

Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG

B. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER FKVO

C. ÜBERBLICK ÜBER DIE FKVO

D. DAS MATERIELLE RECHT

I. ANWENDUNGSBEREICH

1. Territoriale Bedeutung
2. Eingreifkriterien
 - a. Schwellenwerte
 - b. Mehrfachnotifizierungen
 - c. Marktbeherrschende Stellung
 - (1). sachliche Marktabgrenzung
 - (2). räumliche Marktabgrenzung
 - bb. Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

II. ZUSAMMENSCHLUß

1. Unternehmensbegriff der FKVO
2. Fusion
 - a. rechtlicher Fusionsbegriff
 - b. wirtschaftlicher Fusionsbegriff
3. Kontrollbegriff
 - a. Beteiligte
 - b. Objekt der Kontrolle
 - c. Erwerbsformen
4. Gemeinschaftsunternehmen
 - a. Regelung vor dem 01.03.1998
 - b. Regelung nach dem 01.03.1998
 - c. Stellungnahme
5. Ausnahmen

E. DAS FORMELLE RECHT

I. PRÜFUNGSVERFAHREN DURCH DIE KOMMISSION

1. Vorherige Anmeldepflicht
 - a. Form und Objekt
 - b. Anmeldepflichtige

- c. Veröffentlichung
2. Vorprüfungsverfahren
3. Hauptverfahren
 - a. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt
 - b. Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt
 - c. Fristen
 - d. Geldbußen, Zwangsgelder
 - e. Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO

II. VERHÄLTNIS DER EUROPÄISCHEN ZUR NATIONALEN FUSIONSKONTROLLE

1. Schutzmaßnahmen der Mitgliedsstaaten gemäß Art. 21 III FKVO
2. Verweisungsmöglichkeit des Art. 9 FKVO

III. RECHTE PRIVATER DRITTER

1. Anhörungsrechte
2. Rechtsmittel
 - a. Nichtigkeitsklage gemäß Art. 173 IV EGV
 - aa. angreifbarer Akt
 - bb. Klagebefugnis
 - cc. Klagefrist
 - b. Untätigkeitsklage gemäß Art. 175 III EGV

Ausfertigung

A. EINLEITUNG

Am 18.04.1951 gründeten in Paris die BRD, Frankreich, Italien und die BENELUX - Staaten die Montanunion. Diese Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) trat 1952 in Kraft und hatte die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl zum Ziel. Dieselben 6 Staaten unterzeichneten 1957 die Römischen Verträge, die 1958 zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) führten. Der EWG-Vertrag definierte als Hauptziel, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die

schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik eine harmonische Entwicklung zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern. 1967 wurde die EWG zusammen mit der EGKS und der Euratom integrierter Bestandteil der Europäischen Gemeinschaft (EG). Nach Bildung einer Zollunion im Jahre 1968 und der Koordinierung der Außenpolitik im Rahmen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) wurde 1992 der Maastrichter Vertrag über die EU unterzeichnet. Zukünftige Zielsetzungen der EU sind u.a. die stufenweise Errichtung einer Wirtschafts - und Währungsunion, die Gründung einer Europäischen Zentralbank sowie die Verwirklichung einer politischen Union. Im gleichen Jahr vereinbarten die EG und die EFTA die Bildung eines Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR).

Dieser kurze chronologische Abriss der Geschichte der Europäischen Gemeinschaften zeigt, daß die Staaten in Europa zunehmend politisch wie auch wirtschaftlich miteinander verflochten sind. Diese enge Verbundenheit hat aber auch die Notwendigkeit einer supranationalen Koordination und Kooperation zur Folge. Ein Teil dieser gemeinschaftlichen Koordination ist die Schaffung einer Europäischen Fusionskontrolle als Instrument der Staatengemeinschaft zur Steuerung bestimmter Wirtschaftsabläufe und zur Wettbewerbssicherung, um künstliche Monopolstellungen zu verhindern.

Die vorliegende Arbeit soll einen Überblick über die Entwicklung, den Anwendungsbereich, das Verfahren sowie den heutigen Stand dieser Europäischen Fusionskontrolle verschaffen.

B. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER FKVO

Die Idee zu einer Europäischen Fusionskontrolle geht zurück auf den Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV). Schon der Spaak-Bericht¹ hatte seinerzeit eine Aufnahme allgemeiner Vorschriften in den EWGV gegenüber marktbeherrschenden Stellungen und mißbräuchliche Praktiken sowie eine Ermächtigungsgrundlage für Durchführungsverordnungen der Kommission empfohlen, welche u.a. die Errichtung einer Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen beinhalten sollte². Mit den Artt. 85 und 86 des EGV und auf der Grundlage

¹ Regierungsausschuß, eingesetzt von der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister, Brüssel, 21.04.1956, 60.

² Veelken in Veelken/Karl/Richter – Die Europäische Fusionskontrolle 1993; Aspekte der europäischen Fusionskontrolle S.1.

der Artt. 87 und 235 EGV wurden diese Vorschläge dann im Vertrag umgesetzt. Die Anwendung des Art. 85 EGV (*Verbot wettbewerbshindernder Vereinbarungen und Beschlüsse*) und des Art. 86 EGV (*Mißbrauch einer den Markt beherrschenden Stellung*) auf Unternehmenszusammenschlüsse durch die Europäische Kommission war aber lange Zeit sehr umstritten. Auch die Verordnung Nr. 17³ vermochte das Dilemma um die Zuständigkeit und die rechtliche Grundlage einer Fusionskontrolle durch die Europäische Kommission nicht zu lösen. Im Rahmen einer allgemeinen Problemlösung machte die Kommission ihrerseits einen ersten Vorschlag zur Europäischen Fusionskontrollverordnung⁴. Gestützt auf die Artt. 87 und 235 EGV und mit der Begründung der „Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt“ und der Gefährdung des in Art. 3 lit. f) EGV genannten Zieles, nämlich ein System zu schaffen, welches den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, legte sie einen vorläufigen Verordnungsentwurf vor. Sinn der Verordnung sollte die Feststellung der Möglichkeit der Anwendung von Art. 86 EGV auf Zusammenschlüsse von Unternehmen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung und die Schaffung „zusätzliche Befugnisse, die es erlauben, auch sonstige Zusammenschlüsse zu erfassen, die geeignet sind, den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt zu verfälschen“ sowie die „Einführung eines Systems der vorherigen Kontrolle“ sein. Die Verordnung Nr. 17 sollte von nun an keine Anwendung mehr auf Unternehmenszusammenschlüsse finden. Diesem Vorschlag vorausgegangen waren zum einen die Ergebnisse der Pariser Gipfelkonferenz vom 19. Bis 21.10.1972 (Punkt 7 der Schlußerklärung)⁵ sowie das Continental-Can-Urteil des EuGH vom 21.02.1973⁶. Dieses Urteil bezog sich auf eine Entscheidung der Kommission vom 09.12.1971 in der diese feststellte, daß Continental Can über ihre Mehrheitsbeteiligung an SLW⁷ eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eingenommen und dadurch mißbraucht habe, daß

³ Verordnung Nr. 17 des Rates v. 06.02.1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABI 1962, 204.

⁴ Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 1973 C 92.

⁵ Koch in Grabitz/Hilf – EWG Kommentar, nach Art. 86 Rn.2.

⁶ EuGH Slg. 1973, 215ff. – RS 6/72 „Continental Can“.

⁷ Schmalbach-Lubeca-Werke AG.

sie über ihre 100%ige Tochtergesellschaft Europemballage Corp. 80% der Aktien der TDV⁸ erworben und dadurch den Wettbewerb für bestimmte Erzeugnisse auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes praktisch ausgeschaltet habe. Diese Zuwiderhandlung sei von Continental Can abzustellen. Das Urteil des EuGH hob diese Entscheidung zugunsten der Klägerinnen Continental Can und Europemballage mit der Begründung auf, daß die Kommission den sachlich relevanten Markt nicht deutlich genug abgegrenzt habe. An der Zuständigkeit der Kommission sowie an der Anwendbarkeit des Art. 86 EGV ließen die Richter allerdings keinen Zweifel. Meinungsverschiedenheiten darüber gab es aber weiterhin. Das veranlaßte die Kommission dazu, 1981⁹ und 1984¹⁰ geänderte Vorschläge zu einer Europäischen Fusionskontrolle zu machen. Die Kontrolle sollte auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung begrenzt und die Mitgliedsstaaten stärker in den Prozeß mit eingebunden werden. Des weiteren sollte der Mindestumsatz der beteiligten Unternehmen von 200 auf 500 Mio. RE erhöht werden. Doch auch diese Vorschläge kamen nicht zum Tragen. Auch nach weiterer Änderung im Jahr 1986¹¹ fanden diese Vorschläge keine Zustimmung. Einen Wendepunkt der Beratungen brachte schließlich das Phillip-Morris-Urteil des EuGH¹² vom 17.11.1987. Ging man bisher überwiegend davon aus, daß Art. 85 I EGV aus einer Reihe von praktischen und rechtlichen Gründen auf Gründung und Übertragung von Unternehmen bzw. Erwerb und Veräußerungen von Unternehmensbeteiligungen¹³ nicht anwendbar sei¹⁴, bejaht der EuGH nun seine Anwendbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen. Nach Ansicht der Kläger R.J. Reynolds und B.A.T. war die Entscheidung der Kommission falsch, den Anteilserwerb an Rothmans durch den Phillip Morris Konzern zu gestatten, da sie diesen Transfer nach Art. 85 und 86 EGV hätte verbieten müssen¹⁵. Durch diese neue Einschätzung des Gerichts von Art. 85 EGV und im Hinblick auf die Verpflichtung der Gemeinschaft zur Verwirklichung

⁸ Thomassen & Drijver-Verblifa N.V.

