



Dipl.-Jur. Heiko Zimmer, M.J.I., Saarbrücken

## **Unternehmensfusionen: Europäisches oder nationales Fusionskontrollrecht?**

### **- Ein Überblick -**

*Die jüngst von der EU-Kommission unter Auflagen genehmigte Zusammenlegung des Geschäfts von Orange und T-Mobile in Großbritannien, die geplante Übernahme von Ratiopharm durch Teva oder die Einigung zwischen British Airways und Iberia, sich noch im Laufe des Jahres 2010 zusammenschließen zu wollen, um somit zu den größten europäischen Airlines aufschließen zu können, sind nur einige stellvertretende Beispiele, die veranschaulichen: Die Zahl der Zusammenschlussvorhaben pro Jahr ist beachtlich. Dabei steigt der Anteil der Vorhaben mit grenzüberschreitendem Bezug kontinuierlich an. Um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch übermäßige Konzentration unternehmerischen Einflusses zu verhindern, unterliegen die Zusammenschlüsse einem Kontrollverfahren, in dem die Auswirkungen der Vorhaben geprüft werden.*

*Nahezu alle Industrienationen verfügen über ein eigenes Fusionskontrollrecht, so auch Deutschland. Die entsprechenden Regelungen finden sich im GWB wieder. Daneben existieren jedoch auch im Gemeinschaftsrecht Regelungen über die Fusionskontrolle. Wie so häufig, wenn europäisches und nationales Recht nebeneinander stehen, werden auch im Fusionskontrollrecht die Fragen aufgeworfen, in welchem Verhältnis die Regelungen zueinander stehen und welche Normen in welchen Fällen zur Anwendung kommen. Der vorliegende Beitrag greift diese Fragen auf und beantwortet sie kurz.*

S. 84

- HFR 6/2010 S. 1 -

### **1 I. Einleitung**

Regelmäßig unterliegen Unternehmenstransaktionen in Europa der Fusionskontrolle. Jeweils abhängig von den Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Gemeinschaftsgebiet ist, insbesondere bei solchen mit grenzüberschreitendem Charakter, zu berücksichtigen, dass alternativ entweder das europäische oder das nationale Fusionskontrollrecht zur Anwendung gelangen. Es gilt das Ausschließlichkeits- bzw. Exklusivitätsprinzip.<sup>1</sup> Art. 21 Abs. 3 der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>2</sup> bestimmt ausdrücklich, dass das nationale Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anzuwenden ist.<sup>3</sup> Eine vergleichbare Regelung enthält § 35 Abs. 3 GWB.<sup>4</sup>

### **2 II. Fusionskontrolle nach der FKVO**

Bei gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 FKVO beurteilt sich ein Zusammenschluss ausschließlich nach den Vorschriften der FKVO, im Übrigen findet

<sup>1</sup> Vgl. *Baron*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), KartR, 10. Auflage 2006, Vorbemerkungen zur FKVO Rdnr. 28; *Gromotke*, in: Lange (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage 2006, Rdnr. 1362.

<sup>2</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 Nr. L 24 vom 29.1.2004, S. 1.

<sup>3</sup> *Westermann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 21 FKVO Rdnr. 3.

<sup>4</sup> Siehe auch *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, § 35 GWB Rdnr. 41.

<sup>5</sup> So bereits *Feldmann*, WRP 1990, 577 (578).

eine Kontrolle nach den nationalen Regelungen statt.<sup>5</sup> Damit übernimmt Art. 1 FKVO die zentrale Abgrenzungsfunktion zwischen gemeinschaftlicher und nationaler Kontrollkompetenz.<sup>6</sup> Gemäß Art. 4 FKVO sind Zusammenschlüsse bzw. beabsichtigte Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung von den jeweils Beteiligten vor ihrem Vollzug bei der EU-Kommission anzumelden.

