

# Zusammenschlußkontrolle im EG-Binnenmarkt

Von Wissenschaftlicher Assistent Jörg Schröck, Eichstätt\*

*Im Mittelpunkt des nachfolgenden Beitrags steht die Frage: „Wer kontrolliert sogenannte Elefantenhochzeiten, die den Wettbewerb auf den EU-Märkten verändern; Brüssel und/oder Bonn?“. Bereits für die ordnungsgemäße Erfüllung der Meldepflichten nach Art. 4 FKVO bzw. §§ 23 I u. V; 24 a I, S. 2 GWB ist die Antwort wichtig. Verstöße können zu unangenehmen Verzögerungen des Kontrollverfahrens führen, aber auch Geldbußen (§ 39 I Nr. 2, 3 GWB, Art. 14 I FKVO) auslösen. Nicht zu unterschätzen ist auch die Tatsache, welchem Kontrollrecht das Vorhaben unterliegt. Die bisherige Praxis hat gezeigt, daß*

*Untersagungsverfügungen der Kommission aufgrund der FKVO kaum zu erwarten sind. Mitursächlich dafür ist der Blickwinkel. Die Kommission nimmt als Maßstab den Binnenmarkt, der wegen seiner Größe eine beherrschende Marktstellung durch den Zusammenschluß (vgl. Art. 2 II u. III FKVO) eher unwahrscheinlich werden läßt. Demgegenüber betrachtet das BKartA nur den deutschen Markt gemäß dem GWB, das europaweit das strengste Kontrollrecht zur Verfügung stellt. Welcher Kontrolle ein Zusammenschluß ausgesetzt sein kann, will der Beitrag darstellen.*

## I. Einleitung

Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich danach unterscheiden, ob sie durch Unternehmenskooperationen (Kartelle) oder durch Unternehmenskonzentration (Fusion/Zusammenschluß) – d. h. durch Strukturveränderung der am Wettbewerb beteiligten Unternehmen – entstehen. Soweit das BKartA nach deutschem Fusionskontrollrecht von 1973<sup>1</sup> reine Strukturveränderungen zu kontrollieren hat, war dies bis zur Schaffung der EWG-Fusionskontrollverordnung<sup>2</sup> im wesentlichen unbeeinflusst von europäischem Wettbewerbsrecht möglich, da Art. 85, 86 EGV grundsätzlich nur Kartellaspekte erfassen. Ausdrückliche Bestimmungen für eine Fusions-/Strukturkontrolle auf Gemeinschaftsebene fehlten vor Geltung der FKVO<sup>3</sup>. Die Situation hat sich seitdem völlig geändert. Mit Art. 21 II UnterAbs. 1<sup>4</sup> wurde die erste gemeinschaftsrechtliche normative Anwendungssperre für nationales Wettbewerbsrecht geschaffen. Die folgende Darstellung gibt einen Überblick über das neue Kompetenzverhältnis zwischen Kommission und Bundeskartellamt im Bereich der Fusionskontrolle.

## II. Das „one-stop-shopping“-Prinzip – Anwendbarkeitsprüfung der Kommission im Vorverfahren

Art. 21 II UnterAbs. 1 sperrt mit unmittelbar verbindlicher Wirkung (Art. 25 II UnterAbs. 2) die Anwendung des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts – d. h. Fusionskontroll-, Kartell- oder sonstiges Marktaufsichtsrecht<sup>5</sup> –, wenn der Kontrollgegenstand ein Zusammenschluß (Art. 3) von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 II) ist. Ist er es nicht, fällt der Unternehmenszusammenschluß grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten<sup>6</sup>. Ebenfalls mit den Begriffen: „Zusammenschluß/gemeinschaftsweite Bedeutung“ wird der Anwendungsbereich der FKVO abgesteckt (Art. 1 I; Art. 22 I). Damit ergibt sich folgendes Prinzip: Ist die FKVO anwendbar, so ist nationales Wettbewerbsrecht unanwendbar. Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung werden in einem einzigen Verfahrenszug („one-stop-shopping“) von der Kommission (Art. 21 I) kontrolliert. Für die Unternehmen besteht der Vorteil, daß nur eine Anmeldung (Art. 4) in Brüssel erforderlich ist, die Sache in einem Verfahren rasch zum Abschluß kommt und keine national gefärbten Überlegungen einfließen.

### 1. Die Vorprüfung

Die Kommission prüft gemäß Art. 6 I innerhalb eines Monats nach Eingang der Anmeldung (Art. 10 I), ob ein Zusammenschluß unter die FKVO fällt. Nach Feststellung der Anwendbarkeit der FKVO wird die Anmeldung des Zusammenschlusses gemäß Art. 4 III veröffentlicht. Andernfalls entscheidet die Kommission gemäß Art. 6 I lit. a), daß die FKVO nicht anwendbar ist und teilt dies den beteiligten Unternehmen und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten mit (Art. 6 II).

### 2. Die Fiktion

Art. 10 VI setzt die Kommission unter Druck, die Vorprüfung rechtzeitig abzuschließen, wenn sie den Zusammenschluß untersagen will. Bei Überschreiten der Monatsfrist (Art. 10 I) kommt es grundsätzlich zur Vereinbarkeitsfiktion gemäß Art. 10 VI ohne Möglichkeit, den Fall nochmals aufzugreifen. Art. 10 VI fingiert hier eine Entscheidung i. S. von Art. 6 I lit. b) und damit die Anwendbarkeit der FKVO. Die Konsequenz ist, daß nationale Zusammenschlußkontrolle nicht anwendbar ist.

Daß die Fiktion auch eine verspätete Entscheidung gemäß Art. 6 I lit. a) verbietet, kann dem Wortlaut des Art. 10 VI nicht entnommen werden. Hier werden ausdrücklich nur die Entscheidungen nach Art. 6 I lit. b) und c) erwähnt. Vertritt man dennoch diese Ansicht<sup>7</sup>, wäre nationales Recht sogar dann nicht anwendbar, wenn materiellrechtlich feststeht, daß kein Zusammenschluß von gemeinschaftsweiter Bedeutung i. S. des FKVO vorliegt. Art. 21 II UnterAbs. 1 (one-stop-shopping) gilt aber nur für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 I). Nur diese können von Art. 10 VI erfaßt werden. Eine Entscheidung nach Art. 6 I lit. a) verneint gerade die Anwendbarkeit der FKVO, also auch die Anwendbarkeit der Fiktionsregel. Richtig ist es, wegen Art. 10 VI der Kommission jede verspätete Verbotskompetenz abzusprechen. Eine spätere Entscheidung nach Art. 6 I lit. a) verletzt dieses Kontrollverbot nicht, da sie eine Kontrolle nach der FKVO gerade ablehnt. Demnach sind verspätete Entscheidungen nach Art. 6 I lit. a) zulässig und ermöglichen die Anwendung nationaler Zusammenschlußkontrolle.