⁹ ABI 1982 C 36 / 3.

¹⁰ ABI 1984 C 51 / 2.

¹¹ ABI 1986 C 324 / 5.

¹² EuGH Slg. 1987 S. 4487ff.

¹³ Immenga/Fuchs in NJW 1988 – Art 85 EWGV als Grenze für Unternehmensbeteiligungen?, S. 3052ff.

¹⁴ etwa Gleiss/Hirsch - Kommentar zum EG-Kartellrecht, Art 85 Rn. 220, 225; Kleinmann-Bechthold - EWG-Recht Art. 85 Rn. 3.

¹⁵ Schödermeier in WuW 1988 – Auf dem Weg zur europäischen Fusionskontrolle, S. 185ff.

eines einheitlichen Binnenmarktes bis Ende 1992¹⁶, wurde es als dringlich angesehen, nun endlich zu einem Ergebnis bezüglich einer verbindlichen Verordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zu kommen. 1988 wurden dann seitens der Kommission weitere zwei ergänzende Vorschläge dazu vorgelegt. Diese waren eine grundlegende Neufassung¹⁷ der bisher gemachten Entwürfe sowie ein Verordnungsentwurf¹⁸, welcher letztendlich am 21.12.1989 in der Verordnung Nr. 4064/89¹⁹ des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen seinen vorläufigen Schluß fand. Diese Verordnung war dann letztlich ein politischer Kompromiß der Mitgliedstaaten und war noch immer nicht frei von Punkten, die immer noch strittig waren. Folge war z.B. die Revisionsklausel des Art. 1 III FKVO, die besagte, daß man sich 4 Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung noch einmal ausführlich mit dieser und insbesondere der Schwellenwerte beschäftigen wollte. Diese Frist aber verstrich, ohne daß wesentliche Änderungen an der VO unternommen wurden. Die Kommission hielt dies noch nicht für notwendig und vertagte diesbezügliche Entscheidungen auf 1996. 1998 wurde dann eine Revision der VO vorgenommen, die, wie aus den weiteren Ausführungen zu den einzelnen Punkten ersichtlich, in Bezug auf ihren Anwendungsbereich recht grundlegend war.

C. ÜBERBLICK ÜBER DIE FKVO

Die Fusionskontrollverordnung der Europäischen Gemeinschaften ist ein Instrument der Kommission, um einen wirksamen Wettbewerb auf dem Gebiet des Gemeinsamen Marktes zu wahren oder ihn wiederherzustellen. Daß Zusammenschlüsse in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, hängt von einer Reihe von Kriterien ab.

Zum einen müssen die Unternehmen umsatzstark sein, d.h. es gibt bestimmte Schwellenwerte gemessen am weltweiten und am gemeinschaftsweiten Umsatz der Unternehmen, die es zu „überbieten“ gilt. Zum anderen muß sich der Zusammenschluß natürlich auf dem Gebiet des Gemeinsamen Marktes abspielen, oder sich zumindest in hohem Maße auf

¹⁶ vgl. Erwägungsgrund 2 der VO Nr. 4064/89.

¹⁷ ABI 1988 C 130/4.

¹⁸ ABI 1989 C 22/14.

¹⁹ ABI L 295, S. 1ff. vom 30.12.1989, berichtigt in ABI L 257 vom 21.09.1990, S. 13.

diesen auswirken. Als wettbewerbspolitisches Kriterium muß der Zusammenschluß des weiteren eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken und den wirksamen Wettbewerb gefährden.

Erfüllen die Unternehmen, die sich zusammenschließen wollen, diese Kriterien nicht fallen sie zunächst nicht unter die FKVO, sondern verbleiben bei den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Staaten, die keine eigene Fusionskontrolle besitzen, können das Verfahren dennoch auf Antrag der Kommission überlassen.

Liegen diese Merkmale aber vor, so wird geprüft, ob es sich überhaupt um einen Zusammenschluß handelt. In Betracht kommen die Fusion, die Kontrolle über ein anderes Unternehmen und die gemeinsame Kontrolle über ein anderes Unternehmen. Der Unterschied liegt im wesentlichen in der rechtlichen Unabhängigkeit der Gründerunternehmen. Bei einer Fusion verschmelzen diese und gründen eine neue Gesellschaft. Bei einer Kontrolle üben die Gründerunternehmen eben nur wichtige Funktionen aus, bleiben aber weiterhin rechtlich unabhängig während sie das andere Unternehmen kontrollieren.

Eine große Rolle spielt in der FKVO natürlich auch das Verfahrensrecht. Dieses besagt u.a., wann ein Zusammenschluß angemeldet werden muß und von wem. Das Verfahren selber gliedert sich in eine Vorprüfung und in ein Hauptprüfungsverfahren.

Während der Vorprüfung wird überprüft, ob ein Zusammenschluß tatsächlich einen Wettbewerb durch eine marktbeherrschende Stellung gefährdet könnte. Wird dies bestätigt, so wird das Hauptprüfungsverfahren eröffnet. In diesem Abschnitt des Fusionskontrollverfahrens wird die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt genau überprüft. Dabei spielen wettbewerbspolitische sowie auch industriepolitische Kriterien eine Rolle. Da die VO einen weiten Anwendungsbereich hat, muß man natürlich möglichst viele Interessengruppen beachten.

Bestätigen sich anfängliche Bedenken nicht, wird dem Zusammenschlußvorhaben stattgegeben. Wird der Zusammenschluß untersagt, so haben die Unternehmen das Recht auf eine Nachprüfung durch den EuGH.

Die Mitgliedstaaten werden zum einen durch das Organ eines beratenden Ausschusses und zum anderen durch bestimmte Anhörungsrechte mit in das Verfahren einbezogen.

D. DAS MATERIELLE RECHT

I. ANWENDUNGSBEREICH

Der Anwendungsbereich der FKVO erstreckt sich gemäß Art. 1 I FKVO auf alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Im Folgenden soll darauf eingegangen werden, wie diese gemeinschaftsweite Bedeutung zu verstehen ist.

1. Territoriale Bedeutung

Zunächst war der räumliche Anwendungsbereich auf das Gebiet der EG²⁰ vorgesehen. Im Laufe der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH wurde aber auch immer mehr eine Tendenz zur extraterritorialen Anwendung der FKVO deutlich²¹. Die Kommission geht davon aus, daß das Europäische Kartellrecht auch auf Zusammenschlüsse Anwendung findet, die sich ausschließlich zwischen Unternehmen in Drittstaaten abspielen, soweit solche Vorgänge Auswirkungen auf die Wettbewerbsvorgänge auf dem Gemeinsamen Markt haben²². In einer neueren Entscheidung, der Fall Boeing/McDonnell Douglas²³, wurde eine ernstzunehmende Bedeutung der FKVO für Unternehmen in Drittstaaten erneut deutlich. Die Kommission stellte fest, daß der von dem Zusammenschluß betroffene Markt für kommerzielle Großraumflugzeuge zwar ein Weltmarkt, der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) aber ein Teil innerhalb dessen sei. Die Marktanteile der beiden Flugzeughersteller seien auf dem Gebiet des EWR sowie im weltweiten Markt ähnlich hoch – beide Hersteller hatten zusammen über 60% Marktanteile²⁴ - und somit sei die Bedeutung des Zusammenschlusses auch für den Europäischen Markt erheblich. Entgegen der Genehmigung des Zusammenschlusses durch die US-amerikanischen Kartellbehörden im Juli 1997 kündigte die Kommission

²⁰ Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal und Spanien

²¹ vgl. etwa die Entscheidung der Kommission zu Gencor / Lonrho in ABI 1996 L 11, S. 30.

²² Montag in NJW 1998 – Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 2088 (2094).

²³ Entscheidung vom 30.07.1997 in ABI 1997 L 336, S.16.

²⁴ Montag a.a.O. ; ABI 1997 L 336, S.20.

erhebliche Bedenken gegen diese Fusion an²⁵. Sie befürchtete, daß bei den gegebenen Marktverhältnissen eine Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung²⁶ der Unternehmen auf dem Europäischen Markt die Folge wäre und drohte trotz erfolgter Freigabe durch die nationalen US-Behörden mit der Untersagung dieses sogenannten Drittlandszusammenschlusses²⁷. Durch eine Reihe von Zugeständnissen gegenüber der Kommission konnten die beiden Unternehmen einer Untersagung letztlich entgegenwirken. Boeing verpflichtete sich unter anderem, den zivilen Bereich der McDonnell Douglas für die folgenden 10 Jahre separat von den eigenen Geschäften unter regelmäßiger Berichterstattung an die Kommission zu führen. Außerdem durfte Boeing für die nächsten 10 Jahre keine Exklusivverträge²⁸ mit Fluglinien eingehen. Rechte aus bereits bestehenden Exklusivverträgen²⁹ durften nicht mehr in Anspruch werden. Boeing ist somit in seiner wirtschaftlichen Freiheit für die nächsten Jahre erheblich eingeschränkt.

Die extraterritoriale Bedeutung der FKVO ist somit evident. Zwar untersagte die Kommission den Zusammenschluß schließlich nicht; unter Berücksichtigung des Abkommens zwischen der EG und der Regierung der USA über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln³⁰ konnte sie aber durch die Androhung der Untersagung erhebliche Zugeständnisse der beteiligten Unternehmen erzwingen.

