

Europäische Fusionskontrolle: Wettbewerbspolitisches Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes

I. Einleitung

1. Wirtschaftstheoretische Grundlagen

Schon vor Unterzeichnung des Maastrichter Vertrags über die Europäische Union bestand weitgehend Einigkeit¹⁾, daß die Wirtschaftsordnung der Gründungsverträge der Gemeinschaft insoweit ihre Wirtschaftsverfassung idealtypisch ein marktwirtschaftliches System als Gestaltungsmaxime und generelle Handlungsanweisung vorgibt.

Alle Mitglieder der Gemeinschaft praktizieren – mit variierender Prinzipienstrenge – die Marktwirtschaft; der mit dem EWG-Vertrag errichtete und dem Binnenmarktziel verpflichtete Überbau folgt kongruenten Bauprinzipien; ein System einer zentralen Planungs- und Lenkungswirtschaft wäre somit ausgeschlossen. Durch den Maastrichter Unionsvertrag hat diese Ausrichtung eine explizite Bestätigung erhalten: Nach Art 3a EWGV nF (= Art 3a EGV) ist „die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft ... dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“.

Unter „offen“ kann einerseits das Bekenntnis zum Grundsatz des freien Welthandels, die Ablehnung von Merkantilismus und Autarkiedenken auf Gemeinschaftsebene verstanden werden; andererseits kann es bedeuten, daß nur wenige Grundprinzipien der Marktwirtschaft als ordnungspolitischer Rahmen feststehen, während die wirtschaftliche Prozeßpolitik unter bestimmten Voraussetzungen und ohne den Umschlag der Prinzipien ins Gegenteil zu bewirken Abweichungen zulassen kann. Ohne ein Minimum von durch die Gemeinschaftsorgane zu handhabenden Interventionsinstrumenten kommt der EG-Binnenmarkt trotz seiner freiheitlichen Grundausrichtung nicht aus; man denke nur an Mindestpreise für Stahl oder das System der Gemeinsamen Agrarmarktordnungen.

In der Marktwirtschaft lenkt die freie Preisbildung am frei zugänglichen Markt das wirtschaftliche Geschehen, bestimmt die Einkommen, dirigiert die Kapitalverwendung. Die Begründung der wirtschaftlichen Ordnungspolitik besteht darin, daß der Staat zum Zweck der Herstellung und institutionellen Sicherung des Wettbewerbs eingreifen muß: ungeschützter Wettbewerb ist nur „ein schwaches Flämmchen“ (Walter Eucken).

Auf Gemeinschaftsebene ist der freie, faire und wirksame Wettbewerb²⁾ zwei möglichen Bedrohungen ausgesetzt: einmal durch mitgliedstaatliche Egoismen in Form staatlicher Handelschranken und Subventionen zugunsten der eigenen Produzenten, zum anderen durch wettbewerbsbeeinträchtigende unternehmerische Verhaltensweisen.

¹⁾ Erhard/Müller-Armack, Soziale Marktwirtschaft (1972) 348; Slg 1970, 1125; Zuleeg, EuR 1982, 261.

²⁾ Art 3f EWGV rechnet „die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt“ zu den zentralen Aufgaben der Gemeinschaft.

Von Relevanz für den Wettbewerb – und insofern zum ordnungspolitischen Rahmen zu rechnen – sind eine ganze Reihe von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, so zum Beispiel

– das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 7 EWGV);

– die Abschaffung der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung (Art 12ff EWGV);

– die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung (Art 30ff EWGV);

– die Umformung der staatlichen Handelsmonopole (Art 37 EWGV);

– das Verbot nicht produktionsneutraler staatlicher Beihilfen (Art 92–94 EWGV);

– das gemeinschaftsinterne Dumping-Verbot (Art 91 EWGV);

– das Verbot diskriminierender oder protektionistischer inländischer Abgaben (Art 95, 96, 98 EWGV);

– die Beseitigung nichtfiskalischer Handelshemmnisse (Art 100a, 101 und 102 EWGV).

Zum Kernbereich der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung mit dem Ziel der Verhinderung bzw. Unterbindung wettbewerbswidrigen unternehmerischen Handelns gehören insbesondere zwei Instrumente:

– die Wettbewerbsregeln des Art 85 EWGV (Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen zwischen Unternehmen) und Art 86 EWGV (Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung) sowie das einschlägige Sekundärrecht;

– die Fusionskontrollverordnung vom 21. Dezember 1989 (präventive Fusionskontrolle mit Feststellung der Vereinbarkeit/Unvereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt).

2. Notwendigkeit einer Fusionskontrolle

Die vorrangige Aufgabe der Art 85 und 86 EWGV besteht darin, den vom Vertrag angestrebten wettbewerblich organisierten Binnenmarkt gegen alle künstlichen privaten Beschränkungen durch Eingriffe der Unternehmen zu schützen.

Art 85 EWGV verbietet grundsätzlich – vorbehaltlich der Möglichkeit einer Freistellung unter bestimmten Voraussetzungen – alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Art 86 EWGV verbietet – ohne die Möglichkeit einer Freistellung – die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Eine Fusionskontrolle hingegen ist zwar für den Montanbereich in Art 66 EGKSV, nicht aber in den Bestimmungen des EWG-Vertrages vorgesehen. Gleichwohl ist eine solche unerlässlich, vor allem vor dem Hintergrund des seit 1993 bestehenden Binnenmarktes, der die gemeinschaftseinheitliche Fixierung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen erfordert. Bereits in dem dritten Wettbewerbsbericht der EG-Kommission von 1974 heißt es dazu: „Die Zahl der Unternehmenszusammenschlüsse im Gemeinsamen Markt nimmt ständig zu (...). Diese Entwicklung darf nicht unkontrolliert fortschreiten. In zahlreichen Sektoren könnte der Fortgang der Konzentrationsentwicklung die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs gefährden (...). Die Wirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen sind deshalb besonders schwerwiegend, weil eine Konzentration zu einer unwiderruflichen Veränderung der Marktstruktur führt. Wird eine beherrschende Stellung erreicht, so sind ohne einschneidende Änderung der Marktbedingungen wesentliche Wettbewerbsimpulse von seiten der restlichen Anbieter in der Regel nicht mehr zu erwarten“.

In der Vergangenheit haben die EG-Kommission und der Europäische Gerichtshof zwar Art 85 und 86 EWGV soweit wie möglich auch auf Zusammenschlüsse angewendet, einmal mit der *Continental-Can-Doktrin* (1973)³⁾ über die Mißbräuchlichkeit bestimmter Zusammenschlüsse marktbeherrschender Unternehmen, zum anderen mit der Anwendung des Art 85 EWGV auf bestimmte Minderheitsbeteiligungen und auf Gemeinschaftsunternehmen (1987)⁴⁾. Diese Versuche blieben jedoch theoretisch und praktisch eher unbefriedigend, da die Kommission nicht in der Lage war, systematisch beabsichtigte Unternehmenszusammenschlüsse zu prüfen, die auf Gemeinschaftsebene zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Art 86 setzt nämlich den Mißbrauch einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung voraus und regelt im übrigen das Verhalten von Unternehmen auf dem Markt, hat aber nicht die Bildung von Marktstrukturen im Visier⁵⁾.

