

Positionspapier

BDI-Stellungnahme zum Entwurf von überarbeiteten Leitlinien der Europäischen Kommission für Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren

A. Einleitung

Die Europäische Kommission („Kommission“) hat am 24. April 2007 einen Entwurf von überarbeiteten Leitlinien für Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren („Leitlinien“) zur Konsultation veröffentlicht.

Der BDI begrüßt, dass die Kommission ihre Leitlinien zu Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren überarbeitet und erheblich erweitert hat. Die Leitlinien geben fusionswilligen und fusionierenden Unternehmen in einem wichtigen und komplexen Bereich der Fusionskontrolle nützliche Hinweise zu materiellen und prozessualen Fragen.

Der BDI hat jedoch zwei grundsätzliche Kritikpunkte, die auch die Kommentierung der Einzelpunkte in den folgenden Abschnitten leiten:

- Die Leitlinien lassen zu wenig Spielraum, um auf die Besonderheiten des Einzelfalles einzugehen. Dadurch werden sie der Komplexität der Problematik von Abhilfemaßnahmen nicht gerecht und führen zu einem „Zwangsjackeneffekt“ („*straightjacket effect*“). Diese Problematik wird nicht dadurch entschärft, dass es sich „nur“ um formell unverbindliche Leitlinien handelt. Denn faktisch haben Leitlinien der Kommission regelmäßig eine quasi verbindliche Wirkung. Der Zwangsjackeneffekt wird dadurch, dass die Kommission kaum Abweichungen von den von ihr erstellten Mustertexten gestattet, noch verstärkt. Insgesamt vermitteln die Leitlinien den Eindruck, als sollten sie auch als Instrumentarium zur Umsetzung politischer Zielvorstellungen der Kommission dienen.
- Die Leitlinien gehen zu sehr von dem „pathologischen“ Fall aus, in dem opportunistisch taktierende Zusammenschlussbeteiligte der Kommission und „hilflosen“ Käufern generell untaugliche Abhilfemaßnahmen anbieten. Diese Vorstellung entspricht nicht der Realität. Zusammenschlussbeteiligte haben in aller Regel ein großes eigenes Interesse daran, geeignete Abhilfemaßnahmen anzubieten, insbesondere um das Fusionskontrollverfahren zügig zu beenden. Bei den potentiellen Käufern von Desinvestitionsgeschäften handelt es sich in der Regel um anspruchsvolle Unternehmen mit erfahrenen Beratern. Die Käufer haben aufgrund der Zwangssituation der Zusammenschlussbeteiligten, die das Desinvestitionsgeschäft innerhalb kürzester Frist veräußern müssen, eine sehr vorteilhafte Verhandlungsposition,

Dokumenten Nr.
D 0143

Datum
3. Juli 2007

Seite
1 von 11

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 030 2028 1408
F: 030 2028-2408

Internet
www.bdi.eu

E-Mail

U.Suchsland-Maser@bdi.eu

die sie zu ihren Gunsten zu nutzen wissen. Sie würden auch nicht erhebliche Kaufsummen einsetzen, wenn sie dafür kein auf Dauer wettbewerbs- und überlebensfähiges Unternehmen erhalten würden. Schließlich haben die Geschäftsführer und sonstigen Mitarbeiter des Desinvestitionsgeschäfts auch deshalb selbst das größte Interesse daran, das Geschäft lebensfähig zu erhalten, weil es hierbei letztlich um den Erhalt ihrer Arbeitsplätze geht.

Im Einzelnen:

B. Grundvoraussetzungen für die Geeignetheit von Abhilfemaßnahmen

1. Komplexität von Abhilfemaßnahmen kein automatischer Ausschlussgrund

Die Kommission erklärt in den Leitlinien, dass Abhilfemaßnahmen, die so weitreichend und komplex sind, dass nicht beurteilt werden kann, ob sie tatsächlich umgesetzt werden und den Wettbewerb aufrechterhalten können, nicht akzeptabel sind (Tz. 14 der Leitlinien).

