

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht
30

Die Europäische Fusionskontrolle



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

30

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Professor Dr. Ulrich Drobnig, Professor Dr. Hein Kötz
und Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker

Die Europäische Fusionskontrolle

Grundzüge und Einzelfragen
zur Verordnung (EWG) Nr. 4064/89

von

Winfried Veelken
Matthias Karl und Stefan Richter



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Veelken, Winfried:

Die europäische Fusionskontrolle: Grundzüge und Einzelfragen zur Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 / von Winfried Veelken, Matthias Karl und Stefan Richter.

– Tübingen: Mohr, 1992

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht; Bd. 30)

ISBN 3-16-145943-1

NE: Karl, Matthias.; Richter, Stefan.; GT

978-3-16-158366-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1992 J. C. B. Mohr (Paul 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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf säurefreies Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0720-1141

Vorwort

Die europäische Fusionskontrolle kann derzeit schon über 100 Entscheidungen zur Vereinbarkeit von Unternehmenszusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt verzeichnen. Seit dem Inkrafttreten der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen am 21. September 1990 bestand daher vielfach die Möglichkeit, die Praxistauglichkeit des neugeschaffenen Rechtsinstruments unter Beweis zu stellen. Nach der bisherigen Anwendung durch die Kommission stehen einer einzigen Untersagung eines Zusammenschlusses und wenigen Verfahren, in denen den beteiligten Unternehmen Auflagen erteilt wurden, eine bei weitem überwiegende Anzahl von Entscheidungen gegenüber, in denen der Zusammenschluß als zulässig angesehen wurde, da keinerlei ernsthafte Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt festzustellen waren.

Eine Vielzahl von rechtlichen Fragestellungen, die sich aus der Verordnung ergeben, sind wegen der großzügigen Genehmigungspraxis der Kommission bisher noch nicht in den Vordergrund getreten. Ziel des vorliegenden Bandes ist es, die grundlegenden Aspekte dieses neuen Rechtsinstruments im System des europäischen Wettbewerbsrechts zu skizzieren, sowie ausgewählten Einzelfragen nachzugehen, deren Behandlung in der Literatur bis vor kurzem nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

Der Beitrag von *Veelken* zeichnet die Entstehungsgeschichte der Verordnung vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Interessenlagen nach, die die einzelnen Mitgliedstaaten mit der Fusionskontrolle verfolgen wollten, und sieht die Verordnung dabei in ihren Grundzügen als weitgehend von den Kompromissen geprägt, die für ihre Verabschiedung gefunden werden mußten.

Welche Rechte Unternehmen geltend machen können, die als außenstehende Dritte nicht förmlich am Verfahren vor der Kommission beteiligt sind, untersucht *Karl*. Er kommt zu dem Ergebnis, daß sowohl Wettbewerber als auch Abnehmer und Verbraucher nach der Anmeldung eines Zusammenschlusses in allen Abschnitten des Verfahrens ein Anhörungsrecht geltend machen können und sich aus dieser Rechtsposition eine Klagebefugnis gegen die Entscheidungen der

Kommission ableiten läßt. Ob durch die Verordnung Nr. 4064/89 tatsächlich eine ausschließliche Fusionskontrolle geschaffen wurde, stellt *Richter* in Frage. Zweifel hält er vor allem daran für angebracht, ob die Rechtsgrundlagen der Verordnung deren strikte Exklusivität für Unternehmenszusammenschlüsse gegenüber den bestehenden Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages rechtfertigen können.