Deshalb hatte die EG-Kommission dem Rat bereits unmittelbar im Anschluß an das Urteil *Continental Can* (1973) den ersten Vorschlag einer Fusionskontrollverordnung vorgelegt⁶⁾. Zwischenzeitlich hat sie ihren Vorschlag zurückgezogen und durch einen geänderten Vorschlag vom 25. April 1988⁷⁾ ersetzt, auf dessen Grundlage nach über 16 Jahren die Fusionskontrollverordnung am 21. Dezember 1989 verabschiedet werden konnte.

Während die Reichweite des Erstentwurfs sehr groß war (Zusammenschlüsse mit mehr als 200 Mio RE (Rechnungseinheiten) Gesamtumsatz, Marktanteil des Zusammenschlusses in mindestens einem Mitgliedstaat über 25%), wurde mit dem geänderten Vorschlag die Kontrolle auf große Zusammenschlüsse beschränkt (weltweiter Gesamtumsatz von mehr als 1 Mrd Ecu; Ausnahme der Übernahme von Kleinunternehmen mit einem Umsatz von unter 50 Mio Ecu; Ausnahme von Zusammenschlüssen, bei denen die beteiligten Unternehmen mehr als 75% ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in einem einzigen Mitglied-

staat erzielen). Ferner wurde eine Genehmigungsmöglichkeit für Zusammenschlüsse vorgesehen, die „zur Verwirklichung der allgemeinen Vertragsziele ... beitragen“, sofern sie nur den Wettbewerb nicht ausschließen.

Dagegen richteten sich deutsche Bedenken⁸⁾, weil damit eine unterschiedliche Handhabung der europäischen Fusionskontrolle je nach dem Wohlstandsniveau des Sitzmitgliedstaats eröffnet worden wäre. Nach deutscher Auffassung sollte die Handhabung der europäischen Fusionskontrolle einheitlich sein und nur Wettbewerbsgesichtspunkte berücksichtigen. Diese Auffassung hat sich beim Verordnungserlaß auch durchgesetzt.

Zwei Gründe dürften für die lange Dauer der Beratungen verantwortlich gewesen sein⁹⁾:

Einerseits betrifft die Fusionskontrolle einen politisch besonders sensiblen Bereich der Wettbewerbsordnung, weil es hier um die Marktstruktur und damit die Struktur der Volkswirtschaft insgesamt geht. Dies bedeutet einen maßgeblichen Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten, denen Art 222 EWGV die freie Wahl der Eigentumsordnung garantiert.

Zudem hat die Fusionskontrolle auch Auswirkungen auf die wirtschaftliche Betätigung der Mitgliedstaaten selbst, weil die öffentliche Hand von ihr nicht ausgenommen ist (vgl. Art 90 EWGV) und beispielsweise Verstaatlichungen bestimmter Industrie-sektoren durchaus einen für die Fusionskontrollverordnung relevanten Zusammenschluß zum Gegenstand haben können.

Andererseits bestanden sehr unterschiedliche Vorstellungen in den einzelnen Mitgliedstaaten über die Grundkonzeption einer EG-weiten Fusionskontrolle. Zum Verständnis sei darauf hingewiesen, daß derzeit 9 der 12 EG-Mitgliedstaaten eine Fusionskontrolle kennen, der allerdings unterschiedliche Politiken zugrunde liegen. So folgt zB die Bundesrepublik Deutschland einer stark wettbewerblichen Ausrichtung, Frankreich vertraut auf einen „bilan économique global“, wonach ein von Unternehmenszusammenschlüssen ausgehender negativer Einfluß auf Marktstrukturen durch einen hinreichenden Beitrag zum wirtschaftlichen Fortschritt ausgeglichen werden kann. Großbritannien und Irland stellen einen Public-interest-Standard in den Vordergrund, der neben rein wettbewerblichen auch allgemein ökonomische und wirtschaftspolitische Gesichtspunkte enthält. Spanien hat am 17. Juli 1989 und Italien am 1. Februar 1990 eine Fusionskontrolle eingeführt, die im wesentlichen an wettbewerbsrelevanten Kriterien ausgerichtet ist.

II. Die EG-Fusionskontrollverordnung vom 21. Dezember 1989

Mit der Fusionskontrollverordnung (Verordnung Nr 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; abgek. FKVO)¹⁰⁾ ist das kommunale Kartellrecht in eine neue Phase getreten. Der auf Art 87 in Verbindung mit Art 235 EWGV gestützte und deshalb mit Einstimmigkeit im Rat zu verabschiedende Rechtsakt beruht im wesentlichen auf einem von der französischen Präsidentschaft vorgeschlagenen Globalkompro-

³⁾ *Continental Can Company/Kommission*, Rs 6/72, Slg 1973, 215.

⁴⁾ *BAT und Reynolds/Kommission*, Rs 142 und 156/84, Slg 1987, 4487.

⁵⁾ *Montag/Heinemann*, ZIP 1992, 1367; *Jickeli*, WuW 1992, 107 ff., 113, 205.

⁶⁾ ABIEG 1973, Nr C 92, 1.

⁷⁾ Dok Kom (88) 97 endg., ABIEG 1988, Nr C 130, 4.

⁸⁾ Vgl. *Scholz*, „Für EG-Fusionskontrolle ist der Tatbestand ‚allgemeine Vertragsziele‘ untauglich“, Handelsblatt vom 14. 4. 1988, 4.

⁹⁾ *Ehlermann*, Die europäische Fusionskontrolle – erste Erfahrungen, WuW 1991, 535 ff., 536.

¹⁰⁾ ABIEG 1989, Nr L 305, 1.

miß, in den noch in der Endphase eine Reihe wesentlicher deutscher Änderungswünsche eingearbeitet wurde¹¹⁾. Die Verordnung ist am 21. September 1990 in Kraft getreten.

1. Anwendungsbereich

Die FKVO gilt für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art 1 I). Die gemeinschaftsweite Bedeutung wird in Art 1 II, der Begriff des Zusammenschlusses in Art 3 definiert. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zusammenschluß Unternehmen oder Personen mit Sitz in mehreren oder nur einem Mitgliedstaat betrifft; es kommt allein auf die Marktmachtkriterien mit Bezug auf den EG-Binnenmarkt an. Diese sind so zugeschnitten, daß nur Großvorhaben der europäischen Fusionskontrolle unterfallen.

a) Gemeinschaftsweite Bedeutung

Ein Zusammenschluß hat nur dann gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn kumulativ drei Schwellenwerte erreicht werden (Art 1 II):

- der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen muß mehr als 5 Mrd ECU betragen (sog Gesamtumsatzklausel); es handelt sich dabei um ein reines Größenkriterium, dh der Umsatz muß nicht in der wettbewerblich relevanten Sparte erzielt werden;

- der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen muß jeweils mehr als 250 Mio ECU betragen (sog Bagatell- oder de minimis-Klausel); damit ist die Übernahme eines Kleinunternehmens durch ein Großunternehmen freigestellt;

- die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen dürfen nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen (sog Umsatzverteilungs- oder Single-Member-State-Klausel).