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an der Katholischen Universität Eichstätt in Ingolstadt.

1) 2. GWB-Novelle v. 3. 8. 1973 (BGBl I, 917). Heute im wesentlichen geregelt in den §§ 22–24 GWB.

2) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABIEG 1989 L 395/1, berichtigt in ABIEG 1990 L 257/13 im folgenden als FKVO bezeichnet. Seit dem 21. 9. 1990 in Kraft.

3) Daher wurde versucht eine europäische Strukturkontrolle über Art. 85, 86 EGV zu etablieren. Der EUGH hielt Art. 86 EGV bei einer Fusion für anwendbar, aber nur im Fall weiterer Verstärkung einer bereits bestehenden beherrschenden Binnenmarktstellung (EUGH v. 21. 2. 1973, Slg. 1973, 215 – Continental Can/Kommission). Erst später entschied der EUGH, daß auch der Anteilerwerb an einem Konkurrenzunternehmen in den Anwendungsbereich von Art. 85 EGV fallen kann (EUGH v. 17. 11. 1987, Slg. 1987, 4487 – Philip Morris/Kommission). Wegen Art. 22 II FKVO und der Erklärung der Kommission für das Ratsprotokoll vom 19. 12. 1980 (abgedruckt in WuW 1990, 240 ff.) zu Art. 22 FKVO, Tz. 11, ist eine Wiederholung einer „Philip Morris“ Entscheidung heute kaum vorstellbar. Bezügl. der Unbrauchbarkeit des Art. 85 EGV für eine Marktstrukturkontrolle vgl. Janicki, WuW 1989, 193; K. Schmidt, BB 1990, 719.

4) Artikel ohne Gesetzesangabe sind Normen der FKVO.

5) Vgl. z. B. §§ 22, 102, 103 GWB.

6) Vgl. Erwägungsgrund 29. zur FKVO.

7) Vgl. z. B. Kirchhoff, BB 1990, Beilage 14, 13.

### III. Durchbrechung des „one-stop-shopping“-Prinzips

Eine wichtige Ausnahme vom Grundsatz des Art. 21 II UnterAbs. 1 formuliert Art. 21 I UnterAbs. 2<sup>8</sup>. Danach kann in Fällen des Art. 9 nationales Kontrollrecht im Anwendungsbereich der FKVO Bedeutung erlangen. Es geht dabei um die Befugnisse der Mitgliedstaaten zur Vorbereitung einer Verweisung sowie um die Kontrollbefugnis der Mitgliedstaaten nach einer Verweisung.

#### 1. Verweisung bei fristgerechter positiver Vorprüfung

Wenn binnen drei Wochen eine Mitteilung gemäß Art. 9 II erfolgt, kommt es darauf an, wie die Kommission die Vorprüfung abschließt. Bei einer Entscheidung gemäß Art. 6 I lit. a) kommt es auf eine Verweisung nicht mehr an. Doch schon die Überschreitung der verlängerten Vorprüfungsfrist von 6 Wochen (Art. 10 I UnterAbs. 2) kann Konsequenzen für die Anwendung nationalen Kontrollrechts haben, die bei fristgerechter Vorprüfung ausbleiben<sup>9</sup>. Deshalb wird zunächst die Situation untersucht, daß ein Mitgliedstaat binnen 3 Wochen einen Verweisungsantrag stellt und die Kommission das Vorprüfungsverfahren fristgerecht und positiv zum Abschluß bringt. Ebenfalls innerhalb der Vorprüfungsfrist entscheidet die Kommission über den Verweisungsantrag (Art. 9 IV lit. a) und prüft die Verweisungsvoraussetzungen.

a) *Die Verweisungsvoraussetzungen.* Innerhalb der Dreiwochenfrist des Art. 9 II muß ein Mitgliedstaat mitteilen und schlüssig darlegen<sup>10</sup>, daß der angemeldete Zusammenschluß eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem nationalen gesonderten Markt erheblich behindert würde. Teilt die Kommission diese Auffassung, kann es zur Verweisung gemäß Art. 9 III lit. b) kommen. Was unter einem gesonderten Markt zu verstehen ist, erschließt sich im wesentlichen aus Art. 9 III 1 und VII. Auszugehen für die Marktbestimmung ist von den Waren- oder Dienstleistungen, die durch den Zusammenschluß betroffen werden<sup>11</sup> (Bestimmung des relevanten Produktmarktes<sup>12</sup>). Im nächsten Schritt ist zu ermitteln, ob für die betroffene Produktpalette ein räumlicher Referenzmarkt i. S. von Art. 9 VII besteht. Einfach gesagt ist ein solcher Markt regelmäßig gegeben, wenn auf seinem Gebiet der Austausch für die betroffenen Güter im Verhältnis zu den Nachbargebieten besondere ökonomische Eigenarten aufweist<sup>13</sup>, die einer Substituierbarkeit der Produkte entgegenstehen. Die Ausdehnung und Grenze des Referenzmarktes bestimmt sich nach der räumlichen homogenen Auswirkung der Eigenarten. Welche Ursachen für die Eigenarten regelmäßig maßgeblich sein sollen, zählt Art. 9 VI ausführlich auf. Gleichheit der Preise<sup>14</sup> in der Gemeinschaft oder Präsenz der wesentlichen Anbieter oder Nachfrager in allen Mitgliedstaaten<sup>15</sup> sprechen gegen einen gesonderten Markt. Es bleibt noch abzuwarten, ob mit der weiteren Entwicklung des Binnenmarktes die regionalen Unterschiede der Märkte abnehmen und die Bedeutung der Verweisungsmöglichkeit sich weiter reduziert<sup>16</sup>.

b) *Das „Ermessen“.* Liegen die materiellen Verweisungsvoraussetzungen vor, „kann“ (Art. 9 I) verwiesen werden, wobei Art. 9 III lit. a) der Kommission ein selbständiges Einschreiten erlaubt. Im Hinblick auf potentielle Erfolgsaussichten einer Klage oder einstweiligen Anordnung gemäß Art. 186 EGV ist bedeutsam, wann die Kommission „ermessensfehlerhaft“ handelt. Besondere Bedeutung hat hier die exclusive Zuständigkeit der Kommission (Art. 21 I). Sie ist aufgerufen, die Entscheidungen nach Art. 2 III selbst zu treffen, soweit der Zusammenschluß zugleich einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes betrifft und hier eine beherrschende Stellung mit wettbewerbshindernder Wirkung begründet oder verstärkt<sup>17</sup>. Andererseits kann man eine Pflicht zur Verweisung aus dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 3 lit. b) EGV ableiten für die Fälle, in

denen die Kommission bei gemeinschaftsweiter Betrachtung zu keinem Untersagungsgrund nach Art. 2 III kommen kann und der Referenzmarkt isoliert betrachtet zu klein ist, um als wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes zu gelten<sup>18</sup>. Dies ist der Fall, in dem Art. 9 seiner Rolle als Lückenfüller gerecht wird, in dem er sachnäherem nationalen Fusionskontrollrecht den Vortritt einräumt, weil Wettbewerbsschutz hier auf nationaler Ebene besser durchgesetzt werden kann.

