



Europäisches und deutsches Kartellrecht

3. Juli 2020

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

Dr. Christian Heinichen

Lernziele

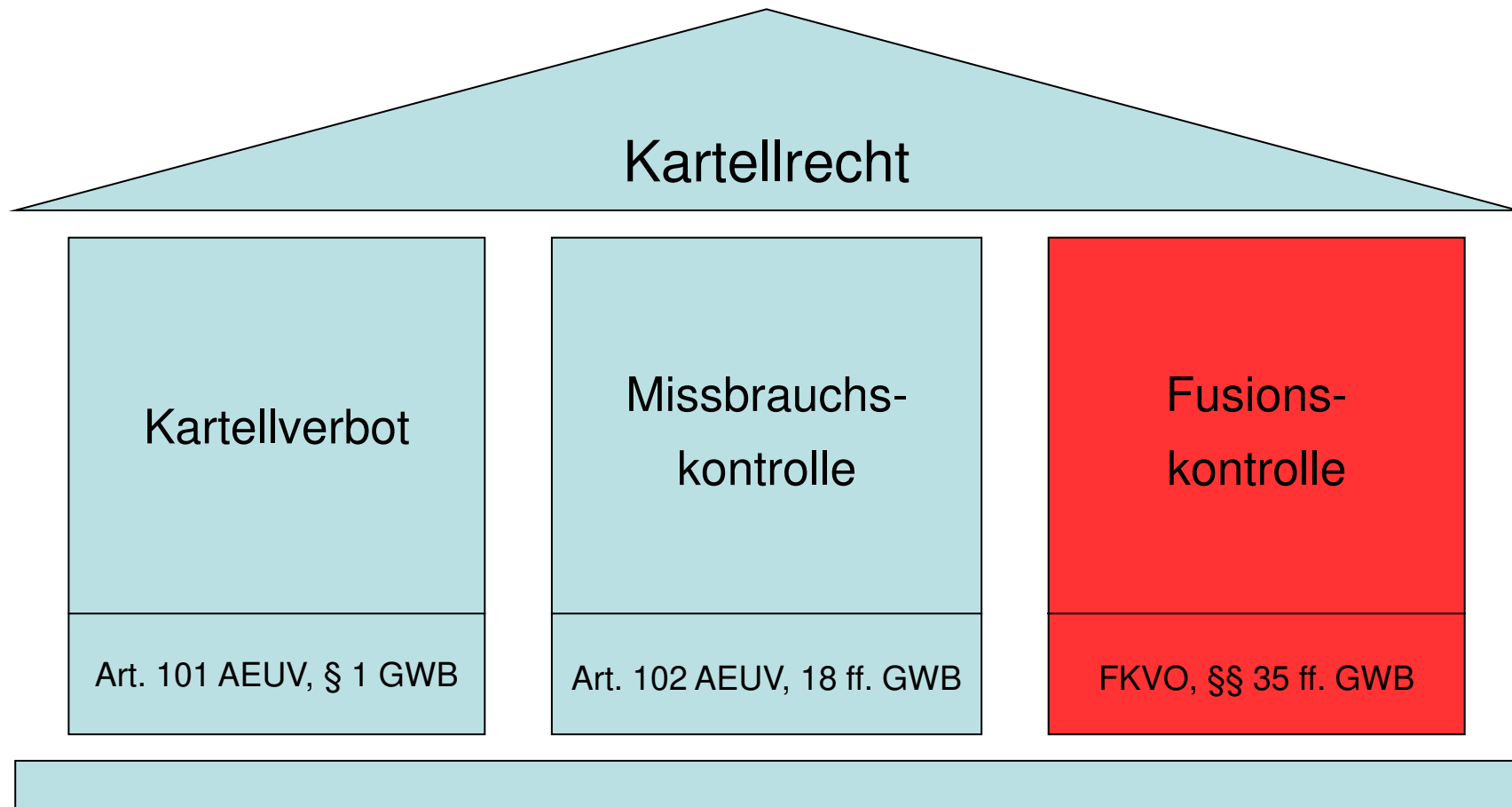
1. Fusionskontrolle als Strukturkontrolle
2. Zusammenschlussbegriff (Aufgreiftatbestand)
3. Umsatzschwellen (Aufgreifschwelle)

Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

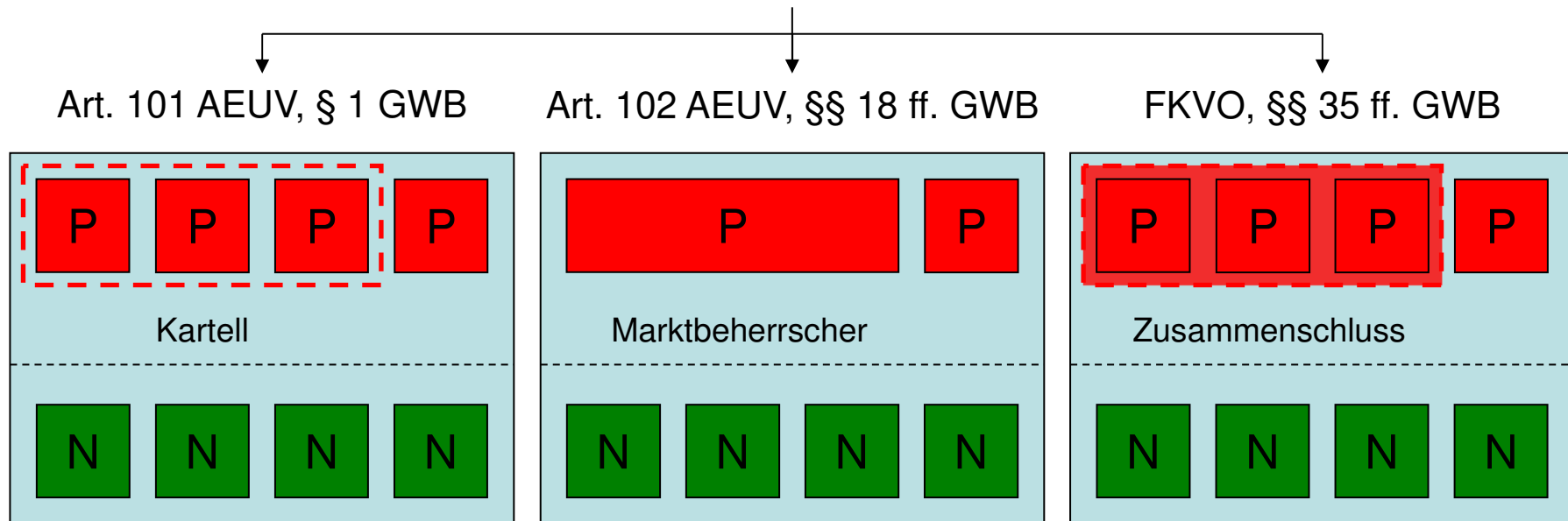
1. **Grundlagen**
2. Zusammenschlussbegriff der FKVO
3. Zusammenschlussbegriff des GWB
4. Aufgreifschwelle der FKVO
5. Aufgreifschwelle des GWB

3 Säulen des Kartellrechts



Grundlagen d. Fusionskontrolle

Zweck: Kontrolle des externen Unternehmenswachstums zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Marktkonzentrationen



Grundlagen d. Fusionskontrolle

- Konzept der *präventiven Zusammenschlusskontrolle*, d.h. Anmeldepflicht + Vollzugsverbot
 - => Art. 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 FKVO
 - => §§ 39 Abs. 1, 41 Abs. 1 GWB

- **one-stop-shop**-Prinzip der FKVO
 - => Art. 21 Abs. 2 u. 3 FKVO, § 35 Abs. 3 GWB

Prüfungssegmente d. Fusionskontrolle

		FKVO (EU)		GWB (D)	
1.	Aufgreif- tatbestand	Zusammenschluss	Art. 3	Zusammenschluss	§ 37
2.	Aufgreif- schwellen	Gemeinschaftsweite Bedeutung	Art. 1	Geltungsbereich	§ 35
3.	Eingreif- tatbestand	SIEC-Test (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs)	Art. 2	SIEC-Test (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs)	§ 36

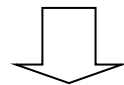
Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

1. Grundlagen
2. Zusammenschlussbegriff der FKVO
3. Zusammenschlussbegriff des GWB
4. Aufgreifschwelle der FKVO
5. Aufgreifschwelle des GWB

Zusammenschlussbegriff

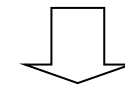
Art. 3 FKVO



Fusion

Kontrollerwerb (einschl. GU)

§ 37 GWB



Vermögenserwerb

Kontrollerwerb (einschl. GU)

Anteilserwerb

wettbewerblich erheblicher Einfluss

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

1. Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)