Für die Berechnung der Umsatzwerte ist Art 5 maßgebend; es kommt auf den Nettoaußenumsatz nach Abzug indirekter Steuern und unternehmensinterner Umsätze an.

Diese Schwellen gelten zunächst für eine Anlaufzeit von vier Jahren, dh bis Ende 1993. Danach entscheidet der Rat mit qualifizierter Mehrheit über eine Neufestlegung der Schwellenwerte. Die Kommission wird voraussichtlich eine Herabsetzung der Schwellen beantragen, möglicherweise auf 2 Mrd ECU weltweiter Gesamtumsatz und 100 Mio ECU gemeinschaftsweiter Umsatz.

Die Absenkung der Schwellenwerte erscheint vor allem für bestimmte stark spezialisierte und nicht mit anderen Wirtschaftsbereichen verflochtene Sektoren sachgerecht. So fiel etwa der geplante Zusammenschluß von Aérospatiale und MBB im Hubschrauberbereich nur deshalb in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle, weil beide Unternehmen ihre Hubschrauberaktivitäten in ein Gemeinschaftsunternehmen einzubringen beabsichtigten und deshalb für die Schwellenwerte auf die Umsätze beider Muttergesellschaften abzustellen war. Hätte Aérospatiale dagegen die alleinige Kontrolle über die Hubschrauberaktivitäten von MBB erworben, wäre der Zusammenschluß des führenden europäischen Hubschrauberproduzenten mit einem bedeutenden Wettbewerber nicht kon-

trollpflichtig gewesen, da der gemeinschaftsweite Umsatz von MBB mit Hubschraubern unter 250 Mio ECU liegt¹²⁾ (vgl unten II, 5 FN 28, 29).

Kritisiert wird auch, daß umsatzbezogene Schwellenwerte generell ungeeignet seien, das Element der gemeinschaftsweiten Bedeutung sachgerecht auszufüllen, da sie die grenzüberschreitenden Auswirkungen des Zusammenschlusses unberücksichtigt ließen¹³⁾.

b) Begriff des Zusammenschlusses

Der Begriff des Zusammenschlusses ist so definiert, daß er nur Vorgänge erfaßt, die zu einer *dauerhaften* Veränderung der Struktur der beteiligten Unternehmen führen (23. Erwägungsgrund der FKVO). Ferner stellt eine Handlung, welche eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens voneinander unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, keinen Zusammenschluß dar (Art 3 II). Solche Sachverhalte kooperativen Charakters fallen vielmehr in den Anwendungsbereich des Art 85 EWGV¹⁴⁾.

Als Zusammenschluß gilt die Fusion, die Erlangung der Kontrolle über ein Unternehmen (Art 3 I), sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art 3 II). Ein fusionskontrollpflichtiger Zusammenschluß liegt jedoch nicht vor bei bestimmten Erwerbsvorgängen durch Banken und Versicherungen, öffentliche Mandatsträger wie insbesondere Konkursverwalter und Beteiligungsgesellschaften (Art 3 V).

Der erste Zusammenschlußtatbestand (Art 3 Ia) ist der der Fusion bisher voneinander unabhängiger Unternehmen. Mit dem Begriff der Fusion sind die Fälle der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft gemeint. Die Fusion von Unternehmen, die bereits ein und demselben Konzern angehören und deswegen im Verhältnis zueinander nicht mehr selbständig sind, fällt nicht darunter.

Der zweite Zusammenschlußtatbestand (Art 3 Ib) ist der des Erwerbes der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer Unternehmen. Unter „Kontrolle“ ist die Möglichkeit zu verstehen, einen bestimmenden Einfluß auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben (Art 3 III). Dabei spielt es keine Rolle, mit welchen Mitteln dieser Einfluß erworben wird, vielmehr sind alle tatsächlichen oder rechtlichen Umstände zu berücksichtigen. In der Praxis bedeutet dies vor allem, daß nicht nur Mehrheitsbeteiligungen, sondern auch qualifizierte Minderheitsbeteiligungen die Kontrolle über ein anderes Unternehmen begründen und damit unter den Zusammenschlußtatbestand fallen können¹⁵⁾. Der Kontrollserwerb kann durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise erfolgen.

Im Hinblick auf Gemeinschaftsunternehmen unternimmt Art 3 II den Versuch, die vom Zusammenschlußbegriff allein erfaßte Strukturveränderung von der nicht erfaßten Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unab-

¹²⁾ Ehlermann, aaO FN 9, 538.

¹³⁾ Rohardt, Die europäische Fusionskontrolle beginnt Gestalt anzunehmen, WuW 1991, 365 ff, 367.

¹⁴⁾ Bekanntmachung der Kommission über Konzentrations- und Kooperationsstatbestände nach der Verordnung Nr 4064/89, ABIEG 1990, Nr C 203, 10; Sedemund/Montag, Fusionskontrolle, in: Dausen (Hrsg), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts (1993) H. I, RdNr 270.

¹⁵⁾ Ehlermann, aaO FN 9, 539; Köhler, EuZW 1992, 634.

¹¹⁾ Verny, Marktbeherrschende Stellung und Fusionskontrolle im Recht der Europäischen Gemeinschaft, unveröffentlichte Magisterarbeit an der RWTH Aachen (1991) 29 mit Nachweisen.

hängig bleibender Unternehmen abzugrenzen. Dabei geht die FKVO offenbar von einer strikt alternativen Anwendbarkeit des Art 85 I EWGV oder der Verordnung aus (vgl dazu aber unten III). Nur die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog konzernative Gemeinschaftsunternehmen) und keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt, stellt einen Zusammenschluß im Sinne von Art 3 Ib dar.

Die Verordnung enthält keine Definition des Gemeinschaftsunternehmens. Gemeint ist offenbar ein Unternehmen, über das mehrere Unternehmen gemeinsam die Kontrolle ausüben. Eine solche Definition entspräche der bisherigen Verwaltungspraxis der Kommission; sie setzt eine Koordinierung in der Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte voraus, das bloße Nebeneinander von Beteiligungen in Verfolgung ganz unterschiedlicher Interessen reicht nicht aus.

