

Vorlesungseinheit (1) – 1.4.2019

Einführung in das Recht der Fusionskontrolle

1

Gliederung

I. Sinn und Zweck der Fusionskontrolle / Rechtspolitischer Hintergrund der FKVO

II. Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle

2.1 Die FKVO und die DVO

2.2 Die Mitteilungen der Kommission

2.3 Erwägungsgründe und Protokollerklärungen

2.4 Exkurs: die Rechtsquellen der deutschen Fusionskontrolle

III. Ökonomisierung der europäischen Fusionskontrolle
(sog. „more economic approach“)

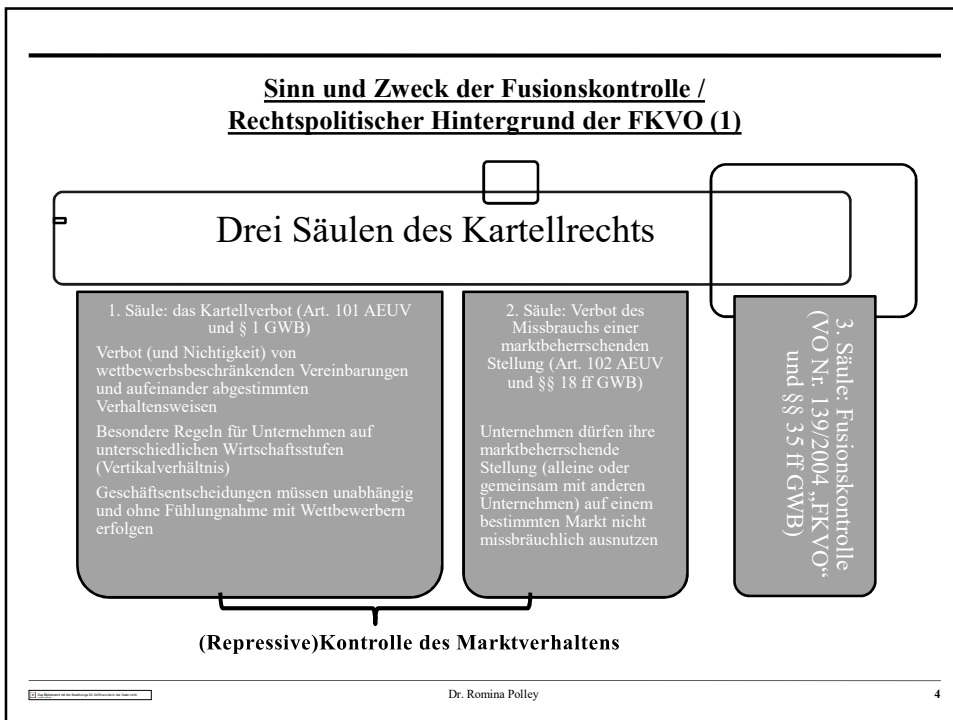
Dr. Romina Polley

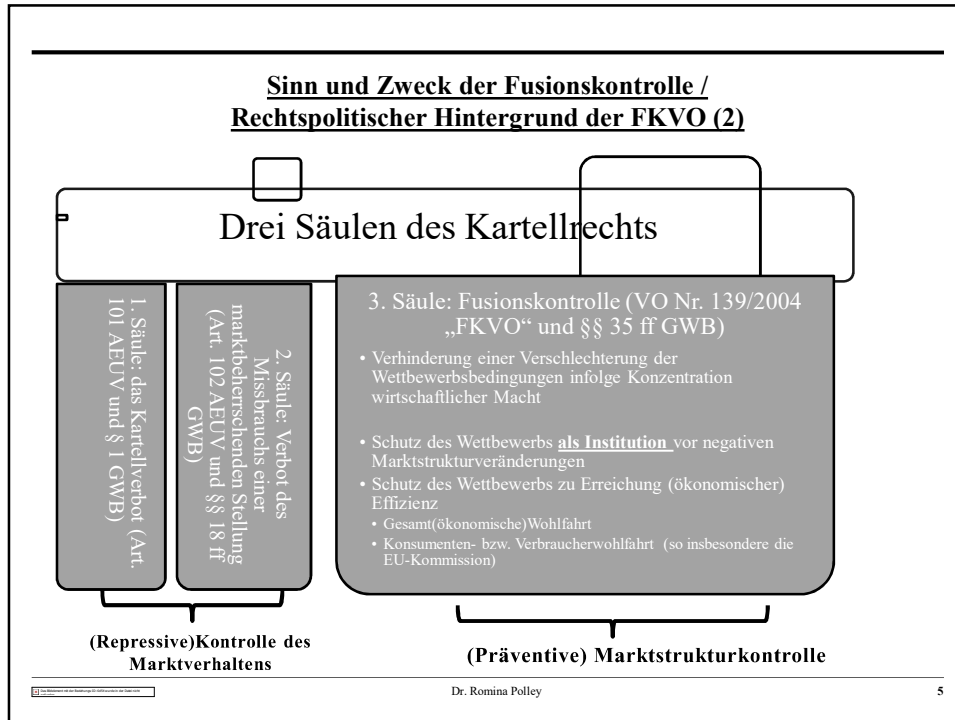
2

Gliederung

IV.	Grundzüge des Fusionskontrollverfahrens
	4.1 Anmeldung bei der zuständigen Behörde
	4.2 Aufbau und Inhalt der Anmeldeunterlagen
	4.3 Das Verfahren auf EU-Ebene
	4.4 Das Verfahren nach dem GWB
IV.	Fusionskontrolle aus Unternehmenssicht
V.	Sanktionierung von Verstößen gegen das Vollzugsverbot