Der BDI weist darauf hin, dass die Komplexität von Abhilfemaßnahmen allein die Kommission nicht berechtigt, diese von vornherein zurückzuweisen. Den Zusammenschlussbeteiligten Abhilfemaßnahmen abzuverlangen bedeutet einen sehr weitgehenden Eingriff in ihre Eigentumsrechte sowie in ihre unternehmerische Freiheit. Die Kommission unterliegt insofern dem strikten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie ist daher verpflichtet, auch komplexe und weit reichende Abhilfemaßnahmen eingehend zu untersuchen und eine Prognose über ihre Geeignetheit anzustellen. Dabei darf sie keine Art von Abhilfemaßnahmen von vornherein für ungeeignet erklären.

2. Kein grundsätzlicher Vorrang struktureller Abhilfemaßnahmen

Vor diesem Hintergrund ist auch die in den Leitlinien verwendete Formulierung, dass „nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann“ („*the possibility cannot automatically be ruled out*“), dass andere als strukturelle Abhilfemaßnahmen ebenfalls geeignet sein können, Wettbewerbsbedenken auszuräumen (vgl. Tz. 15), zu restriktiv. Verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen sind, wie das Gericht erster Instanz festgestellt hat, „*nicht schon ihrem Wesen nach nicht [ausreichend], um die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern, sondern ebenso wie strukturelle Verpflichtungszusagen von Fall zu Fall zu prüfen*“.¹ Hierfür spricht auch, dass die Abgrenzung von strukturellen und verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen häufig zu unscharf ist, um eine so weitgehende Rechtsfolge, wie sie die Vermutung der Ungeeignetheit von Abhilfemaßnahmen darstellt, daran zu knüpfen.

¹ EuG, Urt. v. 4. Juli 2006, Rs T-177/04 *easyJet/Kommission* [2006] Slg. II-0000, Tz. 182.

3. Versprechen, die Produktpalette nicht zu reduzieren, nicht grundsätzlich ungeeignet

Zu restriktiv sind die Leitlinien auch insofern, als sie eine Zusage, die Produktpalette nicht zu reduzieren, für generell ungeeignet erklären (Tz. 17).

Nach Auffassung des BDI sind durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen eine solche Abhilfemaßnahme wirksam sein kann. Beispielsweise könnte ein Zusammenschluss ein bestimmtes Produkt betreffen, das beide Zusammenschlussbeteiligte in fast identischer Form anbieten. Wenn in einer solcher Situation ein Abnehmer oder eine Gruppe von Abnehmern auf das entsprechende Produkt eines Zusammenschlussbeteiligten angewiesen ist, kann die Zusage, gerade dieses Produkt für einen gewissen Zeitraum weiterzuführen, eine geeignete Abhilfemaßnahme darstellen, die von der betroffenen Kundengruppe überwacht werden kann.

4. Zwangsjackeneffekt der Mustertexte

Die Kommission stellt fest, die Mustertexte für „divestitures commitments“ und „trustee mandates“ seien rechtlich nicht verbindlich und würden ausreichend Flexibilität lassen, um sie an die Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen (Tz. 21).

Dies entspricht leider nicht immer den realen Erfahrungen der Unternehmen. Vielmehr lehnt die Kommission jeglichen Versuch, von den Mustertexten auch nur in Details abzuweichen, in aller Regel ab. Häufig wird das damit begründet, dass jede Abweichung eine zeitraubende interne Abstimmung, insbesondere mit dem juristischen Dienst der Kommission, erfordere. Nach Auffassung des BDI muss es den Zusammenschlussbeteiligten aber grundsätzlich freistehen, von den Mustertexten abzuweichen, soweit die von ihnen vorgeschlagene Formulierung geeignet ist, das gesetzlich geforderte Ergebnis zu erzielen. Die Kommission darf eine Abweichung von den Mustertexten nur dann zurückweisen, wenn sie dafür besondere Gründe hat.

Dem widerspricht auch der von der Kommission vorgeschlagene Entwurf eines Formulars RM, in dessen Abschnitt 3 den Zusammenschlussbeteiligten aufgegeben wird, jede einzelne Abweichung von den Mustertexten gesondert zu begründen. Dadurch wird die Begründungslast für die Abweichung, die an sich die Kommission trifft, in unzulässiger Weise den Zusammenschlussbeteiligten aufgebürdet.

