

Stellungnahme

Konsultation der Europäischen Kommission zu verfahrenstechnischen und juristischen Aspekten der EU-Fusionskontrolle

A. Einleitung

Die Europäische Kommission hat am 7. Oktober 2016 eine Konsultation zu bestimmten Aspekten der EU-Fusionskontrolle eingeleitet. Im Fokus stehen dabei die Aufgreifschwelle und Verweisungsregelungen der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) sowie das vereinfachte Verfahren. Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) nimmt im Folgenden zu den Konsultationsfragen Stellung. Wir hatten uns auch schon 2013 und 2014 an den öffentlichen Diskussionen zur Überarbeitung der FKVO beteiligt.

Dokumenten Nr.
D 0848

Datum
12.1.2017

Seite
1 von 11

Der BDI befürwortet das Vorhaben der Kommission, die EU-Fusionskontrolle effektiver zu gestalten. Prozessuale Erleichterungen für Zusammenschlüsse, die keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufweisen, sowie Erleichterungen und Verkürzungen bei Fallverweisungen werden daher begrüßt. Der One-Stop-Shop der europäischen Fusionskontrolle sollte auf Norwegen, die Schweiz sowie – nach Durchführung des Brexits – auch auf das Vereinigte Königreich ausgedehnt werden.

Die angedachte Einführung einer neuen zusätzlichen Aufgreifschwelle wäre aus Sicht des BDI unnötig und wettbewerbslich verfehlt. Durch eine an das Transaktionsvolumen geknüpfte Aufgreifschwelle könnten künftig auch Fälle durch die Europäische Kommission geprüft werden, die keinen oder nur einen sehr geringen Bezug zum Europäischen Wirtschaftsraum aufweisen (fehlender „Local Nexus“). Angesichts nur eines einzigen immer wieder genannten angeblichen Präzedenzfalls (Facebook/WhatsApp im Jahr 2014) und ohne erkennbaren wettbewerbspolitischen Bedarf ist ein solches Mehr an bürokratischem Aufwand für die Unternehmen nicht vertretbar.

B. Vereinfachung des Verfahrens

Die Konsultation bittet um Anmerkungen, ob eine Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens erreicht werden könnte, z. B. durch eine Ausweitung oder Änderungen des Vereinfachten Verfahrens oder indem gewisse unproblematische Transaktionen vom Zuständigkeitsbereich der Kommission ausgenommen werden.

- ***Kein Anmeldeerfordernis für bestimmte Transaktionen***

Der BDI befürwortet die Einführung des Erfordernisses eines lokalen Nexus in Bezug auf die Anmeldepflichten für Joint Ventures, um sicherzustellen, dass Joint

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

Telekontakte
T: +3227921005
F: +3227921030

Internet
www.bdi.eu

E-Mail

N.Rossmann@bdi.eu

Venture Transaktionen nur dann zu einer formalen Anmeldepflicht bei der Kommission führen, wenn das Joint Venture selbst (und nicht nur seine Muttergesellschaften) im EWR tätig ist oder es feste Pläne gibt, dass das Joint Venture in naher Zukunft im EWR tätig werden soll.

Wenn die Gründungsverträge eines Gemeinschaftsunternehmens dessen geographisches Tätigkeitsgebiet klar auf ein Gebiet außerhalb des EWR eingrenzen und auch die Rollout-Pläne der Gesellschafter eine geographische Ausweitung der Tätigkeiten des Gemeinschaftsunternehmens in den EWR absehbar nicht vorsehen, fehlt es an einem sachlichen Anknüpfungspunkt für eine regulatorische Kontrolle durch die EU. Allein die Tatsache, dass Mutterunternehmen die Schwellenwerte der FKVO erfüllen, rechtfertigt es ordnungspolitisch nicht, solche Vorgänge der EU-Fusionskontrolle zu unterwerfen. Das Bundeskartellamt verfolgt hier mittlerweile mit seinem Merkblatt zur Inlandsauswirkung in Deutschland einen flexibleren Ansatz. Auch andere Wettbewerbsbehörden (z. B. CADE) zeigen sich in der Praxis flexibler. Die für das EU-Recht in diesem Zusammenhang häufig ins Feld geführte Gencor-Rechtsprechung des EuGH ist nicht sachgerecht. Man darf in diesem Zusammenhang auch nicht die negative Vorbildwirkung der FKVO für weniger erfahrene Wettbewerbsrechtsordnungen unterschätzen, die noch dazu oft niedrige Aufgreifschwelle vorsehen. Für viele M&A-Transaktionen stellt das – auch wegen dann zu beachtender Vollzugsverbote – ein erhebliches Hindernis dar und führt zu unnötigen Formalien und einer Erhöhung der Transaktionskosten.

Ebenso sollte aus Sicht des BDI eine Ausnahme von der formalen Anmeldepflicht vorgesehen werden für Transaktionen, in denen es keine horizontalen Überschneidungen und keine wesentlichen vertikalen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen gibt oder ein bloßer Wechsel von gemeinsamer Kontrolle zu alleiniger Kontrolle Gegenstand der Anmeldung wäre.

