

**Rechtssache C-449/21**

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1  
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

**Eingangsdatum:**

21. Juli 2021

**Vorlegendes Gericht:**

Cour d'appel de Paris (Frankreich)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

1. Juli 2021

**Klägerin:**

Towercast

**Beklagte:**

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

---

**Cour d'appel de Paris**

**Urteil vom 1. Juli 2021**

**I. Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

- 1 Die Gesellschaft TowerCast (im Folgenden: TowerCast) hat bei der Cour d'appel de Paris (Berufungsgericht Paris) Anfechtungsklage gegen eine Entscheidung der französischen Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde) erhoben, mit der diese es abgelehnt hat, die Prüfung eines Erwerbs eines Konkurrenzunternehmens durch die Gesellschaft TDF fortzuführen.

## II. Angeführte Vorschriften

### *Unionsrecht*

- 2 In Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: AEUV) heißt es:

„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“

- 3 Die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: Verordnung Nr. 139/2004) – die der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: Verordnung Nr. 4064/89) nachfolgte – bestimmt in ihren Erwägungsgründen 5 bis 9 sowie 20 und 24:

„(5) [Es] ist zu gewährleisten, dass der Umstrukturierungsprozess nicht eine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursacht. ...

(6) Daher ist ein besonderes Rechtsinstrument erforderlich, das eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft ermöglicht und das zugleich das einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist. Mit der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 konnte eine Gemeinschaftspolitik in diesem Bereich entwickelt werden. Es ist jedoch nunmehr an der Zeit, vor dem Hintergrund der gewonnenen Erfahrung die genannte Verordnung neu zu fassen, um den Herausforderungen eines stärker integrierten Markts und der künftigen Erweiterung der Europäischen Union besser gerecht [zu] werden. Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Artikel 5 des Vertrags geht die vorliegende Verordnung nicht über das zur Erreichung ihres Ziels, der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt entsprechend dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, erforderliche Maß hinaus.

(7) Die Artikel 81 und 82 des Vertrags sind zwar nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf bestimmte Zusammenschlüsse anwendbar, reichen jedoch nicht aus, um alle Zusammenschlüsse zu erfassen, die sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen könnten. Diese Verordnung ist daher nicht nur auf Artikel 83, sondern vor allem auf Artikel 308 des Vertrags zu stützen, wonach sich die Gemeinschaft für die Verwirklichung ihrer Ziele zusätzliche Befugnisse geben kann; ....

(8) Die Vorschriften dieser Verordnung sollten für bedeutsame Strukturveränderungen gelten, deren Auswirkungen auf den Markt die Grenzen

eines Mitgliedstaats überschreiten. Solche Zusammenschlüsse sollten grundsätzlich nach dem Prinzip der einzigen Anlaufstelle und im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip ausschließlich auf Gemeinschaftsebene geprüft werden.

(9) Der Anwendungsbereich dieser Verordnung sollte anhand des geografischen Tätigkeitsbereichs der beteiligten Unternehmen bestimmt und durch Schwellenwerte eingegrenzt werden, damit Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung erfasst werden können. ...

(20) Der Begriff des Zusammenschlusses ist so zu definieren, dass er Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen. ...

(24) Zur Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt im Rahmen der Fortführung einer Politik, die auf dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb beruht, muss diese Verordnung eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse entsprechend ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Gemeinschaft ermöglichen. Entsprechend wurde in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 der Grundsatz aufgestellt, dass Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben in erheblichem Ausmaß behindert wird, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind.“

4 In Art. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 wird ihr Anwendungsbereich wie folgt festgelegt:

„(1) Unbeschadet des Artikels 4 Absatz 5 und des Artikels 22 gilt diese Verordnung für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne dieses Artikels. ...“

5 Art. 2 Abs. 1 und 4 der Verordnung Nr. 139/2004 sieht vor:

„(1) Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung sind nach Maßgabe der Ziele dieser Verordnung und der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen.

Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission

a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;

...

(4) Soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäß Artikel 3 darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Artikels 81 Absätze 1 und 3 des Vertrags beurteilt, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.“

6 Art. 3 bestimmt:

„(1) Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile 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.

