

Vorlesungseinheit (2) – 8.4.2019

Anwendbarkeit der FKVO und Zusammenschlussbegriff

1

Gliederung Einheit 2

I. Anwendbarkeit der FKVO

1.1 Anwendbarkeit im Verhältnis zu den nationalen Fusionskontrollregimen

1.2 Anwendbarkeit im Verhältnis zu Drittstaaten (territorialer Anwendungsbereich)

II. Zusammenschlussbegriff nach Art. 3 FKVO

2.1 Einführung in die formelle Fusionskontrolle

2.2 Zusammenschlussbegriff nach Art. 3 Abs. 1 lit a FKVO

2.3 Zusammenschlussbegriff nach Art. 3 Abs. 1 lit b FKVO

2.4 Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 3 FKVO

III. Behandlung von Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle nach der FKVO – der Fall Aer Lingus

2

Prüfungsschema: Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO

I. Anwendbarkeit

- 1. Anwendungsbereich im Verhältnis zum GWB (One-stop-shop-Prinzip)
- 2. Anwendungsbereich im Verhältnis zu Drittstaaten (Bestimmung des territorialen Anwendungsbereich mittels des Auswirkungsprinzips)

II. Aufgreifkriterien (formelle FK)

- 1. Vorliegen eines Zusammenschlusses iSd FKVO
 - a) Zusammenschluss nach Art. 3 Abs. Unternehmensbegriff Fusion (Buchst. a) Kontrollerwerb (Buchst. b)
 - b) Keine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 5
- 2. Gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1
 - a) Bestimmung der „beteiligten Unternehmen“
 - b) Umsatzberechnung nach Maßgabe des Art. 5
 - c) Prüfung der Umsatzschwellen nach Art. 1

III. Eingreifkriterien (materielle FK)

- 1. Marktabgrenzung
 - a) Der relevante Produktmarkt (sachliche Marktabgrenzung)
 - b) Geographische Marktabgrenzung
- 2. Wettbewerbliche Beurteilung
 - a) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs
 - b) Auswirkung des Zusammenschlusses betreffen gemeinsamen Markt /wesentlichen Teil
 - c) Ausgleichsfaktoren
 - d) Kausalität

I. Anwendbarkeit der FKVO

1.1 Im Verhältnis zu den nationalen Fusionskontrollregimen

Grundsatz: „One-Stop-Shop“-Prinzip

- Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB
- Anwendungsvorrang der EU-Fusionskontrolle
- „Einer für alle“: Ausschließliche Zuständigkeit der EU- Kommission für alle Mitgliedstaaten bei Erreichen der Schwellenwerte nach der FKVO
- Bei Nichterreichen der Schwellenwerte: Prüfung der Anmeldepflicht in den einzelnen Mitgliedstaaten (ggf. parallele Zuständigkeit mehrerer Kartellbehörden)
- Zusätzlich Anmeldepflicht in Drittstaaten prüfen

Abweichungen vom „One-Stop-Shop“-Prinzip

- Zweck: Schutz außerwettbewerblicher Interessen der Mitgliedstaaten
- Schutz („anderer“) berechtigter Interessen nach Art. 21 Abs. 4 FKVO (öffentliche Sicherheit, Medienvielfalt und Aufsichtsregeln für Banken, Versicherungen, etc.)
- Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV (Schutz nationaler Sicherheitsinteressen)

1. Anwendbarkeit der FKVO
1.1 Im Verhältnis zu den nationalen Fusionskontrollregimen

Besonderheit: Verweisungsmöglichkeiten

Vor der Anmeldung auf Antrag der anmeldenden Unternehmen

- Art. 4 Abs. 4 FKVO: von Kommission an MS
- Art. 4 Abs. 5 FKVO: von MS an Kommission

Nach der Anmeldung

- Art. 9 FKVO: von Kommission an MS
- Art. 22 FKVO: von MS an Kommission

Dr. Romina Polley5

1.1 Verweisungsmöglichkeiten auf Antrag der Unternehmen

**Tatbestandsvoraussetzungen
Art. 4 Abs. 4 FKVO**

- Zusammenschluss (Art. 3 FKVO) mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 FKVO)
- Gesonderter Markt innerhalb eines MS, vgl. Art. 9 Abs. 7 FKVO (Art. 4 Abs. 4 Uabs. 5 S. 2 FKVO); räumlicher Referenzbereich darf nicht größer als Gebiet des betroffenen MS sein
- Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs
- Ermessensentscheidung der Kommission

**Tatbestandsvoraussetzungen
Art. 4 Abs. 5 FKVO**

- Zusammenschluss (Art. 3 FKVO) ohne gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 FKVO)
- Anmeldefähig in mindestens 3 Mitgliedstaaten
- Kommission ist geeignetere Behörde, weil
 - Märkte weiter als national
 - Vermeidung erheblicher Anzahl nationaler Verfahren
 - Zentrale Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse
- Keine Ermessensentscheidung, aber Mitgliedstaaten haben Veto-Recht

Dr. Romina Polley6

1.2 Territorialer Anwendungsbereich

• Grundsatz der extraterritorialen Anwendbarkeit

- Fehlende ausdrückliche kollisionsrechtliche Regelung in der FKVO
- Anders im deutschen Recht: § 185 Abs. 2 GWB: GWB anwendbar auf Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkung in Deutschland, auch wenn außerhalb Deutschlands veranlasst
- In Deutschland ist Inlandsauswirkung bei erfüllten Umsatzschwellen zusätzlich Voraussetzung für Anmeldepflicht!
- Aber Anwendung der FKVO „*unabhängig davon, ob der Sitz der beteiligten Unternehmen sich in der Gemeinschaft befindet oder diese dort ihr Hauptgeschäft ausüben*“ (ErwG. 10 FKVO)

