

Kartellrecht

Emmerich / Lange

16. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81981-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

II. Verweisungen¹⁴

Nach Art. 9 FKVO, der sog. **deutschen Klausel**, ist unter engen Voraussetzungen die **Rückverweisung** eines Zusammenschlusses an die nationalen Behörden möglich, sofern ein Mitgliedstaat der Kommission mitgeteilt hat, dass auf einem nationalen Markt durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Voraussetzung ist, dass es sich um einen gesonderten sachlich und räumlich relevanten Markt handelt. 8

Neben den Mitgliedstaaten kann der Verweisantrag auch von den an dem Zusammenschluss **beteiligten Unternehmen** bei der Kommission gestellt werden (Art. 4 Abs. 4 FKVO). Gibt die Kommission dem Antrag statt und verweist sie den Zusammenschluss mit Zustimmung des betreffenden Mitgliedstaats an diesen, so wird der Zusammenschluss nur noch nach dem Wettbewerbsrecht dieses Mitgliedstaates geprüft, obwohl er an sich unter die FKVO fällt (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 5 FKVO).¹⁵ In Deutschland finden dann folglich allein die §§ 35 ff. GWB Anwendung. 9

Nach der sog. niederländischen Klausel des Art. 22 FKVO besteht ferner eine **umgekehrte Verweisungsmöglichkeit** von den Mitgliedstaaten an die Kommission bei Zusammenschlüssen, die an sich mangels unionsweiter Bedeutung (Art. 1 FKVO) nicht unter die FKVO fallen. Voraussetzung der Verweisung an die Kommission ist, dass der fragliche Zusammenschluss den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des antragstellenden Mitgliedstaats erheblich zu beeinträchtigen droht. 10

Art. 22 FKVO wird von der Kommission¹⁶ mit Billigung des EuG¹⁷ ganz weit ausgelegt, sodass die Kommission heute praktisch jede Verweisung eines Zusammenschlusses von Seiten eines Mitgliedstaats bei Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 FKVO akzeptiert, und zwar ohne Rücksicht auf die Überschreitung irgendwelcher nationaler oder europäischer Umsatzschwellen, – wodurch sich die Kommission die erwünschte Möglichkeit erschlossen hat, auch Zusammenschlüsse, die an sich weder einer Fusionskontrolle nach Unionsrecht noch nach dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegen, doch auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten anhand der FKVO kontrollieren zu können (zur Kontrolle aufgrund der Wettbewerbsregeln → Rn. 11 f.). Als Beispiele für Zusammenschlüsse, die andernfalls nicht kontrolliert werden könnten, werden meistens sog. Killer Acquisitions genannt, dh der Aufkauf von noch kleinen, aber erfolversprechenden neuen Unternehmen durch Großunternehmen entweder zu dem Zweck, sich von vornherein einer drohenden lästigen Konkurrenz zu entledigen, so offenbar häufig auf dem Pharmamarkt, oder zu dem Zweck, sich das Entwicklungspotenzial des übernommenen kleinen Konkurrenten schon jetzt vorweg zu sichern, so meistens in der Digitalwirtschaft.¹⁸ 10a

¹⁴ S. dazu Kommission, Mitteilung über Verweisungen in Fusionssachen, ABl. 2005 C 56, 2; zum Stand der Praxis s. zB Langeheine/v. Koppenfels ZWeR 2013, 299 (304ff.).

¹⁵ S. EuG BeckRS 2003, 70494 Rn. 217 – Cableuropa; Slg. 2005, II-1803 Rn. 38ff. – Retecal; Kommission WuW/E EU-V 1119 Rn. 21 – Strabag/Dywidag.

¹⁶ Leitfaden vom 11.3.2021 ABI C 113/1.

¹⁷ EuG NZKart 2022, 450 Rn. 89ff. = WuW 2022, 502 – Illumina.

¹⁸ S. dazu (durchweg kritisch) Dästner NZKart 2023, 146; Ende NZKart 2023, 589; Neideck NZKart 2021, 223; Richter NZKart 2023, 549; v. Schreitter/Urban NZKart 2020, 637; WuW 2021, 675.

