3.

³²³ Vgl. 1. Kapitel 6.

durch das Bundeskartellamt nicht möglich, zumindest aber im höchsten Maße erschwert. Gerade um diese Schwierigkeiten zu vermeiden hat der Gesetzgeber die Freigabeverfügung unter Bedingungen und Auflagen eingeführt³²⁴. Das Schweigen der Neufassung des Gesetzes bezüglich der Nachfristzusagen kann daher nur im Sinne der Unzulässigkeit von Nachfristzusagen ausgelegt werden.

Es ist auch kein Bedürfnis für Nachfristzusagen im Vorprüfverfahren ersichtlich, da das Bundeskartellamt ohne weiteres vorzeitig in das Hauptprüfverfahren eintreten und so dann eine Freigabe unter Nebenbestimmungen verfügen kann. Bei einer Freigabeverfügung unter Auflagen werden dabei die gleichen Ergebnisse erzielt wie bei den Nachfristzusagen: Ebenso wie bei den Nachfristzusagen kann bei einer Freigabe mit Auflagen das Zusammenschlußvorhaben sofort vollzogen werden. Erst nachträglich müssen dann Veränderungen hinsichtlich der Marktstruktur vorgenommen werden.

Die weitere Berücksichtigung von Nachfristzusagen bedeutete also außerdem, daß die damit verbundenen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten auch zukünftig ohne Not hingenommen würden, ohne daß damit bessere Ergebnisse erzielt werden könnten. Eine Fortführung der Zusagenpraxis im Vorprüfverfahren ist daher jedenfalls hinsichtlich der Nachfristzusagen eindeutig abzulehnen.

bb) Vorfristzusagen

Für die Vorfristzusagen ist eine Ablehnung nicht in dieser Deutlichkeit zu formulieren, weil sich nicht diejenigen Schwierigkeiten einstellen, die für die Nachfristzusagen charakteristisch sind. Gegen die Berücksichtigung von Vorfristzusagen spricht aber ebenfalls, daß sie nicht nötig sind, weil das Bundeskartellamt sofort in das Hauptprüfverfahren eintreten kann.

(1) Schlechtere Eignung der Vorfristzusage

Bei einer Freigabe mit Nebenbestimmungen ist es die aufschiebende Bedingung, mit der ein rechtlich identisch wie die Vorfristzusagen wirkendes Instrument zur Verfügung steht: Erst mit Erfüllung der Bedingung ist ein Zusammenschlußvorhaben freigegeben und kann vollzogen werden. Dazu bietet die aufschiebende Bedingung gegenüber der Vorfristzusage den Vorteil, daß – neben ihrer gesetzlichen Absicherung – die aufschiebend bedingte Freigabe im Falle der Nichterfüllung vom Bundeskartellamt kein weiteres Tätigwerden durch Erlaß einer Untersagungsverfügung mehr erfordert, so daß auch das Risiko einer unbeabsichtigten Fristversäumung durch das Bundeskartellamt mit sich daraus ergebendem Wegfall des Untersagungsrecht zugunsten der

³²⁴ Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 59.

beteiligten Unternehmen und zu Ungunsten der Marktstruktur und des Wettbewerbs insgesamt nicht mehr besteht.

(2) Praktische Relevanz

Fraglich ist überdies die praktische Relevanz der Vorfristzusagen. Angesichts der Tatsache, daß das Vorprüfverfahren nur einen Monat dauert und vor der Annahme von Vorfristzusagen durch das Bundeskartellamt festgestellt sein muß, daß für den Zusammenschluß Freigabehindernisse bestehen, blieben im Regelfall nur wenige Tage für die Erfüllung einer Vorfristzusage, so daß sie wohl keinerlei praktische Relevanz hätte. Dies könnte jedoch dann anders beurteilt werden, wenn die beteiligten Unternehmen und das Bundeskartellamt die Möglichkeit hätten, die einmonatige Frist des Vorprüfverfahrens einverständlich zu verlängern.

Das Gesetz sieht gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 vor, daß unter bestimmten Umständen die Frist zum Erlaß einer Freigabe- bzw. Untersagungsverfügung keine rechtliche Bedeutung hat. So ist nach S. 3 Nr. 1 eine Fristverlängerung möglich, wenn das Bundeskartellamt und die beteiligten Unternehmen einvernehmlich eine Verlängerung der Frist im Hauptprüfverfahren beschließen. Nach Nr. 2 entfaltet die Viermonatsfrist keine Wirkung, wenn das Bundeskartellamt wegen unrichtiger Angaben oder wegen einer nicht rechtzeitig erteilten Auskunft nach § 39 Abs. 5 oder § 59³²⁵ die Mitteilung nach Abs. 1 im Vorprüfverfahren oder die Untersagung des Zusammenschlusses unterlassen hat. Nach Nr. 3 gilt das Gleiche, wenn eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland entgegen § 39 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 nicht mehr benannt ist.

Aus systematischen Gründen ist anzunehmen, daß die Fristausnahmen nur für das Hauptprüfverfahren gelten sollen, da diese Ausnahmebestimmungen unmittelbar im Anschluß an die Fristbestimmung im Hauptprüfverfahren als Satz 3 geregelt sind. In der Literatur wird jedoch teilweise eine analoge Anwendung dieser Ausnahmeregelung für das Vorprüfverfahren befürwortet³²⁶. So spreche für eine unmittelbare Anwendung der Ausnahmen auch im Vorprüfverfahren ihre explizite Erwähnung in der Nr. 2 („die Mitteilung nach Abs. 1 (...) unterlassen hat“). Dies ist insofern richtig, als bei Erteilung unrichtiger Auskunft eine Untersagung ergehen darf, auch wenn das Vorprüfverfahren verfristet ist und damit an sich das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts erloschen ist. Auch die Nr. 3 dürfte zur Anwendung im Vorprüfverfahren kommen, da bei nachträglichem Wegfall der zustellungsbevollmäch-

³²⁵ Das GWB nennt nicht das allgemeine Auskunftsverlangen nach § 59, sondern § 50. Hierbei muß es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers gehandelt haben, da § 50 in diesem Zusammenhang keinen Sinn ergibt und auch § 24 a Abs. 2 S. 2 Nr. 6 a.F. auf das allgemeine Auskunftsverlangen verwiesen hat, vgl. IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 31; Bechtold § 40 Rn. 12.

³²⁶ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 16.

tigten Person im Inland eine rechtzeitige Mitteilung über den Eintritt in das Hauptverfahren nach § 40 Abs. 1 HS 2 nicht in den Risikobereich des Bundeskartellamts fallen darf³²⁷. Es ist aber zu beachten, daß diese Ausnahmen keine Fristverlängerung darstellen, sondern nur das Untersagungsrecht des Bundeskartellamts wahren. Liegt einer der Fälle von Nr. 2 und 3 vor, so befindet sich das Bundeskartellamt nicht mehr im Vorprüfverfahren und muß daher keine Monatsmitteilung machen, sondern kann unabhängig von Frist und Verfahrensabschnitt den Zusammenschluß untersagen. Ob auch die Nr. 1, also die einvernehmliche Fristverlängerung, für das Vorprüfverfahren zur Anwendung kommt, ist daher sehr zweifelhaft. Gegen eine Anwendung der Nr. 1 auf das Vorprüfverfahren spricht insbesondere, daß damit die anmeldenden Unternehmen das Vorprüfverfahren zu Lasten von Dritten verlängern könnten. Zu Lasten Dritter ginge eine Verlängerung des Vorprüfverfahrens deshalb, weil Dritte nur bei Verfahrensabschluß im Hauptprüfverfahren, nicht aber im Vorprüfverfahren Drittrechtsschutz genießen³²⁸. Ebenfalls gegen die Möglichkeit einer Verlängerung des Vorprüfverfahrens spricht, daß der Zweck des Vorprüfverfahrens nur der groben Sichtung dient. Kommt es zu Schwierigkeiten einer Prüfung, so bleibt gerade das längere Hauptprüfverfahren, das ggf. dann einvernehmlich verlängert werden kann. Existiert jedoch keine Möglichkeit der Fristverlängerung im Vorprüfverfahren, ist auch eine Vorfristzusage praktisch kaum denkbar. In der Vergangenheit hat die Erfahrung gezeigt, daß Vorfristzusagen, soweit sie in den seltenen Fällen tatsächlich zur Anwendung kamen, innerhalb einer Frist von bis zu zwei Jahren erfüllt werden mußten³²⁹. Dementsprechend mußte dann ggf. auch die Untersagungsfrist auf einen derartigen Zeitraum verlängert werden. Eine Vorfristzusage innerhalb eines Monats zu erfüllen wird dagegen nur in absoluten Ausnahmefällen³³⁰ möglich sein³³¹.

³²⁷ A.A. IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 16, die statt dessen annehmen, daß die Zustellung nach § 61 Abs. 1 S. 3 durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu bewirken ist.

³²⁸ Ähnlich IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 16; i.E. auch Bechtold § 40 Rn. 11; vgl. auch 1. Kapitel 6. a) bb) (4).

³²⁹ TB 1975, S. 35 „Veba/Gelsenberg/Deutsche Fina/Occidental“; TB 1975, S. 38 f. „Hoechst/UKW“; TB 1978, S. 78 f. „Hapag Lloyd/Bavarian Germanair“. Bei den Nachfristzusagen kamen auch Fristen von 4 („Bayer/Metzeler“, TB 75, S. 40), 5 („Feldmühle/Kopparfors“, TB 79/80, S. 73, 133) und 16 Jahre („DWK/KEWA“ TB 78, S. 96) vor.

³³⁰ Solche Ausnahmefälle könnten die neuartigen Auflagen des Bundeskartellamts bei den Zusammenschlüssen auf den Gasmärkten sein, bei denen als neuartige Auflage im Hauptverfahren verfügt wurde, binnen eines Monats eine öffentliche Erklärung über die Bereitschaft zur Durchleitung von Gas durch das eigene Gasversorgungsnetz abzugeben, s. im 3. Kapitel die Fälle 1. d) + f) + g) + i) + j) + k) + l) + m).

³³¹ So auch IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 70.

(3) Sinn und Zweck des Vorprüfverfahrens

Hauptargument gegen eine Entgegennahme von Vorfristzusagen im Vorprüfverfahren ist aber der Sinn und Zweck dieses Verfahrensteils. Das Vorprüfverfahren soll nach der Gesetzesbegründung allein einer groben Sichtung der Zusammenschlußvorhaben dienen und bei den unproblematischen Fällen ein sehr kurzes Verfahren sichern³³². Ergibt bereits eine grobe Prüfung, daß ein Zusammenschlußvorhaben auf jeden Fall die Untersagungs Voraussetzungen erfüllt, so ist es nicht Aufgabe des Vorprüfverfahrens, Regelungen zu finden, die diese Freigabehindernisse beseitigen.

Dazu kommt noch, daß das Vorprüfverfahren vom Gesetzgeber so ausgestaltet wurde, daß dritte Unternehmen gegen einen freigegebenen Zusammenschluß keinen Rechtsschutz genießen³³³. Dies hat der Gesetzgeber damit begründet, daß Investitionsentscheidungen nicht durch die Möglichkeit von Konkurrentenklagen verzögert werden dürfen, wenn ein Zusammenschluß erkennbar mit dem Fusionskontrollrecht vereinbar ist. Dies wird sich für Zusammenschlüsse, die erkennbar die Untersagungs Voraussetzungen von § 36 Abs. 1 erfüllen und daher – durch Vorfristzusagen oder Nebenbestimmungen – modifiziert werden müssen, dagegen kaum sagen lassen. In solchen Fällen darf der Rechtsschutz dann nicht verkürzt werden, indem ein Zusammenschluß formlos im Vorprüfverfahren freigegeben wird.

Als weiteres Argument kommt noch hinzu, daß nach § 43 S. 1 Nr. 2 nur die förmliche Freigabe- bzw. Untersagungsverfügung des Hauptprüfverfahrens bekannt gemacht wird. Würde man im Vorprüfverfahren aber Vorfristzusagen zulassen, so werden diese - zunächst problematischen - Zusammenschlüsse nicht förmlich bekannt gemacht werden müssen. Folglich bleiben auch die Gründe, aus denen von einer Untersagung abgesehen wurde, zunächst interne Verwaltungserwägungen. Die von dem Zusammenschluß betroffenen Wettbewerber, Kunden und Lieferanten haben mangels Information zudem auch keine verfahrensrechtlich gesicherte Möglichkeit, angehört zu werden³³⁴. Eine Beiladung wird dann in der Praxis nur in den Fällen erfolgen können, in denen die Konkurrenten rechtzeitig von einem Zusammenschlußvorhaben Kenntnis erlangt haben.

9. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß das alte Zusage nrecht in seiner Gesamtheit durch die Reform des Fusionskontrollverfahrens hinfällig geworden ist. Entgegen der derzeit ganz herrschenden Lehre gilt dies auch für die Vorfrist-

³³² Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720, S. 59.

³³³ Vgl. dazu ausführlich Dormann, Drittklagen, S. 36 ff.

³³⁴ So bereits die generelle Kritik der Monopolkommission, Hauptgutachten II, Tz. 479, zur Zusagenpraxis des Bundeskartellamts.

zusagen, obwohl sie hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und Durchsetzung in der Vergangenheit keine größeren Schwierigkeiten aufgeworfen haben.

3. Kapitel: Bedingungen und Auflagen in der Praxis des Bundeskartellamts

In den ersten drei Jahren seit Einführung von Freigabeverfügungen im Hauptprüfverfahren hat das Bundeskartellamt 124 Freigabeverfügungen im Hauptprüfverfahren nach § 40 Abs. 2 S. 1 erlassen³³⁵. Davon sind 1999 fünf, 2000 vier und 2001 elf Verfügungen mit Bedingungen und Auflagen erlassen worden. Diese Anzahl von Fällen erlaubt es bereits jetzt, gültige Aussagen über die Praxis des Bundeskartellamts hinsichtlich der Auflagen und Bedingungen zu treffen. Dazu sollen zunächst die 20 Fälle³³⁶, in denen die förmliche Freigabe mit Bedingungen und Auflagen verbunden wurde, skizziert werden. Die so gefundenen Ergebnisse müssen dann mit der im 2. Kapitel erläuterten Zusammenfassung verglichen werden.

1. Freigabeverfügungen im Hauptprüfverfahren nach § 40 Abs. 2 S. 1

a) CP Ships/Transportación Marítima Mexicana³³⁷

Der Fall „CP Ships/Transportación Marítima Mexicana“ hatte die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand. Das Gemeinschaftsunternehmen sollte als Holding fungieren, in die sämtliche Schifffahrtslinienaktivitäten der TMM und seitens CP Ships drei Linien im Bereich Mexiko/US Golf- und Pazifikküste/Europa eingebracht werden sollten.

aa) Marktbeherrschung

In sachlicher Hinsicht betraf das Vorhaben den Markt für containerisierte Linienschiffahrtssdienste. Der relevante räumliche Markt waren die Liniendienste zwischen (i) den Mittelmeerhäfen und Mexiko und (ii) zwischen Nordeuropa und Mexiko/US Golfküste³³⁸. Für den letztgenannten Markt ließ der Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 erwarten. Hier hätte der Marktanteil beim westgehenden Linienverkehr 60 bis 70 % und beim ostgehenden Linienverkehr 55 bis 65 % betragen. Die Marktanteile an sich sollten nach Ansicht des Bundeskartellamts aber noch nicht ausreichen, um eine marktbeherrschende Stellung anzu-

³³⁵ 1999 gab es 38 Freigabeverfügungen, 2000 waren es 43, s. TB 1999/2000 S. 208. Für das Jahr 2001 wies die Statistik des Bundeskartellamts unter www.bundeskartellamt.de bis Ende Oktober 2001 dreiundvierzig Fälle auf.

³³⁶ Vgl. auch die Darstellung der Fälle bei Schultz/Wagemann, Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 1998/99, S. 135 f.; 1999/2000, S. 121 ff.; 2000/01, S. 126 ff.

³³⁷ BKartA, Beschluß vom 13. Januar 1999, B9-184/98, WuW/E DE-V 122 „WITASS“.

³³⁸ Mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO und wegen vorliegender Inlandsauswirkungen gemäß § 130 Abs. 2 GWB fiel der Zusammenschluß in den Aufgabenbereich des Bundeskartellamts.

nehmen, da es wegen des homogenen Transportangebots, den bestehenden Containerüberkapazitäten und der kurzfristigen Wechselmöglichkeit der Nachfrager binnen kurzer Zeit zu einer erheblichen Verschiebung von Marktanteilen kommen könne. Entscheidend sei vielmehr die Mitgliedschaft von TMM in der Association of West India Trans-Atlantic Steam Ship Lines (WITASS), einem freigestellten Kartell, das alle wesentlichen wettbewerbsrelevanten Parameter koordiniert.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat die Freigabe des Zusammenschlußvorhabens unter zwei Nebenbestimmungen verfügt. Zum einen steht die Freigabe unter der aufschiebenden Bedingung, daß die TMM aus dem freigestellten Kartell der Association of West India Trans-Atlantic Steam Ship Lines (WITASS) austritt. Zum anderen wurde die Auflage verfügt, daß die TMM, CP Ships und die mit ihnen verbundenen Unternehmen nicht erneut Mitglied in der WITASS oder einer anderen Schifffahrtskonferenz für das Fahrtgebiet Nordeuropa/Mexiko werden. Durch den Austritt aus der Linienkonferenz WITASS seien die strukturellen Voraussetzungen für einen effektiven Wettbewerb zwischen den Zusammenschlußbeteiligten und den Mitgliedern von WITASS geschaffen. Die Wettbewerbsverhältnisse würden sich bei einem Zusammenschluß bei gleichzeitigem Austritt aus WITASS auf dem relevanten Markt sogar verbessern. Zusätzlich zu den Nebenbestimmungen sichert das Bundeskartellamt außerdem zu, daß die Auflage aufgehoben wird, wenn sich die Verhältnisse, die für die Auflage maßgeblich waren, wesentlich geändert haben oder die addierten Marktanteile der Schifffahrtskonferenz, der TMM, der CP Ships und der jeweils mit ihnen verbundenen Unternehmen an der containerisierten Linienfrachtschifffahrt zwischen Nordeuropa und Mexiko während zwei aufeinander folgender Jahre 70 % nicht überschritten haben. Damit will das Bundeskartellamt das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren.

cc) Beurteilung

Den rechtlichen Erfordernissen entsprechend betrachtet das Bundeskartellamt die verfügten Nebenbestimmungen allein als Instrument, um die – was es zuvor festgestellt hat – vorliegenden Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen. Zweifelhaft erscheint aber, ob das Bundeskartellamt mit der Auflage, nicht der WITASS oder einer vergleichbaren Linienkonferenz beizutreten, die Unternehmen nicht einer laufenden Verhaltenskontrolle unterwirft. Zwar betrifft die Frage der Mitgliedschaft in einem freigestellten Kartell die Marktstruktur, gleichzeitig wird die TMM aber auch in einem zukünftigen Marktverhalten eingeschränkt. Bei dieser Auflage dürfte es sich um einen Grenzfall handeln.

Deutlich zu erkennen ist das Bemühen des Bundeskartellamts, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht zu werden³³⁹. So wird ausdrücklich die Möglichkeit verworfen, den Austritt aus der WITASS als Auflage zu verfügen, so daß auch nach dem Vollzug des Zusammenschlusses zeitweilig eine Mitgliedschaft bestehen würde. Eine derartige Auflage sei zwar weniger belastend, aber nicht ebenso geeignet wie eine aufschiebende Bedingung. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz versucht das Bundeskartellamt außerdem dadurch gerecht zu werden, daß es die Aufhebung der Auflage, nicht erneut Mitglied der WITASS zu werden, zusichert, wenn sich die Verhältnisse wesentlich ändern.

In keinem der bekannten Zusagenfälle hatte das Bundeskartellamt zuvor den Austritt aus einem freigestellten Kartell zu beurteilen. Derartige Nebenbestimmungen dürften aber am ehesten den Zusagen zur Marktöffnung nach altem Recht entsprechen. Durch die erlaubte Kartellierung auf dem Markt für containerisierte Linienschiffahrtssdienste ist der Wettbewerb dort erheblich eingeschränkt. Durch den Austritt aus dem Kartell soll wieder ein uneingeschränktes Wettbewerbsverhältnis zwischen den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen und den Mitgliedern der WITASS hergestellt werden, um somit den Wettbewerbsdruck wieder zu erhöhen. Dies ist nur ähnlich und nicht gänzlich identisch mit den Zusagen zur Marktöffnung, die durch Lizenzvergabe, Eröffnung von Bezugs- und Absatzquellen oder Beteiligungen an marktführenden Unternehmen zum Ziel haben, neben den bereits bestehenden Unternehmen noch weiteren Unternehmen einen Zugang zum Markt zu verschaffen, um so den Wettbewerbsdruck zu erhöhen. Während also bei den Zusagen zur Marktöffnung Wettbewerber von außen auf den Markt kommen, werden im Fall „WITASS“ die Unternehmen innerhalb des Marktes auseinanderdividiert, so daß in beiden Fällen wieder richtige Wettbewerber nebeneinander stehen.

b) Habet/Lekkerland³⁴⁰

Die zur Austria Tabak AG gehörende Habet Handels- und Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG wollte 25,1 % an der Lekkerland Deutschland GmbH & Co KG sowie ihrer Komplementärgesellschaft erwerben. Zusammen mit dem Erwerb der Anteile sollte Habet den zuvor vom Automatengeschäft abgetrennten (Tabakwaren-) Großhandelsbereich ihrer Beteiligungsgesellschaft tobaccoland Großhandelsgesellschaft mbH & Co. KG in Lekkerland einbringen. Anschließend sollte Lekkerland in Lekkerland & tobaccoland GmbH & Co. KG (L & T) umbenannt werden.

³³⁹ Darauf hinweisend auch Monopolkommission, Hauptgutachten XIII, Tz. 517.

³⁴⁰ BKartA, Beschluß vom 25. Februar 1999, B9-164/98, WuW/E DE-V 116 „Habet/Lekkerland“.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt sah die Untersagungs Voraussetzungen nach § 36 Abs. 1 S. 1 zunächst als erfüllt an. Es sei zu erwarten, daß L & T auf dem Regionalmarkt Berlin/Brandenburg/Mecklenburg-Vorpommern für den Großhandel mit Tabakwaren eine marktbeherrschende Stellung erlangen werde. Nach dem Zusammenschluß hätte L & T einen Marktanteil von 40 bis 50 % erlangt. Zu diesem hohen Marktanteil wäre noch ein deutlicher Vorsprung zu den Wettbewerbern gekommen, deren Marktanteile sich jeweils unter 10 % bewegten. Zudem würde durch den Zusammenschluß auch der Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten signifikant verbessert und die Vertriebslogistik optimiert.

bb) Nebenbestimmungen

Die Freigabe Verfügung des Bundeskartellamts enthält insgesamt sieben Auflagen. Wesentliche Auflage ist die Veräußerung funktionsfähiger Teile des Geschäftsbetriebes der Beteiligten Habet und Lekkerland – einschließlich des entsprechenden Personal- und Sachbestands – in Berlin/Brandenburg/Mecklenburg-Vorpommern. Dabei muß dem künftigen Erwerber die Übernahme oder Nutzung der tobaccoland-Niederlassung in Berlin sowie die dauerhafte Nutzung der Rechte an dem Vertriebsnamen „Kiki-Petermann“ ermöglicht werden. Weiterhin muß mit dem Erwerber auf dessen Wunsch ein maximal sechsmonatiges Wettbewerbsverbot vereinbart werden. Die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen veräußern dem Erwerber eine bestimmte Anzahl von Zigarettensautomaten. Außerdem hat das Bundeskartellamt als Auflage verfügt, daß die am Zusammenschluß Beteiligten einen Logistik-Partner-Vertrag mit der DTV-Tabakwaren Vertriebsgesellschaft, der größten deutschen Verbundgruppe von Tabakwaren-Fachgroßhändlern, kündigen. Durch die auferlegte Kündigung des Logistik-Partner-Vertrages soll ein uneingeschränktes Wettbewerbsverhältnis zwischen der DTV und der L & T hergestellt werden. Dazu bedurfte es überdies der Lösung jeglicher personeller oder kapitalmäßiger Verflechtungen, die zwischen den Beteiligten und einzelnen DTV-Mitgliedern bestanden. Als siebte Auflage wurde eine Berichtspflicht alle zwei Monate über den aktuellen Stand bei der Umsetzung der Auflagen bis zu deren Erfüllung verfügt.

cc) Beurteilung

Bei den getroffenen Nebenbestimmungen handelt es sich ausschließlich um Auflagen. Zum einen dienen sie der Herabsetzung der Marktanteile in der Region Berlin/Brandenburg/Mecklenburg-Vorpommern, zum anderen einer Wiederherstellung eines uneingeschränkten Wettbewerbsverhältnisses der Beteiligten mit den DTV-Mitgliedern als Konkurrenz. Die Berichtsaufgabe ist

dagegen keine klassische Auflage im Sinne von § 40 Abs. 3 S. 1. Vielmehr handelt es sich um eine Durchführungsaufgabe, die weder das Marktverhalten noch die Marktstruktur erfaßt. Insofern gilt für sie auch nicht das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 S. 2. Bei der Veräußerungsaufgabe handelt es sich hingegen um eine klassische strukturelle Auflage, wie sie auch bei den Zusagenverträgen häufig vorgekommen ist³⁴¹. Auch die Auflage, den zwischen Lekkerland und der DTV bestehenden Logistik-Partnervertrag zu kündigen, ist eine prinzipiell strukturelle Auflage, weil damit die Verflechtungen auf dem Tabakwarenmarkt betroffen sind.

Die Kündigung des Logistik-Partner-Vertrages sowie die personelle und kapitalmäßige Entflechtung dürften wiederum als neuartige Auflage im Bereich der Marktöffnung eingeordnet werden können. Sie ist vergleichbar mit der Auflage im Fall WITASS, aus einem freigestellten Kartell auszuschneiden. In beiden Fällen soll nämlich zwischen Wettbewerbern ein uneingeschränktes Wettbewerbsverhältnis hergestellt werden. Der Fall „Habet/Lekkerland“ zeigt aber auch, daß es Berührungspunkte zur Fallgruppe der Einflußbegrenzung gibt, da mit der Kündigung auch eine personelle Entflechtung verbunden war, die für die Zusagen zur Einflußbegrenzung typisch war.