- Verschmelzung durch Aufnahme
- Verschmelzung durch Neugründung
- wirtschaftliche Fusion, z. B. der deutsche Gleichordnungskonzern

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

2. Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 u. 3 FKVO)

Kontrolle = Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (Art. 3 Abs. 2 FKVO)

- Dauerhaftigkeit der Kontrollveränderung
- Erwerb alleiniger Kontrolle (*sole control*)
- Erwerb gemeinsamer Kontrolle (*joint control*)
- Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle + *vice versa*

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

a) Erwerb der alleinigen Kontrolle

- Mehrheitserwerb
 - Erlangung der Stimmrechtsmehrheit
- Minderheitsserwerb + zusätzliche Faktoren
 - Einräumung einer Sperrminorität
 - faktische Hauptversammlungsmehrheit durch Streubesitz
- Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

- Abschluss von Unternehmensverträgen, die eine Einflussnahme-
möglichkeit auf das Stimmverhalten der Unternehmensorgane
gewähren
 - Gewinnabführungsverträge
 - konzernrechtliche Organisationsverträge
 - => Gewinnabführungsvertrag
 - => Beherrschungsvertrag
 - => Betriebsüberlassungs- und -führungsverträge

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

- personelle Verflechtungen zwischen den Leitungsorganen
(sog. *interlocking directorates*)

Zusammenschlussbegriff (FKVO)

b) Erwerb gemeinsamer Kontrolle

- paritätische Beteiligungen
- disparitatische Beteiligungen + zusätzliche Faktoren
 - Vetorechte des Minderheitsgesellschafters
 - Bündelung der Stimmrechte der Gesellschafter (Pooling)

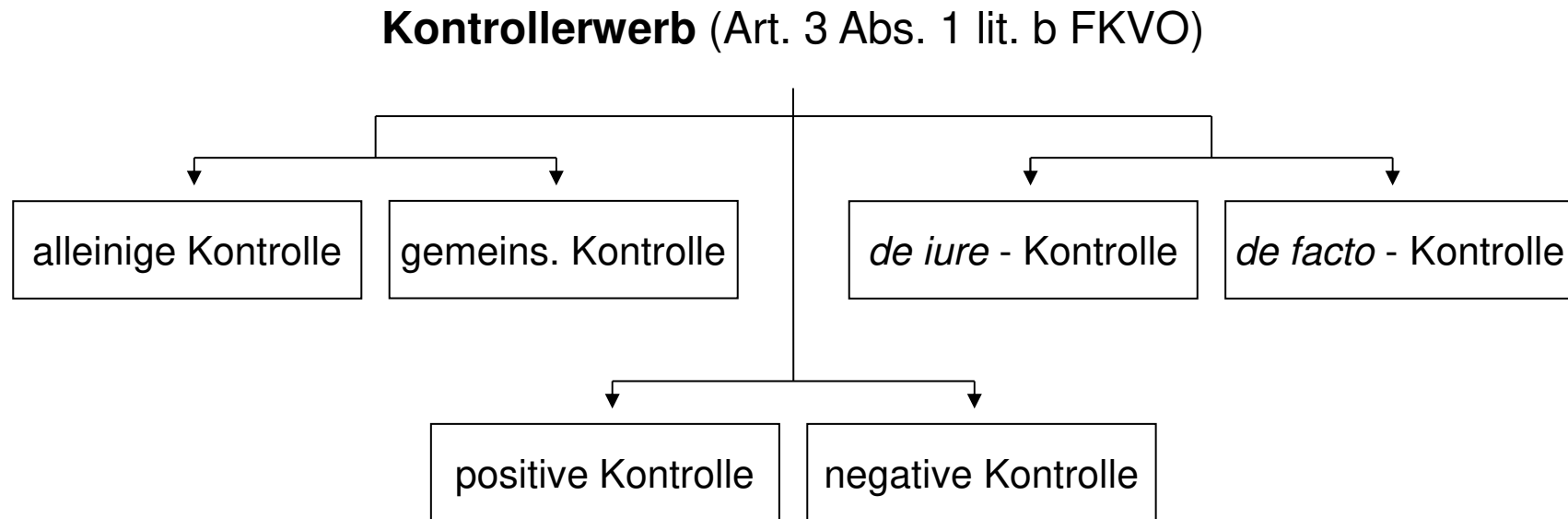
Zusammenschlussbegriff (FKVO)

c) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (Art. 3 Abs. 4 FKVO)

Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer (vergleichbaren) selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen

- Vergleich mit anderen Unternehmen auf dem gleichen Markt
- Abhängigkeit des Gemeinschaftsunternehmens von den Muttergesellschaften auf vor- oder nachgelagerten Märkten

Zusammenfassung „Kontrollerwerb“ (FKVO)



Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

1. Grundlagen
2. Zusammenschlussbegriff der FKVO
3. **Zusammenschlussbegriff des GWB**
4. Aufgreifschwelle der FKVO
5. Aufgreifschwelle des GWB

Zusammenschlussbegriff (GWB)

1. Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB)

- „Vermögen“ => alle geldwerten Güter und Rechte
- „ganz oder zu einem wesentlichen Teil“
 - *relative Quantität*, d. h. wesentlich im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers („80% +“)
 - *funktionale Qualität*, d. h. qualitativ eigenständige Bedeutung des Vermögensgegenstands

Zusammenschlussbegriff (GWB)

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

Kontrolle = Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB)

=> vgl. Kontrollerwerb i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO

Zusammenschlussbegriff (GWB)

3. Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

- Erreichen der Anteilsschwellen von 25% und 50%
- Beteiligungen am Kapital oder den Stimmrechten
- Berücksichtigung der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB und der sog. Flick-Klausel (§ 36 Abs. 3 GWB)
- Fiktion der Teilfusion der Muttergesellschaften auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB)

Zusammenschlussbegriff (GWB)

4. Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

- subsidiär ggü. § 37 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GWB
- „24,9 %“-Fälle, wenn über Minderheitsbeteiligung hinausgehende Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten bestehend

Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

1. Grundlagen
2. Zusammenschlussbegriff der FKVO
3. Zusammenschlussbegriff des GWB
4. **Aufgreifschwelle der FKVO**
5. Aufgreifschwelle des GWB

Allgemeines

- **Umsatzschwellen** (Art. 1 FKVO + § 35 GWB)
- Prüfungsreihenfolge:
 - Ermittlung der am Zusammenschluss (materiell) beteiligten Unternehmen
 - Ermittlung des relevanten Umsatzes
 - ggf. Zurechnung weiterer Umsätze (konzernverbundener) Unternehmen
 - Subsumtion unter Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO bzw. § 35 Abs. 1 GWB

Aufgreifschwellen (FKVO)

1. Primäre gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2 FKVO)

- ... aufgrund absoluter Größe

=> weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 5 Mrd.**

=> gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen jeweils > **EUR 250 Mio.**

=> **Zwei-Drittel-Klausel**

Aufgreifschwelle (FKVO)

2. Sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 3 FKVO)

- ... aufgrund Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten
 - => weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen > **EUR 2,5 Mrd.**
 - => Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen in mind. 3 Mitgliedstaaten jeweils > **EUR 100 Mio.**
 - => Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen in mind. drei von lit. b) erfassten Mitgliedstaaten jeweils > **EUR 25 Mio.**
 - => gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mind. zwei beteiligten Unternehmen jeweils > **EUR 100 Mio.**
 - => **Zwei-Drittel-Klausel**

Aufgreifschwelle (FKVO)

3. (Materiell) Beteiligte Unternehmen i.S.v. Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO

Ein Unternehmen ist materiell beteiligt, wenn es **Bestandteil des Zusammenschlussvorhabens selbst** ist, z. B.

- Fusion => fusionierende Unternehmen
- Erwerb alleiniger Kontrolle => Erwerber + Zielunternehmen/-steil
- Erwerb gemeinsamer Kontrolle => alle kontrollierenden Unternehmen + Gemeinschaftsunternehmen, wenn bereits bestehend