### 3 1. Anwendungsbereich

Ob ein Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung hat, hängt maßgeblich von seinen Auswirkungen auf die Gemeinschaft ab. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob neben der Gemeinschaft auch andere Teile der Welt vom Zusammenschluss betroffen sind. Es reicht insofern aus, dass „die Schaffung einer beherrschenden Stellung den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich beeinträchtigt.“<sup>7</sup>

- 4 Ein ganz entscheidender Faktor für die Anwendbarkeit der Verordnung nach Art. 1 FKVO ist die Größe des Zusammenschlusses.<sup>8</sup> Die Grenzwerte und mithin die Anwendbarkeit der FKVO werden anhand bestimmter Umsatzschwellen der beteiligten Unternehmen ermittelt, die in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO näher umschrieben werden.<sup>9</sup> Ziel der Umsatzschwellenwerte ist es, „einen einfachen und objektiven Mechanismus bereitzustellen, der von den an einer Fusion beteiligten Unternehmen dazu verwendet werden kann, zu bestimmen, ob ihre Transaktion über eine gemeinschaftsweite Bedeutung verfügt.“<sup>10</sup> Die gemeinschaftsweite Bedeutung knüpft damit ausschließlich an quantitativen Kriterien an.

S. 85

- HFR 6/2010 S. 2 -

### 5 2. Tatbestand des Zusammenschlusses

Die Anwendung der FKVO setzt zunächst voraus,<sup>11</sup> dass überhaupt ein Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 FKVO vorliegt.<sup>12</sup> Die Verordnung kennt nur zwei Tatbestände eines Zusammenschlusses:<sup>13</sup> einerseits den Tatbestand der Fusion zwischen zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO), andererseits den Tatbestand des Kontrollerwerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO).

#### 6 a) Fusionsbegriff

Eine *Fusion* liegt nach ganz herrschender Auffassung zunächst vor, wenn mindestens zwei bisher voneinander unabhängige Unternehmen zu einem neuen Unternehmen verschmelzen und keine eigene Rechtspersönlichkeit mehr bilden (*rechtliche Fusion*).<sup>14</sup> Darunter fallen sowohl die Verschmelzung durch Aufnahme als auch die Verschmelzung durch Neugründung.<sup>15</sup> Der Begriff der Fusion im Sinne der FKVO geht jedoch über die-

<sup>5</sup> Koch, in: MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 1 FKVO, Rdnr. 1.

<sup>6</sup> EuG, Urteil vom 25.03.1999, T – 102/96 – *Gencor/Kommission*, Rn. 98 = WuW/E EU-R 213 (218).

<sup>7</sup> Zur dreistufigen Prüfung des Art. 1 Abs. 2 FKVO *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 1 FKVO Rdnr. 9; Koch, a.a.O. (Fn. 6), Art. 1 FKVO, Rdnrn. 22 ff.

<sup>8</sup> Ein genaueres Eingehen auf die Berechnung der Grenzwerte anhand der Umsatzerlöse im europäischen und nationalen Recht soll an dieser Stelle nicht erfolgen; vgl. dazu im Überblick *Beninca/Zschocke*, Kartellrecht in der Praxis, 2007, S. 200 f. und S. 218 f.

<sup>9</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 27.06.2007, Fall Nr. COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, Rdnr. 17 = WuW/E EU-V 1233 (1234).

<sup>10</sup> Vgl. *Bruhn*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 1 FKVO Rdnr. 6.

<sup>11</sup> Die Prüfungskompetenz liegt bei der Kommission; *Baron*, a.a.O. (Fn. 1), Vorbemerkungen zur FKVO Rdnr. 28.

<sup>12</sup> Zum Zusammenschlussbegriff grundsätzlich EuG, Urteil vom 23.02.2006, T – 282/02 – *Cementbouw Handel & Industrie*; dazu *Hirsbrunner*, EuZW 2009, 239 f.

<sup>13</sup> *Mäger*, in: Mäger (Hrsg.), Europäisches Kartellrecht, 2006, Kap. 7 Rdnr. 13; *Bauer/Akbarian*, in: Jannott/Frodermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, S. 535.

<sup>14</sup> *Löffler*, Kommentar zur Europäischen Fusionskontrollverordnung, 2001, Art. 3 Rdnr. 4.