Die Handhabung der Mustertexte durch die Kommission ist ein Musterbeispiel für den bemängelten „Zwangsjackeneffekt“ der Leitlinien. Sie wird der Vielgestaltigkeit und Komplexität der Problematik von Abhilfemaßnahmen nicht gerecht.

C. Unterschiedliche Arten von Abhilfemaßnahmen

1. Zuordnung von Personen und Vermögensgegenständen zum Desinvestitionsgeschäft

Die Kommission weist in den Leitlinien darauf hin, dass Personen und Vermögensgegenstände, die sowohl von dem verbleibenden als auch von dem zu desinvestierenden Geschäftsbereich genutzt werden („*shared personnel and assets*“), grundsätzlich dem Desinvestitionsgeschäft zuzuordnen sind (Tz. 26). Erst wenn sich herausstellt, dass der Käufer des Desinvestitionsgeschäfts diese Personen und Vermögensgegenstände nicht benötigt, haben die Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit, die Genehmigung der Kommission einzuholen, diese Personen und Vermögensgegenstände nicht übertragen zu müssen (Tz. 31).

Diese Regelung wirft erhebliche praktische Probleme auf. Häufig ist die Übertragung von gemeinsam genutzten Funktionen auf den zu desinvestierenden Geschäftsbereich nicht notwendig, da der Käufer diese Funktionen in seinem Unternehmen bereits vorhält. Die Übertragung dieser Funktionen auf das Desinvestitionsgeschäft kann sogar zur Folge haben, dass potentielle Käufer von dem Erwerb des Desinvestitionsgeschäfts Abstand nehmen, weil sie diese zusätzlichen Funktionen nicht erwerben möchten. Die Möglichkeit, im Nachhinein eine Genehmigung von der Kommission zu erlangen, dass diese Personen und Vermögensgegenstände nicht übertragen werden müssen, ist für potentielle Käufer häufig zu ungewiss.

Die US-amerikanischen Kartellbehörden scheinen insofern flexibler zu sein. Beispielsweise kann dort die Übertragung von gemeinsam genutzten FuE-Einrichtungen nicht notwendig sein, wenn die Zusammenschlussbeteiligten nachweisen können, dass alle potentiellen Käufer über eigene FuE-Einrichtungen verfügen. Ebenso kann auf die Übertragung von Produktionseinrichtungen verzichtet werden, wenn Produktionskapazitäten Dritter zu wettbewerbsfähigen Konditionen am Markt verfügbar sind.²

Nach Auffassung des BDI sollten die Zusammenschlussbeteiligten berechtigt sein, in erster Linie ein etwas „schlankeres“ Desinvestitionspaket zu schnüren, das den Kernbereich an Personen und Vermögensgegenständen enthält, die für den erfolgreichen Betrieb des Desinvestitionsgeschäfts erforderlich sind. Zusätzlich würden die Beteiligten weitere Personen und Vermögensgegenstände bestimmen, hinsichtlich derer der Käufer eine Erwerbsoption erhielte. Der Käufer könnte dann entscheiden, ob er bestimmte Vermögensgegenstände, die nicht zum Kernbereich des Desinvestitionsgeschäfts gehören, erwerben möchte oder nicht, letzteres insbesondere weil er diese Funktionen bereits in seinem Unternehmen vorhält.

Dieser Vorschlag weist Parallelen zu der von der Kommission als „*crown jewels*“ bezeichneten Variante auf (vgl. Tz. 44 ff.). Nach unserer Auffassung handelt es sich aber doch um eine anders gelagerte Situation. Denn nach der von uns vorgeschlagenen Lösung wären in dem erweiterten, „opti-

² Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies, 2.4.2003, S. 5 f.; abrufbar im Internet unter www.ftc.gov/bc/bestpractices/bestpractices030401.htm.

onalen“ Desinvestitionspaket nicht unbedingt besonders attraktive „Kronjuwelen“ enthalten, sondern in erster Linie gemeinsam genutzte Zentralfunktionen, über die potentielle Erwerber häufig verfügen und die sie aus diesem Grunde nicht erwerben möchten. Insgesamt könnte die vorgeschlagene Optionslösung für mehr Flexibilität und eine Erleichterung und Beschleunigung des Desinvestitionsprozesses sorgen.