Die Auflage, auf Wunsch des Käufers des Betriebsteils ein sechsmonatiges Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, ist als eine Durchführungsaufgabe anzusehen, die zur Veräußerbarkeit des Geschäftsbetriebsteils führen soll. Außerdem soll durch das befristete Wettbewerbsverbot die Stellung des Erwerbers am Markt derartig gesichert werden, daß sich die Marktstruktur dauerhaft verändert und die durch die Veräußerung zunächst verloren gegangenen Marktanteile nicht innerhalb kürzester Zeit von tobaccoland zurückerobert werden. Obwohl den Unternehmen mit dem Wettbewerbsverbot auch ein unternehmerisches Verhalten über einen abgegrenzten Zeitraum aufgezwungen wird, das an sich einer laufenden Verhaltenskontrolle bedarf, liegt kein Verstoß gegen § 40 Abs. 3 S. 2 vor, weil Durchführungsaufgaben dem Verbot laufender Verhaltenskontrolle nicht unterliegen.

c) Federal-Mogul/Alcan³⁴²

Im Fall Federal-Mogul/Alcan hat die Alcan Deutschland GmbH, die zur kanadischen Alcan-Gruppe, einem der weltweit größten Aluminiumproduzenten, gehört, der Federal-Mogul GmbH, die Komponenten für Pkw, Lkw und landwirtschaftliches Gerät produziert und vertreibt, ein Werk in Nürnberg zur Produktion und zum Vertrieb von Kolben für Benzin- und Dieselmotoren ver-

³⁴¹ Vgl. nur die öffentlich-rechtlichen Verträge in den Fällen „Heidelberger Zement“ und „Karstadt/Hertie“ TB 1993/94, S. 45 ff.

³⁴² BKartA, Beschluß vom 27. Mai 1999, B5-16/99.

äußert. Die Federal-Mogul produziert überwiegend Kolbenringe, in geringem Maße auch die Kolben selbst oder Komplettkolben, also Kolben mit Ringen.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt hat unterschiedliche Märkte festgestellt: U.a. besteht ein eigenständiger Markt für Kolben sowohl für Dieselmotoren als auch für Benzinmotoren. Außerdem gibt es Märkte für Kolbenringe und auch für Komplettkolben, also Kolben, die bereits mit Ringen hergestellt und verkauft werden. Auf allen Märkten war die Struktur ungefähr gleich. Alcan erreichte einen Marktanteil von 17 % und Federal-Mogul von 4 %. Zusätzlich existierten noch zwei weitere Wettbewerber mit Marktanteilen von 60 % und 18 %. Durch die geplante Zusammenführung des Kolbengeschäfts bestand für sich gesehen somit keine Gefahr, daß eine marktbeherrschende Stellung des Erwerbers entstehen würde. Allerdings hatte Federal-Mogul eine mittelbare Beteiligung von einem Drittel an der österreichischen König KG Rankweil, die Kolben, Kolbenringe und Leichtmetallzylinder für Verbrennungsmotoren überwiegend von Kleinmotoren herstellt, an der auch Mahle, der größte Wettbewerber von Federal Mogul, mit einem Drittel beteiligt war. Das Bundeskartellamt ging nun davon aus, daß an dem Erwerb des Nürnberger Kolbenwerks durch die Federal Mogul mittelbar auch Mahle über seine Beteiligung an der König KG Rankweil, Österreich beteiligt werde, so daß es zu einer Zusammenschlußfiktion nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 zwischen Federal Mogul und Mahle auch auf den Kolbenmärkten kommen werde, auf denen König tätig ist. Eine fortwährende Beteiligung an König durch Federal-Mogul und Mahle ließe die Entstehung eines Oligopols erwarten, auch wenn durch eine Reduzierung der Beteiligung die mittelbare Zusammenschlußfiktion von § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 dann nicht mehr anwendbar gewesen wäre.

Eine dominierende Position war nach Ansicht des Bundeskartellamts außerdem auf dem Markt für Komplettkolben für schnellaufende Dieselmotoren für Pkw und leichte Lkw zu erwarten. Federal-Mogul hatte ein Patent auf Kolbenringe für schnellaufende Dieselmotoren, das noch einige Zeit bestand. Damit besaß das Unternehmen in Deutschland die einzig verfügbare Technik in diesem Bereich. Durch den Erwerb des Kolbenwerks von Alcan wäre Federal-Mogul über Jahre hinaus konkurrenzloser Anbieter für Komplettkolben für schnellaufende Dieselmotoren geworden.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluß schließlich unter der Auflage freigegeben, daß Federal Mogul ihre Beteiligung an der König Kommanditgesellschaft mbH & Co. Rankweil/Österreich, sowie deren Komplementärgesellschaft ELKO Motorenteile GmbH, Rankweil/Österreich veräußert.

Eine zweite Auflage verpflichtete Federal-Mogul, interessierten Unternehmen das Recht zur Nutzung des Patents zur Herstellung und zum Vertrieb von Kolbenringen für Dieselmotoren als Teil von Komplettkolben zu bestimmten Mindestbedingungen zur Verfügung zu stellen.

cc) Beurteilung

Auch in diesem Fall geht das Bundeskartellamt ausführlich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein³⁴³. Es rechtfertigt die Verwendung von Auflagen anstelle der sich selbst vollstreckenden aufschiebenden Bedingungen damit, daß Federal-Mogul bereits vor der Anmeldung und von sich aus die Beteiligung an der österreichischen König KG Rankweil veräußern und dem größten Konkurrenten bei der Kolbenproduktion eine Lizenz auf das o.g. Patent einräumen wollte. Dabei hat Federal-Mogul dem Bundeskartellamt entsprechende Vorschläge für Nebenbestimmungen gemacht. Das Bundeskartellamt hat also nicht selbständig nach Nebenbestimmungen gesucht, die die Freigabehindernisse beseitigen, sondern hat allein den Willen des Unternehmens, bestimmte Nebenbestimmungen zu erfüllen, berücksichtigt.

Insbesondere bei der Veräußerungsaufgabe handelt es sich eindeutig um eine strukturelle Nebenbestimmung, die das Unternehmen keiner laufenden Verhaltenskontrolle unterwirft. Schwieriger ist dies bei der Verpflichtung zur Lizenzerteilung zu beurteilen. Um diese Verpflichtung nicht praktisch wirkungslos zu machen, muß das Bundeskartellamt die Bedingungen festlegen, zu denen die Lizenz erteilt werden muß, denn andernfalls besteht die Gefahr, daß das verpflichtete Unternehmen überhöhte Lizenzgebühren verlangt, die in keinem Verhältnis zu dem Wert der Lizenz stehen, so daß es praktisch zu keiner Lizenzerteilung kommt. Ob das verpflichtete Unternehmen die vom Bundeskartellamt festgelegten Bedingungen bei der Lizenzvergabe auch einhält, bedarf jedoch der Kontrolle des Bundeskartellamts³⁴⁴. Faktisch wird das Unternehmen damit einer in der Fusionskontrolle an sich nicht existierenden Verhaltenskontrolle unterworfen³⁴⁵.

Neben der bereits oben unter b) erwähnten Veräußerungsaufgabe handelt es sich bei der Lizenzauflage um ein typisches Instrument zur Marktöffnung, wie es bereits nach altem Recht als Zusage über Know-how-Vermittlung verwendet wurde³⁴⁶. Bereits für die Marktöffnungszusage haben die Monopol-

³⁴³ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XIII, Tz. 517.

³⁴⁴ Für diesen Fall unklar GK-Bosch § 40 Rn. 22.

³⁴⁵ A.A.: Wiedemann-Richter § 21 Rn. 96, der wegen der fehlenden Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Lizenzvertrages nur eine einmalige Kontrolle für notwendig erachtet. Dabei läßt Richter außer Acht, daß mehrere Lizenzverträge abgeschlossen werden können, so daß es zu entsprechend häufigerer Kontrolle durch das Bundeskartellamt kommen müßte.

³⁴⁶ Vgl. „Mannesmann/Kienzle“ TB 1981/82, S. 106.

kommission und die h.L. starke Bedenken hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit geäußert. Es sei insbesondere fraglich, ob die Know-how-Zusagen wirklich zu einer Marktöffnung führen, da es dem Bundeskartellamt nicht möglich sei, die Erteilung von Lizenzen zu angemessenen Konditionen zu überwachen. Überdies beträfen diese Zusagen das unternehmerische Marktverhalten³⁴⁷ und verstießen daher gegen das Verbot laufender Verhaltenskontrolle³⁴⁸. Dem ist auch zuzustimmen. Die Frage, ob ein Unternehmen angemessene Lizenzgebühren verlangt, ist typischerweise ein Problem der Verhaltenskontrolle, denn sie betrifft ein Marktverhalten, nicht jedoch unmittelbar die Marktstruktur. Zwar wirkt sich die Lizenzauflage auf die Marktstruktur aus, indem mittelfristig anderen Wettbewerbern der Marktzutritt ermöglicht wird, dies wird aber nur durch ein Marktverhalten erreicht. Das allein ist aber nicht ausreichend, da letztlich jedes Marktverhalten auch Auswirkungen auf die Marktstruktur hat.

d) VEW/Westfälische Ferngas/Westfälische Elektrizitätswerke³⁴⁹

Bei diesem Zusammenschlußvorhaben sollte die Westfälische Gasversorgung AG, die im Bereich Gaseinkauf, -speicherung, -transport, -technik, -und -verkauf tätig war, auf die Westfälische Ferngas-AG, ein regionales Erdgasversorgungsunternehmen, verschmolzen werden. An dem so vergrößerten Unternehmen sollte die VEW AG, eine Holding im Gas- und Energieversorgungsbereich, statt der bisherigen 20 % an der ursprünglichen Westfälischen Ferngas AG zukünftig 58,2 % halten. Gleichzeitig sollte die VEW Energie AG, eine 100%ige Tochtergesellschaft der VEW AG, Gaslieferverträge mit Verteilerunternehmen und bestimmten Industriekunden auf die Westfälische Ferngas AG übertragen.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt nahm an, daß durch den Zusammenschluß die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Westfälische Gasversorgung AG und der VEW Energie AG weiter verstärkt würde. Sachlich betroffen war der Markt für die Belieferung von Letztverbrauchern und Weiterverteilern mit Gas. Der räumlich relevante Markt war das Gebiet, auf dem die beiden Unternehmen tätig waren, also im Falle der Westfälische Ferngas-AG das nordwestliche Westfalen sowie Teile Niedersachsens und Hessens und im Falle der VEW Energie AG andere Teile Westfalens und Niedersachsens. Eine

³⁴⁷ S. zu dieser Frage 1. Kapitel 7.

³⁴⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 640 ff.; Hauptgutachten VII, Tz. 426; GK-Harms § 24 Rn. 1088; IM-Mestmäcker, 2. Auflage, § 24 Rn. 260; Richter, S. 62; Uhlig, Zusagen, S.85 f.; a.A. Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 138; Schultz, WuW 1982, S. 440.

³⁴⁹ BKartA, Beschluß vom 14. Oktober 1999, B8-141/99, WuW/E DE-V 195 "Westfälische Ferngas".

Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung sei insbesondere wegen Wegfalls des potentiellen Wettbewerbs zwischen der durch Verschmelzung vergrößerten Westfälischen Ferngas AG und der VEW Energie AG zu erwarten.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlußvorhaben unter einigen Auflagen freigegeben. So mußte den Verteilerunternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, die Liefermengen, die in den von der VEW Energie AG auf die Westfälische Ferngas-AG übertragenen Gaslieferverträgen vereinbart worden waren, um 20 % zu unterschreiten. Außerdem mußten die Weiterverteiler spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2004 vertraglich vollständig frei werden, also auch von anderen Lieferanten beziehen dürfen. Letztlich wurde den Beteiligten auferlegt, öffentlich bekanntzumachen, daß sie ihre Durchleitungen diskriminierungsfrei anderen Unternehmen zur Verfügung stellen. Dabei heben nach Ansicht des Bundeskartellamts die Auflagen zum einen die wettbewerblich nachteiligen Wirkungen auf und sorgen zum anderen für Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

cc) Beurteilung

Auch in diesem Fall berücksichtigt das Bundeskartellamt bei seinen Erwägungen, nur Auflagen zu verwenden, den Umstand, daß die Beteiligten eigenständig die Vorschläge zum Erlaß der Auflagen gemacht haben und auch sonst keine Zweifel an deren Erfüllung gegeben sind. Das Bundeskartellamt sichert sich aber dennoch ab, indem es den Unternehmen eine Frist zur Erfüllung der Auflagen von einem Monat ab Vollzug des Zusammenschlusses setzt. Damit wird das Bundeskartellamt auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht, indem es gleichermaßen das Vollzugsinteresse der Unternehmen und das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst schnellen Erfüllung der Auflagen zur Vermeidung einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs berücksichtigt. Die letzte Auflage unterliegt allerdings Zweifeln hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit. Zwar werden die Unternehmen keiner laufenden Verhaltenskontrolle unterworfen, weil die öffentliche Bekanntgabe nur eine einzige Handlung erfordert und kein Marktverhalten betroffen ist. Die öffentliche Erklärung, das Gesetz zu befolgen – um nichts anderes handelte es sich nämlich, da die diskriminierungsfreie Durchleitung von Gas bereits geltendes Recht gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 war³⁵⁰ – ist aber keine strukturelle

³⁵⁰ Vgl. allein Theobald/Zenke, WuW 2001, 19, 20. Ein spezieller Tatbestand sollte nach einem Kabinettsbeschluß vom 20.12.2000 in Umsetzung der Gas-Richtlinie in § 6a EnWG geschaffen werden, obwohl er seitens der Bundesregierung angesichts der umfassenden Regelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht für nötig gehalten wurde.

Maßnahme. Sie wirkt sich nur strukturell aus, sobald andere Unternehmen von der Durchleitungsmöglichkeit Gebrauch machen. Damit dürfte sie aber zulässig sein und nicht gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle verstoßen³⁵¹. Fraglich ist hier vor allem, ob eine öffentliche Erklärung in irgendeiner Form geeignet ist, die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu verhindern. Die öffentlichen Erklärungen sollen offenbar dazu dienen, die Voraussetzungen für Gasdurchleitungen zu verbessern. Das Bundeskartellamt erhofft sich insbesondere von der öffentlichen Bekanntgabe der Preise und Bedingungen, zu denen eine Durchleitung erfolgen kann, einen positiven Effekt für die Marktöffnung der teilweise noch immer monopolisierten Gasmärkte. Diesen Effekt hat aber nicht nur die öffentliche Bekanntgabe, sondern v.a. auch das gesetzliche Gebot einer diskriminierungsfreien Durchleitung. Erst das gesetzliche Gebot führt zu einem Abschluß von Durchleitungsverträgen, die einen Abbau der marktbeherrschenden Stellung bewirken können. Inhaltlich handelt es sich um Auflagen, die eine Marktöffnung bezwecken. Sie entsprechen den Öffnungszusagen nach überkommener Bundeskartellamtspraxis. Insbesondere die Auflage, eine öffentliche Bekanntmachung vorzunehmen, ist allerdings eine Neuerung und war – auch aufgrund der alten Rechtslage, bei der eine Liberalisierung des Gasmarktes noch nicht vorgesehen war – im Rahmen der Zusagenpraxis so noch nicht vorgekommen³⁵².

e) Bilfinger + Berger/Buderus³⁵³

Im Fall Bilfinger + Berger/Buderus plante die Bilfinger + Berger Bauaktiengesellschaft, ein weltweit tätiges Bauunternehmen, in einer ersten Stufe ihren Anteil von 22,65 % auf 27,06 % an der Buderus AG, die im Bereich Heizungsbau, Guß- und Edeltahlerzeugung tätig ist, zu erhöhen und in einer zweiten Stufe innerhalb von zwei Jahren durch weiteren Anteilswerb die Kontrolle über Buderus zu erlangen.

³⁵¹ Ebenso GK-Bosch § 40 Rn. 22, der auf die Verpflichtung, mit Dritten Durchleitungsverträge abzuschließen, abstellt, dies aber als Maßnahme zur Marktöffnung und damit als Strukturmaßnahme qualifiziert und für zulässig erachtet; vgl. dazu auch 1. Kapitel 7. am Ende.

³⁵² Vgl. Übersicht bei Uhlig, Auflagen, S. 314 ff. Insbesondere 1997/98 war das Bundeskartellamt mit vielen Zusammenschlüssen im Energiesektor konfrontiert, hat aber jeweils nur Marktöffnungszusagen in Form von Verzicht auf Ausschließlichkeitsrechte und Konzessionsvereinbarungen und Einflußbegrenzungszusagen in Form von Stimmrechtsbeschränkungen berücksichtigt, vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 373 ff.; Hauptgutachten XIII, Tz. 510 ff.

³⁵³ BKartA, Beschluß vom 16. Dezember 1999, B5-73/99, WuW/E DE-V 283 „Bilfinger + Berger/Buderus“.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt ging davon aus, daß durch den Zusammenschluß Bilfinger + Berger bundesweit im Bereich Straßenkanalguß und Abscheidetechnik eine marktbeherrschende Stellung erlangen würde.

bb) Nebenbestimmungen

Für die erste Stufe des Anteilserwerbs hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluß freigegeben unter der Auflage, daß Bilfinger + Berger ihren Geschäftsbereich Entwässerungs- und Abscheidetechnik veräußert und bis zur Veräußerung eine weitere Erhöhung ihrer Beteiligung an der Buderus AG unterläßt. Die zweite Stufe, also den endgültigen Kontrollerwerb, hat das Bundeskartellamt sodann unter der aufschiebenden Bedingung freigegeben, daß die Auflagen der ersten Stufe erfüllt werden. Damit ist die Freigabe für die erste Stufe sofort wirksam und das Vollzugsverbot mit Erlaß der Verfügung aufgehoben. Für die zweite Stufe entfaltet die Freigabe aber noch keine Rechtswirkungen. Insbesondere endet das Vollzugsverbot für diesen zweiten Teil erst mit Erfüllung der aufschiebenden Bedingung. Dies ist rechtlich möglich, weil bei der Anmeldung eines Stufenplans das Bundeskartellamt gleichsam über zwei Zusammenschlußvorhaben entscheidet, die nur in einer Anmeldung zusammengefaßt sind. Selbstverständlich ist für die zweite und intensivere Stufe stets eine andere wettbewerbliche Bewertung zulässig, so daß auch das schärfere Instrument der Bedingung verwendet werden kann.

cc) Beurteilung

Das Bundeskartellamt verwendet hier zum einen eine Auflage und zum anderen eine Bedingung. Zur Rechtfertigung der Auflage legt es sein Hauptaugenmerk auf die Frage der Veräußerbarkeit des betreffenden Geschäftsbereichs und damit letztlich auf die Erfüllbarkeit der Auflage. Diese wird bejaht mit dem Hinweis, daß letztlich Bilfinger + Berger das Kaufpreisrisiko trägt und den Geschäftsbereich notfalls auch zu einem geringen Preis veräußern muß. Zudem bestünde auch ein sehr hohes Eigeninteresse an der Veräußerung, da im Falle der nicht fristgemäßen Erfüllung der Auflage sich Bilfinger + Berger unwiderruflich verpflichtet haben, ihre Beteiligung an Buderus zu veräußern, was ein hohes Kursrisiko beinhaltet.

Weiterhin hat das Bundeskartellamt den Umstand, daß die Bilfinger + Berger AG im Verfahren selbst die Nebenbestimmungen vorgeschlagen hat, unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu ihren Gunsten berücksichtigt.

Die aufschiebende Bedingung, unter der die zweite Stufe des Zusammenschlusses freigegeben wurde, entspricht inhaltlich der Auflage. Hier hat das Bundeskartellamt angesichts des langen Zeitrahmens und der Stärke der dann

angestrebten Unternehmensverbindung das für die Fusionskontrolle im Regelfall geltende Vollzugsverbot, das allein durch die aufschiebende Bedingung und niemals durch Auflagen aufrechterhalten werden kann, höher bewertet als das Vollzugsinteresse der Unternehmen. Sowohl die Auflage als auch die Bedingung entsprechen den Veräußerungszusagen nach altem Recht.

f) RWE/VEW³⁵⁴

Die RWE AG und die mit ihr i.S. des § 36 Abs. 2 verbundenen Unternehmen (RWE-Konzern) sind in den Bereichen Energie (Strom und Gas), Wasser, Bergbau, Mineralöl, Petrochemie, Entsorgung und Bau tätig. Die VEW AG und die mit ihr verbundenen Unternehmen (VEW-Konzern) sind insbesondere in den Bereichen Energie (Strom und Gas) und Entsorgung tätig. Beide Gesellschaften planten ihre Verschmelzung auf eine neue Gesellschaft.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt nahm an, daß das Zusammenschlußvorhaben die Untersagungsvoraussetzungen von § 36 Abs. 1 erfüllte. So würde die Verschmelzung zur Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols im Bereich der Stromwirtschaft, bestehend aus RWE/VEW und PreußenElektra/Bayernwerk AG, auf den national abzugrenzenden Elektrizitätsmärkten für die Belieferung von Sondervertragskunden (Großkunden), Kleinkunden und für den Stromhandel (Beliieferung von Wiederverkäufern) führen. Im Bereich der Gaswirtschaft war ebenfalls eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von RWE- und VEW-Tochterunternehmen zu erwarten. Dies betraf zum einen den regionalen Markt für die Belieferung von Stadtwerken und industriellen Sondervertragskunden in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Brandenburg. In Nordrhein-Westfalen wäre zudem der Markt für die Belieferung von Haushalts- und Kleinkunden betroffen gewesen. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nahm das Bundeskartellamt auch für den Markt der Beauftragung Dritter mit der Entsorgung von Siedlungsabfällen in Nordrhein-Westfalen und angrenzenden Gebieten, dem Markt der Hausmüllverbrennung in Nordrhein-Westfalen und dem bundesweiten Markt für flächendeckende Entsorgung von gewerblichen Abfällen an.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat, um die Freigabehindernisse zu beseitigen, zahlreiche Auflagen erlassen, nach deren Erfüllung in der Strom- und Entsorgungswirtschaft die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen nicht mehr zu erwarten sei. Die erheblichen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Strom-Regelenergie überwiegen im

³⁵⁴ BKartA, Beschluß vom 3. Juli 2000, B8-309/99, WuW/E DE-V 301 „RWE/VEW“.

Sinne der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 letzter Halbsatz die zu erwartenden Verschlechterungen auf den Gasmärkten.

Auf dem **Strommarkt** wurde RWE und VEW aufgegeben, ihre Stimm- und Kapitalanteile an verschiedenen Unternehmen an Dritte unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Bundeskartellamts und Einschaltung eines Verkaufstreuhänders zu veräußern. Außerdem wurde den Unternehmen aufgegeben, auf die Rechte aus Verträgen mit Wettbewerbern zu verzichten und Verträge mit Wettbewerbern über die Abnahme von Strom zu vom Bundeskartellamt festgesetzten Bedingungen (insbesondere Mindestmenge und Mindestpreis) abzuschließen. Eine weitere Auflage gab den Unternehmen auf, interne Abläufe, z.B. die Kundenabrechnung, umzustellen.

Im Bereich der **Gaswirtschaft** sollten die Auflagen die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen sicherstellen. Ein anderer Teil von Auflagen gab den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen RWE und VEW auf, einige von den mit ihnen verbundenen Unternehmen zu veranlassen, rechtsverbindliche öffentliche Erklärungen über die diskriminierungsfreie Nutzung ihres Gasversorgungsnetzes abzugeben.

Die Auflagen für den Bereich der **Entsorgungswirtschaft** betrafen hauptsächlich die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen. Verfügt wurde aber auch ein Verzicht auf die Ausübung von Stimmrechten und auf die Besetzung von Geschäftsführerstellen und Beiratsposten.

cc) Beurteilung

Bei den im Fall RWE/VEW verwendeten Nebenbestimmungen handelte es sich ausschließlich um Auflagen. Das Bundeskartellamt verfügte dabei sowohl Veräußerungsaufgaben als auch Marktöffnungsaufgaben. Da sie gegenüber den bereits oben erwähnten Auflagen keine inhaltlichen Differenzen aufwiesen, erübrigt sich eine nähere Erörterung.

Von Interesse ist jedoch die Auflage des Stimmrechts- und Mandatsverzichts. Hierbei handelt es sich um die Entsprechung zu den Zusagen zur Einflußbegrenzung. Unter diese Fallgruppe fielen ein (teilweiser) Stimmrechtsverzicht und ein Verzicht auf die personelle Besetzung bestimmter Organe³⁵⁵. Die h.M. bezweifelte bis zuletzt, daß diese Form von Zusagen zulässig war³⁵⁶. Dagegen sollte jedoch die Übertragung der Stimmrechte an einen Treuhänder zulässig sein, da hier nur eine einmalige Kontrolle erforderlich ist³⁵⁷. Insofern stellt die vorliegende Regelung des Stimmrechts- und Mandatsverzichts nach

³⁵⁵ Vgl. dazu 2. Kapitel 6. b).

³⁵⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten I, Tz. 936 ff. und zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 384; Harms, Schwerpunkte 1976/77, S. 63; GK-Harms § 24 Rn. 1087; Richter, S. 62; a.A. Schultz, WuW 1982, S. 439.

³⁵⁷ W. Büscher, S. 50 f.; GK-Harms § 24 Rn. 1087.

der Literaturansicht keine unzulässige Auflage dar, weil hier RWE/VEW die Änderung der Gesellschaftsverträge aufgegeben wurde. Das Unternehmen, das Stimmrechte abgeben muß, hat keinen rechtlich gesicherten Einfluß mehr. Es bleiben aber auch in einem solchen Falle die Zweifel der Monopolkommission, weil die Unternehmen auch nach dem Verzicht auf Mandate und Stimmrechtsausübung einen großen Einfluß auf das unternehmerische Verhalten der verflochtenen Gesellschaft hat. Ob ein solcher Einfluß tatsächlich ausgeübt wird, kann das Bundeskartellamt aber kaum überwachen und verhindern. Darauf kann es letztlich aber nicht ankommen. Es bedarf schon deshalb keiner laufenden Verhaltenskontrolle, weil die Auflage nicht beinhaltet, jegliche Beeinflussung bestimmter Unternehmen zu unterlassen, sondern auf Stimm- und Mandatsrechte durch Änderung des Gesellschaftsvertrages zu verzichten. Nur der Zweck der Auflage ist es, den Einfluß des einen Unternehmens auf das andere zu unterbinden. Es stellt sich insofern nur die Frage, inwieweit die Maßnahme zur Einflußbegrenzung überhaupt die Freigabehindernisse zu beseitigen vermag, also die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert. Dies ist jedoch eine Frage der Prognoseentscheidung des Bundeskartellamts im Rahmen von § 36 Abs. 1, ob auch bei Erfüllung der Auflage tatsächlich Einfluß ausgeübt wird. Die Prognose jedoch ist einzelfallabhängig.