D. Ergänzende Fusionskontrolle nach den Wettbewerbsregeln

- 11 Auf Unternehmenszusammenschlüsse können – ungeachtet der FKVO – zusätzlich auch die (ohnehin vorrangigen) Wettbewerbsregeln des Vertrags (Art. 101, 102 AEUV) angewandt werden, wie der EuGH schon früh entschieden hatte.¹⁹ Von der damit eröffneten Möglichkeit einer Fusionskontrolle auf der Grundlage der Wettbewerbsregeln war indessen von der **Kommission** nur ganz gelegentlich Gebrauch gemacht worden, vor allem wohl wegen des Widerstands der Mitgliedstaaten. Bei Erlass der FKVO war es deshalb von Anfang an ein besonderes Anliegen der Mitgliedstaaten gewesen, eine zusätzliche Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen auf der Grundlage der Wettbewerbsregeln des Vertrags nach Möglichkeit zu verhindern. Deshalb wurde in Art. 21 Abs. 1 FKVO bestimmt, dass die Kartellverfahrens-VO auf Unternehmenszusammenschlüsse iSd Art. 3 FKVO keine Anwendung findet, um damit der Kommission, soweit rechtlich überhaupt möglich, die Befugnis zur Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages zu entziehen.²⁰ Unberührt bleibt aber auf jeden Fall die Möglichkeit von Verfahren der Kommission auf der Grundlage des Art. 105 AEUV.
- 12 Davon zu trennen ist die Frage einer Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Unternehmenszusammenschlüsse durch nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte, und zwar insbes. auch bei Zusammenschlüssen, die unterhalb der jeweiligen nationalen Umsatzschwellen liegen, oder in Verfahren, mit denen sich Dritte gegen Unternehmenszusammenschlüsse mit der Begründung wehren, dass der Zusammenschluss gegen die Wettbewerbsregeln verstoße und sie durch den Zusammenschluss in ihren Rechten verletzt würden. Auch diese Möglichkeit zur Abwehr von Unternehmenszusammenschlüssen bestand an sich angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf Unternehmenszusammenschlüsse bereits von Anfang an (→ Rn. 11), ist aber erst im Jahre 2023 aufgrund eines inzwischen berühmt gewordenen Urteils des EuGH in das Blickfeld der juristischen Öffentlichkeit getreten, weil nach diesem Urteil jeder Zusammenschluss noch nachträglich auf nationaler Ebene ohne Rücksicht auf die Umsatzschwellen des Unionsrechts (FKVO) oder der Mitgliedstaaten auf seine Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln überprüft werden kann, – wodurch im Ergebnis der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle nach Unionsrecht erheblich ausgeweitet wurde.²¹
- 13 Eine Anwendung des **Art. 102 AEUV** auf Unternehmenszusammenschlüsse neben der FKVO kommt in erster Linie bei Beteiligung eines bereits marktbeherrschenden Unternehmens an einem anderen Unternehmen in Betracht, wenn der Zweck oder die Folge des Zusammenschlusses ist, dass die beherrschende Stellung des Erwerbers weiter verstärkt und der Restwettbewerb auf dem Markt unmittelbar bedroht wird, sodass auf dem Markt nur noch Unternehmen verbleiben, die von dem marktbeherrschenden

¹⁹ EuGH Slg. 1973, 215 = NJW 1973, 966 *Continental -Can*; EuGH Slg. 1987, 4487 = NJW 1988, 3083 – *BAT/Philip Morris*; ebenso EuG Slg. 2005, II-3753 (3772) = WuW/E EU-R 943 Rn. 47 – *Energias de Portugal (EDP)*; Kommission ABl. 1993 L 116, 21 (27f.) – *Gillette*; Bekanntmachung über Konzentrations- und Kooperationstatbestände v. 14.8.1990, ABl. 1990 C 203, 6 Rn. 1, 38; Emmerich FS Steindorff 1990, S. 951.

