



Recht, Wettbewerbs-
politik und Versicherung

14. März 2003

Telefon 030-2028-1408
Telefax 030-2028-2408
E-Mail
f.kretschmer@bdi-online.de

Stellungnahme zur Reform der europäischen Fusionskontrolle

**Vorschlag einer Verordnung des Rates
über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
vom 11. Dezember 2002
(EG-Fusionskontrollverordnung)
KOM (2002) 711 endgültig**

Die Europäische Kommission hat am 11. Dezember 2002 einen Vorschlag für die Änderung der Fusionskontrollverordnung (FKVO) veröffentlicht. Der BDI ist der Auffassung, dass er einige Verbesserungen enthält, denen wir gern zustimmen, an anderer Stelle aber hinter unseren Erwartungen zurück bleibt.

Unser Einverständnis bezieht sich auf die Vereinfachungen des Prüfungsverfahrens. Wir bedauern hingegen, dass es nicht gelungen ist, die Zuständigkeit der Europäischen Kommission so zu erweitern, dass Mehrfachanmeldungen künftig seltener werden. Die vorgeschlagene Definition der Marktbeherrschung halten wir für zu weitgehend. Wir sehen es auch als unangemessen an, der Europäischen Kommission in Fusionskontrollverfahren nahezu dieselben Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse wie bei der Verfolgung von Kartellverstößen einzuräumen. Bei den Geldbußen und Zwangsgeldern stellen wir ein grobes Missverhältnis zwischen Verstoß und Sanktion fest.

A. Zuständigkeit

1. Verminderung von Mehrfachanmeldungen

Der BDI bedauert sehr, dass es wegen des Widerstandes der Mitgliedstaaten und ihrer Kartellbehörden nicht möglich war, die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 3 FKVO zu senken, um auf diese Weise die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auszuweiten. Auch ist es nicht gelungen, den Vorschlag durchzusetzen, wonach die Möglichkeit der Anmeldung einer Fusion in mindestens drei Mitgliedstaaten eine Zuständigkeit der Kommission begründet hätte. Damit wäre die Zahl der Mehrfachanmeldungen verringert worden. An einer solchen Regelung hat die Industrie ein großes Interesse, zumal mit Blick auf die Erweiterung der Europäischen Union Mehrfachanmeldungen häufiger anstehen werden. Man wird sehen, ob die Ersatzlösung, die nun eingeführt werden soll, dieses Ziel auf anderem Wege erreicht. Für uns bleibt das Problem auf der Tagesordnung.

2. Verweisung vor Anmeldung (Artikel 4 Abs. 4 und 5 VO-EG)

Anstelle einer erweiterten Zuständigkeit der Kommission wird den Unternehmen durch ein neues Verweisungssystem angeboten, schon vor einer Anmeldung klären zu lassen, ob ein Zusammenschluss besser von der Kommission oder den Mitgliedstaaten geprüft wird:

- Es wird darauf ankommen, wie umfangreich der „mit Gründen versehene Antrag“ sein muss. Wenn er in die Nähe der Vollanmeldung gerät, würde dies das Vorverfahren entwerfen.
- Die Äußerungsfrist für die Mitgliedstaaten ist mit zehn Arbeitstagen richtig bemessen. Nachdrücklich stimmen wir dem Vorschlag der Kommission zu, das Schweigen einer nationalen Kartellbehörde als Zustimmung zu werten und bei drei Zustimmungen die Kommission zuständig sein zu lassen. Es ist vernünftig, ein Desinteresse an

dem Fall zu unterstellen, wenn sich die Behörde innerhalb der dafür ausreichenden Frist nicht geäußert hat.

