

# Vorlesungseinheit (3) – 15.4.2019

## Die gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1 FKVO

Dr. Romina Polley

1

### **Gliederung Einheit 3**

Gemeinschaftsweite Bedeutung iSv Art. 1 FKVO (Formelle Fusionskontrolle II)

**I. Grundlagen der formellen Fusionskontrolle: Überblick Art. 1 und 5 FKVO**

**II. Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO**

2.1 Grundlagen

2.2 Allgemeine Umsatzschwelle (Abs.1)

2.3 Spezielle Umsatzschwelle (Abs. 2)

**III. Umsatzberechnung nach Art. 5 FKVO**

3.1 Bestimmung der beteiligten Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 FKVO (insb. die Verbundklausel)

3.2 Die übrigen 4 Schritte

3.3 Teilerwerb und Stufenerwerb

3.4 Branchenspezifische Sonderregelungen

**IV. Ergebnis der formellen Fusionskontrolle / weiteres Verfahren bei Unanwendbarkeit der FKVO**

Dr. Romina Polley

2

### Prüfungsschema: Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO

| I. Anwendbarkeit   | II. Aufgreifkriterien (formelle FK)  | III. Eingreifkriterien (materielle FK)   |
|--|--|--|
| <p><input type="checkbox"/></p> <p><b>1. Anwendungsbereich im Verhältnis zum GWB (One-stop-shop-Prinzip)</b></p> <p><input type="checkbox"/></p> <p><b>2. Anwendungsbereich im Verhältnis zu Drittstaaten (Bestimmung des territorialen Anwendungsbereich mittels des Auswirkungsprinzips)</b></p> | <p><input type="checkbox"/></p> <p><b>1. Vorliegen eines Zusammenschlusses iSd FKVO</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>a) Zusammen-schlussstatbestand nach Art. 3 Abs.</b><br/>Unternehmensbegriff<br/>Fusion (Buchst. a)<br/>Kontrollerwerb (Buchst. b)</p> <p><input type="checkbox"/> <b>b) Keine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 5</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>2. Gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>a) Bestimmung der „beteiligten Unternehmen“</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>b) Umsatzberechnung nach Maßgabe des Art. 5</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>c) Prüfung der Umsatzzschwellen nach Art. 1</b></p> | <p><input type="checkbox"/></p> <p><b>1. Marktabgrenzung</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>a) Der relevante Produktmarkt (sachliche Marktabgrenzung)</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>b) Geographische Marktabgrenzung</b></p> <p><input type="checkbox"/></p> <p><b>2. Wettbewerbliche Beurteilung</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>a) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>b) Auswirkung des Zusammenschlusses betreffen gemeinsamen Markt/wesentlichen Teil</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>c) Ausgleichsfaktoren</b></p> <p><input type="checkbox"/> <b>d) Kausalität</b></p> |

Dr. Romina Polley 3

### II.1 Umsatzzschwellen nach Art. 1 FKVO

**Art 1: Zentrale Abgrenzungsnorm** für die Festlegung einer mitgliedstaatlichen oder gemeinschaftlichen Kompetenz

- Größenkriterium UND
- Zwischenstaatlichkeitskriterium

1. weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen (wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses)

2. bestimmter Mindestumsatz in der EU (Gemeinschaftsbezug)

3. die sog. 2/3 Klausel (negative Abgrenzung zur überwiegend nationalen Bedeutung)

Entscheidende Richtgröße: **Unternehmensumsatz** = quantitatives Kriterium, um ökonomische Bedeutung eines Zusammenschlusses zu bemessen

Dr. Romina Polley 4

## II.2 Der erste Umsatzschwellsatz (Art. 1 Abs. 2 FKVO)

**(2) Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:**

**a) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. EUR und**

**b) ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR;**

Zweck: Ausschluss unbedeutender Übernahmen und Begrenzungen der EU-Fusionskontrolle auf Fälle mit hinreichender Gemeinschaftsaktivität

**dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen**

Beachte: dieser Ausschlussbestand greift nur, wenn *jedes* beteiligte Unternehmen mehr als 2/3 des gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaats generiert  
Zweck: Prüfung nur bei zwischenstaatlicher Bedeutung → Wahrung des Subsidiaritätsprinzips

