

# Vorlesungseinheit (4) – 29.4.2019

## Der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach dem GWB

Dr. Romina Polley

1

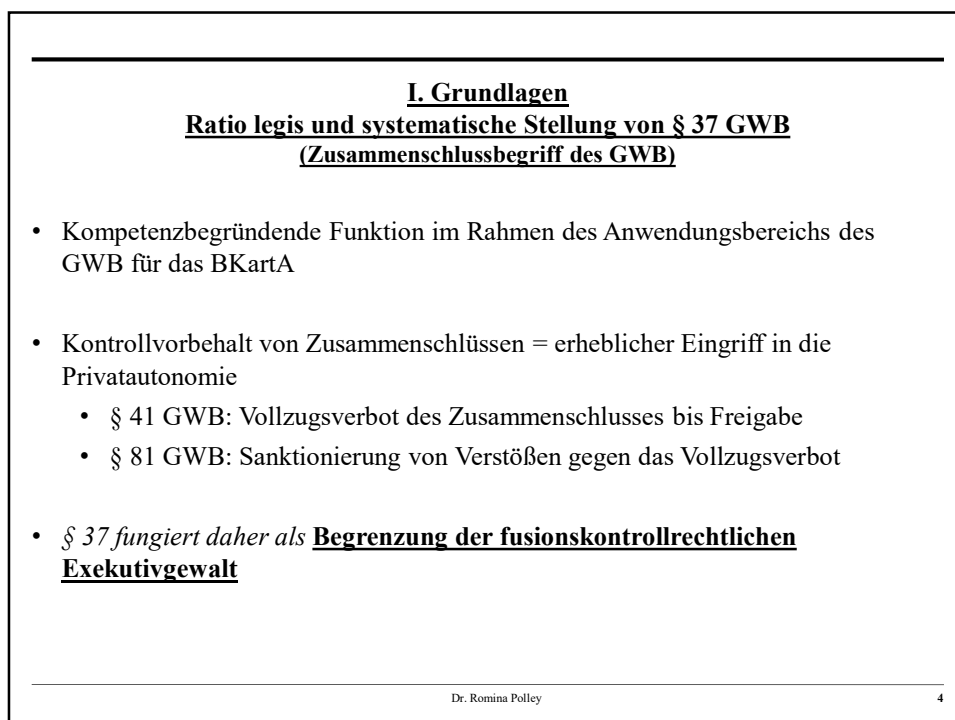
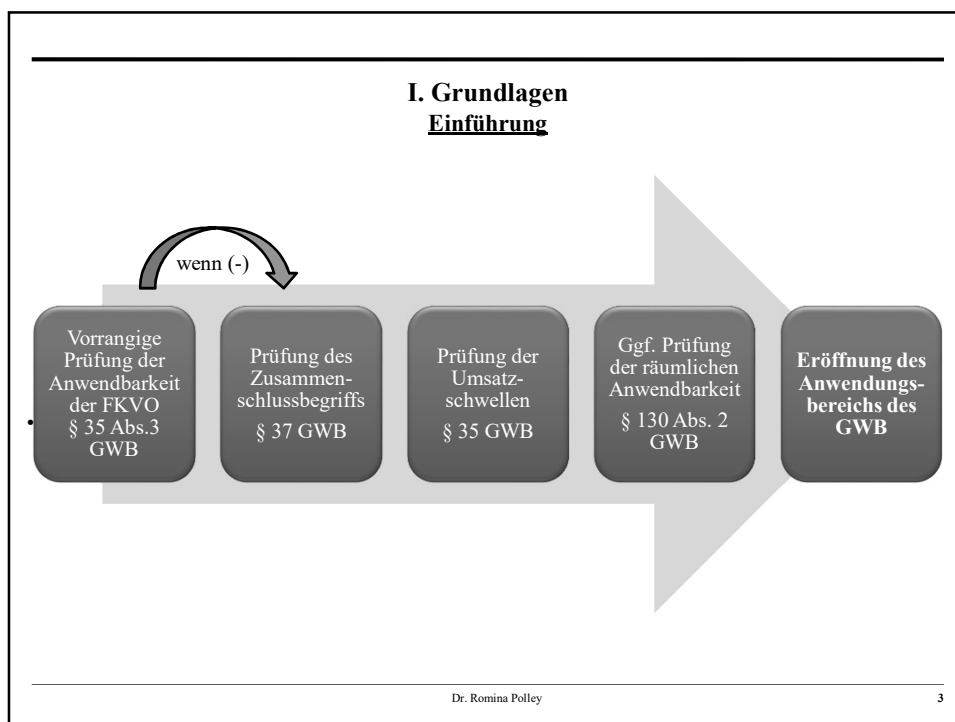
### Gliederung Einheit (4)

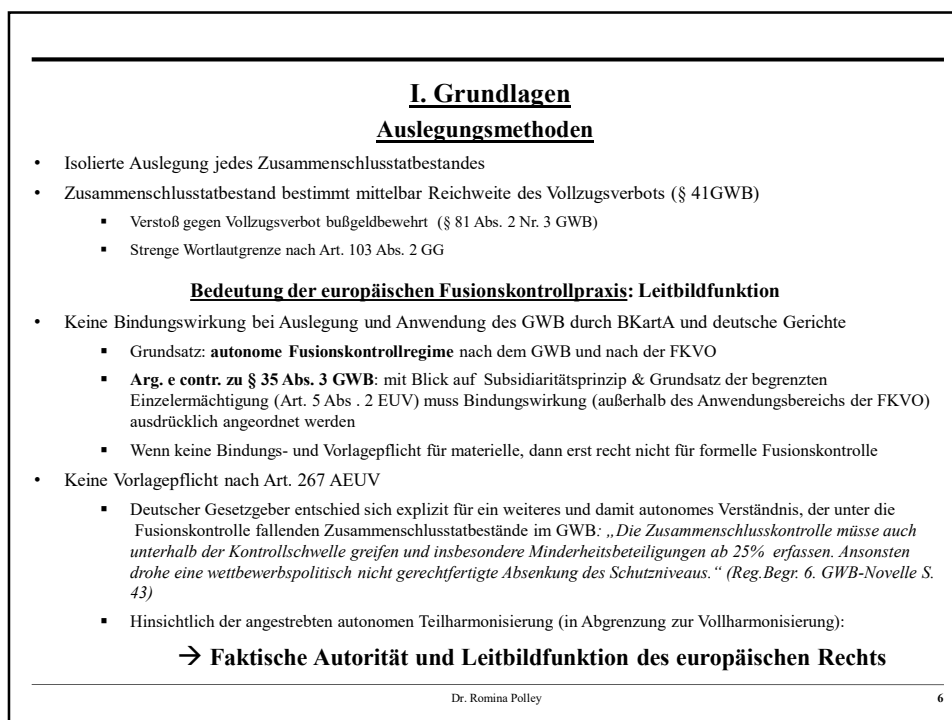
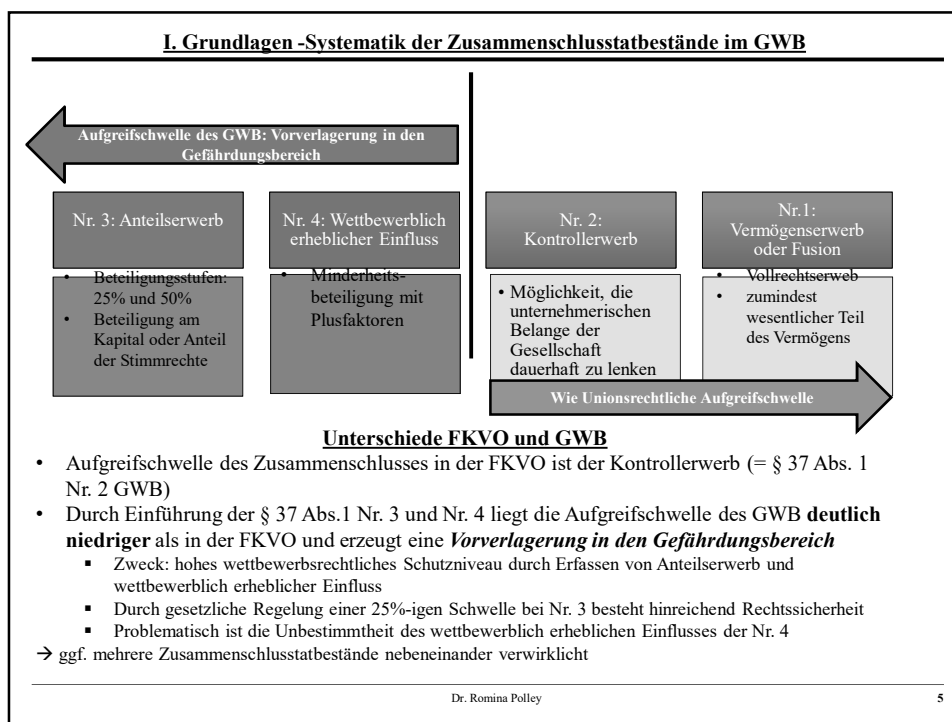
#### Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach dem GWB (formelle Fusionskontrolle)