²⁰ Vgl. den Erwgr. 7 FKVO.

²¹ EuGH NZKart 2023, 216 Rn. 39ff. = WuW 2023, 206 = AG 2023, 617 – *Towercast*; dazu zB kritisch Ende NZKart 2023, 589 (590f.).

den Unternehmen in ihrem Verhalten abhängig sind.²² Dagegen ist an eine konkurrierende Anwendung des **Art. 101 AEUV** neben der FKVO vor allem bei den zahlreichen Übergangsformen zwischen Kartellen und Konzernen zu denken, wodurch insbes. die Entstehung bedrohlicher Schutzlücken verhindert werden könnte.

§ 15. Zusammenschluss

A. Überblick

Der Anwendungsbereich der FKVO beschränkt sich auf für den Wettbewerb gefährliche Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 Abs. 1 FKVO). Was die FKVO unter einem Zusammenschluss versteht, ergibt sich im Einzelnen aus Art. 3 FKVO (→ Rn. 3 ff.), während Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO festlegt, wann ein Zusammenschluss als gemeinschaftsweit anzusehen ist (→ Rn. 9 ff.). Erforderlich ist außerdem, dass die an einem Zusammenschluss Beteiligten durchweg Unternehmensqualität im Sinne der Wettbewerbsregeln besitzen (→ Rn. 4 und → § 3 Rn. 27 ff.). Da der Unternehmensbegriff im europäischen Wettbewerbsrecht grds. ganz weit ausgelegt wird (→ § 3 Rn. 27 ff.), fallen unter die FKVO insbes. auch Zusammenschlüsse mit öffentlichen Unternehmen (→ § 3 Rn. 38 ff.). Erfasst wird außerdem der Erwerb von Unternehmen durch die Mitgliedstaaten selbst (vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. b FKVO → Rn. 4).¹ Der Umstand, dass ein Markt stark reguliert ist, steht gleichfalls der Anwendbarkeit der FKVO nicht entgegen.² Die Gesamtheit der genannten Merkmale eines unter die Verordnung fallenden Unternehmenszusammenschlusses wird meistens – im Gegensatz zu den Eingreifkriterien des Art. 2 FKVO (→ § 16 Rn. 1 ff.) – als **Aufgreifkriterien** bezeichnet.

Kenzeichen eines Unternehmenszusammenschlusses im Sinne der Verordnung ist nach Art. 3 Abs. 1 Hs. 1 FKVO, dass es zu einer **dauerhaften Veränderung der Kontrolle** über ein Unternehmen kommt, und zwar entweder durch die Fusion mehrerer bisher selbstständiger Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Hs. 2 Buchst. a FKVO, → Rn. 4) oder durch Kontrollerwerb auf sonstige Weise, in erster Linie durch Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten oder durch Vertragsschluss (Art. 3 Abs. 1 Hs. 2 Buchst. b FKVO, → Rn. 5 f.). Das Ergebnis dieser Vorgänge muss, wenn der Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet sein soll, eine dauerhafte Veränderung der Marktstruktur sein. Andere Vorgänge mit Einfluss auf die Struktur der Unternehmen in der Union können nur von Fall zu Fall über Art. 101 AEUV erfasst werden.³ Hier ist daran zu erinnern, dass die engen Voraussetzungen, von denen die FKVO die Anwendbarkeit der Regeln über die europäischen Fusionskontrolle abhängig macht, keine Bedeutung für die Anwendung der **Wettbewerbsregeln** des Vertrags auf Unternehmenszusammenschlüsse und vergleichbare Vorgänge haben. Die Art. 101 und 102 AEUV sind vielmehr – als vorrangiges Primärrecht –, sofern ihre Voraussetzungen erfüllt sind, immer anwendbar, auch auf Unternehmenszusammenschlüsse jeder Art,

²² So EuGH NZKart 2023, 216 Rn. 52 = WuW 2023, 206 = AG 2023, 617 – Towercast.

¹ Kommission WuW/E EU-V 1413 Rn. 4 ff.; Mitteilung von 2009, ABl. 2009 C 43, 10 Rn. 12, 53 f., 153.

