

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 63

Gun-Jumping

Verstöße gegen Art. 7 FKVO und Art. 101 AEUV
durch den vorzeitigen Vollzug anmeldepflichtiger
Zusammenschlüsse

Von

Jan-Christoph Rudowicz



Duncker & Humblot · Berlin

JAN-CHRISTOPH RUDOWICZ

Gun-Jumping

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 63

Gun-Jumping

Verstöße gegen Art. 7 FKVO und Art. 101 AEUV
durch den vorzeitigen Vollzug anmeldepflichtiger
Zusammenschlüsse

Von

Jan-Christoph Rudowicz



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0947-2452

ISBN 978-3-428-14846-2 (Print)

ISBN 978-3-428-54846-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84846-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Im Oktober 2015 wurde die Untersuchung mit dem Jacques Lassier-Preis der International League of Competition Law („LIDC“) ausgezeichnet.

Für die Veröffentlichung wurden die Verweise auf die kartellrechtliche Kommentarliteratur im Juni 2015 aktualisiert. Zudem wurde ein Abschnitt zu dem jüngsten Einschreiten des Bundeskartellamts wegen eines Gun-Jumpings im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Edeka/Kaisers Tengelmann* eingefügt.

Mein vornehmster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Reinhard Ellger, LL.M. (Univ. of Pennsylvania). Er hat mich bei der Erstellung der Arbeit hervorragend betreut und stand jederzeit zur Diskussion fachlicher Probleme zur Verfügung. Als besonders bereichernd empfand ich zudem die Möglichkeiten, die er mir abseits des Promotionsvorhabens eröffnete, beispielsweise für ihn am Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu arbeiten. Herrn Prof. Dr. Armin Hatje danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank richtet sich zudem an Herrn Dr. Marc Schweda, Rechtsanwalt und Partner bei Hogan Lovells International LLP in Hamburg, in dessen Team ich promotionsbegleitend als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war. Er hat nicht nur diese Untersuchung angeregt, sondern auch meine kartellrechtliche Entwicklung maßgeblich geprägt. Für die wertvollen Einblicke in die kartellrechtliche Beratungspraxis möchte ich mich auch ganz herzlich bei Herrn Jan Eggers, LL.M. (Univ. of Exeter), Rechtsanwalt und Counsel bei Hogan Lovells International LLP, bedanken.

Herrn Peter de Luyck, Case Handler bei der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, bin ich für das Gespräch über die Sichtweise der Kommission auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen zu Dank verpflichtet. Herrn Dr. Börries Ahrens, Rechtsanwalt und Partner bei White & Case LLP in Hamburg, danke ich für die Möglichkeit, die im Rahmen meines Promotionsvorhabens erworbenen Kenntnisse in einem äußerst interessanten Gun-Jumping-Fall praktisch anzuwenden.

Mein größter Dank gilt schließlich jedoch meiner Familie. Meine Mutter und mein Vater haben mich während meiner gesamten Ausbildung ideell und finanziell unterstützt. Ich bin sehr dankbar dafür, dass ich mich stets auf sie verlassen konnte. Auch meinen Großeltern danke ich für ihre wertvolle Hilfe.

Hamburg, im Oktober 2015

Jan-Christoph Rudowicz

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	27
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	27
II. Der Begriff Gun-Jumping	28
III. Gang der Untersuchung	31
B. Ökonomischer Zielkonflikt	33
I. Die Auswirkungen staatlicher Markteingriffe	33
II. Mögliche negative Auswirkungen von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	39
III. Drohende Behinderung von unbedenklichen Zusammenschlussvorhaben	43
IV. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen ...	56
C. Gun-Jumping im US-Kartellrecht	58
I. Rechtlicher Rahmen	59
II. Rechtsprechung und Verfahren der Kartellbehörden	71
III. Auswertung der Entscheidungspraxis	109
IV. Entwicklung der Gun-Jumping-Verfolgung in den USA	128
V. Ergebnis	133
D. Das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO	135
I. Das Vollzugsverbot im Kontext des Fusionskontrollverfahrens	135
II. Die Reichweite des Vollzugsverbots	161
III. Kontrollwechsel durch Gun-Jumping-Verhaltensweisen	216
IV. Ergebnis	229

V. Exkurs: Reichweite von § 41 GWB	231
E. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV	236
I. Anwendungsbereich	236
II. Tatbestandsvoraussetzungen	246
III. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen als Orientierungspunkt	254
IV. Beurteilung des Informationsaustauschs zwischen den Zusammenschlussparteien	261
V. Ergebnis	320
VI. Exkurs: Anwendung von Art. 101 AEUV durch Mitgliedstaaten	321
F. Fallgruppen	322
I. Einflussnahme des Erwerbers auf das Verhalten des Zielunternehmens	322
II. Personelle Verflechtungen und Mitarbeiteransprache	333
III. Informationsaustausch und Vorbereitung der Integration des Zielunternehmens .	336
IV. Zusammenarbeit vor dem Vollzug	340
V. Übertragung des Risikos einer fusionskontrollrechtlichen Untersagung auf den Erwerber	342
VI. Besondere Zusammenschlussformen	343
VII. Gun-Jumping-Verhaltensweisen außerhalb der Europäischen Union	347
G. Fazit	350
I. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	350
II. Schlussbemerkung zur Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	352
III. Schlussbemerkung zur Gun-Jumping-Verfolgung durch die Kommission	353
Literaturverzeichnis	356
Stichwortverzeichnis	370

