

Schriftliche Stellungnahme
des Bundesministeriums
für Wirtschaft und Energie und des Bundeskartellamts
zum Weißbuch der Europäischen Kommission
„Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“
vom 9. Juli 2014

Berlin/Bonn 31. Oktober 2014

I. Zusammenfassung

1. Allgemein

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und das Bundeskartellamt begrüßen die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ der Europäischen Kommission (Kommission). Die Stellungnahme betrifft insbesondere die beiden konkreten Änderungsvorschläge für mögliche Verbesserungen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) durch eine Erweiterung der Prüfständigkeit der Kommission auf den Erwerb nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen und die Straffung des Verfahrens für Verweisungen an die Kommission.

Der für das Weißbuch gewählte Gegenstand lässt, worauf die Kommission hinweist¹, weitere Verbesserungen der FKVO sowie der zusätzlichen Evaluierung der von ihr ausgeübten Fusionskontrolle unberührt. Bundeswirtschaftsministerium und Bundes-

¹ Vgl. Weißbuch Fn. 23 und 47.

kartellamt möchten deshalb die Gelegenheit wahrnehmen, in der Stellungnahme zum Weißbuch Anregungen zu weiteren Themen zu geben.

2. Marktabgrenzung

Aus Sicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie stellt sich die Frage, ob die Fusionskontrollpraxis der Kommission in allen Aspekten den aktuellen Entwicklungen der Wirtschaft angemessen Rechnung trägt. Bei der Marktabgrenzung wird vor allem auf den Blickwinkel der Nachfrager (der Kunden) und deren realistische Ausweichmöglichkeiten abgestellt. Der Perspektive der Anbieter (Produzenten) wird geringeres Gewicht zugemessen. Teile der deutschen Wirtschaft kritisieren insbesondere eine zu enge räumliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle durch die Kommission. Die daraus resultierende Gefahr von Fusionsuntersagungen beeinträchtigt die Unternehmen in ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Es sollte deshalb geprüft werden, ob die Fusionskontrollpraxis der Kommission die Internationalisierung der Märkte insbesondere im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung angemessen berücksichtigt. Wir regen als ersten praktischen Schritt an, dass die Kommission ihre Auslegungsgrundsätze zum Begriff des relevanten Marktes (Bekanntmachung von 1997) überprüft und aktualisiert.

3. Weitere Themen

Im Sinne einer Vereinfachung des Verweisungsregimes erscheint es sachgerecht, auch Verweisungen von der Kommission an die Mitgliedstaaten nach Art. 9 FKVO zu erleichtern. Darüber hinaus schlagen wir vor, dass die Kommission, wenn sie einem Verweisungsantrag eines Mitgliedstaats nicht folgt und den Zusammenschluss selbst untersucht, begründet, warum sie von der Verweisung abgesehen hat.

In der jüngeren Vergangenheit zeigte sich, dass die Kommission und einige Mitgliedstaaten die Berücksichtigung der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses, das Ausmaß der Veröffentlichungspflicht sowie den Detaillierungsgrad der Veröffentlichung der Stellungnahme nach Art. 19 Abs. 7 FKVO unterschiedlich auslegen. Hier sollte entweder auf der Ebene der Auslegung der Vorschriften oder durch Änderung der FKVO eine geeignete Lösung gefunden werden, die ein ausreichendes Maß an Transparenz gewährleistet.

4. Erwerb nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen und Straffung des Verweisungsverfahrens

Die Stellungnahme betrifft insbesondere die beiden konkreten Änderungsvorschläge für mögliche Verbesserungen der FKVO durch eine Erweiterung der Prüfständigkeit der Kommission auf den Erwerb nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen und die Straffung des Verfahrens für Verweisungen an die Kommission.

Eine Übertragung der Prüfungskompetenz für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen auf die Ebene der EU ist nur gerechtfertigt, wenn wettbewerbliche Schutzlücken nachgewiesen werden können, die durch das Instrument wirksam geschlossen würden. Am Bestehen solcher Schutzlücken bestehen nach wie vor Zweifel. Die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen ohne kontrollierenden Einfluss muss darüber hinaus ebenso effektiv und effizient sein sowie in einem vorhersehbaren Zeitraum durchgeführt werden wie die Fusionskontrolle allgemein. Es dürfen keine Schutzlücken gegenüber der bisherigen Rechtslage im EWR entstehen und der für die betroffenen Unternehmen entstehende Aufwand muss verhältnismäßig sein. Eine ausschließliche Kontrollbefugnis für die Kommission ist daher an Voraussetzungen und Bedingungen zu knüpfen.

Eine Vereinfachung der Vorschriften für eine Verweisung von Zusammenschlüssen von der nationalen auf die europäische Ebene ist zu begrüßen. Verweisungen in umgekehrter Richtung, also von der Kommission an nationale Wettbewerbsbehörden sollten aber ebenfalls und in gleicher Weise erleichtert werden. Insoweit besteht bei dem von der Kommission im Weißbuch vorgeschlagenen Konzept noch erheblicher Verbesserungsbedarf.

Die im Weißbuch und der beigefügten Arbeitsunterlage aufgeführten Einzelfragen werden am Ende der Stellungnahme knapp beantwortet.

II. PRÜFUNG DES ERWERBS NICHT-KONTROLLIERENDER MINDERHEITSBETEILIGUNGEN DURCH DIE KOMMISSION

Nach den bisherigen Erfahrungen in der deutschen Fusionskontrollpraxis ist eine fusionskontrollrechtliche Prüfung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen für einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs notwendig. Vor diesem Erfahrungshintergrund erscheint eine Erweiterung der dann ausschließlichen Zuständigkeit der Kom-

mission grundsätzlich sinnvoll. Wie bereits in der Stellungnahme von Bundeswirtschaftsministerium und Bundeskartellamt vom September 2013 zum Arbeitspapier vom Juni 2013 ausgeführt, gilt diese Einschätzung nur, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Vorschläge im Weißbuch tragen dem nicht vollständig Rechnung.

