

LUKAS HERGET

Wettbewerb oder Industriepolitik?

*Rechtsordnung und
Wirtschaftsgeschichte*
27

Mohr Siebeck

Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte

Herausgegeben von

Albrecht Ritschl, Mathias Schmoeckel und Günther Schulz

27



Lukas Herget

Wettbewerb oder Industriepolitik?

Die Europäische Fusionskontrolle als Spielball
nationaler Wirtschaftspolitiken (1958–1989)

Mohr Siebeck

Lukas Herget, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und Frankfurt; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz der Goethe-Universität Frankfurt a. M.; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht in Frankfurt; 2024 Promotion im Rahmen des DFG Projekts SPP 1859: Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns.
orcid.org/0009-0003-6547-1671

ISBN 978-3-16-164390-3 / eISBN 978-3-16-164391-0

DOI 10.1628/978-3-16-164391-0

ISSN 2191-0014 / eISSN 2569-4251 (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertationsschrift angenommen. Sie wäre in dieser Form nicht ohne die Unterstützung einiger Menschen entstanden, denen ich an dieser Stelle meinen tiefen Dank aussprechen möchte.

Dieser gilt insbesondere meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Louis Pahlow. Bereits während meines Studiums erhielt ich als studentische Hilfskraft durch die Arbeit an seinem Lehrstuhl erste Einblicke in den Lehrstuhllalltag sowie durch die Teilnahme am lehrstuhleigenen Doktorand*innenseminar in wissenschaftliches Arbeiten. Nach meiner Abschlussarbeit im Schwerpunktstudium ermutigte er mich, das darin bereits in Grundzügen behandelte Thema zu einer Dissertation auszubauen. Er gab mir den entscheidenden Anstoß, mich intensiv mit einem für mich damals noch neuen Forschungsfeld an der Schnittstelle von Recht, Geschichte, Ökonomie und Politik zu befassen. Seine engagierte Betreuung und stetige Förderung haben meine wissenschaftliche Entwicklung maßgeblich geprägt und mir das „Rüstzeug“ an die Hand gegeben, mich dieser Aufgabe zu stellen. Insbesondere in schwierigen Phasen meiner Arbeit half er mir geduldig, Herausforderungen wie die coronabedingten Archivschließungen und die damit einhergehenden Probleme meiner Fragestellung zu überwinden. Die zahlreichen Gespräche – sei es bilateral oder im Doktorand*innenseminar – sowie die gemeinsamen Forschungsreisen, Archivbesuche und Konferenzen haben mich nicht nur fachlich, sondern auch persönlich geprägt. Dafür danke ich ihm von Herzen.

Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Alexander Morell für die Erstellung des ausführlichen Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Guido Pfeifer, M.A., als Vorsitzendem der Prüfungskommission.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) ermöglichte es mir durch ihre großzügige finanzielle Unterstützung, mich allein auf meine Forschungsarbeit zu konzentrieren. In ideeller Hinsicht hatte ich durch die Eingliederung meines Forschungsprojekts in das interdisziplinäre Schwerpunktprogramm „Erfahrung und Erwartung. Historische Grundlagen ökonomischen Handelns“ immer wieder die Gelegenheit, meine Thesen und Ideen auf unseren Fachkonferenzen und Jahrestagungen vorzustellen und vor einem interdisziplinären Expert*innenkreis zu „testen“. Für die Freiheiten, die mir dadurch ermöglicht wurden, und den kritischen Austausch bin ich sehr dankbar.

Besonders hervorheben möchte ich außerdem Herrn PD Dr. Franz Hederer, M.A., der mir während der gesamten Promotionszeit mit Rat und Tat zur Seite stand. Er hatte wie ein Zweitbetreuer stets ein offenes Ohr für meine Fragen und ermutigte mich immer wieder dazu, auch methodisch in die Nachbarwissenschaften – Geschichte, Politik und Ökonomie – einzutauchen. Die Motivation zu promovieren, verdanke ich auch meinem ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl, Herrn Dr. Felix Jehle. Bereits während meiner Tätigkeit als studentische Hilfskraft lebte er mir vor, mit welcher Begeisterung und Leidenschaft ein interessantes Forschungsvorhaben betrieben werden kann. Sein Vorbild gab mir Orientierung und die Zuversicht, dass die Herausforderungen dieses Weges zu bewältigen sind.

Meinen Kolleg*innen am Lehrstuhl und am Institut für Rechtsgeschichte, insbesondere Maximilian Müller und Emily Georges, möchte ich für die gemeinsame Zeit danken. Der gegenseitige Austausch und die Unterstützung, insbesondere während der Corona-Phase, machten diese außergewöhnliche, oft einsame Zeit im 4. Stock deutlich erträglicher.

Außerdem möchte ich Frau Charlotte Brunen für ihre tatkräftige Unterstützung bis zur Endphase dieser Arbeit danken. Sie motivierte mich immer wieder und half mir, den Blick für das Wesentliche zu bewahren.

Der größte Dank gebührt jedoch meiner Familie. Meinen Eltern, Ursula und Rolf Herget, danke ich von Herzen für ihre bedingungslose Unterstützung und ihren beständigen Zuspruch. Meiner Partnerin, Frau Dr. Maria Gerdes, danke ich vor allem für ihre emotionale Unterstützung in der Endphase der Dissertation. Ihre Geduld, gute Laune und Lebensfreude halfen mir in dieser anstrengenden Phase, die Zuversicht für einen erfolgreichen Abschluss nicht zu verlieren. Auch wenn ich selbst alle Fehler dieses Buches zu verantworten habe, verdanke ich ihnen dreien außerdem, dass die Endfassung der Arbeit mit deutlich weniger Unschärfen und Ungenauigkeiten gedruckt werden konnte, als es mir allein möglich gewesen wäre.

Frankfurt am Main, im März 2025

Lukas Herget

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>I. Die Europäische Fusionskontrolle im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts</i>	1
<i>II. Forschungsstand</i>	3
<i>III. Fragestellung, Erkenntnisinteresse, Quellen</i>	8
Kapitel 1: Das Ringen um die wettbewerbsrechtlichen und -politischen Grundlagen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bis 1962	13
<i>I. Die Aushandlung des gemeinsamen Wettbewerbsrechts des EWG-Vertrags</i>	14
<i>II. Die Durchsetzung der Kommission als Wettbewerbsbehörde</i>	30
<i>III. Zusammenfassung</i>	52
Kapitel 2: Der Anstieg der Unternehmenskonzentrationen und die Debatten um die Einführung einer gemeinschaftsübergreifenden Zusammenschlusskontrolle in den 1960er Jahren	55
<i>I. Das Problem der Unternehmenskonzentration auf dem Gemeinsamen Markt</i>	56
<i>II. Der Paradigmenwechsel der Kommission</i>	67
<i>III. Zusammenfassung</i>	90

