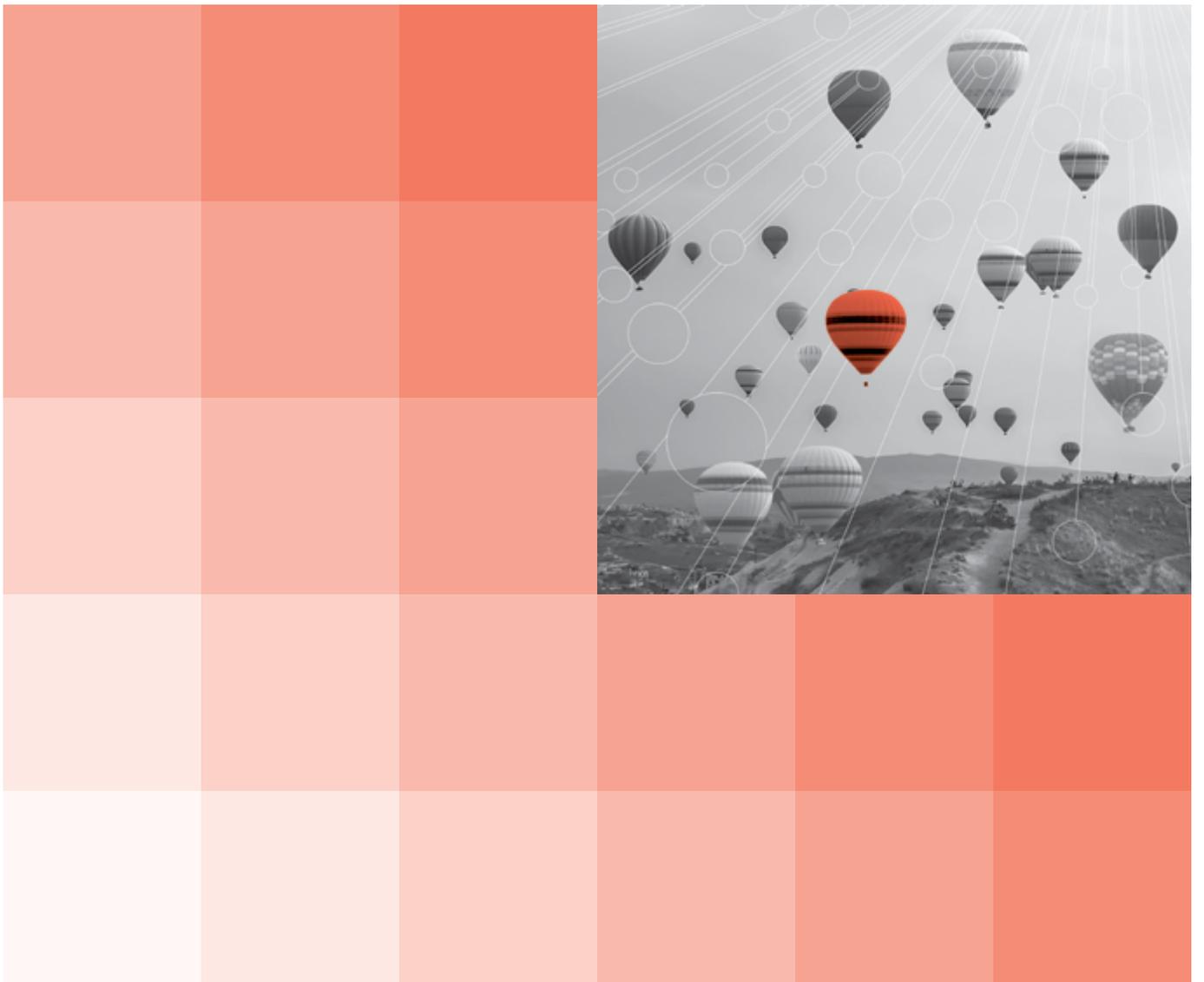


EU Fusionskontrolle



EU Fusionskontrolle

Inhalt

I. Die EU Fusionskontrolle zusammengefasst	5
II. Der EU Zusammenschluss definiert	6
III. Umsatzschwellen	8
IV. Auswirkungen auf Private Equity Transaktionen – Luxemburg im Fokus	12
V. Entscheidungspraxis der EU Kommission	13
VI. Praktische Empfehlungen	14
VII. Unsere Expertise	15
Kontaktieren Sie uns	15
About Arendt & Medernach	16
A broad range of practice areas	17



I. Die EU Fusionskontrolle zusammengefasst

Was versteht man unter „EU Fusionskontrolle“?