<sup>15</sup> *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2005, Art. 3 FKVO Rdnr. 2.

sen Definitionsansatz und folglich über den Verschmelzungsbegriff des deutschen Rechts hinaus.<sup>16</sup> Ebenfalls vom Fusionsbegriff erfasst ist die *wirtschaftliche* bzw. *faktische* Fusion.<sup>17</sup> Diese liegt vor, wenn die Aktivitäten zuvor unabhängiger Unternehmen so zusammengelegt werden, dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht, ohne dass rechtlich von einer Fusion gesprochen werden kann.<sup>18</sup> Der Fusionsbegriff der FKVO umfasst letztlich alle Vereinbarungen und Umwandlungen, durch die eine (neue) wirtschaftliche Einheit entsteht. Rein rechtlich muss es sich nicht zwingend um eine Fusion handeln. Der Fusionsbegriff greift somit immer, wenn bislang wirtschaftlich selbständige bzw. voneinander unabhängige Unternehmen sich in irgendeiner Weise einer einheitlichen Leitung unterstellen und dadurch faktisch eine Verschmelzung herbeiführen.<sup>19</sup>

## 7 b) Kontrollerwerb

Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 FKVO umschreibt die Erwerbsvorgänge, die zum Erwerb der Kontrolle führen können.<sup>20</sup> Dieser Zusammenschlusstatbestand ist der in der Praxis weitaus häufigste.<sup>21</sup> Omnipräsentes Beispiel für einen Kontrollerwerb, das die EU-Kommission und die europäische Gerichtsbarkeit bereits mehrfach beschäftigte, ist das Zusammenschlussvorhaben von *Sony* und *BMG*.<sup>22</sup> Auch der im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots beabsichtigte Erwerb der Kontrolle des von der Bundesrepublik Deutschland kontrollierten Finanzmarktstabilisierungsfonds (Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung, "SoFFin") über die *Hypo Real Estate Holding AG* (HRE) stellt einen Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO dar.<sup>23</sup> Die EU-Kommission stellte zwar fest, dass der Zusammenschluss unter die FKVO fällt, erklärte ihn jedoch mangels ernsthafter Bedenken an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO für mit diesem vereinbar.<sup>24</sup>

- 8 Kontrolle wird – verkürzt dargestellt – definiert als die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (Art. 3 Abs. 2 FKVO). Sie kann durch ein einziges Unternehmen (alleinige Kontrolle) oder durch zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam (gemeinsame Kontrolle) ausgeübt werden. Erfasst sind allerdings nur solche Vorgänge, die dauerhaft zu einer Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen führen.<sup>25</sup>

S. 86

- HFR 6/2010 S. 3 -

## 9 c) Abgrenzung

Unterliegen die beteiligten Unternehmen in Zukunft nicht der Kontrolle durch andere Unternehmen, kommt lediglich der Fusionsstatbestand gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO in Betracht. Sofern jedoch durch eine Verschmelzung ein Unternehmen die Möglichkeit

<sup>17</sup> Siehe Bekanntmachung der Kommission, ABl. 1990, C 203, S. 10 ff.; vgl. dazu u.a. *Niemeyer*, BB 1991, Beilage Nr. 25, 1 (2); *Röhling*, Europäische Fusionskontrolle und Subsidiaritätsprinzip, 2002, S. 36; *Bruhn*, a.a.O. (Fn. 11), Art. 3 FKVO Rdnr. 10.

<sup>18</sup> *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 3 FKVO Rdnr. 15; *Wessely/Wegner*, in: MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 3 FKVO Rdnr. 18; *Baron*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 3 FKVO Rdnr. 3; *Schröder*, in: Lange (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage 2006, Rdnr. 1108; *Mäger*, a.a.O. (Fn. 14), Kap. 7 Rdnr. 13.

<sup>19</sup> Ähnlich *Bruhn*, a.a.O. (Fn. 11), Art. 3 FKVO Rdnr. 13.

<sup>20</sup> Dies sind insbesondere Vermögens- und Anteilserwerb; vgl. *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 25.

<sup>21</sup> *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 14.

<sup>22</sup> Zuletzt EuGH, Urteil vom 10.07.2008, C-413/06 P = WuW/E EU-R 1498; dazu *Hirsbrunner/von Köckritz*, EuZW 2008, 591; zuvor insbesondere EU-Kommission, Entscheidung vom 19.07.2004, Fall Nr. COMP/M.3333 – *Sony/ BMG*; EuG, Urteil vom 13.07.2006, T – 464/04; dazu *Weidenbach/Leupold*, EWS 2006, 433; *Murschitz*, WRP 2006, 232; *Meyring/Hermes*, ZWR 2007, 108. Nunmehr liegt erneut ein Vorhaben zur Entscheidung bei der EU-Kommission; siehe EU-Kommission, Fall Nr. COMP/M.5272 – *Sony/Sony BMG*.