Kapitel 3: Die „Continental-Can-Entscheidung“ als Auslöser für den Rechtsetzungsprozess einer Europäischen Fusionskontrolle	93
I. Die Entscheidung der Kommission	95
II. Das Auseinanderfallen von wettbewerbspolitischem Anspruch und wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten. Das gerichtliche Verfahren im Fall Continental Can	103
III. Das EuGH-Urteil als Auslöser für den Rechtsetzungsprozess	117
IV. Zusammenfassung	125
Kapitel 4: Erste Versuche der Implementierung einer Fusionskontrollverordnung	129
I. Der „Ur-Vorschlag“ der Kommission von 1973	130
II. Die Resonanz auf den Verordnungsvorschlag	145
III. Zusammenfassung	160
Kapitel 5: Die langen Verhandlungen während der 1970er Jahre	163
I. Die ersten Verhandlungen auf Gemeinschaftsebene	164
II. Der Verordnungsvorschlag und die Entwicklungen in der zweiten Hälfte der 1970er Jahre	175
III. Zusammenfassung	191
Kapitel 6: Die „Philip-Morris-Entscheidung“ und der Erlass der Fusionskontrollverordnung	193
I. Resignation und Neubeginn. Der Verordnungsvorschlag Anfang der 1980er Jahre	194
II. Das „Philip-Morris-Urteil“ des EuGH als Wendepunkt für die Verhandlungen	204
III. Das finale Aushandeln und der Erlass der Fusionskontrollverordnung	215
IV. Zusammenfassung	231

Ergebnisse	235
Quellen- und Literaturverzeichnis	239
I. Unveröffentlichte Quellen	239
II. Gedruckte Quellen und Literatur	240
Register	259

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
<i>I. Die Europäische Fusionskontrolle im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts</i>	1
<i>II. Forschungsstand</i>	3
<i>III. Fragestellung, Erkenntnisinteresse, Quellen</i>	8
Kapitel 1: Das Ringen um die wettbewerbsrechtlichen und -politischen Grundlagen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bis 1962	13
<i>I. Die Aushandlung des gemeinsamen Wettbewerbsrechts des EWG-Vertrags</i>	14
1. Der „Spaak-Bericht“ als Grundlage für die Verhandlungen	15
2. Unterschiedliche Ausgangspunkte. Die Lokalisierung der Verhandlungspositionen um das gemeinsame Wettbewerbsrecht ...	19
3. Unüberwindbare Schwierigkeiten? Der Aushandlungsprozess der wettbewerbsrechtlichen Artikel	22
4. Der EWG-Vertrag im Kontext der Verhandlungspositionen	25
5. Nationale Interessen als Triebkräfte der Konflikte	28
<i>II. Die Durchsetzung der Kommission als Wettbewerbsbehörde</i>	30
1. Erste Probleme bei der Entwicklung einer gemeinsamen Wettbewerbspolitik	32
2. Die Verordnung 17/62 und der Beginn einer gemeinsamen europäischen Wettbewerbsaufsicht	36
3. Die ordoliberalen Prägung des gemeinsamen Wettbewerbsrechts ...	44
a) Das Wettbewerbsrecht als „Koordinationsinstrument des Gemeinsamen Marktes“	44
b) Das „Hallstein-und-von-der-Groeben-Netzwerk“. Juristen und Ökonomen der „Freiburger Schule“ und ihr Einfluss auf die Verordnung 17/62	48

<i>III. Zusammenfassung</i>	52
Kapitel 2: Der Anstieg der Unternehmenskonzentrationen und die Debatten um die Einführung einer gemeinschaftsübergreifenden Zusammenschlusskontrolle in den 1960er Jahren	55
<i>I. Das Problem der Unternehmenskonzentration auf dem Gemeinsamen Markt</i>	56
1. Gründe gegen die Einführung einer Fusionskontrolle in den EWG-Vertrag	56
2. Die Bewertung von Unternehmenskonzentrationen in der Gemeinschaft Anfang der 1960er Jahre	60
3. „Merger Waves“. Der Anstieg der Unternehmenszusammenschlüsse in den 1960er Jahren	63
4. Die Einführung einer Fusionskontrolle in Deutschland	66
<i>II. Der Paradigmenwechsel der Kommission</i>	67
1. Entwicklung eines Problembewusstseins auf Gemeinschaftsebene	68
2. Expertengutachten	70
3. Die „Flucht in die Konzentration“ und Art. 85, 86 EWG-Vertrag als Fusionskontrollvorschriften	74
4. Die Positionierung der Kommission – das Konzentrationsmemorandum von 1966	75
a) Der Anstieg der Unternehmenskonzentrationen	75
b) Die Anwendbarkeit von Art. 85, 86 EWG-Vertrag auf Zusammenschlüsse	77
c) Art. 86 EWG-Vertrag als Fusionskontrollinstrument	81
5. Die akademische Debatte um die Anwendung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag	82
a) Art. 85 EWG-Vertrag	83
b) Art. 86 EWG-Vertrag	86
6. Die wettbewerbsrechtliche und -politische Bewertung von Unternehmenskonzentrationen Ende der 1960er Jahre	89
<i>III. Zusammenfassung</i>	90
Kapitel 3: Die „Continental-Can-Entscheidung“ als Auslöser für den Rechtsetzungsprozess einer Europäischen Fusionskontrolle	93
<i>I. Die Entscheidung der Kommission</i>	95
1. Der Sachverhalt	95
2. Die Entscheidungsbegründung	97

3.	Die Bestätigung des Konzentrationsmemorandums. Art. 86 EWG-Vertrag als Mittel zur strukturellen Fusionskontrolle	100
<i>II.</i>	<i>Das Auseinanderfallen von wettbewerbspolitischem Anspruch und wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten. Das gerichtliche Verfahren im Fall Continental Can</i>	<i>103</i>
1.	„Gesetzesändernde Auslegung“? Die Klageschrift als Antwort auf die Entscheidung	103
2.	Die Schlussanträge des Generalanwalts <i>Karl Roemer</i>	107
3.	Das „Continental-Can-Urteil“ des EuGH	110
4.	Reaktionen aus der Rechtswissenschaft	114
<i>III.</i>	<i>Das EuGH-Urteil als Auslöser für den Rechtsetzungsprozess</i>	<i>117</i>
1.	Die praktische Umsetzbarkeit der „Continental-Can-Doktrin“	119
2.	Die „Continental-Can-Doktrin“ als „Wink mit dem Zaunpfahl“? Art. 86 EWG-Vertrag und die Verordnungskompetenz der Kommission	121
<i>IV.</i>	<i>Zusammenfassung</i>	<i>125</i>
Kapitel 4: Erste Versuche der Implementierung einer Fusionskontrollverordnung		129
<i>I.</i>	<i>Der „Ur-Vorschlag“ der Kommission von 1973</i>	<i>130</i>
1.	Das Fusionskontrollregime des Verordnungsvorschlags	130
a)	Die Aufgreifkriterien	131
b)	Die Eingreifkriterien	131
c)	Anmeldepflicht und Kontrollverfahren	132
2.	Bestehende Fusionskontrollregime als „Blaupausen“ für den Verordnungsvorschlag	133
3.	Die wettbewerbspolitische Begründung der Kommission	138
4.	Die europäische Integration Anfang der 1970er Jahre und ihre Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten des Verordnungsvorschlags	141
<i>II.</i>	<i>Die Resonanz auf den Verordnungsvorschlag</i>	<i>145</i>
1.	Mehr Rechtssicherheit. Die Forderungen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments	145
2.	Die Resonanz auf den Entwurf in Deutschland und die Lokalisierung der Verhandlungspositionen für die Gemeinschaftsebene	149
a)	Die Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums	150
b)	Der Vermerk des Bundeskartellamts	154
c)	Analyse und Vergleich der Vermerke	157