Die EU Fusionskontrollverordnung verbietet Firmenzusammenschlüsse die den Wettbewerb innerhalb des europäischen Binnenmarktes wirksam behindern. Für Zusammenschlüsse, Käufe oder Joint Venture Gründungen von sogenannter „gemeinschaftsweiter Bedeutung“¹, behält sich die EU Kommission die Prüfung des Zusammenschlusses vor, um den wirksamen Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten.

Warum bedarf es einer Kontrolle?

Die Bündelung von Marktmacht kann zu nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation einer Branche führen. Zu diesen negativen Auswirkungen gehören ein verminderter Wettbewerb bei Preis, Leistung und Innovation sowie die Gefahr einer zunehmenden Koordinierung zwischen den verbleibenden Marktteilnehmern in einem zunehmend konsolidierten Markt.

Drei gute Gründe, sich mit dem gesetzlichen Rahmen auseinanderzusetzen

1. Eine Fusionsanmeldung ist verpflichtend und verpflichtet

Kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung kann umgesetzt werden, bevor die Europäische Kommission über einen solchen unterrichtet wurde und diesen genehmigt hat – die Parteien eines Zusammenschlusses müssen die Entscheidung der EU Kommission zwingend abwarten bevor eine Transaktion vollzogen werden kann.

2. Der Rechtsrahmen beschränkt sich nicht auf bestimmte Sektoren oder Gewerbe

Fusionskontrollrechtliche Vorschriften sind nicht bestimmten Unternehmen oder Transaktionstypen vorbehalten. Sobald die anwendbaren Umsatzschwellen erreicht sind, gilt die EU-Fusionskontrolle für alle Unternehmen, einschließlich einer Reihe von Finanzakteuren und Fonds.

3. Unwissenheit ist kostspielig

Der Abschluss eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Genehmigung der Kommission kann - und wird in den meisten Fällen - zur Verhängung von Geldbußen von bis zu 10% des Gesamtumsatzes des/der betroffenen Unternehmen führen. Ferner kann die EU Kommission verlangen, die Transaktionen rückabzuwickeln.

¹ Wenn eine Transaktion keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat (und die anwendbaren Schwellenwerte nicht übertrifft), kann sie möglicherweise Gegenstand eines nationalen Fusionskontrollverfahrens sein. Vgl. infra (Abschnitt IV - Praktische Empfehlungen)

II. Was macht einen Zusammenschluss aus?

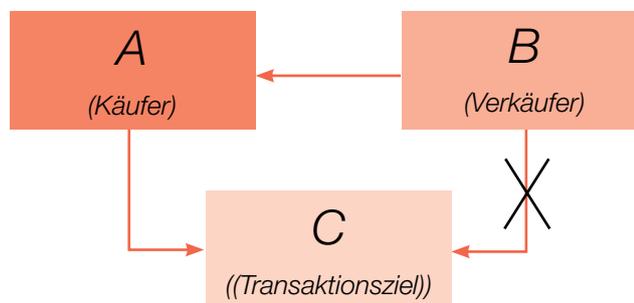
Definition

Ein Zusammenschluss liegt vor, wenn sich aus folgenden Konstellationen ein dauerhafter Wechsel in den Kontrollverhältnissen eines Unternehmens ergibt:

- Der (rechtliche oder faktische)² Zusammenschluss von mindestens zwei unabhängigen Unternehmen oder Teile dieser Unternehmen:



- Kontrollerwerb über Teile eines anderen Unternehmens:



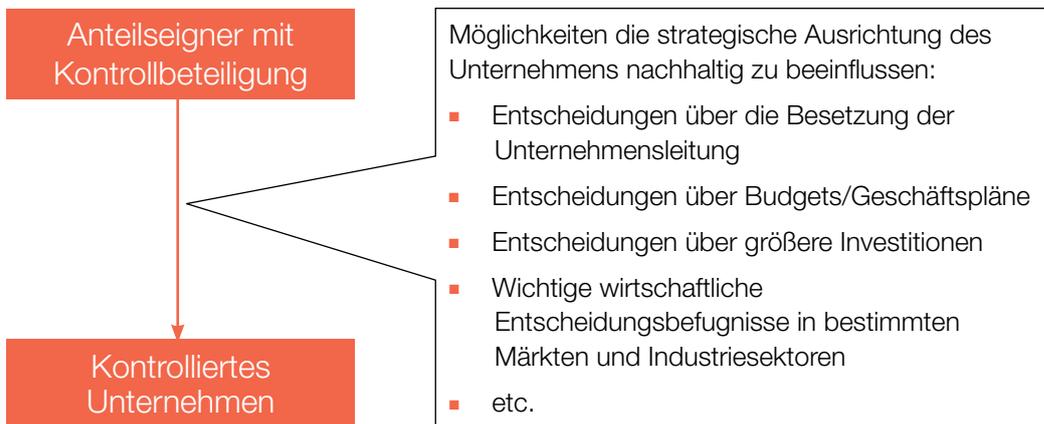
- Die Gründung oder Erweiterung eines Joint Venture Projects welches als selbstständiges wirtschaftliches Unternehmen angesehen werden kann



² Eine faktische Fusion kann stattfinden, wenn in Ermangelung einer rechtlichen Fusion die Aktivitäten von zuvor unabhängigen Einheiten zusammengelegt werden, mit dem Ergebnis, dass eine einzige wirtschaftliche Einheit unter einer dauerhaften, einzigen wirtschaftlichen Verwaltungsstruktur entsteht.

