

Professor Dr. Peter Krebs**Arbeitsgliederung - Kartellrecht****Gliederungsvorschlag für die deutsche Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB**

Obersatz: Zu prüfen ist, ob ein vom Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 GWB zu untersagender Zusammenschluss vorliegt.

A Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB**I. Grundsatz der Sperrwirkung der Europäischen Fusionskontrolle gemäß FKVO**

Für Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung sperrt die europäische Fusionskontrolle die nationale Fusionskontrolle gemäß Art. 21 Abs. 3 FKVO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 FKVO und § 35 Abs. 3 GWB. Die nationale Zweidrittelklausel (Art. 1 Abs. 2 2. HS FKVO und Art. 1 Abs. 3 2. HS FKVO) sollte, wenn sie vorliegt, vorgezogen werden.

(näher Gliederungsvorschlag Europäische Fusionskontrolle gemäß FKVO)

II. Sonderzuständigkeiten gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO; Art. 9 FKVO; Art. 21 Abs. 4 FKVO; Art. 22 FKVO (näher Gliederungsvorschlag Europäische Fusionskontrolle unter C).**III. Anwendung auf Zusammenschlüsse außerhalb Deutschland gemäß § 130 Abs. 2 GWB**

Voraussetzung: Nicht unerhebliche Auswirkungen in Deutschland (§ 35 Abs. 1 GWB reicht hierfür grundsätzlich aus).

B Generelle Umsatzschwellen für die beteiligten Unternehmen (Aufgreifschwelen) § 35 GWB i.V.m. §§ 36, 38 GWB**I. Beteiligte Unternehmen (materiell Beteiligte)****1. Unternehmen**

- allgemeiner kartellrechtlicher Unternehmensbegriff funktional (nicht privat, nicht hoheitlich)
- verbundene Unternehmen als ein Unternehmer (§ 36 Abs. 2 GWB)
- Person/Personenvereinigung mit Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen als Unternehmen (§ 36 Abs. 3 GWB „Lex Flick“)

2. Grundfall
Das erwerbende bzw. die erwerbenden Unternehmen und das erworbene Unternehmen, nicht das veräußernde Unternehmen.

3. Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Hier sind es die an der Kontrolle beteiligten Unternehmen und das kontrollierte Unternehmen (bei einem Gemeinschaftsunternehmen ist dieses nur zu berücksichtigen, wenn es vor dem Vorgang schon bestand).

II. Schwellenwerte § 35 Abs. 1 GWB

1. Kumulativ erforderliche Werte
 - a) weltweiter Umsatz zusammen mehr als 500 Millionen Euro gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB und
 - b) mindestens ein beteiligtes Unternehmen mit mehr als 25 Millionen Euro Umsatz im Inland gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB
2. Berechnung
 - a) Maßgeblicher Nettoumsatz § 38 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. § 277 HGB ohne § 38 Abs. 1 S. 2 GWB – keine Innenumsätze keine Verbrauchssteuern.
 - b) Mehrmütterkonzernklausel § 36 Abs. 2 S. 2 GWB
Zurechnung aller Mütter eines Konzerns zur Tochter
 - c) Modifizierte Berechnung für Presse, Handel, Kreditinstitute, Versicherungen § 38 Abs. 2 bis Abs. 4 GWB,
Handel $\frac{3}{4}$ des Umsatzes (§ 38 Abs. 2 GWB)

C Privilegierte Vorgänge § 35 Abs. 2 GWB (Bagatellfusion)

I. Anschlussklausel

Anschluss eines selbständigen Unternehmens mit unter 10 Millionen Euro Umsatz an andere Unternehmen (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Gilt gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 GWB nicht für Pressefusionen

II. Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB)

1. Mindestens 5 Jahre alter Markt
2. Unter 15 Millionen Euro Umsatz für Gesamtmarkt im letzten Kalenderjahr

Hinweis: Anders als vor 2005 kann ausweislich § 19 Abs. 2 S. 3 GWB der Markt weiter als die Bundesrepublik sein.

D Zusammenschluss § 37 GWB

I. Vermögenserwerb § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

1. Erwerb des Vermögens (asset deal) eines Unternehmens ganz oder zum wesentlichen Teil
Ein Teilerwerb des Vermögens ist wesentlich, wenn dies für die Marktstellung wesentlich ist (abstrakt generelle Betrachtung) z.B. bei Lizenzerwerb
2. Erwerbsformen
Keine Einschränkung z. B. Kauf, Schenkung, Erbfall, Erwerb in der Zwangsversteigerung, Umwandlung, Verschmelzung.

