

Jan Dietrich Harmjanz

Auflagen und Bedingungen

Eine vergleichende Darstellung des
EG-Fusionskontrollrechts und des U.S.-amerikanischen
Antitrustrechts zu consent decrees



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Verwendete U.S.-amerikanische Gerichtsentscheidungen und consent decree-Entscheidungen	23
Einleitung	29
Problemstellung und Ziel der Arbeit	29
Europäische Abhilfepraxis und Relevanz des U.S.-Rechts	32
1. Kapitel: Grundlegende Begriffe der Fusionskontrolle sowie des Fusionskontrollverfahrens. Rechtliche Maßstäbe für Auflagen und consent settlements	35
A. Rechtslage in der Europäischen Union	35
I. Grundbegriffe der Fusionskontrolle und des Fusionskontrollverfahrens	35
1. Die am Verfahren Beteiligten	35
a. Beteiligte auf Seiten der Marktbürger	35
b. Beteiligte auf Behördenseite	35
2. Die Mehrphasigkeit des Fusionskontrollverfahrens	36
3. Vereinbarkeitserklärungen	36
4. Auflagen und Bedingungen	38
II. Der Maßstab des europäischen Verwaltungsrechts für Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollrecht	39
1. Materielles allgemeines europäisches Verwaltungsrecht	41
a. Allgemeine Rechtsgrundsätze	41
aa. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	41
bb. Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes	42
cc. Grundrechte	43
b. Entscheidungsfreiheit der Kommission	44
2. Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht	45
a. Primärrechtliche Vorgaben	45

aa.	Ermittlungsbefugnis, Artikel 213 EGV	45
b.	Allgemeine Rechtsgrundsätze	46
aa.	Grundsatz des rechtlichen Gehörs	46
bb.	Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung	47
c.	Kooperative Rechtsanwendung	47
B.	Rechtsslage in den USA	48
I.	Grundbegriffe der Fusionskontrolle und des Fusionskontrollverfahrens	49
1.	Die am Verfahren Beteiligten	49
a.	Beteiligte auf Behördenseite	49
aa.	Department of Justice	50
bb.	Federal Trade Commission	52
b.	Privatleute und Bundesstaaten als Fusionskontrolleure	55
2.	Behördenspezifische Gestaltung des Verfahrens	55
a.	Verfahrenseinleitung durch das Department of Justice	56
b.	Verfahren vor der Federal Trade Commission	58
3.	Zulässigkeit eines Zusammenschlusses	59
4.	Consent settlements	60
a.	Consent order der Federal Trade Commission	63
b.	Consent decree bei Verfahrenseinleitung durch das Department of Justice	64
II.	Rechtlicher Maßstab für consent settlements im U.S.-amerikanischen Fusionskontrollrecht	66
1.	Einheitliche Maßstäbe für consent order und consent decrees?	67
2.	Rechtliche Vorgaben für consent settlements	68
a.	Verfahrensgrundsätze	69
aa.	Due process of law	69
bb.	Grundsatz der Öffentlichkeit	71
b.	Materielle Vorgaben für consent settlements	71
aa.	Equity	71
bb.	Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Abhilfe und Verletzung der Section 7 Clayton Act	72
cc.	Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen	73
(1)	Geeignetheit des agreements	73
(2)	Necessity and appropriateness of the remedy	73
c.	Kooperative Rechtsanwendung	74
C.	Vergleichbarkeit der Rechtsinstitute und ihrer Maßstäbe	75
I.	Vergleichbarkeit der settlement- und der Abhilfepraxis	75
II.	Vergleichbarkeit der rechtlichen Maßstäbe	76
III.	Kooperation als Leitbild des Gesetzesvollzugs in der Fusionskontrolle	77

2. Kapitel: Erstellen von Auflagen und Bedingungen beziehungsweise Abhilfen gemäß der Fusionskontrollverordnung	81
A. Kritische Aspekte der Auflagen und Bedingungen und ihres Erstellungsverfahrens	82
I. Anforderungen an dasstellungsverfahren	83
1. Allgemeiner Rechtsgrundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung	83
a. Kooperation der Kommission mit den Fusionspartnern	83
aa. Informelle Kooperation — förmliche Kooperation	84
bb. Rechtliche Bindungen der Kooperation in der europäischen Fusionskontrolle	87
b. Mögliche Einflußnahme auf einzelne Verhandlungen	88
aa. Einflußnahme durch Regierungen von Mitgliedstaaten	88
bb. Einflußnahme durch Unternehmen	92
cc. Notwendigkeit, die Unbefangenheit stärker zu sichern?	93
c. Gerichtliche Kontrolle informeller Kooperation	94
2. Rechtliches Gehör der unmittelbar betroffenen Unternehmen	95
3. Rechte Dritter	96
4. Entscheidungsfindung in der EG-Kommission	97
a. Entscheidung in Zweitphasenfällen	98
b. Entscheidung in Erstphasenfällen	99
5. Entscheidung in der »Phase Null«	101
a. Qualitative Grenzen informeller Gespräche	105
II. Anforderungen an den Inhalt von Auflagen und Bedingungen	110
1. Zweck der Vereinbarkeitserklärung	110
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	115
a. Geeignetheit der zugesagten Abhilfen	116
aa. Unmittelbarkeitsbeziehung Abhilfe/ Marktbeherrschungsgefahr	119
bb. Ungeeignetheit reiner Verhaltenszusagen	121
b. Erforderlichkeit der Abhilfen	122
c. Angemessenheit der Abhilfen	122
III. Zusammenfassung	123
B. Vorschläge zur Reform der Fusionskontroll Verordnung und des Kontrollverfahrens	123

