

MITTEILUNG DER KOMMISSION
über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates
über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

(98/C 66/03)

(Text von Bedeutung für den EWR)

I. EINLEITUNG

II. DER BEGRIFF DER BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

III. BESTIMMUNG DER AN VERSCHIEDENEN ARTEN VON VORHABEN BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

1. Fusionen
2. Erwerb der alleinigen Kontrolle
 - 2.1. Erwerb der alleinigen Kontrolle über das gesamte Unternehmen
 - 2.2. Erwerb der alleinigen Kontrolle über einen Teil eines Unternehmens
 - 2.3. Erwerb der alleinigen Kontrolle nach Verkleinerung oder Vergrößerung des zu übernehmenden Unternehmens
 - 2.4. Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Tochtergesellschaft einer Gruppe
3. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle
 - 3.1. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neugegründetes Unternehmen
 - 3.2. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen
 - 3.3. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Hinblick auf eine sofortige Aufteilung der Vermögenswerte
4. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch ein Gemeinschaftsunternehmen
5. Der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle
6. Änderung der Beteiligung bei der gemeinsamen Kontrolle über ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen
 - 6.1. Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner mit Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle
 - 6.2. Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner ohne Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle
 - 6.3. Sonstige Veränderungen in der Zusammensetzung der Beteiligung
7. „Entfusionierungen“ und Entflechtungen von Unternehmen
8. Tausch von Vermögenswerten
9. Erwerb der Kontrolle durch natürliche Personen
10. Management BUY-OUT
11. Erwerb der Kontrolle durch ein staatliches Unternehmen

I. EINLEITUNG

1. Die Kommission will in der vorliegenden Mitteilung klarstellen, wie sie den Begriff der beteiligten Unternehmen in Artikel 1 und 5 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates ⁽¹⁾, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 ⁽²⁾ (nachstehend als „Fusionskontrollverordnung“ bezeichnet), auslegt und wie sich die beteiligten Unternehmen in den besonders typischen Situationen, denen die Kommission bisher begegnet ist, identifizieren lassen. Die hier dargelegten Grundsätze werden von der Kommission bei der Behandlung von Einzelfällen befolgt und weiter entwickelt.

Diese Mitteilung ersetzt die Bekanntmachung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen ⁽³⁾.

2. Gemäß Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung gilt diese nur für Zusammenschlüsse, die eine doppelte Voraussetzung erfüllen. Erstens müssen mehrere Unternehmen fusionieren oder müssen ein oder mehrere Unternehmen aufgrund des geplanten Zusammenschlusses die Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile anderer Unternehmen erwerben, wobei der Zusammenschluß der Definition des Artikels 3 derselben Verordnung entsprechen muß. Zweitens müssen diese Unternehmen die in Artikel 1 vorgesehenen Umsatzschwellen erreichen.
3. Unter dem Gesichtspunkt der Bestimmung der Zuständigkeit sind die beteiligten Unternehmen im allgemeinen die Teilnehmer der Transaktion, soweit sie die fusionierenden, die erwerbenden oder die erworbenen Parteien sind. Zusätzlich ist ihre am Umsatz orientierte wirtschaftliche Gesamtgröße entscheidend um festzustellen, ob die Schwellenwerte erreicht werden.
4. Die Auslegung des Begriffs der beteiligten Unternehmen in Artikel 1 und 5 durch die Kommission berührt nicht seine etwaige Auslegung durch den Gerichtshof oder das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften.

II. DER BEGRIFF DER BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

5. Die beteiligten Unternehmen sind die direkten Teilnehmer an einer Fusion oder einem Kontrollerwerb. Artikel 3 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung sieht in diesem Zusammenhang folgendes vor:

„Ein Zusammenschluß wird dadurch bewirkt, daß

- a) zwei oder mehrere bisher voneinander unabhängige Unternehmen 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.“

6. Im Fall einer Fusion sind die beteiligten Unternehmen die fusionierenden Unternehmen.
7. In den anderen Fällen werden die beteiligten Unternehmen durch den Begriff des „Kontrollerwerbs“ bestimmt. Auf der übernehmenden Seite können ein oder mehrere Unternehmen allein oder gemeinsam die Kontrolle erwerben. Auf der zu übernehmenden Seite können ein oder mehrere Unternehmen in ihrer Gesamtheit oder als Teile vorhanden sein, wenn lediglich eine der Tochtergesellschaften oder einige Vermögenswerte Gegenstand des Vorhabens sind. Grundsätzlich wird jedes dieser Unternehmen als beteiligtes Unternehmen im Sinne der Fusionskontrollverordnung angesehen. Wegen der besonderen Merkmale bestimmter Zusammenschlußvorhaben muß dieser Grundsatz aber weiter ausgeformt werden. Die nachstehende Analyse verschiedener möglicher Szenarien macht dies deutlich.
8. Bei Zusammenschlüssen, bei denen Unternehmen nicht fusionieren und keine neuen Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden, also in den Fällen des alleinigen oder gemeinsamen Erwerbs bereits bestehender Unternehmen durch ein oder mehrere andere Unternehmen, wird eine wichtige Partei des das Vorhaben begründenden Vertrages nicht als beteiligtes Unternehmen berücksichtigt, nämlich der Veräußerer. Obwohl das Vorhaben von seiner Zustimmung abhängt, ist seine Rolle mit Abschluß der Transaktion beendet, da seine Beziehungen zu dem Unternehmen von dem Zeitpunkt an aufhören, zu dem er die gesamte Kontrolle über das Unternehmen abgegeben hat. Behält der Veräußerer jedoch die gemeinsame Kontrolle mit dem bzw.

⁽¹⁾ ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1; berichtigte Fassung: ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13.

⁽²⁾ ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1.

⁽³⁾ ABl. C 385 vom 31.12.1994, S. 12.

den übernehmenden Unternehmen, so wird er als eines der beteiligten Unternehmen angesehen.