(2) Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:

a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;

b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

(3) Die Kontrolle wird für die Person oder die Personen oder für die Unternehmen begründet,

a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder

b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.

...“

7 In Art. 21 („Anwendung dieser Verordnung und Zuständigkeit“) heißt es:

„(1) Diese Verordnung gilt allein für Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3; die Verordnungen (EG) Nr. 1/2003(8), (EWG) Nr. 1017/68(9), (EWG) Nr. 4056/86(10) und (EWG) Nr. 3975/87(11) des Rates gelten nicht, außer für Gemeinschaftsunternehmen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und

die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken.

(2) Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.

(3) Die Mitgliedstaaten wenden ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.“

8 Art. 22, der die Möglichkeit einer Verweisung an die Europäische Kommission vorsieht, bestimmt:

„(1) Auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten kann die Kommission jeden Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 prüfen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. ...“

### ***B. Nationales Recht***

9 Art. L.420-1 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) bestimmt:

„I.- Den Bestimmungen der Art. L.430-3 ff. des vorliegenden Titels unterliegt jeder Zusammenschluss im Sinne von Art. L.430-1, wenn die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der weltweite Gesamtumsatz ohne Steuern sämtlicher Unternehmen oder Gruppen natürlicher oder juristischer Personen, die Parteien des Zusammenschlusses sind, übersteigt 150 Mio. Euro;

- der von mindestens zwei der betreffenden Unternehmen oder Gruppen natürlicher oder juristischer Personen in Frankreich erzielte Gesamtumsatz ohne Steuern übersteigt 50 Mio. Euro;

- der Zusammenschluss fällt nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. (EG) 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. ...“

10 Art. L.430-9 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) sieht vor:

„Die Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde) kann im Fall einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung oder eines Zustands wirtschaftlicher Abhängigkeit mit begründeter Entscheidung das betreffende Unternehmen oder die betreffende Gruppe von Unternehmen anweisen, innerhalb einer bestimmten Frist jede Vereinbarung und jede Handlung, durch die sich die den Missbrauch ermöglichende Konzentration wirtschaftlicher Macht realisiert hat, zu ändern, zu vervollständigen oder zu kündigen, auch wenn diese

Handlungen Gegenstand des im vorliegenden Titel vorgesehenen Verfahrens waren.“

- 11 In den von der Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde) veröffentlichten Leitlinien zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen heißt es in ihrer Fassung von 2013 in Rn. 314, die die Voraussetzungen für die Umsetzung von Art. L.430-9 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) betrifft:

„Dieser Artikel ist auf jeden Missbrauch anwendbar, der durch einen Zusammenschluss möglich gemacht wurde, unabhängig davon, ob [dieser Zusammenschluss] Gegenstand eines Genehmigungsverfahrens vor der Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde) oder zuvor dem Minister war.“

### III. Sachverhalt und Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 12 Mit einem am 23. Juni 2016 geschlossenen Investitionsprotokoll, das mit einer Ergänzungsvereinbarung vom 30. Juni 2016 geändert wurde, erwarb die Gesellschaft TDF Infrastructure sämtliche Anteile ihrer Konkurrentin Itas SAS, der Dachgesellschaft der Gruppe, und übernahm die ausschließliche Kontrolle über sie. Infolge des in Rede stehenden Zusammenschlusses gibt es auf dem maßgeblichen französischen Markt nur noch zwei Dienstleistungsanbieter: TDF und TowerCast.
- 13 Der Erwerb von Itas, der unterhalb der in Art. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 und Art. L.430-2 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) vorgesehenen Schwellen lag, führte zu keinem Verfahren einer vorherigen Kontrolle von Zusammenschlüssen und auch zu keiner Verweisung an die Europäische Kommission gemäß Art. 22 der Verordnung Nr. 139/2004.
- 14 Mit einem am 15. November 2017 eingetragenen Schreiben legte TowerCast bei der Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde, im Folgenden: Autorité) Beschwerde ein, in der sie geltend macht, dass die Übernahme der Gesellschaft Itas durch die Gesellschaft TDF am 13. Oktober 2016 einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, da sie den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Großhandelsmärkten für digitale terrestrische Fernsehübertragung behindere, indem die bereits beherrschende Stellung von TDF auf diesen Märkten erheblich verstärkt werde.
- 15 Am 25. Juni 2018 wurde an die Gesellschaften der TDF-Gruppe (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco) eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerichtet, in der ihnen vorgeworfen wurde: *„am 13. Oktober 2016 in der Eigenschaft als Gründer eines einzigen Unternehmens im Sinne des Wettbewerbsrechts dessen marktbeherrschende Stellung auf dem vor- und nachgelagerten Großhandelsmarkt für digitale terrestrische Fernsehübertragung durch die Übernahme der ausschließlichen Kontrolle über die Itas-Gruppe ausgenutzt zu haben“*. Dieser Vorgang könne die Wirkung haben, den Wettbewerb auf dem vor-