3





**Sinn und Zweck der Fusionskontrolle/
Rechtspolitischer Hintergrund der FKVO (3)**

- **Vorbild US:** Sec. 7 Clayton Act (1914)
- **Ausgangspunkt:** EWG-Vertrag von 1957 enthielt (anders als EGKS - Vertrag) keine ausdrückliche Bestimmungen zur Fusionskontrolle
 - Einzelntes Vorgehen auf Grundlage von Art. 85, 86 EGV (jetzt Art. 101, 102 AEUV) - Vgl. EuGH zu Art. 102 AEUV „**Continental Can**“ (Urteil vom 21.2.73, Rechtssache 6/72) und zu Art. 101 AEUV „**Phillip Morris**“ (Urteil vom 17.9.80, Rechtssache 730/79)
- **Grundsatzentscheidung für wettbewerbliche Wirtschaftsordnung** (bereits) in **Art. 3 Abs. 1 lit. g EG a. F** (Wortlaut seit Vertrag von Lissabon (13.12.2007) im rechtsverbindlichen 27. Protokoll zum EUV und AEUV zu finden)
 - erfordert: Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt

„Zur Verwirklichung der allgemeinen Ziele des Vertrags ist der Gemeinschaft in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g) die Aufgabe übertragen worden, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (ErwG 2 FKVO S. 1)

Dr. Romina Polley 6

**Sinn und Zweck der Fusionskontrolle/
Rechtspolitischer Hintergrund der FKVO (4)**

- **EuGH entwickelte Gebot eines effektiven Wettbewerbsschutzes**

„Der in den Art. 3 und 85 EWG-Vertrag geforderte unverfälschte Wettbewerb setzt das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) auf dem Markt voraus; es muß also soviel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden“

(EuGH 25.10.1977 Rechtssache 26/76 Rn. 20 - „SABA II“)

Bedürfnis für die Schaffung einer Fusionskontrolle auf EG-Ebene

- Steigende Zahl von Unternehmenszusammenschlüssen als Gefahr für Funktionieren des Binnenmarktes - **Abbau von Handelshemmnissen mit fusionskontrollrechtlichen Mitteln**
- **Notwendigkeit einer Harmonisierung** durch Implementierung eines Fusionskontrollregimes auf EG-Ebene
 - Fehlende Effektivität nationaler Fusionskontrollregime bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen
 - **Rechtszersplitterung** infolge unterschiedlicher nationaler Regime führte zu **Rechtsunsicherheit**

➔ **Einführung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 (FKVO)**

Dr. Romina Polley 7

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (1)

Primärrecht
(EUV und AEUV)

DVO

FKVO

Erwägungserinde und
Protokollerklärungen

Leitlinien,
Mittteilungen und
Bekanntmachungen

Entscheidungen
der
Europäischen
Gerichte (EuG
und EuGH)

**Verordnung (EG) Nr. 139/2004
des Rates vom 20. Januar 2004**

- Ermächtigung zum Erlass in Art. 103 (ex Art. 83) und 352 AEUV (ex Art. 308)
- Inhalt:
 - Schwellenwerte
 - Definition Zusammenschluss
 - Umsatzberechnung
 - SIEC- Test
 - Verfahren
 - Entscheidungsbefugnisse
 - Fristen
 - Ermittlungsbefugnisse und Sanktionen
 - Verweisungen

Dr. Romina Polley 8

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (2)

Durchführungsverordnung Nr. 802/2004

- Ermächtigung zum Erlass in Art. 23 Abs. 1 FKVO
- Inhalt: verfahrensrechtliche Fragen
 - Drei Formblätter im Anhang
 - Recht der Parteien auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht
 - Keine Ermächtigung der Kommission zur Erhebung von Anmeldegebühren

© 2019 Romina Polley Dr. Romina Polley 9

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (3)

Kommissionsmitteilungen (1)

- **Inhalt:** Zusammenfassung der bisherigen Fallpraxis als Hilfestellung für zukünftige Einzelfälle
- **Unterschiedliche Bezeichnung** als „Leitlinie“, Mitteilung oder Bekanntmachung **ohne inhaltliche oder gar rechtliche Relevanz**
- Als **Rechtsauffassungen** der Kommission keine Bindungswirkung gegenüber Europäischen Gerichten
- **Selbstbindung** der Kommission (vgl. EuGH, Slg. 1987, 901 Rn. 22)
 - Aber: kein Vertrauensschutz hinsichtlich des unveränderten Fortbestehens der dargestellten Praxis