- |             |  |
|-------------|--|
| <b>I.</b>   | <b>Grundlagen</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 GWB</b>             |
|             | 2.1 Vermögenserwerb (Nr.1)   |
|             | 2.2 Kontrollerwerb (Nr.2)  |
|             | 2.3 Anteilserwerb (Nr.3)   |
|             | 2.4 Wettbewerblich erheblicher Einfluss (Nr.4)                     |
| <b>III.</b> | <b>Umsatzschwellen § 35 GWB</b>                                    |
|             | 3.1 Grundlagen   |
|             | 3.2 Allgemeine Umsatzschwelle (Abs.1)                              |
|             | 3.3 Ausnahmetatbestände (Abs.2)                                    |
| <b>IV.</b>  | <b>Berechnung der relevanten Umsätze, § 38 GWB</b>                 |
| <b>V.</b>   | <b>Besondere Erwerbskonstellation</b>                              |
| <b>VI.</b>  | <b>Anwendbarkeit auf Auslandszusammenschlüsse § 130 Abs. 2 GWB</b> |

Dr. Romina Polley

2





## I. Grundlagen - Zusammenschlussbegriff nach dem GWB

§ 37 (1) Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

1. Erwerb des Vermögens eines anderen **Unternehmens** ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere **Unternehmen** über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer **Unternehmen**. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines **Unternehmens** auszuüben, insbesondere durch
  - a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer 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;
3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem **Unternehmen** bereits gehörenden Anteilen
  - a) 50 vom Hundert oder
  - b) 25 vom Hundert
 des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen **Unternehmens** erreichen. Zu den Anteilen, die dem **Unternehmen** gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses **Unternehmens** gehören und, wenn der Inhaber des **Unternehmens** ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere **Unternehmen** gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen **Unternehmen**, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;
4. jede sonstige Verbindung von **Unternehmen**, auf Grund deren ein oder mehrere **Unternehmen** unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes **Unternehmen** ausüben können.

### Kartellrechtlich-funktionaler Unternehmensbegriff

- Wesentliche Übereinstimmung mit unionsrechtlichem Unternehmensbegriff der Art. 101, 102 AEUV
- Geltung des allgemeinen kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs des GWB
- Struktur und Zielrichtung des Kartellrechts erfordern kartellrechtsspezifische Auslegung des Begriffs

Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ist nach deutscher Praxis jede Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr unabhängig von der Organisations- oder Rechtsform, der Dauer oder einer Gewinnerzielungsabsicht.

Dr. Romina Polley

7

### Absolute Unternehmen

- Erfüllung des Unternehmenstatbestands *kraft ihrer Rechtsform*
- Weder hoheitsrechtlich noch im privaten Verbrauch tätig
- Alle Handelsgesellschaften, rechtlich selbstständige Unternehmensträger des Privatrechts und des öffentlichen Rechts
  - Bsp: Sparkassen, Landesbanken, Bausparkassen, öffentliche Versicherungsanstalten

### Relative Unternehmen

- Alle Rechtsträger, deren Unternehmenseigenschaft durch positive Feststellung ihrer *geschäftlichen Tätigkeit* – unabhängig ihrer Rechtsform – begründet wird (zB GbR)
- *Natürliche Personen* sind Unternehmen, → wenn sie persönlich unmittelbar am Markt unternehmerisch tätig sind (Einzelkaufmann & Freiberufler)
- Anwendbarkeit des GWB auch auf Unternehmen, die ganz oder zum Teil im Eigentum eines *Trägers der öffentlichen Hand* stehen (§ 130 Abs. 1 GWB)

### Unternehmensfiktion qua Mehrheitsbeteiligung

- *Gesetzl. Fiktion in § 36 Abs. 3 GWB (sog. Flickklausel)*
  - Zweck: wettbewerbsrelevante Verbindungen zwischen Unternehmen sollen auch erfasst werden, soweit diese über Person/Personenvereinigung ohne originäre Unternehmenseigenschaft bestehen
- **Anwendungsbereich:**
  - *Ungeachtet der systematischen Stellung im gesamten GWB*
  - *Natürliche sowie juristische Personen*
  - **Beachte:** Mehrheitsbeteiligung muss bereitsim Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorliegen, damit Fiktion greift.

Dr. Romina Polley

8

## II. Zusammenschlussstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB

### 2.1 Vermögenserwerb (Nr. 1)

§ 37 Abs.1 Nr.1 GWB: Erwerb des **Vermögens** eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil

#### Inhalt und Anforderungen an das **Vermögen**

- Vermögen = sämtliche geldwerte Güter und Rechte (sachliches Substrat der bestehenden Marktstellung)
- Begriff grds. extensiv auszulegen

### 2.1 Anforderungen an den Erwerb

§ 37 Abs.1 Nr. 1 GWB: **Erwerb** des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil

- a) Erfordernis des Vollrechtserwerbs
- Jede Form des abgeleiteten Erwerbs von Rechtspositionen  
→ Art des Übertragungsakts ist irrelevant
  - *Nicht erfasst*: Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder Mitgliedschaften
- b) Unproblematische Erwerbstatbestände
- Eintritt auch durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge

**Vollrechtserwerb durch Einzelrechtsübertragung**  
Eigentumserwerb an beweglichen Sachen /Grundstücken §§ 929 / 873, 925 BGB

**Erwerb durch hoheitliches Handeln**  
Zuschlag bei Zwangsvollstreckung § 90 ZVG, sonstigen Hoheitsakt, Gesetz oder öffentlich-rechtlichen Vertrag  
→ Motive für Erwerb unerheblich