<sup>23</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 14.05.2009, Fall Nr. COMP/M.5508 – *SoFFin/Hypo Real Estate*, Rdnr. 4.

<sup>24</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 14.05.2009, Fall Nr. COMP/M.5508 – *SoFFin/Hypo Real Estate*, Rdnr. 65.

<sup>25</sup> *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 36.

erhält, die strategischen Entscheidungen und die Geschäftspolitik eines anderen Unternehmens bestimmen zu können, kann zusätzlich der Tatbestand des Kontrollerwerbs gegeben sein.<sup>26</sup> Es kommt entscheidend darauf an, ob der „Erwerber“ die Möglichkeit erwirbt, einen bestimmenden Einfluss auf das „erworbene“ Unternehmen auszuüben.<sup>27</sup> Eine solche Konstellation kann sich etwa ergeben, soweit die aus der Verschmelzung resultierende Gesellschaft ein Gemeinschaftsunternehmen (GU)<sup>28</sup> im Sinne des Art. 3 Abs. 4 FKVO darstellt. Dies kommt zum Beispiel in Frage, wenn auch die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften allesamt Gemeinschaftsunternehmen waren.<sup>29</sup> Werden zugleich beide Zusammenschlusstatbestände ( Fusion und Kontrollerwerb) erfüllt, erscheint es sachgerecht, dem spezielleren Tatbestand der Fusion Anwendungsvorrang zu gewähren.<sup>30</sup>

### 10 III. Fusionskontrolle nach dem GWB

#### 1. Anwendungsbereich

##### a) Anwendbarkeit des nationalen Fusionskontrollrechts

Fehlt dem Zusammenschluss die gemeinschaftsweite Bedeutung, unterliegt er ausschließlich den nationalen Vorschriften, in Deutschland also den Regelungen der §§ 35 bis 43 GWB.<sup>31</sup> In der *RubberNetwork.com*-Entscheidung bekräftigte das Bundeskartellamt im Übrigen die Anwendbarkeit des nationalen Fusionskontrollrechts, soweit die Unternehmensverbindung zwar die quantitativen Voraussetzungen der gemeinschaftsweiten Bedeutung erfüllt, aber kein Zusammenschlusstatbestand im Sinne des Art. 3 FKVO vorliegt.<sup>32</sup> Schließlich hat die EU-Kommission gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO die Möglichkeit, trotz eigener originärer Zuständigkeit auf begründeten Antrag der Beteiligten die Prüfung des Zusammenschlusses an die nationale Kartellbehörde, in Deutschland also an das Bundeskartellamt, zu verweisen. So geschehen ist dies etwa im Februar 2009 im Fall des beabsichtigten Erwerbs der Alleinkontrolle über die *Postbank* durch die *Deutsche Bank*. Eines der entscheidenden Kriterien für die Verweisung war dabei die Konzentration der Aktivitäten des Zielunternehmens (Postbank) auf Deutschland.<sup>33</sup> Die gesamte oder teilweise Verweisung eines Falles erfordert jedenfalls, dass ein gesonderter Markt besteht und der Wettbewerb in diesem Markt durch den Zusammenschluss erheblich beeinträchtigt werden könnte.

S. 87

- HFR 6/2010 S. 4 -

##### 11 b) Abgrenzung des relevanten Marktes

Der Zusammenschlusskontrolle vorgelagert ist die Frage der Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht.<sup>34</sup> In der Entscheidung *Staubsaugerbeutelmarkt* ent-

<sup>26</sup> *Immenga/Körber*, a.a.O. (Fn. 8), Art. 3 FKVO Rdnr. 44; *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 17 i.V.m. 25; ebenso für den Fall einer SE-Gründung *Bauer/Akbarian*, a.a.O. (Fn. 14), S. 538.

<sup>27</sup> *Wessely/Wegner* nehmen dies etwa an bei der Verschmelzung zur Aufnahme (Erwerb alleiniger Kontrolle) oder bei paritätischer Beteiligung von zwei Holdinggesellschaften am neuen Rechtssubjekt (Erwerb gemeinsamer Kontrolle); *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 17.