• Völkerrechtliche Rahmenbedingungen

- Auswirkungsprinzip
- Völkerrechtlicher Grundsatz der **Nichtintervention**

Das Auswirkungsprinzip

- Anwendung innerstaatlichen Rechts auf ausländischen Sachverhalt setzt Auswirkungen im Inland voraus (sog. „Effects Doctrine“)
- Durch Art. 1 FKVO mit seinen rein formalen Schwellenwerten Gefahr eines kollisionsrechtlich überschießenden Anwendungsbereichs der FKVO (z.B. Kantine in Mexiko)
- In der Praxis Abklärung mit Kommission geboten, weil Inlandsauswirkung bei Erfüllung der FKVO Schwellenwerte unterstellt wird

Dr. Romina Polley

7

1.2 Territorialer Anwendungsbereich

Fall M.619 Gencor/Lonrho, Entscheidung v. 24.4.1996)

Sachverhalt

- Geplante Zusammenlegung des Bergbaugeschäfts von Gencor und Lonrho
- Beide Unternehmen Sitz in der Republik Südafrika
- Zusammenlegung betrifft allein die südafrikanischen Bergbauinteressen der beteiligten Unternehmen
- Anwendbarkeit der FKVO?

Entscheidung Kommission

- Hält Anwendbarkeit der FKVO unproblematisch für gegeben
- Zur Begründung stellt sie auf Art. 1 FKVO ab

Entscheidung des EuG T-102/96 Gencor v. 25. 3.1999

- Geht von einer grds. Ermächtigung der Kommission zur Prüfung von Auslandszusammenschlüssen aus, allerdings nur (insofern in Einklang mit dem allg. Völkerrecht) nach Maßgabe des Auswirkungsprinzips
- Hier Auswirkungen auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt (+): wegen Lieferungen in denselben Begründung einer marktbeherrschenden Stellung
→ im Ergebnis bejaht EuG Anwendbarkeit ebenfalls

Dr. Romina Polley

8

1.2 Territorialer Anwendungsbereich

Multi- und bilaterale Abkommen als Konkretisierung des Grundsatzes der Rücksichtnahme

- Insbesondere bei Transaktionen multinationaler Konzerne häufig **parallele Prüfung** durch Kommission und Kartellbehörden in Drittstaaten
 - Gefahr divergierender Entscheidungen und Kompetenzkonflikte
- Vereinbarung von **Kooperationsabkommen oder Best Practices**
 - Z.B. mit US-Kartellbehörden: „Best Practices on the Cooperation in Merger Investigations“ (2011)
 - Potentielle Auswirkung des Rücksichtnahmegebots: faktische Beschränkungen des Entscheidungsspielraums der Kommission
- Bekanntestes Beispiel: Freigabe durch die Kommission in M.5529 – *Oracle/Sun Microsystems* (2009):
 - Erhebliche wettbewerbsrechtliche Bedenken der Kommission
 - Oracle ließ die mit der Kommission abgestimmte Frist zur Unterbreitung von Zusagen verstreichen
 - Kommission wertete bloße Presseerklärungen als neue Tatsachen und gab den Zusammenschluss frei (einige Monate zuvor bereits durch das *Department of Justice* freigegeben)

Dr. Romina Polley

9

Exkurs: EWR

- Für Österreich, Finnland und Schweden war der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) ein Zwischenstadium auf dem Weg zum EU-Beitritt
- Für die EFTA-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein ist er dauerhafte Grundlage engster Beziehungen zur EU

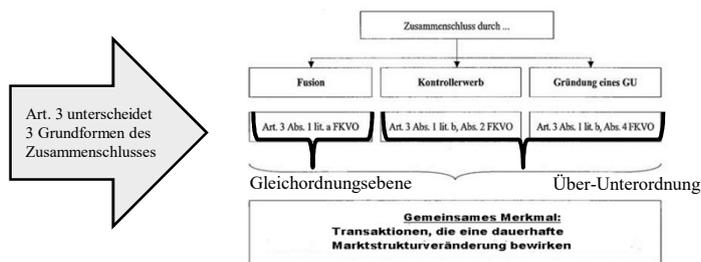
- **EWR-Abkommen als Sonderfall internationaler Kooperation**
 - Vertraglich vereinbarte räumliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO durch Abschluss des EWR-Abkommens (1994)
 - Sofern Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (+)
 - gem. Art. 57 EWR-Abkommen erstreckt sich Kompetenz der Kommission auch auf Prüfung der Zusammenschlussauswirkungen in den Ländern des EWR
 - In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht das EWR-Abkommen vor, dass die EFTA-Aufsichtsbehörde („ESA“) in bestimmten Fällen („Kooperationsfälle“) konsultiert wird