² So für den Glücksspielmarkt öOGH WuW 2017, 350.

³ EuGH NZKart 2017, 535 Rn. 22 = WuW 2017, 505 (507) – Austria Asphalt; Erwgr. 20 S. 1 FKVO; Kommission, Mitteilung von 2009, Rn. 7.

und zwar nicht nur durch die Kommission, sondern auch durch die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden (→ § 14 Rn. 11 ff.).

B. Fusion

- 3 Unter einer Fusion ist in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a FKVO der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu einer **neuen** rechtlichen oder wirtschaftlichen **Einheit** zu verstehen. Auf die Ausgestaltung der Fusion im Einzelnen kommt es nicht an; entscheidend ist allein, ob im Ergebnis *ein* neues Unternehmen entsteht. Die wichtigsten Beispiele sind die Verschmelzung zweier Unternehmen durch die Übernahme des Geschäfts und der Vermögenswerte eines Unternehmens durch ein anderes sowie die Neugründung eines Unternehmens nach Auflösung der beiden ursprünglichen Unternehmen.⁴ In Ausnahmefällen kann auch die Gründung eines Gleichordnungskonzerns genügen, selbst in Gestalt wechselseitiger Minderheitsbeteiligungen, wenn die Beteiligungen mit Abreden über die gemeinsame Leitung der Unternehmen verbunden sind.⁵

C. Kontrollerwerb

- 4 Ein Kontrollerwerb ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b FKVO anzunehmen, wenn 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 Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben. Bei dem Erwerber der Kontrolle muss es sich grundsätzlich um ein anderes Unternehmen handeln (→ Rn. 1). Gleich stehen, wie Art. 3 Abs. 1 Buchst. b FKVO hinzufügt, um die Entstehung von Schutzlücken zu verhindern, alle sonstigen Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren. Darunter fallen insbes. auch die Mitgliedstaaten und ihre Gliederungen.
- 5 Art. 3 Abs. 2 Hs. 2 FKVO fügt hinzu, dass die Kontrolle durch Rechte, Verträge oder andere **Mittel** begründet wird, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen **bestimmenden Einfluss** auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben, so dass dieses letztlich von dem Kontrollerwerber abhängig wird (vgl. § 17 Abs. 1 AktG), weil der Erwerber fortan die strategischen Entscheidungen des Beteiligungsunternehmens zu bestimmen vermag.⁶ Keine Rolle spielt, ob dieses Ergebnis durch eine einzige oder durch **mehrere** aufeinander folgende **Transaktionen** erreicht wird, sofern nur die einzelnen Transaktionen „aus ökonomischer Sicht“ eine Einheit bilden, weil sie eng miteinander verknüpft sind (vgl. Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO).⁷ Dafür ist nur erforderlich, dass die einzelnen Transaktionen derart in einem Bedingungs Zusammenhang stehen, dass keine ohne die anderen vorgenommen worden wäre.⁸ Der Zusam-

⁴ Kommission ABl. 1999 L 50, 27 Rn. 5 – Price Waterhouse/Coopers & Lybrand; ABl. 1998 L 316, 1 Rn. 12 ff. – Blokker/Toys'R US; ABl. 2001 L 178, 1 = WuW/E EU-V 509 Rn. 7 ff. – Veba/Viag.

⁵ Kommission WuW/E EU-V 1542 – Renault/Volvo; Mitteilung von 2009, Rn. 10.

⁶ EuG Slg. 2006, II-331 = WuW/E EU-R 1005 (1006 ff.) – Haniel/Cementbouw; Kommission ABl. 2003 L 136, 66 Rn. 66 ff. – Daniel/Fels; ABl. 2003 L 111, 1 Rn. 77 ff. – Haniel/Ytong; Emmerich AG 2003, 649 (653 f.).

⁷ Erwgr. 20 S. 3 FKVO; EuG Slg. 2006, II-331 = WuW/E EU-R 1005 (1010 f.); Kommission (vorige Fn.); Emmerich AG 2006, 861 (865 re. Sp.).