9. Sobald die an einem bestimmten Vorhaben beteiligten Unternehmen identifiziert worden sind, muß ihr Umsatz zur Feststellung der Zuständigkeit gemäß Artikel 5 der Fusionskontrollverordnung berechnet werden⁽⁴⁾. Eine wesentliche Bestimmung dieses Artikels besteht darin, daß der Umsatz der gesamten Gruppe berücksichtigt werden muß, wenn das Unternehmen einer Gruppe angehört. Sämtliche Angaben zum Umsatz der beteiligten Unternehmen in Artikel 1 beziehen sich also auf den Umsatz der jeweiligen Gruppen, denen diese Unternehmen angehören.
10. Dasselbe gilt für die materielle Beurteilung der Wirkung des Zusammenschlusses auf den betreffenden Markt. Wenn in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung davon die Rede ist, daß die Kommission „die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen“ berücksichtigt, so sind damit auch die Gruppen gemeint, denen die beteiligten Unternehmen angehören.
11. Es ist wichtig, in bezug auf die verschiedenen Unternehmen, die an einem Verfahren beteiligt sein können, den Begriff der „beteiligten Unternehmen“ gemäß Artikel 1 und 5 nicht mit der Terminologie zu verwechseln, die in der Fusionskontrollverordnung und in der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (nachstehend die „Durchführungsverordnung“)⁽⁵⁾ bezüglich der verschiedenen Unternehmen verwendet werden, die an einem Verfahren beteiligt sein können. Diese Terminologie bezieht sich auf die Anmelder, andere Beteiligte, Dritte und Beteiligte, gegen die Geldbußen oder Zwangsgelder festgesetzt werden können und die in Kapitel III der Durchführungsverordnung unter Hinweis auf ihre jeweiligen Rechte und Pflichten definiert werden.

III. BESTIMMUNG DER AN VERSCHIEDENEN ARTEN VON VORHABEN BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

1. Fusionen

12. Bei einer Fusion verschmelzen ehemals selbständige Unternehmen zu einem neuen Unternehmen oder

⁽⁴⁾ Die Regeln für die Umsatzberechnung gemäß Artikel 5 stehen in der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes.

⁽⁵⁾ ABL L 61 vom 2.3.1998, S. 1.

gründen als weiterhin getrennte Rechtspersonen gemeinsam eine neue Wirtschaftseinheit. In beiden Fällen sind die fusionierenden Unternehmen die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen.

2. Erwerb der alleinigen Kontrolle

2.1. *Erwerb der alleinigen Kontrolle über das gesamte Unternehmen*

13. Der Erwerb der alleinigen Kontrolle über das gesamte Unternehmen ist der direkteste Kontrollenerwerb. Die beteiligten Unternehmen sind in diesem Fall das übernehmende Unternehmen und das zu übernehmende Unternehmen.

2.2. *Erwerb der alleinigen Kontrolle über einen Teil eines Unternehmens*

14. Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Fusionskontrollverordnung sieht vor, daß auf seiten des Veräußerers nur der Umsatz berücksichtigt wird, der auf die veräußerten Teile entfällt, wenn der Zusammenschluß durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt wird. Der Begriff „Teil“ umfaßt eine oder mehrere getrennte Rechtspersonen (wie Tochtergesellschaften), Geschäftsbereiche des Veräußerers (z. B. eine Abteilung oder Einheit) oder besondere Vermögenswerte, die als solche ein Geschäft darstellen (z. B. in bestimmten Fällen Marken oder Lizenzen), dem ein Umsatz auf dem Markt eindeutig zugeordnet werden kann. Die beteiligten Unternehmen sind in diesem Fall das übernehmende Unternehmen und die zu übernehmenden Teile des Veräußerers.
15. Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 sieht eine besondere Regelung für aufeinanderfolgende Erwerbsvorgänge vor. Demnach werden mehrere Erwerbsvorgänge, die innerhalb von zwei Jahren zwischen demselben Käufer und demselben Verkäufer getätigt werden, als ein einziger Zusammenschluß angesehen, der zum Zeitpunkt der letzten Transaktion stattfindet. In diesem Fall sind die beteiligten Unternehmen das übernehmende Unternehmen und die verschiedenen zu übernehmenden Teile des Veräußerers.

2.3. *Erwerb der alleinigen Kontrolle nach Verkleinerung oder Vergrößerung des zu übernehmenden Unternehmens*

16. Die beteiligten Unternehmen sind in diesem Fall das übernehmende Unternehmen und das/die zu übernehmende(n) Unternehmen in ihrer zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses bestehenden Größe.

17. Die Kommission stützt sich auf die Beschaffenheit der beteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt des die Pflicht zur Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung auslösenden Ereignisses, insbesondere des Vertragsabschlusses, der Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots oder des Erwerbs einer Kontrollbeteiligung. Hat das zu übernehmende Unternehmen vor diesem Ereignis eine Einheit veräußert oder einen Geschäftsbereich geschlossen oder ist eine solche Veräußerung oder Schließung eine Voraussetzung für das Vorhaben⁽⁶⁾, dann dürfen die Umsatzerlöse der veräußerten Einheit oder des stillgelegten Geschäftsbereichs nicht in die Berechnung des Umsatzes einbezogen werden. Hat hingegen das zu übernehmende Unternehmen eine Einheit vor dem die Anmeldung auslösenden Ereignis erworben, so müssen deren Umsätze berücksichtigt werden⁽⁷⁾.