10

Prüfungsschema: Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO

I. Anwendbarkeit	II. Aufgreifkriterien (formelle FK)	III. Eingreifkriterien (materielle FK)
<ul style="list-style-type: none"> 1. Anwendungsbereich im Verhältnis zum GWB (One-stop-shop-Prinzip) 2. Anwendungsbereich im Verhältnis zu Drittstaaten (Bestimmung des territorialen Anwendungsbereich mittels des Auswirkungsprinzips) 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Vorliegen eines Zusammenschlusses iSd FKVO <ul style="list-style-type: none"> a) Zusammenschluss Tb nach Art. 3 Abs. Unternehmensbegriff Fusion (Buchst. a) Kontrollerwerb (Buchst. b) b) Keine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 5 2. Gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1 <ul style="list-style-type: none"> a) Bestimmung der „beteiligten Unternehmen“ b) Umsatzberechnung nach Maßgabe des Art. 5 c) Prüfung der Umsatzschwellen nach Art. 1 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Marktabgrenzung <ul style="list-style-type: none"> a) Der relevante Produktmarkt (sachliche Marktabgrenzung) b) Geographische Marktabgrenzung 2. Wettbewerbliche Beurteilung <ul style="list-style-type: none"> a) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs b) Auswirkung des Zusammenschlusses betreffen gemeinsamen Markt /wesentlichen Teil c) Ausgleichsfaktoren d) Kausalität

2. Aufgreifkriterien (formelle Fusionskontrolle)



Art. 3 unterscheidet 3 Grundformen des Zusammenschlusses

- Definition des Zusammenschlusses in Art. 3 FKVO und weitere Erläuterung in Mitteilung Zuständigkeit (2008)
- **Abgrenzungsfunktion** des Zusammenschlussbegriffs
 - Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Kommission und Kartellbehörden der Mitgliedstaaten
 - Abgrenzung zwischen der Fusionskontrolle und Verhaltenskontrolle nach Art. 101 AEUV
- Art. 3 unterscheidet 3 unterschiedliche Zusammenschlusstatbestände
 - Fusion nach Art. 3 Abs. 1 lit. a (Ebene der Gleichordnung)
 - Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b (in der Praxis der Hauptfall)
 - Gründung Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 FKVO

2. Aufgreifkriterien

Unternehmensbegriff

- Einheitlicher kartellrechtlicher Unternehmensbegriff (FKVO, Art. 101 und 102 AEUV)
„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ (funktionaler Unternehmensbegriff).
- **Natürliche Personen** sind dann Unternehmen, wenn sie mindestens eine weitere kontrollierende Unternehmensbeteiligung halten. (Vgl. auch § 36 Abs. 3 GWB; sog. Flickklausel.)

Zusammenschlussbegriff

- Als eigenständiger Rechtsbegriff autonom auszulegen
 - Von der Verbundklausel des Art. 5 Abs. 4 FKVO
 - Von den Konzernbegriffen des nationalen (Gesellschafts-, Steuer- oder Bilanz-) Rechts;
 - Deutlich enger gefasst als derjenige des GWB, der auch Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle erfassen kann (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GWB)

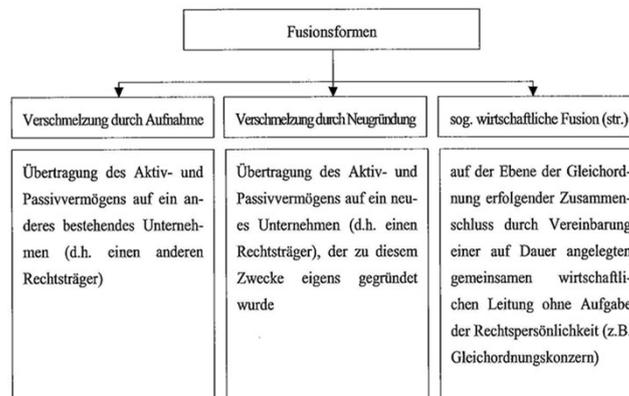
Ergebnisorientiertes Begriffsverständnis

- FKVO enthält einen materiellen Zusammenschlussbegriff, der allein darauf abstellt, ob durch die Veränderung der Beziehung zwischen Unternehmen die Möglichkeit entsteht, einen **bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens** auszuüben.
 Auf die Rechtsform des Zusammenschlusses und die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Unternehmen kommt es nicht an.

2. Aufgreifkriterien

2.1 Zusammenschluss durch Fusion nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO

“Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass”



2. Aufgreifkriterien

2.1 Zusammenschluss durch Fusion nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO

- **Unterschiede zum 2. ZusammenschlussTB**
 - Gleichordnung vs. Über-/Unterordnung
 - Normative Ausdifferenzierung

- **Dauerhafte Veränderung der Kontrolle**
 - Interne Restrukturierung (-)

- **Praktische Relevanz dieser Zusammenschlussform**
 - Reine Fusionen in der Praxis relativ selten
 - Typischer Fall einer Fusion ist z. B. die Verschmelzung nach § 20 UmwG

- **Unterschied zum Fusionskontrollrecht nach dem GWB**
 Tatbestand des „Vermögenserwerbs“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 1)

2. Aufgreifkriterien

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

„Eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen, die durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben“ (Art. 3 Abs. 1 lit. b.)

