

Schmidt, Ingo L. O.

Article — Digitized Version

Die Europäische Fusionskontroll-Verordnung

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Schmidt, Ingo L. O. (1990) : Die Europäische Fusionskontroll-Verordnung, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 70, Iss. 2, pp. 90-95

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/136607>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Ingo Schmidt*

Die Europäische Fusionskontroll-Verordnung

Nach langjährigen Verhandlungen hat kürzlich der Europäische Ministerrat eine Verordnung der Kommission über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in der Gemeinschaft beschlossen und damit eine wettbewerbspolitische Lücke des EG-Vertrages geschlossen. Professor Dr. Ingo Schmidt analysiert die wesentlichen Bestimmungen der Verordnung vor dem Hintergrund der entsprechenden deutschen Rechtsnormen. Wie sind die EG-Beschlüsse aus der Sicht der Wettbewerbspolitik einzuschätzen?

Der EWG-Vertrag enthält in den Artikeln 85 und 86 lediglich ein Verbot horizontaler und vertikaler Absprachen sowie das Verbot des Machtmißbrauches; dagegen fehlte bislang eine Vorschrift über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Die Europäische Kommission in Brüssel hat 1973 ihren ersten Vorschlag über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vorgelegt, der nunmehr nach sechzehnjährigen Verhandlungen am 21. Dezember 1989 vom Europäischen Ministerrat verabschiedet worden ist¹.

Damit ist eine Lücke im EG-Vertrag geschlossen worden, die insbesondere im Hinblick auf den Gemeinsamen Markt 1993 bedeutsam war, da die Integration von zwölf Volkswirtschaften in einen Gemeinsamen Markt nicht nur durch horizontale und vertikale Absprachen, sondern auch durch Fusionen behindert werden kann. Die Entscheidung des Europäischen Ministerrates, der im Jahre 1989 ein heftiges politisches Tauziehen vorangegangen war, stellt klar, daß der Weg einer wirtschaftlichen Integration qua Wettbewerb fortgesetzt werden soll, wobei der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen als einer wesentlichen Voraussetzung der Sicherung wirksamen Wettbewerbs eine erhebliche Bedeutung zukommt².

Die eminente Bedeutung der Aufrechterhaltung und Sicherung kompetitiver Marktstrukturen folgt auch aus

* Der Aufsatz stellt die aktualisierte Fassung eines Gastvortrages dar, den der Verfasser am 30. Juni 1989 an der Universität Zürich gehalten hat.

Prof. Dr. Ingo Schmidt, 57, ist Ordinarius für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Preis-, Markt- und Wettbewerbstheorie und -politik an der Universität Hohenheim.

der mangelnden Justiziabilität jeglicher Mißbrauchsaufsicht im Sinne von Art. 86 EWGV und zudem – zumindest aus deutscher Sicht – aus der mangelnden Konsistenz mit einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Die dem Art. 86 EWGV zugrunde liegende Vorstellung, man könne Marktmacht ex post wirksam kontrollieren und quasi die unsichtbare Hand des Wettbewerbs durch die sichtbare Hand der Monopolaufsicht ersetzen, hat sich als verfehlt erwiesen: Die Mißbrauchsaufsicht kann nur als flankierende Maßnahme zu einer funktionierenden Fusionskontrolle gesehen werden.

Unterschiedliche ordnungspolitische Vorstellungen

Die Übertragung weiterer nationaler Kompetenzen auf die Europäische Kommission in Brüssel ist – wie die Diskussion um die geplante Europäische Fusionskontrolle und die Schaffung einer Europäischen Zentralbank gezeigt hat – nicht nur in Großbritannien, sondern auch in Deutschland durchaus kritisch gesehen worden. Den Vertretern einer politischen Richtung, die in der europäischen Integration einen letzten Wert an sich sehen, stehen die Auffassungen derjenigen Politiker und Wissenschaftler gegenüber, die das ordnungs- oder währungspolitische Pro und Kontra einzelner Maßnahmen abwägen und ihre Notwendigkeit im Hinblick

¹ Vgl. VO Nr. 4064/89 der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Amtsblatt der EG Nr. 395 vom 30. 12. 1989. Vgl. zur Entstehungsgeschichte und dem politischen Hintergrund der Fusionskontrolle VO die Aufsätze von Ruppelt und Janicki, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 39. Jg. (1989), S. 187 ff. und 193 ff.

