

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 270

Die Europäische Fusionskontrolle

Von

**Brian F. Cahill, Joachim Dreyer,
Silvio Claudius Gabriel, Wolfgang Kerber, Ingo Schmidt,
Jörg Schütz, Rudolf Schwan**

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 270

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 270

Die Europäische Fusionskontrolle



Duncker & Humblot · Berlin

Die Europäische Fusionskontrolle

Von

Brian F. Cahill, Joachim Dreyer,
Silvio Claudius Gabriel, Wolfgang Kerber, Ingo Schmidt,
Jörg Schütz, Rudolf Schwan

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die Europäische Fusionskontrolle / von Brian F. Cahill ...
Hrsg. von Peter Oberender. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000
(Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts-
und Sozialwissenschaften ; N.F., Bd. 270)
ISBN 3-428-10104-9

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0505-2777

ISBN 3-428-10104-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Vorwort

Die zunehmende Dynamik der Globalisierung und die damit verbundene Tendenz zu neuen Fusionen führt dazu, daß die herrschende Fusionskontrollpraxis von unterschiedlicher Seite in Frage gestellt wird. Forderungen nach einer Novellierung der existierenden Regelungen oder sogar nach einer Weltkartellbehörde standen schon im Raum, als die Arbeitsgruppe Wettbewerb des wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik auf ihrer Tagung im März 1999 in Bayreuth das Thema „Die Europäische Fusionskontrolle“ erörterte. Ziel war es, neben einer theoretischen Aufarbeitung der europäischen Fusionskontrollpraxis, auch Erfahrungsberichte von betroffenen Unternehmensvertretern zu erhalten, die exemplarisch für die nun fast 1000 Fusionskontrollentscheidungen stehen. Um einen umfassenden Einblick in alle Aspekte dieses Problemkreises zu bekommen, wurden Hochschullehrer der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie hochkarätige Vertreter der Wirtschaftspraxis zu einem Experten-Workshop eingeladen. Die Vorträge werden in diesem Band wiedergegeben.

Das Eingangsreferat übernahm Prof. Dr. *Ingo Schmidt*, der in seinem Vortrag einen Überblick über die aktuelle Praxis der europäischen Fusionskontrolle gab.

Mit dem Zusammenschluß von Ciba Geigy und Sandoz zu Novartis beschäftigte sich Herr *Silvio Claudius Gabriel*, Vorsitzender der Geschäftsführung Novartis.

Herr Dr. *Joachim Dreyer*, Leiter der Rechtsabteilung der British American Tobacco, Germany, referierte zur europäischen Fusionskontrolle aus Sicht eines Tochterunternehmens eines weltweit operierenden Konzerns.

Aktuelle Fragen des nationalen und europäischen Kartellrechts betrachtete Herr *Rudolf Schwan*, Vorstandsressort RWE.

Herr *Brian F. Cahill*, Director Group Legal Services, Glaxo Wellcome plc, thematisierte den Zusammenschluß von Glaxo und Wellcome von 1995.

Mit der EG-Fusionskontrolle aus einer Industrieperspektive beschäftigte sich Herr Dr. *Jörg Schütz*, Rechtsabteilung Daimler-Chrysler AG.

Den Abschluß der Tagung bildeten schließlich die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Kerber* über Entwicklungslinien und Perspektiven der europäischen Fusionskontrolle.

Danksagung

Meinem Mitarbeiter, Herrn Dipl.-Volkswirt *Arne Heissel*, danke ich für das große Engagement und die umfassende Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Sitzung in Bayreuth sowie bei der Herausgabe des vorliegenden Bandes.