Es ist schließlich für das Bundeskartellamt ebenfalls kaum zu kontrollieren, ob der Gesellschaftsvertrag nach Erfüllung der Auflage wieder geändert wird, so daß nach einer Literaturansicht ein Verstoß gegen das Verbot der laufenden Kontrolle vorliegt³⁵⁸. M.E. handelt es sich hierbei jedoch auch nicht um einen Verstoß gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle, sondern um eine Frage der Geeignetheit der Auflage, die Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen. Es kann den Unternehmen nämlich durch die Auflage, durch Änderung des Gesellschaftsvertrages auf Stimmrechts- und Mandatsrechte zu verzichten, nicht zeitlich unbegrenzt untersagt sein, die gleiche oder eine ähnliche Verflechtung erneut einzugehen³⁵⁹. Insofern untersagt die Auflage nicht die erneute Einführung von Stimm- und Mandatsrechten im Gesellschaftsvertrag. Sie wird unter Umständen aber wegen des Zusammenschlußtatbestandes des wettbewerblich erheblichen Einflusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 nur nach vorherigem erneuten Fusionskontrollverfahren möglich sein. Im übrigen ist es Teil der Prognoseentscheidung, ob nachträglich eine Rückgängigmachung der personellen und Stimmrechtsentflechtung zu erwarten ist. Es läßt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht beurteilen, ob der Stimmrechts- und Mandatsverzicht geeignet war, die Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen, denn das Bundeskartellamt hat sich hierzu in seiner Entscheidung

³⁵⁸ Uhlig, Zusagen, S. 84.

³⁵⁹ S. 1. Kapitel 8. b) bb).

nicht geäußert. Nach hier vertretener Auffassung verstößt die Auflage jedenfalls nicht gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle.

Vor allem die Verpflichtung von RWE/VEW zum Abschluß eines Stromabnahmevertrages mit der Veag, der der Sicherung des Absatzes des in ostdeutschen Braunkohlewerken erzeugten Stroms und damit letztlich der Sicherung der Veag als Wettbewerber dient, stellt eine Neuerung dar, die näherer Betrachtung bedarf. Ohne den Fortbestand der Veag wäre zu befürchten gewesen, daß die RWE/VEW das Wettbewerbspotential der Veag übernimmt und somit die Freigabehindernisse innerhalb des Prognosezeitraums nicht beseitigt werden. Das Bundeskartellamt greift mit der Verpflichtung zum Abschluß von Verträgen und der Vorgabe der Vertragsinhalte weit in das unternehmerische Verhalten ein. Zwar betrifft das Ziel dieses Eingriffs die Marktstruktur, nämlich den Fortbestand der Veag. Dies wird aber nur erreicht, indem ein Verhalten gelenkt wird, wobei sogar die Details der zu schließenden Vereinbarungen bestimmt werden. Anders als bei den Vertriebszusagen, die Lieferverpflichtungen enthielten³⁶⁰, ist das Verhalten des betreffenden Unternehmens aber nur einmal, nämlich bei Vertragsschluß zu kontrollieren. Letztlich ist die Auflage einer Abnahmeverpflichtung das Gegenstück zu der in der Zusagenpraxis verwendeten Belieferungsverpflichtung. Hier ging die ganz herrschende Meinung davon aus, daß sie unzulässig ist, weil sie nur ein reines Marktverhalten betrifft. Es ist daher naheliegend, auch hier von einer Unzulässigkeit der Auflage auszugehen, weil ebenfalls nur das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen gesteuert und nur mittelbar die Marktstruktur verändert wird.

g) E.ON/HEIN GAS³⁶¹

Die zu den größten deutschen Energieversorgungsunternehmen zählende E.ON Energie AG plante, ihre Kapitalbeteiligung an der HEIN GAS AG von 28,1 auf 89,9 % aufzustocken. Die E.ON Energie AG hat ihren Schwerpunkt in der Elektrizitätsversorgung, während sie im Gasbereich hauptsächlich über Konzern- und Beteiligungsgesellschaften tätig ist. Die HEIN GAS AG ist dagegen in erster Linie ein regionales Gasversorgungsunternehmen, das Letztverbraucher und Verteilerunternehmen beliefert.

³⁶⁰ Z.B. TB 1975, S. 35 „Ruhrkohle/Rütgers“, TB 1975, S. 38 „Siemens/Osram“; TB 1979/80, S. 73, 131 „PWA/Svenska Cellulosa“; TB 1979/80, S. 73, 133 „Feldmühle/Kopparfors“; s. hierzu die Kritik der Lehre: GK-Harms § 24 Rn. 1086; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 139; Schultz, WuW 1982, S. 441 f.; Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 640 f.

³⁶¹ BKartA, Beschluß vom 4. September 2000, B8-132/00, WuW/E DE-V 360 „Hein Gas“.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt hat die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der E.ON AG über die HEIN GAS AG im Bereich der Gaswirtschaft für die Belieferung von Stadtwerken, industriellen/gewerblichen Großkunden sowie Haushalts- und Kleingewerbe-Kunden festgestellt. Der hierfür räumlich relevante Markt umfaßt Hamburg und das Umland sowie das nördliche und östliche Mecklenburg-Vorpommern.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat der E.ON Energie AG in Form einer Auflage aufgegeben, eine rechtsverbindliche Erklärung der HEIN GAS AG und einer Beteiligungsgesellschaft beizubringen, binnen zehn Tagen öffentlich zu erklären, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive der Kalkulationsmethode der Preise zu nennen, sich zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären und schließlich Karten ihrer Gasleitungsnetze zu veröffentlichen. Eine weitere Auflage hatte eine Neustrukturierung der Zonen der Strom-Regelenergie (ein System zum Ausgleich von Abnahmeschwankungen der einzelnen Stromabnehmer) der E.ON Energie AG zum Ziel, wobei zusätzlich die Beschaffung der Regelenergie durch E.ON öffentlich ausgeschrieben werden sollte. Ausschreibungsverfahren und Ausschreibungsmodalitäten wurden dabei durch das Bundeskartellamt genau festgelegt. Außerdem mußte die Abrechnung der Strom-Regelenergie bei den Kunden umgestellt werden, wobei das Bundeskartellamt die Berechnungsgrundlagen vorgegeben hat.

cc) Beurteilung

Die Umstellung der Regelenergiebeschaffung diene allein der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für Regelstrom, um die zu erwartende Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Gasmärkten nach § 36 Abs. 1 letzter Teilsatz aufzuwiegen. Die genauen Vorgaben für die Art und Weise von Abrechnungen betreffen nicht die Struktur des Marktes für Regelenergie. Ebenso wenig handelt es sich um eine strukturelle Auflage, RWE und VEW vorzuschreiben, die Beschaffung von Regelenergie öffentlich auszuschreiben und die Modalitäten der Ausschreibung vorzunehmen. Zwar können diese Auflagen Auswirkungen auf die Marktstruktur haben, in dem sie für Wettbewerb auf dem Markt für Regelenergie sorgen; RWE und VEW werden allerdings allein in einem Marktverhalten, nämlich in der Auswahl von Vertragspartnern und der inhaltlichen Gestaltung von Verträgen betroffen. Es ist anderen Bestimmungen des GWB wie § 19 oder § 20 vorbehalten, die Unternehmen in ihrer Vertragsfreiheit zu be-

schränken. Diese Auflage widerspricht somit dem Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle.

Das Bundeskartellamt hat hier seine Praxis zur Öffnung der Gasmärkte fortgesetzt, die es im Fall „Westfälische Ferngas“ und im Fall „RWE/VEW“ als Fortsetzung der Zusagenpraxis entwickelt hat. So wird mit der Auflage, die Preise und die Kalkulationsmethoden der Preise zu nennen, eine erhöhte Transparenz erreicht, die es den Nachfragern ermöglicht, die Angemessenheit der Preise zu überprüfen. Diese ergänzende Auflage dient somit mittelbar der Marktöffnung. Bisher einmalig geblieben ist die in diesem Fall verfügte Auflage, die Karten der Gasleitungsnetze zu veröffentlichen.

h) ASV/Jahr-Verlag³⁶²

Bei diesem Zusammenschlußvorhaben plante die Axel Springer Verlag AG über ihr Konzernunternehmen „top special Verlag GmbH“ mit der Jahr-Verlag GmbH & Co. OHG ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das als „Jahr top special Verlag GmbH“ firmieren sollte. Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens sollte die Herausgabe von Spezialzeitschriften und Büchern sowie die Herstellung und der Vertrieb von Videos sein.

Nach der Annahme des Bundeskartellamts war die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten auf dem bundesweiten Lesermarkt für Angelleitungszeitschriften. Hier hätte die ASV AG zwei Zeitschriftentitel und der Jahr Verlag vier Zeitschriftentitel von bundesweit bestehenden insgesamt neun Zeitschriften in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht.

Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlußvorhaben unter der Auflage der Veräußerung der beiden Angelleitungszeitschriften der zur ASV AG gehörenden „top special“ Verlag GmbH mit sämtlichen Titel- und Verlagsrechten freigegeben.

i) Contigas/Stadtwerke Heide³⁶³

Bei diesem Zusammenschlußvorhaben plante die Contigas Deutsche Energie-AG 49 % der Anteile an der Stadtwerke Heide GmbH zu erwerben. Die Contigas ist ein Energieversorgungsunternehmen v.a. im Bereich Strom-, Gas- und Wasserversorgung. Die Stadtwerke Heide betreiben Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung überwiegend in der Stadt Heide.

aa) Marktbeherrschung

Nach der Feststellung des Bundeskartellamts führte das Zusammenschlußvorhaben von Contigas im Gasbereich zu einer Verstärkung der bereits bestehen-

³⁶² BKartA, Beschluß vom 27. September 2000, B6-88/00, WuW/E DE-V 370 „outdoor specials“.

³⁶³ BKartA, Beschluß vom 11. Oktober 2000, B8-109/00, WuW/E DE-V 367 „Heide“.

den marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Gaslieferungen der Schleswig AG, einer Schwestergesellschaft von Contigas, bei der Belieferung von Weiterverteilern und bei den Stadtwerken Heide bei der Belieferung von Letztverbrauchern jeweils auf dem räumlichen Markt des angestammten Tätigkeitsbereichs.

bb) Nebenbestimmungen

Das Bundeskartellamt hat zur Beseitigung der Freigabehindernisse ausschließlich Auflagen verfügt. Diese sind nahezu identisch mit den im Fall „E.ON/HEIN GAS“ verwendeten Auflagen. Sie beinhalten eine rechtsverbindliche öffentliche Erklärung der Stadtwerke Heide, ihr Gasversorgungsnetz anderen Unternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen und dabei die Preise und die Kalkulationsmethode für die Preise bekannt zu geben. Darüber hinaus soll den Industrie- und Gewerbekunden der Stadtwerke Heide ein Sonderkündigungsrecht gewährt werden, sofern der Vertrag über den 31.06.2001 hinaus läuft. Zudem müssen alle Industrie- und Gewerbekunden ein ordentliches Kündigungsrecht spätestens zum 31.12.2003 erhalten.

cc) Beurteilung

Mit dieser Auflagenentscheidung entwickelt das Bundeskartellamt seine Auflagenpraxis im Bereich des Gasmarktes weiter, da ab dieser Entscheidung neben der öffentlichen Erklärung auch noch die Vertragslaufzeiten durch Gewährung von Kündigungs- und Sonderkündigungsrechten verkürzt werden können, um potentiellen Wettbewerbern den Markteintritt zu erleichtern.

Auch diese Auflage betrifft zunächst ein Marktverhalten, nämlich das den einzelnen Vertragspartnern gewährte Kündigungsrecht. Es bedarf jedoch nur einmaliger Kontrolle, ob die Kündigungsrechte eingeräumt worden sind. Außerdem wird mittelbar die Wettbewerbsstruktur auf dem örtlichen Gasmarkt verändert, indem die Kündigungsrechte die Öffnung des Marktes ermöglichen. Die Kündigungsrechte selbst erlauben es nämlich erst den Vertragspartnern der Stadtwerke Heide, sich einen anderen Gaslieferanten zu suchen. Wettbewerb durch andere Gaslieferanten wird zwar durch die öffentliche bekanntgemachte Öffnung der Gasnetze ermöglicht. Allerdings wären ohne die Kündigungsmöglichkeiten die Gasabnehmer zunächst an die Stadtwerke Heide gebunden, so daß letztlich ein Wettbewerb faktisch nicht stattfinden kann. Die zusätzlich einzuräumenden vorzeitigen Kündigungsrechte stellen demnach Durchführungsnebenbestimmungen dar, um überhaupt erst eine Nachfrage nach Gas zu schaffen. Wie bereits erörtert gilt das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle ohnehin nicht für Durchführungsnebenbestimmun-

gen³⁶⁴. Es ist insoweit auch unschädlich, wenn nur ein Marktverhalten betroffen ist, das sich erst mittelbar auf die Struktur auswirkt.

j) EnBW/Stadtwerke Schwäbisch Gmünd³⁶⁵

In diesem Fall plante die EnBW Ostwürttemberg DonauRies AG, Anteile in Höhe von 25,1 % an der Stadtwerke Schwäbisch Gmünd GmbH zu erwerben. Beide Unternehmen sind in der Strom- und Gaswirtschaft in Ostwürttemberg tätig.

Während der Strommarkt räumlich auf nationaler Ebene abgegrenzt wird, weil die Durchleitungsmöglichkeiten bereits weit fortgeschritten sind, und dadurch die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen ist, wird der Markt zur Belieferung an Endkunden mit Erdgas immer noch regional abgegrenzt, da sich die Bedingungen für Durchleitungen im Erdgasbereich noch nicht weit genug entwickelt haben. Das Bundeskartellamt nahm daher an, daß die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der Gasversorgung Süddeutschland (GVS), einer mit der EnBW verflochtenen Gesellschaft, auf dem Markt für Weiterverteilung von Gas durch das Zusammenschlußvorhaben weiter verstärkt würde.

Die vom Bundeskartellamt gewählten Auflagen reihen sich ein in die Auflagenentscheidungen in den Fällen „E.ON/HEIN GAS“ und „Contigas/Stadtwerke Heide“. So wurde die Auflage verfügt, daß die Stadtwerke Schwäbisch Gmünd GmbH eine rechtsverbindliche Erklärung abzugeben habe, daß sie ihre Gasversorgungsleitungen anderen Unternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung stelle, dabei die Preise und die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen habe und sich gleichzeitig bereit erklären müsse, eine physische Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber herzustellen³⁶⁶. Außerdem müsse den Industrie- und Gewerbekunden ein Sonderkündigungsrecht gewährt werden, wenn ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft. Ein ordentliches Kündigungsrecht müsse darüber hinaus spätestens zum 31.12.2003 gewährt werden.

k) Neckarwerke Stuttgart/Stadtwerke Reutlingen³⁶⁷

Mit diesem Zusammenschlußvorhaben beabsichtigte die Neckarwerke Stuttgart AG (NWS), ihre Beteiligung an der Fair Energie GmbH, eine Ausgründung der Stadtwerke Reutlingen GmbH, von 15 % auf 24,9 % aufzustoßen. Beide Unternehmen sind im Bereich Strom- und Gaswirtschaft tätig. Das Bundeskartellamt sah in der Beteiligungserhöhung den Zusammenschlußstat-

³⁶⁴ S. 1. Kapitel 8. b) aa).

³⁶⁵ BKartA, Beschluß vom 26. Januar 2001, B8-202/00, WuW/E DE-V 395 „Schwäbisch Gmünd“.

³⁶⁶ Zur Beurteilung dieser Auflage s. oben 1. d) cc) und g) cc).

³⁶⁷ BKartA, Beschluß vom 3. April 2001, B8-263/00.

bestand der Erlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 als erfüllt an.

aa) Marktbeherrschung

Da das Bundeskartellamt im Strombereich von einem bundesweiten räumlichen Markt ausgeht, ist NWS auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weit von einer marktbeherrschenden Stellung im Strombereich entfernt. Im Gasbereich besteht der räumlich relevante Markt dagegen aus den aneinander grenzenden Gebieten der Stadt Reutlingen und Stuttgart. Das Bundeskartellamt nahm sowohl für NWS als auch für die Fair Energie GmbH auf ihrem geographischen Markt eine marktbeherrschende Stellung bei der Belieferung von Sondervertragskunden/Industriekunden an, deren Verstärkung allerdings nur gering war.

Außerdem nahm das Bundeskartellamt die Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung der Gasversorgung Süddeutschland GmbH (GVS) im Bereich der Gasfern- und Gasregionalversorgung im geographischen Markt Baden-Württemberg an. Zwar war die GVS nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 S. 1 mit einem der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen verbunden. Sie war allerdings mit der NWS verflochten, weil die NWS an der GVS in Höhe von 33,4 % des Stammkapitals beteiligt war und zusätzlich eine erhebliche stille Beteiligung hatte. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eines derart verflochtenen Unternehmens ist aber dann in der kartellamtlichen Prüfung zu berücksichtigen, wenn ein Neuerwerb dieser Beteiligung kontrollpflichtig wäre³⁶⁸. Nach Ansicht des Bundeskartellamts war davon auszugehen, daß die Stadtwerke Reutlingen GmbH nach der Beteiligungserhöhung durch NWS verstärkt Rücksicht auf die Interessen von GVS nehmen würde, wodurch die marktbeherrschende Stellung der GVS verstärkt würde.

bb) Nebenbestimmungen

Wie bereits in den oben genannten Zusammenschlußfällen von Energieunternehmen hat das Bundeskartellamt auch hier Marktöffnungsaufgaben erlassen, die im Wortlaut nahezu identisch mit den oben unter d), f), g), i) und j) genannten Auflagen sind. Sie sollen die geringe Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen ausgleichen durch eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für andere Gaslieferanten. Die Fair Energie GmbH, eine Ausgründung der Stadtwerke Reutlingen, hat danach eine öffentliche Erklärung abzugeben, ihre Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen und dabei die Preise inklusive der Kalkulationsmethode zu nennen und sich gleichzeitig zur Herstellung physischer Verbindungen zu den

³⁶⁸ S. statt aller Langen/Ruppelt § 36 Rn. 24.

Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären. Im übrigen ist auch hier den Industrie- und Gewerbekunden ein Sonderkündigungsrecht zu gewähren, sofern ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft. Außerdem muß ein ordentliches Kündigungsrecht spätestens zum 31.12.2003 gewährt werden.

l) Trienekens Niederrhein/Stadtwerke Viersen/Stadt Viersen³⁶⁹

Mit diesem Zusammenschlußvorhaben plante die Trienekens Niederrhein GmbH & Co. KG an der Stadtwerke Viersen GmbH eine Minderheitsbeteiligung in Höhe von 49 % zu erwerben. Dieser Fall gleicht den oben unter g, i, j und k genannten Entscheidungen. Auch hier war auf dem Gasmarkt die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Stadtwerke zu erwarten. Die verfügbaren Auflagen sind identisch mit den im unter k beschriebenen Fall „Neckarwerke Stuttgart/Stadtwerke Reutlingen“ verwendeten Auflagen und bezwecken eine Marktöffnung.

m) EnBW Regional AG/ Stadtwerke Schramberg/EVS³⁷⁰

Ebenso wie die Fälle unter d), f), g), i), j), k) und l) war hier durch die beabsichtigte Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen auf dem Gaslieferungsmarkt an Endkunden zu erwarten. Die verfügbaren Auflagen entsprechen den Auflagen in den unter k und l dargestellten Fällen.

n) SV-C VerwaltungsGmbH/WEKA³⁷¹

Die Süddeutsche Verlag AG beabsichtigte, über eine 100%ige Tochtergesellschaft von der WEKA Firmengruppe GmbH & Co KG den Teilgeschäftsbetrieb „Computer- und Elektronik-Fachzeitschriften“ zu erwerben, der sowohl Zeitschriften- als auch Buchtitel umfaßt.

Durch den Erwerb ist in sachlicher Hinsicht sowohl der Markt für Bücher als auch der Markt für Zeitschriften betroffen, da die beteiligten Unternehmen überwiegend im Verlagswesen tätig sind. Die Marktabgrenzung ist dabei grundsätzlich nach Fachgebieten vorzunehmen, da Fachpublikationen aus verschiedenen Fachgebieten für den Nachfrager nicht miteinander austauschbar sind. Das Bundeskartellamt nahm die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung für den Anzeigenmarkt³⁷² von Elektronik-Fachzeitschriften

³⁶⁹ BKartA, Beschluß vom 18. Mai 2001, B8-291/00, WuW/E DE-V 444, „Stadtwerke Viersen“.

³⁷⁰ BKartA, Beschluß vom 28. Mai 2001, B8-29/01.

³⁷¹ BKartA, Beschluß vom 22. August 2001, B6-56/01.

³⁷² Dagegen verneinte das Bundeskartellamt eine marktbeherrschende Stellung für den Lesermarkt, da diese überwiegend kostenlos an eine qualifizierte (v.a. mit bestimmten Aufgaben betraute Mitarbeiter von Unternehmen) Leserschaft verteilt.

an, weil die Erwerberin durch den Zusammenschluß 44 % der Marktanteile auf sich vereinigen würde.

Das somit bestehende Freigabehindernis wird nach Ansicht des Bundeskartellamts durch die aufschiebende Bedingung, zwei Zeitschriftentitel unter Erhalt ihrer vollen wirtschaftlichen Funktionstüchtigkeit zu veräußern, beseitigt. Dabei müsse der Fortbestand der zu veräußernden Zeitschriften gesichert sein. Für die Veräußerung bedürfe es daher der vorherigen Zustimmung durch das Bundeskartellamt.

In dem Verfahren hatten die beteiligten Unternehmen gerügt, daß die aufschiebende Bedingung unverhältnismäßig sei und statt dessen eine Auflage zu verfügen sei. Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Entscheidung daraufhin intensiv mit dieser Frage beschäftigt. Eine Auflage hielt es aber für nicht geeignet, die Freigabehindernisse zu beseitigen, weil dann die verschiedenen Elektronik-Fachzeitschriften zeitweilig bei einem Unternehmen zusammengefaßt seien und zu befürchten sei, daß dann das Wettbewerbspotential der zu veräußernden Zeitschriften auf die dauerhaft beim Erwerber bleibenden Zeitschriften übertragen werde, so daß die anschließende Veräußerung die Untersagungsvoraussetzungen nicht mehr beseitigen kann. Um einen derartigen Fortbestand auch tatsächlich zu gewährleisten, bedurfte es zur Veräußerung der Zustimmung des Bundeskartellamts, denn nur so war sichergestellt, daß der Erwerber auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die erfolgreiche Herausgabe einer Fachzeitschrift erwarb. Ein zeitweiliges Wettbewerbsverbot wie im Fall Habet/Lekkerland, um den Fortbestand der zu veräußernden Zeitschriften zu sichern, kam nicht in Frage, weil die Süddeutsche Verlag AG als Veräußerer der Zeitschriften weiterhin auf dem entsprechenden Markt tätig blieb, wenn auch mit anderen Titeln.

In dieser jüngsten Entscheidung des Bundeskartellamts ist erstmals der Fall aufgetreten, daß die beteiligten Unternehmen die Nebenbestimmungsentscheidung des Bundeskartellamts in einer abschließenden Stellungnahme angegriffen haben. Hier hat das Bundeskartellamt zu Recht darauf hingewiesen, daß eine Auflage nicht in Betracht gekommen ist, weil sie nicht genauso geeignet war wie die aufschiebende Bedingung, die Freigabehindernisse sicher zu beseitigen. Zudem haben die Unternehmen die Veräußerung selbst vorgeschlagen, so daß eine andere inhaltliche Ausgestaltung der Nebenbestimmung nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprochen hätte.

o) LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG, Hassfurt³⁷³

Zwei deutsche Tochterunternehmen der großen österreichischen Möbelhandelsgesellschaft Lutz planten, sämtliche Geschäftsanteile an der Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG, Haßfurt, zu erwerben.

³⁷³ BKartA, Beschluß vom 19. September 2001, B9-15/01.

Das Bundeskartellamt nahm nach eingehender Prüfung des Zusammenschlußvorhabens an, daß auf dem Markt für den Einzelhandel mit dem Möbelgrundsortiment im Wirtschaftsraum Haßfurt eine überragende Marktstellung der Lutz GmbH entstehen würde.

Um die dadurch bestehenden Freigabehindernisse zu beseitigen, hat das Bundeskartellamt den Beteiligten als Auflage aufgegeben, am Standort Hassfurt einen funktionsfähigen Geschäftsbetrieb für den Einzelhandel mit Möbeln und Randsortimenten in Form des SB-Möbelmarktes auf ein mit der Unternehmensgruppe Lutz nicht verflochtenes Unternehmen nach Zustimmung des Bundeskartellamts zu übertragen. Zu diesem Zweck soll eine bestimmte Nutzfläche für mindestens drei Jahre vermietet oder verpachtet werden, wobei sich der Pächter oder Mieter verpflichten muß, für die Dauer des Vertrages einen ordentlichen Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Gleichzeitig wurde der Unternehmensgruppe Lutz ein dreijähriges Wettbewerbsverbot, wonach kein gleichartiges Geschäft am Standort Haßfurt betrieben werden durfte, und eine Berichtspflicht gegenüber dem Bundeskartellamt über den Stand der Aufлагenerfüllung alle drei Monate bis zu ihrer Erfüllung auferlegt.