Die von der Verordnung erfaßte Gründung eines solchen Gemeinschaftsunternehmens kann einmal darin bestehen, daß zwei oder mehr Unternehmen vereinbaren, ein Unternehmen gemeinsam zu gründen, ggf unter Einbringung bestehender Unternehmen oder unternehmerischer Vermögenswerte. Daneben kann die Gründung auch darin bestehen, daß sich nachträglich ein Dritter an einem Unternehmen beteiligt, das bisher von einem anderen allein kontrolliert wurde; diese Beteiligung muß in Abstimmung mit der bisherigen Muttergesellschaft erfolgen, und beide Gesellschafter müssen künftig gemeinsam die Kontrolle ausüben. Der Zusammenschlußtatbestand des Art 3 Ib der Verordnung erfaßt mithin auch den „Nacheinander-Erwerb“ von Beteiligungen, wenn sich daraus eine gemeinsame Kontrolle ergibt¹⁶⁾.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß die FKVO auch für Unternehmen aus Drittstaaten gilt. Dies folgt insbesondere aus dem 11. Erwägungsgrund, wonach auch Zusammenschlüsse von Unternehmen erfaßt sind, „die ihren Haupttätigkeitsbereich nicht in der Gemeinschaft haben, dort jedoch in erheblichem Umfang tätig sind“. Belanglos ist weiterhin, wo der Zusammenschluß vollzogen werden soll, sofern er sich nur in der Gemeinschaft auswirkt¹⁷⁾.

2. Untersagungskriterien

Zusammenschlüsse, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, sind auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen (Art 2 I UAbs 1). Für die Vereinbarkeit bzw Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ist materiell entscheidend, ob der Zusammenschluß „eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird“. Die Verordnung geht demnach von einem strengen Entweder–Oder aus. Werden die genannten Voraussetzungen bejaht, ist der Zusammenschluß unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt (Art 2 III); werden sie verneint, ist er mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (Art 2 II).

¹⁶⁾ Vorn, aaO FN 11, 40.

¹⁷⁾ Vgl *Ahlström ua Kommission*, Rs 89, 104, 114, 116, 117 und 125–129/85, Slg 1988, 5193, 5243; *Meng*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Hrsg), Kommentar zum EWG-Vertrag (4. Aufl) Vorbemerkung zu Art 85 bis 89, RdNr 73–118.

a) Begriff der marktbeherrschenden Stellung

Die Verordnung enthält keine ausdrückliche Definition des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung. Anders als etwa das deutsche Recht kennt sie auch keine an Marktanteile anknüpfenden Marktbeherrschungsvermutungen¹⁸⁾. Art 2 I zählt lediglich eine Reihe von Kriterien auf, die bei der Prüfung einer beherrschenden Stellung zu berücksichtigen sind, so etwa

- die Marktstellung, also die Marktanteile der beteiligten Unternehmen,
- ihre Finanzkraft,
- ihr Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten,
- aktueller und potentieller Wettbewerb auf den betroffenen Märkten,
- rechtliche und tatsächliche Marktzutrittsschranken.

Über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist aufgrund einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zu entscheiden. In der Praxis macht die Kommission das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung davon abhängig, ob das betreffende Unternehmen sich in nennenswertem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern verhalten kann. Sie orientiert sich dabei an den von der Rechtsprechung des EuGH zu Art 86 EWGV entwickelten Grundsätzen¹⁹⁾.

Ausgangspunkt ist die Bestimmung der Marktanteile. Ihr kommt eine gewichtige, aber keine allein ausschlaggebende Rolle zu. Nach der derzeitigen Praxis der zuständigen Generaldirektion Wettbewerb der EG-Kommission gilt ein Marktanteil von 45% als „Anhaltspunkt“ für eine marktbeherrschende Stellung. Von Bedeutung können aber außerdem der Abstand zu den Mitbewerbern, die weitere Präsenz leistungsstarker Wettbewerber auf dem relevanten Markt, die Marktanteilsentwicklung, die Nachfragekraft und die Konzentration auf der Marktgegenseite sein²⁰⁾.

b) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs

Eine marktbeherrschende Stellung ist nur dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben führt (Art 2 II und III).

Über die Bedeutung dieses zusätzlichen Kriteriums ist gerätselt worden. Kennzeichnet man nämlich die beherrschende Stellung durch das Fehlen wirksamen Wettbewerbs, so enthält das Merkmal der „Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt. Inzwischen hat die EG-Kommission klargestellt, daß marktbeherrschende Zusammenschlüsse nur dann den Wettbewerb behindern, wenn sie auf Dauer angelegt sind²¹⁾. Damit wurde zugleich das Kriterium der „erheblichen“ Behinderung in dem Sinne implementiert, daß die durch den Zusammenschluß bewirkte Strukturveränderung ein bestimmtes zeitliches Ausmaß und einen gewissen Grad der Irreversibilität erreichen muß, um unter das Fusionsverbot zu fallen.

UE hat das zusätzliche Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung in erster Linie marktordnungspolitische Relevanz. Es macht klar, daß die Zulässigkeit eines

¹⁸⁾ *Sedemund/Montag*, aaO FN 14, RdNr 308.

¹⁹⁾ Insb *United Brands/Kommission*, Rs 27/76, Slg 1978, 207; *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rs 85/76, Slg 1979, 461.

²⁰⁾ *Sedemund/Montag*, aaO FN 14, RdNr 308 ff.

²¹⁾ AaO supra, RdNr 315.

Zusammenschlusses ausschließlich unter wettbewerblichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, allerdings (wie sich aus Art 2 I ergibt) auf der Grundlage einer umfassenden wettbewerbsstrukturellen Gesamtschau. Dabei sind ua die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts einzubeziehen. Gleichzeitig ist festzustellen, ob auf anderen als den nachhaltig betroffenen Märkten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten.

3. Verfahrensvorschriften und Fristen

Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind innerhalb einer Woche nach dem Vertragsabschluß oder nach dem Erwerb einer die Kontrolle begründenden Mehrheit bei der Kommission anzumelden. Die Anmeldung des Zusammenschlusses wird in der Regel unter Angabe der beteiligten Unternehmen veröffentlicht (Art 4).

Innerhalb eines Monats hat die Kommission zu entscheiden, ob der angemeldete Zusammenschluß unter die Fusionskontrollverordnung fällt und ob Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt besteht (Art 6 I iVm Art 10 I).

Die 1-Monatsfrist für das sog Vorprüfungsverfahren ist extrem kurz bemessen. Sie kann nicht verlängert werden, beginnt jedoch erst zu laufen, wenn die Anmeldung des Zusammenschlusses bei der Kommission vollständig ist. Ist die Anmeldung in einem wesentlichen Punkt unvollständig, setzt die Kommission den Anmeldern eine angemessene Frist zur Ergänzung der Angaben. Erst mit Eingang dieser zusätzlichen Angaben wird die Anmeldung wirksam. Damit die anmeldenden Unternehmen der Kommission die entscheidungsrelevanten Daten tatsächlich möglichst lückenlos liefern, ist die Anmeldung mittels eines Formblattes (CO) einzureichen, das einen umfangreichen und detaillierten Fragenkatalog enthält.