Erlangen, Frankfurt a.M., Hamburg,
im August 1992

Die Autoren

Inhalt

<i>Veelken, Winfried</i> Aspekte der europäischen Fusionskontrolle	1
<i>Karl, Matthias</i> Die Rechtsstellung privater Dritter in der europäischen Fusionskontrolle	37
<i>Richter, Stefan</i> Europäische Fusionskontrolle außerhalb der Fusions- kontrollverordnung - Überlegungen zu Auslegung und Wirksamkeit von Art. 22 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89	83
Register	102

Aspekte der europäischen Fusionskontrolle

Winfried Veelken, Erlangen-Nürnberg

Inhalt

- I. Einführung
- II. Entwicklung
- III. Grundzüge
 - 1. Anwendungsbereich
 - 2. Eingreifkriterien
 - 3. Verfahren
 - 4. Verhältnis zur nationalen Fusionskontrolle
 - 5. Verhältnis zur Fusionskontrolle nach Art. 85/86 EWGV
- IV. Einzelfragen
 - 1. Anwendungsbereich
 - a. Schwellenwerte
 - b. Zusammenschlußbegriff
 - 2. Materielle Beurteilungskriterien
 - a. Historische Entwicklung
 - b. Der Grundsatz
 - c. Ergänzende Gesichtspunkte
 - d. Erwägungsgründe
 - e. Protokollerklärung
 - f. Ergebnis
 - 3. Verhältnis Europäische - Nationale Fusionskontrolle
 - a. Grundsatz
 - b. »Deutsche Klausel«
 - c. Vorbehalt berechtigter nationaler Interessen, Art. 21 III
 - d. Die sog. »Holländische Klausel«, Art. 22 III
 - 4. Verhältnis der Europäischen Fusionskontrolle zur Anwendung der Artt. 85, 86 EWGV
 - a. Grundsatz
 - b. Überschneidungsmöglichkeiten
 - c. Nichtanwendbarerklärung der Verordnung 17
 - d. Anwendung von Artt. 88 und 89 auf Zusammenschlüsse
 - e. Bedeutung von Art. 85 II EWGV

I. Einführung

Im Vorwort des Werkes von *Ernst-Joachim Mestmäcker* über das Europäische Wettbewerbsrecht¹ werden die vielfältigen politischen Einflüsse auf die Entwicklung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere auch des Wettbewerbsrechts, hervorgehoben. Das europäische Wettbewerbsrecht könne als Lehrstück für die vielzitierte politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Relevanz des Rechts dienen; an ihm könnten in besonderem Maße die politischen Bedingungen und Funktionen der Rechtsbildung aufgezeigt werden. Angesichts vielfältiger Verschiedenheiten der ökonomischen und sozialen Ausgangslagen in den Mitgliedstaaten wie unterschiedlicher Wertüberzeugungen und politischer Präferenzen werden sich die Faktoren der Rechtsbildung auf Gemeinschaftsebene im Verhältnis zu den nationalen Rechtsordnungen potenzieren. Die Folge davon ist, daß die Rechtsbildung in der Gemeinschaft häufiger, vor allem soweit bei ihr Einstimmigkeit vorgeschrieben oder gesucht wird, von Kompromißentscheidungen geprägt sein wird, welche auch die endgültige Festlegung des geschaffenen Rechts im Sinne »dilatorischer Formelkompromisse« in die Hand der rechtsanwendenden Organe verlegen können. Der Gegenstand meines Referates, die europäische Fusionskontrolle, - ein Thema, welches *Ernst-Joachim Mestmäcker* von Beginn der wissenschaftlichen Diskussion an immer wieder durch grundlegende Beiträge begleitet hat - scheint mir ein plastisches Anschauungsbeispiel für diese Zusammenhänge zu bilden. Die nähere Analyse der unterschiedlichen Interessen der Mitgliedstaaten wie der Interessen und Funktionen der Gemeinschaftsorgane in diesem, wie man es genannt hat, »Historienspiel«² sowie ihre Einflüsse auf die endgültige Rechtsgestalt wären Gegenstand einer wohl eher soziologischen oder politologischen Untersuchung. Ich will mich darauf beschränken, die Entstehung der Verordnung zu skizzieren, die Regelung im Überblick vorzustellen und auf einige Fragen, die in der politischen Diskussion in besonderem Maß im Vordergrund gestanden haben, etwas näher einzugehen.

* Ernst-Joachim Mestmäcker zum 65. Geburtstag, Referat auf dem Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, am 27.9.1991.

1 Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (1974) V.

