

### **Art. 3 FKVO 139/2004 Definition des Zusammenschlusses**

(1) Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

- a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass
- b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.

(2) Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

(3) Die Kontrolle wird für die Personen oder Unternehmen begründet,

- a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder
- b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.

(4) Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar.

(5) Ein Zusammenschluss wird nicht bewirkt,

- a) wenn Kreditinstitute, sonstige Finanzinstitute oder Versicherungsgesellschaften, deren normale Tätigkeit Geschäfte und den Handel mit Wertpapieren für eigene oder fremde Rechnung einschließt, vorübergehend Anteile an einem Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung erwerben, sofern sie die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausüben, um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen, oder sofern sie die Stimmrechte nur ausüben, um die Veräußerung der Gesamtheit oder von Teilen des Unternehmens oder seiner Vermögenswerte oder die Veräußerung der Anteile vorzubereiten, und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Erwerbs erfolgt; diese Frist kann von der Kommission auf Antrag verlängert werden, wenn die genannten Institute oder Gesellschaften nachweisen, dass die Veräußerung innerhalb der vorgeschriebenen Frist unzumutbar war;
- b) wenn der Träger eines öffentlichen Mandats aufgrund der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats über die Auflösung von Unternehmen, die Insolvenz, die Zahlungseinstellung, den Vergleich oder ähnliche Verfahren die Kontrolle erwirbt;

- c) wenn die in Absatz 1 Buchstabe b) bezeichneten Handlungen von Beteiligungsgesellschaften im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Vierten Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen<sup>1</sup> vorgenommen werden, jedoch mit der Einschränkung, dass die mit den erworbenen Anteilen verbundenen Stimmrechte, insbesondere wenn sie zur Ernennung der Mitglieder der geschäftsführenden oder aufsichtsführenden Organe der Unternehmen ausgeübt werden, an denen die Beteiligungsgesellschaften Anteile halten, nur zur Erhaltung des vollen Wertes der Investitionen und nicht dazu benutzt werden, unmittelbar oder mittelbar das Wettbewerbsverhalten dieser Unternehmen zu bestimmen.

Bearbeiter: *Tilman Kuhn*

	Rz.		Rz.
<b>I. Gemeinsamkeiten aller Zusammenschlussformen</b> .....	1	c) Mittelbare Kontrolle (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO).	69
1. Unternehmen .....	3	<b>3. Formen des Kontrollerwerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 FKVO)</b> .....	72
2. Dauerhaftigkeit des Kontrollwechsels .....	18	a) Anteilerwerb .....	73
3. Abgrenzungskriterium: Kontroll- und Strukturveränderung .....	30	b) Vermögenserwerb .....	78
<b>II. Fusion (Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)</b> .....	33	c) Kontrolle durch Vertrag ...	82
1. Rechtliche Fusion .....	36	aa) Beherrschungsverträge .....	84
2. Wirtschaftliche Fusion .....	37	bb) Gewinnabführungsverträge .....	85
<b>III. Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 und 3 FKVO)</b> ....	42	cc) Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge .....	86
1. Begriff der Kontrolle .....	44	dd) Gleichordnungskonzernen .....	87
a) Bestimmender Einfluss .....	45	ee) Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ..	88
aa) Gegenstand der Kontrolle .....	46	ff) Konsortialverträge ....	89
bb) Kontrollmittel .....	52	gg) Stimmbindungsverträge .....	90
b) Möglichkeit zur Einflussnahme .....	56	hh) Investmentfonds .....	91
c) Aufschiebende Bedingung .	58	ii) Vertriebsbindungs-, Bedarfs- und Absatzverträge .....	92
2. <b>Inhaber der Kontrolle (Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 FKVO)</b>		jj) Sonstige wichtige Verträge .....	93
a) Personen oder Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 FKVO) .....	59	d) Kontrolle in sonstiger Weise .....	94
b) Befugnis Dritter zur Rechtsausübung (Art. 3 Abs. 3 lit. b FKVO) .....	62	aa) Personelle Verflechtungen .....	95

<sup>1</sup> ABl. EG Nr. L 222 v. 14.8.1978, 11. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie 2003/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. EU Nr. L 178 v. 17.7.2003, 16).

	Rz.		Rz.
bb) Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	96	dd) Modifizierung der Einflussnahmemöglichkeiten ohne Wechsel der Kontrollart	
cc) Nicht vertragliche Erwerbsvorgänge .....	97	(1) Aufstockung einer Minderheitsbeteiligung .....	150
<b>4. Arten der Kontrolle</b>		(2) Verstärkung einer bereits bestehenden Kontrollmöglichkeit ..	151
a) Alleinige Kontrolle .....	99	(3) Veränderung der Anzahl oder Identität der Kontrollinhaber ..	153
aa) Stimmenmehrheit ....	100	(4) Ausdehnung des Tätigkeitsbereichs eines Gemeinschaftsunternehmens .....	156
bb) Stichentscheid .....	102	<b>IV. Gemeinschaftsunternehmen (Art. 3 Abs. 4 FKVO)</b>	
cc) Paritätische Beteiligungen .....	103	<b>1. Bedeutung</b> .....	159
dd) Vetorechte .....	104	<b>2. Begriff des Gemeinschaftsunternehmens</b> .....	161
ee) Minderheitsbeteiligungen .....	105	a) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen .....	162
(1) 1. Fallgruppe: Stabile Hauptversammlungsmehrheit .....	106	aa) Vollfunktionseigenschaft .....	163
(2) 2. Fallgruppe: Mehrere Großaktionäre mit unterschiedlichem Interesse .....	108	(1) Unternehmen .....	164
(3) 3. Fallgruppe: Einräumung zusätzlicher Rechte .....	109	(2) Ausstattung .....	165
(4) 4. Fallgruppe: Sperrminorität .....	110	(3) Selbständigkeit gegenüber Gründerunternehmen .....	174
(5) 5. Fallgruppe: Wechselseitige Minderheitsbeteiligungen .....	111	bb) „Gründung“ eines Gemeinschaftsunternehmens .....	184
b) Gemeinsame Kontrolle .....	112	cc) Erforderlichkeit der Vollfunktionseigenschaft für die Annahme eines Zusammenschlusses .....	185
aa) Gleiche Stimmrechte und Entscheidungsbefugnisse .....	115	b) Dauerhaftigkeit des Gemeinschaftsunternehmens .	189
bb) Vetorechte .....	121	<b>V. Kumulierung von Zusammenschlussvorgängen/Zusammenhängende Transaktionen</b> .....	194
cc) Stimmenpool .....	133	<b>VI. Ausnahmetatbestände des Art. 3 Abs. 5 FKVO</b> .....	204
dd) Faktischer Einigungszwang .....	139	<b>1. Bankenklausel (Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO)</b>	
ee) Konfliktlösung durch einen unabhängigen Vermittler .....	142	a) Voraussetzungen .....	205
ff) Stichentscheid nach Schlichtungsverfahren	143	aa) Begünstigte Unternehmen .....	206
gg) Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	144		
c) Modifizierung der Einflussnahmemöglichkeiten ..	145		
aa) Wechsel zwischen alleiniger und gemeinsamer Kontrolle .....	146		
bb) Wechsel zwischen positiver und negativer Kontrolle .....	148		
cc) Wechsel zwischen rechtlicher und faktischer Kontrolle .....	149		

	Rz.		Rz.
bb) Aktien .....	208	<b>2. Insolvenzklausele (Art. 3 Abs. 5 lit. b FKVO) .....</b>	216
cc) Anteilerwerb zum Zwecke der Weiterveräußerung .....	209	<b>3. Beteiligungsgesellschaften (Art. 3 Abs. 5 lit. c FKVO) .....</b>	218
dd) Weiterveräußerungsfrist .....	210	<b>VII. Aufgabe von Zusammenschlüssen, Änderungen nach Freigabe, und Reformüberlegungen .....</b>	222
ee) Keine Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens .....	212		
b) Rechtsfolge .....	215		

**Literaturhinweise:**

Kommentare und Monographien:

*Axster*, Die europäische Fusionskontrolle, in Festschrift Karlheinz Quack, 1991, S. 569; *Axster*, Gemeinschaftsunternehmen als Kooperations- oder Konzentrationstatbestand im EG-Recht, in Festschrift Gaedertz, 1992, S. 1; *Basedow/Jung*, Strategische Allianzen, 1993; *Bellamy/Child*, European Union Law of Competition, 7. Aufl. 2013; *Benisch*, Verhältnis von Kartellverbot und Fusionskontrolle, in Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, in Festschrift Fritz Rittner, 1991, S. 17; *Berlin*, Contrôle communautaire des concentrations, 1992; *Blank*, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, 1991; *Cook/Kerse*, EEC Merger Control, 5. Aufl. 2009; *Deimel*, Rechtsgrundlagen einer europäischen Zusammenschlusskontrolle: Das Spannungsfeld zwischen Fusionskontrollverordnung und den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, 1992; *Drauz/Schroeder*, Praxis der Europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl. 1995; *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 62. Ergänzungslieferung, 2017; *Hootz*, Gemeinschaftskomentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl. 2006, zitiert: *Schütz* in GK; *Huber*, Die „Ein-Mutter-Konstellation“ beim Gemeinschaftsunternehmen im Recht der Europäischen Fusionskontrolle, in Festschrift Rohwedder, 1994, S. 38; *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 3: EU, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2020, zitiert: *Bearbeiter* in Immenga/Mestmäcker; *Jacob*, Die Behandlung von Gleichordnungskonzernen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Vergleich, 1995; *Jones/González-Díaz*, The EEC Merger Regulation, 1992; *Karl*, Der Zusammenschlussbegriff in der Europäischen Fusionskontrollverordnung. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1996; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992; *Kuhlmann*, Drittstaatsbezogene Unternehmenszusammenschlüsse im EWG-Kartellrecht, 1990; *Kuhn*, Kooperative Aspekte von Gemeinschaftsunternehmen im Europäischen Kartellrecht; FIW-Schriftenreihe Heft 209, 2006; *Kutsukis*, Der Verordnungsvorschlag für eine europäische Fusionskontrolle im Lichte der Erfahrungen des deutschen Rechts, 1983; *Lange*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Aufl. 2006; *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 13. Aufl. 2018; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2020; *Lohse*, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht: Zum Spannungsverhältnis des Art. 3 Abs. 2 der Europäischen Fusionskontrollverordnung zu Art. 85 EWG-Vertrag, 1992; *Miersch*, Die europäische Fusionskontrolle, Inhalt und Problematik der EG-Fusionskontroll-VO Nr. 4064/89 in materieller und wettbewerbspolitischer Sicht, 1990; *Miersch*, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 1991; Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), herausgegeben von *Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag*, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020; *Niederleithinger*, Vier Prognosen zur Europäischen Fusionskontrolle, in Festschrift Karlheinz Quack, 1991, S. 645; *Niemeyer*, Die Europäische Fusionskontrollverordnung, 1991; *Quack*, Vermögenserwerb als Zusammenschlusstatbestand in der Fusionskontroll-

verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 21.12.1989, in Festschrift Traub, 1994, S. 321; *Reynolds*, The First Year of Enforcement under the EEC Merger Regulation – A Private View in Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1991, EC and U.S. Competition Law and Policy, 1992, S. 649; *Riesenkampff*, Perspektiven und Probleme der europäischen Fusionskontrolle, in Festschrift Fritz Rittner, 1991, S. 491; *Rösler*, Implementierung einer Fusionskontrolle im Europäischen Binnenmarkt, 1994; *Schulte*, Handbuch Fusionskontrolle, 3. Aufl. 2017; *Staudenmayer*, Der Zusammenschlussbegriff in Art. 3 der EG-Fusionskontroll-VO, FIW-Schriftenreihe Heft 189, 2002; *Stein*, Der wettbewerblich erhebliche Einfluss in der Fusionskontrolle, 1994; *Stockenhuber*, Die Europäische Fusionskontrolle, 1995; *Veelken*, Aspekte der europäischen Fusionskontrolle in Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Die Europäische Fusionskontrolle, Grundzüge und Einzelfragen zur Verordnung (EWG) Nr. 4064/89, 1992; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020.

