

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 270

Die Europäische Fusionskontrolle

Von

**Brian F. Cahill, Joachim Dreyer,
Silvio Claudius Gabriel, Wolfgang Kerber, Ingo Schmidt,
Jörg Schütz, Rudolf Schwan**

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 270

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 270

Die Europäische Fusionskontrolle



Duncker & Humblot · Berlin

Die Europäische Fusionskontrolle

Von

Brian F. Cahill, Joachim Dreyer,
Silvio Claudius Gabriel, Wolfgang Kerber, Ingo Schmidt,
Jörg Schütz, Rudolf Schwan

Herausgegeben von
Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die Europäische Fusionskontrolle / von Brian F. Cahill ...
Hrsg. von Peter Oberender. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000
(Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts-
und Sozialwissenschaften ; N.F., Bd. 270)
ISBN 3-428-10104-9

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0505-2777
ISBN 3-428-10104-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

Vorwort

Die zunehmende Dynamik der Globalisierung und die damit verbundene Tendenz zu neuen Fusionen führt dazu, daß die herrschende Fusionskontrollpraxis von unterschiedlicher Seite in Frage gestellt wird. Forderungen nach einer Novellierung der existierenden Regelungen oder sogar nach einer Weltkartellbehörde standen schon im Raum, als die Arbeitsgruppe Wettbewerb des wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik auf ihrer Tagung im März 1999 in Bayreuth das Thema „Die Europäische Fusionskontrolle“ erörterte. Ziel war es, neben einer theoretischen Aufarbeitung der europäischen Fusionskontrollpraxis, auch Erfahrungsberichte von betroffenen Unternehmervertretern zu erhalten, die exemplarisch für die nun fast 1000 Fusionskontrollscheidungen stehen. Um einen umfassenden Einblick in alle Aspekte dieses Problemkreises zu bekommen, wurden Hochschullehrer der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie hochkarätige Vertreter der Wirtschaftspraxis zu einem Experten-Workshop eingeladen. Die Vorträge werden in diesem Band wiedergegeben.

Das Eingangsreferat übernahm Prof. Dr. *Ingo Schmidt*, der in seinem Vortrag einen Überblick über die aktuelle Praxis der europäischen Fusionskontrolle gab.

Mit dem Zusammenschluß von Ciba Geigy und Sandoz zu Novartis beschäftigte sich Herr *Silvio Claudio Gabriel*, Vorsitzender der Geschäftsführung Novartis.

Herr Dr. *Joachim Dreyer*, Leiter der Rechtsabteilung der British American Tobacco, Germany, referierte zur europäischen Fusionskontrolle aus Sicht eines Tochterunternehmens eines weltweit operierenden Konzerns.

Aktuelle Fragen des nationalen und europäischen Kartellrechts betrachtete Herr *Rudolf Schwan*, Vorstandressort RWE.

Herr *Brian F. Cahill*, Director Group Legal Services, Glaxo Wellcome plc, thematisierte den Zusammenschluß von Glaxo und Wellcome von 1995.

Mit der EG-Fusionskontrolle aus einer Industrieperspektive beschäftigte sich Herr Dr. *Jörg Schütz*, Rechtsabteilung Daimler-Chrysler AG.

Den Abschluß der Tagung bildeten schließlich die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Kerber* über Entwicklungslinien und Perspektiven der europäischen Fusionskontrolle.

Danksagung

Meinem Mitarbeiter, Herrn Dipl.-Volkswirt *Arne Heissel*, danke ich für das große Engagement und die umfassende Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Sitzung in Bayreuth sowie bei der Herausgabe des vorliegenden Bandes.

Bayreuth, im September 1999

Peter Oberender

Inhaltsverzeichnis

Die europäische Fusionskontrolle – eine Synopse	
Von <i>Ingo Schmidt</i> , Stuttgart-Hohenheim	9
Novartis – Gemeinsam erfolgreicher!	
Von <i>Silvio Claudius Gabriel</i> , Nürnberg	27
Die europäische Fusionskontrolle aus Sicht eines Tochterunternehmens eines weltweit operierenden Konzerns	
Von <i>Joachim Dreyer</i> , Hamburg	33
Aspekte der nationalen und europäischen Fusionskontrolle – Anmerkungen aus Sicht eines Großunternehmens	
Von <i>Rudolf Schwan</i> , Essen	39
The Role of the Merger Task Force	
Von <i>Brian F. Cahill</i> , Greenford (UK)	53
Die EG-Fusionskontrolle aus Sicht der Industrie	
Von <i>Jörg Schütz</i> , Stuttgart	57
Europäische Fusionskontrolle: Entwicklungslinien und Perspektiven	
Von <i>Wolfgang Kerber</i> , Marburg	69

Die europäische Fusionskontrolle – eine Synopsis

Von *Ingo Schmidt*, Stuttgart-Hohenheim

I. Entstehungsgeschichte und Ziele der Fusionskontrolle

Der EWG-Vertrag hatte ursprünglich – im Gegensatz zu Art. 66 MUV – keine Zusammenschlußkontrolle vorgesehen. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch in der Entscheidung Continental Can erklärt, daß auch ein Zusammenschluß als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 86 EGV angesehen werden könne.¹ In dem 1973 vom EuGH entschiedenen Fall ging es um die Beurteilung einer Fusion auf dem Verpackungsmarkt. Die Continental Can-Tochter Schmalbach-Lubeca AG in Braunschweig hatte nach Auffassung der EK auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes für Leichtverpackungen von Fleisch- und Fischkonserven sowie für Metalldeckel von Glasbehältern eine beherrschende Stellung inne. Im April 1970 hatte Continental Can über ihre Tochtergesellschaft Europemballage etwa 80 % der Aktien und Obligationen von TDV in den Benelux erworben, dem letzten selbständigen europäischen Hersteller von Verpackungsmaterialien und Konkurrenten von Schmalbach-Lubeca, wodurch der Wettbewerb auf den relevanten Märkten nach Meinung der EK praktisch ausgeschaltet worden war.

Im konkreten Fall spielte die Frage der relevanten Marktabgrenzung (Frage des Substitutionswettbewerbs und damit des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung) eine große Rolle. Der EuGH verneinte zwar das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und hob daher die Verfügung der EK auf. Über den konkreten Fall hinaus besaß diese Entscheidung jedoch insofern grundlegende Bedeutung, als der EuGH die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i.S. von Art. 86 EGV auch dann bejahte, wenn die Verstärkung einer bereits vorhandenen beherrschenden Stellung mittels einer Fusion erfolgte. Insofern sah er jede Verstärkung einer beherrschenden Stellung als mißbräuchlich ohne Rücksicht darauf an, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden war. Entscheidend sei, ob eine beherrschende Stellung dergestalt verstärkt werde, daß der durch die Fusion erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindere, so daß nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhän-

¹ Vgl. *Continental Can*, in: WuW/E EWG/MUV 296 ff.

gen. Diese Rechtsauffassung ist in dem 1993 entschiedenen Altfall Wilkinson / Sword letztmalig zum Tragen gekommen.²

Da auf der Grundlage des Art. 86 EGV eine Fusionskontrolle nur in Ausnahmefällen Platz griff, hatte die Kommission bereits 1973 einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates erarbeitet, der jedoch vom Europäischen Ministerrat erst am 21. 12. 1989 verabschiedet wurde.

Diese seit 1973 andauernden Bemühungen der EK, die Rechtsgrundlage für eine supranationale Fusionskontrolle zu schaffen, wurden flankiert durch den Versuch, das Kartellverbot des Art. 85 EGV auch auf Vereinbarungen anzuwenden, durch die ein Unternehmen die Kontrolle über einen Wettbewerber durch den Kauf von Anteilen oder Kooperationsvereinbarungen erlangt. Maßgeblich ist dabei nach Auffassung des EuGH, ob die Vereinbarung als Instrument zur Beeinflussung des Geschäftsverhaltens des aufgekauften, aber rechtlich unabhängig bleibenden Unternehmens durch Beschränkung des Wettbewerbs dient.³ Die rechtliche Tragweite des Falles Morris-Rothmans ist allerdings strittig. Die „Gefahr“ einer allumfassenden europäischen Fusionskontrolle nach Art. 85 EGV hat dann die 1989 erfolgte Verabschiedung der Europäischen Fusionskontroll VO beschleunigt, wobei ungeklärt bleibt, ob und inwieweit die Art. 85 und 86 EGWV neben der Fusionskontrolle VO Anwendung finden.⁴

II. Europäische Fusionskontrolle

1. Aufgreifkriterien

Die am 21. Dezember 1989 verabschiedete Verordnung des Ministerrates der Europäischen Gemeinschaft über die Kontrolle von Zusammenschlüssen sieht folgendes vor:⁵

² Vgl. den Altfall Wilkinson / Sword, in: ABI EG 1993 Nr. L 116, S. 21 ff.

³ Vgl. Morris / Rothmans, in: WuW / E EWG / MUV 815 ff. Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV auf wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse vgl. Immenga, U., und Fuchs, A., Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligung?, in: Neue Juristische Wochenschrift 41 (1988), S. 3052 ff.

⁴ Der oben zitierte Altfall Wilkinson / Sword war sowohl auf eine Verletzung von Art. 85 als auch Art. 86 EWGV gestützt worden. Vgl. Staudenmayer, D., Das Verhältnis der Art. 85, 86 EWGV zur EG-Fusionskontrollverordnung, in: Wirtschaft und Wettbewerb 42 (1992), S. 475 ff.

⁵ Vgl. VO Nr. 4064 / 89, in: ABI EG 1989 Nr. L 395 und 1990 Nr. L 257 (korrigierte Fassung).

