

Bundeskartellamt
E/G4 – 3001/93 Bd. 3

Reply of the Bundeskartellamt to the Green Paper of the Commission of the Review of Regulation (EEC) No 4064/89 of the Council on the control of concentrations between undertakings (hereinafter, the "Merger Regulation")

European merger control has basically proven itself in practice over the past decade. It has become a model for competition legislation in some Member States and has demonstrated its adaptability to the various developments at a European and global level. From the viewpoint of the Bundeskartellamt, there is therefore no cause for fundamental reform of the Merger Regulation. Instead, the upcoming revision should entail limited adjustments. For example, the previously existing fine-tuning mechanisms for the distribution of cases between the Member States and the Commission should be improved so as to render the protection of competition even more effective. In the view of the Bundeskartellamt, it must moreover be discussed how the practical effectiveness of the participation rights of the Member States guaranteed by the Regulation can be assured.

I. Division of competence between Commission and Member States

1.) Article 1(2) of the Merger Regulation, two-thirds rule – Margin numbers 15 ff.¹

With respect to the general division of competence, the Commission in the Green Paper does not see any need for change. Article 1(2) of the Merger Regulation and the two-thirds rule are viewed as being effective and in harmony with the principle of subsidiarity. The Bundeskartellamt too currently does not deem any modification of Article 1(2) of the Merger Regulation to be necessary. However, the turnover thresholds have decreased *de facto* as a result of inflation and annual growth rates of real gross domestic product have diminished in the Community. The future meaningfulness of turnover thresholds must therefore be monitored carefully and an increase in the values studied within the framework of the expansion of the European Union. The two-thirds rule lends expression to the theory that a merger can and should best be examined where the economic focus of the concentration is located. No need for change is currently to be seen here either.

¹ The Margin Numbers refer to the corresponding source numbers in the Commission's Green Paper.

2.) Revision of Article 1(3) of the Merger Regulation – Margin numbers 24 ff.

The Green Paper proposes changing Article 1(3) of the Merger Regulation and allocating to the Commission in the future all cases which are notified in three or more Member States. There are still too many cases which must be notified in more than one Member States and which burden companies unnecessarily ("multiple notification problem"). In its practice, the Bundeskartellamt has not determined any grounds for assuming an actual multiple notification problem. No improvement of the level of the protection of competition through the proposal is evident at first glance. However, it should be sought to simplify the complexly formulated norm.

a) Assessment by Commission

The Commission has conducted an assessment of this topic which is to be found in Annex I to the Green Paper. The Bundeskartellamt has commented in detail on the Annex in a separate appendix to this reply. Annex I was previously discussed at the Working Group meeting with the Member States. All Member States expressed substantial concern about the meaningfulness of the survey, and such concerns were not resolved. The Commission has not established that there is a general problem with multiple notification cases. Article 1(3) of the Merger Regulation encompasses such cases to a sufficient degree. Even if a simplification of the norm is worth seeking, in the opinion of the Bundeskartellamt a fundamental change in the existing division of competence is not absolutely necessary for effective protection of competition.

b) Community dimension and the subsidiarity principle

The proposal contained in the Green Paper concerning Article 1(3) of the Merger Regulation is moreover based on the approach of deriving the Community dimension and thus the Commission's competence in terms of subsidiarity principles from the eligibility of a merger for notification with more than two national competition authorities.²

The principle of limited individual authority and the subsidiarity principle apply to the Commission in accordance with Article 5 EC Treaty. This signifies that the Commission does not possess general jurisdiction. The Commission may only become active in the field of competition if the goal of effective protection of competition cannot be sufficiently achieved at the level of the Member States. Within the framework of merger control, this involves cases with a "Community dimension."³ When introducing European merger control, the Commission and Member States attributed a Community dimension to those concentrations which cause significant structural changes and whose impact on the mar-

² Margin number 32 of the Green Paper.

³ Article 1(1) of the Merger Regulation.

ket goes beyond the national borders of any single Member State.⁴ In order to make this workable for a division of competence, the Commission and Member States relied on certain minimum turnover figures of the participating companies as a standard criterion for a "significant cross-border effect". The proposal in the Green Paper is now intended to de-couple the Community dimension from specific turnover thresholds. The mere achievement of the thresholds triggering national merger control in more than two Member States is to be sufficient in the future. This overlooks the goal of the national merger control provisions, which are aimed at assuring effective protection of competition on a local, regional and national level in a Member State. To achieve this, the Member States normally do not set high requirements for application of the national merger control provisions. Otherwise, they would not be able to sufficiently observe local and regional effects. It can therefore not be concluded from the notification of a concentration in three Member States that the concentration will per se have cross-border effects on the market. Instead, supplementary criteria are necessary for documenting such effects.

During the revision debate in 1996, the Member States also agreed that a concentration subject to notification in several Member States should not fall within the Commission's jurisdiction if it only has a significant economic effect in a single Member State (Margin number 24 of the Green Paper is inaccurate in this regard). National authorities can investigate such cases better and more effectively than the Commission. Notifications in several Member States will normally not require the same scope of examination in all Member States. Instead, it will rapidly become clear in some Member States that certain concentrations are unproblematic. The cases can be released there quickly and unburdensomely.

c) Goals of Article 1(3) of the Merger Regulation

The Commission's premise that Article 1(3) of the Merger Regulation has not fulfilled its goal appears likewise dubious in this light. The goal of Article 1(3) of the Merger Regulation is not to allocate concentrations notified in several Member States to the Commission, but instead to examine on a national level concentrations focused in a single Member State. The Commission and Member States already agreed during the debate on reform in 1996 that this was particularly true for concentrations that only had to be notified in two Member States. Neither the Green Paper nor Annex I contain any statement on the focus of competition in relation to concentrations notified in more than two Member States. In 2000 the Bundeskartellamt also investigated multiple notifications made in Germany (169 cases). It thereby became evident that, considered in economic terms, the relevant markets were delineated along national lines in 88,5% of the cases and the tur-

⁴ Recitals to the Merger Regulation, Recital 9.

nover of the buyer constituted some 10-times that of the target company in 98% of the cases—and 100-times in 30% of the cases. In the overwhelming majority of cases, buyers were therefore large companies acquiring small enterprises or divisions. Only seldom do small enterprises tend to be active on large geographical markets. This allows it to be concluded that only a few of the multiple notification cases had an economic and competitive focus beyond a single Member State.

The two-thirds rule is the expression of the desire to appraise under national law concentrations whose economic focus and competition-related concerns are in a single Member State, even if the concentrations have certain cross-border effects. Strictly potential international effects, such as the increase in barriers to market entry through the origination of a dominant market position in a Member State,⁵ do not justify the Commission's competence per se. It is normally possible and more effective due to the market proximity to intervene with national merger control, the aim of which goal is to preserve the openness of markets. Rapid and unproblematic clearance can be given in the other Member States not experiencing competition problems.

The requirement for competence by the Commission with respect to all cases notified in more than two Member States could only be derived from the subsidiarity principle if the goal of merger control to prevent the origination or reinforcement of market dominance was not being served by the existing practical division of labour to a significant degree. The Commission should explain whether and, if any, which cases realised under the thresholds in the Merger Regulation have led to market dominance and were prohibited by the Commission. The Green Paper does not offer any examples, but instead focuses almost exclusively on potential procedural simplifications for the companies involved.⁶ Though the decrease of bureaucratic efforts has a certain value, its worth is subordinate to the aim of protecting competition as effectively as possible when the division of labour in merger control is concerned.

d) More co-operation with national competition authorities

Industry's legitimate demand to limit the bureaucratic efforts associated with multiple notifications is being met through increasingly close practical co-operation between national competition authorities. The Member States have constructed an effective network with the European Competition Authorities (ECA). The authorities use the network to inform themselves on concentrations notified in several countries and to work together more intensively.⁷ The increased exchange of information led, for example, in the Proma-

⁵ As mentioned by way of example in Margin number 17 of the Green Paper.

⁶ Margin number 19 and Margin number 26 of the Green Paper.

⁷ Since June 2001 the Bundeskartellamt has had contact in a total of 72 cases with other national competition authorities.

tech/Sulzer case in December 2001 to the first merger being referred to the Commission jointly by several Member States in accordance with Article 22(3) of the Merger Regulation. A joint referral was then made only a few weeks later in the GES/Unison case. A working group has also been formed within the framework of the network which has discussed how notified enterprises can be offered practical assistance. Models for further intensification of co-operation have also been developed.

e) Increased bureaucratic expense

The procedure suggested by the Commission only appears simple and unbureaucratic at first glance. Upon closer examination, companies will only be relieved to a slight degree at most. At present companies can determine rapidly and easily based on their turnover figures whether their concentration must be notified to the Commission. This will no longer be possible after the Commission's proposal is realised. Instead, companies will then be called upon to determine the Member States in which their concentrations are to be notified and to demonstrate this to the Commission in their notifications based in part on highly intricate criteria.⁸ The burden placed on companies to establish the Commission's competence will increase. Meanwhile they must also submit comprehensive information with Form CO.

Administrative expenses would also increase. As with national notifications, the national authorities will have to investigate whether cases meet their thresholds—though now this will have to be done within a extremely short period of time. The Green Paper proposes one to two weeks for this purpose. The Commission's proceedings will be prolonged, without there being a possibility to conduct parallel investigations in this time because no jurisdiction has been established. Moreover, the issue of whether the national thresholds have been achieved will take on new significance if this proposal is realised. Added controversies between companies and national authorities regarding turnover calculations cannot be ruled out and will not facilitate the examination. It must also be taken into account that the notification requirements in some Member States are contingent on criteria other than turnover, e.g. market shares (Spain and Greece). It will hardly be possible for these Member States to conduct short-term market investigations. The Commission itself admits in the Green Paper that a rapid examination of the national competence will not be possible in such cases.⁹

The question of effective legal protection arises in addition. According to the proposal in the Green Paper, the Commission's competence will result from the fact that at least three national competition authorities have determined and notified the Commission that their national thresholds have been exceeded. If the Commission's decision is challen-

⁸ Margin number 60 of the Green Paper.

⁹ Margin number 61 of the Green Paper.

ged and reference made to its lack of competence, the Court of First Instance will only be able to examine whether corresponding notices have been presented by national authorities. Whether the authorities have rightly affirmed that the national thresholds have been exceeded can hardly be examined by the Court of First Instance. It is already questionable whether the Court is called upon to investigate the legal acts undertaken by the national authorities in accordance with national law. Even if the Court of First Instance is able to examine this question, the legal systems of 15 or more Member States and their methodologies and related legal traditions would have to be considered. This is not feasible. To warrant companies effective legal protection, they must receive legal remedies against the decision of the national authorities notifying the Commission of the achievement of the national thresholds. In light of the opposition proceedings proposed by the Commission, it will be necessary for the Commission to notify the companies after the opposition deadline has expired, providing them sufficient opportunity to challenge the decision of the national authorities before the competent national court. The proceedings would be further complicated and prolonged as a result. National court proceedings can last for years under certain circumstances. Unclear is also the consequence of misrepresentations by companies. Particularly with respect to mergers with only slight market effects, the administrative expense is likely to be higher for all participants than with the present procedure.

f) Negative effects of the Commission proposal

Concern about the consequences of the proposed division of cases must also be raised. Despite the proposed modification of Article 1(3) of the Merger Regulation, cases subject to notification in several Member States under national law will continue to exist. Concentrations which exceed national thresholds in more than two Member States but which do not meet the merger criteria in Article 3 of the Merger Regulation (minority shareholdings, substantial effect on competition) must remain in the jurisdiction of the national competition authorities. Otherwise, cases would be transferred to the Commission which the Commission is not able to examine. At the same time, the Commission's proposal will cause more concentrations with significance for competition on national markets to fall within the Commission's competence. It can be expected that the cases will eventually be referred back to the national authorities via Article 9 of the Merger Regulation.

In addition, the proposal is intended to encompass cases which must be notified in three and more Member States. The notification requirement under national law in at least three Member States would therefore have to establish the Commission's competence. Yet the Green Paper in part relies on the achievement of the national thresholds for the

notification.¹⁰ This difference is significant due to the national exemptions, which the Green Paper does not take into consideration. Unclear therefore remains which authorities are to process cases where thresholds are achieved in at least three Member States, but which are not subject to notification there by virtue of national exemptions.¹¹ If the cases do not have to be notified in more than three Member States due to the absence of any notification requirement, it would be inconsistent with the Commission proposal to nonetheless subject them to the Commission's examination.

Reference must be made in this context to the adverse consequences of the proposal for the restructuring of the simplified procedure into a block exemption as presented for discussion in the Green Paper.¹² More concentrations will be subject to the Commission's competence, the majority of which will fall under the block exemption and thus will neither be notified to nor examined by the Commission. Practice has shown that the simplified procedure offers companies broad room for circumvention. The criteria relate to substantive assessments and are thus interpretable in a variety of ways. In three cases, the Bundeskartellamt therefore requested the transition from the simplified to normal procedure;¹³ such a change was made in a further 20 cases as a result of the Bundeskartellamt's investigation. A block exemption would ultimately lead to a decrease in the level of protection for competition.

The Commission raises doubt in the Green Paper¹⁴ that the co-operation agreed by the national competition authorities in the ECA should be viewed as an equivalent replacement for centralised merger control. It should not be overlooked in this regard, however, that even the Commission proposal for Article 1(3) of the Merger Regulation basically depends on a workable network of national agencies. Companies, for example, would be able to notify a merger in a Member State and to await the decision there, before notifying the merger gradually to other Member States. This process would remain unrecognised without any workable exchange of information between the national authorities. The consequences of such action by companies on the competence and validity of previously issued decisions are dubious and left unexplained in the Green Paper.

The Bundeskartellamt assesses the current division of competence as being basically positive. Only a few cases of multiple notifications have had an economic and competitive focus beyond a single Member State. This speaks in favour of the fact that the turnover-related criteria largely reflect the practical reality, guaranteeing a proper division of cases.

¹⁰ Margin number 58 of the Green Paper.

¹¹ E.g. *de minimis* or minor market provisions (e.g. § 35(2) of the Act against Restraints on Competition).

¹² As considered in Margin number 176 of the Green Paper.

¹³ Dana/Getrag, Agfa/Agfa-Gevaert and Flextronics/Ericsson

¹⁴ Margin number 28.

If the Member States find that Article 1 of the Merger Regulation does not lead to proper results in certain cases, a solution for the problematic case should be sought. A flexible system should be set up for this purpose to guarantee an optimal division of cases for the protection of competition. The necessary flexibility in dividing cases is already established in the European merger control system through the fine-tuning mechanisms in Articles 9 and 22 of the Merger Regulation, though the design is not sufficiently practicable. The goal of the reform should therefore be to further develop these provisions in the spirit of subsidiarity: If a merger notified to the Commission can be examined by one or more national authorities, the case should be relinquished to national jurisdiction via Article 9 of the Merger Regulation. Vice versa, a referral by the national authorities to the Commission in accordance with Article 22 of the Merger Regulation should be made if a case which is actually national can be more effectively handled by the Commission. A simplification of Article 1(3) of the Merger Regulation is conceivable. Subject to the condition that solutions are found for the abovementioned problems and those which arise, the Commission's proposal represents a further model to be pursued.

II. Referral to a Member State in accordance with Article 9 of the Merger Regulation

– Margin numbers 69 ff.

Many cases which are currently notified to the Commission relate exclusively or largely to national and/or local markets. The Bundeskartellamt assessed 288 Commission decisions in 2000. It became evident from this study that 54 cases (18,75%) affected exclusively national or regional markets. In another 50 cases dealt with in the simplified procedure, the Commission left the market delineation open. Insofar as the cases have an impact on competition, closer proximity speaks in favour of transferring the competence to national competition authorities in the spirit of the subsidiarity principle when the economic and competitive focus is national. In this regard, the fine-tuning mechanism in Article 9 of the Merger Regulation should be developed into a real instrument for decentralisation so as to allocate cases whose impact on competition is concentrated in a single Member State to examination by the respective national authorities. This would also diminish the work overload complained of by the Commission, enabling the latter to use its scarce resources for concentrations with a Community dimension. The Bundeskartellamt therefore welcomes the proposal in the Green Paper to simplify the provision.

1.) Requirements placed on the grounds for a referral request

The Commission will only refer a case to a Member State if the latter has raised certain concerns about competition in a separate request. Currently, the conditions are too stringent and the number of referrals is therefore too low to be able to speak of any real decentralisation. Accordingly, the present referral practice by the Commission is rather

sparse. Newly introduced in 1998, Article 9(2)(b) of the Merger Regulation—in accordance with which concentrations relating to an insignificant part of the common market can be referred—is in practice nearly meaningless because the Commission interprets the criterion of a "significant part of the common market" in an extremely broad fashion. However, even referrals in accordance with Article 9(2)(a) of the Merger Regulation are dealt with by the Commission with great reserve. The Commission frequently limits these to cases where regional or local markets, which, considered in an unbiased fashion, could fall under Article 9(2)(b) of the Merger Regulation, are affected.

The Bundeskartellamt supports the effort to simplify the grounds required for referral requests within the framework of the upcoming reform. It should be sufficient for the Member State making the request to furnish proof that the concentration will impede competition on a national, regional and/or local market.

2.) Less discretion

The Commission currently possesses extremely broad discretion within the framework of referral decisions. For reasons of legal security and transparency, this discretion should be limited. If the economic and competition-related focus of a case lies in a single Member State, the Commission should only reject a referral request on certain narrowly defined grounds (e.g. because a similarly structured case is being examined by the Commission). The corresponding decision should then be published.

In principle, a decision should be made on the referral request within the first phase. In the exceptional case that further investigations are necessary to assess the request, it is recommendable to state in the Merger Regulation that a decision on the referral request will at any rate be reached within three months after the notification. Any non-referral should require a decision. A corresponding provision in the Merger Regulation would increase legal security not only for the companies involved but also for the national competition authorities.

A referral of cases by the Commission *ex officio* without any request on the part of the affected Member States can be forgone. If the Merger Regulation is modified correspondingly, the same would have to apply for consistency's sake to Member State referrals to the Commission. With respect to cases which are unproblematic in terms of competition from the outset, no referral in any direction is required at any rate.

3.) Procedures

The three-week deadline for submitting requests has proven successful. If a request can be filed earlier based on simplified criteria, the Member States will also do this. The majority of the companies surveyed by the Commission deem the current deadlines to be

reasonable according to Annex II¹⁵ to the Green Paper. No reduction of the deadline is therefore necessary and would at most be conceivable if the prerequisites for requests were substantially reduced. It must be taken into consideration, however, that various authorities in several Member States would have to co-operate in filing the request and that the necessary consultation would require additional time.

The examination of cases referred by the Commission in accordance with national law has proven to be useful. No serious concerns on the part of companies could be determined with respect to the national legal provisions and procedural rules.¹⁶ Nor can anything to the contrary be derived from the Green Paper and Annex II. No grounds are specified for the alleged problems with national provisions. With respect to the protection of trade secrets, it must be noted that the Member States also receive the notification and all relevant writings in the proceedings with the Commission in accordance with Article 19 of the Merger Regulation. Why the trade secrets should be less protected in proceedings under national law than in Commission proceedings is not evident.

The proposal to oblige the Member States to accept their final decision after a referral within the same timeframe as would have applied to the Commission decision cannot be accepted.¹⁷ Despite the referral, the proposal leaves unaffected the overall period for examination commencing when the case is notified to the Commission. The Member States would therefore enter the proceedings when the period was already running and would consequently have less time for the examination than the Commission. Until the decision is made on the referral, the national authorities may not conduct any investigations due to the lack of jurisdiction and will normally not do so until the referral is made out of resource-related reasons and reasons of efficiency. This would lead to an unacceptable reduction in the examination period at the expense of the Member States. (Note: The effects on Germany, which has a total examination period of four months, should therefore be negligible).

The Member States are presently investigating concentrations referred to them in accordance with national law. Having the examination conducted in the future based on the provisions of the Merger Regulation could lead to practical difficulties. It is already unclear with regard to the scope of substantive examination in Article 2(2) of the Merger Regulation whether a merger can be declared by national authorities to be incompatible with the common market if only the effects on a national, regional or even local market are investigated. Moreover, the procedural provisions have been tailored to the Commission and not to the national competition authorities; this is the case particularly with respect to the organisation of hearings, Advisory Committees and publications in the *EU*

¹⁵ Tables 2-3.