<sup>28</sup> Gemeinschaftsunternehmen sind solche Unternehmen, an denen mehrere andere Gesellschaften in ihrer Gesamtheit die Kontrolle auszuüben vermögen; dazu *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 41; *Immenga/Körber*, a.a.O. (Fn. 8), Art. 3 FKVO Rdnr. 109 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Immenga/Körber*, a.a.O. (Fn. 8), Art. 3 FKVO Rdnr. 109 f.; *Veelken*, in: Festschrift für Ulrich Immenga, 2004, S. 443 und 455.

<sup>30</sup> So *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 17.

<sup>31</sup> Grundsätzlich dazu *Traugott*, WRP 1999, 621 ff.

<sup>32</sup> BKartA, Beschluss vom 26.01.2001, B 3 – 110/00 – *RubberNetwork.com*, Rdnr. 16 = WuW/E DE-V 423 (424).

<sup>33</sup> Siehe den entsprechenden Fallbericht des Bundeskartellamts zur Freigabe der Großfusionen im Bankensektor (B 4 – 133/08, B 4 – 29/09, B 4 – 134/08, B 4 – 177/08), abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>34</sup> Die Marktabgrenzung erfolgt sachlich nach dem Bedarfsmarktprinzip und räumlich nach ökonomischen Kriterien, vgl. BKartA, Beschluss vom 23.08.2006, B 4 – 33101 – Fa – 91/06 – *Synthes/AO-ASIF*, Rdnrn. 116 ff.; dazu *Kahlenberg/Peter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 GWB Rdnr. 3.

schied der BGH, dass der räumlich relevante Markt im Sinne des GWB allein nach ökonomischen Gesichtspunkten abzugrenzen und daher nicht auf den inländischen Markt beschränkt, sondern vielmehr unabhängig von Staatsgrenzen zu ermitteln sei,<sup>35</sup> womit letztlich auch ein europäischer oder ein weltweiter Markt in Bezug genommen werden. In § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein kann als der Geltungsbereich des GWB. „Hat ein Unternehmen auf dem in dieser Weise abgegrenzten Markt eine beherrschende Stellung, kommt ihm auch in jedem Teilgebiet dieses Marktes eine beherrschende Stellung zu.“<sup>36</sup>

- 12 Für die Geltung der nationalen Zusammenschlusskontrolle ist demnach – ebenso wie bei der europäischen Fusionskontrolle – nicht erforderlich, dass sich der Schwerpunkt der Fusion im Inland befindet.<sup>37</sup> Das OLG Düsseldorf führte dazu zuletzt aus: „Wesentlicher Inhalt des völkerrechtlich anerkannten [...] Auswirkungsprinzips ist es, dass eine nationale Kartellbehörde auch Auslandszusammenschlüsse kartellrechtlich überprüfen darf, sofern von ihnen [...] relevante Inlandswirkungen ausgehen. Diese Prüfungskompetenz steht nicht unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass sich der Schwerpunkt des Zusammenschlusses im Inland befindet.“<sup>38</sup>

## 13 2. Beurteilung von Zusammenschlüssen

Eine Fusionskontrolle wird durch das Bundeskartellamt durchgeführt, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.<sup>39</sup> Ist dies der Fall, ist der Zusammenschluss gemäß § 36 GWB grundsätzlich zu untersagen. Eine Ausnahme kann nur gemacht werden, wenn die beteiligten Unternehmen gegenüber den Nachteilen der Marktbeherrschung überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen des Zusammenschlusses nachweisen können.

- 14 Beispiele für Zusammenschlussvorhaben, die vom Bundeskartellamt wegen der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der jüngeren Vergangenheit untersagt wurden, waren etwa *Total/OMV*<sup>40</sup> oder *RWE/Saar Ferngas*<sup>41</sup>. Zu einer Verstärkungswirkung kann es darüber hinaus sogar durch die mit dem Erwerb einer Minderheitsbeteiligung einhergehenden Absicherung des Absatzes kommen, so stellte das Bundeskartellamt in seinem Beschluss in der Sache *EnBW/EWE* fest.<sup>42</sup>
- 15 Kritisch beurteilte die deutsche Kartellbehörde auch die Fusion von *EDEKA* und *Tengelmann* bzw. deren Tochtergesellschaft *Plus*; das Unternehmen verfüge sonst in vielen Teilen Deutschlands über eine überragende Marktstellung.<sup>43</sup> Nur unter bestimmten (aufschiebenden) Bedingungen, unter anderem dem Verkauf einiger *Plus*-Filialen an andere Wettbewerber an genau bezeichneten Standorten, erteilte das Bundeskartellamt dem Vorhaben die endgültige Freigabe.<sup>44</sup> Das letztgenannte Beispiel verdeutlicht eines der üblichen Mittel der Behörde, auf die beteiligten Unternehmen einzuwirken.