Dr. Romina Polley

5

## II.3 Der zweite Umsatzsteuersatz (Art. 1 Abs. 3 FKVO)

- **Niedrigerer Umsatzschwellsatz: neben weltweitem a) und Gemeinschaftsumsatz d) nun der in einzelnen Mitgliedstaaten erzielte Umsatz**
- **Zweck sicherzustellen, dass Fusion trotz verminderter Schwellenwerte zum. in drei Mitgliedstaaten eine hinreichend spürbare wirtschaftliche Bedeutung hat**

gemeinsam, nicht jeder alleine

Art. 1

**(3) Ein Zusammenschluss, der die in Absatz 2 vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn**

**a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt,**

**b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt,**

**c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt und**

**d) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt;**

**dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.**

Bagatellschwelle in drei Staaten fordert gewissen individuellen Mindestumsatz

Zweck: Sicherstellen, dass nicht nur ein großes Unternehmen (z.B. Käufer) in mehreren Mitgliedstaaten in nennenswertem Umfang aktiv ist

Dr. Romina Polley

6

### III. Bewertung des Konzepts der Umsatzschwellen

|  |  |
|--|--|
| <div style="text-align: center; background-color: black; color: black; width: 50px; height: 20px; margin: 0 auto 20px auto;"> </div> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Starre und relativ hohe Schwellenwerte             <ul style="list-style-type: none"> <li>• Kleinere, durch spezialisierte Unternehmen geprägte Sektoren werden nicht erfasst</li> <li>• Insbesondere (P) beim Kauf kleinerer Unternehmen, die noch keinen oder wenig Umsatz generieren</li> </ul> </li> <li>▪ Erfassen auch Fälle, die für den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft nicht von Bedeutung sind</li> <li>▪ 2/3 Regel             <ul style="list-style-type: none"> <li>• Unternehmensinterne Umsatzverteilung, nicht absoluten Umsatzzahlen als Anknüpfungspunkt</li> <li>• Großfusionen, bei denen beteiligte Unternehmen absolut gesehen in beträchtlichem Maße über die Gemeinschaftsgrenzen hinweg aktiv sind nicht erfasst</li> </ul> </li> </ul> | <div style="text-align: center; font-size: 40px; margin-bottom: 20px;">+</div> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Praktische Handhabung der Umsatzschwellenwerte relativ einfach</li> <li>▪ Präventives Fusionskontrollsystem: zügiges Handeln wird ermöglicht</li> <li>▪ Rechtssicherheit bei Zuständigkeitsbestimmung</li> </ul> |
|--|--|

Dr. Romina Polley 7

### III. Die Umsatzberechnung nach Art. 5 FKVO

Dr. Romina Polley 8

### III. Einführung einer Schwelle zur Transaktionsgröße (*de lege ferenda*)

| „DEAL-SIZE THRESHOLD“   | BEGRENZUNG   |
|---|--|
| <p>Momentan wird diskutiert, inwieweit der FKVO eine Schwelle zur Transaktionsgröße hinzugefügt werden sollte, um Transaktionen mit hohem Kaufpreis, aber einer Zielgesellschaft mit bloß geringen Umsätzen (aber augenscheinlich großem Marktpotential) besser einer Fusionskontrolle zu unterwerfen.</p> <p>Insbesondere geht es um Transaktionen</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• in digitalen Märkten (z.B. Facebook/WhatsApp) und</li> <li>• in der Pharmabranche (z.B. Kauf eines Biotech-Startups).</li> </ul> | <p>Um die Anwendung einer solchen neuen Schwelle nicht ausufern zu lassen, werden verschiedene Begrenzungen diskutiert, wie etwa:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Weltweiter und/oder EU-weiter Mindestumsatz aller beteiligter Unternehmen;</li> <li>• Maximaler weltweiter Umsatz der Zielgesellschaft, deren EU-Umsatz die Schwellen nicht übersteigt (um Transaktionen auszusondern, in denen die Zielgesellschaft bereits erhebliche Umsätze außerhalb des EWR hat);</li> <li>• Verhältnis des Kaufpreises zum weltweiten Umsatz der Zielgesellschaft übersteigt einen bestimmten Wert („multiple“):<br/>z.B. Kaufpreis: € 1 Mrd.; Umsatz: € 100 Mio.; Multiple: 10</li> </ul> |

Dr. Romina Polley 9

### III.1 Bestimmung der beteiligten Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 FKVO (insb. die Verbundklausel)