2. Präferenz für Desinvestition des Erwerbergeschäfts bei feindlicher Übernahme

Die Kommission bringt in den Leitlinien für den Fall einer feindlichen Übernahme eine Präferenz für die Desinvestition des überlappenden Geschäftsbereichs des erwerbenden Unternehmens gegenüber der Desinvestition des überlappenden Geschäftsbereichs der Zielgesellschaft zum Ausdruck (Tz. 34).

Nach unserer Auffassung ist diese Präferenz nicht gerechtfertigt. Die Desinvestition des dem Erwerber gehörenden Geschäftsbereichs bringt erheblichen Mehraufwand und Kosten mit sich. Denn das erwerbende Unternehmen muss ein bereits integriertes Geschäft abgeben; zusätzlich muss es einen fremden Geschäftsbereich integrieren. Allein die Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Informationen über einen Geschäftsbereich eines feindlichen Übernahmeobjektes können diesen erheblichen Mehraufwand nicht rechtfertigen. Es kann nicht im Belieben der Kommission stehen, hier eine „nice-to-have-Politik“ zu betreiben.

Die Desinvestition eines Geschäftsbereichs des Erwerbers und die eines Geschäftsbereichs der Zielgesellschaft sollten als gleichwertig erachtet werden. Dies wird offenbar grundsätzlich auch vom US-amerikanischen *Department of Justice* so gesehen.³ Auch an dieser Stelle sollte die Kommission nicht in der Form von Leitlinien (formell) unverbindliche Präferenzen äußern, die aber in der Praxis die Wirkung von verbindlichen Festlegungen haben.

3. Dauer des Wiedererwerbsverbots zu lange

Nach den Leitlinien sollte eine Veräußerungszusage eine Klausel enthalten, gemäß derer die Zusammenschlussbeteiligten einen desinvestierten Geschäftsbereich über einen Zeitraum von zehn Jahren nicht wieder erwerben dürfen („Wiedererwerbsverbot“ - „*non-reacquisition-clause*“; Tz. 43).

Dieser Zeitraum ist nach Auffassung des BDI zu lang. Es gibt kaum Märkte, in denen die Wettbewerbsbedingungen so starr und unveränderlich sind, dass sich über einen Zeitraum von zehn Jahren nicht wesentliche Veränderungen ergeben könnten, die ein Wiedererwerbsverbot überflüssig machen. Angemessener erschiene ein Zeitraum von etwa zwei bis drei Jahren, wie ihn die Kommission etwa in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler

³ Vgl. U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, October 2004, S. 10, Fn. 15 („*In a merger between firm A and firm B, the Division generally would be indifferent as to which firm's assets are divested ...*“); abrufbar im Internet unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>.

Zusammenschlüsse für die Frage des rechtzeitigen Marktzutritts durch Neuzugänger (zwei Jahre)⁴ oder in der Nebenabredenbekanntmachung für die zulässige Dauer eines Wettbewerbsverbots (zwei bzw. drei Jahre)⁵ nennt. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass ein Wiedererwerb in der Regel einer erneuten fusionskontrollrechtlichen Prüfung durch die Kommission oder eine nationale Kartellbehörde unterliegt.

Ein Wiedererwerbsverbot über zehn Jahre ist zumindest im Grundsatz zu lang. Einen so langen Zeitraum sollte die Kommission nur dann wählen, wenn feststeht, dass das Wiedererwerbsverbot für einen so langen Zeitraum erforderlich ist, was nur selten der Fall sein dürfte.