Bei der Auflagenentscheidung handelt es sich um eine typische Veräußerungsaufgabe. Sie wird in diesem konkreten Fall von verschiedenen Durchführungsaufgaben flankiert. Insbesondere sind der Zustimmungsvorbehalt und das Verbot einer wie auch immer gearteten Verflechtung zwischen Veräußerer und Erwerber des zu veräußernden Geschäftsbetriebs zu nennen. Beide Aufgabentypen werden als Durchführungsaufgaben häufig verwendet. Zur Absicherung einer erfolgreichen Veräußerung des Geschäftsbetriebs kommt noch ein Wettbewerbsverbot dazu. Eine Umgehung des Aufgabenzwecks, eine Abschmelzung der Marktanteile der Beteiligten zu erreichen, soll durch die Verpflichtung des Erwerbers zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Möbelgeschäfts verhindert werden.

p) Lufthansa/Eurowings³⁷⁴

Die Deutsche Lufthansa AG plante, 49 % der Gesellschaftsanteile an der Eurowings Luftverkehrs AG in zwei Schritten zu erwerben. Zunächst sollte ein Erwerb in Höhe von 24,9 % und anschließend ein weiterer Erwerb in Höhe von 24,1 % erfolgen. Das Bundeskartellamt nahm dabei einen einheitlichen Zusammenschluß im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 3 b an.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt ging vom Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 auf dem Markt des innerdeutschen Linienflugverkehrs aus, da hier die beteiligten Unternehmen insbesondere durch den Marktanteil von

³⁷⁴ BKartA, Beschluß vom 19. September 2001, B9-147/00.

Lufthansa in Höhe von ca. 73 % eine überragende Marktstellung innehaben, die durch den Wegfall eines von zwei Konkurrenten verstärkt worden wäre.

bb) Nebenbestimmungen

Um die vorliegenden Untersagungsvoraussetzungen zu beseitigen, hat das Bundeskartellamt insgesamt neun Auflagen erlassen. Der eine Teil der Auflagen bezweckt, den Markteintritt eines neuen Wettbewerbers zu ermöglichen. Der andere Teil soll die Marktbedingungen im innerdeutschen Luftverkehr verbessern. So haben Lufthansa und Eurowings auf drei Flugstrecken mit Beginn des Sommerflugplans 2002 mindestens drei Frequenzen (Flüge) auf den neu zu schaffenden Wettbewerber European Air Express (EAE) zu übertragen. Zusätzlich hatte Eurowings fünf Flugzeuge an EAE zu verkaufen, so daß eine Aufnahme des Flugverkehrs durch EAE zum Winterflugplan 2001/2002 gewährleistet ist. Auf den Strecken, auf denen EAE Flüge anbieten wollte, dürfen Lufthansa und Eurowings außerdem ihre Frequenzen und Sitzplatzkapazitäten nicht erhöhen und müssen zu den Flügen der EAE einen Mindestabstand von 60 Minuten einhalten. Schließlich müssen Lufthansa und Eurowings auf Anforderung EAE Start- und Landerechte für sechs Flugplanperioden (also sechs Halbjahre) auf allen innerdeutschen Strecken zur Verfügung stellen.

Zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im innerdeutschen Luftverkehr hat das Bundeskartellamt den beteiligten Unternehmen als Auflage aufgegeben, für bestimmte Flughäfen, von denen aus ein Wettbewerber Linienflugstrecken neu anbieten möchte, auf Anforderung insgesamt bis zu drei Start- und drei Landerechte für den innerdeutschen Luftverkehr bereitzustellen. Ebenso haben Lufthansa und Eurowings auf 13 bestimmten konkurrenzlosen Strecken Wettbewerbern Lande- und Startrechte zur Verfügung zu stellen. Schließlich muß Lufthansa sein Miles & More Programm für alle Wettbewerber auf innerdeutschen Strecken öffnen.

cc) Beurteilung

In dieser Entscheidung zieht das Bundeskartellamt erstmals eine Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission zur Begründung heran³⁷⁵. Dies macht sich unter anderem auch daran bemerkbar, daß das Bundeskartellamt bei den neun erlassenen Nebenbestimmungen ebenso wie die Kommission in früheren Fällen nicht zwischen Bedingungen und Auflagen im einzelnen unterscheidet³⁷⁶.

³⁷⁵ In seiner Auflagenentscheidung hat sich das Bundeskartellamt an der Kommissionsentscheidung vom 12. Januar 2001 Az. IV/M.2041 „United Airlines/US Airways“ orientiert. Veröffentlicht unter <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

³⁷⁶ Leibenath, S. 41 f.; vgl. Komm. vom 4.5.1993 Az. IV/M.291 „KNP/BT/VRG“; Komm. vom 14.12.1993 Az. IV/M.308 „Kali + Salz/MdK/Treuhand“; Komm. vom 8.6.1994 Az.

Zwar sind hier alle Nebenbestimmungen eindeutig als Auflagen zu qualifizieren, aufgrund der so unterschiedlichen Rechtswirkungen sollte das Bundeskartellamt aber wie gehabt bei einer deutlichen Trennung beider Nebenbestimmungsarten bleiben, um unnötige Unsicherheiten zu vermeiden.

Inhaltlich handelt es sich bei den verwendeten Auflagen sowohl um Veräußerungsauflagen, als auch um solche der Marktöffnung.

Veräußerungsauflagen sind die Auflagen im ersten Teil, fünf Flugzeuge zu verkaufen und diverse Start- und Landerechte an EAE abzugeben, um dieses Unternehmen auf bestimmten Strecken als Wettbewerber zu etablieren. Beide Verpflichtungen sind deshalb als Veräußerungsaufgabe einzustufen, weil sowohl die Flugzeuge als auch die Start- und Landerechte einen Teil des Vermögens der Lufthansa darstellen, der kennzeichnend für die Stellung des Unternehmens auf dem Markt sind. Der Erwerbsvorgang selbst fiel für den Erwerber unter den Zusammenschlußtatbestand des Vermögenserwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 1, was die klare Strukturbezogenheit der Auflage verdeutlicht. Durch die Verpflichtung, auf Anforderung den Wettbewerbern Start- und Landerechte in vorbestimmter Zahl für bestimmte Flughäfen zur Verfügung zu stellen, wird überdies langfristig der Marktzugang für Wettbewerber gesichert, so daß diese Auflage auch als Auflage zur Marktöffnung eingestuft werden könnte.

Unter den übrigen Auflagen finden sich verschiedene, die eindeutig als allein verhaltensbezogene Auflagen zu qualifizieren sind. Insbesondere die Auflage, die Frequenzen und die Sitzplatzkapazität auf bestimmten Strecken nicht zu erhöhen, stellt einen Eingriff in das unternehmerische Verhalten dar. Ebenso rein verhaltensbezogen ist die Auflage, bei den beabsichtigten Linienflugdiensten einen Mindestabstand von 60 Minuten zu den Flügen von EAE einzuhalten. Zwar können sich diese Auflagen mittel- oder langfristig auf die Marktstruktur auswirken, dies ist aber allen unternehmerischen Verhaltensweisen zu eigen und taugt daher nicht, einen für die Fusionskontrolle ausreichenden Bezug zur Marktstruktur herzustellen. Sie könnten allenfalls als Durchführungsaufgaben gerechtfertigt werden, denn sie sollen dazu dienen, den Aufbau des Lufthansa-Konkurrenten EAE abzusichern. Es ist ausdrücklich genannter Zweck der genannten verhaltensbezogenen Auflagen, den Erfolg der Veräußerungsaufgaben zu garantieren. Der zukünftige Wettbewerber EAE hat nämlich nur dann ein Interesse, die Flugzeuge zu erwerben und die Start- und Landerechte zu übernehmen, wenn die Möglichkeit für einen erfolgreichen Markteintritt gegeben ist. Insofern wirken die Auflagen wie ein zeitlich befristetes Wettbewerbsverbot. Der dadurch vorgenommene Eingriff in das unternehmerische Marktverhalten ist jedoch nur dann zulässig, wenn

IV/M.269 „Shell/Montecatini“; Komm. vom 30.7.1997 Az. IV/M. 877 „Boeing/McDonnell Douglas“.

die ergänzenden Auflagen tatsächlich erforderlich sind, um die Durchführung des erfolgreichen Markteintritts eines Wettbewerbers zu ermöglichen. Ohne eine solche Voraussetzung könnte das Bundeskartellamt andernfalls jede rein verhaltensbezogene Auflage unter dem Hinweis auf seinen ergänzenden Charakter rechtfertigen. Dies läßt sich vorliegend nicht mehr bejahen. Zwar könnte gerade auf dem Markt des innerdeutschen Linienflugverkehrs ein so marktbeherrschendes Unternehmen wie die Lufthansa den kleineren neu hinzugetretenen Konkurrenten EAE aufgrund der durch die immensen Anfangsinvestitionskosten sehr hohen Marktzutrittsschranken ohne weiteres aus dem Markt drängen. Dies führt jedoch noch nicht zu der unabdingbaren Notwendigkeit, daß die Lufthansa ihre Sitzplatzkapazität und Frequenzen gegenüber dem Erwerber der Start- und Landerechte festlegt. Hier besteht gerade der Unterschied zu den Wettbewerbsverboten im Falle eines Unternehmensverkaufs. Sie sind nicht nur üblich, sondern auch zwingend notwendig, um überhaupt einen Verkauf zu realisieren, so daß eine Ausnahme vom Verbot der Verhaltenskontrolle gerechtfertigt ist. Die Nähe der im vorliegenden Fall auferlegten Verhaltensverpflichtungen zu der eindeutig unzulässigen Wohlverhaltensklausel³⁷⁷ im Zusagenfall „Ruhrkohle/Rüttgerswerke/CMT“³⁷⁸ ist daher nicht zu übersehen. Die gleichen Bedenken bestehen überdies bei der Auflage, einen Mindestabstand von 60 Minuten zu den Abflugzeiten der EAE einzuhalten, wobei hier noch nicht einmal eine zeitliche Befristung besteht. Letztlich bleibt unsicher, ob die verfügbaren Auflagen die zuvor festgestellten Untersagungsvoraussetzungen beseitigen. Dazu müßte ein Wettbewerber die auf dem innerdeutschen Flugmarkt bestehenden Marktzutrittsschranken tatsächlich überwinden und dauerhaft als Konkurrent überleben³⁷⁹.

Beim zweiten Teil der Auflagen, der den innerdeutschen Linienflugverkehr betrifft, handelt es sich um Veräußerungsauflagen, soweit Start- und Landerechte abgegeben werden sollen. Die Öffnung des Bonusprogrammes Miles & More ist hingegen eine Auflage zur Marktöffnung.

q) Dentsply/Degussa³⁸⁰

Die Dentsply International Inc. plante den indirekten Erwerb des gesamten Dentalbereichs der Degussa AG, der in Deutschland von Degussa Dental und im Ausland von verschiedenen Tochtergesellschaften von DH Zweite Vermögensverwaltungs-GmbH, einer reinen Holdinggesellschaft, betrieben wird.

³⁷⁷ Monopolkommission, Hauptgutachten VII, Tz. 426; Uhlig, Zusagen, S. 85.

³⁷⁸ BKartA TB 1975, S. 35 „Ruhrkohle/Rüttgerswerke/CMT“.

³⁷⁹ Vgl. bereits den ähnlichen Zusagenfall bei „Hapag Lloyd/Bavaria Germanair“ TB 1978, S. 78 bei dem das Bundeskartellamt mit ähnlichen Mitteln erfolgreich versucht hat, einen Wettbewerber aufzubauen.

³⁸⁰ BKartA, Beschluß vom 27. September 2001, B4-69/01.

Das Bundeskartellamt hatte Bedenken, daß durch den Zusammenschluß die Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung in der Zahnprothetik für Edelmetallegierungen, eintreten könnte. Für den Werkstoff Verblendkeramik wäre ohne Zweifel die Verstärkung einer bereits bestehenden Marktbeherrschung festzustellen gewesen.

Die Bedenken des Bundeskartellamts hinsichtlich der Metallegierungen wurden durch die Dentsply aufgegebene Auflage ausgeräumt, ihr Legierungsgeschäft zu veräußern. Im Bereich der Verblendkeramik wurde als Auflage verfügt, eine gesamte Produktlinie zu veräußern, die einen erheblichen Anteil des Umsatzes in diesem Geschäftsbereich ausmachte.

Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung allein unproblematische Veräußerungsaufgaben verwendet. Der Fall wirft aber deshalb Fragen auf, weil das Bundeskartellamt im Bereich der Edelmetallegierungen nur Bedenken hinsichtlich der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zum Ausdruck bringt³⁸¹. Nur Unsicherheiten über das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen reichen aber nicht aus, um in zulässiger Weise Freigaben mit Auflagen verbinden zu können³⁸².

r) Trienekens/remex³⁸³

Die Trienekens AG (Trienekens), ein im Bereich der Sammlung und des Transports von Abfällen tätiges Unternehmen, beabsichtigte, sämtliche Anteile an der remex Baustoff Recycling AG (remex) zu erwerben, die im Bereich der Aufbereitung und Wiederverwertung von Baureststoffen und industriellen Rückständen tätig ist.

Das Bundeskartellamt nimmt die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung von Trienekens durch den Erwerb von remex auf dem Markt des Recyclings mineralischer Stoffe im westlichen Nordrhein-Westfalen aufgrund von Marktanteilsaddition an. Auf dem räumlichen Markt Chemnitz für das Recycling mineralischer Baustoffe sei darüber hinaus eine Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung von remex aufgrund Verstärkung der Finanzkraft und verbesserten Zugangs zu den Kunden in allen Entsorgungsbereichen zu erwarten. Weiterhin komme es zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt des Recyclings von Baustellenmischabfällen (das sind nichtmineralische Stoffe wie Holz, Dämmstoffe, Installationsmaterial, Klebstoffe, Kunststoffe, Lacke, Papier/Pappe, Textilien etc.) in Nordrhein-Westfalen.

Zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen hat das Bundeskartellamt eine Reihe von Auflagen verfügt. Kern dieser Auflagen ist die Veräußerung

³⁸¹ BKartA, Beschluß vom 27. September 2001, B4-69/01, Tz. 85.

³⁸² Vgl. 1. Kapitel 3.

³⁸³ BKartA, Beschluß vom 26. November 2001, B10-131/01.

mehrerer Tochtergesellschaften und Betriebsstätten, um damit die Marktanteile erheblich abzuschmelzen. Daneben haben die Zusammenschlußbeteiligten sämtliche gesellschaftlichen Verflechtungen mit den zu veräußernden Unternehmen und deren Erwerbern aufzulösen, um so die Unabhängigkeit der zu veräußernden Unternehmen bzw. Betriebsstätten zu gewährleisten. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt einige Durchführungsauflagen verfügt. Diese betreffen u.a. eine nähere Festlegung der Erwerber, ein Zustimmungserfordernis des Kartellamts, die Sicherstellung der uneingeschränkten Funktionsfähigkeit der zu veräußernden Gesellschaften bzw. Betriebsstätten und die Durchführungsfristen.

s) **Shell/DEA**³⁸⁴

Bei dem gemäß Art. 9 Abs. 1 FKVO teilweise von der Kommission an das Bundeskartellamt überwiesenen Zusammenschlußvorhaben beabsichtigte die Deutsche Shell GmbH (Shell), ihr inländisches Mineralölgeschäft in die DEA Mineralöl AG (DEA) einzubringen, und sich mit zunächst 50 % und später mehrheitlich an der DEA zu beteiligen.

aa) Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt erwartete durch den Zusammenschluß die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlußbeteiligten durch Bildung eines Oligopols auf dem inländischen Tankstellenmarkt sowie auf den Inlandsmärkten für Flugturbinentreibstoff.

bb) Nebenbestimmungen

Zur Beseitigung dieser Freigabehindernisse hat das Bundeskartellamt auf Vorschlag der Zusammenschlußbeteiligten im wesentlichen als Auflage die Veräußerung von Straßentankstellen verfügt, wobei die Veräußerung an mehrere - auch mittelständische - Unternehmen, dergestalt zu erfolgen hat, daß keine marktbeherrschende Stellung entsteht. Um die Lebensfähigkeit der Tankstellen zu gewährleisten, wird den Zusammenschlußbeteiligten der Abschluß von detailliert dargestellten Belieferungsverträgen für Kraftstoff mit einer Laufzeit von fünf Jahren auferlegt. Um die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Flugturbinenkraftstoff zu verhindern, haben die Zusammenschlußbeteiligten zudem Dritten für einen Zeitraum von zehn Jahren die Bereitstellung von Kraftstoff an Flughäfen zu gewähren. Diesen Dritten müssen zudem Durchsatzrechte für Pipelines zur Lieferung des Turbinenkraftstoffes an die Flughäfen gewährt werden.

³⁸⁴ BKartA, Beschluß vom 19. Dezember 2001, B8-120/01.

cc) Beurteilung

Die Veräußerungsaufgabe stellt kein Problem dar. Bei der Auferlegung von Belieferungspflichten handelt es sich allerdings um die Bestimmung eines Marktverhaltens, das Ähnlichkeiten zu dem oben unter p) dargestellten Fall „Lufthansa/Eurowings“ aufweist. Im Fall „Lufthansa/Eurowings“ diente ein Teil der Auflagen dazu, die Lebensfähigkeit eines neu zu schaffenden Konkurrenten sicherzustellen, z.B. durch Festlegung der Sitzplatzkapazitäten, der Flugfrequenzen und durch Einhaltung eines Mindestabstandes bei den Abflugzeiten. Die Belieferungsverpflichtung hier im Fall „Shell/DEA“ dient der Erhaltung der Lebensfähigkeit der Tankstellen und soll daher die Durchführung der Veräußerung der Tankstellen ermöglichen. Gleichzeitig stellt sie aber einen Eingriff in die Handlungsfreiheit der Unternehmen dar. Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Auflage, die eine laufende Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt zur Folge hat. Auch hier handelt es sich um eine Durchführungsaufgabe, die allein dazu dient, die verkauften Tankstellen lebensfähig zu halten. Es ist aber zu bezweifeln, daß die Verhaltenskontrolle tatsächlich unbedingt erforderlich ist. Auch ohne die Belieferungspflichten können die Tankstellen am Markt ihren Treibstoff beziehen und bei Weigerung durch die Mineralölhersteller ggf. über §§ 19, 20 oder 21 vorgehen. Gegen ihre Zulässigkeit spricht auch, daß die Belieferungspflicht anders als das Wettbewerbsverbot der Unternehmens(teil)veräußerung nicht vollständig untergeordnet ist und regelmäßig mit ihr einhergeht³⁸⁵.

Die letztgenannte Auflage, die den Zusammenschlußbeteiligten aufgibt, Dritte für einen Zeitraum von zehn Jahren mit Flugturbinentreibstoff zu beliefern, betrifft allein ein Marktverhalten. Da es sich um eine Hauptaufgabe handelt, die allein und ohne das Zusammenspiel mit weiteren Auflagen die Freigabehindernisse auf dem inländischen Markt für Flugturbinentreibstoff beseitigen soll, verstößt sie gegen das Verbot laufender Verhaltenskontrolle nach § 40 Abs. 3 S. 2.

t) BP/E.ON³⁸⁶

In dem ebenfalls gemäß Art. 9 FKVO von der Kommission an das Bundeskartellamt verwiesenen Zusammenschlußvorhaben beabsichtigte die BP p.l.c. (BP) 51 % der Veba Oel AG (Veba), eine 100%ige Tochter der E.ON AG, zu erwerben, wobei der E.ON AG eine dauerhafte Verkaufsoption für die ihr verbleibenden 49 % an der Veba eingeräumt wird. Veba vertreibt ihre Mineralölprodukte über die Tochtergesellschaft Aral AG & Co. KG.

Ebenso wie im zuvor dargestellten Fall Shell/DEA ging das Bundeskartellamt davon aus, daß die Zusammenschlußbeteiligten durch Bildung eines Oligo-

³⁸⁵ Vgl. dazu 1. Kapitel 8. b) aa).

³⁸⁶ BKartA, Beschluß vom 19. Dezember 2001, B8-130/01.

pols auf dem inländischen Tankstellenmarkt sowie auf den Inlandsmärkten für Flugturbinentreibstoff eine marktbeherrschenden Stellung erlangen würden.

Zur Abhilfe verfügte das Bundeskartellamt von den Beteiligten vorgeschlagene Auflagen, die weitestgehend denen des vorgenannten Falles Shell/DEA entsprechen. Beide Vorhaben wurden fast zeitgleich beim Bundeskartellamt angemeldet und beschieden und sind daher auch inhaltlich miteinander abgestimmt. Neben der Veräußerung von Straßentankstellen beinhalteten die Auflagen auch die Veräußerung von 45 % der Anteile an einer Raffinerie und Belieferungspflicht für Flugturbinentreibstoff für einen Zeitraum von drei Jahren.

Die letztgenannte als Marktöffnungsaufgabe zu qualifizierende Nebenbestimmung betrifft eindeutig allein ein Marktverhalten und ist als Hauptaufgabe rechtswidrig, weil sie die unternehmerische Handlungsfreiheit in sehr starkem Maße beschränkt. Ebenso unzulässig ist die Pflicht, die Tankstellenerwerber mit Treibstoffen zu beliefern. Zwar handelt es sich vordergründig um eine Durchführungsaufgabe, sie kann aber nicht die im 1. Kapitel unter 6. b) aa) dargestellten engen Voraussetzungen erfüllen, um vom Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle befreit zu sein, denn eine Belieferungsverpflichtung ist nicht zwingend notwendig, um erfolgreich die Tankstellen zu veräußern.

2. Fallgruppen der Hauptnebenbestimmungen

Nach der kurzen Skizzierung der bisher vom Bundeskartellamt verwandten Bedingungen und Auflagen ist zusammenfassend deren Einteilung in Fallgruppen vorzunehmen. Gegenüber der alten Zusagenpraxis des Bundeskartellamts gibt es – v.a. aufgrund der spezifischen Marktgegebenheiten – einige inhaltlich noch nicht angewandte Bedingungen und Auflagen, während andere früher verwendete Zusagen nicht mehr zur Beseitigung der Untersagungs-voraussetzungen benutzt werden.

a) Veräußerungsnebenbestimmungen

Die Veräußerungsnebenbestimmungen entsprechen in ihrer Gänze den Veräußerungszusagen und haben in der Art ihrer Anwendung keinerlei Änderung erfahren. Ihre Zulässigkeit ist unstrittig.

b) Nebenbestimmungen zur Einflußbegrenzung

Die Nebenbestimmungen zur Einflußbegrenzung werden in ihrer ursprünglich in den Zusagen enthaltenen Form kaum mehr verwendet. Insbesondere hat das Bundeskartellamt nur im Fall „RWE/VEW“ eine Beschränkung der Stimmrechtsausübung und einen Verzicht auf Geschäftsführerposten und Bei-

ratsmandate angeordnet³⁸⁷. Diese Auflage hatte jedoch neben der Fülle von anderen Auflagen in dem besagten Fall nur eine untergeordnete Bedeutung. Eine personelle bzw. gesellschaftsrechtliche Entflechtung mittels Auflagen hat ansonsten noch in den Fällen „Habet/Lekkerland“³⁸⁸ und „Trienekens/remex“³⁸⁹ statt gefunden. Ein Stimmrechts- und Mandatsverzicht ist jedenfalls dann zulässig und verstößt nicht gegen das Verbot der Verhaltenskontrolle, wenn er durch Änderung des Gesellschaftsvertrages erfolgt. Es kann im Einzelfall aber fraglich sein, ob dadurch die Untersagungsvoraussetzungen beseitigt werden. Zwar mögen die Einflußmöglichkeiten nach einem derartigen Verzicht nicht mehr gesellschaftsrechtlich verankert sein, eine Einflußmöglichkeit kann aber auch aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit gegeben sein, so daß auch die Erfüllung der fraglichen Auflage an den tatsächlichen Verhältnissen nichts ändert.

c) Nebenbestimmungen zur Marktöffnung

Die Marktöffnungsnebenbestimmungen entsprechen inhaltlich den vormaligen Öffnungszusagen. Dies betrifft zunächst einmal den Bereich der Know-how-Regelung durch Lizenzvergabe. Erst zum Schluß des untersuchten Zeitraums hat das Bundeskartellamt in seinen Freigaben den Unternehmen Belieferungspflichten auferlegt. Dies betraf die Fälle „Shell/DEA“ und „BP/E.ON“. Das Bundeskartellamt sollte in Zukunft auf Auflagen mit Belieferungspflichten verzichten, weil sie gegen das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle verstoßen. Diese Forderung wird durch die Kritik in der Literatur bei den ehemals entgegengenommenen Zusagen dieser Art unterstrichen. Jedoch hat das Bundeskartellamt im Fall „RWE/VEW“ auch das Gegenstück zu den Belieferungsverpflichtungen verwendet, nämlich eine Abnahmepflicht. Sie dürfte genauso unzulässig sein, wie die Belieferungsverpflichtungen, da sie allein ein Marktverhalten regelt. Auch auf Abnahmeverpflichtungen sollte das Bundeskartellamt daher verzichten.

Gänzlich neuartig sind dagegen die Regelungen zur Öffnung des Strommarktes. In diesem Bereich spielte sich die Mehrzahl der Zusammenschlüsse ab, die unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden sind³⁹⁰. Das Bun-

³⁸⁷ Vgl. oben 1. f).

³⁸⁸ Vgl. oben 1. b).

³⁸⁹ Vgl. oben 1. r).

³⁹⁰ Dieser Umstand erklärt sich laut Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 376 aus der vorgenommenen Liberalisierung des Strommarktes. Durch das EnWG vom 24.4.1998 wurde im zuvor monopolisierten Strommarkt durch eine Verpflichtung der Unternehmen zur Stromdurchleitung von Konkurrenten Wettbewerb ermöglicht. Der Stromsektor in Deutschland, mit ungefähr 1000 Unternehmen im Jahre 1998 im internationalen Vergleich sehr zersplittert, bedürfe dringend einer Neustrukturierung, bei der am Ende deutlich weniger Unternehmen existieren, um die Unternehmen im Wettbewerb lebensfähig zu erhalten.

deskartellamt hatte die ursprünglich monopolistischen Strukturen auf den Strommärkten noch am Ende seiner Zusagenpraxis in den Jahren 1996/97 mit Beginn der Konzentrationstendenzen in diesem Bereich besonders zu berücksichtigen. Dies geschah durch Zusagen, in denen die Unternehmen auf Ausschließlichkeitsrechte aus Konzessionsvereinbarungen mit den Gemeinden ihrer jeweiligen Versorgungsgebiete und auf den Abschluß von bzw. die Rechte aus Demarkationsvereinbarungen mit dritten Energieversorgern verzichteten³⁹¹.

Als ebenfalls neuartige Maßnahme wurde in einem Fall einem am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen der Austritt aus einem genehmigten Kartell auferlegt³⁹². Ähnlich war die Auflage, einen Lieferungsvertrag zu kündigen, der ebenfalls das Wettbewerbsverhältnis der Vertragspartner beeinträchtigte³⁹³. Beide Auflagen sind am ehesten in die Fallgruppe der Marktöffnung einzuordnen.

