

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Feldmühleplatz 1
D - 40545 Düsseldorf
Postfach 10 17 43
D - 40008 Düsseldorf

Büroanschrift des Vorsitzenden:

Place du Champ de Mars 5
Bastion Tower
B - 1050 Brüssel
Tel: +32 2 504 7021
Fax: +32 2 504 7500
frank.montag@freshfields.com

An die Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb

B-1049 Brüssel
Belgien

14. Dezember 2006

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf einer konsolidierten Mitteilung der Kommission über die Zuständigkeit unter der Fusionskontrollverordnung VO Nr. 139/2004 des Rates („Draft Consolidated Jurisdictional Notice“)

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 700 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt.
2. Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folgenden die „Studienvereinigung“) begrüßt den Ansatz der Kommission, die bisher maßgeblichen Mitteilungen über den Zusammenschlussbegriff, über Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, über beteiligte Unternehmen sowie über die Umsatzberechnung in einer einheitlichen, konsolidierten Mitteilung zusammenzufassen und die bisher gültigen Grundsätze im Lichte der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft wie auch der Verwaltungspraxis der Kommission zu überarbeiten und zu aktualisieren. Gerade die Berücksichtigung jüngerer Gerichts- und Kommissionspraxis trägt dazu bei, dass sich die angesprochenen Unternehmen leichter als bisher orientieren und ihre Transaktionen effizienter planen können.

VORSTAND: Dr. Frank Montag (Vorsitz) - Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Dr. Hanno Wollmann
Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz
Ehrenmitglieder: Oliver Axster - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

3. Die Stellungnahme der Studienvereinigung wird sich im Folgenden nicht weiter mit den aus ihrer Sicht positiven Aspekten des Mitteilungsentwurfs beschäftigen, sondern nur jene Stellen des Entwurfs kommentieren, die noch verbesserungsfähig erscheinen.
4. In Rn. 22 heißt es in Bezugnahme auf die Entscheidung ECS/IEH, dass die Übertragung eines Kundenstamms als Zusammenschluss angesehen werden kann. Unseres Erachtens ist zweifelhaft, ob dieser Satz in dieser Allgemeinheit zutrifft. Insbesondere wenn weder Vermögensgegenstände noch Rechte übertragen werden, kann bezweifelt werden, ob es sich um einen Zusammenschluss handelt. Selbst nach deutschem Recht, das insoweit normalerweise weiter geht, läge dann kein Zusammenschluss vor.
5. In den Rn. 26 ff. geht die Kommission auf das Thema ein, dass der Kontrollwechsel von Dauer sein muss. Dabei untersucht die Kommission insbesondere das Szenario, bei dem sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen rechtsverbindlich im Vorhinein auf eine Aufteilung des gemeinsam erworbenen Unternehmens verständigt haben und es eine hinreichende Gewissheit gibt, dass der zweite Schritt der Aufteilung innerhalb kurzer Zeit nach der ersten, gemeinsamen Transaktion erfolgt. Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind (Rn. 31), soll bereits die erste, gemeinsam durchgeführte Transaktion als Zusammenschlussvorhaben anzusehen sein und in den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Zweifelhaft erscheint uns einerseits zu sein, dass, wie die Kommission in Rn. 29 ausführt, der erste Schritt nur vollzogen werden darf, wenn für sämtliche Transaktionen auf der zweiten Stufe des Gesamtvorhabens die erforderlichen Fusionskontrollgenehmigungen bereits eingeholt wurden. Diese Anforderung erscheint uns zu streng zu sein und außer Acht zu lassen, dass nicht immer eine zeitgleiche Anmeldung der Einzeltransaktionen auf der zweiten Stufe möglich sein wird, geschweige denn deren zeitgleiche fusionskontrollrechtliche Klärung. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, wenn die Kommission klarstellen würde, was sie unter einem „kurzen Zeitrahmen“ versteht. Im Zusammenhang mit der sog. Bankenklausel in Art. 3 Abs. 5 lit. a) FKVO scheint es nahe zu liegen, hierbei auf einen Zeitraum von einem Jahr abzustellen.
6. Die von der Kommission vorgenommene Aktualisierung der bestehenden Mitteilungen erscheint uns im Hinblick auf „transactions linked by conditionality“ (Rn. 35 ff.) nicht ganz vollständig zu sein. Dort werden verschiedene Fallgruppen konditionierter Trans-

