

Hendrik Kühn

Nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 22

Hendrik Kühn

Nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle



Nomos

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

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4403-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8660-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Gesellschafts-, Versicherungs- und Regulierungsrecht.

Die Liste der Menschen, die mich bei der Entstehung dieser Arbeit unterstützt haben und denen ich aus diesem und anderen Gründen zu Dank verpflichtet bin, ist lang. Ich bitte daher um Verständnis, dass an dieser Stelle nur die wichtigsten Personen namentlich erwähnt werden:

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater *Herrn Prof. Dr. Torsten Körber*. Ich habe ihm nicht nur für die ausgezeichnete Betreuung dieser Dissertation zu danken, sondern insbesondere auch für vier wunderbare Dienstjahre an seinem Lehrstuhl. Einen besseren »Chef« in fachlicher wie menschlicher Hinsicht hätte ich mir nicht wünschen können.

Mein zweiter Dank gilt *Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga* für die Zweitkorrektur meiner Dissertation. Ich fühle mich geehrt durch die positive Beurteilung eines Wissenschaftlers seiner Reputation.

Von Herzen danke ich meinen Eltern, Schwestern und Schwägern. Bei der Entstehung dieser Arbeit und weit darüber hinaus nehmen ihre Unterstützung und Ihr Rückhalt einen ganz besonderen Platz ein. Hervorheben möchte ich dabei meinen Vater *Dr. rer. pol. Bruno Kühn*, der jede meiner Arbeiten korrekturgelesen hat. Vor allem aber hat sein Vorbild an beruflicher und familiärer Integrität mich geprägt und motiviert.

Ein ganz besonderer Dank gilt meiner Frau *Svenja Kühn* für ihren Zuspruch, ihre Geduld und ihr Verständnis über so viele Jahre. Ihr Anteil an der Entstehung dieser Arbeit kann nicht hoch genug geschätzt werden.

Last but not least sei meine Tochter *Mieke Kühn* erwähnt. Nicht nur hat ihre »Ankunft« den notwendigen letzten Anschub zur Fertigstellung und Abgabe dieser Arbeit gegeben. Auch vermochte sie es, selbst den größten Dissertations-Frust mit einem Kinderlächeln vergessen zu machen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------------------|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 23 | |
| 1. Teil | Einleitung und Grundlagen | 27 |
| A. | Einleitung | 27 |
| B. | Die Fusionskontrolle im (europäischen) Kartellrecht | 30 |
| C. | Begriff und Einordnung von Minderheitsbeteiligungen | 33 |
| | I. Arten von Minderheitsbeteiligungen | 34 |
| | 1. Kontrollierende Minderheitsbeteiligungen | 34 |
| | 2. Nicht kontrollierende aktive Minderheitsbeteiligungen | 35 |
| | 3. Nicht kontrollierende passive Minderheitsbeteiligungen | 36 |
| | 4. Sonstige Differenzierungsmöglichkeiten | 37 |
| | II. Verwandte Phänomene | 37 |
| D. | Nationale Fusionskontrollregeln für Minderheitsbeteiligungen | 38 |
| | I. Österreich | 38 |
| | II. Vereinigtes Königreich | 39 |
| | III. Deutschland | 42 |
| | IV. USA | 45 |
| | V. Schlussfolgerungen | 50 |
| E. | Legislatives Ausweitungsvorhaben auf europäischer Ebene | 51 |
| | I. Der Fall Ryanair/Aer Lingus | 52 |
| | II. Weißbuch der Kommission | 54 |
| F. | Ökonomische Grundlagen von Minderheitsbeteiligungen | 55 |
| | I. Schadenstheorien (»Theories of Harm«) | 55 |
| | 1. Horizontale Effekte | 56 |
| | a) Unilaterale Effekte | 56 |
| | aa) Passive unilaterale Effekte (Finanzielle Interessen) | 57 |
| | (1) Verzicht auf aggressive Wettbewerbsvorstöße | 57 |
| | (2) Absenkung der Wettbewerbsintensität | 58 |
| | (3) Relevante Faktoren | 58 |
| | (a) Erforderliche (Markt-)Strukturen | 59 |
| | (b) Art des Wettbewerbs | 61 |

| | |
|---|----|
| (aa) Bertrand-Wettbewerb (Preiswettbewerb) | 61 |
| (bb) Cournot-Wettbewerb (Mengenwettbewerb) | 62 |
| (c) Widerstreitende »Real World Faktoren« | 63 |
| (aa) Informationsdefizite | 63 |
| (bb) Fehlende Realisierungsmöglichkeit der Gewinnbeteiligung | 64 |
| (cc) Ausblendung irrationalen Verhaltens von Marktteilnehmern | 65 |
| (dd) Vorrang eigener Marktstellung | 65 |
| (ee) Qualitäts- und Innovationswettbewerb | 66 |
| (4) Fazit | 66 |
| b) Aktive unilaterale Effekte (Einfluss auf das Zielunternehmen) | 66 |
| (1) Verstärkung passiver Effekte | 67 |
| (2) Aktive Effekte | 67 |
| (a) Negative Beeinflussung | 67 |
| (b) Positive Beeinflussung | 68 |
| (c) Relevante Faktoren | 69 |
| (aa) Erforderliche (Markt-)Strukturen | 69 |
| (bb) Einflussmöglichkeit durch Zusatzrechte | 70 |
| (3) Fazit | 71 |
| b) Koordinierte Effekte | 72 |
| aa) Erhöhung der Markttransparenz | 74 |
| (1) Passive Minderheitsbeteiligungen | 74 |
| (2) Aktive Minderheitsbeteiligungen | 75 |
| bb) Reaktionsverbundenheit der Unternehmen (Anreizstärkung zur Koordination) | 75 |
| (1) Passive Minderheitsbeteiligungen | 76 |
| (a) Reaktionsverbundenheit durch gesteigerte Markttransparenz | 77 |
| (b) Anreizänderung aufgrund unilateralen Effekte | 77 |
| (aa) Widerstreitende Anreize des Zielunternehmens | 77 |
| (bb) Verhaltensanreize bei gegenseitiger Verflechtung | 78 |

| | |
|---|----|
| (cc) Reaktionen der übrigen Oligopolisten | 79 |
| (dd) Notwendigkeit der Verflechtung aller Oligopolmitglieder? | 79 |
| (c) »Signalwirkung« von Minderheitsbeteiligungen | 81 |
| (2) Aktive Minderheitsbeteiligungen | 82 |
| (a) Reaktionsverbundenheit durch gesteigerte Markttransparenz | 82 |
| (b) Einfluss auf Verhaltenskonformität des Zielunternehmens | 83 |
| (c) Realfaktoren | 83 |
| cc) Fazit: Koordinierte Effekte | 84 |
| c) Gefahr »Schleichender Übernahmen« | 86 |
| 2. Vertikale Effekte | 86 |
| a) Abschottungseffekte bei »echter« vertikaler Integration | 87 |
| aa) Abschottung von Einsatzmitteln (Input foreclosure) | 88 |
| bb) Abschottung von Kunden (Customer foreclosure) | 88 |
| b) Abschottungseffekte infolge von Minderheitsbeteiligungen | 88 |
| aa) Vorwärtsbeteiligung | 89 |
| (1) Passive Beteiligung | 90 |
| (a) Input foreclosure | 90 |
| (b) Customer foreclosure | 91 |
| (2) Aktive Beteiligung | 91 |
| (a) Input foreclosure | 91 |
| (b) Customer foreclosure | 92 |
| bb) Rückwärtsbeteiligung | 93 |
| (1) Passive Beteiligung | 94 |
| (a) Input foreclosure | 94 |
| (b) Customer foreclosure | 94 |
| (c) Sonstige antikompetitive Effekte | 95 |
| (2) Aktive Beteiligung | 95 |
| (a) Input foreclosure | 95 |
| (b) Customer foreclosure | 96 |
| cc) Zwischenfazit | 97 |
| 3. »Konglomerate Effekte« (Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs) | 98 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|---------|--|-----|
| a) | Beteiligung an potentiellern Wettbewerber | 98 |
| b) | Beteiligung an Wettbewerber | 99 |
| II. | Quantitative Analyse | 100 |
| 1. | MHHI | 101 |
| 2. | PPI | 102 |
| 3. | Würdigung | 103 |
| III. | Zwischenergebnis | 104 |
| | | |
| 2. Teil | Anlass, Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit (»Ob«) einer Ausweitung der FKVO | 106 |
| | | |
| A. | Praktische Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen (Anlass) | 107 |
| I | Statistische Analyse der Kommission | 109 |
| 1. | Relevante Fallzahlen mit Binnenmarktdimension | 109 |
| a) | Zephyr-Datenbank | 109 |
| b) | Fallpraxis der mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden | 110 |
| c) | Fallpraxis der Kommission | 111 |
| d) | Schlussfolgerungen | 112 |
| 2. | Fallzahlen und Untersagungsstatistik in Deutschland | 113 |
| II. | Fallpraxis der Kommission | 114 |
| 1. | Horizontal | 115 |
| a) | Thyssen Krupp | 115 |
| b) | »AXA/GRE« | 116 |
| c) | »Exxon/Mobil« | 117 |
| aa) | Deutscher Erdgasmarkt | 117 |
| bb) | Deutscher Einzelhandel-Kraftstoffmarkt | 118 |
| cc) | Schlussfolgerungen | 119 |
| d) | »VEBA/VIAG« | 120 |
| aa) | Beteiligungsgeflecht | 121 |
| bb) | Entscheidung | 122 |
| cc) | Schlussfolgerungen | 123 |
| e) | »Allianz/Dresdner« | 124 |
| f) | »Nordbanken/Postgirot« | 126 |
| g) | »Siemens/VA Tech« | 126 |
| aa) | Finanzielle Anreize | 127 |
| bb) | Wettbewerbsvorteil durch Informationszugang | 128 |
| cc) | Entscheidung | 128 |
| h) | »Toshiba/Westinghouse« | 129 |