2. Eingreifkriterien

a. Schwellenwerte

In Art. 1 II FKVO ist für das Eingreifen der FKVO zunächst das Erreichen der Schwellenwerte durch die beteiligten Unternehmen vorgesehen. Diese quantitativen Aufgreifkriterien orientieren sich ausschließlich am Umsatz und nicht an den Marktanteilen der Unternehmen³¹. Entsprechend ist die Grenze des weltweiten Umsatzes aller beteiligten Unternehmen auf 5 Milliarden ECU und die Grenze des gemeinschaftsweiten Umsatzes von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen auf 250 Millionen ECU

²⁵ ABI 1997 L 336, S.36, Rn.113.

²⁶ ABI 1997 L 336, S.24.

²⁷ ebenda.

²⁸ Montag a.a.O. ;ABI 1997 L 336, S.37, Nr.116.

²⁹ Boeing hatte bereits Exklusivverträge mit diversen amerikanischen Fluggesellschaften bis ins Jahr 2016 geschlossen, die u.a. Preisrabatte und schnellere Lieferzeiten zum Inhalt hatten; vgl. ABI 1997 L 336, S.23.

³⁰ ABI L 1995 vom 27.04.1995, S. 47; veröffentlicht in WuW 1995, S.613ff.

festgesetzt. Die Abgrenzung zu Zusammenschlüssen mit überwiegend nationalem Charakter, die insofern unter die nationale Fusionskontrolle fallen würden, erfolgt über die sogenannte 2/3 Klausel in Art. 1 II FKVO letzter Halbsatz. Demnach dürfen die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils nicht mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedsland erzielen.

Diese Regelung war lange Zeit umstritten. Daß Schwellenwerte überhaupt nötig sind, war allgemein anerkannt. Nur die Höhe dieser Werte war ein Brennpunkt. Die aktuellen Umsatzschwellen sind Ergebnis eines politischen Kompromisses³². Zunächst wollte die Kommission wesentlich niedrigere Schwellenwerte in die Verordnung implementieren. Gegner einer Europäischen Fusionskontrolle trieben die Werte nach oben, da sie einen Einschnitt in ihre innerstaatlichen Kompetenzen befürchteten. Mitgliedstaaten, die keine nationale Fusionskontrolle besaßen, wollten natürlich geringere Schwellenwerte, damit sie von der Europäischen Kommission entlastet werden. Folge dieser Unstimmigkeiten war die in Art. 1 III FKVO vom 21.09.1990 eingeführte Revisionsklausel. Diese hatte zum Inhalt, daß die Umsatzschwellen nach vier Jahren überprüft und mit qualifizierter Mehrheit entsprechend den gesammelten Erfahrungen geändert und angepaßt werden sollten³³. Die Kommission hatte hierzu in einem nicht im Amtsblatt veröffentlichten Protokoll³⁴ eine Absenkung der Schwellenwerte für den weltweiten Umsatz nach Ablauf der 4 Jahre auf 2 Milliarden ECU in Erwägung gezogen. Die „de minimis“ Regel in Art. 1 II lit. b) FKVO sollte ebenfalls überprüft werden. Am 28.07.1993 legte die Kommission jedoch ein Dokument vor³⁵, in welchem sie dem Rat der Europäischen Gemeinschaften eine vorläufige Beibehaltung der bisherigen Schwellenwerte vorschlug. Grund hierfür war u.a. eine weiterhin bestehende Diskrepanz zwischen den Mitgliedstaaten. Durch eine eigenmächtige Herabsetzung der Schwellenwerte hätte die Kommission das Bestehen der Europäischen Fusionskontrolle als gemeinschaftliches Institut womöglich gefährdet, da sich die größeren Mitgliedstaaten wohl

³¹ Immenga in Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt D Art. 1 Rn. 1.

³² Bechtold in Festschrift für Gaedertz, S. 48.

³³ Bechtold a.a.O.; Immenga in Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt D Art. 1 Rn. 20.

³⁴ WuW 1990, S.240f.

³⁵ Bericht der Kommission an den Rat über die Anwendung der Verordnung über Unternehmenszusammenschlüsse vom 28.07.1993, KOM (93) 385

provoziert gefühlt und sich zurückgezogen hätten³⁶. Das führte dazu, daß lediglich die Drei-Viertel-Regel durch die neue Zwei-Drittel-Regel ersetzt wurde³⁷. Damit sollte der Abgrenzung gegenüber Zusammenschlüssen mit überwiegend nationalem Charakter zunächst genüge getan werden³⁸. 1996 wollte man die Frage jedoch erneut aufgreifen. Im Grünbuch der Kommission über die Überprüfung der Fusionskontrolle vom 31.01.1996³⁹ veröffentlichte sie Ergebnisse einer intensiven Studie über die bisherigen Erfahrungen seitens der Regierungen der Mitgliedstaaten, der Industrieverbände und der Unternehmen selber. Daraufhin wurde am 12.09.1996 ein weiteres Kommissionsdokument veröffentlicht⁴⁰, in welchem u.a. die Herabsetzung der Schwellenwerte von 5 auf 3 Mrd. ECU (weltweiter Gesamtumsatz) und von 250 auf 150 Mio. ECU (gemeinschaftsweiter Umsatz von mind. 2 beteiligten Unternehmen) vorgeschlagen wird. Obwohl dieses Dokument bei der Revision der FKVO am 01.03.1998 weitgehend berücksichtigt wurde, kam es zu einer Senkung der Schwellenwerte indes nicht. Art. 1 I,II FKVO blieben inhaltlich unverändert⁴¹. Man fügte auch keine weitere Revisionsklausel in den Artikel ein, berücksichtigte aber in Art. 1 IV FKVO, daß die Schwellenwerte weiterhin beobachtet werden sollen. Die Kommission ist angehalten, vor dem 01.07.2000 hierüber Bericht zu erstatten. Eine eventuelle zukünftige Änderung der Schwellenwerte wäre dann nur noch mit einem einstimmigen Beschluß möglich⁴².

b. Mehrfachnotifizierungen

In dem Dokument der Kommission vom 12.09.1996 gab es weiterhin einen Vorschlag zur Regelung der Zuständigkeit bei den sogenannten Mehrfachnotifizierungen.

Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht die Umsatzkriterien des Art. 1 II FKVO erfüllen, fallen nicht unter die FKVO sondern unter die Fusionskontrollvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten. Eine nicht zu verachtende Anzahl von Zusammenschlüssen muß dabei bei mehreren

³⁶ vgl. den Bericht in EuZW 1993, S.524.

³⁷ Immenga in Immenga/Mestmäcker – Kommentar zum EG Wettbewerbsrecht, VII Abschnitt A IV Nr. 1.; Sondergutachten der Monopolkommission XVII, Tz.69.

³⁸ Immenga in Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt D Art. 1 Rn. 9.

³⁹ KOM (96) 19 endg.

⁴⁰ KOM (96) 313 endg.

⁴¹ Immenga in Immenga/Mestmäcker – Ergänzungsband, Art. 1 Rn.1.

⁴² Immenga a.a.O.

nationalen Kontrollbehörden angemeldet werden⁴³. Dies birgt jedoch einige Nachteile in sich. Zum einen wird den Unternehmen mehrfache Belastung hinsichtlich der Kosten und dem Arbeitsaufwand angemaßt; zum anderen ist die Gefahr groß, daß die Zusammenschlüsse in den einzelnen Staaten unterschiedlich bewertet werden⁴⁴. Eine einheitliche supranationale Kontrolle durch die Kommission scheint sinnvoll.

So realisierte die Kommission den neuen Art. 1 III FKVO in der vom Rat verabschiedeten Änderungsverordnung Nr. 1310/97. Diese Schwellenwerte ergänzen die Schwellenwerte des Art. 1 II FKVO⁴⁵. Demnach haben Zusammenschlüsse auch gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen 2,5 Mrd. ECU und der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. ECU übersteigt. Dabei muß der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen mehr als 100 Mio. ECU betragen. In mindestens drei dieser Mitgliedstaaten muß jedes von mindestens zwei Unternehmen einen Gesamtumsatz von über 25 Mio. ECU erzielen. Auch für diese Fälle der Mehrfachanmeldung gilt die Regel, daß sie dann nicht unter die FKVO fallen, wenn alle beteiligten Unternehmen mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedsland erwirtschaften.

Diese Lösung ist sozusagen ein Kompromiß zwischen der Beibehaltung und der generellen Absenkung der Umsatzschwellenwerte in Art. 1 II FKVO. Ob sie jedoch den gewollten Zweck erfüllt, wird sich erst in der Umsetzung zeigen. Während die Kommission von 8 zusätzlichen Anmeldungen pro Jahr ausgeht, rechnet die britische Delegation mit mindestens 26, möglicherweise mit bis zu 63 Mehranmeldungen im Jahr⁴⁶. Aufgrund dieser unsicheren Prognosen wurde in Art. 1 V FKVO eine neue Revisionsklausel eingefügt, welche in Verbindung mit Art. 1 IV FKVO der Kommission eine Berichterstattung innerhalb der folgenden drei Jahre⁴⁷ auferlegt und dem Rat dann eine Möglichkeit gibt, mit Hilfe einer qualifizierten Mehrheit die

⁴³ Hirsbrunner in EuZW 1998 – Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung, S.69(71).

⁴⁴ vgl. Hirsbrunner a.a.O.