Zur Abgrenzung von konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen vgl. die Bekanntmachung der EK, in: ABI EG 1994 Nr. C 385, S. 1 ff. Zu den ökonomischen Überlegungen für eine europäische Fusionskontrolle vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Horizontale Konzentration, Fusionen und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft, in: Europäische Wirtschaft Nr. 40 (1989), Teil C.

Die Fusionskontrolle gilt für alle Zusammenschlüsse i.S. von Art. 3 Fusionskontroll VO (FKVO) mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, die nach Art. 1 Abs. 2 FKVO dann gegeben ist, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen mehr als 5 Mrd. ECU und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio. ECU beträgt (Aufgreifkriterien), es sei denn, die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat (implizite Vermutung für die Nicht-Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels).⁶

2. Eingreifkriterien

Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch welche wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind von der Europäischen Kommission für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären (Eingreifkriterium i.S. des Art. 2 Abs. 3 FKVO).

Bei der Prüfung des Zusammenschlusses hat die EK gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO – ähnlich wie in § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB – die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer sowie ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten (vertikaler Aspekt), die rechtlichen oder tatsächlichen Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen (Produktlebenszyklus, Marktphase) sowie die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher zu berücksichtigen. Darüber hinaus geht Ziff. 15 der Erwägungsgründe von der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aus, wenn der kombinierte Marktanteil 25 % nicht überschreitet. Diese Marktstrukturmerkmale sollen wirksamen Wettbewerb konkretisieren.

Über die Aufrechterhaltung und Sicherung wirksamen Wettbewerbs hinaus soll die EK gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO die (künftige) Entwicklung wirksamen Wettbewerbs berücksichtigen, was auf eine Absenkung des Eingreifkriteriums unter die Marktbeherrschungsschwelle hinauslaufen könnte.

Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung folgt die EK weitgehend der vom Gerichtshof gegebenen Definition, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen die Fähigkeit besitzt, sich in spürbarem Maße unabhängig von den Wettbewerbern und letztlich von den Verbrauchern zu verhalten, wodurch ein wirksamer Wettbewerb verhindert wird. Im wesentlichen berücksichtigt die Euro-

⁶ Mit Wirkung zum 1. März 1998 besitzt ein Zusammenschluß, der die vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, dennoch eine gemeinschaftsweite Bedeutung für den Fall der Mehrfach-Notifizierungen in mindestens drei Mitgliedstaaten. Zu den niedrigeren Schwellenwerten und ihren Bedingungen vgl. VO Nr. 1310/97, in: ABI EG 1997 Nr. L 180, S. 1 ff.

päische Kommission bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse im Hinblick auf das Vorliegen von Marktbeherrschung folgende vier Marktstrukturfaktoren:⁷

- Die Marktstellung der fusionierten Unternehmen im Hinblick auf den Marktanteil (Konzentrationsgrad und -trend), wobei die Rechtsprechung – anders als bei Art. 86 EGV – bislang keinen kritischen Konzentrationsgrad herausgearbeitet hat. Im Hinblick auf die Wettbewerbsvorteile der fusionierenden Unternehmen werden ferner die Finanzstärke, das technologische Know-how, die Kapazitäten, die Produktpalette, das Vertriebsnetz sowie langfristige Liefervereinbarungen mit Kunden berücksichtigt. Die Bewertung der Marktanteile erfolgt dabei in einem dynamischen Kontext. So ist die Entwicklung der Marktanteile der betreffenden Unternehmen in der Vergangenheit und ihre Tendenz für die Zukunft zu berücksichtigen. Hohe Marktanteile sind des weiteren auf einem Wachstumsmarkt mit moderner Technologie anders zu beurteilen als auf einem relativ ausgereiften Markt.
- Die Marktstärke der verbleibenden Wettbewerber im Hinblick auf Marktanteil, Finanzstärke, Technologie- und Produktionskapazitäten und Vertriebssysteme sowie den Abstand zwischen dem fusionierten Unternehmen und dem nächstgrößten Wettbewerber. Auch die Zahl der verbleibenden Wettbewerber und damit der Versorgungsalternativen wird berücksichtigt.
- Die Struktur der Nachfrageseite im Hinblick auf die Stärke der Verhandlungsposition der Nachfrager, die schon bei relativ geringen Marktanteilen der Nachfrager gegeben sein kann (ca. 5 – 15 %).⁸
- Die Höhe der Markschränken und die Stärke des potentiellen Wettbewerbs. Potentieller Wettbewerb wird dann berücksichtigt, wenn klare Beweise für die Wahrscheinlichkeit raschen und wesentlichen Marktzutritts durch Kapazitätserweiterung etablierter oder den Zutritt völlig neuer Wettbewerber vorliegen. Der mögliche Markteintritt muß für das Unternehmen mit den hohen Marktanteilen eine ausreichende Bedrohung darstellen, um es daran zu hindern, sich in spürbarem Maße unabhängig vom Marktdruck zu verhalten.

Im Gegensatz zu § 19 Abs. 2 GWB n.F. kennt die FKVO keinen doppelten Marktbeherrschungsbegriff, d.i. die „überragende Marktstellung“ i.S. von § 19 Abs. 2 lit. 2 GWB. Aus deutscher Sicht ist die mit dem doppelten Marktbeherrschungsbegriff einhergehende Absenkung des Eingreifkriteriums im Rahmen der Fusionskontrolle äußerst wirksam. Die Versuche des BDI im Rahmen der 6. GWB-Novelle, „im Interesse einer Harmonisierung mit dem europäischen Recht“ den doppelten Marktbeherrschungsbegriff abzuschaffen, sind nicht zum Tragen ge-

⁷ Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel – Luxemburg 1992, S. 406 ff.

⁸ Vgl. Kerber, W., Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG, Bayreuth 1994, S. 69.

kommen. Die Harmonisierung des GWB mit dem europäischen Recht ist in diesem Punkte bewußt unterblieben – ähnlich übrigens wie bei der Fassung des Kartellverbotes des neuen § 1 GWB, der im Gegensatz zu Art. 81 EGV vertikale Absprachen nicht erfaßt (was vom BDI in diesem Fall allerdings sehr positiv bewertet wird).

Soweit in den Fusionsentscheidungen die jeweiligen nationalen Märkte als räumlich relevant angesehen worden sind, ist dies u. a. mit hohen Marktzutritts-schranken infolge ausgeprägter Verbraucherpräferenzen, sprachlicher und kultureller Gründe, hoher Transportkosten sowie langfristig bestehender hoher Preisunter-schiede zwischen den nationalen Märkten begründet worden. Die Frage der räumlichen Marktabgrenzung einerseits und – im Falle einer engen räumlichen Markt-abgrenzung – des Vorliegens potentiellen Wettbewerbs andererseits müssen bei der Fusionskontrolle als die i.d.R. entscheidenden Faktoren für die Feststellung der Marktbeherrschung angesehen werden.

3. Abwägung mit technischem Fortschritt

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemein-samen Markt hat die Kommission jedoch gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO auch „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“, zu berücksichtigen. Diese kontroverse Klausel, die eine Abwägung zwischen der Aufrechterhaltung und Ent-wicklung eines wirksamen Wettbewerbs, wie er in Art. 1 Abs. 1 lit. b FKVO mit Hilfe verschiedener Marktstrukturmerkmale konkretisiert worden ist, und dem technischen Fortschritt als einem performance-Element erlaubt, ist in enger Anleh-nung an den Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 EGV formuliert worden. Je nach Interpre-tation des Eingreifkriteriums durch die Kommission kann wirksamer Wettbewerb i.S. der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen, welche quasi automatisch zu wirtschaftlichem und technischem Fortschritt führen, oder i.S. einer Industrie-politik verstanden werden, die durch direkte staatliche Maßnahmen bzw. Nicht-Untersagung von Großfusionen im Zuge der Globalisierung den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt fördern soll.⁹

Zusammenschlüsse i.S. von Art. 1 FKVO sind gem. Art. 4 FKVO innerhalb ei-ner Woche bei der Kommission anzumelden und dürfen gem. Art. 7 Abs. 1 FKVO während der auf die Anmeldung folgenden drei Wochen nicht vollzogen werden (strikte ex ante-Kontrolle).

Gem. Art. 21 FKVO besitzt die EK die ausschließliche Zuständigkeit für die europäische Fusionskontrolle, es sei denn, daß die EK gem. Art. 9 FKVO im Falle rein regionaler Wettbewerbsbeschränkungen den Fall an die nationale Kartell-behörde überweist (sog. Lokalklausel), oder die Mitgliedsstaaten gem. Art. 21

⁹ Vgl. Immenga, U., Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusi-onskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb 40 (1990), S. 377 ff.

Abs. 3 FKVO geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen (z. B. öffentlicher Sicherheit, Medienvielfalt oder Aufsichtsregeln) treffen (sog. englische Klausel).¹⁰

Insbesondere das sehr weit gefaßte Eingreifkriterium und die damit verbundene Gefahr, daß die Fusionskontrolle zu Zwecken der Struktur- und Industriepolitik mißbraucht wird, waren bis zum Schluß äußerst kontrovers. In den bisher vorliegenden Entscheidungen der EK ist allerdings die in der FKVO vorgesehene Abwägung nur im Falle Nordic Satellite Distribution (NSD) vorgenommen worden; jedoch ist offensichtlich das Vorverständnis der EK durch diese Abwägungsklausel geprägt.

