

Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle 2020 und 2021

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2022). Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle 2020 und 2021. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 9, 397-401. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-85815-6>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC Licence (Attribution-NonCommercial). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. Thomas Thiede, LL.M.*

Die Entwicklung der Europäischen Fusionskontrolle 2020 und 2021

Der vorliegende Beitrag knüpft an EuZW 2020, 880 an und kommentiert wesentliche Entwicklungen im Bereich der europäischen Fusionskontrolle im Berichtszeitraum. Nach einem einleitenden Überblick werden zunächst ausgewählte Urteile des EuGH und des EuG vorgestellt und kommentiert. Abschließend werden einige Beschlüsse der Europäischen Kommission erörtert.

This report succeeds the earlier work in EuZW 2020, 880 reports and comments on selected recent developments in the field of European merger control. After an introductory overview, the judgments of the European Court of Justice and the General Court as well as selected decisions of the European Commission are presented.

I. Gesetzgebung

Die Europäische Kommission setzte ihre Evaluierung der geltenden Regeln zur Fusionskontrolle im Berichtszeitraum fort. Diese Bewertung ging im Jahr 2020 in die letzte Phase und war ausgewählten Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten gewidmet. Im 2021 wurde eine Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen veröffentlicht, in der die wichtigsten Ergebnisse der Evaluierung zusammengefasst werden.¹ Die Evaluierung ergab, dass mit Blick auf die Aufgreifschwelle die wichtigsten Zusammenschlüsse durch die VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: FKVO)² im Kern wirksam erfasst würden. Gewiss gäbe es in einigen Bereichen Verbesserungspotenzial. Die Marktentwicklungen zeigten, so die Europäische Kommission, dass mittlerweile zunehmend Zusammenschlüsse erfolgten, die künftig Auswirkungen auf den Wettbewerb haben könnten, die beteiligten Unternehmen aber im Zeitpunkt des Zusammenschlusses nur geringe Umsätze erzielten. Davon betroffen seien innovative Unternehmen, die in den Bereichen Digitales, Arzneimittel oder auch im Bereich der Biotechnologie tätig sind. Der Wert der Transaktion lasse zwar Rückschlüsse auf die Bedeutung zu, bilde indes die mögliche Bedeutung des Vorhabens für den Wettbewerb nicht immer verlässlich ab. Mit Blick auf die Vereinfachungsmaßnahmen aus 2013 ergab die Evaluierung, dass der Aufwand, gemessen an Zeit und Ressourcen, für unproblematische Zusammenschlüsse zurückgehe. Gleichwohl stelle die Vereinfachung weiterhin die wirksame Durchsetzung der Zusammenschlusskontrollvorschriften sicher, wobei noch Spielräume hinsichtlich einer weiteren Vereinfachung und Fokussierung der Vorschriften bestünden. Die Evaluierung ergab zudem, dass die Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission den Fokus verstärkt auf diejenigen Zusammenschlüsse legen könnten, die auf europäischer Ebene geprüft werden müssen, wenn die Verweisung von Zusammenschlüssen nach Art. 22 FKVO in stärkerem Maße gefördert und akzeptiert würde. In Anbetracht der Ergebnisse der Evaluierung nahm die Kommission eine Mitteilung mit Erläuterungen zu Verweisungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO an und leitete eine Folgenabschätzung zu Maßnahmen für eine weitere Fokussierung und Vereinfachung der Fusionskontrollverfahren ein.³

ren, wohl insbesondere der digitalen Märkte, noch ihren Zweck erfüllt. Die Ergebnisse der Evaluierung wurden 2021 veröffentlicht.⁴ Die Evaluierung habe dabei gezeigt, so die Europäische Kommission, dass die Bekanntmachung über die Marktdefinition aus dem Jahre 1997 nach wie vor von großer Bedeutung sei. Jene Bekanntmachung schaffe für Unternehmen und andere Interessenträger Klarheit und Transparenz hinsichtlich des Ansatzes bei der Marktabgrenzung, von der ausgehend aussagekräftige Informationen für die Bewertung der Marktmacht abgeleitet werden können. Die bisherigen Ergebnisse deuteten darauf hin, dass die Bekanntmachung korrekte, umfassende und klare Leitlinien zu zentralen Fragen der Marktabgrenzung und dem diesbezüglichen Ansatz der Europäischen Kommission liefere. Indes trage die Bekanntmachung den jüngsten Entwicklungen der Rechtsprechung nicht in vollem Umfang Rechnung. Insbesondere im Zusammenhang mit der Digitalwirtschaft könne die Anwendung zu Schwierigkeiten führen. Nach der Evaluierung könnte deshalb ua beim Einsatz und Zweck des so genannten SSNIP-Tests („small significant non-transitory increase in price“) bei der Abgrenzung der relevanten Märkte, insbesondere in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die zum monetären Nullpreis angeboten werden, und digitalen „Ökosystemen“, bei der Bewertung räumlicher Märkte unter den Bedingungen der Globalisierung und des Wettbewerbs aus Einfuhren, bei quantitativen Methoden, bei der Berechnung von Marktanteilen und bei nichtpreislichem Wettbewerb (einschließlich Innovation) Aktualisierungsbedarf bestehen. Angabegemäß wird die Kommission nunmehr prüfen, ob den ermittelten Problemen nachgegangen werden soll.