¹⁶ Margin number 76 of the Green Paper.

¹⁷ Margin number 82 of the Green Paper.

Official Journal. In addition, several competition authorities deal with the examination of concentrations in some Member States (e.g. United Kingdom, Spain). An examination of concentrations in accordance with the Merger Regulation could only be fit into these schemes with difficulty. Moreover, national legislators are likely to have designed the national merger control system based on the legal principles and traditions of their country so as to enable the best possible protection of competition for their country. If the effects of a concentration are focused in a Member State, it is not evident why the strictly national procedures should not be implemented as an effectively recognised investigative system. That companies might be confronted with a longer period of examination is acceptable in light of the highly limited loss of time overall.

III. Referral to the Commission in accordance with Article 22 of the Merger Regulation – Margin numbers 84 ff.

Article 22 of the Merger Regulation represents the counterpart to Article 9 of the Merger Regulation and should, in the opinion of the Bundeskartellamt, serve as a fine-tuning instrument to refer cases from the national authorities to the Commission, when concerns about competition can be better allayed by the Commission. This applies in particular to multiple notifications for which competition-related problems can only be solved for all Member States, rendering the commitments and/or conditions therefore inseverable.

In practice, Article 22 of the Merger Regulation has so far not attained the significance afforded to it as a corrective mechanism for the thresholds. This is due above all to the fact that, with the reduction of the thresholds by Article 1(3) of the Merger Regulation in 1998, many cases which came into question for referral to the Commission now fall within the Commission's competence and no longer require any referral. Furthermore, there have only been a few cases whose referral to the Commission has been deemed expedient because uniform solutions had to be made. In some cases, the application of Article 22 of the Merger Regulation broke down not least because the provision is not very clearly drafted and companies have used great skill to date in circumventing application of the provision. The increased co-operation of the national competition authorities has in recent months enabled the affected Member States to refer the Promatech/Sulzer and GES/Unison cases jointly to the Commission. Within the framework of the referral requests, various deficits in Article 22 of the Merger Regulation have become evident which should be remedied within the framework of the revision in order to refer rapidly to the Commission less problematic, multiple notification cases that have remained within the jurisdiction of the Member States even after the introduction of Article 1(3) of the Merger Regulation.

In light of the development of the national merger control systems, it must be considered whether the referral right should now only be granted jointly to several Member States. The possibility of a referral by an individual Member State should not remain relevant in the future given that all Member States (except for Luxembourg, which has prepared corresponding provisions) possess valid national merger control systems. To facilitate the joint referral, it should be determined in Article 22 of the Merger Regulation that, provided the necessary will to co-operate can be affirmed, joint action on the part of the requesting Member States can also exist in the terms of Article 22(3) of the Merger Regulation if the requests are not filed simultaneously as a result of the different national decision-making processes.

The current arrangement for the commencement of the period places the Member States before significant problems, because companies can easily omit a referral request. Advisable appears an arrangement in accordance with which the request deadline for the Member States would first start to run when the complete notification has been received and/or the national authorities have received from the parties all material information on the concentration and the affected markets and can examine a referral. It should be clarified that the referral request is already permitted if the Member States explain in the request that the merger notified or examined by them relates to markets which are larger than national markets and the referral is being made jointly with other Member States.

Uncertainty currently exists regarding the effects of an admissible referral request on the national proceedings. Clarification is thus recommendable in Article 22 of the Merger Regulation to the effect that the Commission will assume the investigation of a case upon receipt of an admissible referral request, while the Commission's examination deadline will first start to run upon the receipt of the complete notification with information on all affected Member States. The period would thus commence for the Commission upon receipt of the notification for the final Member State. This would increase the incentive to notify concentrations simultaneously in all Member States.

From the Bundeskartellamt's vantage point, a provision whereby the Commission would inform the other Member States of a referral request in accordance with Article 22 of the Merger Regulation, providing a brief overview of the case, would be desirable in order to further expedite proceedings. The other national competition authorities would then be able to examine rapidly whether they will likewise request a referral to the Commission.

IV. Commitments within the framework of merger control – Margin numbers 203 ff.

As stated in the Green Paper, the current provision and resulting practice in cases in which commitments are negotiated between the Commission and the parties to a merger are unacceptable. The time pressure normally arising in these proceedings is always

construed unilaterally at the expense of the participation rights and duties of the Member States foreseen in the Merger Regulation. Any change in the timing of proceedings in which commitments are made must therefore be aimed at providing all participants (the Commission, companies and Member States) sufficient time for adequate appraisal, while not extending the length of proceedings unnecessarily.

1.) Commitments in the first phase

The current provision in the Merger Regulation enables the parties to offer commitments to the Commission in the first phase within three weeks after receipt of the notification (Article 18(1) of Regulation (EEC) No 447/98). In such case, the one-month period is extended to six weeks (Article 10, Paragraphs 1 and 2 of the Merger Regulation).

The rights of the Member States are currently being violated in the first phase because the Commission is increasingly accepting more and more complex commitments in such phase, even if the competition-related problem has not been defined unequivocally or even if it is difficult to examine the extent to which the commitments resolve the problem or are at all practicable. The Commission moreover accepts substantial modifications of commitments even after the expiration of the aforementioned three-week deadline. Not only criticised by the Bundeskartellamt, this practice has been included in Margin No 37 of the Commission's Notice on the remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98. The Member States thus hardly have any time to take note of the commitments—if they even receive the final drafts—or at least do not receive the opportunity to arrive at an appraisal of the commitments.

The Bundeskartellamt rejects the proposal discussed in the Green Paper concerning the reform of the first phase. Commitments in the first phase may in principle only be accepted when they provide a simple response to clearly outlined competition-related concerns.¹⁸ If a complex competition-related problem exists which cannot be readily defined or resolved, the Merger Regulation provides for a detailed investigation in the second phase. If the first phase lasts longer, the Commission will accept even more complex commitments to resolve the even more difficult competition-related problems, thus forgoing the procedural rights of the Member States even more than in the present system. Advisory Committees will then only meet in a substantially lower number of cases. In cases with complex competition-related issues, it is necessary to introduce proceedings not only to give the Commission sufficient time to investigate the case but also to provide the Member States the opportunity to contribute their know-how, e.g. via an Advisory Committee.

¹⁸ Margin number 37 of the Commission's Notice on the remedies acceptable with reference to Consideration 8 of Regulation (EEC) No 1310/97, Margin number 1.

2.) Commitments in the second phase

In the second phase, commitments may currently be presented within three months after the initiation of the proceedings (Article 18(2), Sentence 1 of Regulation (EC) No 447/98). Article 18(2), Sentence 2 thereof provides for the possibility to extend the deadline "under extraordinary circumstances". In accordance with Article 19(5), Sentences 1 to 3 of the Merger Regulation, the Member States must be presented the draft decision and all relevant documents simultaneously with the invitation two weeks prior to the meeting of the Advisory Committee.

The timing in accordance with the Merger Regulation and the Commission's practice are currently incompatible. Commitments are normally first presented for hearing at the end of the three-month deadline. The meeting of the Advisory Committee generally takes place at least three weeks prior to the end of the second phase, i.e. one week after the expiration of the deadline for the submission of commitments. Thus, it is only possible to present the draft decision and the commitments two weeks before the meeting of the Advisory Committee with a substantial reduction of the deadline for submitting commitments. In practice, this signifies that the Member States normally receive the draft decisions and the commitments shortly before the Advisory Committee meeting. In several cases, the Commission has even accepted substantial modifications of obligations after the expiration of the three-month deadline without explaining any "extraordinary circumstances" in accordance with Article 18(2), Sentence 2 of Regulation (EC) No 447/98 under which the deadline might have been extended. This practice has in part led to the Member States receiving the updated version of the proposed commitments and the draft decision only at the start of the Advisory Committee meeting. In such cases, it is therefore hardly possible for them to realise their participation rights and duties in a reasonable fashion.

It is urgently recommended to modify the corresponding provisions so that the Member States can safeguard their rights. The Commission's proposal to structure the current system in the second phase more flexibly through the possibility of stopping the clock is therefore welcomed in principle.

However, concerns exist about extending the proceedings solely at the request of companies. Given that other timing elements are obviously not to be modified, it can be expected that the companies will continue to submit their commitments towards the end of the three-month period. If the deadline is extended solely at the initiative of the companies and the companies fail to request that the clock be stopped, the currently unsatisfactory practice of the Commission will continue, in violation of the rights of the Member States. Though the Green Paper emphasises that "serious negative effects" are hardly to

be feared because "successful remedies submitted towards the last day of the three-month period tend to be clear-cut in character".¹⁹ This assessment, however, is not consistent with the experience of the Bundeskartellamt. Many commitments submitted towards the end of the three-month deadline have been appraised as being poorly outlined and had to be subjected to a market test. The Member States did not have sufficient time to determine the suitability of the commitments for remedying the problems related to competition.

3.) Alternative proposal of the Bundeskartellamt

The Bundeskartellamt deems it indispensable for the Commission to safeguard the rights of the Member States in the future and to comply with the provisions of the Merger Regulation. For this reason, the procedural rules should be modified so that the Member States will in all cases have a period of 14 days in order to examine the draft decisions supplemented by commitments and contribute their know-how in the Advisory Committee.

This could be attained, for example, as follows:

The deadline for the second phase should in principle be extended **automatically** by two weeks in cases where the parties to a merger submit commitments. If the first commitments are already suited to resolve concerns about competition and the market test turns out positively, the Commission will have sufficient time to work out a draft decision and to send it in conformance with the Merger Regulation to the Member States at least 14 days prior to the Advisory Committee meeting.

However, if the proposed commitments are not suited to clear up the competition-related concerns or if the market test turns out negative, the parties to the merger should be given a "second shot," i.e. a chance to submit a second draft of the commitments. In this case, the clock should be stopped for a further two weeks. This can be achieved by linking the presentation of modified or new commitments to a request for a deadline extension. Such a provision would give the Commission sufficient time to examine the modified or new commitments, to subject them to any necessary market test, to elaborate a draft decision, and to send such draft in accordance with the requirements of Article 19(5) of the Merger Regulation to the Member States. In the Bundeskartellamt's opinion, with respect to additional presentation of modified or new commitments, nothing speaks against stopping the clock further in accordance with the above-mentioned scheme, provided it is assured that the Member States are given a period of two weeks to examine the draft decision.

¹⁹ Margin number 218 of the Green Paper.

In accordance with the Bundeskartellamt's proposal, the Commission would in all cases have time to investigate the proposed commitments without violating the rights of the Member States or companies. The advantage of such a provision would consist in the fact that companies would receive an incentive to fully allay any competition-related concerns when presenting initial commitments. Moreover, the "costs" for the parties to the merger would not be any higher than with the Commission's proposal, because the 20-30 working days proposed by the Commission will be exceeded at the request of the companies. Nor would an automatic extension of the second phase penalise those companies which present commitments early, for if such commitments resolve the competition-related problems clearly and unequivocally, the Commission may also conclude the proceedings at any time prior to the expiration of the final deadline.

Stopping the clock will not lead to any notable disadvantages for the participating companies. It is in keeping with the Bundeskartellamt's experience for companies to request deadline extensions in order to present modified commitments.

4.) No more active role on the part of the Commission in determining remedies

It does not appear expedient for the Commission to play a more active role in determining remedies than has been the case to date, e.g. by proposing remedies itself. The danger exists that companies will in this case commit to following the Commission's proposals without examining or considering other, possibly more realistic economic alternatives. It is questionable how to proceed if the commitments proposed by the Commission prove to be impracticable after a merger is executed. It would therefore appear more expedient for the parties themselves to tend to the implementation and practicability of the commitments because they themselves have made the proposals.

V. Substantive issues

1.) Market dominance vs. SLC - Margin numbers 159 ff.

There are currently no convincing reasons to change the prohibition criterion in the Merger Regulation from the dominance test to the SLC test. The practical benefits of the case law created to date should not be diminished unnecessarily. Most accession candidates have moreover recently introduced the dominance criterion. Convergence on an international level would therefore cause divergence within the Community. As a study of the Bundeskartellamt for the Working Group on Cartel Law conducted in 2001 has shown, the two criteria ultimately pursue the same overriding goal nonetheless by impeding undesired market power. Regarding the definition of a substantial lessening of competition (SLC), for example, both the US and the Australian merger guidelines invoke the concept of market power, which they define as the possibility for a company to conduct

itself in a fashion distinct from what would be anticipated under conditions of effective competition. Thus, the SLC test examines precisely the "manoeuvring room not controlled by competition" through which the dominant market position is normally defined within the framework of European merger control. Accordingly, the two methods in the end display no significant differences in substantive content, each permitting mergers to be analysed in a strict, flexible and effective way.

The findings regarding the lack of significant differences initially extend to consideration of the two (theoretical) concepts as such. Neither the market dominance test nor the SLC test is in principle bound to a single, uniform catalogue of criteria. There is neither *the* SLC test nor *the* market dominance test. For example, the dominance test in the German Act against Restraints on Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) represents a quantitative threshold for both single and oligopolistic market dominance. The Merger Regulation in contrast contains no explicit thresholds. While the SLC test applied in the US primarily relies on the Herfindahl-Hirschmann Index ("HHI") and its change (i.e. the degree of concentration on the market as a whole), the evaluation in Australia, which is likewise directed by the SLC test, was focused more on the market shares of companies participating in mergers. In the United Kingdom, the SLC test is to be introduced due, *inter alia*, to the relinquishment of rigid market share thresholds. Within the framework of its recent reform, New Zealand, on the other hand, despite the introduction of the SLC test, reduced the old presumption thresholds in the dominance test, while retaining the threshold concept.

At the same time, however, the substantive appraisal criteria (e.g. market shares, market structure, barriers to market access, market phase, counter-power, etc.) are considered in one or the other form in legal systems which implement the SLC criterion and in those which use the dominance criterion.²⁰

Even consideration of the decision-making practice of the various competition authorities does not lead to a different conclusion. The cases decided do not make it evident with regard to the potentially problematic areas of oligopolistic market dominance, vertical integration and conglomerate concentrations that the application of the market dominance criterion or the SLC criterion leads to concrete differences regarding the rigidity, flexibility or effectiveness of the competitive appraisal of these types of concentrations.

In cases of potential oligopolistic dominance, the essential criteria used to evaluate an oligopolistic situation and the resulting probability of tacit parallel conduct appear to be largely the same in the practice of the competition authorities (considered) and conform

²⁰ For details, cf. the Annex to the Working paper of the Bundeskartellamt at the meeting of the Working Group on Competition Law on 8 and 9 October 2001, which can be retrieved at the URL: <http://www.bundeskartellamt.de/diskussionsbeitraege.html>.

to economic theory. In particular, the deficits alleged to date in the dominance tests are not detectable. The market shares of the oligopoly members normally formed the starting point for consideration. However, these shares can be relativised through the other appraisal criteria in both the dominance and the SLC tests.

Nor do cases of vertical concentrations reveal a different picture. They can be tracked and flexibly appraised—particularly with regard to the reinforcement of a dominant market position—with both the dominance and the SLC tests. The main problem of the segregation effect plays a decisive role in both Germany/Europe and the United States.

Also in cases of conglomerate concentrations, both the market dominance and the SLC tests have proven suitable in the past for tracking the specific competitive restraints associated with such combinations. In past cases, both portfolio effects and risks from growth in financial power have been made the focus when considering market dominance.

2.) Merger-specific efficiencies – Margin numbers 170 ff.

Merger-specific efficiencies are already taken into account today within the framework of European merger control proceedings in more or less an explicit form. In Article 2(1)(b) of the Merger Regulation, consideration of efficiencies has also been introduced via the "progress criterion". Accordingly, when examining concentrations the Commission considers "the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition".

Pursuant to the Merger Regulation, a concentration is to be declared as incompatible with the common market if the new entity assumes a dominant market position. However, market dominance exists if the manoeuvring room of the new entity is no longer sufficiently controlled by competition. If such a situation exists, the objection that the merger-specific efficiencies benefit consumers is no longer credible, for precisely then the mechanism which structurally assures in competition that the efficiencies realised through a merger will be passed on to consumers is missing.

The US competition authorities likewise only tend under certain conditions to take the merger-specific efficiencies alleged by companies into account when it is simultaneously assured that these efficiencies will ultimately be passed on to consumers. In the US, the advantages from merger-specific efficiencies must be greater the stronger the anticipated market position of the merging companies ("sliding scale approach"). Otherwise, US merger control does not vary materially from the European with respect to the substantive examination criterion (cf. above).

The Bundeskartellamt therefore defends the opinion in the end that efficiency considerations are already sufficiently taken into account in the Merger Regulation and that it would not be justified to approve mergers leading to market dominance based on efficiency considerations.

3.) Simplified procedure - Margin numbers 173 ff.

The Bundeskartellamt rejects the proposal not to require any more notifications in the future in cases satisfying general clearance criteria and not to render any more formal decisions on the merits. Such a solution would signify a dangerous break with the sound grounds for the preventive merger control introduced (including the prohibition on execution) and would lead to mergers being executed in an uncontrolled fashion which would then only be rescindable with great difficulty. It must be taken into account in this regard that the simplified procedure, unlike the minor market clause in the German Act against Restraints on Competition, is not linked to turnover thresholds which can be tested in a comparatively rapid and certain fashion, but to the substantive effects of the case. If the criteria of the simplified procedure are incorporated as an exemption in the Merger Regulation or the Block Exemption Regulation, this would in the end lead to self-assessment by companies in merger control. Particularly insofar as they refer to (the frequently disputed) market delineation, the criteria would leave companies particularly broad manoeuvring room and nearly invite attempts to circumvent merger control.

A mere "information requirement", as proposed by the Commission, does not appear suited to counter this danger with sufficient certainty. To duly appraise the effects of a concentration and the necessary market delineation, detailed information on the participants and the corresponding markets is indispensable. It will hardly be possible for the scope of this information to be substantially narrower than that of the data contributed for a notification in summarised form today. An information requirement does make sense, however, if, at the same time, the possibility exists to detect potentially problematic cases as such and to react accordingly. However, an exemption solution with an information requirement does not differ substantially in this regard from the current simplified procedure solution, since only a summarised decision is issued in the latter case as well.²¹

That the possibility to review the statements made and pass over to the normal procedure is thoroughly relevant is shown by practice in recent months. In Germany, concerns were raised about the treatment of three cases using the simplified procedure (Dana/Getrag, Agfa/Agfa-Gevaert and Flextronics/Ericsson). In a further 20 cases, a switch

²¹ In this context, it is noted once again that grounds for this are also to be provided on a concrete individual basis in accordance with Article 253 of the EC Treaty and may not be limited to the general designation of the affected sector. Such grounds do not represent any additional expense for the Commission, given that the latter must nonetheless define the relevant markets.

was made, according to the Bundeskartellamt's statistics, from the simplified procedure foreseen to the normal one.

The proposal to abolish the applicability of Article 9(2) of the Merger Regulation "in cases where the parties make reference to the Notice on Simplified Procedure in their notification" likewise appears unsuitable. Ultimately, this will create the opportunity for the parties to circumvent any referral which they do not desire. As explained, a reference to the simplified procedure by the parties does not necessarily signify that their concentration is unproblematic in terms of competition. This and the idea of associating the inapplicability of Article 9(2) of the Merger Regulation to the decision of the Commission on the application of the simplified procedure would also contradict the principle of subsidiarity.

The proposal to shorten the deadline for requests of the Member States in accordance with Article 9(2) of the Merger Regulation also merits a highly critical assessment—whether for instances of the simplified procedure or in general. Experience has shown that the three-week deadline represents the shortest defensible period in light of the comprehensive investigations necessary into the grounds for a referral request. A further reduction of the period could at most come into consideration if the referral conditions in Article 9 of the Merger Regulation were simplified.

In the Bundeskartellamt's opinion, there is no evident need to introduce a *de minimis* clause for minor markets at the European level as well. Such a clause would raise subsequent problems. It must also be taken into consideration that a market volume which appears negligible when considered in terms of Europe as a whole can nonetheless have competitive significance if it is essentially distributed over one or two Member States.