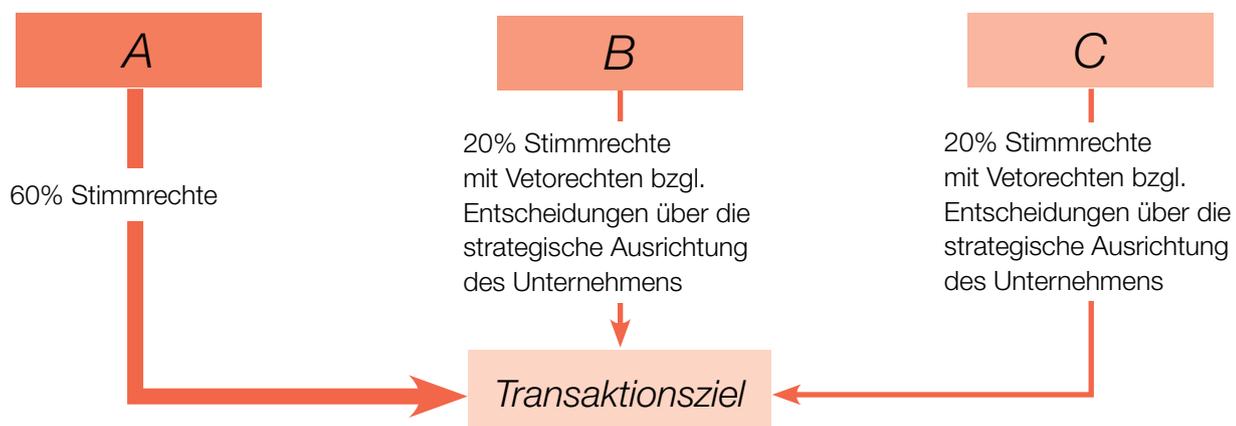
Schlüsselbegriffe

- **Kontrolle.** Möglichkeit, "entscheidenden Einfluss" auszuüben - durch aktive (positive) Entscheidungsgewalt, aber auch durch negative Kontrolle



- Positive Kontrolle vs negative Kontrolle
 - Negative Kontrolle: Möglichkeit auf strategische Entscheidungen des Unternehmens unter Ausübung von Vetorechten Einfluss zu nehmen und diese zu blockieren
 - Positive Kontrolle: Kontrollbeteiligung ermöglicht Entscheidungen zur strategisch-wirtschaftlichen Ausrichtung des Unternehmens
- Alleinige oder gemeinsame Kontrolle
 - Alleinige Kontrolle: Ein Gesellschafter kontrolliert alleine die strategisch-wirtschaftliche Ausrichtung des Unternehmens
 - Gemeinsame Kontrolle: Zwei Unternehmen kontrollieren gemeinsam ein Drittunternehmen – dies schließt auch oben genannte Situation mit ein, in welcher ein Anteilseigner die strategische Ausrichtung eines Unternehmens mit Hilfe seiner Vetorechte beeinflusst

Beispiel: A, B und C erwerben gemeinsame Kontrolle über das Transaktionsziel



III. Wann ist ein Zusammenschluss von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“?

Zwei alternative Schwellenwerte

Wenn der Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen bestimmte globale, EU-weite und EU-interne Schwellenwerte überschreitet, muss die geplante Transaktion bei der Europäischen Kommission angemeldet werden.

Die beteiligten Unternehmen müssen dabei nicht im direkten oder indirekten Wettbewerb stehen. Es ist auch nicht erforderlich, dass sich der Hauptsitz der Unternehmen innerhalb der Europäischen Union befindet.