und nachgelagerten Großhandelsmarkt für digitale terrestrische Fernsehübertragung zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, und sei durch Art. L.420-2 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) und Art. 102 AEUV verboten.

- 16 Mit Entscheidung Nr. 20-D-01 vom 16. Januar 2020 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) entschied die Autorité, dass der den Gesellschaften der TDF-Gruppe vorgeworfene Missbrauch einer beherrschenden Stellung nicht nachgewiesen sei und das Verfahren daher nicht fortzuführen sei.
- 17 TowerCast hat gegen diese Entscheidung Klage erhoben und beantragt ihre Aufhebung. Die Gesellschaften der TDF-Gruppe beantragen bei der Cour d'appel de Paris (Berufungsgericht Paris), diese Entscheidung in allen Punkten zu bestätigen und die Klage von TowerCast abzuweisen. Die Autorité, der Ministre chargé de l'économie (Wirtschaftsminister) und der Ministère public (Staatsanwaltschaft), die die Beurteilung in der angefochtenen Entscheidung teilen, beantragen ebenfalls auf, die Klage abzuweisen.

#### **IV. Vorbringen der Parteien**

##### **A. Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde)**

- 18 Die Autorité macht in der angefochtenen Entscheidung wie vor dem vorliegenden Gericht geltend, dass der Erlass der Verordnungen Nr. 4064/89 und Nr. 139/2004 eine klare Trennlinie zwischen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und der Kontrolle von wettbewerbswidrigen Praktiken gezogen habe und dass die Schaffung einer speziellen Regelung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen auf der Ebene der Europäischen Union die Anwendung der „*Continental Can*“-Rechtsprechung faktisch obsolet gemacht habe, die ergangen sei, als es noch kein europäisches System der Fusionskontrolle gegeben habe.
- 19 Sie ist im Wesentlichen der Ansicht, dass Art. 102 AEUV nach dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 4064/89 auf missbräuchliche Verhaltensweisen, die von dem Zusammenschluss selbst trennbar seien, zwar anwendbar bleibe, seine Anwendung auf einen strukturellen Zusammenschluss im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004, auch wenn sie von dieser Verordnung nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde, nunmehr jedoch gegenstandslos sei.
- 20 Art. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 definiere genauso wie zuvor Art. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 einen Zusammenschluss gemäß einem materiellen Kriterium und nicht unter Verweis auf die in Art. 1 dieser Verordnung festgelegten Schwellenwerte. Die Autorité schließt daraus, dass die Verordnung Nr. 139/2004 ausschließlich für Zusammenschlüsse gelte, wie sie in dem genannten Art. 3 definiert würden, und die Anwendung von Art. 102 AEUV auf einen Zusammenschluss gegenstandslos mache, wenn infolge dieses

Zusammenschlusses keine andere Verhaltensweise des in Rede stehenden Unternehmens vorliege.

- 21 In Bezug auf das nationale Recht, das dem Art. L.420-2 des Code de commerce (Handelsgesetzbuch) entspricht, folgt sie derselben Beurteilung und ist der Auffassung, dass die Verfahren über wettbewerbswidrige Praktiken und das Verfahren über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unterschiedlich und miteinander unvereinbar seien.