² Vgl. zu den wettbewerbstheoretischen Überlegungen für die Einführung einer europäischen Fusionskontrolle Europäische Kommission (Hrsg.): *Horizontale Konzentration, Fusionen und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft*, in: *Europäische Wirtschaft* Nr. 40 (1989), S. 49 – 63.

auf die europäische Integration kritisch hinterfragen. Vor diesem politischen Hintergrund ist auch die nunmehr verabschiedete Europäische Fusionskontroll-Verordnung zu sehen, die am 21. September 1990 in Kraft treten wird.

Der Streit um die EG-Fusionskontrolle ist – abgesehen von der Frage der Notwendigkeit der Schaffung weiterer supranationaler Kompetenzen – primär Ausdruck der unterschiedlichen ordnungspolitischen Vorstellungen der zwölf EG-Mitgliedstaaten. Bisher kennen lediglich Frankreich, Großbritannien, Irland und die Bundesrepublik Deutschland eine Fusionskontrolle, während die übrigen acht kleineren Mitgliedsstaaten ein derartiges wettbewerbsrechtliches Instrumentarium nicht besitzen. Bemerkenswert war auch im letzten Halbjahr 1989 – als der Vorsitz im Europäischen Ministerrat bei Frankreich lag – das französische Engagement für die Schaffung einer EG-Fusionskontrolle. Dieses Engagement muß wohl auch vor dem außenpolitischen Hintergrund einer stärkeren Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Europäische Gemeinschaft gesehen werden, zumal Frankreich dieses Instrument selbst erst sehr spät geschaffen hat und es weniger als ein ordnungspolitisches Instrument zur Schaffung und Sicherung kompetitiver Strukturen als ein Instrument der Industriepolitik begreift.

Der Streit über die Übertragung weiterer nationaler Kompetenzen auf die Europäische Kommission in Brüssel entzündete sich insbesondere an drei Fragenkomplexen:

- Ab welcher Umsatzgröße sollen grenzüberschreitende Fusionen kontrolliert werden (sogenanntes *Aufgreifkriterium*)?
- Wann soll ein grenzüberschreitender Zusammenschluß untersagt werden können (rein wettbewerbliches oder gemischt wettbewerblich/industriepolitisches *Eingreifkriterium*)?
- Was soll geschehen, wenn aus supranationaler Sicht das Eingreifkriterium nicht erfüllt ist, jedoch aus nationaler Sicht eine marktbeherrschende Stellung entsteht (Streit um die sogenannte *nationale Restkompetenz*)?

Im folgenden sollen diese drei Streitpunkte dargestellt und jeweils die geltende nationale deutsche mit der zum 21. September 1990 in Kraft tretenden europäischen Lösung verglichen werden; anschließend sollen die unterschiedlichen Verfahren bei der Fusionskontrolle vergleichend gegenübergestellt werden. Abschließend soll der Versuch einer wettbewerbspolitischen Würdigung der EG-Fusionskontrolle unternommen werden.

Die Frage der Aufgreifkriterien

Üblicherweise werden nur Zusammenschlüsse ab einer gewissen Größenordnung aufgegriffen, bei denen die Vermutung für eine volkswirtschaftlich relevante Wettbewerbsgefährdung spricht.