| | | |
|-----|--|-----|
| i) | »Ryanair/Aer Lingus« | 131 |
| j) | »Glencore/Xstrata« | 134 |
| 2. | Vertikal – »IPIC/MAN Ferrostaal« | 136 |
| 3. | Schlussfolgerungen | 138 |
| B. | Bestehen einer Schutzlücke in der FKVO (Notwendigkeit der Ausweitung) | 141 |
| I. | FKVO | 142 |
| 1. | Die Erfassung von Minderheitsbeteiligungen durch die FKVO | 142 |
| a) | Berücksichtigung von Minderheitsbeteiligungen im Rahmen von Zusammenschlüssen | 142 |
| b) | Unmittelbare Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen | 144 |
| aa) | Der Kontrollbegriff | 144 |
| bb) | Alleinige Kontrolle (»Sole Control«) | 146 |
| (1) | Rechtliche Kontrolle (»de jure control«) | 147 |
| (2) | Faktische Kontrolle (»de facto control«) | 148 |
| cc) | Gemeinsame Kontrolle (»Joint Control«) | 150 |
| dd) | Stufenerwerb | 152 |
| 2. | Schlussfolgerungen | 153 |
| II. | Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV | 154 |
| 1. | Verhältnis von allgemeinem Kartellrecht und Fusionskontrolle | 155 |
| a) | Verhältnis von allgemeinem Kartellrecht und FKVO | 155 |
| b) | Verhältnis von allgemeinem Kartellrecht und nationalem Fusionskontrollrecht | 156 |
| 2. | Anwendung auf den Beteiligungserwerb | 157 |
| a) | Art. 101 AEUV | 157 |
| aa) | Die »Philip Morris Doctrine« | 157 |
| (1) | Gegenstand der Entscheidung | 158 |
| (2) | Die Feststellungen des EuGH | 159 |
| (3) | Weiterentwicklung der Philip Morris Doctrine | 162 |
| (a) | »Gillette/Wilkinson« | 162 |
| (b) | »BT/MCI« | 163 |
| (4) | Zwischenfazit | 165 |
| bb) | Das Vereinbarungserfordernis im Falle »nackter« Anteilserwerbe | 165 |
| (1) | Problemkonstellation: Der sukzessive Anteilserwerb über die Börse | 166 |

| | |
|---|-----|
| (2) Lösungsansätze | 168 |
| (a) Erfordernis einer zusätzlichen Grundvereinbarung | 168 |
| (b) »Nackter« Anteilserwerb als taugliche Vereinbarung i.S.d. Art. 101 AEUV | 169 |
| (c) Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung als Anknüpfungspunkt des Art. 101 AEUV | 172 |
| (3) Stellungnahme | 173 |
| cc) Das Erfordernis der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung | 176 |
| dd) Nichtigkeit als Rechtsfolge | 180 |
| ee) Fazit | 180 |
| b) Art. 102 AEUV | 181 |
| aa) Der Missbrauchstatbestand des »Marktstrukturmissbrauchs« | 181 |
| (1) Der Fall »Continental Can« | 181 |
| (2) Die Philip Morris Doctrine | 182 |
| (3) Der Gillette-Fall | 183 |
| (4) Schlussfolgerungen | 184 |
| bb) Die Beschränkung des Adressatenkreises auf marktbeherrschende Unternehmen | 186 |
| (1) Ansätze zur Ausweitung des Anwendungsbereichs | 186 |
| (2) Kollektive Marktbeherrschung als »Lückenfüller« | 187 |
| (a) Gemeinsame Marktbeherrschung | 187 |
| (b) Missbrauch durch einzelne Oligopolisten | 189 |
| (c) Zwischenfazit | 189 |
| (3) Fazit | 190 |
| c) Schlussfolgerungen | 190 |
| 3. Anwendung auf das spätere Marktverhalten | 191 |
| a) Verhaltensbasierte Natur der Schadenstheorien | 192 |
| aa) Passive unilaterale Effekte | 192 |
| bb) Aktive unilaterale Effekte | 193 |
| cc) Koordinierte Effekte | 193 |
| dd) Vertikale Effekte | 194 |
| ee) Konglomerate Effekte | 194 |
| ff) Fazit | 194 |
| b) Anwendbarkeit der Art. 101 und 102 AEUV auf nachträgliche Verhaltensweisen | 195 |

| | | |
|------|---|-----|
| aa) | Aktive unilaterale Effekte und Informationsaustausch | 195 |
| bb) | Passive unilaterale Effekte | 196 |
| cc) | Vertikale Effekte | 197 |
| dd) | Koordinierte Effekte | 197 |
| ee) | Zwischenergebnis | 198 |
| c) | Effektivitätsgesichtspunkte | 198 |
| III. | Nationales Fusionskontrollrecht | 201 |
| IV. | Fazit | 203 |
| C. | Effizienzsteigerung des Wettbewerbsschutzes (Sinnhaftigkeit einer Ausweitung) | 204 |
| I. | Der wirkungsbezogene, auf Konsumentenwohlfahrt ausgerichtete Ansatz der Kommission | 204 |
| II. | Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich der bestehenden Schadenstheorien | 205 |
| 1. | Verhaltensbasierte Wettbewerbseffekte | 205 |
| a) | Beweisanforderungen | 206 |
| b) | »Drei-Stufen-Test« | 207 |
| aa) | Vertikale Abschottungseffekte | 208 |
| (1) | Fähigkeit | 208 |
| (2) | Anreiz | 209 |
| (3) | Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb | 210 |
| (4) | Zwischenfazit | 211 |
| bb) | Einflussnahme auf das Zielunternehmen im Horizontalverhältnis | 212 |
| (1) | Fähigkeit | 213 |
| (2) | Anreiz | 213 |
| (3) | Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb | 214 |
| cc) | Verhinderung von Markteintritten/Effizienzsteigerungen mittels Übernahme durch Dritte | 215 |
| 2. | Koordinierte Effekte | 216 |
| 3. | Passive unilaterale Effekte | 218 |
| 4. | Schlussfolgerungen | 220 |
| III. | Validierung anhand der Ryanair-Entscheidung | 221 |
| 1. | Be- bzw. Verhinderungsmöglichkeit effizienzsteigernder Unternehmenszusammenschlüsse | 223 |
| a) | Abschreckung von Interessenten durch die Gegenwart des Minderheitsgesellschafters | 224 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|---------|--|-----|
| b) | Blockademöglichkeit notwendiger Kapitalerhöhungen oder sonstiger Spezialresolutionen (z.B. Restrukturierungsmaßnahmen) | 224 |
| c) | Befunde der Competition Commission | 225 |
| aa) | Argumentation der Competition Commission | 225 |
| bb) | Wertung | 226 |
| 2. | Blockademöglichkeit von Kapitalerhöhungen | 228 |
| 3. | Behinderung der Optimierung des Heathrow-Slot-Portfolios | 229 |
| 4. | Behinderungen durch die Wahrscheinlichkeit weiterer Übernahmeversuche | 231 |
| 5. | Schlussfolgerungen | 232 |
| D. | Sonstige Argumente für eine Ausweitung der FKVO | 233 |
| I. | Argument fehlender Effizienzgewinne | 233 |
| 1. | Effizienzgewinne | 234 |
| 2. | Nicht-wettbewerbswidrige Motive für Minderheitsbeteiligungen | 235 |
| a) | Pre-merger Holdings | 236 |
| b) | Blocking Holdings | 237 |
| c) | Controlling Holdings | 238 |
| d) | Diversification Holdings | 238 |
| e) | Proxy Agreements | 239 |
| f) | Fazit | 240 |
| 3. | Fragwürdigkeit des Effizienzarguments | 241 |
| 4. | Fazit | 242 |
| II. | Stärkung des One-Stop-Shop-Grundsatzes | 243 |
| E. | Schlussfolgerungen | 245 |
| | | |
| 3. Teil | Ausgestaltung (»Wie«) einer ausgeweiteten FKVO-Kompetenz | 248 |
| | | |
| A. | Aufgreifkompetenz | 249 |
| I. | Zusammenschlussbegriff | 249 |
| 1. | Entwurf der Kommission: Wettbewerbsrelevante Verbindung | 250 |
| a) | Strukturelle Verknüpfung (»Link«) | 251 |
| b) | Wettbewerbliche Komponente (»competitive«) | 251 |
| c) | Kompetitive Erheblichkeit (»significant«) | 252 |