2 Caspari/Schwarz, *Europäische Fusionskontrolle - Ein Historienspiel*, in: Festschr. f. Benisch (1989) 383-397.

II. Entwicklung

Die Skizze der wesentlichen Stationen besagten »Historienspiels« hat anzusetzen beim Spaak-Bericht, der die Aufnahme allgemeiner Vorschriften gegenüber marktbeherrschenden Stellungen und mißbräuchlichen Praktiken in den EWG-Vertrag sowie eine Ermächtigungsgrundlage für Durchführungsverordnungen der Kommission empfohlen hatte, welche u.a. »die Errichtung einer Kontrolle der Zusammenschlüsse« zum Gegenstand haben sollte³. Von der Trias der wesentlichen Regelungsgegenstände eines Rechtes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁴ hat der EWG-Vertrag Vorschriften über kooperative Wettbewerbsbeschränkungen und Marktmachtmißbrauch aufgenommen, nicht hingegen spezifische Regelungen über eine Zusammenschlußkontrolle oder eine spezifische Ermächtigungsgrundlage insoweit. Über die Gründe, weswegen die vertragschließenden Mitgliedstaaten der Empfehlung des Spaak-Berichts insoweit nicht gefolgt sind oder ob man umgekehrt in den Wettbewerbsregeln des Vertrages eine Durchführung dieser Vorschläge zu sehen hat⁵, ist angesichts der Unzugänglichkeit der Vertragsmaterialien, soweit ersichtlich, nichts bekannt. Der Gegensatz zu dem sechs Jahre älteren Montanunionsvertrag mag auffallen. Indessen ist dieser einmal sektoral begrenzt, und zum anderen sind seine Fusionskontrollregeln nicht allein wettbewerbspolitisch motiviert, sondern sollten vor allem aus politischen Gründen die Kontrolle einer Rekonzentration der deutschen Kohle- und Stahlindustrie ermöglichen⁶. Im übrigen besaß kein Mitgliedstaat, auch kein anderer westeuropäischer Staat, zu dieser Zeit spezifische Vorschriften über eine Fusionskontrolle.

3 Regierungsausschuß, eingesetzt von der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister, Brüssel, 21. 4. 1956, 60.

4 Vgl. *Mestmäcker*, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschr. f. Hallstein (1966) 322 - 354 (322): »Die Unterscheidung von Kartellen und Unternehmenszusammenschlüssen und Verhalten von Einzelunternehmen, besonders in der Form des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung, hat das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in allen Rechtsordnungen wesentlich mitbestimmt.« Zum Montanunionsvertrag und zur Systematik der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten vgl. *derselbe*, Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik, EuR 1988, 349 - 377 (349).

5 Vgl. *Mestmäcker*, wie N. 1, § 32 II; *derselbe*, EuR 1988, wie N. 4, 367.

6 *Caspari/Schwarz*, wie N. 2, 383.

Seit dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages, vor allem mit der Verordnung 17⁷, ist im Schrifttum diskutiert worden, ob und inwieweit die Artt. 85 und 86 EWGV eine Zusammenschlußkontrolle gestatten. Die Kommission nahm zu dieser Frage erstmals und grundsätzlich Stellung in ihrer Studie aus dem Jahre 1965/66⁸. Sie bemerkt hierin, die Professorengruppe, die mit der »Untersuchung über die Zusammenhänge zwischen Kartellpolitik (Art. 85) und Unternehmenskonzentration« betraut gewesen sei, habe sich mit Mehrheit für eine Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV auf Unternehmenskonzentrationen ausgesprochen, sofern nach dem Zusammenschluß rechtlich getrennte Unternehmenseinheiten fortbestünden und der Wettbewerb fühlbar eingeschränkt werde. Die Kommission folgte dieser Ansicht indessen nicht und begründete dies im wesentlichen mit typisch unterschiedlichen Wirkungen von Kartell und Zusammenschluß wie auch mit einer Unangemessenheit der Anwendung des Art. 85 EWGV wie der Verordnung 17 auf Unternehmenszusammenschlüsse. Dagegen befürwortete die Kommission die Anwendung des Art. 86 EWGV, soweit der Zusammenschluß durch eine mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung bewirkt wird oder unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens den vollständigen Ausschluß des Wettbewerbs, die Monopolisierung eines Marktes, zur Folge hat. Die Kommission hat diese Auffassung bekanntlich erstmals praktisch im Verfahren Continental Can 1971 angewandt, in dem sie sich gegen die Übernahme des letzten selbständigen europäischen Herstellers von Verpackungsmaterialien durch den Marktführer Continental Can über dessen Tochter Europemballage wandte⁹. Der Gerichtshof hat die Entscheidung im Continental-Can-Urteil 1973 zwar wegen unzutreffender Marktabgrenzung aufgehoben, indessen die Rechtsauffassung der Kommission auf der Grundlage einer systematischen Auslegung der Artt. 3 f, 85 und 86 EWGV bestätigt¹⁰. In der Interpretation dieses Urteils ist vor allem umstritten, ob Art. 86 EWGV das Bestehen einer