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	27
I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	27
II. Der Begriff Gun-Jumping	28
III. Gang der Untersuchung	31
B. Ökonomischer Zielkonflikt	33
I. Die Auswirkungen staatlicher Markteingriffe	33
1. Die Steuerungswirkung des Kartellrechts	34
2. Das Prinzip der Selbstveranlagung	35
3. Die Gefahr von Fehlerkosten	35
4. Die Berücksichtigung von Transaktionskosten	37
5. Die Auswirkungen von Rechtsunsicherheit	38
6. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	39
II. Mögliche negative Auswirkungen von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	39
1. Eintritt von Wettbewerbsbeschränkungen	39
2. Vorzeitiger Eintritt von Marktstrukturveränderungen	41
a) Eintritt von bedenklichen Marktstrukturveränderungen	41
b) Schwierigkeiten bei der Entflechtung	43
3. Ergebnis	43
III. Drohende Behinderung von unbedenklichen Zusammenschlussvorhaben	43
1. Überwiegende Zahl der Zusammenschlüsse ist wettbewerblich unbedenklich	44
2. Effiziente Ausgestaltung von Unternehmenstransaktionen	45
a) Informationsasymmetrien	45
b) Moral hazard-Problem	46
c) Transaktionskosten	47
d) Schlussfolgerung	47
3. Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten von Zusammenschlüssen	47
a) Geringe Erfolgsquote von Unternehmenszusammenschlüssen	48
b) Verbesserung der Erfolgsaussichten	49
aa) Erfolgsfaktor Integrationsplanung	49
(1) Kunden	50
(2) Produkte, Produktion und Einkauf	50

(3) Technische Integration	51
(4) Mitarbeiter und Unternehmenskultur	51
(5) Weitere Themenfelder	52
(6) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht	52
bb) Erfolgsfaktor Informationsaustausch	52
(1) Informationsaustausch zur Bewertung des Zielunternehmens	52
(2) Informationsaustausch nach Vertragsschluss zur Integrations- planung	53
(3) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht	53
cc) Erfolgsfaktor Geschwindigkeit	54
(1) Verunsicherung von Kunden, Zulieferern und Mitarbeitern	54
(2) Aufrechterhaltung der Agilität der beteiligten Unternehmen	55
(3) Schnelle Realisierung von Synergien	55
(4) Spannungsverhältnis zum Kartellrecht	55
4. Zusammenfassung	55
IV. Schlussfolgerungen für die Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	56
C. Gun-Jumping im US-Kartellrecht	58
I. Rechtlicher Rahmen	59
1. Vollzugsverbot, Section 7 A Clayton Act	59
a) Das präventive Fusionskontrollverfahren nach Section 7 A Clayton Act	60
b) Das Vollzugsverbot des Section 7 A Clayton Act	61
aa) Reichweite des Vollzugsverbots	61
bb) Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich	64
cc) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Section 7 A Clayton Act	64
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen	64
2. Kartellverbot, Section 1 Sherman Act	65
a) Tatbestandsmerkmale	65
aa) Vereinbarung	65
bb) Beschränkung des Wettbewerbs	66
cc) Bundesstaats- oder staatsübergreifende Auswirkungen	67
dd) Keine Möglichkeit zur Freistellung vom Kartellverbot	68
b) Rechtsfolgen eines Verstoßes	68
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen	69
3. Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken, Section 5 FTC Act	69
a) Erfasste Verhaltensweisen	69
b) Rechtsfolgen eines Verstoßes	70
c) Anwendung auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen	71

II. Rechtsprechung und Verfahren der Kartellbehörden	71
1. Rechtsprechung zur Anwendung von Section 1 Sherman Act auf Interaktionen vor dem Vollzug	71
a) Kiriwara v. Bendix Corporation: Zielunternehmen wechselt Vertriebspartner	72
aa) Sachverhalt	72
bb) Bewertung durch das Gericht	72
cc) Auswertung	73
b) U.S. v. R. J. Reynolds Tobacco Co.: Übertragung des Risikos des Scheiterns des Zusammenschlusses auf den Erwerber	73
aa) Sachverhalt	73
bb) Bewertung durch das Gericht	74
cc) Auswertung	74
c) International Travel Arrangers v. NWA Inc.: Keine Anwendbarkeit des Kartellverbots auf Zusammenschlussparteien	74
aa) Sachverhalt	74
bb) Bewertung durch das Gericht	75
cc) Auswertung	75
d) Omnicare v. United Health Group: Informationsaustausch vor dem Vollzug	76
aa) Sachverhalt	76
bb) Bewertung durch das Gericht	77
cc) Auswertung	79
e) Ergebnis	79
2. Gun-Jumping-Verfahren des DOJ und der FTC	79
a) United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO I): Übergang der Chancen und Risiken des Betriebs der übertragenen Vermögenswerte	80
aa) Sachverhalt	81
bb) Bewertung durch das DOJ	81
cc) Auswertung	82
b) United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO II): Übertragung von Stimmrechtsaktien	82
aa) Sachverhalt	82
bb) Bewertung durch das DOJ	83
cc) Auswertung	83
c) In re Torrington: Übertragung von Kundenbeziehungen	83
aa) Sachverhalt	83
bb) Bewertung durch die FTC	84
cc) Auswertung	84
d) United States v. Titan Wheel International, Inc.: Inbesitznahme von Vermögenswerten	85

aa) Sachverhalt	85
bb) Bewertung durch das DOJ	85
cc) Auswertung	86
e) In re Insilco Corp.: Informationsaustausch vor dem Vollzug	86
aa) Sachverhalt	86
bb) Bewertung durch die FTC	86
cc) Auswertung	87
f) In re Commonwealth Land Title Insurance Co.: Angleichung der Geschäftsbedingungen	87
aa) Sachverhalt	87
bb) Bewertung durch die FTC	88
cc) Auswertung	88
g) United States v. Input/Output, Inc.: Faktische Integration des Zielunternehmens	89
aa) Sachverhalt	89
bb) Bewertung durch das DOJ	90
cc) Auswertung	91
h) United States v. Computer Associates International, Inc.: Beschränkung des Wettbewerbs	91
aa) Sachverhalt	91
(1) Conduct of business-Beschränkungen in der Zusammenschlussvereinbarung	92
(2) Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen	93
(3) Zugriff auf wettbewerbsrelevante Informationen durch Computer Associates	94
bb) Bewertung durch das DOJ	94
cc) Auswertung	95
(1) Anwendung von Section 1 Sherman Act auf Gun-Jumping-Verhaltensweisen	95
(2) Beurteilung von conduct of business-Beschränkungen	95
(3) Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen	96
(4) Arm's length-Transaktionen	96
i) United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.: Beschränkungen des Wettbewerbs	96
aa) Sachverhalt	97
(1) Die slow roll-Vereinbarung	97
(2) Markt- und Kundenaufteilungen	97
(3) Preis- und Konditionenabsprachen	98
bb) Bewertung durch das DOJ	98
cc) Auswertung	99
(1) Section 1 Sherman Act	99