Aufgreifkriterien in der Bundesrepublik. Nach § 24 Abs. 8 GWB unterliegen der deutschen Fusionskontrolle nur Zusammenschlüsse, bei denen der Gesamtumsatz der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen 500 Mill. DM oder mehr beträgt, wobei das aufgekaufte Unternehmen mehr als 50 Mill. DM Umsatz im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr gehabt haben muß. Darüber hinaus dürfen im Rahmen der sogenannten VEBA-Anschlußklausel Umsatzmilliardäre kontrollfrei nur Unternehmen von bis zu 4 Mill. DM Umsatz erwerben.

Aufgreifkriterien in der Europäischen Gemeinschaft. Gemäß Art. 1 Abs. 2 VO liegt ein gemeinschaftsweiter Zusammenschluß vor, wenn: der *weltweite* Gesamtumsatz aller am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen mehr als 5 Mrd. ECU (rund 10 Mrd. DM) und der *gemeinschaftsweite* Gesamtumsatz von mindestens zwei am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mill. ECU (das sind mindestens rund 1 Mrd. DM insgesamt) beträgt. Dies gilt nicht, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen (sogenannte implizite Vermutung für die Nicht-Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels). Aufgrund dieser Aufgreifkriterien werden nach Ansicht der Europäischen Kommission jährlich etwa 40 bis 60 Fälle überprüft werden müssen.

Vergleich der Aufgreifkriterien in der Bundesrepublik und der EG. Aufgreifkriterium ist beide Male der Umsatz, wenngleich die Umsätze im Hinblick auf die EG-Fusionskontrolle erheblich höher liegen. Zusammenschlüsse, die nicht unter die Aufgreifkriterien der EG, jedoch unter die Aufgreifkriterien des GWB fallen, unterliegen damit nach wie vor der deutschen Fusionskontrolle. Das heißt, die Höhe der Umsätze entscheidet darüber, ob die nationale oder die europäische Fusionskontrolle eingreift.

Die Frage der Eingreifkriterien

Das Eingreifkriterium einer Fusionskontrolle kann rein wettbewerblicher Natur sein oder alle wirtschaftspolitisch relevanten Gesichtspunkte (public policy) berücksichtigen; denkbar ist auch ein Mischansatz.

Als Beispiel für einen reinen Wettbewerbsansatz kann das US-amerikanische Antitrustrecht mit dem Eingreif-

kriterium der „wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ im Sinne von sec. 7 Clayton Act dienen³.

Dem deutschen Kartellrecht liegt dagegen ein gemischter Ansatz zugrunde, bei welchem in einem zweistufigen Verfahren Fragen des Wettbewerbs und des Gemeinwohls getrennt geprüft werden. Das Bundeskartellamt überprüft den Zusammenschluß im Hinblick auf das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 22 GWB; danach kann in einem institutionell getrennten Verfahren der Bundesminister für Wirtschaft nach § 24 Abs. 3 GWB auf Antrag dennoch die Erlaubnis zu einem Zusammenschluß geben, „wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen.“ Charakteristisch für diesen gemischten Ansatz ist die institutionelle Trennung zwischen Bundeskartellamt und Bundesminister für Wirtschaft; darüber hinaus hat der Bundesminister für Wirtschaft vor der Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 Abs. 3 GWB eine gutachterliche Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen (§ 24b Abs. 5 letzter Satz GWB).

Das englische bzw. französische Kartellrecht sind dagegen durch den „public interest“- bzw. „bilan économique“-Ansatz charakterisiert, bei denen im Rahmen einer umfassenden Beurteilung alle Vor- und Nachteile des Zusammenschlusses aufgelistet und gegeneinander abgewogen werden. Die Wettbewerbsprüfung ist dabei nur ein Teil dieser Prüfung, dem unterschiedliches Gewicht beigemessen wird. Insbesondere die französische Wirtschaftspolitik begreift die Zusammenschlußkontrolle mehr als industriepolitisches Instrument denn als Instrument zur Aufrechterhaltung und Sicherung kompetitiver Marktstrukturen. Der englische Ansatz hat sich dagegen in den letzten Jahren den deutschen Vorstellungen stärker angenähert, d.h., der Wettbewerbsprüfung wird im Rahmen des public interest größeres Gewicht beigemessen⁴.

