

Deutsche Fusionskontrolle

von

Dr. Jens-Olrik Murach

Rechtsanwalt

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 13600 1](http://ESV.info/978_3_503_13600_1)

ISBN 978 3 503 13600 1

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2012

www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO Norm 9706.

Gesetzt aus der Stempel Garamond, 9/11 Punkt

Satz: Peter Wust, Berlin

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Eine M&A-Transaktion, also eine Fusion zweier Unternehmen oder der Erwerb einer Unternehmensbeteiligung oder des Vermögens eines Unternehmens, ist ein komplexer rechtlicher Prozess, bei dem typischerweise gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche, arbeitsrechtliche oder steuerliche Aspekte zu berücksichtigen sind. Zahlreiche M&A-Transaktionen unterliegen zudem der Fusionskontrolle und bedürfen der Freigabe durch die zuständigen Kartellbehörden, die prüfen, ob die Transaktion zu Wettbewerbsbeschränkungen führt.

Die deutsche Fusionskontrolle hat einen weiten Anwendungsbereich. Nicht nur die Umsatzschwellen für ihre Anwendbarkeit sind im internationalen Vergleich niedrig, auch ist der Begriff des fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlusses im deutschen Recht weiter als in fast allen anderen Rechtsordnungen. Er erfasst insbesondere bestimmte bloße Minderheitsbeteiligungen. Vor diesem Hintergrund werden jährlich – je nach Wirtschaftslage – mehr als 1.000 Zusammenschlüsse beim BKartA angemeldet.

Wenn das deutsche Fusionskontrollrecht anwendbar ist, darf die Transaktion nicht vor Freigabe durch das BKartA vollzogen werden. Vollzugshandlungen, die ohne die vorherige Freigabe vorgenommen werden, sind zivilrechtlich unwirksam und erfüllen den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit, für deren Begehung das BKartA ein hohes Bußgeld verhängen kann. Ist die unter Verstoß gegen das Vollzugsverbot vollzogene Transaktion mit dem materiellen Fusionskontrollrecht nicht vereinbar, ordnet das BKartA deren Auflösung (Entflechtung) an.

Vor diesem Hintergrund sollten bei der Planung einer M&A-Transaktion die Anwendbarkeit der deutschen (und auch anderer) Fusionskontrolle(n) und die wettbewerblichen Auswirkungen rechtzeitig geprüft werden. Ein materiell komplexer Fall kann ein langwieriges Verfahren von mehreren Monaten zur Folge haben und den Vollzug der Transaktion für diesen Zeitraum hemmen. In kritischen Fällen kann es erforderlich sein, gegenüber dem BKartA Zusagen zu machen, um eine ansonsten drohende Untersagung zu verhindern. Dies ändert meist die wirtschaftliche Grundlage der Transaktion.

Das vorliegende Werk behandelt die gesamte komplexe Materie des deutschen Fusionskontrollrechts. Es erläutert wann ein Fusionskontrollverfahren durchzuführen ist, welche Aspekte bei der Prüfung durch das BKartA von Bedeutung sind und wie das Verfahren abläuft. Da Buch berücksichtigt bereits den im Juli 2011 vom BKartA vorgelegten Entwurf für einen neuen Leitfaden zur Marktbeherrschung sowie die vom BMWi am 1. August 2011 veröffentlichten Eckpunkte zur im Jahr 2013 anstehenden 8. GWB-Novelle.

Die deutsche Fusionskontrolle ist nur anwendbar, wenn nicht die EU-Fusionskontrolle vorrangig eingreift. Insoweit werden auch die für die Kompetenzverteilung zwischen dem BKartA und der Europäischen Kommission relevanten Aspekte des europäischen Fusionskontrollrechts sowie die Vorschriften über die Verweisung von Fällen dargestellt.

Ich hoffe, das Werk ist eine für die Praxis nützliche Arbeitshilfe. Für Anregungen und Kritik über den Verlag oder direkt an mich unter jens-olrik@murach.de bin ich sehr dankbar.