- Die Kommission sollte den „betreffenden Mitgliedstaates“ im Rahmen von Artikel 4 Abs. 4 und 5 VO-E genau definieren. Es muss leicht und schnell feststellbar sein, welche Mitgliedstaaten über die Zuständigkeit befinden.
- Wird nach diesem Vorverfahren die Kommission zuständig, sollte sich daran im weiteren Verfahren nichts mehr ändern. Artikel 9 FKVO sollte ausgeschlossen sein. Es würde dem Vorverfahren viel von seiner Nützlichkeit nehmen, wenn am Ende der Fall doch wieder an den einen oder anderen Mitgliedstaat zurückverwiesen werden könnte.

3. Verweisungen (Art. 9, 22 VO-E)

Auch Verweisungen innerhalb eines Prüfungsverfahrens von der Kommission an die Mitgliedstaaten und umgekehrt sollen leichter vonstatten gehen können. Dafür schlägt die Kommission vor, die Verweisung an die Mitgliedstaaten nur noch von einer „erheblichen Wettbewerbsbeschränkung“ (statt von einer marktbeherrschenden Stellung) abhängig zu machen (Artikel 9, Abs. 2 a VO-E). Die Kommission soll zuständig werden, wenn sich herausstellt, dass ein national anhängiger Fall „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt“ (Artikel 22 Abs. 1 VO-E).

Verweisungen hin und her mögen dem Subsidiaritätsprinzip genüge tun und eine „Feinsteuerung“ der Zuständigkeiten zwischen den Kartellbehörden ermöglichen. Für die Unternehmen bringen Verweisungen hingegen stets Unsicherheiten, Verzögerungen und Arbeitsbelastungen mit sich. Bei Teilverweisungen müssen die Unternehmen sogar zwei oder mehr parallele Verfahren betreiben. Es kommt hinzu, dass bei einer Verweisung an die Mitgliedstaaten dort das nationale Recht angewendet wird, was zusätzliche Unberechenbarkeit schafft, solange keine Harmonisierung stattgefunden hat. Diese Gründe sprechen eher für eine Beibehaltung der geltenden Regelung. Es liegt keinesfalls in unserem Interesse, die Zahl der Verweisungen möglichst ansteigen zu lassen.

4. Entscheidungsbefugnisse der Kommission (Art. 8 Abs. 2 VO-E)

Es wird angeregt, der Kommission eine Annexkompetenz zur Billigung von Veräußerungen, die in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Kartellbehörden fallen, einzurichten. Die Kommission hat zwar bei Veräußerungszusagen die Möglichkeit, Einfluss auf die Person des Käufers eines Unternehmens zu nehmen, sie kann jedoch solch eine Devestition, die selbst nicht unter die europäische Fusionskontrolle fällt, nicht freigeben. Dies führt in der Praxis für die Unternehmen zu weiteren Verzögerungen und neuem bürokratischem Aufwand.

B. Materielle rechtliche Fragen

1. Marktbeherrschung (Artikel 2 Abs. 2 VO-E)

Allen Äußerungen der Kommission war bisher zu entnehmen, dass man am bewährten Begriff der Marktbeherrschung festhalten und nicht den amerikanischen Test des „substantial lessening of competition“ einführen würde. Deshalb hat es uns sehr überrascht, eine ganz neue Definition der Marktbeherrschung vorzufinden, die dazu führen muss, dass marktbeherrschende Stellungen sehr viel eher als heute angenommen werden können.

Es soll dafür nach dem Vorschlag ausreichen, dass ein Unternehmen „über die wirtschaftliche Macht verfügt, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbsparameter ... zu nehmen“. Dazu können Unternehmen durchaus in der Lage sein, ohne im heutigen Sinne als marktbeherrschend zu gelten. Jedes Unternehmen, das einen gewissen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern inne hat, könnte als marktbeherrschend eingestuft werden.

Wir halten es für äußerst dringend, den alten Rechtszustand nicht aufzugeben. Die unilateralen Effekte, deren Diskussion in den Fachkreisen in umgekehrtem Verhältnis zu ihrem tatsächlichen Vorkommen steht, rechtfertigen es nicht, eine erprobte und verlässliche Praxis aufzugeben. Es ist auch daran zu denken, dass fast alle Mitgliedstaaten den geltenden Begriff verwenden. Auch auf dieser Ebene würde ein Wechsel neue Unsicherheiten mit sich bringen. Wir plädieren daher nachdrücklich dafür, den ursprünglichen Begriff der Marktbeherrschung nicht aufzuweichen sondern beizubehalten.