| | |
|---|-----|
| d) Schlussfolgerungen | 253 |
| 2. Erkenntnisse aus der Anwendungspraxis zu § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB | 254 |
| a) Der Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses | 255 |
| aa) Gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung | 257 |
| (1) Drei Konstellationen gesellschaftsrechtlicher Vermittlung | 258 |
| (a) Originärer Beteiligungserwerb | 258 |
| (b) Aufstockung der Beteiligung bzw. Erwerb (weiterer) Zusatzrechte | 259 |
| (c) Teilungsunabhängige personelle Verknüpfungen oder Optionen | 260 |
| (2) Relevanz der konkreten Beteiligungshöhe | 260 |
| (3) Zwischenfazit | 262 |
| bb) Wettbewerbliche Relevanz | 263 |
| cc) Wettbewerbliche Erheblichkeit des Einflusses | 264 |
| (1) Maßstab für »wettbewerblich erheblichen Einfluss« | 264 |
| (a) Erforderlicher Einflussgrad | 264 |
| (b) Anforderungen an »wettbewerbliche Erheblichkeit« | 265 |
| (2) Gesellschaftsrechtliche bzw. vertragliche »Plusfaktoren« | 266 |
| (a) Sperrminoritäten | 266 |
| (aa) Grundlagen für Sperrminoritäten | 267 |
| (bb) Beständigkeit der Sperrminorität | 268 |
| (cc) Wettbewerbsrelevanz einzelner Sperrrechte | 268 |
| (b) Gremienbesetzung | 269 |
| (aa) Vertretung in Unternehmensleitung | 270 |
| (bb) Vertretung in Aufsichtsgremien | 271 |
| α) Anzahl der Aufsichtsmitglieder | 272 |
| β) Zuständigkeiten des Gremiums | 273 |
| γ) Stellung des Vertreters innerhalb des Gremiums | 274 |
| δ) Fazit | 275 |
| (c) Informationsrechte | 276 |

| | |
|---|-----|
| (aa) Erforderlicher Umfang der Informationsrechte | 276 |
| (bb) Erheblichkeit einer (einseitigen) Informationserlangung | 278 |
| (d) Vorkaufsrechte | 279 |
| (e) Call-Optionen | 281 |
| (f) Gesellschaftsrechtliche Verflechtungen | 281 |
| (3) Sonstige tatsächliche Umstände? | 283 |
| (a) Arten berücksichtigter »tatsächlicher Umstände« | 283 |
| (aa) Überlegene Branchenkenntnis des Minderheitsgesellschafters | 283 |
| (bb) Interessenkongruenz | 285 |
| (cc) Sonstige Kriterien | 286 |
| (b) Die Berücksichtigung »tatsächlicher Umstände« | 287 |
| (aa) Suffizienz tatsächlicher Umstände als alleiniger Plusfaktor | 288 |
| (bb) Kritische Evaluation der Berücksichtigung tatsächlicher Umstände in der Entscheidungspraxis | 289 |
| dd) Gemeinsamer wettbewerblich erheblicher Einfluss | 290 |
| b) Zusammenfassende Kritik an der deutschen Rechtspraxis | 292 |
| aa) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung | 292 |
| bb) Ansatzpunkt für die erforderliche Einflussintensität | 293 |
| cc) Berücksichtigung und Gewichtung einzelner Plusfaktoren | 294 |
| dd) Tiefe der Subsumtion und Einzelfallabwägung | 294 |
| ee) Gemeinsamer wettbewerblich erheblicher Einfluss | 295 |
| ff) Fazit | 295 |
| 3. Rückschlüsse für das europäische Legislativvorhaben | 296 |
| a) Rückschlüsse für die Ausgestaltung des im Kommissionsentwurf vorgesehenen Zusammenschlusstatbestandes der »wettbewerbsrelevanten Verbindung« | 296 |

| | | |
|------|---|-----|
| aa) | Verwirklichung der Zielvorgaben | 297 |
| bb) | Ausgestaltungsempfehlungen | 298 |
| (1) | Ausgestaltung/Interpretation des »Link«-Erfordernisses | 298 |
| (2) | Ausgestaltung/Interpretation des »Competitive«-Erfordernisses | 298 |
| (3) | Ausgestaltung/Interpretation des »Significant«-Erfordernisses | 299 |
| (a) | Fixierung einer Vermutungsschwelle bei (rund) 20 % | 299 |
| (b) | Rechtssicherheit durch Schaffung einer Safe-Harbour-Grenze? | 301 |
| (aa) | Höhe der Safe-Harbour-Grenze | 301 |
| (bb) | Verhältnis zu nationalem Fusionskontrollrecht und zu Art. 101 AEUV | 303 |
| (cc) | Schlussfolgerung | 304 |
| (c) | Berücksichtigung und Gewichtung von Zusatzfaktoren | 304 |
| (aa) | Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabs | 305 |
| (bb) | Berücksichtigung einzelner Zusatzfaktoren | 306 |
| (4) | Möglichkeit der kollektiven Verwirklichung des Tatbestandes? | 308 |
| (5) | Mehrfache Verwirklichung des Tatbestandes? | 308 |
| b) | Rückschlüsse für die generelle Frage der Ausweitung | 309 |
| 4. | Alternative: Einführung einer starren Beteiligungsschwelle | 310 |
| a) | Höhe der Beteiligungsschwelle | 311 |
| b) | Umgehungsgefahr | 312 |
| c) | Fazit | 312 |
| II. | Binnenmarktrelevanz (»gemeinschaftsweite Bedeutung«) | 313 |
| 1 | Entwurf der Kommission: Übernahme der Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO | 314 |
| 2. | Berechnung der Umsatzschwellen | 314 |
| a) | Zu berücksichtigende Unternehmen | 314 |
| aa) | Erwerb einer wettbewerbsrelevanten Minderheitsbeteiligung | 315 |

| | |
|--|-----|
| bb) Berücksichtigung fortbestehender Minderheitsbeteiligungen im Falle des Kontrollerwerbs | 316 |
| b) Regelung in Deutschland | 317 |
| 3. Fazit | 318 |
| B. Materieller Prüfungsmaßstab | 319 |
| I. Ausgestaltungsmöglichkeiten | 319 |
| 1. Entwurf der Kommission: SIEC-Test | 319 |
| 2. Kombinierte Prüfung entsprechend Art. 2 Abs. 4 FKVO | 320 |
| 3. Einführung eines speziellen Prüfungsmaßstabs | 321 |
| 4. Zwischenfazit | 322 |
| II. Entwurf der Kommission: SIEC-Test | 322 |
| 1. Problem: Prüfungsansatz und Nachweispflichten der Kommission | 323 |
| 2. Vergleich zum deutschen § 36 GWB (a.F.) | 323 |
| a) Strukturbezogener Ansatz des BKartA | 323 |
| b) Fazit | 327 |
| 3. Vergleich zum US-amerikanischen Section 7 Clayton Act | 327 |
| a) Auswirkungsbezogener Ansatz von FTC und DoJ | 327 |
| b) Fazit | 329 |
| III. Schlussfolgerungen | 330 |
| C. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung | 331 |
| I. Art des Verfahrens | 331 |
| 1. Entwurf der Kommission: »Gezieltes Transparenzsystem« | 332 |
| a) Kritische Würdigung einzelner Aspekte | 333 |
| aa) Informationsmitteilung | 333 |
| (1) Umfang der erforderlichen Informationen | 333 |
| (2) Konsequenzen einer unterbliebenen/ fehlerhaften Informationsmitteilung | 335 |
| (a) Das Szenario ohne (negative) Konsequenzen | 336 |
| (b) Notwendigkeit zusätzlicher Konsequenzen? | 337 |
| (3) Fazit | 338 |
| bb) Die Wartefrist | 338 |
| cc) Die ex post-Eingriffsbefugnis | 340 |
| (1) Rechts(un)sicherheit | 340 |