1. Nachweis des Mehrwerts eines europäischen Instruments

Eine Übertragung der Prüfungscompetenz für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen auf die Ebene der EU ist nur gerechtfertigt, wenn **wettbewerbliche Schutzlücken** nachgewiesen werden können, die durch das Instrument wirksam geschlossen würden. Lücken wären bei Fusionsfällen denkbar, die zu wettbewerblichen Schäden in Mitgliedstaaten führen, in denen es derzeit keine nationalen Kontrollmöglichkeiten für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen gibt. Allerdings entsteht nur dann eine Schutzlücke, wenn die bestehenden Kontrollsysteme von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen in Deutschland, Österreich und im Vereinigten Königreich, diese Wettbewerbsprobleme nicht bereits abdecken. Bei europaweit bzw. mitgliedstaatsübergreifenden Märkten entsteht keine Schutzlücke, da eine Intervention einer nationalen Behörde die Wettbewerbsprobleme für den gesamten Markt lösen kann und lösen muss. Bei Wettbewerbsproblemen in einem der drei Mitgliedstaaten, die über Instrumente zur Kontrolle nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen verfügen (Deutschland, Österreich und Vereinigtes Königreich) besteht ebenfalls keine Lücke. Denkbar sind Schutzlücken allerdings bei Wettbewerbsproblemen in national abzugrenzenden Märkten in anderen Mitgliedstaaten.

Vor diesem Hintergrund wird die im Impact Assessment des Commission Staff Working Documents vom 9.7.2014 dargestellte Auswertung der Zephyr-Datenbank begrüßt.² Allerdings macht die Auswertung auch deutlich, dass keine Beispiele für wettbewerblich problematische Zusammenschlüsse bekannt geworden sind, die von den geltenden nationalen Systemen nicht erfasst werden. Der von der Kommission angeführte Fall Ryanair/Aer Lingus ist kein taugliches Beispiel. Er betrifft zwar größtenteils Märkte, die jeweils lediglich zwei Mitgliedstaaten betreffen (Marktabgrenzung nach Flugstrecken zwischen Abflugort und Zielort). Die Untersagung durch die Competition Commission des Vereinigten Königreichs hätte durch die Abwendung des Zusammenschlusses aber auch etwaige Wettbewerbsprobleme in Bezug auf andere

² Vgl. Commission Staff Working Document – Impact Assessment, Rz. 39 ff. und Annex III, Rz. 9 ff.

Mitgliedstaaten lösen können (Flugstrecken zwischen Irland und anderen Mitgliedstaaten).

Falls es keine Schutzlücke gäbe, käme als Rechtfertigung für ein Instrument auf europäischer Ebene noch in Betracht, dass eine zentrale Prüfung auf europäischer Ebene Mehrfachnotifizierungen vermeidet und so zu einer Vereinfachung führen könnte. Allerdings gibt es bei nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen nur extrem wenige Mehrfachnotifizierungen, weil nur drei Mitgliedstaaten insoweit eine Kontrolle vorsehen. Eine Überprüfung der Anmeldungen in Deutschland im Zeitraum 2010 bis 2013 hat ergeben, dass es bei dem Erwerb von wettbewerblich erheblichem Einfluss (bzw. im Vereinigten Königreich „material influence“) in diesem Zeitraum keinen einzigen in Deutschland und im Vereinigten Königreich parallel angemeldeten Zusammenschluss gab. Für den Erwerb von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen in Höhe von mehr als 25 Prozent wurde das Jahr 2013 untersucht. Soweit bekannt wurden lediglich in 4 Fällen Zusammenschlüsse sowohl in Deutschland als auch in Österreich angemeldet. Mehrfachnotifizierungen sind in diesem Bereich also offensichtlich kein Problem. Dass es in Zukunft, im Anschluss an eine Rechtsänderung bei der Kommission, möglicherweise weitere Mitgliedstaaten geben könnte, die ebenfalls nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen kontrollieren könnten,³ reicht dabei als Begründung für diese Rechtsänderung durch die Kommission nicht aus. Wenn es nicht zu der Rechtsänderung durch die Kommission kommt, ist nämlich nicht zu erwarten, dass es entsprechende Änderungen geben würde, die vor allem durch eine Änderung der Fusionskontrollverordnung als Referenzsystem ausgelöst würden. Außerdem haben verschiedene Mitgliedstaaten (u.a. Polen) die Prüfung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen vor einiger Zeit abgeschafft, weil diese Fälle in dem betroffenen Mitgliedstaat keine Wettbewerbsprobleme aufwarfen. Möglicherweise unterscheiden sich hier die Marktverhältnisse von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.

2. Anforderungen an ein europäisches Kontrollinstrument beim Erwerb nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen

Die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen ohne kontrollierenden Einfluss muss ebenso **effektiv** und **effizient** sein sowie in einem **vorhersehbaren Zeitraum** durch-

³ Vgl. Commission Staff Working Document – Impact Assessment, S. 7.

geführt werden wie die Fusionskontrolle allgemein.⁴ Es dürfen keine Schutzlücken gegenüber der bisherigen Rechtslage im EWR entstehen. Der für die betroffenen Unternehmen entstehende Aufwand muss verhältnismäßig sein.

Eine ausschließliche Kontrollbefugnis für die Kommission ist daher an folgende Voraussetzungen und Bedingungen zu knüpfen:

a) Das bislang in Deutschland garantierte **wettbewerbliche Schutzniveau** muss gewährleistet bleiben. Die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen, die bisher **nach deutschem Recht** untersucht werden können, muss **weiterhin ebenso effizient durchgeführt** werden – entweder durch die Kommission oder die nationale Wettbewerbsbehörde.

aa) Das würde zum einen am besten erreicht durch eine ex-ante Fusionskontrolle mit Anmeldepflicht und **Vollzugsverbot**. Diese Position hat das Weißbuch nicht übernommen. Das von der Kommission vorgeschlagene gezielte Transparenzsystem verpflichtet nur zu einer Informationsmitteilung über den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung, durch die eine wettbewerbsrelevante Verbindung entsteht. Die Kommission hält allerdings eine Wartezeit nach Eingang der Informationsmitteilung für überlegenswert („should also be considered“),⁵ in der die beteiligten Unternehmen den Erwerb noch nicht vollziehen dürfen. In dieser Zeit („waiting period“) von „beispielsweise“ 15 Arbeitstagen könnten die Kommission über die Einleitung einer weiteren Prüfung und die Mitgliedstaaten über einen Verweisungsantrag entscheiden. In Verweisungsfällen geht die Kommission wohl von der Möglichkeit eines sich anschließenden nationalen Vollzugsverbots aus. Das könnte Mitgliedstaaten ein normales Verfahren ermöglichen, die nicht über die erforderlichen Instrumente für den Umgang mit vollzogenen Anteilserwerben verfügten.⁶

Der Punkt ist bislang offen. Eine solche Regelung ist jedoch zwingend, um eine wirksame Fusionskontrolle zu gewährleisten. Auch bei Minderheitsbeteiligungen ist es häufig schwierig, den Erwerb rückgängig zu machen und einen anderen Erwerber zu finden. Darüber hinaus geht die Kommission bei einer eigenen Prüfung davon aus, dass nach Ablauf der Wartefrist der endgültige Abschluss des Erwerbs zulässig ist.