Wird das Hauptprüfungsverfahren eingeleitet, so muß die Kommission nunmehr innerhalb von weiteren vier Monaten entscheiden, ob der Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die ein wirksamer Wettbewerb in der Gemeinschaft oder in einem wesentlichen Teil derselben erheblich behindert wird (sog Unvereinbarkeitsentscheidung: Art 8 III iVm Art 10 III). Trifft die Kommission innerhalb dieser vier Monate keine Entscheidung, gilt der Zusammenschluß als genehmigt (Vereinbarkeitsfiktion). In den Fällen eines formellen Auskunftsbegehens oder einer Nachprüfung durch die Kommission wird die 4-Monats-Frist ausnahmsweise gehemmt²³⁾.

Stellt die Kommission innerhalb der 4-Monats-Frist fest, daß der Zusammenschluß die Untersagungskriterien erfüllt, so erklärt sie ihn durch Entscheidung für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt (Unvereinbarkeitsentscheidung: Art 8 III); das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ist damit unwirksam (Art 7 V). Ist der Zusammenschluß bereits vollzogen, so kann die Kommission außerdem Entflechtungsmaßnahmen anordnen (Art 8 IV).

Um die Wirksamkeit des Fusionskontrollverfahrens vor der Kommission zu gewährleisten, darf ein Zusammenschluß weder vor der Anmeldung noch während der auf die Anmeldung folgenden 3 Wochen vollzogen werden (Vollzugsverbot). Die Kommission kann zudem von Amts wegen beschließen, daß der Vollzug des Zusammenschlusses

bis zum Erlaß einer endgültigen Entscheidung ganz oder teilweise ausgesetzt bleibt (Art 7 I und II). Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot zieht die schwebende Unwirksamkeit der Vollzugsakte bis zum Verfahrensabschluß nach sich (Art 7 V). Außerdem stellt der Verstoß eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 10% des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann (Art 14 II).

Zur Durchsetzung der von ihr angeordneten Auflagen und Maßnahmen kann die Kommission Zwangsgelder bis höchstens 100.000 ECU für jeden Tag des Verzuges festsetzen (Art 15).

Die Entscheidungen der Kommission werden im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter Angabe der beteiligten Unternehmen veröffentlicht. Den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse ist dabei Rechnung zu tragen (Art 20.)

4. Verweisung an nationale Kartellbehörden

a) Abgrenzung zur nationalen Fusionskontrolle

Dem Grundsatz nach ist die EG-Kommission ausschließlich für die Beurteilung der dem Anwendungsbereich der FKVO unterliegenden Vorgänge zuständig; die Mitgliedstaaten dürfen ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anwenden (Art 21 I, II). Im Gegensatz zu der Verordnung Nr 17/62 besteht auch keine subsidiäre Zuständigkeit der Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Damit ist jede nationale Fusionskontrolle ausgeschlossen, sofern die Schwellenwerte des Art 1 FKVO erreicht sind und ein Zusammenschluß iS der Verordnung vorliegt²⁴⁾.

Für die einzelnen Fallkonstellationen bedeutet dies:

– bei einer Verbotsentscheidung der Kommission kann die nationale Behörde den Zusammenschluß nicht erlauben;

– bei einer Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission für einen Fall gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art 6 Ib, 6 Ic, 8 II FKVO) darf umgekehrt die nationale Behörde keine Verbotsentscheidung treffen, selbst wenn die Kriterien des nationalen Fusionsrechts dies rechtfertigen (Verdrängung des nationalen Rechts aufgrund Vorrang des Gemeinschaftsrechts);

– für angemeldete Vorhaben, bei denen die Kommission die gemeinschaftsweite Bedeutung verneint hat (Art 6 Ia FKVO), sind grundsätzlich die nationalen Behörden – allerdings lediglich zur Anwendung nationalen Fusionskontrollrechts – ausschließlich zuständig und können ggf Verbotsentscheidungen treffen.

Die Zuständigkeitsverteilung im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten wird also dem Grundsatz nach von dem Prinzip der doppelten Exklusivität beherrscht²⁴⁾.

b) Durchbrechung des Ausschließlichkeitsprinzips

In Abweichung davon sieht Art 9 II–VII FKVO in bestimmten Fällen eine Verweisung an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vor. In dieser Regelung wird

²³⁾ Einzelheiten betreffend das Verfahren und die Fristen regelt die Verordnung Nr 2367/90 der Kommission vom 25. Juli 1990, ABIEG 1990, Nr L 219, 5.

²³⁾ Ebenroth/Lange, BB 1991, 845, III, 1; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, aaO FN 17, Art 87, RdNr 285–292.

²⁴⁾ Schröter, aaO RdNr 287.

allgemein ein Zugeständnis an die deutsche Bundesregierung gesehen (sog deutsche Klausel). Die Verweisung hat zur Folge, daß die nationale Kartellbehörde ihr nationales Kartellrecht auf den Zusammenschluß anwenden kann, obwohl dieser die Voraussetzungen der Art 1 und 3 erfüllt und damit in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt.

Die Verweisung setzt eine förmliche Mitteilung des Mitgliedstaates an die Kommission binnen einer 3-Wochen-Frist nach Erhalt der Kopie der Anmeldung voraus. Inhalt der Mitteilung muß sein, daß der Zusammenschluß zur Schaffung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb auf einem Markt innerhalb des Mitgliedstaates wesentlich behindert wird. Dieser Markt muß alle Charakteristika eines gesonderten Marktes aufweisen, unabhängig davon, ob es sich um einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes handelt oder nicht (Art 9 II).

Teilt die Kommission diese Auffassung, kann sie entweder selbst das Verfahren nach der Verordnung mit dem Ziel durchführen, wirksamen Wettbewerb auf dem betroffenen Markt aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, oder aber den Fall an die zuständige Behörde des Mitgliedstaates verweisen, damit diese ihr nationales Recht anwendet (Verweisungsentscheidung). Stimmt die Kommission hingegen der Mitteilung nicht zu, lehnt sie die Verweisung durch eine an den Mitgliedstaat gerichtete Entscheidung ab (Art 9 III).

Eine weitere Durchbrechung des Ausschließlichkeitsprinzips enthält Art 21 III FKVO: Die Mitgliedstaaten können im Bereich der Verordnung ihr nationales Recht anwenden, um „berechtignte Interessen“, zB die öffentliche Sicherheit, zu schützen²⁵).

5. Bisherige Erfahrungen beim Vollzug der Fusionskontrollverordnung

Nach dem System der Gründungsverträge ist der Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch Anwendung auf den Einzelfall in der Regel den Behörden der Mitgliedstaaten vorbehalten (indirekter Vollzug), wobei Art und Umfang der Kontrolle, Informations- und Mitwirkungsrechte der Kommission je nach Materie unterschiedlich ausgestaltet sind.