Für solche Transaktionen sollte eine schriftliche Information über den Zusammenschluss an die Kommission ausreichen, mit einer Möglichkeit der Kommission, binnen 10 Arbeitstagen den Zusammenschluss entweder freizugeben oder eine formale Anmeldung im Vereinfachten Verfahren zu fordern.

- ***Verbesserungen des Vereinfachten Verfahrens***

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das „Vereinfachte Verfahren“ positive Wirkungen gezeigt hat, indem es zu einer gewissen Reduzierung des Zeitaufwands, der erforderlichen Ressourcen sowie der Kosten für eine Anmeldung geführt hat. Doch trotz dieser sehr hilfreichen Vereinfachung ist der Aufwand der beteiligten Unternehmen immer noch beträchtlich. Dies gilt insbesondere für die vorzulegenden internen Dokumente. Weiterhin könnten das Prenotification-Verfahren sowie das Stellen von Requests for Information („RFIs“) noch optimiert werden. Eine Verfahrensvereinfachung wäre darüber hinaus auch bei nicht vom Vereinfachten Verfahren erfassten Zusammenschlüssen wünschenswert.

Es wäre hilfreich, wenn das Case Team mit den Parteien einer Transaktion zu Beginn der Prenotification-Phase den Zeitplan sowie den geplanten Fokus und Umfang der Prüfung durch die Kommission und die Verfügbarkeit von Daten und Informationen bei den Parteien besprechen könnte.

Der Umfang der durch die Kommission angeforderten Informationen übertrifft den Umfang der durch nationale Behörden angefragten Dokumente und führt oftmals zu langwierigen Prozessen. Die sehr kurzen Antwortfristen sind in diesem Zusammenhang problematisch. Oftmals stehen die angefragten Marktdaten nicht unmittelbar zur Verfügung, sondern müssen individuell ermittelt oder geschätzt werden, was zu erheblichem personellen und zeitlichen Aufwand für die Unternehmen führt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Buchhaltung eines Unternehmens nur Zahlen zu einzelnen nationalen Märkten zur Verfügung hat, die geographische Marktabgrenzung der Kommission aber rein lokale oder grenzübergreifende Märkte umfasst. Hier sollten längere Antwortfristen und eine Straffung der RFIs vorgesehen werden. Weiterhin wäre eine Beschränkung des Umfangs von RFIs auf die absolut für die Bewertung der Transaktion erforderlichen Informationen wünschenswert, um den Aufwand für die Unternehmen in einem vernünftigen Rahmen zu halten. Dies gilt insbesondere bei Fällen, die offensichtlich unkritisch sind. Es sollte sichergestellt werden, dass die Fragen eindeutig, spezifisch und auf die jeweilige Partei zugeschnitten sind. RFIs sollten – soweit wie möglich – zusammengefasst und konsolidiert werden.

Bei der Anforderung von internen Dokumenten sollte sichergestellt werden, dass diese Anfragen ausreichend spezifisch und auf die erforderlichen Informationen beschränkt werden. Sollte eine umfangreiche Datenabfrage erforderlich sein, so sollte dies idealerweise bereits während der Prenotification erfolgen.

Weiterhin sollte die Prenotification dazu genutzt werden, Themen, die mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zu relevanten wettbewerbsrechtlichen Bedenken führen, bereits vor der formalen Prüfung durch die Kommission abzuschließen.

Zudem wäre es wünschenswert, wenn eine größere Flexibilität in der Darstellung der Daten gegeben wäre, insbesondere bei der Anforderung großer Datenmengen.

- ***System der Selbsteinschätzung***

Ein System der Selbsteinschätzung, das an die wettbewerbliche Relevanz einer Transaktion für den EWR anknüpft, wie in dem Konsultationsbogen der Kommission vorgeschlagen, hält der BDI für erwägenswert. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es bei einem solchen System wichtig, dass die Europäische Kommission einen begleitenden Leitfaden herausgibt, in dem konkret aufgezeigt wird, in welchen Fallgruppen von einer Anmeldung abgesehen werden kann bzw. in welchen Fällen eine Anmeldung unbedingt vorzunehmen ist. Auch hier sei nur beispielhaft auf das Merkblatt des Bundeskartellamtes zur Inlandsauswirkung in Deutschland verwiesen.

Laut Konsultationsbogen würde ein System der Selbsteinschätzung mit einem Ex-post Untersuchungsrecht der Kommission verbunden werden. Im Interesse der Rechts- und Transaktionssicherheit müsste ein solches Prüfungsrecht klar auf Fälle mit evidenter materiell-rechtlicher Erheblichkeit beschränkt werden. Auch hierzu wäre entsprechende Guidance durch die Kommission in Form eines Leitfadens oder einer Mitteilung erforderlich. Wenn die Risiken einer Selbsteinschätzung (nachträgliche Untersagung einschließlich Entflechtungsanordnung, nachträgliche Auflagen oder Bußgelder etc.) zu hoch werden, liefe dies auf eine Vielzahl vorsorglicher Anmeldungen hinaus. Das

wiederum stünde gerade im Widerspruch zur Idee eines Systems der Selbsteinschätzung und zu der angestrebten Verfahrensvereinfachung.