⁴ Vgl. ICN Recommendation, VI.A. „Merger investigations should be conducted in a manner that promotes an effective, efficient, transparent and predictable merger review process.“; OECD Recommendation, A.1.1. „Merger review should be effective, efficient, and timely.“

⁵ Vgl. Weißbuch Rz. 50; Commission Staff Working Document, Rn. 83, 105.

⁶ Vgl. Weißbuch Rz. 50.

Sie will dann eine Aufgreifkompetenz für einen Zeitraum von 4 bis 6 Monaten⁷ bzw. die Befugnis zu einstweiligen Maßnahmen haben, wie hold-separate-Anordnungen.⁸

Wegen möglicher Probleme bei der Auflösung ist dies keine sachgerechte Lösung. Auch bei einer angeforderten Anmeldung durch die Kommission sollte sich die von der Kommission in Erwägung gezogene „waiting period“ automatisch verlängern. Ein **präventives Anmeldesystem** mit geringeren Informationsanforderungen, ohne verpflichtende Vorgespräche und mit einer formlosen Freigabe wäre gegenüber dem vorgeschlagenen Transparenzsystem vorzugswürdig. Die Möglichkeit einer freiwilligen vollständigen Anmeldung und ein auf diese Fälle beschränktes Vollzugsverbot sind unzureichend. Unternehmen, die sich bei wettbewerbsschädigenden Zusammenschlüssen gegen eine freiwillige Anmeldung entscheiden, können diese Transaktionen vollziehen. Aufgrund der negativen Erfahrungen in Deutschland mit früher möglichen freiwilligen Anmeldungen für bestimmte nur nachträglich anzeigepflichtige Zusammenschlüsse wurde eine generelle Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot eingeführt. Diese Erfahrungen sollten bei der europäischen Fusionskontrolle berücksichtigt werden.

Die Möglichkeit der **nachträglichen Kontrolle innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten** nach Benachrichtigung der Kommission (Prescription period)⁹ führt zudem zu einem – wenn auch begrenzten – Zeitraum der Rechtsunsicherheit. Bei einem Anmeldesystem mit kürzeren Fristen ist nach Ablauf des Vollzugsverbots ein rechtssicherer Vollzug erlaubt.

bb) Die Bedenken, dass bisher nach deutschem Recht überprüfbare Minderheitsbeteiligungen kontrollfrei werden, weil die Kommission ihr Aufgreifermessen zur Einleitung einer Prüfung nicht ausübt, ohne dass Deutschland die Möglichkeit besitzt, den Fall an sich zu ziehen, sind noch nicht ausgeräumt. Da die Kommission die Befugnis erhalten soll, von der Anforderung einer Anmeldung abzusehen und auf eine für einen Fusionskontrollfall in der 1. Phase übliche Prüfung zu verzichten, müssten ausgleichende Vorkehrungen geschaffen werden, um eine Prüfung auf nationaler Ebene zu ermöglichen. Allerdings ist positiv zu vermerken, dass im Weißbuch nunmehr eindeutig festgestellt wird¹⁰, dass ganz allgemein die Verweisungsregelung gewährleis-

⁷ Nicht ersichtlich ist, warum eine erheblich längere Frist vorgeschlagen wird, als für die Prüfung von Anmeldungen in der erste Phase vorgesehen ist.

⁸ Vgl. Weißbuch Rz. 51 f.

⁹ Vgl. Weißbuch Rz. 51; Commission Staff Working Document Rz. 108ff.

¹⁰ Vgl. Weißbuch Rz. 50 letzter Satz.

ten soll, dass das Schutzniveau der nationalen Fusionskontrollsysteme, die nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen bereits erfassen, beibehalten bleibt und Durchsetzungslücken vermieden werden.

Insoweit käme es auf die konkrete Ausgestaltung der Verweisungsregel an. Sollte die Kommission an einem Transparenzsystem festhalten, ist eine **sehr weitgehend vereinfachte Verweisungsmöglichkeit** an die betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden unerlässlich. Insoweit könnten **spezielle und gegebenenfalls automatisierte Verweisungsmechanismen** in Betracht gezogen werden.

Leitet die Kommission keine Prüfung ein, muss auf einen Antrag des Mitgliedstaats hin automatisch – ohne die Notwendigkeit einer Verweisungsentscheidung – und ohne Vetorecht der Fall als an ihn verwiesen gelten, da die Kommission in jedem Fall die Möglichkeit hat, durch die Anforderung einer Anmeldung den Fall selbst zu bearbeiten. Probleme könnten entstehen, weil die Kommission anscheinend vermeiden möchte, innerhalb der Wartezeit vorsorglich Prüfverfahren einzuleiten.¹¹

Zumindest sollte das Erfordernis eines **gesonderten Marktes** in diesem Bereich gestrichen werden und lediglich Auswirkungen auf den betroffenen Mitgliedstaat ausreichen, ohne dass die Möglichkeit nachteiliger wettbewerblicher Auswirkungen im Einzelfall geltend gemacht werden muss (statt „Drohen von nachteiligen Wettbewerbswirkungen“, „Auswirkungen auf den Wettbewerb“). Das entspricht den niedrigeren Informationsanforderungen an die Unternehmen im Rahmen des Transparenzsystems.

Demgegenüber plant die Kommission anscheinend, an den Anforderungen für eine Verweisung nach Art. 9 FKVO auch in diesem Bereich festzuhalten und die bestehenden Anforderungen lediglich in der Entscheidungspraxis an den Umfang der Informationstiefe anzupassen, die den Informationsanforderungen im Transparenzsystem entspricht. Im Weißbuch wird zwar das Bedürfnis anerkannt, das bisherige Schutzniveau der Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen auf nationaler Ebene im Kontext des Verweisungsregimes beizubehalten. Diese Zielvorgabe muss aber noch in konkrete Regelungen umgesetzt werden.

Eine wirksame Ausübung des Antragsrechts auf Verweisung setzt in jedem Fall eine **frühe Übermittlung** der von den Unternehmen übermittelten **Informationen** an die nationalen Wettbewerbsbehörden voraus.