□ *Das Eingreifkriterium in der Bundesrepublik.* Gemäß § 24 GWB kann das Bundeskartellamt einen Zusam-

mensschluß untersagen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 22 GWB entsteht oder verstärkt wird. Der Begriff der Marktbeherrschung bzw. der überragenden Marktstellung ist in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB beispielhaft durch verschiedene Marktstrukturmerkmale konkretisiert (z.B. Finanzkraft, Marktzutritt, Verflechtungen mit anderen Unternehmungen); darüber hinaus sind die Marktanteilsvermutungen des § 22 Abs. 3 und des § 23a Abs. 1 und 2 GWB zu berücksichtigen.

Nach der Entscheidung des Bundeskartellamtes über das rein wettbewerbliche Eingreifkriterium kann der Bundesminister für Wirtschaft gemäß § 24 Abs. 3 GWB dennoch aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls die Erlaubnis zu einem Zusammenschluß erteilen, durch den eine vom Bundeskartellamt festgestellte marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (vgl. zuletzt den Fall Daimler/MBB)⁵.

□ *Das Eingreifkriterium in der Europäischen Gemeinschaft.* Gemäß Art. 2 Abs. 2 VO sind Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären; vice versa sind gemäß Art. 2 Abs. 3 VO Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären (Wettbewerbsklausel). Das Wettbewerbskriterium ist in Art. 2 Abs. 1 lit. b VO – ähnlich wie in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB – konkretisiert worden durch Hinweis auf die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer (so jetzt auch die 5. Kartellnovelle zu § 22 Abs. 1 GWB!), ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die rechtlichen oder tatsächlichen Marktzutrittschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen (Produktlebenszyklus, Marktphase) sowie die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher. Dazu geht die Ziffer 15 der Erwägungsgründe von der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aus, wenn der kombinierte Marktanteil 25 % nicht über-

³ Dabei wird auf den reinen Gesetzeswortlaut abgestellt; abweichend vom Gesetzeswortlaut praktizieren die amerikanischen Antitrustbehörden unter dem Einfluß der sogenannten Chicago School derzeit einen trade-off zwischen Wettbewerb und Effizienz. Vgl. dazu Ingo L. O. Schmidt, Jan B. Ritter: A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis, Studies in Industrial Organization Bd. 9, hrsg. von de Jong und Shepherd, Dordrecht u.a. 1989, insbesondere S. 84 f. und 87 f.

⁴ Vgl. zur englischen Fusionskontrolle Denys Gribbin: Fusionskontrolle in Großbritannien, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 38. Jg. (1988), S. 100 ff.

⁵ Vgl. Daimler/MBB, in: WuW/E BKartA 2335 ff.; und BWM 191 ff.; siehe auch Monopolkommission: Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blöhm GmbH, Baden-Baden 1989.

schreitet. Diese Marktstrukturmerkmale sollen wirksamen Wettbewerb konkretisieren⁶.

Über die Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs hinaus soll die Europäische Kommission (EK) gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a VO die (künftige) Entwicklung wirksamen Wettbewerbs berücksichtigen, was auf eine Absenkung des Eingreißkriteriums unter die Marktbeherrschungskontrolle hinauslaufen dürfte.

Lösung von Zielkonflikten

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt hat die Kommission jedoch gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b VO auch „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“, zu berücksichtigen. Diese bis zur letzten Beratung kontroverse Klausel, die eine Abwägung zwischen der Aufrechterhaltung und Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs, wie er in Art. 1 Abs. 1 lit. b VO mit Hilfe verschiedener Marktstrukturmerkmale konkretisiert worden ist, und dem technischen Fortschritt als einem performance-Element erlaubt, ist nunmehr in enger Anlehnung an den Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 EWGV formuliert worden.