C. Anmeldeschwellen

Die Europäische Kommission greift in ihrer Konsultation die aktuell viel diskutierte Frage auf, ob das europäische Modell der umsatzbasierten Anmeldeschwellen noch zeitgemäß ist oder ob angesichts von Übernahmefällen wie „Facebook/WhatsApp“ eine neue Aufgreifschwelle für Fälle erforderlich wäre, in denen ein Unternehmen zwar (noch) keine nennenswerten Umsätze im Europäischen Wirtschaftsraum erzielt, aber über ein erhebliches Marktpotenzial verfügt, das sich angeblich durch einen hohen Kaufpreis ausdrückt. Als besonders betroffene Branchen werden die digitale Wirtschaft und die pharmazeutische Industrie genannt.

In Deutschland wird zurzeit eine vergleichbare Diskussion geführt. Der am 28. September 2016 veröffentlichte Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle (Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) sieht in § 35 Abs. 1 a GWB-E eine neue Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle vor. Die Bundesregierung schlägt vor, dass Zusammenschlüsse künftig bei Überschreitung eines Gegenleistungswerts von 400 Mio. € angemeldet werden müssen, selbst wenn ein Unternehmen keinerlei Umsatz auf dem deutschen Markt erzielt. Voraussetzung soll neben der Umsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E lediglich sein, dass eines der Unternehmen mehr als 25 Mio. € Umsatz im Inland erzielt hat und das zu erwerbende Unternehmen „in erheblichem Umfang“ im Inland tätig ist.

Der BDI lehnt die Einführung einer neuen an die Gegenleistung oder das Transaktionsvolumen anknüpfenden Anmeldeschwelle als unnötig und wettbewerbspolitisch verfehlt ab. Jede Ausweitung der Anmeldeschwellen, die automatisch zu höheren Bürokratielasten der Unternehmen führen würde, widerspricht dem grundlegenden Ziel der Europäischen Kommission, das EU-Fusionskontrollsystem zu vereinfachen. Aus diesen Gründen hatte es in den vergangenen Jahren auch erhebliche Kritik an den mittlerweile beiseitegelegten Plänen der Kommission zur Ausweitung der Fusionskontrolle auf nichtkontrollierende Minderheitsbeteiligungen gegeben.

Eine neue Anmeldeschwelle, die sich nach dem Transaktionsvolumen bemisst, gefährdet das Prinzip des „Local Nexus“ in der Fusionskontrolle und führt zu einem Mehr an bürokratischem Aufwand für die Unternehmen, ohne dass ein wettbewerbspolitischer Bedarf erkennbar wäre. Im Ergebnis droht wegen eines einzigen angeblichen Präzedenzfalls (Facebook/WhatsApp) eine systemfremde Vermischung des EU-Aufgreifsystems der umsatzbasierten Anmeldeschwellen mit dem US-System („size of transaction“).

Es ist anzunehmen, dass eine solche Änderung der Aufgreifschwellen in der Folge zu einem Beispiel für andere Jurisdiktionen würde. Dies würde zu sich überschneidenden und sehr aufwendigen Prüfverfahren für Unternehmen sowie für Kartellbehörden führen, die ohnehin nur über beschränkte personelle Ressourcen verfügen.

Die Kommission stellt in ihrer Konsultation die richtigen kritischen Fragen: Besteht überhaupt eine Regelungslücke, die eine Änderung des aktuellen Systems

erforderlich machen würde? Wie kann, bei Einführung eines neuen Auffangkriteriums, sichergestellt werden, dass den Unternehmen keine unnötigen Bürokratielasten entstehen? Auf welche Weise kann sichergestellt werden, dass nur Transaktionen mit Auswirkungen auf den Wettbewerb im Europäischen Wirtschaftsraum von der Anmeldepflicht bei der Europäischen Kommission erfasst werden („Local Nexus“)? Die Kommission sollte auch die richtigen kritischen Antworten auf diese Fragen finden und nur tätig werden, wenn anhand empirischer Studien und statistisch signifikanter Daten nachgewiesen werden kann, dass tatsächlich eine Systemlücke besteht, die auf europäischer Ebene geschlossen werden muss. Aus Sicht der deutschen Wirtschaft besteht eine solche Systemlücke nicht.