Schließlich hält auch der European Green Deal Einzug in der europäischen Fusionskontrolle. Die Ergebnisse einer im Februar 2021 durchgeführten Veranstaltung zum Thema sind jüngst veröffentlicht wor-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Spieker & Jaeger PartG mbB, Dortmund; Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz und der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt; Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI). Der Autor dankt Herrn Ref iur. Dennis Zaworski und Frau Rechtsfachwirtin Anita Langner für umfassende Hilfe bei der Ausarbeitung und Einrichtung des Manuskripts.

1 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: Bewertung von Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten im Bereich der EU-Fusionskontrolle, SWD(2021) 66 final v. 26.3.2021.

2 VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: FKVO).

3 Mitteilung der Kommission: Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 der FKVO auf bestimmte Kategorien von Vorhaben (C(2021) 1959 final).

4 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes iSd Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 2021 C 372, 5.

Ebenso wurde im Jahr 2020 die Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktdefinition eingeleitet, um zu bewerten, ob die Bekanntmachung insbesondere in Anbetracht der jüngsten Marktentwicklungen in den verschiedenen Sektoren

den.⁵ Hiernach plant die Europäische Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle die Präferenzen der Verbraucher etwa für nachhaltige Produkte bei der Marktdefinition und bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung als weiteren Parameter verstärkt, ja womöglich sogar entscheidungserheblich zu berücksichtigen.

II. Rechtsprechung

1. EuGH: Vollzugsverbot und faktische Kontrolle, Marine Harvest/Morpol

Die Rechtssache Mowi/Marine Harvest⁶ und die Entscheidung des EuG als Instanzgericht war bereits Gegenstand der vorherigen Berichtszeiträume.⁷ Aufgrund der geringen Hauptversammlungspräsenz konnte die Erwerberin das Zielunternehmen faktisch vor der entsprechenden Freigabe durch die Europäische Kommission kontrollieren und hatte so gegen das Vollzugsverbot verstoßen.

2. EuG: Oligopol und Vier zu Drei, Hutchison/Telefónica UK

Die Entscheidung⁸ betrifft den Zusammenschluss von zwei der vier am britischen Markt tätigen Mobilfunkanbieter. Die Europäische Kommission hatte die vollständige Untersagung damit begründet, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb um Endkunden auf dem britischen Markt vermindert habe, was zu höheren Preisen und einer geringeren Auswahl und Qualität für die Verbraucher geführt hätte. Gerade die Zusammenschlussbeteiligten seien – trotz durchaus überschaubarer Marktanteile – engste Wettbewerber, die zudem eine aggressive Preispolitik betrieben und sowohl in allgemeinem Wachstum als auch bei der Gewinnung wechselwilliger Kunden eine erhebliche Rolle spielten. Zwei weitere Aspekte waren aus der Perspektive der Europäischen Kommission erheblich: Einerseits wären die Zusammenschlussbeteiligten jeweils zur Nutzung des britischen Mobilfunknetzes berechtigt; andererseits bestehe auf diesem räumlichen Markt eine geringe Anzahl virtueller Mobilfunknetzbetreiber. Die Zusammenschlussbeteiligten schlugen daher jene Maßnahmen vor, die schon in der Vergangenheit bei Vier-zu-Drei-Zusammenschlüssen entsprechende Bedenken der Europäischen Kommission erfolgreich ausräumen konnten. Vergleichbar mit den Vorhaben der Vergangenheit⁹ wurden Abhilfemaßnahmen angeboten, einem oder zwei virtuellen Netzbetreibern Zugang zu einem Teil der Netzkapazität des fusionierten Unternehmens zu gewähren.¹⁰ Die Europäische Kommission wies diese Vorschläge jedoch als unzureichend zurück und untersagte die Transaktion zur Gänze.

In seinem Urteil erklärt das EuG diese Entscheidung der Europäischen Kommission in ihrer Gesamtheit für nichtig und stellt Rechts- und Beurteilungsfehler in Bezug auf jede der drei Schadenstheorien fest, auf die die Entscheidung gestützt war. Im Kern steht das Urteil damit durchaus in der Tradition der *Airtours*-Entscheidung aus 2004,¹¹ wobei die vorliegende Entscheidung die entsprechenden Kriterien mit Leben füllt, indem das EuG hervorhebt, dass für eine Untersagung des Zusammenschlusses zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens dürfe der Zusammenschluss nicht zur Beseitigung erheblichen Wettbewerbsdrucks führen, den die Zusammenschlussbeteiligten wechselseitig aufeinander ausüben und zweitens dürfe der Zusammenschluss nicht dazu führen, dass sich durch den Zusammenschluss der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber verringere. Die Nachweisanforderung seitens der Europäischen Kommission siedelt das EuG dabei bei der „hohen Wahrscheinlichkeit“ an, legt also einen strengeren Maßstab als etwa eine „überwiegende“ Wahrschein-

lichkeit, aber einen niedrigeren Maßstab als etwa eine „Gewissheit“ an.