- ❖ Strikte Trennung: Beteiligte Unternehmen gem. Art 1, Art. 5 FKVO und an anderer Stelle verwendete Begrifflichkeiten
- ❖ Art. 1, 5 FKVO meint materielle und nicht formelle, insbes. verfahrensmäßige Beteiligte - **Abgrenzung zu Anmeldepflichtigen nach Art. 4 Abs. 2 FKVO**
- ❖ Grundsatz: **Materielle Beteiligung** eines Unternehmens
  - (+) wenn und soweit es unmittelbarer Bestandteil des Zusammenschlussvorhabens ist

Dr. Romina Polley 10

### III.1 Beteiligte Unternehmen im Einzelnen - Grundregeln

#### Fusion

- Beteiligte Unternehmen = fusionierende Unternehmen

#### Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)

- **Sole control:** Erwerber und Zielunternehmen sind beteiligt
- **Joint control:** Alle gemeinsam kontrollierenden Unternehmen und das Gemeinschaftsunternehmen sind beteiligt
- Nur **Unternehmensteile** übernommen: Gesamtheit dieser im Einzelfall übertragenen Vermögenswerte = beteiligtes Unternehmen

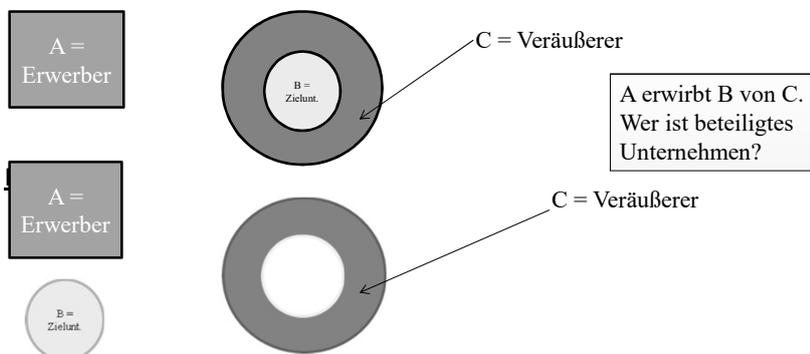
#### Veräußerer grds. nicht beteiligt

Dr. Romina Polley

11

### III.1 Beteiligte Unternehmen im materiellen Sinne Kontrollerwerb gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

- ❖ Erwerb alleiniger Kontrolle
- ❖ Grundsatz: Der Veräußerer ist nicht beteiligt!



Dr. Romina Polley

12

### III.1 Beteiligte Unternehmen im materiellen Sinne

#### Kontrollerwerb gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO

**Gemeinsame Kontrolle**

**Vorher:**

**Nachher:**

A1 und A2 erwerben das Zielunternehmen B von C+D. Wer sind die beteiligten Unternehmen?

Dr. Romina Polley 13

### III.1 Beteiligtes Unternehmen im materiellen Sinne

#### Ausnahme: Veräußerer ist beteiligtes Unternehmen, wenn er Mitkontrolle behält

**Vorher:**

**Nachher:**

A erwirbt 50 % der Anteile an B vom bisherigen Alleingesellschafter C, der die übrigen 50% der Anteile behält. Wer ist beteiligtes Unternehmen?

Zu den Besonderheiten hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen vgl. Einheit 10

Dr. Romina Polley 14

### III.2 Die verbundenen Unternehmen, Art. 5 Abs. 4 FKVO

#### Grundlagen

- Zweck der Berücksichtigung des Umsatzes der verbundenen Unternehmen: **Gesamtumfang** der wirtschaftlichen Ressourcen erfassen, die durch die Transaktion zusammengelegt werden (Mitteilung Zuständigkeit Rn. 175)
- Zugrundlegung der **tatsächlichen** wirtschaftlichen Bedeutung
- Umgehungen durch die Unternehmen vermeiden

Achtung: Hier erfolgt die Beurteilung vorrangig nach rein quantitativen Aspekten; rechtliche Befugnis unerheblich

**quantitative Beurteilung mit dem Zweck: Rechtssicherheit**

Anders als bei der Feststellung des Kontrollerwerbs nach Art. 3 Abs. 2 FKVO !