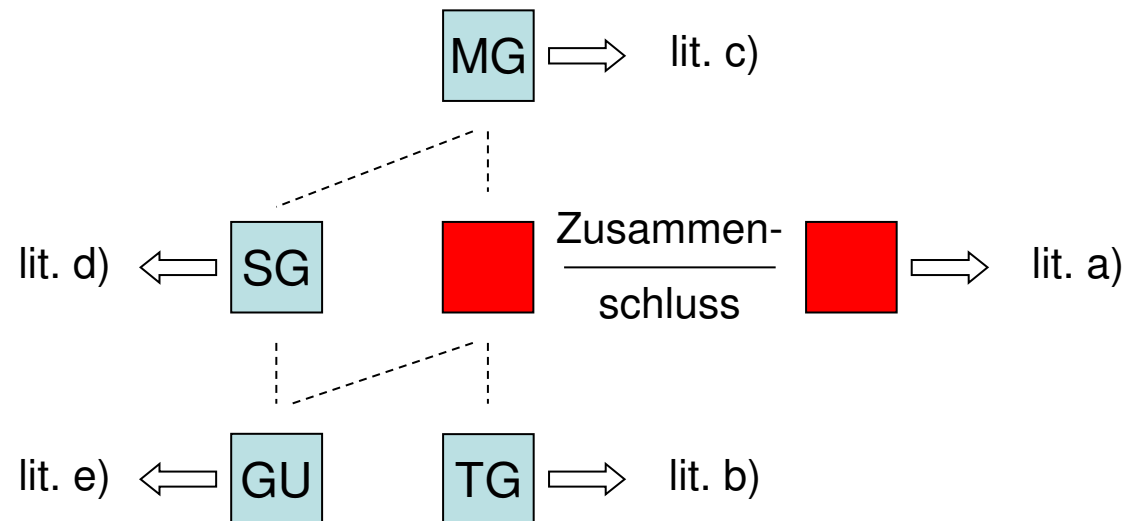
Aufgreifschwelle (FKVO)

4. Umsatzberechnung gemäß Art. 5 FKVO

- Nettoumsatz (Art. 5 Abs. 1 S. 1 FKVO)
- konsolidierter Umsatz (Art. 5 Abs. 1 S. 2 FKVO)
- (Teil-)Umsatz bei Erwerb v. Unternehmensteilen (Art. 5 Abs. 2 UA 2 FKVO)
- Zeitpunkt: letztes Geschäftsjahr (Art. 5 Abs. 1 FKVO)
- geografische Zuordnung des Umsatzes (Kundenstandort)

Aufgreifschwelen (FKVO)

5. Zurechnung des Umsatzes weiterer Unternehmen (Art. 5 Abs. 4 FKVO)



Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (1): Aufgreifstatbestand

1. Grundlagen
2. Zusammenschlussbegriff der FKVO
3. Zusammenschlussbegriff des GWB
4. Aufgreifschwelle der FKVO
5. **Aufgreifschwelle des GWB**

Aufgreifschwelle (GWB)

1. Umsatzbasierte Schwellenwerte (§ 35 Abs. 1, 2 GWB)

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen
> **EUR 500 Mio.**
- => Inlandsumsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens
> **EUR 25 Mio.** + eines weiteren Unternehmens > **EUR 5 Mio.**
- => **de-minimis**-Klausel des § 35 Abs. 2 GWB

Aufgreifschwelle (GWB)

2. Transaktionswertbasierte Schwellenwerte (§ 35 Abs. 1a GWB)

- => weltweite Umsatzerlöse aller beteiligten Unternehmen zusammen
> **EUR 500 Mio.**
- => Inlandsumsatzerlöse mindestens eines beteiligten Unternehmens
> **EUR 25 Mio.**
- => Wert der Gegenleistung > **EUR 400 Mio.** + erhebliche Inlandstätigkeit
des zu erwerbenden Unternehmens

Aufgreifschwelle (GWB)

3. Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 GWB)

=> **nicht-konzernverbundenes** (§ 36 Abs. 2 GWB) Zielunternehmen

=> weltweiter Umsatz < **EUR 10 Mio.**

Aufgreifschwelle (GWB)

4. (Materiell) Beteiligte Unternehmen i.S.v. § 35 Abs. 1-1a GWB

- Vermögenserwerb => Erwerber + erworbenes Unternehmensvermögen
- Kontrollerwerb => Erwerber + Zielunternehmen (+ ggf. Unternehmen mit fortdauernder Kontrolle)
- Anteilserwerb => Erwerber + Zielunternehmen (+ ggf. Unternehmen mit fortdauerndem Anteil $\geq 25\%$)
- Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses => Erwerber + Zielunternehmen

Aufgreifschwelle (GWB)

5. Umsatzberechnung gemäß § 38 GWB

- Verweis auf § 277 HGB (GuV-Rechnung)
- Gesamtumsatz im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss + Zurechnung des Umsatzes der verbundenen Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB) *./. captive use* (§ 38 Abs. 1 S. 2 GWB)
- Abzugsposten (Verbrauchssteuern, Erlösschmälerungen, Erträge aus Beteiligungen)

Europäisches und deutsches Kartellrecht



Fortsetzung folgt:

10.7.2020

Fusionskontrolle (2):
Eingreiftatbestand

Dr. Christian Heinichen
E-Mail: christian.heinichen@bblaw.com