

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 88

Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?

Unter besonderer Berücksichtigung von Killer Acquisitions
und der zehnten GWB-Novelle

Von

Jan-Lukas Henkst



Duncker & Humblot · Berlin

JAN-LUKAS HENKST

Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 88

Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV?

Unter besonderer Berücksichtigung von Killer Acquisitions
und der zehnten GWB-Novelle

Von

Jan-Lukas Henkst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-19082-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59082-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie & Laura

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis April 2023 berücksichtigt werden.

Dank gilt all denjenigen, die mich während der Erstellung dieser Arbeit unterstützt und begleitet haben. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter Professor Dr. Florian Bien Maître en Droit (Aix-Marseille III). Dieser war es, der schon zu Studienzeiten mein Interesse am Wettbewerbsrecht weckte und nun maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Neben wichtigen Ratschlägen regte er immer wieder durch neue Ansätze und Impulse zu einem kritischen Hinterfragen der eigenen Arbeit an und garantierte so eine hervorragende Betreuung. Dank gebührt auch Professor Dr. Olaf Sosnitza für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für das regelmäßige Korrekturlesen der Arbeit gilt herzlicher Dank Florian Lütke-Holz, Lukas Montag, Tim Zenger und Florian Fischer. Abschließend möchte ich meinen Eltern, Sabine und Oliver Henkst und meiner Schwester Larissa für die stets liebevolle Unterstützung während Studium, Promotion und Referendariat danken. Meinem Vater gebührt dabei besonderer Dank für seinen Einsatz und Antrieb zur Vollendung dieser Arbeit. Meine Familie und meine Lebensgefährtin Laura Renneberg waren für mich ein steter Rückhalt und haben mich bei allen Plänen und Entscheidungen unterstützt. Aus diesem Grund ist Ihnen diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Oktober 2023

Jan-Lukas Henkst

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Ziel und Herausforderung der Fragestellung	27
II. Vorgehensweise der Untersuchung	27

Kapitel 1

Problemfälle der Fusionskontrolle	29
A. Killer Acquisitions	29
I. Einführung	29
II. Kill-Zones	31
III. Bewertung	32
1. Positive Effekte	33
2. Negative Effekte	34
B. Anwerben von Gründern und Mitarbeitern	36
C. Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen	38

Kapitel 2

Die ökonomischen und dogmatischen Grundlagen von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht sowie die belegbare Existenz von Regelungslücken	40
A. Grundlegende Elemente der Fragestellung	40
I. Grundlagen der Fusionskontrolle	40
1. Sinn und Zweck der Fusionskontrolle	41
a) Ökonomische Perspektive	41
b) Juristische Perspektive	45
c) Politische Perspektive	47
d) Zwischenergebnis	50
2. Struktur der Fusionskontrolle	50
a) Zusammenschluss	51
aa) Europäische Union	51
(1) Fusion	51

(2) Kontrollerwerb	53
bb) Deutschland	55
(1) Vermögenserwerb	55
(2) Kontrollerwerb	57
(3) Anteilserwerb	59
(4) Wettbewerblich erheblicher Einfluss	59
cc) Zwischenergebnis	61
dd) Schließung der verbliebenden Regelungslücken	61
(1) Analogie zu § 37 GWB und Art. 3 Fusionskontrollverordnung	61
(2) Analogie zu gewerblichen Schutzrechten	62
(3) Anwendung des Art. 101 AEUV	63
(a) Anwendung in Bezug auf Mitarbeiter	64
(b) Anwendung in Bezug auf Gründer	65
(4) Anwendung des § 1 GWB	67
(5) Arbeitsrechtlicher Lösungsansatz	68
(6) Rückgriff auf das UWG	69
ee) Zwischenergebnis	71
b) Schwellenwerte	72
aa) Umsatzschwellen	72
(1) Europäische Union	72
(2) Deutschland	74
(3) Zwischenergebnis	75
bb) Transaktionswertschwelle	76
(1) Tatbestand	76
(2) Höhe des Transaktionswertes	76
(a) Killer Acquisitions erfasst?	77
(b) Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen erfasst?	78
(3) Bestimmung des Transaktionswertes	78
(4) Bewertung der erheblichen Inlandstätigkeit	80
(5) Zwischenergebnis	81
cc) Der neue § 39a GWB – „Remondis Klausel“	81
(1) Zielsetzung	81
(2) Tatbestand	82
(3) Systematik	82
(a) Materielle Aspekte	84
(b) Formelle Aspekte	91
(c) Rechtsfolge	95
(d) Ausnahmen	96
(e) Verfassungskonformität	97