Das Ermessen wird also nur in Fällen bedeutsam, die zwischen den genannten „Extremen“ liegen. Der erste Ermessensfall ist, daß der gesonderte Markt zwar einen wesentlichen Teil der Gemeinschaft darstellt, seine Beurteilung allerdings nicht zu einer Entscheidung nach Art. 2 III, sondern nach II führt. Die Erklärung für das Ratsprotokoll vom 19. 12. 1989 bemerkt in Tz. 5 hierzu, daß nur ausnahmsweise eine Rückverweisung in Betracht kommen kann und auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Wettbewerbsinteressen des betreffenden Mitgliedstaates auf keine andere Weise hinreichend geschützt werden können. Besonders problematisch wird der Fall, wenn die Kommission bei gemeinschaftsweiter Betrachtung die Unvereinbarkeit nach Art. 2 III auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes feststellt, der gesonderte Markt aber auf einem anderen Gebiet existiert. Entscheidet die Kommission selbst, so gibt ihr die FKVO kein Mittel in die Hand, den besonderen Wettbewerbsinteressen des Mitgliedstaates für den gesonderten Markt gerecht zu werden. Verweist die Kommission den Fall, so verstößt sie gegen die Pflicht aus Art. 21 I i. V. mit III, den Fall selbst zu entscheiden. Eine Teilverweisung widerspricht dem „one-stop-shopping“-Prinzip. Wie dieses Dilemma von der Kommission gelöst wird, bleibt noch abzuwarten. Nach sorgfältiger Abwägung aller Interessen sollte unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Teilverweisung in Betracht kommen. Besondere Schwierigkeiten könnten sich bei der Frage nach der Abtrennbarkeit der Unternehmensaktivitäten auf dem gesonderten Markt vom übrigen gemeinsamen Markt er-

8) Die zweite Durchbrechung des „one-stop-shopping“-Prinzips gemäß Art. 21 III besteht bisher ohne praktische Bedeutung. Von einer Darstellung wird daher abgesehen.

9) Vgl. Gliederungspunkt III.2.

10) Zum Erfordernis des Nachweises der Marktkriterien: *Niederleithinger*, WuW 1990, 721. Zum Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen in Art. 6 und Art. 9 siehe *Wagenmann*, WuW 1992, 730.

11) Z. B. muß nach einem Zeitungs-, Eisen-, Zigaretten- oder sonstigen Güter- oder Dienstleistungsmarkt gefragt werden. Zusammengefaßt werden alle Produkte, die zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders geeignet sind und mit anderen Erzeugnissen nur im geringen Maße austauschbar sind. Vgl. *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Vor § 23 Rdn. 205; Kommission v. 6. 11. 1990, ABIEG 1990, C 281/2 – Renault/Volvo.

12) Hierfür bietet die FKVO selbst keine Definition. Aber vgl. Standard-Anmeldevordrucke (Formblatt CO) im Anhang zur Durchführungsverordnung der Kommission (Verordnung [EWG] Nr. 2367/90 v. 25. 7. 1990).

13) Beispielsweise für Produkte, die sich nicht für längere Transporte eignen, kann ein besonderer Markt in der Nähe der Hersteller entstehen. Die Kommission bejahte dies für Weichschaumstoffe (Kommission v. 17. 7. 1984, ABIEG 1984, C 189/2(4) – PRB/Shell). Oder besonderer Energieversorgungs-Markt in Mitgliedstaaten mit geschlossenem System von Konzessionsverträgen. Vgl. auch *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Vor § 23 Rdn. 101.

14) Zum Einfluß der unterschiedlichen Preise zwischen abgefülltem Trinkwasser und Softdrinks vgl. Kommission v. 5. 12. 1991, ABIEG 1991, L 356/1 – Nestlé/Perrier. Vgl. auch *Kerber*, WuW 1994, 21.

15) Im Fall Kommission v. 18. 12. 1991, ABIEG 1992, C 6/23 – Alcatel/AEG Kabel, wurde ein deutscher Referenzmarkt für Fernmeldekabel u. a. verneint, weil das im Versorgungs- und Telekommunikationssektor gemäß EG-Beschaffungsrichtlinie 90/531/EWG (ABIEG 1990, I. 297/1) vorgeschriebene gemeinschaftsweite Ausschreibungsverfahren zu einer gemeinschaftsweiten Nachfragestruktur führt.

16) Überblick über die Praxis zu nationalen und lokalen Märkten: vgl. *Bechtold*, EuZW 1994, 653.

17) Die Befugnis dazu wird auch aus Art. 9 Abs. 3 lit. a) abgeleitet. In diesem Sinne hat die Kommission v. 3. 7. 1991, ABIEG 1991, L 320/26 – Varta/Bosch, den Fall selbst entschieden. Kritisch *Groß*, EuZW 1994, 233, Fußn. 42.

18) Vgl. *Möschel*, NJW 1993, 3025; betont die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anhand Art. 3 b) EGV.

geben, wenn die Kommission den Zusammenschluß untersagt und ein Mitgliedstaat ihn für den gesonderten Markt zulassen will.

Nach alledem ist für die Verweisung entscheidend, ob Art. 2 III zu beachten ist und bedeutsam, wann bei einer Beurteilung nach Art. 2 von einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes ausgegangen wird. Die Kriterien der Abgrenzung eines räumlich relevanten Marktes vom Gesamtgebiet der Gemeinschaft können hier ebenfalls Art. 9 VII entnommen werden<sup>19</sup>.

c) Die Fristen für eine Entscheidung über den Verweisungsantrag und ihre Bedeutung. Entscheidet die Kommission gemäß Art. 6 I lit. b), so muß die Entscheidung zum Verweisungsantrag ebenfalls innerhalb der verlängerten Vorprüfungsfrist ergehen (Art. 9 IV lit. a). Bei einer Entscheidung nach Art. 6 I lit. c) bleibt ihr dagegen eine längere Frist von maximal drei Monaten ab Anmeldung des Zusammenschlusses (Art. 9 IV lit. b).

Für den Fall, die Kommission bleibt trotz Erinnerung durch den Mitgliedstaat nach rechtzeitiger Eröffnung des Hauptverfahrens untätig und entscheidet nicht über den Verweisungsantrag innerhalb der Dreimonatsfrist, so wird nach Art. 9 V unwiderlegbar vermutet, daß der Fall gemäß Art. 9 III lit. b) an den Mitgliedstaat verwiesen wurde. Unterläßt der Mitgliedstaat eine Erinnerung, so tritt keine Verweisungsfiktion ein, sondern mit Ablauf der Viermonatsfrist des Art. 10 III die Fiktion (Art. 10 VI) einer Vereinbarkeitsentscheidung gemäß Art. 8 II 1. Auch wenn die Fiktion des Art. 10 VI unter dem Vorbehalt des Art. 9 steht, kann der Mitgliedstaat, der die Erinnerung schuldhaft versäumt hat, wegen Präklusion<sup>20</sup> keine zulässige Klage einlegen und nationales Kontrollrecht nicht mehr über Art. 9 zur Anwendung kommen.