### ***B. TowerCast***

- 22 Mit ihrer Klage tritt TowerCast dieser Auslegung der Rechtsvorschriften entgegen. Sie macht hauptsächlich das seit dem EWG-Vertrag verfolgte Ziel geltend, eine Regelung einzuführen, mit der ein unverfälschter Wettbewerb im Gemeinsamen Markt sichergestellt werde, und verweist auf die in der Rechtssache „Continental Can“ genannten Grundsätze, die ihrer Ansicht nach immer noch einschlägig sind. Sie weist darauf hin, dass diese Grundsätze in mehreren späteren Rechtssachen (Urteile vom 21. September 2005, EDP/Kommission, T-87/05, EU:T:2005:333, Rn. 46 und 47, und vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission, T-210/01, EU:T:2005:456, Rn. 86) wiederholt worden seien, und legt ein Rechtsgutachten vor, um ihre Behauptung zu untermauern, wonach die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten mehrheitlich die „Continental Can“-Rechtsprechung weiterhin anwendeten.
- 23 Außerdem beruft sie sich auf die unmittelbare Wirkung von Art. 102 AEUV und verlangt für Zusammenschlüsse unterhalb dieser Schwellen eine Ex-post-Kontrolle, ob sie mit diesem Artikel vereinbar sind.
- 24 Zwar könnten die Verordnungen Nr. 139/2004 und Nr. 1/2003 nicht zusammen auf ein und dieselbe Rechtssache angewendet werden, die Verordnung Nr. 139/2004 gelte jedoch ausschließlich nur für die Zusammenschlüsse, die in ihren Anwendungsbereich fielen, d. h. solche mit gemeinschaftsweiter Bedeutung oder [solche,] die von den nationalen Wettbewerbsbehörden oder den Parteien an die Kommission verwiesen würden.
- 25 Als Antwort auf [das Vorbringen der] anderen Parteien macht sie geltend, dass eine Kontrolle, die auf die trennbaren Handlungen begrenzt sei, die einen Missbrauch begründeten, es nicht ermögliche, die Zusammenschlüsse zu erfassen, die den Wettbewerb dadurch erheblich behinderten, dass die beherrschende Stellung des Erwerbers substantiell gestärkt werde, und fügt hinzu, dass das in Art. 22 der Verordnung Nr. 139/2004 vorgesehene Verweisungssystem unzureichend sei, um eine zufriedenstellende Kontrolle zu gewährleisten, da es fakultativ sei und nur nach Ermessen der Mitgliedstaaten ausgelöst werde. Sie weist auch darauf hin, dass die Kommission bis vor kurzem Zusammenschlüsse unterhalb der nationalen Kontrollschwellen nicht habe prüfen wollen.

### ***C. Andere Parteien des Verfahrens***

- 26 Der Ministre chargé de l'économie (Wirtschaftsminister) teilt die Beurteilung der Autorité. Die Gesellschaften der TDF-Gruppe, die dem Rechtsstreit als Streithelferinnen beigetreten sind, schließen sich dem ebenfalls an. Sie weisen im Übrigen darauf hin, dass der Gerichtshof in seinem Urteil *Austria Asphalt* vom 7. September 2017 (C-248/16, EU:C:2017:643, Rn. 30 bis 33) erklärt habe, dass die Art. 101 und 102 AEUV auf alle Zusammenschlüsse, die als Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 eingestuft werden könnten, unabhängig vom Überschreiten dieser Schwellen unanwendbar seien. Sie heben ferner die Rechtsunsicherheit hervor, die die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse wie den in Rede stehenden mit sich bringen würde, da sie es – neben dem Risiko [divergierender Entscheidungen], das sich aus einer Zersplitterung der Rechtsstreitigkeiten betreffend die Kontrolle von Zusammenschlüssen ergebe – ermögliche, diese mehrere Jahre nach ihrer Durchführung in Frage zu stellen.