(4) Schließung der bestehenden Regelungslücken über § 39a GWB?	98
(a) Kontrolle von Killer Acquisitions	98
(b) Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen	100
c) Die Verweisungssystematik der Fusionskontrollverordnung	101
aa) Art. 4 Abs. 5 Fusionskontrollverordnung	101
bb) Art. 22 Abs. 1 Fusionskontrollverordnung und dessen Neuinterpretation	103
(1) Voraussetzungen und Verfahren	103
(2) Ursprung und Ziel	103
(3) Bewertung in Bezug auf die Regelungslücken	104
(a) Geringe materielle Anforderungen	104
(b) Verweisung bei fehlender Anwendbarkeit nationaler Fusionskontrolle	106
(c) Verweisungsfristen und deren problematische Bestimmung	109
(d) Aktuelle Anwendung des Art. 22 Fusionskontrollverordnung in der Praxis	110
cc) Zwischenergebnis	112
d) Sonderregelungen des Außenwirtschaftsgesetzes	113
e) Verhältnis zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle	116
II. Zwischenergebnis	116
III. Grundlagen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots	117
1. Sinn und Zweck des Missbrauchsverbots	117
a) Ökonomische Perspektive	117
b) Juristische Perspektive	118
c) Politische Perspektive	120
d) Zwischenergebnis	122
2. Struktur des Missbrauchsverbots	122
a) Europäische Union	122
b) Deutschland	122
aa) Der Missbrauchstatbestand des § 19a GWB	123
(1) Tatbestand	123
(2) Zielsetzung	124
(3) Systematik	125
(4) Zwischenergebnis	129
(5) Zusammenschlusskontrolle über § 19a GWB	130
(a) Die Verbotsnorm des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB	130
(b) Einfluss und Grenzen des Wortlauts der Norm	130
(c) Systematische Grenzen	132
(d) Verhältnis zum Europäischen Recht	133

bb) Der Missbrauchstatbestand des § 20 Abs. 3, Abs. 3a GWB	135
(1) Tatbestand	136
(2) Zielsetzung	136
(3) Systematik	137
(a) Normadressaten	137
(b) Gefährdungstatbestand	138
(c) Schutzbereich	139
(d) Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber	140
(e) Ernstliche Gefahr für den Leistungswettbewerb	141
(f) Kausalität	145
(g) Missbrauchspotential	145
(4) Zusammenschlusskontrolle über § 20 Abs. 3 S. 1, Abs. 3a GWB	146
cc) Stellungnahme	148
B. Zwischenergebnis: Resultierende Notwendigkeit einer auf Art. 102 AEUV basierenden Kontrolle	149

Kapitel 3

Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse ausgehend von der Continental Can Doctrine	150
A. Die vorherrschende Sichtweise der Gerichte und Wettbewerbsbehörden	150
I. Continental Can	150
1. Falldarstellung im Kontext	150
2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofes im Kontext der Untersuchung	151
3. Schlussfolgerung	152
II. BAT & Reynolds/Kommission	155
1. Falldarstellung im Kontext	155
2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofes im Kontext der Untersuchung	156
3. Schlussfolgerung	156
III. Utopia Entscheidung (Luxemburg)	158
1. Falldarstellung im Kontext	158
2. Auffassung der Wettbewerbsbehörde im Kontext der Untersuchung	159
3. Schlussfolgerung	161
a) Verhältnis zum europäischen Recht	161
b) Ex-post-Kontrolle	162
c) Missbräuchliches Verhalten	162
d) Zwischenergebnis	164
IV. Towercast	164
1. Falldarstellung im Kontext	164