- Art. 3 Abs. 2 statuiert eigenständigen Kontrollbegriff
iRd FKVO autonom auszulegen
- **Materieller Kontrollbegriff** in FKVO
 - Eher qualitative anstatt quantitative Kriterien (vgl. Mitteilung Zuständigkeit, Rn. 7)
 - Im Gegensatz zum (ursprünglich) rein formalen Ansatz des GWB stets Würdigung der Umstände des Einzelfalls
- Hohe Einzelfallgerechtigkeit (zulasten der Vorherschaubarkeit der Entscheidungen / Rechtssicherheit)
- Prüfung Kontrollerwerb (alleinige und gemeinsame Kontrolle) (vgl. Mitteilung Zuständigkeit)
 - 1) Kontrolle als die Möglichkeit einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben
 - 2) Erwerber der Kontrolle
 - 3) Mittel der Kontrolle
 - 4) Gegenstand der Kontrolle
 - 5) Dauerhaftigkeit
 - 6) Erwerb
 - 7) Einheit oder Mehrheit von Zusammenschlussvorgängen

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände **die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben**, insbesondere durch:

- Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

Bestimmender Einfluss

(+) wenn Erwerber die Möglichkeit hat, Geschäftspolitik und die **strategischen Entscheidungen** des Zielunternehmens zu bestimmen

- **Strategische geschäftspolitische Entscheidungen** sind insbes. diejenigen betreffend
 - die Besetzung der Unternehmensleitung,
 - den Finanzplan („budget“)
 - den Geschäftsplan („business plan“),
 - größere Investitionen und
 - (soweit vorhanden) sog. marktspezifische Rechte.
- **Gesamtschau aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalles**
 - Erforderlich ist die Fähigkeit die eigenen Interessen die Geschäftsführung betreffend gegenüber den Interessen der übrigen Anteilseigner wahren zu können
 - Bloße Beratungs- oder auch Überwachungsbefugnisse genügen nicht
 - Kontrollmöglichkeit muss sich allerdings nicht auf das Alltagsgeschäft des Zielunternehmens erstrecken

Dr. Romina Polley

17

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Art. 3 Abs. 3 FKVO: Die Kontrolle wird für die Personen oder Unternehmen begründet,

- a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder
- b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben

Kontrollerwerber sind im Regelfall die aus den die Kontrolle begründenden Rechten oder Verträgen **unmittelbar selbst Berechtigten**

Erfasst aber auch Formen der **indirekten** oder **mittelbaren** Kontrolle:

- Ratio: Vermeidung von Umgehungsgeschäften
- iÜ kommt hier Grundansatz der FKVO zum Ausdruck: entscheidend weniger formale Rechtspositionen als die tatsächlichen Möglichkeiten der Einflussnahme

Erfasst werden etwa **Treuhand-, Strohmann- und Geschäfts-führungsverhältnisse**
Beachte: stets nach Umständen des Einzelfalles zu ermitteln, ob etwa dem Treuhänder die tatsächliche Möglichkeit zur eigenmächtigen Kontrollausübung eingeräumt ist, oder ob Leitungsmacht beim Treu- bzw. Vollmachtgeber liegt

Art. 3 Abs. 2 lit. b Rechte oder Verträge, die Einfluss auf die Organe des Unternehmens vermitteln

- Erfasst auch Minderheitsbeteiligungen
- Diese Rechte vermittelt eine Minderheitsbeteiligung z. B. dann, wenn sie mit **besonderen Rechten** ausgestattet ist.

Dr. Romina Polley

18

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Art. 3 Abs. 2: Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die **Möglichkeit** gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:

- a) Eigentums — oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

- Kommission muss nicht nachweisen, dass Einfluss tatsächlich ausgeübt (werden) wird
- Aber: Möglichkeit muss tatsächlich gegeben sein („realistische Möglichkeit“)
- Bewertung in der Gesamtschau aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalles
- Zusammenschluss kann auf **rechtlicher** oder **faktischer** Grundlage basieren

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Kontrollmittel

(a) Kontrolle durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten

- Entscheidend: qualitative und nicht quantitative Kriterien idR Mehrheit der stimmberechtigten Anteile an einer Gesellschaft
 - Mehrheitsbeteiligung kann im Einzelfall nicht ausreichen
 - Genauso kann Minderheitsbeteiligung ausreichen (etwa bei faktischer Hauptversammlungsmehrheit)

(c) Andere Mittel der Kontrolle

- **Franchiseverträge als solche (-)**
Franchisenehmer nutzt Unternehmensressourcen idR für eigene Rechnung
- **Wirtschaftliche Abhängigkeiten**
Können unter besonderen Umständen faktische Kontrolle begründen (eine über das „übliche Maß“ hinausgehende wirtschaftliche Abhängigkeit)
 - bspw. aufgrund langfristiger Lieferverträge und Lieferantenkredite iVm strukturellen Verflechtungen

(b) Kontrolle auf vertraglicher Grundlage

- Zwar sehr weiter Wortlaut;
- ist jedoch mit Blick auf die anderen Formen des Kontrollerwerbs (im Wege der systematischen Auslegung) einzuschränken
- Maßgeblich **nicht Art des Vertrages**, sondern iSe ergebnisorientierten Betrachtungsweise, dass diese zu einem **ähnlichen und dauerhaften Einfluss** auf Management und Ressourcenverwendung **wie ein Anteilerwerb führt**
- Beispiele
 - Organisationsverträge nach nationalem Gesellschaftsrecht wie Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (+)
 - Betriebspachtverträge (+)

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Kontrollgegenstand

(a) Unternehmen / Unternehmensteil

- vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. B: Kontrolle über „Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer Unternehmen“
- Kontrolle kann sich auch auf **Unternehmensvermögen** oder einen Teil desselben erstrecken
- Problematisch: einzelne Vermögenswerte
 - Nur ausreichend, wenn es sich um Unternehmensteil, d. h. einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz handelt, dem sich eindeutig ein Marktumsatz zuweisen lässt (vgl. Mitteilung Zuständigkeit Rn. 27)
 - Hintergrund: Schutzzweck der an Marktstrukturen ausgerichteten Fusionskontrolle