¹¹ Vgl. Weißbuch Rz. 51 letzter Satz.

cc) Um eine Reduzierung des nationalen Schutzniveaus zu vermeiden, dürfte eine Prüfständigkeit der Kommission für nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen im Sinne der „wettbewerbsrelevanten Verbindung“ in den Fällen keine Sperrwirkung gegenüber weitergehenden nationalen Regelungen entfalten, in denen keine „wettbewerbliche Verbindung“ vorliegt.

b) Eine Kontrollmöglichkeit auf europäischer Ebene muss eine unangemessene Belastung der betroffenen Unternehmen durch bürokratische Anmeldeverfahren vermeiden.¹² Der **Mehrwert** eines europäischen Instruments gegenüber dem bereits durch drei Mitgliedstaaten gewährleisteten Schutz sollte klarer nachgewiesen werden (dazu 1.).

Sollte das Transparenzsystem beibehalten werden, sind die Informationsanforderungen einerseits nicht zu hoch anzusetzen, andererseits müssen sie genügen, um Entscheidungen über Prüfungseinleitung oder Verweisungsantrag sicher treffen zu können. Es sollte kein neues Formblatt eingeführt werden.

3. Zusammenschlusstatbestand

Abgesehen von der Ablehnung eines Systems ohne hinreichendes Vollzugsverbot ist die Konzentration der Kontrolle auf Fälle, mit denen ein wettbewerbliches Risiko verbunden ist, grundsätzlich positiv. Die vorgeschlagene Definition der „wettbewerblich relevanten Verbindung“ als Zusammenschlusstatbestand ähnelt den Zusammenschlusstatbeständen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) und des Anteilserwerbs an Kapital bzw. von Stimmrechten (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) im deutschen Recht.

Im Detail weist die Definition aber noch Unklarheiten auf. Das Weißbuch¹³ verlangt als kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen zunächst einen Erwerb von Minderheitsanteilen an einem Wettbewerber oder einer Gesellschaft, die in einem Vertikalverhältnis zum Erwerber steht, der weiterhin

¹² Vgl. ICN-Empfehlung zum Anmeldeverfahren in der Fusionskontrolle (Recommended Practices for Merger Notification Procedures, 2003-2006, im Folgenden „ICN Recommendation“), V.B. „Initial notification requirements and/or practices should be implemented so as to avoid imposing unnecessary burdens on parties to transactions that don't present material competitive concerns.“; OECD-Empfehlung zur Fusionskontrolle (OECD, Council Recommendation on Merger Review, 2005, im Folgenden „OECD Recommendation“), A.1.2. „Member countries should, without limiting the effectiveness of merger review, seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties.“

¹³ Vgl. Rz. 47 des Weißbuchs.

- bei ca. 20 %, ¹⁴ oder
- zwischen 5 % und 20 % liegt, dann ergänzt um weitere Faktoren wie:
 - Rechte, aufgrund derer der Erwerber de facto über eine Sperrminorität verfügt
 - Sitz in der Unternehmensleitung ¹⁵
 - Zugang zu vertraulichen Informationen des Zielunternehmens.

Es sollte präzisierend klargestellt werden, dass auch Beteiligungen an **potenziellen Wettbewerbern** erfasst werden, ¹⁶ und dass sich der Anteilserwerb sowohl auf den Anteil am Kapital als auch auf den **Anteil an den Stimmrechten** beziehen kann. Ferner sollte, wie im Commission Staff Working Document vom 9.7.2014, ¹⁷ klar gestellt werden, dass bei der Frage, ob die genannten Schwellenwerte i.H.v. fünf bzw. 20 Prozent erreicht sind, zu den aktuell erworbenen Anteilen der bereits bestehende Anteilsbesitz des Erwerbers hinzugerechnet wird.

Der Schwellenwert von einem Anteil i.H.v. **fünf Prozent** als Untergrenze erscheint zur Etablierung einer wettbewerblichen Verbindung sehr niedrig (UK 15 %), aber noch akzeptabel.

Da wettbewerblich problematische Fälle, die nicht von den Regelungen der EU Fusionskontrolle erfasst werden, noch auf **nationaler Ebene** geprüft werden können, kommt der Definition von lückenlosen Aufgreifstatbeständen im europäischen Recht eine geringere Bedeutung als im nationalen Recht zu

Die Beschränkung der Anwendbarkeit des neuen Instruments bei nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen auf **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen**, wie in Rz. 119ff. des Commission Staff Working Documents genannt, ist zu begrüßen. Bei einer Ausdehnung auf Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen würde eine integrierte – und innerhalb der Fristen nicht zu leistende – Prüfung nach Art. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 101 AEUV den An-

¹⁴ Die Kommission erwähnt zudem, dass dieser Wert als Schwellenwert dienen kann, bei dessen Überschreitung eine wettbewerbsrelevante Verbindung besteht. Vgl. Rz. 47, Fußnote 37 des Weißbuchs.

¹⁵ In der englischen Fassung des Weißbuchs wird von einem Sitz im Board of Directors gesprochen. Da dieser auch die Rolle des Aufsichtsrats wahrnimmt, sollte der Begriff Unternehmensleitung an dieser Stelle präzisiert werden.

¹⁶ Die Formulierung im Weißbuch ist diesbezüglich nicht eindeutig. Es spricht von einem Wettbewerber oder einer Wettbewerbsbeziehung.

¹⁷ Vgl. Commission Staff Working Document vom 9.7.2014, Rz. 78 und 96.

wendungsbereich der Prüfung von Art. 101 AEUV im Rahmen der VO 1/2003 zu stark beschränken.

III. VEREINFACHUNG DES VERWEISUNGSREGIMES

Eine Vereinfachung der Vorschriften (Art. 4 Abs. 5, Art. 22 FKVO) für eine Verweisung von Zusammenschlüssen von der nationalen auf die europäische Ebene ist zu **begrüßen. Verweisungen** in umgekehrter Richtung, also von der Kommission **an nationale Wettbewerbsbehörden** (Art. 4 Abs. 4, Art. 9 FKVO) sollten aber ebenfalls und **in gleicher Weise erleichtert werden**. Insoweit besteht bei dem von der Kommission im Weißbuch vorgeschlagenen Konzept noch erheblicher Verbesserungsbedarf.

1. Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 FKVO in der pre-notification-Phase bei Zusammenschlüssen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung

Das Weißbuch behält die Vorschläge zu Erleichterungen für Verweisungen vor Anmeldung auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten (Art. 4 Abs. 5 FKVO) in den Fällen bei, die in mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden können. Das zweistufige Verfahren soll in ein einstufiges Verfahren überführt werden. Das vorgeschaltete Verweisungsverfahren (mit eigenem pre-notification Verfahren und Übermittlung des begründeten Verweisungsformulars an nationale Behörden) würde entfallen. Ein Zusammenschluss könnte direkt bei der Kommission angemeldet werden, die die Mitgliedstaaten informiert.