2. Effizienzen (Artikel 2 Abs. 1 b VO-E)

Obwohl in der Kommission die Meinung vertreten wird, dass man schon bisher Effizienzvorteile bei der Prüfung von Zusammenschlüssen berücksichtigt hat, ist es ein Fortschritt, wenn dies nun ausdrücklich klargelegt wird. Anders als in ihrem Entwurf einer „Mitteilung für die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse“ zum Ausdruck kommt, sollte die Kommission nicht zu hohe Anforderungen an die Plausibilität und Beweisbarkeit von Effizienzvorteilen stellen. Eine glaubhafte Darlegung von Effizienzen auf der Grundlage von Geschäftsplänen sollte genügen. Den Parteien wird es nicht möglich sein, Effizienzen, die sich erst in der Zukunft erweisen werden, im vorhinein vollständig zu beweisen; es handelt sich schließlich um eine Prognose. Weiterhin scheint zweifelhaft, ob Effizienzen stets an den Verbraucher weitergegeben werden müssen. Dieses Kriterium plausibel zu belegen, wird darüber hinaus mit vielen Unsicherheiten behaftet sein.

3. Begriff des Zusammenschlusses (Artikel 3 Abs. 4 VO-E)

Wir unterstützen die ausdrückliche Regelung, nach der „Erwerbsvorgänge, die in einem Bedingungs Zusammenhang stehen oder miteinander verknüpft sind“, als einheitlicher Zusammenschluss bewertet werden. Dies kommt der Praxis sehr entgegen, die bei einem zeitlich auseinandergezogenen Firmenerwerb mitunter mit mehreren Anmeldungen belastet worden ist.

C. Verfahrensfragen

1. Anmeldeverfahren

Es ist ein großer Fortschritt und erlaubt eine bessere Steuerung von Zusammenschlüssen, die auch außerhalb Europas angemeldet werden müssen, wenn die Wochenfrist (Anmeldung binnen einer Woche nach Vertragsschluss) gestrichen wird. Es bringt Handlungsfreiheit, wenn künftig Fusionen schon angemeldet werden dürfen, wenn die feste Absicht zum Vertragsschluss besteht. Das Vollzugsverbot schafft den Anreiz, Anmeldungen nicht zu verzögern. Diese Änderung war ein Wunsch, den wir an die Reform der FKVO gestellt hatten.

2. Ausnahmen vom Vollzugsverbot (Artikel 7 Abs. 4 VO-E)

Fusionen, die im vereinfachten Verfahren angemeldet werden können, sollen sofort und nicht erst nach Abschluss des Prüfungsverfahrens vollzogen werden dürfen. Das Nähere soll eine Gruppenfreistellungsverordnung regeln. Auch dieser Vorschlag findet unsere Unterstützung.

3. Fristverlängerungen (Artikel 10 VO-E)

Wir akzeptieren, dass künftig Fristen in Arbeitstagen und nicht mehr in Wochentagen berechnet werden. Da aber nicht immer ganz eindeutig sein wird, ob ein Tag als Arbeitstag zählt oder nicht, wäre es für die Unternehmen eine Hilfe, wenn die Kommission in einer Mitteilung oder auf andere Weise kundtun würde, wie sie diesen Begriff handhaben wird.