Bayreuth, im September 1999

Peter Oberender

Inhaltsverzeichnis

Die europäische Fusionskontrolle – eine Synopse	
Von <i>Ingo Schmidt</i> , Stuttgart-Hohenheim	9
Novartis – Gemeinsam erfolgreicher!	
Von <i>Silvio Claudius Gabriel</i> , Nürnberg	27
Die europäische Fusionskontrolle aus Sicht eines Tochterunternehmens eines weltweit operierenden Konzerns	
Von <i>Joachim Dreyer</i> , Hamburg	33
Aspekte der nationalen und europäischen Fusionskontrolle – Anmerkungen aus Sicht eines Großunternehmens	
Von <i>Rudolf Schwan</i> , Essen	39
The Role of the Merger Task Force	
Von <i>Brian F. Cahill</i> , Greenford (UK)	53
Die EG-Fusionskontrolle aus Sicht der Industrie	
Von <i>Jörg Schütz</i> , Stuttgart	57
Europäische Fusionskontrolle: Entwicklungslinien und Perspektiven	
Von <i>Wolfgang Kerber</i> , Marburg	69

Die europäische Fusionskontrolle – eine Synopsis

Von *Ingo Schmidt*, Stuttgart-Hohenheim

I. Entstehungsgeschichte und Ziele der Fusionskontrolle

Der EWG-Vertrag hatte ursprünglich – im Gegensatz zu Art. 66 MUV – keine Zusammenschlußkontrolle vorgesehen. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch in der Entscheidung *Continental Can* erklärt, daß auch ein Zusammenschluß als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 86 EGV angesehen werden könne.¹ In dem 1973 vom EuGH entschiedenen Fall ging es um die Beurteilung einer Fusion auf dem Verpackungsmarkt. Die *Continental Can*-Tochter *Schmalbach-Lubeca AG* in Braunschweig hatte nach Auffassung der EK auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes für Leichtverpackungen von Fleisch- und Fischkonserven sowie für Metalldeckel von Glasbehältern eine beherrschende Stellung inne. Im April 1970 hatte *Continental Can* über ihre Tochtergesellschaft *Europemballage* etwa 80 % der Aktien und Obligationen von *TDV* in den Benelux erworben, dem letzten selbständigen europäischen Hersteller von Verpackungsmaterialien und Konkurrenten von *Schmalbach-Lubeca*, wodurch der Wettbewerb auf den relevanten Märkten nach Meinung der EK praktisch ausgeschaltet worden war.

Im konkreten Fall spielte die Frage der relevanten Marktabgrenzung (Frage des Substitutionswettbewerbs und damit des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung) eine große Rolle. Der EuGH verneinte zwar das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und hob daher die Verfügung der EK auf. Über den konkreten Fall hinaus besaß diese Entscheidung jedoch insofern grundlegende Bedeutung, als der EuGH die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i.S. von Art. 86 EGV auch dann bejahte, wenn die Verstärkung einer bereits vorhandenen beherrschenden Stellung mittels einer Fusion erfolgte. Insofern sah er jede Verstärkung einer beherrschenden Stellung als mißbräuchlich ohne Rücksicht darauf an, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden war. Entscheidend sei, ob eine beherrschende Stellung dergestalt verstärkt werde, daß der durch die Fusion erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindere, so daß nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhän-

¹ Vgl. *Continental Can*, in: WuW/E EWG/MUV 296 ff.

gen. Diese Rechtsauffassung ist in dem 1993 entschiedenen Altfall *Wilkinson/Sword* letztmalig zum Tragen gekommen.²

Da auf der Grundlage des Art. 86 EGV eine Fusionskontrolle nur in Ausnahmefällen Platz griff, hatte die Kommission bereits 1973 einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates erarbeitet, der jedoch vom Europäischen Ministerrat erst am 21. 12. 1989 verabschiedet wurde.

Diese seit 1973 andauernden Bemühungen der EK, die Rechtsgrundlage für eine supranationale Fusionskontrolle zu schaffen, wurden flankiert durch den Versuch, das Kartellverbot des Art. 85 EGV auch auf Vereinbarungen anzuwenden, durch die ein Unternehmen die Kontrolle über einen Wettbewerber durch den Kauf von Anteilen oder Kooperationsvereinbarungen erlangt. Maßgeblich ist dabei nach Auffassung des EuGH, ob die Vereinbarung als Instrument zur Beeinflussung des Geschäftsverhaltens des aufgekauften, aber rechtlich unabhängig bleibenden Unternehmens durch Beschränkung des Wettbewerbs dient.³ Die rechtliche Tragweite des Falles *Morris-Rothmans* ist allerdings strittig. Die „Gefahr“ einer allumfassenden europäischen Fusionskontrolle nach Art. 85 EGV hat dann die 1989 erfolgte Verabschiedung der Europäischen Fusionskontroll VO beschleunigt, wobei ungeklärt bleibt, ob und inwieweit die Art. 85 und 86 EGWV neben der Fusionskontrolle VO Anwendung finden.⁴