2.4. *Erwerb der alleinigen Kontrolle mittels einer Tochtergesellschaft einer Gruppe*

18. Wird das zu übernehmende Unternehmen von einer Gruppe durch Zwischenschaltung einer Tochtergesellschaft erworben, so sind die beteiligten Unternehmen im Hinblick auf die Umsatzberechnung das zu übernehmende Unternehmen und die übernehmende Tochtergesellschaft. Die Anmeldung kann aber von der betreffenden Tochtergesellschaft oder von ihrer Muttergesellschaft vorgenommen werden.
19. Alle Gesellschaften innerhalb einer Gruppe (Muttergesellschaften, Tochtergesellschaften usw.) stellen eine einzige Wirtschaftseinheit dar. Deswegen kann innerhalb einer solchen Gruppe nur ein Unternehmen beteiligt sein. Die Tochtergesellschaft und die Muttergesellschaft können also nicht als getrennte beteiligte Unternehmen angesehen werden, damit die Schwellenerfordernisse entweder erfüllt werden (z. B. wenn das zu übernehmende Unternehmen die Gemeinschaftsumsatzschwelle von 250 Mio. ECU nicht erreicht) oder nicht

erfüllt werden (z. B. wenn eine Gruppe in zwei Unternehmen mit einem Gemeinschaftsumsatz von weniger als 250 Mio. ECU aufgeteilt wurde).

20. Obwohl nur ein Unternehmen innerhalb einer Gruppe beteiligt sein kann, sieht Artikel 5 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung vor, daß bei der Schwellenberechnung der Umsatz der gesamten Gruppe, dem das beteiligte Unternehmen angehört, berücksichtigt werden soll⁽⁸⁾.

3. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle

3.1. *Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neugegründetes Unternehmen*

21. Im Fall des Erwerbs der gemeinsamen Kontrolle über ein neugegründetes Unternehmen sind die beteiligten Unternehmen jedes der Unternehmen, die die Kontrolle über das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen erwerben (das noch nicht als beteiligtes Unternehmen angesehen werden kann, da es noch nicht besteht und darüber hinaus noch keinen eigenen Umsatz erzielt).

3.2. *Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen*

22. Im Fall des Erwerbs der gemeinsamen Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen oder bestehende geschäftliche Aktivitäten⁽⁹⁾ sind die beteiligten Unternehmen einerseits jedes der Unternehmen, die die gemeinsame Kontrolle erwerben, und andererseits das zu übernehmende, bereits bestehende Unternehmen.

23. Unterstand aber das bereits bestehende Unternehmen der alleinigen Kontrolle eines Unternehmens und erwerben ein oder mehrere Anteilseigner die gemeinsame Kontrolle, während die ursprüngliche Muttergesellschaft bestehen bleibt, so sind die beteiligten Unternehmen jedes der gemeinsam kontrollierenden Unternehmen (einschließlich dieses ursprünglichen Anteilseigners). Das zu übernehmende Unternehmen ist in diesem Fall kein beteiligtes Unternehmen und sein Umsatz ist ein Bestandteil des Umsatzes der ursprünglichen Muttergesellschaft.

⁽⁶⁾ Siehe Urteil des Gerichts erster Instanz vom 24. März 1994 in der Rechtssache T-3/93, Air France/Kommission, EuGH Slg. 1994, S. II-21.

⁽⁷⁾ Wie der Umsatz im Fall des Erwerbs oder der Veräußerung nach der letzten Rechnungsprüfung berechnet wird, steht in der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes (Ziffer 27).

⁽⁸⁾ Die Umsatzberechnung bei Unternehmensgruppen ist Gegenstand der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes (Nummern 36 bis 42).

⁽⁹⁾ Zwei oder mehrere Unternehmen (Unternehmen A, B usw.) erwerben ein bereits bestehendes Unternehmen (Unternehmen X). Was Änderungen der Beteiligung bei der gemeinsamen Kontrolle über ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen betrifft, siehe III.6.

3.3. *Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Hinblick auf eine sofortige Aufteilung der Vermögenswerte*

24. Schließen sich mehrere Unternehmen für den Erwerb eines anderen Unternehmens zusammen, nur um die erworbenen Vermögenswerte in Übereinstimmung mit einem vorher vereinbarten Plan unmittelbar nach Durchführung des Vorhabens untereinander aufzuteilen, so entsteht zwischen den übernehmenden Unternehmen und dem zu übernehmenden Unternehmen kein tatsächlicher Zusammenschluß wirtschaftlicher Macht, da die erworbenen Vermögenswerte lediglich für eine „logische Sekunde“ gemeinsam gehalten und kontrolliert werden. Diese Form des Erwerbs im Hinblick auf eine sofortige Aufteilung der Vermögenswerte wird als mehrere getrennte Vorhaben angesehen, da jedes übernehmende Unternehmen einen Teil des zu übernehmenden Unternehmens erwirbt. Die bei jedem dieser Vorhaben beteiligten Unternehmen sind daher das übernehmende Unternehmen und der von ihm zu erwerbende Teil des zu übernehmenden Unternehmens (als handele es sich um den Erwerb der alleinigen Kontrolle über einen Teil eines Unternehmens).
25. Dieses Szenarium wird im Erwägungsgrund 24 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 erwähnt. Demzufolge ist die Verordnung auf Vereinbarungen anwendbar, deren einziger Zweck die Aufteilung der erworbenen Vermögenswerte unmittelbar nach dem Erwerb ist.

4. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch ein Gemeinschaftsunternehmen

26. Bei Vorhaben, bei denen ein Gemeinschaftsunternehmen die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erwirbt, stellt sich die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen als übernehmendes Unternehmen als ein einziges beteiligtes Unternehmen (dessen Umsatz den Umsatz der Muttergesellschaften umfassen würde) oder jede einzelne Muttergesellschaft als beteiligtes Unternehmen betrachtet werden sollte. Die Frage ist also, ob der „Schleier des zwischengeschalteten Unternehmens gelüftet“ werden soll. Das beteiligte Unternehmen ist grundsätzlich das am Kontrollerwerb unmittelbar beteiligte Unternehmen. Es kommt jedoch vor, daß Unternehmen „Mantel“-Gesellschaften gründen, die keinen oder nur einen unerheblichen Umsatz erzielen, oder daß sie sich eines bestehenden, auf einem anderen Markt als dem des zu übernehmenden Unternehmens tätigen Gemeinschaftsunternehmens bedienen, um für die Muttergesellschaften Erwerbungen vorzunehmen. Wenn das übernommene oder das zu übernehmende Unternehmen einen Gemeinschaftsumsatz von weniger als 250 Mio. ECU erzielt, kann die Beantwortung der Frage, wer die beteiligten Unternehmen sind, für die Bestim-

mung der Zuständigkeit entscheidend sein⁽¹⁰⁾. In einer derartigen Situation wird die Kommission den wirtschaftlichen Sachverhalt des Vorhabens untersuchen, um die beteiligten Unternehmen zu identifizieren.

27. Die Kommission wird normalerweise das Gemeinschaftsunternehmen und das zu übernehmende Unternehmen (und nicht die Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens) als die beteiligten Unternehmen ansehen, wenn der Erwerb von einem voll funktionsfähigen Gemeinschaftsunternehmen vorgenommen wird, von einem Gemeinschaftsunternehmen also, das über ausreichende finanzielle und andere Mittel verfügt, um dauerhaft einer Geschäftstätigkeit nachzugehen⁽¹¹⁾, und das bereits auf einem Markt tätig ist.
28. Kann hingegen das Gemeinschaftsunternehmen lediglich als Mittel für einen anderweitigen Erwerb durch die Muttergesellschaften angesehen werden, so wird die Kommission statt des Gemeinschaftsunternehmens jede der Muttergesellschaften und das zu übernehmende Unternehmen als die beteiligten Unternehmen ansehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen speziell für den Erwerb des zu übernehmenden Unternehmens gegründet wird, wenn das Gemeinschaftsunternehmen noch nicht tätig ist, wenn ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen keine Rechtspersönlichkeit besitzt oder kein — wie oben beschriebenes — Vollfunktionsunternehmen ist oder wenn das Gemeinschaftsunternehmen eine Vereinigung von Unternehmen darstellt. Dasselbe gilt, wenn anhand bestimmter Elemente nachgewiesen werden kann, daß die Muttergesellschaften die eigentlichen Unternehmen sind, die das Vorhaben betreiben. Zu diesen Elementen kann eine erhebliche Beteiligung der Muttergesellschaften an der Einleitung, der Organisation und der Finanzierung des Vorhabens gehören. Wenn der Erwerb zu einer wesentlichen Diversifizierung der Tätigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens führt, so kann dies ein

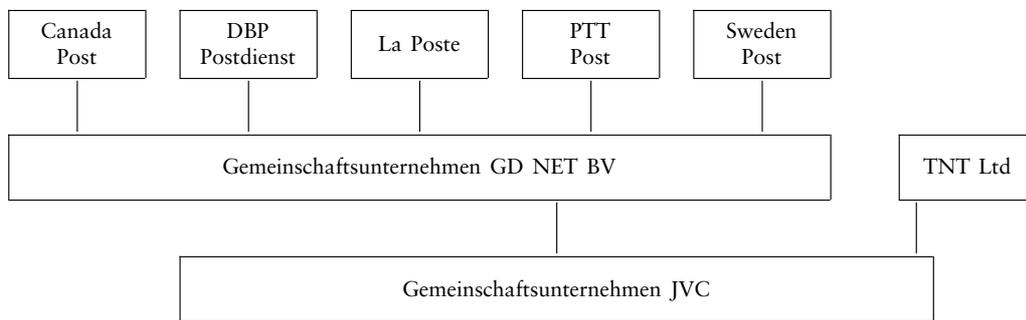
⁽¹⁰⁾ Dies ist der Fall, wenn das zu übernehmende Unternehmen einen Gemeinschaftsumsatz von weniger als 250 Mio. ECU hat, während die übernehmenden Unternehmen zwei (oder mehrere) Unternehmen mit einem Gemeinschaftsumsatz von jeweils über 250 Mio. ECU sind. Wird das zu übernehmende Unternehmen von einer „Mantel“-Gesellschaft erworben, die die übernehmenden Unternehmen gegründet haben, so gäbe es nur ein Unternehmen (die „Mantel“-Gesellschaft) mit einem Gemeinschaftsumsatz von über 250 Mio. ECU, und es würde eine der Voraussetzungen für die Zuständigkeit der Gemeinschaft nicht erfüllt (daß nämlich mindestens zwei Unternehmen einen Gemeinschaftsumsatz von jeweils über 250 Mio. ECU erzielen). Wenn hingegen die übernehmenden Unternehmen selber das zu übernehmende Unternehmen erwerben, dann würde die Umsatzschwelle erreicht und das Vorhaben in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung fallen. Ähnliche Überlegungen gelten für die nationalen Umsatzschwellen in Artikel 1 Absatz 3.

⁽¹¹⁾ Die Kriterien zur Bestimmung der vollen Funktionsfähigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens sind in der Mitteilung der Kommission über den Begriff der Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen enthalten.

Hinweis dafür sein, daß die Muttergesellschaften die eigentlichen Akteure des Vorhabens sind. Dies ist normalerweise der Fall, wenn das Gemeinschaftsunternehmen ein auf einem anderen Produktmarkt tätiges Unternehmen erwirbt. In diesen Fällen werden die Muttergesellschaften als die beteiligten Unternehmen angesehen.