© 2019 Romina Polley Dr. Romina Polley 10

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (4)

DVO

FKVO

Einkaufspreise- und Produktlastfragen

Leitlinien, Mitteilungen und Bekanntmachungen

Hinrichtungen der europäischen Gesetzgeber und EuGH

Kommissionsmitteilungen (2)

- Bedeutung der Kommissionsmitteilungen für die beteiligten Unternehmen sowie im deutschen Recht

Bedeutung für die beteiligten Unternehmen

 - Müssen iRd Prüfung ihres Vorhabens auch die jeweiligen Mitteilungen berücksichtigen
 - Bußgeldvorwürfe sind für ein Verhalten, das mit Mitteilung übereinstimmt, iE ausgeschlossen

Keine Bindungswirkung gegenüber Behörden und Gerichten der Mitgliedsstaaten

 - Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Anwendung der FKVO (Art. 21 Abs. 2 FKVO)
 - Aus der Existenz von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 (sowie gleichlautend § 22 Abs. 2 Satz 1 GWB) lässt sich aber schließen, dass für die Fusionskontrolle keine derartige Konvergenzverpflichtung besteht

Dr. Romina Polley
11

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (5)

Kommissionsmitteilungen im Überblick

Zuständigkeitsfragen

Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfrage (2007)

- Instruktiv insbesondere zur Auslegung des Zusammenschlussbegriffes
- Umsatzberechnung
- Beteiligte Unternehmen

Materielle Beurteilung

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse

Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse

Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes

Verfahrensfragen und Remedies

Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse

Mitteilung über die Verweisung von Fusionsachen

Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen

Dr. Romina Polley
12

Rechtsquellen der EU-Fusionskontrolle (6)

Erwägungsgründe und Protokollerklärungen und die weiteren Rechtsquellen

- Protokollerklärungen und ErwG lediglich Auslegungsregeln mit faktischer Relevanz / Selbstbindung
- Aber: faktische Autorität der **Erwägungsgründe** wird durch Art. 2 Abs. 1 FKVO besonders hervorgehoben

- **Entscheidungen** der Europäischen Gerichte (EuG und EUGH)
 - Zwar: über den jeweiligen Einzelfall hinaus keine formelle Bindungswirkung (*inter partes/erga omnes*)
 - Aber: faktische Bindung (vgl. auch EG 26 FKVO „Orientierung“)
 - Bsp.: 3 Aufhebungsentscheidungen des EuG als Stein des Anstoßes für Reform der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2002 und 2003 (Airtours; Schneider Electric und Tetra Laval)

Dr. Romina Polley
13

Exkurs: Materialien/Rechtsquellen im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle

Tätigkeitsbericht

- §§ 35 ff GWB Formelle und materielle Fusionskontrolle in Deutschland
- Gem. § 53 I 1 GWB muss BKartA **alle zwei Jahre** über seine Tätigkeit sowie die Entwicklung auf seinem Tätigkeitsgebiet Bericht erstatten

- Veröffentlichung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit
- Wechselt sich mit Tätigkeitsbericht der Monopolkommission (§ 44 I) alljährlich ab
 - **Inhaltlicher Aufbau:**
 - **Erster Abschnitt: Wettbewerbspolitische Lage** wettbewerblichen **Entwicklungen** in den Bereichen Fusionskontrolle, Marktmissbrauchsaufsicht sowie Kartelle und Kooperationen
 - Im **zweiten** Abschnitt wird auf die **einzelnen Wirtschaftsbranchen** eingegangen
 - **dritter** Abschnitt: Vergaberecht/Vergabekammern
 - **Vierter** Abschnitt: statistische Auswertungen und Übersichten

Merkblätter und Bekanntmachungen (Verwaltungsgrundsätze iSv § 53 I 3 GWB)

- Rechtsnatur: Verwaltungsrichtlinien über die eigene Verwaltungspraxis entfallen iVm dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG Außenwirkung. (Selbstbindung der Verwaltung)
 - **Merkblatt:** zur Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle; zur deutschen Fusionskontrolle
 - Bekanntmachung zu den Auswirkungen der 2. Inlandsumsatzschwelle auf die Ausnahmeregelungen beim Erwerb von Immobilien
 - Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle
 - Grundsätze zur Anwendung des Verweisungsregimes der FKVO
 - Standards für ökonomische Gutachten
 - Mustertexte

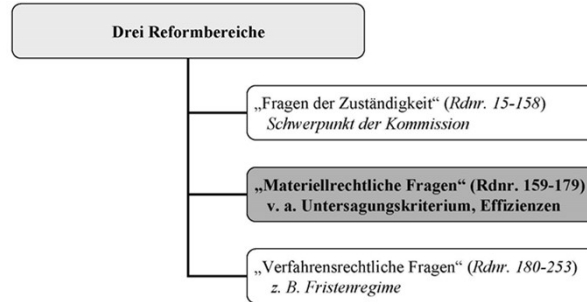
Dr. Romina Polley
14

„More economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle (1)