⁴⁵ vgl. Niewiarra in EWS 1998 – Die novellierte Europäische Fusionskontrollverordnung, S. 113 (114).

⁴⁶ Baron a.a.O., S. 584f.

⁴⁷ bis zum 01.07.2000.

genannten Schwellenwerte den bis dahin gemachten Erfahrungen anzupassen.

c. Marktbeherrschende Stellung

Die Frage der Marktbeherrschung ist ein zentraler Aspekt der Europäischen Fusionskontrolle⁴⁸. Nach Art. 2 III FKVO ist jeder Zusammenschluß für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, der eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, sofern durch den Zusammenschluß der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird. Der Begriff der Marktbeherrschung ist in der FKVO nicht definiert. Es kann aber auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 86 EGV zurückgegriffen werden⁴⁹.

Demnach ist eine marktbeherrschende Stellung gegeben, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten⁵⁰. Nach der Auffassung des EuGH geben Merkmale wie wirtschaftliche Macht und Finanzkraft sowie Zugang zu den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten Indizien für eine marktbeherrschende Stellung⁵¹. Das wichtigste Indiz ist aber nach allgemeiner Auffassung der Marktanteil des Unternehmens⁵². Ein 100% Marktanteil ist wohl notwendig der Beweis für eine Marktbeherrschung⁵³. Marktanteile von über 60 % können auf eine beherrschende Stellung schließen lassen⁵⁴. Im 15. Erwägungsgrund der FKVO hat die Kommission diesen Aspekt aufgegriffen und eine Vereinbarkeitsvermutung aufgestellt, die besagt, daß ein Marktanteil von unter 25 % mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist und somit keine marktbeherrschende Stellung darstellt. Das heißt allerdings nicht, daß Marktanteile unter 25% nie eine marktbeherrschende Stellung begründen können.

⁴⁸ vgl. Veelken a.a.O., S.9; Niemeyer a.a.O. B III Nr. 2. Lit. a); Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann – Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 86 Rn. 6.

⁴⁹ Immenga in Immenga/Mestmäcker, Art. 2 Rn. 14; Niemeyer in Die Europäische Fusionskontrollverordnung.

⁵⁰ EuGH Urteil Hoffmann - La Roche vom 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 (520).

⁵¹ Niemeyer a.a.O.

⁵² Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Art. 86 Rn. 14; EuGH Urteil Hoffmann - La Roche a.a.O.

⁵³ EuGH Urteil General Motors Continental, Slg. 1975, S. 1367, (1378f.).

aa. Marktabgrenzung

Um den Marktanteil eines Unternehmens zu ermitteln, wird der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

(1). sachliche Marktabgrenzung

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung das sogenannte Bedarfsmarktkonzept entwickelt. Danach muß man aus der Sicht der Gegenseite, d.h. die Abnehmer der Waren und Dienstleistungen, prüfen, ob diese Leistungen in den relevanten Markt gehören⁵⁵. Weitere Merkmale finden sich im Formblatt CO. Danach umfaßt der sachlich relevante Produktmarkt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden⁵⁶.

(2). räumliche Marktabgrenzung

Im wesentlichen beschränkt sich die räumliche Einteilung auf das Hauptabsatzgebiet der fraglichen Produkte oder Dienstleistungen, in welchem der Anbieter mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht⁵⁷. Primär gilt natürlich das gesamte Gebiet der Gemeinschaft als relevanter Markt. Allerdings kann eine marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ebenfalls ausreichend sein. In Betracht kommen Gebiete einzelner großer oder mehrerer kleiner Mitgliedstaaten. Aber auch größere Regionen von Mitgliedstaaten wie z.B. Süddeutschland⁵⁸ können die räumlichen Marktkriterien erfüllen. Dies ist dann der Fall, wenn sich der fragliche Markt in seinen Wettbewerbsbedingungen von den Nachbarmärkten unterscheidet⁵⁹.

bb. Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

Die Begründung einer den Markt beherrschenden Stellung alleine, ist nicht ausreichend, um einen Zusammenschluß zu untersagen. Vielmehr muß durch diese Begründung oder Verstärkung der Wettbewerb erheblich behindert werden. Die Kommission muß bei ihrer Entscheidung hauptsächlich die wettbewerbspolitischen Kriterien des Art. 2 I FKVO

⁵⁴ EuGH Urteil Hoffmann - La Roche a.a.O.

⁵⁵ vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker, Art. 2 Rn. 34.

⁵⁶ Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates, Abschnitt 6. Nr. 1, Immenga/Mestmäcker Ergänzungsband, FKVO Anhang 1.

⁵⁷ Niemeyer a.a.O.

⁵⁸ EuGH Slg. 1975, S. 1663 (2012f.).

⁵⁹ Niemeyer a.a.O.

beachten. Demnach muß sie die jeweiligen Marktstrukturen, die Marktstellung, die wirtschaftliche und finanzielle Macht, den Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage, die Entwicklung auf dem technischen wie wirtschaftlichen Sektor und nicht zuletzt auch die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher überprüfen⁶⁰. Neben diesen Kriterien muß sie ebenfalls industriepolitische Aspekte berücksichtigen. Im 13. Erwägungsgrund der FKVO hat die Kommission bestätigt, sich an den Zielen der Artt. 2 und 130 a) des EG-Vertrages zu orientieren. Ziel in diesen Artikeln sind u.a. die beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung sowie der Ausgleich der regionalen Ungleichgewichte⁶¹. Unternehmen aus Gebieten mit einem hohen Entwicklungsrückstand können somit ausnahmsweise von einer Untersagung des Zusammenschlusses verschont bleiben, wenn die Vorteile eines Zusammenschlusses die Nachteile wesentlich überwiegen.

II. ZUSAMMENSCHLUß

Der in Art. 3 I FKVO festgelegte Begriff des Zusammenschlusses ist Grundlage für die Anwendbarkeit der FKVO. Bereits im 23. Erwägungsgrund der Verordnung 4064/89⁶² wurde der Zusammenschlußbegriff erwähnt. Die Kommission selber veröffentlichte am 31.12.1994 zusätzlich eine Bekanntmachung, welche Auslegungsgrundsätze für den Zusammenschlußbegriff enthält⁶³. Danach ist er so zu definieren, daß er nur Handlungen erfaßt, die zu einer dauerhaften Veränderung der Struktur der beteiligten Unternehmen führen. Die gewählte Gesellschaftsform der Unternehmen spielt dabei keine Rolle⁶⁴. Zum einen wird der Entwicklung der unterschiedlichen Gestaltungsformen in der Privatautonomie Rechnung getragen, zum anderen muß das Gemeinschaftsrecht eine Generalklausel verwenden, um die verschiedenen Möglichkeiten der rechtlichen Verbindung von Unternehmen in den

⁶⁰ vgl. Art. 2 I litt. a, b) FKVO.

⁶¹ vgl. Stabenow in Grabitz/Hilf, Art. 130 a), Rn. 2ff.

⁶² ABl 1989 L 395, S.1ff; Handbuch des Europäischen Rechts I A 50/1.3, S.3.

⁶³ Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl. 1994 C 385/5, aktualisiert in ABl. 1998 C 66/02.

⁶⁴ Karl in Der Zusammenschlußbegriff der Europäischen Fusionskontrollverordnung, S. 72.

Mitgliedstaaten zu berücksichtigen⁶⁵. Es kommt lediglich darauf an, daß durch die Veränderungen der Beziehungen zwischen ihnen die Möglichkeit besteht, einen bestimmenden Einfluß auszuüben⁶⁶. Dies kann durch eine Fusion [Art.3 I lit. a)] oder durch einen Kontrollerwerb geschehen [Art.3 I lit. b)]. Die Möglichkeit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wird in Absatz 2 berücksichtigt.

1. Unternehmensbegriff der FKVO

Notwendig ist zunächst die Definition des Unternehmens, denn nur diese können Beteiligte eines Zusammenschlusses sein⁶⁷.

Da der Begriff des Unternehmens in der Verordnung nicht definiert ist, muß auf die Entscheidungspraxis und Rechtsprechung des EG-Kartellrechts zurückgegriffen werden. Dabei kann man von der weiten Auslegung des Unternehmensbegriffs ausgehen, wie er für die Artt. 85 und 86 entwickelt und anerkannt ist⁶⁸.

In einer ersten Bekanntmachung der Kommission⁶⁹ umschreibt sie das Unternehmen als „eine organisatorische Zusammenfassung von personellen und sachlichen Mitteln, mit denen auf Dauer ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird“. Der EuGH sieht im Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art der Finanzierung⁷⁰. Eine wirtschaftliche Unabhängigkeit⁷¹ ist für die Qualifikation als Unternehmen indessen ebensowenig notwendig wie eine Gewinnerzielungsabsicht⁷². Man spricht von einem funktionalen Unternehmensbegriff⁷³, da es auf die Beurteilung der Tätigkeit ankommt, die sich im wesentlichen auf das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung gegen Entgelt stützt.

Nach allgemeiner Ansicht können Unternehmen aus natürlichen wie juristischen Personen bestehen sowie Körperschaften oder Gesellschaften

⁶⁵ Immenga in Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt D Art. 3 Rn. 3.

⁶⁶ Immenga a.a.O.; Karl a.a.O.

⁶⁷ Immenga a.a.O., Rn. 6.

⁶⁸ Löffler in Langen/Bunte – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, Art. 3 Rn.3; Gleiss-Hirsch, Art. 85 Rn. 6.