29. Im TNT-Fall⁽¹²⁾ sollte die gemeinsame Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen (JVC) von einem Gemeinschaftsunternehmen (GD NET BV), das fünf Postverwaltungen gegründet hatten, und von einem anderen übernehmenden Unternehmen

(TNT Ltd) erworben werden. Hier vertrat die Kommission die Auffassung, daß GD NET BV lediglich von den Muttergesellschaften (den fünf Postverwaltungen) im Hinblick auf ihre Beteiligung an JVC zwischengeschaltet wurde, um die Entscheidungsfindung untereinander zu erleichtern und zu gewährleisten, daß die Muttergesellschaften mit einer Stimme sprechen und handeln. Mit Hilfe dieser Konstruktion konnten die Muttergesellschaften mit TNT das neue Gemeinschaftsunternehmen JVC bestimmend beeinflussen und eine Situation vermeiden, in der TNT die alleinige Kontrolle ausüben würde, wenn die Postverwaltungen nicht in der Lage wären, sich auf eine gemeinsame Haltung zu einigen.



5. Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle

30. Beim Übergang von der gemeinsamen zur alleinigen Kontrolle erwirbt ein Anteilseigner den Anteil eines anderen Anteilseigners. Sind zwei Anteilseigner vorhanden, so übt jeder von ihnen die gemeinsame Kontrolle über das gesamte Gemeinschaftsunternehmen und nicht die alleinige Kontrolle über 50 % des Gemeinschaftsunternehmens aus. Der Verkauf sämtlicher Anteile eines Anteilseigners an den anderen Anteilseigner hat also nicht zur Folge, daß der verbleibende Anteilseigner statt der alleinigen Kontrolle über 50 % nunmehr die alleinige Kontrolle über 100 % des Gemeinschaftsunternehmens ausübt, sondern daß an die Stelle der gemeinsamen Kontrolle die alleinige Kontrolle über das gesamte Unternehmen tritt (das danach kein „Gemeinschafts“-Unternehmen mehr ist).
31. Die beteiligten Unternehmen sind in dieser Konstellation der verbleibende (übernehmende) Anteilseigner und das Gemeinschaftsunternehmen. Wie jeder andere Veräußerer ist auch der „ausscheidende“ Anteilseigner kein beteiligtes Unternehmen.

32. Im ICI/Tioxide-Fall⁽¹³⁾ fand ein derartiger Übergang von gemeinsamer (50/50) zu alleiniger Kontrolle statt. Die Kommission vertrat darin die Auffassung: „Allein ausgeübter bestimmender Einfluß unterscheidet sich wesentlich von gemeinsam ausgeübtem bestimmenden Einfluß, da bei letzterem die Interessen des oder der anderen Beteiligten berücksichtigt werden müssen... Die mit dem Erwerb verbundene Änderung der Beschaffenheit des von ICI über Tioxide ausgeübten bestimmenden Einflusses wird zu dauerhaften Veränderungen in den Beziehungen zwischen den Parteien führen...“. In diesem Fall waren ICI (als übernehmendes Unternehmen) und Tioxide in seiner Gesamtheit (als zu übernehmendes Unternehmen), nicht aber der Veräußerer Cookson die beteiligten Unternehmen.

6. Änderung der Beteiligung bei der gemeinsamen Kontrolle über ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen

33. Bei der Beurteilung von Veränderungen in der Beteiligung an einem Unternehmen ist ausschlaggebend, ob das Vorhaben zu einer Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle führt. Die Kommis-

⁽¹²⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.102, TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post und Sweden Post vom 2. Dezember 1991.

⁽¹³⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.023, ICI/Tioxide vom 28. November 1990.

sion beurteilt jedes Vorhaben einzeln. Unter bestimmten Voraussetzungen aber geht sie davon aus, daß das Vorhaben zu einer Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle führt und folglich einen meldepflichtigen Zusammenschluß darstellt oder nicht darstellt.

34. Zu unterscheiden sind die Umstände, unter denen sich die Beteiligungsverhältnisse ändern können: erstens können ein oder mehrere bestehende Anteilseigner sich zurückziehen; zweitens können ein oder mehrere neue Anteilseigner hinzukommen, und drittens können ein oder mehrere bereits vorhandene Anteilseigner durch einen oder mehrere neue Anteilseigner ersetzt werden.

6.1. *Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner mit Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle*

35. Nicht die Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner als solche ist entscheidend, sondern vielmehr die Tatsache, daß im Fall eines Verkaufs der Anteile einiger Anteilseigner an einem bestimmten Gemeinschaftsunternehmen diese Anteile von anderen (neuen oder bereits vorhandenen) Anteilseignern erworben werden und dies zum Erwerb der Kontrolle führen oder eine bereits bestehende Kontrolle verstärken kann (z. B. zusätzliche Stimm- oder Vetorechte, zusätzliche Vorstandsmitglieder usw.).

36. Wird die Zahl der Anteilseigner herabgesetzt, so kann an die Stelle gemeinsamer Kontrolle alleinige Kontrolle treten (siehe auch III.5); in diesem Fall erwirbt der verbleibende Anteilseigner die alleinige Kontrolle über das Unternehmen. Die beteiligten Unternehmen sind der verbleibende (übernehmende) Anteilseigner und das zu übernehmende Unternehmen (das ehemalige Gemeinschaftsunternehmen).

37. Neben dem Anteilseigner mit alleiniger Kontrolle über das Unternehmen können andere Anteilseigner mit Minderheitsbeteiligungen bestehen, die keine Kontrollfunktion über das Unternehmen haben. Diese Anteilseigner gehören deswegen auch nicht zu den beteiligten Unternehmen.

6.2. *Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner ohne Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle*

38. Umfaßt das Vorhaben eine Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner mit gemeinsamer Kontrolle, ohne zu alleiniger Kontrolle und ohne zu einem Neuzu-

gang oder Wechsel von kontrolliererwerbenden Anteilseignern zu führen (siehe III.6.3), so wird normalerweise davon ausgegangen, daß das Vorhaben die Beschaffenheit der Kontrolle nicht verändern wird, und es wird folglich nicht als meldepflichtig angesehen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn fünf Anteilseigner zunächst über gleiche Anteile von jeweils 20 % verfügen und nach Durchführung des Vorhabens ein Anteilseigner ausscheidet und die übrigen vier Anteilseigner über gleiche Anteile von jeweils 25 % verfügen.