<i>III. Zusammenfassung</i>	160
Kapitel 5: Die langen Verhandlungen während der 1970er Jahre	163
<i>I. Die ersten Verhandlungen auf Gemeinschaftsebene</i>	164
1. Rechtliche und politische Kritik am Verordnungsvorschlag von 1973	164
2. Die Position der Kommission innerhalb der Debatte	168
3. „Bescheidene Erfolgsaussichten“. Die Bewertung des Verordnungsvorschlags nach den ersten Verhandlungen im Bundeswirtschaftsministerium	170
4. Die rechtlichen Anknüpfungspunkte innerhalb der Verordnung für die Debatten	172
<i>II. Der Verordnungsvorschlag und die Entwicklungen in der zweiten Hälfte der 1970er Jahre</i>	175
1. Forderungen aus dem Europäischen Parlament	176
2. Die Integrationsentwicklungen Mitte der 1970er Jahre	180
3. Die Gefahren einer industriepolitischen „Minimallösung“ und die Neuausrichtung der deutschen Verhandlungsstrategie	181
a) Isolation auf Gemeinschaftsebene. Die Fusionskontrolle des GWB und ihr Einfluss auf die deutsche Verhandlungsposition	183
b) Die Debatten um den Kurswechsel für die Verhandlungen. Nationale Pfadabhängigkeiten versus integrationspolitischer Druck	186
<i>III. Zusammenfassung</i>	191
Kapitel 6: Die „Philip-Morris-Entscheidung“ und der Erlass der Fusionskontrollverordnung	193
<i>I. Resignation und Neubeginn. Der Verordnungsvorschlag Anfang der 1980er Jahre</i>	194
1. Die Instrumentalisierung der „Continental-Can-Doktrin“ als Druckmittel für die Verhandlungen	196
2. Integrationspolitischer Neuanfang. Die Einheitliche Europäische Akte und das Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes	200
<i>II. Das „Philip-Morris-Urteil“ des EuGH als Wendepunkt für die Verhandlungen</i>	204
1. Sachverhalt und Entwicklungen vor dem Urteil	205
2. Die Leitsätze des Urteils	206
3. Continental Can 2.0? Die wettbewerbsrechtliche und -politische Einordnung der Leitsätze	208

4. Die Kritik der Rechtswissenschaft	210
5. Die Auswirkungen des Urteils auf den Rechtsetzungsprozess der Fusionskontrollverordnung	213
<i>III. Das finale Aushandeln und der Erlass der Fusionskontrollverordnung</i>	215
1. Die „Philip-Morris-Doktrin“ als wettbewerbsrechtliches Druckmittel	216
2. Die politischen Debatten	219
a) Erste Annäherungen	220
b) Die „britisch-deutsche-Einigkeit“. Gemeinsame Positionen als Mittel zur Interessendurchsetzung	223
3. Die Fusionskontrollverordnung von 1989 – wettbewerbliche Ausrichtung mit industriepolitischem Zugeständnis	227
<i>IV. Zusammenfassung</i>	231
 Ergebnisse	 235
 Quellen- und Literaturverzeichnis	 239
<i>I. Unveröffentlichte Quellen</i>	<i>239</i>
<i>II. Gedruckte Quellen und Literatur</i>	<i>240</i>
 Register	 259

Einleitung

I. Die Europäische Fusionskontrolle im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts

Der Abgeordnete *Lange* aus dem Europäischen Parlament äußerte in einer mündlichen Anfrage an den Ratspräsidenten zur Frage, wann im Ministerrat über den VO-Vorschlag von 1973 zur Einführung einer Europäischen Fusionskontrolle abgestimmt werde: „Also noch einmal meine Frage, verehrter Herr Ratspräsident: Wann will der Rat entscheiden, wann? 1977, 1978, 1979 oder 1980 Wann [sic!]?“ Nach einem zynischen Zwischenruf aus den hinteren Reihen des Parlaments („Warum so früh?“) gab *Lange* resigniert zu bedenken:

„Das [gemeint ist hier der Zwischenruf] zeigt also, dass einige unserer Kollegen sich schon daran gewöhnt haben, in Europa das Zeitmaß etwas anders aufzufassen, als uns das normalerweise im täglichen Leben und im täglichen Umgang miteinander geboten erscheint. Ich wäre also wirklich dankbar, Herr Ratspräsident, wenn Sie die Frage [...] wenigstens entsprechend zu beantworten versuchen. Wenn Sie es nicht können, dann sagen Sie bitte, Sie können es nicht, Sie wissen es nicht.“¹

Auch wenn die Kontrolle des Wettbewerbs, insbesondere bei Zusammenschlüssen marktbeherrschender Unternehmen, heute beinahe selbstverständlich zu den Regulierungskompetenzen der Europäischen Kommission gehört, lässt dieser kleine Schlagabtausch zwischen dem Europäischen Parlament und dem Ministerrat schon erahnen, dass der Einführung einer gemeinschaftsübergreifenden Fusionskontrolle ein langer Aushandlungsprozess mit viel Frustration vorausging. Er wird von *Manfred Caspari*², dem ehemaligen Generaldirektor für Wettbewerb und „Vater der Europäischen Fusionskontrolle“, in einem Aufsatz retrospektiv als ein dramatisches „Historienspiel“ und besonderes „Lehrstück für

¹ Mündliche Anfrage (0–103/76) der Abgeordneten van der Hek, Lange, Knud Nielsen, Lord Ardwick und Herrn Delmotte im Namen der sozialistischen Fraktion an den Rat der Europäischen Gemeinschaften, Betrifft: Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, vom 04.02.1977, Dokument 564/76, BArch B 102/335047.

² *Manfred Caspari* war bereits von 1963–1968 stellvertretender Kabinettschef unter dem Wettbewerbskommissar *Hans von der Groeben* in der Kommission und von 1981–1989 Generaldirektor für Wettbewerb; <https://archives.eui.eu/en/isaar/183>, abgerufen am 05.07.2023, und wird von *Wernhard Möschel* als der „Vater der Fusionskontrollverordnung“ von 1989 bezeichnet; *Möschel, Wernhard*, in: JZ 2008, S. 383–387, 384.

den langen Atem, den die europäische Einigung braucht“, bezeichnet, dem aufgrund seiner Länge und überraschenden Wendungen fast eine gewisse Komik anhaftet.³

Die Idee einer europäischen Zusammenschlusskontrolle war zum Zeitpunkt dieses Schlagabtausches in den 1970er Jahren allerdings längst nicht mehr neu. So gab es mit den wettbewerbsrechtlichen Artikeln des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag) seit dem Jahr 1951 die erste länderübergreifende europäische Wettbewerbsordnung der Nachkriegszeit (Art. 65, 66 EGKS-Vertrag) und mit Art. 66 EGKS-Vertrag bereits eine konkrete Regelung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Auch wenn damit die Begründung einer gemeinsamen Wettbewerbsaufsicht von Beginn an zu den zentralen Aufgaben der europäischen Länder in der Nachkriegszeit gehörte, waren diese Regulierungskompetenzen, entsprechend dem Geltungsbereich des EGKS-Vertrags, beschränkt auf die Unternehmen der sog. Montanunion, mithin Unternehmen des Kohle- und Stahlsektors. Die Einführung einer allgemeinen Fusionskontrolle, die sich nicht nur auf einen bestimmten Industriezweig beschränkt, sollte noch lange auf sich warten lassen. Die erste echte Chance dafür ergab sich bereits im Zuge der Aushandlung der wettbewerbsrechtlichen Artikel des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) Ende der 1950er Jahre. Ähnlich wie bei den zeitgleich in Deutschland geführten Debatten um die wettbewerbsrechtlichen Kontrollinstrumente des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁴ wurde die Implementierung eines Fusionskontrollregimes auch für die Gemeinschaftsebene diskutiert. Letztlich sprachen sich die Gründungsstaaten allerdings einstimmig dagegen aus, sodass der EWG-Vertrag von 1958, wie auch das zeitgleich in Kraft getretene GWB, keine besonderen Artikel zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen enthielten.⁵ Dieser „Geburtsfehler im System des europäischen Wettbewerbsrechts“⁶ führte letztlich dazu, dass der

³ Siehe hierzu: *Caspari, Manfred/Schwarz, Dieter*, Historienspiel, in: Andreae, Clemens-August/Kirchhoff, Jochen/Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, 1989, S. 383–397.