#### Kriterien der Einflussnahme nach Abs. 4 lit. b. FKVO

- Abs. 4 lit. b benennt die Kriterien der Einflussnahme, nach denen sich für die Zwecke der Umsatzberechnung die Konzernzugehörigkeit bestimmt:
  - Kapitalmehrheit oder Besitz der Mehrheit des Betriebsvermögens,
  - Stimmrechtsmehrheit,
  - Möglichkeit zur Bestimmung der Mehrheit der Mitglieder der Leitungsgremien und/oder
  - Geschäftsführungsrechte.
- Sämtliche dieser Einflussmittel, die aus den Gruppenfreistellungen zu Art. 101 AEUV übernommen wurden, sind nach Auffassung der Kommission rein quantitative Kriterien

Dr. Romina Polley

15

### III.2 Die verbundenen Unternehmen

#### 1. Kriterium: Kapitalmehrheit oder Besitz der Mehrheit des Betriebsvermögens

**Kapitalmehrheit eigener Zurechnungstatbestand**  
→ führt auch dann zur Umsatzeinbeziehung, wenn keine parallele Stimmrechtsmehrheit vorliegt

Kriterium hat in UBS/Mister Minit (Entscheidung der Kommission vom 09.07.1997, COMP/M.940) eine Konkretisierung erfahren

Mister Minit als Franchisegeber gehörte das seinen Franchisenehmern zur Verfügung gestellte Betriebsvermögen. Dies hätte an sich zu einer Umsatzzurechnung gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. b i) führen müssen. Nach Auffassung der Kommission erfasst diese Vorschrift aber nicht eine Situation, in welcher wie vorliegend der Franchisenehmer dem Franchisegeber ein Entgelt für die Benutzung des Betriebsvermögens bezahlt. Denn in einem solchen Fall über der Franchisegeber keine Kontrolle über das Betriebsvermögen aus. Dementsprechend sei er auch nicht als „Besitzer“ des Betriebsvermögens iSv Art. 5 Abs. 4 lit. b i) FKVO anzusehen.

Art. 5 (4) Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens im Sinne dieser Verordnung setzt sich unbeschadet des Absatzes 2 zusammen aus den Umsätzen

b) der Unternehmen, in denen das beteiligte Unternehmen unmittelbar oder mittelbar entweder

**i) mehr als die Hälfte des Kapitals oder des Betriebsvermögens besitzt oder**

ii) mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt oder

iii) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Verwaltungsrats oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann oder

iv) das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen

Dr. Romina Polley

**III.2 Die verbundenen Unternehmen**

- **2. Kriterium: Stimmrechtsmehrheit**
- Streng formal auszulegen → Grund: Rechtssicherheit
  - D.h. bei Mehrheit der Stimmrechte auch wenn keine entsprechende Kapitalmehrheit vorliegt
  - Oder wenn die betreffenden Stimmrechte trotz Mehrheit ganz oder teilweise nicht ausgeübt werden

Präventiver Charakter der Fusionskontrolle

Warum?

**(P) Reicht auch eine relative und faktische Mehrheit?**

- Bsp.: A hält 44 % der Stimmrechte, aber aufgrund der Zusammensetzung der Hauptversammlung hat A effektiv 60 % der Stimmrechte
- Jedenfalls Kommission in COMP/M.147, COMP/M.692: ausreichend
- Wohl aber nicht generell (str.)

*Art. 5 (4) Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens im Sinne dieser Verordnung setzt sich unbeschadet des Absatzes 2 zusammen aus den Umsätzen*

*b) der Unternehmen, in denen das beteiligte Unternehmen unmittelbar oder mittelbar entweder*

*i) mehr als die Hälfte des Kapitals oder des Betriebsvermögens besitzt oder*

**ii) mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt oder**

*(iii) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Verwaltungsrats oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann oder*

*iv) das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen*

Dr. Romina Polley 17

**III.2 Die verbundenen Unternehmen**

**3. Kriterium: Möglichkeit zur Bestellung der Mehrheit der Mitglieder der Leitungsorgane**

- Streng formal auszulegen
- Wiederum unabhängig vom Vorliegen einer Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit
- Beachte: Faktische Hauptversammlungsmehrheiten führen regelmäßig auch zur Möglichkeit, die Mehrheit der Mitglieder der Leitungsgremien zu bestellen, so dass sich der vorliegende Tatbestand mit dem der Stimmrechtsmehrheit häufig überschneidet.

