

**Schriftliche Stellungnahme**  
**des Bundesministeriums**  
**für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamts**  
**zum Konsultationspapier der Generaldirektion Wettbewerb zu mög-**  
**lichen Verbesserungen in bestimmten Bereichen der EU-**  
**Fusionskontrollverordnung (FKVO)**  
**(„Towards more effective EU merger control“)**

**Berlin/Bonn 17.September 2013**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und das Bundeskartellamt begrüßen die Gelegenheit zur Stellungnahme zu möglichen Verbesserungen der FKVO, die das Konsultationspapier („Towards more effective EU merger control“) aufführt. Sie betreffen nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen und Verweisungen sowie weitere technische Fragen. Die im Papier gestellten Einzelfragen werden in der Anlage im Anschluss an die nachfolgende generelle Bewertung beantwortet.

## I. KONTROLLE DES ERWERBS NICHT-KONTROLLIERENDER MINDERHEITSBETEILIGUNGEN („STRUCTURAL LINKS“) NACH DER FKVO DURCH DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION (KOMMISSION)

### 1. Notwendigkeit eines neuen europäischen Instruments und Anforderungen an seine Ausgestaltung für eine wirksame Kontrolle, insbesondere vor dem Hintergrund der bestehenden nationalen Regelungen

Nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen können nach den Erkenntnissen der ökonomischen Theorie ebenso wie Unternehmensverbindungen mit stärkeren Einflussmöglichkeiten erhebliche wettbewerbliche Schäden verursachen. Deshalb ist die deutsche Fusionskontrolle seit ihrer Einführung 1973 auch auf Minderheitsbeteiligungen anwendbar. Die langjährige deutsche Fallpraxis bestätigt die Notwendigkeit einer fusionskontrollrechtlichen Untersuchung von Minderheitsbeteiligungen für einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs und letztlich der Verbraucher. Vor diesem Erfahrungshintergrund erscheint eine Erweiterung der Zuständigkeit der Kommission, die eine fusionskontrollrechtliche Prüfung von Minderheitsbeteiligungen erlauben würde, unter folgenden Maßgabengrundsätzlich sinnvoll:

- **Gewährleistung** des bisher auf nationaler Ebene **bestehenden wettbewerblichen Schutzniveaus**. Dies ist aus deutscher Sicht die unabdingbare Voraussetzung für die Akzeptanz eines europäischen Instruments zur fusionskontrollrechtlichen Prüfung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen durch die Kommission. Dazu gehört insbesondere, dass eine Minderheitsbeteiligung erst dann erworben werden darf, wenn zuvor in einem überschaubaren Zeitraum Gelegenheit für eine Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen bestand (Vollzugsverbot). (Ausführlich unter 2. A.) Dazu gehört auch, dass eine Prüfung der Minderheitsbeteiligungen, die bislang nach deutschem Recht untersucht werden können, auch weiterhin stattfindet – entweder durch die Kommission oder die nationale Wettbewerbsbehörde. Gleichzeitig darf eine Kontrollmöglichkeit auf europäischer Ebene zu keiner unangemessenen Belastung der betroffenen Unternehmen führen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 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 effective-

- Auch die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen muss, wie bei der Fusionskontrolle allgemein, **effektiv** und **effizient** sein sowie in einem **vorhersehbaren Zeitraum** durchgeführt werden.<sup>2</sup>
- **Nachweis wettbewerblicher Schutzlücken**, die durch das neue Instrument **wirksam** geschlossen werden können. Sie könnten für die Mitgliedstaaten bestehen, in denen es derzeit keine nationalen Kontrollmöglichkeiten gibt. Die Bestandsaufnahme im Konsultationspapier (vor allem Anhang II.) enthält dazu keine Ausführungen, sondern orientiert sich an den Erfahrungen in den Ländern innerhalb und außerhalb der Europäischen Union mit entsprechenden Kontrollmöglichkeiten. Mit Blick auf die Mitgliedstaaten, die wie Deutschland bereits über entsprechende Regelungen verfügen, bedarf es einer Schutzlücke, die eine Verlagerung der Prüfkompetenz auf die Kommission rechtfertigt. Ebenso wie bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung in Form des Kontrollerwerbs wäre dies denkbar, wenn mit der zentralen Beurteilung der Zusammenschlüsse eine europaweit einheitliche Beurteilung und die Verringerung von Aufwand und Kosten verbunden wären. Allerdings waren bei Minderheitsbeteiligungen Mehrfachnotifizierungen bislang in der Praxis extrem selten.