⁶⁹ Bekanntmachung der Kommission über Konzentrations- und Kooperationstatbestände nach der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABI 1990 C 20/10, Rn.8.

⁷⁰ EuGH „Eurocontrol“ vom 19.01.1994 in EuZW 1994, S. 248 Rn.18.

⁷¹ Immenga a.a.O., Rn.6.

⁷² Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, vor Artt. 85-89, Rn.11; EuGH FEDETAB Slg. 1980, S. 3125.

⁷³ Gleiss-Hirsch a.a.O., Rn.9.

sein⁷⁴. Zum einen geht das aus Art. 3 I lit. b) FKVO hervor, zum anderen bestätigt es die Entscheidungspraxis der Kommission⁷⁵. Demnach wurde Herr Jacobs in der Rolle des Kapitalgebers wegen seinen wirtschaftlichen Interessen in verschiedenen Lebensmittelsektoren als beteiligtes Unternehmen angesehen. Zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen soll hierbei grundsätzlich nicht unterschieden werden⁷⁶. Dies ist auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Art. 90 II EGV zurückzuführen⁷⁷.

2. Fusion

Die Fusion nach Art. 3 I lit. a) FKVO ist eine Zusammenschlußform auf der Ebene der Gleichordnung⁷⁸. Man unterscheidet zwischen der rechtlichen und der wirtschaftlichen Fusion.

a. rechtlicher Fusionsbegriff

Eine Fusion im Sinne von Art. 3 I lit. a) FKVO liegt dann vor, wenn zwei oder mehrere bisher voneinander unabhängige Unternehmen miteinander so „verschmelzen“, daß sie keine eigene Rechtspersönlichkeit mehr darstellen⁷⁹. Die Verschmelzung kann im Wege der Neugründung oder der Aufnahme geschehen⁸⁰.

Bei der Neugründung übertragen mehrere Unternehmen ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine neu zu gründende Gesellschaft⁸¹. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme werden alle Aktiva und Passiva auf ein anderes Unternehmen übertragen, wobei das eine Unternehmen in dem anderen aufgeht und als juristische Person untergeht, während das andere seine Rechtspersönlichkeit beibehält⁸².

Die fusionierenden Unternehmen dürfen vor ihrer Verschmelzung nicht voneinander abhängig sein. Gehören die betroffenen Unternehmen bereits zu einem Konzern oder sind in anderer Weise voneinander abhängig, so

⁷⁴ Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, a.a.O. Rn. 10.

⁷⁵ Bekanntmachung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl 1994 C 385/18, 52.8; Entscheidung der Kommission in Asko/Jacobs/Adia vom 16.05.1991.

⁷⁶ vgl. Erwägungsgrund Nr. 12 der VO 4064/89.

⁷⁷ vgl. auch Immenga in AG 1998 – Grundfragen des Diskriminierungsverbotes anhand neuer Entwicklungen, S. 547ff.

⁷⁸ Koch in Grabitz/Hilf, nach Art. 86, Rn.11; Immenga a.a.O. Rn.12.

⁷⁹ Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl 1994 C 385/5, Rn.6.

⁸⁰ vgl. Dritte Richtlinie des Rates vom 09.10.1978 gemäß Art. 54 III lit. g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABL 1978 L 295/36, Kapitel I.

⁸¹ Löffler in Langen/Bunte, Art. 3, Rn.4.

⁸² Bekanntmachung Zusammenschlußbegriff a.a.O. Rn.6.

können sie nicht mehr erneut miteinander fusionieren und somit den Tatbestand der Fusion nicht erfüllen.

b. wirtschaftlicher Fusionsbegriff

Die Kommission erläutert in ihrer Bekanntmachung über den Begriff des Zusammenschlusses⁸³ ihre Ansicht von der Möglichkeit, eine Fusion ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit einzugehen. Bisher unabhängige Unternehmen könnten vertraglich vereinbaren, sich einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung zu unterstellen, ohne ihre rechtliche Unabhängigkeit aufzugeben. Führt dieses Verhalten faktisch zu einer Verschmelzung der Unternehmen und zur Entstehung einer echten wirtschaftlichen Einheit, so ist der Tatbestand einer Fusion gegeben. Die echte wirtschaftliche Einheit ist als eine auf Dauer angelegte, einheitliche Leitung zu verstehen. Die Vereinheitlichung kann durch gemeinsame Verwaltungsorgane, eine vereinheitlichte Managementstruktur, eine Angleichung der wirtschaftlichen Interessen der Anteilseigner durch Angleichung der Dividenden und Kapitalausschüttungen oder ein vereinheitlichtes Abstimmungsverfahren für wesentliche Entscheidungen, die für alle beteiligten Unternehmen dieselben sind, bewirkt werden⁸⁴. Indizien dafür können ein interner Gewinn- und Verlustausgleich sowie die gesamtschuldnerische Haftung nach außen sein⁸⁵. Im deutschen Recht könnte etwa die Figur des Gleichordnungskonzerns diesen Anforderungen entsprechen⁸⁶.

3. Kontrollbegriff

Gemäß Art. 3 I lit. b) FKVO kann ein Zusammenschluß dadurch bewirkt werden, daß eine oder mehrere Personen bzw. Unternehmen die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über Teile oder die Gesamtheit anderer Unternehmen erlangen. Dabei muß die Kontrolle in andere Hände übergehen. Eine interne Umstrukturierung scheidet i.d.R. aus⁸⁷. Im Gegensatz zur Fusion wird die Kontrolle im Verhältnis der Über- und Unterordnung ausgeübt⁸⁸. Hauptmerkmal der Erwerb der Kontrolle ist, daß ein Beteiligter durch den die ihm gewährten Rechte durch Vertrag oder in

⁸³ Bekanntmachung Zusammenschlußbegriff a.a.O. Rn.7.

⁸⁴ vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker – Kommentar zum EG Wettbewerbsrecht, VII Abschnitt D Art. 3 Rn. 18; Entscheidung der Kommission RTZ/CRA vom 07.12.1995.

⁸⁵ Bekanntmachung Zusammenschlußbegriff a.a.O. Rn.7.

⁸⁶ Immenga/Mestmäcker Ergänzungsband, FKVO Anhang 3 II, Fn.5.

⁸⁷ Immenga/Mestmäcker Ergänzungsband, FKVO Anhang 3, Rn.8.

⁸⁸ Koch in Grabitz/Hilf a.a.O., nach Art. 86, Rn.11; Immenga a.a.O. Rn.12.

sonstiger Weise bestimmenden Einfluß auf die Tätigkeit des Zielunternehmens gewinnt⁸⁹. Dieser Einfluß muß weiter von einer gewissen Beständigkeit und Dauerhaftigkeit geprägt sein⁹⁰.

a. Beteiligte

Bei einem Kontrollerwerb durch Personen, muß die erwerbende Person bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, da der Zweck der FKVO schließlich nur die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ist⁹¹.

Die hauptsächlichen Adressaten der Kontrolle sind aber die Unternehmen. Aufgrund der weiten Gültigkeit der FKVO gilt auch hier der umfassende Unternehmensbegriff. Demnach kommen alle juristischen Personen und diesen ähnliche Gesellschaftsformen und Körperschaften in Betracht, die nach dem jeweiligen nationalen Recht ein Unternehmen bilden können. Auch Unternehmen der öffentlichen Hand gehören dazu, weil es für die Unternehmenseigenschaft weder auf die Person des Trägers noch auf die Eigentumsverhältnisse ankommt⁹².

b. Objekt der Kontrolle

Die FKVO sieht in Art. 3 I lit. b) FKVO den Kontrollerwerb über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen vor. Fraglich ist, was als Teil eines Unternehmens zu verstehen ist. Tochterunternehmen oder Betriebe, die Teil der wirtschaftlichen Einheit eines Unternehmens sind, sind auf jeden Fall mit eingeschlossen⁹³. Ob man unter einem Unternehmensteil auch Patente, Lizenzen, Grundstücke als Objekt des Kontrollerwerbs subsumieren kann, kommt auf den Einzelfall an. Im Grunde muß man alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände berücksichtigen, ob sie die Möglichkeit der Kontrolle gewähren⁹⁴. Wenn z.B. ein Unternehmen die Patent- oder Lizenzrechte eines anderen erwirbt, so kann dies sehr wohl auf das Marktverhalten des anderen Unternehmens einen bestimmenden Einfluß ausüben.

c. Erwerbsformen

Ob ein Vorgang zur Erlangung der Kontrolle führt, hängt von einer Reihe von Umständen ab. Der Erwerb von Anteilen ist wohl die

⁸⁹ Immenga a.a.O. Art. 3 Rn. 29.

⁹⁰ Immenga a.a.O. Art. 3 Rn. 31; vgl. Löffler a.a.O. Rn. 42f.

⁹¹ vgl. Stockenhuber in Die Europäische Fusionskontrolle, S. 95.

⁹² vgl. Art 90 EGV; Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann vor Artt. 85-89, Rn. 14.

⁹³ Stockenhuber a.a.O., S.98.

⁹⁴ vgl. Bechtold in RIW 1990, S. 253(255); Entscheidung Nr. 24/54 der Hohen Behörde, ABL 1954, S. 344f.

meistpraktizierteste Form der Zusammenschlüsse⁹⁵. Werte für eine Beteiligungsgröße oder Prozentanteile sind in der Verordnung nicht angegeben. Vielmehr entscheiden die faktischen Auswirkungen. Es muß demnach geprüft werden, inwieweit sich die Beteiligung auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit auswirkt. Langfristige Lieferungsverträge oder Lieferantenkredite in Verbindung mit strukturellen Verflechtungen können ebenfalls einen bestimmenden Einfluß gewähren⁹⁶. Bei Personengesellschaften ist stets der Gesellschaftsvertrag maßgebend; Bei Aktiengesellschaften die erworbenen Stimmrechte⁹⁷. Bei einer GmbH kann man bei einer Mehrheit der Stimmrechte gem. § 47 I GmbHG durch einen Gesellschafter von einer Kontrolle ausgehen.