3. Entwicklung der Fusionskontrollverfahren

In den ersten drei Jahren nach Einführung der Nebenbestimmungskompetenz in § 40 Abs. 3 S. 1 läßt sich feststellen, daß der Anteil der Zusammenschlußvorhaben, die in das Hauptprüfverfahren eintreten, stark gesunken ist³⁹⁴. Dies dürfte v.a damit zusammenhängen, daß durch den Eintritt in das Hauptprüfverfahren Klagemöglichkeiten für Dritte eröffnet werden, die bei einer Freigabe im Vorprüfverfahren nicht bestehen. Unternehmen, die einen Zusammenschluß planen, sondieren daher verstärkt vorab beim Bundeskartellamt, unter welchen Voraussetzungen eine schnelle Freigabe im Vorprüfverfahren zu erlangen ist, gegen die eine Klage Dritter nicht zu erwarten ist³⁹⁵. Damit hängt möglicherweise auch zusammen, daß zunehmend weniger Untersagungsverfügungen ergangen sind. Während in den Jahren vor der 6. GWB-Novelle noch durchschnittlich drei bis vier Untersagungen pro Jahr – im Berichtszeitraum 1997/98³⁹⁶ gab es zehn, 1995/96³⁹⁷ sieben, 1993/94³⁹⁸ sieben und 1991/92³⁹⁹ vier Untersagungen - erlassen wurden, waren es in den ersten

³⁹¹ TB 1995/96 „TWS/NW“ S. 49; Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 379.

³⁹² BKartA, Beschluß vom 13. Januar 1999, B9-184/98, WuW/E DE-V 122 „WITASS“.

³⁹³ BKartA, Beschluß vom 25. Februar 1999, B9-164/98, WuW/E DE-V 116 „Habet/Lekkerland“.

³⁹⁴ Statt der bisherigen 10 % (vgl. dazu nur Wiedemann-Richter § 21 Rn. 76) sind seit 1999 nur noch ca. 2,5 % der Zusammenschlußvorhaben im Hauptprüfverfahren zum Abschluß gekommen.

³⁹⁵ Dobler, Schwerpunkte 1999, S. 47.

³⁹⁶ TB 1997/98, S. 170.

³⁹⁷ TB 1995/96, S. 159.

³⁹⁸ TB 1993/94, S. 151.

³⁹⁹ TB 1991/92, S. 149.

drei Jahren nach Einführung der Nebenbestimmungskompetenz für das Bundeskartellamt insgesamt nur fünf⁴⁰⁰. Dagegen hat das Bundeskartellamt 1999 fünf und 2000 vier⁴⁰¹ und 2001 elf Freigaben mit Nebenbestimmungen verfügt. Dieser Zahlenwert ist etwas höher als der in der Vergangenheit für Zusagenfälle⁴⁰².

Es ist jedoch fraglich, ob aus diesen Zahlen ein Rückschluß auf die Entwicklung der Fusionskontrolle gezogen werden kann. M.E ist dies nicht möglich. Insbesondere die Umstrukturierung auf dem Energiesektor, die durch die Liberalisierung von Strom- und Gasmärkten mit Erlaß des EnWG und Schaffung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 nötig geworden ist, hat zu einer Fülle von Zusammenschlüssen geführt, die wegen der monopolistischen Strukturen in vielen Fällen eine – wenn auch häufig nur marginale – Verstärkung bereits bestehender marktbeherrschender Stellungen zur Folge haben, so daß die Zahl problematischer Fälle, die nicht mit einer uneingeschränkten Freigabe beendet werden können, entsprechend gestiegen ist. Eine Prognose für die Zukunft läßt sich daher auch nur schwerlich anstellen. Insbesondere kann die Bedeutung der Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts nicht abgeschätzt werden. Ob und in welchem Umfang in Zukunft Untersagungen angesichts der Möglichkeit von Freigaben mit Nebenbestimmungen ergehen werden, ist ebenfalls nicht vorhersehbar. Es ist allerdings anzunehmen, daß nur in den Fällen, in denen in den Haupttätigkeitsbereichen der sich zusammenschließenden Unternehmen bereits marktbeherrschende Stellungen bestehen und jeder weitere Erwerb diese Stellungen verstärkt, es kaum Möglichkeiten geben wird, die Freigabevoraussetzungen durch die Veräußerung von Unternehmensteilen zu erreichen⁴⁰³. Hierin besteht jedoch kein Unterschied zu den vormaligen Zusagen. Die Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts hat aber eine solide gesetzliche Grundlage, gerichtliche Überprüfungen der Nebenbestimmungen sind kaum zu erwarten und Probleme bei der Durch-

⁴⁰⁰ TB 1999/2000, S. 208; s. auch die veröffentlichten Entscheidungen unter www.bundeskartellamt.de.

⁴⁰¹ TB 1999/2000, S. 208.

⁴⁰² Vgl. die Übersicht bei Monopolkommission, Hauptgutachten XIII, S. 316 ff. In 23jähriger Praxis hat das Bundeskartellamt 67 Zusagen angenommen, wobei in der Zeit 1994 - 1996 die Praxis unterbrochen wurde wegen der Kündigung des Zusagenvertrages im Fall Krupp/Hoesch. Im Durchschnitt hat das Bundeskartellamt pro Jahr drei Zusagenverträge geschlossen. Nur im Jahre 1998 weicht die Zahl mit elf erheblich vom Durchschnittswert ab.

⁴⁰³ In den Jahren 1999/2000 gab es 45 Fälle, bei denen Zusammenschlußvorhaben aufgrund einer Vorprüfung durch das Bundeskartellamt oder nach einer Anmeldung aufgegeben, modifiziert oder ohne förmliche Untersagung aufgelöst wurden. Das Bundeskartellamt wertet diese Zahlen als Zeichen der Wirksamkeit der Fusionskontrolle, da diese Fälle erhebliche wettbewerbliche Bedenken im Sinne der Untersagungs Voraussetzungen aufwarfen, s. TB 1999/2000, S. 15.

setzbarkeit der Nebenbestimmungen bestehen ebenfalls nicht⁴⁰⁴. Daher könnte die Neigung des Bundeskartellamts zu Freigaben mit Nebenbestimmungen gegenüber der Nichtuntersagung unter einer Zusage höher sein. Diese Vermutung wird durch Entscheidungen wie „RWE/VEW“ und „Lufthansa/Eurowings“ gestützt, bei denen das Bundeskartellamt nur durch eine Fülle von Auflagen bzw. Bedingungen zu einer Beseitigung der Freigabehindernisse kommt, die zudem in großen Teilen Grenzfälle zur laufenden Verhaltenskontrolle sind. Es ist jedoch zu beachten, daß es auch von der einzelnen Beschlußabteilung abhängt, wie großzügig das Bundeskartellamt Bedingungen und Auflagen verwendet.

⁴⁰⁴ Vgl. 4. Kapitel 1.

4. Kapitel: Durchsetzung der Nebenbestimmungen und Rechtsschutz für die Zusammenschlußbeteiligten

1. Durchsetzung der Nebenbestimmungen einer Freigabeverfügung durch das Bundeskartellamt

Die Monopolkommission hat in ihrem 13. Hauptgutachten geäußert, daß „in Anbetracht der Rechtsfolgen „... deutlich (wird), daß insbesondere Auflagen mit denselben Problemen behaftet sind wie die Nachfristzusagen nach altem Recht“⁴⁰⁵. Zwar bezieht die Monopolkommission diese Aussage auf die Schwierigkeiten von ggf. notwendig werdenden Entflechtungsverfahren. Wie aber im 2. Kapitel unter 7. dargestellt wurde, war das Hauptproblem bei der Durchsetzung der Zusagen die rechtliche Zulässigkeit einer Kündigung des Zusagenvertrags mit anschließender Untersagung und darauffolgender Entflechtung. Ob diesbezüglich bei der Durchsetzung der Nebenbestimmungen tatsächlich dieselben Schwierigkeiten auftreten, soll im folgenden untersucht werden.

Unter den mittlerweile erteilten 20 Freigaben mit Nebenbestimmungen gab es bisher noch keinen Fall, bei dem die betroffenen Unternehmen gegen die Nebenbestimmungen verstoßen haben. Es ist aber durchaus denkbar, daß derartige Verstöße in der Praxis noch vorkommen werden⁴⁰⁶. Dies belegt unter anderem ein Blick auf die Zusagenpraxis, bei der z.B. im Fall „Krupp/Hoesch“⁴⁰⁷ die Zusagen nicht in der ursprünglichen Form erfüllt worden sind. Dieses Verhalten erklärt sich vor allem daraus, daß bei Mißachtung der Zusagen und nunmehr der Auflagen vollendete Tatsachen geschaffen werden können, die auch durch ein Entflechtungsverfahren nur schwer rückgängig zu machen sein könnten. Außerdem ist denkbar, daß sich im Einzelfall die Prognose des Bundeskartellamts nach Ansicht der betreffenden Unternehmen im Nachhinein als falsch herausstellt und die wirtschaftliche Entwicklung der Unternehmen trotz des Zusammenschlusses keine marktbeherrschende Stellung entstehen läßt oder verstärkt. Sind die Unternehmen im konkreten Fall dieser Ansicht, könnte es vorkommen, daß sie sich an die Bedingungen oder Auflagen nicht gebunden fühlen.

a) Verstoß gegen Auflagen

Das GWB sieht nur für den Verstoß gegen Auflagen ausdrücklich eine Rechtsfolgenregelung vor. Nach § 40 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 12 Abs. 2 S. 1 Nr.

⁴⁰⁵ Monopolkommission, Hauptgutachten XIII, Tz. 517.

⁴⁰⁶ So auch Lentfer, WuW 1998, S. 227.

⁴⁰⁷ TB 1991/92, S. 136; s. auch Monopolkommission, Hauptgutachten XII, Tz. 374, Hauptgutachten XI, Tz. 643 ff.

2 kann die Freigabe im Falle eines Zuwiderhandelns gegen die Auflagen durch Anordnung von weiteren Bedingungen und Auflagen geändert oder widerrufen werden. Dies sind aber nicht die einzigen Mittel. Hinzu kommt noch die Möglichkeit einer Verhängung von Bußgeldern nach § 81. Daneben könnte auch noch der allgemeine Verwaltungszwang anwendbar sein.

aa) Bußgeld

Gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 5 stellt der Verstoß gegen vollziehbare Auflagen eine Ordnungswidrigkeit dar, die bußgeldbewehrt ist. Dabei stellt nach dem klaren Wortlaut der Norm nur der Verstoß gegen Auflagen, nicht aber auch die Herbeiführung einer auflösenden Bedingung⁴⁰⁸ eine Ordnungswidrigkeit dar⁴⁰⁹. Dies hängt mit den unter b) noch darzustellenden schärferen Rechtsfolgen bei Eintritt der auflösenden Bedingungen zusammen.

Bei der Bußgeldbewehrung handelt es sich um ein Mittel der präventiven Durchsetzung der Auflagen. Aufgrund der Höhe des Bußgeldes gemäß § 81 Abs. 2 von bis zu einer Million Deutsche Mark oder einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des Mehrerlöses kann eine abschreckende Wirkung auf die Unternehmen ausgehen. Die Mehrerlösabschöpfung wird überdies kaum eine Rolle spielen. Mehrerlös bedeutet Mehrumsatz und zwar die Differenz zwischen den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Auflagenverstößes erzielt wird und den Einnahmen, die ohne den Verstoß erzielt worden wären⁴¹⁰. In vielen Fällen wird kaum festzustellen sein, ob überhaupt ein Mehrerlös erzielt worden ist. Beim Verstoß gegen eine Veräußerungsaufgabe wird zwar ein Mehrerlös regelmäßig vorliegen, ein Bußgeld erfordert jedoch auch fahrlässiges Handeln. In der Praxis werden die Veräußerungsfristen allenfalls wegen der Unveräußerlichkeit des betreffenden Unternehmens oder Unternehmensanteils überschritten werden. Die Unveräußerlichkeit führt jedoch zu einem Ausschluß der Fahrlässigkeit.

bb) Allgemeine Verwaltungsvollstreckung

Das allgemeine Verwaltungsvollstreckungsrecht bietet verschiedene Möglichkeiten zur Erzwingung von Handlungen, nämlich die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld und den unmittelbaren Zwang. Für die Durchsetzung von kartellbehördlichen Verwaltungsakten kann aber nur dann auf das allgemeine Recht

⁴⁰⁸ Bei Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung liegt eine Ordnungswidrigkeit nur bei einem Vollzug des Zusammenschlusses vor, weil die Unternehmen dann nämlich gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 S. 1 verstoßen.

⁴⁰⁹ Eine analoge Anwendung verbietet sich aufgrund der Garantiefunktion des Tatbestandes, die durch Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geboten ist und auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt, s. statt aller Rogall in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG* § 3 Rn. 1 f.

⁴¹⁰ WuW/E BGH 2718, 2719; s. auch Bechtold § 81 Rn. 25.

zurückgegriffen werden, wenn aufgrund lückenhafter Spezialregelungen das Kartellrecht seiner bedarf⁴¹¹.

(1) Zwangsgeld

Nach § 11 VwVG kann nach vorheriger Androhung und Festsetzung ein Zwangsgeld – auch mehrfach hintereinander – verhängt werden, wenn vom Verpflichteten eine Handlung vorgenommen, geduldet oder unterlassen werden soll. Gemäß § 11 Abs. 3 VwVG darf das Zwangsgeld jedoch höchstens DM 2000,- betragen. Das Zwangsgeld wäre für die Durchsetzung von Auflagen – hier wird es regelmäßig um die Vornahme von Handlungen gehen – im Fusionskontrollrecht aufgrund seiner geringen Höhe ungeeignet, Unternehmen zur Erfüllung von Auflagen zu zwingen.

(2) Ersatzvornahme

Eine Ersatzvornahme liegt dann vor, wenn eine Handlung an Stelle des Pflichtigen auf dessen Kosten von einem Dritten im Auftrag der Vollzugsbehörde vorgenommen wird⁴¹². Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist, daß die vorzunehmende Handlung vertretbar ist, die Vornahme durch einen Dritten also rechtlich zulässig ist und es für den Betroffenen tatsächlich und wirtschaftlich gleich bleibt, ob er oder ein anderer die Handlung vornimmt⁴¹³. Eine Ersatzvornahme kommt zumindest bei den vom Bundeskartellamt bisher verfüigten Auflagen nicht in Betracht, um diese durchzusetzen. So ist z.B. bei einer Veräußerungsaufgabe eine Vielzahl von Faktoren für die konkrete Ausgestaltung des Veräußerungsgeschäfts zu berücksichtigen, die in den Kernbereich der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit reicht⁴¹⁴. Insofern führt eine Ersatzvornahme das Bundeskartellamt bei der Durchsetzung der Auflagen nicht weiter.

(3) Unmittelbarer Zwang

Unmittelbarer Zwang liegt vor, wenn die Behörde den Pflichtigen zu einer Handlung zwingt oder selbst die Handlung vornimmt. Bei den bisherigen Auflagen bedurfte es zu ihrer Erfüllung stets der Abgabe einer Willenserklärung, wie z.B. zur Veräußerung von Unternehmensteilen, dem Abschluß von Lizenzverträgen oder der Abgabe von rechtsverbindlichen Erklärung über die Durchleitung von Gas. Allerdings fehlt dem VwVG eine besondere Erzwingungsform für die Abgabe von Willenserklärungen, die wie § 894 ZPO fingiert, daß eine Erklärung, zu deren Abgabe jemand durch einen Verwaltungs-

⁴¹¹ Vgl. 1. Kapitel 1. c).

⁴¹² Engelhardt/App § 10 VwVG Nr. 1a.

⁴¹³ Engelhardt/App § 10 VwVG Nr. 2a.

⁴¹⁴ Lentfer, WuW 1998, S. 228 f.

akt verpflichtet worden ist, mit Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes als abgegeben gilt⁴¹⁵. Sie scheidet demnach als Durchsetzungsmittel aus. Eine Selbstvornahme durch das Bundeskartellamt kommt ebenso wie bei einer unter (2) dargestellten Fremdvornahme nicht in Betracht, weil die Auflagen stets Geschäftsführungsmaßnahmen erfordern.

Somit läßt sich abschließend sagen, daß auf das allgemeine Verwaltungsrecht bei Fragen der Durchsetzung von Auflagen mangels geeigneten Instrumentariums nicht zurückgegriffen werden kann⁴¹⁶.

cc) Möglichkeiten nach § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2

Das GWB selbst enthält in §§ 40 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 eine Spezialregelung zur Durchsetzung von Auflagen von fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügungen. Darin eröffnet das Gesetz dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, die Freigabe durch Anordnung von Bedingungen und Auflagen zu ändern oder – wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips als ultima ratio – die Freistellung zu widerrufen.

Voraussetzung für die Anwendung von § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ist, daß die beteiligten Unternehmen einer Auflage zuwidergehandelt haben. In der Praxis sind dies vor allem Handlungspflichten⁴¹⁷, wie z.B. die Veräußerung von Unternehmensteilen oder Vermögenswerten oder die Abgabe von rechtsverbindlichen Erklärungen in den Fällen eines Zusammenschlusses von Energieversorgern. Unterlassungspflichten sind bisher kaum ausgesprochen worden. So mußte es im Fall „WITASS“ die Transportacion Maritima Mexicana unterlassen, Mitglied in einer Schifffahrtskonferenz zu werden⁴¹⁸. Im Fall Lufthansa/Eurowings“ hat das Bundeskartellamt der Lufthansa die Unterlassungspflicht auferlegt, Flugfrequenzen zu erhöhen oder den zeitlichen Abstand zwischen eigenen Flügen und Flügen des Konkurrenten EAE zu verkürzen⁴¹⁹. Unterlassungspflichten führen zudem häufig nahe an eine verbotene Verhaltenskontrolle wie z.B. beim Zusagenrecht im Fall „Ruhrkohle/Rüttgerswerke/CMT“ die Zusage, einen Konkurrenten nicht zu beeinträchtigen⁴²⁰. Bei den Freigabeverfügungen im Fusionskontrollrecht kommen daher die Durchsetzungsmittel des § 12 zur Anwendung, sobald die Erfüllungsfristen für die vorzunehmenden Handlungen verstrichen sind. Es kommt dabei auch im Falle eines Widerrufs der Freigabe nicht auf ein Verschulden der

⁴¹⁵ Thomas, DVBl 1961, S: 906 f.; Engelhard/App § 10 VwVG Nr. 3.

⁴¹⁶ A.A. ohne nähere Begründung GK-Harms, 4. Auflage, § 24 Rn. 1244; IM-Immenga § 12 Rn. 73; Lentfer, WuW 1998, S. 227 f.

⁴¹⁷ Umgekehrt ist das Verhältnis bei Auflagen von Kartellfreistellungen nach § 12, FK-Bunte § 12 Rn. 111.

⁴¹⁸ Vgl. 3. Kapitel 1. a) bb).

⁴¹⁹ Vgl. 3. Kapitel 1. p) bb).

⁴²⁰ BKartA TB 1975, S. 35.

Unternehmen an, denn der Widerruf dient nur der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands⁴²¹. Finden also die mit einer Veräußerungsaufgabe beschwerten Unternehmen nicht rechtzeitig einen Käufer, so müssen sie mit der Verhängung weiterer Nebenbestimmungen oder gar mit dem Widerruf der Freigabe rechnen. Es bedarf aber vor der Durchführung derartiger Maßnahmen einer Abmahnung⁴²². Die Auflagen müssen darüber hinaus unanfechtbar sein, weil vorher ihr rechtlicher Bestand noch nicht gesichert ist⁴²³.

Ein Widerruf der Freigabe kommt aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips nur als ultima ratio in Betracht, wenn eine Anordnung von weiteren Nebenbestimmungen die Durchsetzung der Auflagen nicht ermöglicht. So wird bei einem Verstoß gegen Berichtsaufgaben ein Widerruf der Freigabe im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz regelmäßig ausscheiden⁴²⁴. Die Freigabe wird dagegen dann regelmäßig zu widerrufen sein, wenn sich die Unternehmen weigern, die Hauptauflagen zu erfüllen.

Der Widerruf der Freigabe kann aber nur der erste Schritt bei der Durchsetzung der Auflagen sein. Denn im Regelfall wird zum Zeitpunkt des Zuwiderhandelns gegen die Auflagen der Zusammenschluß bereits vollzogen sein. Der Widerruf allein beseitigt aber nicht die Marktstrukturverschlechterungen, die die Schwelle von § 36 Abs. 1 überschreiten. Vielmehr muß der Zusammenschluß entflochten werden. Allerdings muß der Freigabewiderruf unanfechtbar geworden sein. Dies ergibt sich aus § 64 Abs. 1, wonach in diesen Fällen eine Beschwerde aufschiebende Wirkung hat. Weil ein Freigabewiderruf aber nur erfolgen kann, wenn die Auflage, gegen die verstoßen wurde, bestandskräftig ist, kann in einer Beschwerde gegen den Widerruf nur das Vorliegen der Widerrufsvoraussetzungen, also die Frage nach einer Zuwiderhandlung gegen die Auflage und die Verhältnismäßigkeit des Widerrufs, gerichtlich überprüft werden. Die wettbewerblichen Feststellungen, die das Bundeskartellamt in der mit Auflagen versehenen Freigabeentscheidung getroffen hat, sind bei einer Beschwerde gegen einen Freigabewiderruf einer Überprüfung entzogen, weil diese Fragen einem anderen Verfahren zugeordnet sind.

Bei der Auflösungsverfügung sind allerdings zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen auf dem Markt zu berücksichtigen, so daß gemäß § 41 Abs. 3 S. 3 die Wettbewerbsbeschränkung auch auf andere Weise als durch die Wiederherstellung des früheren Zustands beseitigt werden kann.

⁴²¹ Greiffenhagen, S. 230 f.; IM-Immenga § 12 Rn. 71; FK-Bunte § 12 Rn. 111; Loewenheim/Belke § 11 a.F. Rn. 23.

⁴²² IM-Immenga § 12 Rn. 72.

⁴²³ Loewenheim/Belke § 11 a.F. Rn. 23; IM-Immenga § 12 Rn. 72.

⁴²⁴ Vgl. Loewenheim/Belke § 11 a.F. Rn. 23

Dagegen ist die Meinung abzulehnen, wonach vor einer Entflechtung erneut ein Fusionskontrollverfahren mit abschließender Untersagungsverfügung vorzunehmen ist⁴²⁵. In der Literatur wird dabei der Rechtsgedanke von § 40 Abs. 6 herangezogen, wonach ein Untersagungsverfahren mit der Fristbindung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 erneut stattzufinden hat. Dies würde im Falle des Widerrufs der Freigabe nach einem Verstoß der Unternehmen gegen bestehende Auflagen dazu führen, daß das Bundeskartellamt vor einer Entflechtung eine Untersagung zu erlassen hat. Dem ist jedoch zu widersprechen. Da ein Widerruf erst ergehen kann, wenn die Auflage, gegen die verstoßen wurde, bestandskräftig ist, setzt das Bundeskartellamt nur geltendes Recht durch. Verlangt man, daß vor einer Auflösungsverfügung ein erneutes Untersagungsverfahren durchgeführt werden muß, so würden die bereits bestandskräftig gewordenen wettbewerblichen Beurteilungen des Bundeskartellamts wieder für die Unternehmen angreifbar gemacht. Gegen das Erfordernis einer zuvor ergangenen Untersagung spricht auch der Wortlaut von § 41 Abs. 3 S. 1, wonach eine Auflösungsanordnung ergehen kann, wenn das Bundeskartellamt die Freigabe widerrufen hat.

b) Verstoß gegen Bedingungen

Für den Fall, daß die Unternehmen die mit der Freigabe verbundenen Bedingungen nicht erfüllen, sieht das Gesetz anders als für Freigaben mit Auflagen keine speziellen Rechtsfolgen vor. Dies hängt damit zusammen, daß Bedingungen „self-executing“ wirken⁴²⁶, also selbst für ihre Durchsetzung sorgen. Dennoch ist es gerechtfertigt, diesen Abschnitt als Frage der Durchsetzung auch von Bedingungen zu betrachten, weil im Falle der auflösenden Bedingung allein durch den Bedingungseintritt ein bereits vollzogener Zusammenschluß noch nicht dem materiellen Erfordernis von § 36 Abs. 1 entspricht. Dem Bundeskartellamt obliegt es also auch bei Verwendung von Bedingungen durch zusätzliche Maßnahmen durchzusetzen, daß am Ende der vollzogene Zusammenschluß keine marktbeherrschende Stellung entstehen läßt oder verstärkt.

aa) Die aufschiebende Bedingung

Solange die Unternehmen eine aufschiebende Bedingung nicht erfüllen, entfaltet die Freigabe keine Wirkung, so daß das Bundeskartellamt auch keine Maßnahmen zur Durchsetzung der Bedingung vornehmen muß. Es kann aber vorkommen, daß die Unternehmen den unter einer aufschiebenden Bedingung freigegebenen Zusammenschluß vor Eintritt der Bedingung und damit vor der

⁴²⁵ Uhlig, WuW 2000, S. 580; ähnlich auch Treeck, Schwerpunkte 1997, S. 56; ähnlich Emmerich § 28 Nr.5 b, der jedenfalls von der Notwendigkeit einer Untersagung ausgeht.

⁴²⁶ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 53.

Wirksamkeit der Freigabe vollziehen. Ein solcher Vollzug führt zu einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 S. 1.

Im Regelfall des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot – Vollzug eines Zusammenschlusses ohne Fusionskontrollverfahren oder zumindest vor Freigabe – ist gesetzliche Folge eines derartigen Verstoßes zunächst nach § 41 Abs. 1 S. 2 die zivilrechtliche Unwirksamkeit aller Rechtsgeschäfte, die zum Vollzug des Zusammenschlusses führen. Nach mittlerweile allgemeiner Meinung handelt es sich um eine schwebende Unwirksamkeit, die erst mit Erlaß der Untersagungsverfügung endgültig wird⁴²⁷. Im Anschluß an die Untersagung hat dann eine Auflösungsverfügung nach § 41 Abs. 3 zu ergehen. Endet das ggf. nachträglich durchgeführte Fusionskontrollverfahren mit einer Freigabe, so wird die schwebende Unwirksamkeit geheilt.