aktionen ausführlich behandelt. Es fehlt aber die in der Praxis der letzten Jahre anerkannte Fallgruppe, dass die Kommission bei einem Kontrollerwerb von A über B sich auch für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen einer nicht zur Kontrolle führenden "Nebentransaktion", z.B. durch den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von B. an dem Gemeinschaftsunternehmen C., für zuständig hält, wenn beide Transaktionen ökonomisch und rechtlich als Einheit ausgestaltet sind. Wir verweisen insoweit auf die Fälle ThyssenKrupp/HDW und Gruner + Jahr/Motorpresse. Dahinter steht das Bestreben der Unternehmen, im Falle eines solchen Erwerbs einer Minderheitsbeteiligung von 25 % oder mehr (aber eben ohne Kontrolle) nicht ein paralleles Fusionskontrollverfahren z.B. beim Bundeskartellamt führen zu müssen. In beiden Fällen hat die Kommission dieses Petitum anerkannt. In Rn. 43 wird dieser Aspekt aber nicht behandelt, weil dort der Einheitsgedanke nur für Konstellationen erfasst wird, in denen jeweils die Kontrolle durch dasselbe Unternehmen erworben wird. Die vorstehend skizzierte Fallgruppe zeichnet sich aber dadurch aus, dass nur eine Transaktion einen Kontrollerwerb betrifft, die andere jedoch nicht. Gleichwohl sind diese Transaktionen "unitary nature".

7. Überdenkenswert erscheinen uns die Erwägungen der Kommission zur Anmeldepflicht bei Veränderungen bestehender Kontrollverhältnisse zu sein. Wenn es bei dem Ansatz bleibt, den die Kommission in ihrem Entwurf formuliert hat, wird dies zu einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollverordnung („FKVO“) führen. Die von der Kommission vertretene Auslegung geht z. T. sehr weit und erscheint mit dem Wortlaut der FKVO nicht immer vereinbar zu sein. So vertritt die Kommission in Rn. 81 des Entwurfs die Auffassung, dass ein Wechsel von „negativer“ zu alleiniger Kontrolle einen Zusammenschlusstatbestand darstellt. Diese sehr weit gefasste Formulierung erscheint zu allgemein und zu wenig konkret, da in den meisten Fällen bereits vor dem Wechsel alleinige, nämlich negative Kontrolle anzunehmen sein wird. Es ändert sich lediglich das Mittel. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Übergang von negativer zu alleiniger Kontrolle nicht so gravierend ist, dass es sich dabei um einen Kontrollwechsel handelt, der dem Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle qualitativ entsprechen würde.