- ***Keine Systemlücke – aber hohe Kosten für Unternehmen***

Eine Systemlücke würde voraussetzen, dass es jährlich eine signifikante Anzahl an M&A-Transaktionen gibt, die bislang aufgrund zu niedriger Umsätze nicht anmeldepflichtig waren, sich aber im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) auf den Wettbewerb auswirken und daher von der Europäischen Kommission vorab geprüft werden sollten. Eine derartige signifikante Anzahl an M&A Transaktionen ist aber nicht ersichtlich. Der immer wieder angeführte Fall Facebook/WhatsApp allein reicht nicht aus, um Strukturänderungen in der Fusionskontrolle im beabsichtigten Ausmaß zu rechtfertigen. Darüber hinaus wurde diese Übernahme aufgrund des Verweisungssystems letztlich doch von der Europäischen Kommission geprüft und ohne Zusagen in Phase I freigegeben. Auch dies spricht gegen eine Rechtslücke und zeigt, dass das aktuelle System der EU-Fusionskontrolle mit ihren umsatzbasierten Aufgreifschwelle funktioniert. Andere „Lücken-Fälle“ sind nicht bekannt und zwar weder in den von der Konsultation angesprochenen Wirtschaftszweigen der digitalen Wirtschaft und der pharmazeutischen Industrie noch in anderen Wirtschaftssektoren. Somit besteht auf Grund der vorliegenden Fakten keine Systemlücke, die ein gesetzgeberisches Tätigwerden rechtfertigt.

Eine Ausweitung der EU-Fusionskontrolle würde zu einem erhöhten administrativen Aufwand und einem zusätzlichen Kostenfaktor für Unternehmen führen. Zum einen würden deutlich mehr und insbesondere unproblematische Fälle von der Fusionskontrolle in der EU erfasst werden. Zudem besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen die Kommission mit Fragen bezüglich einer möglichen Anmeldepflicht konsultieren oder ihre Zusammenschlüsse vorsorglich anmelden würden. Dies ist nicht nur mit hohen externen Rechtsberatungskosten, sondern auch mit Kosten durch den hohen unternehmensinternen Aufwand für Prüfung, Ermittlung von Daten, Hemmung und Ablenkung des Geschäfts während und durch ein laufendes Fusionskontrollverfahren, die zeitliche Verzögerung der Durchführung der Transaktion, etc. verbunden.

Zudem würde eine neue – auf dem Transaktionswert basierende – Aufgreifschwelle auch zu einem deutlich erhöhten zeitlichen und finanziellen Aufwand für die Kommission führen und die knappen Ressourcen der Kommission auf Fälle ausweiten, die mit hoher Wahrscheinlichkeit keine behördlichen Maßnahmen in der EU rechtfertigen. Dies ist vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass die Ressourcen der Europäischen Kommission ohnehin beschränkt sind. Daher sollten diese priorisiert und für Fälle eingesetzt werden, die tatsächlich wettbewerbliche Auswirkungen innerhalb des EWR haben.

- *Aushebelung des „Local Nexus“ Prinzips*

Die Marktrelevanz des Erwerbs eines bisher ganz oder zum Teil unentgeltlich tätigen Unternehmens ist immer eine Frage des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens, nicht seines Umsatzes allein im EWR. Erst durch die Gegenüberstellung des weltweiten Umsatzes des zu erwerbenden Unternehmens mit dem Gesamttransaktionswert lässt sich eine mögliche Diskrepanz feststellen. Hierfür die Umsatzschwellenregelung zu opfern, bedeutet, unabhängig vom Ausmaß der Betroffenheit des EWR eine Auffangzuständigkeit der Kommission für Transaktionen mit keinem oder geringem betroffenem Umsatz in Europa, aber mit einem relativ hohen Kaufpreis zu begründen.

Es besteht die Gefahr, dass durch die Einführung einer auf dem Transaktionswert basierenden Aufgreifschwelle das Prinzip des „Local Nexus“, das auch durch das ICN hochgehalten wird und in dessen Recommended Practices verankert ist, in Europa aufgegeben wird. Eine solche Aufgreifschwelle bietet keine ausreichende Gewähr dafür, dass ein hinreichender „Local Nexus“ besteht und Auswirkungen auf den Wettbewerb im EWR zu erwarten sind. Dies würde dazu führen, dass zukünftig in vielen Fällen, in denen keine wettbewerblichen Auswirkungen auf den EWR zu erwarten sind, eine Anmeldepflicht dennoch zu bejahen wäre. Insbesondere internationale Großtransaktionen mit nur geringer oder keiner EWR-Berührung würden auf diese Weise unter die europäische Fusionskontrolle fallen.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die meisten Länder inzwischen Fusionskontrollregimes eingeführt haben, gibt es keinen Grund, dass eine einzelne Jurisdiktion eine große Anzahl von Transaktionen mit minimalem oder keinem lokalen Nexus in ihre Fusionskontrolle ziehen sollte. Vielmehr kann und sollte man sich darauf verlassen, dass diejenigen Jurisdiktionen, bei denen ein wesentlicher lokaler Nexus besteht, Probleme oder Bedenken aus Wettbewerbsicht adressieren, die sich bei Transaktionen ergeben, die überstaatliche Märkte beeinträchtigen bzw. auf diese eine Auswirkung haben.