(b) Outsourcing

- Kommission differenziert danach, ob
 - dem externen Dienstleister die betreffenden Vermögensgegenstände nebst Personal **tatsächlich übertragen** (und nicht nur zur Verwendung zur Verfügung gestellt) werden, und ob
 - diese Übertragung den Dienstleister binnen Kürze in die **Lage versetzen wird, Dritte zu beliefern** (i.d.R. innerhalb von drei Jahren)
 - Vgl. Mitteilung Zuständigkeit, Rn. 25 und 26

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Kontrollgegenstand

(c) Übertragung von Vermögenswerten

- Problematisch sind insbesondere **immaterielle Vermögenswerte** (wie Marken, Patente oder Urheberrechte)
- **Fall M.5859 – Whirlpool / Privileg Rights**
 - Erwerb einer Marke kann grds. Zusammenschluss iSd FKVO begründen
 - Rn. 24 Mitteilung Zuständigkeit: Erwerb von Marken, Patenten, Urheberrechten dann Zusammenschluss, wenn diese Vermögensgegenstände Geschäftsbereich mit Marktumsatz
 - Mit Blick auf Ratio der FKVO (Schutz des Wettbewerb vor Veränderungen der Marktstruktur) spürbare Eignung, die Marktstellung zu verbessern, erforderlich
 - Lizenzen nur, wenn exklusiv und mit der Generierung von Umsatz verbunden

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Dauerhaftigkeit des Kontrollwechsels

Grundsatz

- Tatbestandsmerkmal ergibt sich seit der 2. FKVO-Revision 2004 unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 3.
- Dauerhaftigkeitserfordernis folgte aber bereits zuvor aus Erwägungsgrund 20 und Ratio der FKVO
Der Begriff des Zusammenschlusses ist so zu definieren, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen.
- **Dauerhafte, gesicherte** Möglichkeit der Einflussnahme
 - Nicht von vorübergehenden Umständen oder veränderlichen Koalitionen von Mitgesellshaftern abhängig sein

Erwerb von Anteilen bzw. Vermögenswerten

- Typischerweise auf Dauer angelegt; es sei denn der Erwerb stellt nur **Durchgangsstadium** dar
- Gemeinsamer Unternehmenserwerb, um Unternehmen entsprechend einem schon vorher gefassten Plan untereinander aufzuteilen
- Erwerb mit der Absicht, Teile des Unternehmens sofort wieder zu veräußern
- Letzterwerber erwirbt Zielunternehmen nicht direkt, sondern Zwischenerwerb durch eine Bank; Risiken trägt allerdings der Letzterwerber (sog. „Warehousing“)

Dr. Romina Polley

23

2.2 Zusammenschluss durch Kontrollerwerb nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

Erwerb der Kontrolle

(a) Passive Erwerbsvorgänge und Grad des Einflusses

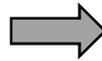
- Auch wenn praktisch der Regelfall, Kontrollerwerb setzt **kein aktives** Handeln voraus
 - Erbschaft, Zuwachs an Stimmrechten, Kapitalherabsetzungen oder dem Ausscheiden anderer Gesellschafter
- Kontrolle iSv Art. 3 Abs. 1 FKVO liegt **entweder vor oder nicht**
 - Kontrollierende Position in diesem Sinne einmal erreicht, unterliegen weitere Verstärkungen dieses Einflusses nicht mehr der Fusionskontrolle
 - Anders als im deutschen Recht (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3) ist es unter der FKVO grds. ausgeschlossen, bei Erreichung neuer Einflussstufe erneut einen Zusammenschluss anzunehmen
- **Veränderung von Anzahl/Identität** der kontrollierenden Unternehmen sind jedoch fusionskontrollpflichtig
 - der Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle oder umgekehrt,
 - die Veränderung der Struktur gemeinsamer Kontrolle durch das Hinzutreten weiterer Unternehmen zum Kreis der mitkontrollierenden Anteilseigner und
 - der Wechsel einzelner oder mehrerer mitkontrollierender Unternehmen.

Dr. Romina Polley

24

Einheitlicher Zusammenschluss (1)

„Ferner sollten Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden.“
(FKVO, Erwägungsgrund 20 aE)



Ausdruck der ergebnisorientierten Definition des Zusammenschlusses

„Zwei oder mehr Transaktionen sind für die Zwecke des Artikels 3 als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einheitlichen Charakter haben [...]. Oder anders ausgedrückt: Um festzustellen, ob die fraglichen Transaktionen einheitlichen Charakter haben, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob diese Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die eine nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre.“ (Mitteilung Zuständigkeit, Rn. 38)

Urteil des Gerichts vom 23.2.2006 in der Rechtssache T-282/02 – Cementbouw/Kommission; bestätigt vom EuGH durch Urteil v. 18.12.2007

Einheitlicher Zusammenschluss (2)

Verhältnis zu Art. 5 Abs. 2 UA 2 FKVO

„Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Unterabsatz 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden hingegen als ein einziger Zusammenschluss behandelt, der zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs stattfindet.“