Jedoch soll die notwendige Abwägung zwischen der Aufrechterhaltung und Entwicklung wirksamen Wettbewerbs einerseits und der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts andererseits in einem einstufigen Verfahren (bei der Europäischen Kommission) erfolgen. Wenngleich aus deutscher ordnungspolitischer Sicht gegen diese Vermischung von Wettbewerbs- und Industriepolitik nach wie vor erhebliche Bedenken bestehen, so ist diese „Kröte“ offenbar von der Bundesregierung aus EG-politischen Rücksichten geschluckt worden. Ob diese Kritik in Zukunft verstummen oder wieder aufflammen wird, wird maßgeblich von der Anwendung der entsprechenden Vorschriften durch die Europäische Kommission abhängen, d.h. davon, ob wirksamer Wettbewerb im Sinne der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen, welche quasi automatisch zu wirtschaftlichem und technischem Fortschritt führen, oder im Sinne einer Industriepolitik verstanden wird, die durch direkte staatliche Maßnahmen den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt fördern will.

□ *Vergleich der Eingreißkriterien in der Bundesrepublik und der EG.* Die verwendeten Eingreißkriterien sind prima facie ähnlich. § 24 Abs. 1 GWB verwendet den

Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 GWB, Art. 2 Abs. 3 VO stellt auf den im Art. 86 EWGV verwendeten Begriff der beherrschenden Stellung ab, die mit der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs gleichgesetzt wird. Jedoch hat die Europäische Kommission gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a VO bei der Prüfung von Zusammenschlüssen die Notwendigkeit nicht nur der Aufrechterhaltung, sondern auch der *Entwicklung* wirksamen Wettbewerbs zu berücksichtigen. In den Erwägungsgründen zur Verordnung wird in Ziff. 5 von Zusammenschlüssen gesprochen, „die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen“ (eine Klausel, die sec. 7 Clayton Act in den USA entspricht und eine klare Abkopplung von der Marktbeherrschung beinhaltet!). Dabei kann offenbleiben, ob es sich nur um eine unzureichende Harmonisierung des Gesetzestextes handelt oder ob die unterschiedlichen Formulierungen Ausdruck unterschiedlicher ordnungspolitischer Vorstellungen der an der Formulierung beteiligten Mitgliedstaaten sind. Angesichts der sehr integrationsfreundlichen Einstellung des Europäischen Gerichtshofes ist jedenfalls damit zu rechnen, daß das EG-Eingreißkriterium eher zum Tragen kommt als das deutsche Marktbeherrschungskriterium, was im Ergebnis auf eine – wettbewerbspolitisch grundsätzlich zu bejahende – Abkopplung der Fusionskontrolle von der Marktbeherrschung zumindest im EG-Bereich hinauslaufen dürfte⁷.

Gravierende Unterschiede bestehen dagegen – zumindest verfahrensrechtlich – bei der Lösung von möglichen Zielkonflikten zwischen der Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs einerseits und der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts andererseits. Das deutsche Kartellrecht sieht ein zweistufiges Verfahren (Bundeskartellamt und Bundesministerium für Wirtschaft) mit institutioneller Trennung vor; zusätzlich muß die Monopolkommission mit einem Votum eingeschaltet werden. Die institutionelle Trennung und die Transparenz der Entscheidungen sollen einen möglichen Mißbrauch der Ministererlaubnis zumindest begrenzen. Das EG-Recht kennt eine derartige institutionelle Trennung nicht. Die von deutscher Seite geforderte Errichtung eines Europäischen Kartellamtes (in Luxemburg) und einer – nach englischem, französischem und deutschem Beispiel – errichteten Europäischen Monopolkommission war politisch nicht

⁶ Vgl. zum Aufbau des Konzeptes eines wirksamen Wettbewerbs mit Hilfe von Marktstruktur-, Marktverhaltens- und Marktergebnismerkmalen Ingo Schmidt: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2. Aufl., Stuttgart, New York 1987, S. 56 – 60.

