

Newsletter, 24. April 2012

## Deutsche Fusionskontrolle gilt auch für Auslandszusammenschlüsse

Verstoß gegen das Vollzugsverbot durch Gründung eines Joint Ventures im Ausland mit Inlandsauswirkung - Fallbericht des BKartAs in Sachen *EMC/Cisco*

Das Bundeskartellamt („BKartA“) hat die Gründer eines Joint Ventures („JV“) im Ausland wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ermahnt, von der Verhängung einer Geldbuße jedoch abgesehen.<sup>1</sup> Dabei hat das BKartA ausdrücklich sein weites Verständnis möglicher Inlandsauswirkungen als Anwendungsvoraussetzung der deutschen Fusionskontrolle bestätigt.

### Fallbericht *EMC/Cisco*

#### *Sachverhalt*

EMC Corporation („EMC“) und Cisco Systems Inc. („Cisco“) gründeten im November 2009 das Gemeinschaftsunternehmen VCE Company LLC, das integrierte Datencenter vertreibt. Während die beiden US-Mütter zum Zeitpunkt der Gründung in Deutschland tätig waren, war eine Geschäftstätigkeit des JV in Deutschland bei Gründung (noch) nicht vorgesehen. Jedoch schränkte die Satzung des JV sein räumliches Tätigkeitsgebiet nicht ein, d.h. schloss ein Tätigwerden in Deutschland nicht aus. Das BKartA leitete ein Entflechtungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ein.<sup>2</sup> Da der Zusammenschluss keine wettbewerblichen Probleme aufwarf, wurde das Verfahren eingestellt, was nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle (voraussichtlich zum 1. Januar 2013) einer nachträglichen Freigabe gleichstehen wird. Wegen der geringfügigen Auswirkungen in Deutschland sah das BKartA im Rahmen seiner Ermessensausübung davon ab, den zumindest fahrlässigen Verstoß zu bebußen.<sup>3</sup>

#### *Prüfung des BKartA*

Die Gründung des JV war nach § 35 Abs. 1 GWB anmeldepflichtig. EMC und Cisco erzielten nicht nur weltweit, sondern auch in Deutschland erhebliche Umsätze oberhalb der *Umsatzschwellen* der deutschen Fusionskontrolle (gemeinsame weltweite Umsätze von mehr als €500 Mio.; ein Beteiligter mehr als €25 Mio., ein anderer Beteiligter mehr als €5 Mio. in Deutschland). Das GWB findet auf Auslandssachverhalte trotz Überschreitung der Schwellenwerte jedoch nur Anwendung, sofern sie sich in Deutschland auswirken, § 130 Abs. 2 GWB. Die konkreten Umstände, so das BKartA, ließen *Auswirkungen in Deutschland* erwarten: Erstens hätten beide JV-Mütter Niederlassungen in Deutschland. Zweitens sei das JV auf einem weltweiten Markt im IT-Bereich tätig, der Deutschland räumlich umfasse. Die Inlandsauswirkung sei nicht deswegen ausgeschlossen, dass das JV zunächst nur in den USA operierte. Denn die Satzung des JV schränkte das räumliche Tätigkeitsgebiet nicht ein, auch wenn das JV zunächst nicht alle Funktionen wahrnahm, die ihm nach der Satzung zustanden.

Selbst wenn die Gründung des JV keine Inlandsauswirkung hätte erwarten lassen, so hätten EMC und Cisco nach Auffassung des BKartAs den Zusammenschluss jedenfalls im Jahr 2010 beim BKartA anmelden müssen, als sie weitere Vermögenswerte auf das JV übertrugen und seine Tätigkeit nach Europa und damit Deutschland ausdehnten.

#### **Auswirkungsprinzip**

Mit der Begründung der Inlandsauswirkung folgt das BKartA seinen in einem Merkblatt zur Inlandsauswirkung vom Januar 1999 niederge-

<sup>1</sup> BKartA, [Fallbericht v. 25.1.2012, Az. B7 - 38/11](#).

<sup>2</sup> Das BKartA kann zeitlich unbegrenzt ein nachträgliches Verfahren einleiten und einen Zusammenschluss nach seinem Vollzug gemäß § 41 Abs. 3 GWB für unwirksam erklären.

<sup>3</sup> Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann mit einer Geldbuße von bis zu 10% des weltweiten Vorjahresumsatzes der Unternehmensgruppe geahndet werden, § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 GWB.

legten Grundsätzen.<sup>4</sup> Im Ausland realisierte Zusammenschlüsse haben dann Inlandsauswirkungen, wenn die „strukturellen Voraussetzungen für den Wettbewerb im Inland“ beeinflusst werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn beide Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss im Inland tätig waren.<sup>5</sup> Bei der Gründung eines JV hängt die Inlandsauswirkung primär von dem sachlichen und räumlichen Markt ab, auf dem das JV tätig ist: Inlandsauswirkungen liegen nicht nur vor, wenn das JV im Inland tätig werden soll, sondern auch, wenn es im Ausland tätig wird, der räumlich relevante Markt aber welt- bzw. europaweit abzugrenzen ist und damit das Inland umfasst.<sup>6</sup>

Das BKartA ist damit richtigerweise auch nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle der Meinung, dass es zusätzlich zur Erfüllung der Schwellenwerte zumindest für Auslands-sachverhalte auf eine Inlandsauswirkung i.S.d. § 130 Abs. 2 GWB ankommt. Das entspricht der europäischen Fusionskontrolle, für die die Europäischen Gerichte das völkerrechtliche Auswirkungsprinzip anerkannt haben<sup>7</sup>. In der Praxis verlangt die EU-Kommission allerdings regelmäßig allein bei Erfüllung der Schwellenwerte eine Anmeldung.