Fraglich ist nun aber, ob die zivilrechtliche Unwirksamkeit auch dann schwebend ist, wenn ein Zusammenschluß im Falle einer aufschiebend bedingten Freigabe vor Erfüllung der aufschiebenden Bedingung vollzogen wird, oder ob der Verstoß gegen das Vollzugsverbot dann anders zu behandeln ist als ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot, wenn eine Freigabe noch gar nicht vorliegt. Schwebend kann die Unwirksamkeit jedoch nur dann sein, wenn es noch eine Möglichkeit der Heilung gibt. Diese Heilung kann nur darin bestehen, daß die aufschiebende Bedingung nach Vollzug des Zusammenschlusses eintritt. Wenn die aufschiebende Bedingung hingegen definitiv ausfällt, so kann es auch keine Heilungsmöglichkeit geben. Vielmehr sind dann alle Rechtsgeschäfte, die zum Vollzug des Zusammenschlusses führen, endgültig unwirksam.

Wie ist in einem solchen Fall weiter zu verfahren? In der Literatur wird vereinzelt vertreten, daß nunmehr ein erneutes Fusionskontrollverfahren stattfinden habe und § 40 Abs. 6 mit seinem Verweis auf die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 S. 2 entsprechend anzuwenden sei⁴²⁸. Ähnliche Stimmen finden sich auch im europäischen Recht. So sei der nachträgliche Wegfall einer Freigabe nicht gleichbedeutend mit einer Untersagung, weil eine Untersagung eine ausdrückliche Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO verlange, die nicht in dem bloßen Wegfall oder Nichteintritt der Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 FKVO, der bedingten Freigabeentscheidung, gesehen werden könne⁴²⁹. Diese Auffassung wird jedoch der Rechtsnatur der Bedingung nicht gerecht, die unmittelbar die Wirkung der Freigabe berührt. Dies ist bereits im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vom Bundeskartellamt zu berücksichtigen, wenn es geeignete Bedingungen oder Auflagen zur Herstellung der Freigabe-

⁴²⁷ WuW/E OLG 1833, 1836 „Bayer-Metzeler“ = BB 1977, S. 766, 767; IM-Mestmäcker/Veelken § 41 Rn. 3; Kleinmann/Bechtold § 24 a Rn. 119 m.w.N.

⁴²⁸ Treeck, Schwerpunkte 1997, S. 56.

⁴²⁹ Fuchs, WuW 1996, S. 269, 279 f.

voraussetzungen bestimmt. Die Bedingung würde ein schwächeres Mittel als die Auflage darstellen, verlangte man ein erneutes Fusionskontrollverfahren mit abschließender Untersagung⁴³⁰. Das Bundeskartellamt hat die Freigabe auch nicht nach § 12 Abs. 2 zu widerrufen, denn ein Widerruf ist nur für die Auflage erforderlich. Durch Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung hat die Freigabe nämlich noch keine Rechtswirkungen entfaltet. Ohne ein erneutes Fusionskontrollverfahren oder einen Freigabewiderruf ist der Zusammenschluß vielmehr sofort gemäß § 41 Abs. 3 aufzulösen, auch wenn sich dies nicht explizit aus dem Wortlaut der Norm ergibt. Man wird dem Bundeskartellamt auch nicht abverlangen können, vor einer Auflösung den Unternehmen z.B. durch vorherige Abmahnung eine weitere Gelegenheit zur Herbeiführung der Bedingung und damit zur Heilung der schwebenden Unwirksamkeit der den Vollzug herbeiführenden Rechtsgeschäfte geben zu müssen. Denn die Unternehmen haben den Eintritt der Freigabewirkungen selbst in der Hand⁴³¹ und werden letztlich regelmäßig wissentlich und willentlich gegen das Vollzugsverbot verstoßen haben. Jedes weitere Entgegenkommen seitens des Bundeskartellamts wäre eine Belohnung für ihre Rechtsuntreue.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß beim vorzeitigen Vollzug ohne Eintritt einer aufschiebenden Bedingung der Verstoß gegen das Vollzugsverbot eine endgültige zivilrechtliche Unwirksamkeit aller Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, dann zur Folge hat, wenn der Eintritt der Bedingung definitiv ausfällt. Ein erneutes Untersagungs-/Freigabeverfahren findet nicht statt. Daraus folgt in der Konsequenz, daß sofort eine Auflösungsverfügung nach § 41 Abs. 3 S. 1 - entsprechend dem Verfahren beim Widerruf einer Freigabe - zu ergehen hat, ohne daß es einer nochmaligen Untersagung bedürfte. In dieser Auflösungsverfügung ist sodann zu berücksichtigen, inwieweit die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung auf schonendere Art und Weise rückgängig gemacht werden kann.

bb) Die auflösende Bedingung

Wird die in der Praxis noch nicht verwendete auflösende Bedingung von den Unternehmen herbeigeführt, hat das Bundeskartellamt ähnlich wie unter aa) dargestellt vorzugehen. Zwar trifft das Gesetz über die Konsequenzen, die das Bundeskartellamt aus dem Eintritt einer auflösenden Bedingung zu ziehen hat, ebenfalls keine Aussage. Erfüllen die betreffenden Unternehmen eine auflösende Bedingung, so fällt jedoch die bereits wirksam gewordene Freigabe nachträglich weg. Allerdings fällt die Freigabewirkung nicht rückwirkend

⁴³⁰ Ähnlich Leibenath, S. 333.

⁴³¹ Siehe 1. Kapitel 8. c).

weg⁴³², sondern nur ex nunc⁴³³. Daher liegt mit Eintritt der auflösenden Bedingung auch kein nachträglicher Verstoß gegen das Vollzugsverbot vor, wenn der Zusammenschluß bereits vollzogen sein sollte. Die Rechtsgeschäfte bleiben also wirksam. Soweit der Zusammenschluß noch nicht vollzogen worden ist, lebt das Vollzugsverbot aber wieder auf⁴³⁴. Es bedarf ebenfalls keines erneuten Fusionskontrollverfahrens mit abschließender Untersagung mehr, da bereits ein Fusionskontrollverfahren durchgeführt wurde. In Anlehnung an die Auflösungsverpflichtung beim Widerruf einer Freigabe nach § 41 Abs. 3 S. 1 hat das Bundeskartellamt auch bei Eintritt einer auflösenden Bedingung sofort eine Auflösungsverfügung zu erlassen⁴³⁵, wobei die marktbeherrschende Stellung auch auf andere Weise abgebaut werden kann als nur durch bloße Rückgängigmachung des vollzogenen Zusammenschlusses. Dadurch ist dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen. Die sofortige Auflösung stellt jedenfalls keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar, weil den Unternehmen die Konsequenzen ihres Handelns bewußt gewesen sind.

c) Ergebnis

Anders als die Zusagen sind die Nebenbestimmungen von Freigabeverfügungen in der Fusionskontrolle nach der 6. GWB-Novelle eindeutig und ohne größere Schwierigkeiten durchsetzbar. In keinem Fall hat bei einem Verstoß gegen die Auflagen oder Bedingungen eine Untersagung zu ergehen. Vielmehr hat das Bundeskartellamt im Falle eines bereits erfolgten Vollzugs eine Auflösungsverfügung zu erlassen und den Zusammenschluß nach § 41 Abs. 3 zu entflechten.

2. Rechtsschutz für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen

Nachdem festgestellt wurde, daß die Durchsetzung der Nebenbestimmungen einer Freigabeverfügung keine größeren Probleme aufwirft, ist nun zu unter-

⁴³² So aber Uhlig, WuW 2000, S. 581. Würde die Freigabewirkung rückwirkend wegfallen, so müßte man konsequenterweise von einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot ausgehen, der nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 eine Ordnungswidrigkeit ist. Daneben stellt nur der Verstoß gegen Auflagen nach § 81 Abs. 1 Nr. 5 auch eine Ordnungswidrigkeit dar, nicht aber die Herbeiführung einer Bedingung. Da der Vollzug des Zusammenschlusses im Fall der auflösenden Bedingung nicht rechtswidrig ist und auch das Herbeiführen des Bedingungseintritts durch das Gesetz kein Unwerturteil abgegeben wird, kann nicht durch die Figur der Rückwirkung die Erfüllung der Bedingung pönalisiert werden. Liegt also kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vor, so sind die den Vollzug herbeiführenden Rechtsgeschäfte auch nicht nach § 41 Abs. 1 S. 2 nichtig.

⁴³³ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 55; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 18; Ule/Laubinger § 50 Rn.9; Meyer/Borgs § 36 Rn. 15; Obermayer § 36 Rn. 10.

⁴³⁴ So wohl auch GK-Schütz § 36 Rn. 171.

⁴³⁵ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 54.

suchen, inwiefern sich die Unternehmen gegen Nebenbestimmungen einer Freigabeverfügung zur Wehr setzen können. Es sind dabei nur die Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfügungsadressaten zu untersuchen. Sie werden regelmäßig eine unbeschränkte Freigabe erreichen wollen und die Nebenbestimmungen nur in Kauf nehmen, um einer Untersagung zu entgehen. Kein Raum kann der Frage gegeben werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Klagen Dritter im Fusionskontrollverfahren nach der 6. GWB-Novelle zulässig sind⁴³⁶, weil dritte Unternehmen regelmäßig nur ein Interesse an der Beseitigung der gesamten Freigabe und nicht nur der Nebenbestimmungen haben. Sollten in Ausnahmefällen Dritte dennoch ein Interesse an der isolierten Aufhebung von Bedingungen und Auflagen haben⁴³⁷, so ergeben sich v.a. Besonderheiten bei der Beschwerdebefugnis der Dritten. Nach allgemeiner Ansicht ist durch die 6. GWB-Novelle die Möglichkeit der Drittbeschwerde geschaffen worden⁴³⁸. Eine genauere Untersuchung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Drittbeschwerden im deutschen Fusionskontrollrecht zulässig sind, muß hier unterbleiben, da sie den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

a) Bestandskraft der Verfügungen bei unzulässigem Inhalt

Grundsätzlich sind Verwaltungsakte wirksam, auch wenn sie rechtswidrig sind⁴³⁹. Die Rechtswidrigkeit führt dazu, daß der Verwaltungsakt angefochten werden kann. Ausnahmsweise kann ein Verwaltungsakt jedoch nichtig sein, wenn die Voraussetzungen von § 44 VwVfG erfüllt sind. Im Katalog der Regelbeispiele in § 44 Abs. 2 VwVfG findet sich kein Tatbestand, der eine Nichtigkeit aufgrund unzulässiger Nebenbestimmungen zur Folge hätte⁴⁴⁰. In Betracht kommt daher allenfalls die Generalklausel des Abs. 1. Nach dem dort verankerten Evidenzprinzip ist ein Verwaltungsakt dann nichtig und daher unwirksam, wenn er an einem besonders schweren Fehler leidet, der offensichtlich ist. Es ist fraglich, inwieweit materielle Fehler bei Nebenbestim-

⁴³⁶ Vgl. hierzu die sehr ausführliche Untersuchung von Dormann, Drittklagen, FIW-Schriftenreihe Heft 180.

⁴³⁷ Bei IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 82 wird unter Verweis auf das EG-Recht als Interesse z.B. genannt der Verlust von Geschäftsbeziehungen bei Entflechtungsmaßnahmen oder der Verlust von Arbeitsplätzen.

⁴³⁸ Vgl. nur Begr. zum RegE BT-Drucksache 13/9720 S. 44; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 80; Bechtold § 40 Rn. 21; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 21; Schulte, AG 1998, S. 303; Dormann, Drittklagen, FIW-Schriftenreihe Heft 180; dies., WuW 2000, S. 245 ff.; Laufkötter, WuW 1999, S. 671 ff.

⁴³⁹ BVerwG ZBR 1985, S. 25; VGH Mannheim VBIBW 1991, S. 182; Knack § 44 Rn. 26.

⁴⁴⁰ Die Nr. 4, nach der ein Verwaltungsakt nichtig ist, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, wird in der Praxis kaum einmal für Nebenbestimmungen zutreffen. Zu denken wäre an den abwegigen Fall, daß ein Unternehmen veräußert oder Lizenzen erteilt werden sollen, die es nicht gibt.

mungen zur Nichtigkeit der Freigabe führen. Hier ist vor allem an die Implementierung einer laufenden Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt zu denken. Die Implementierung einer laufenden Verhaltenskontrolle ist jedoch nicht offensichtlich, weil hier besonders schwer abzugrenzen ist, wann die Schwelle von einer Strukturänderung zur Verhaltenskontrolle überschritten ist und überdies die Einzelfälle in Literatur, Rechtsprechung und Kartellamtspraxis häufig sehr umstritten sind. Im Regelfall wird eine Freigabe trotz unzulässiger Nebenbestimmungen also wirksam sein, auch wenn sie rechtswidrig ist, weil Nichtigkeitsgründe bei unzulässigen Nebenbestimmungen praktisch kaum denkbar sind.

b) Beschreitung des Rechtswegs zur Beseitigung der Bedingungen und Auflagen

aa) Rechtsschutzbedürfnis

Ebenso wie im allgemeinen Verwaltungsprozeß ist auch eine Beschwerde im Kartellrecht nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer beschwert ist. An der formellen Beschwer und damit am Rechtsschutzbedürfnis fehlt es nämlich dann, wenn dem Antrag des Beschwerdeführers vom Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren vollständig entsprochen worden ist⁴⁴¹.

(1) Praktische Bedeutung

Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses ist jedoch nur dann von Belang und soll hier näher untersucht werden, wenn in der Praxis tatsächlich Beschwerden der Zusammenschlußbeteiligten denkbar sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Folgen der Bedingungen und Auflagen verhindert bzw. rückgängig gemacht werden können.

Eine theoretische Rechtsschutzmöglichkeit hat dann keinerlei Bedeutung mehr, wenn die Auflagen erfüllt bzw. die aufschiebenden Bedingungen eingetreten sind. Im Fall der Veräußerungsnebenbestimmungen wird sich kein Unternehmenskäufer darauf einlassen, das erworbene Unternehmen im Falle eines positiven Gerichtsbeschlusses auf den Veräußerer zurückzuübertragen. Gleiches gilt für die Nebenbestimmungen zur Einflußbegrenzung. Sind die Stimmrechte erst einmal im Gesellschaftsvertrag oder das Recht zur Besetzung von Unternehmensgremien ausgeschlossen, so ist nicht damit zu rechnen, daß die übrigen Gesellschafter zugunsten der Zusammenschlußbeteiligten auf ihre neu erworbenen Rechte verzichten werden. Bei den Nebenbestimmungen zur Marktöffnung, die häufig aus Lizenzen bestehen, ist jedoch denkbar, daß die Lizenzen unter der Bedingung geschlossen werden, daß das

⁴⁴¹ S. dazu die Rechtsprechung des Kartellsenats beim BGH WuW/E BGH 1562, 1563 „Air-Conditioning-Anlagen“.

Gericht die angegriffenen Auflagen oder Bedingungen des Bundeskartellamts nicht aufhebt. Die Auflage, eine rechtsverbindliche öffentliche Erklärung zur Durchleitung von Gas abzugeben, kann wiederum nicht rückgängig gemacht werden, wenn sie erst einmal erfolgt ist, weil die u.a. durch die Veröffentlichung der Berechnungsmethoden für die Höhe der Gegenleistung geschaffene Transparenz nicht mehr beseitigt werden kann.

Sind die Auflagen noch nicht erfüllt bzw. die Bedingungen noch nicht eingetreten, so könnte ein der Beschwerde stattgebender Beschluß die Folgen der Bedingungen und Auflagen verhindern. Geht man von einer Verfahrensdauer vor Gericht von ungefähr einem Jahr aus, so kommt die Beschwerde nur dann rechtzeitig, wenn die Erfüllungsfristen für die Auflagen ebenfalls einen solchen Zeitraum umfassen, denn gemäß § 64 Abs. 1 haben Beschwerden im Kartellrecht regelmäßig keine aufschiebende Wirkung. Derartig lange Erfüllungsfristen gewährt das Bundeskartellamt nur bei Veräußerungsauflagen. Die Fristen betragen hier mindestens ein halbes häufig aber auch ein ganzes Jahr⁴⁴², wobei die Unternehmen oder Unternehmensteile zumeist zunächst auf einen Treuhänder übertragen werden, der für die Zeit der Erwerbersuche die Geschäfte fortführt. Im Falle der aufschiebenden Bedingung – die auflösende Bedingung wird in der Praxis nicht verwendet – liegt es in der Hand der Zusammenschlußbeteiligten, in welchem Zeitraum sie den Bedingungseintritt herbeiführen wollen, so lange es nur innerhalb des Prognosezeitraums geschieht⁴⁴³. Denn das Vollzugsverbot bleibt so lange bestehen, bis die Bedingung eingetreten ist.

Damit bleibt festzuhalten, daß in einzelnen Fällen Rechtsschutz für die Zusammenschlußbeteiligten effektiv sein kann. Dies gilt insbesondere für die aufschiebenden Bedingungen und den häufigen Fall einer Veräußerungsauflage, sofern die Vollzugsfrist auch den Zeitraum von mindestens einem Jahr umfaßt. Es ist somit weiter zu untersuchen, ob ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

(2) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis

Von Teilen der Literatur wird angenommen, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen niemals gegen ihnen unliebsame Nebenbestimmungen bei einer Freigabe vorgehen könnten, weil die Unternehmen regelmäßig selbst diese Nebenbestimmungen zur Beseitigung der Freigabehindernisse vorschlagen, so daß ihnen das Rechtsschutzbedürfnis fehle⁴⁴⁴. Es sei für die Glaubwürdigkeit und erfolgreiche Praktizierung des neuen Instrumentariums

⁴⁴² Vgl. 1. Kapitel 8. d).

⁴⁴³ Nach Ende des Prognosezeitraums würde stets ein anderer Zusammenschluß vollzogen werden als ursprünglich freigegeben worden ist, WuW/E OLG 5495 f. „Vorratsanmeldung“; Langen/Ruppelt § 39 Rn. 3.

⁴⁴⁴ Treeck, Schwerpunkte 1997, S. 56; Uhlig, WuW 2000, S. 581 f.

von wesentlicher Bedeutung, den Unternehmen die Anfechtungsmöglichkeit zu versagen⁴⁴⁵.

Eine ähnliche Auffassung geht davon aus, daß die Nebenbestimmungen, soweit diese sich mit den von den Unternehmen vorgeschlagenen Nebenbestimmungen decken, mangels Beschwer vom Adressaten der Freigabeverfügung nicht angefochten werden können⁴⁴⁶. Etwas anderes solle aber gelten, wenn die Vorschläge für Nebenbestimmungen von den anmeldenden Unternehmen nur hilfsweise für den Fall gemacht wurden, daß das Bundeskartellamt den Zusammenschluß nicht gemäß der ursprünglichen Anmeldung freigibt⁴⁴⁷.

(3) Rechtsschutzbedürfnis aufgrund von Divergenz zwischen Antrag und erlassener Freigabe

Neben den ablehnenden Stimmen wird in der Literatur auch die Meinung vertreten, daß die Unternehmen ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Rechtsmittel gegen Bedingungen und Auflagen haben. Als wesentlicher Grund hierfür wird angeführt, daß die Unternehmen nicht eine Freigabe mit Bedingungen und Auflagen beantragt haben, sondern eine uneingeschränkte Freigabe. Die Vorschläge von Nebenbestimmungen durch die Unternehmen seien auch nicht vergleichbar mit einem Antrag auf eingeschränkte Freigabe⁴⁴⁸. Nur wenn die Unternehmen eindeutig, unzweifelhaft und unmißverständlich auf einen Rechtsbehelf verzichten, würden sie das Rechtsschutzbedürfnis gegen die Nebenbestimmungen verlieren.

(4) Stellungnahme

Die Überlegungen, die ein Rechtsschutzbedürfnis der Unternehmen verneinen, vermögen nicht zu überzeugen. So ist es nicht einzusehen, warum die Unternehmen nur dann Rechtsschutz bekommen sollten, wenn sie sich dem Bundeskartellamt gegenüber unkooperativ verhalten und eine Untersagungsverfügung abwarten. Sie wären dann gezwungen, das Risiko einzugehen, am Ende des Fusionskontroll- und Gerichtsverfahrens ohne Freigabe dazustehen. Ein derartiges Risiko wird kaum ein Unternehmen eingehen. Die für die Verfügung von Nebenbestimmungen erforderliche Feststellung durch das Bundeskartellamt, daß ein Zusammenschlußvorhaben ohne eben diese Nebenbestimmungen die Untersagungs Voraussetzungen erfüllt, wäre zudem faktisch einer richterlichen Nachprüfung entzogen. Gleiches gälte auch für die Neben-

⁴⁴⁵ Uhlig, WuW 2000, S. 582.

⁴⁴⁶ GK-Bosch § 40 Rn. 25.

⁴⁴⁷ GK-Bosch § 40 Rn. 25.

⁴⁴⁸ So auch IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 74; im Ergebnis scheint auch Richter in Wiedemann § 21 Rn. 98 davon auszugehen, daß die Unternehmen Rechtsschutz gegen die Nebenbestimmungen genießen.

bestimmungen insgesamt. Hierin würde man ggf. einen Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sehen müssen.

Es ist zudem eine unnötige Förmerei zu verlangen, daß die Unternehmen ausdrücklich darauf hinweisen, daß sie nur hilfsweise Vorschläge für die Nebenbestimmungen machen. Maßgeblich hierfür ist nach dem Gesetz die Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens nach § 39, in der kaum jemals ein Vorschlag für Nebenbestimmungen enthalten sein wird. Nur wenn bei der Anmeldung, die im verwaltungsrechtlichen Sinne als Antrag anzusehen ist, derartige Vorschläge enthalten sind, würde bei Erlaß entsprechender Nebenbestimmungen eine formelle Beschwer entfallen.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem alten Rechtszustand. Denn bereits im früheren Zusammenrecht war umstritten, ob die Zusammenschlußbeteiligten ein Rechtsschutzbedürfnis für Beschwerden gegen die Zusagen hatten⁴⁴⁹, die sie selbst ohne rechtlichen Zwang abgegeben haben⁴⁵⁰. Über diese Bedenken hat sich die h.M. mit der Begründung⁴⁵¹ hinweggesetzt, daß sich die Unternehmen faktisch gezwungen sahen, Zusagen zu machen, um die drohende Untersagung des Zusammenschlusses abzuwenden, die Gestaltungsfreiheit der Unternehmen also stark eingeschränkt war⁴⁵².

In der Praxis ist aber trotz bestehender Beschwerdebefugnis keine Flut von Beschwerden zu erwarten, da das Bundeskartellamt vor Erlaß einer eingeschränkten Freigabe die Bedingungen und Auflagen regelmäßig – wenn auch nicht zwangsläufig⁴⁵³ – einvernehmlich mit den Unternehmen absprechen wird⁴⁵⁴. Es wird nur dann von seiner Nebenbestimmungskompetenz Gebrauch machen, wenn die Unternehmen die Bereitschaft signalisieren, die Bedingungen und Auflagen zu erfüllen⁴⁵⁵. Es ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen, daß die Unternehmen die tatsächliche Bereitschaft haben, die Bedingungen und Auflagen zu erfüllen, und zugleich vorher gerichtlich überprüft wissen wollen, ob der Zusammenschluß nicht bereits in der angemeldeten Form den Freigabevoraussetzungen nach § 36 entspricht.

⁴⁴⁹ S. dazu Uhlig, Zusagen, S. 132 ff.

⁴⁵⁰ Traumann, DB 1981, S. 977; Krafft, S. 310.

⁴⁵¹ Scholz, FS Günther, S. 251; Krafft, S. 315; vgl. auch K. Schmidt, Gerichtsschutz, S. 24 haben dem hinzugefügt, daß es unbefriedigend sei, den Unternehmen zuzumuten, den Zusammenschluß zu vollziehen ohne die Zusagen zu erfüllen. Nach ihrer Auffassung hätte das Bundeskartellamt sodann eine nachträgliche Untersagung aussprechen können, die die Unternehmen dann im Wege der Anfechtungsbeschwerde hätten angreifen können.

⁴⁵² Uhlig, Zusagen, S. 134.

⁴⁵³ Vgl. BKartA, Beschluß vom 22. August 2001, Az. B6-56/01 „SV-C VerwaltungsGmbH/WEKA“.

⁴⁵⁴ Vgl. dazu 1. Kapitel 4. a) ee).

⁴⁵⁵ Vgl. 1. Kapitel 4. b) aa) (1).

bb) Rechtsschutz gegen Auflagen

Die Frage der Beschwerdeart bei Beschwerden gegen Auflagen ist sowohl im allgemeinen Verwaltungsrecht als auch im Kartellverwaltungsrecht umstritten. Es sind in der Fülle voneinander abweichender Sonder- und Einzelmeinungen im wesentlichen drei Lösungsansätze erkennbar. Die alte Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre im allgemeinen Verwaltungsrecht⁴⁵⁶ sowie Praxis und Lehre im Kartellrecht⁴⁵⁷ gehen davon aus, daß die Auflage stets angefochten werden muß. Eine andere Auffassung will Rechtsschutz gegen Auflagen nur über die Verpflichtungsbeschwerde gewähren⁴⁵⁸. Demgegenüber läßt die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Anfechtungsklage nur dann zu, wenn der Hauptverwaltungsakt sinnvollerweise und rechtmäßigerweise ohne Nebenbestimmung bestehen bleiben kann⁴⁵⁹.

(1) Einheitslösung Anfechtungsbeschwerde

Die im allgemeinen Verwaltungsrecht wieder verstärkt vertretene Ansicht, daß Auflagen stets allein über eine Anfechtungsklage angegriffen werden können⁴⁶⁰, ist nicht ohne weiteres auf das Kartellverwaltungsrecht übertragbar. Einer derartigen Einheitslösung wird im allgemeinen Verwaltungsrecht als erstes Argument entgegengehalten, daß in Fällen, in denen der begünstigende Verwaltungsakt ohne die (rechtswidrige) Auflage gegen § 36 Abs. 1 verstößt, dem Begünstigten durch Aufhebung der Auflage ein rechtswidriger uneingeschränkter Verwaltungsakt gewährt werde. Außerdem führe der Sus-

⁴⁵⁶ BVerwGE 29, S. 261, 264 ff.; BVerwGE 36, S. 145, 153 f.; BVerwGE 65, S. 139, 140 ff.; BVerwG DÖV 1974, S. 563; OVG Berlin NJW 1964, S. 1152; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 92 ff.; Pietzcker, NVwZ 1995, S. 15 ff.