Besonderes Augenmerk verdient die vorliegende Entscheidung auch deshalb, weil das EuG der Europäischen Kommission vorhält, die Rolle der Zusammenschlussbeteiligten in der britischen Marktstruktur schlicht überbewertet zu haben. Ein solches Vorgehen, so das EuG, würde es der Europäischen Kommission nahezu immer ermöglichen, jede horizontale Fusion auf einem Markt mit einer begrenzten Anzahl von Wettbewerbern zu untersagen. Schließlich seien, so das EuG, bei den zu erwartenden „erheblichen“ Preissteigerungen etwaige Kosteneinsparungen der Zusammenschlussbeteiligten vergessen worden.

Vorhersehbar hat die Europäische Kommission gegen die Entscheidung den Rechtsweg zum EuG beschritten,¹² so dass für die Frage der Vier-zu-Drei-Zusammenschlüsse in nächster Zeit mit vertieften Ausführungen zu rechnen ist.

3. EuG: Umsatzberechnung und Gemeinschaftsunternehmen, Cemex Hungary und Croatia

Zusammenschlüsse sind – etwas vereinfacht – dann anzumelden, wenn ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt und die Zusammenschlussbeteiligten vor der Transaktion gemeinsame Umsätze weltweit und zudem mindestens zwei Beteiligte bestimmte EU-weite Umsätze erreichen. Im Kern erfüllen diese Umsatzschwellen eine Filterfunktion, weil abhängig vom Erreichen oder Nicht-Erreichen der Umsatzschwellen das jeweilige Zusammenschlussvorhaben in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission oder der nationalen Kartellbehörden fällt.

Eine besondere Herausforderung für die Berechnung der Schwellenwerte bildet dabei der Erwerb einer Zielgesellschaft durch ein Gemeinschaftsunternehmen und die Frage, ob für die Umsatzberechnung „durch das Gemeinschaftsunternehmen“ auf die Muttergesellschaften geschaut wird. Zwei Herangehensweisen sind möglich: Entweder handelt es sich bei dem Gemeinschaftsunternehmen um ein Unternehmen, dessen konsolidierter Umsatz die Umsätze der beiden Muttergesellschaften einschließt, so dass eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission dann notwendig wird, wenn (nur) das Gemeinschaftsunternehmen und das Zielunternehmen gemeinsam die Schwellenwerte erreichen. Oder aber man betrachtet anstelle des Gemeinschaftsunternehmens die jeweiligen Mutterunternehmen gesondert, so dass die Umsätze der Muttergesellschaften (einschließlich der anteiligen Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens) und die des Zielunternehmens für die Beurteilung der Schwellenwerte entscheidend sind. Im letzteren Fall ergibt sich womöglich schon aus der absoluten Anzahl der Beteiligten,

5 Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, Competition Policy Brief, 2021-01, September 2021, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (zuletzt aufgerufen am 18.3.2022).

6 EuGH ECLI:EU:C:2020:149 = EuZW 2020, 622 mAnm v. Graevenitz – Mowi ASA/Kommission (C-10/18 P).

7 Vgl. EuZW 2019, 628 (630) und EuZW 2020, 880 (881).

8 EuG ECLI:EU:T:2020:217 = NZKart 2020, 378 – Hutchison/Telefónica UK (T-399/16); vgl. hierzu auch von Bonin/Rünzel NJW 2020, 3499 (3503); Bosch NJW 2021, 1791 (1798); Esser/Höft NZKart 2013, 447; Horstkotte/Wingerter IWRZ 2020, 243 (247); Nuys/Penz-Evren NZKart 2020, 432.

9 Vgl. Europäische Kommission, Entsch. v. 12.12.2012 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (COMP M.6497); Europäische Kommission, Entsch. v. 28.5.2014 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland (COMP M.6992); Europäische Kommission, Entsch. v. 2.7.2014 – Telefónica Deutschland/E-Plus (COMP M.7018) und dazu Esser/Höft NZKart 2013, 447; Tyagi, IIC 2018, 185.

10 Vgl. jedoch auch das Zusammenschlussverfahren TeliaSonera/Telenor (COMP M.7419).

11 EuG ECLI:EU:T:2002:146 = EuZW-Sonderausgabe 1/2019, 28 – Airtours/Kommission (T-432/99) und dazu etwa Behrens EuZW 2015, 244.

12 Das Verfahren wird unter dem Az. C-376/20 P geführt.

dass die Muttergesellschaften die Schwellenwerte erreichen können, ohne dass es auf die Umsätze des Zielunternehmens überhaupt ankommt.