Eine an diesen Maßstäben orientierte Ausgestaltung eines neuen EU-Instruments unter Berücksichtigung der ICN-Empfehlung zum Anmeldeverfahren in der Fusionskontrolle (Recommended Practices for Merger Notification Procedures, 2003-2006) und der OECD-Empfehlung zur Fusionskontrolle (OECD, Council Recommendation on Merger Review, 2005) könnte der Kommission eine wirksame Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen zum Schutz vor wettbewerblichen Schäden in der Europäischen Union ermöglichen.

## **2. Rückschlüsse für die im Konsultationspapier vorgestellten Optionen: Anmeldesystem mit Vollzugsverbot (1. Option) oder nachträgliche Prüfmöglich-**

---

ness of merger review, seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties.”

<sup>2</sup> 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.”

## **keit bei Aufgreifermessen der Kommission mit den Unterkategorien Selbsteinschätzung oder Transparenzsystem (2. Option)**

a) Für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung des Erwerbs von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen auf europäischer Ebene kommt nach den deutschen Erfahrungen mit der entsprechenden Prüfung, die seit 1973 in der Fallpraxis eine bedeutende Rolle gespielt hat, folgendem Punkt ausschlaggebende Bedeutung zu: Auch für Minderheitsbeteiligungen müssen die **Grundsätze einer präventiven Anmeldepflicht verknüpft mit einem Vollzugsverbot** gelten. Ihre Rückabwicklung ist nicht per se einfacher als die Entflechtung einer Unternehmensverbindung, die Kontrolle ermöglicht. Jedenfalls ist zu berücksichtigen, dass ohne Vollzugsverbot auch durch eine Minderheitsbeteiligung bereits dauerhafte wettbewerbliche Schäden (z.B. Verringerung von Wettbewerbsdruck, Preiserhöhungen, Verringerung von Qualität) unmittelbar eintreten und solange andauern bis der Zusammenschluss rechtskräftig untersagt und sein Vollzug rückgängig gemacht werden kann. Das kann eine erhebliche Zeit beanspruchen. In Deutschland wäre eine Verfahrensdauer von drei Jahren bis zum rechtskräftigen Abschluss nicht unwahrscheinlich. Auch die auf Grundlage dieser rechtskräftigen Entscheidungen angeordneten konkreten Entflechtungsmaßnahmen können ihrerseits angefochten werden. Deshalb kann die ohne Vollzugsverbot nur beschränkte nachträgliche Korrektur zur Abwendung von zukünftigen Schäden weiter verzögert werden.

Diese Erkenntnis und die praktischen Erfahrungen in Deutschland führten zu mehreren Gesetzesänderungen<sup>3</sup>. Die ursprünglich nachträgliche Anzeigepflicht, die sowohl für den Kontroll- und Minderheitserwerb galt, wurde in ein zunächst noch von der Umsatzhöhe abhängiges, präventives Anmeldeverfahren umgestaltet. Das galt auch für den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen in Höhe von 25 %. Die einzige Ausnahme von der später generell eingeführten Anmeldepflicht (und vom Vollzugsverbot) für den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses, wurde sehr schnell wieder aufgegeben.

Diese Änderungen der deutschen Fusionskontrolle beseitigten Defizite in der anfänglichen Verfahrenspraxis und ermöglichen eine optimierte und wirksame Fusionskontrolle auch bei Minderheitserwerben.

---

<sup>3</sup> Beitrag Deutschland zum OECD Roundtable Juni 2013 („Definition of Transaction for the purpose of merger control review“), DAF/COMP/WP3/WD(2013)5.

b) Die im Konsultationspapier neben dem Anmeldesystem erwähnte **2. Option**, die der Kommission ein Auswahlrecht einräumt, ob und welche Fälle sie untersuchen will, ist aus deutscher Sicht **grundsätzlich nicht geeignet**, einen wirksamen Wettbewerbsschutz sicherzustellen. Denn sie sieht in beiden Unterkategorien (Selbsteinschätzungs-System und Transparenzsystem) keine Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot vor. Die für beide Kategorien erwogene Möglichkeit einer freiwilligen Anmeldung würde auch in Kombination mit einem dann eingreifenden Vollzugsverbot die Schutzlücke nur bedingt schließen, da sie nur Anwendung findet, wenn sich die Unternehmen für eine freiwillige Anmeldung entscheiden. Aufgrund der negativen Erfahrungen in Deutschland mit freiwilligen Anmeldungen – die zwischenzeitlich bei lediglich anzeigepflichtigen Zusammenschlüssen vorgesehen waren – wurde eine generelle Anmeldepflicht eingeführt. Diese Erfahrungen sollten bei der europäischen Fusionskontrolle berücksichtigt werden.