• Der „more economic approach“ („MEA“) als Kern der Reform der EU-Fusionskontrolle

- ❖ „The most far-reaching reform of European merger control since the adoption of the EC Merger Regulation“ (Monti 2002)

Der Startpunkt: Das Grünbuch der Kommission von 2001



Dr. Romina Polley

15

„More economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle (2)

- Entwicklung des MEA als Ergebnis einer zunehmenden ökonomischen Fundierung der Beurteilung von Zusammenschlüssen
- Ausgelöst durch Kritik an GE/Honeywell-Entscheidung und 3 Aufhebungsurteile des EuG

Drei Aufhebungsurteile des EuG im Jahr 2002

Airtours gegen Kommission (6.6.2002), *Schneider Electric gegen Kommission* (22.10.2002), *Tetra Laval gegen Kommission* (25.10.2002)

Grundlegende Gemeinsamkeiten:

- Intensive Überprüfung der ökonomischen Analyse der Kommission durch EuG
- Deutliche Kritik an ökonomischer Argumentation sowie an Umgang mit Beweismaterial
- EuG als „economic expert“ anstelle Beurteilungsspielraum für die Kommission

➔ Gestiegene Beweisanforderungen („standard of proof“), später bestätigt durch EuGH im Berufungsurteil zu *Tetra Laval* im Februar 2005.

Große Bedeutung für den Reformprozess: Kommission verschiebt Schwerpunkt auf ökonomische Fundierung der EU-Fusionskontrolle

Dr. Romina Polley

16

„More economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle (3)

Verfahrensänderungen und Reorganisation der GD Wettbewerb

u. a. Verlängerungen der Fristen (Art. 10 FKVO), erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Kommission (Art. 11, 13 FKVO), Neufassung des Anmeldeformulars („Form CO“)
 „Chief Competition Economist“ (Prof. Röller 2003-2006, aktuell Tommaso Valletti) mit Stab, neues Beratergremium „European Advisory Group on Competition Policy“ (EAGCP)

Fallpraxis (vor und nach Inkrafttreten der neuen FKVO im Mai 2004)

Zunehmende Anwendung quantitativer Methoden und neuer ökonomischer Theorien
 z. B. Oracle/PeopleSoft (2004), GE/Instrumentarium (2004), Sony/BMG (2004)
 Gestiegener Verfahrensaufwand, ausführlichere Anmeldungen, längere Pränotifizierungsphase

Bestätigung des gestiegenen Beweisstandards durch EuG/EuGH

Tetra Laval (2005): hoher Standard für Untersagung
 Impala (2006): symmetrischer Standard für Freigaben und Verbote

„More economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle (4)

MEA als Wandel von einem (formalen) Strukturansatz zur Analyse der (zu erwartenden) ökonomischen Effekte im Einzelfall (sog. „effects based approach“)

- Eröffnet der Kommission Spielraum für Berücksichtigung positiver Effekte (sog. Effizienzen), wird in der Praxis aber zurückhaltend genutzt
- Aber: GlaxoSmithKine-Entscheidung des EuGH (2009)

Probleme und offene Fragen

- **Beweisanforderungen für ökonomische Modelle („standard of proof“)**
 - Eindeutige Simulationsergebnisse sind selten
 - Allgemeines Problem: Modelle notwendigerweise vereinfacht
 - damit Angreifbarkeit der Annahmen und u. U. konkurrierende Modelle
 - Asymmetrie zu Lasten desjenigen, der etwas positiv beweisen muss
 - betrifft Wettbewerbseffekte ebenso wie Effizienzgewinne
 - betrifft Freigaben und Verbote (Impala-Urteil von 2006)