III. Statistik der europäischen Fusionskontrolle zum 31. 12. 1998

Seit Inkrafttreten der EG-Fusionskontrollverordnung sind bis Ende Dezember 1998 926 Fusionsvorhaben gem. Art. 4 FKVO bei der Europäischen Kommission angemeldet worden, von denen 772 Fälle innerhalb der Monatsfrist für kompatibel mit dem Gemeinsamen Markt gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO erklärt worden und 50 gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO nicht unter diese VO gefallen sind. In 52 Fällen hat die EK ein Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO wegen ernsthafter Zweifel an der Kompatibilität mit dem Gemeinsamen Markt eingeleitet. Während die EK die Fälle Tetra Pak / Alfa Laval, Mannesmann / Hoesch, Pilkington / SIV, Mannesmann / Vallourec / Ilva, Krupp-Thyssen / Riva, Mercedes-Benz / Kässbohrer, Siemens / Italtel, Shell / Montecatini, Coca-Cola / Amalgamated Beverages, TKS / ITW / Signode / Titan und Price Waterhouse / Coopers & Lybrand¹¹ gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 FKVO ohne Auflagen freigegeben hat, sind in 28 Fällen die Zusammenschlüsse nur unter Auflagen, Bedingungen und Einschränkungen für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 FKVO erklärt worden.¹² In

¹⁰ Im zuletzt entschiedenen Fall *Northumbrian Water/Lyonnaisse des Eaux* hat die EK am 29. 03. 1996 ein legitimes Interesse Großbritanniens im Hinblick auf das Funktionieren der Regulierungsvorschriften für die Wasserwirtschaft anerkannt. Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel – Luxemburg 1996, S. 71.

¹¹ Vgl. *Tetra Pak/Alfa Laval*, in: WuW/E EV 1644 ff.; *Mannesmann/Hoesch*, in: ABI EG 1993 Nr. L 114, S. 34 ff.; *Pilkington/SVI*, in: ABI EG 1994 Nr. L 158, S. 24 ff.; *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, in: ABI EG 1994 Nr. L 102, S. 15 ff.; *Krupp-Thyssen/Riva*, in: ABI EG 1995 Nr. L 251, S. 18 ff.; *Mercedes-Benz/Kässbohrer*, in: ABI EG 1995 Nr. L 211, S. 1 ff.; *Siemens/Italtel*, in: ABI EG 1995 Nr. L 161, S. 27 ff., *Shell/Montecatini*, in: ABI EG 1996 Nr. L 294, S. 10 ff., und *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*, in: ABI EG 1997 Nr. L. 218, S. 15 ff. Die Fälle *TKS/ITW/Signode/Titan* und *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, werden erscheinen, in: ABI EG 1999 Nr. L.

¹² Vgl. *Alcatel/Telettra*, in: WuW/E EV 1616 ff.; *Magneti Marelli/CEAc*, in: WuW/E EV 1735 ff.; *Bosch/Varta*, in: WuW/E EV 1701 ff.; *ACCOR/Wagon Lits*, in: WuW/E EV 1961 ff.; *Nestlé/Perrier*, in: WuW/E EV 1903 ff.; *Du Pont/ICI*, in: ABI EG 1993 Nr. L 7, S. 13 ff.; *KNP/Bührmann-Tetterode/VRG*, in: ABI EG 1993 Nr. L 217, S. 35 ff.; *Kali+*

zehn Fällen erklärte die Europäische Kommission die Zusammenschlüsse für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.¹³

IV. Aus der Entscheidungspraxis der europäischen Kommission

1. Rückblick: Die erste Untersagung im Fall Aerospatiale-Alenia / de Havilland

Im Fall Aerospatiale-Alenia / de Havilland hat die Europäische Kommission am 2. Oktober 1991 erstmals einen Zusammenschluß untersagt. Aerospatiale SNI und Alenia-Aeritalia e Selenia SpA planten, die Vermögenswerte des Geschäftsbereichs de Havilland der Boeing Company gemeinsam zu erwerben. Aérospatiale ist als französisches Staatsunternehmen in der Luft- und Raumfahrt tätig und produziert zivile und militärische Flugzeuge, Helikopter, Satelliten und Raumfahrsysteme. Alenia ist als italienisches Staatsunternehmen ebenfalls im Luft- und Raumfahrtsektor tätig; die Produktpalette entspricht der von Aerospatiale. Die beiden Unternehmen haben 1982 das Gemeinschaftsunternehmen Groupement d'Intérêt Economique Avion de Transport Régional (ATR) gegründet, das Regionalflugzeuge entwickeln, fertigen und vertreiben soll. Die gemeinsame Tochter ATR als europa- und weltweit führender Hersteller von Regionalflugzeugen ist z.Zt. mit zwei Typen regionaler Turbopropflugzeugen auf dem Weltmarkt vertreten. De Havilland, eine kanadische Tochter des US-amerikanischen Boeing-Konzerns, ist das europa- und weltweit zweitgrößte Unternehmen dieser Branche. Z.Zt. werden von de Havilland zwei Typen weltweit angeboten und verkauft.

Salz/MDK/Treuhand, in: ABI EG 1994 Nr. L 186, S. 38 ff.; *Shell/Montecatini*, in: ABI EG 1994 Nr. L 332 , S. 48 ff.; *Procter&Gamble/VP Schickedanz*, in: ABI EG 1994 Nr. L 354, S. 32 ff.; *Orkla/Volvo*, in: ABI EG 1996 Nr. L 66, S. 17 ff.; *ABB/Daimler-Benz*, in: ABI EG 1997 Nr. L 11, S. 1 ff., *Crown Cork & Seal/Carnaud Metalbox*, in: ABI EG 1996 Nr. L 75, S. 38 ff.; *Kimberly Clark/Scott*, in: ABI EG 1996 Nr. L 183, S. 1 ff.; *Holland Media Groep SA*, in: ABI EG 1996 Nr. L 294, S. 14 ff., *Ciba-Geigy/Sandoz*, in: ABI EG 1997 Nr. L 201, S. 1 ff.; *Anglo American/Lonrho*, in: ABI EG 1998 Nr. L 149, S. 21 ff. *British Telecommunications/MCI II*, in: ABI EG 1997 Nr. L 336, S. 1 ff., und *Boeing/McDonnell Douglas*, in: ABI EG 1997 Nr. L 336, S. 16 ff.; *Coca Cola/Carlsberg*, in: ABI EG 1998 Nr. L 145, S. 41 ff.; *VEBA/Degussa* in: ABI EG 1998 Nr. L 201, S. 102 ff., und *Boehringer Mannheim/Hoffmann-La Roche*, in: ABI EG 1998 Nr. L 234, S. 14 ff. Die Fälle *Guinness/Grand Metropolitan*; *Siemens/Elektrowatt*; *World Com/MCI*; *Skanska/Scancem*, und *Enso/Stora* werden erscheinen, in: ABI EG 1999 Nr. L.

¹³ Vgl. *Aerospatiale-Alenia / de Havilland*, in: ABI EG 1991 Nr. L 334, S. 42 ff.; *MSG Media Service* , in: ABI EG 1994 Nr. L 364, S. 1 ff., *Nordic Satellite Distribution*, in: ABI EG 1996 Nr. L 53, S. 20 ff.; *RTL/Vero-nica/Endemol (Holland Media Groep)*, in: ABL EG 1996 Nr. L 134, S. 32 ff.; *Gencor/Lonrho*, in: ABI EG 1997 Nr. L 11, S. 30 ff.; *Kesko/Tuko*, in: ABI EG 1997 Nr. L 110, S. 53 ff.; *Saint Gobain/Wacker/NOM*, in: ABI EG 1997, Nr. L 247, S. 1 ff., und *Blokker/Toys „R“ Us II*, in: ABI EG 1998, Nr. L 316, S. 1 ff. Die Fälle *Deutsche Telekom/Betaresearch* und *Bertelsmann/Kirch/Premiere* werden erscheinen, in: ABI EG 1999 Nr. L.

Die EK hat das Zusammenschlußvorhaben untersagt, weil dadurch sowohl in der EG als auch auf dem Weltmarkt eine beherrschende Stellung entstehen würde. Als sachlich relevant sah die EK den (Ober)Markt für regionale Turbopropflugzeuge mit einer Kapazität von 20 bis 70 Sitzplätzen an, der in relevante Teilegmente mit 20 bis 39, 40 bis 59 und 60 bis 70 Sitzplätze zerfiel. Dies folgt daraus, daß die Fluggesellschaften ihren Flugzeugbedarf in erster Linie durch die ungefähre Anzahl der Sitzplätze bestimmen, die für ihr Streckennetz erforderlich ist. Als räumlich relevanter Markt wurde aufgrund des Fehlens rechtlicher Marktzutrittsschranken, geringer Transportkosten und der wechselseitigen Durchdringung der europäischen und nordamerikanischen Märkte der Weltmarkt mit Ausnahme Chinas und Osteuropas zugrunde gelegt. Auf dem sog. (Ober)Markt sind ATR mit 29 % und de Havilland mit ca. 21 % Marktanteil (gemessen anhand der festen Kaufaufträge, wobei die Zahl der Bestellungen mit der Standardanzahl der Sitze der einzelnen Typen multipliziert wird) weltweit führend, gefolgt mit starkem Abstand von Saab (Schweden), Embraer (Brasilien) und Fokker (Niederlande). Innerhalb der EG hätte sich der Marktanteil der Fusionsspartner sogar auf ca. 65 % addiert – mit deutlichem Vorsprung vor dem nächsten nachfolgenden Wettbewerber.

Nach einer Analyse der Marktstärke der übrigen Wettbewerber sowie der Nachfrager kam die EK zu dem Ergebnis, daß mittel- bis langfristig weder von den Konkurrenten noch von den Fluggesellschaften als Nachfrager ein großer Wettbewerbsdruck auf das neue Unternehmen zu erwarten sei. Aufgrund des Reifestadiums des Marktes sowie der hohen Aufwendungen bei der Neuentwicklung eines Regionalflugzeuges sei auch nicht mit Marktzutritten zu rechnen.