**Ergebnisorientiert/  
funktionale  
Betrachtungsweise**

## 2.1 Vermögenserwerb

### c) Problematische Fälle: Gleichsetzung mit Vollrechtserwerb (1)

#### - Erwerb von Schutzrechten (Marken, Patente, o.ä.)

- Schutzrechte sind als geldwerte Rechtspositionen **Vermögen iSd Nr. 1** (vgl. „Warenzeichenerwerb, FRAPAN“ BGH 7.7.1992 WuW/E BGH 2783, 2786)
- Fraglich erscheint allerdings der Erwerbstatbestand  
→ **Erwerb von Schutzrechten als Vollrechtserwerb?**
- Entscheidend für Vermögenserwerb, ist **Eintrittsmöglichkeit** des Markenerwerbers in Marktposition des Veräußerers (so der BGH in „Warenzeichenerwerb -FRAPAN“ im Wege der systematischen Auslegung) → Beurteilung nach *Transferpotential* (Marktbeziehungen und Erfahrung) & *Bekanntheitsgrad* der Marke
- **BEACHT** Schutzrecht muss **bereits Umsatz generiert** haben
  - Existente Marktposition
  - Bloße Möglichkeit der Begründung einer erstmaligen Marktstellung genügt nicht
    - Grund: Bezugspunkt der Fusionskontrolle ist Veränderung der Marktstruktur durch Vermögenserwerb
    - (Noch) nicht genutztes Schutzrecht führt nicht zu Unternehmenswachstum
    - Umsatzschwelle wird nicht erfüllt
- Wenn bereits vorhandener Marktumsatz (+) → Auswirkungen der neuen Transaktionsschwelle auf Zusammenschlussbegriff?

• wenn Nr. 1 mangels Vollrechtserwerbs (-), z.B. Lizenz Nr. 2 prüfen (vgl. "National Geographic")



Dr. Romina Polley

11

### c) Problematische Fälle: Gleichsetzung mit Vollrechtserwerb (2)

#### bb) Pfand-, Sicherungs- und Finanzierungsinstrumente

- Vermögenserwerb bei Begründung von Pfand-, Sicherungs- und Finanzierungsinstrumenten (-), da keine Vollrechtsübertragung
- Möglich allerdings Kontrollerwerb nach § 37 Abs.1 Nr. 2 GWB
- Bei Verwertung Nr. 1 (+)

#### cc) Verwertungs- und Nutzungsrechte

- Einräumung (-) (Bsp. Begründung eines Mietverhältnisses)
- Übertragung von Nutzungsrechten allerdings schon
- (+) wenn Nutzungsrecht Gegenstand der Übertragung und selbst wesentlicher Vermögensteil (Vollständige Übertragung der Rechtsstellung des obligatorisch Nutzungsberechtigten)
- Art des Rechtsgeschäfts irrelevant

#### dd) Vollzug i.S.v. § 41 Abs. 1 GWB

- Voraussetzung des § 41 Abs. 1 GWB: Vollendung des dinglichen Rechtsgeschäfts
- In Bezug auf den (gesamten) wesentlichen Vermögensteil
- Übertragung von Einzelgegenstände ohne Erreichen der Erheblichkeitsschwelle = Vollzug (str.)

**ACHTUNG: Vollzug ≠ Erwerb iSv § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB**

Dr. Romina Polley

12

## 2.1 Ganz oder zu einem wesentlichen Teil

§ 37 Abs.1 Nr.1 GWB: Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens **ganz oder zu einem wesentlichen Teil**

### Vermögen im Ganzen Alt. 1

- Summe aller Vermögensgegenstände, die wirtschaftlich zum Vermögen des Unternehmens zählen
- Unternehmen = Rechtssubjekt, dem das Vermögen unmittelbar zugeordnet wird

### **(P)** Beurteilung der Wesentlichkeit des Vermögensteils in Alt. 2 (str.)

#### 1) Meinung Literatur (quantitative Betrachtung)

- Verhältnis des veräußerten Teils zum Gesamtvermögen des Veräußerers (arg. Wortlaut)
- Einwand: Bevorzugung von Großunternehmen  
→ Forderung der Berücksichtigung des Markteinflusses

#### 2) BGH „Zementmahlanlage I“: qualitative und quantitative Betrachtung

- Wesentlicher Vermögensteil ist auch „jede betriebliche Teileinheit, die iRd gesamten nach außen gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit des Veräußerers unabhängig von dessen Größe qualitativ eine eigene Bedeutung hat“ (BGH v. 20.11.1975, BGH WuW/E 1377)

### Aufgabe des quantitativen Kriteriums durch den BGH

- **Normzweck** ausschlaggebend für Erfüllung des TB-Merkmals der Wesentlichkeit des Vermögensteils
- Für Fusionskontrolle bedeutsam ist, inwieweit ein Teil „die Stellung des Erwerbers auf dem Markt zu verstärken in der Lage sei“ (BGH „Kettenstichnähmaschinen“ NJW 1979, 2105)

### „Warenzeichenerwerb/FRAPAN“ (BGH WuW/E BGH 2783)

- Vollständige Absage des quantitativen Kriteriums
- Quantitative Auslegung würde Zusammenschluss von verbleibenden Restvermögen beim Veräußerer abhängig machen → mit Sinn und Zweck unvereinbar
- Ausschlaggebend: Eintrittsmöglichkeit des Erwerbers in Marktstellung des Veräußerers

#### Wesentlicher Teil des Vermögens (Definition)

„Welcher Art die Vorgänge sein müssen, die als Erwerb von Teilen des Vermögens eines anderen Unternehmens gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB [a.F. = § 37 Abs. 1 Nr. 1 n.F.] als Zusammenschluss erfasst werden, ergibt sich aus dem Grund, weshalb der Erwerb des ganzen Vermögens eines anderen Unternehmens als Zusammenschluss gilt. Ein solcher Erwerb bietet die **Möglichkeit, in die Marktstellung des Veräußerers an dessen Stelle einzutreten**. Eben aus diesem Grund gilt nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB [a.F. = § 37 Abs. 1 Nr. 1 n.F.] auch ein Erwerb als Zusammenschluss, bei dem das Vermögen des anderen Unternehmens nicht ganz, sondern nur **zu einem wesentlichen Teil** übernommen wird. Es kann bei diesem Zusammenschlusstatbestand deshalb nicht um die Erfassung jedweder Art von Vermögenserwerb gehen, sondern nur solcher Vorgänge, mit denen – in gleicher Weise wie bei einem Vermögenserwerb im Ganzen – **die Gelegenheit verbunden ist, in die Marktstellung des Veräußerers einzutreten**.“  
(„Warenzeichenerwerb/FRAPAN“ (BGH WuW/E BGH 2783))

## 2.2 Kontrollerwerb (§ 37 Abs.1 Nr. 2 GWB)

### § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

(1) Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

Nr. 2: Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer 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;

### Artikel 3 der Fusionskontrollverordnung

Definition des Zusammenschlusses

(1) Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

- a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass
- b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen 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.

(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.