⁴ Vgl. GWB i. d. F. v. 27.07.1957, abgedruckt in: BGBl. I 1957, S. 1081.

⁵ Im GWB von 1958 ist von der geforderten Fusionskontrolle lediglich eine Meldepflicht in den §§ 23, 24 GWB übriggeblieben. In keiner nationalen Rechtsordnung der Gründungsmitglieder waren Fusionskontrollvorschriften enthalten. *Löffler, Heinz F.*, in: Langen (Begr./Bunte (Hrsg.)), Kartellrecht, 2001, Vorbem. FKVO 4064/89, Rn. 2.

⁶ So der Wirtschaftsjurist *Stephan Simon*, Mitglied der Task Force Fusionskontrolle der Generaldirektion Wettbewerb und stellvertretende Referatsleiter des Referats „F: Fusionskontrolle“ bei der Kommission; *Simon, Stephan*, in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 2005, FKVO, Rn. 1; schon in den 1960er Jahren wurde das Fehlen fusionskontrollrechtlicher Vorschriften vom ersten Präsidenten des neu gegründeten Bundeskartellamts *Eberhard Günther* als „erhebliche Lücke im System der Europäischen Wettbewerbsordnung“ beklagt. *Günther, Eberhard*, Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, 1968, S. 128.

Rechtsetzungsprozess der Europäischen Fusionskontrolle vom ersten Vorschlag im „Spaak-Bericht“⁷ im Jahr 1956 im Vorfeld der Verhandlungen des EWG-Vertrags bis hin zur spezialgesetzlichen Einführung im Jahr 1989 durch den Erlass der Fusionskontrollverordnung (FKVO) über 40 Jahre lang andauern sollte. Die Debatten innerhalb des Aushandlungsprozesses waren geprägt von nationalen wirtschaftspolitischen und rechtlichen Pfadabhängigkeiten, juristischen Fragen und den Interessen verschiedener supranationaler sowie nationaler Akteure.

II. Forschungsstand

Die (dogmengeschichtliche) Untersuchung von Gesetzgebungs- und Rechtsetzungsprozessen hat in der deutschsprachigen Rechtsgeschichte bereits eine lange Tradition.⁸ Ziel dieser Arbeiten ist es meist, Interessen und Zielkonflikte innerhalb der Gesetzgebungsprozesse herauszuarbeiten und vor dem Hintergrund des politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Wandels zu kontextualisieren. Das europäische Recht der Nachkriegszeit ist mit seiner ca. 70-jährigen Geschichte als Untersuchungsgegenstand für (rechts-)historische Studien allerdings noch vergleichsweise jung. Obwohl *Reiner Schulze* bereits im Jahr 1994 in einem Aufsatz eine stärkere rechtsgeschichtliche Untersuchung des Gemeinschaftsrechts forderte, entwickelte sich eine Forschungstradition nur sehr langsam heraus.⁹ Zum Stand der Forschung zum Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) schrieb *Christian Joerges* im Jahr 2010: „Die Rechtshistoriker vernachlässigen das neue Europa gründlich“¹⁰ und auch *Morten Rasmussen* schrieb noch im Jahr 2021 einen Aufsatz über „The Lack of Legal History of European Law“ und erklärte darin, dass die europäische Rechtsgeschichte der Nachkriegszeit noch weit weg von einer „well-established tradition“ sei.¹¹

⁷ Vollständiger Titel: „Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister“, abgedruckt in: Schwarz, Jürgen (Hrsg.), *Der Aufbau Europas*, 1980, S. 277–334.

⁸ Siehe hierzu: z. B. die Beiträge des Sammelbands von *Reiner Schulze*; *Schulze, Reiner* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991; zuletzt für die Einführung Fusionskontrolle in das GWB, *Höhne, Verena*, Entstehung, 2022.

⁹ *Schulze, Reiner*, in: ZNR 1994, S. 297–323. Auch das Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (vormals Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte) hat sich mit dem Recht der EWG zunächst nur zögerlich auseinandergesetzt. Mittlerweile beschäftigt sich die Abteilung „Europäische und vergleichende Rechtsgeschichte“ vermehrt auch mit Fragen der EWG, wie der Rechtsgeschichte der Europäischen Einigung oder einer „oral history“ des Europäischen Gerichtshofs.

¹⁰ *Joerges, Christian*, in: JZ 2010, S. 394–406, 399, Fn. 35.

¹¹ *Rasmussen, Morten*, in: *European Papers* 2021, S. 923–932, 924; für einen Überblick über den Forschungsstand siehe: Kaiser, Wolfram/Varsori, Antonio (Hrsg.), *European Union History*, 2010.

Die vorhandenen rechtsgeschichtlichen Untersuchungen, die sich speziell mit dem Wettbewerbsrecht und der sich daraus entwickelnden Wettbewerbspolitik der EWG beschäftigen, beschränken sich bisher v. a. auf die Untersuchung von Transformationsprozessen,¹² auf die Herausarbeitung von Pfadabhängigkeiten gegenüber nationalen Ordnungsvorstellungen¹³ oder auf die Entstehung und Anwendung des europäischen Kartellrechts durch die Kommission und bzw. oder den EuGH.¹⁴ In der Literatur bis heute umstritten ist dabei die Frage nach der wettbewerbstheoretischen Prägung des mit dem EWG-Vertrag eingeführten gemeinsamen Wettbewerbsrechts und der darauf aufbauenden Wettbewerbspolitik. Den Anstoß für die Debatten darüber gab die im Jahr 1998 erschienene Arbeit von *David J. Gerber*, der darin, anknüpfend an seinen Aufsatz „Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the New Europe“,¹⁵ die Entstehungsgeschichte des europäischen Kartellrechts des 20. Jahrhunderts rekonstruierte.¹⁶ In seiner zweiteiligen Analyse untersuchte er zunächst die wettbewerbsrechtlichen Entwicklungen in Deutschland seit dem Kaiserreich sowie, darauf aufbauend, die Entstehung des europäischen Wettbewerbsrechts. Den Schwerpunkt seiner Arbeit legte *Gerber* dabei auf das Kartellrecht und betonte dessen ordoliberalen Prägung – die Fusionskontrolle erwähnte er dabei lediglich am Rande. Die vorgenommenen Deutungen und Einordnungen waren insbesondere in der deutschsprachigen Forschung zum europäischen Wettbewerbsrecht anschlussfähig und wurden zuletzt umfassend von *Milène Wegmann* in ihrer ideengeschichtlichen Studie zum „Einfluss des Neoliberalismus auf das Europäische Wettbewerbsrecht 1946–1965“ rezipiert und erweitert.¹⁷ In der englischsprachigen Forschungsliteratur wird die These *Gerbers* allerdings bis heute immer wieder in Frage gestellt. So schrieben beispielsweise *Pinar Akman* und *Hussein Kassim* in einer gemeinsamen Studie, dass es sich bei der ordoliberalen Prägung der EWG-Wettbewerbspolitik lediglich um einen „Mythos“

¹² Siehe hierzu v. a.: *Patel, Kiran Klaus/Röhl, Hans Christian*, Transformation durch Recht, 2020; *Weiler, Joseph H.*, in: *The Yale Law Journal* 1991, S. 2403–2483; sowie: *Gerber, David J.*, in: *Harvard International Law Journal* 1994, S. 97–147.