7 Verordnung Nr. 17 des Rates v. 6.2.1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962, 204.

8 Kommission, Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, 1966.

9 Entscheidung vom 9. 12. 1971, ABl. 1972 L 7, 25.

10 EuGH 21.2.1973, Continental Can Company, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, 244 f.

marktbeherrschenden Stellung voraussetzt oder auch auf die erstmalige Begründung der Marktbeherrschung anwendbar sein kann¹¹.

Ermutigt durch dieses Urteil wie auch durch frühere und seinerzeitige Anregungen des Rates¹² und Europäischen Parlaments¹³ legte die Kommission dem Rat 1973 den auf Art. 87 EWGV wie Art. 235 EWGV gestützten Entwurf einer Fusionskontrollverordnung vor¹⁴. Es mußten 16 Jahre vergehen, bis die Verordnung nach vielfachen Änderungen am 21. 12. 1989 vom Rat verabschiedet wurde. An diesem langwierigen und schwierigen Entscheidungsprozeß zeigen sich die eingangs erwähnten vielfältigen Faktoren der Rechtsbildung in der Gemeinschaft.

Während das Europäische Parlament¹⁵ und der Wirtschafts und Sozialausschuß¹⁶ dem Entwurf von 1973 zustimmten, zeigte sich bald, daß die Mitgliedstaaten nicht ernsthaft bereit waren, die Zuständigkeit zur Kontrolle der Unternehmenskonzentration auf die Gemeinschaft bzw. die Kommission zu übertragen. Die Kommission änderte ihren Entwurf mehrmals - 1982¹⁷; 1984¹⁸ und 1986¹⁹ - in substantieller Weise, um die Mitgliedstaaten zur Annahme des Entwurfs zu bewegen. Als die Kommission auf Anregung des Europäischen Parlaments²⁰ schon erwog, den Entwurf gänzlich zurückzuziehen²¹, erging als weiterer Markstein der Entwicklung im November 1987 das Zigaretten-Urteil des EuGH »Philip Morris«²². Der Gerichtshof bejaht

11 Vgl. *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, wie N. 1, § 31; *Grabitz (-Koch)*, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 86 Rz. 80 m.w.Nach.

12 Zweites Programm für die mittelfristige Wirtschaftspolitik, Kap. II, Ziff. 11, ABl. L 129 v. 30.5.1969, 23/24; Schlußerklärung der Konferenz der Staats- und Regierungschefs der Mitglieds- und Beitrittsstaaten der Europäischen Gemeinschaften in Paris v. 19./21.10.1972, Punkt 7; Entschließung des Rates v. 5.12.1972 über Maßnahmen zur Inflationsbekämpfung, ABl. C 133 v. 23.12.1972, 14.

13 Entschließung des Europäischen Parlaments über die Wettbewerbsregeln und die Stellung der europäischen Unternehmen im Gemeinsamen Markt und in der Weltwirtschaft, ABl. C 66 v. 1.7.1971, 19.