2. Auffassung des Europäischen Gerichtshofs	166
a) Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zum Primärrecht	166
b) Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zum Sekundärrecht	168
c) Ex-post Kontrolle	170
d) Materielle Kriterien	171
3. Schlussfolgerung	171
a) Sperrwirkung der Fusionskontrollverordnung	172
b) Anwendbares Verfahrensrecht	174
c) Ex-post Kontrolle	175
d) Materielle Kriterien	176
e) Zwischenergebnis	179
B. Sperrwirkung der Fusionskontrollverordnung	179
I. Sperrwirkung in Bezug auf Art. 102 AEUV	179
II. Sperrwirkung in Bezug auf Verordnung 1/2003	181
1. Zusammenschluss oberhalb der Aufgreifschwellen	182
2. Zusammenschluss unterhalb der Aufgreifschwellen	184
a) Wortlaut der Norm	184
b) Gefahr doppelter Kontrolle	184
c) Einordnung in die Systematik der FKVO	186
d) Effet Utile	187
e) Notwendiger Rückgriff auf den AEUV?	188
f) Zwischenergebnis	189
C. Auslegung, Selbstbindung und Vertrauensschutz ausgehend von der Protokollerklärung	189
I. Die Protokollerklärung im System des Europarechts	190
1. Zwingende Auslegung?	190
2. Selbstbindung der Europäischen Kommission?	192
3. Inhaltliche Auseinandersetzung mit der Protokollerklärung	193
4. Vertrauensschutz	194
II. Zwischenergebnis	195
D. Verstoß gegen das One-Stop-Shop-Prinzip	195
E. Fusionskontrolle grundsätzlich präventiv?	197
I. Ex-post Kontrolle im Vereinigten Königreich	199
II. Ex-post Kontrolle in den USA	201
III. Ex-post Kontrolle in Schweden	203
IV. Weitere Jurisdiktionen	205
F. Zwischenergebnis	205

*Kapitel 4***Die Verwirklichung des Tatbestandes von Art. 102 AEUV
durch einen Zusammenschluss**

207

A. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	207
I. Beherrschende Stellung	207
1. Bestimmung der beherrschenden Stellung	207
2. Beherrschende Stellung des Erwerbers	209
a) Beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt	209
b) Beherrschende Stellung außerhalb des Binnenmarktes	210
3. Beherrschende Stellung des Zielunternehmens	212
4. Zeitpunkt der beherrschenden Stellung	213
a) Beherrschende Stellung bereits vorhanden	213
b) Beherrschende Stellung als Resultat des Zusammenschlusses	214
II. Missbräuchliches Verhalten	217
1. Arten von Missbrauchsverhalten	218
2. Marktstrukturmissbrauch	219
a) Verstärkung der beherrschenden Stellung	220
aa) Effektive Kontrolle	220
bb) Mindestmaß an Einflussnahme	221
(1) Anwerben von Gründern und Mitarbeitern	222
(2) Zielunternehmen in einem nicht beherrschten Markt	222
(a) Theorie der verbundenen Märkte	224
(b) Marktbeherrschendes Zielunternehmen	225
b) Wettbewerbsbehinderung	225
aa) Formen der Wettbewerbsbehinderung	225
(1) Wettbewerber auf demselben Markt	226
(2) Behinderung und Verzögerung des Markteintritts	226
bb) Wettbewerbsbehinderung auf dem beherrschten Markt	227
(1) Sicherung der beherrschenden Stellung	227
(2) Einsatz von Mitteln aus vorherigem missbräuchlichen Verhalten	228
cc) Zwischenergebnis	230
c) Kausalität zwischen der Verstärkung der beherrschenden Stellung und der Wettbewerbsbehinderung	230
d) Besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen	231
III. Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch	232
IV. Zwischenstaatlichkeitsklausel	234
V. Ergebnis	237