⁴⁵⁷ KG vom 7.2.1978 WuW/E OLG 1937, 1944 „Thyssen-Hüller“ für die Auflage bei der Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3 a.F. unter Berufung auf BVerwG, DÖV 1973, S. 563; KG vom 8. Mai 1970 WuW/E 1117, 1118 f. „Fernmeldekabel-Gemeinschaft“; BGH vom 15.4.1984 WuW/E BGH 2095, 2096 unter Berufung auf BVerwGE 36, S. 145, 153 f. und BVerwG DÖV 1974, S. 563 f. für Auflagen, die das Bundeskartellamt flankierend zu einer Eintragung von Wettbewerbsregeln nach § 28 Abs. 3 a.F. erlassen hatte. BKartA vom 15. März 1966 WuW/E BKartA 1047, 1048 „Ruhrstickstoff IV“ für Auflagen nach § 11 a.F.; Langen/Ruppelt § 40 Rn. 32; Bechtold § 40 Rn. 21; Wiedemann-Werner § 54 Rn. 7; Wiedemann-Richter § 21 Rn. 98; IM-K. Schmidt § 63 Rn. 18; Langen/Kollmorgen § 63 Rn. 15; Kleinmann/Bechtold § 24 Rn. 362 für die Auflage bei der Ministererlaubnis; IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 73, die eine Verpflichtungsklage nur für die „modifizierende Auflage“ annehmen, die aber für die Freigabeverfügung gar nicht zulässig ist, vgl. I. Kapitel 2. b bb.

⁴⁵⁸ Fehn, DÖV 1988, S. 202 ff.; Stadie, DVBl. 1991, S. 613 ff.; GK-Bosch § 40 Rn. 26.

⁴⁵⁹ BVerwGE 81, S. 185, 186; 100, S. 335, 338; BVerwG UPR 2001, S. 149, 150; Erichsen, in: ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 33.

⁴⁶⁰ Siehe zuletzt Pietzcker, NVwZ 1995, S. 15; Axer, Jura 2001, 752 f.

pensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO, der nur den angefochtenen Teil des Verwaltungsakts – also nur die Auflage – erfasse, dazu, daß der Begünstigte im Falle der Anfechtung den Verwaltungsakt uneingeschränkt vollziehen könne⁴⁶¹. Letzterem Argument wird – m.E. sehr überzeugend – entgegengehalten, daß die Behörde im Falle der Anfechtung der Auflage diese nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklären kann⁴⁶². Im Kartellverwaltungsrecht gilt das Gleiche, weil nach § 64 Abs. 1 die Beschwerde ohnehin keine aufschiebende Wirkung hat. Gegen ersteres Argument wird im allgemeinen Verwaltungsrecht – wiederum überzeugend – eingewandt, daß die Behörde den nach Aufhebung der rechtswidrigen Auflage verbleibenden rechtswidrigen Verwaltungsakt-Torso nach §§ 48, 49 VwVfG aufheben kann und muß⁴⁶³. Eine solche Aufhebung kommt im Kartellverwaltungsrecht allerdings nicht in Betracht, weil die allgemeinen Rücknahme-/Widerrufvorschriften der §§ 48, 49 VwVfG nicht gelten⁴⁶⁴. Genau in diesem Punkt zeigt sich also, daß die h.M. im allgemeinen Verwaltungsrecht zur Frage des Rechtsschutzes gegen Nebenbestimmungen nicht auf das Kartellverwaltungsrecht übertragen werden kann. Eine Anfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 1 kommt somit zumindest dann nicht in Betracht, wenn nach der Aufhebung der Auflage eine rechtswidrige gegen § 36 Abs. 1 verstoßende Freigabe bestehen bleiben würde.

(2) Einheitslösung Verpflichtungsbeschwerde

Das oben unter (1) gefundene Zwischenergebnis schließt aber noch nicht aus, daß nur die Verpflichtungsbeschwerde zulässig sein soll⁴⁶⁵. Für diese Auffassung spricht zwar, daß sich jede mit einer Auflage versehene Vergünstigung als Minus gegenüber der Vollgewährung darstellt, die deshalb unabhängig von der Art der Nebenbestimmung mit der Verpflichtungsbeschwerde zu erstreben wäre⁴⁶⁶. Diese Sichtweise ignoriert aber die dogmatische Ausgestaltung des Verwaltungsakts mit Auflage als Vollgewährung mit danebenstehender Belastung⁴⁶⁷. Wer von einem begünstigenden Verwaltungsakt Ge-

⁴⁶¹ Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979, S. 316, 335; Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, 1979, S. 149 ff.; Schoch, Voläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 1111.

⁴⁶² Pietzcker, NVwZ 1995, S. 20; Axer, Jura 2001, S.753.

⁴⁶³ Laubinger, VerwArch 73 (1982), S. 345; Martens, DVBl. 1965, S. 428; Pietzcker, NVwZ 1995, S. 20; Axer, Jura 2001, S. 753; BVerwGE 65, S. 139, 141.

⁴⁶⁴ Vgl. 1. Kapitel 2. d) aa) (2).

⁴⁶⁵ Für diesen Weg spricht sich GK-Bosch § 40 Rn. 26 aus.

⁴⁶⁶ Pietzcker, NVwZ 1995, S. 18; Eyermann/Fröhler/Kornmann, VwGO, 9. Auflage (1988), Anh. zu § 42 Rn. 3 ff.; Stadie, DVBl 1991, S. 613.

⁴⁶⁷ Elster, S. 327, 330; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, § 12 Rn. 30.

brauch macht, ohne eine dazugehörige Auflage zu erfüllen, handelt stets mit Genehmigung⁴⁶⁸. Es fehlt der Verpflichtungsbeschwerde zudem häufig das Rechtsschutzbedürfnis, so daß sie dann unzulässig wäre. Denn in den Fällen, in denen die verbleibende Freigabe rechtmäßig ist, ist Rechtsschutz auf effektiverem Wege durch die Anfechtungsbeschwerde zu erlangen. Denn die Aufhebung der Auflage durch das Gericht bei einer Anfechtungsbeschwerde wirkt rechtsgestaltend, während der Bescheidungsbeschluß bei der Verpflichtungsbeschwerde noch durch das Bundeskartellamt durch den Erlaß einer uneingeschränkten Freigabe umgesetzt werden muß.

(3) Vermischung von formellen und materiellen Gesichtspunkten

Somit bleibt als logische Konsequenz nur, der neueren Rechtsprechung im allgemeinen Verwaltungsrecht auch im Kartellverwaltungsrecht Folge zu leisten und formelle und materielle Gesichtspunkte zu vermischen. Eine Anfechtungsbeschwerde gegen Auflagen ist also stets zulässig, aber dann unbegründet, wenn bei einer rechtswidrigen Auflage auch der ohne Auflage verbleibende Teil der Freigabe rechtswidrig ist. In einem solchen Fall ist vielmehr auf die Verpflichtungsbeschwerde umzuschwenken. Die Verpflichtungsbeschwerde gegen Auflagen nach § 40 Abs. 3 S. 1 ist folglich dann zulässig, wenn die Anfechtungsbeschwerde unbegründet ist. Die Verpflichtungsbeschwerde ist dann begründet, wenn eine Auflage zwar rechtswidrig ist, die Freigabe aber nicht ohne Nebenbestimmungen hätte erlassen werden dürfen. In diese Richtung scheint auch das Bundeskartellamt zu tendieren, wenn es darauf abstellt, ob die Auflage mit dem Gesamthalt des Verwaltungsakts eine untrennbare Einheit bildet⁴⁶⁹. Zwar werden bei einer solchen Lösung Fragen der Zulässigkeit und der Begründetheit vermischt, es ist aber derjenige Weg, der die wenigsten Widersprüche aufweist.

cc) Rechtsschutz gegen Bedingungen

Für die Bedingungen ist allgemein anerkannt, daß sie integrierter Bestandteil des Verwaltungsakts sind. Aus diesem Grund geht die ganz überwiegende Meinung im allgemeinen Verwaltungsrecht davon aus, daß Bedingungen nur durch eine Verpflichtungsklage auf einen neuen, unbedingten Verwaltungsakt angegriffen werden können⁴⁷⁰. Aufgrund verschiedener Entscheidungen des

⁴⁶⁸ Pietzcker, NVwZ 1995 S. 18.

⁴⁶⁹ BKartA vom 15. März 1966 WuW/E BKartA 1047, 1048 „Ruhrstickstoff IV“ unter Berufung auf Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, S. 121 und v. Köhler, BB 1961, S. 1354, 1355.

⁴⁷⁰ Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 63; Pietzcker, NVwZ 1995, S. 20; Störmer DVBl 1996, S. 81 ff.; Remmert, VerwArch 1997, S. 136; Axer, Jura 2001, 752 f.; Stelkens/Bonk/Sachs § 36 Rn. 96.

Bundesverwaltungsgerichts⁴⁷¹ wird demgegenüber seit Beginn der 80er Jahre zunehmend vertreten, daß eine Anfechtungsklage auch gegen Bedingungen möglich sei⁴⁷². Dies bestimme sich danach, ob der Verwaltungsakt sinnvoller- und rechtmäßigerweise ohne die angefochtene Nebenbestimmung bestehen bleiben könne. Eine isolierte Anfechtung der Bedingung ist nach richtiger Ansicht jedoch schon deshalb nicht möglich, weil die Bedingung kein selbständiger Verwaltungsakt ist⁴⁷³. Gegen eine Anfechtung spricht v.a. auch der Umstand, daß mit der Anfechtung ein Eingriff in den vorhandenen Rechtsbestand abgewehrt werden soll. Mit der Anfechtung kann dieser Rechtsbestand aber nicht in dem Sinne erweitert werden, daß eine durch Verwaltungsakt zu gewährende Position erlangt wird, die die Behörde nicht durch Verwaltungsakt gewährt hat⁴⁷⁴.

Nach Ansicht der überwiegenden Meinung in der Literatur können daher die Bedingungen nach § 40 Abs. 3 S. 1 im Fusionskontrollrecht nur über die Verpflichtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 3 angegriffen werden⁴⁷⁵. Für andere Lösungen besteht im Kartellrecht weder ein Bedarf noch überzeugen abweichende Vorschläge⁴⁷⁶ in dogmatischer Hinsicht.

Ist die Verpflichtungsbeschwerde begründet, so wird das Bundeskartellamt verurteilt, die Unternehmen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Ge-

⁴⁷¹ BVerwGE 60, S. 269; BVerwGE 81, S. 186; BVerwG NJW 1988, S. 276.

⁴⁷² Ule § 32 II 2; Martens NVwZ 1987, S. 108; Kopp/Schenke § 42 Rn. 22; Laubinger, VerwArch 1982, S. 367; Schenke, JuS 1983, S. 182.

⁴⁷³ IM-Mestmäcker/Veelken § 40 Rn. 72 gehen von einer isolierten Anfechtbarkeit der Bedingung aus. Sie berufen sich dabei auf § 40 Abs. 6, der im Falle einer gerichtlichen Aufhebung einer Freigabe die Viermonatsfrist von § 40 Abs. 2 S. 2 für eine erneute Bescheidung des Freigabebegehrens von neuem laufen läßt. Mestmäcker/Veelken gehen davon aus, daß § 40 Abs. 6 für Verpflichtungsbeschwerden nicht anwendbar ist, ohne dies näher zu begründen. Angesichts der Viermonatsfrist in § 40 Abs. 2 S. 2 sei folglich eine gerichtliche Änderung der Freigabeverfügung nur im Wege der Anfechtung denkbar, da andernfalls eine Verfristung nach § 40 Abs. 2 S. 2 drohe und das Bundeskartellamt nicht mehr das verpflichtende Urteil erfüllen könne. Eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 6 scheide aus. Bei ihrer Argumentation übersehen Mestmäcker/Veelken jedoch, daß die Ausschlußfrist nach § 40 Abs. 2 S. 2 in den Fällen bedingter Freigaben nicht gilt, weil das Bundeskartellamt bereits eine Verfügung erlassen hat. Insofern ist § 40 Abs. 6 nicht als Ausnahme zur Verfristung nach § 40 Abs. 2 S. 2 zu verstehen, sondern beinhaltet nur die Feststellung, daß nach einer gerichtlichen Aufhebung der Freigabe die Fristen nach Abs. 2 S. 2 von neuem zu laufen beginnen.

⁴⁷⁴ Pietzcker, NVwZ 1995, S. 17.

⁴⁷⁵ GK-Bosch § 40 Rn. 26; Wiedemann-Werner § 54 Rn. 7; wohl auch Langen/Kollmorgen § 63 Rn. 15; FK-Quack § 62 a.F. Rn. 12.

⁴⁷⁶ Nach Bechtold § 40 Rn. 21 ist eine Anfechtung der gesamten Freigabe erforderlich, auch wenn sich die Beschwer allein gegen die Bedingung richtet. Dabei übersieht er jedoch, daß die Unternehmen allein durch die Anfechtung der bedingten Freigabe noch keine unbedingte Freigabe erhalten.

richts neu zu bescheiden. Es gilt dann zum Schutze der Zusammenschlußbeteiligten § 40 Abs. 6, so daß das Bundeskartellamt erneut an eine Viermonatsfrist für die zweite Bescheidung gebunden ist.

c) Ergebnis

Grundsätzlich haben die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, den Klageweg gegen Bedingungen und Auflagen zu beschreiten. Gegen Auflagen kann im Rahmen der Anfechtungsbeschwerde oder – wenn nach isolierter Aufhebung der Auflage eine rechtswidrige Freigabe bestehen bleibt – durch die Verpflichtungsbeschwerde vorgegangen werden. Bedingungen sind demgegenüber ausschließlich mit der Verpflichtungsbeschwerde anzugreifen.

Zusammenfassung

1. § 40 Abs. 3 S. 1 ist eine *lex specialis*. Dementsprechend kann eine Freigabe nur mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht ist für die übrigen gesetzlich anerkannten Nebenbestimmungen nicht möglich. Eine Befristung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG widerspricht dem Wesen der Fusionskontrolle. Eine Freigabe kann auch nicht mit einem Widerrufsvorbehalt im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verbunden werden, weil die Vorschriften über Rücknahme und Widerruf von Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts im Fusionskontrollverfahren abschließend in §§ 40 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 geregelt sind.

2. Die Verbindung von Freigabeverfügungen mit Bedingungen und Auflagen im Fusionskontrollverfahren unterliegt nicht dem freien Ermessen des Bundeskartellamts. Eine derartige Einschränkung der Freigaben ist nur dann möglich, wenn das Bundeskartellamt zuvor das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen im Sinne von § 36 Abs. 1 festgestellt hat.

3. Liegen die Untersagungsvoraussetzungen vor, so hat das Bundeskartellamt Ermessen, ob es das Zusammenschlußvorhaben untersagt oder mit Bedingungen und Auflagen freigibt. Das Bundeskartellamt ist daher nicht verpflichtet, nach Bedingungen und Auflagen zu suchen, die die Freigabehindernisse beseitigen. Bei seiner Ermessensentscheidung unterliegt das Amt allerdings dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Ermessen ist daher auf Null reduziert, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen selbst rechtzeitig geeignete Vorschläge zur Beseitigung der Untersagungsvoraussetzungen machen und davon auszugehen ist, daß die Unternehmen willens und in der Lage sind, diese dann in Form von Bedingungen und Auflagen verfügbaren Vorschläge umzusetzen.

4. Das Problem der Teiluntersagungen hat sich durch die 6. GWB-Novelle erledigt. Werden die Untersagungsvoraussetzungen nicht von allen Teilen eines Zusammenschlußvorhabens erfüllt, so ist dies durch eine Freigabe unter Nebenbestimmungen zu berücksichtigen.

5. Die Nebenbestimmungen sind ein Instrumentarium des Hauptprüfverfahrens und kommen nicht im Vorprüfverfahren zur Anwendung. Zwar handelt es sich auch bei der vorzeitigen formlosen Freigabe um einen Verwaltungsakt, der einer Verbindung mit Nebenbestimmungen grundsätzlich zugänglich ist. Probleme in der Durchsetzung, die Verkürzung von Rechtsschutzmög-

lichkeiten Dritter und die Verschlechterung der Publizität verhindern aber Freigaben im Vorprüfverfahren, die mit Bedingungen und Auflagen versehen sind.

6. Auch nach der 6. GWB-Novelle dürfen die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 nur mit strukturellen Maßnahmen beseitigt werden. Marktstruktur und Marktverhalten lassen sich häufig nur schwer abgrenzen. Regelmäßig nicht ausreichend für die Zulässigkeit von Bedingungen und Auflagen ist es, wenn sie sich mittelbar auf die Struktur auswirken, weil sich auch reines Marktverhalten letztlich immer strukturell auswirkt. Die Grenze zur laufenden Verhaltenskontrolle ist unabhängig von der Häufigkeit, mit der das Bundeskartellamt die Einhaltung der Nebenbestimmungen überprüft. Sie kann nur ein Indiz für das Vorliegen einer strukturellen oder marktverhaltensbezogenen Maßnahme sein.

7. Die Bedingungen und Auflage lassen sich in Hauptnebenbestimmungen, die der Beseitigung der Freigabehindernisse dienen, und ergänzende Nebenbestimmungen einteilen. Die ergänzenden Nebenbestimmungen haben den Zweck, die Durchführung der Hauptnebenbestimmungen zu ermöglichen. Sie müssen daher nicht zwangsläufig struktureller Natur sein.

8. Mit der 6. GWB-Novelle ist die Möglichkeit entfallen, eine Ministererlaubnis nach § 42 mit „Beschränkungen“ zu versehen. Der Bundeswirtschaftsminister darf vielmehr nur zu dem Instrumentarium greifen, das auch dem Bundeskartellamt für die Freigaben zur Verfügung steht.

9. Die Nebenbestimmungskompetenz des Bundeskartellamts nach § 41 Abs. 2 unterliegt anderen Grundsätzen als die nach § 40 Abs. 3 S. 1. So besteht kein Verbot laufender Verhaltenskontrolle. Es steht im freien Ermessen des Bundeskartellamts, ob es die Befreiung vom Vollzugsverbot mit Bedingungen und Auflagen versieht.

10. Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamts aus der Zeit von 1975 bis 1998 ist durch die 6. GWB-Novelle vollständig abgelöst worden. Die Entgegennahme von Zusagen der Unternehmen ist dem Bundeskartellamt auch im Vorprüfverfahren nicht möglich.

11. Ähnlich wie in der Zusagenpraxis lassen sich die Nebenbestimmungen einteilen in Veräußerungsnebenbestimmungen, Nebenbestimmungen zur Einflußbegrenzung und Nebenbestimmungen zur Marktöffnung. Dabei haben sich aber die Maßnahmen zur Marktöffnung erweitert. Auf dem Gasmarkt hat

das Bundeskartellamt eine gänzlich neue Praxis entwickelt, die zumindest in den ersten drei Jahren der Neuregelung die herkömmlichen Marktöffnungszusagen fast vollständig abgelöst hat.

12. Anders als die Zusagen sind die Nebenbestimmungen in einem rechtlich abgesicherten Rahmen durchsetzbar. Bei der Durchsetzung der Auflagen kommt der Widerruf der Freigabe aber nur als ultima ratio in Betracht. Die Bedingungen setzen sich dagegen von selbst durch. Vollzieht ein Unternehmen das unter einer aufschiebenden Bedingung freigegebene Zusammenschlußvorhaben bevor die Bedingung erfüllt wird und ist ein späterer Bedingungseintritt unmöglich, so hat das Bundeskartellamt ohne Durchführung eines weiteren Untersagungsverfahrens den Zusammenschluß aufzulösen. Das gleiche gilt, wenn die Unternehmen nach dem Vollzug eines Zusammenschlusses den Eintritt einer auflösenden Bedingung herbeiführen. Ist der spätere Eintritt einer aufschiebenden Bedingung hingegen möglich, so kann die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Vollzuges nachträglich geheilt werden.

13. Auch der Rechtsschutz der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen ist nunmehr eindeutig geregelt. Zwar ist Rechtsschutz in der Praxis nur zu haben, wenn die Auflagen noch nicht erfüllt und die aufschiebenden Bedingungen noch nicht eingetreten sind. Die Unternehmen haben jedoch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die Feststellung des Bundeskartellamts, der ursprünglich angemeldete Zusammenschluß erfülle nicht die Freigabevoraussetzungen, rechtsfehlerfrei ist. Gegen die Auflagen einer Freigabe können die beteiligten Unternehmen direkt mit der Anfechtungsbeschwerde vorgehen. Würde bei Aufhebung der Auflage eine rechtswidrige Restfreigabe bestehen bleiben, so ist eine Anfechtungsbeschwerde unbegründet und die Unternehmen müssen auf die Verpflichtungsbeschwerde übergehen. Bedingungen können allein über die Verpflichtungsbeschwerde angegriffen werden.

Fallpraxis des Bundeskartellamts – Auflagen und Bedingungen bei Freigabeverfügungen nach § 40 Abs. 3 GWB

Lfd. Nr.	Kurzbezeichnung	Aktenzeichen	Fundstelle	Bemerkung/Inhalt Nebenbestimmung	Einordnung
1	„WITASS“	B9-184/98	WuW/E DE-V 122	Die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens für Übersee-Linienfrachtdienste seitens CP Ships Holdings und Transportacion Maritima Mexicana (TMM) wurde freigegeben unter <ul style="list-style-type: none"> - der aufschiebenden Bedingung, daß TMM und alle mit ihr verbundenen Unternehmen ihre Mitgliedschaft in der Kartellorganisation „Association of West India Trans-Atlantic Steam Ship Lines, Mexican Section (WITASS)“ und alle damit im Zusammenhang stehende Vereinbarungen kündigen, sowie - der Auflage, daß TMM und CP Ships sowie die jeweils mit ihnen verbundenen Unternehmen nicht (erneut) Mitglied in der Mexican Section der WITASS oder einer anderen Schifffahrtskonferenz für das Fahrtgebiet Nordeuropa/Mexiko werden. 	Markttöffnung; Bedingung + Auflage
2	„Habet-/Lekkerland“	B9-164/98	WuW/E DE-V 116	Der Erwerb von jeweils 25,1 % der Anteile an der Lekkerland Deutschland GmbH & Co. KG sowie der Lekkerland & Tobaccoland Beteiligungs-Management GmbH durch die HABET Handels- und Beteiligungsgesellschaft wurde unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Veräußerung funktionsfähige Geschäftsteile des Tabakwarengroßhandels im Regionalmarkt Berlin/Brandenburg/Mecklenburg-Vorpommern nach Zustimmung durch das Bundeskartellamt; - Kündigung des unter den Gesellschaftern der DTV geschlossenen Logistik-Partner-Vertrages; - Auflösung aller personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen der beteiligten Unternehmen mit einzelnen DTV-Mitgliedsunternehmen. 	Veräußerungsaufgabe; Auflage zur Einflußbegrenzung und Markttöffnung
3	„Federal-Mogul/Alcan“	B5-16/99		Der Erwerb des Nürnberger Kolbenwerkes der Alcan Deutschland GmbH durch die Federal-Mogul GmbH (FM) wurde unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Veräußerung der Beteiligung an dem österreichischen Kolbenhersteller König KG durch die Federal-Mogul Vermögensverwaltung GmbH, Rankweil; - Übertragung von Patentnutzungsrechten und Know-how für die Produktion von Kolbenringen zu angemessenen Bedingungen an alle interessierten Unternehmen durch FM. 	Veräußerungsaufgabe; Auflage zur Markttöffnung
4	„Westfälische Ferngas“	B8-141/99	WuW/E DE-V 195	Die Verschmelzung der Westfälische Ferngas AG und der Westfälische Gasversorgung AG & Co. KG und die gleichzeitige Erhöhung der Beteiligung der VEW AG an der Westfälischen Ferngas auf 58,2 % wurde unter folgenden Auflagen für die Westfälische Ferngas freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Einräumung der vertraglichen Möglichkeit für die belieferten Verteilerwerke, kurzfristig bis zu 20 % der vereinbarten Liefermengen bei anderen Lieferanten zu beziehen. - Begrenzung ihrer bis zum 31. Dezember 1999 abgeschlossenen Lieferverträge mit Industriekunden bis maximal 31. Dezember 2004, so daß die Kunden frei werden, ihre gesamten Bedarf bei anderen Lieferanten zu decken. - Bekanntgabe durch öffentliche Erklärung, daß sie anderen Unternehmen ihre Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für die Durchleitung zur Verfügung stellt, es sei denn es wird nachgewiesen, daß die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unzumutbar ist. Gleichzeitig sind Preise und Bedingungen für die Durchleitung zu veröffentlichen. 	Auflagen zur Markttöffnung
5	„Bilfinger + Berger-/Buderus“	B5-73/99	WuW/E DE-V 283	Das Vorhaben der Bilfinger+Berger BauAG, eine bestehende Beteiligung in Höhe von 22,65 % an der Buderus AG um weitere 4,41 % zu erhöhen, wurde freigegeben unter <ul style="list-style-type: none"> - der Auflage, daß Bilfinger und Berger den Geschäftsbereich Entwässerungs- und Abscheidetechnik ihrer Konzerngesellschaft Passavant Roediger veräußert. - Das Vorhaben, diese Beteiligung später auf eine Kontrollmehr- 	Veräußerungsaufgabe und aufschiebende Bedingung

				heit zu erhöhen, wurde freigegeben unter der aufschiebenden Bedingung, daß die obige Auflage erfüllt worden ist.	
6	„RWE/VEW“	B8-309/9	WuW/E DE-V 301	Die von der RWE AG und der VEW AG geplante Verschmelzung auf eine neue Gesellschaft wurde unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Veräußerung von Stimm- und Kapitalanteile an verschiedenen Unternehmen an Dritte unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Bundeskartellamts und Einschaltung eines Verkaufstreuhänders im Bereich des Strommarktes. Zudem Verzicht auf die Rechte aus Verträgen mit Wettbewerbern und Abschluß von Verträgen über Stromabsatz mit Wettbewerbern zu vom Bundeskartellamt festgesetzten Bedingungen. Umstellung interner Abläufe, z.B. die Kundenabrechnung. - Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen im Bereich der Gaswirtschaft. Veranlassung einiger von den mit REW und VEW verbundenen Unternehmen, rechtsverbindliche öffentliche Erklärungen über die diskriminierungsfreie Nutzung des Gasversorgungsnetzes abzugeben. - Veräußerung von Kapital- und Stimmanteilen von Unternehmensbeteiligungen im Bereich der Entsorgungswirtschaft. 	Veräußerungsaufgaben; Auflagen zur Marktöffnung
7	„Hein Gas“	B8-132/00	WuW/E DE-V 360	Die geplante Aufstockung einer Kapitalbeteiligung der E.ON Energie AG an der HEIN GAS AG von 28,1 auf 89,9 % wurde unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Beibringung einer rechtsverbindlichen Erklärung der HEIN GAS AG und einer Beteiligungsgesellschaft durch die E.ON AG, binnen zehn Tagen öffentlich zu erklären, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen und sich zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären und schließlich Karten ihrer Gasleitungsnetze zu veröffentlichen. - Neustrukturierung der Zonen der Regelenergie der E.ON Energie AG. 	Auflagen zur Marktöffnung
8	„outdoor specials“	B6-88/00	WuW/E DE-V 370	Die geplante Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens durch die Axel Springer Verlag AG (über ihr Konzernunternehmen „top special Verlag GmbH“) und den Jahr-Verlag GmbH & Co. OHG wurde vom Bundeskartellamt unter der Auflage freigegeben, die beiden Anglerzeitschriften („Rute & Rolle“ sowie „Kutter & Küste“) der „top special“ Verlag GmbH mit sämtlichen Titel- und Verlagsrechten freigegeben..	Veräußerungsaufgabe
9	„Heide“	B8-109/00	WuW/E DE-V 367	Der geplante Anteilserwerb der Contigas Deutsche Energie-AG in Höhe von 49 % der Anteile an der Stadtwerke Heide GmbH wurde vom Bundeskartellamt unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Abgabe einer öffentlichen Erklärungen der Stadtwerke Heide über die Nutzung der Gasleitungsnetze - Gewährung eines Sonderkündigungsrechts der Vertragspartner der Stadtwerke Heide, sofern der Vertrag über den 30.06.2001 hinaus läuft, und eines Kündigungsrechts spätestens zum 31.12.2003. 	Auflagen zur Marktöffnung
10	„Schwäbisch Gmünd“	B8-202/00	WuW/E DE-V 395	Der Anteilserwerb der EnBW Ostwürttemberg DonauRies AG in Höhe von 25,1 % an der Stadtwerke Schwäbisch Gmünd GmbH wurde vom Bundeskartellamt unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung der Stadtwerke Schwäbisch Gmünd GmbH, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen, und sich gleichzeitig zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären; - Gewährung eines Sonderkündigungsrechts der Industrie- und Gewerbetunden der Stadtwerke Schwäbisch Gmünd, sofern ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft, und eines Kündigungsrechts spätestens zum 31.12.2003. 	Auflagen zur Marktöffnung
11	„Neckarwerke Stuttgart-/Stadtwerke Reutlingen“	B8-263/00		Die geplante Aufstockung der Beteiligung der Neckarwerke Stuttgart AG (NWS) an der Fair Energie GmbH von 15 % auf 24,9 % wurde vom Bundeskartellamt unter folgenden Auflagen freigegeben: <ul style="list-style-type: none"> - Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung der Fair Energy GmbH, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchlei- 	Auflagen zur Marktöffnung