### **V. Beurteilung des vorlegenden Gerichts**

- 27 In seinem sogenannten Urteil „*Continental Can*“ (Urteil vom 21. Februar 1973, *Europemballage und Continental Can/Kommission*, 6/72, EU:C:1973:22) hat der Gerichtshof entschieden, dass „[i]n Ermangelung ausdrücklicher Vorschriften ... dem Vertrag, der in Artikel 85 bestimmte den Wettbewerb beeinträchtigende, jedoch nicht beseitigende Beschlüsse gewöhnlicher Unternehmensvereinigungen untersagt, nicht unterstellt werden [kann], er habe es in Artikel 86 erlauben wollen, dass Unternehmen durch ihren Zusammenschluss zu einer organischen Einheit eine so beherrschende Stellung erlangen, dass jede ernst zu nehmende Wettbewerbsmöglichkeit praktisch ausgeschlossen ist“. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass „[e]in missbräuchliches Verhalten ... daher vorliegen [kann], wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen“.
- 28 Diese Rechtsprechung wird gewöhnlich dahin ausgelegt, dass die Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch externes Wachstum, die die Gefahr mit sich bringt, dass jede ernst zu nehmende Wettbewerbsmöglichkeit praktisch ausgeschlossen wird, angesichts der verfolgten Ziele nicht vom Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV (vormals Art. 86 EWG-Vertrag), einer Bestimmung des Primärrechts mit unmittelbarer Wirkung, ausgeschlossen sein kann.
- 29 Diese Entscheidung erging jedoch, als das europäische Recht keinen Mechanismus zur Kontrolle von Zusammenschlüssen kannte. Die Union hat sich mittlerweile Vorschriften gegeben, die für Zusammenschlüsse gelten, durch die

ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich beeinträchtigt werden könnte.

- 30 Schließlich ist zu bemerken, dass die nachfolgenden Verordnungen über die Kontrolle von Zusammenschlüssen zur Vermeidung einer doppelten Prüfung, [nämlich] *ex ante* und *ex post*, der in ihren Anwendungsbereich fallenden Zusammenschlüsse vorgesehen haben, dass auf Zusammenschlüsse von „gemeinschaftsweiter“ Bedeutung, die *ex ante* geprüft werden, nicht auch die Verordnungen (Verordnungen Nr. 17, dann Verordnung Nr. 1/2003) über die Anwendung der Artikel, die wettbewerbswidrige Praktiken verbieten ([Art.] 85 und 86 EUV, jetzt [Art.] 101 und 102 AEUV), angewendet werden können.
- 31 Art. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 gibt im Übrigen eine materiell-rechtliche Definition des Begriffs Zusammenschluss ohne Verweis auf die in Art. 1 genannten Schwellenwerte, anhand deren ein Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung definiert werden kann. Der in Art. 21 vorgesehene Ausschluss scheint daher für jeden Zusammenschluss zu gelten, der der Definition des Art. 3 entspricht, ohne dass es von Belang ist, dass er die Schwellen für die verpflichtende Kontrolle erreicht.
- 32 Im siebten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004 heißt es allerdings, dass „[d]ie Artikel 81 und 82 des Vertrages ... zwar nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf bestimmte Zusammenschlüsse anwendbar [sind], ... jedoch nicht aus[reichen], um alle Zusammenschlüsse zu erfassen, die sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen könnten ...“. Das vorliegende Gericht fragt sich daher, ob die von der „Continental Can“-Rechtsprechung festgelegte Auslegung weiterhin auf einen Zusammenschluss wie den in Rede stehenden anwendbar bleibt, bei dem nicht bestritten wird, dass er der in dem genannten Art. 3 gegebenen Definition entspricht und dessen Wirkungen auf den Wettbewerb nicht *ex ante* geprüft wurden.
- 33 Die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs scheint zu der Frage, ob der in Art. 21 der Verordnung Nr. 139/2004 vorgesehene Ausschluss auch für solche Zusammenschlüsse gilt, die nicht *ex ante* geprüft wurden, nicht Stellung genommen zu haben.
- 34 In dem genannten Urteil vom 7. September 2017 in der Rechtssache C-248/16, Austria Asphalt, hat der Gerichtshof festgestellt:

„31. Die Verordnung Nr. 139/2004 gehört ... zu einer Gesamtheit von Rechtsvorschriften, die zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV und zur Errichtung eines Kontrollsystems dienen, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt der Union nicht verfälscht wird.