B. Anwendbarkeit und Bewertung der Zusammenschlusskontrolle über Art. 102 AEUV in Bezug auf die offengelegten Regelungslücken 238

 I. Beherrschende Stellung 238

 II. Anwerben von Gründern und Mitarbeitern als möglicher Missbrauch? 239

 III. Killer Acquisitions 241

 1. Killer Acquisition als Missbrauchsvariante – Anknüpfungspunkte für den Wettbewerbsschaden (Theory of Harm) 241

 a) „Klassischer Strukturmissbrauch“ 241

 b) „Fortsetzungsmisbrauch“ 242

 c) Wettbewerbsschädliche Motivation 243

 d) Unternehmensstrategie als mögliche Wettbewerbsbehinderung 244

 2. Stellungnahme 246

 IV. Erwerb eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein drittstaatliches Unternehmen 246

C. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV 246

 I. Öffentlich-rechtliche Folgen 247

 1. Europäische Institutionen 247

 a) Europäische Kommission 247

 b) Europäische Gerichtsbarkeit 251

 2. Nationale Institutionen 251

 a) Bundeskartellamt 252

 b) Nationale Gerichtsbarkeit 254

 II. Zivilrechtliche Folgen 254

Kapitel 5

Handhabungsvorschlag für das Bundeskartellamt und Fazit 256

A. Handhabungsvorschlag 256

 I. Zeitliche Begrenzung der ex-post-Kontrolle 256

 II. Kriterien für die Bewertung des Missbrauchspotentials 258

 III. Die Bewertung aufkommenden Wettbewerbs 261

 1. Aktuelle Rechtslage 261

 2. Aufkommender Wettbewerb 262

 3. Einordnung in Bezug auf Art. 102 AEUV 263

 a) Wettbewerbsschädliche Motivation 263

 b) Economic Goodwill Threshold Test 263

 c) Bewertung des Gefahrenpotentials 267

 IV. Die Möglichkeit der Rechtfertigung 267

B. Abschließendes Fazit 268

Literaturverzeichnis	271
Übersicht Rechtsprechung	294
I. Unionsgerichtsbarkeit	294
II. Nationale Gerichtsbarkeit	296
III. Ausländische Gerichtsbarkeit	298
Übersicht Kommissionsentscheidungen	299
Übersicht Bundeskartellamtsentscheidungen	300
Übersicht Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden	301
Stichwortverzeichnis	302

Einleitung

Im Mai 2019 sorgte ein Zeitungsartikel in der New York Times für erhebliches Aufsehen. Darin wurde scharfe Kritik an den Zusammenschlüssen von Facebook mit WhatsApp und Instagram geäußert¹. Der Autor warf Facebook eine strategische Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung vor und forderte die Federal Trade Commission (F.T.C.)² auf, die Zusammenschlüsse von Facebook mit WhatsApp und Instagram rückwirkend zu beseitigen. So hieß es wörtlich:

„The F.T.C.’s biggest mistake was to allow Facebook to acquire Instagram and WhatsApp“ – „When it hasn’t acquired its way to dominance, Facebook has used its monopoly position to shut out competing companies or has copied their technology.“ – „The F.T.C., in conjunction with the Justice Department, should enforce antitrust laws by undoing the Instagram and WhatsApp acquisitions and banning future acquisitions for several years“³.