4. „Up-front buyer“- und „fix-it-first“-Lösungen in der Regel unverhältnismäßig

In den Leitlinien stellt die Kommission drei – aus ihrer Sicht wohl gleichwertige – Verfahren dar, gemäß denen ein Desinvestitionsgeschäft auf einen geeigneten Käufer übertragen werden kann:

- (i) den Vollzug des Zusammenschlusses unmittelbar nach der Freigabeentscheidung der Kommission und den Verkauf des Desinvestitionsgeschäfts innerhalb eines festgelegten Zeitraums (längstens sechs bzw. neun Monate) nach der Freigabe;
- (ii) den Vollzug des Zusammenschlusses nach der Freigabeentscheidung, allerdings erst nachdem eine verbindliche Vereinbarung über den Verkauf des Desinvestitionsgeschäfts geschlossen wurde („up-front buyer“-Lösung); sowie
- (iii) den Fall, dass schon während der Prüfung eines Zusammenschlusses eine verbindliche Vereinbarung über den Verkauf des Desinvestitionsgeschäfts mit einem geeigneten Käufer geschlossen wird mit der Folge, dass die Kommission dem Käufer bereits im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens zustimmen kann und die Zusammenschlussbeteiligten den Zusammenschluss unmittelbar nach der Freigabeentscheidung vollziehen dürfen („fix-it-first“-Lösung).

Der BDI ist überzeugt, dass die genannten Verfahren keineswegs gleichwertig sind. Deshalb ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nur das erstgenannte Desinvestitionsverfahren zulässig. Sowohl eine „up-front buyer“- als auch eine „fix-it-first“-Lösung kann den Beteiligten grundsätzlich nicht abverlangt werden. Bei „up-front-buyer“- und „fix-it-first“-Lösungen stehen die Zusammenschlussbeteiligten unter einem so starken Veräußerungsdruck, der von potentiellen Käufern strategisch genutzt wird, dass eine ordnungsgemäße Veräußerung zu einem angemessenen Verkaufspreis nicht mehr möglich ist. Zudem verzögern diese Lösungen die Integration des im Rahmen des Hauptzusammenschlusses zu erwerbenden Ge-

⁴ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 31 v. 5.2.2004, S. 5, Tz. 74.

⁵ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. EG Nr. C 56 v. 5.3.2005, S. 24, Tz. 20.

schäftsbereichs erheblich. Eine verzögerte Integration verursacht aber signifikante Kosten und ist erwiesenermaßen eine der Hauptursachen für das Scheitern von Fusionen.

Aus Sicht der Kommission sind „*up-front-buyer*“- und „*fix-it-first*“-Lösungen natürlich die sichersten Verfahren. In der Regel können die Ziele der Fusionskontrolle aber mindestens ebenso wirksam über die Verpflichtung zur Desinvestition innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erreicht werden (s. o. Variante (i)). Dieses Verfahren greift wesentlich weniger stark in die Rechte der Zusammenschlussbeteiligten ein und ist daher in aller Regel aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den beiden anderen Verfahren vorzuziehen. Dies sollte auch in der Formulierung der Leitlinien zum Ausdruck kommen.

Im Übrigen bezweifelt der BDI, dass eine systematische Differenzierung zwischen „*up-front buyer*“- und „*fix-it-first*“-Lösung sinnvoll ist. Die beiden Begriffe stammen aus dem US-Kartellrecht und werden dort als gleichbedeutend verwendet. Der einzige Unterschied zwischen dem „*up-front buyer*“- und dem „*fix-it-first*“-Verfahren besteht darin, dass die Zusammenschlussbeteiligten beim „*fix-it-first*“-Verfahren unter einem noch stärkeren, in der Regel kaum praktikablen und jedenfalls unzumutbaren Zeitdruck stehen, einen geeigneten Käufer bereits während des an enge Fristen gebundenen Fusionskontrollverfahrens zu finden.

5. Veräußerungsfrist für Desinvestitionen

Die Kommission führt in den Leitlinien aus, dass die Frist für die Veräußerung eines Desinvestitionsgeschäfts so kurz wie möglich („*as short as feasible*“) sein muss. Grundsätzlich sei eine Frist von sechs Monaten für die Veräußerung durch die Zusammenschlussbeteiligten („*first divestiture period*“) und eine Frist von weiteren drei Monaten für die Veräußerung durch den Veräußerungstreuhänder („*trustee divestiture period*“) angemessen (Tz. 96).