Diese erste Untersagung eines Zusammenschlusses durch die EK hat heftige Proteste der in den Fall involvierten italienischen und französischen Regierungen ausgelöst, die eine (rechtlich nicht mögliche) Revision der Entscheidung, ja der Fusionskontrollverordnung selbst verlangten.

Insbesondere die Kontroverse über den Fall de Havilland hat wiederum einmal die unterschiedlichen ordnungspolitischen Vorstellungen in der EG verdeutlicht. Während die einen Fusionskontrolle als Mittel zur Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen betrachten, sehen andere in ihr ein industriepolitisches Instrument, das insbesondere zur Abwehr US-amerikanischer oder japanischer Firmenaufkäufe eingesetzt werden soll.

2. Medienfälle

a) *Media Service GmbH*

Im Fall Media Service GmbH hat die Europäische Kommission am 9. November 1994 die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Media Service GmbH (MSG), an welchem die Bertelsmann AG, die Deutsche Bundespost Telekom und die Taurus Beteiligungs GmbH, eine Beteiligungsholding der Kirch-Gruppe,

jeweils mit einem Drittel beteiligt sein sollten, als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt und gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO untersagt.

Das Gemeinschaftsunternehmen MSG sollte im Bereich der administrativen und technischen Abwicklung von entgeltfinanzierten Fernseh- und anderen Kommunikationsdienstleistungen tätig sein. Nach Meinung der EK hätte der beabsichtigte Zusammenschluß in Deutschland auf drei relevanten Produktmärkten wettbewerbliche Auswirkungen:

- Auf dem Markt für administrative und technische Dienstleistungen für Anbieter von entgeltfinanzierten Fernseh- und anderen Kommunikationsdienstleistungen (Bereitstellung der Dekoder, Abwicklung der Zugangskontrolle, Abonnementverwaltung gegenüber den Pay TV Kunden und Abrechnung gegenüber den Programmabietern).
- Auf dem nachgelagerten Markt für entgeltfinanzierte Fernseh- und andere Kommunikationsdienstleistungen (Pay-TV).
- Auf dem Markt für TV-Kabelnetze, da nach Ansicht der EK die drei Übertragungsmöglichkeiten Kabelnetz, Satellit oder terrestrische Frequenzen infolge von Unterschieden in der Finanzierung und den technischen Voraussetzungen eigenständige Märkte bilden.

In räumlicher Hinsicht geht die EK bei allen drei Märkten aus regulatorischen, sprachlichen und kulturellen Gründen von der BRD, mittelfristig unter Einschluß von Österreich, aus. Die in Deutschland angebotenen Programme seien in weitem Ausmaß nicht gegen in anderen Ländern angebotene Programme austauschbar. Aufgrund der engen Verbindung der Dienstleistungen, die von MSG angeboten werden, mit dem Pay TV-Angebot, sei auch damit zu rechnen, daß der Markt für Dienstleistungen in absehbarer Zeit auf Deutschland beschränkt bleiben werde.

Die EK sieht in dem Markt für administrative und technische Dienstleistungen für Pay TV einen Zukunftsmarkt, der sich insbesondere als Folge der Einführung des digitalen Fernsehens entwickeln werde (ein Angebot von mehr als 200 Programmen werde technisch möglich sein). Bei Nichtuntersagung der MSG wäre die Offenheit dieses Zukunftsmarktes für künftigen Wettbewerb nicht gewährleistet. Newcomer seien auch nicht zu erwarten, da MSG mit den kombinierten Stärken von Telekom einerseits und Bertelsmann/Kirch andererseits diesen kaum eine Marktdurchdringungschance gäbe.

b) Nordic Satellite Distribution

Das Motiv, die Zukunftsmärkte im Multi-Media-Bereich offenzuhalten, war auch in der dritten Untersagung ausschlaggebend, in der die Europäische Kommission am 19. Juli 1995 die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Nordic Satellite Distribution (NSD) als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärte.

Das Gemeinschaftsunternehmen NSD sollte auf dem skandinavischen Markt (Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland) im Bereich der Bereitstellung und der Distribution von Satellitenübertragungsdiensten tätig sein. Nach Ansicht der Kommission würde durch den beabsichtigten Zusammenschluß auf drei Märkten eine beherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt werden:

- NSD würde auf dem Markt für die Bereitstellung von Transponderkapazität für Satellitenfernsehen und zugehörige Dienstleistungen für Sender eine beherrschende Stellung in Skandinavien erhalten.
- In Dänemark würde auf dem Markt für den Betrieb von TV-Kabelnetzen die marktbeherrschende Stellung von TeleDenmark verstärkt, da NSD den Kabelnetzbetreiber bei dem Angebot von Programmen bevorzugen könne.
- NSD würde auf dem nordischen Markt für die Verteilung von Pay TV- und anderen verschlüsselten Fernsehprogrammen an direktempfangende Haushalte eine dominierende Stellung erlangen. Wettbewerbsfähige Vertriebshändler müssen Chipkarten mit einem für viele Zuschauer attraktiven Programmpaket besitzen.¹⁴

Die EK betonte vor allem die Gefahr, die der Offenhaltung der nordischen Telekommunikationsmärkte durch die vertikale Natur der Tätigkeiten der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen drohe.

Die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen machten geltend, daß die Gründung von NSD kurz- und mittelfristig die Ausstrahlung von Satellitenprogrammen im nordischen Raum verbessern und langfristig – nach Umstellung auf die Digitaltechnik – auch wesentliche Einsparungen zugunsten der Verbraucher ermöglichen werde. Die EK folgte der Argumentation der Beteiligten nicht, da angesichts der marktbeherrschenden Stellung des Gemeinschaftsunternehmens das Bereitstellen der Infrastruktur allen interessierten Anbietern nicht zu erwarten sei. Damit wurde erstmals die in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO verankerte Abwägung zwischen Marktbeherrschung und der „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“, vorgenommen, im Ergebnis jedoch verneint.

c) Holland Media Groep

Am 20. 9. 1995 untersagte die Europäische Kommission auf Antrag der niederländischen Regierung das Gemeinschaftsunternehmen Holland Media Groep SA (HMG), an welchem die Unternehmen RTL 4 SA, Vereniging Veronica Omroeporganisatie und Endemol Entertainment Holding beteiligt waren. Die Partner beabsichtigten, ihre jeweiligen Aktivitäten bei der Ausstrahlung von Fernsehprogram-

¹⁴ Jeder Abonnent eines verschlüsselten Kanals erhält eine persönliche Chipkarte, die den Decoder veranlaßt, das Fernsehsignal zu entschlüsseln.

men, der Plazierung von Fernsehwerbung und der Produktion von Fernsehprogrammen einzubringen.

Das Gemeinschaftsunternehmen HMG hatte auf dem niederländischen Markt für Fernsehwerbung, den die EK als den wettbewerblich wesentlichen kennzeichnete, mit einem addierten Marktanteil von 63 % eine überragende Stellung mit deutlichem Vorsprung vor allen anderen Wettbewerbern. Nachteilige Auswirkungen ergaben sich nach Ansicht der EK auch auf dem Markt für unabhängige Fernsehproduktionen. Der Branchenführer Endemol, der schon vor dem Zusammenschluß mit einem Marktanteil von 50 % über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, wurde durch die neue Verbindung zum künftig führenden Sendeunternehmen noch weiter gestärkt. Aufgrund der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf diesen beiden Märkten untersagte die EK den Zusammenschluß.

Als Reaktion auf diese Entscheidung zog Endemol seine Beteiligung an HMG zurück. Des weiteren sagte HMG gegenüber der EK zu, RTL 5 in einen Nachrichtenkanal umzuwandeln. Aufgrund dieser Modifikationen erklärte die EK in einer späteren Entscheidung den Zusammenschluß für kompatibel mit dem Gemeinsamen Markt.

d) Bertelsmann / Kirch / Telekom

Am 27. 05. 1998 untersagte die Europäische Kommission den beabsichtigten Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von CLT-UFA und Kirch an dem deutschen Pay TV-Veranstalter Premiere und der bisher von Kirch allein kontrollierten Gesellschaft BetaDigital. Ziel des Zusammenschlußvorhabens war es, Premiere unter Einbringung aller bisherigen digitalen Fernsehaktivitäten von Kirch zu einer gemeinsamen digitalen Pay TV-Programm- und Vermarktungsplattform unter Verwendung der von Kirch zur Verfügung gestellten d-box-Technologie auszubauen. Im Zusammenhang mit diesem Zusammenschlußvorhaben sollte die Deutsche Telekom eine technische Plattform für die digitale Verbreitung von Pay TV-Programmen über ihre Kabelnetze schaffen sowie die technischen Dienstleistungen erbringen.

Mit diesen Zusammenschlußvorhaben würden die Rahmenbedingungen für digitales Pay TV in Deutschland umfassend festgelegt werden. Auf dem Markt für Pay TV würde Premiere eine marktbeherrschende Stellung im deutschsprachigen Raum erlangen. Die Kombination der starken Programmressourcen von Kirch und Bertelsmann mit dem Abonnementstamm von Premiere hätte dazu geführt, daß sich keine weitere TV Programm- und Vermarktungsplattform in Deutschland hätte etablieren können.

Auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay TV hätte BetaDigital im Satellitenbereich in Deutschland eine auf Dauer angelegte beherrschende Stellung erlangt. Alle aktuellen Anbieter im digitalen Pay TV und Telekom als zukünftige Anbieter technischer Dienstleistungen im Kabelbereich hatten sich auf den d-box-Decoder festgelegt. Da die Schaffung einer alternativen Decoderinfrastruktur nicht

2*

wahrscheinlich ist, hätten alle Drittanbieter auch den d-box-Decoder und die Beta-Zugangstechnologie verwenden müssen und wären damit auf die Erteilung einer Lizenz angewiesen. Mit der Lizenzierungspolitik wäre BetaResearch in der Lage gewesen, den Markteintritt zu steuern. Darüber hinaus hätte die Deutsche Telekom auf dem Markt für technische Dienstleistungen in Deutschland eine auf Dauer angelegte marktbeherrschende Stellung erlangt, die ihre derzeit noch bestehende beherrschende Stellung auf dem Markt für Kabelnetze zu Lasten der privaten Kabelnetzbetreiber verstärken würde.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Entscheidung auch die Auswirkungen auf den technischen Fortschritt für den Zukunftsmarkt des digitalen Fernsehens geprüft. Jedoch könnten diese Potentiale nur dann ausgeschöpft werden, wenn der Markt offen gehalten wird und sich dann Wettbewerb voll entfalten kann. Diese Bedingung war jedoch in diesen Zusammenschlußvorhaben nicht erfüllt.

3. Politische Einflußnahme auf Fallentscheidungen

a) Interventionen der Bundesregierung

aa) Kali+Salz / MdK / Treuhand

Im Fall Kali+Salz / MDK / Treuhand war es vor allem die Erhaltung der industriellen Kerne in den neuen Bundesländern, die Bonn zu solch ordnungspolitischem Fehlverhalten verleitete. Obwohl die Kommission in ihren Untersuchungen zu dem Ergebnis kam, daß der Zusammenschluß Kali+Salz / MDK / Treuhand die beherrschende Stellung der Kali+Salz auf dem deutschen Markt verstärkt und auf dem europäischen Markt der Zusammenschluß zu einem marktbeherrschenden Dyopol bestehend aus Kali+Salz / MDK und der französischen Société Commerciale des Potasses et de L'Azote (SCPA) führt, genehmigte sie aufgrund der Interventionen der Bundesregierung den Zusammenschluß unter Auflagen.¹⁵ Das Verfahren war in seiner gesamten Dauer durch erhebliche politische Interventionen gekennzeichnet, welche im unmittelbaren Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung standen. Es drängt sich daher der Verdacht auf, daß dieser Umstand einer rein an wettbewerblichen Kriterien orientierten Beurteilung des Falles nachhaltig im Wege stand. Dies zeigte sich nicht zuletzt darin, daß das Bundesministerium für Wirtschaft die Zustimmung für einen Verweisungsantrag des Bundeskartellamtes gem. Art. 9 der FKVO aus politischen Gründen verweigerte.

bb) Mercedes-Benz / Kässbohrer

Im Fall Mercedes-Benz / Kässbohrer intervenierte Bundeswirtschaftsminister Rexrodt „ohne Wenn und Aber“ aus arbeitsmarkt- und regionalpolitischen Grün-

¹⁵ Vgl. die Anmerkung von *Löffler*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 44 (1994), S. 118 ff.

den in Brüssel. Trotz erheblicher Marktanteilsadditionen, in Deutschland bis zu 75 % bei Überlandbussen, genehmigte die Kommission schließlich die Fusion mit dem Verweis auf die Relativierung der hohen Marktanteile vor allem durch potentiellen Wettbewerb.¹⁶ Es erscheint wettbewerbsrechtlich als außerordentlich riskant, hohe Marktanteile unter Hinweis auf vagen potentiellen Wettbewerb aus der Marktbeherrschungszone herauszudefinieren. Mit dem Fall Mercedes-Benz / Kässbohrer ist der bislang hochgehaltene deutsche Anspruch, die europäische Fusionskontrolle vor politischer Einflußnahme zu bewahren, nicht glaubwürdiger geworden.

cc) Bertelsmann / Kirch / Telekom

Die Offenheit, mit welcher versucht wird, intervenierend in die Fusionkontrollentscheidungspraxis der Kommission einzutreten, zeigt sich auch im Verfahren Bertelsmann / Kirch / Telekom. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ergab sich hierbei die Gefahr, daß die beiden Medienkonzerne Bertelsmann und Kirch mit Hilfe der Deutschen Telekom eine Art Monopol im Bereich des Abonnement-Fernsehens etablieren könnten; denn über die gemeinsame Beta Research könnte eine einheitliche Empfangs- und Verschlüsselungstechnik für Digital-TV in Deutschland aufgebaut werden, durch die der Zugang für private konkurrierende Kabelnetzbetreiber erschwert werden würde. Von den wettbewerblichen Problemen offensichtlich unbeeindruckt intervenierte Bundeskanzler Kohl beim Kommissionspräsidenten Santer für eine zügige Genehmigung des Verfahrens.¹⁷ Hintergrund dafür bilden vor allem industriepolitische Überlegungen, die darauf abzielen, daß zur Förderung neuer Technologien im Medienbereich ein gewisses Maß an wirtschaftlicher Koordinierung erwünscht sei.¹⁸ In diesem Fall jedoch untersagte die Kommission den Zusammenschluß am 27. Mai 1998.

b) Interventionen anderer Regierungen

aa) Alcatel / AEG-Kabel

Die Freigabe im Fall Alcatel / AEG Kabel gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO kam nur aufgrund des politischen Drucks der französischen Regierung zustande.¹⁹ Die-

¹⁶ Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel – Luxemburg 1996, S. 180, und die Anmerkung von Löffler, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 45 (1995), S. 385 ff.

¹⁷ Vgl. o. V., Van Miert kündigt langwierige Untersuchung der Fusion an, in: *Handelsblatt* vom 19. 12. 1997, S. 13, und Interview mit Karel van Miert, „Nicht akzeptabel“, in: *Der Spiegel* Nr. 52 (1997), S. 83. Dabei scheute Bundeskanzler Kohl nicht davor zurück, von einem „Krieg mit der Kommission“ zu sprechen.

¹⁸ Vgl. dazu auch o. V., Bangemann als Lobbyist, in: *Wirtschaftswoche* vom 11. 12. 1997, S. 8.

¹⁹ Vgl. o. V., Bundesregierung wird nicht gegen EG-Fusionsgenehmigung Alcatel / AEG klagen, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 42 (1992), S. 292, und die kritischen Anmerkungen

ser Druck war so groß, daß die Bundesregierung auf eine Klage vor dem EuGH gegen die Fusionskontrollentscheidung der Kommission verzichtete, da man befürchtete, daß Frankreich die Klage als ein Politikum betrachten würde, wodurch die Unternehmenspolitik eines französischen Unternehmens durch die Bundesregierung gestört werden würde.

bb) Mannesmann / Vallourec / Ilva

In der Fusionsentscheidung Mannesmann / Vallourec / Ilva haben sich ebenfalls die Industriepolitiker mit einer Stimme Mehrheit gegen die Wettbewerbspolitiker in Brüssel durchgesetzt. Die Motive der Industriepolitiker galten der Erhaltung einer konkurrenzfähigen europäischen Stahlindustrie zur Abwehr japanischer Stahlimporte.²⁰

cc) Boeing / McDonnell Douglas

Wie groß der politische Druck sein kann, der auf die Kommission im Rahmen der Fusionskontrollentscheidungen ausgeübt wird, zeigte sich auch anhand des Falles Boeing / McDonnell Douglas. Von Beginn der Untersuchung an stand die Europäische Kommission dem Fusionsvorhaben kritisch gegenüber. Dabei waren es nicht nur die wettbewerbspolitischen Bedenken, sondern auch industrielpolitische Motive, die die Kommission dazu veranlaßten, gegenüber dem geplanten Zusammenschluß größte Bedenken zu äußern, da durch ihn die Wettbewerbsposition des Airbus-Konsortiums – dem Musterbeispiel für europäische Industriepolitik – auf dem Weltmarkt erheblich gefährdet wird. Nachdem die Federal Trade Commission das Zusammenschlußvorhaben ohne Auflagen am 01. Juli 1997 genehmigt hatte²¹, erhöhte sich der politische Druck auf die Kommission erheblich. Dabei bleibt der Verdacht, daß die US-Kartellbehörden diesen Fall unter industrielpolitischen Gründen aufgrund der militärisch-strategischen Bedeutung der Luft- und Raumfahrtindustrie und der Rettung McDonnell Douglas vor asiatischen Zugriffen entschieden haben.²² Obwohl die Europäische Kommission bis zum Schluß ihre Haltung bekräftigte, das geplante Zusammenschlußvorhaben zu untersagen²³, war sie ge-

von Wagemann, M., Erfahrungen mit der EG-Fusionskontrolle – der Fall „Alcatel / AEG Kabel“ in: Wirtschaft und Wettbewerb 42 (1992), S. 730 ff.

²⁰ Vgl. die Anmerkung von Löffler, in: WuW 14 (1994), S. 924 f.

²¹ Vgl. *Federal Trade Commission*, Statement of Boeing Company / McDonnell Douglas Coperation, abgedruckt, in: Wirtschaft und Wettbewerb 47 (1997), S. 705 – 708.

²² Vgl. Hort, P., Droht nun ein transatlantischer Luftkrieg?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. 05. 1997, S. 16.; Kaps, C., Kommt es zum Luftkrieg?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10. 06. 1997, S. 12, sowie Zwätz, D., Zweierlei Maß, in: Handelsblatt vom 03. 07. 1997, S. 12.