Im vorliegenden Urteil¹³ vertritt das EuG einen überzeugenden, differenzierenden Ansatz indem das EuG auf die wirtschaftliche Rolle des Gemeinschaftsunternehmens im Transaktionsprozess abhebt. Auf der Hand liege, dass in jenen Fällen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen gleichsam als Vehikel für die Akquisition diene, die Muttergesellschaft jeweils gesondert als Zusammenschlussbeteiligte zu gelten habe. Es sei zu fragen, wer wirtschaftlich die eigentlichen Akteure sind, die eine Transaktion wesentlich initiieren, organisieren und finanzieren – die aktive Einbindung der Muttergesellschaften ist also entscheidend. Ganz im Sinne eines beweglichen Systems benennt das EuG gleich mehrere Elemente, so etwa die Teilnahme an Verhandlungen, die Durchführung der Due Diligence durch die Muttergesellschaften und die Planung der Integration sowie die Verhandlung eines Kaufpreises, die für eine solche wirtschaftlich relevante Einbindung sprächen. Entscheidend sei zudem etwa auch, ob das Gemeinschaftsunternehmen den Kaufpreis aus Eigenmitteln bestreiten könne.

4. EuG: Vollzugsverbot und Vertragswerke im Transaktionsprozess, Altice/PT Portugal

Der Fall Altice/PT Portugal¹⁴ mit seiner enormen Geldbuße mag in der Beratung von Zusammenschlussbeteiligten als mahndendes Beispiel dafür dienen, dass die Europäische Kommission Verstöße gegen das Vollzugsverbot nicht auf die leichte Schulter nimmt. In der Sache ist die Entscheidung ein Musterbeispiel dafür, dass etwa „Clean Teams“ mit Personen, die nicht in das Tagesgeschäft involviert sind, einzusetzen und Vertragswerke höchst genau auf kartellrechtliche Risiken zu untersuchen sind.

Altice, ein multinationales Kabel- und Telekommunikationsunternehmen, schloss mit dem brasilianischen Telekommunikationsbetreiber Oi Vereinbarungen ab, um die alleinige Kontrolle über den portugiesischen Telekommunikationsbetreiber PT zu erwerben. Das Vorhaben wurde im Februar 2015 bei der Europäischen Kommission angemeldet und im April 2015 vorbehaltlich der Veräußerung der damaligen portugiesischen Tochtergesellschaften von Altice genehmigt. Nach Presseberichten und sich anschließender Untersuchung ließ die Europäische Kommission erkennen, dass man davon ausginge, dass der geschlossene Unternehmenskaufvertrag Altice in die Lage versetzt habe, kontrollierenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben und dies noch bevor die Transaktion überhaupt angemeldet oder genehmigt wurde, und dass Altice von diesen Möglichkeiten auch Gebrauch gemacht habe.¹⁵

Altice beschritt den Rechtsweg zum EuG, das zwar nicht im Sinne von Altice entschied, aber immerhin eine Herabsetzung der Geldbuße um etwa 5 % anordnete. Dem Argument seitens Altice, dass man allenfalls einen Verstoß, nicht jedoch zwei Verstöße begangen habe („Doppelbestrafung“) konnte das EuG wenig abgewinnen. Dies würde der Europäischen Kommission die Möglichkeit nehmen, so das EuG, mit den von ihr verhängten Geldbußen zwischen dem Fall, in dem das Unternehmen die Anmeldepflicht zwar erfüllt, aber gegen die Vollzugsverbot verstoßen hat, und einem Fall, in dem das Unternehmen gegen Vollzugsverbot und Anmeldepflicht verstoßen hat, zu unterscheiden.

Das EuG hielt zudem fest, dass einige Klauseln, anders als Altice meinte, durchaus gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Dies betrifft etwa Klauseln, die es Altice ermöglichten, die leitenden Angestellten von PT zu ernennen und zu entlassen. Dies ermögliche, so das EuG, entscheidenden Einfluss auf

die Geschäftspolitik von PT auszuüben. Auch die Klauseln, die es Altice ermöglichten in die Preispolitik von PT einzugreifen, indem PT etwa verpflichtet wurde, für jede Preisänderung und für jede Änderung seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen die schriftliche Zustimmung von Altice einzuholen, und die Möglichkeit eine Vielzahl von Verträgen von PT abzuschließen, zu kündigen oder zu ändern, seien ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot, weil diese Klauseln PT dazu verpflichteten, die vorherige Zustimmung von Altice zu allen wesentlichen Verträgen einzuholen, unabhängig davon, ob sie zum normalen Geschäftsverkehr gehörten oder nicht, und unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Wert.