Die im Commission Staff Working Document vorgesehene Beschleunigung von Verweisungen nach Art. 4 Abs. 5 FKVO durch eine Überführung in ein einstufiges Verfahren wird unterstützt. Das Vetorecht der betroffenen Mitgliedstaaten ist wie vorgesehen beizubehalten (ohne Begründungserfordernis). Das gilt auch für die Mindestanzahl von drei Mitgliedstaaten. Eine Verringerung wäre nicht akzeptabel. Es wird ebenfalls unterstützt, dass die Kommission eingereichte Notifizierungen an die Mitgliedstaaten bzw. die betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden unverzüglich weiterreicht. Dass erste, von Zusammenschlussparteien eingereichte Unterlagen („initial briefing papers“) sowie ein sog. Case Allocation Request ebenfalls weitergereicht werden sollen, ist gleichfalls begrüßenswert. Dass diese Informationen allerdings erst während bzw. im Laufe der Pre-Notification-Phase weitergereicht werden

könnten, gilt es zu vermeiden. Das Weißbuch weist diesbezüglich eine **unklare Formulierung** auf. Die Formulierung sollte dahingehend angepasst werden, dass auch diese letztgenannten, **zu Beginn des Pre-notification-Verfahrens eingereichten Unterlagen** durch die Kommission umgehend weitergereicht werden. Ebenso sollten alle relevanten weiteren im Prozess der Pränotifizierung eingereichten Unterlagen umgehend an die Mitgliedstaaten bzw. die nationalen Wettbewerbsbehörden weitergegeben werden.

Nur auf diese Weise erscheint es möglich, dass nationale Wettbewerbsbehörden möglichst schnell über eine ausreichende Informationsgrundlage verfügen, um zeitnah zu entscheiden, ob sie gegen die Verweisung ein Veto einlegen wollen. Für diese Übermittlung sollte eine Rechtsgrundlage in die FKVO aufgenommen werden.

Bei einer entsprechend **frühzeitigen Information** kann von den nationalen Wettbewerbsbehörden bzw. den Mitgliedstaaten, die eigentlich für die fusionskontrollrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses zuständig wären, auch schneller über ein Veto entschieden werden, als in den vorgesehenen 15 Arbeitstagen. In diesem Fall wäre eine Verkürzung dieser Frist auf zehn Arbeitstage akzeptabel.

2. Verweisung nach Art. 22 FKVO bei Zusammenschlüssen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten

Die im Commission Staff Working Document vorgeschlagene Umgestaltung der Verweisungen an die Kommission auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten (Art. 22 FKVO) wird **begrüßt und unterstützt**. Sie soll Verweisungen erleichtern und eine einheitliche Verweisung des gesamten Falls an die Kommission ermöglichen.

a) Gemeinschaftsweite Zuständigkeit der Kommission nach Verweisung

Es ist sachgerecht, dass nur diejenigen Mitgliedstaaten, in denen ein Vorhaben geprüft werden könnte, eine Verweisung an die Kommission beantragen können und die Kommission, nach einer Zustimmung ihrerseits, für die Prüfung im gesamten EWR zuständig ist. Ferner ist es akzeptabel, dass es keines Beitritts zu einem Verweisungsantrag durch einen Mitgliedstaat bedarf, um die Zuständigkeit der Kommission für die Prüfung im gesamten EWR auszulösen. Hierfür ist es allerdings auch unerlässlich, dass Mitgliedstaaten, bei denen der Zusammenschluss geprüft werden könnte, ein **Vetorecht** (ohne Begründungserfordernis) hinsichtlich einer Verweisung behalten, wie von der Kommission vorgeschlagen. Die vorgeschlagene Regelung

würde das Verfahren bei Verweisungsanträgen von mehreren Mitgliedstaaten im selben Fusionsfall deutlich erleichtern. Nach einem ersten Verweisungsantrag würde es für einen „Anschluss“ daran genügen, dass die anderen Mitgliedstaaten kein Veto einlegen. Es entfielen das geltende Erfordernis, dass jeder Mitgliedstaat seinen Verweisungsantrag mit wettbewerblichen Auswirkungen auf sein Staatsgebiet begründen muss. Die Kommission bräuchte nicht mehr für jeden Mitgliedstaat eine eigene Verweisungsentscheidung zu verfassen. Das kann das Verfahren beschleunigen, daher sollte die Kommission darüber nachdenken, ob eine **Verkürzung der Fristen für ihre Entscheidung über einen Verweisungsantrag** möglich ist.

b) Keine Notwendigkeit eines zusätzlichen Fallinformationssystems und paralleler Ermittlungsbefugnisse der Kommission im Vorfeld von Verweisungsanträgen nach Art. 22 FKVO

In dem Kontext von parallelen Fusionskontrollverfahren auf nationaler Ebene ist es grundsätzlich sinnvoll, dass sich nationale Wettbewerbsbehörden gegenseitig frühzeitig über vorliegende Anmeldungen informieren und bereits auf ein mögliches Verweisungsinteresse hinweisen. Die Kommission macht hierzu weitreichende Vorschläge in Rz. 153ff. des Commission Staff Working Documents.

Diese Vorschläge sind aber **überschießend**, da den nationalen Behörden (NCAs) bereits seit mehr als 10 Jahren durch die ECA Mitteilungen eine ausreichende Informationsgrundlage zur Verfügung steht. Es geht dabei um Mitteilungen über Mehrfachnotifizierungen, die keine Geschäftsgeheimnisse enthalten und daher keiner gesonderten Rechtsgrundlage bedürfen.

Die bestehenden ECA Mitteilungen (per E-Mail) sind effizient, schnell, schlank und zielgerichtet. Sie sollten nicht durch ein aufwändigeres formelles Fallinformationssystem nach dem Muster der VO 1/2003 ersetzt werden. Eine Information über beabsichtigte Verweisungsanträge nationaler Wettbewerbsbehörden ist seit 2004 im Rahmen der ECA Principles ebenfalls vorgesehen und wird in den meisten Fällen auch so praktiziert. Dort ist auch eine Information der Kommission vorgesehen. Dieser Teil der Zusammenarbeit funktioniert in der Praxis in aller Regel auch sehr gut.