Eines der Kernstücke der Reform sind die Möglichkeiten, das Prüfungsverfahren in beiden Phasen zu verlängern, wenn die Umstände dies rechtfertigen:

- Bei Phase I ist es richtig, dass sich die Prüfungsfrist um zehn Arbeitstage verlängern soll, wenn Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen werden (Artikel 10 Abs. 1 Satz 2/3 VO-E).
- dies gilt auch für die Verlängerung der Phase II um 15 Arbeitstage (Artikel 10 Abs. 3 Satz 2 VO-E), wenn Abhilfemaßnahmen vorgeschlagen werden.
- Wir sind ebenfalls damit einverstanden, dass die Kommission mit Zustimmung der Anmelder die Phase II (für komplexe Fälle) um bis zu 20 Arbeitstagen verlängern darf (Artikel 10 Abs. 3 VO-E). Man sollte dies ausprobieren. Wenn sich zeigt, dass die Kommission von dieser Möglichkeit allzu freizügig Gebrauch macht (dem Anmelder wird oft nur übrig bleiben, die Zustimmung nicht zu verweigern), müssten festere Maßstäbe erwogen werden. Soweit die Anmelder einen Antrag stellen, sollte dies nicht nur innerhalb der ersten drei Wochen, sondern auch noch später, etwa bis zur mündlichen Anhörung, möglich sein.

4. Neuanmeldung nach Nichtigerklärung (Artikel 10 Abs. 5 VO-E)

Hebt das Europäische Gericht erster Instanz eine Untersagungsverfügung der Kommission auf, so ist vorgesehen, dass der Zusammenschluss neu angemeldet oder die alte Anmeldung ergänzt wird. Die Fusion wird dann an den inzwischen eingetretenen Marktverhältnissen gemessen.

Wir sind der Meinung, dass dies die Parteien des Zusammenschlusses nicht selten benachteiligen wird. Bis zu einer Entscheidung des Gerichts vergehen selbst im beschleunigten Verfahren 8 bis 10 Monate, im normalen Verfahren mehrere Jahre. In dieser Zeit können sich die Marktverhältnisse zu Ungunsten der Parteien verändert haben und eine erneute Untersagung mit anderen Gründen rechtfertigen. Dies könnte vermieden werden, indem nach einer Gerichtsentscheidung der Zusammenschluss als genehmigt gilt. Anderenfalls könnte es dazu kommen, dass man den Parteien Steine statt Brot gibt: neue Anmeldung, neue Prüfung, neue Untersagung, neues Gerichtsverfahren.

5. Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse (Artikel 11 VO-E)

Wir sind nach wie vor strikt gegen eine Übertragung der Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse der neuen VO 1/2003 über das Kartellverfahren auf die Fusionskontrolle. Die Kommission ist der Versuchung erlegen, bei Gelegenheit einer Reform der FKVO ihre Befugnisse beträchtlich auszuweiten. Sie hat weder im Grünbuch noch in der Begründung des VO-Vorschlages überzeugend dargelegt, warum dies notwendig ist.

Es bedarf nicht langer Begründungen, warum die Verfolgung von Kartellverstößen und die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen zwei ganz unterschiedliche Ziele sind und warum dies auch den Einsatz unterschiedlicher Mittel bedingt. Kartellverstöße sind gegen den freien Wettbewerb gerichtet, schädigen unmittelbar Dritte und werden mit Ordnungsstrafen, in einigen Ländern sogar mit Kriminalstrafen, geahndet. Die Fusionskontrolle dient zwar ebenfalls der Sicherung des freien Wettbewerbs, doch geht es dabei nicht darum, einen Anfangsverdacht unrechtmäßigen Verhaltens zu erhärten und dabei die gewohnten Mittel der Strafverfolgung einzusetzen. Vielmehr sind Unternehmenszusammenschlüsse rechtmäßige Vorgänge, und die geringe Quote der Untersagungen belegt, dass es nicht um eine von vornherein verdächtige Angelegenheit handelt. Wir sind deshalb der festen Meinung, dass in diesem Bereich keine Änderung der FKVO erforderlich ist.