VI. The concept of "concentration"

1.) Minority shareholdings - Margin numbers 106 ff.

The Commission is to be affirmed in its assessment that, if only for reasons of proportionality, a general inclusion of minority shareholdings in European merger control cannot come into consideration. This also applies to minor investments. Where other minority shareholdings are affected, no practical need is today evident in the opinion of the Bundeskartellamt to subject such transactions to European merger control. With regard to minority shareholdings with co-operation rights beyond the standard degree, the acquisition of control element can nonetheless be met. The Bundeskartellamt thus concurs with the Commission that problems in competition law arising in current practice from the acquisition of minority shareholdings can normally be properly resolved with the resources available under Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

2.) Strategic alliances - Margin numbers 111 ff.

Like the Commission, the Bundeskartellamt is of the opinion that in accordance with the experience made to date, Article 81 of the EC Treaty will continue in the future to be the better instrument for handling competition problems arising from strategic alliances. Such alliances normally do not generate long-term structural changes. As a result, they lack the element to which preventive merger control theoretically is linked. Irrespective of this, the term "strategic alliance" is by far too imprecise and encompasses such a high number of different co-operation possibilities between companies that it would not be suited to form the basis for a newly created merger element. No other criterion through which the cases of strategic alliances coming into consideration for merger control can in particular be ascertained is evident.

3.) Article 2(4) of the Merger Regulation - Margin numbers 114 ff.

According to the Commission, the examination of full-function co-operative joint ventures ("ffCJVs") based on this provision has proven useful to date. At least it is to be agreed with the Commission that based on the initial short period of application of this provision, it is still too early for a detailed assessment of its effects. A proper evaluation at a later point in time will only be possible, however, if corresponding decisions of the Commission contain more than merely summarised notes on the topic.

4.) Partial-function production joint ventures - Margin numbers 120 ff.

The proposal in the Green Paper not to include partial-function production joint ventures in the scope of application of the Merger Regulation is supported in the end. In this regard, it can ultimately be left open whether a sufficient delineation of such ventures is impossible, as feared by the Commission. Decisive against any inclusion of partial-function production joint ventures in merger control speaks the fact that these at most normally lead to weak changes in the market structure, for joint ventures limited to production are by definition not active on a market. As a result, they lack the decisive feature required for application of preventive merger control beyond general cartel law.

5.) Multiple transactions - Margin numbers 125 ff.

In the Bundeskartellamt's opinion, the three scenarios of related transactions which are mentioned by the Commission and which, in its opinion, come into consideration for inclusion in merger control must be considered in a differentiated fashion.

a) Acquisition of control

The Commission proposes evaluating transactions which encompass the acquisition of joint control of one part of an undertaking and sole control of another part as a concentration in the terms of the Merger Regulation. The Commission provides the following example in this regard:

If B separately acquires from A the 100% share in subsidiary A1, the 50% share in A2 (A2 is under the joint control of A and a further company X) and the 25% share in A3, under the current version of the Merger Regulation the acquisition of the shares in A1 and A2 are to be examined as separate mergers, while the acquisition of the 25% share in A3 does not fall under the Merger Regulation at all.

If, in contrast, AZ held the shares in A1, A2 and A3 and B acquired all shares in AZ, only one merger would exist as a whole. Moreover, "all turnover related to the assets held by that company would be taken into account for the decision on jurisdiction, which as a result would mean that the entire transfer of assets would be subject to an assessment at either the Community or Member State level".²²

So that all economic activities consolidated by the merger are also fully taken into account, in the Commission's view Article 5(2)(2) of the Merger Regulation should be modified so as to likewise cover the scenario sketched by it.

The Bundeskartellamt agrees with this, insofar as the transactions in question (in the example, the acquisition of all shares in A1 and 50% of the shares in A2) are notified **simultaneously**. In this case, the economically uniform nature of the transaction justifies uniform merger control treatment. This is to be rejected, however, insofar as the proposal in the Green Paper—particularly in connection with the statements on "creeping" takeovers and the proposed textual modifications of the Merger Regulation—is to be understood to the effect that a uniform examination is also to be conducted at the time of the final notification if, for example, the acquisition of 50% of the shares in A2 is notified 9 months after the notification of the acquisition of 100% of the shares in A1. Such a method of proceeding conceals the risk that the first merger—and the second concentration need not be disclosed upon the notification of the first—will be examined and cleared by one Member States, for example, and the second merger will then lead to the competence of the Commission for the entire transaction. At this point, the Commission would have to decide once again on a previously cleared and possibly executed merger.

Merely as a supplement to the imprecise statements in the Green Paper, it is noted that the acquisition of a 25% share in A3 (as in the example) in accordance with the current

²² Green Paper, Margin number 132.

legal situation would not, irrespective of the structure, lead to an increase in the turnover allocated to the object of acquisition.

b) Asset Swaps

Substantial concern exists about the proposal to examine the exchange of "assets" (swaps) in the future as a standard concentration. Though the Commission's starting point is correct—that such swaps normally originate in a single transaction or even a single contract—there is nonetheless a substantial difference to asset transfers rendered for money. Only seldom can an improvement in a company's position on a certain market be derived from the receipt of money, which normally only results in a reinforcement of financial power. The situation is distinct in the case of a swap. The transferred assets normally have a substantially more direct market effect. In such case, both partial transactions lead to a direct change in the market position of the company acquiring the assets on certain markets. The markets affected by the change can be and frequently, if not normally, are completely different. The competitive effects are therefore normally not uniform. Separate consideration therefore appears to be advisable in the future as well, particularly since no barriers exist to considering the other partial transaction in the assessment, should this be necessary.

c) "Creeping" take-overs

The Commission's proposal to process "creeping" take-overs (e.g. via the gradual purchase of shares on the stock exchange) uniformly is unacceptable in the view of the Bundeskartellamt. It superficially addresses a problem which does not exist. Only the acquisition of control of an enterprise (i.e. with respect to the purchase of shares, normally transactions reaching or exceeding the 50% threshold) is subject to examination and notification in accordance with the Merger Regulation. To identify and notify this can be expected of the buyer. Why the Commission sees a practical problem in this regard is not evident. If the transaction is then to be prohibited, the buyer can at any rate only be requested for reasons of proportionality to relinquish as many shares (and, if necessary, rights) so that it no longer has control over the acquired company. Anything else would lead in a round about fashion to the introduction of the control of minority shareholdings—which the Commission in itself judges sceptically.

In conclusion, it must be noted that for the reasons mentioned under Literi a) to c) above, the proposed revision of Article 5(2) of the Merger Regulation requires substantial modification.

6.) Venture capital investments - Margin numbers 137 ff.

The Bundeskartellamt is of the opinion that the scope of application of the exemption in Article 3(5) of the Merger Regulation should not be extended towards venture capital transactions (growth capital/technology investments). The possibility exists that by updating the present provision transactions currently unproblematic in competitive terms, including the outfitting of a start-up company, will be subject to merger control in the future if only because several venture capital companies dispose jointly over the necessary funds, hedge with shares and participation rights, and thus form a full-function joint venture in the spirit of the Merger Regulation. Eliminating such transactions from merger control, however, would open a broad possibility for circumvention, for the term "venture capital investment" does not provide any workable delineation. Ultimately, a company takes on risk with any investment of capital. As venture capital providers, enterprises can become active which do not merely invest money but which are active on the same or different markets (for goods or services) as the object of investment. These would then be able to use the investment object to improve their position on the affected market in an uncontrolled fashion or to co-ordinate their activities via such object. For obviously unproblematic cases, the merger control procedures do not represent a major burden, given that they are normally suited for the simplified procedure.

7.) Convergence: "Control" vs. "Group" - Margin numbers 145 ff.

The Commission is to be affirmed in its analysis that cases are conceivable in which an undertaking would be allocable to a group for the calculation of turnover in accordance with the allocation rules in Article 5(4) of the Merger Regulation but not subject to the group's control in the terms of Article 3(3) of the Merger Regulation—and vice versa. It would thus appear expedient to harmonise the criteria. Though great imprecision might arise under certain circumstances compared to the present solution, this will be outweighed by the more consistent legal situation.

The Commission further proposes to establish in the Merger Regulation its current practice of including a portion of the turnover of joint ventures for the purpose of calculating total group turnover analogous to Article 5(5) of the Merger Regulation. This raises no concern.

VII. Procedural issues

1.) Notification – Triggering event – Margin numbers 180 ff.

The Bundeskartellamt supports the proposal to view concentrations as eligible for notification if no legally binding agreements or bids exist. The objections presented in the Green Paper against this proposal are not shared by the Bundeskartellamt.

No restriction of the investigative powers of the Commission would be associated with such a revision. Upon receipt of the notification by the Commission, the latter would at any rate have the rights to information set forth in Article 11 of the Merger Regulation. The date on which a notifying parties notify their concentration and provide the information necessary to appraise the concentration falls within the scope of responsibility of the notifying parties. They may do this as soon as they do not have any more concerns about the investigations made on the market. According to the Bundeskartellamt's experience, the information requested in Form CO normally exists before the legally binding agreement is concluded or the request made. If this is not the case, then the concentration is still insufficiently precise and thus not eligible for examination. The fear that a notification option prior to the conclusion of a binding legal contract might place the Commission's efficient use of resources into question can therefore not be followed.

The one-week period in Article 4(1) of the Merger Regulation could then be waived. This would in turn have effects on the applicability of Article 7(3) of the Merger Regulation (cf. below).

2.) Suspension of concentrations – Margin numbers 187 ff.

It appears expedient in principle to exempt securities transactions over the stock exchange which are not based on a public purchase or exchange bid under certain circumstances from the stand-still obligation in Article 7(1) of the Merger Regulation. Such stock exchange transactions would then have to be treated as public purchase or exchange bids with the consequence that the voting rights associated with the shares should not be exercised until a decision is rendered by the Commission.²³

Equal treatment would appear to be advisable in this regard because (anonymous) securities transactions via the stock exchange cannot be concluded conditionally, unless public bids are concerned. It can be expected in practice that notification prior to the acquisition of the securities will lead to corresponding fluctuations in share prices and will thus rarely take place. The concentration will normally be executed by purchasing shares on the stock exchange, and will only then be notified to the Commission. In such case, the risk of a break-up would lie with the enterprises. However, it would have to be assured in such cases that the examining authorities learn as rapidly as possible of the previously executed concentration so that the transaction can still be rescinded if necessary before the integration of the parties to the concentration has progressed too far.

If the proposal is simultaneously pursued to allow companies to notify concentrations which still have no legally binding foundation, Article 7(3) of the Merger Regulation would have to be supplemented as follows:

"Public purchase or exchange bids and securities transactions over the stock exchange are to be notified to the Commission within one week after the execution thereof. "

3.) Calculation of time limits – Margin numbers 190 ff.

It is not evident to what extent the Commission's proposal to calculate the time limits in the Merger Regulation based on working days represents a simplification. Irrespective of this, however, it must be assured that the proposed working days correspond to the time limits currently foreseen in the Merger Regulation and that this cannot be changed, e.g. by making another calculation.

4.) Administrative efficiency – Margin numbers 194 ff.

If administration becomes more efficient through reorganisation, this is in principle to be welcomed. Major items remain unresolved, however, regarding the proposal for companies to send their notifications directly to the competent authorities of the Member States in the future.

²³ Cf. Article 7(3) of the Merger Regulation.

Given that the notifications contain confidential information, any electronic transfer must be encrypted. The technical requirements for this, however, are currently not available in the Member States. Member States and companies moreover do not work with the same technical systems so that uniform encryption and decryption methods must be developed and made available.

It remains unclear who is to assure that notifications are complete and data identical, or how this is to be assured. Whether notifications are complete and the data identical in all Member States can normally not be determined or controlled by the individual Member States themselves. Moreover, it would have to be clarified when the deadline in Article 9 of the Merger Regulation is to commence running if the companies fail to send a Member State a notification or if the notification is incomplete (this might not even be noticed immediately by the Member States).

It should also be stated that submitting material directly to the competition authorities of the individual Member States represents an additional burden for the notifying companies. A "physical" submission will remain necessary despite the possibility of electronic transmission, given that the contents of binders often do not exist in electronic form in many cases.

5.) Completeness of notification – Margin numbers 197 ff.

In the Bundeskartellamt's view, the current provision should be maintained.

6.) Article 8(4) of the Merger Regulation – Margin numbers 222 ff.

A clarification of the wording of Article 8(4) of the Merger Regulation would be desirable.

7.) Enforcement provisions – Margin numbers 225 ff.

· Sector inquiries:

The Bundeskartellamt rejects any corresponding power on the part of the Commission. The obligation to respond to the questionnaire represents intervention at the expense of companies, which is only appropriate if a concrete concentration exists. It is otherwise not evident for what purposes investigations are to be made within the framework of merger control, given that the competitive situation must nonetheless be ascertained upon a notification. The question moreover arises whether the strained resources of the Commission can be used for such comprehensive investigations, de-linked from specific cases.

· Power to take statements:

The Bundeskartellamt in principle has no objection to the Commission's proposal to take verbal statements and use these as evidence. Statements should only be taken, however, with the consent of the declaring party. A written version of the statements should also be kept on file.

· *Investigative powers:*

The Commission plans to improve its investigative powers in accordance with the enforcement provisions in Article 81 and 82 EC Treaty. The Bundeskartellamt sees no reason to expand the Commission's investigative powers, given that the participating companies must nonetheless reckon with the revocation of the permit if they provide false information in accordance with Article 6(1)(a) of the Merger Regulation.

· *Investigations by national competition authorities:*

The problem of having to conduct an investigation in another Member State arises if a merger has effects on several Member States, even though it is only subject to notification in one, e.g. in cases which have no Community dimension and do not fall under the provision on the Commission's competence. Corresponding provisions are to be introduced in the Member States.

Decision of the Commission in accordance with Article 11(5) of the Merger Regulation:

The Bundeskartellamt has no concern regarding the proposal.

VIII. Due process and "checks and balances" – Margin numbers 232 ff.

As stated by the Commission in the Green Paper, the Member States are indispensable as part of the system of "checks and balances" and external controls for procedural compliance. The participation of Member States in the meetings of the Advisory Committee is of overriding importance in this process. Given that current procedural practice has led to a situation where the above-mentioned checks and balances are only working to a limited degree, the Bundeskartellamt urges that the rights of the Member States be strengthened within the framework of merger control procedures in the future.

Beyond the sub-topics related to the Merger Regulation addressed in the Green Paper, we suggest stipulating in Article 19(7) that the comments of Advisory Committees be published simultaneously with the Commission's decisions.

Summary of the positions of the Bundeskartellamt concerning the Green Paper presented by the EC Commission on the revision of the Merger Regulation

European merger control has basically proven itself in practice over the past decade. There is therefore no cause for fundamental reform, though limited adaptations would be useful.

I. Division of competence between the Commission and Member States – Margin numbers 15 ff.

The Bundeskartellamt assesses the current division of competence as being essentially positive. There is no reason to back away from the simple and unbureaucratic criterion of turnover thresholds in Article 1(2) of the Merger Regulation.

It is to be agreed with the Commission that Article 1(2) of the Merger Regulation and the two-thirds rule have proven themselves to be effective and consistent with the subsidiarity principle.

The Commission has not presented in either the Green Paper or in Annex I a general problem with cases of multiple notifications.

A Community dimension and thus the competence of the Commission in the spirit of the subsidiarity principle cannot be derived in a general fashion from the eligibility of a merger for notification with more than two national competition authorities. National authorities can investigate mergers with a focus on one Member State better and more effectively than the Commission. While the procedure proposed by the Commission would lead at most to slight relief for companies, it would impede effective legal protection. Nevertheless, the Commission's proposal regarding Article 1(3) of the Merger Regulation represents another model to be pursued, subject to the condition that solutions are found to the practical problems associated with it.

Restructuring the simplified procedure into a block exemption would lead to a reduction in the level of protection for competition.

If Article 1 of the Merger Regulation does not lead to a proper distribution of cases in some instances, a solution for the specific case should be sought via a flexible system. The flexibility is already established in the fine-tuning mechanisms in Article 9 and 22 of the Merger Regulation, though the system is not structured in a sufficiently practical manner.

II. Referral to a Member State in accordance with Article 9 of the Merger Regulation – Margin numbers 69 ff.

Insofar as the concentrations notified to the Commission relate exclusively or mainly to national or local markets and are significant for competition, closer proximity speaks in favour of transferring the competence to national competition authorities.

The Bundeskartellamt deems it advisable to simplify the conditions for referral requests. Proof that a merger will impede competition on a national or local market should be sufficient.

It is not necessary to reduce the deadline for requests; at most, a substantial reduction in the conditions for request is conceivable. An idea in principle worth considering is to examine referred cases in accordance with the substantive criterion of the Merger Regulation.

III. Referral to the Commission in accordance with Article 22 of the Merger Regulation – Margin numbers 84 ff.

As a counterpart to Article 9 of the Merger Regulation, Article 22 has not attained the significance it deserves as a corrective mechanism for the thresholds. This, above all because the provision is not drafted very clearly.

To facilitate joint referral from several Member States, it could be stipulated that joint action can also exist even if the requests are not filed simultaneously.

The request deadline for the Member States should first commence running when the complete notification has been received or the national competition authorities have received all material information about the merger and the affected markets and are able to examine the referral.

It is recommendable to clarify *inter alia* that the Commission will assume the investigation of a case upon receipt of an admissible referral request.

IV. Commitments within the framework of merger control – Margin numbers 203 ff.

The Bundeskartellamt rejects the Commission's proposal to stop the clock at the request of the participating companies when commitments are presented in the **first phase**. The consequence would be a substantial prolongation of the first phase proceedings, at a point when the Member States cannot contribute their know-how via the Advisory Committee. In relation to obviously complex problems, there is no reason to provide incentives for hasty decisions under pressure.

The Bundeskartellamt welcomes the proposal to give the Commission the possibility to stop the clock in the **second phase**. However, the provision presented by the Commission provides for the clock to be stopped at the request of the participating companies. This will allow the Commission to proceed along with its current unsatisfactory practice if the companies fail to request a stoppage of the clock. This unsatisfactory practice consists in the Commission's first sending the draft decision and commitments to the Member States shortly before the Advisory Committee meeting, thus substantially limiting the rights of the Member States.

The **alternative proposal of the Bundeskartellamt** assures that the Member States will in all cases have a period of 14 days to examine the draft decision supplemented by the commitments and to contribute their know-how at Advisory Committee meetings: If commitments are presented in the second phase, the deadline will automatically be extended by two weeks. Should the presented commitments not be suited to clear up the concerns about competition, the parties to the merger should have the possibility to present a second draft of the commitments. In such case, the clock should be stopped for an additional two weeks. This can be achieved by linking the submission of changed or new commitments to a request to stop the clock. In the Bundeskartellamt's opinion, nothing speaks against stopping the clock again after a further submission of modified or new commitments in accordance with the above-mentioned scheme. The advantage of such a rule consists in the fact that companies would receive the incentive to clear up concerns about competition after submitting the first commitments. The limited prolongation of the procedure does not represent a substantial burden for companies, and instead assures balanced results.

V. Substantive issues – Margin numbers 159 ff.

There are no convincing reasons to convert the criterion for prohibition from a dominance test to the SLC test. Substantial legal uncertainty would be caused by giving up the legal practice now backed by comprehensive court rulings.

Merger-specific efficiencies can already be taken into account in accordance with the current version of the Merger Regulation. Where there is market dominance, however, such efficiencies will normally not benefit consumers.

Against further relaxing merger control in "clear-cut" cases beyond the simplified procedure already practised—e.g. in the spirit of the block exemption—essentially speaks the fact that no longer controllable options for circumvention would be created, reducing the standard for the protection of competition.

VI. The concept of "concentration" – Margin numbers 106 ff.

There is basically no evident need to change the current legal situation.

The acquisition of minority shareholdings, the formation of partial-function production joint ventures and the formation of "strategic alliances" should not be made the subject of European merger control. Vice versa,

the scope of application of the exemption in Article 3(5) of the Merger Regulation should not be extended in the direction of venture capital transactions.

Considering several related transactions as a single concentration in the terms of the Merger Regulation only makes sense within narrow limits, e.g. in the case of simultaneous acquisition of joint control over a subsidiary of the seller's enterprise and the sole control over a subsidiary thereof.