I.	Vorschläge aus Literatur und Europäischer Anwaltsvereinigung	124
II.	Reformpläne der EG-Kommission	125
1.	Grünbuch der EG-Kommission vom 31. Januar 1996	127
2.	Weißbuch der Kommission vom 10. Juli 1996 zur Änderung der Fusionskontrollverordnung	128
III.	Stellungnahme zu den Reformvorschlägen	129
C.	Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Fusionskontrollverordnung	130
I.	Änderungen hinsichtlich der Abhilfepraxis	130
II.	Stellungnahme zur Änderung der Fusionskontrollverordnung	131
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Kapitels	133
3.	Kapitel:	
	Erstellen von Department of Justice consent decrees gemäß dem Antitrust Procedures and Penalties Act	137
A.	Gesetzgebungsgeschichte des APPA	138
I.	Das AT&T/Western Electric-settlement von 1956	138
II.	Mängel des consent decree-Verfahrens	142
1.	Vollkommene Geheimheit der consent decree-Verhandlungen	142
2.	Mangel an Stellungnahmemöglichkeiten für Dritte	145
3.	Mangelnde gerichtliche Überprüfung der vorgeschlagenen consent decrees	148
4.	Zwischenergebnis	150
III.	Ansätze zur Reform des consent decree-Verfahrens 1955-72	151
1.	Ungehörte Reformvorschläge	152
2.	Der Schwartz Dissent	153
3.	Vorschläge des Report of the Antitrust Subcommittee	154
4.	Gelegenheit für public comments	156
5.	Flynns Vorschläge	158
6.	Abschaffung der pre-filing negotiations?	160
7.	Asphalt clauses bis Mitte der sechziger Jahre	162
8.	Drittbeteiligung durch Reform der intervention?	163
a.	Rechtsprechung zur formellen intervention	164
b.	Vorschläge zur Liberalisierung der formellen intervention	167
aa.	Public-Interest Intervention	167
bb.	Affirmative Relief and Asphalt Clause Intervention	169

cc.	Conditional Intervention	170
c.	Formelle und informelle Alternativen zur intervention in der Praxis der Untergerichte	171
IV.	Die ITT-settlements von 1971	173
V.	Gesetzesvorschlag S. 782 der Senatoren Tunney und Gurney	179
VI.	Stellungnahme zu den bis 1972 entwickelten Reformansätzen und zu dem Gesetzesvorschlag Senator Tunneys	186
	1. Formelle intervention als Reformansatz?	187
	2. Liberalisierte formelle intervention	188
	3. Informelle und formelle Alternativen zur formellen intervention	190
	4. Objektivrechtlich orientierte Reformvorschläge	191
VII.	Die Vorschriften des APPA	195
	1. Verfahrensrechtliche Regelung	196
	2. Materielle Regelung	197
B.	Der APPA in der Praxis	197
I.	Die Anwendung der Verfahrensvorschriften des APPA	198
II.	Einwirkungsmöglichkeiten Dritter in consent decree-Verfahren des Department of Justice	199
	1. Abgabe von Kommentaren	200
	2. Informelle Teilnahme	201
	3. Beteiligung als amicus curiae	202
	4. Intervention	202
	5. Einwirkung durch writ of mandamus	203
III.	Die gerichtliche Bestätigung ausgehandelter consent decrees	204
	1. Exkurs: Gerichtliche Prüfmaßstäbe im U.S.-Verwaltungsrecht	206
	a. Rechtsauslegung: Chevron U. S. A. v. NRDC	207
	aa. Grade der Zurückhaltung — Degrees of Deference	208
	b. Ermessensentscheidungen und formlose Tatsachenermittlung: arbitrary and capricious test	209
	aa. Grade der Zurückhaltung — Degrees of Deference	213
	c. Zwischenergebnis zur gerichtlichen Prüfung im Verwaltungsrecht	213
	2. Die Kriterien der public interest-Prüfung anhand des Antitrust Procedures and Penalties Act	214
	a. Beachtung der Ziele der Antitrustgesetze - Public Interest as Defined by the Antitrust Laws	215
	aa. Vorrang von Wettbewerb oder Abwägung gegen Ziele anderer Politiken?	218