Parallele Ermittlungen durch nationale Behörden und die Kommission vor der Stellung eines Verweisungsantrags werden **nicht** für **notwendig** gehalten. Im neuen Kontext von Verweisungen nach Art. 22 ist die Kommission nach einer Verweisung ohnehin für die Auswirkungen des verwiesenen Zusammenschlusses in der gesam-

ten Europäischen Union zuständig. Eine Ermittlung der Wettbewerbsverhältnisse in verschiedenen Mitgliedstaaten, in denen es zum Zeitpunkt des ersten Verweisungsantrags noch keine Anmeldung gegeben hat, erübrigt sich daher. Die notwendigen Ermittlungen können nach der Verweisung des Falls an die Kommission vorgenommen werden.

Das von der Kommission vorgeschlagene Informationssystem würde demgegenüber einen **zusätzlichen und unnötigen Verwaltungsaufwand** für Unternehmen und die nationalen Behörden erzeugen:

- Der Aufwand der bereitzustellenden Informationen für die anmeldenden Unternehmen würde erheblich erhöht werden.
- Die im Rahmen des Vorschlags der Kommission einzuholenden Informationen über Zusammenschlussvorhaben¹⁸ übersteigen die Anzeige- und Anmeldepflicht nach deutschem Recht.
- Der Verwaltungsaufwand für die nationalen Behörden (NCAs) würde erheblich ausgeweitet.
- Um über ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben gehaltvolle Informationen über Märkte anderer Mitgliedstaaten als Deutschland zu erhalten, müsste regelmäßig die Kommission selbst diese Informationen von den Zusammenschlussparteien einfordern, wie in Rz. 158 des Commission Staff Working Documents dargelegt. Dies widerspräche dem verfolgten One-Stop-Shop-Prinzip. Es würde Mehrfachnotifizierungen von vorneherein prohibitiv aufwändig gestalten. Derzeit können Mehrfachnotifizierungen abhängig von der Anzahl der beteiligten Unternehmen in zahlreichen Fällen mit weniger Aufwand für die Behörden und die Unternehmen durchgeführt werden, als das bei einer EU-Anmeldung der Fall ist.

Diese Nachteile und dieser zusätzliche Aufwand, der mit jeder Anmeldung für Unternehmen und Behörden einhergeht, müssen der geringen Fallzahl der Verweisungen nach Art. 22 FKVO gegenübergestellt werden. In Rz. 143 des Commission Staff Working Documents gibt die Kommission hierzu an, dass seit 2004 lediglich 23 Verweisungsanträge gemäß Art. 22 FKVO gestellt wurden.

¹⁸ Vgl. Rz. 158 des Commission Staff Working Documents vom 9.7.2014.

Dass mit einer gegenseitigen Unterrichtung ein **Aussetzen nationaler Prüfungsfristen** einhergehen soll, geht ebenfalls über das Ziel hinaus. Dies gilt auch für die vorgeschlagenen Fristhemmungen bei Verweisungen, die auf einer Anregung der Kommission nach Art. 22 Abs. 5 FKVO beruhen. Aus der Sicht von Deutschland ist die bestehende Fristhemmung nach der Stellung eines Verweisungsantrags ausreichend.

Sollte ein Mitgliedsstaat ein Vorhaben bereits freigegeben haben, bevor Verweisungsanträge gestellt wurden, sieht das Weißbuch vor, dass die Freigabeentscheidung in Kraft bleibt und die Verweisung nur die übrigen Mitgliedstaaten betrifft. Diese Regelung ist zu begrüßen.

3. Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO in der pre-notification-Phase bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung an die nationale Behörde auf Antrag der Unternehmen

Anträge auf Verweisung an eine nationale Wettbewerbsbehörde nach Art. 4 Abs. 4 FKVO sollten in entsprechender Weise wie Anträge nach Art. 4 Abs. 5 FKVO erleichtert werden. Hierfür gelten spiegelbildlich dieselben Argumente. Die Überführung in ein **einstufiges Verfahren** mit der Möglichkeit, den Zusammenschluss unmittelbar bei der nationalen Behörde anzumelden, verbunden mit dem Antrag auf Verweisung (durch die Kommission), erscheint sinnvoll, fehlt aber bislang im Weißbuch. Die Zusammenschlussbeteiligten (oder die nationale Behörde) würden die Kommission durch Übermittlung der Anmeldung informieren; die Kommission würde die Anmeldung (oder ein anderes geeignetes Dokument) an alle Mitgliedstaaten übermitteln. **Die Kommission behielte ein Vetorecht, über dessen Ausübung sie parallel zur Prüfung durch die nationale Behörde entscheiden kann.** Das entspricht spiegelbildlich der Situation für das von der Kommission angestrebte Verfahren bei Art. 4 Abs. 5 FKVO. Man könnte darüber nachdenken, die gleichzeitige Übermittlung eines eigenständigen Verweisungsantrags durch die Unternehmen an die Kommission vorzusehen. Um unnötige Verzögerungen zu vermeiden, wäre es allerdings sinnvoll, wenn die Kommission in diesem Kontext auf ein Pre-notification Verfahren verzichten würde. Dies wäre sichergestellt, wenn es ausreicht, dass die nationalen Behörden die Anmeldung (in der gleichzeitig eine Verweisung beantragt wird) an die Kommission weiterleiten.

Die Anmeldung (bzw. andere Informationsdokumente) müsste Angaben enthalten, die dem von den Zusammenschlussbeteiligten benannten Mitgliedstaat, der Kommission sowie den anderen Mitgliedstaaten die Prüfung ermöglichen, ob die beantragte Verweisung sinnvoll ist. Das betrifft Angaben u.a. zu den Aktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten in den anderen betroffenen Mitgliedstaaten. Die Kommission behielte weiterhin ein Vetorecht.

Es wird begrüßt, dass in dem Weißbuch eine **Absenkung der materiellen Anforderungen für Verweisungsanträge** nach Art. 4 Abs. 4 FKVO vorgesehen ist („Zusammenschluss [wirkt sich] vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich [aus]“). Das ist sachgerecht und vermeidet einen „chilling effect“, d.h. dass Unternehmen von einem sinnvollen Verweisungsantrag an die nationale Wettbewerbsbehörde, durch den Wortlaut der Formulierung der Anforderungen an eine Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO abgeschreckt werden.

4. Verweisung nach Art. 9 FKVO an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten

Im Sinne einer Vereinfachung des Verweisungsregimes erscheint es sachgerecht, auch Verweisungen nach Art. 9 FKVO zu erleichtern. Bislang ist das die einzige Verweisungskonstellation, die im Weißbuch von einer Überarbeitung ausgenommen wird.