Nothing speaks against adjusting the term "control" (Article 3(3) of the Merger Regulation) and the allocation rule for calculating turnover (Article 5(4) of the Merger Regulation).

VII. Procedural issues

Notification – Triggering event – Margin numbers 180 ff.

Article 4(1) of the Merger Regulation should be modified so that concentrations are considered to be eligible for notification even when a concentration is still not based on any legally binding agreement or bid. In the estimation of the Bundeskartellamt, the data requested in Form CO normally exist before legally binding agreements or bids are concluded. Otherwise, the case would nevertheless involve a concentration which was not sufficiently concrete and thus not eligible for examination.

Suspension of concentrations – Margin numbers 187 ff.

It appears advisable to treat securities transactions over the stock exchange equally with public purchase and exchange bids. Like public purchase and exchange bids, securities transactions over the stock exchange should only then be executed in accordance with Article 7(3) of the Merger Regulation if the buyer does not exercise the voting rights associated with the shares.

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Grünbuch der Kommission zur Revision der Verordnung Nr. EG 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im folgenden: Fusionskontrollverordnung – FKVO)

In der Praxis der vergangenen 10 Jahre hat sich die europäische Fusionskontrolle grundsätzlich bewährt. Sie wurde zum Modell für die Wettbewerbsgesetze einiger Mitgliedstaaten und hat sich als anpassungsfähig an die verschiedenen Entwicklungen auf europäischer und weltweiter Ebene gezeigt. Es besteht daher aus Sicht des Bundeskartellamtes kein Anlass für eine grundlegende Reform der Fusionskontrollverordnung. Vielmehr sollte es bei der bevorstehenden Revision um begrenzte Anpassungen gehen. So sollten die bereits vorhandenen Feinsteuerungsmechanismen zur Fallverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Kommission so verbessert werden, dass der Wettbewerbschutz noch effektiver wird. Darüber hinaus ist nach Ansicht des Bundeskartellamtes zu diskutieren, wie die praktische Wirksamkeit der durch die Verordnung garantierten Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gesichert werden kann.

I. Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten

1.) Art. 1 Abs. 2 FKVO, 2/3-Regel – Rz. 15 ff.²⁴

Im Hinblick auf die generelle Zuständigkeitsverteilung stellt die Kommission im Grünbuch keinen Änderungsbedarf fest. Art. 1 Abs. 2 FKVO und die 2/3-Regel werden als wirksam und im Einklang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz gesehen. Auch das Bundeskartellamt hält derzeit eine Änderung von Art. 1 Abs. 2 FKVO nicht für erforderlich. Allerdings sind die Umsatzschwellen durch die Inflation und die jährlichen Wachstumsraten des realen Bruttosozialprodukts in der Gemeinschaft faktisch gesunken. Daher ist die künftige Aussagekraft der Umsatzschwellen sorgfältig zu beobachten und im Rahmen der Erweiterung der Europäischen Union eine Anhebung der Werte zu untersuchen. Die 2/3-Regel ist Ausdruck des Gedankens, dass ein Zusammenschluss dort am besten geprüft werden kann und soll, wo der wirtschaftliche und wettbewerbliche Schwerpunkt des Vorhabens liegt. Änderungsbedarf ist auch hier derzeit nicht zu sehen.

²⁴ Die Randziffern (Rz.) beziehen sich auf die entsprechenden Fundstellen im Grünbuch der Kommission

2.) Neufassung von Art. 1 Abs. 3 FKVO – Rz. 24 ff.

Im Grünbuch wird vorgeschlagen, Art. 1 Abs. 3 FKVO zu ändern und künftig alle Fälle, die in drei und mehr Mitgliedstaaten angemeldet werden, der Kommission zuzuweisen. Es gebe nach wie vor zu viele Fälle, die in mehr als einem Mitgliedstaat angemeldet werden müssen und die Unternehmen unnötig belasteten (sog. Mehrfachanmeldungsproblem). Das Bundeskartellamt hat in seiner Praxis keine Anhaltspunkte für ein tatsächliches Mehrfachanmeldungsproblem festgestellt. Eine Verbesserung des Wettbewerbschutzes ist durch den Vorschlag nicht auf den ersten Blick erkennbar. Allerdings ist eine Vereinfachung der kompliziert formulierten Norm anzustreben.

a) Auswertung der Kommission

Die Kommission hat zu diesem Themenkomplex eine Auswertung durchgeführt, die sich in Annex I des Grünbuchs befindet. Das Bundeskartellamt geht auf den Annex gesondert im Anhang zu dieser Stellungnahme ein. Annex I ist bereits vorab auf einer Arbeitsgruppensitzung mit den Mitgliedstaaten diskutiert worden. Hier hatten sämtliche Mitgliedstaaten erhebliche Bedenken gegen die Aussagekraft der Erhebung geäußert, die nicht ausgeräumt worden sind. Die Kommission hat kein generelles Problem mit Mehrfachanmeldungsfällen dargelegt. Art. 1 Abs. 3 FKVO erfasst derartige Fälle in hinreichendem Umfang. Auch wenn eine Vereinfachung der Norm erstrebenswert ist, ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes eine grundsätzliche Änderung der bestehenden Zuständigkeitsverteilung für den effektiven Schutz des Wettbewerbs nicht zwingend erforderlich.

b) Gemeinschaftsweite Bedeutung und das Subsidiaritätsprinzip

Der im Grünbuch enthaltene Vorschlag zu Art. 1 Abs. 3 FKVO beruht zudem auf dem Ansatz, aus der Anmeldefähigkeit eines Zusammenschlusses bei mehr als zwei nationalen Wettbewerbsbehörden dessen gemeinschaftsweite Bedeutung und damit die Zuständigkeit der Kommission im Sinne des Subsidiaritätsprinzips herzuleiten²⁵.

Für die Kommission gilt nach Art. 5 EG-Vertrag der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip. Dies bedeutet, dass die Kommission über keine Allzuständigkeit verfügt. Im Wettbewerbsbereich darf sie nur tätig werden, soweit das Ziel effektiven Wettbewerbsschutzes auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden kann. Im Rahmen der Fusionskontrolle betrifft dies Fälle mit "gemeinschaftsweiter Bedeutung"²⁶. Kommission und Mitgliedstaaten haben bei Einführung der europäischen Fusionskontrolle solchen Zusammenschlüssen gemeinschaftsweite Be-

²⁵ Rz. 32 des Grünbuches

²⁶ Art. 1 Abs. 1 FKVO

deutung zugemessen, die bedeutsame Strukturveränderungen zur Folge haben, deren Auswirkungen auf den Markt die Grenzen eines Mitgliedstaates überschreiten²⁷. Um dies für eine Zuständigkeitsverteilung handhabbar zu machen, wurde als typisierendes Kriterium für „bedeutende grenzüberschreitende Wirkung“ auf bestimmte Mindest-Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen abgestellt. Der Vorschlag im Grünbuch soll nun die gemeinschaftsweite Bedeutung von besonderen Umsatzschwellen abkoppeln. Bereits das Erreichen der die nationale Fusionskontrolle auslösenden Schwellenwerte in mehr als zwei Mitgliedstaaten soll künftig ausreichen. Dies verkennt die Zielrichtung der nationalen Fusionskontrollvorschriften. Sie haben das Ziel, effektiven Wettbewerbschutz auf lokaler, regionaler und landesweiter Ebene eines Mitgliedstaates zu sichern. Um dies erreichen zu können, stellen die Mitgliedstaaten in der Regel keine allzu hohen Anforderungen an das Eingreifen der nationalen Fusionskontrollvorschriften. Ansonsten könnten sie insbesondere lokale und regionale Auswirkungen nicht hinreichend beobachten. Aus der Anmeldung eines Zusammenschlusses in drei Mitgliedstaaten kann somit nicht geschlossen werden, dass das Vorhaben per se bedeutende grenzüberschreitende Wirkungen auf den Markt hat. Vielmehr sind ergänzende Kriterien für den Nachweis derartiger Wirkungen notwendig.

Auch bei der Revisionsdiskussion im Jahr 1996 bestand Einigkeit unter den Mitgliedstaaten, dass ein in mehreren Mitgliedstaaten anmeldepflichtiges Vorhaben dann nicht in die Kommissionszuständigkeit fallen sollte, wenn es nur in einem Mitgliedstaat beträchtliche wirtschaftliche Auswirkungen hat (Rz. 24 des Grünbuchs ist insoweit unzutreffend). Derartige Fälle können besser und effektiver von einer nationalen Behörde untersucht werden als von der Kommission. Die Anmeldung in mehreren Mitgliedstaaten wird im Regelfall nicht in allen Mitgliedstaaten den gleichen Prüfungsumfang erfordern. Vielmehr wird in einigen Mitgliedstaaten schnell klar sein, dass das Vorhaben dort unproblematisch ist. Dort kann der Fall schnell und unbürokratisch freigegeben werden.

c) Zielrichtung von Art. 1 Abs. 3 FKVO

Auch die Prämisse der Kommission, Art. 1 Abs. 3 FKVO habe sein Ziel verfehlt, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft. Art. 1 Abs. 3 FKVO verfolgt nicht den Zweck, alle in mehreren Mitgliedstaaten angemeldeten Vorhaben der Kommission zuzuweisen. Vielmehr sollen die Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt in einem Mitgliedstaat national geprüft werden. Zwischen Kommission und Mitgliedstaaten bestand bereits bei der Reformdiskussion 1996 Einigkeit, dass dies insbesondere für Zusammenschlüsse gilt, die nur in zwei Mitgliedstaaten angemeldet werden müssen. Für die in mehr als zwei Mitgliedstaaten angemeldeten Zusammenschlussvorhaben enthalten weder das Grünbuch

²⁷ Präambel zur FKVO, Ziff. 9

noch Annex I eine Aussage zum wettbewerblichen Schwerpunkt. Das Bundeskartellamt hat die im Jahr 2000 auch in Deutschland angemeldeten Mehrfachnotifizierungen (169 Fälle) untersucht. Dabei stellte sich heraus, dass nach wirtschaftlicher Betrachtung in 88,5% der Fälle die relevanten Märkte national abgegrenzt wurden und bei 98% der Vorhaben der Umsatz des Erwerbers etwa das Zehnfache des Umsatzes der Zielgesellschaft ausmachte – in 30% der Fälle betrug er sogar mehr als das Hundertfache. Der Erwerber war damit weit überwiegend ein großes Unternehmen, das ein kleines Unternehmen bzw. einen kleinen Unternehmensteil erwirbt. Kleine Unternehmen sind tendenziell nur selten auf größeren geographischen Märkten tätig. Dies lässt darauf schließen, dass nur wenige der Mehrfachanmeldungsfälle einen wirtschaftlichen und wettbewerblichen Schwerpunkt über einen Mitgliedstaat hinaus hatten.

Die 2/3-Klausel ist Ausdruck des Willens, Vorhaben, deren wirtschaftlicher Schwerpunkt und wettbewerbliche Problematik in einem Mitgliedstaat liegen, nach nationalem Recht zu beurteilen, auch wenn er bestimmte grenzüberschreitende Effekte hat. Rein potenzielle zwischenstaatliche Auswirkungen, wie die Erhöhung der Marktzutrittsschranken durch das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung in einem Mitgliedstaat²⁸ rechtfertigen als solche nicht die Zuständigkeit der Kommission. Hier kann ohne Probleme und wegen der größeren Marktnähe in der Regel auch besser mit der nationalen Fusionskontrolle eingegriffen werden, deren Ziel insbesondere in der Offenhaltung von Märkten liegt. In den anderen Mitgliedstaaten ohne wettbewerbliche Probleme kann eine schnelle und problemlose Freigabe erfolgen.

Aus dem Subsidiaritätsprinzip könnte sich nur dann die Forderung nach einer Zuständigkeit der Kommission für alle in mehr als zwei Mitgliedstaaten angemeldeten Fälle herleiten, wenn das Ziel der Fusionskontrolle, Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung zu verhindern, durch die bestehende praktische Arbeitsteilung erheblich verfehlt würde. Die Kommission sollte darlegen, ob und ggf. welche Fälle, die unterhalb der gültigen FKVO-Schwellen realisiert wurden, zur Marktbeherrschung führten und von der Kommission untersagt worden wären. Das Grünbuch enthält keine Beispiele, sondern konzentriert sich fast ausschließlich auf den Gesichtspunkt möglicher Verfahrenserleichterungen für die beteiligten Unternehmen²⁹. Die Verringerung bürokratischen Aufwands ist zwar ein gewisser Wert an sich, der aber dem Ziel eines möglichst effektiven Wettbewerbsschutzes nachgeordnet ist, wenn es um die Arbeitsteilung in der Fusionskontrolle geht.

d) Vertiefte Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden

²⁸ wie in Rz. 17 des Grünbuchs beispielhaft genannt

²⁹ Rz. 19 und Rz. 26 des Grünbuchs

Dem legitimen Anliegen der Wirtschaft, bürokratischen Aufwand bei Mehrfachanmeldungen zu begrenzen, wird durch die zunehmend engere praktische Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden entsprochen. Die Mitgliedstaaten haben mit der ECA – European Competition Authorities - ein wirksames Netzwerk aufgebaut. Dieses nutzen sie erstens dazu, sich über die in mehreren Ländern angemeldeten Zusammenschlüsse zu unterrichten und verstärkt zusammenzuarbeiten³⁰. Der verstärkte Informationsaustausch hat z.B. dazu geführt, dass im Dezember 2001 mit dem Fall Promatech/Sulzer der erste Zusammenschluss von mehreren Mitgliedstaaten gemeinsam nach Art. 22 Abs. 3 FKVO an die Kommission verwiesen wurde. Der Fall GES/Unison wurde nur wenige Wochen später gemeinsam verwiesen. Im Rahmen des Netzwerkes hat sich zweitens eine Arbeitsgruppe gebildet, in der die Möglichkeiten besprochen werden, wie den anmeldenden Unternehmen praktische Hilfe angeboten werden kann. Außerdem werden Modelle für eine noch weitere Intensivierung der Zusammenarbeit entwickelt.

e) Erhöhter bürokratischer Aufwand

Das von der Kommission vorgeschlagene Verfahren scheint nur auf den ersten Blick einfach und unbürokratisch. Die Unternehmen werden bei näherer Betrachtung allenfalls in geringem Umfang entlastet. Derzeit können die Unternehmen anhand ihrer Umsatzzahlen schnell und einfach feststellen, ob ihr Vorhaben bei der Kommission anzumelden ist. Dies wird nach Realisierung des Vorschlages nicht mehr möglich sein. Vielmehr sind die Unternehmen dann aufgerufen, anhand zum Teil sehr komplizierter Kriterien festzustellen und der Kommission in der Anmeldung nachzuweisen, in welchem Mitgliedstaat ihr Vorhaben anzumelden ist³¹. Die Last der Unternehmen, die Kommissionszuständigkeit festzustellen, steigt. Zusätzlich müssen sie die umfangreichen Angaben der Form CO einreichen.

Ferner würde der administrative Aufwand erhöht. Die nationalen Behörden werden – wie bei nationalen Anmeldungen auch – überprüfen, ob der Fall ihre Schwellenwerte erreicht, nun allerdings innerhalb sehr kurzer Zeit. Im Grünbuch werden hierfür etwa 1 bis 2 Wochen vorgeschlagen. Das Kommissions-Verfahren wird dadurch in die Länge gezogen, ohne dass in dieser Zeit parallele Ermittlungen durchgeführt werden können, weil die Zuständigkeit nicht feststeht. Zudem bekäme die Frage, ob die nationalen Schwellen erreicht werden, mit Realisierung des Vorschlages eine neue Bedeutung. Vermehrte Kontroversen zwischen Unternehmen und nationalen Behörden zu Fragen der Umsatzberechnung sind nicht auszuschließen und werden die Prüfung nicht erleichtern. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass in einigen Mitgliedstaaten die Anmeldepflicht von ande-

³⁰ Seit Juni 2001 hat das Bundeskartellamt in insgesamt 72 Fällen in Kontakt mit anderen nationalen Wettbewerbsbehörden gestanden.

³¹ Rz. 60 des Grünbuchs

ren Kriterien als Umsatzzahlen abhängt, wie etwa von Marktanteilen (Spanien, Griechenland). Für diese Mitgliedstaaten wird eine kurzfristige Marktermittlung kaum durchführbar sein. Die Kommission räumt im Grünbuch daher selbst ein, dass in diesen Fällen eine kurzfristige Prüfung der nationalen Zuständigkeit nicht möglich sein wird.³²

Im übrigen stellt sich die Frage effektiven Rechtsschutzes. Die Zuständigkeit der Kommission ergibt sich dem Grünbuchvorschlag zufolge daraus, dass mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden festgestellt und der Kommission mitgeteilt haben, ihre nationalen Schwellenwerte seien überschritten. Wird die Entscheidung der Kommission unter Hinweis auf ihre Unzuständigkeit angefochten, wird das Gericht erster Instanz wohl lediglich prüfen können, ob entsprechende Mitteilungen der nationalen Behörden vorliegen. Ob die Behörden jedoch das Überschreiten der nationalen Schwellenwerte zu Recht bejaht haben, kann das Gericht erster Instanz kaum prüfen. Es ist schon fraglich, ob es dazu berufen ist, die von nationalen Behörden nach nationalem Recht vorgenommenen Rechtsakte zu überprüfen. Selbst wenn aber das Gericht erster Instanz diese Frage prüfen könnte, müsste es die Rechtsordnungen von 15 oder mehr Mitgliedstaaten samt ihrer Methodik und den zugehörigen Rechtstraditionen heranziehen. Dies ist nicht praktikabel. Um den Unternehmen einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, müssten die Unternehmen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung der nationalen Behörden erhalten, die der Kommission das Erreichen der nationalen Schwellenwerte mitteilen. Angesichts des von der Kommission vorgeschlagenen Widerspruchsverfahrens setzt das voraus, dass die Kommission die Unternehmen nach Ablauf der Widerspruchsfrist darüber informiert und ihnen hinreichend Gelegenheit gibt, die Entscheidung der nationalen Behörde vor dem zuständigen nationalen Gericht anzufechten. Das Verfahren würde hierdurch kompliziert und verlängert. Das nationale Gerichtsverfahren kann unter Umständen mehrere Jahre dauern. Ungeklärt ist zudem die Folge von unrichtigen Angaben der Unternehmen. Insbesondere bei Zusammenschlüssen mit nur geringen Marktauswirkungen dürfte der administrative Aufwand bei allen Beteiligten größer als nach dem bisherigen Verfahren sein.

f) Negative Auswirkungen des Kommissionsvorschlags

Zu bedenken sind auch die Folgen des Vorschlags für die Fallverteilung. Trotz der vorgeschlagenen Änderung des Art. 1 Abs. 3 FKVO würde es weiterhin Fälle geben, die in mehreren Mitgliedstaaten nach nationalem Recht angemeldet werden müssen. Zusammenschlüsse, die in mehr als zwei Mitgliedstaaten die nationalen Schwellenwerte überschreiten, aber keinen Zusammenschlusstatbestand nach Art. 3 FKVO erfüllen (Minderheitsbeteiligungen, wettbewerblich erheblicher Einfluss), müssten in der Zuständigkeit

³² Rz. 61 des Grünbuchs

der nationalen Wettbewerbsbehörden bleiben. Ansonsten würden Fälle der Kommission übertragen, die von der Kommission nicht geprüft werden können. Zugleich wird der Kommissionsvorschlag dazu führen, dass vermehrt Vorhaben mit Bedeutung für den Wettbewerb auf nationalen Märkten in die Zuständigkeit der Kommission fallen. Es ist damit zu rechnen, dass diese dann über Art. 9 FKVO wieder an die nationalen Behörden verwiesen werden.