Aufsätze:

*Barth/dos Santos Goncalves*, Die neue Transaktionswert-Schwelle in der deutschen Fusionskontrolle, GWR 2017, 289; *Bartosch/Nollau*, Die zweite Generalüberholung der europäischen Fusionskontrolle – das Grünbuch der Kommission vom 11.12.2001, EuZW 2002, 197; *Bechtold*, Die Grundzüge der neuen EWG-Fusionskontrolle, RIW 1990, 253; *Bechtold*, Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht, EuZW 1994, 653; *Bischke/Brack*, Neuere Entwicklungen im Kartellrecht, NZG 2017, 1303; *von Brevern*, Vollfunktion muss sein – Das Urteil des EuGH in Sachen Austria Asphalt, NZKart 2017, 522; *Bueren/Weck*, Warehousing in Kapitalmarkt- und Kartellrecht, BB 2014, 67; *Dirksen*, Praktische Erfahrungen im ersten Jahr der Europäischen Fusionskontrolle, in FIW-Schriftenreihe, Heft 146, 1992, S. 119; *Frisch*, Die Behandlung von Betriebsführungsverträgen in der Fusionskontrolle, AG 1995, 362; *Kuhn/End*, Lessons Learned from Merger Control of Minority Shareholdings in Germany, Revue Lamy de la Concurrence 2014, 9; *Kuhn*, Der Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Deutschen Zusammenschlusskontrolle – Kein Modell für Europa, ZWeR 2011, 258; *Lallemand-Kirchel/Tixier/Piffaut*, The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges, Journal of European Competition Law & Practice, 2017, 295 ff.; *Landsittel*, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, BB 1994, 799; *Lettl*, Der Anwendungsbereich des Fusionskontrollrechts auf den Anteilerwerb durch Finanzinstitute und Versicherungen, WM 2006, 253; *Eleonora Ocello/Cristina Sjödin/Anatoly Subocs*, What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case, [2015] 1 Competition Merger Brief, 1 ff.; *Opgenhoff*, Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen nach der EG-Fusionskontrollverordnung, EWS 1999, 372; *Paschke/Reuter*, Der Gleichordnungskonzern als Zurechnungsgrund im Kartellrecht, ZHR 158 (1994), 390; *Podszun/Franz*, Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, NZKart 2015, 121; *Pohlmann*, Die Vorschläge der Europäischen Kommission zur Änderung der Fusionskontrollverordnung, EWS 1997, 181; *Polley/Grave*, Die Erweiterung eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss, WuW 2003, 1010; *Rudolf/Leupold*, Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, Journal of European Competition Law & Practice, 2012, 439ff; *Schroeder*, Die Behandlung von Optionen in der Fusionskontrolle, in Kartellrecht in Theorie und Praxis, in Festschrift Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, 2012, S. 411; *Thomas*, Die sogenannte wirtschaftliche Einheit: Auslegungsfragen zur neu eingeführten akzessorischen Konzernhaftung im deutschen Kartellbußgeldrecht, AG 2017, 637 ff.

## I. Gemeinsamkeiten aller Zusammenschlussformen

Die FKVO ist nur auf Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung anwendbar (Art. 1 Abs. 1 FKVO). Neben den Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO ist also entscheidendes **Aufgreifkriterium**, dass ein Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO vorliegt. Sind diese Aufgreifkriterien zu bejahen, sind die Transaktion und die mit ihr einhergehende Marktstrukturveränderung in dem Verfahren und nach den

Voraussetzungen der FKVO zu prüfen.<sup>1</sup> Die Anwendung des jeweiligen nationalen Wettbewerbsrechts auf diesen Zusammenschluss scheidet gemäß Art. 21 Abs. 1 FKVO aus.<sup>2</sup>

- 2 Zentral liegt dem Zusammenschlussbegriff das Konzept des dauerhaften Kontrollwechsels über ein Unternehmen zugrunde. Nur in einem solchen Fall kommt es zu einer solchen Marktstrukturveränderung, die eine vorherige Anmeldung und Prüfung durch die Kommission rechtfertigt. Dabei hat der Kontrollbegriff nicht nur Auswirkungen auf die Frage, ob ein Zusammenschlusstatbestand i.S.v. Art. 3 FKVO vorliegt, sondern auch bezüglich der relevanten Umsätze der beteiligten Unternehmen (s. Art. 5 FKVO) und damit auf die Erfüllung der Schwellenwerte gemäß Art. 1 FKVO. Die Kontrollbegriffe des Art. 3 FKVO und des Art. 5 FKVO sind aber nicht völlig deckungsgleich.<sup>3</sup>

## 1. Unternehmen

- 3 Zweck der FKVO ist die präventive<sup>4</sup> Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Folglich müssen Beteiligte eines kontrollpflichtigen Zusammenschlusses **Unternehmen** sein.<sup>5</sup> Maßgeblich ist insoweit der sog. funktionale Unternehmensbegriff.<sup>6</sup> Es kommt darauf an, dass durch eine organisatorische Zusammenfassung von personellen und sachlichen Mitteln auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Der EuGH hat klargestellt, dass von dem Unternehmensbegriff jede

---

1 Eine Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 oder Art. 22 FKVO kommt bei Nichterfüllung der Umsatzschwellen gem. Art. 1 FKVO nur dann in Betracht, wenn die Transaktion die Kriterien des Art. 3 FKVO erfüllt, nicht also beispielsweise bei einem Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder 4 GWB.

2 Es sei denn es kommt zu einer Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 oder Art. 9 FKVO. Eine weitere Ausnahme ist denkbar, wenn beispielsweise Unternehmen A von Verkäufer V 100 % der Anteile an Tochter T übernimmt, V dafür aber u.a. eine nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligung von bspw. 25 % an A oder einer Tochtergesellschaft von A erhält. Dann wäre der Erwerb der Minderheitsbeteiligung durch V ggf. als separater Zusammenschluss nach nationalem (z.B. deutschem oder österreichischen) Recht anzumelden.

3 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, T B III 1066 ff.), Rz. 37.

4 Die Kommission kann infolge eines Verweisungsantrags einer mitgliedstaatlichen Kartellbehörde nach Art. 22 FKVO auch vollzogene Zusammenschlüsse prüfen, die weder nach EU-Recht, noch nach mitgliedstaatlichem Recht anmeldepflichtig waren (s. etwa Fall IV/M.784, Kesko/Tuko, Entscheidungen vom 20.11.1996 und 19.2.1997), und die Kommission plant nun, von der Möglichkeit zur Prüfung nicht anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse insbesondere zur Erfassung sogenannter „killer acquisitions“ häufiger Gebrauch zu machen (s. *Vestager*, *The future of EU merger control*, the International Bar Association Annual Conference, 11. September 2020, kommentiert unter <https://www.whitecase.com/publications/alert/catch-22-european-commission-keeps-broadening-merger-control-intervention-powers>). Darüber hinaus kann sie natürlich auch gegen vollzogene Zusammenschlüsse, die anmeldepflichtig waren, aber untersagt wurden, nach Art. 8 Abs. 4 FKVO intervenieren.

5 S. dazu ausführlich *Staudenmayer*, *Zusammenschlussbegriff*, S. 9 ff.

6 Es wird von einem einheitlichen EU-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff ausgegangen, weshalb auch auf die Literatur zu Art. 101, 102 AEUV verwiesen werden kann, vgl. *Kerber/Schwalbe* in *MünchKomm/EuWettbR*, Grdl., Rz. 1282, sowie *Wessely/Wegner* in *MünchKomm/EuWettbR*, Art. 3 FKVO Rz. 69.

Einheit erfasst ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig davon, welche Rechtsform sie hat und wie sie finanziert ist.<sup>1</sup> Danach können Unternehmensträger alle juristischen Personen und diesen vergleichbare Rechtsträger und Körperschaften sein, die ein Unternehmen betreiben können, sowie – mit den in Rz. 36 genannten Einschränkungen – natürliche Personen.

Auch **staatliche Unternehmen** sind erfasst, wenn sie eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden,<sup>2</sup> nicht jedoch der hoheitlich agierende Staat. Als Indizien dafür, dass der Staat das wirtschaftliche Verhalten des Unternehmens koordinieren kann, sieht die Kommission Mehrfachmandate von Organmitgliedern in Schwesterunternehmen des Staates, das Fehlen von Vorkehrungen dagegen, dass sensible Informationen zwischen diesen Unternehmen ausgetauscht werden oder die Vorgabe einer Dividendenpolitik an.<sup>3</sup> Fehlt es danach an der Unabhängigkeit des staatlichen Unternehmens, wird in einem zweiten Schritt untersucht, welche die beherrschende staatliche Stelle ist und welche weiteren Unternehmen von ihr abhängen.<sup>4</sup> Diese sind dann bei der Ermittlung der Umsätze und bei der Beurteilung der Marktauswirkungen des Zusammenschlusses mit zu berücksichtigen.

Ein illustrativer Fall war SoFFin/HRE.<sup>5</sup> Die Kommission führte aus, dass es für die Frage, ob ein vom Staat kontrolliertes Unternehmen (SoFFin) eine separate wirtschaftliche Einheit bildet, darauf ankomme, ob das Unternehmen seine Strategie, seinen Businessplan und seinen Haushalt autonom festlegen kann, wobei auch von Relevanz sei, wie viele Mitglieder in der Führung des Unternehmens staatlich benannt würden und welchen Einfluss auf Unternehmensentscheidungen diese nehmen könnten. Entscheidend war iE, dass letztlich das BMF die fachliche sowie die rechtliche Aufsicht über SoFFin innehat und dass es deren Entscheidungen durch eigene ersetzen kann.

Die Kommission hat sich mittlerweile in einer Reihe von Fällen damit befasst, ob bestimmte staatliche Unternehmen mit anderen letztlich von demselben Staat kontrollierten Unternehmen ein einheitliches Unternehmen im fusionskontrollrechtlichen Sinne bilden, und dabei hilfreiche Kriterien herausgearbeitet, die Frage aber letztlich meist offenlassen können.

Besonders eindrücklich ist der Zusammenschluss zwischen Saudi Aramco und SABIC, die beide vom saudischen Königreich kontrolliert werden, dennoch ihren Zu-

1 EuGH v. 19.1.1994 – Eurocontrol, Slg. 1994, I-55 ff., Rz. 18; daneben stellt Kommission v. 22.4.2008 – Erste Bank/Steiermärkische Sparkasse, COMP/M. 4988, Rz. 16 noch darauf ab, dass unternehmerische Ziele verfolgt werden.

2 Erwägungsgrund 12 zur Verordnung (EG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO vor Novellierungen), ABl. EG Nr. L 257 v. 21.9.1990, 14; vgl. Erwägungsgrund 22 zur Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO), ABl. EU Nr. L 257 v. 29.1.2004, 3.

3 Kommission v. 31.3.2011 – China National Bluestar/Elkem, COMP/M. 6082, Rz. 11 ff.

4 Kommission v. 31.3.2011 – China National Bluestar/Elkem, COMP/M. 6082, Rz. 12; Kommission v. 8.3.2013 – Rosneft/TNK-BP, COMP/M.6801, Rz. 7 ff.; Kommission v. 5.4.2017 – ChemChina/Syngenta, COMP/M.7962, Rz. 80 ff.