⁸ EuG Slg. 2006, II-331 = WuW/E EU-R 1005 (1010 f.); EuG NZKart 2023, 310 Rn. 79 f. = WuW 2023, 429 – EVH Halle (RWE/E.ON).

menschluss ist in derartigen Fällen, insbes. also bei einem Anteilserwerb in mehreren aufeinanderfolgenden Schritten vollzogen, sobald der Erwerber eine dauerhafte Kontrolle über das Beteiligungsunternehmen, das sogenannte Zielunternehmen erworben hat.⁹

Als Mittel des Kontrollererwerbs kommt nach Art. 3 Abs. 2 FKVO in erster Linie der Erwerb von so vielen **Anteilsrechten** in Betracht, dass sie eine Ausübung von Kontrollrechten ermöglichen; gleich steht der Abschluss von **Verträgen**, die einen entsprechenden Einfluss gewähren (Art. 3 Abs. 2 Hs. 2 Buchst. a, b FKVO). Wer als **Kontrollerwerber** zu gelten hat, beurteilt sich nach Art. 3 Abs. 3 FKVO. 6

Ein Kontrollerwerb ist natürlich vor allem anzunehmen, wenn ein Unternehmen bei einem anderen die **Mehrheit** der Stimmen erlangt, wofür bereits eine stabile Hauptversammlungsmehrheit ausreicht, zu der es insbes. auch bei einer Minderheitsbeteiligung kommen kann, sofern sich die restlichen Anteile in Streubesitz befinden.¹⁰ Jenseits derartiger Fallgestaltungen genügt dagegen eine bloße **Minderheitsbeteiligung** – anders als etwa im deutschen Recht (s. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b GWB und dazu → § 32 Rn. 14) – grds. für die Annahme eines Kontrollererwerbs nicht.¹¹ Anders beurteilt werden lediglich die so genannten **kontrollierenden** Minderheitsbeteiligungen, bei denen die Beteiligung nach den Umständen des Falles die Möglichkeit zur Kontrolle über das Beteiligungsunternehmen eröffnet (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b FKVO), zB weil die Minderheitsbeteiligung mit zusätzlichen Rechten verbunden ist, die so weit gehen, dass sie dem Erwerber eine Alleinkontrolle über das Beteiligungsunternehmen verschaffen.¹² Ein Kontrollerwerb ist schließlich noch möglich durch den Erwerb des **wesentlichen Vermögens** eines anderen Unternehmens (zu den Gemeinschaftsunternehmen → § 17 Rn. 1 ff.). 7

Durch Art. 3 Abs. 5 FKVO werden bestimmte Vorgänge aus unterschiedlichen Gründen aus dem Zusammenschlussbegriff ausgeklammert. Praktische Bedeutung hat von diesen Fällen lediglich der des Art. 3 Abs. 5 Buchst. a FKVO, welcher Kreditinstituten, sonstigen Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen den zu ihrem normalen Geschäft gehörenden **Handel mit Wertpapieren** ermöglichen soll. Der Ankauf von Wertpapieren, insbes. also von Aktien (der nach Art. 3 Abs. 1–3 FKVO durchaus einen Zusammenschluss darstellen kann), wird danach unter engen Voraussetzungen von der Anwendung der FKVO freigestellt, sofern der Erwerb der Anteile nur vorübergehend zum Zweck der Veräußerung binnen eines Jahres erfolgt und aus den erworbenen Anteilen grundsätzlich nicht das Stimmrecht ausgeübt wird. 8

⁹ EuGH NZKart 2023, 666 Rn. 137, 144, 167 ff. – Altice/PT Portugal; EuG NZKart 2023, 310 Rn. 79 f. = WuW 2023, 429 – EVH Halle (RWE/E.ON).

¹⁰ EuGH NZKart 2020, 192 Rn. 47 ff. – Movi/Kommission; EuG NZKart 2017, 649 Rn. 58 – Marine Harvest/Morpol; Kommission WuW/E EU-V 1321 – VW/Porsche.