Rechtssicherheit bei komplexer Einzelfallbetrachtung in Gefahr

Fusionskontrollverfahren in Grundzügen (1) Anmeldung bei der zuständigen Behörde

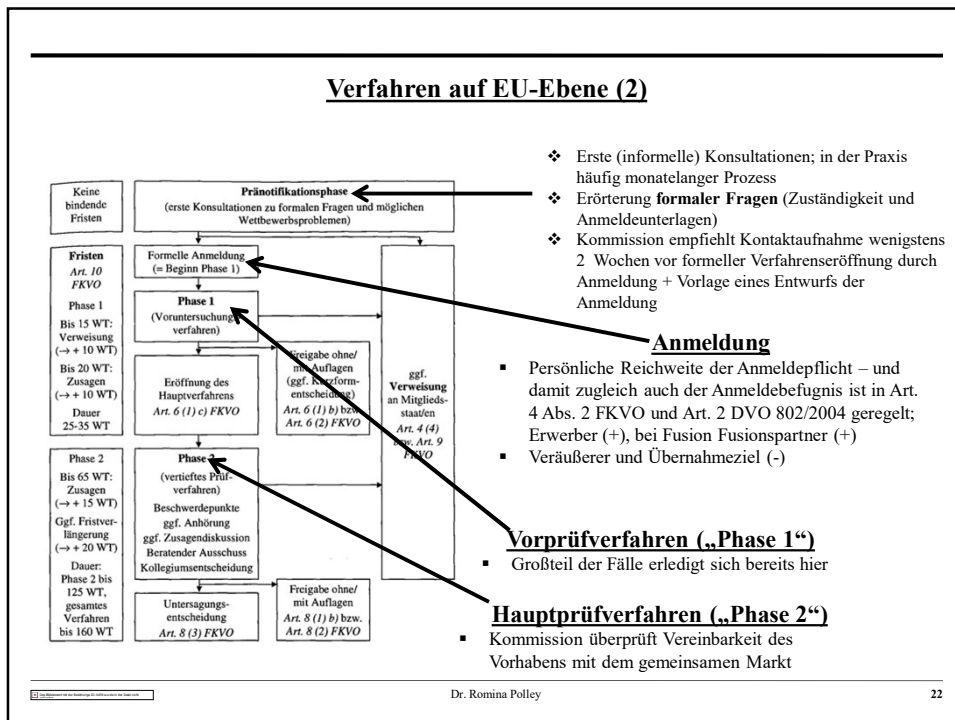
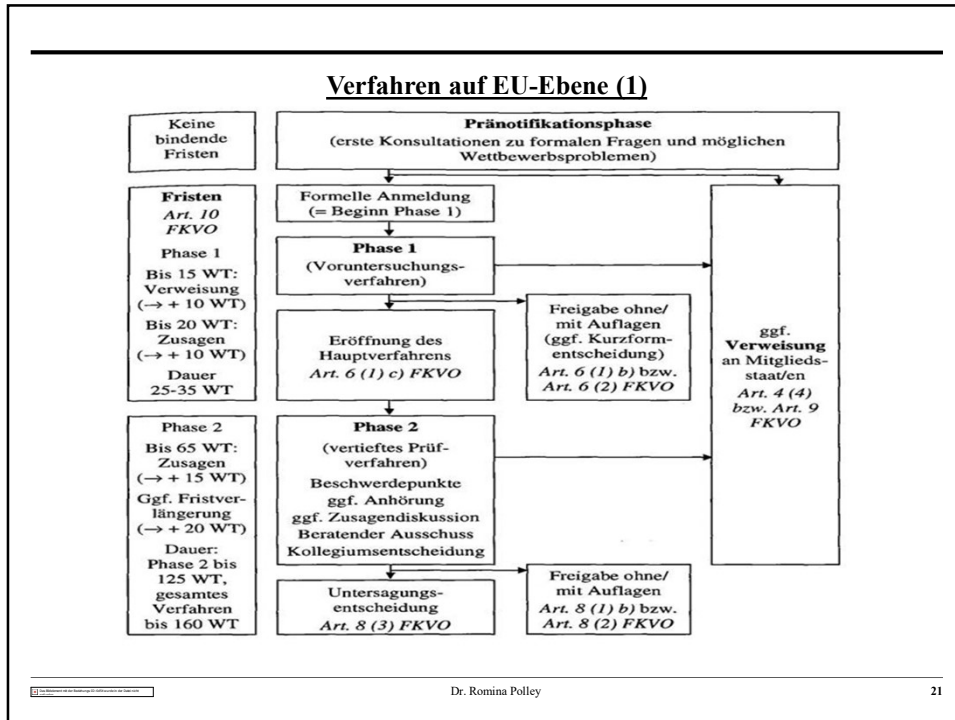
„Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne dieser Verordnung sind nach Vertragsabschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung und vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden“
(Art. 4 Abs. 1 FKVO)

- FKVO nach dem **Prinzip der einzigen Anlaufstelle** ausgestaltet („one-stop-shop“)
Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen (Art. 21 Abs. 2 FKVO)
- Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung - Ansonsten Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden (Subsidiaritätsprinzip)
- Aber: Für Zusammenschluss ohne gemeinschaftsweite Bedeutung Möglichkeit einer Verweisung an die Kommission
 - Setzt entsprechenden Antrag voraus
 - Möglich sowohl auf **Initiative der Unternehmen** (bereits vor Anmeldung bei nationaler Behörde, Art. 4 Abs. 5 FKVO) als auch der **Mitgliedstaaten** (erst nach Anmeldung, Art. 22 Abs. 1 FKVO)

Fusionskontrollverfahren in Grundzügen (2) Aufbau und Inhalt der Anmeldeunterlagen Form CO