5 Kommission v. 14.5.2009, SoFFin/HRE, COMP/M.5508, Rz. 8 ff.

sammenschluss in mehreren Jurisdiktionen, u.a. bei der Kommission, anmelden mussten, da sie zu zwei getrennten Unternehmensgruppen gehörten.<sup>1</sup>

- 8 Ein weiterer illustrativer Fall war Rosneft/TNK-BP.<sup>2</sup> Hier ging es um die Frage, ob Rosneft, das indirekt der Russischen Föderation gehört, zusammen mit weiteren staatlich kontrollierten Öl- oder Gasunternehmen (wie zB Gazprom oder Transneft) ein einheitliches Unternehmen bildet. Die Kommission bejahte den maßgeblichen strategischen Einfluss der Russischen Föderation in strategische unternehmerische Entscheidungen von Rosneft, insbesondere bzgl. strategischer Anlageentscheidungen. Die entscheidenden Faktoren waren:
- 9 – Die Mitglieder des BoD wurden von den Anteilseignern bestimmt, wobei Russland über 75 % der Anteile hält.
- Die Mitglieder waren teilweise Repräsentanten des Staates, teilweise waren sie zugleich Mitglieder anderer staatlich kontrollierter Unternehmen derselben Branche. Erstere waren in ihrem Abstimmungsverhalten an staatliche Vorgaben gebunden.

Die Anschlussfrage, welche weiteren staatlichen Unternehmen zusammen mit Rosneft als einheitliches Unternehmen (und folglich mit einheitlichen Umsatzzahlen und Marktanteilen) anzusehen sei, konnte hier letztlich offenbleiben, da Rosneft alleine bereits den Grenzwert überschritt.

- 10 Im Detail hat sich die Kommission zudem mehrfach mit der Struktur chinesischer Staatsinvestitionen bzw. Staatsunternehmen befasst und dabei folgende Grundsätze erarbeitet bzw. festgestellt:<sup>3</sup> Hier kommt es im Einzelfall darauf an, in welcher Beziehung diese zur zentralen „State Owned Assets and Supervision and Administration Commission“ (SASAC) sowie den lokalen (regionalen oder gemeindlichen) SASACs stehen und inwieweit diese staatlichen Stellen für eine Koordinierung verschiedener Staatsunternehmen sorgen.
- 11 Dabei kommt es etwa auf die personelle Verzahnung bei der Besetzung von Leitungspositionen, das Maß an Sicherheitsvorkehrungen zu dem Zweck, den Austausch sensibler Geschäftsgeheimnisse zwischen den Unternehmen zu verhindern, u.ä. an.<sup>4</sup> Dabei kann also u.a. interessant sein, inwieweit die jeweiligen Staatsunternehmen in „Silos“ arbeiten und welche Einflussrechte der Staat über die Firmenleitung hat bzw. wie nach dem nationalen Gesellschaftsrecht Treue- und Unabhängigkeitspflichten ausgestaltet sind.
- 12 Generell herrscht Einigkeit darüber, dass der **Unternehmensbegriff weit auszulegen** ist, um den Wettbewerbsvorschriften zum Schutz des Gemeinsamen Marktes einen

---

1 Kommission v. 27.2.2020, COMP/M.9410.

2 COMP/M.6801, Rz. 7 ff.

3 Vertiefend *Lallemand-Kirche/Tixier/Piffaut*, The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges, Journal of European Competition Law & Practice, 2017, 295 ff.

4 Kommission v. 31.3.2011, China National Bluestar/Elkem, COMP/M.6082, Rz. 11, 22; s. auch Kommission v. 19.5.2011, DSM/Sinochem/JV, COMP/M.6113, Rz. 15; Kommission v. 15.3.2016, CNCE/KM Group, COMP/M.7911, Rz. 7, 11; Kommission v. 10.3.2016, EDF/CGN/NNB Group of Companies, COMP/M.7850, Rz. 37 ff.

weiten Anwendungsbereich zu sichern.<sup>1</sup> Insbesondere ist für seine Erfüllung keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich.<sup>2</sup>

So genannte **Management Buy-outs**, bei denen das Management eines Unternehmens Kontrolle über dieses Unternehmen erwirbt, unterliegen trotz des weiten Unternehmensbegriffs meistens nicht der Fusionskontrolle, da die kontrollausübenden natürlichen Personen in der Regel nicht noch weitere Unternehmen kontrollieren und daher nicht als Unternehmen zu behandeln sind (und/oder die einschlägigen Umsatzschwellen werden nicht erfüllt). Das gilt auch dann, wenn diese Personen die Anteile über ein Gemeinschaftsunternehmen erwerben und ihr Stimmverhalten darüber koordinieren, da bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum alleinigen Zwecke des gemeinsamen Kontrollerwerbs über ein anderes Unternehmen gleichsam durch das Gemeinschaftsunternehmen hindurchgeschaut wird.<sup>3</sup> 13

Die Unternehmenseigenschaft des Zielgeschäfts ist gelegentlich insbesondere in Transaktionen fraglich, die **Start-ups, Forschungs- und Entwicklungsprogramme** (etwa in der Pharmaindustrie) öä betreffen. Da die FKVO nur Marktstrukturveränderungen einer Genehmigungspflicht unterwerfen will (s. Rz. 18), führten bspw. die Parteien im Fall Novartis/GSK<sup>4</sup> aus, dass es sich bei der Transaktion nicht um einen Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO handele, da Novartis von GSK nur die Rechte für die Weiterentwicklung an den Autoimmunindikationen von Ofatumumab (einem monoklonalen Antikörper) erwarb, welche, da sie sich **noch in der Entwicklung** befanden, noch **keinen Marktzugang** hatten.<sup>5</sup> Nach Ansicht der Parteien handelte es sich dabei um den Erwerb von Vermögenswerten, bei denen der Markteintritt der Produkte ungewiss sei und welcher im Falle eines überhaupt stattfindenden Markteintritts zu weit in der Zukunft läge, sodass eine erforderliche Marktstrukturveränderung fraglich und zeitlich nicht vorhersehbar sei.<sup>6</sup> Eine Zuordnung von 14

1 *Stockenhuber*, Europäische Fusionskontrolle, S. 97 m.w.N.

2 EuGH v. 16.11.1995 – *Fédération Française de Société d'Assurance*, Slg. 1995, I-4013 ff., Rz. 17, 21; *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 101 AEUV, Rz. 57. In der digitalisierten und globalisierten Wirtschaftswelt treten vermehrt Akteure auf, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, ohne vom jeweiligen direkten Abnehmer unmittelbar eine Gegenleistung zu erhalten (vgl. dazu Kommission v. 3.10.2014 – *Facebook/WhatsApp*, COMP/M.7217, Rz. 31, 47, 90 ff.). Solche unmittelbar unentgeltlichen Anbieter fallen nicht aus dem Unternehmensbegriff heraus; vielmehr handeln sie sogar mit Gewinnerzielungsabsicht und damit auch wirtschaftlich, unabhängig davon, wer unmittelbar diese Gegenleistung liefert. Im Übrigen kann Entgelt/Gegenleistung auch in Form von Daten vorliegen. Diese Entwicklung hat auch im Rahmen der GWB-Novelle 2017 in § 18 Abs. 3a GWB Niederschlag gefunden, wo u.a. der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als Faktor für die Bestimmung von Marktmacht eines Unternehmens genannt wird. [In diesem Zusammenhang könnte evtl. auch Erwähnung finden das neu eingefügte Aufgreifkriterium in § 35 Abs. 1a GWB, das sich vom Umsatz als alles bestimmender Bezugsgröße entfernt und damit auch auf die genannten Entwicklungen reagiert.] Vgl. dazu auch *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121.

3 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 152.

4 Kommission v. 18.12.2015 – *Novartis/GSK*, COMP/M.7872.

5 Kommission v. 18.12.2015 – *Novartis/GSK*, COMP/M.7872, Rz. 6, 8.

6 Kommission v. 18.12.2015 – *Novartis/GSK*, COMP/M.7872, Rz. 8.

Umsätzen auf die einzelnen Märkte sei in diesem Stadium daher überhaupt noch nicht möglich.<sup>1</sup>

- 15 Die Kommission verwarf diese Ansicht. Die Entwicklung sei schon weit fortgeschritten (bei einer Autoimmunindikation zu Multiple Sklerose waren die Phase II Studien bereits abgeschlossen, bei einer anderen Autoimmunindikation, befanden sich die erworbenen Ofatumumab-Präparate bereits in Phase III)<sup>2</sup> und daher sei eine erfolgreiche Markteinführung durchaus wahrscheinlich und nicht nur möglich. Darüber hinaus hat sich Novartis gegenüber GSK dazu bereit erklärt Lizenzgebühren von bis zu 12 % auf alle künftigen Nettoumsätze für Autoimmunindikationen zu zahlen.<sup>3</sup> Diese Zahlungsvereinbarung lasse für die Kommission darauf schließen, dass die Parteien selber in naher Zukunft von einem Markteintritt ausgehen und diesen als durchaus wahrscheinlich einstufen.<sup>4</sup> Hinzu komme, dass sich Novartis dazu bereit erklärt hatte, zusätzliche 200 Millionen US-Dollar an GSK nach Beginn der Phase III Studie zur Anwendung von Ofatumumab bei multipler Sklerose zu zahlen.<sup>5</sup> Insgesamt ging die Kommission deshalb davon aus, dass der Erwerb der Vermögenswerte von Ofatumumab auf Grund des voraussichtlichen, kurz bevorstehenden Markteintritts in den Anwendungsbereich der FKVO fiel.<sup>6</sup>
- 16 Es stellt sich weiterhin die Frage, ob bei dem Erwerb von Darlehensverträgen oder -portfolios (z.B. non-performing loans (NPL ein Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO vorliegt. Hier gibt es eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, welche Vermögenswerte konkret übertragen werden, z.B. Einlagen, Gesellschaftsanteile, Personal, Geschäftsstätten, Angestellte, Immobilien, geistiges Eigentum, usw. Auch hier kommt es darauf an, ob die Vermögenswerte einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz darstellen. Stellen die zu erwerbenden Vermögenswerte aber reine finanzielle Werte da, ohne dass eine Marktstellung, die fortlaufend Geschäft generiert, übertragen wird, ist ein Zusammenschluss abzulehnen.<sup>7</sup> Bei einem Erwerb der reinen Darlehensverträge wird kein Unternehmen in seiner eigentlichen Form, sondern lediglich ein Vermögenswert gekauft, der dann kein Unternehmen im Sinne des Art. 3 FKVO darstellen dürfte.<sup>8</sup> (Davon unabhängig wird das Portfolio in einem solchen Fall oftmals nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO erfüllen.)
- 17 Beim reinen Erwerb von Immobilien oder Immobilienportfolios kommt es ebenfalls darauf an, ob es sich um einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz handelt, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.<sup>9</sup>

---

1 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 8.

2 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 9.

3 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 10.

4 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 10.

5 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 10.

6 Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 10.

Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 10.

Kommission v. 18.12.2015 – Novartis/GSK, COMP/M.7872, Rz. 11.

7 Kommission v. 17.12.2008 -Santander/Bradford & Bingley Assets, COMP/M.5363, Rz. 5, 7, 10, 11.

8 Kommission v. 17.12.2008 -Santander/Bradford & Bingley Assets, COMP/M.5363, Rz. 10, 11. Oft wird auch ein Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB ausscheiden.