14 Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen v. 20.7.1973, ABl. C 492 v. 31.10.1973, 1 ff.

15 ABl. C 23 v. 8.3.1974, 19.

16 ABl. C 88 v. 26.7.1974, 19.

17 ABl. C 36 v. 12.2.1982, 3.

18 ABl. C 51 v. 23.2.1984, 8.

19 ABl. C 324 v. 17.12.1986, 5.

20 Anhang zum 16. Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 241, Tz. 29.

21 16. Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 48, Tz. 39.

22 EuGH 17.11.1987, Verbundene Rechtssachen 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487 ff.

in diesem Urteil, daß der Erwerb einer Beteiligung an einem anderen Unternehmen dem Art. 85 EWGV unterfallen kann. Es stelle zwar für sich genommen kein den Wettbewerb einschränkendes Verhalten dar, wenn ein Unternehmen eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens erwerbe; ein solcher Erwerb könne jedoch als Mittel dazu dienen, das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, daß der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschäftstätigkeit entfalteten, eingeschränkt oder verfälscht werde. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb der Beteiligung oder durch Nebenklauseln der Vereinbarung rechtlich oder faktisch die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlange oder wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen vorsehe oder Strukturen schaffe, die einer solchen Zusammenarbeit förderlich sein könnten. Dabei setzte der Gerichtshof voraus, daß die an der fraglichen Vereinbarung beteiligten Unternehmen nach dem Inkrafttreten der Vereinbarung selbständige Unternehmen bleiben. Die Interpretation dieses Urteils ist nach wie vor lebhaft umstritten. Die Auffassungen reichen von der Begrenzung der Anwendung des Art. 85 EWGV auf den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung²³ über die Begrenzung auf kooperative Zusammenschlüsse und die Ausgliederung des Entstehens einer neuen wirtschaftlichen Planungseinheit²⁴ bis zur Erfassung aller Zusammenschlüsse mit Ausnahme des Verlustes der rechtlichen Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen²⁵, d.h. Verschmelzung und Umwandlung; schließlich wird es für möglich gehalten, auch diese letzten Reservate dem Art. 85 EWGV zu unterstellen²⁶.

23 *Riesenkampff*, Auswirkungen des Urteils des EuGH v. 17.11.1987 (*Philip Morris*), WuW 28 (1988) 465-475 (469).

24 *Steindorff*, Kooperativer Unternehmenszusammenschluß und Kartellverbot, ZHR 152 (1988) 57-65 (60); *Immenga/Fuchs*, Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligungen?, NJW 1988, 3052-3059 (3055 ff., 3056, 3059).

25 *Mestmäcker*, EuR 1988, wie N. 4, 368 ff., 371; *Schödermeier*, Auf dem Weg zu einer europäischen Fusionskontrolle, WuW 38 (1988) 185-194, 187 ff.; *Satzky*, Fusionskontrolle nach Art. 85 EWG-Vertrag, DB 41 (1988) 379-384, 381 ff.; *Winterfeld*, EG-Fusionskontrolle durch Richterrecht?, Anmerkungen zum EuGH-Urteil v. 17.11.1987 in Sachen Philip Morris/Rothmans International, RIW 34 (1988) 958-963 (960 ff.).

26 *Emmerich*, Europäische Fusionskontrolle nach dem Zigaretten-Urteil, Festschr. f. Steindorff (1990) 951-966 (959).

Die mehr oder weniger unverhüllten Drohungen der Kommission, die - mit dem Zigaretten-Urteil bestätigten - Möglichkeiten einer Kontrolle des externen Unternehmenswachstums auch nach Art. 85 EWGV auszuloten; die Perspektive des Binnenmarktes 1992; und eine verstärkt einsetzende Unternehmenskonzentration führten dazu, daß sich der Rat Ende 1987 selbst zum ersten Mal mit den politischen Fragen der geplanten Verordnung befaßte. Die Kommission legte im April 1988 eine grundlegende Neufassung vor²⁷, im Juli 1988 ein nach den Vorstellungen des Rates geändertes internes Arbeitspapier²⁸ und im November 1988 einen nochmals geänderten Verordnungsentwurf²⁹. In einem teilweise dramatischen Ringen, welches auch in der Tagespresse ganz unüblichen Widerhall fand, gelang dann am 21.12.1989 die Einigung des Rates über den bis zuletzt umstrittenen Regelungskomplex³⁰. In der politischen Diskussion umstritten waren vor allem vier Fragen:

1. Die mehr wettbewerblich oder industriepolitisch ausgerichtete Konzeption, d.h. die Gestaltung der materiellen Beurteilungskriterien. Während zunächst die Mehrheit der Mitgliedstaaten für eine zumindest auch industriepolitisch ausgerichtete Kontrolle plädierten, beharrte vor allem die Bundesrepublik von Beginn an auf einer allein wettbewerblichen Lösung.
2. Das Verhältnis zwischen der Europäischen und der nationalen Fusionskontrolle. Gegenwärtig bestehen in sieben Mitgliedstaaten spezifische Regelungen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Bundesrepublik, Frankreich, England, Irland, Spanien, Portugal, Italien)³¹. Vor allem die Bundesrepublik war bemüht, möglichst viel an nationalen Kompetenzen aufrechtzuerhalten.
3. Mit der zweiten Frage im Zusammenhang stehend: Der Anwendungsbereich der Europäischen Fusionskontrolle. Je enger dieser

27 ABl. C 130 v. 19.5.1988, 4 ff.

28 Vgl. Monopolkommission, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Sondergutachten 17 (1989) 40, 41.

29 ABl. C 22 v. 28.1.1990, 14 ff.

30 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395, 1 ff. v. 30.12.1989, berichtigt in ABl. L 257 v. 21.9.1990, 13.

31 Vgl. Hölzler/Rohardt, Deutsche und europäische Fusionskontrolle. Nebeneinander - Gegeneinander?, in: Festschr. f. Benisch (1989) 399-415 (401ff.).

Anwendungsbereich gezogen würde, um so mehr Spielraum bleibt der nationalen Fusionskontrolle.

4. Und schließlich - viertens - das Verhältnis der Fusionskontrollverordnung zur Fusionskontrolle nach den Artt. 85, 86 EWGV. Diese letztere Frage hatte Gewicht gewonnen, als sich der Gerichtshof in dem zitierten Zigaretten-Urteil für eine Anwendung des Art. 85 EWGV auch auf Unternehmenszusammenschlüsse ausgesprochen hatte, wobei allerdings die Reichweite dieses Urteils, wie erwähnt, nach wie vor heftig umstritten ist.

In den Grundzügen läßt sich der bis zuletzt umstrittene Kompromiß wie folgt charakterisieren: Die Fusionskontrolle ist - jedenfalls primär - wettbewerblich ausgerichtet. Die Aufgreifkriterien sind hoch angesetzt, die Verordnung sieht allerdings die Möglichkeit einer erleichterten späteren Reduzierung der Schwellenwerte vor. Im Umfang des Anwendungsbereichs der Verordnung ist eine Fusionskontrolle nach nationalem Recht grundsätzlich ausgeschlossen. Gleichfalls sollen auf Unternehmenszusammenschlüsse grundsätzlich nur die Regelungen der Verordnung, nicht die Artt. 85, 86 EWGV angewandt werden.

III. Grundzüge

Des näheren ergibt sich in den Grundzügen folgendes.

1. Anwendungsbereich

Die Verordnung ist anwendbar nur auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 Verordnung), im folgenden: VO).

a. Der *Zusammenschluß* wird definiert als Erwerb der Kontrolle über ein anderes Unternehmen. Ausgenommen sind - dies hat Bedeutung vor allem, aber keineswegs nur für Gemeinschaftsunternehmen - Erwerbsvorgänge, die auf eine Koordinierung des Wettbewerbsverhal-

tens unabhängiger Unternehmen gerichtet sind. Wie der Begriff der »Kontrolle« zu interpretieren ist, ist bislang nicht geklärt; es gibt hierzu mehrere Deutungsversuche. Jedenfalls unterscheidet sich die Fusionskontrollverordnung insoweit wesentlich vom deutschen Recht, das vorwiegend an die einzelnen rechtlichen Mittel des Unternehmenserwerbs anknüpft, ohne im Prinzip auf die dadurch begründete Intensität der Einflußnahme abzustellen.