## 2.2. Kontrollerwerb a) Grundlagen

### Ratio legis

- Generalklausel in Anlehnung an Artikel 3 Abs. 1 lit. b FKVO
- EU-Fusionskontrollrecht hauptsächlich auf Kontrollerwerb beschränkt
- Lediglich Auffangtatbestand im GWB

### Auslegung im Lichte der europäischen Rechts- und Verwaltungspraxis

- Grund: hinreichende Konkretisierung im europäischen Recht
- Deutscher Einfluss durch Berücksichtigung der anderen gleichberechtigten Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB, die auf EU-Ebene fehlen
- Berücksichtigung vorangegangener Rechtsprechung zu den durch die 6. GWB-Novelle ersetzten Tatbeständen des § 23 Abs. 2 Nr. 2-5 aF



## 2.2. Kontrollerwerb

### b) Der Kontrollbegriff

- Keine inhaltlichen Unterschiede zum Begriff des Kontrollerwerbs gem. Art. 3 Abs. 1 FKVO
  - Möglichkeit der Ausübung von bestimmendem Einfluss auf Unternehmenstätigkeit
  - Erfordernis der Dauerhaftigkeit der Kontrolle

### Fallgruppen des Kontrollerwerbs

#### (1) Kontrollerwerb durch Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2a GWB)

- Anknüpfung an Eigentums- und Nutzungsrechte
- Weitestgehende Übereinstimmung mit Vermögenserwerb nach Nr. 1, aber nicht nur Vollrecht
- Trotz des Fehlens der Beschränkung auf einen „wesentlichen“ Teil des Vermögens im Wortlaut, ist aufgrund teleologischer Reduktion derselbe Maßstab wie bei Nr. 1 anzulegen
- Kontrolle kann auch auf Nutzungsrechten beruhen (insbes. Betriebsüberlassungsverträge)

#### 2.2 Kontrollerwerb b) (2)- Erwerb von bestimmendem Einfluss (§ 37 Abs. 1 Nr. 2b )

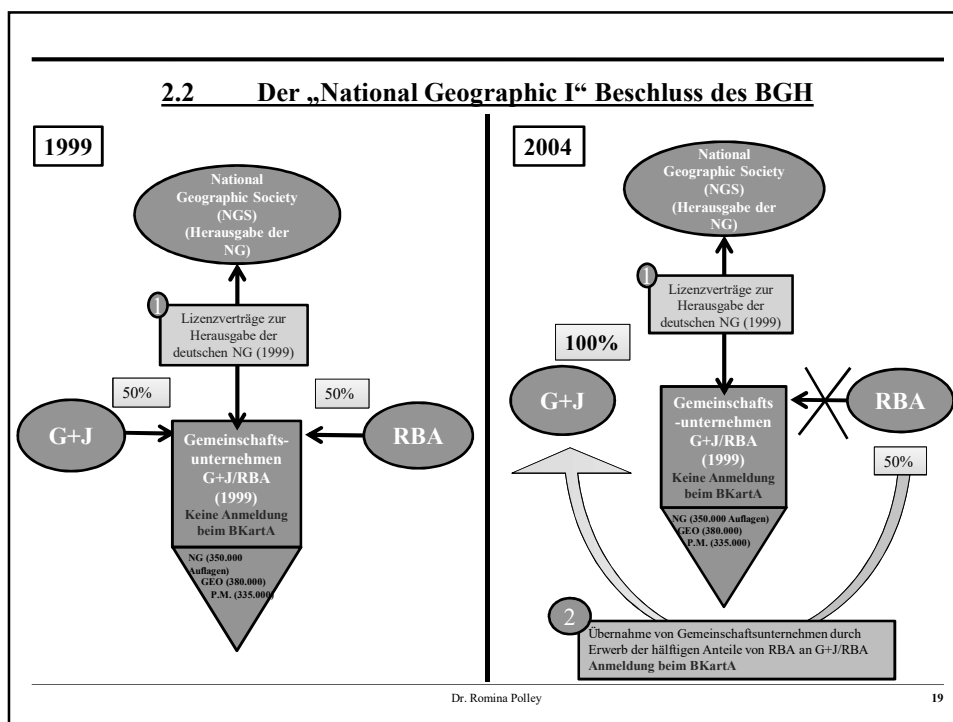
- Bestimmender Einfluss auf Zusammensetzung, Beratung und Beschlüsse der Organe des Unternehmens
- Begründung des Kontrollerwerbs durch **rechtliche** oder **faktische** Tatsachen = Ausdruck ergebnisorientierter Betrachtungsweise
- Zweifelhaft, ob Kapitalmehrheit zur Begründung von Kontrolle genügt, wenn Stimmrechtsregelung nicht der Höhe der Kapitalanteile entspricht

kann iE dahinstehen, da Kapitalmehrheit jedenfalls Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 3a (Anteilserwerb 50%) begründet

#### Berechnung der Mehrheit

Berücksichtigung des § 16 Abs. 2 - 4 AktG

- Abzug eigener Anteile der Gesellschaft
- Keine Berücksichtigung stimmrechtsloser Anteile
- Möglichkeit der Modifikation der Definition des § 16 AktG im Rahmen einer kartellrechtsspezifischen Anwendung (Erweiterung des aktienrechtlichen Mehrheitsbegriffs)



### 2.2 Sachverhalt National Geographic

Vollzug der Übernahme der Zeitschrift NG durch Verlag G+J in **ZWEI** Schritten:

- 1) Abschluss von Lizenzverträgen mit NGS
- 2) Übernahme des hälftigen Anteils von RBA an Gemeinschaftsunternehmen durch G+J

**I. Anwendbarkeit der Fusionskontrolle?**

➡ Sind die Vorgänge Zusammenschlüsse iSv. Art. 3 FKVO oder § 37 GWB?

**Übernahme der verbleibenden Anteile von RBA durch G+J**

- Unproblematisch, da Anteilswerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a GWB (+)
- Kontrollerwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (+)

**Abschluss der Lizenzverträge durch NGS mit Gemeinschaftsunternehmen G+J/RBA**

- Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens zu einem *wesentlichen Teil* gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1?
- Laut BKartA (+)
- OLG Düsseldorf (-)

P

Dr. Romina Polley 20

## 2.2 Abschluss von Lizenzverträgen = § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB?

**Erwerb des Vermögens:** Vollrechtsübertragung erforderlich

- Lizenzübertragung ≠ Vollrecht
- Ergebnis: **kein** Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

### Abschluss von Lizenzverträgen = § 37 Abs. 1 Nr. 2 a) GWB?

1. Erwerb der Kontrolle über *wesentliche Teile des Vermögens* eines anderen Unternehmens?

- **Wortlaut:** enthält kein Tatbestandsmerkmal, das eine Kontrolle über „wesentliche Teile“ des Vermögens voraussetzt
- **Systematik:** spricht dagegen, da nur Nr. 1 ein solches Merkmal beinhaltet
- **ABER Zweck:** keine zu weite Auslegung, daher Beschränkung durch *Wesentlichkeitsschwelle* anhand einer *teleologischen Reduktion*: Abgrenzung externes Wachstum/internes Wachstum, da letzteres keine Marktstellung für den Erwerber darstellt
  - Zusammenschluss nur (+), wenn Nutzungsrechte schon in Händen von NGS *tragende Grundlage einer vorhandenen Marktstellung* darstellten, in die durch Erwerb eingetreten werden konnte
  - War 1999 nicht der Fall
  - Bloße Möglichkeit des Eintritts in potentielle Marktstellung genügt nicht!