(2) Section 7 A Clayton Act	100
(3) Zulässige Verhaltensweisen	100
j) United States v. Qualcomm Incorporated: conduct of business-Beschränkungen	101
aa) Sachverhalt	101
bb) Bewertung durch das DOJ	102
cc) Auswertung	103
k) United States v. Smithfield Foods, Inc.: Vertragsgenehmigung durch Erwerber	103
aa) Sachverhalt	103
bb) Bewertung durch das DOJ	104
cc) Auswertung	104
l) Ergebnis	104
3. Rechtsprechung zu Section 7 Clayton Act	105
a) United States v. Columbia Pictures Corp.: Weite Auslegung des Zusammenschlussbegriffs	106
b) Nelson v. Pacific Southwest Airlines: Kontrollerwerb über Entscheidungsprozesse	107
c) McTamney v. Stolt Tankers & Terminals (Holdings): Übergang der wirtschaftlichen Kontrolle	108
d) Ergebnis	108
III. Auswertung der Entscheidungspraxis	109
1. Vollzugsverbot: Section 7 A Clayton Act	109
a) Entwicklung des Merkmals der operational control	109
b) Sinn und Zweck von Section 7 A Clayton Act	112
c) Rechtsprechung zu Section 7 Clayton Act	113
d) Ergebnis	114
2. Kartellverbot: Section 1 Sherman Act	114
a) Anwendbarkeit von Section 1 Sherman Act auf Verhaltensweisen vor dem Closing	114
aa) Unanwendbarkeit nach International Travel Arrangers überzeugt nicht	115
bb) Anwendung auf Verhaltensweisen vor dem Closing in der Fallpraxis	116
cc) International Travel Arrangers und der stare decisis-Grundsatz	116
b) Verhältnis zu Section 7 A Clayton Act	117
c) Tatbestandsmerkmale	117
aa) Vereinbarung	117
bb) Wettbewerbsbeschränkung	119
d) Fallgruppen	120
aa) Preis- und Konditionenabsprachen	120
bb) Markt- und Kundenaufteilungen	121

cc) Aussetzen von Wettbewerbshandlungen	121
dd) Kontrollwechsel	122
ee) Conduct of business-Beschränkungen	122
ff) Informationsaustausch	124
gg) Zusammenarbeit der Zusammenschlussparteien	126
e) Zwischenergebnis	127
3. Verbot unlauterer Wettbewerbspraktiken: Section 5 FTC Act	127
IV. Entwicklung der Gun-Jumping-Verfolgung in den USA	128
1. Kartellbehörden kündigen Verfolgung von Gun-Jumping-Verstößen an	128
2. Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die kartellrechtlichen Vorgaben	130
3. Erhöhung der Rechtssicherheit	131
4. Schlussfolgerungen für das europäische Kartellrecht	132
V. Ergebnis	133
D. Das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO	135
I. Das Vollzugsverbot im Kontext des Fusionskontrollverfahrens	135
1. Das Fusionskontrollverfahren	136
a) Anwendung nur auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung	136
b) Anmeldepflicht und Vollzugsverbot	137
c) Informelles Pränotifikationsverfahren	137
d) Phase I: Freigabe von offensichtlich unbedenklichen Zusammenschlüssen	138
e) Phase II: Ausführliche Prüfung von problematischen Vorhaben	139
f) Vereinfachtes Verfahren für unproblematische Zusammenschlüsse	140
g) Vollzug des Zusammenschlusses und Überwachungsphase	141
2. Das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO	141
a) Entstehungsgeschichte des Vollzugsverbots	141
b) Zweck des Vollzugsverbots	142
aa) Vermeidung von praktischen Schwierigkeiten bei der Entflechtung	143
bb) Verhinderung des Eintritts von irreversiblen Marktstrukturveränderungen	143
cc) Schutz des Wettbewerbs während der fusionskontrollrechtlichen Prüfung	144
dd) Gewährleistung der Hoheit der Kommission über das Fusionskontrollverfahren	144
ee) Zentrale Regelung im System zum Schutz des Wettbewerbs	145
c) Funktion der präventiven Ausgestaltung aus ökonomischer Perspektive	146
d) Anwendungsbereich	148
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	148
bb) Personeller Anwendungsbereich	148