¹³ Siehe v. a.: *Gerber, David J.*, in: *American Journal of Comparative Law* 1994, S. 25–84; *Ders.*, *Law and Competition*, 1998; vgl. auch: *Wells, Wyatt C.*, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, 2012.

¹⁴ *McGowan, Lee*, *The Antitrust Revolution*, 2010; *Gith, Rainer*, Entstehungsgeschichte, 2003; *Pace, Lorenzo/Frederico/Seidel, Katja*, *The Drafting*, in: *Patel, Kiran Klaus/Schweitzer, Heike* (Hrsg.), *The Historical Foundations*, 2013, S. 54–88; *Davis, Bill*, *Resisting the European Court of Justice*, 2012.

¹⁵ *Gerber, David J.*, in: *American Journal of Comparative Law* 1994, S. 25–84.

¹⁶ *Gerber, David J.*, *Law and Competition*, 1998; siehe zuletzt aus globaler Perspektive: *Ders.*, *Competition Law and Antitrust – A Global Guide*, 2020.

¹⁷ *Wegmann, Milène*, *Der Einfluss des Neoliberalismus*, 2008; sowie: *Dies.*, *Früher Neoliberalismus und Europäische Integration*, 2002. Siehe außerdem: *Müller, Thomas*, *Wettbewerb*, 2014; *Breker, Olaf*, *Ordoliberalismus*, in: *Sandkühler, Thomas* (Hrsg.), *Europäische Integration*, 2002, S. 99–126; *Molsberger, Josef*, *Schulmeister Europas?*, in: *Heckel, Martin* (Hrsg.), *Innere Einheit*, 1996, S. 141–158.

handle.¹⁸ Ergänzt werden diese Studien durch eine ganze Reihe von Aufsätzen in Sammelbänden und Zeitschriften, die sich mit verschiedenen Aspekten der Prägung des Wettbewerbsrechts, insbesondere der Kartellverordnung (VO 17/62), auseinandersetzen.¹⁹

In der wirtschaftsgeschichtlichen Forschung zum europäischen Wettbewerbsrecht dominieren Untersuchungen zu grenzüberschreitenden Kartellen und im Hinblick auf den Gemeinsamen Markt solche zur Bewältigung von Strukturkrisen.²⁰ Daran knüpfen Arbeiten zum politischen Einfluss von Industrie- und Unternehmensverbänden²¹ oder zu Fragen der europäischen Wirtschaftspolitik und Wettbewerbspolitik²² an. Eine umfassende Untersuchung der Entstehung

¹⁸ Anknüpfungspunkt ihrer Kritik ist der Vorwurf, dass die ordoliberalen Prägung des Wettbewerbsrechts nicht aus den Protokollen der Verhandlungen im Vorfeld des EWG-Vertrags oder den Vorschriften selbst herausgearbeitet worden seien, sondern unkritisch aus dem historischen Kontext, Überzeugungen von Personen, die in die Verhandlungen involviert waren, und durch die Anwendung der Vorschriften nach dem Erlass des Vertrags abgeleitet wurden; im Original: „The influence of ordoliberalism has rather been imputed from the historical context, the beliefs of individuals involved in the negotiations leading to the Rome Treaty and the application of the provisions by the Commission and the courts after it was signed“; *Akman, Pinar/Kassim, Hussein*, in: *Journal of Common Market Studies* 2010, S. 111–132; für die Zitate siehe: S. 113, 127; dies stützend: *Akman, Pinar*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, S. 267–303.

¹⁹ Siehe hierzu exemplarisch: *Leucht, Brigitte*, Transatlantic Policy Networks, in: Kaiser, Wolfram/Leucht, Brigitte/Rasmussen, Morten (Hrsg.), *The History of the European Union*, 2009, S. 56–73; *Seidel, Katja*, DG IV, in: Kaiser, Wolfram/Leucht, Brigitte/Rasmussen, Morten (Hrsg.), *The History of the European Union*, 2009, S. 129–147; *Pace, Lorenzo Fredericol Seidel, Katja*, The Drafting, in: Patel, Kiran Klaus/Schweitzer, Heike (Hrsg.), *The Historical Foundations*, 2013, S. 54–88; *Mestmäcker, Ernst Joachim*, Towards a Concept of a Workable European Competition Law, in: Patel, Klaus/Schweitzer, Heike (Hrsg.), *Historical Foundations*, 2013, S. 191–206; *Ramírez-Pérez, Sigfriedol Van de Scheur, S.*, The Evolution of the Law, in: Patel, Kiran Klaus/Schweitzer, Heike (Hrsg.), *The Historical Foundations*, 2013, S. 19–53.

²⁰ *Marx, Christian*, in: *JWG* 2017, S. 163–197; *Schröter, Harm G.*, in: *JWG* 2012, S. 87–102; Pohl, Hans (Hrsg.), *Competition and Cooperation of Enterprises*, 1997; für Deutschland siehe: Plumpe, Werner/Steiner, André (Hrsg.), *Der Mythos der postindustriellen Welt*, 2016; zuletzt: *Ahrens, Ralf*, Strukturpolitik und Subventionen, 2022; bezogen auf die deutsche Fusionskontrolle aus rechtsgeschichtlicher Perspektive: *Rassow, Verena/Pahlow, Louis*, in: *JWG* 2018, S. 343–376; siehe außerdem: *Wells, Wyatt C.*, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, 2012.

²¹ *Rhenisch, Thomas*, Europäische Integration und industrielles Interesse, 1999; *Ramírez-Pérez, Sigfriedo/Alex Covarrubias V.* (Hrsg.), *New Frontiers*, 2020; *Ramírez-Pérez, Sigfriedo*, in: *European Review of History* 2019, S. 618–635; *Ders.*, in: *Journal of European Integration History* 2016, S. 329–354; *Ders.*, *Business History* 2020, S. 815–836, für die 1990er Jahre siehe: *Anderson, Jeffrey J.*, German Industry, in: Berghahn, Volker (Hrsg.), *Quest for Economic Empire*, 1996, S. 171–206.