⁷ Eine derartige Entwicklung der EG-Rechtsprechung könnte im Rahmen einer Anpassung des GWB an das Europäische Wettbewerbsrecht im Rahmen der 6. GWB-Novelle zu der seit langem diskutierten Abkopplung der deutschen Fusionskontrolle von dem Marktbeherrschungskriterium führen.

durchsetzbar. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die europäische Wettbewerbspolitik ohne derartige institutionelle Sicherungen zu vertretbaren Ergebnissen gelangt oder nicht.

Die Frage der nationalen Restkompetenz

Bis zuletzt umstritten war die Frage der sogenannten nationalen Restkompetenz. Wenn die Europäische Kommission keine wettbewerblichen Bedenken gegen einen Zusammenschluß hat, so kann sie gemäß Art. 9 VO den Fall unter gewissen Bedingungen an die nationale Kartellbehörde eines Mitgliedstaates zur Prüfung verweisen, wenn das EG-Mitglied innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der Abschrift der Anmeldung der Europäischen Kommission mitteilt, daß die Fusion in diesem Mitgliedstaat eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht.

Wenn sich die Europäische Kommission dieser Auffassung anschließt, so kann sie gemäß Art. 9 Abs. 3 VO den Fall entweder selbst behandeln (lit. a)⁸ oder an die nationale Kartellbehörde überweisen (lit. b). Anderenfalls kann die Regierung des betroffenen Landes gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission gemäß Art. 186 EWGV Klage beim Europäischen Gerichtshof erheben (Art. 9 Abs. 9 VO); wenn sich die Europäische Kommission innerhalb drei Monaten nicht zu dem Fall äußert, geht der Fall automatisch in die Kompetenz der nationalen Kartellbehörde über (Art. 9 Abs. 5 VO).

Die Frage der sogenannten nationalen Restkompetenz soll nach vier Jahren Praxis zusammen mit den Aufgreifschwelen überprüft werden. Während jedoch die vergleichsweise hohe Aufgreifschwelle in Höhe von 10 Mrd. DM Weltumsatz gemäß Art. 1 Abs. 3 VO mit qualifizierter Mehrheit auf einen niedrigeren Wert gesenkt werden kann, ist für die Änderung der nationalen Restkompetenz Einstimmigkeit erforderlich, d.h., daß die Frage der nationalen Restkompetenz nicht ohne die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland geändert werden kann.

Das Verfahren in der Fusionskontrolle

□ *Das Verfahren in der Bundesrepublik.* In der Bundesrepublik Deutschland müssen gemäß § 24a Abs. 1 Satz 2 GWB nur Großfusionen vorher angemeldet werden (Ex-ante-Kontrolle), ansonsten findet eine Ex-post-Kontrolle statt. Im Falle der Ex-ante-Kontrolle bei Großfusionen besteht ein Vollzugsverbot gemäß § 24a Abs. 4

⁸ Danach kann die Europäische Kommission auf Antrag eines von einer regionalen Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Mitgliedstaates, der z.B. keine nationale Fusionskontrolle hat, tätig werden, wobei supranationales Recht auf rein nationale Wettbewerbsbeschränkungen angewendet wird (vgl. Art. 9 Abs. 3 lit. a und Art. 22 Abs. 3 VO).

GWB, d.h. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam, es sei denn, sie sind durch Eintragung in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister rechtswirksam geworden.

Das Fusionskontrollverfahren ist in der Bundesrepublik Deutschland gemäß den §§ 24 Abs. 2 bzw. 24a Abs. 2 GWB als Untersagungsverfahren ausgestaltet. Zuständig ist allein das Bundeskartellamt, im Falle der Ministerfusion das BMWi. Die Nicht-Untersagung stellt keinen von den Betroffenen anfechtbaren Verwaltungsakt dar.