cc) Zeitlicher Anwendungsbereich	150
e) Freistellung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 3 FKVO	150
f) Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 2 FKVO	151
g) Rechtsfolgen eines Verstoßes	152
aa) Bußgelder	152
bb) Zivilrechtliche Unwirksamkeit	153
cc) Einstweilige Maßnahmen	153
dd) Entflechtung	153
h) Verjährung von Verstößen gegen das Vollzugsverbot	154
3. Das Fusionskontrollverfahren im Spannungsfeld von effektivem Wettbewerbschutz und der Vermeidung unnötiger Belastungen	154
a) Vorkehrungen zur Vermeidung unnötiger Belastungen	156
aa) Zwei Prüfphasen	156
bb) Knappe Entscheidungsfristen	156
cc) Beschleunigungsgrundsatz	157
dd) Vereinfachtes Verfahren	157
ee) Befreiung vom Vollzugsverbot	157
ff) Praktische Wirksamkeit dieser Vorkehrungen	157
gg) Beurteilung	158
b) Das Prinzip der Belastungsvermeidung	159
c) Reformmöglichkeiten	159
aa) Reformvorschlag zur Beschränkung des Anwendungsbereichs des Vollzugsverbots	159
bb) Vereinfachung des Anmeldeverfahrens	160
cc) Zwischenergebnis	161
II. Die Reichweite des Vollzugsverbots	161
1. Die Entscheidungspraxis der Kommission	162
a) Gun-Jumping-Fälle	162
aa) Bertelsmann/Kirch/Premiere	162
(1) Das Vorgehen der Kommission	163
(2) Auswertung	164
bb) Ineos/Kerling	165
cc) Volkswagen/MAN	166
(1) Das Vorgehen der Kommission	166
(2) Auswertung	167
dd) Zwischenergebnis	168
b) Bußgeldentscheidungen	168
aa) Samsung/AST	168
bb) A. P. Møller	169

cc) Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône	169
(1) Die Entscheidung der Kommission	169
(2) Das Urteil des EuG	170
dd) Zwischenergebnis	171
c) Entflechtungsentscheidungen	171
d) Befreiungen vom Vollzugsverbot	172
e) Ergebnis	173
2. Der Fall Aer Lingus	173
a) Übernahme von Aer Lingus durch Ryanair wird untersagt	174
b) Kommission: kein Vorgehen gegen Minderheitsbeteiligung	175
c) EuG: kein einstweiliger Rechtsschutz	177
d) EuG: kein Erfolg in der Hauptsache	177
aa) Negative Auswirkungen der Minderheitsbeteiligung auf den Wettbewerb	178
bb) Auslegung von Art. 8 Abs. 4 FKVO	179
cc) Würdigung durch das Gericht	180
(1) Zuständigkeit der Kommission nur für Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO	180
(2) Wettbewerbsbeeinträchtigungen unterhalb der Schwelle des Kontrollwechsels irrelevant	181
(3) Keine abweichende Beurteilung aufgrund der Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 1 FKVO	182
dd) Ergebnis	183
e) Schlussfolgerungen für die Reichweite des Vollzugsverbots	183
aa) Auslegungsergebnis zu Art. 8 Abs. 4 FKVO ist auf Art. 7 Abs. 1 FKVO zu übertragen	183
bb) Literatur folgert aus Aer Lingus weite Auslegung des Vollzugsverbots	184
cc) Ausführungen in Aer Lingus zum Vollzugsverbot bestätigen enge Auslegung	186
dd) Ergebnis	187
3. Literaturmeinungen zur Reichweite des Vollzugsverbots	189
a) Weite Auslegung: Kontrollwechsel nicht erforderlich	189
aa) Kontrollerwerb, faktische Vorwegnahme des Zusammenschlusses und Einschränkungen des Wettbewerbs	189
bb) Handlungen zur Durchführung eines Zusammenschlusses	190
cc) Aufgabe der eigenständigen Festlegung des Marktverhaltens	191
dd) Verwirklichung des Zusammenschlusses in Teilbereichen	191
ee) Teilweise Vollzugshandlungen und Maßnahmen rein tatsächlicher Natur	192
ff) Weitere Literaturstimmen	192

- b) Enge Auslegung: Kontrollwechsel erforderlich 193
 - aa) Bestimmung der Reichweite des Vollzugsverbots unter Rückgriff auf Art. 3 FKVO 193
 - bb) Bezugnahme auf die Marktstruktur und das strategisches Marktverhalten 194
 - c) Ergebnis 195
- 4. Auslegung des Vollzugsverbots 195
 - a) Wortlaut 196
 - b) Systematik 197
 - aa) Begrenzter Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung ... 198
 - bb) Mögliche Argumentation für ein Eingreifen unterhalb der Kontrollschwelle 199
 - cc) Abgrenzung zwischen Marktstruktur- und Verhaltenskontrolle ... 199
 - (1) Verhaltenskontrolle 200
 - (2) Marktstrukturkontrolle 200
 - (3) Klare Abgrenzung zwischen Marktstruktur- und Verhaltenskontrolle 200
 - (4) Nebenabreden zu Zusammenschlüssen 202
 - dd) Enge Auslegung des Vollzugsverbots erforderlich 204
 - ee) Zwischenergebnis 206
 - c) Sinn und Zweck 206
 - aa) Keine Schutzlücken bei enger Auslegung 206
 - (1) Verhinderung des Eintritts von irreversiblen Marktstrukturveränderungen 207
 - (2) Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Entflechtung 208
 - (3) Verhinderung des Eintritts von Wettbewerbsbeschränkungen vor der Untersagung 208
 - (a) Das Kartellverbot als komplementäres Kontrollinstrument . 209
 - (b) Sachliche Reichweite: Schutzlücken allenfalls im Hinblick auf einseitige Verhaltensweisen 210
 - (c) Schutzlücke im Hinblick auf einseitige Verhaltensweisen ist hinzunehmen 211
 - (d) Zwischenergebnis 212
 - (4) Ergebnis der Untersuchung des Schutzlückenarguments 213
 - bb) Prinzip der Belastungsvermeidung 213
 - (1) Verringerung von Behinderungen 213
 - (2) Berücksichtigung im Rahmen des Prinzips der Belastungsvermeidung 214
 - cc) Erfahrungen der US-Kartellbehörden mit Gun-Jumping-Fällen ... 214
 - dd) Zwischenergebnis 215
- 5. Ergebnis 216