**4. Kriterium: Geschäftsführungsrechte**

Anders als bei Einheit 2!  
Denn Vetorechte können eine Kontrolle iSv Art. 3 Abs. 2 begründen  
Hauptarg: unterschiedlicher Wortlaut

+

- Bsp.: Betriebspacht, formale Übertragung der Geschäftsführung an ein anderes Unternehmen

-

- Vetorechte fallen nicht unter Tatbestand der Geschäftsführungsrechte
- Franchisegeber keine Geschäftsführungsbefugnis, nur weil Franchisenehmer wirtschaftlich abhängig ist

Dr. Romina Polley 18

### III.3 Umsatzberechnung nach Art. 5 FKVO Systematik der Norm

**Abs. 1:** Allgemeine Prinzipien, nach denen der Umsatz zu berechnen ist

**Abs. 2:** Beim Verkauf eines Unternehmensteils, ist der Umsatz des Veräußerers nicht berücksichtigen

**Abs. 3:** Besonderheiten bei der Umsatzberechnung bei Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen

**Abs. 4:** Verbundklausel  
Definition, welche Umsätze bei verbundenen Unternehmen einzubeziehen sind

**Abs. 5:** Umsatzzuordnung bei Gemeinschaftsunternehmen

Dr. Romina Polley

19

### III.3 Vorgehensweise bei der Umsatzberechnung: Grundregel Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 FKVO

**1. Schritt:** persönliche Reichweite  
→ Ermittlung, wer die beteiligten Unternehmen im Sinne der FKVO sind

**2. Schritt:** sachliche Reichweite  
→ Berücksichtigungsfähig: Umsätze dieser Unternehmen mit Waren und Dienstleistungen sofern sie dem normalen Geschäftsbereich zuzuordnen sind  
→ dabei sind bestimmte Posten in Abzug zu bringen („Nettoumsatz“)

**3. Schritt:** relevanter Zeitraum  
→ ausschlaggebend: die Umsätze, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erzielt wurden

**4. Schritt:** geographische Zuordnung (aus Art. 1 Abs.2 u. 3 iVm Art. 5 Abs. 1 UA 2)  
→ Umsätze nach Maßgabe der verschiedenen Schwellenwerte gebietsmäßig zuordnen

Dr. Romina Polley

20

### III.3 2. Schritt: Mit Waren und Dienstleistungen erzielte Umsätze (sachliche Reichweite 1)

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich bei der Erbringung von Dienstleistungen infolge der Einschaltung eines **Dritten als Vermittler**



- lässt sich ~~Kunde~~ Wege einer Einzelfallbetrachtung beantworten
- dabei gilt grds.: Vermittlerbegriff ist restriktiv auszulegen
- Entscheidendes Kriterium: wird er auf eigene Rechnung tätig?

Ausgangsunternehmen

**Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO:** Für die Berechnung des Gesamtumsatzes im Sinne dieser Verordnung sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben, und die dem **normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich** der Unternehmen zuzuordnen sind, unter Abzug von Erlösschmälerungen, der Mehrwertsteuer und anderer unmittelbar auf den Umsatz bezogener Steuern

Dr. Romina Polley

21

### III.3 2. Schritt: der normale geschäftliche Tätigkeitsbereich (sachliche Reichweite 2)

- Typizität der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft
- Begriff tendenziell weit ausgelegt



Autovermieter verkauft Gebrauchtwagen



Erlöse aus Verkauf von Unternehmensteilen  
Erlöse aus Verkauf von Vermögensgegenständen  
weitere außergewöhnliche Einnahmen

Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 1 FKVO

S. 1 Für die Berechnung des Gesamtumsatzes im Sinne dieser Verordnung sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die **dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich** der Unternehmen zuzuordnen sind.

**Sonderfall: Erhaltene Beihilfen:** sind dann als Umsatz zu qualifizieren, wenn sich Beihilfe

1. Bezug zur normalen geschäftlichen Tätigkeit
2. Unternehmen selbst der Empfänger ist
3. auf den Preis auswirkt

Dr. Romina Polley

22

### III.3 2. Schritt: der Netto-Umsatz (sachliche Reichweite 3)



Notwendigkeit einer Umsatz-„Bereinigung“ ergibt sich aus der *ratio* eine Entscheidung auf Grundlage der realen wirtschaftlichen Verhältnisse zu treffen

#### Absatzbezogene Abzugsposten (insb. Erlösschmälerungen)

- Abschläge, Rabatte, Vergünstigungen, die den Kunden zugestanden werden und die den Verkaufserlös direkt beeinflussen
- Mehrwertsteuer, sonstige indirekte Steuern (Bsp. Zigaretten oder Alkohol)