Diese Fristen sind sehr knapp bemessen und dürften an der unteren Grenze des Zulässigen und Zumutbaren liegen, insbesondere bei komplexen Transaktionen oder feindlichen Übernahmen. Zudem ist die gewählte Formulierung („so kurz wie möglich“) einseitig. Natürlich sollte die Desinvestitionsfrist kurz sein, andererseits muss sie aber auch – abhängig insbesondere von der Komplexität des Falles – ausreichend lang sein, um den Veräußerungsprozess ordnungsgemäß durchführen zu können. In einigen Fällen dürfte das innerhalb von sechs bzw. neun Monaten nicht möglich sein.

Auch an die Verlängerung der Frist für die Erfüllung von Veräußerungszusagen stellt die Kommission in den Leitlinien zu strenge Anforderungen. Eine Verlängerung dieser Frist kommt nach Auffassung der Kommission nur in Betracht, wenn die Zusammenschlussbeteiligten nachweisen können, dass sie die Frist aus Gründen außerhalb ihres Verantwortungsbereichs versäumt haben und dass sie voraussichtlich in der Lage sein werden, das Desinvestitionsgeschäft innerhalb eines kurzen Zeitraumes zu veräußern (Tz. 71).

Diese Formulierung berücksichtigt die Interessen der Zusammenschlussbeteiligten und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht ausreichend. In der Regel haben die Zusammenschlussbeteiligten ein erhebliches Eigeninteresse daran, das Desinvestitionsgeschäft innerhalb eines kurzen Zeitraumes zu veräußern, schon um dafür einen angemessenen Preis zu erhalten. Die Übertragung des Veräußerungsprozesses auf den Veräußerungstreuhänder, der das Geschäft veräußern darf, ohne einen Mindestpreis erzielen zu müssen, bringt für die Zusammenschlussbeteiligten ganz erhebliche Kosten und Risiken mit sich. Dieser Schritt darf nur gegangen werden, wenn die Kommission Hinweise darauf hat, dass die Zusammenschlussbeteiligten die Veräußerung des Desinvestitionsgeschäfts bewusst verzögern.

Die von der Kommission aufgestellten Anforderungen an eine Fristverlängerung sind dagegen zu hoch. Es sind nämlich durchaus Fälle vorstellbar, in denen die Gründe für die Nichteinhaltung der Frist (auch) im Verantwortungsbereich der Zusammenschlussbeteiligten liegen, eine Nichtverlängerung der Frist und eine Übertragung des Veräußerungsprozesses auf den Veräußerungstreuhänder aber gleichwohl unverhältnismäßig wäre.

6. Modifikation von Abhilfemaßnahmen durch die Kommission

Die Kommission beschreibt in den Leitlinien Situationen, in denen es erforderlich sein kann, dass sie das Recht erhält, die Abhilfemaßnahmen im Nachhinein zu modifizieren, wenn sich erweist, dass sie nicht das gewünschte Ergebnis erzielen (Tz. 74).

Diese Möglichkeit der Gestaltung von Abhilfemaßnahmen erscheint sinnvoll, soweit die Kommission sie dazu nutzt, um in Situationen, in denen sie ansonsten aufgrund der bestehenden Unsicherheit über die künftige Entwicklung einen Zusammenschluss untersagen würde, diesen aber aufgrund der Möglichkeit, die Abhilfemaßnahme gegebenenfalls anzupassen, freigeben kann. So verwendet kann das Instrumentarium der nachträglichen Modifikation von Abhilfemaßnahmen zu einer größeren Flexibilität des Verfahrens führen. Es sollte aber nicht dazu verwendet werden, um es der Kommission zu ermöglichen, sich zusätzlich gegen wettbewerbliche Risiken abzusichern und den Zusammenschlussbeteiligten zusätzliche Belastungen aufzuerlegen.