b.	Geeignetheit und Angemessenheit der Abhilfe — Strict Relation, Adequacy/Least Restrictive Means	220
c.	Güte der Abhilfe — Substantial Identity of Consented and Litigated Relief	223
d.	Geringstmöglicher Eingriff in Rechte Dritter — Least Adverse Effects on Third Parties' Competitive Interests	225
e.	Keine überwiegende Schwere des Antitrust-Verstoßes — No Serious Magnitude or Public Concern of Alleged Offense	227
f.	Verschiedene Hilfskriterien — Miscellaneous	228
g.	Stellungnahme	229
3.	Intensität der public interest-Prüfung im Antitrustrecht	230
a.	Der Umfang gerichtlicher Überprüfung vor Verabschiedung des APPA	231
b.	Der public interest-Maßstab des APPA in der Praxis der Gerichte	233
aa.	Ansätze einer zurückhaltenden Überprüfung anhand des public interest-Maßstabes	235
(1)	Ansatz von der Vermutung der public interest-Gemäßheit — The Threshold Presumption Approach	236
(2)	Abwägungsansatz — The Balancing Approach	238
bb.	Fallangemessen intensive Überprüfung anhand des public interest-Maßstabes	240
(1)	Grundsatzentscheidung: United States v. AT&T Co. (D.D.C. 1982)	240
(2)	Fortschreibung: United States v. GTE Corp. (D.D.C. 1984), United States v. Airline Tariff Publishing Co. (D.D.C. 1993)	245
(3)	Maximierung: United States v. Microsoft Corp. (D.D.C. 1995)	247
c.	Stellungnahme zur Intensität der public interest-Prüfung	252
aa.	Zurückhaltende public interest-Prüfung	253
bb.	Dem consent decree inhärente Gründe für eine angemessen intensive Bestätigungsprüfung	254
cc.	Gesetzgebungsgeschichte und Zweck des APPA	255
dd.	Die Bedeutung des Verwaltungsrechts für den public interest test des APPA	258
IV.	Der APPA in der Chicago School of Economics, 1981-1988	263
1.	Anwendbarkeit des APPA auf consented dismissals?	267

2. Nichtanwendung des APPA: Der »fix-it-first« approach	271
V. Die Regierungen Clinton und der APPA seit 1992	275
C. Abschließende Bewertung des APPA	276
I. Die Bedeutung des APPA für die Entwicklung des U.S.-Antitrustrechts und des U.S.-Verwaltungsrechts	277
II. Beurteilung der Effektivität des APPA	279
1. Der Einfluß von prefilng negotiations	280
D. Zusammenfassung der Ergebnisse des dritten Kapitels	284
4. Kapitel:	
Lösungsansätze aus der consent decree-Praxis des Department of Justice für Probleme der europäischen Auflagenpraxis	293
A. Kooperativer Vollzug des Fusionskontrollrechts	293
I. Informelle und formelle Kooperation	293
II. Gefahr der Einflußnahme Dritter	294
III. Abwehr der Gefahren informeller Kooperation durch den Antitrust Procedures and Penalties Act von 1974	295
IV. Ausgangslage der EG-Kommission	296
B. Sicherung behördlicher Unabhängigkeit in Fusionskontrollfällen	297
I. Dokumentation der nichtanwaltlichen Kontakte zwischen Unternehmen und Behörde	298
II. Dokumentation der fallbezogenen Kontakte zwischen unzuständigen Einheiten und Behörde	299
III. Parlamentarische Untersuchung einzelner Zusammenschlußverfahren	300
C. Beteiligung Dritter in Fusionskontrollfällen	302
I. Verhandlungsfolgende Kommentierungsmöglichkeit für Dritte, Reaktionszwang für Behörden	303
II. Anhörung während des Kontrollverfahrens	304
D. Sicherung der Geeignetheit von Abhilfen	306
I. Kriterien für geeignete Abhilfen	307
II. Die Rolle der Gerichte	309
III. Institutionelle Sicherung der Geeignetheit	310
1. Expertengremium mit Beratungsfunktion	311
2. Interne Überprüfung	312
3. Gericht mit Zustimmungsrecht	313
4. E pluribus unum?	314
E. Informalität des Vollzugs	315

F. Zusammenfassung des vierten Kapitels	317
Zusammenfassung der Arbeit	321
Anhang	331
Anhang 1:	
Arten von Abhilfen in EG-Fusionskontroll verfahren	333
A. Vertikale Desintegration	333
B. Horizontale Verbindungen lösen	334
C. Marktzutritt erleichtern	335
D. Wettbewerber schaffen	337
Anhang 2:	
U.S.-amerikanische Gesetzestexte	338
A. Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974 (APPA)	338
B. Sections 5 bis 7a Clayton Act	341
C. Rule 24 und rule 41 der Federal Rules of Civil Procedure	348
I. Rule 24 Federal Rules of Civil Procedure	348
II. Rule 41 Federal Rules of Civil Procedure	349
Literaturverzeichnis	351