9 Kommission v. 26.2.2016 – Netto/Grocery Store at Armitage Avenue Little Hulton, COMP/M.7940, Rz. 7–16 (die Kommission stellte fest, dass der Erwerb einer leerstehenden Immobilie, die als Einzelhandelsgeschäft genutzt werden könnte, aber den Betrieb einige

## 2. Dauerhaftigkeit des Kontrollwechsels

Ein Zusammenschluss ist nur dann anzunehmen, wenn eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle an dem oder den Zielunternehmen und damit an der Marktstruktur herbeigeführt wird.<sup>1</sup> Die FKVO will nur Marktstrukturänderungen einer Genehmigungspflicht unterwerfen. Transaktionen, die eine solche mangels Kontrollwechsels oder Vollfunktionseigenschaft eines Gemeinschaftsunternehmens (s. dazu Rz. 162 ff.) nicht herbeiführen, werden allenfalls nach nationaler Fusionskontrolle geprüft und ggf. – wie die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen – von Art. 101, 102 AEUV erfasst (bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 4 FKVO wird über Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO aber Art. 101 AEUV auch ggf. in der FKVO mitgeprüft).<sup>2</sup> Die **Dauerhaftigkeit** wird in der Definition des Zusammenschlusses in Art. 3 Abs. 1 FKVO erst seit der FKVO-Novelle 2004 erwähnt. Sie war aber auch schon vorher ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, welches sich schon aus Art. 2 FKVO 4064/89 herleiten ließ, da auch dem Markt begriff die Komponente der Dauerhaftigkeit zugrunde liegt.<sup>3</sup> Die Durchführung konkreter, meist zeitlich befristeter Projekte in arbeitsgemeinschaftsähnlichen Strukturen, wie z.B. im Bausektor, oder eines Erwerbsvehikels, dass dann mit dem Zielunternehmen verschmilzt, fällt also nicht unter den Kontrollbegriff der FKVO.<sup>4</sup> Andererseits steht eine Befristung der Dauerhaftigkeit nicht im Wege, wenn die Dauer ausreichend ist, um eine dauerhafte Strukturveränderung im Unternehmen hervorzurufen.<sup>5</sup> Bei nur vertraglichen Abhängigkeitsverhältnissen, wie Zulieferbeziehungen, kann es an der hinreichenden Dauerhaftigkeit fehlen, wenn diese jederzeit kündbar sind.<sup>6</sup> In Microsoft/Yahoo' Search Business wurde ein Lizenzvertrag

Monate zuvor eingestellt hatte und nicht mit anderen materiellen oder immateriellen Vermögenswerten, wie z.B. Goodwill, gemeinsam veräußert wurde, keinen anmeldepflichtigen Zusammenschlusstatbestand darstellte). Andererseits werden z.B. werden Gemeinschaftsunternehmen, die aktiv Immobilienportfolios verwalten, in der Regel als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen eingestuft, s. Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 96 mit Hinweis auf Kommission v. 23.6.1997 – IV/M.929, DIA/Veba Immobilien/Deutschbau und v. 23.1.2004 – COMP/M.3325, Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf.

1 Erwägungsgründe 8 und 20 zur Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU Nr. L 24 v. 29.1.2004, 1 (abgedr. in FK, **T B II** 99 ff.); Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 7; s. a. Rz. 159 ff. zur Dauerhaftigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.

2 *Wessely/Wegner* in MünchKomm/EuWettbR, Art. 3 FKVO Rz. 2.

3 Darüber hinaus war der Begriff des Zusammenschlusses auch nach FKVO a.F. nach deren Erwägungsgründen so zu definieren, „dass er nur Handlungen erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Struktur der beteiligten Unternehmen führen“, Erwägungsgrund 23 zur Verordnung (EG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO vor Novellierungen), ABl. EG Nr. L 257 v. 21.9.1990, 14.

4 *Albers*, FIW-Schriftenreihe, Heft 146, S. 99, 103.

5 Die Kommission hat fünf Jahre als ausreichend angesehen, wenn bei Nichtkündigung eine automatische Verlängerung der vertraglichen Bindung eintritt, Kommission v. 14.1.1992 – Volvo/Atlas, COMP/M.152, Rz. 8.

6 *Ebenroth/Rösler*, RIW 1994, 533, 537; *Niemeyer*, Europäische Fusionskontrollverordnung, S. 15; Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 18.

mit einer Laufzeit von 10 Jahren als ausreichend angesehen, um eine dauerhafte Kontrolle unter solchen Umständen zu gewähren, in denen eine vorzeitige Beendigung unwahrscheinlich erschien und Microsoft im Falle einer Beendigung auf jeden Fall die Rechte an der Schlüsseltechnologie von Yahoo behalten würde, wodurch sichergestellt wurde, dass „Yahoo für die absehbare Zukunft faktisch seine Fähigkeit, bei der Internetsuche und der Internetsuchwerbung zu konkurrieren, endgültig aufgibt“.<sup>1</sup> Auch die bloße Abhängigkeit von nur vorübergehenden Gegebenheiten und punktuellm Zusammenwirken mehrerer Gesellschafter genügt nicht, um einen dauerhaften Zusammenschluss anzunehmen. Vielmehr muss dieser vertraglich abgesichert sein und als sichere Grundlage einer dauerhaften Unternehmensverbindung dienen können.<sup>2</sup>

- 19 Dauerhaft bedeutet andererseits nicht ewig, vielmehr genügt es, wenn die Zusammenschlusswirkungen lange genug eintreten, um eine dauerhafte Veränderung in den Strukturen der beteiligten Unternehmen herbeizuführen. Das wurde für die gemeinsame Kontrolle begründenden Vetorechte z.B. schon bejaht, weil diese für fünf Jahre eingeräumt wurden.<sup>3</sup> Sind nur Teile der Transaktion dauerhaft angelegt und andere nicht, prüft die Kommission als Zusammenschluss nur die dauerhaften Strukturveränderungen.<sup>4</sup>
- 20 Diese Beurteilung des Vorliegens eines Zusammenschlusses hängt eng mit der Frage eines etwaigen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot zusammen und ist insbesondere relevant bei **Abfolgen von Transaktionen**, wenn einzelne Transaktionen oder Transaktionsschritte lediglich ein Durchgangsstadium darstellen. Rz. 29 ff. der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen<sup>5</sup> erläutern die Praxis der Kommission in den Fällen, in denen der erste Schritt einer solchen Abfolge von Transaktionen nur Übergangscharakter hat. Dabei sind verschiedene Szenarien denkbar.
- 21 Zum einen ist es denkbar, dass mehrere Unternehmen sich zu dem Zweck zusammen tun, ein anderes Unternehmen zu erwerben, um das erworbene Unternehmen nach einem vorab vereinbarten Plan untereinander aufzuteilen.<sup>6</sup> Hierbei erkennt die Kommission in dem ersten Erwerb des gesamten Zielunternehmens durch eines oder mehrere der erwerbenden Unternehmen keine dauerhafte Strukturveränderung,

1 Kommission v.19.2.2010 – Microsoft/Yahoo! Search Business, COMP/M.5727, Rz. 20–21.

2 Kommission v. 28.7.2006 – Celsa/Fundia, COMP/M.4225; Kommission v. 20.7.2005 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, COMP/M.3858, Rz. 9, hier wurden 10-15 Jahre als dauerhaft angenommen; Kommission v. 6.5.1994 – GE/ENI/Nuovo Pignone (II), ABl. EG Nr. C 162 v. 14.6.1994, Rz. 9; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 242 f.; *Sto-ckenhuber*, Europäische Fusionskontrolle, S. 85, Fn. 55.

3 Kommission v. 24.8.2011 – F2i/AXA Funds/G6 Rete Gas, COMP/M. 6302.

4 Kommission v. 26.6.1997 – Blokker/Toys „R“ US, WuW/E EU-V 167 (169), COMP/M890, Rz. 6 ff.: Blokker hatte insgesamt neun Einzelhandelsgeschäfte von Toys „R“ Us übernommen. Davon sollten drei nach kurzer Zeit geschlossen werden, sobald sich neue Mieter gefunden hätten; hier sah die Kommission das Merkmal der Dauerhaftigkeit nicht erfüllt. Die sechs übrigen wurden von Blokker weitergeführt. Die Kommission sah hierin eine Übernahme der dauerhaften Kontrolle (Rz. 15 f.).

5 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.).

6 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 30 ff.

wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Zum einen muss sie folgende Aufteilung der erworbenen Vermögenswerte zwischen den Erwerbern rechtsverbindlich vereinbart worden sein. Zum anderen ist es erforderlich, dass bereits zum Zeitpunkt des ersten Schrittes kein Zweifel daran besteht, dass die Aufteilung „innerhalb kurzer Zeit nach dem ersten Erwerbsvorgang folgen wird“.<sup>1</sup> Hier wird in der Praxis ein Jahr als angemessen erachtet.<sup>2</sup> Sind diese Bedingungen erfüllt, prüft die Kommission nur die Erwerbe von Unternehmensteilen im zweiten Schritt als Zusammenschlüsse der jeweils erwerbenden Unternehmen mit dem ursprünglichen Zielunternehmen.

In einem zweiten, in gewisser Weise umgekehrten Szenario<sup>3</sup> verfügen zunächst mehrere Unternehmen über die Kontrolle eines erworbenen Unternehmens, wird jedoch zu einem späteren Zeitpunkt – ein Jahr wird als angemessen erachtet<sup>4</sup> – auf Grundlage rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen die Kontrolle auf einen Anteilseigner übertragen. Auch hier geht die Kommission von lediglich einem Zusammenschluss des Zielunternehmens mit dem letztendlichen Anteilseigner aus.

Schließlich ist drittens der Fall denkbar, dass ein zwischengeschalteter Käufer ein Unternehmen allein zu dem Zweck erwirbt, den anschließenden Erwerb des Zielunternehmens durch einen endgültigen Käufer zu erleichtern.<sup>5</sup> Der erste Schritt der Transaktion geschieht – häufig durch eine Bank (sog. warehousing) – im Namen des endgültigen Käufers und wird durch diesen eingeleitet. Die Kommission wertet die gesamte Transaktion als einen einzigen Zusammenschluss.

Im zweiten und im dritten Szenario scheint klar, dass nur die endgültige Struktur angemeldet werden muss. Weniger klar ist hingegen, ob der erste (Zwischen-) Schritt schon vor Freigabe der endgültigen Struktur vollzogen werden darf.

Nach Art. 7 FKVO sind alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die zur Verwirklichung des Zusammenschlusses führen, nach Art. 7 IV FKVO schwebend unwirksam<sup>6</sup> und können darüber hinaus mit einem Bußgeld geahndet werden, vgl. Art. 14 lit. a, b FKVO. Zweifel an der Anwendung des Vollzugsverbotes könnten ins-

1 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 31; s. auch Kommission v. 5.7.2007 – ENEL/Acciona/Endesa, COMP/M.4685, Rz. 6–9; Kommission v. 19.9.2007 – RBS/ABN Amro Assets, COMP/M.4843, Rz. 5–9; Kommission v. 3.10.2007 – Fortis/ABN Amro Assets, COMP/M.4844; Kommission v. 7.3.2008 – Carlsberg/Scottish & Newcastle Assets, COMP/M.4952, Rz. 5–8, und Kommission v. 3.4.2008 – Heineken/Scottish & Newcastle Assets, COMP/M.4999, Rz. 9–10; s. auch Kommission v. 12.12.2012 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria, COMP/M.6497, Rz. 5 und Kommission v. 26.3.2010 – Schneider Electric/Areva T&D, COMP/M.5755, Rz. 4.

2 Kommission v. 24.6.2005 – COMP/M.3779, Pernod Ricard/Allied Domecq v. 10.6.2005 – COMP/M.3813, Fortune Brands/Allied Domecq; Kommission v. 7.3.2008 – Carlsberg/Scottish & Newcastle Assets, COMP/M.4952, Rz. 5–8; Kommission v. 3.4.2008 – Heineken/Scottish & Newcastle Assets, COMP/M.4999, Rz. 9–10.