D. Verfahrensaspekte der Unterbreitung von Abhilfemaßnahmen

1. Diskussion von Abhilfemaßnahmen mit Wettbewerbsbehörden außerhalb des EWR

Die Kommission hält sich für berechtigt, in Fusionsfällen, in denen Märkte betroffen sind, die über das Gebiet des EWR hinausreichen, die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen mit Wettbewerbsbehörden außerhalb des EWR zu diskutieren (Tz. 79).

Der BDI regt an klarzustellen, dass eine Diskussion von Abhilfemaßnahmen mit anderen Wettbewerbsbehörden nur dann zulässig ist, wenn die Zusammenschlussbeteiligten zuvor über die Tatsache und den wesentlichen

Inhalt dieser Diskussionen informiert wurden und einen entsprechenden Vertraulichkeitsverzicht („*waiver of confidentiality*“) abgegeben haben.⁶

Seite
9 von 11

2. Ungeeignetheit der Abhilfemaßnahme aufgrund fusionskontrollrechtlicher Risiken

Nach Auffassung der Kommission ist ein von den Zusammenschlussbeteiligten für eine Desinvestition vorgeschlagener Käufer ungeeignet, wenn vorhersehbar ist, dass die Implementierung der Abhilfemaßnahme durch Schwierigkeiten bei der Erlangung von fusionskontrollrechtlichen oder anderen Genehmigungen übermäßig verzögert werden kann (Tz. 102).

Die Kommission sollte klarstellen, dass das genannte Risiko nur dann relevant ist, wenn erhebliche fusionskontrollrechtliche Probleme in *materieller* Hinsicht zu erwarten sind. Rein *prozessuale* Unsicherheiten können angesichts der Tatsache, dass die nationalen Fusionskontrollverfahren selbst innerhalb der EU sehr uneinheitlich sind und häufig mit erheblichen Verzögerungen und kaum vorhersehbaren Resultaten geführt werden, die Ablehnung eines Käufers nicht rechtfertigen.

3. Rollenverständnis der Treuhänder

Die Kommission beschreibt in den Leitlinien die Rolle von Überwachungs- und Veräußerungstreuhänder. Dabei betont sie, dass der Treuhänder der Kommission zuarbeiten und Kommissionsaufgaben erfüllen muss – er sei „Augen und Ohren“ („*eyes and ears*“) der Kommission (Tz. 115).

Zunächst ist also festzustellen, dass die Treuhänder offenbar eine originäre Aufgabe der Kommission erfüllen. Deshalb sollte in den Leitlinien klargestellt werden, dass die Treuhänder bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auch die Interessen der Zusammenschlussbeteiligten berücksichtigen müssen.

So kann es nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass die Zusammenschlussbeteiligten dem Überwachungstreuhänder Instruktionen erteilen (so aber Tz. 115). Soweit die Instruktionen den Aufgaben des Treuhänders nicht widersprechen, sollte die Instruktionserteilung zulässig sein. Im Zweifelsfall könnte die Kommission darüber entscheiden, ob eine Instruktion zulässig oder unzulässig ist.

Außerdem sollte klargestellt werden, dass der Treuhänder keinen Anspruch darauf haben kann, Zugang zu allen Büchern und Unterlagen der Zusammenschlussbeteiligten zu erhalten (so aber Tz. 117), sondern nur soweit das für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.

Schließlich sollte die Kommission deutlich machen, dass der Veräußerungstreuhänder zwar nicht verpflichtet ist, einen Mindestpreis zu erzielen (Tz.

⁶ Vgl. dazu die Arbeiten des ICN, insbesondere die „Explanatory Note“ zu „Waivers of Confidentiality in Merger Investigations“, abrufbar im Internet unter <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/mergers/notification-and-procedures>.

118), dass er aber sehr wohl verpflichtet ist, bei der Veräußerung den bestmöglichen Preis zu erzielen.

4. Verengung des Kandidatenkreises für die Treuhänderfunktion

Nach Auffassung der Kommission sind Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und andere Beratungsunternehmen besonders geeignet, die Aufgaben des Überwachungstreuhänders zu erfüllen. Investmentbanken seien dagegen besonders geeignet, die Rolle des Veräußerungstreuhänders zu übernehmen (Tz. 122).