c) Das vorgeschlagene **Selbsteinschätzungssystem**, das auch auf die für das Transparenzsystem vorgesehene nachträgliche Anzeigeverpflichtung verzichtet, ist zudem mit einem gravierenden **Informationsdefizit** verbunden, das eine effektive Fusionskontrolle bei Minderheitserwerben ausschließt.

d) Aus deutscher Sicht ist die **Option 1 (Anmeldesystem) daher eindeutig vorzugswürdig**. Die inhaltlichen Anforderungen an eine Anmeldung bei Minderheitsbeteiligungen sollten dem wettbewerblichen Schädigungspotenzial entsprechen. Das könnte durch ein Verfahren geschehen, das weniger belastend ist, als das Verfahren, das bislang auf EU-Ebene für Kontrollerwerbe einzuhalten ist. Die Belastung von Unternehmen und der administrative Aufwand bei der Kommission müssen in einem akzeptablen Umfang bleiben, ohne die Wirksamkeit der Kontrolle in Frage zu stellen. Zu denken ist insbesondere an einen **Verzicht auf ein pre-notification Verfahren** (siehe Anlage Frage I.3.), möglicherweise auch **verringerte Informationsanforderungen** in der Anmeldung<sup>4</sup> und ggfs. eine **Freigabe durch Fristablauf** also ohne förmliche Entscheidung.

---

<sup>4</sup> Vgl. ICN Recommendation, V. A. „Initial notification requirements should be limited to the information needed to verify that the transaction exceeds jurisdictional thresholds, to determine whether the transaction raises competitive issues meriting further investigation, and to take steps necessary to termi-

Ein Anmeldesystem bietet den Unternehmen außerdem schnell **Rechtssicherheit** über die Zulässigkeit eines Minderheitserwerbs. Auch im Rahmen eines Anmeldesystems sollte aber aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung zudem feststehen, anhand welcher Kriterien die Kommission entscheidet, ob sie bei Minderheitserwerben überhaupt prüft, und ob sie eine vereinfachte oder eine vertiefte Untersuchung einleitet. Aus deutscher Sicht ließe sich dies am einfachsten erreichen, wenn jeder als relevant definierte Minderheitserwerb wie ein Kontrollerwerb geprüft wird.

e) Eine Überlastung der Kommission ließe sich durch eine **Definition** nur der relevanten, d.h. kontrollpflichtigen **Minderheitsbeteiligungen** vermeiden. Sie sollte im Wesentlichen nur die typischen Fallgruppen erfassen, bei denen Wettbewerbsprobleme nicht von vornherein ausgeschlossen sind. Aufbauend auf den Erfahrungen in Deutschland sollten Minderheitsbeteiligungen einer Fusionskontrolle unterworfen werden, die einen wettbewerblich erheblichen Einfluss begründen, d.h. insbesondere nur Zusammenschlüsse zwischen

- aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern
- Anbietern auf vor- und nachgelagerten Märkten
- Anbietern auf sachlich benachbarten Märkten.

Auf eine Einbeziehung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen außerhalb dieser Fallgruppen kann auf europäischer Ebene verzichtet werden. Wettbewerblich problematische Fälle können auf nationaler Ebene, insbesondere von den Fusionskontrollregeln in Deutschland (insbesondere Erwerb von Anteilen oder Stimmrechten in Höhe von mindestens 25%), im Vereinigten Königreich und in Österreich erfasst werden.

f) Die Prüfung von Koordinierungseffekten im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 2 Abs. 4 FKVO sollte sich wie im Kontext des Kontrollerwerbs auf Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen beschränken.

g) Um sicherstellen, dass letztlich das von den nationalen Fusionskontrollregimen erreichte Schutzniveau bei Minderheitserwerben erhalten bleibt, ist bei einem Anmeldesystem auf europäischer Ebene darauf zu achten, dass **keine Kontrolllücken**

---

nate the review of transactions that do not merit further investigation“; OECD Recommendation, A.1.3 „Member countries should [...] set reasonable information requirements“)

entstehen. Sollte die Kommission die Befugnis erhalten, von einer Prüfung gänzlich abzusehen, müssten ausgleichende Vorkehrungen geschaffen werden, um eine Prüfung auf nationaler Ebene zu ermöglichen. Insoweit könnten spezielle und ggf. automatisierte **Verweisungsmechanismen** in Betracht gezogen werden (siehe dazu Anlage Frage I.6.). Ferner sollte bei einem Anmeldesystem für Minderheitsbeteiligungen das geltende Verweisungssystem Anwendung finden.