39. Anders verhielte es sich jedoch, wenn sich die Beschaffenheit der Kontrolle wesentlich verändert, vor allem wenn aufgrund einer Verringerung der Zahl der Anteilseigner die verbleibenden Anteilseigner zusätzliche Vetorechte oder Vorstandsmitglieder erhalten, die entweder in Anwendung der bestehenden oder einer neuen Vereinbarung einen Kontrollerwerb durch mindestens einen der Anteilseigner begründen. In diesem Fall werden jeder der verbleibenden Anteilseigner, die die gemeinsame Kontrolle ausüben, und das Gemeinschaftsunternehmen die beteiligten Unternehmen sein. Im Avesta II-Fall⁽¹⁴⁾ hatte die Herabsetzung der Zahl der Hauptanteilseigner von vier auf drei zur Folge, daß einer der verbleibenden Anteilseigner infolge der weiterhin gültigen Bestimmungen der Vereinbarung der Anteilseigner Vetorechte erwarb (über die er früher nicht verfügte)⁽¹⁵⁾. Die Kommission erachtete diesen Erwerb als eine Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle.

6.3. *Andere Veränderungen in der Zusammensetzung der Beteiligung*

40. Erwerben schließlich ein oder mehrere Anteilseigner infolge von Veränderungen in der Beteiligung die Kontrolle, so muß das Vorhaben angemeldet werden, da angenommen wird, daß das Vorhaben normalerweise zu einer Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle führen wird.
41. Unabhängig davon, ob die Zahl der Anteilseigner im Anschluß an das Vorhaben abnimmt, zunimmt oder unverändert bleibt, kann der vorerwähnte Kontrollerwerb folgende Formen annehmen:

⁽¹⁴⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.452, Avesta II vom 29. Juni 1994.

⁽¹⁵⁾ In diesem Fall verkaufte ein an der Vereinbarung beteiligter Anteilseigner seinen Anteil von ungefähr 7 %. Da der ausscheidende Anteilseigner Vetorechte mit einem anderen verbleibenden Anteilseigner geteilt hatte und die Anteilseigner ihre Vereinbarung nicht änderten, verfügte der verbleibende Anteilseigner nunmehr allein über die Vetorechte.

- Zugang neuer Anteilseigner (entweder Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle oder gemeinsame Kontrolle sowohl vor als auch nach dem Vorhaben);
 - Erwerb einer Kontrollbeteiligung durch bisher minderheitlich beteiligte Anteilseigner (Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle oder gemeinsame Kontrolle sowohl vor als auch nach dem Vorhaben);
 - Wechsel von Anteilseignern (gemeinsame Kontrolle sowohl vor als auch nach dem Vorhaben).
42. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die beteiligten Unternehmen das Gemeinschaftsunternehmen und die neuen Anteilseigner sind, die gemeinsam die Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen erwerben, oder ob alle (bereits vorhandenen und neuen) Anteilseigner als beteiligte Unternehmen anzusehen sind, die die Kontrolle über ein neues Gemeinschaftsunternehmen erwerben.

Diese Frage ist besonders wichtig, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen einem (oder mehreren) der vorhandenen Anteilseigner und den neuen Anteilseignern besteht, die vielleicht lediglich eine Vereinbarung mit dem/den „ausscheidenden“ Anteilseigner(n), also dem Veräußerer, geschlossen haben.

43. Es wird die Auffassung vertreten, daß eine Veränderung in der Beteiligung durch den Zugang oder Wechsel von Anteilseignern zu einer Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle führt. Der Zugang einer neuen Muttergesellschaft oder die Ersetzung einer Muttergesellschaft durch eine andere ist nämlich nicht mit dem einfachen Erwerb eines Teils eines Unternehmens vergleichbar, da sich in diesem Fall die Beschaffenheit der Kontrolle des gesamten Gemeinschaftsunternehmens verändert, auch wenn sowohl vor als auch nach dem Vorhaben die gemeinsame Kontrolle von einer bestimmten Zahl von Anteilseignern ausgeübt wird.
44. Deswegen vertritt die Kommission die Auffassung, daß in den Fällen einer Veränderung in der Beteiligung sowohl die (bereits vorhandenen und neuen) Anteilseigner, die die gemeinsame Kontrolle ausüben, als auch das Gemeinschaftsunternehmen selbst, beteiligte Unternehmen sind. Anteilseigner ohne Kontrollfunktion sind, wie bereits erwähnt, keine beteiligten Unternehmen.
45. Ein Beispiel für eine derartige Veränderung in der Beteiligung ist der Synthomer/Yule Catto-Fall⁽¹⁶⁾, in dem eine der beiden Muttergesellschaften mit

gemeinsamer Kontrolle über das bereits bestehende Gemeinschaftsunternehmen durch eine neue Muttergesellschaft ersetzt wurde. Hier wurden beide Muttergesellschaften (die bestehende und die neue) mit gemeinsamer Kontrolle und das Gemeinschaftsunternehmen als beteiligte Unternehmen angesehen.