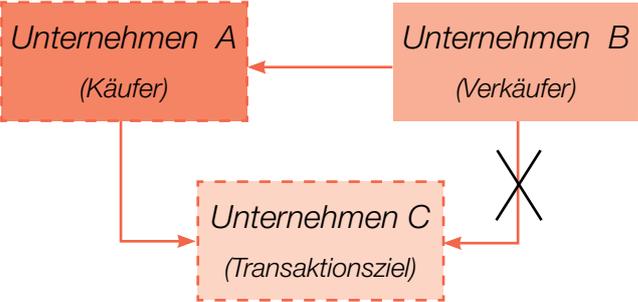
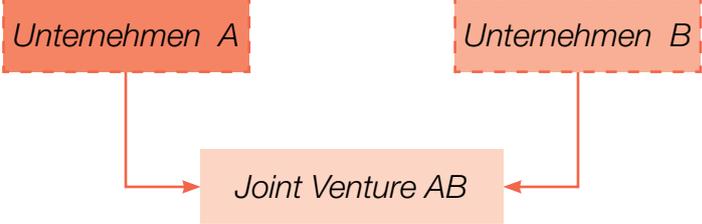
Einem Zusammenschluss wird eine "gemeinschaftsweite Bedeutung" beigemessen, wenn:

	Schwellenwert 1	Alternativer Schwellenwert 2
Weltweit	Der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 5 Mrd. EUR beträgt, <u>und</u>	Der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, <u>und</u>
EU-weit	Der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio. EUR beträgt, <u>und</u>	Der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, <u>und</u> Der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, <u>und</u>
Erfordernis der innergemeinschaftlichen Streuung	Die beteiligten Unternehmen jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.	in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt, <u>und</u> Die beteiligten Unternehmen jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Schwellenwerte werden leicht erreicht und übertroffen

1. Begriffserklärung: „beteiligten Unternehmen“

- Der Begriff des “beteiligten Unternehmens” umfasst alle Geschäftseinheiten oder gesellschaftsrechtliche Strukturen, die Teil der Transaktion sind³ oder deren wirtschaftlich Abhängigkeit und Interessen von dem Zusammenschluss betroffen sind.

Transaktionstyp	Beteiligte Unternehmen
Fusion	Die fusionierenden Unternehmensgruppen 
Erwerb einer Kontrollbeteiligung	Die erwerbende Unternehmensgruppe sowie das Transaktionsziel 
Gründung eines Joint Ventures	Die Unternehmensgruppen, die nach der Gründung des JV gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen ausüben (können) 

- Der Begriff des Unternehmens ist im EU-Wettbewerbsrecht weit gefasst, und schließt jede Einheit mit ein die:
 - eine “wirtschaftliche Tätigkeit⁴ ausübt, unabhängig von ihrem rechtlichen Status und der Art ihrer Finanzierung; und
 - über autonome Entscheidungsgewalt verfügt

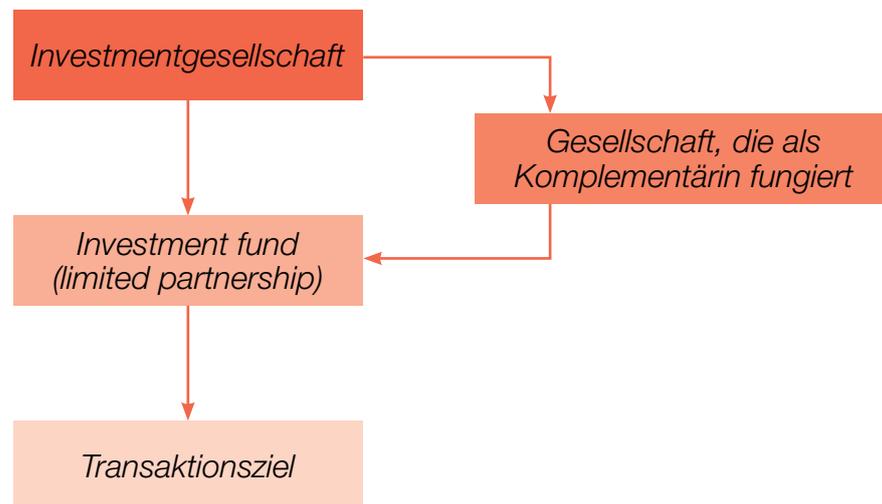
Zum Beispiel fallen Investmentgesellschaften für Risikokapital (SICAR) typischerweise unter diese Definition, während Zweckgesellschaften (wie zum Beispiel Special Purpose Vehicles) nicht von dem Rechtsbegriff erfasst werden.

³ Vorsicht! Als beteiligte Unternehmen gelten die Rechtspersonen, die an dem Zusammenschluss beteiligt sind, und nicht die Unternehmen, die an der Transaktion beteiligt sind, durch das der Zusammenschluss zustande kommt. Daher ist ein Unternehmen, das eine Tochtergesellschaft oder einen Geschäftsbereich veräußert, nicht als solches ein an diesem Vorgang beteiligtes Unternehmen.

⁴ Wirtschaftliche Aktivität = das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.

Der Begriff der autonomen Entscheidungsbefugnis ist bei der Identifizierung eines "beteiligten Unternehmens" von besonderer Bedeutung - insbesondere wenn es darum geht, festzustellen, wer tatsächlich die Kontrolle über ein Unternehmen erwirbt.