III. Kontrollwechsel durch Gun-Jumping-Verhaltensweisen	216
1. Der Zusammenschlusstatbestand der Fusionskontrollverordnung	217
2. Die Funktion des Kontrollkriteriums	218
3. Voraussetzungen für die Annahme eines Kontrollwechsels durch Gun-Jumping	219
a) Strategischer und geschäftspolitischer Bereich	220
aa) Entscheidungen über das Budget	221
bb) Entscheidungen über die Besetzung der Unternehmensleitung	221
cc) Entscheidungen über den Geschäftsplan	222
dd) Entscheidungen über größere Investitionen	222
ee) Entscheidungen über marktspezifische Rechte	222
ff) Einflussnahme auf das Tagesgeschäft nicht erforderlich	223
gg) Zwischenergebnis	223
b) Intensität der Einflussmöglichkeit	224
aa) Faktischer Kontrollwerb ist ausreichend	224
bb) Dauerhaftigkeit der Kontrollausübung	225
cc) Erwerb der Kontrolle über einen Teilbereich des Unternehmens ist ausreichend	226
dd) Positive und negative Kontrolle	226
ee) Alleinige oder gemeinsame Kontrollausübung	227
ff) Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses ist ausreichend	227
4. Maßgeblichkeit einer Einzelfallbetrachtung	227
IV. Ergebnis	229
V. Exkurs: Reichweite von § 41 GWB	231
1. BGH und OLG Düsseldorf	231
2. Bundeskartellamt	232
a) Zusammenschlussvorhaben Mars/Nutro Products	232
b) Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaisers Tengelmann	233
3. Kein einheitliches Meinungsbild in der Literatur	233
4. Übertragung der engen Auslegung auf § 41 Abs. 1 GWB	234
E. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV	236
I. Anwendungsbereich	236
1. Anwendbarkeit bis das Konzernprivileg eingreift	236
2. Anwendbarkeit über die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung hinaus	238
3. Keine Anwendung auf Zusammenschlüsse und Nebenabreden	239
a) Keine Anwendung auf Zusammenschlüsse	239
b) Keine Anwendung auf Nebenabreden	239
4. Das Verhältnis zwischen dem Kartell- und Vollzugsverbot	240
a) Grundsätzlich keine Doppelkontrolle von Marktstrukturveränderungen	241

- b) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vor dem Kontrollwechsel . 241
 - c) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach einem Kontrollwechsel 241
 - aa) Kontrollwechsel rechtfertigt nicht immer die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit 242
 - bb) Eingreifen des Konzernprivilegs nach einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot 244
- II. Tatbestandsvoraussetzungen 246
 - 1. Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise 246
 - a) Allgemeines 246
 - b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen 247
 - 2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung 247
 - a) Allgemeines 247
 - b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen 249
 - 3. Spürbarkeit 251
 - a) Allgemeines 251
 - b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen 252
 - 4. Ausnahme vom Kartellverbot, Art. 101 Abs. 3 AEUV 252
 - a) Allgemeines 253
 - b) Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen 254
- III. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen als Orientierungspunkt 254
 - 1. Rechtsprechung zu Minderheitsbeteiligungen 254
 - 2. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmungen im Vorfeld eines Kontrollwechsels 257
 - a) Einfluss auf das geschäftliche Verhalten 258
 - b) Ermöglichung eines kollusiven Verhaltens 259
 - c) Unilaterale Effekte 260
 - 3. Ergebnis 261
- IV. Beurteilung des Informationsaustauschs zwischen den Zusammenschlussparteien 261
 - 1. Ökonomische Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen 262
 - a) Positive Effekte von Informationsaustausch und erhöhter Markttransparenz 263
 - aa) Horizontale Transparenz 264
 - (1) Steigerung der allokativen Effizienz 264
 - (2) Benchmarking 264
 - (3) Erleichterung von Marktzutritten 265
 - (4) Verringerung von Informationsasymmetrien 265
 - (5) Horizontale Kooperationen, Standardisierung und Schnittstelleninformationen 267
 - bb) Vertikale Transparenz 267

b) Negative Effekte von Informationsaustausch und erhöhter Markttransparenz	268
aa) Ermöglichung von Kollusion	268
(1) Erleichterung der Einigung auf ein Kollusionsergebnis	269
(2) Überwachung von Abweichungen: Gewährleistung interner Stabilität	270
(3) Entdeckung von Marktzutritten: Gewährleistung externer Stabilität	271
bb) Marktabschottung	271
cc) Beeinträchtigung des Marktergebnisses ohne Kollusion und Marktabschottung	271
c) Schlussfolgerung für die kartellrechtliche Analyse	272
2. Kartellrechtliche Beurteilung von Informationsaustauschvorgängen	273
a) Das Selbstständigkeitspostulat als übergeordneter Maßstab	274
b) Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise	275
aa) Bezugspunkt	275
bb) Maßstab	276
cc) Einseitige Verhaltensweisen	277
c) Wettbewerbsbeschränkung	278
aa) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	278
(1) Künftiges Preisverhalten	279
(2) Künftiges Mengenverhalten	279
(3) Informationsaustausch im Rahmen von weitergehenden Absprachen	280
bb) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	280
(1) Eigenschaften des betroffenen Markts	281
(a) Markttransparenz	281
(b) Oligopolistische Prägung	282
(c) Komplexität	282
(d) Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen	283
(e) Symmetrische Marktstrukturen	283
(f) Bedeutung kurzfristiger Gewinne	284
(g) Möglichkeit von Vergeltungsmaßnahmen	284
(h) Marktdeckung	285
(i) Macht der Marktgegenseite	285
(2) Eigenschaften der ausgetauschten Informationen	286
(a) Strategische Bedeutung	286
(b) Aggregation der Daten	287
(c) Aktualität der Daten	287
(d) Häufigkeit des Informationsaustauschs	288
(e) Öffentlichkeit der Informationen	288