Im übrigen soll der Vorschlag Fälle erfassen, die in drei und mehr Mitgliedstaaten angemeldet werden müssen. Die Anmeldepflicht nach nationalem Recht in mindestens drei Mitgliedstaaten müsste daher die Zuständigkeit der Kommission begründen. Das Grünbuch stellt aber zum Teil auf das Erreichen der nationalen Schwellenwerte für die Anmeldung ab³³. Dieser Unterschied ist wegen der nationalen Ausnahmegesetze bedeutsam, die das Grünbuch nicht berücksichtigt. Unklar bleibt deshalb, welche Behörde die Fälle bearbeiten soll, die zwar die Schwellenwerte in mindestens drei Mitgliedstaaten erreichen, aber – weil sie von nationalen Ausnahmegesetzen³⁴ erfasst werden – dort nicht anmeldepflichtig sind. Soweit sie mangels Anmeldepflicht nicht in mehr als drei Mitgliedstaaten angemeldet werden müssen, wäre es dem Kommissionsvorschlag zufolge inkonsistent, sie dennoch der Prüfung bei der Kommission zu unterwerfen.

In diesem Zusammenhang ist auf die negativen Folgen des Vorschlags im Zusammenspiel mit der im Grünbuch zur Diskussion gestellten Umgestaltung des vereinfachten Verfahrens in eine Gruppenfreistellung³⁵ hinzuweisen. Es würden einerseits mehr Vorhaben der Zuständigkeit der Kommission unterliegen, von denen andererseits ein Großteil unter die Gruppenfreistellung fiel und damit weder angemeldet noch von der Kommission geprüft würden. Die Fallpraxis hat gezeigt, dass das vereinfachte Verfahren den Unternehmen einen weiten Spielraum für Umgehungen bietet. Die Kriterien knüpfen an materielle Bewertungen an und sind damit in unterschiedlicher Weise auslegbar. In drei Fällen hat das Bundeskartellamt daher den Übergang vom vereinfachten in das normale Verfahren angeregt³⁶, in weiteren 20 Fällen fand der Erhebung des Bundeskartellamtes zufolge ein derartiger Wechsel statt. Eine Gruppenfreistellung würde im Ergebnis zu einem Absinken des Schutzniveaus für den Wettbewerb führen.

Die Kommission bezweifelt im Grünbuch³⁷, dass die von den nationalen Wettbewerbsbehörden vereinbarte Zusammenarbeit in der ECA als gleichwertiger Ersatz für eine zentrale Zusammenschlusskontrolle anzusehen ist. Nicht übersehen werden darf dabei, dass auch der Kommissionsvorschlag zu Art. 1 Abs. 3 FKVO ganz wesentlich von einem

³³ Rz. 58 des Grünbuchs

³⁴ wie beispielsweise de-minimis- oder Bagatellvorschriften (z.B. § 35 Abs. 2 GWB)

³⁵ wie in Rz. 176 des Grünbuchs erwogen

³⁶ Dana/Getrag, Agfa/Agfa-Gevaert und Flextronics/Ericsson

³⁷ Rz. 28

funktionierenden Netzwerk der nationalen Behörden abhängt. Die Unternehmen könnten beispielsweise einen Zusammenschluss erst in einem Mitgliedstaat anmelden und dort die Entscheidung abwarten, bevor sie zeitlich gestaffelt bei weiteren Mitgliedstaaten anmelden. Ohne einen funktionierenden Informationsaustausch zwischen den nationalen Behörden bliebe dies unerkannt. Welche Folgen ein derartiges Vorgehen der Unternehmen auf die Zuständigkeiten und die Bestandskraft bereits ergangener Entscheidungen hat, ist zweifelhaft und wird im Grünbuch nicht erörtert.

Das Bundeskartellamt schätzt die bisherige Zuständigkeitsverteilung als grundsätzlich positiv ein. Nur wenige Mehrfachanmeldungsfälle hatten einen wirtschaftlichen und wettbewerblichen Schwerpunkt über einen Mitgliedstaat hinaus. Dies spricht dafür, dass die umsatzbezogenen Kriterien im großen und ganzen die Fallwirklichkeit widerspiegeln und eine sachgerechte Fallverteilung garantieren.

Soweit die Mitgliedstaaten feststellen, dass Art. 1 FKVO in einem Einzelfall nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt, ist eine Lösung für den problematischen Einzelfall zu suchen. Hierzu ist ein flexibles System einzurichten, das eine für den Wettbewerbschutz optimale Fallverteilung garantiert. Die notwendige Flexibilität bei der Fallverteilung ist im System der europäischen Fusionskontrolle mit den Feinsteuerungsmechanismen der Art. 9 und 22 FKVO bereits angelegt, jedoch noch nicht hinreichend praktikabel ausgestaltet. Ziel der Reform sollte es daher sein, diese Vorschriften im Sinne des Subsidiaritätsprinzips weiter zu entwickeln: Kann ein bei der Kommission angemeldeter Zusammenschluss besser von einer oder mehreren nationalen Behörden geprüft werden, so sollte der Fall über Art. 9 FKVO in die nationale Zuständigkeit abgegeben werden. In der Gegenrichtung sollte eine Verweisung von den nationalen Behörden zur Kommission nach Art. 22 FKVO erfolgen, wenn ein eigentlich nationaler Fall besser von der Kommission behandelt werden könnte. Für Art. 1 Abs. 3 FKVO ist eine Vereinfachung denkbar. Unter der Voraussetzung, dass für die genannten und andere erkennbar werdende Probleme Lösungen gefunden werden, ist der Vorschlag der Kommission indes ein weiter zu verfolgendes Modell.

II. Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 9 FKVO – Rz. 69 ff.

Viele Fälle, die derzeit bei der Kommission angemeldet werden, betreffen ausschließlich oder überwiegend nationale bzw. lokale Märkte. Das Bundeskartellamt hat 288 Kommissionsentscheidungen des Jahres 2000 ausgewertet. Dabei ergab sich, dass in 54 Fällen (18,75%) ausschließlich nationale oder regionale Märkte betroffen waren. Bei weiteren 50 Fällen, die im vereinfachten Verfahren behandelt wurden, ließ die Kommission die Marktabgrenzung offen. Soweit die Fälle eine wettbewerbliche Bedeutung aufweisen, spricht die größere Sachnähe dafür, sie bei einem wirtschaftlich und wettbewerblich na-

tionalen Schwerpunkt im Sinne des Subsidiaritätsprinzips der Zuständigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden zu übertragen. Dabei sollte insbesondere der Feinsteuerungsmechanismus des Art. 9 FKVO zu einem echten Dezentralisierungsinstrument entwickelt werden, um die Fälle, deren wettbewerbliche Bedeutung auf einen Mitgliedstaat konzentriert ist, der Prüfung durch die jeweilige nationale Behörde zuzuweisen. Dies würde zugleich die von der Kommission beklagte Arbeitsüberlastung abbauen und es der Kommission ermöglichen, ihre knappen Ressourcen für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung einzusetzen. Das Bundeskartellamt begrüßt daher den Vorschlag im Grünbuch, die Vorschrift zu vereinfachen.

1.) Voraussetzungen für die Begründung eines Verweisungsantrags

Die Kommission verweist einen Fall nur dann an einen Mitgliedstaat, wenn dieser in einem gesonderten Antrag bestimmte Wettbewerbsbedenken geltend gemacht hat. Derzeit sind die Voraussetzungen allerdings zu hoch und deshalb die Zahl der Verweisungen zu gering, um von einer echten Dezentralisierung sprechen zu können. Dementsprechend ist auch die derzeitige Verweisungspraxis der Kommission eher spärlich. Der 1998 neu eingefügte Art. 9 Abs. 2 lit. b) FKVO – demzufolge Zusammenschlüsse, die einen unwesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes betreffen, verwiesen werden können - ist in der Praxis nahezu bedeutungslos, weil die Kommission das Tatbestandsmerkmal "wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes" extrem weit auslegt. Aber auch Verweisungen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a) FKVO werden von der Kommission zurückhaltend gehandhabt. Sie beschränkt diese häufig auf Fälle, in denen regionale oder lokale Märkte betroffen sind, die bei unbefangener Betrachtungsweise auch unter Art. 9 Abs. 2 lit. b) FKVO fallen könnten.

Das Bundeskartellamt unterstützt die Bestrebung, im Rahmen der anstehenden Reform die erforderliche Begründung des Verweisungsantrages zu vereinfachen. Es dürfte ausreichend sein, wenn der antragstellende Mitgliedstaat glaubhaft darlegt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem nationalen oder regionalen bzw. lokalen Markt beeinträchtigen wird.

2.) Geringerer Ermessensspielraum

Die Kommission verfügt derzeit über einen sehr weiten Ermessensspielraum im Rahmen der Verweisungsentscheidung. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz sollte der Spielraum beschränkt werden. Liegt der wirtschaftliche und wettbewerbliche Schwerpunkt des Falles in einem Mitgliedstaat, so sollte die Kommission einen Verweisungsantrag nur aus bestimmten, eng zu fassenden Gründen ablehnen dürfen (z.B. deshalb, weil ein parallel gelagerter Fall bei der Kommission geprüft wird). Die entsprechende Entscheidung sollte dann veröffentlicht werden.

Grundsätzlich sollte noch innerhalb der ersten Verfahrensphase über einen Verweisungsantrag entschieden werden. Für den Fall, dass ausnahmsweise für die Beurteilung des Antrags weitere Ermittlungen erforderlich sind, empfiehlt es sich, in der FKVO klarzustellen, dass jedenfalls drei Monate nach der Anmeldung eine Entscheidung über den Verweisungsantrag getroffen wird. Jede Nichtverweisung bedarf dabei einer Entscheidung. Eine entsprechende Vorschrift in der FKVO würde nicht nur die Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, sondern auch für die nationalen Wettbewerbsbehörden erhöhen.

Die Verweisung eines Falles durch die Kommission ohne Antrag des betroffenen Mitgliedstaates "von Amts wegen" erscheint entbehrlich. Im Falle einer entsprechenden Änderung der FKVO müsste konsequenterweise dann das Gleiche für eine Verweisung von Zusammenschlussvorhaben von den Mitgliedstaaten an die Kommission gelten. Bei von vornherein wettbewerblich unproblematischen Fällen scheidet eine Verweisung in jegliche Richtung ohnehin aus.

3.) Verfahren

Die Antragsfrist von drei Wochen hat sich bewährt. Sollte aufgrund der vereinfachten Kriterien ein Antrag früher gestellt werden können, werden die Mitgliedstaaten dies auch tun. Die Mehrheit der von der Kommission befragten Unternehmen hält Annex II³⁸ des Grünbuchs zufolge die bestehenden Fristen für angemessen. Eine Fristverkürzung ist daher nicht notwendig und allenfalls bei erheblicher Absenkung der Antragsvoraussetzungen denkbar. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in mehreren Mitgliedstaaten unterschiedliche Behörden bei der Antragstellung zusammenwirken müssen und die notwendige Konsultation zusätzliche Zeit beansprucht.

Bewährt hat sich auch die Prüfung der von der Kommission verwiesenen Fälle nach nationalem Recht. Große Probleme der Unternehmen mit den nationalen Rechtsvorschriften und den Verfahrensregeln³⁹ konnten nicht festgestellt werden. Auch aus dem Grünbuch und aus Annex II lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Eine Begründung für die behaupteten Probleme mit nationalen Vorschriften fehlt. Im Hinblick auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse ist anzumerken, dass die Mitgliedstaaten auch in den Verfahren bei der Kommission nach Art. 19 FKVO die Anmeldung und alle wichtigen Schriftstücke übermittelt bekommen. Warum der Schutz der Geschäftsgeheimnisse in Verfahren nach nationalem Recht geringer sein sollte als in Kommissionsverfahren, ist nicht ersichtlich.

Nicht gefolgt werden kann dem Vorschlag, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, ihre abschließende Entscheidung nach einer Verweisung innerhalb der gleichen Frist anzu-

³⁸ Tabelle 2-3

³⁹ Rz. 76 des Grünbuchs

nehmen, die für die Kommissionsentscheidung gegolten hätte⁴⁰. Der Vorschlag lässt die Gesamtprüfungsfrist, die mit der Anmeldung des Falles bei der Kommission begann, trotz der Verweisung unberührt. Die Mitgliedstaaten träten damit in eine bereits laufende Frist ein und hätten folglich weniger Zeit für die Prüfung als die Kommission. Bis zur Entscheidung über die Verweisung kann die nationale Behörde mangels Zuständigkeit keine Ermittlungen durchführen und wird dies bis zur Verweisung auch regelmäßig aus Ressourcen- und Effizienzgründen nicht tun. Dies würde zu einer nicht hinnehmbaren Verkürzung der Prüfungsfrist zu Lasten der Mitgliedstaaten führen. (Anmerkung: Die Auswirkungen auf Deutschland mit der Prüfungsfrist von insgesamt 4 Monaten dürfte jedoch gering sein).

Gegenwärtig untersuchen die Mitgliedstaaten an sie verwiesene Zusammenschlussvorhaben nach nationalem Recht. Zukünftig die Prüfung anhand der Vorschriften der FKVO vornehmen zu lassen, könnte praktische Schwierigkeiten verursachen. Bereits beim materiellen Prüfungsumfang des Art. 2 Abs. 2 FKVO ist unklar, ob ein Zusammenschluss von einer nationalen Behörde für nicht vereinbar mit dem gemeinsamen Markt erklärt werden kann, wenn nur die Auswirkungen auf einem nationalen, regionalen oder gar lokalen Markt untersucht wurden. Überdies sind die Verfahrensvorschriften auf die Kommission und nicht auf die nationalen Wettbewerbsbehörden zugeschnitten, dies betrifft insbesondere die Organisation von Anhörungen, Beratenden Ausschüssen und Veröffentlichungen im Amtsblatt der EG. Zudem sind in einigen Mitgliedstaaten mehrere Wettbewerbsbehörden mit der Prüfung von Zusammenschlüssen befasst (wie z.B. Vereinigtes Königreich, Spanien). Eine Prüfung von Vorhaben nach der FKVO ließe sich in diese Strukturen nur schwer einpassen. Zudem dürfte der nationale Gesetzgeber das nationale Fusionskontrollregime auf der Grundlage der Rechtsprinzipien und –traditionen seines Landes so ausgestaltet haben, dass es einen für dieses Land bestmöglichen Wettbewerbsschutz ermöglicht. Hat ein Zusammenschlussvorhaben in seinem Schwerpunkt Auswirkungen in diesem Mitgliedstaat, so ist nicht zu erkennen, warum nicht das für die rein nationalen Verfahren als effektiv anerkannte System zur Untersuchung herangezogen werden sollte. Dass die Unternehmen sich dann gegebenenfalls einer längeren Prüfungsdauer gegenübersehen, ist angesichts des insgesamt sehr begrenzten Zeitverlusts hinnehmbar.

III. Verweisung an die Kommission nach Art. 22 FKVO – Rz. 84 ff.

Art. 22 FKVO stellt das Pendant zu Art. 9 FKVO dar und sollte nach Auffassung des Bundeskartellamtes als Feinsteuerungsinstrument dazu dienen, solche Fälle von den nationalen Behörden an die Kommission zu verweisen, in denen die Wettbewerbsbe-

⁴⁰ Rz. 82 des Grünbuchs

denken besser durch die Kommission beseitigt werden können. Dies gilt insbesondere für solche Mehrfachnotifizierungen, bei denen die Wettbewerbsprobleme nur einheitlich für alle Mitgliedstaaten gelöst werden können und Zusagen bzw. Auflagen daher unteilbar sind.

In der Praxis hat Art. 22 FKVO bislang nicht die Bedeutung erlangt, die ihm als Korrektiv gegenüber den Aufgreifschwelen gebührt. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass mit der Schwellenabsenkung durch Art. 1 Abs. 3 FKVO im Jahr 1998 viele Fälle, die für eine Verweisung an die Kommission in Frage kamen, bereits in die Zuständigkeit der Kommission fallen und keiner Verweisung mehr bedürfen. Darüber hinaus gab es nur wenige Fälle, deren Verweisung an die Kommission für sinnvoll erachtet wurde, weil einheitliche Lösungen zu treffen waren. In einigen Fällen scheiterte die Anwendung von Art. 22 FKVO nicht zuletzt daran, dass die Vorschrift nicht sehr klar gefasst ist und die Unternehmen bisweilen ein gewisses Geschick an den Tag legen, um die Anwendung der Vorschrift zu unterlaufen. Die verstärkte Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden ermöglichte es den betroffenen Mitgliedstaaten in den letzten Monaten, die Fälle Promatech/Sulzer und GES/Unison gemeinsam an die Kommission zu verweisen. Im Rahmen dieser Verweisungsanträge haben sich verschiedene Defizite bei Art. 22 FKVO herausgestellt, die im Rahmen der Novelle beseitigt werden sollten, um die wenigen problematischen Mehrfachnotifizierungsfälle, die auch nach Einführung des Art. 1 Abs. 3 FKVO in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind, zügig an die Kommission verweisen zu können.

Angesichts der Entwicklung der nationalen Fusionskontrollregime ist zu überlegen, ob das Recht zur Verweisung nur noch mehreren Mitgliedstaaten gemeinsam eingeräumt werden sollte. Die Möglichkeit zur Einzelverweisung dürfte in Zukunft kaum noch zu relevant werden, da alle Mitgliedstaaten - bis auf Luxemburg, das entsprechende Vorschriften vorbereitet - über ein wirksames nationales Fusionskontrollregime verfügen. Zur Erleichterung der gemeinsamen Verweisung sollte in Art. 22 FKVO bestimmt werden, dass - wenn der erforderliche Kooperationswille zu bejahen ist - ein gemeinsames Handeln der antragstellenden Mitgliedstaaten i.S.v. Art. 22 Abs. 3 FKVO auch dann vorliegen kann, wenn die Anträge aufgrund unterschiedlicher nationaler Entscheidungsprozesse nicht gleichzeitig gestellt werden.

Die derzeitige Regelung des Fristbeginns stellt die Mitgliedstaaten vor erhebliche Probleme, weil die Unternehmen einen Verweisungsantrag leicht unterlaufen können. Sinnvoll erscheint eine Regelung, derzufolge die Antragsfrist der Mitgliedstaaten erst dann zu laufen beginnt, wenn die vollständige Anmeldung eingegangen ist bzw. die nationale Behörde von den Parteien alle wesentlichen Auskünfte über den Zusammenschluss und die betroffenen Märkte erhalten hat und eine Verweisung prüfen kann. Klargestellt wer-

den sollte auch, dass der Verweisungsantrag bereits dann zulässig ist, wenn die Mitgliedstaaten in dem Antrag darlegen, dass der bei ihnen angemeldete oder geprüfte Zusammenschluss Märkte betrifft, die größer als national sind, und die Verweisung gemeinsam mit anderen Mitgliedstaaten erfolgt.

Derzeit bestehen auch Unsicherheiten, welche Folge ein zulässiger Verweisungsantrag für das nationale Verfahren hat. In Art. 22 FKVO empfiehlt sich daher die Klarstellung, dass die Kommission mit Eingang des zulässigen Verweisungsantrages die Untersuchung des Falles übernimmt, die Prüfungsfrist der Kommission aber erst mit Eingang der vollständigen Anmeldung mit Angaben über alle betroffenen Mitgliedstaaten zu laufen beginnt. Fristbeginn für die Kommission wäre damit der Eingang der Anmeldung für den letzten Mitgliedstaat. Dies erhöht den Anreiz zu zeitgleicher Anmeldung in allen Mitgliedstaaten.

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist zur weiteren Verfahrensbeschleunigung eine Regelung wünschenswert, nach der die Kommission die übrigen Mitgliedstaaten über einen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO informiert und eine kurze Übersicht über den Fall gibt. Die anderen nationalen Wettbewerbsbehörden könnten dann zügig prüfen, ob sie ebenfalls die Verweisung an die Kommission beantragen.

IV. Verpflichtungszusagen im Rahmen der Fusionskontrolle – Rz. 203 ff.

Wie auch im Grünbuch ausgeführt wird, ist die derzeitige Regelung und insbesondere die Praxis in Verfahren, in denen Verpflichtungszusagen zwischen der KOM und den Zusammenschlussbeteiligten verhandelt werden, inakzeptabel. Der in diesen Verfahren regelmäßig auftretende Zeitdruck wird stets einseitig zu Lasten der in der FKVO vorgesehenen Mitwirkungsrechte und –pflichten der Mitgliedstaaten ausgelegt. Jegliche Änderung des Fristenregimes bei Verfahren, in denen Verpflichtungszusagen gemacht werden, muss daher darauf abzielen, dass allen Beteiligten – KOM, Unternehmen und Mitgliedstaaten – genügend Zeit für deren angemessene Beurteilung bleibt und gleichzeitig die Verfahren nicht unnötig in die Länge gezogen werden.