Abs.	Titel	Beschreibung
1	Beschreibung des Zusammenschlusses	- Kurzübersicht über das Zusammenschlussvorhaben - Zusammenfassung für die Kommissions-Website
2	Beteiligte Unternehmen	Angaben zu den Anmeldern, den beteiligten Unternehmen und den rechtlichen Vertretern
3	Einzelheiten des Zusammenschlusses	- Art des Zusammenschlusses - Wert der Transaktion, wirtschaftliche Beweggründe - Umsätze der beteiligten Unternehmen
4	Eigentumsverhältnisse und Kontrolle	v. a. Konzernstrukturen und Beteiligungen
5	Erläuternde Unterlagen	Auflistung der vorzulegenden Unterlagen wie Gesellschaftsverträge, Jahresabschlüsse, Analysen und Studien
6	Markdefinitionen	- Einschätzung der Unternehmen zur sachlichen und räumlichen Marktbegrenzung - Kriterien für die Betroffenheit von Märkten
7	Angaben zu den betroffenen Märkten	- Schätzungen über die Gesamtgröße des Marktes, die Umsätze der Fusionsparteien, die Marktanteile und die HHI-Werte - Einfuhren von außerhalb und zwischenstaatlicher Handel innerhalb des EWR - Vertriebswege, vertikale Integration
8	Allgemeine Bedingungen in den betroffenen Märkten	- Angebotsstruktur auf den betroffenen Märkten - Nachfragestruktur auf den betroffenen Märkten - Markteintritte - Bedeutung von Forschung und Entwicklung - Art und Umfang von bestehenden Kooperationsvereinbarungen
9	Gesamtsituation des Marktes und Effizienzgewinne	- weltweiter Kontext, Auswirkungen auf technischen Fortschritt - freiwillige Angaben zu Effizienzgewinnen
10	Kooperative Wirkungen eines GU	- ggf. Aktivitäten der Muttergesellschaften und deren angenommene Auswirkungen

- Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings
- Detailliertes Formblatt („Formblatt CO“)
 - Von entscheidender Bedeutung: Kriterien für die Betroffenheit von Märkten in Abs. 6.1 III.
 - Von diesen Anteilsschwellen hängt ab, zu welchen Märkten die Kommission in den Abschnitten 7 und 8 detaillierte Angaben anfordert (Filter für die weiteren Untersuchungen)
 - Erheblicher Aufwand für die Unternehmen
 - Erforderliche Angaben „relativ umfangreich“ (Abs. 1.1)
 - Hinzukommt: Unterlagen nach Art. 3 (2) DVO in 35facher Ausfertigung einzureichen
 - Hinweise auf Anmeldungen im Amtsblatt veröffentlicht



Verfahren nach dem GWB (1)

§ 40 GWB

(1) Das Bundeskartellamt darf einen Zusammenschluss, der ihm angemeldet worden ist, nur untersagen,

wenn es den anmeldenden Unternehmen innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung mitteilt, dass es in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. Das Hauptprüfverfahren soll eingeleitet werden, wenn eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist.

(2) Im Hauptprüfverfahren entscheidet das Bundeskartellamt durch Verfügung, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird. Wird die Verfügung nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung den anmeldenden Unternehmen zugestellt, gilt der Zusammenschluss als freigegeben. Die Verfahrensbeteiligten sind unverzüglich über den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung zu unterrichten. Dies gilt nicht, wenn

1. die anmeldenden Unternehmen einer Fristverlängerung zugestimmt haben,
2. das Bundeskartellamt wegen unrichtiger Angaben oder wegen einer nicht rechtzeitig erteilten Auskunft nach § 39 Absatz 5 oder § 59 die Mitteilung nach Absatz 1 oder die Untersagung des Zusammenschlusses unterlassen hat,
3. eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland entgegen § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 6 nicht mehr benannt ist.

(3) Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

Dr. Romina Polley 23

Verfahren nach dem GWB (2)

```

graph TD
    A[Pränotifizierungsphase] --> B[Anmeldung]
    B --> C[Phase 1 1 Monat]
    C --> D{Weitere Prüfung erforderlich?}
    D -- ja --> E[Hauptprüfverfahren endet spätestens 4 Monate nach Anmeldung]
    D -- nein --> F[✓]
    E --> G{Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs?}
    G -- ja --> H[X]
    G -- nein --> I[✓]
    
```

- Zuständigkeit des BKartA gem. § 40 Abs. 1 GWB für das Fusionskontrollverfahren
- Pränotifizierungsphase im deutschen Verfahren eher die Ausnahme

Dr. Romina Polley 24

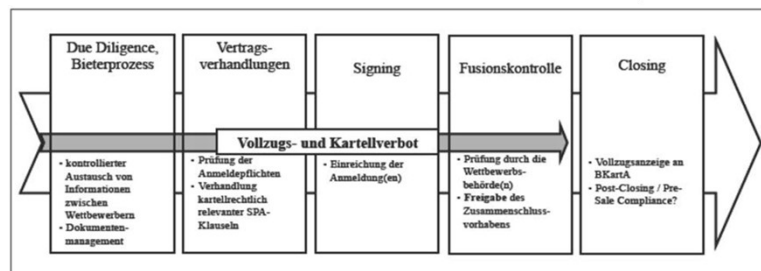
Fusionskontrolle aus Unternehmenssicht (1)

