BDI

POSITION | WETTBEWERB | FUSIONSKONTROLLE

Europäische Fusionskontrolle

Überarbeitung verfahrensrechtlicher Aspekte

15. Juni 2022

Einleitung

Die Europäische Kommission hat am 6. Mai 2022 ihre Entwürfe für eine überarbeitete Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung und eine überarbeitete Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Auch die begleitenden Formulare (Form CO, Short Form CO, etc.) wurden überarbeitet. Ziel der Initiative soll es sein, die Fusionskontrolle in Fällen, die keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen dürften und nach dem vereinfachten Verfahren bearbeitet werden, zu straffen. Daneben soll es auch Erleichterungen für das reguläre Verfahren geben.

Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) begrüßt die Initiative der Kommission, die oftmals langwierigen und für die Unternehmen aufwendigen Fusionskontrollverfahren zu reformieren. So ist es dringend nötig, die exzessiven Informations- und Dokumentenabfragen auf ein vernünftiges und für alle Beteiligten handhabbares Maß zu reduzieren und die Verfahren – insbesondere die Pränotifizierungsphase – zumindest in unkomplizierten Fällen zu verkürzen. Häufig entsteht der Eindruck, dass Informationen „pro forma“ abgefragt werden, obwohl sie im konkreten Fall zu der eigentlichen wettbewerblichen Prüfung nicht beitragen können oder nicht berücksichtigt werden. Oftmals stehen die angefragten Marktdaten den Unternehmen auch nicht unmittelbar zur Verfügung, sondern müssen individuell ermittelt oder geschätzt werden, was zu erheblichem personellem und zeitlichem Aufwand führt.

In Bezug auf Auskunftsverlangen sollte das Case Team mit Augenmaß agieren und auch innerhalb der eigenen Hierarchie die nötige Befugnis und Unterstützung erhalten, je nach Fall nur die für die Entscheidung relevanten Angaben anzufordern. Es sollte sichergestellt werden, dass die Fragen eindeutig, spezifisch und auf die jeweilige Partei zugeschnitten sind. Auskunftsverlangen sollten – soweit wie möglich – zusammengefasst und konsolidiert werden. Eine diesbezüglich größere Flexibilität des Case Teams würde auch zu einer deutlichen Straffung des Pränotifizierungsverfahrens beitragen.

Der BDI würde es auch befürworten, wenn die „Checks and Balances“ innerhalb der Kommission gestärkt würden, etwa durch die Schaffung eines separaten Teams für die Vorbereitung der Entscheidung. Substanziell könnte die Kommission außerdem, je nach Fallsituation, bei der Frage der Marktabgrenzung den globalen Wettbewerb durch außereuropäische Unternehmen noch stärker als bislang

in den Fokus nehmen, den zu erwartenden potentiellen Wettbewerb auf einer längeren Zeitschiene prüfen und Effizienzerwägungen der Unternehmen stärker berücksichtigen.

Die zur Konsultation gestellten Vorschläge der Europäischen Kommission erhalten viele gute Ansätze für tatsächliche Verfahrenserleichterungen. Eine Straffung der Anmeldeformulare durch „Tick the box"-Optionen, die Erweiterung der Fallkategorien, die nach dem vereinfachten Verfahren zu prüfen sind oder die Einführung des „extrem vereinfachten Verfahrens" ohne Pränotifizierung werden von Unternehmensseite begrüßt. Gleichzeitig hat die Kommission es jedoch verpasst, Erleichterungen in den Bereichen einzuführen, die für die Unternehmen einen besonders hohen Aufwand mit sich bringen; dies gilt insbesondere in Bezug auf Zusammenschlüsse, die nicht unter das vereinfachte Verfahren fallen. Der den Unternehmen bei diesen Zusammenschlüssen entstehende Aufwand entspricht oft nicht mehr dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. So sollte beispielsweise das Erfordernis, sämtliche möglichen alternativen Marktdefinitionen sowie die entsprechenden Marktdaten vorzutragen, gestrichen oder zumindest deutlich reduziert werden. An anderer Stelle hat die Kommission die Informationspflichten der Unternehmen sogar noch erhöht, so z.B. bei der Abfrage nach Pipeline-Produkten. Hier sind aus Sicht des BDI vor der finalen Verabschiedung der Dokumente noch Nachbesserungen erforderlich.