Zusammenschluss iSv § 37 Abs. 1 Nr. 2 a) (-) GWB

 **Aufhebung durch das OLG Düsseldorf durch BGH; Frage nach Auswirkungen der neuen Transaktionsschwelle § 35 a GWB auf Zusammenschlussbegriff**

Dr. Romina Polley

21

## 2.3 Anteilserwerb § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB

§ 37 Abs. 1 Nr. 3: Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen

- a) 50 vom Hundert oder
- b) 25 vom Hundert

des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;

### Zweck und Bedeutung

- Verhinderung einer wettbewerbspolitisch nicht gerechtfertigten Absenkung des Schutzniveaus
- Praktisch wichtigste Ausprägung der Vorverlagerung in den Gefährdungsbereich
- Häufigste Form des Zusammenschlusstatbestandes vor BKartA
  - Meistens auch Erfüllung des Kontrollerwerbs gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB
  - Konzeption des Gesetzgebers sieht parallele Anwendbarkeit beider Tatbestände vor

Dr. Romina Polley

22

## 2.3 a) Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen

### 1. Erreichung 50% oder 25% der Kapital- oder Stimmrechte

Rechtsform des Unternehmens durch Gleichstellung von Kapital- und Stimmrechten unerheblich

### 2. Strukturierung des Unternehmens als Verband

- Mitgliedschaftliche Verfassung
  - Schuldrechtliche Innengesellschaften (-)
  - Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften (+)
- Wirtschaftliche Selbstständigkeit nicht erforderlich

→ Auch einzelne Gesellschaften eines Unternehmens

### 3. Vollrechtserwerb

- Funktionale Auslegung (daher derivativer und originärer Erwerb erfasst)
  - **Begründung eines Nießbrauchs an der Mitgliedschaft (-)**, denn nur beschränktes dingliches Recht auf Nutzung – Mitgliedschaft muss Erwerber zustehen
  - Schuldrechtliche Abreden (-)

Dr. Romina Polley

23

## b) Erwerb

### 1. Erwerbchance allein nicht ausreichend

BKartA („*Klöckner-Seitz*“, *WuW/E BKartA 2087*)

- Anteilserwerb (+), wenn Erwerbsposition die Option zur jederzeitigen Anteilserwerbsberechtigung beinhaltet
- Auch (+), wenn Optionsinhaber das Unternehmen auswählen kann, welches das Recht zum Erwerb der Optionsanteile erhalten soll

BGH

- *Keine* Gleichsetzung von Erwerbsposition und Anteilserwerb
- Anteilserwerb erst, wenn von Erwerbsposition Gebrauch gemacht wird
- Einräumung einer Option normalerweise kein Zusammenschluss!

Beachte:

- wahrscheinliche Ausübung einer Erwerbsoption kann Indiz für bestehende Kontrolle sein
- Kein Anteilserwerb in Verkaufs- oder Put-Option

### 2. Rechtsgrund des Anteilserwerbs irrelevant

- Auch erfasst:

→ Erwerb bei Neugründung und Maßnahmen der Kapitalerhöhungen,

→ Veränderung der Stimmrechte oder des prozentualen Kapitalanteils an bestehenden Anteilen am Unternehmen durch Kapitalherabsetzung, Änderung des Gesellschaftsvertrages, o.ä.

Nach Wortlaut keine Einschränkung auf ausschließlich derivativen Erwerb.

Ausschlaggebend für TB-Erfüllung ist lediglich das Erreichen der Schwellenwerte durch den Erwerber!

- Nicht erfasst: rein konzerninterne Vorgänge

→ Übernahme eines 100%igen Anteils bei Unternehmensgründung nicht erfasst

→ Umstrukturierungsmaßnahmen (Ausgliederung § 123 Abs. 3 UmwG

Beachte:

Vorgesehene sich stufenweise erweiternde Beteiligung Dritter im Rahmen eines *Gesamtplans* führt zu Anteilserwerb derjenigen Unternehmen, die die Schwellenwerte erreichen!

Dr. Romina Polley

24

### c) Beteiligungsstufen

**1. Stufe: ab 25 %**

- Erwerber stehen mind. 25% des Kapitals oder der Stimmrechte zu
- Erhöhung innerhalb der ersten Stufe stellt keinen erneuten Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 dar (evtl. aber Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2)

**2. Stufe: ab 50 %**

- 50/50 Gemeinschaftsunternehmen
- Ob Anteil > 50% den TB des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a erfüllt, ist *streitig*
- *BKartA: Mehrheitserwerb auch erfasst*
- Überschneidung der TBe des Kontroll- und Beteiligungserwerbs
- Einheitliches Verständnis des Wortlauts bzgl. des „Erreichens“ der Schwellen in lit.a und lit. b
- Da 1. Stufe von 25%- 49% reicht, muss Anteils erwerb auch bei Überschreiten der 50%-Schwelle vorliegen

**Beispiel:**

a) Erhöhung von 34% auf 44% ≠ erneuter Zusammenschluss (<50%)

b) Erhöhung von 49,9% um 0,1% = erneuter Zusammenschluss (≥50%)

Dr. Romina Polley 25

### 2.3 Rechtliche Grundlagen im GWB – Vergleich der Tatbestände

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB	§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erwerb von Anteilen, die dann <math>\geq 25\%</math> des Kapital oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens betragen</li> <li>▪ Ratio: Deutsches Gesellschaftsrecht sieht eine Sperrminorität bzw. für bestimmte Entscheidungen eine 75%-Mehrheit vor</li> <li>▪ Klare Grenze – Keine Rechtsunsicherheiten</li> <li>▪ Wettbewerblicher Einfluss wird im Rahmen der materiellen Wettbewerbsanalyse geprüft</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Wettbewerblich erheblicher Einfluss</b></li> <li>▪ Ratio: Auffang- und Umgehungstatbestand</li> <li>▪ Schwierige Beurteilung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände – hinreichend klar bestimmt?</li> <li>▪ Prüfung der Wettbewerbssituation bereits im Rahmen der formellen Prüfung, ob ein Zusammenschluss vorliegt</li> </ul>

Dr. Romina Polley 26

## 2.4 Wettbewerlich erheblicher Einfluss § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

§ 37 Abs. 1 Nr. 4: jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerlich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

- Auffangtatbestand / Subsidiär gegenüber § 37 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB
- *Normzweck*: Unterwerfung von „sonstigen wettbewerlich bedenklichen Zusammenschlüssen“ unter Fusionskontrolle – in Abweichung zum Gemeinschaftsrecht
- Erfassung von Minderheitsbeteiligungen, um Umgehungen zu vermeiden
- Wettbewerlich erheblicher Einfluss nur durch *Einzelfallprüfung* festzustellen

## 2.4 Wettbewerlich erheblicher Einfluss

1. **Anteilswerb** (stimmberechtigtes Kapital oder Stimmrechte)
  - Gesellschaftsrechtlich vermittelte Einflussmöglichkeit
  - Kein „*safe harbor*“, d.h. theoretisch kann ein Anteilswerb von 0,1% ausreichen
2. **Plus-Faktoren**
  - Rechtliche oder tatsächliche Umstände, die dem Erwerber Einflussmöglichkeiten gewähren, die über die Rechte einer „normalen“ Minderheitsbeteiligung hinausgehen
3. **Wettbewerlich erhebliche Beziehung**
  - Parteien sind aktuelle oder potentielle Wettbewerber
  - Parteien sind auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig

## 2.4 Beteiligungserwerb

### a) Ausgangspunkt: Gesellschaftsrechtliche Basis mit Plusfaktoren

- Basis: „gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit der Einflussnahme“, die auf Dauer angelegt ist
- Wirtschaftliche und faktische Abhängigkeiten reichen nicht
- Bloße *Möglichkeit* der Einflussnahme genügt
- Gesellschaftsrechtliche Verbindung **nur Basis, nicht ausschließliche Begründung** von Einfluss
- Zusätzliche Einflussmöglichkeiten durch besonderer Informations-, Mitsprache-, und Kontrollmöglichkeiten, die einem 25%igen Anteilserwerb gleichwertig sind („Plus-Faktoren“)



Dr. Romina Polley

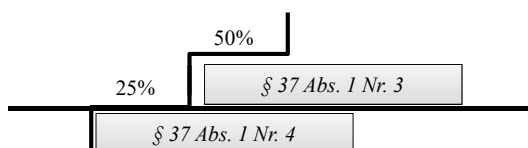
29

### b) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Unternehmensverbindung

- Zwei Unterfälle
- 1) Noch kein Bestehen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, Erwerb ist aber geplant (Anteilserwerb)
  - Praktisch wichtigster Fall: Anteilserwerb unterhalb von 25%, da eindeutiges Vorliegen einer beabsichtigten gesellschaftsrechtlich vermittelten Unternehmensverbindung
- 2) Bereits vorhandene gesellschaftsrechtliche Beteiligung, aber Wille zur Aufstockung oder Erwerb von Zusatzrechten

#### Konkrete Anteilshöhe nicht relevant

- Nach Wortlaut keine Mindestanforderungen zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligungshöhe
- Wegen Subsidiarität zu § 37 Abs.1 Nr. 3 muss Beteiligungsschwelle *UNTERHALB* von 25% liegen!