III. Beschlüsse der Europäischen Kommission

1. Informatorische „Entflechtung“ und Datensilos: Google/Fitbit

Eine der wesentlichen Herausforderungen für die Zukunft liegt im Umgang mit Daten – dieser Allgemeinplatz gilt für alle rechtlichen Verhältnisse, also auch für die Zusammenschlusskontrolle. Das Geschäftsmodell der Zielgesellschaft Fitbit verdeutlicht die damit verbundenen Probleme.¹⁶

Fitbit erhebt etwa Daten über das Gewicht des Nutzers, dessen Schritte, Kalorienverbrauch, Herzfrequenz, Schlafrhythmus und die Sauerstoffsättigung des Bluts. Einige dieser Daten werden von Nutzern zur Verfügung gestellt, andere werden durch die Fitnessarmbänder erfasst, andere Daten stammen aus der Geolokalisierung auf der Grundlage von GPS-Signalen, Wi-Fi-Zugangspunkten und von Mobilfunkmasten.

Es liegt auf der Hand, dass eben jener Datenbestand wettbewerbliche Auswirkungen beim Erwerber Google etwa für die Online-Werbung aber auch für die Erbringung gesundheitsbezogener Dienstleistungen haben könnte. Für Beurteilung der Auswirkung auf Online-Werbemärkte lag es etwa nahe, dass die Kombination beider Datenbestände zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung Googles führen könnte. Die Europäische Kommission brach daher den Fitbit-Datenbestand auf die jeweiligen Segmente des Online-Werbemarkts herunter und stellte zunächst fest, dass die Daten von Fitbit für die Online-Suchwerbung höchst relevant sein dürften. Nämliches gelte für die Online-Display-Werbung bei der es an der vorherigen Suchabfrage fehlt, so dass die Auswahl der Anzeigen, die dem Nutzer angezeigt werden, meist auf Profilinformatoren basiert, die mit den Daten von Fitbit noch verbessert werden könnten. Zudem wies die Europäische Kommission darauf hin, dass die Überschneidungsmenge der jeweiligen Datensätze der Zusammenschlussbeteiligten klein seien und Google sein Profiling dergestalt ganz erheblich ausweiten könne. All dies erhöhe die Marktzutrittsschranken für Googles Wettbewerber erheblich. Langfristig führe dies, so die Europäische Kommission, zu fehlendem Wettbewerb und damit zu steigenden Preisen und ausbleibender Innovation. Ein gänzlich anderes

13 EuG ECLI:EU:T:2020:471 = NZKart 2020, 598 – Cemex Hungary und Croatia (T-380/17); vgl. hierzu Bosch NJW 2021, 1791 (1798); Kruse/Maturana NZKart 2021, 449.

14 EuG ECLI:EU:T:2021:607 = NZKart 2021, 560 – Altice/PT Portugal (T-425/18); vgl. hierzu auch Bischke/Brack NZG 2021, 1588.

15 Das Vertragswerk habe, so die Europäische Kommission, ein Vetorecht bei Entscheidungen über die gewöhnlichen Geschäfte von PT eingeräumt. Altice habe zudem etwa Anweisungen zur Durchführung einer Marketingkampagne erteilt und detaillierte, wirtschaftlich sensible Informationen über PT erhalten.

16 Europäische Kommission, Entsch. v. 17.12.2020 – Google/Fitbit (COMP M.9660). Zum grundlegenden Problem des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten s. Schmidt/Haus NZKart 2021, 402 (403).

Bild zeichnete die Europäische Kommission für die Märkte des digitalen Gesundheitswesens. Hier führe die Verknüpfung der jeweiligen Daten nicht zu einer Gefährdung des Wettbewerbs, weil Googles Marktposition deutlich schwächer sei, es erheblichen Wettbewerb von Fachunternehmen gebe, die über gleichwertige Datenbanken verfügten und alternative Diensteanbieter vorhanden sind, um an diese Daten zu gelangen.

Neben den Fragen nach der wettbewerblichen Bedeutung von Daten galt es, die physischen Produkte der Zusammenschlussbeteiligten unter dem Blickwinkel der konglomeraten Effekte zu erfassen. Die Zusammenschlussbeteiligten sind auf durchaus eng miteinander verwobenen Märkten für mobile Endgeräte – Fitness-Armbänder und Android – tätig. Einige Marktteilnehmer hatten darauf hingewiesen, dass Google Apples Beispiel folgt und nach der Akquisition von Fitbit die Software-schnittstellen in Android für Drittanbieter von Fitnessarmbändern subtil oder offen limitieren könnte.

Die Europäische Kommission genehmigte schließlich die Übernahme, weil Google entsprechende Verpflichtungen einging. Im Zusammenhang mit der Online-Werbung verpflichtete sich Google, die von den Armbändern und anderen Geräten gewonnenen Gesundheitsdaten in einem „Datensilo“ aufzubewahren, das technisch von allen anderen Google-Daten, die für Online-Werbung verwendet werden, getrennt wird.¹⁷ Die Bedenken in Ansehung möglicher konglomerater Effekte im Zusammenhang mit Android konnten mit einer umfassenden Interoperabilitätszusage ausgeräumt werden. Für ein Jahrzehnt wird Google den Android-OEM weiterhin eine gebührenfreie Lizenz für die entsprechenden Schnittstellen anbieten, die alle aktuellen Kernfunktionen abdecken, die tragbare Geräte für die Interoperabilität mit Android-Smartphones benötigen. Um Umgehungen zu vermeiden, hat sich Google schließlich verpflichtet, die von den Schnittstellen für die Interoperabilität bereitgestellten Funktionen, einschließlich aller Verbesserungen, auch in Zukunft als Open-Source-Code zur Verfügung zu stellen.