Eine dem Art. 9 V entsprechende Regelung fehlt für den Fall, daß die kürzere Sechswochenfrist bei Abschluß der Prüfung nach Art. 6 I lit. b) nicht eingehalten wurde. Kirchhoff<sup>21</sup> hält hier eine analoge Anwendung des Art. 9 V für geboten. Die Konsequenzen dieser Ansicht erscheinen allerdings sehr bedenklich. Mit Art. 6 I lit. b) besteht auf der einen Seite eine verbindliche ausdrückliche Kommissionsentscheidung zur Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem gemeinsamen Markt. Nach Kirchhoff soll auf der anderen Seite eine Verweisungsfiktion analog Art. 9 V auftreten. Dies steht im Widerspruch zum gewünschten „one-stop-shopping“-Prinzip der FKVO. Als Hauptargument für die Analogie wird das Schutzbedürfnis der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer nationalen Wettbewerbsinteressen angeführt. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, daß die Schutzfunktion von Art. 9 IX voll erfüllt wird. Vor allem weil schneller Rechtsschutz durch die mögliche einstweilige Anordnung gemäß Art. 186 EGV für die Mitgliedstaaten erreicht werden kann. Das Interesse der beteiligten Unternehmen an einem schnellen Prüfungsverfahren rechtfertigt es, nach einem vergangenen Zeitraum von drei Monaten seit der Anmeldung nationales Kontrollrecht per Verweisungsfiktion sofort zur Anwendung kommen zu lassen, nachdem bereits innerhalb der ersten drei Wochen nach Anmeldung eine Mitteilung gemäß Art. 9 II der Kommission vorlag. Die Interessenlage bei einer abschließenden Entscheidung im Vorprüfungsverfahren ist eine andere. Die Unternehmen haben spätestens innerhalb 6 Wochen nach Anmeldung den europarechtlich genehmigten Zusammenschluß ohne Gewähr<sup>22</sup> einer nationalen Genehmigung. Europarechtlich ist der Fall gemäß Art. 6 I lit. b) abgeschlossen, ohne daß es einer Verweisungsfiktion bedarf. Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsinteressen können immer noch mit einer Klage verfolgt werden.

d) Die Durchführung nationaler Fusionskontrolle nach Verweisung. Mit Verweisung wird der Grundsatz des Art. 21 II Unterabs. 1 durchbrochen. Doch steht den nationalen Behörden nach einer Verweisung gemäß Art. 9 VIII nur beschränkt natio-

nales Wettbewerbsrecht zur Verfügung<sup>23</sup>. Die Verweisung vermittelt die nationale Kontrollkompetenz. Nur soweit die Verweisung den Zugriff auf nationales Kontrollrecht erlaubt, darf dieses vollzogen werden. Im Verweisungsfall erzwingt das Gemeinschaftsrecht Veränderungen im materiellen Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten, denn eine Kontrollmaßnahme der Mitgliedstaaten ist nur legitim, soweit sie den materiellen Anforderungen des Art. 9 VIII entspricht. Nur solche Maßnahmen dürfen ergriffen werden, die der Herstellung wirksamen Wettbewerbs dienen<sup>24</sup> und dafür unbedingt erforderlich sind. Es darf nur der „betreffende Markt“ i. S. des Art. 9 VIII Beurteilungsgrundlage sein. Außer den Auswirkungen auf den Referenzmarkt können nicht Wirkungen des Zusammenschlusses auf anderen räumlichen oder sachlichen Märkten von den nationalen Behörden untersucht werden. Zusätzlich ist der Abschluß der nationalen Kontrolle an die Frist des Art. 9 VI gebunden, indem die zuständige Behörde des Mitgliedstaates zur rechtzeitigen Veröffentlichung der Prüfungsergebnisse verpflichtet ist.

## 2. Verweisungsantrag und nicht fristgerechte Vorprüfung

Kommt es nicht zum fristgerechten Abschluß der Vorprüfung innerhalb von sechs Wochen (Art. 10 I Unterabs. 2), so greift grundsätzlich die Fiktion des Art. 10 VI. Diese steht allerdings unter dem Vorbehalt der Regeln des Art. 9. Hat ein Mitgliedstaat rechtzeitig eine Mitteilung gemäß Art. 9 II erteilt, entfaltet Art. 10 VI nur beschränkte Wirkung. Da Art. 6 I lit. b) fingiert wird, gilt hier die Verweisungsentscheidungsfrist nach Art. 9 IV lit. a). Sie läuft mit der Vorprüfungsfrist des Art. 10 I Unterabs. 2 ab. Hat die Kommission innerhalb dieser Frist den Fall verwiesen, so besagt der Vorbehalt für Art. 9, daß die Wirkung des Art. 9 III lit. b) die Fiktion des Art. 10 VI ausschaltet. Ab der Verweisung findet nationales Fusionskontrollrecht Anwendung. Trifft die Kommission innerhalb der 6 Wochen die Entscheidung gemäß Art. 9 III 2, den Fall nicht zu verweisen, so bleibt es bei der Fiktion gemäß Art. 10 VI. Trifft die Kommission überhaupt keine Entscheidung, so tritt der Fall ein, daß zum einen eine Entscheidung nach Art. 6 I lit. b) fingiert wird, bei gleichzeitig versäumter Verweisungsentscheidungsfrist. Dies ist wieder der Fall, für den Kirchhoff<sup>25</sup> Art. 9 V analog anwenden möchte, was hier zu einer Konkurrenz der Fiktionen der FKVO führt. Nach der hier vertretenen Auffassung wird eine Analogie zu Art. 9 V auch hier abgelehnt und der Vorbehalt für Art. 9 in Art. 10 VI dahingehend verstanden, daß die fingierte Vereinbarkeitsklärung gemäß Art. 6 I lit. b) unter dem Vorbehalt der Anfechtbarkeit gemäß Art. 9 IX steht. Der Vorbehalt für Art. 9 erlaubt den Einwand der Mißachtung nationaler Wettbewerbsinteressen neben dem grundsätzlich zulässigen Einwand, daß die

19) *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Vor § 23 Rdn. 206; *Bechtold*, GWB, § 24 Rdn. 78; vgl. auch Kommission v. 29. 5. 1991, ABIEG 1991, L 222 – *Magneti Marelli/CEAC*; Kommission v. 12. 4. 1991, ABIEG 1991, L 122 – *Alcatel/Telettra*.