Beispiel: Private Equity. Welche Unternehmenseinheiten, mit Ausnahme des Portfoliounternehmens als Transaktionsziel, sollten als beteiligte Unternehmen betrachtet werden?



Die Antwort hängt davon ab, wer letztlich die Operationen leitet und tatsächlich entscheidungsbefugt ist, das Transaktionsziel zu kontrollieren.

- Jedes Transaktionsziel, dem ein Umsatz zugerechnet werden kann (z. B. Immobilien), kann ebenfalls als beteiligtes Unternehmen angesehen werden, ohne dass es als "Unternehmen" im weiteren Sinne des EU-Wettbewerbsrechts gilt.

Beteiligte Unternehmen können demnach sein:

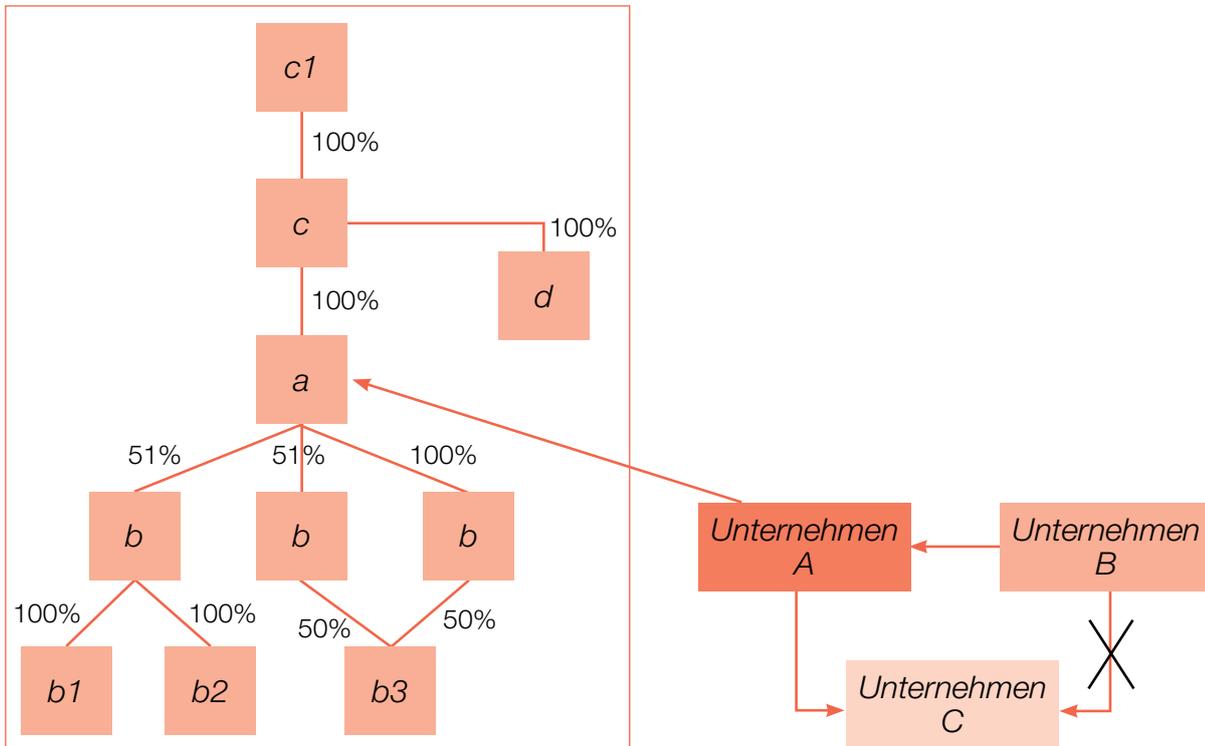
- Unternehmensteile, die keine autonome Entscheidungsbefugnisse haben
- Ein Immobilienobjekt, dessen Miete als "Umsatz" betrachtet wird

2. Die relevanten Umsätze übersteigen häufig die der – im engeren Sinne – transaktionsbeteiligten Unternehmen

- In der Regel wird der Umsatz der gesamten Unternehmensgruppe berücksichtigt. Dazu gehören die Tochtergesellschaften, Muttergesellschaften (falls zutreffend), und andere Tochtergesellschaften der Muttergesellschaften und jedes andere Unternehmen, das gemeinsam von zwei oder mehr der zur Gruppe gehörenden Unternehmen kontrolliert wird.

Beispiel:

Erwerb einer Kontrollbeteiligung über Tochterunternehmen.