2. Nachfragemacht und Altkupfer: Aurubis/Metallo

Kupfer wird in nahezu allen Produkten verwendet, die Strom übertragen. Gewonnen wird das Metall derzeit etwa zur Hälfte durch Recycling von Altkupfer. Im vorliegenden Fall planten die beteiligten größten europäischen Altkupfer-raffinerien den Zusammenschluss,¹⁸ was zu berichtenswerten Bedenken der Europäischen Kommission führte. Ausschlaggebend war dabei nicht, wie allzu oft, die Wirkung auf den nachgelagerten Markt, sondern die Nachfragemacht auf dem vorgelagerten Markt für Kupferschrott. Die Europäische Kommission vermutete, dass das fusionierte Unternehmen über erhebliche Nachfragemacht auf dem vorgelagerten Markt für Kupferschrott hätte haben und dergestalt niedrigere Preise für Kupferschrott hätte durchsetzen können.

In aller Regel wird freilich (zutreffend) davon ausgegangen, dass eine verstärkte Nachfragemacht Verbrauchern insoweit zugute kommt, als die niedrigeren Produktionskosten, die das fusionierte Unternehmen aufgrund seiner verstärkten Nachfragemacht erzielt, an die Verbraucher weitergegeben werden.¹⁹ In Ausnahmefällen kann jedoch eine differenzierte Betrachtung angezeigt sein, so dass die Europäische Kommission die Wettbewerbsbedingungen (auch) auf den vorgelagerten Märkten untersucht und die möglichen positiven und negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses bewertet.²⁰ So liegt es in dem vorliegenden Fall: Eine Zunahme der Nachfragemacht und die Durchsetzung niedrigerer Preise auf dem Markt für Altkupfer führe, so die Europäische Kommission, zu weniger Anreizen der Anbieter Kupferschrott zu sammeln und in die erforderlichen Anlagen oder Innovationen zu investieren, was dem europäischen Sammelsystem für Kupferschrott im Allgemeinen schaden könne. Zudem könnten

niedrigere Abnahmepreise bei industriellen Anbietern, deren Kupferschrott ein Nebenprodukt ihres Produktionsprozesses sei, zu höheren Produktionskosten führen, weshalb auch Endprodukte teurer würden.

Nach weiteren Untersuchungen gelangte die Europäische Kommission freilich zu dem Ergebnis, dass es mit der Konzentration der Nachfragemacht in diesem Einzelfall nicht allzu weit her sei, weil das Vorhaben zu einem moderaten gemeinsamen Einkaufsanteil für Kupferschrott im EWR von 20-30 % führen würde, so dass der Zusammenschluss letztlich freigegeben wurde.

3. Europäischer Champion: Alstom/Bombardier Transportation

Bereits in der Vergangenheit wurde an dieser Stelle über die Probleme der Zusammenschlussverfahren im Schienenverkehrssektor berichtet.²¹ Die Europäische Kommission hat diese Saga um die Schaffung eines „europäischen Champions“ im Schienenverkehrssektor nun um das Kapitel Alstom/Bombardier Transportation²² bereichert.

Trotz bestehender wettbewerblicher Bedenken – Alstom wäre zum unangefochtenen Marktführer für rollendes Material im Hochgeschwindigkeitsbereich sowie für Signalgebung im Fernverkehr aufgestiegen – wurde die Übernahme angesichts eines umfassenden Pakets an Verpflichtungszusagen, so ua dem Verkauf von Zugplattformen und Werken, freigegeben.

4. Leichte Nutzfahrzeuge: Fiat Chrysler und Peugeot

Fiat Chrysler Automobiles suchte nach dem Scheitern der Fusion mit Renault nach einem neuen Partner, der mit der Groupe PSA gefunden wurde.²³ Im Rahmen ihrer Kontrolle gelangte die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss insbesondere den Markt für leichte Nutzfahrzeuge beeinträchtigen könnte, weil PSA Toyota-Fahrzeuge für den Verkauf in Europa herstelle.

Da sich die Zusammenschlussbeteiligten verpflichteten, die zwischen PSA und Toyota bestehende Kooperationsvereinbarung für leichte Nutzfahrzeuge zu erweitern, insbesondere die für die Toyota-Produktion vorhandenen Kapazitäten aufzustocken und niedrigere Verrechnungspreise für die Fahrzeuge und die dazugehörigen Ersatzteile und Zubehör vorzusehen, so dass Toyota in die Lage versetzt wird, mit dem fusionierten Unternehmen wirksam in Wettbewerb zu treten, genehmigte die Europäische Kommission den Zusammenschluss. Aus dem Zusammenschluss ging der weltweit viertgrößte Automobilkonzern namens Stellantis hervor.

