

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 90

Silent Acquisitions in der europäischen Fusionskontrolle

**Eine Untersuchung der Auslegung
des Art. 22 VO (EG) 139/2004**

Von

Philipp Winkler



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP WINKLER

Silent Acquisitions in
der europäischen Fusionskontrolle

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 90

Silent Acquisitions in der europäischen Fusionskontrolle

Eine Untersuchung der Auslegung
des Art. 22 VO (EG) 139/2004

Von

Philipp Winkler



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahr 2024
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-19376-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59376-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis einschließlich Juni 2024 berücksichtigt, eine Ausnahme hiervon bildet das am 3. September 2024 im Veröffentlichungsprozess dieser Arbeit erschienene Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Rechtssache Illumina/Grail.

Mein herzlichster Dank gebührt zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jochen Hoffmann, für die hervorragende Betreuung und die äußerst zügige Anfertigung des Erstgutachtens. Durch seine stetige Unterstützung in Form von allzeitiger Diskussions- und Hilfsbereitschaft sowie wertvollen Anmerkungen hat er maßgeblich zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen. Herrn Professor Dr. Bernhard W. Wegener danke ich sehr für das angenehme Prüfungsgespräch, die ausgesprochen zügige Anfertigung des Zweitgutachtens und seine hilfreichen Impulse.

Darüber hinaus möchte ich mich bei allen bedanken, die mich im Verlauf der Entstehung dieser Arbeit unterstützt haben. Dies gilt ganz besonders für Daniel Hertkorn, David Söhner, Dr. Raphael Hilser, LL.M. (LSE), meine Lebensgefährtin Anna Malou Knapp, meine Schwester Anna Winkler und meinen Bruder Maximilian Winkler. Vor allem meine Familie und meine Lebensgefährtin waren für mich ein steter Rückhalt und haben mich bei allen Plänen und Entscheidungen unterstützt.

Schließlich gilt mein allergrößter Dank meinen Eltern, Susanne Winkler und Dr. Christian Winkler, LL.M. (LSE), die mich seit jeher in allen Lebenslagen in jeder erdenklichen Weise unterstützt haben. Meinem Vater gebührt dabei besonderer Dank für die anregenden Diskussionen im Studium und während der Promotionszeit. Ich danke Euch beiden für Euren bedingungslosen Rückhalt, der mir meinen Weg ermöglicht. Die Arbeit ist daher meinen Eltern gewidmet.

München, im September 2024

Philipp Winkler

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung, Fragestellung und Gang der Untersuchung	19
A. Einleitung	19
I. Problemhinführung	19
II. Zum Begriff der <i>Silent Acquisition</i>	23
B. Erkenntnisinteresse und Gang der Arbeit	23
I. Rechtsökonomischer Untersuchungsgegenstand	23
II. Juristischer Untersuchungsgegenstand	24
§ 2 Grundlagen zu Art. 22 FKVO	26
A. Das Verweisungssystem als Bestandteil der Kompetenzregelungen der FKVO ...	26
I. Anwendungsbereich und Exklusivität der FKVO	26
II. Stellung des Art. 22 FKVO im Verweisungssystem der FKVO	27
B. Art. 22 FKVO als zentraler Forschungsgegenstand	27
I. Entstehungsgeschichte und Normzweck des Art. 22 FKVO	28
II. Funktionsweise und Ablauf eines Verweisungsverfahrens nach Art. 22 FKVO	29
III. Der Zuständigkeitsbegriff	32
IV. Praktische Relevanz von Art. 22 FKVO	34
§ 3 Der Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO ...	35
A. Hintergrund und aktuelle Debatte	35
I. Entstehungsgeschichte des Leitfadens	35
II. Reaktionen auf den Erlass des Leitfadens	38
III. Charakterisierung von nicht geregelten Rechtsakten der Kommission	40
B. Kritische Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Leitfadens im Schrifttum ...	42
I. Rechtliche Voraussetzungen für die Verweisung nach Art. 22 FKVO	42
II. Weitgehend unklare Aufgreiffaktoren und damit verbundene Verfahrensfragen	44
C. Bedeutung und Folgen der neuen Verweisungspraxis	53
I. Bedeutung für die Unternehmen	53
II. Paradigmenwechsel in der europäischen Fusionskontrolle	54
D. Zusammenfassende Betrachtung	57