II. Europäische Fusionskontrolle

1. Aufgreifkriterien

Die am 21. Dezember 1989 verabschiedete Verordnung des Ministerrates der Europäischen Gemeinschaft über die Kontrolle von Zusammenschlüssen sieht folgendes vor:⁵

² Vgl. den Altfall *Wilkinson/Sword*, in: ABl EG 1993 Nr. L 116, S. 21 ff.

³ Vgl. *Morris/Rothmans*, in: WuW/E EWG/MUV 815 ff. Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV auf wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse vgl. *Immenga*, U., und *Fuchs*, A., Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligung?, in: Neue Juristische Wochenschrift 41 (1988), S. 3052 ff.

⁴ Der oben zitierte Altfall *Wilkinson/Sword* war sowohl auf eine Verletzung von Art. 85 als auch Art. 86 EWGV gestützt worden. Vgl. *Staudenmayer*, D., Das Verhältnis der Art. 85, 86 EWGV zur EG-Fusionskontrollverordnung, in: Wirtschaft und Wettbewerb 42 (1992), S. 475 ff.

⁵ Vgl. VO Nr. 4064/89, in: ABl EG 1989 Nr. L 395 und 1990 Nr. L 257 (korr. Fassung).

Zur Abgrenzung von konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen vgl. die Bekanntmachung der EK, in: ABl EG 1994 Nr. C 385, S. 1 ff. Zu den ökonomischen Überlegungen für eine europäische Fusionskontrolle vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Horizontale Konzentration, Fusionen und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft, in: Europäische Wirtschaft Nr. 40 (1989), Teil C.

Die Fusionskontrolle gilt für alle Zusammenschlüsse i.S. von Art. 3 Fusionskontroll VO (FKVO) mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, die nach Art. 1 Abs. 2 FKVO dann gegeben ist, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen mehr als 5 Mrd. ECU und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio. ECU beträgt (Aufgreifkriterien), es sei denn, die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat (implizite Vermutung für die Nicht-Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels).⁶

2. Eingreifkriterien

Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind von der Europäischen Kommission für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären (Eingreifkriterium i.S. des Art. 2 Abs. 3 FKVO).

Bei der Prüfung des Zusammenschlusses hat die EK gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO – ähnlich wie in § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB – die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer sowie ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten (vertikaler Aspekt), die rechtlichen oder tatsächlichen Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen (Produktlebenszyklus, Marktphase) sowie die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher zu berücksichtigen. Darüber hinaus geht Ziff. 15 der Erwägungsgründe von der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aus, wenn der kombinierte Marktanteil 25 % nicht überschreitet. Diese Marktstrukturmerkmale sollen wirksamen Wettbewerb konkretisieren.

Über die Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs hinaus soll die EK gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO die (künftige) Entwicklung wirksamen Wettbewerbs berücksichtigen, was auf eine Absenkung des Eingreifkriteriums unter die Marktbeherrschungsschwelle hinauslaufen könnte.

Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung folgt die EK weitgehend der vom Gerichtshof gegebenen Definition, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen die Fähigkeit besitzt, sich in spürbarem Maße unabhängig von den Wettbewerbern und letztlich von den Verbrauchern zu verhalten, wodurch ein wirksamer Wettbewerb verhindert wird. Im wesentlichen berücksichtigt die Euro-

⁶ Mit Wirkung zum 1. März 1998 besitzt ein Zusammenschluß, der die vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, dennoch eine gemeinschaftsweite Bedeutung für den Fall der Mehrfach-Notifizierungen in mindestens drei Mitgliedstaaten. Zu den niedrigeren Schwellenwerten und ihren Bedingungen vgl. VO Nr. 1310/97, in: ABl EG 1997 Nr. L 180, S. 1 ff.