1.) Verpflichtungszusagen in der 1. Verfahrensphase

Die bisherige Regelung der FKVO sieht vor, dass die Parteien in der 1. Verfahrensphase innerhalb von drei Wochen nach Eingang der Anmeldung bei der KOM Verpflichtungszusagen anbieten können (Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 447/98). In diesem Fall verlängert sich die Monatsfrist auf sechs Wochen (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO).

Innerhalb der 1. Verfahrensphase werden die Rechte der Mitgliedstaaten derzeit dadurch verletzt, dass die KOM zunehmend komplexere Zusagen in der 1. Phase akzeptiert, selbst wenn das wettbewerbliche Problem nicht einwandfrei feststeht oder die Prüfung,

inwieweit die Zusagen das Problem beseitigen oder sie überhaupt durchführbar sind, schwierig ist. Die KOM akzeptiert darüber hinaus erhebliche Modifikationen von Verpflichtungszusagen noch nach Ablauf der o.g. Dreiwochenfrist. Diese nicht nur vom Bundeskartellamt kritisierte Praxis hat in Randnummer 37 der Mitteilung der KOM über zulässige Abhilfemaßnahmen (EG) Nr. 447/98 Eingang gefunden. Den Mitgliedstaaten bleibt kaum noch Zeit, die Zusagen zur Kenntnis zu nehmen – sofern sie sie in ihrer Endfassung überhaupt noch erhalten haben – aber jedenfalls keine Gelegenheit, zu einer Beurteilung der Zusagen zu kommen.

Den im Grünbuch diskutierten Vorschlag zur Reform der 1. Phase lehnt das Bundeskartellamt ab. Zusagen in der ersten Verfahrensphase dürfen grundsätzlich nur in Fällen akzeptiert werden, in denen sie eine einfache Antwort auf klar umrissene wettbewerbliche Bedenken geben.⁴¹ Liegt jedoch ein komplexes, ein nicht ohne weiteres festzustellendes oder zu behebendes wettbewerbliches Problem vor, so sieht die FKVO eine detaillierte Untersuchung in der 2. Verfahrensphase vor. Bei einer längeren Dauer der ersten Phase wird die KOM noch komplexere Zusagen zur Lösung von noch schwierigeren Wettbewerbsproblemen akzeptieren und dadurch die Verfahrensrechte der Mitgliedstaaten noch stärker unterlaufen als durch das bestehende System. Beratende Ausschüsse werden dann nur noch in einer wesentlich geringeren Anzahl von Fällen stattfinden. In Fällen mit komplexeren wettbewerblichen Fragestellungen ist die Einleitung eines Verfahrens nicht nur deshalb notwendig, damit der KOM ausreichend Zeit für die Untersuchung des Falles zur Verfügung steht, sondern auch, um den Mitgliedstaaten die Gelegenheit zu geben, ihr Know-how – u.a. über einen Beratenden Ausschuss – einzubringen.

2.) Verpflichtungszusagen in der 2. Verfahrensphase

In der 2. Verfahrensphase können derzeit Zusagen innerhalb von drei Monaten nach Einleitung des Verfahrens vorgelegt werden (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 447/98). Art. 18 Abs. 2 Satz 2 derselben Verordnung sieht die Möglichkeit vor, die Frist „unter außergewöhnlichen Umständen“ zu verlängern. Nach Art. 19 Abs. 5 Sätze 1-3 FKVO muss den Mitgliedstaaten der Entscheidungsentwurf einschließlich aller relevanten Dokumente gleichzeitig mit der Einladung zwei Wochen vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses vorgelegt werden.

Die Ausgestaltung des Fristenregimes nach der FKVO und die Praxis der KOM sind derzeit nicht kompatibel. Verpflichtungszusagen werden in der Regel erst gegen Ende der Dreimonatsfrist nach der Anhörung vorgelegt. Die Sitzung des Beratenden Ausschusses findet im Allgemeinen mindestens drei Wochen vor Ende der 2. Phase – d.h. eine Wo-

⁴¹ Randnummer 37 der Mitteilung der KOM über zulässige Abhilfemaßnahmen unter Hinweis auf Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) Nr. 1310/97, Randnummer 1.

che nach Ablauf der Vorlagefrist für Zusagen - statt. Eine Vorlage des Entscheidungsentwurfs einschließlich der Zusagen zwei Wochen vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses wäre daher nur bei einer erheblichen Verkürzung der Vorlagefrist für Zusagen überhaupt möglich. In der Praxis bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten den Entscheidungsentwurf und die Verpflichtungszusagen regelmäßig erst kurz vor dem Beratenden Ausschuss erhalten. Die KOM hat in mehreren Fällen sogar nach Ablauf der Dreimonatsfrist erhebliche Modifikationen von Verpflichtungen akzeptiert, ohne „außerordentliche Umstände“ entsprechend Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 447/98 darzulegen, unter denen die Frist hätte verlängert werden können. Diese Praxis führte z.T. dazu, dass die Mitgliedstaaten die aktuelle Fassung der vorgeschlagenen Zusagen und den Entscheidungsentwurf erst zu Beginn der Sitzung des Beratenden Ausschusses erhielten. Eine sinnvolle Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte und -pflichten ist ihnen in solchen Fällen kaum möglich.

Es ist dringend geboten, die entsprechenden Vorschriften so zu ändern, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechte wahrnehmen können. Der Vorschlag der KOM, das aktuelle Fristenregime in der 2. Verfahrensphase durch die Möglichkeit einer Fristaussetzung flexibler zu gestalten, wird daher grundsätzlich begrüßt.

Allerdings bestehen Bedenken gegen die Verlängerung des Verfahrens allein auf Antrag der Unternehmen. Da andere Elemente des Fristenregimes offensichtlich nicht geändert werden sollen, ist zu erwarten, dass die Unternehmen ihre Verpflichtungszusagen weiterhin gegen Ende der Dreimonatsfrist einreichen werden. Verlängert sich die Frist allein aufgrund der Initiative der Unternehmen, so bleibt es - wenn die Unternehmen keinen Antrag auf Fristaussetzung stellen - bei der bisherigen unbefriedigenden Praxis der KOM, die die Rechte der Mitgliedstaaten verletzt. Zwar betont das Grünbuch, dass „schwerwiegende negative Folgen“ deshalb kaum zu befürchten seien, weil „erfolgreiche Abhilfemaßnahmen, die am letzten Tag vor Fristablauf vorgelegt werden, in der Regel klar und eindeutig formuliert sind“.⁴² Diese Beurteilung deckt sich jedoch nicht mit den Erfahrungen des Bundeskartellamtes. Viele der gegen Ende der Dreimonatsfrist eingereichten Verpflichtungen wurden als nicht klar umrissen beurteilt und mussten einem Markttest unterzogen werden. Den Mitgliedstaaten blieb nicht genügend Zeit, um die Eignung der Zusagen, wettbewerbliche Probleme zu beseitigen, festzustellen.

3.) Alternativer Vorschlag des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt hält es für unverzichtbar, dass die KOM die Rechte der Mitgliedstaaten künftig wahrt und die Vorschriften der FKVO einhält. Aus diesem Grund sollten die Verfahrensregelungen dahingehend geändert werden, dass den Mitgliedstaaten in

⁴² Rz 218 des Grünbuchs.

jedem Fall eine Frist von 14 Tagen verbleibt, um den um die Verpflichtungszusagen ergänzten Entscheidungsentwurf zu prüfen und ihr Know-how im Beratenden Ausschuss einzubringen.

Dies ließe sich z.B. wie folgt erreichen:

Die Frist für die 2. Phase sollte sich grundsätzlich in Fällen, in denen die Zusammenschlussbeteiligten Verpflichtungszusagen einreichen, **automatisch** um zwei Wochen verlängern. Wenn schon die ersten Zusagen geeignet sind, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, und der Markttest positiv ausfällt, hat die KOM ausreichend Zeit, um einen Entscheidungsentwurf auszuarbeiten und ihn – in Übereinstimmung mit der FKVO - mindestens 14 Tage vor dem Beratenden Ausschuss an die Mitgliedstaaten zu übersenden.

Wenn jedoch die vorgeschlagenen Zusagen nicht geeignet sind, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, oder der Markttest negativ ausfällt, sollten die Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit haben, eine zweite Fassung von Zusagen einzureichen („second shot“). In diesem Fall sollte die Frist für weitere zwei Wochen ausgesetzt werden. Dies kann erreicht werden, indem die Vorlage veränderter oder neuer Zusagen an einen Antrag auf Fristverlängerung geknüpft ist. Eine solche Regelung gibt der KOM genügend Zeit, die modifizierten bzw. neuen Zusagen zu prüfen, sie gegebenenfalls einem Markttest zu unterziehen, einen Entscheidungsentwurf zu erarbeiten und diesen Entwurf entsprechend den Erfordernissen von Art. 19 Abs. 5 FKVO an die Mitgliedstaaten zu übersenden. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes spricht bei einer weiteren Vorlage abgeänderter oder neuer Zusagen nichts gegen weitere Fristaussetzungen nach dem o.g. Schema, solange sicher gestellt ist, dass den Mitgliedstaaten eine Frist von zwei Wochen für die Prüfung des Entscheidungsentwurfs bleibt.

Nach dem Vorschlag des Bundeskartellamtes hätte die KOM in jedem Fall Zeit, um die vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen ohne eine Verletzung der Rechte der Mitgliedstaaten und der Unternehmen zu untersuchen. Der Vorteil einer solchen Regelung besteht darin, dass die Unternehmen einen Anreiz erhalten, bereits mit der Vorlage der ersten Zusagen die wettbewerblichen Bedenken vollständig auszuräumen. Außerdem wären die „Kosten“ für die Zusammenschlussbeteiligten nicht höher als beim Vorschlag der KOM, da die von der KOM vorgeschlagene Frist von 20-30 Arbeitstagen allenfalls auf Wunsch der Unternehmen überschritten wird. Eine automatische Verlängerung der 2. Phase würde auch nicht diejenigen Unternehmen bestrafen, die möglichst früh Zusagen vorlegen. Denn wenn diese Zusagen klar und eindeutig das wettbewerbliche Problem beseitigen, kann die KOM das Verfahren auch zu jedem Zeitpunkt vor dem endgültigen Ablauf der Frist abschließen.

Eine Fristaussetzung führt für die beteiligten Unternehmen zu keinen nennenswerten Nachteilen. Es entspricht der gängigen Praxis des Bundeskartellamtes, dass die Unternehmen Fristverlängerungen beantragen, um veränderte Zusagen vorlegen zu können.

4.) Keine aktivere Rolle der KOM bei der Festlegung von Abhilfemaßnahmen

Es erscheint nicht sinnvoll, dass die KOM bei der Festlegung von Abhilfemaßnahmen eine aktivere Rolle spielt als bisher und zum Beispiel selbst Abhilfemaßnahmen vorschlägt. Es bestünde die Gefahr, dass die Unternehmen in diesem Fall zusagten, auf die Vorschläge der KOM einzugehen ohne andere, möglicherweise eher realisierbare wirtschaftliche Alternativen zu prüfen oder zu erwägen. Fraglich ist, wie verfahren werden soll, wenn die von der KOM vorgeschlagenen Zusagen sich nach Vollzug des Zusammenschlusses als nicht durchführbar erweisen. Es erscheint daher sinnvoller, wenn die Beteiligten selbst an der Umsetzung und Umsetzbarkeit der Zusagen interessiert sind, weil sie die Vorschläge selbst gemacht haben.

V. Materielle Fragen

1.) Marktbeherrschung vs. SLC - Rz. 159 ff.

Für eine Umstellung des Untersagungskriteriums der FKVO vom Marktbeherrschungstest auf den SLC-Test bestehen derzeit im Ergebnis keine überzeugenden Gründe. Der Nutzen des bisher geschaffenen Fallrechts für die Praxis sollte daher nicht unnötig verringert werden. Die meisten Beitrittskandidaten haben zudem jüngst das Marktbeherrschungskriterium eingeführt. Konvergenz auf internationaler Ebene würde daher zu innergemeinschaftlicher Divergenz führen. Zudem verfolgen - wie eine Untersuchung des Bundeskartellamtes für die im Jahre 2001 durchgeführte Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht gezeigt hat - beide Kriterien letztlich mit der Verhinderung unerwünschter Marktmacht ohnehin das gleiche Oberziel. Für die Definition des SLC greifen zum Beispiel sowohl die US-amerikanischen als auch die australischen Merger Guidelines auf den Begriff der Marktmacht zurück. Diese wiederum definieren sie als die Möglichkeit, sich anders zu verhalten, als es unter den Bedingungen wirksamen Wettbewerbs zu erwarten wäre. Damit aber wird im Rahmen des SLC-Tests genau jener „wettbewerblich nicht kontrollierte Verhaltensspielraum“ geprüft, mit dem die marktbeherrschende Stellung im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle üblicherweise definiert wird. Im Ergebnis zeigen beide dementsprechend keine signifikanten Unterschiede in ihrem materiellen Gehalt und erlauben jeweils die Analyse von Zusammenschlüssen in einer strengen, flexiblen und effektiven Art und Weise.

Der Befund der Abwesenheit signifikanter Unterschiede erstreckt sich zunächst auf die Betrachtung der beiden (theoretischen) Konzepte als solche.

Weder der Marktbeherrschungstest noch der SLC-Test sind grundsätzlich an bestimmte, einheitliche Kriterienkataloge gebunden. Es gibt weder *den* SLC-Test noch *den* Marktbeherrschungs-Test. So stellt der Marktbeherrschungs-Test im deutschen GWB sowohl für die Einzelmarktbeherrschung als auch für die oligopolistische Marktbeherrschung quantitative Vermutungsschwellen auf. Die FKVO enthält demgegenüber keine expliziten Schwellenwerte. Während bei der Anwendung des SLC-Tests in den USA in erster Linie auf den HHI und seine Veränderung abgestellt wird, also auf den Grad der Konzentration im gesamten Markt, liegt der Schwerpunkt der ebenfalls vom SLC-Test gesteuerten Bewertung in Australien stärker auf den Marktanteilen der an der Fusion beteiligten Unternehmen. Während im Vereinigten Königreich der SLC-Test unter anderem wegen des Verzichts auf starre Marktanteilsschwellen eingeführt werden soll, hat Neuseeland im Rahmen einer kürzlich erfolgten Reform trotz Einführung des SLC-Tests lediglich die alten Vermutungsschwellen des Marktbeherrschungs-Tests abgesenkt, das Konzept der Schwellenwerte aber gerade beibehalten.

Gleichzeitig finden aber in der einen oder anderen Form die wesentlichen materiellen Beurteilungskriterien wie Marktanteile, Marktstruktur, Marktzutrittsschranken, Marktphase, Gegenmacht etc. sowohl in Rechtsordnungen Berücksichtigung, welche das SLC-Kriterium einsetzen, als auch in solchen, die das Marktbeherrschungskriterium einsetzen.⁴³

Auch eine Betrachtung der Entscheidungspraxis der verschiedenen Wettbewerbsbehörden führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Die entschiedenen Fälle lassen für möglicherweise problematische Bereiche oligopolistischer Marktbeherrschung, vertikaler Integration und konglomerater Zusammenschlüsse nicht erkennen, dass die Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums oder des SLC-Kriteriums hinsichtlich der Strenge, der Flexibilität oder der Effektivität der wettbewerblichen Beurteilung derartiger Unternehmenszusammenschlüsse zu konkreten Unterschieden führt.

In Fällen möglicher oligopolistischer Marktbeherrschung scheinen die wesentlichen Kriterien, die zur Bewertung einer Oligopolsituation und der daraus resultierenden Wahrscheinlichkeit stillschweigenden Parallelverhaltens herangezogen werden, in der Praxis der (betrachteten) Wettbewerbsbehörden weitgehend die gleichen zu sein und mit der ökonomischen Theorie überein zu stimmen. Insbesondere bisweilen behauptete Defizite des Marktbeherrschungs-Tests sind nicht erkennbar. Im Ausgangspunkt der Betrachtung standen regelmäßig die Marktanteile der Oligopolmitglieder. Diese können jedoch sowohl nach dem Marktbeherrschungs- als auch nach dem SLC-Test durch die übrigen Beurteilungskriterien relativiert werden.

⁴³ vgl. zu den Einzelheiten den Anhang des Arbeitspapier des Bundeskartellamtes zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 2001, abzurufen unter der URL <http://www.bundeskartellamt.de/diskussionsbeitraege.html>

Kein anderes Bild zeigt sich in den Fällen vertikaler Zusammenschlüsse. Sie lassen sich – insbesondere unter dem Aspekt der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – mit dem Marktbeherrschungstest ebenso effektiv erfassen und flexibel beurteilen wie mit dem SLC-Test. Das Hauptproblem der Abschottungswirkung spielt sowohl in Deutschland/Europa als auch in den USA eine maßgebliche Rolle.

Auch in den Fällen konglomerater Zusammenschlüsse zeigten sich sowohl der Marktbeherrschungs- als auch der SLC-Test in der Vergangenheit als geeignet, die spezifischen Wettbewerbsbeschränkungen derartiger Verbindungen zu erfassen. In der bisherigen Fallpraxis konnten sowohl Portfolio-Effekte als auch Gefahren aus dem Zuwachs an Finanzkraft zum Gegenstand der Marktbeherrschungsbetrachtung gemacht werden.

2.) Fusionsspezifische Effizienzvorteile – Rz. 170 ff.

Fusionsspezifische Effizienzgewinne werden im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens in mehr oder weniger expliziter Form bereits heute berücksichtigt. In Art. 2 Abs. 1 lit. b) FKVO ist zudem über das sogenannte Fortschrittskriterium die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen eingeführt worden. Danach berücksichtigt die KOM bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“.

Gemäß der FKVO ist ein Zusammenschlussvorhaben als nicht mit dem gemeinsamen Markt für vereinbar zu erklären, wenn die neue Unternehmenseinheit eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Marktbeherrschung aber liegt dann vor, wenn der Verhaltensspielraum der neuen Unternehmenseinheit durch den Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird. Liegt eine solche Situation vor, so kann der Einwand, die fusionsspezifischen Effizienzvorteile kämen den Verbrauchern zugute, nicht mehr glaubhaft sein. Denn es entfällt mit dem Wettbewerb gerade der Mechanismus, der die Weitergabe von durch den Zusammenschluss realisierten Effizienzgewinnen an die Verbraucher strukturell sicherstellt.

Auch die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden sind nur dann geneigt, unter bestimmten Bedingungen von den Unternehmen behauptete fusionsspezifische Effizienzgewinne zu berücksichtigen, wenn gleichzeitig sichergestellt ist, dass diese Effizienzgewinne letztlich an die Verbraucher weitergegeben werden. Dabei müssen die fusionsspezifischen Effizienzvorteile umso größer sein, je stärker die zu erwartende Marktstellung der sich zusammenschließenden Unternehmen ist („sliding scale approach“). Im übrigen unterscheidet sich die US-amerikanische Fusionskontrolle nicht wesentlich von der Europäischen hinsichtlich des materiellrechtlichen Prüfungskriteriums (siehe oben).

Das Bundeskartellamt vertritt daher im Ergebnis die Auffassung, dass Effizienzerwägungen in der FKVO bereits heute ausreichend berücksichtigt werden und es nicht zu rechtfertigen wäre, Fusionen, die zur Marktbeherrschung führen, aufgrund von Effizienzerwägungen zu genehmigen.

3.) Vereinfachtes Verfahren - Rz. 173 ff.