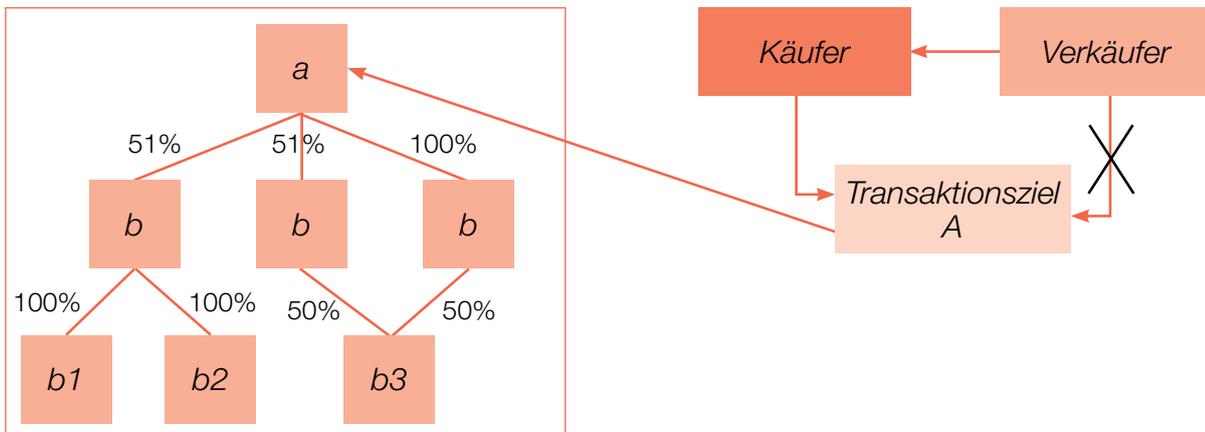


- a: Das beteiligte Unternehmen
- b: Dessen Tochtergesellschaften und deren Tochterunternehmen (b1 and b2)
- c: Dessen Muttergesellschaft und deren Holding (c1)
- d: Andere Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft und des beteiligten Unternehmens

Beispiel:

Erwerb einer Kontrollbeteiligung: Umsatz des Transaktionsziels.

Abweichend davon darf im Falle eines Kontrollerwerbs der Umsatz des Transaktionsziels nur mit dem Umsatz seiner (miterworbenen) Tochtergesellschaften, und nicht mit der gesamten Unternehmensgruppe aggregiert werden.



- a: Das beteiligte Unternehmen
- b: Dessen Tochterunternehmen und deren Tochterunternehmen(b1, b2 und b3)

3. Der Begriff des “Zusammenschlusses” ist weit gefasst

- Änderungen in der Qualität oder Art der Kontrolle (von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle, Änderung der Zusammensetzung der kontrollierenden Unternehmen usw.) gelten ebenfalls als "Kontrollwechsel" im Sinne der EU-Fusionskontrolle.

IV. Auswirkungen auf Private-Equity Akteure– Luxemburg im Blickpunkt

1. Fusionskontrolle – ein wachsendes Anliegen für Fonds und Behörden

- Private Equity Transaktionen haben rapide in Volumen, Größe und in ihren Auswirkungen auf Industrie und Finanzmärkte zugenommen.
- In den vergangenen Jahren hat die EU-Kommission Hunderte von Private-Equity-Transaktionen geprüft und eingehende Untersuchungen durchgeführt, insbesondere bei Fusionen, die Branchenkonsolidierungen nach sich zogen.
- Luxemburg als weltweit führender Finanzplatz ist oft durch die Nutzung von kollektiven Investitionsvehikeln in globale Private Equity Transaktionen eingebunden

2. Die Frage des Kontrollerwerbs und welche Umsätze bei der Schwellenwertermittlung miteinbezogen werden müssen

- Die weitreichende Definition der Europäischen Kommission von positiver oder negativer Kontrolle macht es für Private-Equity-Akteure zunehmend schwieriger, Meldepflichten zu umgehen.
- Alle Umsätze von Portfoliounternehmen, über die Geschäftsführer oder Investitionsausschüsse letztlich Kontrollgewalt ausüben können, müssen bei der Analyse der Schwellenwerte berücksichtigt werden.
- Die Führungsstrukturen von Private Equity Fonds werden zunehmend komplexer und erfordern eine eingehende Analyse, um zu ermitteln welche Manager oder Ausschüsse letztlich eine solche Kontrolle ausüben können (siehe Erläuterungen auf Seite 7).