20) Zustimmung *Kirchhoff* (o. FuBn. 7), S. 10.

21) *Ebda*.

22) Die Kommission unterrichtet die beteiligten Unternehmen von der Mitteilung (Art. 8 II letzter H. s.). Die Unternehmen können bzw. müssen daher mit einem Einschreiten der Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 IX rechnen.

23) Besonders umstritten ist die Geltung des nationalen formellen Rechts nach einer Verweisung; *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Vor § 23 Rdn. 106, hält auch nach der Verweisung sämtliche Melde-, Anzeige- und Entscheidungsfristen für unanwendbar; a. A. *Röhling*, ZIP 1990, 1179; *Niederleithinger*, WuW 1990, 721; hält ab dem Zeitpunkt der Verweisung insbesondere die Anmeldebestimmungen und die Entscheidungsfrist des § 24 lit. a, II GWB für anwendbar.

24) Nach deutschem Recht scheidet deshalb die Anwendung der Abwägungsklausel gemäß § 24 I und eine Ministererlaubnis gemäß § 24 III GWB aus, soweit der Vollzug dieser Vorschriften nicht der Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs dient. Näheres siehe *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Vor § 23 Rdn. 105.

25) *Kirchhoff* (o. FuBn. 7), S. 10.

FKVO nicht einschlägig ist. Sollte der Gerichtshof der Auffassung sein, daß die Kommission verweisen müßte, kann mit der Klage die Anwendung nationalen Kontrollrechts erzwungen werden.

**IV. Der Anwendungsbereich nationalen Kontrollrechts außerhalb der Fusionskontrollverordnung**

**1. Allgemeines**

Bislang gibt es – aus deutscher Sicht – zwei Normen, die sich zur Nichtanwendbarkeit nationalen Wettbewerbsrechts ausdrücklich äußern. Auf nationaler Ebene § 101 Nr. 3 GWB für den EGKSV und auf europäischer Ebene die Bestimmung des Art. 21 II UnterAbs. 1, Art. 87 II lit. e) EGV ist nach Ansicht des EuGH<sup>26</sup> die Bestätigung dafür, daß ohne normative Regelungen nationales und europäisches Wettbewerbsrecht nebeneinander anwendbar ist. Danach erfolgt der strikte Ausschluß innerstaatlichen Wettbewerbsrechts gemäß Art. 21 II UnterAbs. 1 nur dann, wenn kumulativ die Aufgreifkriterien Zusammenschluß i. S. von Art. 3 und gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. von Art. 1 II erfüllt sind. Erfüllt das Vorhaben eines dieser Merkmale nicht, so werden die Erkenntnisse aus dem „Farben-Urteil“<sup>27</sup> wieder bedeutsam, soweit das Vorhaben noch von den Aufgreifkriterien der Art. 85, 86 EGV erfaßt

wird. Bei Interferenz zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Wettbewerbsrecht wird nationales Wettbewerbsrecht verdrängt<sup>28</sup> soweit es notwendig ist, um die einheitliche Geltung und die harmonische Entwicklung i. S. von Art. 3 EGV eines europäischen Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten (Konfliktlösung gemäß dem Vorrang für das Gemeinschaftsrecht)<sup>29</sup>. Besonders wichtig ist dabei die Frage, wann von einem Konflikt auszugehen ist. Im übrigen ist die Anwendbarkeit nationalen Kontrollrechts außerhalb der Aufgreifkriterien der FKVO unbedenklich möglich, wenn sie zu gleichgerichteten Ergebnissen führt. Doppelsanktionen sowie Verfahrenshäufungen sind zulässig. Nur nach allgemeinem

26) Vgl. EuGH, Slg. 1969, I, V der Entscheidungsgründe, „Farbenhersteller“.

27) EuGH, Slg. 1969, I, 14 f. – Farbenhersteller; m. Anm. von Niederleitinger, in Festschr. f. Lukes, 511.

28) Der Zweischrankentheorie, die noch von durchgehender Idealkonkurrenz zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht ausging und somit keinen Normenkonflikt wegen teilweisen Anwendungsüberschneidungen gesehen hat, hat der EUGH eine Absage erteilt: EuGH, Slg. 1969, I, VI der Entscheidungsgründe, Farbenhersteller. Die Möglichkeit von Konflikten und die Lösung nach dem Vorrangsprinzip wurde vom EUGH Slg. 1980, 2327 (2374 f.) Parfum-Guerlain erneut bestätigt.

29) Die Lehre zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts geht auf Arbeiten von Ipsen zurück: zusammenfassend in *Bleckmann*, Europarecht, 1990, Rdn. 743 ff.

Aufgreifkriterien für eine Zusammenschlußkontrolle und mögliche Kontrollinstitute			
Nur wenn ein Zusammenschlußvorhaben bestimmte qualitative und quantitative Kriterien erfüllt, kann das Vorhaben von Kontrollbehörden aufgegriffen werden. Zu beachten sind europa- und nationalrechtliche Aufgreifkriterien. Erfüllt ein Vorhaben sowohl nationale als auch europäische Aufgreifkriterien, so ergibt sich die Frage, ob die EU-Kommission oder das Bundeskartellamt oder beide Behörden die Fusionskontrolle durchführen und nach welchem Recht dies geschieht. Die Übersicht zeigt den Zusammenhang zwischen den Aufgreifkriterien und sich ergebender nationaler und/oder europäischer Zusammenschlußkontrolle.			
Aufgreifkriterien		Kontrollinstitute	Erläuterung
Grundsatz	Zusätzliche Kriterien		
	<b>Umsatzweile überschritten</b> (§ 24 VIII, IX GWB)	Ausschließliche nationale Kontrolle nach §§ 23a, 24 I GWB durch das Bundeskartellamt	Europarechtliche Aufgreifkriterien werden nicht erfüllt.
<b>Zusammenschluß</b> (§ 23 II, III GWB)	<b>Zusammenschluß<sup>1</sup></b> (Art. 3 FKVO) <b>und</b> <b>Umsatzschwellen überschritten</b> (§ 24 VIII, IX GWB; Art. 1 Ii FKVO)	Keine nationale Kontrolle, sondern „One-Stop-Shopping“ nach FKVO	Ausnahmsweise nationale Kontrolle nach Vorgaben des Art. 9 FKVO nach Verweisung durch die Kommission.
	<b>Kooperation<sup>1</sup></b> (Art. 85 EGV) <b>und</b> <b>Umsatzschwelle überschritten</b> (§ 24 VIII, IX GWB) <b>und</b> <b>Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt</b> (Art. 85 oder 86 EGV)	Grundsätzliche „Parallelkontrolle“: Nationale Kontrolle beschränkt durch Vorrang des EU-Rechts im Konfliktfall; EU-Kontrolle durch Kommission nach VO Nr. 17 <sup>2</sup>	Liegt kein Zusammenschluß gemäß Art. 3 FKVO vor, so hat die FKVO keinen Einfluß auf das Kompetenzverhältnis
	<b>Kooperation<sup>1</sup></b> (Art. 85 EGV) <b>und</b> <b>Umsatzschwellen überschritten</b> (§ 24 VIII, IX GWB; Art. 1 II FKVO)	siehe oben	siehe oben
	<b>Zusammenschluß<sup>2</sup></b> (Art. 3 EGV) <b>und</b> <b>Umsatzschwelle überschritten</b> (§ 24 VIII, IX GWB) <b>und</b> <b>Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt</b> (Art. 85 oder 86 EGV)	Grundsätzliche „Parallelkontrolle“: Nationale Kontrolle beschränkt durch Vorrang des EU-Rechts im Konfliktfall; EU-Kontrolle durch Kommission nach Art. 85, 86, 89 EGV <sup>3</sup>	Kein „One-Stop-Shopping“ und keine EU-Kontrolle nach VO Nr. 17.