| | |
|---|-----|
| (2) Verhältnis zu mitgliedsstaatlichem Fusionskontrollrecht | 341 |
| (3) Sinn und Zweck der ex post-Befugnis | 342 |
| (a) Berücksichtigung von Beschwerden | 343 |
| (b) Vermeidung voreiliger Verfahrenseinleitung | 344 |
| (c) Kritische Schlussfolgerung | 345 |
| b) Verwirklichung der Zielvorgaben | 346 |
| aa) Effizienter Wettbewerbsschutz | 346 |
| bb) Rechtssicherheit | 347 |
| cc) Kohärenz mit europäischem und nationalen Fusionskontrollregimen | 348 |
| dd) Verwaltungsaufwand & Compliance-Kosten für die Unternehmen | 348 |
| ee) Arbeitsbelastung für die Kommission | 349 |
| c) Zwischenfazit | 350 |
| 2. Anmeldesystem | 350 |
| a) Verwirklichung der Zielvorgaben | 350 |
| aa) Effizienter Wettbewerbsschutz | 351 |
| bb) Rechtssicherheit | 351 |
| cc) Kohärenz mit europäischem und nationalen Fusionskontrollregimen | 351 |
| dd) Verwaltungsaufwand & Compliance-Kosten für Unternehmen | 352 |
| ee) Arbeitsbelastung für die Kommission | 353 |
| b) Erfahrungen in Deutschland | 353 |
| c) Zwischenfazit | 354 |
| 3. Selbsteinschätzungssystem | 355 |
| a) Verwirklichung der Zielvorgaben | 355 |
| aa) Effizienter Wettbewerbsschutz | 355 |
| bb) Rechtssicherheit | 355 |
| cc) Kohärenz mit europäischem und nationalen Fusionskontrollregimen | 356 |
| dd) Verwaltungsaufwand & Compliance-Kosten für Unternehmen | 356 |
| ee) Arbeitsbelastung für die Kommission | 357 |
| b) Erfahrungen im Vereinigten Königreich | 358 |
| c) Zwischenfazit | 358 |
| 4. Schlussfolgerungen hinsichtlich der Vorschläge der Kommission | 359 |

| | | |
|------|--|-----|
| 5. | Alternative Ausgestaltungsmöglichkeit | 360 |
| a) | Modifikation des »gezielten Transparenzsystems« | 360 |
| b) | Zuständigkeitsfragen bei Fristablauf | 362 |
| aa) | Freigabefiktion | 362 |
| bb) | Versagungsfiktion einer »wettbewerbsrelevanten Verbindung« | 362 |
| cc) | Bescheidungspflicht der Kommission | 363 |
| dd) | Freigabefiktion unter nationalem Vorbehalt | 363 |
| c) | Fazit | 365 |
| III. | Zuständigkeitsverteilung und Verweisungsregime zwischen Kommission und nationalen Kartellbehörden | 365 |
| 1. | Verfahrensabhängige Zuständigkeits- und Verweisungsfragen | 365 |
| 2. | Auswirkungen uneinheitlicher Kontrollsysteme auf die Verweisungsregelungen | 366 |
| a) | Anwendung der Verweisungsregelungen bei fehlender Kompetenz der Mitgliedsstaaten | 367 |
| aa) | Art. 9 FKVO und Art. 4 Abs. 4 FKVO | 368 |
| bb) | Art. 22 FKVO und Art. 4 Abs. 5 FKVO | 368 |
| b) | Auswirkungen nationaler Rechtsanpassung auf die Verweisungsregelungen | 370 |
| c) | Fazit | 371 |
| II. | Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts | 372 |
| 1. | Regelung in Deutschland | 372 |
| 2. | Entwurf der Kommission: Freistellung notwendiger Nebenabreden | 373 |
| 3. | Beurteilung | 374 |
| a) | Konzernprivileg vs. Nebenabreden | 374 |
| b) | Alternativansatz: Art. 2 Abs. 4 FKVO | 375 |
| c) | Fazit | 375 |
| D. | Alternativansätze zur Behandlung von Minderheitsbeteiligungen | 376 |
| I. | Laissez-faire | 376 |
| II. | Schaffung einer Meldestelle für Minderheitsbeteiligungen | 378 |
| III. | Ausweitung der Entflechtungsbefugnis nach Art. 8 Abs. 4 FKVO | 379 |
| 1. | Zur Erinnerung: Die Ryanair-Problematik | 380 |
| 2. | Vorteile | 381 |
| a) | Schließung der einzig praktisch dargelegten »Schutzlücke« | 381 |
| b) | Vermeidung unnötiger Mehrfachverfahren | 382 |

| | | |
|---|-------------|-----|
| c) Beseitigung von Durchsetzungsunterschieden aufgrund nationalen Kapitalmarktrechts | 382 | |
| d) Einfache Umsetzbarkeit | 383 | |
| 3. Nachteil(e) | 384 | |
| 4. Fazit | 384 | |
| IV. Alternativvorschlag für Ausweitung | 385 | |
| 1. Umsetzungsentwurf | 385 | |
| a) Zusammenschlusstatbestand | 385 | |
| b) Binnenmarktrelevanz | 386 | |
| c) Verfahren | 386 | |
| d) Verweisungsregeln und Konkurrenz zum allgemeinen Kartellrecht | 387 | |
| 2. Alternativ: Schrittweise Ausweitung | 387 | |
| V. Sonderregelungen für bestimmte Sektoren | 388 | |
| E. Ergebnis | 389 | |
| | | |
| 4. Teil | Endergebnis | 391 |
| | | |
| Literaturverzeichnis | | 395 |

Abkürzungsverzeichnis:

| | |
|------------|--|
| a.A. | andere Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a.F. | alte Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz |
| Art. | Artikel |
| | |
| Begr. | Begründung |
| Beschl. | Beschluss |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BKartA | Bundeskartellamt |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drucks. | Bundestagsdrucksachen |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |
| | |
| ca. | circa |
| CC | Competition Commission |
| CMA | Competition and Markets Authority |
| CO | Formblatt CO |
| | |
| ders. | derselbe |
| DG Comp | Directorate-General for Competition |
| d.h. | das heißt |
| dies. | dieselbe/dieselben |
| DoJ | Department of Justice |
| | |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| Einl. | Einleitung |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuG | Europäisches Gericht erster Instanz (amtlich: Gericht) |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof (amtlich: Gerichtshof) |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWR | Europäischer Wirtschaftsraum |
| EZB | Europäische Zentralbank |
| | |
| f./ff. | folgende Seite(n) |
| FKVO | Fusionskontrollverordnung |
| Fn. | Fußnote |
| FTC | Federal Trade Commission |
| | |
| gem. | gemäß |
| ggf. | gegebenenfalls |
| ggü. | gegenüber |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | GmbH Gesetz |
| GU | Gemeinschaftsunternehmen |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| | |
| HHI | Herfindahl-Hirschman Index |
| HSR-Act | Hart-Scott-Rodinio Antitrust Improvement Act |
| | |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.H.v. | in Höhe von |
| i.S.d. | im Sinne des/der |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| | |
| Kap. | Kapitel |
| KartG | (Österreichisches) Kartellgesetz |
| KG | (Österreichisches) Kartellgericht |
| KOG | (Österreichisches) Kartellobergericht |

| | |
|--------|--|
| lit. | Littera (Buchstabe) |
| M&A | Mergers & Acquisitions |
| MHHI | Modified Herfindahl-Hirschman Index |
| Mio. | Millionen |
| Mrd. | Milliarden |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| n.F. | neue Fassung |
| Nr. | Nummer |
| OECD | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OFT | Office of Fair Trading |
| o.g. | oben genannt |
| OGH | (Österreichischer) Oberster Gerichtshof |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PPI | Price Pressure Index |
| RegE | Regierungsentwurf |
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Seite |
| s. | siehe |
| SIEC | Significant Impediment to Effective Competition |
| SLC | Substantial Lessening of Competition |
| sog. | sogenannt |
| str. | streitig |
| UA | Unterabsatz |
| u.a. | unter anderem |
| UPP | Upward Pricing Pressure Index |
| USA | United States of America |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------|--------------|
| v. | vom |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| Z. | Ziffer |
| z.B. | zum Beispiel |

Abkürzungen von Literaturfundstellen siehe im Literaturverzeichnis

1. Teil Einleitung und Grundlagen

A. Einleitung

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO)¹ ist ein marktstrukturbezogenes Kartellrechtsinstrument, welches den Wettbewerb vor Beeinträchtigungen der Marktstruktur durch Konzentrationsvorgänge schützt. Nach der Konzeption der FKVO liegt ein solcher Konzentrationsvorgang dann vor, wenn durch den Erwerb von Kontrolle über ein anderes Unternehmen eine neue unternehmerische Einheit geschaffen wird.

Ob auch sog. nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen² der Fusionskontrolle unterfallen sollten, ist vor diesem Hintergrund höchst umstritten. Unstreitig stellen Minderheitsbeteiligungen mangels Schaffung einer neuen unternehmerischen Einheit keine Konzentration im beschriebenen Sinne dar. Vielmehr sind sie schwer zuordenbare »Zwitter« zwischen strukturellem und verhaltensbezogenem Phänomen. Trotz struktureller Verknüpfung bleiben die beteiligten Unternehmen qua Definition unabhängige Marktteilnehmer, sodass es nicht zu einer konzentrativen Verringerung der Wettbewerberanzahl kommt. Andererseits können Minderheitsbeteiligungen aber Strukturen schaffen, die aufgrund von Einflussmöglichkeiten oder Anreizänderung wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen begünstigen und sogar dazu führen können, dass die Unternehmen faktisch nicht mehr unabhängig voneinander am Markt auftreten. Insoweit stellt sich die Frage, ob Minderheitsbeteiligungen eher der Struktur- oder eher der Verhaltenskontrolle unterfallen sollten. Die Unentschiedenheit dieser Frage spiegelt sich schon darin wider, dass die Fusionskontrollsysteme einiger (Mitglieds-)Staaten

1 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 DES RATES vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L24/1 vom. 29.1.2004.