8. Rn. 101 betrifft Fälle, in denen Gemeinschaftsunternehmen z.B. auf die Zustimmung von Drittparteien oder von bestimmten Entscheidungen, wie z.B. der Erteilung von Aufträgen, angewiesen sind, damit sie ihre Geschäftsaktivitäten aufnehmen können. Die Kommission vertritt die Auffassung, ein Gemeinschaftsunternehmen erfülle nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne der FKVO, solange diese Drittparteien nicht beschlossen hätten, ihre Zustimmung hierzu zu erteilen. Man muss die Kommission wohl so verstehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen erst dann anmeldefähig ist, wenn die Drittparteien diese Beschlüsse gefasst haben. Wenn das zutrifft, kann das Gemeinschaftsunternehmen zwar zunächst gegründet werden, ohne dass es vorher angemeldet werden muss. Sobald die besagten Drittparteien die entsprechenden Beschlüsse gefasst haben, müsste es aber angemeldet werden. Die Kommission könnte im anschließenden Genehmigungsverfahren die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsunternehmens mit dem gemeinsamen Markt im Nachhinein in Frage stellen. Eine solche Vorgehensweise erscheint wenig praktikabel. Es wäre wünschenswert, wenn die Anmeldefähigkeit bereits zu einem früheren Zeitpunkt akzeptiert oder in der Bekanntmachung klargestellt würde, dass mit der Erteilung des Auftrags nicht etwa ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vorliegt. Das Anliegen der Kommission, in Parallelfällen ihren Aufwand auf das Nötigste zu reduzieren, ist nachvollziehbar. Andererseits ist die Kommission hier inzwischen auch flexibler geworden, vgl. etwa die parallele Behandlung der Zusammenschlussvorhaben Apollo/ish und BC Partners/ish. Dies sind Fortschritte, die in dem Bekanntmachungsentwurf nicht hinreichend zum Ausdruck kommen.
9. Wenn die Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens beschließen, die Geschäftsaktivitäten eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens zu erweitern, soll dies nach Auffassung der Kommission (Rn. 102-104) eine Anmeldepflicht auslösen, selbst wenn die Erweiterung der Geschäftsaktivitäten nicht mit der Übertragung von neuen Vermögenswerten oder Unternehmensteilen auf das Gemeinschaftsunternehmen verbunden ist. Die Vereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Wortlaut des Artikels 3 FKVO ist zweifelhaft. Art. 3 Abs. 4 FKVO stellt darauf ab, ob ein Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Sind diese Voraussetzungen gegeben und hat die Kommission die Gründung des Gemeinschafts-

unternehmens bereits genehmigt, kann nicht jede Erweiterung des Gesellschaftszweckes einen anmeldepflichtigen Vorgang begründen, der in den Anwendungsbereich der FKVO fallen würde. Es fehlt nicht nur an der notwendigen strukturellen Komponente, die Art. 3 Abs. 4 FKVO voraussetzt. Es fehlt auch ein Hinweis auf die Erheblichkeit der beschlossenen Veränderung bzw. Erweiterung der Geschäftsaktivitäten. Ein plausibles Beispiel wird in Rn. 104 genannt. Wenn ein bestehendes Joint Venture sich von einem Teilfunktions- zu einem Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen entwickelt, liegt es nahe, dass ein anmeldepflichtiger Vorgang im Sinne der FKVO anzunehmen ist. Damit verbunden ist aber in dem genannten Beispielfall eine tatsächliche und gravierende qualitative Änderung des Charakters des Gemeinschaftsunternehmens. Wenn dagegen allein der Gesellschaftszweck in einem bereits bestehenden und genehmigten Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen erweitert wird, kann nicht das Gleiche gelten wie im Falle des Übergangs von einem Teilfunktions- zu einem Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.

10. Die Ausführungen zur Berechnung von Umsätzen (Rn. 118 ff.) erscheinen bisweilen unnötig kompliziert, insbesondere soweit die Berechnung von Umsätzen im Dienstleistungsbereich betroffen ist. Es erscheint fraglich, ob dieser Ansatz mit dem Zweck der Umsatzschwellen vereinbar ist, eine Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten aufgrund von einfachen und transparenten Kriterien zu ermöglichen. Unter dem Titel der geographischen Zuordnung von Umsätzen entwickelt die Kommission Ausnahmeregeln, die geeignet sind, die Berechnung der Umsätze in Grenzfällen zusätzlich zu erschweren. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen Unternehmen sowohl im Dienstleistungs- als auch im Nicht-Dienstleistungsbereich tätig sind.
11. Diskussionswürdig erscheinen auch die Ausführungen zur Umsatzzurechnung nach Art. 5 Abs. 4 FKVO in Fällen gemeinsamer Kontrolle (Rn. 156 ff.). Art. 5 Abs. 4 (i)-(iii) FKVO lässt eine Umsatzzurechnung nur bei Mehrheitsbeteiligungen oder vergleichbaren Konstellationen zu. In Fällen gemeinsamer Kontrolle knüpft die Kommission daher – soweit ersichtlich in ständiger Praxis – an Art. 5 Abs. 4 (iv) FKVO ("right to manage") an. Das wird zunächst für die Konstellationen ausgeführt, in denen das beteiligte

Unternehmen selbst gemeinsame Kontrolle über andere Unternehmen hat (Rn. 157). Eine Einschränkung wird für Konstellationen gemacht, in denen die gemeinsame Kontrolle nur de facto, also nicht de jure besteht (Rn. 157). Unternehmen, die das beteiligte Unternehmen nur de facto gemeinsam kontrolliert, werden also nicht zugerechnet.