Hinter diesen Zeilen steht überraschenderweise einer der Gründer von Facebook selbst, Chris Hughes. Hughes ist einer der fünf Gründer von Facebook und war einst sogar der Mitbewohner von Facebook-Chef Mark Zuckerberg während der Gründungszeit auf dem Harvard Campus. Er fungierte in den Anfangsjahren von Facebook als Sprecher des Unternehmens, verließ dieses aber nach drei Jahren, um sich im Wahlkampfteam von Barack Obama zu engagieren⁴. Hughes schloss sich mit seinem Artikel einer immer stärker werdenden Bewegung an, die sich für eine Regulierung oder sogar Zerschlagung der Internetgiganten wie Facebook oder Google einsetzt⁵. Die oben benannten Aussagen von Hughes beschreiben bereits einige Themen, die Gegenstand der vorliegenden Dissertation sein werden. Dies bezieht sich exemplarisch auf die Problematik von unkontrollierbaren Aufkäufen

¹ Das Unternehmen Facebook hat sich am 28. 10. 2021 zu Meta umbenannt. In der vorliegenden Arbeit wird weiter der Name Facebook verwendet. Dies dient einer besseren Verständlichkeit der bisher ergangenen Entscheidungen und einer besseren Nachvollziehbarkeit der bereits erfolgten Zusammenschlüsse.

² Die Federal Trade Commission ist eine der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden. Neben dieser ist noch das U.S. Department of Justice (DOJ) für die Anwendung des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts zuständig.

³ *Hughes*, It’s Time to Break Up Facebook, in New York Times vom 09.05.2019.

⁴ *Nuñez*, How Facebook Cofounder Chris Hughes Made His Fortune, in Forbes vom 26.07.2019; *Leskin*, The Story of Chris Hughes, in Business Insider vom 10.05.2019.

⁵ U.S. House of Representatives, U.S. House Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations, S. 20 ff.; *Warren*, Break Up Big Tech vom 09.09.2019; *Böhm*, Mitbegründer fordert die Zerschlagung von Facebook, in Spiegel Online vom 09.05.2019.

von Start-Ups, durch marktbeherrschende Unternehmen und den Umgang der Wettbewerbsbehörden mit diesen Zusammenschlüssen.

Die scharfe Kritik an der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörde, der Federal Trade Commission und deren Verhalten gegenüber Facebook, beruht insbesondere auf den Genehmigungen der Zusammenschlüsse von Facebook mit WhatsApp und Instagram. Gerade ersterer Zusammenschluss warf auch in der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland viele kritische Fragen auf⁶. Einen Schwerpunkt der Diskussion bildete dabei die Frage, ob die rechtlichen Möglichkeiten der europäischen und nationalen Zusammenschlusskontrollen ausreichen, um alle wettbewerblich relevanten Zusammenschlüsse zu erfassen und diese einer Kontrolle zuzuführen. Die Befürchtung nicht alle relevanten Zusammenschlüsse zu erfassen, bezieht sich insbesondere auf etwaige Killer Acquisitions. Gemeint sind damit systematische Aufkäufe von innovativen Start-Ups durch marktbeherrschende Unternehmen als Teil einer Unternehmensstrategie zur Marktabschottung⁷.

Die Gefahr solch wettbewerblich relevante Killer Acquisition nicht zu erfassen, resultiert unter anderem aus dem Nichterreichen der für eine Zusammenschlusskontrolle durch die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt notwendigen Aufgreifschwelle⁸. Entsprechend sprach der deutsche Gesetzgeber in seiner Begründung zum Gesetzentwurf zur neunten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der Folge GWB genannt, von einer vorhandenen Lücke in der Fusionskontrolle⁹. Die Anwendung starrer Umsatzschwellen führte in Konsequenz dazu, dass innovative Zielunternehmen teilweise unter die Umsatzschwellen fielen und so selbst durch marktbeherrschende Unternehmen ohne Kontrolle akquiriert werden konnten, welche so ihre marktbeherrschende Stellung sicherten.

Als Beispiel für die Problematik von Killer Acquisitions wird zumeist auf den bereits angesprochenen Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp verwiesen¹⁰. Im Rahmen dieser Übernahme war Facebook gewillt, den vom Messenger-Dienst WhatsApp aufgerufenen Kaufpreis von 19 Milliarden US-Dollar zu zahlen, obwohl WhatsApp zu diesem Zeitpunkt keine relevanten Umsätze generieren konnte¹¹. Im Detail erwirtschaftete WhatsApp im relevanten Geschäftsjahr 2012 weltweit nur einen Umsatz von 10,2 Millionen Dollar¹². In der Folge erreicht der

⁶ Vgl. RegBegr. 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 71; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht, 2018, S. 25; *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era – Final Report, 2019, S. 113.