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Vorwort	5	
Inhaltsverzeichnis	7	
Abkürzungen und abgekürzt zitierte Literatur	13	
Einführung	19	1
Allgemeines Prüfungsschema	21	10
§ 1 Vorrang der EU-Fusionskontrolle	23	11
A. Zusammenschlüsse nach der FKVO	23	14
I. Fusion	24	16
II. Kontrollerwerb	25	20
III. Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen	26	28
B. Ausnahmen vom Zusammenschlusstatbestand	29	38
I. Bankenklauseel	29	39
II. Insolvenzklauseel	30	43
III. Erwerb durch Beteiligungsgesellschaft	30	45
C. Gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses	31	47
D. Flussdiagramm zur gemeinschaftsweiten Bedeutung	33	57
E. Schaubild zum Vorrang der EU-Fusionskontrolle	34	58
F. Verfahren und Prüfungsmaßstab	34	59
G. Verweisung zwischen EU- und nationaler Fusionskontrolle	35	63
I. Verweisung von Kommission zum BKartA	36	65
II. Verweisung vom BKartA zur Kommission	37	69
§ 2 Zusammenschluss nach dem GWB	39	70
A. Unternehmen als Adressaten der Fusionskontrolle	39	72
B. Vermögenserwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB	41	84
I. Erwerb des gesamten Unternehmensvermögens	42	89
II. Erwerb eines Teils des Unternehmensvermögens	43	92
C. Kontrollerwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	45	104
I. Begriff der Kontrolle	45	106
II. Dauerhafter Kontrollwechsel	46	110
III. Wege des Kontrollerwerbs im Überblick	47	115
IV. Erwerb alleiniger Kontrolle	47	117
1. Eigentums- oder Nutzungsrechte am Vermögen	48	120
2. Mehrheitsbeteiligung	48	125
3. Minderheitsbeteiligung	49	127
4. Unternehmensverträge	49	130
5. Sonstige Wege des Kontrollerwerbs	50	133

V.	Gemeinsame Kontrolle durch mehrere Unternehmen.	50	134
1.	Begriff der gemeinsamen Kontrolle.	51	136
2.	Gleichberechtigte Anteilseigner.	51	137
3.	Ungleich verteilte Stimmrechte (Blockaderechte)	51	139
4.	Ausschlaggebende Stimme/Schlichtungsverfahren	52	143
D.	Anteilswerb, § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	53	145
I.	Erreichen der relevanten Beteiligungsschwellen.	54	151
II.	Mittelbarer Anteilswerb.	55	158
III.	Anteilswerb durch Mehrere (GU)	56	164
E.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	57	168
I.	Beteiligung unter 25 %	57	171
II.	Erhebliche Einflussnahme mit Wettbewerbsbezug	58	172
F.	Besondere Erwerbskonstellationen	60	181
I.	Erwerbsoptionen	60	181
II.	Wirtschaftliche Zurechnung/Treuhänderischer Anteilswerb..	61	188
G.	Einschränkungen und Ausnahmen vom Zusammenschlussbegriff	62	194
I.	Zusammenschluss bereits zusammengeschlossener Unternehmen	62	195
1.	Zweitzusammenschluss.	63	196
2.	Wesentliche Verstärkung der Unternehmensverbindung ...	64	202
II.	Bankenklausel.	64	204
H.	Zusammenfassende Übersicht zum Zusammenschluss	67	214
§ 3	Aufgreifschwelle der deutschen Fusionskontrolle	69	215
A.	Überblick über Umsatzschwellenwerte und Ausnahmen	69	216
B.	Berechnung der relevanten Umsätze	70	218
I.	Beteiligte Unternehmen	70	219
II.	Zurechnungstatbestände	71	228
III.	Zu berücksichtigende Positionen.	73	237
IV.	Zeitraum und Zeitpunkt	73	241
V.	Geografische Zuordnung des Umsatzes	74	244
VI.	Umsätze in bestimmten Wirtschaftsbereichen	74	247
1.	Warenhandel – Dreiviertel der Umsätze	74	247
2.	Presse- und Rundfunk – Zwanzigfache Umsätze.	75	252
3.	Finanzwirtschaft	76	257
4.	Versicherungswirtschaft	77	261
C.	Ausnahmetatbestände	77	263
I.	De-minimis-Ausnahme.	78	264
II.	Bagatellmarkt-Ausnahme	79	272
1.	Besonderheiten bei der Marktdefinition	80	275
2.	Nur deutsches Marktvolumen	81	283
D.	Inlandsauswirkung.	82	285