#### Abzug des konzerninternen Umsatzes (zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften)

- Durch die Herausrechnung des Umsatzes wird Doppelerfassung des Umsatzes der beteiligten Unternehmen vermieden, welche die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses verzerren würde.
- maßgeblich allein: Umsätze aus Geschäftsvorgängen zwischen Konzernunternehmen und Dritten (Außenumsatz)

Dr. Romina Polley

23

### III.3 2. Schritt: Umrechnung des Umsatzes in Euro (sachliche Reichweite 4)

#### ❖ Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO: Grundsatz: Bemessung Umsatz in Euro

- Mitteilung Zuständigkeit Rn. 204 und 205
- Umsätze liegen in einheitlicher Währung vor: Jahresumsatz in Durchschnittskurs der betroffenen 12 Monate umrechnen
- Worauf stellt man bei **verschiedenen Währungen** ab?
  - auf Gesamtumsatz zurückgreifen, der in der Währung des Abschlusses des Unternehmens steht
  - diesen Gesamtumsatz dann in den Durchschnittskurs der betroffenen 12 Monate in Euro umrechnen

Dr. Romina Polley

24

### III.3 3. Schritt: geografische bzw. räumliche Allokation

„Durch die Schwellenwerte in Artikel 1 Absätze 2 und 3, die sich auf den gemeinschaftsweit und in dem jeweiligen Mitgliedstaat erzielten Umsatz beziehen, sollen diejenigen Fälle ermittelt werden, in denen ein ausreichend hoher Umsatz innerhalb der Gemeinschaft vorliegt, um ein gemeinschaftliches Interesse zu begründen, und in denen die Unternehmen im Wesentlichen in mehreren Ländern tätig sind. Sie machen eine geographische Zuordnung des Umsatzes zur Gemeinschaft und einzelnen Mitgliedstaaten erforderlich. Da geprüfte Abschlüsse häufig keine geographische Aufschlüsselung aufweisen, die den Anforderungen der Fusionskontrollverordnung entspricht, stützt sich die Kommission auf die am besten geeigneten Zahlen, die von den Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Nach Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 richtet sich der Ort des Umsatzes danach, wo sich der Kunde zur Zeit der Transaktion befindet: **Der in der Gemeinschaft oder in einem Mitgliedstaat erzielte Umsatz umfasst den Umsatz, der mit Waren und Dienstleistungen für Unternehmen oder Verbraucher in der Gemeinschaft oder in diesem Mitgliedstaat erzielt wird.**“ (Mitteilung Zuständigkeit Rn. 195)

Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO unterscheiden zwischen weltweiten, unionsweiten und rein nationalen Umsätzen



Anwendung setzt eine geographische Zurechnung der Umsätze voraus

**Grundregel für die räumliche Allokation** findet sich in Art. 5 Abs. 1 UA 2 FKVO – demnach ist Umsatz grds. dem Ort zuzurechnen, an dem sich der Abnehmer der Ware oder Dienstleistung bei Vertragsschluss befindet (**Kundenstandort**)  
→ **Sitz des Käufers** und nicht der des Verkäufers, denn hier kommt idR Vertrag zustande und es findet der Wettbewerb statt

Dr. Romina Polley

25

### III.3 3. Schritt: temporaler Anwendungsbereich (1)

#### 1. Umsatzzahlen des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres, Art. 5 Abs. 1 UA 1 FKVO

- Letztes Geschäftsjahr: im Verhältnis zu dem Tag zu bestimmen, auf den das Anmeldepflicht auslösende Ereignis fällt (= der Vertrag)

Zweck:  
Darstellung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse

- In der Praxis stellt Kommission auf die im letzten **geprüften** Jahresabschluss genannten Umsätze der beteiligten Unternehmen ab
  - Arg Pro: Zuverlässigkeit der Umsatzzahlen
  - Arg. Con: Wortlaut Art. 5 Abs. 1 FKVO
- Grundsätze zur Umsatzberechnung weitestgehend formal zu handhaben
  - Grund 1: Handhabbarkeit
  - Grund 2: Rechtssicherheit

Bsp.