Die Kommission schlägt in ihrer Konsultation als eine mögliche Lösung vor, dass nur Übernahmen auf EU-Ebene geprüft werden sollten, die „wahrscheinlich spürbare Auswirkungen innerhalb des EWR“ entfalten werden („if they are likely to produce a measurable impact within the EEA“). Dieses Kriterium ist viel zu vage um den Unternehmen Rechtssicherheit zu bieten und unnötige Notifizierungen zu vermeiden. Nicht nur, dass unklar ist, wann ein „measurable impact“ angenommen werden kann – auch die Zukunftsprognose („if they are likely“) lässt keine rechtssichere Entscheidung über eine vorzunehmende Anmeldung zu. Die Kommission kündigt zwar an, dass es nähere Erläuterungen zu diesem Kriterium geben wird. An diese Erläuterungen wären dann aber sehr hohe Anforderungen zu stellen, um klar entscheiden zu können, wann eine Übernahme „spürbare Auswirkungen“ erwarten lässt. Wenige Fallbeispiele, wie aktuell in der Begründung zum deutschen Gesetzesentwurf, der mit dem Kriterium einer Inlandstätigkeit „in erheblichem Umfang“ eine ähnlich vage Formulierung wählt, würden hier nicht ausreichen.

Der Vorschlag erinnert zudem an den Auffangtatbestand des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) im deutschen Recht, der zu einer Überregulierung geführt hat, die über das Ziel der Eindämmung von Wettbewerbsbeschränkungen weit hinausschießt und den Unternehmen hohe Belastungen aufbürdet. Nach Maßgabe dieser Regelung werden auch Zusammenschlüsse

erfasst, die potentiell einen „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ begründen könnten (Gefährdungstatbestand). Trotz langjähriger Praxis bei der Anwendung dieses Tatbestands hat der Begriff des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ kaum etwas von seiner Unschärfe und Unbestimmtheit verloren. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit und die erheblichen Sanktionen im Falle einer unterlassenen Anmeldung haben den Druck auf die Unternehmen verstärkt, ihren Zusammenschluss vorsorglich anzumelden, sofern auch nur Zweifel bestehen, ob dieser Zusammenschlusstatbestand erfüllt ist. Die Unsicherheit in der praktischen Rechtsanwendung hat tendenziell zu einer immer weiteren Absenkung der Schwelle geführt, oberhalb derer – wenn auch nur aus Gründen rechtlicher Vorsicht – angemeldet wird. Der bürokratische Aufwand für Unternehmen ist durch die Anmeldepflicht erheblich und steht zu den Kontroll- und Erkenntnismöglichkeiten der Kartellbehörden außer Verhältnis. Es kann daher keinesfalls empfohlen werden, eine ähnlich vage Regelung wie den Auffangtatbestand des deutschen Rechts zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als der Aufwand einer Anmeldung auf europäischer Ebene ungleich größer ist als vor dem Bundeskartellamt.

Sofern sich die Europäische Kommission trotz der genannten Kritik für eine neue Aufgreifschwelle ausspricht, muss – gerade bei M&A-Transaktionen außerhalb des EWR – also sichergestellt sein, dass eine neue Aufgreifschwelle nur solche Zusammenschlüsse erfasst, die sich im EWR wettbewerblich auswirken und somit über einen hinreichenden lokalen Nexus verfügen. Zur Prüfung einer ausreichenden Berührung des EWR könnte zum Beispiel auf einen auf den EWR allokierten Transaktionswert oder auf den Asset Value der im EWR erworbenen Vermögensgegenstände bzw. auf den Wert der im EWR erworbenen Aktien oder anderen Eigentumsanteile an dem Zielunternehmen abgestellt werden.

Auch der in der Diskussion oftmals als Vorbild dienende US-amerikanische „size of transaction test“ sieht einen klaren Inlandsbezug vor. In den USA wird die Beschränkung der Anmeldepflicht auf Zusammenschlüsse, die sich in den USA wettbewerblich auswirken und somit über einen lokalen Nexus verfügen, durch ergänzende Voraussetzungen für „acquisitions of foreign assets or voting securities of foreign issuers“ sichergestellt (16 C.F.R. §§ 802.50 und 802.51). Danach kommt eine Anmeldepflicht in den USA für den Erwerb von ausländischen Vermögenswerten bzw. von Anteilen an ausländischen Unternehmen nur dann in Betracht, wenn das Zielunternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz in den USA von (aktuell) mehr als 78,2 Mio. USD erzielt oder Vermögenswerte in den USA von (aktuell) mehr als 78,2 Mio. USD besessen hat. Für „foreign to foreign transactions“ liegen die Schwellenwerte deutlich darüber. Umsatzerlöse und Bilanzsummen der Zusammenschlussbeteiligten in den USA spielen damit eine entscheidende Rolle bei der Frage, ob eine Anmeldepflicht für eine Transaktion in den USA besteht. Diese zusätzlichen Schwellenwerte für Umsätze und Vermögenswerte, die die auf den Transaktionswert bezogene Aufgreifschwelle ergänzen, stellen sicher, dass keine Transaktionen eine Anmeldepflicht in den USA auslösen, die keinen wesentlichen lokalen Nexus zu den USA haben.