3 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff. (abgedr. in FK, **T B III** 1066 ff.), Rz. 34.

4 Vgl. Kommission v. 20.12.2001 – COMP/M.2389, Shell/DEA, 18.11.2002 – COMP/M.2854, RAG/Degussa; Kommission v. 17.1.2018 – JD/Sonae MC/Balaiko/JDSH/Sport Zone, COMP/M.8710, Rz. 10–12, 23–24.

5 Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU Nr. C 43 v. 21.2.2009, 10 ff., Rz. 35.

6 Vgl. *Körber* in Immenga/Mestmäcker, Art. 7 FKVO Rz. 4, 46.

besondere in den Fällen bestehen, wenn der erste Teil der Transaktion auf Grund einer fehlenden Dauerhaftigkeit kein anmeldepflichtiger Zusammenschluss nach der FKVO darstellt (s. Rz. 18), denn dann kann der erste Teil der Transaktion auch nicht unter ein Vollzugsverbot nach der FKVO fallen.<sup>1</sup> Grundsätzlich unterfallen dem Vollzugsverbot alle rechtlichen und tatsächlichen Handlungen, die zur Verwirklichung des Zusammenschlusses führen.<sup>2</sup> Somit also auch solche Transaktionen mit Übergangscharakter<sup>3</sup>, denn diese sind eben auch für den letztendlichen Zusammenschluss notwendig. Entscheidend ist, dass sich der Teil der Transaktion auf die Marktstruktur auswirkt.<sup>4</sup>

- 26 Der EuGH hielt in der Rechtssache Ernst & Young fest, dass es Zweck des Vollzugsverbotes sei, den Vollzug eines nicht genehmigten Zusammenschlusses zu verhindern, damit muss eben auch gerade die beanstandete Handlung den Zusammenschlusstatbestand erfüllen oder zumindest zu einer dauerhaften Kontrollveränderung „beitragen“.<sup>5</sup> Diese doch etwas vage Formulierung wird in der Praxis weiterhin für Unsicherheit sorgen. In dem Fall war eine trennscharfe Abgrenzung möglich – hier hatten die dänischen KPMG-Gesellschaften lediglich im Hinblick auf den vereinbarten Zusammenschluss mit E&Y bereits ihren Vertrag mit KPMG International gekündigt. Das für sich genommen bewirkte natürlich noch keinerlei teilweisen Kontrollverlust oder Einfluss durch E&Y. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob echte Teilvollzugshandlungen gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Der EuGH stellt einerseits fest, dass das Erfordernis einer wirksamen Fusionskontrolle (auch) erfüllt wird, wenn jeder Teilvollzug verboten ist (denn wäre es den Betroffenen verboten, einen Zusammenschluss mittels eines einzigen Vorgangs zu vollziehen, aber erlaubt dasselbe Ergebnis mittels aufeinanderfolgender Teilvorgänge zu erreichen, würde dies die praktische Wirksamkeit des Art. 7 FKVO verringern).<sup>6</sup> Diese Einordnungen des EuGH sprechen dafür, dass selbst die erste Transaktion, wenn sie eng mit der zweiten verbunden ist und zu einer Veränderung der Marktstruktur führt unter das Vollzugsverbot fällt. ‘andererseits muss es sich um Maßnahmen handeln, „die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle über eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen führen.“<sup>7</sup> Und Handlungen, die zwar „im Rahmen eines Zusammenschlusses erfolgen“, aber „nicht erforderlich sind, um eine Veränderung der Kontrolle über eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen herbeizuführen“, fallen ebenfalls nicht unter Art. 7 FKVO, selbst wenn sie Auswirkungen auf den Markt haben können.<sup>8</sup> Die letzteren beiden Passagen sprechen eher dafür, Teilvollzugshandlungen so lange nicht dem Vollzugsverbot zu unterwerfen, wie sie selbst noch nicht ohne weiteres zu einem Kontrollwechsel führen.<sup>9</sup>

1 Vgl. *Ablasser-Neuhuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 7 FKVO, Rz. 2.

2 *Körber* in Immenga/Mestmäcker, Art. 7 FKVO Rz. 7.

3 *König/Siegert* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 7 Rz. 4

4 *Körber* in Immenga/Mestmäcker, Art. 7 FKVO Rz. 7.

5 EuGH v. 31.5.2018 – C-633/16 – Ernst & Young P/S v. Konkurrenterådet, Rz. 46.

6 EuGH v. 31.5.2018 – C-633/16 – Ernst & Young P/S v. Konkurrenterådet, Rz. 47.

7 EuGH v. 31.5.2018 – C-633/16 – Ernst & Young P/S v. Konkurrenterådet, Rz. 52.

8 EuGH v. 31.5.2018 – C-633/16 – Ernst & Young P/S v. Konkurrenterådet, Rz. 49, 50.

9 Vgl. *Kuhn*, § 41 GWB Rz. 1 ff. zur Rechtslage nach deutschem Recht. Zumindest dürfte hier der BGH in Sachen Edeka/Tengelmann einen niedrigeren Maßstab angesetzt haben, wonach Verhaltensweisen, die auf die Umsetzung eines Zusammenschlussvorhabens ausgerichtet sind, ohne den Zusammenschlusstatbestand zu verwirklichen, gegen das Voll-

Die Kommission wendete den Maßstab des Ernst & Young-Urteils dann im Fall Canon/Toshiba<sup>1</sup> an. Dort hatte bereits vor Anmeldung der vorgesehenen Transaktion (welche von der Kommission letztlich genehmigt wurde<sup>2</sup>) ein Zwischenerwerber 95 % der Aktien an Toshiba erworben. Canon erwarb zeitgleich die verbliebenen 5 % und eine Kaufoption für das Aktienpaket des Zwischenhändlers. Die Kommission war der Ansicht, dass beide Transaktionsschritte einen einheitlichen Übernahmevergang bildeten und der erste Schritt notwendig für den Kontrollerwerb war, da eine direkte funktionale Verbindung zum Gesamtvollzug bestand und somit der Zwischenerwerb zumindest teilweise zum Kontrollerwerb beigetragen hatte.<sup>3</sup> Allerdings stellte die Kommission auch darauf ab, dass Canon bereits direkt an der Gründung des Zwischenerwerbers beteiligt war, dieser keinerlei Eigeninteresse am Zielunternehmen hatte und Canon allein den letztlichen Erwerber (nämlich sich selbst) bestimmen konnte.<sup>4</sup> Man hätte also ggf. davon ausgehen können, dass Canon schon faktische Kontrolle (die Kommission bezieht sich jedenfalls auf einen „gewissen Grad an Einfluss“<sup>5</sup>) über den Zwischenerwerber und damit ab Vollzug des Zwischenerwerbs über das Zielunternehmen hatte.

27

Etwas anders lag der Fall Marine Harvest/Morpol.<sup>6</sup> Hier nahm die Kommission an, dass Marine Harvest bereits durch den ersten Schritt, den privaten Erwerb von ca. 48,5 % der Anteile am Zielunternehmen von einem einzelnen Verkäufer, und nicht erst durch erfolgreichen Vollzug eines öffentlichen Übernahmeangebots für die restlichen Anteile Kontrolle erwarb, aber auch, dass diese beiden Schritte nicht als einheitlicher Zusammenschluss gewertet werden konnten.

28

Eine mittlerweile häufiger in der Praxis auftretende, kreativere Variante ist die Staffelung einer Transaktion in einen nicht kontrollpflichtigen oder separat genehmigten Anteilserwerb im ersten Schritt und einen nachfolgenden durch Fusionskontrollfreigabe bedingten zur Kontrolle führenden Anteilserwerb von einer Bank im Wege eines **Zinsswaps** (z.B. Total Return Swap). Im Fall Knorr Bremse/Vossloh<sup>7</sup> hatte Knorr Bremse („KB“) bereits einen Anteil von etwas mehr als 30 % an Vossloh, der ihr aber keine Kontrolle vermittelte (der Erwerb der nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligung war vom Bundeskartellamt freigegeben worden). KB schloss daraufhin einen Rahmenvertrag mit der Deutschen Bank („DB“) ab, welcher einen Zinsswap für 744 367 Vossloh-Aktien (ca. 5,6 % der Anteile an Vossloh) vorsah.<sup>8</sup> Die DB erwarb daraufhin 744 367 Vossloh Aktien.<sup>9</sup> Der Rahmenvertrag wird durch physische Lieferung der Aktien von der DB an KB oder Barausgleich erfüllt. Nur im Falle einer

29

zugsverbot verstoßen können, wenn sie geeignet sind, die Wirkungen des Zusammenschlusses zumindest teilweise vorwegzunehmen (BGH v. 14.11.2017 - KVR 57/16, NZKart 2018, 91).

1 Kommission v. 27.6.2019 – COMP/M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation.

2 Kommission v. 19.9.2016 – COMP/M.8006, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation.

3 Kommission v. 27.6.2019 – COMP/M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation, Rz. 162.

4 Kommission v. 27.6.2019 – COMP/M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation, Rz. 118 ff.

5 Kommission v. 27.6.2019 – COMP/M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems Corporation, Rz. 155.

6 Kommission v. 23.7.2014 – COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol.

7 Kommission v. 14.9.2015 – COMP/M.7538, Knorr Bremse/Vossloh.

8 Kommission v. 14.9.2015 – COMP/M.7538, Knorr Bremse/Vossloh, Rz. 7

9 Kommission v. 14.9.2015 – COMP/M.7538, Knorr Bremse/Vossloh, Rz. 7

physischen Lieferung würde KB 35,8 % der Anteile an Vossloh halten, was wegen einer stabilen Hauptversammlungsmehrheit für den Kontrollerwerb genüge.<sup>1</sup> Die Kommission sah den Abschluss des Zinsswaps offensichtlich nicht also Teilvollzug des Kontrollerwerbs an (wohl weil er Knorr Bremse noch keine Kontrollmöglichkeiten vermittelte). Die Beurteilung mag sich ändern, wenn der Erwerber bspw. im ersten Schritt 24,9 % vom Verkäufer erwirbt und dann parallel einen Swap mit einer Bank vereinbart, und der erste Schritt bereits vollzogen wird, bevor die Freigabe des geplanten Kontrollerwerbs infolge des physischen Settlements des Swaps erfolgt.<sup>2</sup>

### 3. Abgrenzungskriterium: Kontroll- und Strukturveränderung

- 30 Anders als bspw. im deutschen Recht<sup>3</sup> unterliegen **Unternehmensverbindungen unterhalb der Kontrollschwelle** nicht der Fusionskontrolle. Insoweit kann aber das jeweilige nationale Recht Anwendung finden. Außerdem kann Art. 101 AEUV einschlägig sein, insbesondere bei Gemeinschaftsunternehmen, die nicht Vollfunktionsunternehmen sind, und bei Minderheitsbeteiligungen, die keine Kontrolle ermöglichen.<sup>4</sup>
- 31 Ein Zusammenschluss, gleichgültig in welcher Form, setzt voraus, dass die betroffenen Unternehmen zuvor **voneinander unabhängig** waren, also nicht bereits vor dem Zusammenschluss demselben Konzern angehörten oder sonst voneinander abhängig in dem Sinne waren, dass ein Unternehmen über das andere Kontrolle i.S.d. Art. 3 FKVO ausgeübt hat.<sup>5</sup> Dies ergibt sich für die Fusion direkt aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO und für den Zusammenschluss mittels Kontrollerwerb daraus, dass bei konzerninternen Anteilsverschiebungen die Kontrolle über das beherrschte Unternehmen bereits bei der Konzernmutter liegt und durch den Anteilserwerb nicht erst erworben wird.<sup>6</sup> Bei rein **konzerninternen Zusammenschlüssen** findet auf der kartellrechtlich letztlich relevanten obersten Konzernebene kein Kontrollwechsel statt.<sup>7</sup> Dies gilt auch dann, wenn zwischen den beiden sich vermeintlich zusammenschließenden gesellschaftsrechtlichen Einheiten selbst bisher noch kein Abhängigkeitsverhältnis bestanden hat, beide aber unmittelbar oder mittelbar von der Konzernmutter abhängen. Auch dann gehören sie derselben wirtschaftlichen Einheit an und sind Anteilsverschiebungen etc. nur als für die Marktstruktur unerheblich

---

1 Kommission v. 14.9.2015 – COMP/M.7538, Knorr Bremse/Vossloh, Rz. 7.

2 Vgl. die Konstellation in Marine Harvest, Kommission v. 23.7.2014 – COMP/M.7184, bestätigt durch EuG v. 26.10.2017 – T-704/14 EU:T:2017:753, und EuGH v. 4.3.2020 – C-10/18 P, ECLI:EU:C:2020:149, EuZW 2020, 622.