h) Bei den aus deutscher Sicht abzulehnenden Selbsteinschätzungs- und Transparenzsystemen, die der Kommission ein Ermessen zum Aufgreifen einräumen würden, müsste bis zum Ablauf der Antragsfrist für eine Verweisung ein Vollzugsverbot eingreifen, das im Fall eines Verweisungsantrags fortgilt bis die Verweisung erfolgt ist (bzw. über die Verweisung entschieden ist). Nach einer Verweisung würde nationales Recht gelten.

i) Eine wirksame Ausübung des Antragsrechts auf Verweisung setzt eine **frühe Übermittlung** der von den Unternehmen übermittelten **Informationen** an die nationalen Wettbewerbsbehörden voraus. Die materiellen Anforderungen an einen Verweisungsantrag müssen mit dem eventuell begrenzten Informationsgehalt der Angaben korrespondieren, die für eine Anfangsprüfung von Minderheitsbeteiligungen aufgestellt werden. Wenn kein Anmeldesystem vorgesehen ist, müssten außerdem niedrigere **materielle Anforderungen für eine Verweisung** gelten (statt „Drohen von nachteiligen Wettbewerbswirkungen“, „Auswirkungen auf den Wettbewerb“). Eine Verweisung könnte auch ohne förmliche Stattgabe eintreten, falls die Kommission in einer bestimmten Frist kein Veto gegen den Verweisungsantrag des Mitgliedstaats einlegt.

## II. 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 ebenfalls und **in gleicher Weise erleichtert werden.**

Für nationale Wettbewerbsbehörden ist es wesentlich, frühzeitig Informationen zu erhalten. Soweit notwendig sollte eine rechtliche Grundlage geschaffen werden, die

eine Übermittlung grundlegender Fallinformationen auch aus einem pre-notification Verfahren an die betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden gestattet. Das dient insbesondere der Verfahrensbeschleunigung, die wiederholt von Unternehmensseite angemahnt wurde.

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

Das Konsultationspapier schlägt Erleichterungen für Verweisungen vor Anmeldung auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten (Art. 4 Abs. 5 FKVO) in den Fällen vor, 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. Deren Vetorecht bliebe bestehen und würde wie bisher keine Begründung erfordern

Die im Konsultationspapier vorgesehene Beschleunigung von Verweisungen nach Art. 4 Abs. 5 FKVO durch eine Überführung in ein einstufiges Verfahren wird unterstützt. Allerdings sollten die Mitgliedstaaten bzw. betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden **unverzüglich informiert werden**, sobald die Kommission mit den Unternehmen in pre-notification Gespräche eingetreten ist. Den ersten Anmeldeentwurf sollte die Kommission auch den nationalen Wettbewerbsbehörden übermitteln, damit diese möglichst schnell eine ausreichende Informationsgrundlage haben, um zu entscheiden, ob sie gegen die Verweisung ein Veto einlegen wollen. Soweit notwendig, sollte für diese Übermittlung 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 Konsultationspapier vorgeschlagene Umgestaltung der Verweisungen an die Kommission auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten (Art. 22 FKVO) wird **be-grüßt und unterstützt**. Sie soll Verweisungen erleichtern und eine einheitliche Verweisung des gesamten Falls an die Kommission ermöglichen.

Dadurch würden folgende mit der gegenwärtigen Regelung verbundene Probleme beseitigt:

- Wegen der hohen Anforderungen an den Anschluss an einen Verweisungsantrag konnte in der Praxis weiteren Verweisungsanträgen im selben Fusionsfall nicht immer stattgegeben werden. In Folge kam es zu einer **gespaltenen Zuständigkeit**. Die Kommission hatte manche Verweisungsanträge in Bezug auf einen Zusammenschluss akzeptiert, andere aber nicht. In Zukunft soll die Kommission nach einem Verweisungsantrag für die gesamte Europäische Union zuständig sein, wenn kein Mitgliedstaat, in dem der Zusammenschluss anmeldepflichtig (bzw. bei freiwilligen Anmeldesystemen anmeldefähig) wäre, ein Veto einlegt. Diese Zuständigkeit soll auch eintreten, soweit sich ein Mitgliedstaat dem Verweisungsantrag nicht anschließt. Das ist akzeptabel. Unverzichtbar ist aber das im Konsultationspapier vorgesehene Vetorecht der Mitgliedstaaten, bei denen der Zusammenschluss anmeldepflichtig wäre.

Liegt zum Zeitpunkt eines Verweisungsantrags bereits eine Entscheidung eines Mitgliedstaats vor, bliebe eine Verweisung möglich. Die Zuständigkeit der Kommission zur Prüfung sollte dann auf die Auswirkungen auf das Gebiet der übrigen Mitgliedstaaten beschränkt sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Wirksamkeit der ergangenen nationalen Entscheidung unberührt bleiben.