2 Im Folgenden sind mit den Begriffen »Minderheitsbeteiligung«, »Beteiligung«, »strukturelle Verknüpfung/Verflechtung« stets nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen gemeint, soweit nicht ausdrücklich von kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen die Rede ist.

Kontrollbefugnisse in Bezug auf Minderheitsbeteiligungen enthalten, während andere Normen – wie die FKVO – dies nicht tun. Zur ersten Kategorie zählen Deutschland, das Vereinigte Königreich und die USA.

Vor diesem Hintergrund wird auf europäischer Ebene derzeit erörtert, ob auch die FKVO ausgeweitet werden soll, um Minderheitsbeteiligungen zu erfassen. Die Frage ist aber keineswegs neu. Bereits im Rahmen der Revision der Fusionskontrollverordnung 2004 befasste sich die Kommission mit dieser Frage.³ Im Grünbuch 2001 kam sie indes noch zu folgendem Ergebnis:

»Derzeit liegen der Kommission noch keine umfassenden Angaben über die zunehmende Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen und personellen Verflechtungen vor. Nach den bisherigen Erfahrungen zu urteilen dürfte es nur bei einigen wenigen solcher Transaktionen zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken kommen, die sich nicht mit Hilfe von Art. 81 und 82 EG-Vertrag zufriedenstellend lösen ließen. Sollte dem so sein, wäre es unverhältnismäßig, jeden Erwerb einer Minderheitsbeteiligung der in der Fusionskontrollverordnung vorgeschriebenen ex ante-Kontrolle unterziehen zu wollen. Außerdem scheint es fraglich, ob sich eine Definition finden lässt, die diejenigen Fälle von Minderheitsbeteiligungen und personellen Verflechtungen herausfiltert, bei denen ein solches Vorgehen gerechtfertigt wäre.«⁴

Durch den *Ryanair-Fall* ist das Thema erneut auf die Agenda der Kommission getreten. In diesem Fall sah sie eine Schutzlücke der FKVO in Bezug auf Minderheitsbeteiligungen und hat daher erneut eine entsprechende Reform angestoßen. Diese steht entsprechend unter anderen Vorzeichen als noch vor 15 Jahren. Nach Einschätzung der Kommission weist die FKVO eine Schutzlücke auf, die durch eine Ausweitung der FKVO auf Minderheitsbeteiligungen geschlossen werden soll. Für die Ausgestaltung der auszuweitenden Befugnis hat sie im Weißbuch bereits konkrete Vorschläge unterbreitet.

In der juristischen Literatur und Praxis sind Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einer solchen Reform hingegen höchst umstritten. So wird z.B. kritisiert, die wettbewerbliche Bedeutung von Minderheitsbetei-

3 *Kommission*, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, COMM(2001) 745/6 final, Rn. 106 ff.

4 *Kommission*, Grünbuch, COMM(2001) 745/6 final, Rn. 109.

lungen sei in quantitativer wie qualitativer Hinsicht begrenzt.⁵ Zudem fehle es an einer Schutzlücke, da die wettbewerblichen Bedenken durch das bestehende Kartellrechtsinstrumentarium adäquat adressiert werden könnten.⁶ Schließlich gehe eine solche Kompetenz mit Rechtsunsicherheit und erheblichem Compliance-Aufwand für die Unternehmen einher, wodurch diese unverhältnismäßig belastet würden.⁷

Beide Auffassungen haben Argumente auf ihrer Seite. Soweit eine Schutzlücke besteht, ist die Kommission im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes gehalten, eine Reform zu erwägen.⁸ Angesichts der grundrechtsrelevanten Bedeutung eines solchen Vorhabens muss aber auch streng auf die Verhältnismäßigkeit geachtet werden. Zu differenzieren sind insoweit die Fragen nach dem »Ob« und dem »Wie« einer Ausweitung.

Hinsichtlich des »Ob« kann konstatiert werden, dass eine Ausweitung der FKVO auf Minderheitsbeteiligungen nur unter drei Voraussetzungen angezeigt erscheint. Erstens muss ein *Anlass* hierfür bestehen, weil Minderheitsbeteiligungen wettbewerblich hinreichend relevant sind und auch eine echte praktische Bedeutung zeitigen. Zweitens muss die *Notwendigkeit* einer Neuregelung bestehen, weil die bestehenden Instrumente sich als insuffizient erweisen, die wettbewerblichen Probleme zu adressieren und insoweit eine Schutzlücke aufweisen. Drittens muss eine Ausweitung dergestalt *sinnvoll* erscheinen, als die wettbewerblichen Bedenken durch eine entsprechende FKVO-Kompetenz auch wirksam adressiert werden könnten und die Effizienz des Wettbewerbsschutzes mithin gesteigert würde.

5 *Ignjatovic/Ridyard*, Minority Shareholdings, CPI Antitrust Chronicle 2012 (1), S. 7 f.; *Williamson/Husunu*, BLI 2014, 123 (132); *Levy*, ECJ 2013, 721 (752).

6 *Bas*, WC 2015, 77 (104); *Struijlaart*, WC 2002, 173 (201 ff.); *Gabrielsen/Hjelmeng/Sogard*, E.L.Rev. 2011, 837 (860); *Levy*, ECJ 2013, 721 (752); *Demir*, Minority Shareholdings, S. 47 ff.

7 *Tóth*, WC 2012, 599 (619); *Drauz/Mavroghenis/Ashall*, Journal of European Competition Law & Practice 2012, 52 (60); *Ignjatovic/Ridyard*, Minority Shareholdings, CPI Antitrust Chronicle 2012 (1), S. 7 f.; *Levy*, ECJ 2013, 721 (752 f.).

8 Vgl. zu diesem Gedanken *Gräfer*, S. 205.

1. Teil Einleitung und Grundlagen

Soweit diese Fragen positiv beantwortet werden können, schließt sich die Frage nach dem »Wie« einer Ausweitung an. Sie betrifft die schwierige Aufgabe, eine Befugnis zu konzipieren, die zwar alle wettbewerbsrelevanten Beteiligungen effizient zu adressieren vermag, zugleich aber Rechtsunsicherheit und unnötigen Zusatzaufwand für Unternehmen vermeidet und sich zudem kohärent in das bestehende Gefüge der Fusionskontrollsysteme einfügt.

Mit Blick darauf, dass diese Fragen bereits im Grünbuch von 2001 angeklungen sind, ist fraglich, ob sich die zugrunde liegenden Tatsachen derart geändert haben, dass nunmehr eine abweichende Antwort auf diese Fragen gerechtfertigt ist.

Dem nachzuspüren ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Zu diesem Zweck sollen zunächst die tatsächlichen, ökonomischen und rechtlichen Grundlagen von Minderheitsbeteiligungen und ihren Schadenstheorien erläutert werden. Im zweiten Teil wird die Frage des »Ob« einer Ausweitung am Maßstab von Anlass, Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit untersucht. Schließlich soll im dritten Teil die Frage des »Wie« einer Ausweitung unter Bezugnahme auf die Kommissionsvorschläge erörtert werden. Dabei wird rechtsvergleichend auch auf die Erfahrungen nationaler Jurisdiktionen mit entsprechenden Kontrollkompetenzen zurückgegriffen und Alternativvorschläge zu den Kommissionsentwürfen unterbreitet. Abgeschlossen wird die Arbeit mit einem Fazit, welches die gefundenen Ergebnisse zusammenträgt und Stellung nimmt zu der Frage, auf welche Weise das europäische Kartellrecht den wettbewerblichen Bedenken von Minderheitsbeteiligungen Rechnung tragen sollte.

B. *Die Fusionskontrolle im (europäischen) Kartellrecht*

Entsprechend den Vorgaben der Europäischen Verträge (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG)⁹ ist es Zweck des europäischen Wettbewerbsrechts, wirksamen

9 Nunmehr im rechtsverbindlichen 27. Protokoll zum EUV und AEUV festgeschrieben; enthalten ist die Forderung nach der Errichtung eines europäischen Binnenmarktes sowie eines Systems, welches den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt.