¹¹ EuG Slg. 2012, II-3695 Rn. 63 ff. – Air Lingus; Kommission WuW 2013, 233; ABL. 1999 L 183, 1 Rn. 14 ff. – Skanska/Scancem; WuW 2013, 262 – Kinnevik; s. Emmerich AG 2014, 25 (29) mN.

¹² EuG NZKart 2023, 310 Rn. 69 = WuW 2023, 429 – EVH Halle (RWE/E.ON); Kommission WuW 2012, 1171 – Südzucker.

D. Gemeinschaftsweite Bedeutung¹³

I. Schwellenwerte

- 9 Ein Zusammenschluss von Unternehmen iSd Art. 3 (→ Rn. 1, 3ff.) fällt nur dann unter die FKVO, wenn er zugleich die Schwellenwerte des Art. 1 FKVO erreicht, wobei man seit 1997 zwei Fälle zu unterscheiden hat. **Regelfall** ist Art. 1 Abs. 2 FKVO mit seinen **hohen Schwellenwerten** (weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als fünf Milliarden Euro und unionsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. Euro); hinzukommen muss noch nach der so genannten Zweidrittelklausel, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils mehr als ein Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in verschiedenen Mitgliedstaaten erzielen.
- 10 Ein Zusammenschluss hat nach Art. 1 Abs. 3 FKVO ferner dann gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn durch ihn, obwohl er noch nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 FKVO erreicht (→ Rn. 9), doch mind. drei Mitgliedstaaten betroffen werden (sog Mehrfachanmeldung oder **Mehrfachnotifizierung**). Um in solchen Fällen den beteiligten Unternehmen eine Anmeldung in mehreren Mitgliedstaaten nebeneinander zu ersparen, greift hier unter engen Voraussetzungen eine ergänzende Zuständigkeit der Kommission ein. Die wichtigsten Voraussetzungen sind ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 2,5 Mrd. EUR, ein Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten von jeweils mehr als 100 Mio. EUR sowie noch zwei Untergrenzen von 25 und 100 Mio. EUR (s. iE Art. 1 Abs. 3 Hs. 1 Buchst. a–d FKVO). Außerdem findet die Zweidrittelklausel hier ebenfalls Anwendung (Art. 1 Abs. 3 Hs. 2 FKVO).

II. Berechnung

- 11 Die Umsatzberechnung richtet sich nach Art. 5 FKVO. Unter den **Umsätzen** versteht die FKVO danach, wie sich aus Art. 5 Abs. 1 FKVO ergibt, die Erlöse aus dem Verkauf von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen im normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich des Unternehmens abzüglich von Erlösschmälerungen, der Mehrwertsteuer und anderer auf den Umsatz bezogener Steuern, dh die sog. **Nettoerlöse**.¹⁴ Diese müssen für jedes „beteiligte Unternehmen“ berechnet werden. Gemeint sind damit die *materiell* an dem Zusammenschlussvorgang teilnehmenden Unternehmen im Gegensatz zu den lediglich an dem Verfahren vor der Kommission beteiligten, weiteren Unternehmen, also konkret (nur) diejenigen Unternehmen, zwischen denen sich der jeweilige Zusammenschluss iSd Art. 3 FKVO vollzieht, mit Ausnahme des Veräußerers im Falle der Anteils- oder Vermögensveräußerung.¹⁵
- 12 Konzerne gelten in der Fusionskontrolle aufgrund der **Verbundklausel** des Art. 5 Abs. 4 Buchst. b–e FKVO als Einheit, so dass ihre Umsätze zu addieren sind. Ein Konzern ist insbes. anzunehmen, wenn das eine Unternehmen an dem anderen eine Kapital- oder Stimmenmehrheit besitzt (vgl. die §§ 16, 18 AktG) *oder* wenn das eine Unternehmen das Recht hat, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats des anderen Unternehmens zu bestellen (Art. 5 Abs. 4 Buchst. b, c

¹³ Wegen der Einzelheiten s. Kommission, Mitteilung von 2009, ABl. 2009 C 43, 10 Rn. 124ff.