- Die im Konsultationspapier vorgeschlagene Veto-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.

- Die neue ausdrückliche **Beschränkung** des Rechts, einen **Verweisungsantrag zu stellen**, auf die Mitgliedstaaten, in denen der konkrete Zusammenschluss fusionskontrollrechtlich geprüft werden könnte, erscheint sachgerecht. Hat der nationale Gesetzgeber entschieden, bestimmte Zusammenschlüsse, z.B. Minderheitsbeteiligungen nicht mit seiner Fusionskontrolle erfassen zu wollen, ist es konsequent, für diesen Mitgliedstaat die Möglichkeit auszuschließen, statt dessen eine Prüfungspflicht auf EU-Ebene durch die Kommission zu begründen.

### **3. Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 in der pre-notifications-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 erleichtert werden wie Anträge nach Art. 4 Abs. 5 FKVO. 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, erscheint sinnvoll. Die Zusammenschlussbeteiligten (oder die nationale Behörde) würden die Kommission durch Übermittlung der Anmeldung informieren; die Kommission die Anmeldung (oder ein anderes geeignetes Dokument) an alle Mitgliedstaaten übermitteln.

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.

Ein Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 4 FKVO sollte durch eine Absenkung der materiellen Anforderungen erleichtert werden. Das bisherige Kriterium („der Zusammenschluss könnte den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich beeinträchtigen“ – engl. Sprachfassung „affect“) stellt eine erhebliche Hürde dar, die zu Rechtsunsicherheit führt und ggfs. Unternehmen von einem Verweisungsantrag abhält. Die Anforderung könnte ersetzt werden durch das Kriterium, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich auswirkt“.

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

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 könnte als Kriterium festgelegt werden, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich auswirkt.“

### **III. SONSTIGE DISKUSSIONSPUNKTE/TECHNISCHE VERBESSERUNGEN**

#### **1. Auslandszusammenschlüsse**

Aus deutscher Sicht wäre eine Änderung der Kommissionspraxis bei Auslandszusammenschlüssen - wie im Konsultationsdokument angedeutet- sinnvoll. Die Kommission sollte ihren bisherigen Ansatz aufgeben, von einer Anmeldepflicht aller Unternehmensverbindungen auszugehen, die den Zusammenschlusstatbestand verwirklichen und die Umsatzschwellenwerte erfüllen, auch wenn sie sich nicht innerhalb der Europäischen Union auswirken.

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

Der Entwurf des Merkblatts soll in Kürze im Rahmen einer öffentlichen Konsultation vorgestellt werden.

#### **2. Weitere Punkte aus dem dritten Teil des Konsultationspapiers**

a) Ein **Informationsaustausch** zwischen Kommission und nationalen Behörden in Verweisungsfällen ist sinnvoll, weil so eine doppelte Erhebung von Informationen und damit unnötige Aufwand für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden vermieden werden kann.

b) 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.

c) Ob bei der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens auch die **Entflechtung** von teilweise bereits vollzogenen Akten, die ihrerseits keinen Zusammenschlusstatbestand (derzeit Kontrollerwerb) erfüllen, möglich sein soll, ist fraglich. Dagegen spricht, dass ein vergleichbar begrenztes, erneutes Vorhaben nicht anmeldepflichtig wäre. Andererseits ist bei der Untersagung eines insgesamt geplanten anmeldepflichtigen Zusammenschlusses (derzeit Kontrollerwerb) die Situation vor dem Vollzug dieses Zusammenschlusses wiederherzustellen. Das schließt den Teilerwerb mit ein. Es erscheint daher konsequent, allgemein die Rückgängigmachung des (kontrollfreien) Teilerwerbs zu gestatten.

d) 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.

### **3. Neue Punkte zur Änderung der FKVO, die nicht im Konsultationspapier vorgesehen sind**

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.

**Anlage**  
**Beantwortung der konkreten Fragen der Kommission**

**I. Fragen der Kommission im Kapitel Minderheitsbeteiligungen**

**1. In your view would it be appropriate to complement the Commission's toolkit to enable it to investigate the creation of structural links under the Merger Regulation?**

Grundsätzlich ja, unter der Voraussetzung, dass die Vorgaben zum Beleg einer Schutzlücke und zur effektiven Ausgestaltung erfüllt sind (siehe oben generelle Bewertung Punkt I.1.)

**2. Do you agree that the substantive test of the Merger Regulation is an appropriate test to assess whether a structural link would lead to competitive harm?**

Ja.