II. Kontrollerwerb § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

1. Kontrolle ist rechtlich oder tatsächlich bestimmender Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens
2. Nicht nur vorübergehend und umfassend
3. Einzelkontrolle (sole control) oder gemeinsame Kontrolle (joint control = Gemeinschaftsunternehmen). Gemeinsame Kontrolle dann, wenn grundlegende Entscheidungen nicht gegen einen entschieden werden können.

Exkurs: Gemeinschaftsunternehmen

Anders als nach der FKVO (Art. 3 Abs. 4) bedarf es keines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens für die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle. Diese Weite der Fusionskontrolle führt nicht zu einer Erleichterung bei Gemeinschaftsunternehmen, da grundsätzlich eine zweite Kontrolle gemäß Art. 101 AEUV, § 1 GWB eingreift (Doppelkontrolle). Konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen mit Vollfunktion unterfallen jedoch lediglich der (deutschen) Fusionskontrolle. Dies gilt nicht für wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden.

Eine Besonderheit des deutschen Rechtes ist auch die fiktive Teilfusion der Muttergesellschaften auf dem konkreten Markt der Tochtergesellschaft (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB)

Ende des Exkurses

III. Anteilserwerb § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB

(str., ob Spezialität gegenüber Nr. 2, im Regelfall ohne Bedeutung)

1. Kapital- oder Stimmrechte
2. Beteiligungsschwellen 25 % und 50 %
3. Zuzurechnende Beteiligung § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB (Privatbesitz, treuhänderische Anteile, besondere schuldrechtliche Vereinbarungen)

4. Fiktion der Teilfusion der Muttergesellschaften für den konkreten Markt eines Gemeinschaftsunternehmens § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB (sog. Gruppeneffekt)

IV. Wettbewerblich erheblicher Einfluss § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB
z.B. Minderheitsbeteiligung von 24 % bei entsprechenden Stimmrechten oder entsprechender konstanter (!) niedriger Hauptversammlungspräsenz

V. Mehrfache Prüfung bei Verstärkung der Stellung notwendig § 37 Abs. 2 GWB

VI. Ausnahmen vom Zusammenschluss

1. Keine wesentliche Verstärkung der schon bestehenden Unternehmensmacht § 37 Abs. 2 GWB

Dies ist möglich bei Schwellenwerten z.B. von 24 %, erfasst nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, zu 25 %; wesentliche Verstärkung soll immer dann vorliegen, wenn sich die Rechtsstellung verstärkt (Vermutung der intensiveren Nutzung der Rechtsstellung).

2. Bankenklausel § 37 Abs. 3 GWB

Erwerb nur zur Weiterveräußerung binnen eines Jahres, wobei das Stimmrecht nicht ausgeübt wird.

E Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung § 36 Abs. 1 GWB

I. Marktbeherrschung entspricht § 19 Abs. 2 GWB

Problem Aufholfusion (Gegengift)

II. Vermutungen des § 19 Abs. 3 GWB nach h.M. analog anwendbar

III. Dynamische Betrachtung für die nähere Zukunft

IV. Kausalität des Zusammenschlusses für Veränderung der Marktstruktur

Widerlegung bei Sanierungsfusion möglich, wenn erworbenes Unternehmen sonst aus dem Markt ausscheiden würde und dies zu einer noch größeren Verstärkung von Marktmacht oder zumindest einer gleichwertigen Verstärkung führen würde.

F Abwägung mit Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (Abwägungsklausel) gemäß § 36 Abs. 1 GWB

Gilt für Verbesserung auf beherrschten oder auch auf dritten Märkten. Dabei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.) zu beachten.

G Ministererlaubnis § 42 Abs. 1 GWB

Industriepolitische Entscheidung möglich (erst nach wirksamer Entscheidung des Bundeskartellamts kann offiziell die Ministererlaubnis beantragt werden). Vor der Entscheidung ist die Monopolkommission zu hören (§§ 44 ff. GWB).

Hinweis: Eine Erlaubnis wurde erst sieben Mal erteilt.

H Verfahrensablauf vor dem Bundeskartellamt

I. Zuständigkeit des Bundeskartellamts gemäß § 48 Abs. 1, 2 GWB

II. Anmeldepflicht der beteiligten Unternehmen und des Veräußeres gemäß § 39 Abs. 3 GWB

Wer nicht anmeldet, muss selbst bei offensichtlich fehlender Marktbeherrschung mit einem Bußgeld rechnen. Gleiches gilt bei Verletzung des bis zum Abschluss des Verfahrens geltenden Vollzugsverbots.