□ *Das Verfahren in der Europäischen Gemeinschaft.* Gemäß Art. 4 Abs. 1 VO sind Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 1 VO innerhalb einer Woche bei der Kommission anzumelden und dürfen gemäß Art. 7 Abs. 1 VO weder vor der Anmeldung noch während der auf die Anmeldung folgenden drei Wochen vollzogen werden⁹. Gemäß Art. 7 Abs. 2 VO kann die Europäische Kommission nach vorläufiger Prüfung während der Drei-Wochen-Frist von Amts wegen den Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses im Wege der einstweiligen Anordnung ganz oder teilweise aussetzen (Parallele zur sogenannten stand still order im US-amerikanischen Antitrustrecht), so daß in kritischen Fällen eine echte präventive Kontrolle gewährleistet und damit eine etwaige spätere aufwendige Entflechtung vermieden wird.

Hat die Europäische Kommission ein Fusionskontrollverfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. c VO eingeleitet, so stellt die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 2 oder 3 VO durch Entscheidung die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses im Sinne des Art. 2 VO fest. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VO ist – anders als die Nicht-Untersagung im GWB – als Verwaltungsakt ausgestaltet, der gemäß Art. 173 EWGV von natürlichen oder juristischen Personen, die unmittelbar und individuell betroffen sind, angefochten werden kann.

Gemäß Art. 21 VO besitzt die Europäische Kommission die ausschließliche Zuständigkeit, es sei denn, daß die Europäische Kommission gemäß Art. 9 VO im Falle *rein regionaler Wettbewerbsbeschränkungen* den Fall an die nationale Kartellbehörde überweist (sogenannte Lokalklausel), oder die Mitgliedstaaten gemäß Art. 21 Abs. 3 VO geeignete Maßnahmen *zum Schutz anderer*

⁹ Wie die Europäische Kommission den Widerspruch zwischen Art. 4 Abs. 1 VO, wonach der Erwerb einer Beteiligung (= Vollzug) innerhalb einer Woche anzumelden ist, und Art. 7 Abs. 1 VO, wonach ein Zusammenschluß weder vor der Anmeldung noch während einer Drei-Wochen-Frist vollzogen werden darf, lösen wird, ist zur Zeit offen.

berechtigter Interessen (z.B. öffentliche Sicherheit, Medienvielfalt oder Aufsichtsregeln) treffen (sogenannte englische Klausel).

□ *Vergleich der Verfahren in der Bundesrepublik und der EG.* Ähnlich wie bei Großfusionen in der Bundesrepublik Deutschland stellt sich die Fusionskontrolle als strikte Ex-ante-Kontrolle dar. Während jedoch die Nicht-Untersagung von Fusionen durch das Bundeskartellamt nach ständiger Rechtsprechung keinen überprüfbaren Verwaltungsakt darstellt, kann eine Entscheidung der Europäischen Kommission über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VO von Betroffenen durch eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof auf ihre Begründetheit überprüft werden (Art. 173 II und 174 EWGV).

Wettbewerbspolitische Würdigung

Mit der Verabschiedung der Europäischen Fusionskontrolle ist eine Gesetzeslücke geschlossen worden, die anderenfalls nur durch eine extensive Auslegung der Art. 85 und 86 EWGV hätte ausgefüllt werden können. In dem zuletzt auf der Grundlage von Art. 85 EWGV entschiedenen Fall *Morris/Rothmans*¹⁰ sollte das Verbot horizontaler und vertikaler Absprachen auf Vereinbarungen zur Beeinflussung des Geschäftsverhaltens des aufgekauften, aber rechtlich selbständig bleibenden Unternehmens angewendet werden. Im Falle *Continental/Can*¹¹ war das Machtmißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV auf Fusionen, die eine bereits vorhandene beherrschende Stellung weiter verstärken, für anwendbar erklärt worden. Es bleibt abzuwarten, ob nach Einführung einer EG-Fusionskontrolle die Europäische Kommission die Anwendbarkeit der Art. 85 und 86 EWGV weiter vorantreiben wird. Angesichts einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der EG-Fusionskontrolle besteht zumindest aus deutschem Rechtsverständnis heraus dafür keine Notwendigkeit bzw. keine rechtliche Basis.¹²