²³ Vgl. o. V., EU-Kommission in Brüssel will hart bleiben, in: Handelsblatt vom 02. 07. 1997, S. 11; o. V., Kompromißsuche im Verfahren gegen Boeing – McDonnell

zwungen, dem politischen Druck nachzugeben; denn unter rein wettbewerblichen Aspekten hätte das Zusammenschlußvorhaben für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt werden müssen. So drohte der amerikanische Präsident Clinton für den Fall einer Untersagung offen mit einem Handelskrieg.²⁴ Die mit Boeing ausgehandelten Auflagen, die es der Kommission schließlich ermöglichten, die Fusion zu genehmigen, können nur als ein wettbewerblicher Teilerfolg gewertet werden.

V. Ordnungspolitischer Ausblick

Die hier geschilderten Fälle zeigen deutlich, welche Gefahr von industriepolitischen Bestrebungen auf die Wettbewerbsordnung ausgeht. Mit der vertraglichen Verankerung der Industriepolitik im Maastrichter Vertrag scheint die Hemmschwelle für industriepolitische Beeinflussungen gesunken zu sein. Anders sind auch die Interventionen der Bundesregierung, die bisher einer Industriepolitik stets kritisch gegenüberstand, nicht zu erklären. Gleichzeitig fordert die Bundesregierung ein „unabhängiges“ Europäisches Kartellamt(!). Die Politisierung des Entscheidungsverfahrens der europäischen Fusionskontrolle geht mit der Aushöhlung der Wettbewerbsregeln einher, obwohl die Wettbewerbsregeln als Rechtsanwendung und nicht als politische Handlungsanweisung konzipiert worden sind.

Die Frage, ob die europäische Integration mehr durch industriepolitische oder wettbewerbspolitische Maßnahmen bewirkt werden soll, hängt maßgeblich von dem Vorverständnis der rechtsanwendenden Brüsseler Beamten ab, da die unterschiedlichen ordnungspolitischen Vorstellungen der 15 Mitgliedsländer bestehen bleiben werden: Dänemark, Deutschland, England und die Niederlande sind primär aufgrund ihrer Freihandelstradition wettbewerbsorientiert, insbesondere die romanischen Mitgliedsländer Frankreich, Italien und Spanien sind dagegen industriepolitisch motiviert und sehen ihr Heil in der Schaffung von Großindustrien, die angeblich der US-amerikanischen und japanischen Industrie Paroli bieten sollen. Der belgische Kommissar für Fragen der Wettbewerbs- und Beihilfenpolitik, Karel van Miert, steht vor dem Problem, z. B. bei jeder Fusionsentscheidung die Mehrheit der 20 EG-Kommissare gewinnen zu müssen, die überwiegend aus Ländern mit einer langen mercantilistischen Tradition kommen. Dies zeigte sich deutlich im Fall Mannesmann / Vallourec / Ilva. Ihr Verständnis für Fragen der Wettbewerbspolitik muß als schwach ausgeprägt bezeichnet werden. Solange kein ordnungspolitischer Konsensus im Hinblick auf die Bedeutung des Wettbewerbs in einem primär marktwirtschaftlichen System besteht, hat die europäische Wettbewerbspolitik nur eine geringe Chance. Dazu kommt, daß der derzeitige EG-Kommissar für Wettbewerbsfragen – im Gegensatz zu seinen Vorgängern (z. B.

Douglas, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12. 07. 1997, S. 15, und o. V., Kommission bei Fusion hart, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18. 07. 1997, S. 13.

²⁴ Vgl. o. V., Clinton droht EU vor Handelskrieg, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. 07. 1997, S. 11.

Sir Leon Brittan) – die Wettbewerbspolitik als Teil der Industriepolitik ansieht, womit er auch die Schaffung eines Europäischen Kartellamtes ablehnt:²⁵

„Die Wettbewerbspolitik der Kommission findet nicht in einem Vakuum statt. Sie hat stets auch ihre Auswirkungen in anderen Politikbereichen der Kommission mit in Betracht zu ziehen, wie etwa Industrie-, Regional-, Sozial- und Umweltpolitik“.²⁶

Im XXI. Wettbewerbsbericht findet sich zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Industriepolitik folgende bemerkenswerte Aussage:²⁷

„Die Kommission vertritt die Auffassung, daß eine konsequente Wettbewerbspolitik unverzichtbarer Bestandteil der Industriepolitik der Gemeinschaft ist.“.

Die europäische Fusionskontrolle krankt institutionell daran, daß die Entscheidung nicht von sachverständigen Beamten bzw. Richtern getroffen wird, sondern von Kommissaren, die aus der Politik kommen und die ökonomische und rechtliche Problematik eines Falles nicht kennen (können). Schon Walter Eucken, der Begründer der ordoliberalen Schule, hat auf die Notwendigkeit einer unabhängigen Kartellbehörde mit folgenden Worten hingewiesen:

„Die Monopolaufsicht sollte also einem staatlichen Monopolaufsichtsamt übertragen werden. Um es den stets gefährlichen (wenn auch in der Wettbewerbsordnung geschwächten) Einflüssen der Interessenten zu entziehen, sollte es ein unabhängiges Amt sein, das nur dem Gesetz unterworfen ist. Es darf also nicht etwa eine Abteilung des Wirtschaftsministeriums werden, die weit stärker dem Druck der Interessenten ausgeliefert ist. ... Ohne (ein unabhängiges Monopolaufsichtsamt) ist die Wettbewerbsordnung und mit ihr der moderne Rechtsstaat bedroht. Das Monopolamt ist ebenso unentbehrlich wie der Oberste Gerichtshof.“²⁸

Den institutionellen Schwächen der europäischen Fusionskontrolle könnte durch folgende Maßnahmen begegnet werden:

- Veröffentlichung der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses zum Entschließungsentwurf der Merger Task Force, in welcher vorsorglich auf eventuelle Zielkonflikte zwischen der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs und eventuellen Kostenersparnissen i.w.S., dem technischen Fortschritt und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit eingegangen werden sollte (*Transparenz*), und zugleich
- Errichtung einer *EG-Monopolkommission* nach britischem, deutschem und französischem Vorbild, deren Votum vor der Entscheidung der EK zu veröffentlichen wäre (*Transparenz*), oder besser

²⁵ Vgl. Miert, K. van, Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission, in: Wirtschaft und Wettbewerb 45 (1995), S. 553 ff. und 559 f. Vgl. auch o. V., Kommission will Kartellrecht nicht aus der Hand geben, in: Handelsblatt vom 12. 05. 1995, S. 8.

²⁶ Miert, K. van, Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission, *supra*, S. 554.

²⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1992, S. 22.

²⁸ Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., Tübingen 1975, S. 294.

- Schaffung eines unabhängigen *Europäischen Kartellamtes* in Verbindung mit einer *EG-Monopolkommission*.

Diese Überlegungen haben eine stärkere Sachbezogenheit der Einzelfallentscheidung unter der rule of law zum Ziel. Angesichts der Megafusionen im Rahmen der sog. Globalisierung gewinnt eine funktionsfähige Fusionskontrolle besondere Bedeutung. Die seit 1998 zu beobachtende Fusionswelle muß insofern kritisch gesehen werden, als nach empirischen Untersuchungen internationaler Consultingfirmen ca. 70 % der Großfusionen Fehlschläge sind; offensichtlich erfolgt eine erhebliche Zahl der Fusionen nicht aufgrund betriebswirtschaftlicher Überlegungen, sondern muß als eine Art empire building policy des Managements (zu Lasten der Aktionäre und Mitarbeiter) gesehen werden. Die Globalisierungswelle wirft allerdings nicht nur die Frage nach einer internationalen Wettbewerbsordnung²⁹ auf, sondern auch nach einem adäquaten Eingreifkriterium, um derartige – betriebswirtschaftlich häufig unsinnige – Fusionen im Interesse der Aufrechterhaltung unserer Wirtschaftsordnung besser in den Griff zu bekommen (Absenkung des Eingreifkriteriums bzw. Verwendung von absoluten Umsatzgrößen).

Literatur

Basedow, Jürgen, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 63, Tübingen 1998.

Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 5. Aufl., Tübingen 1975, S. 294.

Federal Trade Commission, Statement of Boeing Company / McDonnell Douglas Corporation, abgedruckt, in: Wirtschaft und Wettbewerb 47 (1997), S. 705 – 708.

Hort, P., Droht nun ein transatlantischer Luftkrieg?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. 05. 1997, S. 16.

Immenga, U., Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb 40 (1990), S. 377 ff.

Immenga, U. / *Fuchs*, A., Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligung?, in: Neue Juristische Wochenschrift 41 (1988), S. 3052 ff.

Kaps, C., Kommt es zum Luftkrieg?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10. 06. 1997, S. 12.

Kerber, W., Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG, Bayreuth 1994, S. 69.

²⁹ *Schmidt*, Ingo, Koordinierung der Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union und weltweit, in: Ein Ordnungsrahmen für die Weltwirtschaft: nötig und möglich, hrsg. von dem Forschungsinstitut der Friedrich-Ebert-Stiftung, Reihe Wirtschaftspolitische Diskurse Nr. 119, Bonn 1998, S. 23 – 27, und *Basedow*, Jürgen, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 63, Tübingen 1998.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Horizontale Konzentration, Fusionen und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft, in: *Europäische Wirtschaft* Nr. 40 (1989), Teil C.

- XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel / Luxemburg 1992, S. 22, S. 406 ff.
- in: *Abi EG* 1994 Nr. C 385, S. 1 ff.
- XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel / Luxemburg 1996, S. 71, S. 180.
- VO Nr. 1310/97, in: *Abi EG* 1997 Nr. L 180, S. 1 ff.

Löffler, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 14 (1994), S. 924 f.

- in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 44 (1994), S. 118 ff.
- in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 45 (1995), S. 385 ff.