Bei Art. 9 FKVO sollten ebenfalls Erleichterungen für die Verweisung von der Kommission an nationale Wettbewerbsbehörden realisiert werden. Wie zu Art. 4 Abs. 4 FKVO vorgeschlagen, sollten auch hier die **materiellen Anforderungen** an eine Verweisung abgesenkt werden. Es wäre an dieser Stelle konsequent, wenn auch hier, wie für eine Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO, das Kriterium festgelegt würde, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich auswirkt“.

Der Vorschlag zur **Ausweitung der Prüfungsfrist der Kommission für eine Verweisung** nach Art. 9 FKVO, wie in Rz. 174 des Commission Staff Working Documents der Kommission vom 9.7.2014 dargelegt, kann hingegen nicht als Element zur Vereinfachung betrachtet werden. Die Frist für eine Verweisungsentscheidung von 65 Tagen nach der Anmeldung auf 65 Tage nach Eintritt in die zweite Phase auszuweiten, ist nicht sachgerecht. Die Begründung für diesen Vorschlag ist nicht nachzu-

vollziehen. In seinen Auswirkungen läuft der Vorschlag dem erklärten Ziel der Reform, einer Vereinfachung des Verfahrens, vielmehr zuwider.

Zu Art. 9 FKVO wird vorgeschlagen, dass die Kommission, wenn sie einem Verweisungsantrag eines Mitgliedstaats nicht folgt und den Zusammenschluss selbst untersucht, begründet, warum sie von der Verweisung abgesehen hat. Dies könnte in der Prüfentscheidung oder einer eigenständigen Entscheidung geschehen. Eine eigenständige Entscheidung wäre aber vorzugswürdig, weil sie zeitnäher zum Verweisungsantrag zu begründen wäre.

IV. SONSTIGE DISKUSSIONSPUNKTE/TECHNISCHE VERBESSERUNGEN

1. Auslandszusammenschlüsse

Aus deutscher Sicht wäre eine Änderung der Kommissionspraxis bei **Auslandszusammenschlüssen** sinnvoll. Die Kommission schlägt hierzu im Weißbuch vor, dass die Gründung eines **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens**, das vollständig außerhalb des EWR niedergelassen und tätig ist (und keine Auswirkungen auf die Märkte im EWR hat), nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fallen soll. Ein solches Gemeinschaftsunternehmen müsste daher nicht bei der Kommission angemeldet werden, selbst wenn die Umsatzschwellen des Artikels 1 überschritten sind.

Dies ist zu begrüßen.

In Deutschland hat sich das Bundeskartellamt entschlossen, nicht dem bisherigen Ansatz der Kommission zu folgen, sondern bei der Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften an der Inlandsauswirkungsklausel in § 130 Abs. 2 GWB als einem eigenständigen Prüfungskriterium neben den nationalen Umsatzschwellenwerten festzuhalten. Das Bundeskartellamt hat dies in seinem Merkblatt vom 30. September 2014 anhand von Fallgruppen erläutert, in denen Inlandsauswirkungen entweder von vorneherein ausgeschlossen werden können oder auf der Hand liegen.

2. Informationsaustausch

Ein **Informationsaustausch** zwischen Kommission und nationalen Behörden in Verweisungsfällen ist sinnvoll, weil so eine doppelte Erhebung von Informationen und damit unnötiger Aufwand für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden vermieden

werden kann. Dies umfasst auch Informationen aus Pre-Notification-Phasen, wie in Rz. 181 des Commission Staff Working Documents dargelegt.

3. Gruppenfreistellung für unbedenkliche Zusammenschlüsse

In dem Weißbuch wird vorgeschlagen, bestimmte **Gruppen von Zusammenschlüssen, die in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich** sind (z. B. Zusammenschlüsse, bei denen zwischen den beteiligten Unternehmen keine horizontalen oder vertikalen Beziehungen bestehen und die zurzeit nach einem vereinfachten Verfahrens behandelt werden), von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung freizustellen. Ferner wird in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, für diese Fälle ein ähnliches Verfahren in Erwägung zu ziehen, wie es im Rahmen des Systems der „gezielten Transparenz“ für den Umgang mit dem Erwerb nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen vorgeschlagen wurde.

Gruppenfreistellungsverordnungen beruhen auf einer Selbsteinschätzung der Unternehmen und sind daher im Kontext der Fusionskontrolle kein geeignetes Instrument. Eine präventive Prüfung mit Vollzugsverbot ist eine wichtige Voraussetzung für eine wirksame Fusionskontrolle. Darauf sollte nicht verzichtet werden. Der Vorschlag wird daher abgelehnt.

4. Börsentransaktionen

Gegen eine Ausweitung der **Anmeldefähigkeit von Börsentransaktionen** auf den Zeitpunkt, zu dem der Erwerber eine Kaufabsicht glaubhaft machen kann („good faith intention“), bestehen keine Bedenken.

5. Entflechtungen

Bei **Entflechtungen** von Zusammenschlüssen erscheint es sachgerecht, auch die Rückgängigmachung des (kontrollfreien) Teilerwerbs einzubeziehen, um auf diese Weise die ursprüngliche Wettbewerbssituation wiederherzustellen.

6. Parking Transactions

Eine Klarstellung in der FKVO zu der Behandlung von „**parking Transactions**“ im Sinne der Auslegung der FKVO durch die konsolidierte Mitteilung über Zuständigkeitsfragen ist in der Sache sinnvoll und erhöht die Rechtssicherheit.

7. Sanktionierung von Informationsmissbrauch

Das Anliegen der Kommission, zu verhindern, dass Verfahrensbeteiligte eines Fusionskontrollverfahrens **nicht-öffentliche Informationen** über andere Unternehmen veröffentlichen oder weitergeben, ist nachvollziehbar. Die Verwendung dieser Informationen sollte darauf beschränkt werden, die Verfahrensrechte im Fusionskontrollverfahren auszuüben. Dass eine Zuwiderhandlung gegen diesen Grundsatz sanktioniert werden kann, wie in Rz. 199 des Commission Staff Working Documents dargelegt, erscheint sachgerecht.

8. Widerruf von Art. 4 Abs. 4 FKVO Entscheidungen

In Rz. 200 des Commission Staff Working Documents schlägt die Kommission vor, Verweisungen nach **Art. 4 Abs. 4 FKVO auch nachträglich widerrufen** zu können, falls sie auf falschen oder vorgetäuschten Informationen seitens der Anmelder beruhen. Dieser Vorschlag weist keine zeitliche Limitierung auf. Eine Umsetzung dieses Vorschlags kann somit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bezüglich der Prüfung, der Freigabe oder Untersagung eines Zusammenschlusses führen. Bei Falschangaben bieten sich der Kommission weitreichende Sanktionen an, die eine ausreichende Abschreckung darstellen sollten. Der Vorschlag ist daher abzulehnen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch den Mitgliedstaaten bei einer Nichtausübung ihres Vetorechts gegen einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 keine Möglichkeit eröffnet ist, einen Widerruf der Verweisung zu erreichen.