Erweiterung und Präzisierung der Kategorien von Zusammenschlüssen nach dem vereinfachten Verfahren

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens durch die Aufnahme zweier weiterer Kategorien und die Einführung von Flexibilitätsklauseln, wie durch die Kommission vorgeschlagen, wird ausdrücklich begrüßt. Die Ermessensentscheidung zur Nutzung der Flexibilitätsklauseln sollte beim zuständigen Case Team liegen. Es sollte allerdings auch sichergestellt werden, dass die Prüfung der Voraussetzungen zur Anwendung der Flexibilitätsklausel durch die Kommission in der Praxis nicht zu einer deutlichen Verlängerung der Pränotifizierungsphase führt.

Die Kommission hat die Angaben zu Schutzklauseln und Ausschlussbestimmungen in der Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren und in der Short Form CO überarbeitet. Es ist hilfreich, dass die Kommission den Unternehmen bessere Erläuterungen zu der Frage geben will, wann ein Zusammenschlussvorhaben im Ausnahmefall doch nach dem Standardverfahren geprüft wird. Allerdings sind die genannten Fallgruppen in Abschnitt 11 der Short Form CO zu breit gefasst und enthalten zudem viele Unklarheiten.

So stellt sich z.B. die Frage, was die Kommission unter „wichtigen" oder „wettbewerbsrelevanten" Vermögenswerten versteht und ab wann ein Beteiligter über eine „bedeutende" Nutzerbasis oder „kommerziell wertvolle" Datenbestände verfügt. Das gleiche gilt für die Frage, ab wann die Beteiligten als „wichtige Innovatoren auf sich überschneidenden Märkten" angesehen werden oder ab wann ein Pipeline-Produkt als „wichtig" gilt. Der Ermessensspielraum ist hier sehr groß, was zu Unsicherheiten bei den Parteien führt. Auch die Frage, ob ein Zusammenschluss es dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen ermöglicht, Zugang zu sensiblen Geschäftsinformationen über die vor- oder nachgelagerten Tätigkeiten von Wettbewerbern zu erhalten, kann nicht ohne erheblichen Prüfaufwand der Unternehmen (Welche Geschäftsinformationen gelten als sensibel? Welche internen Sicherheitsmaßnahmen müssten eingeführt werden?) beantwortet werden. Es wird auch nicht klar, ob der Zusammenschluss automatisch nach dem Standardverfahren geprüft wird, sofern die Parteien vorsorglich bei einer der genannten Optionen in Abschnitt 11 ein „ja" angekreuzt haben, um aufgrund der unklaren Fragestellung auf der sicheren Seite zu sein, oder ob dann weitere Erläuterungen durch

die Unternehmen abgefragt würden und eine Ermessensentscheidung der Kommission folgen würde. Hier sollten entsprechende Klarstellungen erfolgen. Zudem sollte ein konkreter Zeitrahmen vorgegeben werden, innerhalb dessen von dem Case Team über die Frage zu entscheiden ist, ob ein Zusammenschluss im vereinfachten Verfahren oder im Standardverfahren geprüft wird.

Die Kommission behält in der überarbeiteten Bekanntmachung über ein vereinfachtes Verfahren (Rn. 21) auch die Fallkonstellation bei, nach der ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle ausnahmsweise nach dem Standardverfahren geprüft werden kann, wenn weder die Europäische Kommission noch die zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden den vorherigen Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über das betreffende Gemeinschaftsunternehmen geprüft haben. Diese Option sollte gestrichen werden. Das Fehlen einer vorherigen Prüfung sollte nicht als automatisches Indiz dafür gewertet werden, dass die Transaktion wahrscheinlich den Wettbewerb in einer Weise beeinträchtigt, die eine Prüfung im Rahmen des vereinfachten Verfahrens ausschließt.