§ 4 Rechtsökonomische Untersuchung	59
A. Kritikwürdige Evaluation der Kommission	59
I. Sprachliche Ungenauigkeiten	59
II. Die Ermittlung prüfungsrelevanter Fälle	60
III. Fallpraxis der Kommission	62
IV. Diskutable Studie von Cunningham et al.	62
V. Vage Problematik der GAMAM-Transaktionen	67
VI. Funktionsfähigkeit und Grenzen des Verweisungssystems	67
VII. Ergebnis zur Kritik an der Evaluation	68
B. Negative Auswirkungen einer Start-Up-Übernahme auf den Wettbewerb	69
I. Innovationen, Wettbewerb und die <i>Kill Zone</i>	70
II. <i>Kill Zone</i> I: Innovationsverhalten der Marktteilnehmer	72
III. <i>Kill Zone</i> II: Markteintritt	78
IV. <i>Kill Zone</i> III: <i>Venture Capital</i>	85
V. <i>Kill Zone</i> IV: <i>Killer Acquisitions</i>	92
VI. Konglomerate Zusammenschlüsse im Digitalsektor	100
VII. Ergebnis zur <i>Kill Zone</i> und zu konglomeraten Zusammenschlüssen	105
C. Positive Auswirkungen einer Start-Up-Übernahme auf den Wettbewerb	107
I. „ <i>Acqui-Hire</i> “	108
II. Synergieeffekte im Pharmasektor	109
III. Akquisitionen als Technologietransfer	110
IV. Unternehmensverkauf als Ausstiegsstrategie	111
V. Allokation von <i>Venture Capital</i>	111
VI. Ergebnis zu den positiven Auswirkungen	112
D. Erkenntnisse und Bedeutung für die ökonomischen Forschungsfragen	113
§ 5 Juristische Untersuchung der Auslegung des Art. 22 FKVO	116
A. Exegese des Art. 22 FKVO	117
I. Wörtliche Auslegung	117
II. Historische Auslegung	123
III. Systematische Auslegung	136
IV. Teleologische Auslegung	143
V. Würdigung der Untersuchungsergebnisse	149
B. Verstoß gegen europäische Grundrechte	150
I. Geschichte und Dogmatik des europäischen Grundrechtsschutzes	151
II. Interdependenz von Wettbewerbsrecht und Grundrechtsschutz	154
III. Skizzierung der Grundrechtsrelevanz der Mitteilung 2021/C 113/01	158

IV. Potenzieller Verstoß der kommissionellen Auslegung von Art. 22 FKVO gegen europäische Grundrechte	163
V. Würdigung der Untersuchungsergebnisse	192
C. Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit	194
I. Der Grundsatz der Rechtssicherheit im Europarecht	194
II. Einschränkung der Rechtssicherheit durch die extensive Auslegung	196
III. Zusammenfassende Würdigung	201
D. Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität	202
I. Grundlagen zum Grundsatz der Subsidiarität	202
II. Nähere Untersuchung der kommissionellen Auslegung des Art. 22 FKVO	206
III. Ergebnis und Bedeutung für das Forschungsziel	214
E. Verstoß gegen den kompetenziellen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	215
I. Grundlagen	215
II. Bedeutung für die Untersuchung	216
III. Prüfungsmaßstab	217
IV. Bedeutung des Befunds	222
F. Umgehung eines Gesetzgebungsverfahrens	223
I. Gegenstand und Grundlagen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens	224
II. Vorüberlegung: Bedeutung für die Untersuchung	225
III. Spannungsfeld zwischen Gesetzgebungskompetenz und eigenständiger Zuständigkeit der Kommission	226
IV. Dogmatische Schärfung des Wesentlichkeitsgrundsatzes und Subsumtion	228
V. Ergebnis und Bedeutung für das Forschungsziel	237
G. Ergebnis der Untersuchung im fünften Kapitel und Einordnung der Befunde	238
§ 6 Zusammenfassung des wesentlichen Ertrags in Thesenform	242
§ 7 Das EuGH-Urteil vom 3. September 2024	248
A. Die Auslegung des Art. 22 FKVO durch den EuGH	248
I. Zur wörtlichen Auslegung	248
II. Zur historischen Auslegung	250
III. Zur systematischen Auslegung	251
IV. Zur teleologischen Auslegung	252
B. Ergebnis und Bedeutung für die vorliegende Untersuchung	253
Literaturverzeichnis	255
Sachwortverzeichnis	275

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung, Fragestellung und Gang der Untersuchung	19
A. Einleitung	19
I. Problemhinführung	19
II. Zum Begriff der <i>Silent Acquisition</i>	23
B. Erkenntnisinteresse und Gang der Arbeit	23
I. Rechtsökonomischer Untersuchungsgegenstand	23
II. Juristischer Untersuchungsgegenstand	24
§ 2 Grundlagen zu Art. 22 FKVO	26
A. Das Verweisungssystem als Bestandteil der Kompetenzregelungen der FKVO ...	26
I. Anwendungsbereich und Exklusivität der FKVO	26
II. Stellung des Art. 22 FKVO im Verweisungssystem der FKVO	27
B. Art. 22 FKVO als zentraler Forschungsgegenstand	27
I. Entstehungsgeschichte und Normzweck des Art. 22 FKVO	28
II. Funktionsweise und Ablauf eines Verweisungsverfahrens nach Art. 22 FKVO	29
III. Der Zuständigkeitsbegriff	32
IV. Praktische Relevanz von Art. 22 FKVO	34
§ 3 Der Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Art. 22 FKVO ...	35
A. Hintergrund und aktuelle Debatte	35
I. Entstehungsgeschichte des Leitfadens	35
1. Konsultation 2016	35
2. Evaluation in einer Arbeitsunterlage	36
3. Erste Andeutung der verstärkten Nutzung von Art. 22 FKVO	37
4. Erlass des Leitfadens im März 2021	38
II. Reaktionen auf den Erlass des Leitfadens	38
III. Charakterisierung von nicht geregelten Rechtsakten der Kommission	40
B. Kritische Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Leitfadens im Schrifttum ...	42
I. Rechtliche Voraussetzungen für die Verweisung nach Art. 22 FKVO	42
1. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	43
2. Drohende erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im antragstellenden Mitgliedstaat	43

II.	Weitgehend unklare Aufgreiffaktoren und damit verbundene Verfahrensfragen	44
1.	Sprachliche Unklarheiten	45
2.	Auflistung von Kandidatenfällen und damit verbundene Unklarheiten ...	46
3.	Faktische Einführung einer Transaktionswertschwelle	48
4.	Probleme um die Verweisungsmöglichkeit nach Vollzug	50
a)	Potenzieller Verstoß gegen den Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle	50
b)	Zu lange Ausschlussfrist	51
c)	Fristbeginn	52
d)	Zusammenfassung der Fristenprobleme	53
C.	Bedeutung und Folgen der neuen Verweisungspraxis	53
I.	Bedeutung für die Unternehmen	53
II.	Paradigmenwechsel in der europäischen Fusionskontrolle	54
1.	Auswirkungen auf das Prinzip der einzigen Anlaufstelle	54
2.	Verletzung des Grundsatzes der geeigneteren Behörde	55
3.	Erstmalige Berücksichtigung des Transaktionswerts	56
4.	Abweichung vom Grundsatz der <i>ex-ante</i> -Prüfung	57
D.	Zusammenfassende Betrachtung	57
§ 4	Rechtsökonomische Untersuchung	59
A.	Kritikwürdige Evaluation der Kommission	59
I.	Sprachliche Ungenauigkeiten	59
II.	Die Ermittlung prüfungsrelevanter Fälle	60
III.	Fallpraxis der Kommission	62
IV.	Diskutable Studie von Cunningham et al.	62
1.	Sektorenbezogene Unterschiede	63
2.	Erwerb überlappender Projekte als Absicherung	65
3.	Keine Erfolgsgarantie bei Medikamentenentwicklung	65
4.	Gefahr falsch positiver Entscheidungen	66
5.	Sonstige Hintergründe der Projekteinstellung	66
V.	Vage Problematik der GAMAM-Transaktionen	67
VI.	Funktionsfähigkeit und Grenzen des Verweisungssystems	67
VII.	Ergebnis zur Kritik an der Evaluation	68
B.	Negative Auswirkungen einer Start-Up-Übernahme auf den Wettbewerb	69
I.	Innovationen, Wettbewerb und die <i>Kill Zone</i>	70
1.	Innovation und Wettbewerb	70
2.	Terminologische Definition der <i>Kill Zone</i>	71

II.	<i>Kill Zone I: Innovationsverhalten der Marktteilnehmer</i>	72
1.	Wettbewerber	72
a)	Affeldt/Kesler	72
b)	Moser/Wong	73
2.	Potenzielle künftige Zusammenschlussparteien	75
a)	Innovationstätigkeit kleiner Unternehmen	75
b)	Innovationstätigkeit etablierter Unternehmen	76
c)	Zusammenfassung	77
3.	Fusionierte Einheit	77
4.	Einordnung der Befunde zur <i>Kill Zone I</i>	78
III.	<i>Kill Zone II: Markteintritt</i>	78
1.	Teh et al.	79
2.	Eisfeld	80
3.	Kamepalli et al.	82
4.	Affeldt/Kesler	83
5.	Koski et al.	83
6.	Einordnung der Befunde zur <i>Kill Zone II</i>	84
IV.	<i>Kill Zone III: Venture Capital</i>	85
1.	Bedeutung von Risikokapital für Innovationen und Wettbewerb	85
2.	Kamepalli et al.	87
3.	Koski et al.	88
4.	Prado/Bauer	88
5.	Oliver Wyman	90
6.	Einordnung der Befunde zur <i>Kill Zone III</i>	91
V.	<i>Kill Zone IV: Killer Acquisitions</i>	92
1.	Konturierung des Begriffs	92
2.	<i>Killer Acquisitions</i> im Pharmasektor	93
3.	<i>Killer Acquisitions</i> im Digitalsektor	95
a)	Gautier/Lamesch	95
aa)	Maitry	96
bb)	Kritik	96
b)	Jin et al.	96
c)	Latham et al.	98
d)	Ivaldi et al.	98
e)	Google/Keyhole	99
4.	Einordnung der Befunde zur <i>Kill Zone IV</i>	100
VI.	Konglomerate Zusammenschlüsse im Digitalsektor	100
1.	Begriff der „ <i>Digital Conglomerates</i> “	101
2.	<i>Platform Envelopment</i> und Netzwerkeffekte	101
3.	Datenmacht	103

VII. Ergebnis zur <i>Kill Zone</i> und zu konglomeraten Zusammenschlüssen	105
C. Positive Auswirkungen einer Start-Up-Übernahme auf den Wettbewerb	107
I. „ <i>Acqui-Hire</i> “	108
II. Synergieeffekte im Pharmasektor	109
III. Akquisitionen als Technologietransfer	110
IV. Unternehmensverkauf als Ausstiegsstrategie	111
V. Allokation von <i>Venture Capital</i>	111
VI. Ergebnis zu den positiven Auswirkungen	112
D. Erkenntnisse und Bedeutung für die ökonomischen Forschungsfragen	113
§ 5 Juristische Untersuchung der Auslegung des Art. 22 FKVO	116
A. Exegese des Art. 22 FKVO	117
I. Wörtliche Auslegung	117
1. Offener Wortlaut des Art. 22 Abs. 1 FKVO	117
a) „Jeden Zusammenschluss“	118
b) „Falls eine Anmeldung nicht erforderlich ist“	119
2. Begriff des Mitgliedstaats und der Verweisung	120
3. Verweis des Schrifttums auf Art. 22 Abs. 3 UAbs. 3 FKVO	121
4. Hemmung der einzelstaatlichen Fristen	122
5. Ergebnis zur wörtlichen Exegese	123
II. Historische Auslegung	123
1. Methodik und Kritik an der historischen Auslegung des Generalanwalts	123
2. Prägnante Übersicht der historischen Entwicklung	125
3. Erste Revision durch die VO 1310/97	126
4. Grünbuch 2001 über die Revision der VO 4064/89	128
5. Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	131
6. Historische Betrachtung des weiten Wortlauts „jeden Zusammenschluss“	133
7. Ergebnis zur historischen Exegese	135
III. Systematische Auslegung	136
1. Stellung des Art. 22 FKVO in der Verweisungssystematik der FKVO	136
2. Kein Vollzugsverbot nach nationalem Recht	137
3. Aufforderungsmöglichkeit der Kommission	138
4. Erwägungsgründe 14 bis 16 FKVO	139
a) Erwägungsgrund 14 FKVO	140
b) Systematik der Erwägungsgründe 15 und 16 FKVO	140
c) Erwägungsgrund 15 FKVO	142
5. Ergebnis zur systematischen Exegese	143

IV. Teleologische Auslegung	143
1. Fehlerhafte Interpretation des Normzwecks	144
2. Besser geeignete Behörde	146
3. Prinzip der einzigen Anlaufstelle	147
4. Zwingende Zuständigkeit des Antragstellers	148
5. Ergebnis zur teleologischen Exegese	148
V. Würdigung der Untersuchungsergebnisse	149
B. Verstoß gegen europäische Grundrechte	150
I. Geschichte und Dogmatik des europäischen Grundrechtsschutzes	151
1. Geschichtliche Entwicklung	151
2. Dogmatik	152
II. Interdependenz von Wettbewerbsrecht und Grundrechtsschutz	154
1. Die Wettbewerbsfreiheit des Individuums und seine Bedeutung für die Wirtschaftsordnung	154
a) Verfassungsbedürftigkeit des Wettbewerbs	154
b) Verfassungsrelevanz des Wettbewerbs	155
c) Grundrechtliche Wertungsentscheidung im Einzelfall	156
2. Bedeutung der Grundrechte in der präventiven Fusionskontrolle	156
III. Skizzierung der Grundrechtsrelevanz der Mitteilung 2021/C 113/01	158
1. Grundrechtskonforme Auslegung des Art. 22 FKVO	158
2. Dogmatische Grundlagen	159
a) Abgrenzung Art. 15 Abs. 1 GRC und Art. 16 GRC	159
b) Art. 17 Abs. 1 GRC – Eigentumsfreiheit	160
c) Art. 20 GRC – Gleichheitsgebot	162
d) Zusammenfassender Überblick	163
IV. Potenzieller Verstoß der kommissionellen Auslegung von Art. 22 FKVO gegen europäische Grundrechte	163
1. Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche	163
a) Grundlagen zum Eingriffsbegriff	163
b) Art. 16 GRC – unternehmerische Freiheit	164
aa) Beeinträchtigung der Zusammenschlussfreiheit	165
bb) Eingeschränkte Markteintrittsfreiheit in Märkte der Digital- und Pharmawirtschaft	166
cc) Reduzierter Schutz von Geschäftsgeheimnissen	168
dd) Vollzugsabhängige Beeinträchtigungen	171
ee) Zwischenergebnis	174
c) Art. 20 GRC – Gleichheitsgrundsatz	174
2. Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 16 GRC	176
a) Keine besonderen Schranken in Art. 16 GRC	176
b) Gesetzesvorbehalt	177

c) Wesensgehalt des Art. 16 GRC	178
d) Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkung	178
aa) Verfolgung eines legitimen Zwecks	179
bb) Geeignetheit der eingesetzten Mittel	180
cc) Erforderlichkeit	182
(1) Keine Möglichkeit der Fusionskontrolle nach Vollzug	182
(2) Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Hoheitsgebiet des antragstellenden Mitgliedstaats	184
(3) Alternative Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel	186
(4) Ergebnis der Erforderlichkeitsprüfung	188
dd) Angemessenes Verhältnis zwischen Grundrechtsbescheidung und verfolgtem Zweck	188
V. Würdigung der Untersuchungsergebnisse	192
C. Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit	194
I. Der Grundsatz der Rechtssicherheit im Europarecht	194
1. Grundlagen	194
2. Bedeutung für die Untersuchung	195
II. Einschränkung der Rechtssicherheit durch die extensive Auslegung	196
1. Ausgangspunkt: Feststellung des Verstoßes	196
2. Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und effektivem Exekutivhandeln	198
III. Zusammenfassende Würdigung	201
D. Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität	202
I. Grundlagen zum Grundsatz der Subsidiarität	202
1. Hinter dem Subsidiaritätsprinzip stehende Wertung	202
2. Bedeutung für die Untersuchung	203
3. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips	204
a) Keine ausschließliche Zuständigkeit	204
b) Begriff der „Maßnahme“	205
II. Nähere Untersuchung der kommissionellen Auslegung des Art. 22 FKVO	206
1. Ziel der Maßnahme	206
2. Insuffizienzkriterium	207
a) Voraussetzungen	207
b) Subsumtion auf die Auslegung der Kommission	208
3. Effizienzkriterium	209
a) Voraussetzungen	209
b) Subsumtion auf die Auslegung der Kommission	211
aa) Effizientere Zielerreichung	211
bb) Abwägung: Integrationsgewinn gegen Souveränität der Mitgliedstaaten	212

cc) Umfang und Wirkung auf Unionsebene	212
dd) Ergebnis der Subsumtion	213
III. Ergebnis und Bedeutung für das Forschungsziel	214
E. Verstoß gegen den kompetenziellen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	215
I. Grundlagen	215
II. Bedeutung für die Untersuchung	216
III. Prüfungsmaßstab	217
1. Legitimes Ziel der Maßnahme	218
2. Geeignetheit	218
3. Wahrung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten	219
a) Inhalt	219
b) Form	220
4. Angemessenheit	221
IV. Bedeutung des Befunds	222
F. Umgehung eines Gesetzgebungsverfahrens	223
I. Gegenstand und Grundlagen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens ..	224
II. Vorüberlegung: Bedeutung für die Untersuchung	225
III. Spannungsfeld zwischen Gesetzgebungskompetenz und eigenständiger Zu-	
ständigkeit der Kommission	226
IV. Dogmatische Schärfung des Wesentlichkeitsgrundsatzes und Subsumtion ..	228
1. Wesentlichkeitsrechtsprechung des EuGH	228
2. Anwendung auf den Untersuchungsgegenstand	229
a) Demokratiethoretische Abgrenzungsfaktoren für die politische Be-	
deutung einer Maßnahme	229
aa) Beteiligung der Mitgliedstaaten angezeigt	230
bb) Abwägung widerstreitender Interessen	231
cc) Festlegende oder ausfüllende Wirkung	232
dd) Keine reine Verwaltungsangelegenheit	233
ee) Eigenarten des jeweiligen Politikbereichs	233
ff) Funktionale Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens	235
gg) Zwischenergebnis	236
b) Rechtsstaatliche Erwägungen	237
V. Ergebnis und Bedeutung für das Forschungsziel	237
G. Ergebnis der Untersuchung im fünften Kapitel und Einordnung der Befunde	238
§ 6 Zusammenfassung des wesentlichen Ertrags in Thesenform	242

§ 7 Das EuGH-Urteil vom 3. September 2024	248
A. Die Auslegung des Art. 22 FKVO durch den EuGH	248
I. Zur wörtlichen Auslegung	248
II. Zur historischen Auslegung	250
III. Zur systematischen Auslegung	251
IV. Zur teleologischen Auslegung	252
B. Ergebnis und Bedeutung für die vorliegende Untersuchung	253
Literaturverzeichnis	255
Sachwortverzeichnis	275

§ 1 Einführung, Fragestellung und Gang der Untersuchung

A. Einleitung

I. Problemhinführung

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO)¹ stellt ein zentrales Element des europäischen Wettbewerbsrechts, einem der bedeutsamsten wirtschaftspolitischen Bereiche der Europäischen Union, dar. Die Bedeutung der europäischen Fusionskontrolle manifestiert sich in 9.282 endgültigen Entscheidungen der Europäischen Kommission bis zum 4. 7. 2024 seit Inkrafttreten der ersten Fassung der europäischen Fusionskontrollverordnung im Jahr 1990.² Schon diese immense Relevanz der FKVO für den Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt mag für eine ständige Überwachung ihrer Funktionsfähigkeit sprechen. Das belegen die zahlreichen Reformüberlegungen seit Inkrafttreten der heutigen Fassung der FKVO. In ihrem Bericht über das Funktionieren der FKVO vom 18. Juni 2009³ etwa nahm die Kommission insbesondere das Verweisungssystem der Art. 4 Abs. 4, 5 FKVO ins Visier. Das am 7. Juli 2014 veröffentlichte und auf eine umfassende Konsultation folgende Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“⁴ etwa schlug vor, ohne Änderung der Aufgreifschwellen den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle auszudehnen und hatte hierfür vor allem nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen zum Gegenstand. Ebenfalls Gegenstand des Weißbuchs 2014 war die Funktionsfähigkeit des Verweisungssystems der FKVO. Letztlich fand allerdings keine der Reformüberlegungen Eingang in die FKVO. Folglich blieben auch die Aufgreifschwellen in Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO als zentrales Element der FKVO trotz mancher Prognose, dass die Schwellenwerte die Jahrtausendwende nicht überleben würden,⁵ bis heute nominell unverändert.

¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“).

² Statistiken der Europäischen Kommission zu Unternehmenszusammenschlüssen. Abrufbar unter https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/4b083559-e36c-44c2-a604-f581abd6b42c_en?filename=Merger_cases_statistics.pdf (zuletzt abgerufen am 4. 7. 2024).

³ KOM(2009) 281 endgültig.

⁴ KOM(2014) 449 endgültig.

⁵ *Niederleithinger*, in: FS Quack, S. 645 (647).

Vor allem durch den Zusammenschluss *Facebook/WhatsApp*⁶ im Jahr 2014 wurde die Diskussion um die umsatzbasierten Schwellenwerte der FKVO lauter. Die Umsätze von *WhatsApp* lagen nicht nur unter den maßgeblichen Schwellen des Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO, sondern sogar unterhalb der Schwellen vieler nationaler Fusionskontrollregime. Die Kommission konnte den Zusammenschluss nur prüfen, weil die maßgeblichen Aufgreifkriterien in mindestens drei Mitgliedstaaten erfüllt waren und *Facebook* einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 FKVO gestellt hatte. Ohne einen solchen Verweisungsantrag hätte die Kommission den Zusammenschluss nicht aufgreifen können, obwohl *WhatsApp* zum Zeitpunkt der Übernahme bereits rund 450 Mio. Nutzer hatte und das Transaktionsvolumen USD 19 Mrd. betrug.⁷ Ähnlich gelagert war der Zusammenschluss *Apple/Shazam*,⁸ der nicht aus sich heraus in den Anwendungsbereich der FKVO fiel, weil *Shazam* einen zu geringen unionsweiten Umsatz aufwies. Die Kommission konnte den Zusammenschluss gleichwohl aufgrund eines Verweisungsantrags von Österreich nach Art. 22 FKVO prüfen.⁹ Hauptkritikpunkt an den gegenwärtigen Aufgreifschwellen der FKVO war und ist dementsprechend, dass sie eine zunehmende Zahl von potenziell wettbewerblich relevanten Fällen nicht erfassen, da sich nach heute „kaum noch angezweifelter“¹⁰ Ansicht das umsatzbezogene System des Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO nur eingeschränkt als Messgröße für die wettbewerbliche Bedeutung eines Zusammenschlusses innerhalb der EU eignet.¹¹ In der kartellrechtlichen Literatur scheint sich für solche Fälle, in denen aufgrund von Lücken im fusionskontrollrechtlichen System wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen nicht aus-

⁶ KOMM. 3.10.2014, M.7217 „Facebook/WhatsApp“.

⁷ Die Zahl der Nutzer bezieht sich auf die Nutzer pro Monat. USD 16 Mrd. wurden zunächst bar und in Facebook-Aktien bezahlt, später erhielten die Gründer und Mitarbeiter von WhatsApp weitere USD 3 Mrd. in Form von Aktien. 70 % der Nutzer griffen damals täglich auf WhatsApp zurück: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/uebernahme-in-der-technikbranche-facebook-kauft-whatsapp-1.1893830> (zuletzt abgerufen am 4.7.2024).

⁸ KOMM. 6.9.2018, M.8788 „Apple/Shazam“.

⁹ KOMM. 6.9.2018, M.8788 „Apple/Shazam“, Rn. 8.

¹⁰ Koch, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 1 FKVO, Rn. 43; Simon, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, Art. 1 FKVO, Rn. 20.

¹¹ Herbers, in: Podszun (Hrsg.), DMA, Art. 14 DMA, Rn. 5 hält fest, dass das Heranziehen von Umsatz als Maßstab für die wirtschaftliche Bedeutung einer Transaktion dazu führt, dass Transaktionen unter Beteiligung kleiner Unternehmen wie insbesondere Start-Ups auch dann nicht in der Fusionskontrolle geprüft werden können, wenn diese über hohes wettbewerbliches Potential verfügen. Ebenso Cukurov, NZKart 2021, 606 (606 f.), nachdem das traditionelle Schwellenwertsystem bei Zielunternehmen mit verhältnismäßig niedrigen Umsätzen an seine Grenzen stößt. In die gleiche Richtung argumentierend: Simon, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, Art. 1 FKVO, Rn. 20; Weck, NZKart 2015, 290 (292); vgl. auch Mitteilung der Kommission, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, ABl. C 113 vom 31.3.2021, S. 1, Rn 10; vgl. Göbel, ZWeR 2024, 37 (37 ff.). Podszun, WuW 2010, 1128 (1130 ff.) gibt einen allgemeinen Überblick über die Kritik an den Umsatzschwellen und stellt denkbare alternative legitime Aufgreifschwellen vor.

reichend begegnet werden kann, der Begriff „Gap Cases“ zu etablieren, worunter eine Durchsetzungslücke (oft genannt auch Regelungslücke) in der Fusionskontrolle zu verstehen ist.¹²

Besonders deutlich könnte das Versagen des Umsatzkriteriums für die sachgerechte Ermittlung der wettbewerblichen Bedeutung in Fusionsfällen in digitalen Märkten werden.¹³ Digitale Dienste werden oft mit dem Ziel eingeführt, eine bedeutende Nutzerbasis und/oder kommerziell wertvolle Datenbestände aufzubauen und das Unternehmen erst anschließend zu monetarisieren.¹⁴ Entsprechend häufig ist der Umsatz mindestens eines der beteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch zu gering, um unter die Aufgreifschwellen des Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO zu fallen. Eine im Schrifttum vielerorts diskutierte Reform bzw. Erweiterung der Aufgreifschwellen der FKVO¹⁵ war auch einer der Gegenstände einer von der Kommission 2016 und 2017 durchgeführten Konsultation.¹⁶ In dieser wies die Kommission darauf hin, dass auch im Pharmasektor „ähnliche Situationen auftreten, wenn etablierte Unternehmen hoch bewertete Biotech-Unternehmen erwerben, die über noch in der Entwicklung befindliche Produkte verfügen, welche erst bei ihrer Markteinführung nennenswerte Umsätze erzielen können“.¹⁷ Auch diese

¹² Göbel, ZWeR 2024, 37 (37); vgl. Apel/Polley, ZWeR 2021, 273 (291 f.); Urban, NZKart 2024, 189 (189).

Ein etwas anderes Verständnis äußert bspw. Crede, WuW 2023, 488 (488), der *Gap Cases* als „wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse, die sich nicht in einer Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung äußern“, bezeichnet. Solche Zusammenschlüsse könnten sich insb. bei horizontalen Effekten in oligopolistischen Märkten ergeben, aber auch in vertikalen oder konglomeraten Konstellationen. Ähnlich Schroeder, WuW 2011, 1216 (1220), der unter einem *Gap Case* einen Fall, der von der Kommission untersagt worden ist oder ohne Zusagen untersagt worden wäre, der aber unter der Geltung des alten Marktbherrschungstests freigegeben worden wäre, versteht.

¹³ Lindenberg, WRP 2021, 302 (306); Koch, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 1 FKVO, Rn. 44; Ellger, ZWeR 2018, 272 (287).

¹⁴ Mitteilung 2021/C 113/01, Rn. 9; u. a. Ellger, ZWeR 2018, 272 (287) weist zudem auf die teilweise unentgeltliche Leistungserbringung im Internet hin, wodurch Umsätze von Unternehmen hinsichtlich ihrer Marktstellung und strategischen Bedeutung nicht immer aussagekräftig genug seien; ebenso Baranowski/Glaßl, BB 2017, 199 (205); genau wie Louven, in: Specht-Riemenschneider/Werry/Werry (Hrsg.), Datenrecht in der Digitalisierung, § 7.2, Rn. 10 f.; Oehm, Fusionskontrolle auf Softwaremärkten, S. 41 f.; Körber, WuW 2015, 120 (125).

¹⁵ Etwa Apel/Polley, ZWeR 2021, 273 (305 ff.); Becker, ZWeR 2020, 365 (377 ff.); Cukurov, NZKart 2021, 606 (608 ff.); Podszun, WuW 2010, 1128 (1138 ff.) zwar nicht explizit bezogen auf die FKVO, aber mit konkreten Alternativen; vgl. Koch, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 1 FKVO, Rn. 47; Weck, NZKart 2015, 290 (292 f.); vgl. jedoch mit dem Fokus auf das GWB Lettl, WRP 2018, 145 (148 ff.).

¹⁶ Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, veröffentlicht im Oktober 2016. Eine „Roadmap“ ist abrufbar unter: https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2017_comp_003_evaluation.pdf (zuletzt abgerufen am 4. 7. 2024).

¹⁷ Pressemitteilung IP/16/3337 vom 7. 10. 2016.