In der Wirtschaftspresse ist in den letzten Monaten die Frage einer sogenannten Zwei-Klassen-Fusionskontrolle diskutiert worden, da je nach der Höhe des Umsatzes die nationale oder supranationale Kompetenz gegeben ist. Es ist die Befürchtung geäußert worden, daß grenzüberschreitende Mammutfusionen in Brüssel aus industriepolitischen Gründen zuvorkommender behandelt werden als nationale Zusammenschlüsse nach der rein wettbewerblich orientierten Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt.

Die Frage, ob sich die Brüsseler Fusionskontrolle mehr an industriepolitischen oder an wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten orientieren wird, hängt maßgeblich von dem ordnungspolitischen Vorverständnis der rechtsanwendenden Brüsseler Beamten ab, da die unterschiedlichen ordnungspolitischen Vorstellungen der zwölf Mitgliedsländer bestehen bleiben werden: Deutschland und England sind wettbewerbsorientiert, insbesondere die romanischen Mitgliedsländer sind dagegen industriepolitisch orientiert und sehen ihr Heil in der Schaffung von Großindustrien, die der US-amerikanischen und japanischen Industrie Paroli bieten sollen. Mit diesem Widerspruch wird die Europäische Kommission bei der Anwendung der Fusionskontroll-Verordnung leben müssen. Dabei wird die personelle Besetzung der Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel im Hinblick auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (Marktbeherrschung und die Konkretisierung wirksamen Wettbewerbs durch Marktstrukturfaktoren oder performance-Elemente) und die Ausübung des öffentlichen Interesses (z.B. bei der Eröffnung oder Einstellung eines Verfahrens) von eminenter Bedeutung sein, was zumindest die französische Regierung klar erkannt hat.

Im Gegensatz zum Auswärtigen Amt und einigen Ministerien, die offenbar nach der *Maxime* handeln: Nur nicht irgendwo in der Welt anecken!, verfolgt Frankreich eine zielstrebige Personalpolitik und stellt damit die Weichen für die Rechtsanwendung der Verträge. Wie Gespräche bei den UNO-Töchtern, der OECD in Paris oder der Weltbank in Washington, D.C. zeigen, tritt die Bundesrepublik zwar überall als großzügiger Zahlmeister auf, verzichtet jedoch weitgehend auf eine Ausnutzung der der Bundesrepublik Deutschland de facto zustehenden Personalquote.

Diese personalpolitische Zurückhaltung ist gleichbedeutend mit dem Verzicht auf deutsche Rechtspositionen und die Vertretung deutscher wirtschaftlicher Belange. Wenn z.B. die deutsche Version des EG-Wettbewerbsberichtes und andere Dokumente erst Monate nach der französischen und englischen Version erscheinen, so spricht das für sich. Was not tut, ist eine konsequentere Vertretung deutscher Interessen – was übrigens alle Nationen in der Welt für durchaus legitim erachten, ohne dabei gleich in einen Nationalismus zu verfallen. Das Bundeskanzleramt hat z.B. bei der Neubesetzung des Postens des Nato-Generalsekretärs (mit Manfred Wörner) eine solche konsequente Haltung vorexerziert; vielleicht sollten andere Ministerien davon lernen.

¹⁰ Vgl. *Morris/Rothmans*, in: WuW/E EWG/MUV 815 ff.

¹¹ Vgl. *Continental/Can*, in: WuW/E EWG/MUV 296 ff.

¹² Dementsprechend heißt es in Ziffer 7 der Erwägungsgründe, daß das neue Rechtsinstrument der Fusionskontrolle „das einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist“.