III. Vorprüfungsverfahren gemäß § 40 Abs. 1 GWB maximal einen Monat. Abschluss des Vorprüfungsverfahrens durch Unterlassen (automatische Freigabe), ausdrückliche Freigabeentscheidung oder Öffnung des Hauptprüfverfahrens

IV. Hauptprüfverfahren gemäß § 40 Abs. 2 GWB

- Dauer: grundsätzlich bis vier Monate (§ 40 Abs. 2 GWB)
- Beteiligte: Die anmeldepflichtigen Beteiligten gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB; Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, werden auf Antrag als Beigeladene beteiligt (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB)
- Abschluss des Hauptprüfverfahrens durch
 - a) Zeitablauf (automatische gesetzliche Freigabe durch Unterlassen)
 - b) ausdrückliche Freigabe
 - c) Freigabe mit Bedingungen oder Auflagen
 - d) Untersagung.

I Entscheidungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes/des Bundeswirtschaftsministers

- I. Automatisches vorläufiges Vollzugsverbot § 41 Abs. 1 GWB bis zur Entscheidung
Das Vollzugsverbot kann auf Antrag gemäß § 41 Abs. 2 GWB bei wichtigen Gründen aufgehoben werden.
- II. Endgültige Untersagung § 40 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GWB i.V.m. § 36 Abs. 1 GWB
- III. Entflechtung bei durchgeführtem Zusammenschluss § 41 Abs. 3 GWB
- IV. Unwirksamkeit von Vollzugsverträgen ohne Freigabe oder Befreiung vom Vollzugsverbot

gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 GWB mit Ausnahme gemäß § 41 Abs. 1 S. 3 GWB (eingetragene Unternehmensverträge und eingetragene Grundstücksgeschäfte soweit sie durch Eintragung rechtswirksam geworden sind)
- V. Freigabeverfügung § 40 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GWB im Hauptverfahren/im Vorprüfungsverfahren

Freigabe häufig mit Bedingungen oder Auflagen § 40 Abs. 3 S. 1 GWB (z.B. Veräußerungsaufgabe, Auflage der Beseitigung von Marktzutrittsschranken, Erteilung von Lizenzen an Konkurrenten bei gewerblichen Schutzrechten).

Bedingung: Freigabe wird nur wirksam, wenn die Bedingung erfüllt wird (aufschieben bedingt)

Auflage: Nichterfüllung der Auflage beeinträchtigt nicht unmittelbar die Freigabe. Die Freigabe kann aber unter Umständen widerrufen werden. Wichtig ist, dass Auflagen zur Verhaltenskontrolle unzulässig sind.
- VI. Freigabefiktion im Vorverfahren § 40 Abs. 1 S. 1 GWB (Monatsfrist).
- VII. Freigabefiktion im Hauptverfahren § 40 Abs. 2 S. 2 GWB (vier Monate nach Eingang der vollständigen Unterlagen).
- VIII. Widerruf oder Änderung einer Freigabe § 40 Abs. 3 a GWB bei unrichtigen Angaben, Arglist oder Verstoß gegen Auflagen.
- IX. Bußgeldbescheid (§ 81 Abs. 2 GWB) bei Verstoß gegen Pflichten des GWB oder Anordnungen des Bundeskartellamts.

J Rechtsmittel

- I. Beschwerde der Beteiligten zum Oberlandesgericht § 63 GWB

(beim Bundeskartellamt in Bonn ist dies das Oberlandesgericht Düsseldorf).

- Frist ein Monat § 66 GWB
- Beschwerdeberechtigt: Berechtig sind gemäß § 63 Abs. 2 GWB die Beteiligten gemäß § 54 Abs. 2, Abs. 3 GWB
- Beteiligte: Dies sind gemäß § 67 GWB Beschwerdeführer, Bundeskartellamt, Personen, deren Interessen erheblich gerührt werden, auf Antrag (§ 63 Abs. 2 GWB i.V.m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB)

II. Weitere Beschwerde (Rechtsbeschwerde) zum Bundesgerichtshof § 74 GWB gegen Entscheidung des Oberlandesgerichtes bzw. Nichtzulassungsbeschwerde (§ 75 GWB). Frist ein Monat, zur Rechtsbeschwerde befugt sind die am Beschwerdeverfahren Beteiligten, geprüft wird nur eine Verletzung materiellen Rechts oder prozessuale Rechte der Beteiligten (§ 76 GWB).

III. Rechtsmittel gegen Bußgeldbescheid: Einspruch gemäß § 83 GWB.