4. Gemeinschaftsunternehmen

Das Gemeinschaftsunternehmen ist als Kooperationsform von Unternehmen dadurch charakterisiert, daß die an der Kooperation beteiligten Unternehmen als selbständige unternehmerische Einheit fortbestehen und zur Durchführung des Kooperationsvorhabens eine von den beteiligten Unternehmen unterscheidbare unternehmerische Einheit geschaffen wird⁹⁸. In der FKVO nehmen sie eine gesonderte Stellung ein.

a. Regelung vor dem 01.03.1998

Früher fielen nur die konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen in den Anwendungsbereich der FKVO. Die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen wurden nach den Kriterien des Art. 85 EGV⁹⁹ geprüft. Man mußte folglich zuerst zwischen beiden Formen von Gemeinschaftsunternehmen unterscheiden. Im Laufe der Jahre vor der Revision 1998 wurden unterschiedliche Modelle diskutiert, welche die bisherige Regelung ablösen sollten. Einige wollten eine Doppelkontrolle durch die FKVO und den Art. 85 EGV, andere wollten auf die Anwendung des EGV ganz verzichten und statt dessen nur auf die Marktbeherrschung des Art. 2 FKVO abstellen¹⁰⁰.

b. Regelung nach dem 01.03.1998

Die nun verabschiedete Verordnung legt einen Kompromiß zugrunde.

⁹⁵ Löffler in Langen/Bunte Art. 3, Rn. 25.

⁹⁶ Sache IV/M.697, Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation vom 27.03.1996.

⁹⁷ Löffler a.a.O.

⁹⁸ Karl a.a.O., S. 231.

⁹⁹ Baron in WuW 1997 a.a.O. S. 585f.

Nach Art. 3 II FKVO ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nur dann ein Zusammenschluß, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Das zweite Merkmal, daß keine Koordinierung bezüglich des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründern oder einem Gründer und dem Gemeinschaftsunternehmen bezweckt oder bewirkt werden darf¹⁰¹, fällt weg. Es muß sich lediglich um ein sogenanntes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen¹⁰² handeln. Die Prüfung, ob ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen als konzentrativ oder kooperativ anzusehen ist, entfällt¹⁰³. Die FKVO wird in ihrem Anwendungsbereich zumindest auf einen Teil der strukturverändernden, kooperativen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ausgedehnt¹⁰⁴.

Nach Art. 2 IV FKVO werden Gemeinschaftsunternehmen, die eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängiger Unternehmen bezwecken oder bewirken, nach Art. 85 I und III EGV beurteilt. Bei der Kontrolle nach Art. 85 EGV gibt die FKVO in Art. 2 IV FKVO zwei beispielhafte Kriterien zur Hand. Zum einen soll geschaut werden, ob neben dem Gemeinschaftsunternehmen die Gründerunternehmen auf demselben oder einem eng mit ihm verknüpften Markt tätig sind oder bleiben; zum will man überprüfen, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens die Möglichkeit des Ausschlusses von Wettbewerb auf dem Markt eröffnet.

Unabhängig davon werden Gemeinschaftsunternehmen natürlich nur nach der FKVO geprüft, wenn sie die Schwellenwerte des Art. 1 II FKVO überschreiten. Tun sie dies nicht, so richtet sich die Frage der zuständigen Kompetenz nach den Grundsätzen welche die Kommission in Bezug auf den Art. 85 EGV und die Verordnung Nr. 17 entwickelt hat¹⁰⁵. Die Kommission selber hat allerdings Zurückhaltung in der Frage der Kompetenz geübt und will für den Fall, daß Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen unter die Grenze der Umsatzschwellenwerte fallen, den nationalen Behörden Vorrang geben¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Baron a.a.O. S. 585.

¹⁰¹ Pohlmann in EWS 1997 – Die Vorschläge der Europäischen Kommission zu einer Änderung der Fusionskontrollverordnung, S.181 (183); Hirsbrunner a.a.O. S.72.

¹⁰² Hirsbrunner in EuZW 1998 a.a.O. S. 71.

¹⁰³ Immenga in Immenga/Mestmäcker Ergänzungsband – Art.2 Rn. 2.

¹⁰⁴ Hirsbrunner in EuZW 1998 a.a.O. S. 72.

¹⁰⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artt. 85 und 86 EGV, ABI 1997 C 313, S.3.

¹⁰⁶ Hirsbrunner in EuZW 1998 a.a.O.

Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die gerade nicht alle Merkmale einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen sowie Gemeinschaftsunternehmen, die nicht auf Dauer angelegt sind, werden nach wie vor nur nach Art. 85 EGV i.V.m. der Verordnung Nr. 17 geprüft¹⁰⁷ und fallen somit nicht unter die FKVO.

c. Stellungnahme

Abschließend kann gesagt werden, daß die Änderungen mit der Revision der FKVO die Regelung bezüglich der Gemeinschaftsunternehmen vereinfacht haben. Zum einen muß nicht mehr zwischen konzentrativ oder kooperativ unterschieden werden, zum anderen bekommen die Unternehmen mehr Rechtssicherheit und zügigere Verfahren. Die ursprüngliche Verfahrensprüfung über den Art. 85 EGV sah nämlich keine Fristen für das Prüfungsverfahren vor, welche die FKVO z.B. in Art. 10 FKVO beinhaltet.

5. Ausnahmen

Nach der sogenannten Bankenklausele in Art. 3 V lit. a) FKVO der alten Fassung der FKVO waren Anteilerwerbe zum Zwecke der weiteren Veräußerung durch Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungsgesellschaften vom Tatbestand des Zusammenschlusses ausgenommen¹⁰⁸. Die Veräußerung mußte innerhalb eines Jahres erfolgen.

Nach der Insolvenzklausele in Art. 3 V lit. b) FKVO a.F. wurden Träger eines öffentlichen Mandats, die Konkursverfahren, Vergleiche, Auflösung von Unternehmen vornehmen von der Zusammenschlußkontrolle nicht erfaßt¹⁰⁹.

Die Dritte Ausnahme erfaßt die sogenannten Beteiligungsgesellschaften im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 78/660 EWG¹¹⁰. Diese Gesellschaften dürfen die erworbenen Stimmrechte nicht zur Bestimmung des Wettbewerbsverhaltens des Unternehmens nutzen, an dem sie die Anteile erworben hat¹¹¹.

¹⁰⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 85 EGV, ABl 1993 C 43, S.2.

¹⁰⁸ Löffler in Langen/Bunte a.a.O. Rn. 57.

¹⁰⁹ ebenda.

¹¹⁰ ABL L 222/11 vom 14.08.1978.

¹¹¹ Niemeyer a.a.O. B I Nr.3 lit. f.

Diese Ausnahmeregelungen sind mit der Revision der FKVO gestrichen worden. Zum einen haben sie in der Praxis keine erwähnenswerte Bedeutung erlangt¹¹² und zum anderen sind diese Tatbestände m.E. schon durch die Merkmale des Zusammenschlusses und insbesondere durch das Merkmal der dauerhaften, strukturverändernden Einflusses abgedeckt. Eine explizite Regelung in der FKVO wäre überflüssig.

E. DAS FORMELLE RECHT

F. PRÜFUNGSVERFAHREN DURCH DIE KOMMISSION

1. Vorherige Anmeldepflicht

a. Form und Objekt

Fusionierende Unternehmen müssen ihr Zusammenschlußvorhaben, wenn es von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist, gemäß Art. 4 I FKVO innerhalb einer Woche nach Vertragsschluß, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebotes oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung jedoch vor Vollzug des Zusammenschlusses¹¹³ bei der Europäischen Kommission anmelden. Zu beachten sind die Erfordernisse des Formblattes CO¹¹⁴. Darin sind u.a. Begriffsbestimmungen, Erläuterungen zur Vertraulichkeit der Angaben, Angaben über Einzelheiten des Zusammenschlusses, über Eigentums- und Kontrollverhältnisse, Angaben zu den betroffenen Märkten bis hin zur Erklärung über die Vertretungsmacht des Unterzeichnenden für das jeweilige Unternehmen vorgeschrieben.

b. Anmeldepflichtige

Verpflichtet zur Anmeldung sind bei einer Fusion nach Art. 3 I lit. a) FKVO oder der Begründung der gemeinsamen Kontrolle nach Art. 3 I lit. b) FKVO alle am Zusammenschluß bzw. am Erwerb der Kontrolle beteiligten Unternehmen. Beim Erwerb einer der Kontrolle begründenden Beteiligung durch ein einzelnes Unternehmen ist die Anmeldung von dem Erwerber und bei einem öffentlichen Übernahmeangebot von dem Bieter vorzunehmen¹¹⁵.

c. Veröffentlichung

¹¹² vgl. Löffler in Langen/Bunte a.a.O. Rn.57.

¹¹³ Niemeyer a.a.O. B II Nr.1.

¹¹⁴ Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates a.a.O.

¹¹⁵ Vgl. Formblatt CO Punkt D.