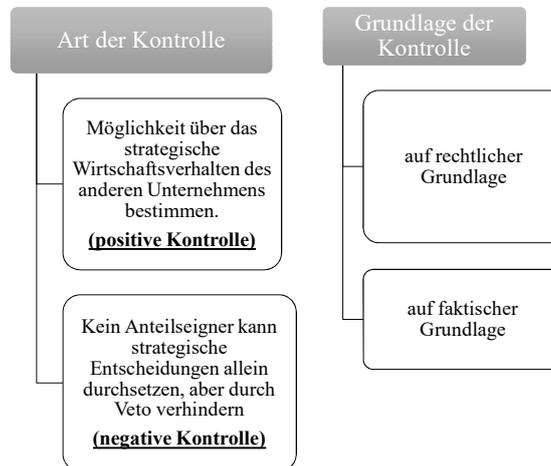
- Betreffen zwar beide die **Figur des Stufenerwerbs** regeln aber unterschiedliche Aspekte:
 - Art. 3 FKVO definiert allg., wann ein Zusammenschluss iSd FKVO vorliegt
 - Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 ermöglicht es der Kommission, mehrere Zusammenschlüsse zu Zwecken der Umsatzberechnung ausnahmsweise als einen zu behandeln
 - Insofern ist die nach Art. 3 zu beantwortende Frage, ob einer oder mehrere Zusammenschlüsse vorliegen, denklösig vorrangig

Voraussetzungen für die Annahme eines einheitlichen Zusammenschlusses

- Insbesondere Erwerbsvorgänge, die
 - (i) in der Weise voneinander abhängig sind, dass keine ohne die andere erfolgt wäre (bilden bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Einheit)
 - (ii) führen zum Erwerb der Kontrolle durch das- oder dieselben Unternehmen
- **Abfolge von Wertpapiergeschäften („schleichende Übernahme“)**
Weisen diese Geschäfte einen **hinreichend engen Zusammenhang** auf, so umfasst der Zusammenschluss nicht nur den letzten, kontrollbegründenden Erwerbsvorgang, sondern alle Wertpapiergeschäfte innerhalb eines **gebührend kurzen Zeitraums** (EuG T-411/07 – Aer Lingus/Kommission, Urteil vom 6.7.2010)

Alleinige Kontrolle

Die alleinige Kontrolle wird erworben, wenn ein Unternehmen alleine bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen ausüben kann (Mitteilung Zuständigkeit, Rn. 54).



Dr. Romina Polley

27

Alleinige Kontrolle

Die alleinige Kontrolle wird erworben, wenn ein Unternehmen alleine bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen ausüben kann (Mitteilung Zuständigkeit, Rn. 54).

(1) Stimmrechtsmehrheit

- Auf die Höhe der Mehrheit kommt es hierbei nicht an; maßgeblich allein, dass sie tatsächlich die Anzahl an Stimmen vermittelt, die nach den Gesellschaftsstatuten für die Annahme von Beschlüssen erforderlich ist. (**ergebnisorientiertes Begriffsverständnis**)
 - Einfache Mehrheit ausreichend, soweit die relevanten Entscheidungen mit einfacher Mehrheit getroffen werden
 - Beachte Minderheitsbeteiligter darf bezüglich der wesentlichen geschäftspolitischen Entscheidungen kein Vetorecht zustehen

(2) Qualifizierte Minderheitsrechte

- Minderheitsbeteiligung, die ihrem Inhaber de jure oder de facto eine über das bloße Gewicht seiner Beteiligung hinausgehende Rechtsstellung zuweist
 - (a) Kontrolle auf rechtlicher Grundlage**
Vermittelt eine Minderheitsbeteiligung zB dann, wenn sie mit besonderen Rechten ausgestattet ist (zB Vorzugsaktien, an die besondere Rechte geknüpft sind)
 - (b) Kontrolle auf faktischer Grundlage**
Typischer Fall: Minderheitsaktionär aufgrund der Verteilung der übrigen Aktien (insbes. Streubesitz) damit rechnen kann, tatsächlich eine Mehrheit in der Hauptversammlung zu erreichen (sog. faktische Hauptversammlungsmehrheit)
Entscheidung der Kommission v. 23.7.2008 (COMP/M.5250) Erwerb von 35,52% durch Porsche an VW

Dr. Romina Polley

28

Gemeinsame Kontrolle (1)

Gemeinsame Kontrolle ist dann gegeben, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, in einem anderen Unternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben. Bestimmender Einfluss bedeutet in der Regel die Möglichkeit, Aktionen **zu blockieren**, die das strategische Wirtschaftsverhalten eines Unternehmens bestimmen (Mitteilung Zuständigkeit Rn. 62)

- Anders als bei der alleinigen Kontrolle ist **negative Kontrolle** bei der gemeinsamen Kontrolle der **Regelfall**
- **Einigungszwang** um bei den strategisch wichtigen Fragen überhaupt Entscheidung fassen zu können (**Pattsituation**) als wesentliches Charakteristikum

Gemeinsame Kontrolle auf rechtlicher Grundlage (*de jure*)

- Gleiche Stimmrechte
 - Paritätische Beteiligung zweier Unternehmen (50:50); aber nur soweit keine Sonderrecht existieren die einem alleinige Entscheidung ermöglichen – **alleinige und gemeinsame Kontrolle schließen sich gegenseitig aus**
- Gleicher Einfluss auf die Besetzung der Entscheidungsgremien
 - Fall der Begründung gemeinsamer Kontrolle durch besondere vertragliche Vereinbarung
- Sonderfall: Casting Vote/Schlichtungsverfahren
 - Hat ein Mutterunternehmen eine ausschlaggebende Stimme (Casting Vote): keine gemeinsame Kontrolle
 - Es sei denn: Casting Vote hat nur untergeordnete Bedeutung