¹⁴ Kommission, Mitteilung von 2009, ABl. 2009 C 43, 10 Rn. 157ff.

¹⁵ Kommission, Mitteilung von 2009, ABl. 2009 C 43, 10 Rn. 129ff.

FKVO). Erfolgt der **Erwerb durch mehrere Unternehmen**, so sind *alle* erwerbenden Unternehmen als an dem Zusammenschluss *beteiligt* anzusehen. Probleme ergeben sich daraus bei Einschaltung eines **Gemeinschaftsunternehmens**. Grundsätzlich ist in diesem Fall nur das erwerbende Gemeinschaftsunternehmen neben dem erworbenen Unternehmen an dem Zusammenschluss beteiligt.¹⁶ Anders wird jedoch entschieden, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nur formal in den Zusammenschlussvorgang eingeschaltet wird, so dass dann *auch die Mütter* als an dem Zusammenschluss beteiligt gelten mit der weiteren Folge, dass Zusammenschlüsse von Großunternehmen über Gemeinschaftsunternehmen heute wohl durchweg unter die FKVO fallen.¹⁷

E. Auslandszusammenschlüsse

Unternehmenszusammenschlüsse in **Drittstaaten** unterliegen der europäischen Fusionskontrolle, wenn der Zusammenschluss die Voraussetzungen der Art. 1–3 FKVO erfüllt, dh sofern er sich in dem in Art. 2 Abs. 3 FKVO genannten Ausmaß nachteilig auf den Wettbewerb in der Europäischen Union auswirkt. Aus völkerrechtlichen Gründen genügen dafür indessen nicht bloße mittelbare Rückwirkungen auf die Marktverhältnisse in der Union; erforderlich ist vielmehr, dass der Zusammenschluss einen **unmittelbaren und wesentlichen Einfluss** auf die Union haben wird; gemessen wird dies in erster Linie an den Umsätzen der Beteiligten in der EU.¹⁸ Beispiele für die Kontrolle von Auslandszusammenschlüssen durch die Kommission sind die Fälle „Gencor/Lonrho“¹⁹ und „Boeing/MDC“²⁰ sowie der spektakuläre Fall „General Electric/Honeywell“.²¹

§ 16. Eingreifkriterien

Literatur: Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse vom 5. Februar 2004, ABl. Nr. C 31/5; dies., Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse v. 18. Oktober 2008, ABl. Nr. C 265/6.

A. Überblick

Die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschluss von unionsweiter Bedeutung iSd Art. 1, 3 FKVO von der dafür allein zuständigen Kommission tatsächlich untersagt werden kann, ergeben sich im Einzelnen aus Art. 2 FKVO. Die zentrale Aussage findet sich in Art. 2 Abs. 3 FKVO. Danach sind Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbes. durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären

¹⁶ Kommission, Mitteilung von 2009, ABl. 2009 C 43, 10 Rn. 145 ff.

¹⁷ Kommission WuW/E EU-V 1568 – Dresdner Bank/BNP; WuW/E EU-V 1582 – Asko/Omni.

¹⁸ Grdl. EuG Slg. 1999, II-759 Rn. 78, 89 ff. = WuW/E EU-R 213 – Gencor/Lonrho; EuG Slg. 2005, II-5596 = WuW/E EU-R 977 – GE; Kommission, 27. WB 1997, S. 72 ff. Rn. 167 ff.; ABl. 1998 L 149, 21 – AAC/Lonrho; ABl. 1999 L 116, 1 Rn. 136 ff. – World Com/MCI; Weiß NZKart 2016, 202 und 265; anders Wiedemann FS Lieberknecht, 1997, 625 ff. mN.

¹⁹ Kommission ABl. 1997 L 11, 30.

²⁰ Kommission ABl. 1997 L 336, 16.