Die Fusionskontrolle gehört zu den wenigen Ausnahmehereichen, in denen Gemeinschaftsrecht gemeinschaftsunmittelbar vollzogen wird. Hier wird die Kommission in Fällen gemeinschaftsweiter Bedeutung exklusiv – unter Beachtung der Informations- und Mitwirkungsrechte der Behörden der Mitgliedstaaten – vollziehend tätig (Art 21, 22, 19, 18 IV, 12, 13 IV bis VI, 9 FKVO). Die Fusionskontrolle eröffnet daher ein interessantes Anschauungsfeld darüber, was der Vollzug durch EG-Instanzen überhaupt zu leisten imstande ist.

Zur administrativen Bewältigung ihrer Vollzugsaufgaben hat die Kommission eine „task force“ innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb mit 50 Mitarbeitern unter der Leitung eines Direktors geschaffen, die nach dem Prinzip des „runden Tisches“ anstelle der üblichen Verwaltungshierarchie arbeitet. Für jeden Fall werden zwei Berichterstatter bestellt, die die Entscheidung vorbereiten; Entscheidungen nach Art 6 Ia und b FKVO werden kraft Delegation durch den zuständigen Kommissar allein getroffen; nur Entscheidungen nach Art 8 sind Kollegialent-

scheidungen der Kommission; nur bei solchen Entscheidungen wird der „Beratende Ausschuß“ für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen²⁶ vorgeschaltet (Art 19 III).

Im Spiegel der Kritik wird die Vollzugspraxis der Kommission überwiegend als gut bewertet; die Kommission hat die höchst komplexe Aufgabenstellung sachgerecht gemeistert; Reibungsverluste mit den Mitgliedstaaten sind kaum aufgetreten. Vereinzelt auftretender Kritik, die in dem Vorwurf der „Politisierung“ der Fusionskontrolle und der Forderung nach einem unabhängigen EG-Kartellamt gipfelt²⁶), ist entgegenzuhalten, daß angesichts der in Frage stehenden Größenordnungen und der Ausfüllungsbedürftigkeit der zu vollziehenden Rechtsnormen ein politisches Moment immer mitspielen wird, ganz gleich, wem die Entscheidungsverantwortung übertragen ist (vgl im deutschen Fusionskontrollrecht das Instrument der Ausnahmeerlaubnis durch Ministerentscheidung, § 24 GWB). Entscheidend ist, daß sich die Kommission zuallererst von Wettbewerbskriterien leiten läßt und industriepolitische Erwägungen hintenanstellt.

Bei der Beurteilung muß allerdings berücksichtigt werden, daß die Anwendungsvoraussetzungen der FKVO von vornherein einen Massenansturm von Vorgängen ausschließen. So hat seit Inkrafttreten der Verordnung²⁷ die Kommission 134 Entscheidungen der Phase I (Prüfung der Anmeldung im Hinblick auf die Entscheidung, das Verfahren zu eröffnen oder nicht, Art 6 Ia bis c FKVO) getroffen; davon haben nur 11 zur Verfahrenseröffnung und Einleitung der Phase II (Art 6 Ic, 8 FKVO) geführt. In 17 Fällen wurde die Anmeldung als nicht der Verordnung unterfallend (Art 6 Ia) gewertet; in der überwiegenden Zahl von 106 Fällen wurde die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit (Art 6 Ib) des Vorgangs statuiert.

Von den 11 Verfahren der Phase II (Vereinbarkeitsprüfung nach Verfahrenseröffnung) sind 9 entschieden worden; davon endeten zwei mit einer Vereinbarkeitserklärung (Art 8 II FKVO), sechs mit einer Vereinbarkeitserklärung unter Auflagen und Bedingungen (Art 8 II FKVO) und lediglich eine mit einer Unvereinbarkeitserklärung (Art 8 III FKVO)²⁸).

Fünf Entscheidungen betrafen die Verweisungsmöglichkeit an die Behörden eines Mitgliedstaats im Fall der Wettbewerbsauswirkungen auf einem Sondermarkt (Art 9 FKVO), wobei in vier Fällen die Verweisung abgelehnt wurde. Elf Entscheidungen betrafen die Anordnung der Verlängerung bzw Befreiung vom Vollzugsverbot (Art 7 FKVO), wobei in sieben Fällen der Vollzug bis zur Enderklärung ausgesetzt wurde.

Aus der Einzelfallpraxis ist zunächst die Unvereinbarkeitsentscheidung in der Sache *de Havilland*²⁹) hervorzuheben. Dabei ging es um den geplanten gemeinsamen Erwerb des kanadischen Regionalflugzeugherstellers de Havilland durch die französische Aérospatiale und die italienische Alenia, die seit 1982 bereits gemeinsam das ebenfalls im Regionalflugzeugbau tätige Unternehmen ATR kontrollie-

²⁶) Vgl Handelsblatt vom 15. Oktober 1992, 11; Erwiderung von *Ehlermann* in Handelsblatt vom 25. November 1992.

²⁷) Bis 10. Februar 1993; nach Auskunft der Kommission.

²⁸) Entscheidung der Kommission vom 2. Oktober 1991, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, ABIEG 1991, Nr L 334, 42.

²⁹) AaO FN supra; Besprechung von *Kamburoglu*, WuW 1992, 305; zur Abgrenzung von Konzentrations- und Kooperationsstatbeständen vgl auch Bekanntmachung der Kommission 90/C 203/06 in ABIEG 1990, Nr L 203, 10.

²⁵) Kritisch dazu *Müller-Daube*, Jus 1991, 190.

ren. Der Erwerb sollte zunächst durch die Mütter erfolgen, und erst später sollte eine Fusion mit ATR eintreten. In diesem Plan sah die Kommission den Willen zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens iSd Art 3 II UAbs 2 FKVO. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Verordnung (Art 1) stellte sie daher auf die Umsätze von Aérospatiale und Alenia ab (vgl oben II 1a, FN 12).

Eine bloße Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften verneinte die Kommission deshalb, weil das künftige gemeinsame Unternehmen ATR/de Havilland selbständig, auf Dauer angelegt und im Spezialmarkt seines Wirkens (Regionalflugzeuge) nicht mit den Muttergesellschaften in Wettbewerb treten würde.

Der die Unvereinbarkeit tragende Grund war die Erhöhung der Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens im Bereich der Regionalflugzeuge und damit der Ausbau einer wettbewerbsbehindernden marktbeherrschenden Stellung: weltweit werde der Marktanteil in den Klassen von 20 bis 70 Sitzen von 30 auf ca 50% steigen, I:G-weit auf 65%. Angesichts der hohen Investitionskosten und der langen Entwicklungszeiten sei die Marktbeherrschung auch nicht nur vorübergehender Natur.

Die de Havilland-Entscheidung könnte zu der Annahme verleiten, daß oberhalb einer bestimmten Schwelle des erstrebten Marktanteils immer ein Untersagungsgrund anzunehmen ist³⁰). Aus der Gesamtscheidungspraxis der Kommission ergibt sich jedoch, daß der erstrebte Marktanteil zwar ein höchst wichtiges, jedoch durchaus kein allein relevantes Kriterium ist, es vielmehr daneben auf ein Bündel anderer Faktoren ankommt³¹) (vgl Art 2 Ia und b FKVO).

Eine Illustration hierfür bietet der Fall *Nestlé/Perrier*³²). Hier stellte die Kommission gerade nicht auf die Anteile am Mineralwassermarkt, sondern auf die vorhandenen, nicht genutzten Mineralwasserreserven ab und genehmigte die Fusion unter der Auflage, daß eine Anzahl bisher nicht genutzter Quellen zu veräußern sei.

Als Beispiel für die Verweisungsproblematik des Art 9 FKVO soll der Fall *Alcatel/AEG-Kabel*³³) dienen. Hier ging es um die Absicht der französischen Alcatel-Cable S. A., 96,8% der Anteile an der AEG-Kabel Mönchengladbach, einer Tochter der zum Daimler-Benz-Konzern gehörenden AEG, zu erwerben. Dies rief das deutsche Kartellamt auf den Plan, welches der Kommission mitteilte, daß die Gefahr der Begründung einer beherrschenden Stellung auf dem deutschen Sondermarkt für Fernmelde- und Starkstromkabel bestehe. Die Kommission hingegen hat die Verweisung nach Art 9 III UAbs 2 FKVO abgelehnt und eine Vereinbarkeitsentscheidung nach Art 6 Ib FKVO getroffen.

Zwar hätte die Bundesrepublik Deutschland gegen die Nichtverweisung gemäß Art 9 IX FKVO klagen können; sie hat dies aber unterlassen, wahrscheinlich vor allem deswegen, weil nach der Freigabeentscheidung der Kommission kein Raum mehr für eine Prüfung nach nationalem Kartellrecht blieb, und weil deshalb die Nichtverweisung und die Freigabe gleichzeitig hätten angegriffen werden müssen. Die Rechtsfehlerhaftigkeit der Freigabeentscheidung

wäre nicht nachzuweisen gewesen, weil die Kommission von einem gemeinschaftsweiten Markt für Fernmeldekabel ausging und einen deutschen Sondermarkt nur für Starkstromkabel annahm, dort allerdings keine Marktbeherrschung erkennen konnte³⁴). Für den Beurteilungsunterschied zwischen der europäischen und der nationalen Kartellbehörde war im wesentlichen die unterschiedliche Auffassung von der Marktrelevanz entscheidend.

Bisher konnten die Gemeinschaftsgerichte EuGH und EuGef³⁵) nicht zur Klärung der zahlreichen verbleibenden rechtlichen Zweifelsfragen beitragen, weil sich weder fusionswillige Unternehmen noch Mitgliedstaaten im Klagewege an sie gewandt haben.

Anhängig ist eine Klage des Betriebsrats und der Gewerkschaft *Confédération du Travail (CGT)* des Unternehmens *Perrier* im Fall *Nestlé/Perrier*. Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung, mit der der Aufschub des Vollzugs der Freigabeentscheidung unter Auflagen erstrebt wurde, ist vom EuGef abgelehnt worden³⁶). Einerseits hätte ein Aufschub die Ausübung der Kontrollrechte von Nestlé an Perrier unterbunden und das Wirksamwerden der mit der Vereinbarkeitsentscheidung verbundenen Auflagen (Verkauf von Quellen zwecks Abbau einer marktbeherrschenden Stellung) hinausgeschoben; andererseits könne der Vollzug des Zusammenschlusses keine schwerwiegenden und irreparablen Nachteile für das Personal (geplanter Abbau von 740 Stellen ohne Entlassungen) nach sich ziehen, weil nach der EG-Unternehmenstransfer-Richtlinie 77/187 bei einer Unternehmensveräußerung die Pflichten aus bestehenden Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber übergingen.

Zwei Vereinbarkeitsentscheidungen der Kommission betreffend Luftfahrtgesellschaften dürften demnächst für erste Urteile in Sachen Fusionskontrolle sorgen. Beide betreffen Erwerbsvorgänge durch *British Airways*, die von *Air France* mit der Konkurrentenklage angefochten wurden. Im einen Fall geht es um den Erwerb der Gesellschaft *Dan-Air*³⁷), wobei die Klage von *Air France* bereits beim EuGef eingereicht ist³⁸), im anderen Fall um den Kontrollenerwerb an *TAT E. A.*³⁹), einer kleinen, hauptsächlich im Inlandsflugbereich (mit einem Marktanteil von 3,8%) tätigen französischen Linie. Die Streitsachen werfen das interessante Problem der Klagebefugnis Dritter und ihres Umfangs im Bereich der Fusionskontrolle auf.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, vor allem zu Art 85, 86 EWGV, ist eine Klagebefugnis Dritter jedenfalls dann gegeben, wenn der Kläger Anhörungs-, Antrags- und

³⁴) Einzelheiten insbesondere auch zur Frage des rechtlichen Gehörs der deutschen Kartellbehörde, bei *Wagemann*, WuW 1992, 730.

³⁵) Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, zuständig im ersten Rechtszug ua für Klagen einzelner wegen „Anwendung der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsvorschriften“ (Art 3 c des Ratsbeschlusses vom 24. Oktober 1988, AB1 1989, Nr C 215, 1 iVm Art 173 II EWGV); Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, zuständig für Klagen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane im ersten und letzten Rechtszug nach Art 173 EWGV sowie als Rechtsmittelinstanz für Entscheidungen des Gerichts erster Instanz.

³⁶) Rs T-96/92 R, Beschluß vom 15. Dezember 1992, noch nicht veröffentlicht.

³⁷) Vereinbarkeitsentscheidung vom 30. Oktober 1992, noch nicht veröffentlicht.

³⁸) Rs T-3/93.

³⁹) Vereinbarkeitsentscheidung vom 27. November 1992, No IV/M 259, noch nicht veröffentlicht.

³⁰) So hat der EuGH zu Art 86 EWGV entschieden, daß ab 50% Marktanteil ohne weiteres von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen sei: *AKZO/Kommission*, EuZW 1992, 21.

³¹) Beispiele bei *Montag/Heinemann*, ZIP 1992, 1367, III, 2.

³²) Entscheidung vom 22. Juli 1992, ABIEG 1992, Nr L 356, 1.

³³) WuWE EV 1713 ff; WuW 1992, 227 ff.

Beschwerderechte aufgrund der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsvorschriften hatte und insoweit am Verfahren teilgenommen hat⁴⁰). Unter diesen Umständen dürfte eine Klagebefugnis von Wettbewerbern, die in einem Verfahren der Phase II (gemäß Art 8 II FKVO) angehört worden sind, nicht zu bestreiten sein. Fraglich ist dagegen, ob ein Wettbewerber auch dann klagebefugt ist, wenn die Kommission das Verfahren bereits in der Phase I (durch eine Entscheidung gemäß Art 6 Ia oder b FKVO) abgeschlossen hat. Insoweit ist nicht deutlich, ob der die Verfahrensbeteiligung regelnde Art 18 IV sich auf Verfahren der Phase I und II oder nur auf solche der Phase II erstreckt; eine Verweisung auf Art 6 I fehlt⁴¹).