3 Vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GWB.

4 Schütz in GK, Art. 3 FKVO Rz. 2; vgl. auch Kuhn, ZWeR 2011, 258 ff.; Kuhn/End, Revue Lamy de la Concurrence 2014, 9.

5 Blank, Europäische Fusionskontrolle, S. 210; Bechtold, RIW 1990, 253, 254; Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 3 Anm. I.1; s.a. Kommission v. 7.12.1995 – RTZ/CRA, ABl. EG Nr. C 22 v. 26.1.1996, 10, Rz. 7.

6 Dirksen/Barber, EWS 1992, 98, 100; Stockenhuber, Europäische Fusionskontrolle, S. 74 ff.

7 Kommission v. 17.9.2001 – Rheinbraun Brennstoff/SSM Coal, ABl. EG Nr. C 327 v. 22.11.2001, 16, Rz. 4; Körber in Immenga/Mestmäcker, Art. 3 FKVO Rz. 12. In wenigen anderen Jurisdiktionen werden auch interne Restrukturierungen als Zusammenschlüsse behandelt und bedürfen bei Erfüllen der einschlägigen Schwellenwerte einer Anmeldung und Freigabe, z. B. in Südkorea oder Russland.

## Kreditwirtschaft

	Rz.		Rz.
<b>I. Einführung</b>		d) Festsetzung und Empfehlungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	80
1. Überblick .....	1	e) Konsortialgeschäft .....	89
2. Auf die Bankwirtschaft anwendbares Kartellrecht .....	7	f) Technische Zusammenarbeit im Bereich Fintech ..	92
3. Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden .....	15	g) Organisatorische Zusammenarbeit und Identifizierung neuer Geschäftsmöglichkeiten .....	94
4. Regulierung .....	19	h) Kooperation im Bereich der Einlagensicherung .....	95
5. Der Bankenmarkt .....	22	i) Lastschriftverfahren .....	96
<b>6. Marktabgrenzung und Marktanteile</b> .....	33	j) Kreditregister .....	97
a) Sachlich relevanter Markt ..	37	k) Kooperationen von Sparkassen und Genossenschaftsbanken .....	99
b) Räumlich relevanter Markt ..	49		
c) Berechnung der Marktanteile .....	56	<b>III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</b>	
<b>II. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im Bereich des Bankwesens</b>		<b>1. Überblick</b> .....	104
1. Überblick .....	59	<b>2. Fallgruppen</b> .....	105
2. Fallgruppen .....	65	a) Preishöhenmissbrauch .....	106
a) Vereinbarungen und Informationsaustausch über preisrelevante Konditionen ..	71	b) Zugang zu wesentlichen Einrichtungen .....	107
b) Interbankenentgelte .....	75	c) Unbillige Behinderung .....	110
c) Festsetzung von Referenzzinssätzen und Devisenkursfixing .....	77	d) Kopplungsgeschäfte .....	111
		<b>IV. Fusionskontrolle</b> .....	113

Bearbeiter: *Fabian Stancke*

### Literaturhinweise:

Kommentare und Handbücher:

*Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 9. Aufl. 2018; *Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, 8. Aufl. 2018; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, CRR-VO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016; *Dauses/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 48. EL Juli 2019; *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 1. Aufl. 2016; *Gummer/Weipert*, Münchener Kommentar des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 2019; *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2019; *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. 2017; *Lista*, EU Competition Law and the Financial Services Sector, 1. Aufl. 2013; *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 2, 13. Aufl. 2018; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020; *Massari*, Das Wettbewerbsrecht der Banken, 2011; Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, hrsg. von *Säcker/Meier-Beck/Bien/Montag*, Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020; *Schimansky/Buntel/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017; *Schwennicke/Auerbach*, Kreditwesengesetz, 3. Aufl. 2016; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht,

## Sonderbereiche Kreditwirtschaft Rz. 1

---

5. Aufl. 2018; *Stancke/Weidenbach/Lahme*, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 1. Aufl. 2018; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020.

Aufsätze:

*Abermann*, Interchange Fees in Card Payment Systems in the US and Europe, ECLR 2005, 225; *Ahlborn/Chan/Evans*, The Problem of Interchange Fee Analysis: Case without a cause?, ECLR 2001, 304; *Ahlens*, Die neuen Bedingungen für ec-Karten, WM 1995, 601; *Balto*, The Problem of Interchange Fees: Costs without benefits, ECLR 2000, 215; *Bernhardt*, Algorithmen, Künstliche Intelligenz und Wettbewerb, NZKart 2019, 314; *Bunte*, Sektorenuntersuchung im Retail-Bankgeschäft, WM 2007, 1197; *Bunte*, Die Angriffe gegen das Regionalprinzip der Sparkassen im Lichte des BGH-Urteils vom 6.10.2015, WM 2016, 905; *Bunte*, Die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung im Retail-Bankgeschäft für Bezahlkartensysteme, WM 2007, 2041; *Bunte*, Zur Beschränkung des Zugangs zu Geldautomaten für konkurrierende Banken, EWiR 2011, 541; *Ezrachi/Stucke*, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Illinois Law Review 2017, 1775; *Freigang/Grün*, Die kartellrechtliche Beurteilung nationaler Interbankentgelte im Kreditkartengeschäft, WM 2005, 681; *Gyselen*, EC Antitrust Law in the Area of Financial Services, in Fordham Corporate Law Institute, 23 rd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, zu finden auch unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1997\\_005\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1997_005_en.html); *Helmling*, Kreditkartengebührenverbote durch Mineralölgesellschaften in Vertragsverhältnissen mit ihren Pächtern, WuW 1991, 977; *Hennemann*, Künstliche Intelligenz und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2018, 161; *Hönn*, Kartellrechtliche Probleme moderner Zahlungssysteme, ZBB 1991, 6; *Hofmann*, Wettbewerb bei VISA und MasterCard: Kartellrechtliche Beurteilung der Vereinheitlichung in den Kreditkartensystemen, WuW 2006, 17; *Horn*, Kartellrechtliche Aspekte des Kreditkartengeschäfts, ZHR 157 (1993), 324; *Immenga/Körber*, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei der Geldautomatennutzung, EWS 1999, 4; *Käseberg/von Kalben*, Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz für die Wettbewerbspolitik, WuW 2018, 2; *Louven*, Der Zugangsanspruch zu technischen Infrastrukturen nach dem neuen § ZAG § 58a ZAG, NZKart 2020, 421; *Mundt/Buch*, Die Vereinbarkeit von kollektiven Interbankentgelten in bargeldlosen Zahlungssystemen mit dem Kartellverbot des Art. 81 EGV und § 1 GWB, WM 2001, 2142; *Oechsler*, Ein neuer wettbewerblicher Ordnungsrahmen für das Kreditkartengeschäft – MIF-VO, Zahlungsdienstrichtlinie 2 und die Mastercard-Entscheidung des EuGH, WM 2016, 537; *Schwintowski*, Zum Erfordernis der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung (mit Länderbericht Italien), WuB V F Art. 85 EGV 1.99; *Seeliger/Vasbender*, Die Sektorenuntersuchung der Europäischen Kommission im Retail-Bankgeschäft und bei Unternehmensversicherungen – ihre praktische Bedeutung, WM 2006, 311; *Stancke*, Die Haftung für kartellrechtliches Fehlverhalten Dritter, CCZ 2019, 274; *Stancke*, Verbotgrund und Vermutungswirkungen „bezwecker“ Wettbewerbsbeschränkungen, NZKart 2020, 308; *Thomas*, Rahmenordnung und Innovation – Zur Beurteilung der gemeinsamen Kontoführungs-App der Sparkassen durch das BKartA, WuW 2016, 511.

## I. Einführung

### 1. Überblick

- 1 Die Bankwirtschaft,<sup>1</sup> die **Versicherungswirtschaft**<sup>2</sup> und das **Kapitalmarktgeschäft** werden von der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission als Teil

---

<sup>1</sup> Teilweise – etwas verkürzend – auch „Kreditwirtschaft“ genannt.

<sup>2</sup> Vgl. zum Kartellrecht der Versicherungswirtschaft FK, Sonderbereiche Versicherungswirtschaft Rz. 1 ff.

des Finanzdienstleistungssektors<sup>1</sup> im weiteren Sinne qualifiziert.<sup>2</sup> Das Bankwesen und die Versicherungswirtschaft scheinen zunächst recht einfach voneinander abzugrenzen zu sein, weil Versicherungsunternehmen und Banken jeweils nur nach aufsichtsrechtlicher Lizenzierung und insoweit auch nur in einem genau bestimmten Kernbereich tätig werden dürfen. Allerdings betreiben beide mit ihnen verbundene Unternehmen auch versicherungs- bzw. bankenfremde Geschäfte, im Fall von Banken insbesondere Geschäfte an den Kapitalmärkten durch „Finanzunternehmen“ (mit Tätigkeiten z.B. in folgenden Bereichen: Beteiligungs- oder Forderungserwerb, Leasing-Objektgeschäft, Eigenhandel mit Finanzinstrumenten, Anlageberatung) i.S.d. § 1 Abs. 3 KWG. Diese unterliegen teilweise ihrerseits der Finanzaufsicht. Banken betätigen sich also regelmäßig im Bank-, bzw. Kredit-, und im Kapitalmarktgeschäft.

Die deutschen und europäischen Wettbewerbsregeln des GWB und des AEUV finden 2 auf die private Bankwirtschaft Anwendung.<sup>3</sup> **Sektorspezifische Ausnahmen** gibt es nicht.<sup>4</sup>

Insbesondere sind private Kreditinstitute mangels hoheitlicher Betrauung nicht als 3 Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV zu qualifizieren.<sup>5</sup> Nach dieser Norm gelten für Unternehmen, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** betraut sind oder den **Charakter eines Finanzmonopols** haben, die Vorschriften der Unionsverträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nur insoweit, als deren Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die staatliche Aufsicht über die Bankwirtschaft begründet jedenfalls keine hoheitliche Betrauung.<sup>6</sup> Eine Sonderregelung für den Bereich spezieller öffentlicher Banken enthält § 185 Abs. 1 S. 3 GWB, wonach die Vorschriften des materiellen und formellen Kartellrechts des GWB (also nicht die des Vergaberechts) nicht auf die **Deutsche Bundesbank** und die **Kreditanstalt für Wiederaufbau** anzuwenden sind. Auf beide Institutionen kann aber das vorrangige europäische Kartellrecht anwendbar sein, so dass auch insoweit der Regelungsrahmen des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV gilt. Sofern ein Verhalten der Bundesbank oder der Kreditanstalt für Wiederaufbau nach dem Zwischenstaatlichkeitskriterium auch dem europäischen Kartellrecht unterliegt (vgl. zur Zwischenstaatlichkeitsklausel Rz. 10 ff.) und als unternehmerische Tätigkeit in den materiellen Anwendungsbereich der Artt. 101, 102 AEUV fällt, greift § 185 Abs. 1 S. 3 GWB also nicht.<sup>7</sup>

Auch eine spezifische **Gruppenfreistellungsverordnung** gibt es im Bereich der Bank- 4 wirtschaft nicht. Die einzige kartellrechtliche **Verwaltungsbekanntmachung** der

1 Nicht zu verwechseln mit der deutschen aufsichtsrechtlichen Definition des „Finanzdienstleistungsinstituts“ in § 1a KWG.