(f) Öffentlichkeit des Informationsaustauschs	289
(3) Zwischenergebnis	289
cc) Nichthorizontale Konstellationen	290
d) Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV	290
aa) Effizienzgewinne	290
bb) Unerlässlichkeit	291
cc) Angemessene Beteiligung der Verbraucher	291
dd) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	291
3. Anwendung auf Informationsaustauschvorgänge im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen	292
a) Umfang des Informationsaustauschs im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen	293
aa) Informationsaustausch im Rahmen der Due Diligence	293
(1) Financial Due Diligence	294
(2) Strategic Due Diligence	297
bb) Informationsaustausch außerhalb der Due Diligence	298
cc) Zwischenergebnis	298
b) Auswirkungen des Informationsaustauschs der Zusammenschlussparteien	298
aa) Positive Auswirkungen	299
(1) Effizienz des Markts für Unternehmenskontrolle	299
(2) Ermöglichung von Effizienzgewinnen durch Zusammenschlüsse	299
bb) Negative Auswirkungen	300
(1) Breite und Tiefe des Informationsaustauschs können Einigung auf Kollusionsergebnis erleichtern	300
(2) Gefahr einer langfristigen kollusiven Praxis, wenn das Zusammenschlussvorhaben nicht vollzogen wird	300
(3) Gefahr zwischenzeitlicher Wettbewerbsbeschränkungen	301
(4) Vorgetäuschte Zusammenschlussverhandlungen	301
(5) Zwischenergebnis	302
cc) Umstände, die wettbewerbliche Bedenken mildern	302
(1) Bestehen eines berechtigten Interesses	303
(2) Einmaligkeit des Informationsaustauschs	303
(3) Einseitigkeit der Informationsübermittlung	304
(4) Autonomes unternehmerisches Interesse am Schutz von Geschäftsgeheimnissen	305
(5) Art des Zusammenschlusses	305
dd) Ergebnis	306
c) Einzelfallbeurteilung des Informationsaustauschs im Vorfeld von horizontalen Zusammenschlüssen	307
aa) Abschichtung problematischer Informationen	308

bb) Vorkehrungen zur Verhinderung des Eintritts von Wettbewerbsbeschränkungen	310
(1) Vertraulichkeitsvereinbarungen	310
(2) Einschalten von independent agents	311
(3) Bildung von clean teams	312
(4) Überwachung des Informationsaustauschs durch externe Berater	313
(5) Aggregation	314
(6) Historische Informationen	314
(7) Abgestufte Informationspreisgabe	314
(8) Zwischenergebnis	315
cc) Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Erfordernissen des Wettbewerbsschutzes und legitimen Informationsbedürfnissen	315
dd) Rückgriff auf die ancillary restraints-Doktrin und Legalausnahme nicht erforderlich	316
(1) Ancillary restraints-Doktrin	316
(2) Legalausnahme	317
ee) Vergleich mit der Beurteilung unter dem US-Kartellrecht	317
d) Besondere Konstellationen	318
aa) Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	318
bb) Bietwettbewerb	319
cc) Fusion	319
dd) Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse	319
4. Ergebnis zur Beurteilung des Informationsaustauschs der Zusammenschlussparteien	319
V. Ergebnis	320
VI. Exkurs: Anwendung von Art. 101 AEUV durch Mitgliedstaaten	321
F. Fallgruppen	322
I. Einflussnahme des Erwerbers auf das Verhalten des Zielunternehmens	322
1. Einflussmöglichkeiten des Erwerbers	322
a) Verstoß gegen das Vollzugsverbot	323
b) Verstoß gegen das Kartellverbot	323
c) Beispiele aus der US-Behördenpraxis	324
2. Vertragliche Beschränkungen der Handlungsfreiheit des Zielunternehmens	324
a) Erscheinungsformen	325
b) Mögliche Auswirkungen von conduct of business-Beschränkungen	326
aa) Risikoverteilung und Lösung des moral hazard-Problems	326
bb) Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen	327
c) Kartellrechtliche Schranken	327
aa) Praxis des DOJ	328

- bb) Beurteilung unter Art. 101 AEUV und Art. 7 Abs. 1 FKVO 329
 - (1) Verstoß gegen das Kartellverbot 330
 - (2) Verstoß gegen das Vollzugsverbot 331
 - d) Ergebnis 332
 - 3. Abgrenzung von einseitiger Verhaltensanpassung 332
 - II. Personelle Verflechtungen und Mitarbeiteransprache 333
 - 1. Unzulässige personelle Verflechtungen 333
 - a) Erlangung der Mehrheit in Leitungsgremien 333
 - b) Neubesetzung von Leitungspositionen 334
 - c) Beratung oder Überwachung der Geschäftsführung des Zielunternehmens 335
 - d) Personelle Verflechtungen und Kartellverbot 335
 - 2. Ansprache von Arbeitnehmern 335
 - III. Informationsaustausch und Vorbereitung der Integration des Zielunternehmens 336
 - 1. Informationsaustausch 336
 - 2. Integrationsplanung 337
 - a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Integrationsplanung 337
 - b) Kartellrechtswidrige spillover-Effekte 338
 - c) Vorkehrungen zur Verhinderung eines Kartellverstoßes 338
 - d) Beurteilung im US-Kartellrecht 339
 - 3. Integrationsmaßnahmen 339
 - 4. Kunden- und Zuliefererkontakte 340
 - IV. Zusammenarbeit vor dem Vollzug 340
 - 1. Kartellverbot 341
 - 2. Vollzugsverbot 341
 - 3. Der Fall *Bertelsmann/Kirch/Premiere* 341
 - 4. Ergebnis 342
 - V. Übertragung des Risikos einer fusionskontrollrechtlichen Untersagung auf den Erwerber 342
 - VI. Besondere Zusammenschlussformen 343
 - 1. Gemeinschaftsunternehmen 343
 - 2. Sukzessiver Anteilserwerb 345
 - 3. Öffentliche Übernahmeangebote 346
 - 4. Zusammenschlüsse unterhalb der Schwellenwerte der FKVO 347
 - VII. Gun-Jumping-Verhaltensweisen außerhalb der Europäischen Union 347
 - 1. Vollzugsverbot 347
 - 2. Kartellverbot 348
- G. Fazit 350**
 - I. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse 350