7. „Entfusionierungen“ und Entflechtungen von Unternehmen

46. Wenn zwei Unternehmen fusionieren oder ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, sich anschließend entflechten oder ihr Gemeinschaftsunternehmen auflösen und die Vermögenswerte⁽¹⁷⁾ unter den sich entflechtenden Unternehmen anders aufgeteilt werden, insbesondere als sie ursprünglich von den fusionierenden Unternehmen eingebracht worden waren, so liegt normalerweise mehr als nur ein einziger Kontrollerwerb vor (vgl. Anhang).
47. Zum Beispiel fusionieren die Unternehmen A und B und entflechten sich anschließend, wobei die Vermögenswerte neu aufgeteilt werden. Das Unternehmen A erwirbt verschiedene Vermögenswerte (die ihm vorher bereits gehört haben, ebenso wie Vermögenswerte, die vorher dem Unternehmen B gehört haben, und Vermögenswerte, die dem aus der Fusion hervorgegangenen Unternehmen gehört haben) in ähnlicher Weise wie das Unternehmen B. Ebenso kann die Auflösung eines Gemeinschaftsunternehmens als Übergang von der gemeinsamen Kontrolle über das Gesamtvermögen des Gemeinschaftsunternehmens zur alleinigen Kontrolle über die aufgeteilten Vermögenswerte angesehen werden⁽¹⁸⁾.
48. Die Entflechtung eines Unternehmens, die in dieser Weise verläuft, ist als „asymmetrisch“ zu bezeichnen. Die an einer solchen Entflechtung (an jedem Abwicklungsvorgang) beteiligten Unternehmen sind einerseits die ursprünglich an der Fusion beteiligten Unternehmen und andererseits die Vermögenswerte, die jedes dieser Unternehmen erwirbt. Die an der Auflösung eines Gemeinschaftsunternehmens beteiligten Unternehmen sind einerseits die ursprünglich am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Käufer und andererseits der Teil des Gemeinschaftsunternehmens, den jedes der vorerwähnten Unternehmen erwirbt.

8. Tausch von Vermögenswerten

49. Wenn zwei (oder mehrere) Unternehmen Vermögenswerte tauschen, unabhängig davon, ob diese rechtliche Einheiten darstellen oder nicht, stellt

⁽¹⁷⁾ Der Begriff „Vermögenswerte“ umfaßt insbesondere Werte, die ein Geschäft darstellen können (z. B. eine Tochtergesellschaft, die Abteilung eines Unternehmens, in manchen Fällen Marken und Lizenzen), mit dem am Markt Umsätze erzielt werden.

⁽¹⁸⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.197, Solvay-Laporte/Interox vom 30. April 1997.

⁽¹⁶⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.376, Synthomer/Yule Catto vom 22. Oktober 1993.

jeder Kontrollerwerb einen eigenen Zusammenschluß dar. Obwohl beide Übertragungen von Vermögenswerten im Rahmen eines Tauschgeschäfts für die Unternehmen üblicherweise Hand in Hand gehen und diese häufig in einem einzigen Vertrag vereinbart werden und sogar gleichzeitig stattfinden können, muß aufgrund der Fusionskontrollverordnung in jedem Einzelfall die Wirkung des Vorhabens beurteilt werden, die sich aus dem Kontrollerwerb durch jedes der Unternehmen ergibt. Die rechtlichen oder gar wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Vorhaben reichen nicht aus, um sie als einen einzigen Zusammenschluß zu betrachten.

50. Die an einer Eigentumsübertragung beteiligten Unternehmen sind daher für jede Eigentumsübertragung die übernehmenden Unternehmen und die zu übernehmenden Unternehmen bzw. zu erwerbenden Vermögenswerte.

9. Kontrollerwerb durch natürliche Personen

51. Artikel 3 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung sieht insbesondere vor, daß ein Zusammenschluß unter anderem dadurch bewirkt wird, daß „eine oder mehrere Personen, die bereits ein Unternehmen kontrollieren,“ die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben. Dieser Formulierung zufolge führt der Kontrollerwerb durch Personen nur dann zu einer anhaltenden strukturellen Veränderung der betreffenden Unternehmen, wenn diese Personen einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen. Die Kommission vertritt die Auffassung, daß in diesem Fall die beteiligten Unternehmen das zu übernehmende Unternehmen und der einzelne Käufer ist (wobei der Umsatz der von der betreffenden Person kontrollierten Unternehmen in die Berechnung des Umsatzes der betreffenden Person einzu beziehen ist).
52. Diese Auffassung vertrat die Kommission in ihrer Entscheidung im Asko/Jacobs/Adia-Fall⁽¹⁹⁾, in dem Asko, eine deutsche Holdinggesellschaft mit großen Vermögenswerten im Einzelhandelssektor, und Herr Jacobs, ein privater Schweizer Kapitalgeber, die gemeinsame Kontrolle über Adia, eine vor allem im Bereich der persönlichen Dienstleistungen tätige Schweizer Gesellschaft, erwarben. Herr Jacobs wurde wegen seiner wirtschaftlichen Interessen in den Sektoren Schokolade, Süßwaren und Kaffee als beteiligtes Unternehmen angesehen.

⁽¹⁹⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.082, Asko/Jacobs/Adia vom 16. Mai 1991.

10. Management BUY-OUT

53. Der Erwerb der Kontrolle über ein Unternehmen durch das eigene Management gilt ebenfalls als ein Erwerb durch Personen. Deswegen treffen die obigen Ausführungen auch auf diesen Fall zu. Das Management des betreffenden Unternehmens kann aber seine Interessen mit Hilfe eines zwischengeschalteten Unternehmens wahrnehmen, um mit einer Stimme zu sprechen und die Entscheidungsfindung zu erleichtern. Dieses Unternehmen kann, muß aber nicht beteiligtes Unternehmen sein. Hier gelten die allgemeinen Regeln für den Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen (siehe III.4).
54. Mit oder ohne zwischengeschaltetes Unternehmen kann sich das Management aber auch um Kapitalgeber zur Finanzierung seines Vorhabens bemühen. Durch die diesen Kapitalgebern für ihre Beteiligung eingeräumten Rechte wird ihnen sehr oft die Kontrolle im Sinne des Artikels 3 der Fusionskontrollverordnung übertragen und nicht dem Management selbst, das möglicherweise nur über Minderheitsrechte verfügt. In der CWB/Goldman Sachs/Tarkett-Entscheidung⁽²⁰⁾ waren die beiden Unternehmen, die den Investitionsfonds verwalteten und an der Transaktion teilnahmen, diejenigen, die die gemeinsame Kontrolle erwarben, und nicht die Manager.