3. Die Notwendigkeit einer globalen Fusionskontrollanalyse

- Etablierte Private-Equity-Akteure betrachten globale Fusionskontrollanalysen bereits als integralen Bestandteil ihrer Transaktionsplanung. Andere aufkommende Investoren sind allerdings in zunehmendem Maße Bußgeldrisiken ausgesetzt, falls Meldepflichten übersehen werden und dem Vollzugsverbot der Transaktion nicht Folge geleistet wird.
- Fondsmanagern und Private Equity Investoren wird geraten:
 - (i) Sich Kontrollbeteiligungen in Portfolio Investments bewusst zu sein;
 - (ii) Umsätze und Vermögenswerte dieser kontrollierten Portfolio Investments zu überwachen, und
 - (iii) Die eigenen Corporate-Governance Strukturen zu analysieren, um zu verstehen welche Umsätze zum Zwecke der Schwellenwertermittlung addiert werden müssen.

V. Jüngste Entscheidungspraxis der Kommission

Bussgelder für die Nichtbeachtung der Anmeldungspflicht ("gun-jumping")

Die Kommission hat sich in den letzten Jahren mit Nachdruck für die Verfolgung von Fällen von "gun-jumping" (d.h. die Durchführung der Transaktion ohne vorherige Genehmigung der zuständigen Wettbewerbsbehörde) eingesetzt:

- Im Juni 2019 verhängte die Kommission gegen Canon eine Geldbuße in Höhe von 28 Millionen Euro, weil das Unternehmen die Übernahme von Toshiba Medical Systems vor der Anmeldung und vor der Genehmigung der EU-Kommission teilweise umgesetzt hatte.
- Im März 2020 bestätigte der EUGH eine Entscheidung der EU Kommission aus dem Jahr 2014, zwei Geldstrafen von je 10 Millionen Euro gegen die Norwegische Firma Marine Harvest zu verhängen, eine für das Unterlassen der Anmeldung und die andere für die Umsetzung des Zusammenschlusses vor Kommissionsgenehmigung.

Irreführende Angaben

Die Kommission verhängt auch regelmäßig Geldbußen gegen Unternehmen, die unrichtige, unvollständige oder anderweitig irreführende Angaben während eines Fusionskontrollverfahrens machen:

- Im Mai 2017 verhängte die Kommission gegen Facebook eine Geldbuße in Höhe von 110 Millionen Euro, weil das Unternehmen im Zuge des Fusionskontrollverfahrens zur Übernahme von WhatsApp irreführende Angaben bzgl. des Abgleiches von Nutzerdaten gemacht hat.
- Im April 2019 verhängte die Kommission gegen General Electric eine Geldbuße in Höhe von 52 Millionen Euro, weil das Unternehmen im Zuge der Übernahme von LM Wind falsche Angaben gemacht hatte.

Untersagungen

Falls die EU Kommission zu dem Schluss gelangt, dass ein Zusammenschluss wettbewerbsschädigend sein könnte, verlangt sie entweder weitreichende Abhilfemaßnahmen oder blockiert die Transaktion in Gänze:

- Im Februar 2019 untersagte die Kommission den Erwerb von Alstom durch Siemens, mit Verweis auf erwartete Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf den Märkten für Eisenbahnsignalsysteme und für Hochgeschwindigkeitszüge.
- Im Juni 2019 untersagte die Kommission die geplante Fusion zwischen Tata Steel und ThyssenKrupp, da sie eine erhebliche Verringerung des Wettbewerbs und höhere Preise für verschiedene Stahlsorten für absehbar hielt.

VI. Praxisnahe Empfehlungen

- Bei der Transaktionsplanung eines Zusammenschlusses sollte die EU Fusionskontrolle immer im Auge behalten werden. Dies gilt auch dann, wenn ein Kontrollwechsel auf den ersten Blick keine wesentlichen Wettbewerbsbedenken aufwirft. Besonders vorsichtig sollte man sein, wenn :
 - Der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen sich auf mehr als 2.500 Mio. Euro und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz sich auf mehr als 300 Mio. Euro beläuft;
 - Die Transaktion Unternehmen betrifft, die Teil großer Konzerngruppen sind (unabhängig von der Größe des Zusammenschlusses und dessen Standort);
 - Die Gründung von Joint Venture Projekten angestrebt wird.
- Besteht die Gefahr, dass sich der gemeinsame Umsatz der beteiligten Unternehmen den relevanten Schwellenwerten nähert, sollte Rechtsbeistand von Fusionskontroll-Experten eingeholt werden, die weitere Einblicke in die Berechnungsmethoden und die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission geben können.
- Wenn eine Transaktion keine Gemeinschaftsdimension hat, sollte immer geprüft werden, ob der Zusammenschluss nationalen (i) Fusionskontroll- oder (ii) Kontrollvorschriften für ausländische Direktinvestitionen unterliegt.
- Praktisch alle EU-Mitgliedstaaten (außer Luxemburg) haben nationale Fusionskontrollvorschriften erlassen. In den meisten dieser Rechtsordnungen erfordern die Fusionskontrollvorschriften:
 - Dass zuvor unabhängige Unternehmen in gemeinsamen Besitz oder unter gemeinsame Kontrolle kommen;
 - Dass die beteiligten Unternehmen eine bestimmte Größe haben;
 - Dass eine gewisse Verbindung zwischen dem Zusammenschluss und dem Staat besteht.