Der BDI hat sich wiederholt dafür ausgesprochen, dass bestimmte Zusammenschlussvorhaben, in denen es keine horizontalen Beziehungen und keine wesentlichen vertikalen Beziehungen zwischen den beteiligen Unternehmen gibt oder ein bloßer Wechsel von gemeinsamer Kontrolle zu alleiniger Kontrolle Gegenstand der Anmeldung wäre, am besten ganz vom formalen Anmeldeerfordernis befreit werden oder dass eine schriftliche Information an die Kommission über den Zusammenschluss ausreichen solle. In Bezug auf die Anmeldepflichten für Joint Ventures sollte ein lokaler Nexus vorgesehen werden, um sicherzustellen, dass Joint 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.

Die Kommission sieht nun zwar nicht von einer Anmeldepflicht ab, will aber in Rn. 26 des Entwurfs der Bekanntmachung zum vereinfachten Verfahren ein „extrem vereinfachtes“ Verfahren für bestimmte Kategorien von Zusammenschlüssen festschreiben. Hierzu gehören Zusammenschlüsse, die Gemeinschaftsunternehmen außerhalb des EWR betreffen und alle anderen Zusammenschlüsse, bei denen es weder horizontale Überschneidungen noch nichthorizontale Beziehungen zwischen den Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen gibt. Für diese Zusammenschlüsse soll die Pränotifizierungsphase entfallen und die Abschnitte 8-11 in der Short Form CO werden gestrichen. Der BDI begrüßt die Möglichkeit dieses „extrem vereinfachten Verfahrens“ als deutliche Erleichterung für die Unternehmen.

Straffung der Anmeldeformulare (Form CO und Short Form CO)

Der BDI hatte sich für eine deutliche Straffung und anwenderfreundlichere Gestaltung der Anmeldeformulare sowie für zielgenauere Informationsersuchen durch das Case Team ausgesprochen. Wir begrüßen, dass die Kommission die Fragebögen durch die Einführung von Tabellen und „Tick the box“-Ankreuzmöglichkeiten verkürzen, bestimmte Informationsanforderungen ganz streichen, im Falle der Form CO Informationsanforderungen für Märkte, die von den Flexibilitätsklauseln umfasst sind, begrenzen und klarere Hinweise zu möglichen Befreiungsanträgen geben will. Eine noch größere bürokratische Erleichterung könnte für die Unternehmen darin bestehen, gemeinsam mit der Kommission in der Pränotifizierungsphase zu erörtern, welche Unterabschnitte in den Formblättern im konkreten Fall ausgefüllt werden sollten. Die Unternehmen könnten die dort geforderten Informationen dann nur im Einzelfall, wenn sie für die Entscheidung der Kommission tatsächlich von Relevanz sind, auf Anforderung der Kommission einreichen. Insgesamt sollte die Pränotifizierungsphase genutzt werden, um

bereits hier unkritische Märkte auszusortieren und das Verfahren auf die verbleibenden kritischen Märkte zu konzentrieren.

Allerdings hat die Kommission bedauerlicherweise in den Entwürfen darauf verzichtet, gewisse Informationsanforderungen zu streichen, die für die Unternehmen mit besonders hohem Aufwand verbunden und für die Fallentscheidung dennoch häufig irrelevant sind. Stattdessen hat sie sogar neue Informationspflichten eingeführt. Hier sollte in der finalen Fassung noch einmal deutlich nachgebessert werden, damit die angestrebten Erleichterungen bei den Unternehmen auch tatsächlich spürbar sind. Dies betrifft insbesondere die Tatsache, dass auch weiterhin Daten zu allen plausiblen alternativen Märkten vorgelegt werden müssen, was aus Unternehmenssicht eine der wesentlichen Belastungen bei der Anmeldung eines Zusammenschlusses darstellt. Hier werden Angaben zu Märkten/Marktanteilen abgefragt, die häufig mit dem eigentlichen Zusammenschluss kaum Berührungspunkte haben und daher auch nicht zu der wettbewerblichen Beurteilung des Zusammenschlusses beitragen können. Es sollte zumindest an bestimmte Umsatz- und Marktanteilsschwellen angeknüpft werden. Darüber hinaus sollte der Betrachtungszeitraum für die Datensammlung grundsätzlich nur 1-2 Jahre betragen.