Kartellrechtliche Risiken im Rahmen von Unternehmenstransaktionen

- Verstoß gegen das Vollzugsverbot (Vollzug ohne die erforderliche fusionskontrollrechtliche Freigabe)
- Verstoß gegen die allg. kartellrechtlichen Regelungen in Art. 101, 102 AEUV beim Austausch von Informationen mit Wettbewerbern

- Nicht zu unterschätzende **Bedeutung von Compliance** in diesem Bereich
 - Zeigt bereits Höhe drohender Bußgelder (bis zu 10% des im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen)
 - Verhaltensanforderungen im Transaktionskontext (im Vergleich zu sonstigen kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen) verhältnismäßig einfach in den Griff zu bekommen, weil Rechtsabteilung involviert
- **Zeitpunkt**
 - Beachte: Notwendigkeit von kartellrechtlichen Überlegungen schon lange vor Anmeldung (insbesondere bei hoch komplexen Transaktionen)

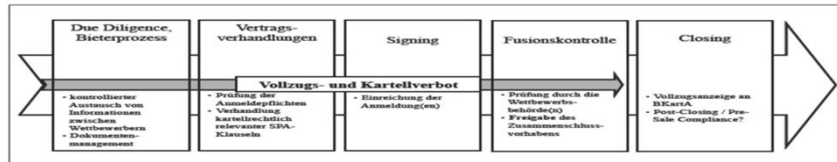
Fusionskontrolle aus Unternehmenssicht (2)



Prüfung Anmeldepflicht, Vollzugsverbot sowie Vertragsgestaltung und Informationsaustausch

- 1) Liegt ein „Zusammenschluss“ vor?
- 2) Sind die anwendbaren Schwellenwerte erfüllt ?
- 3) Welche Wettbewerbsbehörde ist zuständig? Ggf. multi-jurisdiktionale Anmeldung
- 4) Risikoverteilung im Kaufvertrag
- 5) Vorbereitung der erforderlichen Anmeldung, ggf. informelle Abstimmung mit Kartellbehörde(n)
- 7) Einreichung der Anmeldung bei der/den zuständigen Kartellbehörde(n)

Fusionskontrolle aus Unternehmenssicht (3)



Vertragsgestaltung Unternehmenskaufvertrag - „conditions precedent to closing“

- „Der Vollzug dieses Vertrages steht unter der aufschiebenden Bedingung des Vorliegens der erforderlichen fusionskontrollrechtlichen Freigaben [in den Ländern A, B, C und D]“
- Vorsicht bei der Vereinbarung von **Wettbewerbsverboten**
 - im Rahmen eines Unternehmenskaufs zulässig, soweit sie mit diesem unmittelbar verbunden und für dessen Durchführung notwendig sind (sog. „ancillary restraints“).
 - Zusatz „to the extent permitted by law“ hilft nicht (vgl. Kom. „Telefónica/Portugal Telecom“)
- Vorsicht bei Austausch wettbewerblich sensibler Informationen mit potentiellen/ aktuellen Wettbewerbern (während der gesamten Transaktion) im Rahmen der Due Diligence

Vollzugsverbot (1)

Verbot des Vollzuges vor Freigabe oder Fristablauf im europäischen und deutschen Fusionskontrollrecht

- Art. 7 FKVO / § 41 GWB: **Vollzugsverbot**
- „Ein Zusammenschluss [...], der von der Kommission geprüft werden soll, darf nicht vollzogen werden, bis er [...] für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.“
- „Die Unternehmen dürfen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben ist, nicht [...] vollziehen.“

„Vollzug“ = Durchführungshandlung

- In Art. 7 FKVO/ § 41 GWB nicht näher definiert; nicht nur die Anteils- oder Vermögensübertragung
- Teleologische Auslegung
 - Jede Veränderung der Marktstruktur oder das strategische Wirtschaftsverhalten der neuen Einheit betreffende Handlung
 - Jede faktische Veränderung der Kontrollsituation
- Auch Teilakte des Vollzuges erfasst, aber keine reinen Vorbereitungshandlungen (Abgrenzung im Einzelfall schwierig)



Durchführungshandlung vor Freigabe oder Fristablauf durch die zuständige Behörde ist verboten (sog. „gun jumping“)

Vollzugsverbot (2)

„Vollzug“ = Durchführungshandlung

Beachte: Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 2 und 3 FKVO/ § 41 Abs. 1 (a), 2 GWB

- **Öffentliches Übernahmeangebot/Rechtsgeschäfte mit Wertpapieren**
 - Enthält 2 Regelungen: Ausnahme ipso iure und Ausnahme auf Antrag
 - Unverzüglichkeit
- **Befreiung vom Vollzugsverbot**
 - Statuiert Möglichkeit einer Interessenabwägung
 - „Der Antrag auf Befreiung muss mit Gründen versehen sein“ (z.B. drohende Insolvenz)
 - Zusammenschluss darf nicht wettbewerblich problematisch sein

Vollzugsverbot (3)