In jedem Fall ist es erforderlich für jedes nationale Kontrollregime fachspezifischen Rat einzuholen.

Die Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten hat auch Screeningmechanismen für ausländische Direktinvestitionen eingeführt, von denen einige Melde- und Stillhaltefristen vorsehen. Auch Luxemburg ist in diesem Zusammenhang im Begriff, entsprechende Gesetze zu erlassen, um Investitionen von außerhalb der Europäischen Union genauer zu prüfen. Ausländische Investoren sind deshalb gut beraten, sich vor allem bei Investitionen in Infrastruktur oder Technologie über den Anwendungsbereich nationaler Kontrollmechanismen zu informieren.

⁵ Der Wettbewerbsrat behält sich jedoch das Recht vor, Transaktionen von marktbeherrschenden Unternehmen zu untersuchen, deren Kontrollerwerb einen Missbrauch ihrer Marktstellung darstellen könnte (siehe Utopia (2016) in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Continental Cans (1973).

VII. Unsere Expertise

Unser erfahrenes Team berät Mandanten in allen Fragen der EU-Fusionskontrolle, von der Anmeldepflicht bis hin zu Genehmigungsentscheidungen der Europäischen Kommission. In Fällen, in denen wir Meldepflichten in anderen EU-Mitgliedstaaten feststellen oder nicht ausschließen können, verweisen wir unsere Mandanten zur Beratung an unsere entsprechenden Partnerfirmen.

Das Arendt EU & Wettbewerbsrecht Team verfügt über eine starke Expertise im Bereich des Bank-, Finanz- und Versicherungsrechts und vereinfacht den Dialog und die schlussendliche Anmeldung bei den zuständigen Behörden.

Kürzlich war das Arendt EU & Wettbewerbsrechts Team insbesondere beteiligt an:

- Zahlreichen Ermittlungen von relevanten Schwellenwerten und globalen Anmeldepflichten;
- Dem Erwirken von Verwaltungsschreiben, dass für einen bestimmten Zusammenschluss keine Anmeldung erforderlich ist
- Dem Erlangen von behördlicher Genehmigungen für Zusammenschlüsse durch Europäische und nationale Regulierungsbehörden, vor allem in:
 - Finanz- und Kapitalmärkten
 - Technologiemarkten; und
 - der Energiewirtschaft.
- Koordinierung von weltweiten Anmeldeverfahren für luxemburgische Unternehmen
- Neugestaltung von Zusammenschlüssen zur Vermeidung von fusionskontrollrechtlichen Anmeldungen

EU Finanz- und Wettbewerbsrecht

Unser Team berät zu EU- und nationalem Wettbewerbsrecht, einschließlich des Rechts der staatlichen Beihilfen und der Fusionskontrolle, des europäischen Bank- und Finanzrechts, des internationalen und europäischen Rechts der Institutionen und des EU-Personalrechts. Unsere Dienstleistungen umfassen sowohl nichtstreitige als auch streitige Angelegenheiten wie Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden und Gerichten der EU und Luxemburgs. Wir vertreten regelmäßig Mandanten vor dem EUGH (Gerichtshof der Europäischen Union).

Kontaktieren Sie uns



Philippe-Emmanuel Partsch, Partner

Tel: (352) 40 78 78 2349
Email: philippe-emmanuel.partsch@arendt.com

About Arendt

We are lawyers, regulatory consultants, business advisors, tax, corporate and funds services experts.

We bridge the gap between legal advice and its implementation.

We take an integrated approach to solving your business issues.

We are Arendt - Luxembourg's leading legal, tax and business services firm.

About Arendt & Medernach

Arendt & Medernach is the leading independent business law firm in Luxembourg. The firm's international team of 350 legal professionals represents clients in all areas of Luxembourg business law, with representative offices in Dubai, Hong Kong, London, Moscow, New York and Paris.

Our service to clients is differentiated by the end to end specialist advice we offer, covering all legal, regulatory, taxation and advisory aspects of doing business in Luxembourg.

A broad range of practice areas

Administrative Law, Property, Construction & Environment	Bank Lending & Structured Finance	Banking & Financial Services	Capital Markets	Commercial & Insolvency
Corporate Law, Mergers & Acquisitions	Litigation & Dispute Resolution	Employment Law, Pensions & Benefits	EU Financial & Competition Law	Insurance & Reinsurance Law
Investment Management	IP, Communication & Technology	Private Equity & Real Estate	Private Clients	Tax Law