<sup>1</sup> Zur Abgrenzung zwischen Kooperation (Art. 85 EGV) und Zusammenschluß (Art. 3 FKVO) beachte GU-Bekanntmachung.

<sup>2</sup> Praktisch relevant bei sogenannten kooperativen Gemeinschaftsunternehmen (GU).

<sup>3</sup> Wegen sehr begrenzter Befugnisse der Kommission ist dies Kontrolle für die Praxis kaum von Bedeutung.

Billigkeitsgedanken ist bei der Festsetzung der späteren Sanktion die bereits verhängte zu berücksichtigen<sup>30</sup>.

**2. Art. 85, 86 EGV mit Durchführungsverordnungen und nationale Zusammenschlußkontrolle**

a) *Interferenzen außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollverordnung.* Ein Konflikt zwischen Art. 85, 86 EGV und nationaler Zusammenschlußkontrolle<sup>31</sup>, der den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auslöst, ist gegeben, wenn das Vorhaben in den Anwendungsbereich beider Rechtsebenen fällt (= Interferenz) und zu widersprechenden Rechtsfolgen führt<sup>32</sup>. Die Überschneidungen im Anwendungsbereich können sich auf zwei Ursachen zurückführen lassen:

- nationale Zusammenschluß-/Struktur-Kontrolle erfaßt systemwidrig ebenso Kooperationstatbestände, also Kartellsysteme, die regelmäßig Art. 85, 86 EGV erfaßt;
- das Vorhaben erreicht die sehr hohe Schwelle des Art. 1 II nicht, aber erfüllt die Aufgreifkriterien der Art. 85, 86 EGV<sup>33</sup> sowie die nationale Kriterien.

Für die Frage nach der Anwendbarkeit der Art. 85, 86 EGV außerhalb des Anwendungsbereichs der FKVO ist die Funktion des Art. 22 II von großer Bedeutung. Danach sind die Durchführungsverordnungen<sup>34</sup> zu den Art. 85 und 86 EGV unanwendbar auf Zusammenschlüsse i. S. von Art. 3, ohne Rücksicht darauf, ob die Schwellenwerte des Art. 1 II erreicht werden oder nicht. Fragt man nach dem Anwendungsbereich nationalen Kontrollrechts außerhalb des Anwendungsbereichs der FKVO, aber innerhalb des Anwendungsbereichs des „allgemeinen“ europäischen Wettbewerbsrechts, ist es wegen Art. 21 II erforderlich geworden, zwei Gruppen zu unterscheiden:

- *Gruppe 1:* Zusammenschlüsse i. S. von Art. 3 ohne gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. von Art. 1 II;
- *Gruppe 2:* Zusammenschlüsse, die nicht unter die Kategorie des Art. 3 fallen.

Im folgenden werden die Gruppen getrennt voneinander dargestellt:

*Gruppe 1:* Was Art. 21 II gegenüber nationalen Wettbewerbsrecht bewirkt, soll Art. 22 II gegenüber Art. 85, 86 EGV leisten: exclusive Anwendung der FKVO auf Zusammenschlüsse i. S. von Art. 3. Man will also die VO Nr. 17 mit ihren umfassenden Kommissionsbefugnissen von der Strukturkontrolle fernhalten. Dies mag eine Verordnung gegen nachrangiges oder gleichrangiges Recht vollbringen, aber ist unmöglich im Verhältnis zum höherrangigen Art. 85, 86 EGV<sup>35</sup>. Konflikte zwischen den Durchführungsverordnungen zu Art. 85, 86 EGV und nationalem Kontrollrecht unterhalb<sup>36</sup> der Schwellenwerte des Art. 1 II wurden eliminiert. Dies bedeutet, daß insbesondere die Vorschriften über die Anmeldung nicht gelten, weder Geldbußen noch Zwangsgelder festgesetzt werden noch Negativtests erteilt werden können. Doch Konflikte mit dem Primärrecht bleiben denkbar<sup>37</sup>. Die Kommission hat erklärt<sup>38</sup>, sie werde bei Zusammenschlüssen unter der Schwelle eines weltweiten Umsatzes von 2 Mrd. ECU oder einem gemeinschaftsweiten Umsatz von weniger als 100 Mio. ECU die Art. 85, 86 EGV nicht anwenden. Zusammenschlüsse unterhalb dieser Schwelle fallen endgültig aus dem Bereich der europäischen Kontrolle und werden ausschließlich von nationalen Behörden nach nationalem Kontrollrecht geprüft. Daneben gibt es gemäß Art. 22 III die Möglichkeit eines Mitgliedstaates, die Anwendbarkeit der FKVO bei der Kommission zu beantragen, wenn der Zusammenschluß die Schwellenwerte des Art. 1 II nicht erreicht<sup>39</sup>. Hauptzweck dieser Regelung ist es, Mitgliedstaaten, die keine eigene Fusionskontrolle haben, die FKVO für ihre Wettbewerbsinteressen anzubieten. Art. 22 III geht auf die Initiative Hollands zurück und gilt nur so lange, bis die im Art. 1 II festgelegten Schwellen herabgesetzt werden<sup>40</sup>.