Do's and Dont's

Teilnahme des Erwerbers an Geschäftsführersitzungen des Zielunternehmens	⊘	Verstoß gegen das Vollzugsverbot.
Teilweise oder vollständige Umsetzung der Integration , z.B. durch Personalumbau, Unternehmensrestrukturierung, Produktanpassungen, Übertragung von Know-How	⊘	Verstoß gegen das Vollzugsverbot.
Informationsaustausch über wettbewerbsrelevante Themen wie Strategie, Preise, Kunden; auch einseitige Informationsübermittlung des Zielunternehmens an den Erwerber	⊘	(Möglicher) Verstoß gegen Art. 101 AEUV / § 1 GWB
Vereinzelte Informationsveranstaltungen allgemeiner Art auf der Führungsebene und/oder Mitarbeiterebene	✓	Kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot.
Gemeinsame Analyse bzw. Auslotung von Synergiepotentialen und erforderlichen Integrationsmaßnahmen (z.B. Feststellung des Status quo)	✓	Kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot, so lange die Pläne noch nicht aktiv umgesetzt werden.
Zustimmungsvorbehalte für Maßnahmen, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs	?	Einzelfallprüfung erforderlich.
Zustimmungsvorbehalt für sonstige Geschäftsentscheidungen des Zielunternehmens oder Einräumung von Vetorechten für Maßnahmen der Geschäftsführung	⊘	Ausübung von Kontrolle und damit Vollzugshandlung.

Vollzugsverbot (4) Rechtsfolgen eines Verstoßes

- Art. 7 FKVO / § 41 GWB: **Zivilrechtliche Nichtigkeitfolge**
 - „Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind unwirksam.“
- Art. 7 und 8 FKVO / § 41 GWB: **Entflechtungsmöglichkeiten**
 - „Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist von der Entscheidung der Kommission abhängig. [...] Bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann [...] die Kommission geeignete Maßnahmen treffen, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen.“
 - „Das Bundeskartellamt ordnet [...] die Auflösung des Zusammenschlusses [...] an.“
- Art. 14 FKVO / § 81 GWB: **Geldbuße**
 - „Die Ordnungswidrigkeit kann [...] mit einer Geldbuße [...] geahndet werden. Die Geldbuße darf 10 vom Hundert des im [...] vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens nicht überschreiten.“



Dr. Romina Polley

31

Vollzugsverbot (5) Geldbußen nach Art. 14 Abs. 2 FKVO

- Bußgelder gem. Art. 14 FKVO
- Anmeldepflicht und Vollzugsverbot als Eckpfeiler einer präventiven Fusionskontrolle
- ❖ **Tatbestandsvoraussetzungen: Objektiver und subjektiver (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) Tatbestand**
 - Keine allzu hohen Anforderungen für die Annahme von Fahrlässigkeit (auch in komplexen Fällen wird zumindest erwartet, sich rechtzeitig mit der Kommission ins Benehmen zu setzen)
 - Beachte: in zwei Kommissionsfällen (s.u.) wurde Anmeldepflicht durch einen nicht auf den ersten Blick erkennbaren faktischen Controllerwerb ausgelöst; Beteiligung verblieb dabei unterhalb von 50%
- ❖ **Bußgeldrahmen und Kriterien der Bußgeldbemessung**
 - Bis zu 10% des Gesamtkonzernumsatzes der beteiligten Unternehmen
 - Ermessen hinsichtlich der konkreten Bemessung
 - In der Entscheidungspraxis der Kommission jüngst 2x EUR 20 Mio.



Dr. Romina Polley

32

Geldbußen bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot

Fall Marine Harvest/Morpol (Kommission, Entscheidung 30.09.2013 COMP/M.6850 (Geldbuße von EUR 10 Mio.; EuG, 26.10.2017 bestätigt)

- Durch Erwerb von 48,5 % der Anteile *de facto* alleinige Kontrolle
- Argument: verhaltene Teilnahme an der Hauptversammlung (Präsenzzahlen) + breite Streuung der übrigen Unternehmensanteile
- Bei künftigen Hauptversammlungen sei von Monopol auszugehen (zukunftsbezogener Ansatz der Kommission)

Rechtssache Electrabel (durch den EuGH bestätigt: 03.07.2014 - C-84/13 P)

- Vollzug bereits durch Erhöhung der Anteile an CNR auf 49,95 % des Kapitals und 47,92 % der Stimmrechte (Ende 2003)
- Brachte Electrabel ungeachtet ihrer Stellung als Minderheitsaktionärin, faktisch die alleinige Kontrolle ein
- Nach Anmeldung im März 2008 (Electrabel ging davon aus faktische Kontrolle erst 2007 erworben zu haben) Freigabe durch die Kommission

BKartA hatte 2009 Bußgeld iHv € 4,13 Mio. gegen das Unternehmen Druck- und Verlagshaus Frankfurt am Main GmbH (DuV) verhängt

- Nach Angaben des BKartA hätten bei der Bußgeldbemessung insbesondere die «Untersagungsnähe des Zusammenschlusses», die schwere Form des Vorsatzes sowie die Finanzkraft des Konzerns eine Rolle gespielt