Der Vorschlag, künftig in Fällen, die einem pauschalisierten Unbedenklichkeitskriterium genügen, keine Anmeldung mehr zu fordern und keine formale Entscheidung in der Sache mehr zu treffen, wird vom Bundeskartellamt abgelehnt. Eine solche Lösung würde eine gefährliche Durchbrechung der mit guten Gründen eingeführten präventiven Fusionskontrolle samt Vollzugsverbot bedeuten und zu unkontrolliert vollzogenen Zusammenschlüssen führen, die sich ggf. nur sehr schwer rückabwickeln lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das vereinfachte Verfahren – anders als die Bagatellmarktklausel des GWB – nicht an vergleichsweise schnell und sicher prüfbare Umsatzschwellen anknüpft, sondern an die materiellen Auswirkungen des Falles. Würden die Kriterien des vereinfachten Verfahrens als Ausnahme in den Text der FKVO oder in eine Gruppenfreistellungsverordnung übernommen, so würde dies im Ergebnis zu einer Selbstveranlagung der Unternehmen in der Fusionskontrolle führen. Die Kriterien, speziell soweit sie Bezug auf eine – häufig umstrittene - Marktabgrenzung nehmen, würden den Unternehmen dabei einen ausgesprochen weiten Spielraum lassen und böten sich als Einfallstor für Versuche zur Umgehung der Fusionskontrolle geradezu an.

Ein bloßes „Informationserfordernis“, wie es von der Kommission vorgeschlagen wird, erscheint nicht geeignet, diesen Gefahren hinreichend sicher entgegenzuwirken. Für eine sachgerechte Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens einschließlich der erforderlichen Marktabgrenzung sind ausführlichere Informationen zu den Beteiligten und den entsprechenden Märkten unverzichtbar. Diese werden jedenfalls kaum einen wesentlich geringeren Umfang als die heute für eine Anmeldung in Kurzform beigebrachten Daten haben können. Ein Informationserfordernis ergibt jedoch nur Sinn, wenn gleichzeitig die Möglichkeit besteht, potentiell problematische Fälle auch als solche zu erkennen und entsprechend zu reagieren. Damit unterscheidet sich aber eine Freistellungslösung mit Informationserfordernis nicht mehr erheblich von der heutigen Lösung des vereinfachten Verfahrens, zumal auch in diesem ja nur eine Kurzzentscheidung ergeht.⁴⁴

⁴⁴ In diesem Zusammenhang sei noch einmal darauf hingewiesen, dass nach Art. 253 EGV auch diese konkret-individuell zu begründen ist und sich nicht auf die allgemeine Bezeichnung der betroffenen Wirtschaftszweige beschränken darf. Eine derartige Begründung bedeutet auch keinen zusätzlichen Aufwand für die Kommission, da sie die relevanten Märkte ohnehin definieren müsste.

Dass die Möglichkeit zur Kontrolle der gemachten Angaben und zum Übergang in das normale Verfahren durchaus relevant wird, zeigt die Praxis der letzten Monate. Deutschland hat in drei Fällen Bedenken gegen die Behandlung des Falles im vereinfachten Verfahren geltend gemacht (Dana/Getrag, Agfa/Agfa-Gevaert und Flextronics/Ericsson). In weiteren 20 Fällen wurde nach der Statistik des Bundeskartellamtes vom vorgesehenen vereinfachten in das normale Verfahren gewechselt.

Der Vorschlag, die Anwendbarkeit des Art. 9 Absatz (2) FKVO in den Fällen abzuschaffen, in denen sich die Parteien „in ihrer Anmeldung auf die Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren beziehen“, erscheint ebenfalls ungeeignet. Letztlich würde damit eine Möglichkeit für die Parteien geschaffen, eine eventuelle ihnen unerwünschte Verweisung zu umgehen. Wie erläutert, bedeutet eine Bezugnahme auf das vereinfachte Verfahren durch die Parteien eben nicht zwangsläufig, dass ihr Vorhaben wettbewerblich unproblematisch ist. Im Übrigen gilt hier ebenso wie für die Idee, die Unanwendbarkeit des Art. 9 Absatz (2) FKVO an die Entscheidung der Kommission über die Anwendung des vereinfachten Verfahrens zu knüpfen, dass dies dem Grundsatz der Subsidiarität widerspräche.

Eine sehr kritische Bewertung verdient auch der Vorschlag, die Frist für Anträge der Mitgliedstaaten nach Art. 9 Absatz (2) FKVO zu verkürzen – sei es für die Fälle des vereinfachten Verfahrens oder generell. Die Erfahrung hat gezeigt, dass bereits die dreiwöchige Frist angesichts der für die Begründung eines Verweisungsantrags notwendigen umfangreicheren Untersuchungen die unterste Grenze des Vertretbaren darstellt. Eine weitere Verkürzung käme äußerstenfalls dann in Betracht, wenn die Verweisungsbedingungen in Art. 9 FKVO vereinfacht werden.

Für die Einführung einer de minimis – Klausel für kleine Märkte (Bagatellmarktklausel) auch auf europäischer Ebene ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes ein Bedürfnis nicht zu erkennen. Zudem würde eine solche Klausel Folgeprobleme aufwerfen. So ist etwa zu berücksichtigen, dass ein Marktvolumen, welches bei gesamteuropäischer Betrachtung vernachlässigbar erscheint, dennoch eine wettbewerbliche Bedeutung haben kann, wenn es sich im wesentlichen auf einen oder wenige Mitgliedstaaten verteilt.

VI. Begriff des Zusammenschlusses

1.) Minderheitsbeteiligungen - Rz. 106 ff.

Zuzustimmen ist der Kommission in der Bewertung, dass eine pauschale Einbeziehung jeglicher Minderheitsbeteiligung in die europäische Fusionskontrolle schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht in Betracht kommen kann. Dies gilt jedenfalls für sehr geringe Beteiligungen. Soweit andere Minderheitsbeteiligungen betroffen sind, ist derzeit nach Auffassung des Bundeskartellamtes ein praktisches Bedürfnis für die Unterwerfung

derartiger Transaktionen unter die europäische Fusionskontrolle nicht zu erkennen. Bei Minderheitsbeteiligungen mit erweiterten – über das Regelmaß hinausgehenden - Mitwirkungsrechten kann ggf. ohnehin der Tatbestand des Kontrollerwerbs erfüllt sein. Das BKartA stimmt mit der Kommission darin überein, dass sich in der bisherigen Praxis ergebende wettbewerbsrechtliche Probleme aus dem Erwerb von Minderheitsbeteiligungen in der Regel mit den Mitteln der Artt. 81, 82 EG sachgerecht lösen ließen.

2.) Strategische Allianzen - Rz. 111 ff.

Das Bundeskartellamt ist wie die Kommission der Auffassung, dass nach den bisherigen Erfahrungen Art. 81 EG auch in Zukunft das bessere Instrument zur Behandlung von Wettbewerbsproblemen, die sich aus Strategischen Allianzen ergeben, sein wird. Regelmäßig erzeugen diese Allianzen keine nachhaltige Strukturveränderung. Damit fehlt ihnen dasjenige Element, an welches die präventive Fusionskontrolle konzeptionell anknüpft. Unabhängig davon ist zudem der Begriff der „Strategischen Allianz“ bei weitem zu unscharf und erfasst eine derart hohe Zahl verschiedener Kooperationsmöglichkeiten von Unternehmen, dass er sich nicht als Grundlage eines neu zu schaffenden Zusammenschlusstatbestandes eignen würde. Ein anderer Begriff, mit dem sich speziell die für eine Fusionskontrolle in Betracht kommenden Fälle strategischer Allianzen erfassen ließen, ist nicht ersichtlich.

3.) Artikel 2 Absatz (4) FKVO - Rz. 114 ff.

Nach Ansicht der Kommission hat sich die Prüfung von Vollfunktions-GU anhand dieser Vorschrift bislang bewährt. Jedenfalls ist ihr darin zuzustimmen, dass es aufgrund der erst kurzen Geltungsdauer dieser Vorschrift für eine detaillierte Einschätzung ihrer Auswirkungen noch zu früh ist. Eine sachgerechte Bewertung zu einem späteren Zeitpunkt wird jedoch nur dann möglich sein, wenn entsprechende Entscheidungen der Kommission künftig mehr als nur summarische Bemerkungen zur Thematik enthalten.

4.) Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Bereich Fertigung - Rz. 120 ff.

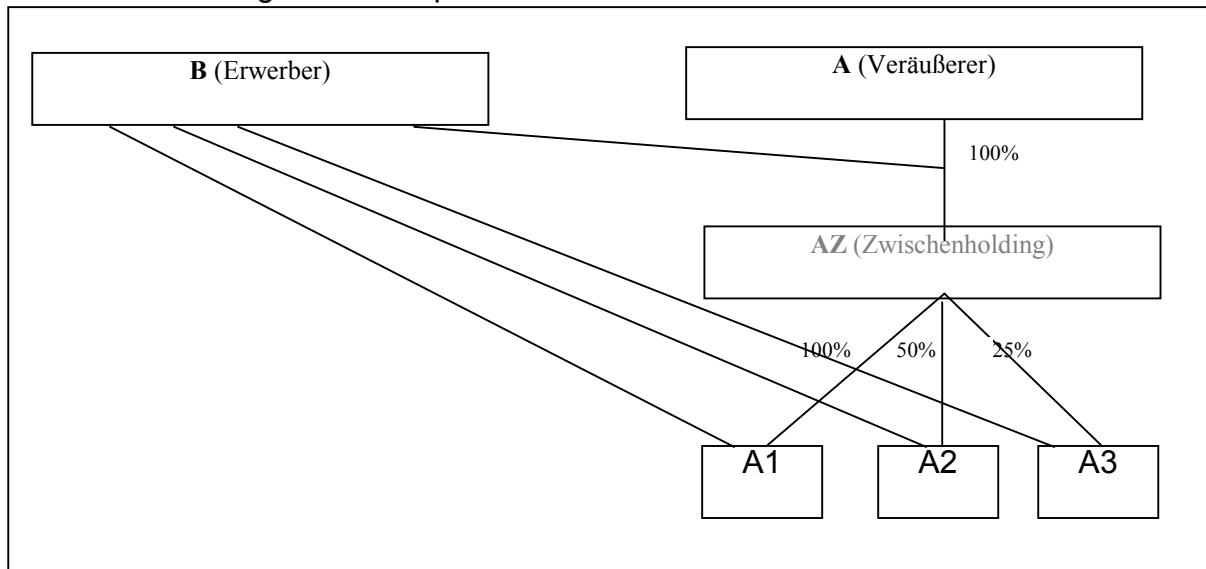
Der Vorschlag im Grünbuch, Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen zum Zwecke gemeinsamer Fertigung (FTGU) nicht in den Anwendungsbereich der FKVO einzubeziehen, wird im Ergebnis unterstützt. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob eine hinreichend trennscharfe Definition des FTGU, wie von der Kommission befürchtet, nicht aufgestellt werden kann. Entscheidend gegen eine Einbeziehung von FTGU in die Fusionskontrolle spricht der Umstand, dass diese regelmäßig allenfalls zu einer schwachen Änderung der Marktstruktur führen. Denn auf die Fertigung beschränkte Gemeinschaftsunternehmen sind per definitionem nicht auf einem Markt aktiv. Damit fehlt ihnen das entscheidende Merkmal, das über das allgemeine Kartellrecht hinaus die Anwendung der präventiven Fusionskontrolle erfordert.

5.) Mehrere Transaktionen - Rz. 125 ff.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind die von der Kommission genannten, ihrer Ansicht nach für eine in die Einbeziehung in die Fusionskontrolle in Betracht kommenden drei Fallgruppen zusammenhängender Transaktionen differenziert zu betrachten.

a) Kontrollerwerb

Die Kommission schlägt vor, Transaktionen, welche den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über einen Teil eines Unternehmens und den Erwerb alleiniger Kontrolle über einen anderen Unternehmensteil umfassen, als ein Vorhaben im Sinne der FKVO zu bewerten, und führt dazu folgendes Beispiel an:



Erwerbe B von A isoliert den 100% - Anteil der Tochtergesellschaft A1, den 50% - Anteil an A2 (A2 stehe unter der gemeinsamen Kontrolle von A und einem weiteren Unternehmen X) und den 25% - Anteil an A3, so seien unter der gegenwärtigen Fassung der FKVO der Erwerb der Anteile an A1 und an A2 als getrennte Zusammenschlüsse zu prüfen, während der Erwerb des 25% - Anteils an A3 überhaupt nicht unter die FKVO falle.

Hielte hingegen AZ die Anteile an A1, A2 und A3 und erwürbe B alle Anteile an AZ, so liege insgesamt nur ein Zusammenschluss vor. Außerdem „würde für die Klärung der Zuständigkeit der gesamte Umsatz der Holding herangezogen, und demzufolge wäre dann auch der gesamte Vermögenstransfer Gegenstand einer Prüfung entweder durch die Gemeinschaft oder auf nationaler Ebene“.⁴⁵

Damit sämtliche wirtschaftlichen Aktivitäten, die durch den Zusammenschluss zusammengefasst werden, auch vollständig berücksichtigt werden, sollte nach Auffassung der Kommission Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO so geändert werden, dass auch das von ihr skizzierte Szenarium abgedeckt wird.

Dem stimmt das Bundeskartellamt zu, soweit die fraglichen Transaktionen (im Beispiel der Erwerb aller Anteile an A1 und von 50% der Anteile an A2) **gleichzeitig** angemeldet

⁴⁵ Grünbuch, Rz. 132

werden. In diesem Fall rechtfertigt der wirtschaftlich einheitliche Charakter der Transaktion eine einheitliche Behandlung in der Fusionskontrolle. Soweit der Vorschlag im Grünbuch aber – insbesondere in Verbindung mit den Ausführungen zu schleichenden Übernahmen und dem vorgeschlagenen geänderten Text der FKVO – dahingehend zu verstehen ist, dass auch eine einheitliche Prüfung zum Zeitpunkt der letzten Anmeldung vorzunehmen ist, wenn zum Beispiel der Erwerb von 50% der Anteile an A2 neun Monate nach der Anmeldung des Erwerbs von 100% der Anteile an A1 angemeldet wird, so ist dies abzulehnen. Denn eine solche Verfahrensweise birgt die Gefahr, dass der erste Zusammenschluss (bei dessen Anmeldung das zweite Vorhaben noch nicht bekannt sein muss) zum Beispiel von einem Mitgliedsstaat geprüft und freigegeben wird, der 2. Zusammenschluss dann aber zur Zuständigkeit der Kommission für die gesamte Transaktion führt. Dann würde die Kommission über einen bereits freigegebenen und womöglich vollzogenen Zusammenschluss noch einmal entscheiden müssen.

Nur ergänzend zu den insoweit missverständlichen Ausführungen im Grünbuch sei darauf hingewiesen, dass der Erwerb eines 25%-Anteils wie im Beispiel an A3 nach heutiger Rechtslage unabhängig von der Konstruktion nicht zur Erhöhung der dem Erwerbsobjekt zuzurechnenden Umsätze führt.

b) Asset Swaps

Erheblichen Bedenken begegnet der Vorschlag, künftig den Austausch von „assets“ (Swaps) als einheitlichen Zusammenschluss zu prüfen. Zwar trifft der Ausgangspunkt der Kommission zu, dass derartige Transaktionen regelmäßig ihren Ursprung in einem einheitlichen Geschäft oder gar Vertrag haben. Dennoch liegt ein wesentlicher Unterschied zu Asset-Übertragungen gegen Geld vor. Fließt einem Unternehmen Geld zu, so lässt sich daraus nur selten eine Verbesserung der Position dieses Unternehmens auf einem bestimmten Markt, sondern lediglich eine Stärkung der Finanzkraft insgesamt ableiten. Anders stellt sich die Situation im Falle eines Swaps dar. Die übertragenen Assets haben regelmäßig eine wesentlich direktere Marktwirkung. In diesem Fall führen daher beide Teil-Transaktionen dazu, dass sich jeweils die Marktstellung des Asset-erwerbenden Unternehmens auf bestimmten Märkten unmittelbar verändert. Die von der Veränderung betroffenen Märkte können jedoch völlig unterschiedlich sein und werden dies häufig, wenn nicht sogar im Regelfall auch sein. Die wettbewerblichen Auswirkungen werden daher regelmäßig nicht einheitlich sein. Es erscheint daher auch künftig eine getrennte Betrachtung sinnvoller, zumal der Berücksichtigung der jeweils anderen Teil-Transaktion bei der Bewertung keine Hindernisse entgegenstehen, sollte diese erforderlich sein.

c) Sogenannte „schleichende“ Übernahmen

Der Vorschlag der Kommission, sogenannte „schleichende“ Übernahmen, z. B. über den nach und nach erfolgenden Ankauf von Aktien über die Börse, einheitlich zu erfassen, ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht akzeptabel. Vordergründig adressiert er ein Problem, das nicht existiert. Denn kontroll- und anmeldepflichtig ist nach der FKVO erst der Erwerb der Kontrolle über ein Unternehmen, d. h. beim Erwerb von Anteilen regelmäßig diejenige Transaktion, welche die 50%-Schwelle erreicht oder überschreitet. Diese zu identifizieren und anzumelden, kann vom Erwerber erwartet werden. Warum die Kommission hier praktische Probleme sieht, ist nicht erkennbar. Ist sodann die Transaktion zu untersagen, so kann vom Erwerber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ohnehin nur verlangt werden, so viele Anteile (und ggf. Rechte) aufzugeben, dass er keine Kontrolle mehr über das erworbene Unternehmen hat. Alles andere liefe auf eine Einführung der Kontrolle des Erwerbs von Minderheitsanteilen – welche die Kommission an sich skeptisch beurteilt – durch die Hintertür hinaus.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass aus den unter a) bis c) genannten Gründen der Textvorschlag für eine Neufassung des Art. 5 Absatz (2) FKVO wesentliche Änderungen erfordert.

6.) Risikokapital-Investitionen - Rz. 137 ff.

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes Art. 3 Absatz (5) FKVO nicht in Richtung Risikokapital-Transaktionen (Wachstumskapital/Technologie) erweitert werden sollte. Zwar besteht die Möglichkeit, dass aufgrund der Fortschreibung der bisherigen Regelung auch in Zukunft wettbewerblich unproblematische Transaktionen selbst bei der Ausstattung eines Startup-Unternehmens allein deshalb der Fusionskontrolle unterfallen, weil mehrere Risikokapitalgesellschaften die erforderlichen Mittel gemeinsam zur Verfügung stellen, durch Anteile und Mitwirkungsrechte absichern und dadurch ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne der FKVO gründen. Eine Herausnahme derartiger Transaktionen aus der Fusionskontrolle würde aber weitgehende Umgehungsmöglichkeiten eröffnen, denn der Begriff der Risikokapital-Investition leistet keine brauchbare Abgrenzung. Letztlich geht mit jeder Investition von Kapital in ein Unternehmen ein Risiko einher. Als Risikokapitalgeber können insbesondere auch Unternehmen aktiv werden, die nicht lediglich Geld investieren, sondern auf anderen oder gar denselben (Güter- oder Dienstleistungs-) Märkten wie das Investitionsobjekt aktiv sind. Diese könnten dann unkontrolliert ihre Position auf den betroffenen Märkten mittels des Investitionsobjektes verbessern oder gar ihre Aktivitäten über dieses Objekt koordinieren. Für erkennbar unproblematische Fälle stellt das Fusionskontrollverfahren ohnehin keine große Belastung dar, da diese in der Regel für das vereinfachte Verfahren geeignet sein werden.

7.) Konvergenz: Kontrolle vs. Gruppe - Rz. 145 ff.

Der Kommission ist in ihrer Analyse zuzustimmen, dass Fälle denkbar sind, in denen ein Unternehmen zwar nach den Zurechnungsregeln des Art. 5 Absatz (4) FKVO für die Umsatzermittlung einer Gruppe zugeordnet wird, aber nicht unter ihrer Kontrolle im Sinne des Art. 3 Absatz (3) FKVO steht – und umgekehrt. Eine Angleichung der Kriterien erscheint daher sinnvoll. Zwar können sich u. U. durch die Verwendung des Kontrollbegriffes etwas größere Unschärfen gegenüber der derzeitigen Lösung ergeben, diese werden jedoch durch die konsistentere Rechtslage aufgewogen.

Die Kommission schlägt weiter vor, ihre bisherige Praxis, bei der Berechnung des Gesamtumsatzes eines Konzerns analog zu Artikel 5 Absatz 5 FKVO den Umsatz von Gemeinschaftsunternehmen anteilig einzurechnen, in der FKVO festzuschreiben. Dies begegnet keinen Bedenken.