*Gruppe 2:* Art. 21 II hat hier keine Bedeutung. Wird der Zusammenschluß von der FKVO nicht erfaßt, ist nur ein Konflikt

zwischen Art. 85, 86 EGV und den entsprechenden Durchführungsverordnungen mit nationalem Kontrollrecht möglich. Vor allem aus deutscher Sicht sind besonders bei Minderheitsbeteiligungen<sup>41</sup>, kooperativen Gemeinschaftsunternehmen<sup>42</sup> und den Fällen einer Kontrollverstärkung (vgl. § 23 III GWB) Konflikte in der Praxis denkbar. Der Grund liegt vor allem darin, daß nach deutschem Recht einiges unter dem Etikett „Zusammenschluß“ in den Katalog des § 23 GWB gepackt wurde, was tief in den Bereich von Kooperationen hineinreicht und damit systemwidrig einer Strukturkontrolle unterzogen wird. Zum Beispiel sind alle Versuche einer Trennung von konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht gescheitert. Das Ergebnis ist eine Zusammenschlußfunktion gemäß § 23 II 3 GWB auch für kooperative Gemeinschaftsunternehmen.

b) *Konflikt zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht.* Ergibt sich gemeinschaftsrechtlich ein Zusammenschlußverbot, aber nach dem Recht des Mitgliedstaates keine Eingreifbefugnis oder sogar eine ausdrückliche Zusammenschlußerlaubnis, so führen die Rechtsfolgen der unterschiedlichen Rechtsebenen zu einem offensichtlichen Widerspruch. In solch einem Konfliktfall ist es unstrittig, daß sich das gemeinschaftsrechtliche Verbot durchsetzt, insbesondere gegenüber

30) EuGH, Slg. 1969, 1, 14 - Farbenhersteller.

31) Allgemein zum Verhältnis der Art. 85, 86 EGV zum nationalen Recht siehe Wolf, EuZW 1994, 233; Immerich, Kartellrecht, S. 514 ff.

32) *Immensta/Mestmäcker*, GWB, Eml., Rdn. 34 ff.; *Zuleg.*, EuR. 1990, 123.

33) Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist die Anwendbarkeitsschwelle bei Art. 85, 86 EGV bereits erreicht, wenn Maßnahmen geeignet sind, die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten möglicherweise zu beeinträchtigen; grundlegend *EuGH*, Slg. 1966, 281, 303, „LTM/MBU“; *Immerich* (o. Fußn. 31), S. 511. Art. 4 der VO Nr. 17 v. 21. 2. 1962, ABIEG 1962 Nr. 13 I. 204/62 enthält eine de minimis-Regel. Danach bleiben Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren gemeinsamer Anteil an dem relevanten Markt weniger als 5% erreicht und deren Umsatz zusammen genommen weniger als 200 Mio. ECU ist, kontrollfrei. I aut „Neue Zürcher Zeitung“ vom 12. 11. 1994 teilte die Kommission mit, daß für Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen die Umsatzschwelle auf 300 Mio. ECU angehoben wurde.

34) Verordnung Nr. 17 v. 21. 2. 1962, ABIEG 1962 Nr. 13 I. 204/62. Durchführungsverordnungen für den Land-, See- und Luftverkehr ABIEG I. 175 v. 23. 7. 1968, S. 1; ABIEG L 378 v. 31. 12. 1986, S. 4 und ABIEG I. 374 v. 31. 12. 1987, S. 1.

35) *Niemeyer*, RIW 1991, 448; *Janicki*, WuW 1989, 193.

36) Oberhalb der Schwellenwerte beurteilt die Kommission die Zusammenschlüsse ausschließlich nach den materiellen Bestimmungen der FKVO: Erklärung für das Ratsprotokoll v. 19. 12. 1989, Tz. 11.

37) Die Kommission kann im Verfahren nach Art. 89 EGV Art. 85 u. 86 EGV zur Anwendung bringen. Weil die Befugnisse hier sehr begrenzt sind, wird Art. 89 EGV hier in der Praxis kaum große Bedeutung erlangen; *Niemeyer*, RIW 1991, 448; hält nationale Behörden wegen Art. 21 II nicht für befugt, auf der Grundlage von Art. 88, 87 EGV i. V. mit § 47 GWB die Art. 85, 86 EGV zur Anwendung zu bringen. *Niemeyer* begründet dies damit, daß mit der FKVO Durchführungsverordnungen i. S. von Art. 88 EGV erlassen sind und somit die Mitgliedstaaten keine lückenfüllenden Befugnisse mehr aus Art. 88 EGV ableiten können; a. A. wohl *Janicki*, WuW 1989, 193.

38) Erklärung für das Ratsprotokoll v. 19. 12. 1989, Tz. 11. Vgl. *Niemeyer*, RIW 1991, 448.

39) Zur bisher einzigen Entscheidung nach Art. 22 III vgl. Kommission v. 17. 2. 1993, WuW 1993, 286 - *British Airways/Dan Air*; vgl. ABIEG 1992, C 328/4.

40) Art. 22 VI. Ausführlich zu den Art. 22 III bis VI *Heidenhain*, EuZW 1990, 84.

41) Nach deutschem Recht genügt Erwerb einer Sperrminorität von 25% der Anteile (§ 23 II Nr. 2 GWB). Ein bestimmender Einfluß wird nicht gefordert; kritisch dazu *Hölzer/Rohardt*, in Festschr. f. Benisch, 399; zum Verstoß gegen Art. 85, 86 EGV durch Minderheitsbeteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens siehe *Niemeyer*, RIW 1990, 448; *EuGH* v. 17. 11. 1987, Slg. 1987, 4487 - *Philip Morris/Rothmans*, Kommission, 14. Wettbewerbswidrigkeit (1984), Rdn. 98 f.

42) Vgl. § 23 II 3 GWB; *Einsele*, RIW 1992, Beilage 2; *Wolf*, EuZW 1994, 233; *Scheff*, AG 1992, 245 (253 ff.); Kommentar zu einem Entwurf der Kommission für eine Bekanntmachung von „Leitlinien für die Beurteilung der kooperativen GU im Hinblick auf Art. 85 EWG-Vertrag (Dokument IV/647/92-19E)“; damit sollen die Rahmenbedingungen für kooperative GU, die nicht gemäß der FKVO privilegiert sind, verbessert werden.

national geregelten Befreiungen von Kontrollen für bestimmte Wirtschaftszweige oder staatlichen Erlaubnissen<sup>43</sup>.

Besonders umstritten sind die Voraussetzungen für Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei einerseits gemeinschaftsrechtlich erlaubten („freigestellten“), aber andererseits mitgliedstaatlich verbotenen Wettbewerbsverhaltens. Bezweckt die gemeinschaftsrechtliche Erlaubnis die Verwirklichung eines der Ziele des EGV, so verbirgt sich dahinter ein sogenannter „positiver Eingriff“ i. S. des „Farben-Urteils“, der nach EuGH Voraussetzung ist für die Annahme eines Konflikts mit einer inhaltlich widersprechenden mitgliedstaatlichen Maßnahme. Der Vorrang positiver Maßnahmen hat bisher keine allgemeine Anerkennung gefunden. Die Meinungsverschiedenheiten entzündeten sich meist daran, welchen Sinn man einer europarechtlichen „Erlaubnis“ zu geben hat. Sieht man eine Verbotslockerung oder Erlaubnis als Zurücknahme oder Ablehnung von Zuständigkeit oder Eingriffskompetenz<sup>44</sup>, so ist das Feld frei für nationales Recht. Ein Konflikt liegt nur scheinbar vor. Weil bereits die Aufgabe oder Befugnis zur Interessenverfolgung abgelehnt wird, fehlt für den „echten“ Konflikt ein angestrebtes Interesse, das dem nationalen Interesse widersprechen könnte. Wird dagegen von den Gemeinschaftsbehörden grundsätzlich vom Vorliegen einer Eingriffskompetenz ausgegangen und entscheiden sie sich dabei positiv gegen ein Einschreiten, weil sie damit ein gemeinschaftspolitisches Ziel anstreben, so kann ein nationales Verbot der positiv erklärten „Freigabe“ entgegenstehen und die einheitliche Verwirklichung der Ziele des EGV konterkarieren. Bei einer Freistellungsentscheidung der Kommission ist daher stets zu hinterfragen, welcher Zweck damit verfolgt wird<sup>45</sup>. Danach läßt sich abschließend beantworten, ob das Recht der Mitgliedstaaten zur Auflösung des Widerspruchs zum europäischen Recht verdrängt wird. Sollte sich kein Konflikt ergeben, ist nationales Kontrollrecht neben europäischem Wettbewerbsrecht anwendbar.