Dr. Romina Polley

29

Gemeinsame Kontrolle (2)

Gemeinsame Kontrolle auf rechtlicher Grundlage (*de jure*)

- Vetorechte
 - Einzelne Gesellschafter (unabhängig von der Verteilung der Stimmrechte) sind berechtigt, im Hinblick das **strategische Wirtschaftsverhalten** des Unternehmens wesentliche Entscheidungen durch Vetorechte zu blockieren
 - Rechte können in der Satzung enthalten sein oder auf besonderen Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften beruhen

Vetorechte müssen über typische Minderheitenrechte hinausgehen

- Diese dienen lediglich der Wahrung der finanziellen Interessen der Minderheitsgesellschafter
- Vetorechte müssen sich vielmehr auf wesentliche unternehmerische bzw. strategische Entscheidungen beziehen.

- Etwa: Besetzung der Unternehmensleitung oder
- Business Plan,
- Budget
- Investments
- Wichtige Investitionen

Dr. Romina Polley

30

Gemeinsame Kontrolle (3)

Gemeinsame Kontrolle auf faktischer Grundlage (*de facto*)

- Starke **gemeinsame Interessen** der Gesellschafter bewirken, dass diese bei der Ausübung ihrer Stimmrechte nicht gegeneinander handeln
 - Annahme von *de facto* gemeinsamem Handeln ist grundsätzlich die **Ausnahme**
 - iÜ gilt: Je höher die Zahl der Gesellschafter, die eine gemeinsame Interessenlage haben könnten, desto unwahrscheinlicher ist es, dass tatsächlich gemeinsames Handeln *de facto* vorliegt.



Vorliegen von *de facto* Kontrolle ist stets im Wege einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu ermitteln

Indizien für starke gemeinsame Interessen

- Hoher Grad an gegenseitiger Abhängigkeit in Bezug auf das Erreichen der strategischen Ziele des Zielunternehmens
- Einheitliches Stimmverhalten in der Vergangenheit
- Strukturelle Verflechtungen

Dr. Romina Polley

31

Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 5 FKVO

Grundgedanke

- Transaktionen werden aufgrund ihrer jeweiligen Besonderheiten unter den eng definierten Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 5 FKVO als **wettbewerbsneutral** angesehen
- Schutz des Wettbewerbs durch die Zusammenschlusskontrolle erscheint nicht erforderlich
- Als Ausnahmevorschrift im System der FKVO ist Art. 3 Abs. 5 FKVO tendenziell **restriktiv auszulegen**

Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO („Bankenklausel“)

- idR nur wettbewerbsneutraler Durchgangserwerb
 - Bankenklausel betont somit (nur) allg. Grundsatz, wonach ein Kontrollerwerb nur dann einen Zusammenschluss begründet, wenn er zu einer dauerhaften Veränderung der Unternehmens- und Marktstrukturen führt
 - Bankenklausel ist eng auszulegen, so dass sie nur den Kontrollerwerb im Wege des Anteilerwerbs erfasst, nicht aber andere Formen des Kontrollerwerbs betrifft

Dr. Romina Polley

32

Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 5 FKVO

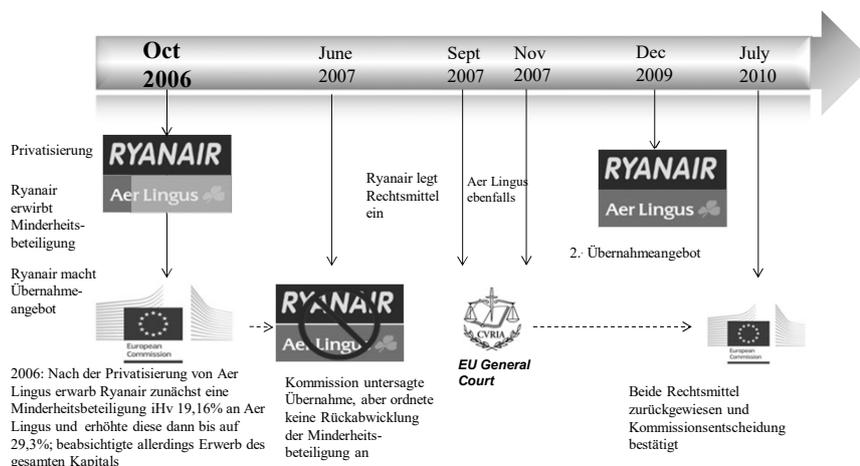
Artikel 3 Abs. 5 lit. a („Bankenklausel“)

- **Erfasste Unternehmen**
 - Kreditinstitute, Finanzinstitute und Versicherungen, zu deren regelmäßiger Geschäftstätigkeit der Handel mit Wertpapieren für eigene oder fremde Rechnung gehört (privilegierter Erwerber)
- **Veräußerungsabsicht**
 - wird durch die Bankenklausel grds. für die Dauer eines Jahres unterstellt, wenn die Anteile im Rahmen des geschäftsmäßigen Wertpapierhandels der Normadressaten erworben werden.
 - Die Kommission stellt an die Wahrscheinlichkeit der Weiterveräußerung insoweit relativ strenge Anforderungen.
- **Unterlassen der Stimmrechtsausübung**
 - Erwerber darf Stimmrechte nicht ausüben, um das strategische Marktverhalten des Zielunternehmens zu bestimmen, sondern nur, um die Veräußerung der Gesamtheit oder von Teilen des Unternehmens oder seiner Vermögenswerte oder die Veräußerung der Anteile vorzubereiten
 - Veräußerungsvorbereitende Stimmausübung ist also erlaubt
- **Weiterveräußerungsfrist**
 - d. h. Erwerber muss seine Beteiligung innerhalb Jahresfrist wenigstens so weit verringern, dass keine Kontrolle mehr gegeben ist
 - Jahresfrist beginnt mit dem Zeitpunkt des tatsächlichen Erwerbs; Kommission kann die Jahresfrist nach Art. 3 Abs. 5 lit. a HS 2 FKVO verlängern