<sup>35</sup> BGH, Beschluss vom 05.10.2004, KVR 14/03 – *Staubsaugerbeutelmarkt*, Rdnr. 23 ff. = WuW/E DE-R 1355 (1358 f.); siehe dazu *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 19 GWB Rdnr. 22.

<sup>36</sup> So im Leitsatz der Entscheidung *Staubsaugerbeutelmarkt*; siehe BGH, Beschluss vom 05.10.2004, KVR 14/03 = WuW/E DE-R 1355.

<sup>37</sup> Dazu zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, VI – Kart 8/07 (V) – *Phonak/ReSound* = WuW/E DE-R 2477.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, VI – Kart 8/07 (V) – *Phonak/ReSound*, Rdnr. 39 = WuW/E DE-R 2477 (2484).

<sup>39</sup> Eine Marktbeherrschung kann vorliegen, wenn das Unternehmen keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (vgl. § 19 Abs. 2 GWB); *Kahlenberg/Peter*, a.a.O. (Fn. 34), § 36 GWB Rdnr. 11 ff.; vgl. auch *Emmerich*, AG 2009, 597 (600).

<sup>40</sup> BKartA, Beschluss vom 29.04.2009, B 8 – 175/08 – *Total Deutschland/OMV Deutschland* = WuW/E DE-V 1719.

<sup>41</sup> BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, B 8 – 62/06 – *RWE/Saar Ferngas* = WuW/E DE-V 1357.

<sup>42</sup> BKartA, Beschluss vom 06.07.2009, B 8 – 96/08 – *EnBW/EWE* = WuW/E DE-V 1780.

<sup>43</sup> Siehe dazu einen Bericht im *manager magazin* vom 07.04.2008; abrufbar unter <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,545812,00.html>.

<sup>44</sup> BKartA, Beschluss vom 30.06.2008, B 2 – 333/07 – *EDEKA/Tengelmann* = WuW/E DE-V 1607 (1614 ff.).

Nicht selten wird die Freigabe nur unter aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen oder mit Nebenbestimmungen erteilt.

S. 88

- HFR 6/2010 S. 5 -

### 16 3. Tatbestand des Zusammenschlusses

Auch die Anwendung des deutschen Fusionskontrollrechts setzt das Erreichen bestimmter Umsatzschwellen voraus. Eine Fusionskontrolle findet nur statt, wenn die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB erreicht sind und es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 oder 2 GWB handelt.<sup>45</sup> Die einzelnen Zusammenschlusstatbestände werden ausführlich in § 37 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GWB beschrieben. Dies sind im Einzelnen: der Vermögenserwerb (Nr. 1), der Kontrollerwerb (Nr. 2), der Anteilserwerb (Nr. 3) und als Auffangtatbestand jede sonstige Verbindung, auf Grund derer ein wettbewerblich erheblicher Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann (Nr. 4).

#### 17 a) (K)ein Fusionsbegriff?

Der Tatbestand der Verschmelzung dürfte grundsätzlich von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB („Erwerb des Vermögens [...] ganz oder zu einem wesentlichen Teil“) erfasst sein, auch wenn er keine explizite Erwähnung findet. Noch in § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. war die Verschmelzung als Unterfall des Vermögenserwerbs aufgeführt. Doch auch durch die Neuregelung sollten die Fälle der rechtlichen oder wirtschaftlichen Fusion keinesfalls ausgenommen werden; sie sind nach überwiegender Auffassung vielmehr auch weiterhin als Unterfall des Vermögenserwerbs anzusehen.<sup>46</sup>