12. Den gleichen Maßstab legt die Kommission – richtigerweise – bei der Zurechnung von Gesellschaftern an, die ein beteiligtes Unternehmen gemeinsam kontrollieren (Rn. 158). In Rn. 160 nimmt die Kommission noch einmal grundsätzlich zum Unterschied zwischen gemeinsamer Kontrolle i. S. v. Art. 3 Abs. 2 FKVO und dem "right to manage" i. S. v. Art. 5 Abs. 4 (iv) FKVO Stellung. Gerade das Bedürfnis nach klaren, für die Unternehmen leicht feststellbaren Kriterien scheint aber ein wichtiger Unterschied zwischen dem Maßstab "gemeinsame Kontrolle" und dem für die Umsatzzurechnung maßgeblichen "right to manage" zu sein. Dieses Bedürfnis sollte es - entgegen der Auffassung der Kommission - erlauben, eine Umsatzzurechnung i.S.v. Art. 5 Abs. 4 (iv) FKVO auf Fälle zu beschränken, in denen (i) die gemeinsame Kontrolle de jure besteht (z.B. aufgrund von Shareholder Agreements etc.) und, zusätzlich, (ii) das Bestehen einer gemeinsamen Kontrolle für die beteiligten Unternehmen zweifelsfrei feststellbar ist, wie z.B. bei im Falle einer "equality in voting rights or appointment to decision-making bodies" (Rn. 60).
13. In Fällen, in denen sich die gemeinsame Kontrolle der Minderheitsgesellschafter z. B. aus Veto-Rechten ergeben kann (Rn. 61), sollte eine Umsatzzurechnung unterbleiben. Die Frage, ob in solchen Fällen gemeinsame Kontrolle besteht oder nicht, ist keineswegs immer klar und eindeutig, wie die Ausführungen zu Rn. 61 ff. (insbes. Rn. 61, 64, 69) zeigen. In solchen Fällen wird es häufig auf eine Gesamtwürdigung ankommen. Eine solche Kontrollbeziehung ist aber nicht "clear-cut" genug, um eine Umsatzzurechnung zu erlauben. Für den – aus unserer Sicht gleich gelagerten – Fall der "negativen alleinigen Kontrolle" (soweit es sich dabei um die in Rn. 56/57 beschriebene Situation der "Negative Control" handelt) scheint die Kommission genau zu diesem Ergebnis zu kommen (Rn. 160 am Ende):

In addition, situations of negative sole control would only exceptionally be covered if the conditions of Article 5 (4) (b) (i)-(iii) were met in the specific case; Article 5 (4) (b) (iv), the "right to manage", would not cover negative control scenarios.

Im Hinblick auf das Mittel ist negative alleinige Kontrolle nichts anderes als gemeinsame Kontrolle aufgrund von Veto-Rechten.

14. Ein der Kommission sicher bewusstes Problem, das in dem Bekanntmachungsentwurf leider nicht behandelt wird, ist die Frage, inwieweit ein Unternehmen in einem zweistufigen Veräußerungsprozess bei einem Dritten „geparkt“ werden kann (Beispiel: Lagardère). Unser Verständnis ist, dass die Kommission das, was sie in Sachen Lagardère akzeptiert hatte, heute nicht mehr unbedingt akzeptieren würde. Eine Klarstellung in der Bekanntmachung wäre jedoch sicher förderlich. Unser Vorschlag wäre daher, eine Klarstellung aufzunehmen, wonach in Fällen, in denen sich die gemeinsame Kontrolle der Minderheitsgesellschafter lediglich aus Veto-Rechten o. ä. ergeben kann, eine Umsatzzurechnung unterbleiben sollte.