Aus Gründen der Systematik und der erhöhten Transparenz im Bereich der Fusionskontrolle wäre es zu begrüßen, wenn die europäische Gerichtsbarkeit die Klageerhebung von Wettbewerbern in jeder Phase zuliebe. Dies würde zu einer für die Öffentlichkeit durchschaubaren Rechtsanwendung und zur Eindämmung des oft befürchteten politischen Einflusses führen...⁴²). Allerdings wäre dabei längerfristig eine Ungewißheit über das Schicksal von Zusammenschlüssen (zumindest während der 2-Monats-Frist für die Klageerhebung nach Art 173 II EWGV) in Kauf zu nehmen.

Bewertet man die bisherige Tätigkeit der Kommission auf dem Gebiet der Fusionskontrolle zusammenfassend, so fällt zunächst das für die Anmelder „günstige“ Verhältnis zwischen Vereinbarkeits- und Unvereinbarkeitsentscheidungen auf⁴³). Die eigentliche Bedeutung der europäischen Fusionskontrolle sollte aber nicht an der Anzahl der Unvereinbarkeitsentscheidungen gemessen werden, sondern an ihrer Präventivwirkung zur Erhaltung einer gesunden Marktstruktur: allein durch das Vorhandensein der Untersagungsgewalt über Zusammenschlüsse entsteht ein heilsamer Zwang für konzentrationswillige Unternehmen, sich kooperativ und nicht wettbewerbsbehindernd zu verhalten.

Weiter fällt auf, daß die Kommission bisher keine Entscheidung zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern (Art 14, 15 FKVO) getroffen hat. Dies mag damit zusammenhängen, daß die beteiligten Unternehmen sich großen Rechtsnachteilen aussetzen können, wenn sie sich nicht ordnungskonform verhalten. So ist insbesondere das zivilrechtliche Rechtsgeschäft zwecks Zusammenschlusses bzw. Kontrollerwerbs bis zur Unbedenklichkeits- bzw. Vereinbarkeitsentscheidung schwebend unwirksam (Art 7 V FKVO). Die zu gewärtigenden Nachteile dürften einen heilsamen Druck zu ordnungskonformem Verhalten ausüben, dies umso mehr, als angesichts der in Frage stehenden wirtschaftlichen Größenordnungen die Risiken von Zuwiderhandlungen existentiell sein können.

Bisher ist übrigens auch kein Fall bekannt geworden, in dem die Kommission aufgrund von Marktstrukturstudien oder der Auswertung von Wirtschaftsdaten von sich aus zusammenschlußwillige Unternehmen zu einer Anmeldung bewegen mußte. Die Unwahrscheinlichkeit, daß Operationen vom Ausmaß der für die Anwendung der FKVO vorausgesetzten auf Dauer unbemerkt bleiben, und das wache

Auge der Konkurrenten scheinen eine hinreichende Garantie für die Vollzugeffizienz zu bieten.

III. Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zu Art 85, 86 EWGV

Nach Art 22 I, 7. Erwägungsgrund der FKVO gilt für Zusammenschlüsse im Sinne des Art 3 – unabhängig davon, ob sie gemeinschaftsweite Bedeutung iSd Art 1 haben – allein diese Verordnung. Damit ist eine Anwendung der Art 85, 86 EWGV allerdings nicht ausgeschlossen, da eine Verordnung als sekundäres Gemeinschaftsrecht die Geltung von Art 85, 86 EWGV als primäres Gemeinschaftsrecht nicht beschränken kann⁴⁴). Art 22 II schließt allerdings die Anwendung der Durchführungsverordnungen zu Art 85, 86 aus. In einer Gemeinsamen Erklärung haben Rat und Kommission jedoch festgestellt: „daß der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft keine spezifische Bestimmung über die vorherigen Kontrollen von Unternehmenszusammenschlüssen enthält“. Rat und Kommission seien daher der Auffassung, „daß diese neue Verordnung aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit einzig und allein für die Zusammenschlüsse iSv Art 3 gilt“⁴⁵).

Die Kommission hat im übrigen in einer Protokollerklärung bekanntgegeben, daß sie normalerweise nicht beachtliche, Art 85 und 86 EWGV auf Zusammenschlüsse iSv Art 3 FKVO anzuwenden. Keinesfalls will die Kommission gegen Zusammenschlüsse vorgehen, die unterhalb der Schwellen von 2 Mrd ECU weltweiter Gesamtumsatz, 100 Mio ECU gemeinschaftsweiter Umsatz oder der Umsatzverteilungsklausel des Art 1 II FKVO liegen⁴⁶).

Speziell für Gemeinschaftsunternehmen enthält Art 3 II FKVO eine Abgrenzung dahin, daß die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen mit Vollfunktion ausschließlich unter die Verordnung fällt, wenn sie keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen oder zwischen diesen und dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt. Findet eine solche Koordinierung statt, gilt die FKVO nicht; dann sollen Art 85 und 86 EWGV anwendbar sein⁴⁷).

Im Schrifttum wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, daß Zusammenschlüsse ungeachtet ihrer etwaigen gemeinschaftsweiten Bedeutung nie von dem Mißbrauchsverbot des Art 86 EWGV (der keine Freistellungsmöglichkeit enthält) ausgenommen sind. Dagegen soll im Hinblick auf die Ermächtigungsnormen der Art 88, 89 EWGV das Kartellverbot des Art 85 EWGV nur für Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung und nur nach einer Vorentscheidung der zuständigen nationalen Behörde (gemäß Art 88 EWGV) oder der Kommission (gemäß Art 89 EWGV) zum Zuge kommen; die Anwendbarkeit von Art 85 EWGV auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung soll an der insoweit fehlenden Vorentscheidungskompetenz der nationalen Stellen bzw. der Kommission scheitern⁴⁸).

⁴⁰) R^s *Metro-Kommission*, Slg 1977, 1875; *Fediol/Kommission*, Slg 1977, 2913; *Colatz-Kommission*, Slg 1986, 391.

⁴¹) Zum Meinungsstand vgl. *Heidenheim*, EuZW 1991, 590, III, 1.

⁴²) *Heidenheim*, aaO supra, IV.

⁴³) *Montag Heinemann*, ZIP 1992, 1367 ff, IV räumen ein, daß Kritiker einwenden könnten, angesichts dieses Fallergebnisses sei die europäische Fusionskontrolle ein Löwe ohne Zähne.

⁴⁴) So auch *Staudenmayer* in WuW 1992, 475.

⁴⁵) Erklärung für das Ratsprotokoll vom 19. Dezember 1989, veröffentlicht in WuW 1990, 240.

⁴⁶) Ebda, 243.

⁴⁷) *Vernv*, aaO FN 11, 63 f.

⁴⁸) *Staudenmayer*, aaO FN 44, B II 2 a, b; D.