§ 4	Materielle Fusionskontrolle	85	291
A.	Prüfungsschema	85	293
B.	Marktdefinition	85	294
I.	Sachlich relevanter Markt	86	297
	1. Bedarfsmarktkonzept	87	302
	a. Sicht der Marktgegenseite	87	304
	b. Funktionale Austauschbarkeit	88	307
	c. Berücksichtigung besonderer Marktgegebenheiten	89	308
	2. Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität	91	319
	3. Besonderheiten bei Nachfragemärkten	91	323
II.	Räumlich relevanter Markt	92	327
C.	Marktbeherrschung	93	334
I.	Einzelmarktbeherrschung	94	340
	1. Monopol	95	344
	2. Fehlen wesentlichen Wettbewerbs (Quasi-Monopol)	96	348
	3. Überragende Marktstellung	97	350
	a. Marktanteil	98	355
	aa. Berechnung des Marktanteils	99	356
	bb. Bewertung des Marktanteils	100	362
	b. Finanzkraft und überlegene Ressourcen	102	370
	c. Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten/ Sortimente	104	381
	d. Verflechtungen mit anderen Unternehmen	105	388
	e. Marktzutrittsschranken	106	391
	f. Tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerb	107	392
	g. Marktgegenmacht	107	397
	h. Marktphase	108	399
	i. Substitutionswettbewerb	108	402
	4. Gesamtschau aller Strukturfaktoren	109	403
	5. Nachfragemarktbeherrschung	110	408
	6. Widerlegbare Vermutung der Einzelmarktbeherrschung	111	412
II.	Gemeinsame Marktbeherrschung	111	415
	1. Fehlender Innenwettbewerb	113	423
	2. Fehlender Außenwettbewerb	115	431
	3. Widerlegbare Oligopolvermutung	116	433
D.	Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung	116	436
I.	Prognoseentscheidung	117	438
II.	Kausalität/Sanierungsfusion	118	443
III.	Marktbeherrschung bei Dritten	120	451
IV.	Zusammenschlusstatbestand und Ressourcenzurechnung	121	454
V.	Begründung der Marktbeherrschung	122	460
	1. Begründung einer Einzelmarktbeherrschung	122	461
	2. Begründung gemeinsamer Marktbeherrschung	123	463
VI.	Verstärkung der Marktbeherrschung	124	466
	1. Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung	124	467
	2. Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung	125	470
VII.	Prüfung unterschiedlicher Zusammenschlusskonstellationen	125	473

1.	Horizontale Zusammenschlüsse	126	474
2.	Vertikale Zusammenschlüsse	129	485
3.	Konglomerate Zusammenschlüsse.....	129	489
4.	Gemeinschaftsunternehmen.....	131	493
E.	Abwägung wettbewerblicher Vor- und Nachteile (Abwägungsklausel)	132	497
§ 5	Freigabe mit Nebenbestimmungen	135	508
A.	Allgemeine Voraussetzungen.....	135	510
B.	Eingeschränkte Ermessenentscheidung.....	136	514
C.	Auflagen und Bedingungen	136	515
D.	Inhaltliche Anforderungen.....	138	520
E.	Typische Arten der Nebenbestimmungen und ihre Handhabung.....	139	524
I.	Veräußerungsverpflichtungen.....	139	525
II.	Verpflichtung zur Marktöffnung	140	534
III.	Einflussbeschränkung	141	536
§ 6	Fusionskontrollverfahren	143	537
A.	Anmeldeobligenheit	143	541
B.	Vollzugsverbot	145	546
I.	Verbotene Vollzugshandlungen	145	548
II.	Befreiung vom Vollzugsverbot.....	146	555
III.	Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot.....	149	565
1.	Schwebende Unwirksamkeit	149	565
2.	Bußgeld.....	149	568
3.	Auflösung des Zusammenschlusses (Entflechtung).....	150	572
4.	Vorgehen bei versäumter Anmeldung.....	152	581
C.	Planung und Einreichung der Anmeldung	153	583
I.	Vorbereitende Kontaktaufnahme zum BKartA	153	584
II.	Zeitpunkt der Anmeldung	153	586
III.	Pflichtangaben in der Anmeldung	154	589
1.	Beschreibung des Zusammenschlusses	155	591
2.	Identität der Beteiligten und Umsätze.....	155	593
3.	Marktanteile.....	156	598
4.	Inlandsvertreter	156	603
IV.	Weitere Angaben	157	604
V.	Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben.....	157	607
1.	Ordnungswidrigkeit	157	607
2.	Widerruf oder Änderung der Freigabe/Entfallen der Freigabefiktion	158	611
D.	Verfahren nach Einreichung der Anmeldung.....	158	612
I.	Veröffentlichung	158	612
II.	Prüfung und Bewertung des Sachverhalts durch das BKartA... ..	159	613