**3. Which of the three basic systems set out above do you consider the most appropriate way to deal with the competition issues related to structural links?**

**Please take into account the following considerations:**

- **the need for the Commission, Member States and third parties to be informed about potentially anti-competitive transactions,**
- **the administrative burden on the parties to a transaction,**
- **the potential harm to competition resulting from structural links, both in terms of the number of potentially problematic cases and the impact of each potentially harmful transaction on competition;**
- **the relative ease to remove a structural link as opposed to the difficulties to separate two businesses after the implementation of full merger;**
- **the likelihood that anti-competitive effects resulting from an already implemented structural link can be eliminated at a later stage.**

Auch für Minderheitsbeteiligungen ist eine präventive Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot das am besten geeignete Instrument (siehe ausführlich oben generelle Bewertung Punkt I.2. a) und d)).

Im Konsultationspapier werden die Schwierigkeiten unterschätzt, die mit einer nachträglichen Prüfung und Entflechtung eines vollzogenen Zusammenschlusses in Form einer „bloßen“ Minderheitsbeteiligung verbunden sind (siehe oben Punkt I.2. a)).

Die Belastung für Unternehmen ließe sich verringern durch Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Minderheitsbeteiligungen, bei denen ein erhebliches Risiko besteht, dass sie wettbewerbliche Probleme aufwerfen (siehe oben generelle Bewertung Punkt I.2. e)). Die Belastung für Unternehmen könnte ebenfalls erheblich verringert werden, wenn die Informationsanforderungen in der Anmeldung verringert würden und auf ein pre-notification Verfahren verzichtet würde (siehe oben generelle Bewertung Punkt I.1. d)). Außerdem wäre es für die Unternehmen und die Kommission eine Erleichterung, wenn bei Minderheitsbeteiligungen keine förmliche Freigabeentscheidung notwendig wäre (Freigabe mit Fristablauf).

***4. In order to specify the information to be provided under the transparency system***

***- What information do you consider necessary to enable the Commission and Member States to assess whether a case merits further investigation or to enable a third party to make a complaint (e.g. information describing the parties, their turnover, the transaction, the economic sectors and/or markets concerned)?***

***- What type of information which could be used by the Commission for the purpose of the transparency system is readily available in undertakings, e.g. because of filing requirements under securities laws in case of publicly listed companies? What type of information could be easily gathered)?***

Ein Transparenzsystem wird nicht als ein geeignetes Instrument angesehen (siehe oben Anlage zu Frage I.2. a) und b)). Bei einem Anmeldesystem könnten die Informationsanforderungen bei Minderheitsbeteiligungen ggfs. abgesenkt werden.

***5. For the acquirer of a structural link, please estimate the cost of filing for a full notification (under the selective system). Please indicate whether the costs***

***of a provision of information under the transparency system would be considerably less if the information required were limited to the parties, their turnover, the transaction and the economic sectors concerned.***

Für den Kostenaufwand der Unternehmen macht es keinen Unterschied, ob bestimmte Informationen als Teil einer Anmeldung oder als Teil eines Transparenzsystems bereitgestellt werden müssen. Entscheidend ist der Umfang der Verpflichtung. Es wäre denkbar, die Informationen, die bei der Anmeldung einer Minderheitsbeteiligung zu übermitteln sind, gegenüber denen für Anmeldungen von Kontrollerwerben deutlich zu verringern. Zu berücksichtigen ist, dass die Informationen unverzichtbar bereitzustellen sind, die für eine wettbewerbliche Prüfung unverzichtbar sind. Der damit für die Unternehmen verbundene Aufwand ist notwendig.

***6. Do you consider the turnover thresholds of the Merger Regulation, combined with the possibility of case referrals from Member States to the Commission and vice versa, an appropriate and clear instrument to delineate the competences of the Member States and the Commission?***

Die Umsatzschwellen sind als Abgrenzungskriterium grundsätzlich geeignet. Voraussetzung ist allerdings die Erhaltung des Schutzniveaus, das bisher durch eine Kontrolle auf nationaler Ebene gewährleistet wird. Das erfordert insbesondere ein Anmeldesystem mit Vollzugsverbot. Andernfalls wäre ein Ausschluss der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nicht akzeptabel.