Im einzelnen ist zu den Vorschlägen zu bemerken:

- Der BDI erkennt an, dass Befragungen und Auskunftsverlangen gängige Praxis sind. Angesichts drastischer Sanktionen muss jedoch abgelehnt werden, dass die Kommission nun jedermann zum Zweck der Einholung von Informationen über den Untersuchungsgegenstand befragen will (Art. 11 Abs. 7 VO-E) und "von allen Vertretern und Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens" ad hoc Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen einholen und die Antworten protokollieren kann. Gerade bei nicht speziell von der Unternehmensleitung autorisierten Auskunftgebern besteht eine erhebliche Gefahr unrichtiger Auskünfte oder irreführender Angaben von Personen, die nicht sachkundig sind. Dies kann aber zu exorbitanten Bußgeldern und Zwangsgeldern führen.

- Es fehlt darüber hinaus an einer Anerkennung des Selbstbeichtigungsverbots, der Normierung von Auskunftsverweigerungsrechten und des Rechts, einen Anwalt hinzuzuziehen hinweisen müssen. Unternehmensvertreter sollten ein Aussageverweigerungsrecht haben, wenn sie mit ihrer Aussage das Unternehmen bezichtigen würden. Die Unternehmen sollten ebenfalls das Recht haben, eine Auskunftsanordnung durch die Kommission gerichtlich nachprüfen zu lassen. Zwar sollen Unternehmen und natürliche Personen nicht gezwungen werden dürfen, Zuwiderhandlungen einzugestehen (Erwägung 35). Sie sind jedoch in jedem Fall verpflichtet, Sachfragen zu beantworten und Dokumente zu übergeben, selbst wenn die darin enthaltenen Informationen gegen sie oder ein anderes Unternehmen verwandt werden könnten. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass das Selbstbeichtigungsverbot in vollem Umfang anerkannt werden muss. Unternehmen sollen nicht an ihrer eigenen Überführung einer begangenen Zuwiderhandlung aktiv mitwirken müssen. Die Grenze des Auskunftsrechts ist das Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen. Reine Praktikabilitäts Gesichtspunkte, wie sie die europäischen Gerichte als Argument für eine Einschränkung des Rechts bei der Anwendung der Kartellverfahrensverordnung (damalige „VO 17“) angeführt haben, dürfen im Rahmen der Fusionskontrolle keine Rolle spielen, da es hier gerade nicht um die bessere Durchführbarkeit der Kartellverfahrensvorschriften geht und auch kein Wettbewerbs- oder Kartellverstoß zu ahnden ist.
- Die Kommission will nun auch Geschäftsräume, Bücher und Unterlagen versiegeln können (Art. 13 d VO-E). Es fehlt dabei an der Normierung jeglicher Voraussetzungen für solch drastische Maßnahmen, wie z.B. das Vorliegen einer spezifischen Vereitelungsgefahr. Erwägung 34 ist noch dazu so ausgestaltet, als wäre die Versiegelung der Regelfall und nicht die Ausnahme. Dies verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.
- Der BDI fordert darüber hinaus, dass entgegen Art 13 Abs. 8 VO-E nationale Gerichte auch eine Rechtmäßigkeitsprüfung der Kommissionsentscheidung und nicht nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen dürfen. Für europäische dürfen keine geringeren Erfordernisse als für nationale Maßnahmen bestehen. Unternehmen haben ein Recht auf ein faires Verfahren, das rechtsstaatlich unbedenklich ist und auch einer Überprüfung durch die europäischen Gerichte standhält. Dies ist nach dem Verordnungsvorschlag jedoch nicht in ausreichendem Maße gewährleistet.

6. Geldbußen und Zwangsgelder (Artikel 14, 15 VO-E)

Auch bei der Neuregelung der Geldbußen und der Zwangsgelder schießen die Vorschläge der Kommission weit hinter das Ziel hinaus:

- Zunächst ist zu bedenken, dass es sich bei der Fusionskontrolle um ein Verwaltungsverfahren handelt. Es besteht selbstverständlich ein öffentliches Interesse an einem korrekten Ablauf. Deshalb sind Sanktionen bei Verstößen - kein Antrag, verzögerte Angaben, falsche Auskünfte - durchaus angebracht. Der Unrechtsgehalt des Verstoßes muss aber in einem vernünftigen Verhältnis zu den verhängten Strafgeldern stehen. Dies ist nicht der Fall.