Die Wochenfrist für die Anmeldung von öffentlichen Kauf- oder Tauschangeboten beginnt mit dem Datum deren Veröffentlichung. Nach der 13. Richtlinie des Rates über Übernahmeangebote¹¹⁶ muß der Bieter dieses z.B. in überregionalen Zeitungen und in bestimmten nationalen Amtsblättern bekannt geben¹¹⁷.

2. Vorprüfungsverfahren

Im ersten Schritt des Prüfungsverfahrens untersucht die Kommission, ob der angemeldete Fall tatsächlich in den Anwendungsbereich der Europäischen Fusionskontrollverordnung fällt [Art. 6 I lit. a)]. Ist dieses Erfordernis erfüllt, treten aber hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt keine ernsthaften Bedenken auf, so stellt die Kommission durch eine Entscheidung fest, keine Einwände zu erheben und den Zusammenschluß für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären [Art. 6 I lit. b)]. Erst wenn die Kommission ernsthafte Bedenken hat, leitet sie das eigentliche Fusionskontrollverfahren ein [Art. 6 I lit. c)].

Diese Entscheidungen nach Art. 6 I FKVO müssen von der Kommission innerhalb eines Monats ab dem Datum der Anmeldung des Zusammenschlusses getroffen werden [Art.10 I Unterabsatz 1]. Gemäß Art. 10 VerfVO¹¹⁸ ist es für die Wahrung der Frist ausreichend, wenn die Kommission vor Fristablauf die Entscheidung getroffen hat und die Bekanntgabe des vollen Wortlauts der Entscheidung unverzüglich folgt. Reicht die zuständige Behörde eines Mitgliedslandes eine Mitteilung gemäß Art. 9 II FKVO bei der Kommission ein, verlängert sich die Frist zur Entscheidung auf 6 Wochen [Art. 10 I Unterabsatz 2]. Versäumt die Kommission eine Entscheidung innerhalb dieser Frist zu treffen, so gilt die Vereinbarkeitsannahme des Art. 10 VI FKVO wonach der Zusammenschluß dann als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

3. Hauptverfahren

Im eigentlichen Fusionskontrollverfahren prüft die Kommission den Zusammenschluß auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt.

¹¹⁶ ABL 1989 C 64/8 vom 14.03.1989; Vorschlag zur EG-Richtlinie zu öffentlichen Übernahmeangeboten abgedruckt in ZIP 1989 S. 675ff. (Richtlinientext) und S. 606ff. (Allg. Begründung und Einleitung des Richtlinienvorschlages).

¹¹⁷ Vgl. Art. 11 I lit. a) des Richtlinienvorschlages.

Ist die Kommission der Ansicht, daß der angemeldete Zusammenschluß weder eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt noch eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbes auf dem Gemeinsamen Markt darstellt [Art. 2 III], so erklärt sie ihn durch eine Entscheidung nach Art. 8 II Unterabsatz 1 FKVO für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Um die Einhaltung der von den Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen sicherzustellen, kann sie die Vereinbarkeitsentscheidung gemäß Art. 8 II Unterabsatz 2 FKVO mit Bedingungen oder Auflagen versehen. Diese Auflagen müssen ihrerseits stets struktureller (Veräußerungen, Lizenzvergaben, Aufgabe von Kooperationen etc.¹¹⁹) Art sein und dürfen nicht nur Verhaltenszusagen entsprechen¹²⁰.

a. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

Handeln die beteiligten Unternehmen entgegen diese Auflagen oder beruht die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben oder ist sie arglistig herbeigeführt worden, so kann die Kommission gemäß Art. 8 II FKVO i.V.m. Art. 8 V FKVO die erteilte Entscheidung widerrufen. In solchen Fällen kann die Kommission dann eine Untersagungsentscheidung treffen, ohne an die Fristen des Art. 10 III FKVO gebunden zu sein.

b. Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

Stellt sie dagegen fest, daß der Zusammenschluß die Kriterien des Art. 2 III FKVO erfüllt, so trifft sie eine Untersagungsentscheidung gemäß Art. 8 III FKVO. Wurde der Zusammenschluß bereits vor der endgültigen Entscheidung getroffen, so kann die Kommission ebenfalls eine Untersagungsentscheidung oder eine gesonderte Entscheidung mit einer Entflechtungsanordnung gemäß Art. 8 IV FKVO erlassen, um den wirksamen Wettbewerb wieder herzustellen.

Die jeweils getroffenen Entscheidungen werden dann im Amtsblatt der EU Serie L unter Wahrung der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen veröffentlicht.

c. Fristen

¹¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABL L 61 vom 02.03.1998, S. 1.

¹¹⁹ Vgl. Entscheidung Boeing/Douglas, ABI 1997 L 336, S.16, vom 30.07.1997.

¹²⁰ Hirsbrunner in EuZW 1997 a.a.O., S. 754.

Auch für die Prüfung im Hauptverfahren muß sich die Kommission an Fristen halten. Entscheidungen, ob Zusammenschlüsse vereinbar oder unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind, müssen gemäß Art. 10 II, III FKVO spätestens innerhalb von 4 Monaten getroffen werden. Für die Fristberechnung gelten auch hier wieder die entsprechenden Vorschriften der VerfVO. Muß die Kommission gemäß Art. 11 V FKVO erst Auskünfte von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten einholen, so können diese Fristen ausnahmsweise gemäß Art. 10 IV FKVO für diese Zeit gehemmt werden. Läßt sie diese Fristen verstreichen, so gilt auch hier die Regel der Vereinbarkeitsvermutung des Art. 19 VI FKVO, so daß der Zusammenschluß als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

d. Geldbußen, Zwangsgelder

Gemäß der Artikel 14 und 15 kann die Kommission zur Durchsetzung der Entscheidungen Bußgelder bis zu 50 000 ECU oder Zwangsgelder bis zu 25 000 ECU erteilen, falls die betroffenen Unternehmen etwa den Auflagen und Bedingungen nicht nachkommen, eine Anmeldung gemäß Art. 4 FKVO nicht vollziehen oder Auskünfte im Rahmen der Fusionskontrolle unrichtig erteilen. Diese sind unter Umständen für jeden Tag des Verzugs zu entrichten.

e. Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO

Die Unternehmen dürfen bis zu einer positiven Entscheidung der Kommission den Zusammenschluß nicht vollziehen [Art. 7 I]. Eine Befreiung von der Pflicht zur Aussetzung ist allerdings gemäß Art. 7 IV FKVO möglich. Im Gegensatz zur früheren Regelung müssen die Unternehmen nicht mehr nachweisen, daß sie durch die Aussetzung großen Schaden erleiden würden. Die Prüfung des Antrags durch die Kommission sieht nur noch die Auswirkungen des Aufschubs für die beteiligten Unternehmen sowie die mögliche Gefährdung des Wettbewerbes durch den Zusammenschluß vor.

II. VERHÄLTNIS DER EUROPÄISCHEN ZUR NATIONALEN FUSIONS-KONTROLLE

Gemäß Art. 21 I u. II FKVO sowie den Erwägungsgründen Nr. 27 u. 29 hat die Europäische Kommission vorbehaltlich einer Nachprüfung durch den EuGH die ausschließliche Zuständigkeit für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung gemäß Art. 1 II FKVO. Das nationale

Wettbewerbsrecht findet daneben keine Anwendung mehr¹²¹. Weder kann ein Mitgliedsstaat Zusammenschlüsse nach einer Untersagung durch die Kommission genehmigen noch nach einer bereits erteilten Befugnis diesen untersagen. Wenden die nationalen Behörden dennoch das innerstaatliche Recht an, so handeln sie zum einen gemeinschaftswidrig und zum anderen ohne die erforderliche Rechtsgrundlage¹²². Dieses one-stop-shop-Prinzip soll eine Doppelkontrolle nach nationalem und Gemeinschaftsrecht vermeiden¹²³. Erwägungsgrund Nr. 7 spricht von einem einzigen Instrument, das auf derartige Zusammenschlüsse anwendbar sein soll. Gestützt wird dieser Vorrang auf Art. 87 EGV sowie auf den Art. 235 EGV, wonach sich die Gemeinschaft zusätzliche Befugnisse geben kann¹²⁴.

1. Schutzmaßnahmen der Mitgliedsstaaten gemäß Art. 21 III FKVO

Eine seltene Ausnahme von diesem Prinzip ist in der Regelung des Art. 21 III FKVO verankert. Demnach kann ein Mitgliedsstaat einen von der Kommission genehmigten Zusammenschluß mit Auflagen versehen oder ihn gar untersagen. Diese Regel soll den Mitgliedsstaaten den Schutz anderer - von der Kommission nicht beachteter aber dennoch berechtigter – Interessen ermöglichen. Dazu gehören die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln. Mögliche andere Interessen muß der Mitgliedsstaat zunächst die Kommission darüber informieren, die dann über die Anerkennung dieser Interessen innerhalb eines Monats gemäß Art. 21 III Unterabsatz 3 FKVO entscheiden muß.

2. Verweisungsmöglichkeit des Art. 9 FKVO

Eine Durchbrechung dieser Regel vermag Art. 9 I FKVO zu schaffen. Danach kann ein Mitgliedsstaat bei der Kommission eine Verweisung des Verfahrens an die eigene nationale Behörde beantragen. Dies geschieht durch eine Mitteilung an die Kommission, in der geltend gemacht wird, daß der fragliche Zusammenschluß auf einem sogenannten gesonderten Markt des Mitgliedsstaates eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht¹²⁵. Gemäß Art. 9 VII FKVO ist Voraussetzung dieses

¹²¹ Emmerich in Kartellrecht, § 37 Nr. 6 a).