Miert, Karel van, Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 45 (1995), S. 553 ff. und 559 f.

- „Nicht akzeptabel“, in: *Der Spiegel* Nr. 52 (1997), S. 83.

Ministerrat der Europäischen Gemeinschaft, VO Nr. 4064/89, in: *Abi EG* 1989 Nr. L 395 und 1990 Nr. L 257 (korrigierte Fassung).

- o. V., Bundesregierung wird nicht gegen EG-Fusionsgenehmigung Alcatel / AEG klagen, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 42 (1992), S. 292.
- o. V., Kommission will Kartellrecht nicht aus der Hand geben, in: *Handelsblatt* vom 12. 05. 1995, S. 8.
- o. V., EU-Kommission in Brüssel will hart bleiben, in: *Handelsblatt* vom 02. 07. 1997, S. 11.
- o. V., Kompromißsuche im Verfahren gegen Boeing – McDonnell Douglas, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 12. 07. 1997, S. 15.
- o. V., Kommission bei Fusion hart, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 18. 07. 1997, S. 13.
- o. V., Clinton droht EU vor Handelskrieg, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 23. 07. 1997, S. 11.
- o. V., Bangemann als Lobbyist, in: *Wirtschaftswoche* vom 11. 12. 1997, S. 8.
- o. V., Van Miert kündigt langwierige Untersuchung der Fusion an, in: *Handelsblatt* vom 19. 12. 1997, S. 13.

Schmidt, Ingo, Koordinierung der Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union und weltweit, in: Ein Ordnungsrahmen für die Weltwirtschaft: nötig und möglich, hrsg. von dem Forschungsinstitut der Friedrich-Ebert-Stiftung, Reihe Wirtschaftspolitische Diskurse Nr. 119, Bonn 1998, S. 23–27.

Staudenmayer, D., Das Verhältnis der Art. 85, 86 EWGV zur EG-Fusionskontrollverordnung, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 42 (1992), S. 475 ff.

Wagemann, M., Erfahrungen mit der EG-Fusionskontrolle – der Fall „Alcatel / AEG Kabel“ in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 42 (1992), S. 730 ff.

Zwätz, D., Zweierlei Maß, in: *Handelsblatt* vom 03. 07. 1997, S. 12.

Novartis – Gemeinsam erfolgreicher!

Zwei starke Organisationen haben sich zusammengeschlossen

Von *Silvio Claudius Gabriel*, Nürnberg

I. Ziele der Fusion

Die Liberalisierung des Welthandels (WTO, GATT), regionale Integration (EU, NAFTA, ASEAN, usw.), zunehmende Ressourcenmobilität von Kapital und Mitarbeitern, die Integration der Finanzmärkte und drastisch sinkende Kosten von Informationsübermittlung sind die Kennzeichen und Antriebskräfte für ein zunehmend globales Wettbewerbsumfeld. Für viele Großunternehmen stellt sich die Frage oder ergibt sich gleichzeitig die Notwendigkeit ein „Global Player“ zu sein, um in diesem veränderten Umfeld zu überleben und um weiterhin erfolgreich zu sein. Die Wandlung eines Großunternehmens zu einem „Global Player“ ist von verschiedensten Anpassungs- und Strukturierungsprozessen begleitet. Eine der Möglichkeiten, von der im wettbewerblichen Umfeld der Pharmaindustrie zunehmend Gebrauch gemacht wird, zu einem „Global Player“ heranzuwachsen, ist eine Fusion mit einem anderen Großunternehmen, das das eigene Portfolio sinnvoll ergänzt.

Mit der Gründung von Novartis durch die Fusion von Ciba Geigy und Sandoz wurde ein weltweit führendes Life-Science-Unternehmen geschaffen, das auf Innovation in den Bereichen Gesundheitswesen, Agrobusiness und Ernährung ausgerichtet ist. Die Basis für diese Innovationsfähigkeit und somit für beschleunigtes Wachstum bilden Forschungs- und Entwicklungsinvestitionen von über 3 Mrd. CHF. Mit der Fusion wurden drei Hauptziele verfolgt:

1. Schnelleres Wachstum am Markt durch verbesserte Wettbewerbsfähigkeit
2. Steigerung der Produktivität
3. Schnelle Realisierung von Kostensynergien.

Weiterhin soll mit Novartis ein bewegliches, offenes und fokussiertes Unternehmen geschaffen werden, das durch Kundenorientierung und ein positives Image Wettbewerbsvorteile erzielt. Besonders durch die stark zunehmenden Forschungsinvestitionen ergibt sich eine Notwendigkeit zur größeren Risikoabdeckung und zur besseren, breiteren Nutzung von Forschungs- und Entwicklungs-Know-how. Langfristiger Erfolg wird nur erreicht, wenn Novartis – trotz der Größe – flexibel und fokussiert ist und eine Leistungskultur pflegt.

Die übereinstimmende strategische Ausrichtung der beiden Firmen Ciba-Geigy und Sandoz war eine ideale Grundlage für den erfolgreichen Zusammenschluß. Komplementäre Geschäftsbereiche und geographische Schwerpunkte, Pharma als strategischer Kernbereich und eine ähnliche Größe waren ideale Voraussetzungen für eine Fusion von ebenbürtigen Partnern. Die Erreichung der oben angeführten Fusionsziele wäre für eine der beiden Firmen nur mit enormen Risiken und finanziellen Belastungen möglich gewesen, da besonders im Pharmabereich eine Steigerung der Wachstumsrate nur durch eine konsequente Förderung von Forschung und Entwicklung erreicht werden kann. Die Entwicklung eines neuen Produkts bis zur Marktreife verursacht extrem hohe Kosten. Um 2 % Weltmarktanteil durch eigene Entwicklung oder Akquisition zu erlangen, müssen heute ungefähr 30–50 Mrd. CHF investiert werden. Somit ergibt sich als eine Alternative zur Akquisition die Fusion.

Novartis ist heute, nach der Ausgliederung des Industriebereiches, der ursprünglich 28 % des Umsatzes ausmachte, ein fokussiertes Life-Science-Unternehmen mit einem Umsatz von 32 Mrd. CHF. Davon entfallen auf den Healthcare-Bereich 55 % (17,5 Mrd. CHF), auf Agrobusiness 27 % (8,4 Mrd. CHF) und Consumer Health 18 % (5,8 Mrd. CHF). In mehr als 140 Ländern sind rund 85.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt, davon etwa 4.000 in Deutschland.

Die Ausgestaltung der europäischen Fusionskontrolle akzeptiert die, in der Pharmaindustrie nicht zuletzt aufgrund des hohen F&E – Bedarfs notwendigen Konzentrationstendenzen. Die Marktstruktur der Pharmaindustrie ist derzeit noch so heterogen, daß selbst der Marktanteil der Marktführer insgesamt noch niedrig ist. Lediglich in einzelnen Produkt- oder Wirkstoffbereichen läßt sich – der Definition des Gesetzestextes folgend – von Marktmacht sprechen. Somit waren die Bedingungen für die Fusionsgenehmigung durch die Europäische Fusionskontrolle für das Gesamtgeschäft insgesamt von untergeordneter Bedeutung. Novartis mußte lediglich nach der Entscheidung der EU-Kommission eine Zwangslizenz im Bereich der Gentechnologie für ein Produkt vereinbaren, bei dem sie 49,9 % Marktanteil hatte, sowie ein Produkt im Bereich des Tiergesundheitsgeschäfts abgeben. Die Bedeutung dieser Produkte ließ keine gravierenden Auswirkungen befürchten.

Der folgende Zeitplan verdeutlicht den Ablauf und die Schnelligkeit der Fusion. Insbesondere zu beachten ist die vorbehaltliche Ernennung von insgesamt 3800 Führungskräften bereits vor der Zustimmung der europäischen Fusionskontrolle zur Fusion; eine Reduktion von Unsicherheit, die den Willen beider Beteiligten zur Zusammenarbeit deutlich macht.

Fusionsdaten – weltweit	
07. 03. 1996	Fusionsbekanntgabe
23. 04. 1996	Sandoz Generalversammlung stimmt Fusion zu
24. 04. 1996	Ciba Generalversammlung stimmt Fusion zu
07. 05. 1996	Ernennung von 300 Führungskräften
26. 06. 1996	Ernennung weiterer 3.500 Führungskräfte
17. 07. 1996	EU-Kommission bewilligt Fusion
15. 10. 1996	Aquisition Azupharma GmbH
17. 12. 1996	US Kartellbehörde (FTC) erteilt Fusionsgenehmigung
20. 12. 1996	Eintragung Novartis AG in das Handelsregister Basel Stadt

Abbildung 1: weltweite Fusionsdaten Novartis AG

II. Novartis Pharma Deutschland

1. Wachstum durch Innovation und Portfolioentwicklung

Vor der Fusion lagen Ciba-Geigy auf Platz 14 und Sandoz auf Platz 15 der Umsatzrangliste der Firmen im deutschen Pharmamarkt; beide Firmen nahmen also keine Spitzenpositionen auf dem Markt ein. Im Jahr 1998 nahm Novartis Pharma Deutschland mit einem Marktanteil von 3,8 % hinter Hoechst Platz 2 ein. Dieser „relativ geringe“ Marktanteil im Vergleich zu anderen Branchen zeigt, wie stark fragmentiert und letztlich wenig konzentriert der Pharmamarkt in Deutschland, aber auch weltweit ist. Dieses Phänomen hat seine Ursache v.a. in den immens hohen Forschungs- und Entwicklungskosten, die zur Einführung einer Produktinnovation notwendig sind. Die 10 führenden Firmen hatten 1998 lediglich einen Marktanteil von knapp 30 %. Aus diesen Gründen sind weitere Konzentrationsprozesse in der Zukunft sehr wahrscheinlich, z. B. Aventis und Astrazeneca.