## V. Zusammenfassung

Das „one-stop-shopping“-Prinzip der FKVO in Art. 21 UnterAbs. 1 beschränkt die Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Zusammenschlußkontrolle. Erfüllt ein Unternehmenszusam-

menschluß die Aufgreifkriterien der FKVO gemäß Art. 3 (Zusammenschlußbegriff) und Art. 1 II (Umsatzschwellen) wird dieses Vorhaben grundsätzlich nur nach europäischem Recht beurteilt und kontrolliert. Nur wenn die Kommission die Kontrolle mit Verweisung (Art. 9) an einen Mitgliedstaat abgibt, erfolgt die mitgliedstaatliche Kontrolle nach nationalem Recht. Im übrigen darf ein Mitgliedstaat seine nationale Kontrollkompetenz nur zur Verfolgung eines berechtigten Interesses i. S. des Art. 21 III wahrnehmen.

Erfüllt ein Vorhaben nicht die Aufgreifkriterien der FKVO, so hat europäisches Wettbewerbsrecht grundsätzlich keine Auswirkung auf die Anwendbarkeit nationaler Zusammenschlußkontrolle. Art. 85, 86 EGV mit den hierzu ergangenen Verordnungen (Art. 87 I EGV) finden parallele Anwendung, soweit die Aufgreifkriterien der Art. 85, 86 EGV erfüllt sind.

Nur im Fall eines Konflikts zwischen nationaler Zusammenschlußkontrolle und den parallel anwendbaren europäischen Vorschriften, muß das nationale Kontrollrecht wegen des Vorrangs des primären und sekundären Europarechts zurücktreten. In diesem Problembereich ist besonders Art. 22 II zu beachten. Erfüllt das Vorhaben die Kriterien des Art. 3, aber nicht die Umsatzschwellen des Art. 1 II, sind die Ausführungsbestimmungen zu Art. 85, 86 EGV unanwendbar und demnach ein Konflikt, insbesondere mit Maßnahmen gemäß VO Nr. 17 ausgeschlossen.

43) Übersicht über die Rechtsprechung hierzu in Monopolkommission Hauptgutachten VIII, Tz. 1115 ff. So kann auch die „Ministererlaubnis“ gemäß § 24 III GWB durch ein gemeinschaftsrechtliches Verbot nach Art. 85, 86 EGV ausgeschlossen sein, weil sonst Art. 5 UnterAbs. 2 EGV verletzt würde.

44) Weder förmliche Negativatteste nach Art. 2 VO Nr. 17, noch sogenannte „Comfort Letters“, noch schlichte Einstellungen oder die Nichteröffnung des Verfahrens, sperren nationales Wettbewerbsrecht; *Wölf*, EuZW 1994, 233 (234); *Bechtold*, GWB, Einf. Rdn. 32, 37. Im Fall *EuGH*, Slg. 1980, 2327, „Parfum Guerlain“ wurde z. B. bereits die Anwendung von Art. 85 I EGV verneint, ohne auf Art. 85 III EGV einzugehen.

45) Strittig. Ob es sich dabei um Einzel- oder Gruppenfreistellungen gemäß Art. 85 III EGV handelt, bleibt sich gleich; vgl. *Bechtold*, GWB, Einf. Rdn. 37. Zur Ermittlung des Zwecks einer Kommissionsentscheidung steht das Vorlageverfahren nach Art. 177 EGV zur Verfügung. Anders *Emmerich* (o. Fußn. 31), S. 517 und *Bunte*, WuW 1989, 7; beide wollen generell Freistellungen den Vorrang vor nationalem Wettbewerbsrecht einräumen.

# Privatisierungsvereinbarungen mit der Treuhandanstalt – ein justitiales Risiko?

Von Wissenschaftlicher Mitarbeiter Heinrich Lang, Köln\*

Die Treuhandanstalt (THA) ist zum 31. 12. 1994 in die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BVS) sowie weitere funktionale Beteiligungsgesellschaften umgewandelt worden (vgl. das Gesetz zur abschließenden Erfüllung der Aufgaben der Treuhandanstalt vom 9. 8. 1994, BGBl I, 2062). Ihre verbliebenen Aufgaben sind im wesentlichen der BVS zugeordnet worden, wobei insbesondere die Überwachung und Durchführung der ca. 90 000 noch mit der THA geschlossenen Privatisierungsverträge sowie in kleinerem Umfang die weitere Privatisierung von verbliebenen rund 100 Betrieben zu nennen sind. Obgleich der Arbeit der THA in der Literatur angesichts ihrer Jahrhundertaufgabe weitgehendes Gelingen bescheinigt wird, dürften Rechtsstreitigkeiten über mit ihr abge-

schlossene Privatisierungsvereinbarungen die Gerichte noch länger beschäftigen. Dies liegt vor allem darin begründet, daß die THA ihre Privatisierungsaufgabe in einem im Grunde nicht auflösbaren Interessensgegensatz wahrzunehmen hatte. Einerseits sollte sie dem Erfordernis schnellstmöglicher Privatisierung gerecht werden, ohne andererseits unrechtmäßige Eigentumsentziehungen zu perpetuieren. Der Beitrag geht der Frage nach, ob ein Investor, der mit der THA eine Privatisierungsvereinbarung getroffen hat, um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen kann, wenn sein investives Vorhaben durch eine entgegenstehende Entscheidung nach dem Investitionsvorranggesetz (InvVG) oder dem Vermögenszuordnungsgesetz (VZOG) gefährdet oder verhindert wird.

## 1. Einleitung

Eine der großen Schwierigkeiten bei der Herstellung der deutschen Einheit stellt die Privatisierung ehemals volkseigener Betriebe bzw. allgemeiner die Durchführung investiver Vorha-

ben dar. Vorbereitet werden solche investiven Vorhaben zumeist über Privatisierungsvereinbarungen zwischen THA und priva-

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staatsrecht der Universität zu Köln.