Dr. Romina Polley

30

## 2.4 Einflussprüfung auf Grundlage von Plus-Faktoren

Ausgangspunkt: gemischter Wahrscheinlichkeits- und Möglichkeitsmaßstab der Rspr. & des BKartA

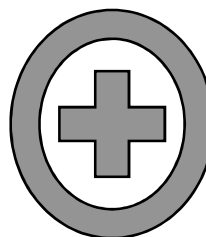
- Einerseits muss nach Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse **zu erwarten sein (Wahrscheinlichkeit)**, dass der Mehrheitsgesellschafter (bzw. die anderen Gesellschafter) auf die Vorstellung des Erwerbers der Minderheitsbeteiligung **Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum lässt**, auch wenn das nur soweit geschieht, wie es den eigenen Interessen des Mehrheitsgesellschafters nicht zuwiderläuft.
- Andererseits ist es aber nicht notwendig, dass der Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, sondern die bloße **Einflussnahmemöglichkeit** genügt (BGH, Beschl. v. 21.12.2004, KVR 26/03 - Deutsche Post/trans-o-flex, WuW/E DE-R 1409, BGH, Beschl. v. 21.11.2000, KVR 16/99 – ASV/Stilke, WuW/E DE-R 607,609-610).

### Abgrenzung

- Abgrenzung der Plus-Faktoren zu bloßen Rechten zum finanziellen Schutz von Minderheitsgesellschaftern
- Einzelfallbezogene Ermittlung einer Möglichkeit zur Einflussnahme
- Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des individuellen Erwerbsvorgangs
  - Möglichkeit der Einflussnahme nur bei dauerhafter Position, die der Stellung einer aktienrechtlichen Sperrminorität von 25% entspricht

## 2.4 Plus-Faktoren

- Dauerhafte Stellung vergleichbar mit der eines Gesellschafters (einer deutschen Gesellschaft), der 25-49,9 % der Anteile hält?
  - Gesellschaftsrechtliche und vertragliche Aspekte, insbesondere
    - Zusammensetzung des Aufsichtsrats und Vorstandes
    - Informations- und Mitbestimmungsrechte
    - (faktische) Sperrminorität
  - Tatsächliche Umstände, insbesondere
    - Besondere Branchenkenntnisse
    - Geschäftsbeziehungen
    - Gleichgerichtete Interessen der Minderheits- und Mehrheitsgesellschafters
- Reine Möglichkeit, dass Mehrheitsgesellschafter auf Interessen des Minderheitsgesellschafters Rücksicht nimmt, ist ausreichend (BGH *ASV/Stilke*)





### Sperrminoritäten als stärkster Plus-Faktor

- Faktische Sperrminorität = Stimmrechte des Erwerbers zwar absolut unter 25%, faktisch aber – da bei relevanten Beschlussfassungen nie 100% der Stimmrechte vertreten sind – 25% oder mehr
- Faktische Sperrminorität muss *hinreichend beständig* sein

### Gremienbesetzung

1) **Vorstand/Geschäftsführung:** Recht zur Benennung von Mitgliedern der Unternehmensleitung durch Minderheitsgesellschafter genügt für Einflussnahmemöglichkeit

2) **Aufsichtsrat:** Zahl der Aufsichtsratsmandate irrelevant

- Entscheidend ist gesicherte Einflussnahmemöglichkeit auf Zusammensetzung des Aufsichtsrates
- Für die wettbewerbliche Erheblichkeit der Aufsichtsgremiumspräsenz sollte ferner relevant sein, über welche Zuständigkeiten das Aufsichtsgremium verfügt (wesentliche geschäftspolitische Entscheidungen)

### Vorkaufsrecht und Call-Option

- Möglichkeit zur Verhinderung der Aufnahme „unerwünschter“ Gesellschafter durch Vorkaufsrechte
- Call-Option = einseitiger und eigenständiger Erwerb von Anteilen
  - Plus-Faktor (+), wenn mit Ausübung zum Zweck der Beeinflussung des Geschäftsverhaltens konkret zu rechnen ist

## 2.4 Wettbewerbliche Erheblichkeit

- Parteien sind aktuelle oder potentielle Wettbewerber

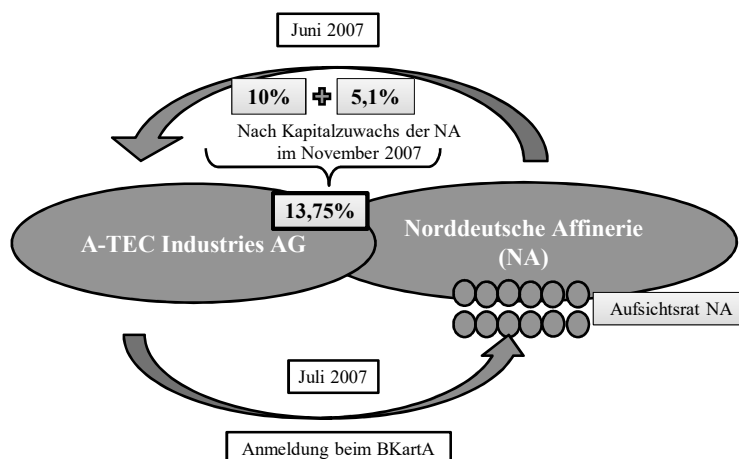
Beispiel: Waschmaschinenhersteller erwirbt Beteiligung an anderem Waschmaschinenhersteller

- Parteien sind auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig

Beispiel: Kupferrohrhersteller kauft Beteiligung an Kupferminenbetreiber

Beispiel: Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen kauft Beteiligung an Süßwarenhersteller

## 2.4 Beschluss A-TEC/Norddeutsche Affinerie BKartA



Dr. Romina Polley

35

### 1. Untersagungsentscheidung des BKartA A-TEC/NA

- Untersagung des Anteilserwerbs sowie der beabsichtigten Besetzung im Aufsichtsrat der NA durch das BKartA
  - Geringe Hauptversammlungspräsenz der NA in 2005-2007 bei 35-37%
  - Geringe Abstimmungspräsenz → *de facto* aktienrechtliche Sperrminorität der 13,75%igen Minderheitsbeteiligung von A-TEC
  - Vergleichbar mit 25%igen Anteilserwerb