- Bei Nichtanmeldung oder Nichteinhaltung von Zusagen sollen 10 % des Gesamtumsatzes eines Unternehmens die Obergrenze der Geldbuße bilden. Was hier bestraft wird, kann nachgeholt werden, und zwar wird dadurch in den meisten Fällen kein Schaden entstanden sein. Die meisten Fusionen werden nach dem Prüfungsverfahren genehmigt. Dies mindert den Unrechtsgehalt von Verstößen. Niemand käme auf den Gedanken, die Unterlassung eines Bauantrages oder gar den Verstoß gegen eine Auflage in der Baugenehmigung mit ähnlichen Bußen zu belegen.
- Auch die Obergrenze für Geldbußen wegen unrichtiger Angaben liegt mit 1 % des Jahresumsatzes viel zu hoch. Bei Unternehmen ist offenbar angemessen, was bei natürlichen Personen in anderen Verwaltungsverfahren - Buße in Höhe von 1 % des Bruttojahreseinkommens - jedermann als rechtsstaatswidrig empfinden würde.
- So liegt es auch bei den Zwangsgeldern, wo Auskünfte oder die Zulassung von Ermittlungen mit einer Zahlung von bis zu 5 % eines Tagesumsatzes des Unternehmens erzwungen werden können. Für eine fahrlässig ungenaue Auskunft würden damit Zwangsgelder fällig, die außerhalb jeder Verhältnismäßigkeit liegen (zumal die Kommission bei umfangreichen Auskunftsverlangen oft eine so kurze Frist setzt, dass erfahrungsgemäß Fehler gar nicht völlig ausgeschlossen werden können). Bei einem Großunternehmen können hier leicht 25 Millionen Euro fällig werden. Dies zeigt, wie falsch es im Grunde ist, solche Sanktionen von den Umsätzen abhängig zu machen.

7. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kommission

In unserer Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission über die Revision der Fusionskontrollverordnung hatten wir uns für eine weitere Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen der Kommission ausgesprochen.

Man kann nur immer wieder betonen, wie wichtig es ist, dass die Überprüfung durch das Gericht erster Instanz so schnell wie möglich erfolgt. Fusionen können nicht ein Jahr oder länger in der Schwebe bleiben. Deshalb ist das beschleunigte Verfahren, in dem eine Entscheidung innerhalb von etwa 8 Monaten möglich ist, ein richtiger Schritt gewesen. Es wäre zu prüfen, ob das Verfahren noch etwas weiter verkürzt werden kann, ohne dass die Qualität, an der die Parteien ebenfalls ein erhebliches Interesse haben, leidet.

In manchen Fällen könnte es helfen, wenn das Verbot, den Zusammenschluss zu vollziehen, mittels einstweiligen Rechtsschutzes außer Kraft gesetzt werden könnte, obgleich dann die Parteien die Fusion auf eigenes Risiko in Angriff nehmen müssten.

Schließlich befürworten wir eine Spezialekammer beim Gericht erster Instanz. Die Erfahrungen mit der Kartellgerichtsbarkeit in Deutschland zeigen, dass es richtig ist, wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten vor besonders qualifizierten Richtern auszutragen. Dies erhöht die Güte der Entscheidung, trägt aber auch Einiges zur Beschleunigung der Verfahren bei.

Abschließend sei betont, dass wir die Bemühungen der Kommission und der Mitgliedstaaten anerkennen, die europäische Fusionskontrolle neuen Entwicklungen und Bedürfnissen in einer größer werdenden Union und angesichts globaler Märkte anzu-

passen. Dies ist in Teilen gelungen. Aus der Sicht der Unternehmen sollte versucht werden, in den Beratungen des Ministerrates einem optimalen Ergebnis noch etwas näher zu kommen.

Dr. Kretschmer