II. Schlussbemerkung zur Beurteilung von Gun-Jumping-Verhaltensweisen	352
III. Schlussbemerkung zur Gun-Jumping-Verfolgung durch die Kommission	353
Literaturverzeichnis	356
Stichwortverzeichnis	370

Abkürzungsverzeichnis

ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
BGH	Bundesgerichtshof
Bus. Law.	The Business Lawyer
C.F.R.	Code of Federal Regulations
CMLR	Common Market Law Review
DOJ	Department of Justice
DStR	Deutsches Steuerrecht
ECJ	European Competition Journal
E. C. L. Rev.	European Competition Law Review
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
E. L. Rev.	European Law Review
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fed. Reg.	Federal Register
FK	Frankfurter Kommentar
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
FTC	Federal Trade Commission
F.T.C.	Federal Trade Commission Decisions
F.2d	Federal Reporter, 2nd Series
F.3d	Federal Reporter, 3rd Series
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, & Organization
J. Polit. Econ.	Journal of Political Economy
Komm.	Entscheidung der Europäischen Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
MAC	Material Adverse Change
M.G.L.	Massachusetts General Laws
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYU L. Rev.	New York University Law Review

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
O. J. L. S.	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
Prac. Law.	The Practical Lawyer
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
Rdnr.	Randnummer
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts der Europäischen Union
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	U.S. Reports
U.S.C.	United States Code
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vertikal-GVO	Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

A. Einleitung

I. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Um einen möglichst wirksamen Wettbewerbsschutz zu gewährleisten, sieht das europäische Kartellrecht nicht nur eine Kontrolle des Unternehmensverhaltens auf der Grundlage des Kartell- und des Missbrauchsverbots vor. Vielmehr soll bereits auf der Marktstrukturebene verhindert werden, dass durch externes Unternehmenswachstum überhaupt Marktconstellationen entstehen können, bei denen es wahrscheinlich ist, dass der Markt als dezentraler Allokationsmechanismus versagt. Zu diesem Zweck bestimmt die Fusionskontrollverordnung¹, dass Unternehmenszusammenschlüsse ab dem Erreichen bestimmter Umsatzschwellen² bei der Europäischen Kommission („Kommission“) angemeldet werden müssen. Die Kommission prüft daraufhin die wettbewerblichen Auswirkungen der jeweiligen Vorhaben und gibt sie frei, sofern diesbezüglich keine entscheidenden Bedenken bestehen.

Die Marktstrukturkontrolle auf Grundlage der Fusionskontrollverordnung ist präventiv ausgestaltet. Art. 7 Abs. 1 FKVO enthält ein Vollzugsverbot, nach dem die der Verordnung unterfallenden Vorhaben erst dann umgesetzt werden dürfen, wenn die Kommission ihre Prüfung abgeschlossen und den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt hat. Die präventive Ausgestaltung der Zusammenschlusskontrolle soll die leichte Durchsetzbarkeit von Untersagungsentscheidungen und eine möglichst hohe Wirksamkeit der Marktstrukturkontrolle gewährleisten. Das Vollzugsverbot ist vor diesem Hintergrund als eine zentrale Vorschrift des europäischen Wettbewerbsrechts einzuordnen. Seine Bedeutung geht weit über die einer reinen Verfahrensvorschrift hinaus. Dies wird dadurch unterstrichen, dass Verstöße gegen Art. 7 Abs. 1 FKVO genauso wie Verstöße gegen das Kartell- oder das Missbrauchsverbot mit Bußgeldern in Höhe von bis zu 10 Prozent des Umsatzes der beteiligten Unternehmen belegt werden können. Der hohe Bußgeldrahmen ist dem Umstand geschuldet, dass das Vollzugsverbot unmittelbare Relevanz für die Wirksamkeit des Wettbewerbsschutzes hat.

Trotz der großen Bedeutung und hohen praktischen Relevanz des Vollzugsverbots sind seine genauen Konturen bislang kaum untersucht worden. Unzweifelhaft ist zwar, dass ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 FKVO vorliegt, wenn die Zusammenschlussparteien ihr Vorhaben vor der Freigabeerteilung im Rahmen des sogenannten

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

² Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO.

Closings³ vollständig in die Tat umsetzen, indem sie den vereinbarten Anteils- oder Vermögenserwerb ausführen. Der Schutzzweck des Art. 7 Abs. 1 FKVO kann jedoch auch durch Handlungen unterhalb der Schwelle eines solchen formalen „Vollzugs“ vereitelt werden. Zu denken ist insoweit vor allem an Situationen, in denen die Trennung zwischen Erwerber und Zielunternehmen vorzeitig auf faktischer Ebene aufgehoben wird, beispielsweise indem es zu personellen Verflechtungen kommt, operative Ressourcen vermengt werden oder dem Erwerber Einfluss auf das Marktverhalten des Zielunternehmens eingeräumt wird. Kommt es durch solche oder ähnliche Maßnahmen zu einem atypischen Verstoß gegen das Vollzugsverbot, spricht man von einem kartellrechtswidrigen Frühstart, einem Gun-Jumping. Dabei ist allerdings bislang weitgehend ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass Gun-Jumping-Verhaltensweisen gegen Art. 7 Abs. 1 FKVO verstoßen.

Neben dem Vollzugsverbot können zu weitgehende Interaktionen vor der Freigabe und dem Closing auch unter dem Kartellverbot problematisch sein. Stellen der Erwerber und das Zielunternehmen vorzeitig die autonome Festlegung ihres Marktverhaltens ein, kann ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegen. Dabei bergen insbesondere der Informationsaustausch im Rahmen der Due Diligence⁴ und die Kontakte zur Integrationsplanung das Risiko der Ermöglichung einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmung. Auch insoweit ist bislang jedoch kaum untersucht worden, welche Anforderungen aus kartellrechtlicher Perspektive an das Verhalten der Zusammenschlussparteien vor dem Closing zu stellen sind.

