

Europäisches Wettbewerbsrecht

§ 4 Europäische Fusionskontrolle

I. Anliegen und Entwicklung

- obwohl der Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht nur durch die Bildung von Kartellen und den Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung verfälscht werden kann, sondern ebenso durch den Zusammenschluss bislang konkurrierender Unternehmen, enthält der EGV anders als der – unterdessen außer Kraft getretene – EGKSV (Art. 66) keine Regelungen für eine vorbeugende Fusionskontrolle
- die Kommission versuchte diese Lücke zunächst mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung der Art. 81 und 82 EGV auf die Fusionsfälle zu schließen → der EuGH ist diesen Weg mitgegangen → dennoch wies eine solche Lösung viele Unzulänglichkeiten auf
- seit 1973 ist die Kommission zudem um die Schaffung einer speziellen Rechtsgrundlage für die Fusionskontrolle bemüht gewesen → nach einem 16 Jahre andauernden Diskussionsprozess erging schließlich am 21.12.1989 die **Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Kontrolle** von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung = FKVO) → in Kraft seit dem 21.9.1990
- im Jahr 2002 erlitt die Kommission mit Zusammenschluss-Untersagungen mehrere spektakuläre Niederlagen vor dem EuGH → daraufhin legte die Kommission am 11.12.2002 den Vorschlag für eine neue Fusionskontrollverordnung vor
- nach einer intensiven Diskussion ist die neue **Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen** am 20.1.2004 angenommen worden → trat schon am 1.5.2004 in Kraft

II. Anwendungsbereich

- Anwendung findet die neue FKVO (ebenso wie die alte) auf Zusammenschlüsse von Unternehmen, wenn diesen Zusammenschlüssen gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt (Art. 1 Abs. 1)

1. Zusammenschluss von Unternehmen

- wird in Art. 3 Abs. 1 FKVO als „dauerhafte Veränderung der Kontrolle“ definiert, welche sich auf zwei Wegen vollziehen kann:
 - durch Fusion zweier bzw. mehrerer Unternehmen oder Unternehmensteile (kann sein: Verschmelzung zur Aufnahme oder Verschmelzung zur Neugründung)
 - durch Erlangung der Kontrolle in sonstiger Weise (häufigster Fall: Erwerb eines großen Aktienpakets)
- dem gleichgestellt wird von Art. 3 Abs. 4 FKVO eine dritte Fallgruppe:
 - Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens → muss aber ein sog. konzentratives Gemeinschaftsunternehmen sein → die Zulässigkeit von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen richtet sich dagegen nach Art. 81 Abs. 1 und 3 EGV

2. Gemeinschaftsweite Bedeutung

- Fusionskontrolle der Gemeinschaft soll sich auf jene Großfusionen konzentrieren, welchen eine gemeinschaftsweite Relevanz zukommt → deshalb Kombination von genereller Zuständigkeitszuordnung mit Verweisungsmöglichkeiten für den Einzelfall
- generelle **Zuständigkeitszuordnung** insb. durch Art. 1 Abs. 2 FKVO → enthält drei Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen
- Novellierung der FKVO im Jahr 1997 fügte neuen Art. 1 Abs. 3 ein → die damit verbundene Ausdehnung des Anwendungsbereichs ist sehr umstritten gewesen, deshalb einigte man sich schließlich auf eine sehr komplizierte Formel → Praxis beklagt deren mangelnde Handhabbarkeit
- Verweisungsregelungen → Art. 9 FKVO a.F. (sog. „deutsche Klausel“) ermöglichte die Verweisung der Kontrolle konkreter Zusammenschlüsse an nationale Kartellbehörden → bis zum 30.4.2004 machte die Kommission hiervon nur in insgesamt 57 Fällen Gebrauch
- von Art. 9 Abs. 2 lit. a FKVO werden nun die Voraussetzungen für die Verweisung abgesenkt; zugleich Versuch, das gesamte Verweisungsverfahren effektiver zu gestalten
- Art. 22 FKVO ermöglicht umgekehrt auch Verweisungen von den nationalen Behörden an die Kommission → können jetzt von der Kommission selbst angeregt werden (Abs. 5)
- große praktische Bedeutung dürfte die – neu eröffnete – Möglichkeit erlangen, dass die Unternehmen bereits vor der Anmeldung der Fusion eine Verweisung anregen (vgl. insb. Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO)

III. Prüfungsmaßstab bzw. Untersagungskriterien

- nach Art. 2 Abs. 3 FKVO a.F. waren Zusammenschlüsse zu untersagen, welche eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt hätten, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil dieses Marktes erheblich behindert worden wäre
- zentral bedeutsam ist demnach die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gewesen → in der Praxis orientierte sich die Kommission insoweit stark an den zu Art. 82 EGV entwickelten Grundsätzen
- Reform des Prüfungskriteriums: Art. 2 Abs. 3 FKVO n.F. stellt nun zunächst auf eine „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ ab (wird teilweise als SIEC-Test = „*significant impediment of effective competition*“ bezeichnet)
- in der dem Erlass der neuen Verordnung vorausgehenden Diskussion war teilweise gefordert worden, das Kriterium der Marktbeherrschung durch den in der amerikanischen und britischen Kontrollpraxis gebräuchlichen sog. SLC-Test (= „*substantial lessening of competition*“) zu ersetzen
- noch völlig offen ist, wie sich die Änderung des Prüfkriteriums in der Praxis tatsächlich auswirken wird → erste Anhaltspunkte hierfür können den von der Kommission am 5.2.2004 vorgelegten **Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen** (2004