b. Die *gemeinschaftsweite Bedeutung* des Zusammenschlusses setzt bestimmte - hohe - quantitative Schwellen voraus: Der Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen muß mehr als 5 Milliarden ECU betragen, die gemeinschaftsweiten Gesamtumsätze mindestens zweier beteiligter Unternehmen jeweils mehr als 250 Millionen ECU. Schließlich ist drittens erforderlich, daß die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 1/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in verschiedenen Mitgliedstaaten erzielen.

Nach Schätzungen der Kommission werden jährlich etwa zwischen 50 und 60 Zusammenschlüsse diese Schwellenwerte erreichen.

2. Eingreifkriterien

Die maßgebliche Bestimmung ist Art. 2 III VO. Danach sind alle Zusammenschlüsse für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, sofern durch den Zusammenschluß wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird. Mit diesem Kriterium hat sich die primär wettbewerbliche Konzeption der Fusionskontrolle durchgesetzt. Eine Ausnahmemöglichkeit - wie sie in früheren Entwürfen enthalten war und entsprechend etwa der Ministererlaubnis des deutschen Rechts - sieht die Verordnung nicht vor. Allerdings lassen sich Rudimente der industriepolitischen Ausrichtung noch erkennen. So führt Art. 2 I VO eine Reihe von Gesichtspunkten auf, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind. Diese Gesichtspunkte dienen einmal der Konkretisierung des in Art. 2 III VO enthaltenen Grundsatzes, lassen sich zum Teil möglicherweise aber auch industriepolitisch interpretieren. Auch der Zusatz in Art. 2 III VO, wonach es neben dem Entstehen oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wesentlich ist, daß

der Wettbewerb erheblich behindert wird, ist ausdeutbar. Ferner sind einzelne Begründungserwägungen und Protokollerklärungen der Kommission in dieser Richtung deutbar. Hier wird der Kompromißcharakter der Verordnung deutlich. Es bleibt abzuwarten, ob die Kommission jeden Unternehmenszusammenschluß untersagt, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, und damit eine Strenge an den Tag legt, welcher keine der nationalen Fusionskontrollregelungen der Mitgliedstaaten entspricht.

3. Verfahren

Verfahrensrechtlich basiert die Verordnung auf dem Grundsatz der präventiven Kontrolle. Der Zusammenschluß ist bei der Kommission anzumelden und darf zunächst nicht vollzogen werden. Die Anmeldung setzt ein - grundsätzlich innerhalb eines Monats abzuschließendes - Vorprüfungsverfahren in Gang, dessen Ergebnis in der Entscheidung bestehen kann: 1) daß die Verordnung nicht anwendbar ist; 2) daß gegen den Zusammenschluß keine Bedenken bestehen; oder 3) daß das Hauptverfahren eröffnet wird. Das grundsätzlich nach 4 Monaten abzuschließende Hauptverfahren endet mit der Erlaubnis oder der Untersagung des Zusammenschlusses. Die Verfahrensgrundsätze entsprechen im übrigen weitgehend denen der Verordnung 17. Wie erwähnt, ist der Vollzug des Zusammenschlusses kraft Gesetzes während des Vorprüfungsverfahrens bzw. während einer Dauer von drei Wochen nach der Anmeldung ausgesetzt; im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens hat die Kommission die Möglichkeit, den Vollzug weiterhin auszusetzen.