Im Rahmen dieser Arbeit soll bestimmt werden, welche Vorgaben aus dem Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO und dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV für das Verhalten der Zusammenschlussparteien vor der Freigabe und dem Vollzug ihres Vorhabens folgen.

II. Der Begriff Gun-Jumping

Prägend für die Auseinandersetzung mit den kartellrechtlichen Schranken für die Interaktionen der Zusammenschlussparteien vor dem Closing ist der aus der Praxis der US-Kartellbehörden stammende Begriff des Gun-Jumpings.⁵ Der Ausdruck lässt

³ Als Closing wird der formale Vollzug eines Unternehmenszusammenschlusses bezeichnet, der zuvor im Rahmen des Signings vereinbart wurde. In der Regel werden im Rahmen des Closings die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Signing dinglich erfüllt. Vgl. Mutter, in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 6, Rdnr. 379.

⁴ Als Due Diligence bezeichnet man die mit der gebotenen Sorgfalt durchzuführende Prüfung des Zielunternehmens durch den Erwerber, um das Zielunternehmen zu bewerten und Risiken der Transaktion aufzudecken, vgl. Klöpper, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 28, Rdnr. 14 ff.

⁵ Aufgekommen ist die Redewendung „to jump the gun“ im Rahmen einer Debatte in den Jahren 1989 bis 1991, die sich der Frage widmete, ob durch den Informationsaustausch im

sich mit „Frühstart“ übersetzen und beschreibt im eigentlichen Wortsinn anschaulich die Situation, in der ein Läufer in einem Wettkampf noch vor dem Startschuss die Startlinie übertritt. Im Hinblick auf Unternehmenszusammenschlüsse wird der Begriff verwendet, um Situationen zu beschreiben, in denen sich die Zusammenschlussparteien über die kartellrechtliche Vorgaben hinwegsetzen und ihr Vorhaben vorschnell implementieren.⁶

Bei genauerer Betrachtung wird allerdings deutlich, dass der Begriff des Gun-Jumpings in der rechtswissenschaftlichen Debatte uneinheitlich gebraucht wird. Teilweise wird der Ausdruck als Synonym für Verstöße gegen das Vollzugsverbot verwendet.⁷ Ein Gun-Jumping läge demnach immer dann vor, wenn ein Zusammenschluss unter Missachtung von Art. 7 Abs. 1 FKVO umgesetzt wird, bevor die Kommission eine Freigabe erteilt hat. Ein solches Begriffsverständnis ist angesichts des eigentlichen Wortsinns durchaus nachvollziehbar, da hierbei Fälle erfasst werden, in denen es vor dem Startschuss der Freigabeerteilung zur Umsetzung eines Vorhabens kommt.

Andere Stimmen fassen unter den Begriff des Gun-Jumpings hingegen Verstöße gegen das Vollzugs- oder das Kartellverbot⁸ durch faktische Vollzugsmaßnahmen und wettbewerbswidrige Interaktionen vor der Freigabe und dem formalen Vollzug

Rahmen von Due-Diligence-Prüfungen das Kartellverbot verletzt werden kann. Ein Überblick über diese Debatte findet sich in *Blumenthal*, 63 Antitrust L. J. 1, 4 ff. Soweit ersichtlich hat *Steptoe* den Begriff erstmals verwendet: „[...] where information about future business plans, obtained during pre-merger talks, allows companies to 'jump the gun' and cease acting as competitors before they have consummated the deal“. *Steptoe*, Deputy Director, Bureau of Competition, Federal Trade Commission, Remarks before the National Health Lawyers Association, 14.02.1991, zitiert nach *Blumenthal*, 63 Antitrust L. J. 1, 9.

⁶ Vgl. *Bosch/Marquier*, EWS 2010, 113; *Gottschalk*, RIW 2005, 905; *F. Immenga*, BB 2009, 57; *Linsmeier/Balssen*, BB 2008, 741, 742; *Reysen/Jaspers*, WuW 2006, 602, 603.

⁷ *Bosch/Marquier*, EWS 2010, 113; *F. Immenga/Immenga*, BB 2009, 7, 10; *Linsmeier/Balssen*, BB 2008, 741, 742. Vgl. auch *Modrall/Ciullo*, ECLR 2003, 424 und folgend *Gottschalk*, RIW 2005, 905, die insoweit von Gun-Jumping im engeren Sinne sprechen. In der anwaltlichen Praxis kommt ein solches Begriffsverständnis beispielsweise in Kanzleimeldungen zum Fall *Electrabel* (siehe S. 169 ff.) zum Ausdruck, der nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis jedoch kein Fall eines Gun-Jumpings, sondern eines einfachen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ist. Statt vieler siehe *McDermott, Will & Emery*, European Commission Fines Electrabel EUR 20 Million for ‚Gun Jumping‘ in its Acquisition of Compagnie Nationale du Rhône, abrufbar unter <http://www.mwe.com/publications/uniEntity.aspx?xpST=PublicationDetail&pub=4567>; *Norton Rose Fulbright*, The cost of ‚gun jumping‘: The risks of implementing a deal without competition clearance, abrufbar unter <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/22215/the-cost-of-gun-jumping-the-risks-of-implementing-a-deal-without-competition-clearance>.

⁸ Die Bezeichnung eines Verhaltens als Gun-Jumping impliziert dessen Rechtswidrigkeit. Vgl. hierzu *Blumenthal*, 63 Antitrust L. J. 1, 27: „The characterization of the arrangement as *jumping the gun*‘ should represent a conclusion after appropriate analysis rather than the starting point of an investigation.“