Umsatz des letzten Geschäftsjahres auch dann maßgeblich, wenn deutlich absehbar ist, dass die Zahlen des laufenden Jahres zu abweichenden Ergebnissen führen werden

Dr. Romina Polley

26

**III.3 3. Schritt: temporaler Anwendungsbereich (2)**

streng formell
Einzelfall

Praxis der Kommission: stellt auf **im letzten geprüften Jahresabschluss** angegebenen Umsatz der beteiligten Unternehmen ab

- Praktikabilität
- Möglichst geringe Belastung der Unternehmen
- Zuverlässigkeit der Zahlen
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeines unionsrechtliches Prinzip Art. 5 Abs. 4 EUV

- Aussagekraft der Zahlen
- Effektivität der Fusionskontrolle

Aber: Wenn es zwischenzeitlich zu Veränderungen in der Unternehmensstruktur gekommen ist → **Durchbrechung streng formaler Betrachtung**



Zweck: Darstellung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse – würde sonst vereitelt werden

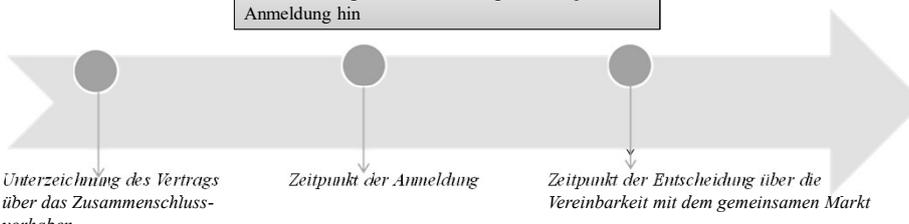
Dr. Romina Polley 27

**III.3 4. Schritt: temporaler Anwendungsbereich (3)**  
**Zwischenzeitliche Änderung der Unternehmensstruktur**

- **Was sind die Voraussetzungen, damit eine Akquisition berücksichtigt wird?**
  - Jedenfalls alle gesellschaftsinternen Maßnahmen und Zustimmungen für den Verkauf müssen vorliegen
  - Aufschiebend bedingte Verträge über den Verkauf reichen jedenfalls nicht aus

**Bis wann muss der Vollzug der betreffenden Strukturveränderung spätestens erfolgt sein?**

Kommission und EuGH lassen es ausdrücklich offen, die Ausführungen deuten allerdings auf Zeitpunkt der Anmeldung hin



Dr. Romina Polley 28

### III.3 4. Schritt: temporaler Anwendungsbereich (4)

#### Zwischenzeitliche Änderung der Unternehmensstruktur

**Sonderfall:** Vertragliche Verpflichtung zur Änderung in der Unternehmensstruktur

**Beispiel** Erwerb von **Dan Air** durch British Airways stand unter aufschiebender Bedingung, dass Dan Air sein Chartergeschäft entweder an einen dritten Erwerber abgeben oder aber stilllegen sollte

- Kommission ließ in entsprechender Anwendung Art. 5 Abs. 2 UA 1 FKVO den Charter-Umsatz von Dan Air bei der Umsatzberechnung außen vor
- EuG (EuG, T-3/93, Slg. 1994, II-121, Rn. 100 – **Air France/Kommission**): Parteien wollten Chartergeschäft unzweifelhaft vom Kaufvertrag ausnehmen. Deshalb braucht Kommission hier den Vollzug nicht abwarten, sondern kann ihn unterstellen

- Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben führt zu der Veräußerung oder Stilllegung eines Geschäftsbereichs
  - Korrektur des Umsatzes nach Zusammenschluss erforderlich

→ Tatsächliche Betrachtungsweise  
→ Einzelfallgerechtigkeit

Dr. Romina Polley 29

### III.4 Teilerwerb und Stufenerwerb, Art. 5 Abs. 2 FKVO

**Berechnung des Umsatzes beim Erwerb von Unternehmensteilen, Unterabsatz 1**

- Aufseiten des Veräußerers ist nur der Umsatz zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt
- Sonstiger Umsatz des Veräußerers wird nicht einbezogen
  - Ratio: Er ist zwar Vertragspartner, aber seine sonstigen unternehmerischen Aktivitäten sind nicht Teil des Zusammenschlusses
- Achtung: behält der Veräußerer dauerhaft kontrollierende Position im Gemeinschaftsunternehmen, ist er ein beteiligtes Unternehmen