11. Kontrollerwerb durch ein staatliches Unternehmen

55. Wenn ein staatliches Unternehmen mit einem anderen von demselben Staat⁽²¹⁾ kontrollierten Unternehmen fusioniert oder die Kontrolle über dieses Unternehmen erwirbt, so stellt sich die Frage, ob diese Vorhaben tatsächlich Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3 der Fusionskontrollverordnung oder nicht vielmehr interne Umstrukturierungsvorhaben des „öffentlichen Unternehmenssektors“⁽²²⁾ darstellen. In diesem Zusammenhang stellt der Erwägungsgrund 12 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor auf und erklärt: „Daher sind im öffentlichen Sektor bei der Berechnung des Umsatzes eines am Zusammenschluß beteiligten Unternehmens unabhängig von den Eigentumsverhältnissen oder von den für sie geltenden Regeln der verwaltungsmäßi-

⁽²⁰⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.395, CWB/Goldman Sachs/Tarkett vom 21. Februar 1994.

⁽²¹⁾ Mit „Staat“ ist jede öffentlich-rechtliche Körperschaft gemeint, also sowohl die Mitgliedstaaten als auch die regionalen oder lokalen öffentlichen Körperschaften wie Provinzen, Départements, Länder usw.

⁽²²⁾ Vgl. Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, Nummer 8.

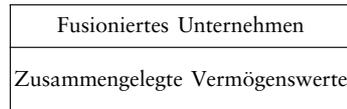
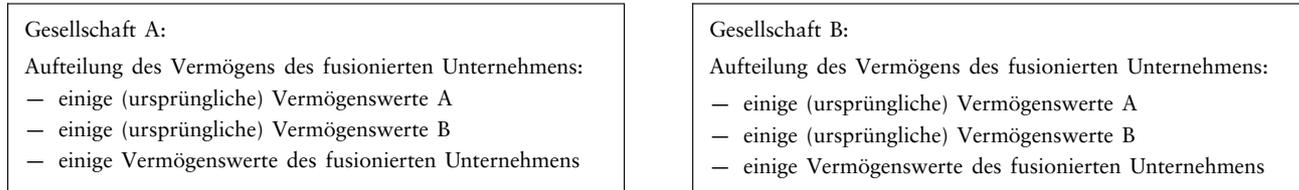
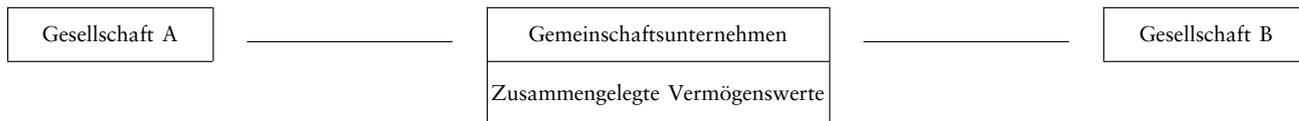
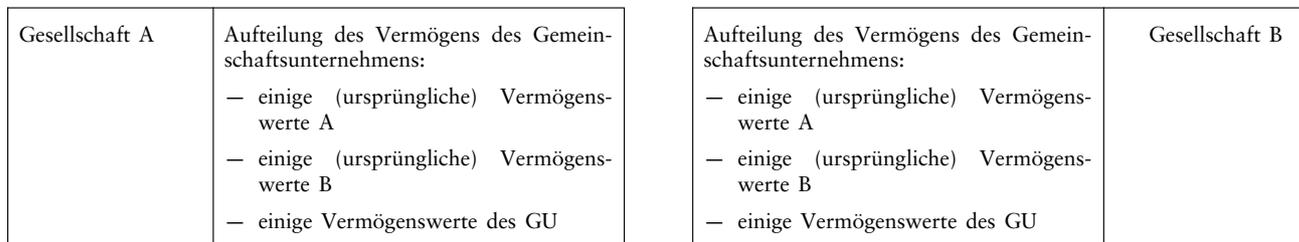
gen Zuordnung diejenigen Unternehmen zu berücksichtigen, die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden“.

56. Eine Fusion oder ein Kontrollerwerb zwischen zwei Unternehmen, die demselben Staat gehören, kann einen Zusammenschluß darstellen, bei dem beide

Unternehmen die beteiligten Unternehmen sind. Die Tatsache, daß zwei Unternehmen demselben Staat gehören, bedeutet nicht unbedingt, daß sie derselben „Gruppe“ angehören. Entscheidend ist nämlich, ob diese Unternehmen derselben Holding angehören und einer bestimmten koordinierten Strategie unterliegen oder nicht. Dieser Ansatz wurde in der SGS/Thomson-Entscheidung⁽²³⁾ gewählt.

⁽²³⁾ Entscheidung in der Sache IV/M.216, CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson vom 22. Februar 1993.

ANHANG

„ENTFUSIONIERUNGEN“ UND ENTFLECHTUNGEN VON UNTERNEHMEN ⁽²⁴⁾**Im Fall der Fusion***Vor der Fusion**Nach der Fusion**Nach der Entfusionierung***Im Fall des Gemeinschaftsunternehmens (GU)***Vor dem GU**Nach der Gründung des GU**Nach der Entflechtung des GU*

⁽²⁴⁾ Der Begriff „Vermögenswerte“ umfaßt insbesondere Werte, die ein Geschäft darstellen können (z. B. eine Tochtergesellschaft, die Abteilung eines Unternehmens, in manchen Fällen Marken und Lizenzen), mit dem am Markt Umsätze erzielt werden.