Zudem sollte die auf dem Transaktionswert basierende Aufgreifschwelle im Falle der Einführung einer solchen Schwelle so hoch angesetzt werden, dass nicht eine Vielzahl von M&A-Transaktionen – innerhalb und insbesondere außerhalb des EWR – über dieser Schwelle liegen.

- ***Kaufpreis ist kein geeignetes und kein objektiv bestimmbares Aufgreifkriterium***

Das Abstellen auf das Transaktionsvolumen als neues Aufgreifkriterium wäre ein tiefgehender Systembruch in der europäischen Fusionskontrolle. Kaufpreise als wesentlicher Bestandteil des Transaktionsvolumens haben nicht immer etwas mit der tatsächlichen Marktmacht eines Unternehmens zu tun. Die Einführung einer auf dem Transaktionswert basierenden Aufgreifschwelle würde zu signifikanten praktischen Problemen führen und die Komplexität der (bereits komplexen) Aufgreifschwelle der EU-Fusionskontrolle noch weiter erhöhen.

Die Bestimmung des Transaktionswertes kann sehr schwierig sein und ist oftmals alles andere als eindeutig. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Kaufpreis zum Teil oder ganz in Aktien des Erwerbers bezahlt wird, deren Wert sich täglich ändert. Gleiches gilt für sogenannte „Earn-Out“ Vereinbarungen, da in diesen Fällen der zunächst niedrige Kaufpreis je nach Leistung des akquirierten Unternehmens im späteren Verlauf auch noch ansteigen kann. Auch in innovationsgetriebenen Branchen gibt es häufig Vertragskonstellationen, bei denen der Wert der Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht konkret feststeht. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen Rechte an Produkten übertragen werden, die sich noch im Stadium der Forschung oder Entwicklung befinden. Bis zur Vermarktung können mehrere Jahre vergehen; möglicherweise scheitert das Projekt auch ganz. Die Gegenleistung bei derartigen Transaktionen besteht typischerweise in Pauschalzahlungen beim Vertragsschluss und weiteren Teilzahlungen („Meilensteinzahlungen“), die von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden. Dies kann das Erreichen einer weiteren Phase im Entwicklungsprozess sein, die Erteilung von erforderlichen Genehmigungen oder Zulassungen oder, im Fall des Erreichens der Marktreife, das Erreichen bestimmter Umsatzschwellen.

Es wäre sehr schwierig und mit großen Unsicherheiten behaftet, wenn man bei Abschluss eines entsprechenden Vertrages zur Prüfung einer fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflicht den Wert der möglichen Meilensteinzahlungen berechnen müsste.

Diese Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Bestimmung des Transaktionswertes widersprechen dem Erfordernis von objektiv bestimmbar Aufgreifschwelle, das einer der wesentlichen Grundsätze der ICN Recommended Practices ist. Objektiv bestimmbar Aufgreifschwelle sind von entscheidender Bedeutung für die Parteien einer Transaktion, um zu bestimmen, ob eine Anmeldepflicht in einer bestimmten Jurisdiktion vorliegt oder nicht. Da diese Prüfung in der Verantwortung der Parteien einer Transaktion liegt, ist die objektive Bestimmbarkeit von umso größerer Bedeutung, da eine falsche Entscheidung der Parteien erhebliche negative Konsequenzen mit sich bringen kann. Es besteht ansonsten das Risiko, dass Unternehmen Transaktionen rein vorsorglich anmelden, um auf der sicheren Seite zu sein. Ebenso dienen objektiv bestimmbar Aufgreifschwelle den Interessen der Kommission, da klar bestimmbar ist, wann eine Transaktion der Fusionskontrolle unterliegt und somit einzelfallbezogene Fragen, Konsultationen und Streitigkeiten vermieden werden können.

Eine Schätzung des Kaufpreises durch die Kommission muss in jedem Fall ausgeschlossen werden – anderenfalls könnten die Unternehmen selbst nicht rechtsicher feststellen, ob eine Transaktion der Fusionskontrolle unterliegt oder nicht.

Gegen die Einführung einer Aufgreifschwelle, die auf dem Transaktionswert basiert, spricht auch, dass das US-System, das eine solche Aufgreifschwelle vorsieht, eine Ausnahme unter den Fusionskontrollregimes weltweit ist und weitgehende Regelungen entwickelt wurden, um größere Objektivität für die auf dem Transaktionswert basierende Schwelle zu schaffen. Dennoch sind auch diese Regelungen oftmals sehr kompliziert und unklar in der Anwendung.