### 2. Im Ergebnis: Bestätigung durch OLG Düsseldorf

- Voraussetzung der Untersagung gem. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB: gesellschaftsrechtlich vermittelte und dauerhafte Einflußnahmemöglichkeit
  - Möglichkeit der Nutzbarmachung sowie Einsetzbarkeit für die vom Erwerber verfolgten wettbewerblichen Zwecke
  - Rücksichtnahme auf Vorstellungen des Erwerbers durch Mehrheitsgesellschafter
  - Irrelevant ob Rücksichtnahme und Gewährung von Freiraum nur solange, wie nicht in Widerspruch zu Interessen des Mehrheitsgesellschafters

6

## **A-TEC/NA OLG Düsseldorf: Anteilserwerb von 13,75% - § 37 Abs. 1 Nr. 4 (+)**

### **1. Begründung einer aktienrechtlichen Sperrminorität?**

- Zunächst: unerheblich, worauf faktische Sperrminorität beruht
- Hier: evtl. geringe Hauptversammlungspräsenz?
  - Keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine in Zukunft bestehen bleibende geringe Aktionärsbeteiligung in den Hauptversammlungen
  - Insbesondere Erhöhung der Hauptversammlungspräsenz im laufenden Jahr
    - 13,75%-iger Anteilserwerb ≠ auf Dauer angelegte aktienrechtliche Sperrminorität

### **2. Anderweitiger wettbewerblich erheblicher Einfluss?**

- **Gesellschafterstellung A-TECs als größter Einzelaktionär + überlegene Markt- und Branchenkenntnis + Einflussnahmemöglichkeit in Hauptversammlung und Aufsichtsrat**
  - wettbewerblich erheblicher Einfluss auf Zielunternehmen (+)
    - **(Angestrebte) Erlangung von drei der zwölf Aufsichtsratsmandate**
    - § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (+)
- Durchsetzung von A-TECs Interessen durch Sitze im Aufsichtsrat
- Einflussnahmemöglichkeit (+)

## **III. Umsatzschwellen nach § 35 GWB und beteiligte Unternehmen**

### **§ 35 Abs. 1 GWB:**

1. Weltweite Umsatzerlöse von insgesamt mehr als 500 Mio. €
2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen mit Umsatzerlösen von mehr als 25 Mio € in Deutschland, und
3. ein anderes beteiligtes Unternehmen mit Umsatzerlösen von mehr als 5 Mio. € in Deutschland

### **Ausnahme gem. § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB („Anschlussklausel“)**

Ein nicht konzernverbundenes Unternehmen, das weltweit weniger als 10 Mio. € Umsatz erzielt hat, schließt sich mit einem anderen Unternehmen zusammen.

### **Ausnahme gem. § 37 Abs. 2 GWB**

Keine wesentliche Verstärkung einer bestehenden Unternehmensverbindung

§ 35 regelt den **Geltungs- und nicht den Anwendungsbereich** des GWB (vgl. amtliche Überschrift)  
 → nicht jedes Vorhaben, welches die Schwellenwerte des § 35 erreicht, unterfällt zwingend der FK nach dem GWB; zusätzl. bedarf es hinreichender Inlandswirkung (§ 130 Abs. 2 GWB)

### III. Umsatzschwellen nach § 35 GWB

#### BISHERIGE UMSATZSCHWELLE

##### § 35 Abs. 1 GWB:

1. Weltweite Umsatzerlöse von insgesamt mehr als 500 Mio. €,
2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen mit Umsatzerlösen von mehr als 25 Mio. € in Deutschland, und
3. ein anderes beteiligtes Unternehmen mit Umsatzerlösen von mehr als 5 Mio. € in Deutschland

#### NEUE ZUSÄTZLICHE UMSATZSCHWELLE

##### § 35 Abs. 1a GWB (seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle):

1. Weltweite Umsatzerlöse von insgesamt mehr als 500 Mio. €,
2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. €, aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. € erzielt hat,
3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. € beträgt und
4. das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

Dr. Romina Polley

39

### III. Neue Transaktionsschwelle nach § 35 Abs. 1a GWB n.F.

Transaktionen, bei denen die Zielgesellschaft kaum Umsatz erwirtschaftet, aber dennoch ein hohes Marktpotential hat, sollen zukünftig einer Fusionskontrolle unterworfen werden (vgl. zur Anwendung der Transaktionsschwelle den Leitfaden des Bundeskartellamts und der österreichischen Wettbewerbsbehörde vom 9. Mai 2018)

#### Wert der Gegenleistung übersteigt 400 Mio. €

- Ähnlich dem U.S.-amerikanischen *size of transaction test*
- Es sollen nur wirtschaftlich bedeutende Transaktionen erfasst sein (Facebook/WhatsApp: 19 Mrd. \$)
- § 38 Abs. 4a GWB n.F.: Gegenleistung umfasst alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber erhält (Kaufpreis), sowie den Wert etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten

#### Zielgesellschaft ist im erheblichen Umfang im Inland tätig

- Fusion soll hinreichenden lokalen Bezug aufweisen (*local nexus*)
- „Erheblichkeit“ ist von Fall zu Fall auch anhand der Branche zu bestimmen.
  - Sie liegt z.B. vor, wenn ein Unternehmen eine kostenfreie Smartphone-App mit mehr als 1 Mio. *monthly active users* in Deutschland betreibt. Paradebeispiel: WhatsApp.
  - Sie liegt aber nicht vor, wenn die Zielgesellschaft z.B. Motoren verkauft und weniger als 5 Mio. € in Deutschland umsetzt, da sie in einer Branche tätig ist, die von entgeltlichen Austauschbeziehungen geprägt ist.

Dr. Romina Polley

40

### III. Die beteiligten Unternehmen iSd § 35 GWB

**Unternehmen:** GWB folgt (wie FKVO) funktionalem Unternehmensbegriff

**Materiell-rechtlicher Beteiligtenbegriff – abzugrenzen von**

- Verfahrensrechtlichem Begriff nach § 54 GWB
- Anmeldepflichtige Unternehmen nach § 39 Abs. 2 GWB

**Beteiligtenbegriff ist zusammenschlussstatbestandspezifisch zu bestimmen (vgl. § 35, 37, 38 Abs. 5 GWB)**

**§ 36 Abs. 2 GWB: Verbundklausel**

Definition, welche Umsätze bei verbundenen Unternehmen einzubeziehen sind

Beteiligte Unternehmen iSd § 35 GWB sind...

#### Vermögenserwerb

##### Erwerber + das zu erwerbende Zielunternehmen

- Beachte: ist nur ein Teil des Unternehmensvermögens Gegenstand des Zusammenschlusses beschränkt sich die Beteiligung nach **38 Abs. 5 GWB** nur auf diesen Teil
- An einer **Verschmelzung** im Sinne des **37 Abs. 1 Nr. 1 GWB** sind die fusionierenden Unternehmen beteiligt.

#### Anteilerwerb

- veräußertes Unternehmen
- Erwerber
- Weitere beteiligte Unternehmen können sich aus der Fiktion des Horizontalzusammenschlusses nach **37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB** ergeben.