Der BDI kann keinen tragfähigen Grund für diese Einschränkung des Kreises der für die Treuhänderfunktion geeigneten Personen bzw. Unternehmen erkennen. Insbesondere scheinen uns gerade Investmentbanken als ausgewiesene Experten für M&A-Transaktionen geeignet zu sein, um eine Desinvestition zu überwachen – und zwar deutlich besser geeignet als Wirtschaftsprüfungsunternehmen, bei denen M&A-Transaktionen nicht zum Kerngeschäft gehören.

Auch an dieser Stelle besteht die Gefahr, dass die Aussagen in den Leitlinien faktisch verbindliche Wirkung erlangen und zu einer Inflexibilität des Verfahrens führen.

5. Veröffentlichung von Identität und Aufgaben des Treuhänders

Die Kommission möchte in geeigneten Fällen berechtigt sein, die Identität des Treuhänders und eine Zusammenfassung seiner Aufgaben zu veröffentlichen (Tz. 123).

Der BDI sieht keine Notwendigkeit für eine solche Veröffentlichung.

E. Formular RM

Die Verwendung von Formularen kann dann zu einer effizienteren Verwaltung beitragen, wenn die Formulare zur Bearbeitung häufig wiederkehrender, relativ einfacher und standardisierter Fälle eingesetzt werden. Das ist bei Fusionskontrollverfahren, bei denen Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen werden, regelmäßig nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich hier um sehr komplexe, spezifische und wenig standardisierte Einzelfälle. Wir erkennen daher generell keine Notwendigkeit, für solche Fälle ein neues Formular einzuführen.

Zudem werden in dem Formular zahlreiche und sehr detaillierte Informationen abgefragt, die in vielen Fällen für die Beurteilung der Abhilfemaßnahmen gar nicht erforderlich sein werden. Beispielsweise sollte es in der Regel nicht notwendig sein, für jedes einzelne Produkt bzw. Service des Desinvestitionsgeschäfts Umsätze und Innovationen abzufragen (so aber Abschnitt 5.3 des Formulars RM). Diese Informationen dürften beispielsweise bei der Desinvestition eines Geschäfts eines feindlichen Übernahmobjektes

– einer grundsätzlich zulässigen Form von Veräußerungszusage (siehe oben Abschnitt III.2.) – in der Regel nicht vorhanden sein.

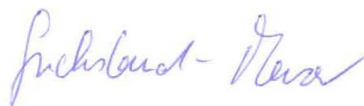
Angesichts der Tatsache, dass die Kommission zu dem Zeitpunkt, zu dem Abhilfemaßnahmen angeboten werden, in der Regel die Wettbewerbsbedingungen des Zusammenschlusses schon sehr genau untersucht und zahlreiche und detaillierte Informationen dazu erhalten hat, erscheint die hier abgefragte Detailtiefe an Information überflüssig und unverhältnismäßig, nicht zuletzt angesichts des erheblichen Zeitdrucks, unter dem die Zusammenschlussbeteiligten bei der Formulierung und Implementierung von Abhilfemaßnahmen stehen.

Bezüglich des Abschnitts 3 des Formulars RM, das den Zusammenschlussbeteiligten auferlegt, jede einzelne Abweichung von den Mustertexten zu begründen, verweisen wir auf die oben unter Abschnitt II.4. geäußerte Kritik.

Insgesamt sollte es das Ziel der Kommission sein, unnötigen bürokratischen Aufwand zu vermeiden. Auch die Politik der Generaldirektion Wettbewerb im Bereich der Abhilfemaßnahmen muss den Zielen der Verbesserung der Rechtsetzung und der Verringerung der Verwaltungslasten (Stichwort „*better regulation*“), wie sie von der EU selbst propagiert⁷ und vom BDI unterstützt werden, genügen.



Lau



Dr. Suchsland-Maser

⁷ Vgl. zuletzt die Mitteilung der Kommission betreffend „Strategische Überlegungen zur Verbesserung der Rechtsetzung in der Europäischen Union“ v. 14.11.2006, KOM(2006) 689 endg.