Sofern die Kommission trotz der genannten Kritik den Transaktionswert als neues Auffangkriterium etablieren will, müsste also eine rechtssichere Definition gefunden werden, um Unsicherheiten für die Parteien der Transaktionen wie auch für die Europäische Kommission zu beseitigen. Insbesondere ist klarzustellen, dass der Wert der Gegenleistung nur insoweit zu berücksichtigen ist, als er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Stichtagsregelung) klar bestimmbar ist, um keine Rechtsunsicherheit beispielsweise in Fällen einer „Earn-Out“-Klausel aufkommen zu lassen. Für die Frage einer Anmeldepflicht sollten systematisch keine Zukunftsprognosen herangezogen werden.

C. Verweisungssystem

Die Kommission nimmt ihre Überlegungen zu Änderungen im Verweisungssystem aus dem Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ aus dem Jahr 2014 erneut auf. Im Weißbuch hatte sie zum einen eine Erleichterung von Verweisungen an die Kommission in der Pränotifizierungsphase nach Art. 4 Abs. 5 FKVO und zum anderen nach der Anmeldung gemäß Art. 22 FKVO vorgeschlagen. Der BDI hatte das Vorhaben, das Verweisungssystem zu erleichtern und zu straffen bereits in den Konsultationen 2013 und 2014 befürwortet. Eine Verringerung der notwendigen Schritte ist der richtige Weg, sofern damit tatsächlich eine Vereinfachung und Verkürzung der Verfahren bewirkt werden kann.

- ***Verweisungen in der Pränotifizierungsphase nach Art. 4 Abs. 5 FKVO***

Die Kommission will bei einer Verweisung von Fällen von den Mitgliedstaaten zur Kommission eine Verringerung der Schritte vorsehen. Der BDI befürwortet eine direkte Anmeldung bei der Kommission, wenn ein geplanter Zusammenschluss normalerweise von drei oder mehr nationalen Wettbewerbsbehörden geprüft werden müsste.

Die Unternehmen haben oftmals ein großes Interesse daran, Mehrfachanmeldungen auszuschließen und deshalb in die ausschließliche Zuständigkeit der EU-Kommission zu gelangen. Für Unternehmen, die grenzüberschreitende Fusionen in verschiedenen Mitgliedstaaten anmelden müssen, bedeuten mehrfache nationale Anmeldungen einen erhöhten bürokratischen Aufwand und hohe externe und interne (Mehr-)Kosten. Das Problem der Mehrfachanmeldungen ist in der erweiterten Union sogar noch gravierender geworden. Mehrfachanmeldungen können als Indiz für die grenzüberschreitenden Auswirkungen eines Fusionsvorhabens gewertet werden, das rechtfertigt, solche Zusammenschlüsse auf Gemeinschaftsebene zu behandeln.

Dass die Mitgliedstaaten bisher kaum von ihrem Vetorecht Gebrauch gemacht haben zeigt, dass die Zuständigkeit der EU-Kommission für diese Fälle nicht ernsthaft in Zweifel gezogen wird. Die äußerst geringe Vetoanzahl ist zwar ein

positives Signal, sie hilft allerdings den Schwächen der Verweisungsregeln nicht ab. Denn es ist ganz in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt, einer Verweisung eines Falles von gemeinschaftsweiter Bedeutung, der die Umsatzkriterien nicht erreicht, entgegenzutreten.

Die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens direkt bei der EU-Kommission, die sofort mit der Fallprüfung beginnen könnte, wäre aus Gründen der Verfahrensstraffung und Zeitersparnis als großer Fortschritt zu werten, denn eine spätere Verweisung an die EU-Kommission würde in den meisten Fällen greifen. Eine solche Vorgehensweise käme dem ursprünglich von der EU-Kommission vorgeschlagenen 3-Plus-System sehr nahe, das der BDI in der Vergangenheit ausdrücklich befürwortet hatte.

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich die EU-Kommission von vornherein bereits mit der inhaltlichen Prüfung befasst, wäre zu überlegen, das Vetorecht der Mitgliedsstaaten abzuschaffen und durch ein Verfahren zu ersetzen, in dem Mitgliedstaaten, die gegen eine Verweisung sind, eine begründete Stellungnahme an die Kommission schicken, wobei die endgültige Entscheidung bei der Kommission liegen würde. Eine solche Abschaffung des Vetorechts wäre wünschenswert, da für den Fall, dass ein Mitgliedsstaat nachträglich ein Veto gegen die Verweisung an die Kommission einlegt, das betroffene Unternehmen die Anmeldung wiederholen und bei den betreffenden nationalen Wettbewerbsbehörden einreichen muss, was zu einem erheblichen Verlust an Zeit und Ressourcen führen würde.