²² Grabas, Christian/Nützenadel, Alexander (Hrsg.), *Industrial Policy in Europe after 1945*, 2014; insbesondere: *Warloutzet, Laurent*, Towards a European industrial policy?, in: Grabas, Christian/Nützenadel, Alexander (Hrsg.), *Industrial Policy in Europe after 1945*, 2014, S. 213–235; *Ahrens, Ralf/Eckert, Astrid M.*, in: *JWG* 2017, S. 23–33; *Ambrosius, Gerald*,

des EWG-Wettbewerbsrechts unternimmt *Frank Pitzer*. In seiner interdisziplinär, zwischen Rechts-, Wirtschafts-, Politik- und Integrationsgeschichte angelegten Studie fragt er nach den „Interessen im Wettbewerb“, um anhand dieser Rückschlüsse auf die Formulierung einer gemeinsamen Wettbewerbspolitik der EWG in ihren Anfangsjahren zu ziehen. Zentrale Anknüpfungspunkte sind dabei die Verhandlungen um das Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrags sowie die Aushandlung und Ausrichtung der VO 17/62.

In der allgemeinen Geschichtswissenschaft stand neben der Untersuchung der europäischen Integration nach 1945 anhand verschiedener Integrationsmodelle²³ die Genese der europäischen Institutionen im Vordergrund.²⁴ Ergänzt werden diese Arbeiten durch eine Fülle an rechts-, sozial- und politikwissenschaftlichen Studien, die verstärkt nach den Methoden der europäischen Rechtsetzung,²⁵ der Bedeutung von Einzelakteuren und Netzwerken,²⁶ den politischen Entscheidungsmechanismen²⁷ und dem Einfluss der Entwicklung des europäischen Rechts auf das nationale Recht²⁸ fragen oder einen Vergleich zu anderen politischen Systemen wie etwa den USA²⁹ ziehen. Für die Untersuchung der integra-

Wirtschaftsraum Europa, 1996; *Buch-Hansen, Hubert/Wigger, Angela*, in: *Review of International Political Economy* 2010, S. 20–44.

²³ Siehe hierzu exemplarisch: *Loth, Wilfried*, *Europas Einigung*, 2020; *Brunn, Gerhard*, *Die Europäische Einigung: Knipping*, Franz, Rom, 25. März 1957, 2004; *Urwin, Derek W.*, *The Community of Europe*, 1994; aus rechtsgeschichtlicher Perspektive siehe v. a.: *Mangold, Anna Katharina*, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, 2011; *Rüther, Günther/Pawlik, Armin D.* (Hrsg.), *Der Beitrag des Rechts*, 1984; zur Rolle des EuGH siehe: *Ipsen, Hans Peter*, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs*, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983, S. 29–62; *Höpner, Martin*, in: *Berliner Journal für Soziologie* 2011, S. 203–229; *Ders.*, in: *Sozialer Fortschritt* 2010, S. 141–151; *Herget, Lukas*, in: *Themenportal Europäische Geschichte* 2022, S. 1–9; *Herget, Lukas/Pahlow, Louis*, in: *Working Papers of the Priority Programme 1859*, No 28 (2020), S. 1–22.

²⁴ Für die Kommission siehe: *Nugent, Neill*, *The European Commission* 2002; *Rometsch, Dietrich*, *Die Rolle und Funktionsweise der Europäischen Kommission*, 1999; *Gehler, Michael*, *Europa. Ideen, Institutionen, Vereinigungen, Zusammenhalt*, 2018.

²⁵ *Bergström, Carl Fredrik/Ritleng, Dominique* (Hrsg.), *Rulemaking by the European Commission*, 2016; *Mendes, Joana*, *Participating in EU Rule-Making*, 2011.

²⁶ *Gehler, Michael/Kaiser, Wolfram/Leucht, Brigitte* (Hrsg.), *Netzwerke im Europäischen Mehrebenensystem* 2009; *Endo, Ken*, *The Presidency of the European Commission under Jacques Delors*, 1999; *Rasmussen, Morten*, in: *Journal of European Integration History* 2008, S. 77–98; siehe auch: *McGowan, Leel/Wilks, Stephen*, in: *European Journal of Political Research* 1995, S. 141–169; *Lappenkühler, Ulrich/Thiemeyer, Guido* (Hrsg.): *Europäische Einigung im 19. und 20. Jahrhundert*, 2013.

²⁷ *Curtin, Deirdre*, *Executive Power of the European Union*, 2009; *Lehmkuhl, Dirk*, *Cooperation and Hierarchy*, in: *Tömmel, Ingeborg/Verdun, Amy* (Hrsg.), *Innovative Governance in the European Union*, 2009, S. 103–119; *Ders.*, in: *Journal of Public Policy* 2008, S. 139–159; *Pollack, Mark A.*, *The Engines of European Integration*, 2003; *Lauring-Knudsen, Ann-Christiane/Rasmussen, Morten*, in: *Journal of Integration History* 2008, S. 51–68.

²⁸ *Mangold, Anna Katharina*, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, 2011.

²⁹ *Scharpf, Fritz W.*, *Democratic Legitimacy*, in: *Nicolaidis, Kalypso/Howse, Robert*

tiven Wirkung des gemeinsamen Wettbewerbsrechts besonders hervorzuheben ist die Arbeit von *Sybille Hambloch*. Ähnlich wie *Pitzer* untersucht sie zwar die europäische Wettbewerbspolitik in den Anfangsjahren der EWG und legt dabei den Fokus auf das Kartellrecht. Anders als *Pitzer* fragt sie aber nicht nach den „Interessen“ bei der Aushandlung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, sondern beleuchtet die Entwicklung von Prozessen, Strukturen und Inhalten der gemeinsamen Wettbewerbspolitik in der Generaldirektion Wettbewerb auf der Arbeitsebene der Kommission.

Blickt man schließlich speziell auf die Einführung einer Zusammenschlusskontrolle auf der Gemeinschaftsebene, so wurde bisher lediglich die Entstehung und Anwendung des Art. 66 EGKS-Vertrag, der Fusionskontrolle für die Montanunion dezidiert rekonstruiert. In seiner an die Neue Institutionenökonomie angelegten Studie „Gefahr für den Wettbewerb?“ untersucht *Tobias Witschke* die Wirkung der Fusionskontrolle der EGKS und die Rolle der Hohen Behörde beim Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft nach den Neuordnungsmaßnahmen der Alliierten.³⁰ Der Aushandlungsprozess um die Einführung der Fusionskontrolle für den Gemeinsamen Markt war bisher noch nicht Gegenstand einer selbstständigen rechtshistorischen Arbeit. Er fällt somit aus dem Forschungskontext heraus und ist ein Desiderat.³¹

(Hrsg.), *The Federal Vision*, 2001, S. 355–374; *Majone, Giandomenico*, *Regulating Europe*, 1996.

³⁰ *Witschke, Tobias*, *Gefahr für den Wettbewerb?*, 2009; siehe außerdem noch: *Leucht, Brigitte*, *Transatlantic policy networks*, in: *Kaiser, Wolfram/Leucht, Brigitte/Rasmussen, Morten* (Hrsg.), *The History of the European Union*, 2009, S. 56–73; *Baums, Theodor*, *Das Kartellverbot in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, in: *Pohl, Hans* (Hrsg.), *Kartelle und Kartellgesetzgebung*, 1985, S. 303–317.