/C 31/03) entnommen werden → siehe dort insb. zur Marktbeherrschung als wichtigster Fallgruppe die Ziffern 1, 2, 4, 9, 14, zur Bedeutung der Marktanteile die Ziffern 17 f.,

- der neue Prüfungsmaßstab soll zudem besser geeignet sein, sog. Effizienzvorteile zu berücksichtigen → siehe zum Standpunkt der Kommission zu dieser Frage die Ziffern 76 bis 87 der Leitlinien

IV. Die kollektive Marktbeherrschung

- besondere Fragen wirft die Problematik der sog. kollektiven Marktbeherrschung auf → nach Ansicht von Kommission und EuGH finden die Vorschriften der FKVO auf diese Fallgruppe ebenfalls Anwendung, wobei es nicht notwendig auf strukturelle Verbindungen zwischen den Unternehmen ankommen soll
- Klärung der Voraussetzungen durch die Airtours-Entscheidung des EuG:

EuG, 06.06.2007, T-342/99, („Airtours“), Slg. 2002, II-2585

Rdn. 62 „... setzt die Begründung einer solchen kollektiven beherrschenden Stellung dreierlei voraus:

- Zum einen muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. ... Der Markt müsste daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann;

- zum anderen muss die stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. ... Diese Voraussetzung schließt daher Gegenmaßnahmen im Fall eines Abweichens vom gemeinsamen Vorgehen ein. Die Parteien sind sich hier darin einig, dass eine kollektive beherrschende Stellung nur dann Bestand haben kann, wenn genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, was voraussetzt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols weiß, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte...

- zum dritten kann die Kommission das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung rechtlich hinreichend nur dartun, wenn sie nachweist, dass die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.

- auch die Entscheidung des EuG v. 13.07.2006, T-464/04 „BMG-Sony“, mit der die Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission vom Gericht für nichtig erklärt worden ist, betraf eine kollektive Marktbeherrschung → das Urteil bestätigte die drei „Airtours“-Kriterien
- vgl. zur Erfassung der kollektiven Marktbeherrschung auch die Ziffern 39, 41 f., 45, 49, 52 f., 56 der *Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse* vom 5.2.2004

V. Ablauf des Fusionskontrollverfahrens

1. Anmeldefristen

- nach Art. 4 Abs. 1 1. UA FKVO a.F. musste der Zusammenschluss innerhalb von nur einer Woche nach Vertragsschluss bzw. nach dem Erwerb der Kontrollmehrheit angemeldet werden → dies, obwohl ohnehin nach Art. 7 Abs. 1 FKVO ein Vollzugsverbot besteht → jetzt bestimmt Art. 4 Abs. 1 FKVO n.F. insoweit lediglich, die Anmeldung habe vor dem Vollzug zu erfolgen

- außerdem erlaubt Art. 4 Abs. 1 2. UA FKVO n.F. den Unternehmen nun, die Fusion bereits vor dem Vertragsschluss anzumelden

2. Vorabprüfungsverfahren

- auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 und 2 FKVO erfolgt eine summarische Prüfung des Vorhabens → der allergrößte Teil der Verfahren wird in diesem Stadium erledigt
- als problematisch erweist sich immer wieder die eng begrenzte Zeitspanne, welche für das Vorabprüfungsverfahren zur Verfügung steht (vgl. Art. 10 Abs. 1 FKVO): bisher vier bzw. sechs Wochen; nun 25 bzw. 35 Arbeitstage → keine Verlängerungsmöglichkeit

3. Hauptprüfungsverfahren

- wird nur eingeleitet, wenn die Kommission ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt hat (Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO)
- auch hier relativ knapp bemessene Zeitspanne zur Prüfung: bislang 4 Monate, jetzt 90 Arbeitstage → zu den Verlängerungsmöglichkeiten siehe Art. 10 Abs. 3 FKVO n.F.
- das Hauptprüfungsverfahren muss mit einer Entscheidung der Kommission abgeschlossen werden → trifft die Kommission innerhalb der Prüfungsfrist keine Entscheidung, so gilt der Zusammenschluss als genehmigt (Art. 10 Abs. 6 FKVO n.F.)
- möglich ist nur eine Unvereinbarkeitsentscheidung (Art. 8 Abs. 3 FKVO n.F.) oder eine Vereinbarkeitsentscheidung (Art. 8 Abs. 1 FKVI n.F.), welche von der Kommission mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden kann (Art. 8 Abs. 2 2. UA FKVO n.F.)

4. Zusätzliche Verfahrensvorkehrungen

- ohne spezielle sekundärrechtliche Regelung hat die Kommission noch einige zusätzliche Verfahrensvorkehrungen veranlasst, so z.B. die Einsetzung eines Chefökonomens sowie die Schaffung eines Verbindungsbeamten für Verbraucherfragen

5. Erweiterung der Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse der Kommission

- die entsprechenden Befugnisse sind nach dem Vorbild der – in der VO Nr. 1/2003 neu geregelten – Befugnisse zur Durchsetzung der Art. 81 und 82 EGV erweitert worden → vgl. nur Art. 11 Abs. 1 FKVO n.F.: das Auskunftsverlangen kann nun sogleich als Entscheidung ergehen u.a.m.