17 Jeder Zugriff auf dieses „Datensilo“ unterliegt einem Zugriffsberechtigungssystem, das sowohl für Einzelpersonen als auch für Google-Dienste gilt und das von einem Treuhänder mit Unterstützung eines technischen Experten für Cybersicherheit, Data Governance und IT-Systeme überwacht wird.

18 Europäische Kommission, Entsch. v. 4.5.2020 – Aurubis/Metallo (COMP M.9409).

19 Nachfragemacht kann Produktionskosten senken. Prima vista wird ein Teil dieser Senkung in Form niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergegeben. Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03) Rn. 62.

20 Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03) Rn. 62.

21 Thiede EuZW 2020, 880 (882).

22 Europäische Kommission, Entsch. v. 31.7.2020 – Alstom/Bombardier Transportation (COMP M.9779).

23 Europäische Kommission, Entsch. v. 21.12.2020 – FCA/PSA (COMP M.9730).

5. „Diagonale“ Effekte: EssilorLuxottica/GrandVision

Zusammenschlüsse im Bereich des Einzelhandels sind in aller Regel kein Thema der europäischen Fusionskontrolle, sondern fallen in die Zuständigkeit der nationalen Kartellbehörden, weil sie üblicherweise mitgliedstaatliche Märkte betreffen. Anderes gilt jedoch dann, wenn – ob der schieren Größe der Beteiligten – gleich eine Vielzahl von relevanten Märkten in den einzelnen Mitgliedstaaten betroffen sind. Daher war im Fall des Zusammenschlusses von GrandVision – dem größten Einzelhandelsunternehmen für Augenoptik im EWR – mit Essilor Luxottica – dem weltweit führenden Anbieter von optischen Produkten, der erst 2018 aus der Fusion von Essilor, dem führenden Hersteller von Brillengläsern, und Luxottica, dem führenden Hersteller von Brillenfassungen hervorgegangen war²⁴ – die Kommission letztlich am besten in der Lage, die geplante Übernahme zu prüfen.²⁵

Das Zusammenschlussvorhaben verdient vorliegend jedoch nicht nur ob der schieren Größe Aufmerksamkeit, sondern weil die Europäische Kommission gleich drei sich gegenseitig verstärkende Effekte zu berücksichtigen hatte. Auf der Hand liegt zunächst der Effekt auf horizontaler Ebene, der sich immer dann ergibt, wenn sich, wie vorliegend, zwei große Wettbewerber der gleichen Marktstufe zusammenschließen. Da durch den Zusammenschluss Wettbewerbsdruck entfällt, drohen Preiserhöhungen bei den Endkunden.

Essilor Luxottica ist zudem wesentlicher Lieferant der verbleibenden Wettbewerber, so dass auch auf vertikaler Ebene erhebliche Anreize bestehen, verbleibende Wettbewerber etwa durch Verzögerung von Brillenlieferungen zu behindern oder spiegelbildlich das eigene Unternehmen etwa durch bevorzugten Zugang zu Brillen zu bevorzugen.

Die Europäische Kommission machte zudem einen „diagonalen“ Effekt aus, der sich aus dem horizontalen und vertikalen Zusammenspiel ergibt. Sofern das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen etwa aufgrund einer Preiserhöhung einen Kunden verliert, entgehen dem Zusammenschlussunternehmen die entsprechenden Gewinne nicht vollständig, weil der Kunde das EssilorLuxottica-Produkt zwar bei einem Wettbewerber erwirbt, aber jedenfalls ein Teil der verlorenen Einzelhandelsumsätze durch die Erzielung der Margen auf dem vorgelagerten Markt verbleibt.

Die Beteiligten begegneten den geschilderten wettbewerblichen Effekten durch Veräußerungszusagen hinsichtlich einer Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften in den Europäischen Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund genehmigte die Europäische Kommission den Zusammenschluss, weil die nachgelagerte Präsenz des fusionierten Unternehmens erheblich verringert sei und damit der Anreiz gemindert würde, Abschottungsstrategien zu verfolgen und zugleich konkurrierende Einzelhandelsketten geschaffen werden würden.

6. Nachhaltigkeit: Schwarz Gruppe/Suez Entsorgungsbetriebe

Der Zusammenschluss Schwarz/Suez²⁶ ist ein Beispiel für die Berücksichtigung des europäischen Green Deal im Rahmen der Fusionskontrolle. In der Sache handelt es sich um den Zusammenschluss im Kreislaufwirtschaftssektor, und zwar um die Übernahme mehrerer Abfallentsorgungsunternehmen von Suez in Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und Polen durch die Schwarz-Gruppe.