4. Verhältnis zur nationalen Fusionskontrolle

Eine der wesentlichen Fragen während der Entstehungszeit der Verordnung war, wie erwähnt, das Verhältnis zwischen Europäischer und nationaler Fusionskontrolle. Vor allem, um eine Doppel- oder Mehrfachkontrolle zu vermeiden, geht die Verordnung im Rahmen ihres Anwendungsbereichs vom Grundsatz der ausschließlichen Anwendbarkeit der Europäischen Verordnung aus. Das heißt: Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 1 II VO unterliegen grundsätzlich ausschließlich der Europäischen

Register

- Abwägungsklausel 19
- Akteneinsichtsrecht 44 ff.
- Anhörungsrecht 46 ff., 62 ff.
- Anmeldepflicht 42
- Anmeldung 43, 62
- Antidumpingverfahren 58 f.
- Antragsrecht 42 f.
- Anwendungsbereich 7 f., 12 ff., 22, 32 ff.
- Ausschließlichkeitsgrundsatz 24

- Bagatellklausel 14
- Begrenzungsklausel 25
- Beherrschende Stellung 3 ff., 9 ff., 18 ff., 27 ff., 79, 91
- Bekanntmachung zu Bagatellvereinbarungen 93
- Beteiligter 49
- Betroffener 48
- Betroffenheit, individuelle 73 ff., 76, 78
- Betroffenheit, unmittelbare 73 ff.
- Bosch-Urteil 99

- Continental Can-Urteil 4, 32 f., 84, 98

- »Deutsche Klausel« 23
- Doppelkontrolle 10 f., 15, 22, 32
- Drittbeteiligter 52 ff.
- Durchführungsverordnung zur Verordnung 4064/89 44 ff.

- EGKS-Vertrag 56 ff., 83
- Ermessensausübung 61
- extraterritoriale Wirkung 25, 31
- extraterritorialer Schutzzweck 19

- Fusionskontrolle im EGKS-Vertrag 57 f., 83
- Fusionskontrolle, nationale 3, 7 ff., 22 ff., 30 f.
- Fusionskontrolle, präventive 10, 14

- Gemeinsamer Markt 9, 13, 18, 24, 29 f.

- Handel zwischen den Mitgliedstaaten 92 f.
- Hauptverfahren 48 ff., 62
- »Holländische Klausel« 25, 30

- Industriepolitik 7, 9, 17 ff., 25, 29
- Interesse, wirtschaftliches 56, 58, 60 f.
- Interesse, hinreichendes 53 ff.

- Klagebefugnis 72 ff.
- Kompromißcharakter 2, 8, 10, 14
- Konkurrentenschutz 73 f.

- Machtmißbrauch 3, 18 f.
- Marktabgrenzung 4, 27
- materielle Beurteilungsmaßstäbe 7, 14 f., 17

- Nichtigkeitsklage 72
- Nouvelles Frontières-Urteil 39 f.

- Philip Morris-Urteil 5, 7 f., 32, 34, 76 f., 85 f., 98
- Plaumann-Urteil 74
- Protokollerklärung 10, 13, 19 ff., 26, 31, 35

- räumlicher Referenzmarkt 24 ff.
- rechtliches Gehör 46 ff.
- Rechtsschutzmöglichkeit 69 ff.

- Schwellenwerte 8, 12 ff., 23 ff., 30 ff., 90 ff.
- Spaak-Bericht 3
- Spürbarkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen 93 f.
- Strukturkontrolle 43, 60, 69, 85

- Untätigkeitsklage 72

Unternehmenskonzentration 4 f., 7,
81

Verbraucher 59, 61

Verbundene Unternehmen 50

Vereinbarkeitsfiktion 72

Verfahren 10, 20, 39 ff., 89 f.

Verfahren, informelles 67 f.

Verfahrensbeteiligung 39 ff.

Verhaltenskontrolle 85

Verordnung (EWG) Nr. 17 56

Verordnung (EWG) Nr. 141 100 f.

Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 4,
10 f., 17, 32 ff., 38 ff., 86 ff.

Vorverfahren 62 f.

Weichschaum III-Urteil 54

Wettbewerber 60 f.

Zurechnungsklausel 13

Zusammenschluß 4, 6, 8 ff., 12 ff.,
16 f., 90 ff.

Zwischenstaatlichkeitsklausel 13,
15, 33