Bei einem Anmeldesystem für Minderheitsbeteiligungen sollte das geltende Verweisungssystem Anwendung finden. Bei dem aus deutscher Sicht abzulehnenden Transparenzsystem müsste eine Verweisung möglichst schnell und einfach erfolgen können. Daher würde es sich in diesem Fall anbieten, hier ein System vorzusehen, das keine Verweisungsentscheidung der Kommission beinhaltet, sondern der Kommission ein Vetorecht einräumt und eine Verweisungsfiktion vorsieht. Wenn das Vetorecht innerhalb einer bestimmten Frist nicht ausgeübt wird oder die Kommission den Zusammenschluss nicht innerhalb dieser Frist aufgreift (also eine Anmeldung verlangt), gilt der Fall als verwiesen.

**7. Regarding the Commission's powers to examine structural links in your view, what would be an appropriate definition of a structural link and what would constitute appropriate safe harbours?**

In Deutschland wurden mit den Zusammenschlusstatbeständen des wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) und des Anteilserwerbs an Kapital bzw. von Stimmrechten (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) gute Erfahrungen gemacht. Um die Fallzahlen bei einem neuen europäischen Kontrollinstrument zu begrenzen, könnte der „wettbewerblich erhebliche Einfluss“ als Modell dienen. Damit würde ein auf potenziell problematische Fälle fokussierter Zusammenschlusstatbestand verwendet (Beteiligung an Wettbewerbern, Anbietern auf vor- oder nachgelagerten Märkten, Anbietern auf benachbarten Märkten). Außerdem sollte eine Grenzschwelle für die Mindest-Einflussmöglichkeiten des Erwerbers auf das Zielunternehmen aufgenommen werden. Zu dieser Frage gibt es reichhaltige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis in Deutschland sowie hilfreiche Rechtsprechung aus dem Vereinigten Königreich zum Kriterium des „material influence“, das insoweit mit dem deutschen Konzept vergleichbar ist. Als safe harbour könnte auf europäischer Ebene eine Schwelle von zehn Prozent der Kapitalanteile bzw. der Stimmrechte vorgesehen werden. In der deutschen Praxis hat sich gezeigt, dass der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses nur in ganz wenigen Einzelfällen bei geringeren Anteilen erfüllt ist.

Die Einführung eines entsprechenden Zusammenschlusstatbestands auf europäischer Ebene könnte dadurch erleichtert werden, dass die Kommission das Konzept des Zusammenschlusstatbestands in einer speziellen Mitteilung erläutert, bzw. die Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen entsprechend ergänzt.<sup>5</sup> Die Gefahr von möglichen Umgehungen ist auf europäischer Ebene als vertretbar einzustufen, da in einem solchen Fall die nationalen Fusionskontrollverfahren weiterhin anwendbar wären.

**8. In a self-assessment or a transparency system, would it be beneficial to give the possibility to voluntarily notify a structural link to the Commission? In an-**

---

<sup>5</sup> Vgl. ICN Recommendation, VIII.C. „Competition agencies should promote transparency by making information about the current state of merger control law, policy, and practice readily available to the public“; OECD Recommendation, A.2. „Member States should ensure that the rules, policies and practices [...] are transparent and publicly available“.

***swering please take into account the aspects of legal certainty, increased transaction costs, possible stand-still obligation as a consequence of the notification, etc.***

Weder ein Selbsteinschätzungs-, noch ein Transparenzsystem stellen aus deutscher Sicht eine tragfähige Alternative dar. In Deutschland hat man mit einer Anzeigepflicht mit Möglichkeit freiwilliger Anmeldung (§ 24a GWB a.F.) keine guten Erfahrungen gemacht und ist daher zu einem präventives System mit vorheriger Anmeldung gewechselt.

***9. Should the Commission be subject to a limitation period (maximum time period) after which it can no longer investigate/intervene against a structural link transaction, which has already been completed? If so, what would you consider an appropriate time period for beginning a Commission investigation? And should the length of the time period depend on whether the Commission had been informed by a voluntary notification?***

Weder ein Selbsteinschätzungs-, noch ein Transparenzsystem stellen aus deutscher Sicht eine tragfähige Alternative dar. In dem alten – und wegen seiner Mängel – aufgegebenen System der Anzeigepflicht war in Deutschland eine Frist von einem Jahr für Interventionen gegen einen angezeigten Zusammenschluss vorgesehen.<sup>6</sup> Bei freiwilliger Anmeldung galten die Fristen des Anmeldeverfahrens. Falls man sich auf europäischer Ebene für ein solches System entscheiden würde, sollte die Ausschlussfrist nur ausgelöst werden, wenn die beteiligten Unternehmen die notwendigen Informationen zu den Minderheitsbeteiligungen richtig und vollständig vorgelegt haben. In der Praxis wurden in Deutschland mehrfach Erwerbskonstellationen aufgedeckt, in denen die Zusammenschlussparteien die wirklichen Beteiligungsverhältnisse bewusst geheim gehalten oder verschleiert haben.