¹²² Westermann in Die Einwirkungen der europäischen auf die deutsche Fusionskontrolle, S. 16.

¹²³ Westermann a.a.O.; Veelken a.a.O. S. 22.; Hirsbrunner in EuZW 1997 a.a.O. S.751.

¹²⁴ Erwägungsgrund Nr. 8 FKVO.

¹²⁵ Immenga in Die Europäische Fusionskontrolle im wettbewerbspolitischen Kräftefeld, S.11.

besonderen Marktes, daß sich dort die Wettbewerbsbedingungen von denen in den anderen Mitgliedstaaten deutlich unterscheiden.

Verneint die Kommission entweder das Bestehen eines gesonderten Marktes oder die Möglichkeit einer Marktbeherrschung so teilt sie dies dem betreffenden Mitgliedstaat durch eine entsprechende Entscheidung gemäß Art. 9 III Unterabsatz 2 FKVO mit. Bejaht sie die genannten Voraussetzungen, so hat sie die Möglichkeit, das Verfahren gemäß Art. 9 III lit. b) FKVO an den betroffenen Mitgliedstaat zu verweisen. Die zuständige Behörde hat dann die Möglichkeit, die zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt unbedingt erforderlichen Maßnahmen gemäß Art. 9 VIII FKVO zu treffen. Eine vollständige Anwendung der nach nationalem Recht eigentlich möglichen Maßnahmen bleibt ihnen allerdings verwehrt.

Auf die Berücksichtigung seiner innerstaatlichen Wettbewerbsvorschriften kann jeder Mitgliedsstaat gemäß Art. 9 IX FKVO vor dem EuGH Klage erheben und insbesondere die Anwendung des Art. 186 EGV beantragen.

III. RECHTE PRIVATER DRITTER

1. Anhörungsrechte

Gemäß Art. 18 I FKVO haben die beteiligten Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vor den Entscheidungen der Kommission die Gelegenheit, sich zu denen ihrem Zusammenschlußvorhaben gemachten Einwänden zu äußern. Die Kommission stützt ihre Entscheidungen nur auf die Einwände, zu denen die Beteiligten sich geäußert haben. Des weiteren haben die Beteiligten während des ganzen Verfahrens das garantierte Recht auf Verteidigung sowie zur Akteneinsicht [Art. 18 III FKVO].

Andere natürliche oder juristische Personen haben unter bestimmten Voraussetzungen auch ein entsprechendes Anhörungsrecht. Gemäß Art. 18 IV FKVO kann die Kommission ein solches gewähren, wenn die es für den Fall erforderlich hält. Insbesondere werden Anträge Dritter berücksichtigt, wenn diese Leitungsorgane oder sonstige wichtige Vertreter der beteiligten Unternehmen sind und ein hinreichendes Interesse bekunden.

Das Anhörungsverfahren selber ist in Kapitel V der VerfVO festgelegt.

2. Rechtsmittel

Normen, aus denen unbeteiligte Dritte, insbesondere Zusammenschlußunbeteiligte Wettbewerber, direkt ein Klagerecht ableiten können, gibt es in der FKVO nicht. Art. 21 I FKVO weist lediglich auf ein Nachprüfungsrecht von Kommissionsentscheidungen durch den Europäischen Gerichtshof hin. Verfahrensrechtliche Bezugspunkte sind entsprechend Art. 173 IV EGV und Art. 175 III EGV.

a. Nichtigkeitsklage gemäß Art. 173 IV EGV

Nach dem Wortlaut des Art. 173 IV EGV sind Dritte nur dann zu einer Klage befugt, wenn sie zum einen individuell und zum anderen unmittelbar durch die angegriffene Entscheidung der Kommission betroffen sind.

aa. angreifbarer Akt

Eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 173 IV EGV ist nur zulässig gegen eine Entscheidung eines Gemeinschaftsorgans. Eine Entscheidung im Sinne dieser Vorschrift ist jede Maßnahme eines Gemeinschaftsorgans, die verbindliche Rechtsbindung im Einzelfall erzeugt und durch die ein Verfahren endgültig abgeschlossen wird¹²⁶. Entscheidungen, die in der FKVO Verfahren abschließen, finden sich in den Artt. 6 und 8 FKVO. Außer der lediglich vorbereitenden Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens sind alle in diesen Artikeln befindlichen Entscheidungen angreifbar. Auch die Vereinbarkeitsfiktion gemäß Art. 10 VI FKVO gehört zu den angreifbaren Entscheidungen¹²⁷.

bb. Klagebefugnis

Grundvoraussetzung für den Kläger ist sein Rechtsschutzinteresse. Nach allgemeiner Auffassung ist dies nur gegeben, wenn den Kläger eine über die bloße Interessenberührung hinausgehende Betroffenheit im Sinne einer Interessenbeeinträchtigung durch die Entscheidung der Kommission trifft¹²⁸. Die Entscheidung muß des Weiteren den Kläger selbst unmittelbar betreffen. Er kann also nicht abgeleitete Rechte Dritter geltend machen¹²⁹. So ist es ausreichend, wenn die Entscheidung ihn rechtlich oder nur tatsächlich z.B. durch eine Veränderung der Lage auf dem betroffenen Markt unmittelbar betrifft¹³⁰.

¹²⁶ EuGH Entscheidung IBM, Slg. 1981, S. 2639 Rn. 9f. vom 11.11.1981.

¹²⁷ Körper in EuZW 1996 – Die Konkurrentenklage in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 267 (268).

¹²⁸ ebenda mit weiteren Nachweisen.

¹²⁹ vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker, S. 1094 Rn. 23.

¹³⁰ Immenga in Immenga/Mestmäcker a.a.O.

Außerdem setzt die Klagebefugnis eine Individualisierung des Klägers voraus. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist ein Nichtadressat einer Entscheidung dann individualisiert, wenn er aufgrund seiner besonderen persönlichen Eigenschaften oder besondere ihn aus dem Kreise aller übrigen Personen hervorhebender Umstände berührt ist und deshalb ähnlich individualisiert ist wie der Adressat selber¹³¹. Dies können Dritte sein, die an dem zur Entscheidung führenden Verfahren z.B. durch eine Anhörung gemäß Art. 18 IV S.2 FKVO mitgewirkt haben¹³². Dritte, die nicht am Verfahren beteiligt waren, können insofern ausreichend individualisiert sein, daß sie durch den Zusammenschluß unmittelbar in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten begrenzt sind.

cc. Klagefrist

Nach Art. 173 V EGV ist binnen zweier Monate eine Nichtigkeitsklage zu erheben. Beginn der Frist ist gemäß Art. 102 § 1 der Verfahrensordnung des EuGH der Tag der Bekanntgabe an den Betroffenen oder bei Veröffentlichung der 15. Tag nach Bekanntgabe im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

b. Untätigkeitsklage gemäß Art. 175 III EGV

Die Untätigkeitsklage ist im Verfahren der FKVO nicht anwendbar. Wie bereits erwähnt, greift im Falle der Untätigkeit der Kommission, d.h. bei Nichtbeachtung der Fristen, die Vereinbarkeitsvermutung des Art. 10 VI FKVO. Für die Erhebung einer Untätigkeitsklage fehlt es insofern an einem konkreten Rechtsschutzbedürfnis.

G. SCHLUßBEMERKUNG

Die Europäische Fusionskontrollverordnung ist mit ihren knapp 10 Jahren noch sehr jung. Das Problem einer solchen EG –weiten Verordnung ist natürlich, alle Interessen zu berücksichtigen; angefangen bei den verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, über die Interessen der Unternehmen bis hin zu denen der Arbeitnehmer. Deutlich wird dieses Problem in den immer wieder aufkommenden Uneinigkeiten insbesondere über die Höhe der Schwellenwerte. Man bekommt unweigerlich den Eindruck, daß die großen Mitgliedstaaten, und Deutschland nicht

¹³¹ EuGH Entscheidung Plaumann, Slg. 1963, S. 211 (238f) vom 15.07.1963.

¹³² Immenga in Immenga/Mestmäcker, S. 1096 Rn. 30ff; Körber a.a.O. S. 271.

ausgenommen, in Folge ihrer starken Präsenz innerhalb der EG verstärkt ihre Interessen durchsetzen, während die kleineren Mitglieder zurückstecken müssen. Eine wirkliche Entwicklung zugunsten der kleineren Mitgliedstaaten ist da nur schwer zu erkennen. Allerdings kann man auch sagen, daß diese Rollenverteilung gerechtfertigt ist. Denn die Verteilung der Verantwortlichkeiten und Belastungen ist genau entgegengesetzt. Das heißt, wer viel Verantwortung trägt, kann auch viel zu Entscheidungen beitragen.

Auf jeden Fall ist die europäische Regelung der FKVO über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Hinblick auf die immer größer werdenden Vernetzungen der Weltmärkte und für eine stabile Aufwärtsentwicklung der europäischen Wirtschaft ein gutes, aber stetig zu aktualisierendes Instrument der Kommission. Nicht zuletzt, weil dadurch auch die Interessen von uns Verbrauchern durch Verhinderung von künstlichen Monopolstellungen geschützt werden.

Es bleibt also abzuwarten, ob das Jahr 2000 neue Erkenntnisse für die FKVO bringt, denn die Kommission soll ja vor dem 01.07.2000 einen Bericht über die Erfahrung mit den Schwellenwerten abgeben.