³¹ Der Aushandlungsprozess der Fusionskontrolle im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts und der -politik, wurde bisher nur vereinzelt und überwiegend in Aufsatzform behandelt. Siehe hierzu: *Schwartz, Ethan*, in: *Yale Journal of International Law* 1993, S. 607–662; *Caspari, Manfred/Schwarz, Dieter*, *Historienspiel*, in: *Andreae, Clemens-August/Kirchhoff, Jochen/Pfeiffer, Gerd* (Hrsg.), *Wettbewerb als Herausforderung und Chance*, 1989, S. 383–397; *Lyons, Bruce*, *An Economic Assessment of European Commission Merger Control*, in: *Vives, Xavier* (Hrsg.), *Competition Policy in the EU*, 2009, S. 135–175; *Warloutzet, Laurent*, in: *Journal of Common Market Studies* 2016, S. 725–741; *Möschel, Wernhard*, in: *JZ* 2008, S. 383–387. Ansonsten finden sich in einigen geltendrechtlichen Arbeiten Hinweise zur Entstehungsgeschichte, sofern diese für die Beantwortung der Fragestellung dienlich erschienen. Es handelt sich dabei aber überwiegend um anekdotische Nacherzählungen; siehe hierzu exemplarisch: *Krimphove, Dieter*, *Europäische Fusionskontrolle*, 1992; *Wirtz, Markus Marcell*, *Legalität*, 2001; *Farbmann, Kyrill*, *Die Reform der Fusionskontrollverordnung*, 2005; *Ders.*, in: *EuR* 2004, S. 478–487; *Deimel, Albert*, *Rechtsgrundlagen*, 1992.

III. Fragestellung, Erkenntnisinteresse, Quellen

An dieser Forschungslücke setzt die vorliegende Arbeit an und macht sich den Rechtsetzungsprozess der europäischen Fusionskontrolle von ihrer ersten Idee Ende der 1950er Jahre bis hin zum Erlass der FKVO im Jahr 1989 zum Untersuchungsgegenstand. Dessen dogmengeschichtliche Aufarbeitung soll aber nicht Selbstzweck der Arbeit sein. Ziel der Untersuchung ist es, die Besonderheiten und Logiken des europäischen Rechtsetzungsprozesses anhand zentraler, entwicklungsgeschichtlicher Stationen der Fusionskontrolle greifbarer zu machen. Der Fokus der Analyse liegt dabei auf den Akteuren. Die Untersuchung setzt dazu sowohl auf der supranationalen, der intergouvernementalen als auch auf der nationalen Ebene an.³²

Auf der supranationalen Ebene wird vordringlich das Ineinandergreifen der Kommission und des EuGH in den Blick genommen, die die Implementierung eines gemeinschaftsübergreifenden Zusammenschlusskontrollregimes angestoßen und sich innerhalb dieses Prozesses immer wieder gegenseitig ergänzt haben. Vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen primärrechtlich zugewiesenen Aufgaben und Funktionen im institutionellen Gefüge der Gemeinschaft wird die Einflussnahme beider Akteure auf diesen Rechtsetzungsprozess herausgearbeitet und ihre Rolle bei der Einführung der Fusionskontrolle kritisch hinterfragt. Für die intergouvernementale und die nationale Ebene liegt der Fokus der Untersuchung auf den Verhandlungsdelegationen, insbesondere auf den Arbeitsgruppen des Ministerrats³³, die unmittelbar an der Ausarbeitung und Aushandlung der FKVO beteiligt waren. Ziel ist es hier, die rechtlichen Debatten in den Arbeitsgruppen überlagernden wettbewerbspolitischen Interessen der jeweiligen Delegationen herauszuarbeiten, um im Anschluss daran die Frage nach den Strategien und Methoden ihrer Durchsetzung zu stellen. Um das Agieren der deutschen Verhandlungsdelegation in den verschiedenen Stadien dieses Prozesses besser nachvollziehen zu können, werden auf der nationalen Ebene die Debatten innerhalb und zwischen den zuständigen Abteilungen und Fachreferaten des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) und des Bundeskartellamts (BKartA), die für die Ausarbeitung der „Deutschen Position“ für die Gemeinschaftsebene verantwortlich waren, ausgewertet. Anhand dieser lässt sich *einerseits* erkennen, auf welchen rechtlichen, politischen sowie wirtschaftlichen Erwägungen die jeweils in den Arbeitsgruppen des Ministerrats vertretenen Positionen beruhten. *Andererseits* können so die Strategien nachvollzogen werden, die für die Durchsetzung der FKVO von den Delegationen erarbeitet und diskutiert wurden.

³² Für die EWG/EG als „Mehrebenensystem“ siehe z.B.: Gehler, Michael/Kaiser, Wolfram/Leucht, Brigitte (Hrsg.), Netzwerke im Europäischen Mehrebenensystem, 2009.

³³ Mit dem „Ministerrat“ ist hier der mit Erlass des EWG-Vertrags gegründete „Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ und ab der Fusion der Gemeinschaften 1967, der „Rat der Europäischen Gemeinschaften“ gemeint. Der Begriff „Ministerrat“ wird in Abgrenzung zum 1974 gegründeten „Europäischen Rat“ verwendet.

Als mittelbar an dem Rechtsetzungsprozess beteiligte Akteure werden für die Gemeinschaftsebene v. a. der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) sowie für die nationale Ebene der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) und andere Interessengruppen aus Industrie und Wirtschaft in den Blick genommen. Anhand der von diesen abgegebenen Stellungnahmen zu den verschiedenen VO-Entwürfen seit dem Jahr 1973 und dem Schriftwechsel zwischen den Verbänden und dem BMWi wird aufgezeigt, welche Forderungen von Seiten der Unternehmen an die Ausgestaltung einer gemeinschaftsübergreifenden Fusionskontrolle gestellt wurden und auf welchem Weg sie versuchten, diesen Forderungen Gehör zu verschaffen.

Das Erkenntnisinteresse der Untersuchung weist zwei zentrale Dimensionen auf, die allerdings nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können. Die *erste* Dimension setzt stärker auf der dogmengeschichtlichen Ebene an und ergänzt die für die sog. Frühphase der EWG entstandenen Forschungsarbeiten, die nach den „Interessen“³⁴ innerhalb der Debatten um die Einführung der wettbewerbsrechtlichen Artikel für den EWG-Vertrag und der „Kartellverordnung“ VO 17/62 fragen. Anknüpfend an die in diesen beschriebenen (wirtschafts-)politischen und rechtlichen Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten, wird anhand der Debatten um die Einführung der Fusionskontrolle herausgearbeitet, ob und inwieweit die bereits zu Beginn der wirtschaftlichen Zusammenarbeit bestehenden Konflikte sich auch auf die späteren Debatten um die Ausarbeitung und Einführung der Fusionskontrolle durchgeschlagen haben. Die vorgebrachten Argumente der jeweiligen Akteure werden dabei sowohl auf Pfadabhängigkeiten³⁵ gegenüber nationalen Ordnungsvorstellungen als auch auf wirtschaftspolitischen Protektionismus hin untersucht. Außerdem wird nach Kontinuitäten innerhalb der Argumentationsmuster und Begründungstechniken gefragt. Die *zweite* Dimension setzt zwar auch an der Argumentation der Akteure innerhalb des Aushandlungsprozesses an, fragt aber nach den jeweiligen Strategien und Instrumenten sowie den Mechanismen, die diese eingesetzt bzw. gezielt genutzt haben, um den Rechtsetzungsprozess in ihrem Sinne zu beeinflussen und ihre Interessen abzusichern. Insbesondere die internen Diskussionen um die Erarbeitung der „[d]eutschen Position“ innerhalb der Referate des BMWi verdeutlichen dabei, wie stark die wettbewerbsrechtlichen Debatten auf der Gemeinschaftsebene von wirtschaftspolitischen Interessen und rechtlichen Vorbedingungen der nationalen Rechtsordnungen (GWB) überlagert wurden. Die Strategien, Me-

³⁴ Siehe hierzu v. a.: *Pitzer, Frank*, Interessen im Wettbewerb, 2009, passim.