#### 18 b) Kontrollerwerb

Interessant im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Kontrollerwerbs ist vor allem dessen Verhältnis zur nahezu wortgleichen Regelung in Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO.<sup>47</sup> Die Auslegung des GWB muss dabei nicht notwendigerweise mit der Auslegung der Vorschriften der FKVO korrespondieren, sondern wird sich nach der unternehmerischen Praxis ausrichten müssen. Die Praxis der EU-Kommission muss dabei jedoch ebenso berücksichtigt werden.<sup>48</sup> Dementsprechend wäre der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei Ungleichbehandlung von Sachverhalten durch verschiedene Gesetzgeber mit unterschiedlichen Kompetenzbereichen keinesfalls zwingend verletzt.<sup>49</sup> Im Ergebnis aber dürften kaum entscheidende Unterschiede in der Auslegung des deutschen und des europäischen Tatbestands zu besorgen sein. Dem Tatbestand des Kontrollerwerbs wird im nationalen Recht auf Grund der gleichwertigen Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB, die in der FKVO keine Entsprechung erfahren, allerdings regelmäßig weit weniger Bedeutung beizumessen sein.<sup>50</sup>

S. 89

- HFR 6/2010 S. 6 -

### 19 IV. Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns

#### 1. Europäische Ebene

Ein Zusammenschluss setzt voraus, dass „zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen...fusionieren...“, so definiert Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO den Zusammenschlusstatbestand der Fusion. Schon anhand dieser Formulierung wird deutlich, dass konzerninterne Verschmelzungen nicht vom Begriff des Zusammenschlusses

<sup>45</sup> Zum Zusammenschlussbegriff zuletzt *Emmerich*, AG 2009, 597 (601 f.).

<sup>46</sup> *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), § 37 Rdnr. 6; *Bechtold*, Kartellgesetz, 5. Auflage 2008, § 37 Rdnr. 4; *Schröder*, a.a.O. (Rn. 18), Rdnr. 1269.

<sup>47</sup> Vgl. dazu sehr ausführlich *Ulshöfer*, Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle, 2003, S. 98 ff.

<sup>48</sup> *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), § 37 Rdnr. 8.

<sup>49</sup> *Ulshöfer*, a.a.O. (Fn. 47), S. 99.

<sup>50</sup> Ebenso *Ulshöfer*, a.a.O. (Fn. 47), S. 106 f. Ein Kontrollerwerb erfordert darüber hinaus zwingend, dass die Möglichkeit zur Beherrschung auf Dauer angelegt ist; BGH, Beschluss vom 11.11.2008, KRB 47/08, Rdnr. 8.

im Sinne der FKVO erfasst sein sollen.<sup>51</sup> Vom Anwendungsbereich der FKVO ausgenommen sind demnach Vorgänge innerhalb einer bereits bestehenden wirtschaftlichen Einheit, also Fusionen zwischen bereits im Konzern verbundenen oder auf andere Weise voneinander abhängigen Unternehmen.<sup>52</sup> Dies stellte die EU-Kommission in der Entscheidung *Ford/Hertz* klar.<sup>53</sup> Die Anteile von *Ford* an *Hertz* sollten in diesem Fall von 49% auf 54% erhöht werden. Nach Ansicht der EU-Kommission lag darin jedoch kein Zusammenschluss, da *Ford Hertz* bereits zuvor faktisch beherrschte und durch das Vorhaben – trotz nunmehr erworbener Mehrheitsbeteiligung – keine Veränderung der Qualität der Kontrolle eintrat.<sup>54</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn der Zusammenschluss zu einer Veränderung der Kontrollart führen würde, was beispielsweise bei einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle in Betracht käme.<sup>55</sup>