#### Kontrollerwerb

- das künftig kontrollierte Zielunternehmen.
- Erwerber
- die Unternehmen, die nach dem Zusammenschluss die Kontrolle über das Zielunternehmen ausüben werden,

#### Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses

- Erwerber des Einflusses
- Beeinflusstes Unternehmen

### III. Kreis der beteiligten Unternehmen: die Verbund- und Mehrmütterklausel nach § 36 Abs. 2 GWB

#### (1) Grundlagen

- Ratio: Erweiterung (der beteiligten Unternehmen) durch § 36 Abs. 2 GWB auf nur mittelbar beteiligte Unternehmen
- Ausdruck des dem gesamten GWB zugrundeliegende **Konzept der wirtschaftlichen Betrachtung**
  - es sollen die wirklichen wirtschaftlichen Möglichkeiten der Marktteilnehmer erfasst werden;
  - Betrachtungsweise kann nicht an (rein formaler) gesellschaftlicher Trennung halt machen
- Anwendbarkeit des § 36 Abs. 2 GWB nicht auf den Bereich der Fusionskontrolle beschränkt
- Geltung für das gesamte GWB
  - zwar: systematische Stellung
  - die von der Vorschrift geforderte wirtschaftliche Betrachtungsweise hat aber Geltung für das gesamte GWB

#### (2.1) Verbundformen (§ 36 Abs. 2 S. 1): Abhängigkeit und Beherrschung nach § 36 Abs. 2 S. 1 iVm § 17 AktG

- Bezugnahme auf § 17 AktG lediglich Funktion eines Ausgangspunktes: kartellrechtliche Verbundbegriff kann im Einzelfall weiter sein, als der aktienrechtliche Abhängigkeitsbegriff und schon bei einem geringeren Beeinflussungsgrad einen Verbundtatbestand auslösen, weil es auf die wettbewerblich relevanten Entscheidungen in abhängigen Unternehmen ankommt.

### III. Kreis der beteiligten Unternehmen: die Verbund- und Mehrmütterklausel nach § 36 Abs. 2 GWB

- Verbund iSd § 36 Abs. 2 S. 1 liegt jedenfalls dann vor, wenn auch nach § 17 AktG ein (aktienrechtlich) Abhängigkeitsverhältnis besteht
  - Möglichkeit der Einflussnahme reicht aus
- Steht ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens, so wird seine Abhängigkeit vermutet (§ 17 Abs. 2 AktG).

#### (2.2) Konzern nach § 36 Abs. 2 S. 1 iVm § 18 AktG

- in § 18 Abs. 1 AktG wird eine **Abhängigkeit im Sinne von § 17 AktG** vorausgesetzt
  - spielt in der Praxis keine (große) Rolle

#### (2.3) Mehrmütterklausel (§ 36 Abs. 2 S. 2 GWB)

Genau genommen **Ergänzung des § 36 Abs. 1 S. 1 iVm § 17 AktG**

- für die Zwecke der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB macht es keinen Unterschied, ob die Geschäftspolitik eines anderen Unternehmens von einem anderen Unternehmen allein beeinflusst werden kann, oder ob dies durch mehrere Muttergesellschaften geschieht
- Marktanteile beider Mütter werden GU zugerechnet
- Jeder Mutter werden Marktanteile des GU voll zugerechnet (Unterschied zum EU-Recht)

#### IV. Die Umsatzberechnung nach § 38 GWB

##### Sachlicher Anwendungsbereich

- Verweis auf § 277 Abs. 1 HGB
- Berücksichtigung aller Tätigkeitsgebiete des Unternehmens
- Umsatzerlöse= betriebstypische Erlöse aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit
- Außerordentliche Erträge iSv §277 Abs.4 HGB ≠ Umsatzerlöse
- Herausrechnen von Innenumsatzerlösen, § 38 Abs. 1 S.2
  - Zwischen verbundenen Unternehmen, § 36 Abs. 2
- Abzug von Erlösschmälerungen, § 277 Abs. 1 HGB

##### Räumlicher Anwendungsbereich

- Geografische Umsatzrechnung nach europäischen Regelungen
- Abzustellen auf Sitz des Käufers

##### Zeitlicher Anwendungsbereich

- Grundsatz: abgeschlossenes Geschäftsjahr, § 35 Abs.1, Abs.2 S.1 Nr. 1 GWB
- Zeitliche Umsatzzuordnung: Ertragsrealisation, § 252 Abs. 1 Nr. 4 S.2 HGB
- Maßgebliche Handlung bzw. Ereignis = Zeitpunkt der Anmeldung
- Bei bereits vollzogenen Zusammenschluss bei Anmeldung = Abstellen auf Vollzug
- (P) Zwischenzeitliche Veränderungen
  - Keine Berücksichtigung bei Umsatzbeeinflussung vorübergehender Art
  - Aber Berücksichtigung von Übernahmen und Veräußerungen

Dr. Romina Polley

45

#### V. Besondere Erwerbskonstellationen

##### a) Erwerbsoptionen

- Grundsatz: **Ausübung** der Option relevant, nicht bloße Einräumung
- Ausnahme: jederzeit ausübbar Option bei Übergang des wirtschaftlichen Risikos
  - Voraussetzung: Übergang des wirtschaftlichen Risikos aus Beteiligung auf Optionsberechtigten
  - Call-Option kann auch Plus-Faktor für wettbewerblich erheblichen Einfluss darstellen

##### b) Zurechnungsfragen

###### aa) Verbundklausel (§ 36 Abs. 2 GWB)

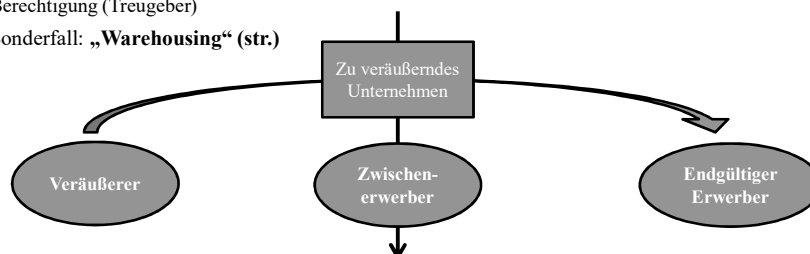
- Anteilszurechnung bei verbundenen Unternehmen
- Bsp: Übertragung von 25%iger Minderheitsbeteiligung an Unternehmen X von Gemeinschaftsunternehmen G auf mitbeherrschende Mutter M
- gem. § 36 Abs. 2 S. 2 GWB ist Beteiligung an X bereits vor Anteilsübertragung der M zuzurechnen
  - Fusionskontrollrechtliche Zurechnung aufgrund Verfügungsmacht der M über
    - Anteilsrechte an X, anderen Müttern wird X auch zugerechnet, sofern gemeinsam beherrschender Einfluss, nicht bei 33/33/33 (wechselnde Mehrheiten)
  - Dem abhängigen Unternehmen sind die Umsätze aller Mütter zuzurechnen

Dr. Romina Polley

46

**bb) Für Rechnung eines anderen Unternehmens (§37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB)**

- Treuhandkonstellationen: Auseinanderfallen des formalen Eigentums (Treuhand) und der wirtschaftlichen Berechtigung (Treugeber)
- Sonderfall: „Warehousing“ (str.)



„Zwischenparken“, bis endgültiger Erwerber die kartellrechtlichen Verfahren durchlaufen hat  
**Ziel:** schnelle Loslösung des Unternehmens vom Veräußerer  
**Voraussetzung:** kurzfristige Vollzugsmöglichkeit der Übernahme durch Zwischen-erwerber

- Allg. Meinung: TB-Merkmal „für Rechnung“ bedeutet Tragung wirtschaftlicher Chancen und Risiken der Beteiligung im Innenverhältnis durch hinter dem unmittelbaren Erwerber stehendes Unternehmen
  - praktisch der (absolute) Regelfall

**Auslandszusammenschlüsse und Inlandsauswirkungen (§ 130 Abs. 2 GWB)**