32. Wie sich aus Art. 21 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004 ergibt, gilt sie allein für Zusammenschlüsse im Sinne ihres Art. 3, für die die Verordnung Nr. 1/2003 grundsätzlich nicht gilt. [Hervorhebung nur hier]

33. Die letztgenannte Verordnung bleibt jedoch auf Verhaltensweisen von Unternehmen anwendbar, die zwar keinen Zusammenschluss im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 darstellen, aber gleichwohl zu einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Koordinierung zwischen ihnen führen können und aus diesem Grund der Kontrolle durch die Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden unterliegen.“
- 35 Der Gerichtshof scheint jedoch nicht die Ausnahmen klargestellt zu haben, die von dem in Rn. 32 dieses Urteils aufgestellten Grundsatz gemacht werden könnten, und sich auch nicht zu der Frage geäußert zu haben, ob die Auslegung im Urteil „Continental Can“ noch anwendbar ist, und zwar insbesondere auf Zusammenschlüsse unterhalb der Schwelle der verpflichtenden Kontrolle, die weder Gegenstand einer Prüfung im Rahmen einer verpflichtenden Ex-ante-Kontrolle noch einer Verweisungsentscheidung an die Kommission gemäß Art. 22 der Verordnung Nr. 139/2004 waren.
- 36 Angesichts der unmittelbaren Wirkung von Art. 102 AEUV und der Tragweite, die den Bestimmungen über Zusammenschlüsse (Art. 21 Abs. 1 der Verordnung Nr. 139/2004) zukommen könnte, hat das vorlegende Gericht Zweifel, wie diese letztgenannten Bestimmungen auszulegen sind, die die Unmöglichkeit betreffen, „grundsätzlich“ eine selbständige Anwendung der aus dem genannten Primärrecht hervorgegangenen Wettbewerbsregeln auf einen Zusammenschluss vorzunehmen, der wie im vorliegenden Fall:
- die Definition in Art. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 erfüllen kann,
  - sowohl auf der Grundlage des europäischen Rechts als auch des auf Zusammenschlüsse anwendbaren nationalen Rechts zu keiner präventiven Kontrolle geführt hat,
  - somit kein Risiko der kumulativen Anwendung der Verordnungen Nr. 139/2004 und Nr. 1/2003 oder des sich aus einer doppelten Prüfung *ex ante* und *ex post* ergebenden Widerspruchs entstehen lässt.
- 37 Diese Auslegungsschwierigkeit wird durch die Prüfung der nationalen Entscheidungen bestätigt, auf die sich die Parteien berufen und aus denen eine uneinheitliche Anwendung des Unionsrechts hervorgeht.

## **VI. Begründung der Vorlage**

- 38 Da der Gerichtshof die in der vorliegenden Rechtssache streitige Rechtsfrage anscheinend nicht bereits entschieden hat, erweist es sich unter Berücksichtigung der festgestellten Auslegungsunterschiede und zur Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung und Anwendung dieses Rechts innerhalb der Union als erforderlich, dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

## VII. Vorlagefrage

- 39 Die Cour d'appel de Paris (Berufungsgericht Paris) legt dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Ist Art. 21 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen dahin auszulegen, dass er es verwehrt, dass ein Zusammenschluss, der nicht von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 1 dieser Verordnung ist, unterhalb der vom nationalen Recht vorgesehenen Schwellen für eine verpflichtende Ex-ante-Kontrolle liegt und nicht gemäß Art. 22 dieser Verordnung zu einer Verweisung an die Europäische Kommission geführt hat, in Anbetracht der Struktur des Wettbewerbs auf einem nationalen Markt von einer nationalen Wettbewerbsbehörde als ein von Art. 102 AEUV verbotener Missbrauch einer beherrschenden Stellung beurteilt wird?

ARBEITSDOKUMENT