V. WEITERE ÜBERLEGUNGEN ZUR ÄNDERUNG DER FKVO BZW. EVALUIERUNG DER FUSIONSKONTROLLPRAXIS, DIE NICHT IM WEIßBUCH VORGESEHEN SIND

1. Marktabgrenzung

Aus Sicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie stellt sich die Frage, ob die Fusionskontrollpraxis der Kommission in allen Aspekten den aktuellen Entwicklungen der Wirtschaft angemessen Rechnung trägt. Bei der Marktabgrenzung wird vor allem auf den Blickwinkel der Nachfrager (der Kunden) und deren realistische Ausweichmöglichkeiten abgestellt. Der Perspektive der Anbieter (Produzenten) wird geringeres Gewicht zugemessen. Teile der deutschen Wirtschaft kritisieren ins-

besondere eine zu enge räumliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle durch die Kommission. Die daraus resultierende Gefahr von Fusionsuntersagungen beeinträchtigt die Unternehmen in ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Der Wettbewerbsdruck auf die deutsche/europäische Wirtschaft durch internationale Unternehmen wird auch in Zukunft zunehmen. Aus Sicht der Unternehmen können zur Sicherung ihrer Marktposition deshalb Fusionen sinnvoll erscheinen. Überlegungen zu einer wirksameren Fusionskontrolle sollten daher auch die Frage umfassen, ob die Anwendungspraxis für diese Entwicklungen gerüstet ist. Es sollte deshalb geprüft werden, ob die Fusionskontrolle durch die Kommission die Internationalisierung der Märkte insbesondere im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung angemessen berücksichtigt. Als ersten praktischen Schritt regen wir an, dass die Kommission ihre Auslegungsgrundsätze zum Begriff des relevanten Marktes (Bekanntmachung von 1997) überprüft und aktualisiert. Eine Erläuterung der aktuellen Praxis der wettbewerblichen Analyse von Fusionen würde auch der Rechtssicherheit der Unternehmen dienen.

2. Beratender Ausschuss

In der jüngeren Vergangenheit zeigte sich, dass die Kommission und einige Mitgliedstaaten die Berücksichtigung der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses in Fusionskontrollverfahren gemäß Art. 19 Abs. 6 FKVO, das Ausmaß der Veröffentlichungspflicht sowie den Detaillierungsgrad der Veröffentlichung der Stellungnahme nach Art. 19 Abs. 7 FKVO unterschiedlich auslegten. Hier sollte entweder auf der Ebene der Auslegung der Vorschriften oder durch Änderung der FKVO eine geeignete Lösung gefunden werden, die ein ausreichendes Maß von Transparenz gewährleistet.

Beantwortung der konkreten Fragen der Kommission

Questions of the Commission Staff Working Document

1. Minority shareholdings:

a) Regarding the concerns that a competence to control the acquisition of minority shareholdings should not inhibit restructuring transactions and the liquidity of equity markets, do you consider that the suggestions put forward in the White Paper are sufficient to alleviate this concern? Please take into account that the transactions would either not be covered by the Commission's competence or not be subject to the 15 days waiting period.

Die Ausdehnung der Anwendung von Art. 3 Abs. 5 lit. a) FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen erscheint sachgerecht. Eine abweichende Behandlung dieser Erwerbsvorgänge verglichen mit Transaktionen, die die sonstigen Merkmale eines Kontrollerwerbs erfüllen, schiene hingegen inkonsequent. Eine Gefährdung solcher Transaktionen kann angesichts der Vorschläge der Kommission daher nicht erkannt werden. Eine weitere Spezifizierung von Restrukturierungstransaktionen erscheint allerdings nicht notwendig.

b) Are there any other mechanisms that could be built into the system to exclude transactions for investment purposes from the competence?

Nein. Die Ausdehnung der Anwendung von Art. 3 Abs. 5 lit. a) FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen ist ausreichend.

c) Regarding the scope of the information notice under the transparency system, would you have a preference for assimilating the information requirements to the German system, i.e. with a requirement to give market share information or to the US system which relies on internal documents to form a view on the market structure and market dynamics?

Das deutsche System sieht nur sehr geringe Informationsanforderungen vor, die in vielen Fällen auch keine Marktanteilsinformationen beinhalten müssen (vgl. § 39 Abs. 3 Nr.4 GWB). Die Vorlage von internen Dokumenten sollte erwogen werden,

weil sich die Prüfung, ob ein Fall aufgegriffen werden sollte, so vereinfachen und beschleunigen ließe.

d) Please estimate the time and cost associated with preparing a notice, taking into account also the different scopes suggested, such as a notice with market share information, or a notice with relevant internal documents.

Die entsprechende Information ist so nicht verfügbar.

e) Do you consider a waiting period necessary or appropriate in order to ensure that the Commission or Member States can decide which acquisitions of minority shareholdings to investigate?

Ja, ein solches im Normalfall mit Ablauf der 15-Tage-Frist endendes Vollzugsverbot ist für eine wirksame Fusionskontrolle unerlässlich.

2. Referrals - Article 22:

a) Please comment on the suggestions regarding the information system amongst the Member States and the Commission. In particular, would such a system give sufficient information to the Member States to decide about a referral request?

Das System führt zu einem erheblichen Mehraufwand für Unternehmen, nationale Behörden und voraussichtlich auch für die Kommission. Dieser Mehraufwand steht in keinem Verhältnis zu der Anzahl der Fälle, für die er eine Erleichterung bringen soll.

Das System übersteigt ferner die Anzeige- und Anmeldepflicht der deutschen Fusionskontrolle gemäß GWB und ist hinsichtlich der geforderten Aussetzung nationaler Prüfungsfristen auf der gesetzlichen Grundlage deutscher Fusionskontrolle nicht umsetzbar. Das bisherige, schlanke und effektive System von ECA Mitteilungen zwischen den nationalen Behörden ist effizienter und reicht völlig aus.

b) Would such a system reduce the risk of diverging decisions by the Member States?

Die Komplexität und der Umfang des Systems erscheinen ungeeignet, das Ziel, informierte Entscheidungen zu treffen, zu erreichen. Es würde erhebliche Kapazitäten bei der Informationsbereitstellung binden, aber auch bei der Informationsverarbeitung. Diese Kapazitäten würden schließlich bei der Entscheidungsfindung fehlen.