Für die räumliche Marktabgrenzung einiger spezifischer Verpackungsorte machten die Zusammenschlussbeteiligten geltend, dass dieser spezifische Markt über nationale Grenzen hinausgehe, weil die entsprechenden Verpackungsmateria-

lien auch in anderen Mitgliedstaaten sortiert würden. Die Europäische Kommission widersprach und verwies darauf, dass für die Marktabgrenzung Umweltfaktoren entscheidend seien. Nachfrager würden, so die Europäische Kommission, im Rahmen von Ausschreibungen Aufträge ua auf der Grundlage der mit jedem Bieter verbundenen Umweltkosten vergeben und insbesondere den CO₂-Fußabdruck des jeweiligen Anbieters berücksichtigen. Der Transport zu Hunderten von Kilometern entfernten Standorten per Lkw verursache höhere CO₂-Emissionen, so dass entsprechende Anlagen allenfalls bei Kapazitätsengpässen genutzt würden.

Der Zusammenschluss wurde letztlich genehmigt, weil sich Schwarz verpflichtete, bestehende Sortieranlagen zu veräußern.

IV. Resümee

Die europäische gerichtliche Entscheidungspraxis dürfte in allernächster Zeit mit Überraschungen aufwarten. Angesichts der Entscheidung des EuG in Hutchison/Telefónica ist es denkbar, dass der EuGH die Verschiebung der Parameter der Zusammenschlusskontrolle auf konzentrierten Märkten zugunsten etwaiger Zusammenschlussbeteiligter im Oligopol mitträgt. Zukünftigen Marktconsolidierungen dürften so womöglich weniger Steine in den Weg gelegt werden.

Das Urteil in Cemex/Hungary verdeutlicht einmal mehr, dass in der Praxis die richtige Umsatzberechnung entscheidend sein kann, schon allein um sicherzustellen, dass der Zusammenschluss bei der zuständigen Behörde angemeldet wird. Ein Irrtum kann fatale Folgen haben, so etwa, wenn eine eigentlich gebotene Anmeldung unterlassen und die notwendige behördliche Genehmigung nicht erteilt werde und damit ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot im Raum steht. Für die Praxis ist festzuhalten, dass es zuweilen durchaus angezeigt sein kann, die Zuständigkeit mit der Europäischen Kommission etwa im Rahmen eines informellen Konsultationsverfahrens vorab zu klären. Die damit verbundene Verzögerung sollte in Kauf genommen werden, weil widrigenfalls die Anmeldung an falscher Stelle droht, die eine deutlich drastischere Verzögerung des gesamten Transaktionsprozesses nach sich ziehen kann.

Auch im weiteren Transaktionsprozess sollte nicht allzu sorglos agiert werden, wie das Urteil in Altice/PT Portugal zeigt. Es bedarf der sorgfältigen kartellrechtlichen Überprüfung des gesamten Vertragswerks, damit sichergestellt werden kann, dass der Erwerber nicht vorzeitig die Kontrolle erlangt. Schließlich ist und bleibt eine organisatorische Entflechtung Mittel der Wahl: Sensible Informationen sollten nur im Wege der extern beratenen „Clean Teams“ ausgetauscht werden.

Die Relevanz von Daten und dem Datenzugang wird in der Entscheidungspraxis absehbar wohl deutlich mehr Relevanz zukommen.²⁷ In Ansehung der Entscheidung in Fitbit/Google bleibt festzuhalten, dass die Europäische Kommission durchaus gerüstet scheint, diesen Herausforderungen gerecht zu werden. Mit Blick auf die dortigen Verpflichtungszusagen wird zudem deutlich, dass in technischer Hinsicht wohl sehr viel mehr möglich ist, als zunächst angenommen und die Europäische Kommission aber auch Zusammenschlussbeteiligte entsprechende Lehren aus der Sache Facebook/WhatsApp²⁸ geschlossen haben.

Ein weiterer Trend ist schließlich die Berücksichtigung ökologischer Kriterien im weitesten Sinne auch im Rahmen der Fusionskontrolle. Es steht zu erwarten, dass in Zukunft die wettbewerblichen Folgen in den Blick genommen werden, die für die Kreislaufwirtschaft und die Ziele des Green Deals erforderlich sind. ■

24 Europäische Kommission, Entsch. v. 1.3.2018 – Essilor/Luxottica (COMP M.8394).

25 Europäische Kommission, Entsch. v. 23.3.2021 – EssilorLuxottica/GrandVision (COMP M.9569). Vertiefte Informationen bieten Débarbat/Gutowska/Kovo/Lorenzon/Mauger/Vertessy, Competition Merger, Brief 2021, S. 10; eine generelle Einordnung Immenga/Mestmäcker/Körber, 6. Aufl. 2020, FKVO Art. 2 Rn. 588.

26 Europäische Kommission, Entsch. v. 14.4.2021 – Schwarz Gruppe/Suez Entsorgungsbetriebe (COMP M.10047).

27 Zur Problematik pointiert Künstner NJW-aktuell 10/2022, 13 („verzweigte Fusionskontrolle“).

28 Europäische Kommission, Entsch. v. 15.5.2017 – Facebook/WhatsApp (Comp/M.8228).