1.	Informelle Nachfrage	159	615
2.	Auskunftsersuchen über Marktanteile und Umsätze.....	159	616
3.	Allgemeines formelles Auskunftsersuchen	160	621
III.	Vorprüfverfahren (Phase I).....	161	628
1.	Nichtuntersagung oder Monatsbrief	162	629
2.	Monatsfrist für die Eröffnung des Hauptprüfungsverfahrens	162	633
IV.	Hauptprüfverfahren (Phase II).....	164	639
1.	Fristen und Dauer	164	641
2.	Entscheidung des BKartA	165	648
a.	Freigabe mit oder ohne Nebenbestimmungen.....	165	649
b.	Widerruf oder Änderung der Freigabe	166	651
c.	Untersagung.....	166	653
V.	Anzeige des nach Freigabe vollzogenen Zusammenschlusses...	168	657
VI.	Beiladung Dritter	168	658
1.	Voraussetzungen für die Beiladung	168	661
2.	Ermessensentscheidung	169	665
VII.	Akteneinsicht	170	671
VIII.	Gebühren für das Verfahren.....	171	678
§ 7	Ministererlaubnis	175	687
A.	Formelle Voraussetzungen	176	690
B.	Entscheidung	176	694
I.	Interessen der Allgemeinheit/Gesamtwirtschaftliche Vorteile ..	177	695
II.	Abwägung.....	178	699
III.	Auflagen und Bedingungen.....	179	704
C.	Verfahren	180	707
D.	Widerruf und Änderung der Erlaubnis	181	714
E.	Rechtsmittel	181	715
§ 8	Rechtsmittel	183	720
A.	Kein Rechtsschutz gegen „Entscheidungen“ im Vorprüfverfahren	183	720
B.	Beschwerde gegen Entscheidungen im Hauptprüfverfahren .	183	723
I.	Zulässigkeitsfragen.....	184	725
1.	Statthaftigkeit.....	184	725
2.	Beschwerdebefugnis	184	726
3.	Formelle Beschwer	185	731
4.	Materielle Beschwer	186	736
5.	Bei Erledigung: Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde	187	739
6.	Rechtsschutzbedürfnis	188	745
7.	Form und Frist.....	188	746
8.	Beteiligung am Beschwerdeverfahren	189	749
9.	Einstweiliger Rechtsschutz.....	189	750
II.	Begründetheit.....	190	754
1.	Untersuchungsgrundsatz	190	755

2. Entscheidung des OLG	191	758
III. Beschwerden gegen sonstige Verfügungen	192	766
IV. Rechtsbeschwerde	192	769
Anhang	195	
A. Mustertext für aufschiebende Bedingungen	197	
B. Mustertext für auflösende Bedingungen	203	
C. Mustertext für Auflagen	211	
D. Mustertext Treuhändervertrag	219	
E. Mitteilung zur Behandlung nachträglich angemeldeter Zusammenschlüsse	225	
F. Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen	227	
Stichwortverzeichnis	253	