³⁵ Das Konzept der Pfadabhängigkeiten wird für das verfolgte Erkenntnisinteresse auf seinen Grundgedanken reduziert. Dieser beruht auf der Überlegung, dass der Ablauf von Prozessen durch zeitlich in der Vergangenheit liegende Ereignisse beeinflusst oder sogar vollständig determiniert sein kann; siehe für das Konzept: *Pierson Paul*, in: *American Political Science Review* 2000, S. 251–267; *North, Douglass C.*, Institutions, Institutional Change, 1990; aus rechtlicher Perspektive: *Bebchuk, Lucian A./Roe, Mark*, in: *Stanford Law Review* 1999, S. 127–170.

thoden und Begründungstechniken, die für die Durchsetzung der Interessen erarbeitet wurden, sowie das Agieren der Kommission und insbesondere des EuGH in diesem Kontext zeigen außerdem auf, wie versucht wurde, diese Interessen durch juristische Auslegungstechniken und Semantiken zu stützen, um sie so als originär juristische Argumente in die Debatten einzubringen. Spiegelt man schließlich den Konflikt der verschiedenen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Systeme vor dem Hintergrund der Ausrichtung der geplanten Fusionskontrollregime in den verschiedenen Stadien des Rechtsetzungsprozesses und blickt letztlich auf die im Jahr 1989 eingeführte FKVO, so lassen diese eine Bewertung darüber zu, welche Strategien im Ergebnis erfolgreich waren und welche Delegation sich mit ihren Interessen durchsetzen konnte.

Die Einführung der europäischen Fusionskontrolle ist als Eingriff in den Wettbewerb in hohem Maße wirtschaftspolitisch aufgeladen und eignet sich als Untersuchungsgegenstand deshalb besonders gut, um die rechtlichen Logiken und die Rolle der Akteure innerhalb europäischer Rechtsetzungsprozesse kritisch zu hinterfragen. In der die rechtlichen Debatten überlagernden Frage nach der wettbewerbspolitischen Ausrichtung des Kontrollregimes treffen zwangsläufig die verschiedenen wirtschaftspolitischen Systeme sowie die unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen der Mitgliedstaaten aufeinander. Erst vor deren Hintergrund lassen sich die Verhandlungsstrategien und Argumentationen der jeweiligen Akteure erklären. Die wettbewerbspolitische Dimension der Fusionskontrolle verdeutlicht dabei einmal mehr, wann und warum der EuGH und die Kommission innerhalb europäischer Rechtsetzungsprozesse aus den ihnen vom Primärrecht vorgegebenen Rollen ausbrechen und auf welche Positionen sie sich dabei zurückziehen. Verstärkt wird dies durch die Rechtsnatur der Fusionskontrolle als Regulierungsinstrument und ihrer einschneidenden Wirkung für die von ihr potenziell betroffenen Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt. Die dadurch berührten Interessen von Industrie und Wirtschaft, insbesondere deren Instrumentalisierung durch die Kommission innerhalb der Verhandlungen, ermöglicht es, den Aushandlungsprozess differenzierter und aus verschiedenen Perspektiven zu betrachten. *Einerseits* wurden diese Interessen über die Verbände in die Debatten um die Ausgestaltung der Kontrollregimes eingebracht. *Andererseits* wurden sie, insbesondere von der Kommission, als Spielball dazu genutzt, um wiederkehrenden Druck auf die Verhandlungsdelegationen aufzubauen und dadurch die eigene Position in den Verhandlungen zu stärken. Der lange Zeitraum, über den sich die Implementierung der Fusionskontrolle hinzog, ermöglicht es zudem, den Aushandlungsprozess vor dem Hintergrund der voranschreitenden politischen Integration der Gemeinschaft zu kontextualisieren und die Rückwirkungen der integrationspolitischen Entwicklungen und Interdependenzen zwischen diesen und dem Rechtsetzungsprozess sichtbar zu machen.

Die gewonnenen Erkenntnisse der Arbeit basieren auf der Sichtung und Analyse von gedruckten sowie ungedruckten Quellen. Zentral ausgewertete veröffentlichte Quellen sind die ab dem Jahr 1972 jährlich erscheinenden wettbewerbs-

Register

- Aufgreifkriterien 131, 134, 140, 149, 151, 160, 172, 196, 212, 224, 227
- Bundeskartellamt 27, 33, 49, 57, 62, 135, 154, 157, 160, 175, 199, 223, 231
- Bundswirtschaftsministerium 28, 150, 157, 160, 165, 170, 182 f., 186, 191 f., 218, 220, 222 f., 229, 232, 236
- Continental-Can 93, 95, 98, 100, 103, 107, 110, 114, 119, 121, 125, 129, 134, 138, 141, 145 f., 155, 158, 160, 166, 168, 193, 196, 208, 210, 213, 215 f., 231, 236
- Druckmittel 156, 194, 197, 204 f., 215 f., 219, 223, 231, 237
- Eingreifkriterien 131, 134, 147, 160, 196, 228
- Einstimmigkeit 31, 40, 123, 127, 166, 177, 181, 191, 201, 227, 236
- Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss 145, 160, 167, 191, 218
- Europäisches Parlament 145, 160, 176, 183, 191, 197, 203
- Generaldirektor 1, 49, 62, 181, 203, 223
- Groeben, Hans von der 11, 18, 27, 29, 34, 48, 53, 62, 68, 238
- Hallstein, Walter 38, 48, 238
- Industriepolitik 102, 161, 167, 170, 180
- Integrationspolitische Entwicklungen 141, 180, 193, 200
- Intergouvernementalismus 8, 138, 143, 181, 192, 236
- Konzentrationsmemorandum 56, 68, 75, 83, 91, 99 f., 103 f., 111, 114, 120, 125, 210
- Ministerrat 1, 31, 40, 48, 94, 129 f., 145, 163 f., 176, 192, 203, 214 f., 219, 231
- Montanunion 2, 7, 18, 57 f., 90
- Ordoliberalismus 4, 14, 31, 44–50, 52, 235, 238
- Pfadabhängigkeiten 9, 21, 52, 130, 145, 159, 161, 185 f., 191, 235
- Philip-Morris 194, 205, 207 f., 211, 215 f., 231, 237
- Planification 14, 20, 48, 235
- Protektionismus 9, 28, 52, 145, 159, 161, 166, 188, 193 f.
- Rechtsunsicherheit 35, 38, 95, 115, 196 f., 210, 212 f., 218, 232, 237
- Spaak-Bericht 15–19, 24, 28, 56
- Stillstand 180, 182, 231
- Supranationalität 16, 19, 22, 28, 38, 53, 133, 143, 145, 157, 159 f., 171, 180, 182, 192, 199, 235
- Verhandlungsposition 17, 19, 24, 26, 28, 40, 52, 150, 182 f., 197, 219, 221, 232, 235
- Verhandlungsstrategie 31, 130, 145, 175, 182, 191, 223
- Verordnung 17/62 36, 44, 52, 59, 68, 96, 171, 191, 236
- Wettbewerbsbehörde 14, 16, 31 f., 43, 53, 146, 153