²¹ Kommission WuW/E EU-V 631; EuG Slg. 2005, II-5596 = WuW/E EU-R 977 – GE; Slg. 2005, II-5537 – Honeywell; s. zu diesem Fall zB v. Maibom/Geiger EuZW 2002, 261; Messen WuW 2001, 1027; weitere Beispiele bei Emmerich AG 2002, 641 (647).

(sog. **SIEC-Test**).¹ Fehlen diese Voraussetzungen bei einem unionsweiten Zusammenschluss, so ist er stattdessen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären (Art. 2 Abs. 2 FKVO).

- 2 Die bei der Entscheidung über einen Zusammenschluss zu berücksichtigenden **Kriterien** zählt Abs. 1 des Art. 2 FKVO auf. Es sind dies neben den Zielen der FKVO (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 FKVO)² vor allem die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. a FKVO), sowie noch eine Fülle weiterer Kriterien bis hin zur Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts.³ Vor allem in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung war umstritten, ob sich aus diesen Kriterien eine mehr wettbewerbliche oder mehr industriepolitische Ausrichtung der europäischen Fusionskontrolle ergebe. Dieser Streit hat sich wohl im Wesentlichen erledigt, da in der Praxis der Unionsorgane, bislang jedenfalls – von wenigen Ausnahmen abgesehen – eine betont wettbewerbliche Ausrichtung der Fusionskontrolle überwiegt.⁴

B. Marktabgrenzung

I. Sachlich relevanter Markt

- 3 Nach Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO hängt die Entscheidung über die Zulässigkeit oder das Verbot eines gemeinschaftsweiten Zusammenschlusses davon ab, ob durch den Zusammenschluss der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Um dies beurteilen zu können, muss man, jedenfalls nach bisher überwiegender Meinung, zuerst einmal wissen, welche Wettbewerbskräfte überhaupt auf die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einwirken. Dies zu ermitteln, ist in erster Linie die Aufgabe der Abgrenzung des relevanten Marktes, insbes. in sachlicher und räumlicher Hinsicht, deren Bedeutung für die Fusionskontrolle daher kaum überschätzt werden kann.⁵ Häufig fällt bereits hier die Entscheidung über die Zulässigkeit oder das Verbot eines Zusammenschlusses, da es auf der Hand liegt, dass die Bedeutung eines Zusammenschlusses umso mehr relativiert wird, je weiter die Grenzen der betroffenen Märkte gezogen werden. Die abweichenden Auffassungen haben sich bisher nicht durchzusetzen vermocht. Die Gerichte betonen im Gegenteil immer wieder die große Bedeutung einer exakten Marktabgrenzung auch für die europäische Fusionskontrolle,⁶ sind aber bereit, der Kommission wegen der großen Schwierigkeit jeder Marktabgrenzung einen „gewissen Ermessensspielraum“ bei der Abgrenzung der betroffenen Märkte einzuräumen, der von den Unionsgerichten gewöhnlich, nicht immer, allein auf Verfahrensfehler, Begründungs-

¹ Entsprechend der englischen Formulierung des Art. 2 Abs. 3 FKVO: „... significant impediment to effective competition“.

² S. die Erwgr. 4, 5 FKVO.

³ S. dazu die Protokollerklärung der Kommission WuW 1990, 241.

⁴ Anders aber wohl zB EuG EuZW 1995, 667 Rn. 39 – CCE Vittel; zustimmend Bechtold EuZW 1996, 389; zur Kritik s. Möschel DB 2001, 131.

⁵ Statt aller zB EuG NZKart 2017, 662 Rn. 60 – KPN/Liberty; EuG NZKart 2022, 328 Rn. 33, 78f. = WuW 2022, 499 – Wieland/Schwermetall; Behrens EuZW 2015, 244 (245); Einzelheiten bei Emmerich AG 2010, 517 (519f.); Rösler NZG 2000, 761 (763); 2023, 610.

⁶ ZB EuG NZKart 2021, 173 Rn. 65ff. – Liberty Global/Ziggo II usw. bis NZKart 2022, 328 Rn. 33, 78f. = WuW 2022, 499 – Wieland/Schwermetall.