Alternativ könnte bei Beibehalten des Vetorechts erwogen werden, ob nicht die nationalen Wettbewerbsbehörden nur dann eine Rückverweisung verlangen dürften, wenn dafür gewichtige Gründe vorlägen, wie zum Beispiel legitime nationale Interessen, die auf dem Spiel stünden. Dies erscheint sinnvoll, um Doppelarbeit mehrerer Kartellbehörden zu vermeiden und Effizienzverlusten vorzubeugen. Insofern wäre es auch hilfreich, wenn die Prüfzeit der Mitgliedstaaten, innerhalb derer diese ein Veto einlegen können, von 15 Tagen auf 10 Tage verkürzt werden würde.

Eine weitere sinnvolle Verbesserung des gegenwärtigen Systems könnte zudem dadurch erreicht werden, dass die Kommission den geographischen Umfang ihrer Prüfung auf die Mitgliedsstaaten beschränken kann, die für die Überprüfung der Transaktion zuständig gewesen wären. Auf diese Weise könnte das unnötige Sammeln von Informationen aus nicht-betroffenen Jurisdiktionen vermieden werden.

- ***Verweisungen in der Pränotifizierungsphase an einen Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 FKVO***

Auch bei Verweisungen in der Pränotifizierungsphase seitens der EU-Kommission an die Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 4 FKVO) bestehen ähnliche Möglichkeiten der Verfahrensstraffung und -beschleunigung. Es wäre zu überlegen, auch in diesen Fällen die Verweisungsfristen entsprechend zu kürzen. Es ist vorstellbar, dass die EU-Kommission über den Verweisungsantrag innerhalb von 15 Arbeitstagen entscheidet und der Mitgliedstaat innerhalb von 10 Tagen seine Zustimmung erteilt. Die vorgeschlagene Aufgabe des Nachweises der Fusionsparteien,

dass eine Übernahme den Wettbewerb in einem Markt erheblich beeinträchtigen könnte, wird durch den BDI begrüßt.

- ***Verweisungen an die Kommission nach Anmeldung, Art. 22 FKVO***

Die Kommission hatte im Weißbuch vorgeschlagen, dass nur die für die Prüfung eines Zusammenschlusses zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb von 15 Tagen nach Notifizierung oder Anzeige eines Zusammenschlusses einen Verweisungsantrag an die Kommission stellen dürfen. Akzeptiert die Kommission die Verweisung, könnte sie bei der Prüfung des Zusammenschlusses nicht nur das Gebiet der die Verweisung beantragenden Mitgliedstaaten, sondern den gesamten EWR berücksichtigen. Die Zustimmung der Mitgliedstaaten, sich dem Verweisungsantrag anzuschließen, soll durch ein Vetorecht der übrigen zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden ersetzt werden.

Der BDI unterstützt die Kommission in ihren Überlegungen. Art. 22 FKVO könnte auf diese Weise ein weiteres effizientes Instrument für die Verhinderung von Mehrfachanmeldungen werden. Die Zustimmung des Mitgliedstaats sollte aus praktikablen Gründen durch ein Vetorecht ersetzt werden. Die EU-Kommission sollte dann auch die ausschließliche Kompetenz haben, den Fall EU-weit zu beurteilen, um widersprechende Entscheidungen zu vermeiden und Rechtssicherheit für die Unternehmen zu gewährleisten. In solchen Fällen wäre es wünschenswert, wenn die Kommission den geographischen Umfang ihrer Prüfung auf diejenigen Mitgliedsstaaten beschränken könnte, in denen die Transaktion anmeldepflichtig gewesen wäre, um das unnötige Sammeln von Informationen aus nicht betroffenen Jurisdiktionen und den damit verbundenen erheblichen Aufwand für die beteiligten Unternehmen zu vermeiden.

Besonders nützlich kann Art. 22 FKVO schließlich dann werden, wenn ein Fall auch dann an die EU-Kommission verwiesen werden kann, wenn die Mitgliedstaaten in der materiellen Prüfung zu unterschiedlichen Entscheidungen kommen.

Derzeit besteht die Möglichkeit von mehrfachen Verweisungen in einem Fall. Der BDI wiederholt daher hier sein Petitum, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und Verfahrensökonomie (Zeit- und Kostenersparnis) Verweisungen nur zu einem möglichen Zeitpunkt vorgenommen werden sollten anstelle von einander nachgeschalteten Verweisungsverfahren nach Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO einerseits und Art. 9 und Art. 22 FKVO andererseits. Alternativ sollten nach bereits erfolgten Verweisungen gemäß Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO Verweisungen nach Art. 9 und 22 FKVO ausgeschlossen sein.

D. Technische Aspekte

Weitere Vereinfachungen der FKVO durch die Änderung von technischen Aspekten sind möglich. Insbesondere sollte die Zurechnung des Umsatzes von gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen geändert werden. Es ist äußerst schwierig für die beteiligten Unternehmen die entsprechenden Zahlen zur Verfügung zu stellen, da diese nicht Teil des Rechnungswesens der konsolidierten Gesellschaften sind. Im Falle von Anlageverwaltern ist häufig nicht klar, welche Einnahmequellen zum tatsächlich relevanten Umsatz gezählt werden. Hier sollte die Kommission ihre konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen ergänzen.