## 20 2. Nationale Ebene

Die vergleichbare Vorschrift des § 37 Abs. 2 GWB lautet demgegenüber: „Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.“ Auf den ersten Blick wird durch diese Formulierung der Eindruck erweckt, als sei im deutschen Recht, anders als im Gemeinschaftsrecht, die konzerninterne Umstrukturierung unter gewissen Umständen nicht fusionskontrollfrei. Bei näherer Betrachtung wird aber deutlich, dass § 37 Abs. 2 GWB die Fusionskontrolle sogar einschränkt.<sup>56</sup> Die Vorschrift setzt einen „Erstzusammenschluss“ voraus, an den sich ein „Zweitzusammenschluss“ anschließt.<sup>57</sup> Durch die Einschränkung „...nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung“ kommt auch im GWB der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, wonach die konzerninterne Umstrukturierung in der Regel nicht der Fusionskontrolle unterliegen soll, obwohl rein formal ein (erneuter) Zusammenschlusstatbestand gegeben wäre.<sup>58</sup> Die Zusammenschlusskontrolle soll nämlich vor allem gewährleisten, dass eine schon bestehende Wettbewerbsstruktur erhalten und damit der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen und der Entstehung und Verstärkung marktbeherrschender Stellungen vorgebeugt wird.<sup>59</sup> Konzerninterne Verschmelzungsvorgänge werden daher ganz überwiegend nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der Unternehmensverbindung führen.<sup>60</sup> Die Wettbewerbsstruktur dürfte vielmehr in den meisten Fällen unverändert bleiben. Eine Verschmelzungsgründung durch Verschmelzung von Gesellschaften, die bereits zuvor miteinander verbunden waren, ist somit auch im deutschen Recht regelmäßig fusionskontrollfrei.<sup>61</sup>

## 21 V. Schlussbetrachtung

Auf Verschmelzungen mit grenzüberschreitendem Charakter kommen – das Erreichen der entsprechenden Umsatzschwellen vorausgesetzt – entweder das europäische oder das nationale Fusionskontrollrecht zur Anwendung. Hat eine Verschmelzung gemein-

<sup>51</sup> Mit anderen Worten so auch *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, a.a.O. (Fn. 16), Art. 3 FKVO Rdnr. 3; *Löffler*, a.a.O. (Fn. 15), Art. 3 Rdnr. 4.

<sup>52</sup> *Friese/Grobenski/Graf von der Schulenburg*, VersR 2005, 1493 (1495); *Baron*, a.a.O. (Fn. 1), Art. 3 FKVO Rdnr. 3; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, a.a.O. (Fn. 16), Art. 3 FKVO; ebenso *Veelken*, a.a.O. (Fn. 29), S. 451.

<sup>53</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 07.03.1994, Fall Nr. IV/M.397 – *Ford/Hertz*.

<sup>54</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 07.03.1994, Fall Nr. IV/M.397 – *Ford/Hertz*, Rdnrn. 9, 10.

<sup>55</sup> *Wessely/Wegner*, a.a.O. (Fn. 18), Art. 3 FKVO Rdnr. 11.

<sup>56</sup> *Ruppelt*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), *KartR*, 10. Auflage 2006, § 37 GWB Rdnr. 55; *Bechtold*, a.a.O. (Fn. 46), § 37 Rdnr. 46; *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), § 37 Rdnr. 33.

<sup>57</sup> *Bechtold*, a.a.O. (Fn. 46), § 37 Rdnr. 47; *Riesenkampff/Lehr*, a.a.O. (Fn. 18), § 37 Rdnr. 34.

<sup>58</sup> *Bechtold*, a.a.O. (Fn. 46), § 37 Rdnr. 46.

<sup>59</sup> BGH, Beschluss vom 08.05.1979, KVR 1/78, Rdnr. 27 = NJW 1979, 2401 (2402).

<sup>60</sup> Dies gilt jedenfalls im Verhältnis zwischen Mutter- und hundertprozentiger Tochtergesellschaft; vgl. *Bechtold*, a.a.O. (Fn. 46), § 37 Rdnr. 49. Die Verstärkung einer Unternehmensverbindung setzt grundsätzlich voraus, dass die bestehende Unternehmensverbindung noch nicht ihre höchstmögliche Intensität erreicht hat; BKartA, Beschluss vom 23.08.2006, B 4 – 33101 – Fa – 91/06 – *Synthes/AO-ASIF*, Rdnr. 106 = WuW/E DE-V 1289 (1292).

<sup>61</sup> So bezüglich der SE auch *Bauer/Akbarian*, a.a.O. (Fn. 14), S. 542.

schaftsweite Bedeutung, richtet sich die Fusionskontrolle ausschließlich nach den Regelungen der FKVO. Fehlt ihr die gemeinschaftsweite Bedeutung, findet eine Fusionskontrolle nach dem GWB statt. Konzerninterne Verschmelzungen unterliegen in der Regel weder im Gemeinschaftsrecht noch im nationalen Recht der Fusionskontrolle.

*Zitierempfehlung:* Heiko Zimmer, HFR 2010, S. 84 ff.