---

<sup>6</sup> Vgl. ICN Recommendation, IV.A. "Merger reviews should be completed within a reasonable period of time"; OECD Recommendation, A.1.3. „The review of mergers should be conducted [...] within a reasonable and determinable time frame“

## **II. Antworten auf die spezifischen Fragen der Kommission im Kapitel Verweisungen**

### **1. Do you consider that the suggestions would make the referral system overall less time-consuming and cumbersome?**

Ja (siehe oben Punkt generelle Bewertung II.1. und 2.). Allerdings sollten auch die Verweisungen in umgekehrter Richtung (Kommission an nationale Wettbewerbsbehörde) nach Art. 4 Abs. 4 und Art. 9 FKVO vereinfacht und erleichtert werden (siehe oben generelle Bewertung Punkt II.3. und II.4.).

### **2. Regarding the suggestion on Article 4 (5) referrals:**

#### **a) Do you support the idea to be able to directly notify to the Commission without preceding Form RS?**

Ja (siehe oben Punkt II.1).

#### **b) Please try to estimate savings in (a) time and (b) costs resulting from the elimination of the Form RS procedure in a typical case.**

Das Verfahren bei der Kommission dürfte sich durch die vorgeschlagene Änderung wahrscheinlich um drei bis vier Monate beschleunigen.

#### **c) For transactions to be notified in at least three Member States, would you consider that you will use the referral according to Article 4(5) under the suggested system more often than under the current system - or that you will advise your clients to use it more often?**

Aus unserer Sicht ist zu erwarten, dass Art. 4 Abs. 5 FKVO nach dieser Änderung noch mehr genutzt würde als bislang. Allerdings ist die Kommission nicht in allen Fällen der Mehrfachnotifizierung die am besten geeignete Behörde. Daher ist nicht zu erwarten, dass alle Mehrfachnotifizierungen entfallen würden.

#### **d) Do you consider that the 15 working days consultation period could be shortened in order to limit the duration of uncertainty as to whether or not a case will remain in the competences of the Member States?**

Im Vergleich zu dem oft mehrmonatigen pre-notification Verfahren fällt die 15-Tage-Frist der Mitgliedstaaten für die gesamte Verfahrensdauer überhaupt nicht ins Gewicht.

Wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden frühzeitig, also bereits im Rahmen des Pre-notification Verfahrens (insbesondere bei Einreichung eines Anmeldeentwurfs) informiert werden (siehe oben generelle Bewertung Punkt II.1), können sie allerdings auch etwas schneller darüber entscheiden, ob ein Verweisungsantrag gestellt werden soll. Die Frist könnte dann ggfs. auf zehn Arbeitstage verringert werden.

***e) Do you consider it useful if contacts between the Commission and the competent Member States could take place already during a possible pre-notification phase, in order to enable the Member States to assess the referral?***

Ja, das wäre in der Tat sehr hilfreich (siehe oben Anlage zu Frage II. d). Ein guter Zeitpunkt wäre z.B. der Eingang des „case allocation requests“ der Zusammenschlussbeteiligten bei der Kommission.

***f) Do you agree that a broad information exchange between the Commission and the Member State which includes the information gathered in the market investigation should be made possible? Should the results of the Commission's market investigation be accessible to NCAs also following a veto of a Member State?***

Ja, so könnte unnötiger Aufwand bei den Ermittlungen (u.a. Doppelbefragungen von Unternehmen) vermieden werden.

### **III. Antworten auf die spezifischen Fragen der Kommission im Kapitel Sonstiges**

***1. How could the jurisdictional rules of the Merger Regulation be modified in order to ensure that joint ventures with activities exclusively outside the EEA and not affecting competition within the EEA do not have to be notified to the Commission? Please take into account the need for jurisdictional rules to be clear and easy to apply.***

Siehe oben generelle Bewertung Punkt III.1. Es wäre sinnvoll, in diesen Fällen wegen der fehlenden Auswirkungen auf Märkte, welche die Europäische Union ganz oder teilweise umfassen, keine Anmeldepflicht vorzusehen. Das entspricht auch dem Ansatz des Bundeskartellamts zur Auslegung von § 130 Abs. 2 GWB.

**2. *Would you recommend any other amendments to the Merger Regulation?***  
***Please elaborate.***

Siehe oben generelle Bewertung Punkt III.3. Es wird vorgeschlagen, eine Begründungspflicht der Kommission für die Ablehnung eines Verweisungsantrags nach Art. 9 FKVO in den Fällen vorzusehen, in denen die Kommission selbst eine Prüfung einleitet.