Wettbewerb im Binnenmarkt vor Beschränkungen und Verfälschungen zu schützen, um letztlich einen funktionierenden Binnenmarkt zu gewährleisten¹⁰ und die gesellschafts- bzw. wirtschaftspolitischen Funktionen¹¹ von freiem Wettbewerb zu realisieren.¹² Dieses Konzept des wirksamen Wettbewerbs setzt die wirtschaftliche bzw. unternehmerische Handlungs- und Entscheidungsfreiheit einer hinreichenden Anzahl von Marktteilnehmern sowie die Wahlfreiheit der Marktgegenseite voraus.¹³

Dass sich das europäische (Primär-)Recht dabei zunächst auf eine Verhaltenskontrolle hinsichtlich Verhaltensabsprachen und Marktmachtmissbrauch beschränkte, stellte sich angesichts zunehmender grenzüberschreitender Konzentrationstendenzen als Schutzlücke heraus, welche schließlich 1990 durch die Einführung der Fusionskontrollverordnung geschlossen wurde.¹⁴ Seither ist (auch) das europäische Kartellrecht durch eine Kombination aus Verhaltens- und Strukturkontrolle gekennzeichnet.¹⁵ Dem liegt nach dem sog. »Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnisse Paradigma« der Gedanke zugrunde, dass Marktstruktur und Marktverhalten die Marktergebnisse bedingen.¹⁶

Während Art. 101 AEUV (Kartellverbot) und Art. 102 AEUV (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) wettbewerbschädliches Marktverhalten von Unternehmen ex-post kontrollieren, stellt die FKVO als dritte Säule des Kartellrechts ein Instrument der präventiven

10 EU, Mitgliedsstaaten und EZB sind auf den »Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb« verpflichtet (Art. 4 i.V.m. Art. 98, 105 EG, bzw. Art. 119 i.V.m. Art. 120 AEUV), da wirksamer Wettbewerb als zwingende Voraussetzung für einen funktionierenden Binnenmarkt gesehen wird (vgl. EuGH, Urteil v. 25.10.1977, Rs. 26/77, Rz. 20 – »Metro«).

11 Vgl. hierzu *Emmerich*, Kartellrecht, § 1, Rn. 7 ff.; *Wiedemann* in: *Wiedemann*, § 1, Rn. 2.

12 *Lettl*, Kartellrecht, § 1, Rn. 1.

13 *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates, DAF/COMP(2008)30, S. 19; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1, Rn. 8; *Pini*, EBLR 2012, 575 (577).

14 Vgl. *Immenga/Mestmäcker/Körber*, Einl. FKVO, Rn. 1 ff.; *EuGH*, Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Rz. 20 ff. – »Continental Can«.

15 *Wiedemann* in: *Wiedemann*, § 1, Rn. 1.

16 *Milanesi/Winterstein* in: *Rolfes/Fischer*, 1 (3); *Struijlaart*, WC 2002, 173 (175).

Marktstrukturkontrolle dar. Ihre Aufgabe ist es, Marktstrukturen zu gewährleisten, in denen der Wettbewerb seine wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen erfüllen kann.¹⁷ Zu diesem Zweck richtet sich die FKVO gegen eine unerwünschte Marktkonzentration durch externes Unternehmenswachstum.¹⁸ Denn durch eine fusionsbedingte Verringerung der Wettbewerberanzahl nimmt der Wettbewerbsdruck im Markt regelmäßig ab und kann zu einer derartigen Kumulation von Marktmacht führen, dass der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Hieraus wiederum können geringere Produktmengen, höhere Preise und letztlich eine Reduktion der Konsumentenwohlfahrt folgen.¹⁹

Nach dem grundsätzlich marktstrukturbasierten Grundkonzept der (europäischen) Fusionskontrolle soll sie zur Anwendung kommen, wenn eine Zusammenfassung bzw. Zuordnungsänderung marktrelevanter unternehmerischer Ressourcen dazu führt, dass bisher selbstständig agierende Unternehmen zu einer neuen rechtlichen oder wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst werden.²⁰ Daher erfasst der Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 Abs. 1 FKVO neben Fusionen unabhängiger Unternehmen (lit. a) insbesondere den Kontrollerwerb über ein anderes Unternehmen (lit. b), wobei »Kontrolle« als die Möglichkeit definiert wird, bestimmten Einfluss auf die geschäftliche Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 3 Abs. 2 FKVO).²¹ Sind in diesem Falle auch die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO erreicht, so sind die Aufgreifkriterien erfüllt und der Anwendungsbereich der FKVO eröffnet. Dann greifen Anmeldepflicht und Vollzugsverbot (Art. 4 FKVO) und die Kommission muss über die Zulässigkeit des Zusammenschlusses entscheiden (Art. 2 Abs. 1 FKVO). Die Fusionskontrolle stellt insofern ein besonders effektives Instrument des Wettbewerbsschutzes dar, als sie anhand einer ex ante-Prognose die Auswirkungen eines Zusammenschlusses prüft und Beeinträchtigungen präventiv verhindert.²²

17 Wiedemann in: Wiedemann § 1, Rn. 1; Gräfer, S. 2.

18 Greiffenberg in: Schulte, Hdb Fusionskontrolle, Rn. 1; Wiedemann in: Wiedemann § 1, Rn. 1; Schulte/Just, Einleitung, Rn. 23.

19 Schwalbe/Zimmer, S. 220; Jones/Sufrin, S. 855.

20 Gräfer, S. 2; Jones/Sufrin, S. 855.

21 Langen/Bunte/Käseberg, Art. 3 FKVO, Rn. 23.

22 Lettl, Kartellrecht, § 6, Rn. 1; Mestmäcker/Schweitzer, § 24, Rn. 4.

C. Begriff und Einordnung von Minderheitsbeteiligungen

Die materielle Entscheidung erfolgt dabei nach dem sog. SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition), wonach maßgeblich ist, ob durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt – insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – erheblich behindert würde (Art. 2 Abs. 3 FKVO). Dabei ist zu beachten, dass die Kommission trotz des grundsätzlichen Strukturbezugs der Fusionskontrolle seit Einführung des SIEC-Tests im Jahre 2004 bei der Anwendung der FKVO einen stark wirkungsbezogenen Ansatz verfolgt, indem sie weniger die Wettbewerbsstruktur als vielmehr die Auswirkungen auf die Verbraucherinteressen in den Vordergrund ihrer Prüfung stellt.²³ Diese Tatsache zeitigt heute bereits Konsequenzen hinsichtlich der Kontrolle nicht-horizontaler Zusammenschlüsse und wird auch im Kontext von Minderheitsbeteiligungen besondere Bedeutung erlangen.

C. Begriff und Einordnung von Minderheitsbeteiligungen

Ganz allgemein können »Minderheitsbeteiligungen« als Beteiligungen von weniger als 50 % der Stimmrechte oder Eigentumsanteile an einem anderen (Ziel-)Unternehmen definiert werden.²⁴ Innerhalb dieser sehr weitreichenden Definition besteht allerdings eine nahezu unbegrenzte Vielfalt an praktischen Ausgestaltungsformen, die die genannte Definition als unzureichend erscheinen lässt, es aber gleichsam schwierig macht, eine pointiertere Definition zu finden.

Minderheitsbeteiligungen stellen eine Art Grauzone zwischen Marktstruktur- und Marktverhaltensproblematik dar, die eine Zuordnung zu dem einen oder anderen Kontrollregime schwierig macht.²⁵ So führen Minderheitsbeteiligungen mangels Kontrollmöglichkeit regelmäßig nicht dazu, dass die beteiligten Unternehmen ihre Eigenschaft als unabhängige Markt-

23 Körber, WuW 2008, 522 (523); Denzel/Hermann, WuW 2007, 566 (567); Hansen, S. 21.

24 OECD, Minority Shareholding, DAF/COMP(2008)30, S. 9; Kommission, Staff Working Document, Annex I, SWD(2013) 239 final, Rz. 19.

25 O'Brien/Salop, Antitrust L.J. 2000, 559 (560).

teilnehmer verlieren und als neue wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren sind.²⁶ Die Sicherung unabhängigen Marktverhaltens (rechtlich) selbstständiger Unternehmen ist aber gerade Aufgabe des Art. 101 AEUV.²⁷ Andererseits können durch strukturelle Verknüpfungen Strukturen geschaffen werden, die durch Einflussmöglichkeiten oder Anreizverschiebungen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen begünstigen und so dazu führen können, dass die Unternehmen nicht mehr ohne Rücksicht auf die Interessen des anderen Unternehmens agieren. Dass Minderheitsbeteiligungen durchaus strukturelle Bedeutung haben können, zeigt auch die bestehende Kartellrechtspraxis. So werden strukturelle Verknüpfungen nicht nur bei der Bewertung von Marktmacht berücksichtigt, sondern sind auch im Rahmen von »echten« Unternehmenszusammenschlüssen häufig Gegenstand wettbewerblicher Bedenken gewesen.²⁸ Eine klare Einordnung als Marktstruktur- oder Marktverhaltensproblematik fällt daher an dieser Stelle schwer.

I. Arten von Minderheitsbeteiligungen

Ungeachtet der genauen Einordnung können Minderheitsbeteiligungen abhängig vom Grad der mit ihnen verbundenen Einflussmöglichkeiten auf das Zielunternehmen (»corporate control«) grob in drei Kategorien eingeteilt werden.

1. Kontrollierende Minderheitsbeteiligungen

Die erste Kategorie umfasst kontrollierende Minderheitsbeteiligungen. Hiervon ist die Rede, wenn das Beteiligungsunternehmen zwar keine Stimmrechtsmajorität (mehr als 50 % der Stimmrechtsanteile) besitzt, aufgrund anderer Faktoren (z.B. Vorzugsaktien, Mehrheit im Geschäftsfüh-

26 *O'Brien/Salop*, Antitrust L.J. 2000, 559 (560).

27 *Gräfer*, S. 117, m.w.N.

28 Vgl. nur *Kommission*, Staff Working Document, Annex II, SWD(2013) 239 final, Rz. 6 ff.

rungs- oder Aufsichtsgremium, Recht zur Bestimmung des jeweils Vorsitzenden dieser Gremien, Beherrschungsvertrag) aber dennoch – rechtlich oder tatsächlich bedingt – (dauerhaft) entscheidenden Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben kann.²⁹ Durch derartige Beteiligungen kommt es zu einer neuen Zuordnung marktrelevanter unternehmerischer Ressourcen, weshalb sie in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen.³⁰

2. Nicht kontrollierende aktive Minderheitsbeteiligungen

In die zweite Kategorie fallen Minderheitsbeteiligungen, die zwar keinen »entscheidenden Einfluss« im Kontrollsinne vermitteln, mit denen aber aufgrund von Stimm- und/oder anderen Gesellschafterrechten zumindest ein gewisser Einfluss auf das Zielunternehmen ausgeübt werden kann. Insofern wird von nicht kontrollierenden aktiven Minderheitsbeteiligungen gesprochen.³¹

Solch aktive Minderheitsbeteiligungen sind in der Praxis die Regel und stehen im Mittelpunkt der Diskussion um die Ausweitung der FKVO. Zwar bleiben Erwerber und Zielunternehmen hier grundsätzlich voneinander unabhängige Unternehmen. Abhängig von diversen Faktoren – allen voran dem Umfang der Gesellschafterrechte – kann die Beteiligung aber einen gewissen Einfluss auf das Zielunternehmen begründen. Dies kann die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung der beteiligten Unternehmen in Frage stellen, obwohl der Erwerber die Durchsetzung seiner Interessen im Zielunternehmen letztlich nicht erzwingen kann.³²

Der Ausgestaltungsvielfalt bei der Strukturierung solcher Transaktionen ist dabei kaum eine Grenze gesetzt, wie die Praxis zeigt. Entscheidender Punkt ist daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Einflussgrad erreicht ist, der eine solche Rücksichtnahme bei der Entscheidungsfindung nahelegt.

29 Vgl. hierzu *Pini*, EBLR 2012, 575 (576, 580).

30 Vgl. nur *Langen/Bunte/Käseberg*, Art. 3 FKVO, Rn. 53 ff.

31 Vgl. *Pini*, EBLR 2012, 575 (576, 586 f.).

32 *Gräfer*, S. 3 f., 33; *Immenga*, FS Benisch, S. 327 (329).

3. Nicht kontrollierende passive Minderheitsbeteiligungen

Die dritte Kategorie umfasst nicht kontrollierende passive Minderheitsbeteiligungen. Dies sind reine Kapitalbeteiligungen ohne Stimmrechte (str.)³³ oder sonstige Gesellschafterrechte, mittels derer Einfluss auf das Zielunternehmen ausgeübt werden kann.³⁴ Mangels rechtlicher Einflussmöglichkeiten kann es in diesen Konstellationen zu einem Unabhängigkeitsverlust der Entscheidungsfindung lediglich aufgrund finanzieller Interessen mit Blick auf die Kapitalbeteiligung kommen. Während einseitigen passiven Beteiligungen insofern keine marktstrukturelle Bedeutung zukommt, da lediglich einseitige Verhaltensanreize geschaffen werden, könnten gegenseitige Kapitalbeteiligungen (zumindest theoretisch) eine wechselseitige Rücksichtnahme und mithin zumindest einen gewissen Strukturbezug begründen.

Passive Minderheitsbeteiligungen können etwa durch den Erwerb von stimmrechtslosen Aktien oder durch verbindlichen Verzicht auf eigentlich bestehende Stimmrechte auftreten.³⁵ Der Erwerb rein passiver Beteiligungen in diesem Sinne ist in der Praxis indes relativ selten und wird zumeist als fusionskontrollrechtlich irrelevant bewertet. Dementsprechend sind sie selbst in den Fusionskontrollregimen, die eine Prüfungscompetenz in Bezug auf Minderheitsbeteiligungen aufweisen, regelmäßig von der Prüfung exkludiert.³⁶ Die Berücksichtigung *passiver Effekte* – im Rahmen aktiver Beteiligungen – ist indes eine relevante Frage, die kontrovers bewertet wird.³⁷

33 Der Begriffsgebrauch ist uneinheitlich. Teilweise werden unter »passiven« Minderheitsbeteiligungen auch solche verstanden, die zwar über proportionale Stimmrechte verfügen, aber keine darüber hinausgehenden Gesellschafterrechte umfassen.

34 *Pini*, EBLR 2012, 575 (592); *O'Brien/Salop*, Antitrust L.J. 2000, 559 (577).

35 *O'Brien/Salop*, Antitrust L.J. 2000, 559 (577); *Pini*, EBLR 2012, 575 (592).

36 OECD, Minority Shareholding, DAF/COMP(2008)30, S. 39.

37 Vgl. nur die unterschiedliche Bewertung passiver Effekte durch FTC und DoJ, hierzu *Dubrow*, Antitrust L.J. 2001, 113 (124 ff.); *Pini*, EBLR 2012, 575 (716).

4. Sonstige Differenzierungsmöglichkeiten

Eine weitere »Differenzierung« ist theoretisch danach möglich, ob es sich um einseitige oder gegenseitige (Kreuz-)Beteiligungen handelt, sowie danach, ob diese direkt oder indirekt gehalten werden. Diese Umstände können für die Intensität der (potentiellen) Wettbewerbsbedenken von Bedeutung sein und werden daher an entsprechender Stelle im Rahmen der ökonomischen Grundlagen angesprochen. Soweit nicht anders benannt, ist im Verlauf der Arbeit ansonsten aber stets von einseitigen Beteiligungen die Rede.

II. Verwandte Phänomene

Abzugrenzen von Minderheitsbeteiligungen im eigentlichen Sinne sind eine Reihe verwandter Phänomene, die im Ergebnis ähnliche Wirkungen haben können. Hierzu zählen etwa sog. »Interlocking Directorates«, also personelle Überschneidungen in Führungspositionen, wirtschaftliche Abhängigkeiten aufgrund maßgeblicher Gläubigerstellungen bzw. essentieller Lieferbeziehungen oder aber bestimmte Differenzgeschäfte.³⁸ Auch durch sie kann es – wie im Falle von Minderheitsbeteiligungen – dazu kommen, dass die beteiligten Unternehmen auf die Interessen des anderen Teils Rücksicht nehmen und die Unabhängigkeit ihrer Entscheidungen so infrage gestellt wird.³⁹ Mangels einer gesellschaftsrechtlich-strukturellen Anknüpfungsmöglichkeit fallen solche wirtschaftlichen Beziehungen aber für sich genommen nach einhelliger Meinung nicht in den Anwendungsbereich der strukturbasierten Fusionskontrolle.⁴⁰ Gleichwohl können sie im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen als einflussvermittelnde Zusatzfaktoren relevant werden. Sie werden daher im entsprechenden Zusammenhang näher behandelt.

38 Vgl. hierzu ausführlich *Pini*, EBLR 2012, 575 (587 ff., 623 ff.).

39 *Pini*, EBLR 2012, 575 (623).

40 *Gräfer*, S. 89; *Pini*, EBLR 2012, 575 (629); *Kuhn*, ZWeR 2011, 258 (261).

D. Nationale Fusionskontrollregeln für Minderheitsbeteiligungen

Dass die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle auf Kontrolltatbestände keineswegs zwingend ist, ist bereits angeklungen. So gibt es eine ganze Reihe nationaler Jurisdiktionen, in denen auch nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen der Fusionskontrolle unterfallen. Hierzu zählen unter anderem die USA, das Vereinigte Königreich, Deutschland, Österreich, Kanada, Japan, Mexiko oder Südkorea. Einige dieser nationalen Regelungen sollen im Folgenden kurz vorgestellt werden.