				<p>tungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen, und sich gleichzeitig zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Gewährung eines Sonderkündigungsrechts der Industrie- und Gewerbekunden der Fair Energy, sofern ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft, und eines Kündigungsrechts spätestens zum 31.12.2003. 	
12	„Stadtwerke Viersen“	B8-291/00	WuW/E DE-V 444	<p>Der geplante Erwerb einer Minderheitsbeteiligung in Höhe von 49 % durch die Trienekens Niederrhein GmbH & Co. KG an der Stadtwerke Viersen GmbH wurde vom Bundeskartellamt unter den folgenden Auflagen freigegeben:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung der Stadtwerke Viersen GmbH, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen, und sich gleichzeitig zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären; - Gewährung eines Sonderkündigungsrechts der Industrie- und Gewerbekunden der Stadtwerke Viersen, sofern ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft, und eines Kündigungsrechts spätestens zum 31.12.2003. 	Auflagen zur Marktöffnung
13	„EnBW/-Schramberg“	B8-29/01		<p>Die geplante Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens der EnBW Regional AG und der Stadt Schramberg wurde unter folgenden Auflagen freigegeben:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung der Stadtwerke Schramberg GmbH & Co. KG, die Gasversorgungsnetze diskriminierungsfrei für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen, dabei die Preise inklusive die Kalkulationsmethode der Preise zu nennen, und sich gleichzeitig zur Herstellung physischer Verbindung zu den Netzen anderer Gasnetzbetreiber bereit zu erklären; - Gewährung eines Sonderkündigungsrechts der Industrie- und Gewerbekunden der Stadtwerke Schramberg, sofern ihr Vertrag über den 31.12.2001 hinaus läuft, und eines Kündigungsrechts spätestens zum 31.12.2003. 	Auflagen zur Marktöffnung
14	„SV-C VerwaltungsGmbH/W EKA“	B6-56/01		<p>Der geplante Erwerb eines als „Computer- und Elektronik-Fachzeitschriften“ bezeichneten Teilgeschäftsbetriebs der WEKA Firmengruppe GmbH & Co KG durch die SV-C VerwaltungsGmbH wurde unter der Auflagen freigegeben, daß die Erwerberin zwei ihrer Elektronik-Fachzeitschriften veräußert, wobei er Fortbestand der Zeitschriften gewährleistet sein muß.</p>	Aufschiebende Bedingung der Veräußerung
15	LutzÖsterreich/Möbel Engelhardt GmbH & Co. KG, Hassfurt	B9-15/01		<p>Der geplante mittelbare Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an einem Möbelhandelsunternehmen durch eine österreichische Unternehmensgruppe wurde unter der Auflage freigegeben, im Raum Haßfurt einen funktionsfähigen Geschäftsbetrieb für den Einzelhandel mit Möbeln an ein nicht mit der Unternehmensgruppe in irgendeiner Weise verflochtenes Unternehmen zu veräußern.</p>	Veräußerungsaufgabe
16	Lufthansa/Eurowings	B9-147/00	WuW/E DE-V 483	<p>Der geplante Erwerb von Eurowings durch die Deutsche Lufthansa AG wurde unter den Auflagen freigegeben, daß</p> <ul style="list-style-type: none"> - daß Eurowings an den neu in den Markt eintretenden Konkurrenten EAE fünf Flugzeuge verkauft und bestimmte Strecken und Lande- und Startrechte auf EAE überträgt, um EAE als Wettbewerber zu etablieren - anderen Wettbewerbern Start- und Landerechte zur Verfügung zu stellen und auf allen Strecken im innerdeutschen Luftverkehr eine Teilnahme am Miles & More Programm zu ermöglichen. 	Veräußerungsaufgabe; Auflage zur Marktöffnung
17	Dentsply/Degussa	B4-69/01	WuW/E DE-V 493	<p>Der geplante Zusammenschluß wurde unter den Auflagen freigegeben, daß</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dentsply innerhalb von sechs Monaten die Produktlinie „Carat“-Verblendkeramik im Bereich des EWR an einen unabhängigen Dritten verkauft. - Dentsply innerhalb von sechs Monaten sein bisher in Deutschland getätigtes Dentallegierungsgeschäft an einen unabhängigen Dritten verkauft. 	Veräußerungsaufgaben

18	Trienekens/remex	B10-131/01		<p>Der geplante Erwerb von remex durch Trienekens wurde unter den Auflagen freigegeben, daß</p> <ul style="list-style-type: none"> - verschiedene Unternehmen und Betriebsstätten veräußert und sämtliche gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zu den zu veräußernden Unternehmen bzw. ihren Erwerbern aufgelöst werden - die Erwerber bestimmte Voraussetzungen erfüllen - die uneingeschränkte Funktionsfähigkeit der zu veräußernden Gesellschaften und Betriebsstätten sichergestellt wird. 	Veräußerungs- und Einflußbegrenzungsauflagen
19	Shell/DEA	B8-120/01		<p>Der geplante Erwerb der DEA durch die Shell wurde unter den Auflagen freigegeben, daß</p> <ul style="list-style-type: none"> - Straßentankstellen mit einer Gesamtabsatzmenge von 2.079.137 t Kraftstoff an mehrere dritte näher spezifizierte Unternehmen veräußert werden - die Tankstellenerwerber über einen detailliert vorgegebenen Vertrag mit einer bestimmten Menge an Kraftstoff für mindestens fünf Jahre beliefert werden - dritte Unternehmen für mindestens zehn Jahre mit Flugturbinenkraftstoff beliefert werden. 	Veräußerungs- und Marktöffnungsauflagen
20	BP/E.ON	B8-130/01		<p>Der geplante Mehrheitserwerb an Veba durch BP wurde unter den Auflagen freigegeben, daß</p> <ul style="list-style-type: none"> - 45 % des Stammkapitals einer Raffineriegesellschaft an einen Dritten veräußert werden - Straßentankstellen mit einer Gesamtabsatzvolumen von 52,3 qm Kraftstoff an dritte näher spezifizierte Unternehmen veräußert werden - BP während drei Jahren an Dritte jeweils 100 kt Flugturbinenkraftstoff zu festgelegten Konditionen veräußert. 	Veräußerungs- und Marktöffnungsauflagen

Literaturverzeichnis

- Appel, Ivo/Melchinger, Hansjörg*: Rechtsanwendung und feststellender Verwaltungsakt – Zur Konkretisierung der Merkmale Regelung und Außenwirkung beim Verwaltungsakt, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) Band 84 (1993), S. 349
- Axer, Peter*: Nebenbestimmungen im Verwaltungsrecht, in: Juristische Ausbildung (Jura) 2001, S. 748
- Bach, Albrecht*: Materielle Veränderungen der deutschen Fusionskontrolle durch die EWG-Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1992, S. 571
- Badura, Peter/Erichsen, Hans-Uwe*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, New York 1998
- Bartram, Dirk*: Zur Problematik der „Ministererlaubnis“ (§ 24 Abs. 3 GWB), in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1979, S. 372
- Baur, Jürgen F./Ehlers, Henning*: Der Tätigkeitsbericht des BKartA für das Jahr 1976, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1977, S. 683
- Bechtold, Rainer*: GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, München 1999
- Ders.*: Zur Fusionskontrolle über Gemeinschaftsunternehmen, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1980, S. 344
- Büscher, Rolf*: Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse im amerikanischen und deutschen Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1983
- Büscher, Wolfgang*: Änderung von Fusionsverträgen im Zusammenschlußverfahren, Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- Bundeskartellamt*: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1975 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (TB 1975), BT-Ds. 7/5390.
- TB 1977, BT-Ds. 8/1925
 - TB 1978, BT-Ds. 8/2980
 - TB 1979/80, BT-Ds. 9/565
 - TB 1981/82, BT-Ds. 10/243
 - TB 1983/84, BT-Ds. 10/3550
 - TB 1985/86, BT-Ds. 11/554
 - TB 1987/88, BT-Ds. 11/4611
 - TB 1991/92, BT-Ds. 12/5200
 - TB 1993/94, BT-Ds. 13/1660
 - TB 1995/96, BT-Ds. 13/7900
 - TB 1997/98, BT-Ds. 14/1139
 - TB 1999/2000, BT-Ds. 14/6300
- Bunte, Hermann-Josef*: Rechtliche Grenzen für die Änderung kartellbehördlicher Verwaltungspraxis, Heidelberg, Karlsruhe 1981
- Ders.*: Vertrauensschutz und Verwirkung im Kartellrecht, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1980, S. 1073
- Canenbley, Cornelis/Moosecker, Karlheinz*: Fusionskontrolle, Handbuch für die Praxis, Köln 1982
- Dormann, Ulrike*: Die Bedeutung subjektiver Rechte für das Kartellbeschwerdeverfahren, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2000, S. 245
- Dies.*: Drittklagen im Recht der Zusammenschlußkontrolle, FIW-Schriftenreihe Heft 180, Köln, Berlin, Bonn, München 2000

- Ehlers, Dirk*: Rechtsprechungsanalyse – Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung, in: Die Verwaltung 1998, S. 53
- Ders.*: Verwaltungsdogmatik und modifizierende Auflage, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1976, S. 369
- Elster, Teodor*: Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Diss. iur. Göttingen 1979
- Emmerich, Volker*: Anmerkungen zum KG, Beschluß vom 12.1.1976 – KartA 1/76 – WuW/E OLG 1637, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 1976, S. 193
- Ders.*: Kartellrecht, 7. Auflage, München 1994
- 8. Auflage, München 1999
- Engelhard, Hanns/App, Michael*: Verwaltungsvollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2001
- Ericksen, Hans-Uwe*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, NewYork 1998
- Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig/Kornmann, Joachim*: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 9. Auflage, München 1988
- Fehn, Bernd J.*: Die isolierte Auflagenanfechtung, S. 202
- Feuring, Wolfgang*: Einige Aspekte im Vergleich der Zusammenschlußkontrolle gemäß Artikel 66 EGKSV und der §§ 23 ff. GWB, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1981, S. 401
- Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*: hrsg. von Helmut Glassen, Helmuth von Hahn, Hans-Christian Kersten, Harald Rieger, Köln 1982 ff.
- Fuchs, Andrea*: Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1996, S. 269
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von*: Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1990
- Gemeinschaftskommentar*: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, hrsg. von Werner Benisch, 4. Auflage 13. Lieferung 1990
- 5. Auflage 2. Lieferung 2000, hrsg. von Christian Hootz
- Götz, Thomas*: Die Zusagenpraxis im materiellen Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt (§§ 24, 24a GWB), Diss. iur. Saarbrücken 1984
- Greiffenhagen, Gottfried*: Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1966
- Harmjan, Jan Dietrich*: Auflagen und Bedingungen – Eine vergleichende Darstellung des EG-Fusionskontrollrechts und des U.S.-amerikanischen Antitrustrechts zu consent decrees, Baden-Baden 1999
- Harms, Wolfgang*: Fusionskontrolle: Praxis, Novellierungspläne und kritische Würdigung, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, FIW-Schriftenreihe Heft 81, S. 43
- Harms, Wolfgang/König, Hans-Georg*: Gemeinschaftsunternehmen 1977-79, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, FIW-Schriftenreihe Heft 91, S. 121

Hösch, Ulrich: Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1995, S. 1917

Hoffmann, Bodo-Falk: Die aufgedrängte Erlaubnis – Zur Lehre von der sog. „modifizierenden Auflage“, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1977, S. 514

Huber, Ulrich/Börner, Bodo: Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, FIW-Schriftenreihe Heft 80, Köln, Berlin, Bonn, München 1978

Huber, Ulrich: Aktuelle Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht – Bemerkungen zum Tätigkeitsbericht 1977 des Bundeskartellamts und zum zweiten Hauptgutachten (1976/77) der Monopolkommission, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1978, S. 677

Hübner, Klaus: Die vorzeitige Beendigung des Vollzugsverbots von Unternehmenszusammenschlüssen gemäß § 24 Abs. 4 GWB, in: Der Betrieb (DB) 1976, S. 31

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Auflage, München 1992
- 3. Auflage, München 2001

Dies.: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I, München 1997

Ipsen, Jörn: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Berlin, New York 2000

Jäckle, Wolfgang: Verwaltungsrechtliche Probleme der Fehlbelegungsabgabe im sozialen Wohnungsbau, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, S. 2131

Jank, Klaus Peter: Zur Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Feststellungsklage im GWB, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1990, S. 195

Kahlenberg, Harald: Novelliertes deutsches Kartellrecht, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1998, S. 1593

Kantzenbach, E.: Zum „Konzept eines realistischen Strukturalismus“ – Kritische Anmerkungen zum Referat von Markert, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 1986, S. 185

Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: Hrsg. von Karlheinz Boujong, 2. Auflage, München 2000

Kerber, Markus C.: Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, 1. Auflage Baden-Baden 1987

Kevekordes, Johannes: Auslandszusammenschlüsse im internationalen und materiellen Kartellrecht, Heidelberg 1986

Klawitter, Christian: Nochmals: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1981, S. 245

Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer: Kommentar zur Fusionskontrolle, Nach deutschem und EWG-Kartellrecht, 1. Auflage, Heidelberg 1977
- 2. Auflage, Heidelberg 1989

Kloepfer, Michael: Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt – Zur Zulässigkeit befristeter Verwaltungsakte, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1972, S. 371

Knack, Hans Joachim: Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar, 7. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2000

Köhler, Karl-Heinz: Auflagen und Bedingungen im Kartellrecht, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1961, S. 1354

- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich*: Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, München 2000
- Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger*: Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Auflage, München 2000
- Krafft, Harmut*: Fusionskontrolle und Arrangements zwischen Staat und Wirtschaft, Diss. iur. Braunschweig 1982
- Kremer, Matthias-Gabriel*: Die kartellrechtliche Beschwerde, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im GWB, Berlin 1988
- Krimphove, Dieter*: Europäische Fusionskontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München 1992
- Krüger, Herbert*: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1955, S. 518
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef*: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin 2001
- Langen, Eugen/Niederleithinger, Ernst/Ritter, Lennart/Schmidt, Ulrich*: Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Einbeziehung des EG-Kartellrechts, 6. Auflage, Neuwied, Darmstadt 1982
- Laubinger, Hans-Werner*: Das System der Anfechtbarkeit, in: Wirtschaft und Verwaltung (WiVerw) 1982, S. 117
- Ders.:* Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) Band 73 (1982), S. 345
- Laufkötter, Regina*: Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlußkontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1999, S. 671
- Leibenath, Christoph*: Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 2000
- Lentfer, Dirk*: Verstöße gegen Auflagen von Genehmigungen gemäß § 24 Abs. 3 GWB, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1998, S. 227
- Lenz, Carl Otto*: Pflicht zur Harmonisierung des Kartellrechts in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere für die Mitgliedstaaten?, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, FIW-Schriftenreihe Heft 158, S. 25
- Loewenheim, Ulrich/Belke, Rolf*: GWB Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1977
- Lutter, Marcus/Timm, Wolfram*: Sanierungsfusion und Heilung verbotswidrig vollzogener Zusammenschlüsse – Zweifelsfragen im Verfahren der präventiven Fusionskontrolle nach § 24 a GWB, in: Der Betriebsberater (BB) 1976, S. 1617
- Markert, Kurt*: Praxis der Fusionskontrolle 1980/81, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, FIW-Schriftenreihe Heft 100, Köln, Berlin, Bonn, München 1982, S. 43
- Marten, Wolfgang*: Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1965, S. 428
- Martens, Joachim*: Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrenrecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987, S. 106
- Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München 2001

- Meessen, Karl M.*: Kollisionsrecht der Zusammenschlußkontrolle, Baden-Baden 1984
- Meyer, Hans/Borgs-Maciejewski, Hermann*: Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1982
- Möschel, Wernhard*: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1982
- Ders.*: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- Monopolkommission*: Hauptgutachten I 1973/75, Mehr Wettbewerb ist möglich, Baden-Baden 1986
- Hauptgutachten II 1976/77, Fortschreiten der Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978
 - Hauptgutachten III 1978/79, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980
 - Hauptgutachten IV 1980/81, Fortschritt bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden 1982
 - Hauptgutachten V 1982/83, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Baden-Baden 1984
 - Hauptgutachten VII 1986/87, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988
 - Hauptgutachten XI 1994/95, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996
 - Hauptgutachten XII 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998
 - Hauptgutachten XIII 1998/99, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Baden-Baden 2000
- Monopolkommission*: Sondergutachten 17, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1989
- Sondergutachten 18, Zusammenschlußvorhaben der DAIMLER-BENZ AG mit der MESSER-SCHMITT-BÖLKOW-BLOHM GmbH, Baden-Baden 1989
- Müller, Heinz/Gießler, Peter/Scholz, Ulrich*: Wirtschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kartellgesetz, 4. Auflage Frankfurt/M. 1981
- Neiser, Jens*: Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle: die deutschen Erfahrungen bei der wettbewerblichen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, Berlin 1981
- Niederleithinger, Ernst*: Praxis der Fusionskontrolle und der Mißbrauchsaufsicht 1985/86, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1985/86, FIW-Schriftenreihe Heft 125, S. 21
- Obermayer, Klaus*: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage, Neuwied, Kriftel 1999
- Oehler, Wolfgang*: Entflechtung und Kontrahierungszwang, Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1976
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001
- Pietzcker, Jost*: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – unlösbar?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1995, S. 15
- Pietzner, Rainer/Ronellenfitsch, Michael*: Das Assessorexamen im öffentlichen Recht: Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, 9. Auflage, Düsseldorf 1996
- Purrucker, Stefan*: Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht, Die Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. iur. Kiel 1974
- Rabenschlag, Karlheinz*: Die Zusagenpraxis im System der Zusammenschlußkontrolle, Frankfurt am Main, Berlin, Bern; New York, Paris, Wien 1995
- Remmert, Barbara*: Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten – Ansprüche des Begünstigten und ihre gerichtliche Durchsetzung, in: Verwaltungsarchiv (VerwArch) Band 88 (1997), S. 112

- Richter, Burkhard*: Teiluntersagung in der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe Heft 125, Köln, Berlin, Bonn, München 1987
- Riechmann, Volkhard*: Zur Frage der Anwendung allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsverfahrenrechts in Kartellverfahren, in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1980, S. 241
- Riegger, Michael*: Die Freigabe von Unternehmenszusammenschlüssen unter Auflagen und Bedingungen im System der europäischen Fusionskontrolle, Diss. Konstanz 1998
- Riesenkampff, Alexander*: Zusagen im Fusionskontrollverfahren, in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1977, S. 291
- Rittner, Fritz*: Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis, 6. Auflage, Heidelberg 1999
- Satzky, Horst*: Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 141 (1977), S. 554
- Schachel, Jens*: Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, in: *Juristische Ausbildung (Jura)* 1981, S. 449
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – BVerwGE 60, S. 269, in: *Juristische Schulung (JuS)* 1983, S. 182
- Ders.*: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen bei Wirtschaftsverwaltungsakten, in: *Wirtschaft und Verwaltung (WiVerw)* 1982, S. 142
- Schmidt, Ingo*: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 5. Auflage, Stuttgart 1996
- Schmidt, Karsten*: Gerichtsschutz in Kartellverwaltungssachen, Zur Fortbildung des Verwaltungsrechtsschutzes in der Wettbewerbsaufsicht, Heidelberg 1980
- Ders.*: Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches recht, Kartellrechtspflege nach deutschen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Ders.*: Zusammenschlußkontrolle und Zusagenpraxis vor den Beschwerdegerichten, Bemerkungen zum Beschluß des Kammergerichts vom 6.10.1976, in: *Der Betriebs-Berater (BB)* 1977, S. 774
- Schneider, Hans-Josef*: Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, Frankfurt am Main 1981
- Schoch, Friedrich*: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988
- Scholz, Rupert*: Zusagen Privater und öffentlich-rechtliche Verträge im Rahmen der Fusionskontrolle, in: *Festschrift für Eberhard Günther zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1976, S. 223
- Schulte, Josef L.*: Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, in: *Die AG* 1998, S. 297
- Schultz, Klaus-Peter/Wagemann, Markus*: Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 1998/99, Köln 1999
- Kartellrechtsprechung 1999/2000, Köln 2000
 - Kartellrechtsprechung 2000/01, Köln 2001
- Schultz, Klaus-Peter*: Die Ausgestaltung der fusionsrechtlichen Zusagenregelung in der Praxis, in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 1982, S. 429
- Schwintowski, Hans-Peter*: Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle: eine rechtsvergleichende und analytische Untersuchung von § 24 Abs. 1 Halbs. 2 GWB unter Einbeziehung der gesamten Fallpraxis des Bundeskartellamts, Göttingen 1983

- Simon, Alfons*: Bayerische Bauordnung 1994, München 2001
- Stadie, Holger*: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsaktes, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1991, S. 613
- Steindorff, Ernst*: Spannungen zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1986/87, FIW-Schriftenreihe Heft 127, S. 27
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael*: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2001
- Störmer, Rainer*: Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1996, S. 81
- Straßburg, Wolfgang*: Aufnahmезwang durch Zusage?, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1979, S. 797
- Strehle, Emanuel P.*: Die Nichterfüllung von Zusagen im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens, Diss. Jena 2001
- Theobald, Christian/Zenke, Ines*: Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2001, S. 19
- Thomas, Werner*: Neues Verwaltungsrecht in Hamburg, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1961, S. 902
- Traumann, Christian Clemens*: Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Köln, Berlin 1977
- Traumann, Clemens*: Die Bedeutung des Negativattests in § 24 a Abs. 4 GWB, in: Der Betriebs-Berater (BB) 1983, S. 342
- Ders.*: Die Bestandskraft von kartellbehördlichen Verfügungen, Wegfall bei veränderten Umständen, insbesondere bei Bedingungen, Auflagen und Zusagen, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1982, S. 825
- Ders.*: Die zusammenschlußrechtliche Zusage, in: Der Betrieb (DB) 1981, S. 976
- Treock, Joachim*: Zusagenregelung in der 6. GWB-Novelle und im europäischen Recht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts, FIW-Schriftenreihe Heft 175, S. 45
- Turegg, Kurt Egon von/Kraus, Erwin*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin 1962
- Uhlig, Torsten*: Auflagen und Bedingungen in der deutschen Fusionskontrolle – Erste praktische Erfahrungen mit der neuen Regelung, in: WuW 2000, S. 574
- Ders.*: Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht, Sinzheim 1996
- Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner*: Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1995
- Ule, Carl Hermann*: Verwaltungsprozeßrecht, 9. Auflage, München 1987
- Urban, Andreas*: Prognoseentscheidungen im Kartellrecht, Diss. iur. Münster 1982
- Weyreuther, Felix*: Modifizierende Auflagen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1984, S. 365
- Ders.*: Über „Baubedingungen“, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1969, S. 232
- Wiedemann, Gerhard*: Handbuch des Kartellrechts, 1. Auflage, München 1999

Windbichler, Christine: Informelles Verfahren bei der Fusionskontrolle: Überlegungen zu den sogenannten Zusagen mit besonderer Berücksichtigung der Praxis im amerikanischen Antitrust-Recht, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1981, Beiheft 52

Dies.: Nochmals: Zusagen bei der Zusammenschlußkontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1982, S. 845

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf: Verwaltungsrecht Band I, 11. Auflage, München 1999

Wolter, Matthias: Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1979, S. 213

Zuleeg, Manfred: Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht, in: Europarecht (EuR) 1990, S. 123