Besonders kritisch sehen wir die Neuerung, nach der in den Formblättern auch Angaben zu horizontalen Überschneidungen und vertikalen Beziehungen in Bezug auf Pipeline-Produkte verlangt werden. Demnach sollen die Unternehmen „Angaben zu Pipeline-Produkten der Beteiligten und ihrer Wettbewerber (einschließlich des Entwicklungsstadiums, des voraussichtlichen Absatzes und der voraussichtlichen Marktanteile der an dem Zusammenschluss Beteiligten in den nächsten drei bis fünf Jahren)“ machen. Diese Änderung führt zu deutlichen neuen Bürokratielasten und konterkariert die Ankündigung der Kommission, die Fusionsanmeldungen zu vereinfachen. Zum einen ist unklar, wie die Kommission den Begriff des „Pipeline-Produktes“ außerhalb der Pharmaindustrie definiert. Zum anderen stellt sich die praktische Frage, wie die Beteiligten Kenntnisse über den Entwicklungszustand der Pipeline-Produkte ihrer Wettbewerber erhalten sollen. In jedem Fall drohen durch diese Neuerung neue überbordende Lasten der Informationsbeibringung für die Unternehmen. Die Kommission sollte dieses neue Konzept in der Short Form CO und in der Form CO daher wieder streichen. Hilfsweise sollten die Informationspflichten durch eine enge Auslegung des „Pipeline-Produktes“ zumindest präzisiert und eingegrenzt werden, so dass nur Produkte erfasst werden, die für die Bewertung durch die Europäische Kommission tatsächlich Bedeutung entfalten.

Kritisch sehen wir auch die vorgeschlagene Änderung unter Punkt G in der Form CO, nach der die Unternehmen künftig in allen Fällen die erfassten quantitativen Wirtschaftsdaten beschreiben müssen, die für eine quantitative ökonomische Analyse nützlich sein könnten, damit die Form CO als vollständig gilt, während es bislang auf die konkrete Fallgestaltung ankam. Dies würde für die Unternehmen zu einem neuen bürokratischen Aufwand führen, der oftmals unnötig ist, da nicht in jedem Fall eine quantitative ökonomische Analyse erforderlich ist. Zudem ist unklar, was alles unter den Begriff der „quantitativen Wirtschaftsdaten“ fallen würde, z.B. ob hierzu auch öffentlich zugängliche Daten zählen. Hier sollte die Kommission den aktuellen Status Quo beibehalten.

Schließlich schlagen wir vor, neben den Ankreuzmöglichkeiten in den Anmeldeformularen auch optionale Eingabefelder vorzusehen, die es den Parteien ermöglichen, Erläuterungen zu den gemachten Angaben vorzutragen. Dies würde der Kommission nicht nur eine bessere Beurteilungsgrundlage verschaffen, sondern auch für die Parteien das Risiko reduzieren, in der Anmeldung unvollständige oder missverständliche Angaben zu machen.

Einführung elektronischer Anmeldungen

Die im Zusammenhang mit der Covid19-Pandemie vorübergehend eingeführte Möglichkeit, Anmeldungen im digitalen Format einzureichen, soll fest verankert werden. Die Übermittlung von Unterlagen an die und von der Kommission soll in Zukunft grundsätzlich auf digitalem Wege erfolgen (Artikel 22 des Entwurfs für eine überarbeitete Durchführungsverordnung). Dies gilt auch für Anmeldungen. Der BDI begrüßt diese Änderung ausdrücklich.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Redaktion
Nadine Rossmann
Referentin Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +32 2 792-1005
n.rossmann@bdi.eu

Dr. Ulrike Suchsland
Referentin Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +49 30 2028-1408
u.suchsland@bdi.eu

EU-Transparenzregister: 1771817758-48

Lobbyregister: R000534

BDI Dokumentennummer: D1590