VII. Verfahrensrechtliche Fragen

1.) Anmeldezeitpunkt – Rz. 180 ff.

Das Bundeskartellamt unterstützt den Vorschlag, Zusammenschlussvorhaben bereits dann als anmeldefähig anzusehen, wenn noch keine rechtsverbindliche Vereinbarung oder ein rechtsverbindliches Angebot vorliegt. Die im Grünbuch gegen diesen Vorschlag vorgetragenen Einwände werden vom Bundeskartellamt nicht geteilt.

Eine Einschränkung der Ermittlungsbefugnisse der KOM wäre mit einer solchen Neuregelung nicht verbunden. Mit Eingang der Anmeldung bei der KOM hat diese jedenfalls die in Art. 11 FKVO niedergelegten Auskunftsrechte. Es liegt im Verantwortungsbereich der anmeldenden Parteien, zu welchem Zeitpunkt sie ihr Vorhaben anmelden und die für die Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Angaben bereitstellen. Sie können dies tun, sobald sie gegen Ermittlungen am Markt keine Bedenken mehr haben. Nach den Erfahrungen des Bundeskartellamtes liegen die in der Form CO geforderten Angaben in der Regel bereits vor dem Abschluss eines rechtsverbindlichen Vertrags bzw. Antrags vor. Sollte dies nicht der Fall sein, so handelt es sich um ein noch nicht hinreichend konkretes und damit nicht prüffähiges Zusammenschlussvorhaben. Die Befürchtung, die Möglichkeit einer Anmeldung vor Abschluss eines rechtsverbindlichen Vertrags könnte den effizienten Ressourceneinsatz der KOM insofern in Frage stellen, ist daher nicht nachvollziehbar.

Auf die Wochenfrist in Art. 4 Abs. 1 FKVO könnte dann verzichtet werden. Dies hat wiederum Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 3 FKVO (s. u.).

2.) Aufschub des Vollzugs – Rz. 187 ff.

Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, Börsengeschäfte mit Wertpapieren, die nicht auf einem öffentlichen Kauf- oder Tauschangebot beruhen, unter bestimmten Voraussetzungen vom Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO freizustellen. Solche Börsengeschäfte wären dann wie öffentliche Kauf- oder Tauschangebote zu behandeln mit der Folge, dass die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte bis zu einer Entscheidung der KOM nicht ausgeübt werden dürften⁴⁶.

Eine Gleichbehandlung erscheint deshalb sinnvoll, weil (anonyme) Wertpapiergeschäfte über die Börse – sofern es sich nicht um öffentliche Angebote handelt - nicht bedingt abgeschlossen werden können. In der Praxis ist zu erwarten, dass die Anmeldung vor dem Erwerb der Wertpapiere zu entsprechenden Kursbewegungen führt und daher kaum vorkommen wird. In der Regel wird der Zusammenschluss durch den Anteilskauf an der Börse vollzogen und erst anschließend bei der KOM angemeldet. In diesem Fall liegt das Risiko einer Entflechtung bei den Unternehmen. Allerdings müsste für diese Fälle sichergestellt werden, dass die prüfende Behörde so schnell wie möglich von diesem bereits vollzogenen Zusammenschluss erfährt, damit er gegebenenfalls auch noch rückabgewickelt werden kann und die Integration der Zusammenschlussbeteiligten nicht zu weit fortgeschritten ist.

Sollte gleichzeitig dem Vorschlag gefolgt werden, dass Unternehmen Zusammenschlussvorhaben anmelden dürfen, die noch keine rechtsverbindliche Grundlage haben, so müsste Art. 7 Abs. 3 FKVO wie folgt ergänzt werden:

"Öffentliche Kauf- oder Tauschangebote sowie Börsengeschäfte mit Wertpapieren sind innerhalb einer Woche nach ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden. "

3.) Berechnung der Fristen – Rz. 190 ff.

Es ist nicht ersichtlich, inwieweit der Vorschlag der KOM, die Fristen in der Fusionskontrollverordnung auf der Grundlage von Arbeitstagen zu berechnen, eine Vereinfachung darstellt. Unabhängig davon ist jedoch sicherzustellen, dass die vorgeschlagenen Arbeitstage den derzeit in der FKVO vorgesehenen Fristen entsprechen und diese nicht etwa auf dem Wege einer anderen Berechnung geändert werden.

4.) Effiziente Verwaltung – Rz. 194 ff.

Wenn eine Verwaltung durch Umorganisation effizienter wird, ist dies grundsätzlich zu begrüßen. Bei dem Vorschlag, dass die Unternehmen ihre Anmeldungen in Zukunft di-

⁴⁶ vgl. Art. 7 Abs. 3 FKVO

rekt den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten übermitteln, bleiben jedoch wesentliche Punkte offen.

Da die Anmeldungen vertrauliche Informationen enthalten, müsste eine elektronische Übermittlung verschlüsselt durchgeführt werden. Die technischen Voraussetzungen sind jedoch bei den Mitgliedstaaten derzeit nicht vorhanden. Mitgliedstaaten und Unternehmen arbeiten außerdem nicht mit den gleichen technischen Systemen, so dass einheitliche Ver- und Entschlüsselungsmethoden entwickelt und bereitgestellt werden müssten.

Unklar bleibt, wer die Vollständigkeit der Anmeldung und die Identität der Angaben sicherstellen soll bzw. wie dies sichergestellt werden soll. Ob Anmeldungen vollständig und die Daten in allen Mitgliedstaaten identisch sind, können die einzelnen Mitgliedstaaten selbst in der Regel nicht feststellen oder kontrollieren. Außerdem wäre u.a. zu klären, wann die Frist des Art. 9 FKVO zu laufen beginnt, wenn die Unternehmen einem Mitgliedstaat keine Anmeldung übersenden oder die Anmeldung unvollständig ist (möglicherweise wird dies vom Mitgliedstaat nicht sogleich bemerkt).

Festzustellen bleibt auch, dass die direkte Zustellung an die Wettbewerbsbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten eine zusätzliche Belastung für die anmeldenden Unternehmen darstellt. Eine "körperliche" Zustellung würde nämlich trotz der Möglichkeit elektronischer Übermittlung notwendig bleiben, da die Inhalte der Anlagenordner in einer Vielzahl von Fällen nicht in elektronischer Form vorliegen.

5.) Vollständigkeit der Anmeldung – Rz. 197 ff.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sollte die derzeitige Regelung beibehalten werden.

6.) Artikel 8 Absatz 4 FKVO – Rz. 222 ff.

Eine Klarstellung des Wortlauts von Art. 8 Abs. 4 FKVO ist wünschenswert.

7.) Durchführungsvorschriften – Rz. 225 ff.

Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige:

Eine entsprechende Befugnis der KOM lehnt das Bundeskartellamt ab. Bei der Verpflichtung zur Beantwortung eines Fragebogens handelt es sich um einen Eingriff zu Lasten der Unternehmen, der nur bei dem Vorliegen eines konkreten Zusammenschlussvorhabens verhältnismäßig ist. Im übrigen ist nicht ersichtlich, zu welchem Zweck solche Untersuchungen im Rahmen der Fusionskontrolle erfolgen sollen, da bei einer Anmeldung ohnehin die aktuelle Wettbewerbssituation ermittelt werden muss. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die ohnehin strapazierten Ressourcen der KOM für solcherart umfangreiche – vom Einzelfall losgelöste – Ermittlungen eingesetzt werden können.

- *Befugnis zur protokollarischen Aufzeichnung von Erklärungen:*

Gegen den Vorschlag der KOM, mündliche Aussagen aufzuzeichnen und diese als Beweismittel zu verwerten, hat das Bundeskartellamt grundsätzlich nichts einzuwenden. Die Aufzeichnung sollte jedoch nur mit dem Einverständnis des Erklärenden durchgeführt werden können. Auch sollte eine schriftliche Version der Aufzeichnung zu den Akten genommen werden.

- *Ermittlungsbefugnisse:*

Die KOM beabsichtigt, die Ermittlungsbefugnisse der KOM entsprechend der Durchführungsvorschriften zu Art. 81 und 82 EG-Vertrag zu verbessern. Das Bundeskartellamt sieht keinen Grund für eine Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der KOM, da die beteiligten Unternehmen bei Falschinformationen ohnehin mit dem Widerruf der Genehmigung zu rechnen haben, Art. 6 Abs. 1b lit. a) FKVO.

- *Untersuchung durch einzelstaatliche Wettbewerbsbehörden:*

Das Problem, Ermittlungen in einem anderen Mitgliedstaat durchführen zu müssen, ergibt sich, wenn sich ein Zusammenschluss, obwohl er nur in einem Mitgliedstaat anmeldspflichtig ist, in mehreren Mitgliedstaaten auswirkt. Es handelt sich um Fälle ohne gemeinschaftsweite Bedeutung, die nicht in die Zuständigkeitsregelung der KOM fallen. Es liegt daher bei den Mitgliedstaaten, entsprechende Bestimmungen einzuführen.

- *Entscheidung der KOM nach Art. 11 Abs. 5 FKVO:*

Gegen den Vorschlag hat das Bundeskartellamt keine Bedenken.

VIII. Verfahrensrechte und Kontrollmechanismen – Rz. 232 ff.

Wie die KOM im Grünbuch ausführt, sind die Mitgliedstaaten unverzichtbar als Teil der „Checks and Balances“ und externer Kontrolle über die Einhaltung des Verfahrens. Die Teilnahme der Mitgliedstaaten an den Sitzungen des Beratenden Ausschusses ist von überragender Bedeutung für diesen Prozess. Da die derzeitige Verfahrenspraxis dazu führt, dass der oben beschriebene Kontrollmechanismus nur eingeschränkt funktioniert, drängt das Bundeskartellamt darauf, die Rechte der Mitgliedstaaten im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens in der Zukunft zu stärken.

Über die im Grünbuch angesprochenen Teilaspekte der FKVO hinaus wird angeregt in Art. 19 Abs. 7 die Veröffentlichung der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses zeitgleich mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Kommission vorzusehen.

Zusammenfassung der Positionen des Bundeskartellamtes zum Grünbuch der EG-Kommission über die Revision der Fusionskontrollverordnung

Die europäische Fusionskontrolle hat sich in den vergangenen 10 Jahren im Wesentlichen bewährt. Eine Notwendigkeit zu grundlegender Reform besteht nicht, begrenzte Anpassungen sind aber sinnvoll.

I. Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten – Rz. 15 ff.

Das Bundeskartellamt schätzt die bisherige Zuständigkeitsverteilung als grundsätzlich positiv ein. Es ist kein Grund ersichtlich, von dem einfachen und unbürokratischen Kriterium der Umsatzschwellen in Art. 1 Abs. 2 FKVO abzurücken.

Der Kommission ist zuzustimmen, dass Art. 1 Abs. 2 FKVO und die 2/3-Regel sich als wirksam und im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip erwiesen haben.

Die Kommission hat weder im Grünbuch noch im Annex I ein generelles Problem mit Mehrfachanmeldungen dargelegt.

Aus der Anmeldefähigkeit eines Zusammenschlusses bei mehr als zwei nationalen Wettbewerbsbehörden kann nicht generell dessen gemeinschaftsweite Bedeutung und damit die Zuständigkeit der Kommission im Sinne des Subsidiaritätsprinzips hergeleitet werden. Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt in einem Mitgliedstaat können besser und effektiver von einer nationalen Behörde untersucht werden. Das von der Kommission vorgeschlagene Verfahren führt allenfalls zu einer geringen Entlastung der Unternehmen, erschwert aber andererseits den effektiven Rechtsschutz. Dennoch ist der Kommissionsvorschlag zu Art. 1 Abs. 3 FKVO unter der Voraussetzung, dass für die damit verbundenen praktischen Probleme Lösungen gefunden werden, ein weiter zu verfolgendes Modell.

Die Umgestaltung des vereinfachten Verfahrens in eine Gruppenfreistellung führt zu einer Absenkung des Schutzniveaus für den Wettbewerb.

Soweit Art. 1 FKVO für bestimmte Einzelfälle nicht zu sachgerechten Ergebnissen bei der Fallverteilung führt, ist eine Lösung für den Einzelfall über ein flexibles System zu suchen. Die Flexibilität ist bereits in den Feinsteuersmechanismen der Art. 9 und 22 FKVO angelegt, aber noch nicht hinreichend praktikabel ausgestaltet.

II. Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 9 FKVO – Rz. 69 ff.

Soweit bei der Kommission angemeldete Zusammenschlussvorhaben ausschließlich bzw. hauptsächlich nationale oder lokale Märkte betreffen und sie eine wettbewerbliche Bedeutung aufweisen, spricht die größere Sachnähe dafür, sie der Zuständigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden zu übertragen.

Das Bundeskartellamt hält es für sinnvoll, die Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag zu vereinfachen. Es dürfte ausreichend sein, wenn glaubhaft dargelegt wird, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem nationalen oder regionalen bzw. lokalen Markt beeinträchtigen wird.

Eine Verkürzung der Antragsfrist ist nicht notwendig und allenfalls bei erheblicher Absenkung der Antragsvoraussetzungen denkbar. Es ist grundsätzlich erwägenswert, verwiesene Fälle nach dem materiellen Maßstab der FKVO zu prüfen.

III. Verweisung an die Kommission nach Art. 22 FKVO – Rz. 84 ff.

Art. 22 FKVO hat als Pendant zu Art. 9 FKVO bislang nicht die Bedeutung erlangt, die ihr als Korrektiv gegenüber den Aufgreifschwelen gebührt. Dies hat vor allem seinen Grund darin, dass die Vorschrift nicht sehr klar gefasst ist.

Um die gemeinsame Verweisung mehrerer Mitgliedstaaten zu erleichtern, könnte festgelegt werden, dass gemeinsames Handeln auch dann vorliegen kann, wenn die Anträge nicht gleichzeitig gestellt werden.

Die Antragsfrist für die Mitgliedstaaten sollte erst zu laufen beginnen, wenn die vollständige Anmeldung eingegangen ist bzw. die nationale Wettbewerbsbehörde alle wesentlichen Auskünfte über den Zusammenschluss und die betroffenen Märkte erhalten hat und eine Verweisung prüfen kann.

Es empfiehlt sich u.a. die Klarstellung, dass die Kommission mit Eingang des zulässigen Verweisungsantrages die Untersuchung des Falles übernimmt.

IV. Verpflichtungszusagen im Rahmen der Fusionskontrolle – Rz. 203 ff.

Das Bundeskartellamt lehnt den Vorschlag der KOM ab, bei der Vorlage von Verpflichtungszusagen die Frist in der **ersten Verfahrensphase** auf Antrag der beteiligten Unternehmen auszusetzen. Die Folge wäre eine erhebliche Verfahrensverlagerung in die erste Phase, in der die Mitgliedstaaten ihr Know-how nicht über den Beratenden Ausschuss einbringen können. Es besteht kein Anlass, bei offensichtlich komplexeren Problemfällen, Anreize zu übereilten Entscheidungen unter Zeitdruck zu geben.

Das Bundeskartellamt begrüßt den Vorschlag, der KOM die Möglichkeit zu eröffnen, die Fristen in der **zweiten Verfahrensphase** auszusetzen. Die von der KOM vorgelegte Regelung sieht jedoch vor, dass die Fristaussetzung von dem Antrag der beteiligten Unternehmen abhängig ist. Dies hat zu Folge, dass es bei der bisherigen unbefriedigenden Praxis der KOM bleibt, wenn die Unternehmen keinen Antrag auf Fristaussetzung stellen. Diese Praxis besteht darin, dass die KOM den Mitgliedstaaten den Entscheidungsentwurf und die Verpflichtungszusagen regelmäßig erst kurz vor dem Beratenden Ausschuss übersendet mit der Folge, dass die Rechte der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt werden.

Der **alternative Vorschlag des Bundeskartellamtes** stellt sicher, dass den Mitgliedstaaten in jedem Fall eine Frist von 14 Tagen verbleibt, um den um die Verpflichtungszusagen ergänzten Entscheidungsentwurf zu prüfen und ihr Know-how im Beratenden Ausschuss einzubringen: Werden Verpflichtungszusagen in der zweiten Verfahrensphase vorgelegt, so verlängert sich die Frist automatisch um zwei Wochen. Sollten die vorgelegten Zusagen nicht geeignet sein, die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen, sollten die Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit haben, eine zweite Fassung der Zusagen vorzulegen. In diesem Fall sollte die Frist für weitere zwei Wochen ausgesetzt werden. Dies kann erreicht werden, indem die Vorlage veränderter oder neuer Zusagen an einen Antrag auf Fristverlängerung geknüpft wird. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes spricht bei einer weiteren Vorlage abgeänderter oder neuer Zusagen nichts gegen erneute Fristaussetzungen nach dem soeben genannten Schema. Der Vorteil einer solchen Regelung besteht darin, dass die Unternehmen einen Anreiz erhalten, bereits mit der Vorlage der ersten Zusagen die wettbewerblichen Bedenken vollständig auszuräumen. Die begrenzte Verfahrensverlängerung ist keine substantielle Belastung für die Unternehmen, stellt dafür aber sachlich abgewogene Ergebnisse sicher.

V. Materielle Fragen – Rz. 159 ff.

Für eine Umstellung des Untersagungskriterium vom Marktbeherrschungs-Test auf den SLC-Test gibt es keine überzeugenden Gründe. Erhebliche Rechtsunsicherheit durch Aufgabe der durch umfangreiche Rechtsprechung gesicherten Rechtspraxis wäre die Folge.

Fusionsspezifische Effizienzgewinne lassen sich schon nach der gegenwärtigen Fassung der FKVO berücksichtigen. Soweit Marktbeherrschung vorliegt, werden sie jedoch regelmäßig nicht dem Verbraucher zu Gute kommen.

Gegen eine weitere Lockerung der Fusionskontrolle in „einfach gelagerten“ Fällen über das schon praktizierte vereinfachte Verfahren hinaus – etwa im Sinne einer Gruppenfreistellung – spricht ganz wesentlich, dass damit nicht mehr zu kontrollierende Umgehungsmöglichkeiten geschaffen würden und der Standard des Wettbewerbsschutzes absänke.

VI. Begriff des Zusammenschlusses – Rz. 106 ff.

Änderungsbedarf gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage ist im wesentlichen nicht zu erkennen.

Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen, die Gründung von Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Bereich der Fertigung und die Bildung „strategischer Allianzen“ sollten nicht als solche Gegenstand der europäischen Zusammenschlusskontrolle werden. Umgekehrt sollte der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes Art. 3 Absatz (5) FKVO nicht in Richtung Risikokapital-Transaktionen erweitert werden.

Die Betrachtung mehrerer, zusammenhängender Transaktionen als ein Vorhaben im Sinne der FKVO erscheint nur in engen Grenzen sinnvoll, so beim gleichzeitigen Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über eine Tochtergesellschaft des Veräußerers Unternehmen und der alleinigen Kontrolle über ein Tochtergesellschaft desselben.

Gegen eine Angleichung des Kontrollbegriffes (Art. 3 Absatz (3) FKVO) und der Zurechnungsregeln für die Umsatzberechnung (Art. 5 Absatz (4) FKVO) spricht nichts.

VII. Verfahrensrechtliche Fragen

Der Anmeldezeitpunkt – Rz. 180 ff.

Art. 4 Abs. 1 FKVO sollte dahingehend geändert werden, dass Zusammenschlussvorhaben bereits als anmeldefähig gelten, wenn dem Vorhaben noch keine rechtsverbindliche Vereinbarung oder kein rechtsverbindliches Angebot zugrunde liegt. Nach der Einschätzung des Bundeskartellamtes liegen die in der Form CO geforderten Angaben in der Regel bereits vor dem Abschluss eines rechtverbindlichen Vertrags bzw. Angebots vor. Anderenfalls handelt es sich ohnehin um ein noch nicht hinreichend konkretes und damit nicht prüffähiges Zusammenschlussvorhaben.

Aufschub des Vollzugs – Rz. 187 ff.

Eine Gleichbehandlung von Wertpapier-Börsengeschäften mit öffentlichen Kauf- und Tauschangeboten erscheint sinnvoll. Wertpapier-Börsengeschäfte dürften dann – wie öffentliche Kauf- und Tauschangebote - nach Art. 7 Abs. 3 FKVO nur vollzogen werden, wenn der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt.