

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
§ 1 Einleitung	21
§ 2 Optionen als Gegenstand der europäischen Fusionskontrolle	25
A. Optionen als Zusammenschlusstatbestand in der europäischen Fusionskontrolle	25
I. Fusion durch Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO	25
II. Erwerb alleiniger Kontrolle durch Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	26
1. Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO im Hinblick auf Optionen	27
a) Wortlaut	27
aa) Bestimmung des Kontrollbegriffs	27
bb) Bestimmung des Bezugspunkts des Einflusses	29
cc) Bestimmung der Mittelbarkeit der Kontrolle	29
dd) Bestimmung der Dauerhaftigkeit	30
ee) Bestimmung der Kontrollmittel	30
ff) Bestimmung der einzubeziehenden Umstände	31
gg) Zwischenergebnis zum Wortlaut	31
b) Systematik	32
aa) Einbeziehung des Art. 2 Abs. 3 FKVO in die systematische Auslegung	32
bb) Einbeziehung des Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO in die systematische Auslegung	33
cc) Einbeziehung des Art. 3 Abs. 5 FKVO in die systematische Auslegung	35
dd) Zwischenergebnis zur Systematik	36
c) Telos	36
aa) Bestimmung des Kontrollbegriffs	37
bb) Bestimmung der einzubeziehenden Umstände	39
cc) Bestimmung der Dauerhaftigkeit	40
dd) Zwischenergebnis zum Telos	42

d) Historie	42
aa) Anlass der Einführung der Fusionskontrollverordnung	43
bb) Reformen der Fusionskontrollverordnung	44
cc) Entwicklung der EU in wirtschaftlicher Hinsicht	45
dd) Wille des Gesetzgebers der aktuellen Fassung	46
ee) Zwischenergebnis zur Historie	46
e) Zwischenergebnis zum Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO im Hinblick auf Optionen	47
2. Bewertung von Optionen im Rahmen des alleinigen Kontrollerwerbs	47
a) Bewertung von Call-Optionen	49
aa) Begriff der Call-Option	49
bb) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	50
cc) Erwerb alleiniger Kontrolle durch Call-Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	52
(1) Call-Optionen als solche	52
(2) Möglichkeit jederzeitiger Ausübbarkeit	55
(a) Aktives Halten der Call-Option	56
(b) Passives Halten der Call-Option	60
(c) Zwischenergebnis zur Möglichkeit jederzeitiger Ausübbarkeit	62
(3) Vermittlung des wirtschaftlichen Risikos	63
(a) Übergang des wirtschaftlichen Risikos	65
(b) Wirtschaftliches Risiko und Treueverhältnisse	67
(c) Zwischenergebnis zur Vermittlung des wirtschaftlichen Risikos	70
(4) Abwehr des Eindringens gesellschaftsfremder Dritter	70
(5) Bedingungen und Befristungen	73
(a) Aufschiebende Bedingungen	74
(aa) Durch den Optionsinhaber herbeiführbare Bedingung	74
(bb) Durch den Optionsgeber herbeiführbare Bedingung	76

(cc) Bedingungen zum Schutz vor schädigenden Verhaltensweisen	77
(b) Auflösende Bedingungen	79
(c) Befristungen	82
(d) Zwischenergebnis zu Bedingungen und Befristungen	85
(6) Absicht der Ausübung	85
(a) Absicht der Ausübung als alleiniger Umstand	86
(b) Absicht der Ausübung in Verbindung mit anderen Umständen	89
(c) Zwischenergebnis zur Absicht der Ausübung	90
dd) Zwischenergebnis zur Bewertung von Call- Optionen	91
b) Bewertung von Put-Optionen	92
aa) Begriff der Put-Option	92
bb) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	93
cc) Erwerb alleiniger Kontrolle durch Put-Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	94
(1) Put-Optionen als solche	95
(2) Druckausübung auf den Optionsgeber	97
(3) Übertragung an einen genehmen Dritten	99
(4) Beendigung gesellschaftsrechtlicher Pattsituationen	103
(5) Bedingungen und Befristungen	105
(a) Aufschiebende Bedingungen	105
(b) Auflösende Bedingungen	106
(c) Befristungen	107
(d) Zwischenergebnis zu Bedingungen und Befristungen	107
(6) Absicht der Ausübung	107
(a) Absicht der Ausübung als alleiniger Umstand	108
(b) Absicht der Ausübung in Verbindung mit anderen Umständen	110
(c) Zwischenergebnis zur Absicht der Ausübung	112

dd) Zwischenergebnis zur Bewertung von Put-Optionen	112
c) Bewertung von wechselseitigen Optionen	113
aa) Begriff der wechselseitigen Option	113
bb) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	115
cc) Erwerb alleiniger Kontrolle durch wechselseitige Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	115
(1) Wechselseitige Optionen als solche	116
(2) Druckausübung auf den Vereinbarungspartner	120
(a) Druckausübung durch einfache wechselseitige Optionen	121
(b) Druckausübung durch Russian-Roulette-Optionen	123
(c) Zwischenergebnis zur Druckausübung auf den Vereinbarungspartner	126
(3) Beendigung gesellschaftsrechtlicher Pattsituationen	126
(4) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums	129
(5) Vermittlung des wirtschaftlichen Risikos	130
(6) Bedingungen und Befristungen	132
(7) Absicht der Ausübung	133
(a) Absicht der Ausübung als alleiniger Umstand	133
(b) Absicht der Ausübung in Verbindung mit anderen Umständen	133
(c) Zwischenergebnis zur Absicht der Ausübung	135
dd) Zwischenergebnis zur Bewertung von wechselseitigen Optionen	135
3. Zwischenergebnis zum Erwerb alleiniger Kontrolle durch Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	136
III. Einfluss von Optionen auf die gemeinsame Kontrolle	137
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	137
2. Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO im Hinblick auf die gemeinsame Kontrolle	138
a). Wortlaut	138
b) Systematik	139

c) Telos	140
d) Historie	140
e) Zwischenergebnis zum Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO im Hinblick auf die gemeinsame Kontrolle	142
3. Erwerb gemeinsamer Kontrolle durch Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	142
aa) Call-Optionen	144
bb) Put-Optionen	145
cc) Wechselseitige Optionen	146
dd) Zwischenergebnis zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle durch Optionen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	147
b) Beeinflussung der gemeinsamen Kontrolle durch Optionen	147
c) Zwischenergebnis zum Einfluss von Optionen auf die gemeinsame Kontrolle	148
IV. Zwischenergebnis zu Optionen als Zusammenschlusstatbestand in der europäischen Fusionskontrolle	149
B. Berücksichtigung von Optionen bei der Umsatzzurechnung gemäß Art. 5 Abs. 4 FKVO	150
I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	150
II. Umsatzzurechnung durch Optionen	150
C. Optionen in der materiellen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO	152
I. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	153
II. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	154
1. Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung durch Berücksichtigung der Marktanteile und Konzentrationsgrade	155
a) Marktanteile	155
b) Konzentrationsgrad	156
2. Marktbeherrschende Stellung durch andere Indikatoren	159
3. Zwischenergebnis zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	161

III. Sonstige erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs	162
1. Unilaterale Effekte durch Optionen	162
a) Verringerter Wettbewerbsdruck	164
aa) Verringerter Wettbewerbsdruck durch faktische Kontrolle vermittelnde Optionen	165
bb) Verringerter Wettbewerbsdruck durch Optionen, welche keine Kontrolle vermitteln	166
b) Preissetzungsanreize	168
c) Zwischenergebnis zu unilateralen Effekten durch Optionen	171
2. Quantifizierung der durch Optionen entstehenden unilateralen Effekte	171
a) Modifizierter Herfindahl-Hirschman-Index	172
b) Optionsbedingter Herfindahl-Hirschman-Index	173
c) Upward Pricing Pressure	176
d) Pricing Pressure Index	177
e) Optionsbedingter Pricing Pressure Index	178
f) Zwischenergebnis zur Quantifizierung der durch Optionen entstehenden unilateralen Effekte	180
3. Positive Auswirkungen durch Optionen	180
IV. Zwischenergebnis zu Optionen in der materiellen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben gemäß Art. 2 Abs 3 FKVO	182
D. Zwischenergebnis zu Optionen als Gegenstand der europäischen Fusionskontrolle	183
§ 3 Optionen als Gegenstand der deutschen Fusionskontrolle	185
A. Optionen als Zusammenschlusstatbestand in der deutschen Fusionskontrolle	185
I. Vermögenserwerb durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB	185
II. Erwerb der Kontrolle durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	186
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	186
2. Vergleich mit Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 FKVO	187

3. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums	188
a) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Steuerrecht	190
aa) Übergang der mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte	192
bb) Erwerb einer rechtlich geschützten, unentziehbaren Position	193
cc) Übergang des Risikos einer Wertminderung und der Chance einer Wertsteigerung	195
b) Erwerb bestimmenden Einflusses durch Übergang des wirtschaftlichen Eigentums	196
c) Zwischenergebnis zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums	198
III. Optionen im Rahmen des Anteilserwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	198
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	199
2. Anteilserwerb durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB	200
a) Anwendungsbereich des Anteilserwerbs im Hinblick auf Optionen	201
aa) Wortlaut	201
(1) Bestimmung des Anteilsbegriffs	201
(2) Bestimmung des Erwerbsbegriffs	202
(3) Bestimmung der Begrifflichkeit „Kapital oder Stimmrechte“	202
bb) Systematik	203
(1) Einbeziehung des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB	203
(2) Einbeziehung der übrigen Zusammenschlusstatbestände	204
(3) Einbeziehung des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	205
(4) Einbeziehung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 GWB	206
cc) Telos	206
dd) Historie	207
b) Zwischenergebnis zum Anteilserwerb durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	209
3. Zurechnung der Anteile infolge von Optionen	209
a) Verbundene Unternehmen gemäß § 36 Abs. 2 GWB	210

b) Anteile für Rechnung des Unternehmens gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB	212
4. Zwischenergebnis zu Optionen im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB	214
IV. Wettbewerbslich erheblicher Einfluss durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	214
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	215
2. Anwendungsbereich des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	216
a) Wortlaut	216
aa) Bestimmung der Begrifflichkeit „jede sonstige Verbindung von Unternehmen“	217
bb) Bestimmung des Einflussbegriffs	217
cc) Bestimmung der wettbewerbslichen Erheblichkeit	218
b) Systematik	219
aa) Einbeziehung des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	219
bb) Einbeziehung des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB	220
cc) Einbeziehung des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	220
dd) Einbeziehung des § 17 Abs. 1 AktG	221
c) Telos	222
d) Historie	224
e) Zwischenergebnis zum Anwendungsbereich des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	225
3. Bewertung von Optionen im Rahmen des wettbewerbslich erheblichen Einflusswerbs	226
a) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung des Einflusses	226
b) Möglichkeit der Einflussnahme	227
aa) Einflussnahme durch Call-Optionen	229
(1) Möglichkeit jederzeitiger Ausübbarkeit	229
(2) Vermittlung des wirtschaftlichen Risikos	231
(3) Aufschiebende Bedingungen	233
bb) Einflussnahme durch Put-Optionen	234
(1) Druckausübung auf den Optionsgeber	234
(2) Übertragung an einen genehmen Dritten	236
cc) Einflussnahme durch wechselseitige Optionen	238
(1) Druckausübung auf den Vereinbarungspartner	238
(a) Druckausübung durch einfache wechselseitige Optionen	238

(b) Druckausübung durch Russian-Roulette-Optionen	240
(2) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums	242
(3) Vermittlung des wirtschaftlichen Risikos	245
c) Wettbewerbliche Erheblichkeit	246
4. Zwischenergebnis zum wettbewerblich erheblichen Einfluss durch Optionen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	247
V. Zwischenergebnis zu Optionen als Zusammenschlusstatbestand in der deutschen Fusionskontrolle	248
B. Berücksichtigung von Optionen bei der Umsatzberechnung im Rahmen des § 35 Abs. 1 GWB	249
C. Optionen in der materiellen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	250
1. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	250
2. Vergleich mit Art. 2 Abs. 3 FKVO	251
D. Zwischenergebnis zu Optionen als Gegenstand der deutschen Fusionskontrolle	252
§ 4 Zusammenfassung und Ausblick	253
Literaturverzeichnis	259