Dr. Romina Polley

33

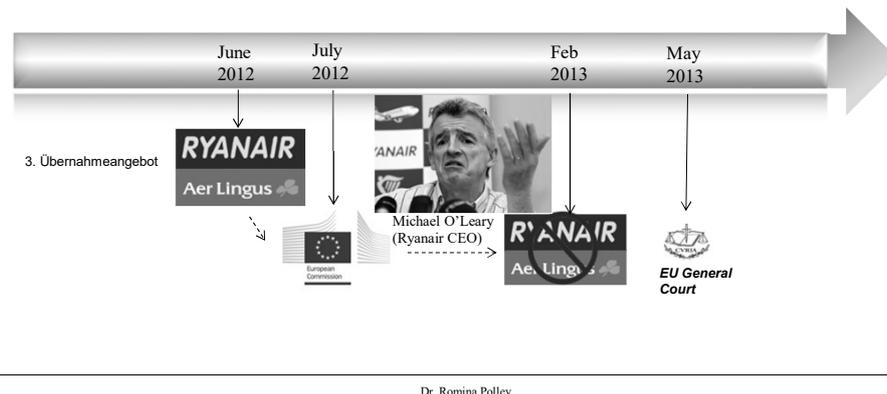
3.1 Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle nach der FKVO Entscheidungsbesprechung Aer Lingus



Dr. Romina Polley

34

3.1 Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle nach der FKVO Entscheidungsbesprechung Aer Lingus



Dr. Romina Polley

35

3.1 Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle nach der FKVO Entscheidungsbesprechung Aer Lingus

- Aer Lingus ersuchte die Kommission, Ryanair aufzugeben, alle Anteile an Aer Lingus abzugeben.
- Kommission lehnte dies mangels Zuständigkeit ab, da die Minderheitsbeteiligung keine Kontrollmöglichkeit (weder *de jure* noch *de facto*) für Ryanair beinhalte und damit keinen Zusammenschluss im Sinne der EU-FKVO darstellte.
- Aer Lingus erhob gegen diese Entscheidung ebenfalls Klage beim EuG (ebenfalls am Rechtsstreit über die Untersagung der Kommission als Streithelfer der Kommission beteiligt).
- **EuG bestätigte beide Kommissionsentscheidungen**
 - Kommission nach Art. 8 Abs. 4 lit. a FKVO nur ermächtigt, die Rückgängigmachung eines Zusammenschlusses i.S.d. FKVO anzuordnen
 - Ryanair könne durch die Minderheitsbeteiligung keinen bestimmenden Einfluss über Aer Lingus ausüben → Minderheitsbeteiligung unterhalb der Kontrollschwelle kein Zusammenschluss iSd Art. 3 FKVO
 - Unterscheidet sich insoweit vom Kontrollregime einiger Mitgliedstaaten, wonach ein Anteilerwerb unterhalb eines Kontrollerwerbs ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss sein kann.
 - Unabhängig von der Jurisdiktion der Europäischen Kommission, sah das Gericht zudem keine negativen Effekte für den Wettbewerb durch die Beteiligung als gegeben an

Dr. Romina Polley

36

3.1 Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle **Behandlung nach europäischem Kartellrecht**

Behandlung nach der FKVO

Kein Zusammenschluss iSd FKVO, daher keine Prüfung nach der FKVO

Behandlung nach Art. 101 und 102 AEUV

Allenfalls in selten Ausnahmefällen auf den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen anwendbar

- Absprache iSd Art. 101 AEUV?
 - Minderheitsgesellschafter und Unternehmen an dem die Beteiligung besteht, sind selbstständige Unternehmen
 - Erwerb von Aktien an der Börse aber keine Absprache
- Art. 102 AEUV erfordert beherrschende Stellung des Erwerbers + Missbrauch

Ex post Kontrolle nach den Art. 101 und 102 AEUV nicht hinreichend flexibel

- Allein rückwirkende Nichtigkeit als Rechtsfolge + keine Anmeldeöglichkeit
- Prinzip der Selbsteinschätzung führt zu Rechtsunsicherheit
- Geringe praktische Bedeutung (rechtstatsächliches Argument)

3.2 Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Kontrollschwelle **Bedürfnis nach einer Einbeziehung in die FKVO (*de lege ferenda*)**

Hintergrund: Reformbestrebungen von Seiten der Kommission

Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“

- 2014 von der Kommission veröffentlicht
- Dem Weißbuch war eine einjährige Konsultation der Mitgliedstaaten und der interessierten Kreise vorangegangen
- Kommission hatte u.a. Einbeziehung von Minderheitsbeteiligungen in den Anwendungsbereich der FKVO vorgeschlagen
- Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager reagiert auf die nicht unerheblichen Bedenken: Kommission hat nunmehr Abstand von Vorhaben genommen; in neuem Konsultationsprozess vom 7. Oktober 2016 taucht das Thema Minderheitsbeteiligung nicht mehr auf