Ausdruck der **funktionalen Betrachtungsweise** beim Zusammenschlussbegriff

**Gestaffelte Transaktionen, Unterabsatz 2**

- Fiktion: zwei oder mehr zeitlich gestaffelte Erwerbsvorgänge zwischen demselben Veräußerer und demselben Erwerber = einheitlicher Rechtsvorgang
- Maßgeblicher Zeitpunkt: Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs
- Ratio: Vermeidung von Umgehungsgeschäften

Dr. Romina Polley 30

### **III.5 Branchenspezifische Sonderregelungen** **Überblick Kredit- und sonstige Finanzinstitute**

Insbesondere Leasing-Unternehmen → Differenzierung

| Finanzierungsleasing                                 | Operating Leasing = Mietvertrag iSv §§535 ff. BGB  |
|--|--|
| - längere Laufzeit des Vertrags                      |  |
| - nach Mietzeit geht Eigentum über auf Leasingnehmer | - nach Mietzeit geht Eigentum <u>nicht</u> auf Leasingnehmer über                                  |
| - Leasingnehmer hat vertragliche Kaufoption          | - Leasingvertrag enthält <u>keine</u> Kaufoption   |
|  | - Wartungs-, Reparatur- und Versicherungskosten für gemietete Anlage in Leasingzahlungen enthalten |

**Entscheidung der Kommission *GECC/Avis Lease*** (Entscheidung vom 15.07.1992 COMP/M. 234)

- Finanzierungsleasinggeber = Finanzinstitute, Umsatzberechnung nach Art. 5 Abs. 3 lit. a FKVO
- Operating-Leasinggeber ≠ Finanzinstitute, allgemeine Regeln der Umsatzberechnung

Dr. Romina Polley

31

### **III.5 Branchenspezifische Sonderregelungen** **Überblick Kredit- und sonstige Finanzinstitute**

#### **Kredit- und Finanzinstitute**

FKVO: besondere Methoden der Umsatzberechnung

#### **Begriff**

- keine Legaldefinition, Verweis auf Art. 1 Abs. 1 und 5 der Richtlinie 2000/12/EG
- Kreditinstitut: Unternehmen, dessen Tätigkeit ist, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren
- Finanzinstitut: Unternehmen, das kein Kreditinstitut ist und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben (...)
- Vgl. Rz. 206 ff Mitteilung Zuständigkeit

#### **Grundlegendes zur Umsatzberechnung: Art. 5 Abs. 3 lit. a Unterabs. 1**

Umsatzberechnung bei Kredit- und Finanzinstituten erfolgt auf der Grundlage von Ertragsposten (definiert in der Richtlinie 86/635 EWG des Rates)

- Zinserträge und ähnliche Erträge
- Erträge aus Wertpapieren
- Provisionsverträge
- Nettoerträge aus Finanzgeschäften
- Sonstige betriebliche Erträge

Dr. Romina Polley

32

### III.5 Branchenspezifische Sonderregelungen Versicherungsunternehmen

#### Besonderheit bei Versicherungsunternehmen (Mitteilung Zuständigkeit Rz. 214 ff)

- Umsatz von Versicherungsunternehmen wird um die Beträge aus Rückstellung für Rückerstattung in der Lebensversicherung bereinigt
- Gesetzliche Verpflichtung von Versicherungsunternehmen, die eingenommenen Prämien anzulegen
  - Die aus den Anlagen erwirtschafteten Erträge gelten nicht als Umsatz von Versicherungsunternehmen

Dr. Romina Polley

33

### IV. Ergebnis der formellen Prüfung

- ❖ **Anwendbarkeit (+) → materielle Prüfung des Zusammenschlusses**
- ❖ **Art. 21 Abs. 1, § 35 GWB regeln den Anwendungsvorrang der FKVO**
  - Anwendungsbereich der FKVO (-) → Zusammenschluss unterliegt Fusionskontrolle im GWB (vorausgesetzt Anwendungsvoraussetzungen (+))
- ❖ **Unanwendbarkeit der FKVO mangels unionsweiter Bedeutung:**
  - Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 (+), Umsatzschwelle Art. 1 (-)
  - Prüfung nach Art. 101 und 102 AEUV scheidet aus; Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden, wenn nationalen Fusionskontrollregime in formeller Hinsicht eröffnet ist
- ❖ **Unanwendbarkeit, da kein Zusammenschluss iSd FKVO:**
  - Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 (-) → Prüfung Schwellenwerte erübrigt sich
  - Anwendbarkeit der nationalen Fusionskontrolle prüfen

Dr. Romina Polley

34