2 Vgl. hierzu die Übersicht zu einzelnen Sektoren auf der Internetseite der DG Com: [https://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/index_en.html).

3 Für das europäische Kartellrecht: EuGH v. 14.7.1981 – 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, 2029 f., Rz. 6 – 8; Kommission v. 11.6.2002 – COMP 36.571 – Lombard Club, ABl. 2004 L 56/1, Rz. 392 ff.; *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 141 Rz. 1; *Lista*, S. 129 f. und entsprechend für das deutsche Kartellrecht: *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 140 Rz. 2.

4 Vgl. zur historischen Entwicklung des Bankenkartellrechts: *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 140 Rz. 6 ff.; *Massari*, S. 54 ff.

5 EuGH v. 14.7.1981 – 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, 2030, Rz. 7.

6 EuGH v. 14.7.1981 – 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, 2030, Rz. 8.

7 *Schneider* in Wiedemann, § 33 Rz. 20 ff.

Kommission zum Bereich der Bankwirtschaft ist die „Bekanntmachung über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf grenzüberschreitende Überweisungssysteme“ aus dem Jahr 1995.<sup>1</sup>

- 5 Die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts auf die Bankwirtschaft folgt damit **allgemeinen Grundsätzen**. Weder hinsichtlich einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer abgestimmten Verhaltensweise noch hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung oder die Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gelten im Bankenbereich irgendwelche Besonderheiten hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale.<sup>2</sup>
- 6 Die Bankwirtschaft muss sich daher bei der Beurteilung wettbewerbsrelevanter Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen und bei der Beurteilung eines etwaigen Marktmachtmissbrauchs an der Verwaltungspraxis der Kommission und der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden sowie an sonstigen Verlautbarungen orientieren, namentlich an den Einschätzungen der Kommission zu Verhaltensweisen in der Bankwirtschaft in **Abschlussberichten zu etwaigen Sektorenuntersuchungen**.<sup>3</sup>

## 2. Auf die Bankwirtschaft anwendbares Kartellrecht

- 7 Welches Kartellrecht geografisch auf Verhaltensweisen von Unternehmen der Bankwirtschaft anwendbar ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem auch völkerrechtlich anerkannten **Auswirkungsprinzip** und dieses deklarierende Normen.<sup>4</sup> Nach dem Auswirkungsprinzip ist maßgeblich, ob sich die Wirkungen wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen auf das jeweilige Hoheitsgebiet einer Jurisdiktion erstrecken. Gleichzeitig bildet das Auswirkungsprinzip auch die Grenze der Anwendbarkeit des Rechts einer Jurisdiktion: Denn nur insofern sich die Wirkungen einer Maßnahme auf das Inland erstrecken, unterliegt sie den Wettbewerbsregeln der jeweiligen Rechtsordnung.<sup>5</sup> Für das deutsche Kartellrecht ergibt sich dies aus Art. 185 Abs. 2 GWB, wonach die Wettbewerbsregeln des GWB auf „alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes veranlasst werden“, anzuwenden sind.<sup>6</sup> Im EU-Kartellrecht gilt das Auswirkungsprinzip, ohne dass dies gesetzlich gesondert geregelt wäre.<sup>7</sup> Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Kooperationen oder sonstigen Verhaltensabstimmungen oder auch ein Marktmachtmissbrauch im

---

1 ABl. 1995 C 251/3.

2 *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 141 Rz. 5 ff.

3 Vgl. z.B. zum Retail-Geschäft: Mitteilung der Kommission – Untersuchung des Retail-Bankgeschäfts gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM/2007/0033 endg.; *Bellamy/Child*, Rz. 5.047; *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 141 Rz. 2 c ff.; *Bunte*, WM 2007, 1197, 2041.

4 Vgl. hierzu z.B. *Bellamy/Child*, Rz. 16.021 ff.; *Bechtold/Bosch*, § 185 Rz. 15 ff.; zum Zusammenspiel mit Kartellzivilrecht und IPR: *Lahme/Bloch* in Stancke/Weidenbach/Lahme, S. 49 ff.

5 Vertiefend: *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 50 ff., für die USA: US Supreme Court in *Hartford Fire Insurance v. California*, 544 U.S. 155 (1993).

6 BGH v. 25.9.2007 – KVR 19/07 – Sulzer/Kelmix, WuW/E DE-R 2133.

7 EuG v. 25.3.1999 – T-102/96 – Gencor/Kommission, Slg. 1999 II – 753, Rz. 76, 89; EuGH v. 6.9.2017 – C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 40 ff.; EuG v. 12.6.2014 – T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547, Rz. 231 ff.

Bankenbereich unterfallen also dann dem deutschen oder europäischen Kartellrecht, wenn sie sich in Deutschland, respektive im sonstigen Hoheitsbereich der Europäischen Union, auswirken.

Zu beachten ist, dass nicht nur alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sondern auch eine Vielzahl anderer Staaten das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen durch Kartellgesetze regeln. Auch die Kartellgesetze anderer Staaten enthalten ein mit den deutschen und EU-Regelungen weitgehend vergleichbares „Kartellverbot“ sowie Regelungen zum Marktmachtmissbrauch und zur Fusionskontrolle. Allerdings können sich sowohl in den Gesetzen als auch bei der Anwendung dieser Regelungen von Staat zu Staat erhebliche Unterschiede ergeben. Die jeweiligen nationalen oder supranationalen Regelungen können jedenfalls anwendbar sein, sofern sich die Verhaltensweisen in den jeweiligen Hoheitsgebieten auswirken, z. B. in der **Volksrepublik China** oder den **Vereinigten Staaten**. 8

Innerhalb der Europäischen Union stellt sich regelmäßig die Frage, ob nationales oder EU-Kartellrecht auf einen Fall anzuwenden ist. Das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV sind dann anwendbar und gehen mitgliedstaatlichen Regelungen vor, wenn verbotene Verhaltensweisen „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind“. Das Tatbestandsmerkmal der **Beeinträchtigung des „zwischenstaatlichen Handels“**<sup>1</sup> umfasst nicht nur den Warenhandel, sondern auch die Erbringung von Dienstleistungen, also auch **Bankdienstleistungen**.<sup>2</sup> Der weite Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts ist vor allem deshalb beachtenswert, weil das europäische Kartellrecht nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO Nr. 1/2003 in Bezug auf Art. 101 AEUV Vorrang genießt und Abweichungen nationalen Rechts nicht zulässt. Missbräuchliche Verhaltensweisen von Marktbeherrschern können dagegen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 zumindest strengeren mitgliedstaatlichen Regelungen unterliegen als im EU-Recht nach Art. 102 AEUV, so dass die §§ 19 ff. GWB insoweit eine eigenständige Bedeutung behalten. 9

In der Vergangenheit hat die Kommission in einer Reihe von Einzelfällen das Tatbestandsmerkmal der **Zwischenstaatlichkeit** verneint, insbesondere wegen des nationalen Zuschnitts der Endkundenmärkte. Mit der fortschreitenden Integration der (bisher) nationalen Märkte im Retail-Bankgeschäft dürfte die Zwischenstaatlichkeit heute und in Zukunft allerdings häufiger anzunehmen sein.<sup>3</sup> Dies gilt nach richtiger Ansicht jedenfalls dann, wenn 10

- sich die Vereinbarungen auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken,
- an ihnen eine große Zahl von Banken beteiligt sind, oder wenn
- die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung direkt oder indirekt auch die Geschäftstätigkeit von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften ausländischer Banken berührt.<sup>4</sup>

1 Vgl. dazu Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81 (abgedr. in FK, **T B III** 863).

2 *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 56; zum Geldverkehr: EuGH v. 14.7.1981 – 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, 2032, Rz. 18.

3 *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 141 Rz. 22.

4 Allg. vgl.: *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 56 ff.

- 11 Eine **fehlende Eignung** eines Verhaltens zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hat die Europäische Kommission angenommen,
- wenn der Einfluss der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung auf die Geschäftspolitik der beteiligten Kreditinstitute sehr gering war,
  - wenn die betroffene Bankdienstleistung es ausschloss, dass der zwischenstaatliche Handel durch die relevante Wettbewerbsbeschränkung spürbar beeinträchtigt werden konnte und
  - wenn die betreffende Dienstleistung von inländischen Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute in dem jeweiligen Mitgliedstaat nur in ganz unbedeutendem Umfang angeboten wurde.<sup>1</sup>
- Dies betraf konkret z.B.
- eine Bankenvereinbarung zu einem Geldautomatensystem, bei dem die Verwendung der Karten des Systems außerhalb des betreffenden Mitgliedstaats aus technischen Gründen nicht möglich war,<sup>2</sup>
  - einheitliche Bedingungen zur Vermietung von Schließfächern, wenn es hier nur unbedeutende ausländische Anbieter und nur wenige ausländische Nachfrager gibt,<sup>3</sup>
  - Bankbedingung eines mitgliedstaatlichen Bankenverbands, durch die den Mitgliedsinstituten vorgeschrieben wurde, die Gewährung von Kontokorrentkrediten von der Stellung einer Bürgschaft abhängig zu machen, wobei bei ausländischen Kreditinstituten, die in dem betreffenden Mitgliedstaat tätig waren, kaum Kontokorrentkreditanträge eingingen,<sup>4</sup>
  - inländisches Zahlungsverfahren, bei dem der Anteil der am betreffenden Lastschriftsystem beteiligten ausländischen Banken zahlenmäßig zwar nicht unerheblich, vom Volumen her jedoch sehr gering ist.<sup>5</sup>
- 12 Eine **Zwischenstaatlichkeit ist dagegen anzunehmen**, wenn eine räumlich auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats begrenzte Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, den **Zutritt ausländischer Kreditinstitute** auf die Märkte des betreffenden Mitgliedstaats zu erschweren.<sup>6</sup> Letzteres liegt auch nahe, wenn die fragliche Wettbewerbsbeschränkung einen Bereich betrifft, der in erheblichem Umfang **grenzüberschrei-**

---

1 Kommission v. 12.12.1986 – IV/31356 – Associazione Bancaria Italiana, ABl. 1987 L 43/51, Rz. 37, 39; Kommission v. 19.7.1989 – IV/31.499 – Niederländische Banken, ABl.1989 L 253/1, Rz. 58 f.; Kommission v. 8.9.1999 – IV/34.010 – Niederländische Banken II, ABl. EG 1999 Nr. L 271, 28, Rz. 62 ff.