⁷ Vgl. Kapitel 1 A.

⁸ Vgl. Kapitel 2 A. I. 2. b).

⁹ RegBegr. 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 70 ff.

¹⁰ Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht, 2018, S. 123; *Pohlman/Wismann*, NZKart 2016, S. 555, 559 ff.; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34 ff.

¹¹ *Kallfaß*, in: Bunte, Kartellrecht, 14. Auflage 2022, Band 1, § 35 GWB Rn. 38.

¹² WhatsApp Inc., Financial Statement Years Ended December 31, 2013 and 2012.

Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp nicht die Aufgreifschwelle des Art. 1 Abs. 3 FKVO, da der Umsatz von WhatsApp nicht mehr als 100 Millionen Euro betrug. Auch ein Einschreiten des Bundeskartellamtes über § 35 Abs. 1 a.F. GWB war nicht möglich, da die zweite Inlandsaufgreifschwelle nicht erreicht wurde. Der inländische Umsatz von WhatsApp lag unter der damaligen 5 Millionen Euro Aufgreifschwelle und dies trotz hoher Nutzerzahlen in Deutschland und vorhandene Netzwerkeffekten, welche die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens darstellten und den generierten Umsatz zur Nebensache machten¹³.

Wie das Beispiel von Facebook und WhatsApp eindrucksvoll zeigt, ist ein geringer Umsatz kein zwingendes Indiz für wirtschaftliche Unbedeutsamkeit. Im Zeitalter der Digitalisierung und dem Konzept der Start-Ups als Unternehmenskultur eignet sich die Kopplung der Fusionskontrolle an Umsatzschwellen folglich nur noch bedingt¹⁴. Der hohe Kaufpreis und das Interesse von Facebook an WhatsApp lassen sich damit begründen, dass das Zielunternehmen eine neuartige Kommunikationsplattform mit extrem großer Popularität darstellte und im Bereich der Echtzeitkommunikation agierte, in welchem sich Facebook mit seinem Messenger-Dienst bis dato nicht erfolgreich etablieren konnte¹⁵. Aufgrund dieser Erfolge befürchtete Facebook, dass WhatsApp seine Position noch weiter hätte ausbauen und auf dem von Facebook beherrschten Markt für soziale Medien hätte eintreten können¹⁶. In der Folge entschied sich Facebook für den Erwerb von WhatsApp, um einen Wettbewerber auszuschalten und zugleich die eigene Marktposition zu sichern und zu stärken¹⁷.

Die Einordnung des Zusammenschlusses von Facebook und WhatsApp als Killer Acquisitions ist dabei insoweit besonders, als dass der Zusammenschluss, obwohl die dargestellten Aufgreifschwelle der Fusionskontrollverordnung nicht erreicht wurden, doch von der Europäischen Kommission überprüft und freigegeben worden ist¹⁸. Die Möglichkeit zur Kontrolle des Zusammenschlusses resultierte daraus, dass ein Verweisungsantrag an die Europäische Kommission gestellt wurde. Vertreten wird daher, dass keine formelle Regelungslücke in der Fusionskontrolle existierte,

¹³ RegBegr. 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 71.

¹⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68, 01.06.2015, Rn. 452 ff.

¹⁵ FTC v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590, Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, Rn. 107 ff.; *Hughes*, It's Time to Break Up Facebook, in New York Times vom 09.05.2019.

¹⁶ FTC v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590, Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, Rn. 109.

¹⁷ U.S. House of Representatives, U.S. House Committee on the Judiciary, Investigation Of Competition In Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations, S. 7 ff., 124 ff.; FTC v. Facebook, Inc., Case No.: 1:20-cv-03590, Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, Rn. 107 ff.

¹⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.10.2014, COMP.M.7217 (Facebook/WhatsApp).