I. Österreich

Der anmeldepflichtige Zusammenschlusstatbestand des österreichischen Kartellgesetz (KartG) ist weiter als der europäische und erfasst unter anderem⁴¹ alle Beteiligungen, die eine Höhe von mindestens 25 % erreichen (§ 7 Abs. 1 Z 3 KartG). Laut Rechtsprechung handelt es sich dabei um einen abstrakten Gefährdungstatbestand, der auch auf nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen anwendbar ist.⁴² Ferner wurde bereits entschieden, dass der Erwerb von 25 % der Stimmrechte den Tatbestand erfüllt, wenngleich der Kapitalanteil hinter dem Schwellenwert zurückbleibt.⁴³ Auch die Anwendung auf den umgekehrten Fall, also eine Kapitalbeteiligung von mindestens 25 %, die weniger als 25 % der Stimmrechte vermittelt, wird in der Lehre befürwortet.⁴⁴ Zum Schutz vor Umgehungen des Tatbestandes nimmt die Rspr. einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss schließlich auch dann an, wenn zwar eine Beteiligung unter 25 % erwor-

41 § 7 KartG erfasst daneben in Abs. 1 Ziffern 1-5 weitere Zusammenschlusstatbestände, die aber alle als kontrollvermittelnd im Sinne von Art. 3 FKVO zu werten sind. Zudem wird die Gründung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gem. Abs. 2 als Zusammenschluss gewertet.

42 OGH als KOG, Entscheidung v. 17.12.2001, 16 Ok 9/01 – »Wolters Kluwer/Linde«.

43 OLG Wien als KG, Entscheidung v. 30.1.2002, 25 Kt 456/01 – »Kingfisher«; Kühnert/Xeniadis, ÖZK 2011, 123 (125 f.).

44 Vgl. Kühnert/Xeniadis, ÖZK 2011, 123 (126 m.w.N.).

ben wird, dem Beteiligungsunternehmen aber Rechte eingeräumt werden, die jenen eines 25 %-Gesellschafters entsprechen.⁴⁵

Soweit ein Zusammenschluss i.S.d. § 7 KartG vorliegt und die Umsatzen-schwellen des § 9 KartG erreicht sind, greift eine Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot (§§ 9 f., 17 KartG). Materieller Prüfungsmaßstab ist insoweit der Marktbeherrschungstest, wonach zu prüfen ist, ob durch den Zusammenschluss die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist (§ 12 Abs. 1 KartG).

Erwähnenswert ist insoweit, dass auch in Österreich in jüngerer Vergangenheit diskutiert wurde, ob der Zusammenschlusstatbestand um den Tatbestand eines wettbewerblich erheblichen Einflusses nach deutschem Vorbild ergänzt werden sollte.⁴⁶

II. Vereinigtes Königreich

Ein flexiblerer Anwendungsbereich kennzeichnet das Fusionskontrollrecht des Vereinigten Königreichs. Ein Zusammenschluss liegt dort vor, wenn zwei Unternehmen aufhören, unabhängig zu sein (»cease to be distinct«), indem sie in gemeinsames Eigentum oder unter gemeinsame Kontrolle gebracht werden (Section 26 (1) Enterprise Act 2002).⁴⁷ Der Kontrollbegriff ist insoweit dreigeteilt.⁴⁸ Ein Zusammenschluss liegt demnach zunächst im Falle einer Mehrheitsbeteiligung von über 50 % der stimmberechtigten Geschäftsanteile (»controlling interest«) vor, die de jure Kon-

45 *OLG Wien* als KG, Entscheidung v. 5.8.2004, 26 Kt 132/04, S. 11 – »*Morawa/Grosso*«; vgl. *Kühnert/Xeniadis*, ÖZK 2011, 123 (126 m.w.N.).

46 Vgl. *Kühnert/Xeniadis*, ÖZK 2011, 123 ff.; *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, Studie Nr. 84/2010, S. 43 f., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/wirtschaftskammer_bis_de.pdf.

47 Ausreichend ist insoweit auch, wenn eine bereits bestehende Kontrollmöglichkeit derart ausgebaut wird, dass die nächste »Kontrollstufe« erreicht wird (Section 26 (4) Enterprise Act 2002); vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.5 und 4.31, S. 24; *Pini*, EBLR 2012, 575 (692).

48 Vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.12, S. 19; *Dabbah/Lasok*, S. 1261.

trolle vermittelt (legal control).⁴⁹ Weiter genügt auch eine Minderheitsbeteiligung von unter 50 %, soweit hierdurch faktische Kontrolle über die Geschäftspolitik des anderen Unternehmens (»ability to control policy«) erworben wird (de facto control).⁵⁰ Dies entspricht in etwa dem Kontrollbegriff der FKVO.⁵¹ Schließlich ist der Zusammenschlusstatbestand dann erfüllt, wenn eine Minderheitsbeteiligung die Möglichkeit gewährt, wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik⁵² (»ability materially to influence policy«) des Zielunternehmens zu nehmen (material influence).⁵³

Bei der Ermittlung der Frage, ob eine »wesentliche Einflussmöglichkeit« besteht, nimmt die »Competition and Markets Authority« (CMA)⁵⁴ eine Gesamtbetrachtung aller Verbindungen zwischen den betroffenen Unternehmen vor. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Anteilshöhe, die Verteilung der übrigen Anteile, Stimmeteiligung bzw. -verhalten bei Gesellschafterversammlungen, Stimmrechtsbeschränkungen, Repräsentation in den geschäftsführenden Gremien, überlegene Branchenkenntnis sowie die Existenz sonstiger einflussvermittelnder Vereinbarungen.⁵⁵ Es kommt indes allein auf die wesentliche Einflussmöglichkeit an. Ob sie tatsächlich ausgeübt wird oder eine diesbezügliche Absicht besteht, ist für den Zusammenschlusstatbestand nicht von Bedeutung.⁵⁶ Eine Mindestbeteiligungshöhe setzt die Annahme eines wesentlichen Einflusses dabei

49 Vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.30, S. 24.

50 Vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.28 f., S. 23 f.

51 *Pini*, EBLR 2012, 575 (692).

52 Vgl. zum Begriff der Geschäftspolitik (»policy«), *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.14 f., S. 20.

53 Vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.14 ff., S. 20 ff.

54 Die CMA ist seit April 2014 für die Durchsetzung des Enterprise Acts 2002 zuständig und hat insoweit die Aufgaben von OFT und CC in sich vereint.

55 Vgl. *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.18 ff., S. 20 ff.; *OECD*, Minority Shareholdings, DAF/COMP(2008)30, S. 43; *Pini*, EBLR 2012, 575 (693).

56 *Pini*, EBLR 2012, 575 (693).

nicht voraus.⁵⁷ Während aber eine Anteilshöhe ab 25 % aufgrund von Sperrminoritäten eine Vermutung für »material influence« begründet und Beteiligungen ab 15 % regelmäßig genauer auf die Existenz eines solchen Einflusses überprüft werden sollen, soll dies bei geringerer Beteiligungshöhe nur dann geschehen, wenn besondere Faktoren es nahe legen.⁵⁸ Bspw. wurde in »Ryanair/Aer Lingus«⁵⁹ eine 29,4%-ige und in »BSkyB/ITV«⁶⁰ eine 17,9%-ige Beteiligung als Zusammenschluss aufgrund wesentlichen Einflusses bewertet, obwohl mit ihnen – abgesehen von Ryanairs Blockademöglichkeiten – keine weiteren Zusatzrechte verbunden waren.

Es wird deutlich, dass der britische Zusammenschlusstatbestand flexibler ist als der europäische, da er auch wettbewerbsrelevante Minderheitsbeteiligungen erfassen kann, die unterhalb der Kontrollschwelle des Art. 3 FKVO liegen.⁶¹ Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass im Fusionskontrollregime Großbritanniens keine Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot besteht. Zur Schaffung von Rechtssicherheit können Zusammenschlussvorhaben zwar freiwillig angemeldet werden mit der Folge, dass der Zusammenschluss als freigegeben gilt, wenn die CMA nicht binnen einer (regelmäßigen) Frist von 40 Arbeitstagen ein Phase II-Verfahren einleitet (vgl. Sections 96 ff. Enterprise Act 2002).⁶² Eine Pflicht hierzu besteht allerdings nicht. In Bezug auf nicht angemeldete Zusammenschlüsse hat die

57 *Pini*, EBLR 2012, 575 (693).

58 *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.19 f., S. 21.

59 *Competition Commission*, Final Report v. 28.8.2013, Rz. 6, (S. 4), vgl. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5329ddc8ed915d0e60000189/130828_ryanair_final_report.pdf.

60 *Competition Commission*, Report to the Secretary of State v. 14.12.2007, Rz. 9 ff. (S. 5), vgl. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101227023510/http://www.bis.gov.uk/files/file43218.pdf>.

61 Dies wird deutlich am Falle *Ryanair/Aer Lingus*, in dem die OFT eingeschritten ist, nachdem die Kommission sich hinsichtlich einer bereits erworbenen Beteiligung von 29,4 % mangels eines Zusammenschlusstatbestandes für nicht zuständig erklären musste; vgl. *Pini*, EBLR 2012, 575 (694); so auch *CMA*, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2014, Rz. 4.14, Fn. 34, S. 20.

62 Vgl. *Dabbah/Lasok*, S. 1264.