### Änderung der Tätigkeit eines JV

Das BKartA weist in seinem Fallbericht ausdrücklich daraufhin, dass jedenfalls die Übertragung weitere Vermögenswerte auf das JV im Jahr 2010 anmeldepflichtig gewesen sei. In diesem Punkt folgt das BKartA der nicht unumstrittenen Auffassung der EU-Kommission, nach der Änderungen der Tätigkeit eines JV eine Anmeldepflicht auslösen können. In der Konsolidierten Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>8</sup> führt die Kommission aus, dass die Übertragung „erheblicher zusätzlicher Vermögenswerte, Verträge, zusätzliches Know-how oder andere Rechte“ einen Zusammenschluss begründet, wenn diese Vermögenswerte oder Rechte „die Grundlage oder den Kern“ für die Ausweitung der Geschäftstätigkeit auf andere sachliche oder räumliche Märkte bilden, die nicht Ziel des ursprünglichen JV waren. Sofern das JV diese Tätigkeiten als Vollfunktionsunternehmen durchführt, wird die

Ausweitung „genauso behandelt wie ein neues Gemeinschaftsunternehmen“. Das Landgericht Köln („LG“) hat als erstes deutsches Gericht diese Regelung 2009 angewandt.<sup>9</sup> Das LG stellte die Nichtigkeit einer Übertragung weiterer Rechte an ein von der EU-Kommission freigegebenes JV fest, da die nachträglich übertragenen Rechte einen anderen sachlichen Markt betrafen und deren Übertragung somit anmeldepflichtig gewesen wäre. Mit der Regelung soll, so auch die Auslegung des LGs, die missbräuchliche Umgehung einer Anmeldepflicht verhindert werden. Die Genehmigung eines Zusammenschlusses bezieht sich ausschließlich auf die in der Anmeldung in Bezug genommenen Märkte. Legt die Satzung des anzumeldenden Unternehmens das Tätigkeitsgebiet jedoch nicht fest, ist fraglich, welche Märkte die Freigabe abdeckt bzw. gerade nicht abdeckt. Auf den vorliegenden Fall *EMC/Cisco* ist die Anwendung der Regelung gänzlich abzulehnen, da das JV ja auf einem weltweiten Markt tätig war und die Übertragung weiterer Vermögenswerte daher keinen anderen (räumlichen) Markt betreffen konnte.

### Kommentar

Auch nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle ist bei Auslandszusammenschlüssen zu prüfen, ob eine Anmeldung in Deutschland erforderlich ist. Dass die Thematik der Inlandsauswirkung komplex ist, zeigt sich darin, dass sich das Merkblatt zur Inlandsauswirkung seit 2009 in Überarbeitung befindet. In Anbetracht der bestehenden Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des Auswirkungsprinzips durch das BKartA (und die EU-Kommission), ist die schriftliche Niederlegung der Anwendungsgrundsätze jedoch unerlässlich. Dies gilt nicht nur für die Fusionskontrolle. In Folge der zunehmenden Internationalisierung von Produktions- und Vertriebsprozessen wirkt die Anwendung des Auswirkungsprinzips auch für Vereinbarungen und einseitige Verhaltensweisen in Drittländern Fragen auf.

Die evtl. Anmeldepflicht einer sich auch schleichend vollziehenden Veränderung der Tätigkeit eines JV ist unbedingt zu beachten. Entscheidend ist eine Einflussnahme durch die Mütter. Organisches Wachstum allein hat keine fusionskontrollrechtlichen Konsequenzen.

Es bleibt vorerst die nüchterne Erkenntnis: Im Zweifel muss angemeldet werden. Auf Diskussionen über die Anmeldepflicht lässt sich das BKartA im Allgemeinen ohne eine vorherige Anmeldung nicht ein.

<sup>4</sup> [Merkblatt zur Inlandsauswirkung](#) bei der deutschen Fusionskontrolle vom Januar 1999.

<sup>5</sup> *Ibid.*, S. 2

<sup>6</sup> *Ibid.*, S. 3.

<sup>7</sup> Urt. v. 25.3.1999, [T-102/96](#) - *Gencor*, Rn. 76ff., 89ff. Es wurde geprüft, ob der Zusammenschluss „unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen“ auf dem Gemeinsamen Markt hatte.

<sup>8</sup> [ABl. 2009, C 43/09](#), Rn. 106ff.

<sup>9</sup> LG Köln, Urt. v. 23.12.2009, 28 O (Kart) 479/08 - *EPG*.

**Commeo LLP**

Rechtsanwälte und Notar  
Speicherstraße 55  
60327 Frankfurt am Main  
www.commeo-law.com

**Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M.**  
joerg-martin.schultze@commeo-law.com

**Dr. Dominique S. Wagener, LL.M.**  
dominique.wagener@commeo-law.com

**Dr. Stephanie Pautke, LL.M.**  
stephanie.pautke@commeo-law.com

**Dr. Johanna Kübler**  
johanna.kuebler@commeo-law.com

**Isabel Oest, LL.M.**  
isabel.oest@commeo-law.com

**Josefa F. Peter, LL.B./LL.M.**  
josefa.peter@commeo-law.com

**Christoph Weinert, LL.M.**  
christoph.weinert@commeo-law.com

Commeo LLP ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Ein gewachsenes Team erfahrener Anwälte berät nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.