2 Kommission v. 12.12.1986 – IV/31356 – Associazione Bancaria Italiana, ABl. 1987 L 43/51, Rz. 37.

3 Kommission v. 19.7.1989 – IV/31.499 – Niederländische Banken, ABl. 1989 L 253/1, 10 Rz. 58.

4 EuGH v. 21.1.1999 – C-215/96 und C-216/96 – Bagnasco/Banca Popolare di Novara, Slg. 1999, I-135, 179, Rz. 51.

5 Kommission v. 8.9.1999 – IV/34.010 – Niederländische Banken II, ABl. EG 1999 Nr. L 271, 28, Rz. 62 ff.

6 Kommission v. 12.12.1986 – IV/31356 – Associazione Bancaria Italiana, ABl. 1987 L 43/51, Rz. 45; Kommission v. 11.6.2002 – COMP 36.571 – Lombard Club, ABl. 2004 L 56/1; *Schulze in Langen/Bunte-Schulze Syst. VII, Rz. 38.*

**tende Bezüge** aufweist,<sup>1</sup> was etwa hinsichtlich einer Interbankenvereinbarung der Kreditinstitute eines Mitgliedstaats über eine einheitliche Art von Reiseschecks,<sup>2</sup> bei Vereinbarungen über Gebühren für die Überweisung von Geldbeträgen im grenzüberschreitenden Scheckverkehr<sup>3</sup> und bei Absprachen über Gebühren für Devisengeschäfte<sup>4</sup> angenommen wurde.

Spätestens seit dem Jahrtausendwechsel ist aber auch im Bankenbereich insgesamt 13 eher von einer **weiten Anwendbarkeit** der Art. 101, 102 AEUV auszugehen. So ist die Kommission davon ausgegangen, dass eine Vereinbarung über Gebühren für den Umtausch von Währungen, die in erster Linie einen Mitgliedstaat und zu diesem nahe Grenzregionen betrifft, Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben kann.<sup>5</sup> Im Fall „Österreichische Banken (Lombard Club)“<sup>6</sup> ging die Kommission im Fall eines umfassenden Zins- und Konditionenkartells von zwischenstaatlichen Auswirkungen aus, obwohl ausschließlich österreichische Banken beteiligt waren. Das Kartell bezog sich nach Zweck und Wirkung auf das gesamte Bundesgebiet Österreichs. Ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erstreckt, soll bereits seinem Wesen nach die Wirkung einer Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene haben.<sup>7</sup> Wenig verwunderlich hat die Kommission auch eine Zwischenstaatlichkeit bei Festsetzungen von Interbankenentgelten für den grenzüberschreitenden Zahlkartenverkehr<sup>8</sup> und bei Manipulationen von Wechselkursen<sup>9</sup> angenommen.

Im Bereich der **Fusionskontrolle** sind die Zuständigkeiten mitgliedstaatlicher Kartellbehörden und der Europäischen Kommission durch die §§ 35 ff. GWB (oder nationaler Normen in – ggf.: auch – anderen betroffenen Mitgliedstaaten) und die europäische Fusionskontrollverordnung VO (EG) Nr. 139/2004 anhand der einschlägigen Schwellenwerte klar umrissen, sodass sich hier oftmals keine spezifisch bankkartellrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.<sup>10</sup> Sofern die Aufgreifschwelle des Art. 1 Abs. 2 und 3 VO (EG) Nr. 139/2004, hinsichtlich derer sich die Umsatzschwellen für die Bankwirtschaft nach Art. 5 Abs. 3 lit. a) VO (EG) Nr. 139/2004 berechnen, erreicht werden, ist innerhalb der EU ausschließlich die 14

1 Kommission v. 12.12.1986 – IV/31356 – Associazione Bancaria Italiana, ABl. 1987 L 43/51, Rz. 46 ff.

2 Kommission v. 12.12.1986 – IV/31356 – Associazione Bancaria Italiana, ABl. 1987 L 43/51, Rz. 51.

3 EuGH v. 14.7.1981 – 172/80 – Züchner, Slg. 1981, 2021, 2032.

4 Kommission v. 11.12.1986 – IV/261-A – Belgische Bankenvereinigung, ABl. 1987 L 7/27, 32.

5 Kommission v. 11.12.2001 – COMP/E-1/37.919 – Bankgebühren für den Umtausch von Währungen des Euro-Gebiets/Deutschland, ABl. 2003 L 15/1, Rz. 159.

6 Kommission v. 11.6.2002 – COMP 36.571 – Lombard Club, ABl. 2004 L 56/1, Rz. 438 ff.

7 EuG v. 14.12.2006 – verbd. Rs. T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 – Lombard Club, ECLI:EU:T:2006:396, Rz. 118, 181, 183.

8 Kommission v. 29.4.2019 – AT.40049 – Mastercard II, ABl. 2019 C 300/6.

9 Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission v. 16.5.2019, COMP/40135 – Forex, ABl. 2020 C 226/5.

10 Vgl. zur Abgrenzung im Einzelnen: Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008 C 95/01 (abgedr. in FK, T B III 1066).

Kommission, nicht aber eine der nationalen Kartellbehörden, für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben zuständig.

### 3. Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden

- 15 Sofern europäisches Kartellrecht anwendbar ist, besteht nach Art. 4 VO Nr. 1/2003 stets eine grundsätzliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission zur Durchsetzung des Rechts im Bankenbereich. Dennoch kommt den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden im Bankenbereich eine erhebliche Rolle zu.<sup>1</sup> Sie sind nach dem System paralleler Zuständigkeiten gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 1 und 2 VO Nr. 1/2003 verpflichtet, bei Anwendung nationalen Kartellrechts auch das europäische Kartellrecht anzuwenden.<sup>2</sup> Diese Pflicht beinhaltet eine Zuständigkeit, die gem. Art. 11 Abs. 6 VO Nr. 1/2003 solange gilt, wie die Kommission in dem spezifischen Fall nicht selbst ein Verfahren einleitet bzw. den Fall an sich zieht.<sup>3</sup> Entsprechend hat das BKartA Verfahren im Bankbereich gem. §§ 22 und 50 Abs. 1 GWB grundsätzlich parallel nach Artt. 101, 102 AEUV sowie nach deutschem Kartell- und Missbrauchsrecht zu führen.<sup>4</sup>
- 16 Das BKartA ist zudem gem. Art. 12 Abs. 1 VO 1/2003 und § 50a GWB befugt, der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Zweck der Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts tatsächliche und rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, mitzuteilen und entsprechende Dokumente und Daten zu übermitteln sowie diese Wettbewerbsbehörden um die Übermittlung entsprechender Informationen zu ersuchen und diese zu empfangen und als Beweismittel zu verwenden. Dieser Austausch erfolgt im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (**European Competition Network – ECN**). Zum Bankensektor hat das ECN eine spezielle Sektorenarbeitsgruppe „Banking and Payments“ eingerichtet, die sich bisher u.a. mit folgenden Fragen befasst hat: Novellierung der Richtlinie über Zahlungsdienste (PSD II), Umsetzung der Interbankentgelte-Verordnung, Mastercard-Verfahren der Europäischen Kommission und Grünbuch der Kommission zum Bereich „Retail Financial Services and Insurance“.<sup>5</sup>
- 17 Der Informationsgewinnung der Kartellbehörde, also insbesondere des BKartA, dienen auch einige besondere Vorschriften zur Zusammenarbeit deutscher Behörden hinsichtlich des Bankensektors:
  - Nach § 50c Abs. 1 GWB können die Kartellbehörden sowie die zuständigen Behörden im Sinne des § 2 VSchDG (EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz<sup>6</sup>), den Bankenbereich betreffend also gem. § 2 Nr. 2 VSchDG die BaFin, in Verwaltungs- und Bußgeldverfahren untereinander Informationen austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist. Umfasst hiervon sind auch personenbezogene Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

---

1 So für Deutschland auch *Schneider* in Wiedemann, § 33 Rz. 39.

2 *Bardong/Mühle* in MünchKomm/EuWettbR, Art. 3 VO Nr. 1/2003, Rz. 49 ff. m.w.N.

3 *Bardong/Stempel* in MünchKomm/EuWettbR, Art. 11 VO Nr. 1/2003, Rz. 129 ff. m.w.N.

4 *Schneider berichtet* in Wiedemann, § 33 Rz. 39, dass dies auch praktisch der Fall ist.

5 BKartA, TB 2015/2016, S. 44; *Schneider* in Wiedemann, § 33 Rz. 40.

6 EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz vom 21.12.2006, BGBl. I S. 3367.

- Gem. § 50c Abs. 2 GWB arbeiten die Kartellbehörden auch außerhalb des durch § 2 Nr. 2 VSchDG definierten Zuständigkeitsbereichs mit der BaFin und der Deutschen Bundesbank zusammen, soweit dies für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist. Ausgeschlossen ist nach dieser Norm der Austausch vertraulicher Informationen, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, sowie hinsichtlich Informationen, die nach § 50a GWB oder nach Art. 12 VO Nr. 1/2003 innerhalb des ECN erlangt worden sind.<sup>1</sup>

Für die behördliche (d.h. nicht-zivilgerichtliche) Durchsetzung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Bereich der Banken sind in Deutschland allein die Kartellbehörden zuständig. Weder setzen die Fachaufsichtsbehörden, namentlich die Bundesbank, BaFin oder die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) das Kartellrecht im Bankenbereich durch, noch ist es notwendig, dass die Kartellbehörden hinsichtlich ihrer Verfügungen der zuständigen Fachaufsichtsbehörde Gelegenheit zu einer Stellungnahme geben. Die Anwendung des GWB und der Artt. 101, 102 AEUV durch die Kartellbehörden auf die Bankwirtschaft wird somit nicht durch die Fachaufsicht der BaFin berührt.<sup>2</sup> 18

#### 4. Regulierung

Der Bankenbereich unterliegt seit jeher einer **regulatorischen Fachaufsicht** durch hierfür gesetzlich berufene Behörden.<sup>3</sup> Das Bankenaufsichtsrecht, insbesondere im Kreditwesengesetz – KWG – niedergelegt und konkretisiert durch Verfügungen der Aufsichtsbehörden, bildet den regulatorischen Rahmen für den unternehmerischen Wettbewerb im Bankenbereich.<sup>4</sup> Im Bankenbereich ist es für die kartellrechtlichen Bewertungen daher zwingend erforderlich, die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen in die Beurteilung einzubeziehen, um zu richtigen Ergebnissen zu kommen, da Kartell- und Aufsichtsrecht zusammenwirken können. So ist eine Ungleichbehandlung bestimmter Bankkunden aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben möglicherweise auch kartellrechtlich unbedenklich, die ansonsten gegen die §§ 19, 20 GWB verstoßen könnte.<sup>5</sup> Zwingende gesetzliche Normen begrenzen den wettbewerblichen Bereich und deren Beachtung verstößt daher nicht gegen kartellrechtliche Bestimmungen. Schwierigkeiten können nur bestehen, wenn gesetzliche Normen durch den Anwender auszulegen bzw. durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt sind. Hier ist für eine rechtskonforme Auslegung nicht nur das Aufsichtsrecht, sondern auch das Wettbewerbsrecht als zwingendes Recht zu beachten. Mit anderen Worten: Eine aufsichtsrechtliche Auslegung, die deutsches oder europäisches Kartellrecht unterlaufen würde, wäre unzulässig. Die gilt vor allem im Bereich des europäischen Kartellrechts, welchem in Gestalt der Artt. 101, 102 AEUV als Primärrecht in seinem Anwendungsbereich Vorrang gegenüber allen deutschen aufsichtsrechtlichen Normen und sekundärrechtlichen europäischen Normen des Bankenaufsichtsrechts zukommt. Aber auch deutsches Kartellrecht ist als zwingendes Recht bei der Auslegung aufsichtsrechtlicher Normen zu beachten. Teilweise wird, wohl mit dem glei- 19

<sup>1</sup> Vgl. *Schneider* in Wiedemann, § 33 Rz. 41 ff.

<sup>2</sup> *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 140 Rz. 41.

<sup>3</sup> *Lista*, S. 130 ff.

<sup>4</sup> MK, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rz. 2068 ff.

<sup>5</sup> *Schneider* in Wiedemann, § 33 Rz. 44.