Allerdings ist der Zusammenschluß zweier großer erfolgreicher Unternehmen keine Garantie für zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg. Allgemeine Untersuchungen von Unternehmensberatern und Finanzanalysten zeigen, daß 50–60 % aller Fusionen mit einem Mißerfolg enden, da die Kosten und der Produktivitätsverlust die Synergien übersteigen. Ausschlaggebende Faktoren sind neben dem möglichen Verlust von guten Nachwuchskräften v.a. die Reduktion der Produktivität durch Diskussionen über die Fusion, Angst um den eigenen Arbeitsplatz und kulturelle Dissonanzen. In konkreten Zahlen ausgedrückt bedeutet dies für die Novartis Pharma Deutschland: wenn jeder Mitarbeiter pro Tag einen Verlust von einer halben bis eineinhalb Arbeitsstunden aufweist, beläuft sich dies auf einen Verlust von 200 TDM pro Tag während der Fusion.

Das Topmanagement einer Firma entscheidet darüber, wie lange die Fusion ein Thema ist, d. h. Gespräche und Gerüchte über die Standortwahl, Arbeitsplatzsicherheit und organisatorische Eingliederung des Einzelnen. Aus diesem Grund wurde während der Fusion von Ciba-Geigy und Sandoz ein eigenes, hochqualifiziert besetztes Integrationsbüro eingerichtet, um eben diese Reibungsverluste zu verhindern. Die Thematik spiegelt sich neben den Kosten auch in der Marktperformance deutlich wider. Novartis Pharma Deutschland konnte den Umsatz vom Jahr der Fusionsbekanntgabe 1996 bis heute klar ausbauen.

Entscheidend für den Erfolg nach der ersten Integrationsphase war das Wachstum durch Innovationen und weniger die Weiterentwicklung der bereits im Markt befindlichen Produkte. Der Anteil der Neueinführungen am Umsatz lag 1997 bei 6 % und wird voraussichtlich 1999 ca. 16 % betragen. Diese Tendenz spiegelt sich in der Entwicklung des gesamten Pharmamarktes wider. Während die Preise seit 1995 stagnieren, die Mengenentwicklung sogar rückläufig ist, sind einzige und allein die innovativen Produkte für das Wachstum des Marktes ausschlaggebend. An dieser Entwicklung konnte Novartis Pharma Deutschland als stark forschungsorientiertes Unternehmen partizipieren.

Bei der Zusammenlegung der Produktpalette von Sandoz und Ciba-Geigy konnten bis auf eine Ausnahme Portfoliosynergien genutzt werden. Nur in einem Geschäftsfeld nahmen beide Firmen eine dominierende Position ein und standen miteinander in direktem Wettbewerb. Dieses Geschäftsfeld war der Indikationsbereich Osteoporose bzw. das Calcitoningeschäft. Obwohl beide Präparate klar unterschiedlich positioniert wurden, gelang es nicht, beide Produkte erfolgreich zu vermarkten. Die Gründe liegen u. a. auch im Verkaufsverhalten der Außendienstmitarbeiter: um das eine Produkt erfolgreich verkaufen zu können, müssen sie dessen Vorteile herausstellen, was in den meisten Fällen auf Kosten des anderen Produktes geht – ein Produkt wird also unabsichtlich „schlechtgemacht“. Aus heutiger Sicht wäre es wahrscheinlich eine ernstzunehmende Alternative gewesen, eines der beiden Produkte „freiwillig“ zu verkaufen.

2. Die Integrationsphase – Aus heutiger Sicht

Eine besondere Herausforderung im Rahmen der Fusion in Deutschland war die geographische Zusammenführung der beiden Firmensitze. Das süddeutsche Wehr (Sitz: Ciba-Geigy) und Nürnberg (Sitz: Sandoz) liegen ca. 500 km voneinander entfernt. Zusätzlich war der Bereich Medizin von Ciba-Geigy in Frankfurt angesiedelt. Im Rahmen der Fusion wurde die gesamte Pharmaverwaltung in Nürnberg angesiedelt, d. h. die Administration in Wehr wurde geschlossen. Umgekehrt wurden die Produktionsstandorte in Nürnberg geschlossen und in Wehr zentral angesiedelt. Der Bereich Medizin in Frankfurt wurde geschlossen und nach Nürnberg verlagert. Um eine solche Situation erfolgreich zu meistern und dabei möglichst viele Mitarbeiter in der Firma zu halten und sie zum Mitumzug zu bewegen, hat es sich als

günstig erwiesen, überdurchschnittliche Anreize für einen Umzug zu bieten und vor allem getroffene Entscheide mit einer anspruchsvollen Zeitplanung konsequent und schnell umzusetzen. Diese Strategie hat sich bei der Novartis Pharma Deutschland als erfolgreich erwiesen, so konnten rund 70 % des in Frage kommenden Personals zu einem Umzug von Wehr nach Nürnberg bewegt werden.

Integration Milestones Deutschland 1996 / 1997	
• März '96	Fusionsbekanntgabe
• April '96	Start Integration Office
• Juni '96	Bekanntgabe Geschäftsführung
• Juli '96	Standortentscheidungen
• August '96	Bekanntgabe Direct reports an Geschäftsführung
• September '96	Bekanntgabe des Sozialplanes von Ciba-Geigy
• Oktober '96	Bekanntgabe des Sozialplanes von Sandoz
• Oktober '96	Bekanntgabe der vollständigen Organisationsstruktur
• Januar '97	Erste Umzüge von Wehr / Frankfurt nach Nürnberg
• 1. Februar '97	Start Novartis Pharma Deutschland
• Februar '97	Nationale Kommunikations-Kampagne
• Februar '97	Auftaktveranstaltung mit allen Mitarbeitern
• März '97	Bezug des neuen Verwaltungsgebäude in Nürnberg
• Mai '97	Start Integration Feedback Workshops
• August '97	Strategischer Plan abgeschlossen (Mission, Strategie, Werte)
• Dezember '97	Umzüge von Wehr nach Nürnberg abgeschlossen

Abbildung 2: Integration Milestones Deutschland

Für rasche Standort- und Personalentscheidungen und auch für Einzelheiten des Integrationsprozesses ist es wichtig, im Managementteam eine gemeinsame Sprache zu haben und sich vor Kompromissen – insbesondere als Einzelfallentscheidungen – zu hüten. Ebenso ist eine Grundsatzentscheidung über die Geschwindigkeit einer Fusion zu treffen, die mehr oder weniger schnell stattfinden kann. Da Kompromisse und Einzelfallentscheidungen tendenziell häufiger bei länger andauernden Fusionen auftreten, entschied sich Novartis für einen schnellen Integrationsprozeß. Die Koordination, Verfolgung und teilweise auch Durchführung der Mergeraktivitäten wurde vom eigens eingerichteten Integrationsbüro gesteuert. Die Erfahrung bei Novartis Pharma Deutschland hat gezeigt, daß es hilfreich ist, wenn das Integrationsbüro als Stabsstelle sehr eng an die Geschäftsführung gebunden ist und auf diesem Wege schnell und unbürokratisch auf Probleme reagieren kann.

Um den Schritt von der rein organisatorischen zur mindestens ebenso wichtigen „kulturellen Integration“ zu schaffen, wurde gleich nach dem offiziellen Start von Novartis Pharma Deutschland (1. Februar 1997) der Schwerpunkt auf die Entwicklung und Kommunikation des Unternehmensleitbildes, der Werte und der Strategie von Novartis gelegt. Ziel war die Umwandlung der vorher eigenständigen Ciba-Geigy- und Sandoz-Werte und Unternehmenskulturen hin zu einem eigenständigen Novartis-Wert, mit dem sich die Mitarbeiter und die Kunden identifizieren können. Dieser Wert soll Vertrauen und Sicherheit vermitteln, aber auch einen Blick in die Zukunft und die angestrebten Visionen gestatten. Unter dem Programmtitel „Gemeinsam zum Erfolg unser Weg – mein Beitrag“ wird kontinuierlich mit den Mitarbeitern diskutiert und der Fokus auf Novartis gesetzt.

Unser Ziel ist es, die Vergangenheit ruhen zu lassen und in die Zukunft zu sehen:

Man muß etwas Neues machen, um etwas Neues zu sehen.

Die europäische Fusionskontrolle aus Sicht eines Tochterunternehmens eines weltweit operierenden Konzerns

Von *Joachim Dreyer*, Hamburg

Zunächst, Herr Prof. Oberender, vielen Dank für Ihre Einladung an unser Haus, die British American Tobacco (Germany), uns an Ihrer Tagung aktiv zu beteiligen. Unser Haus ist seit Jahren in Bayreuth mit einem großen Werk vertreten und hat dieses Werk in der letzten Zeit erheblich ausgebaut. Seit Jahren sind wir der Uni Bayreuth nicht nur freundschaftlich verbunden, sondern auch aktiv Förderer Ihrer Universität. Deshalb war es für uns selbstverständlich, daß wir Ihre Einladung gerne angenommen haben.

Ich will nicht verhehlen, daß ich zunächst gezögert habe, auf Ihrer Tagung zu referieren, und zwar ganz einfach deshalb, weil wir als BAT Germany praktisch über keine eigenen Erfahrungen über die rechtlichen Implikationen von Fusionen – seien sie national, europäisch oder global – verfügen. In Deutschland haben wir uns bisher eigentlich – von Kleinigkeiten abgesehen – auf Sandkastenspiele beschränkt und außerhalb Deutschlands ist hierfür unsere Muttergesellschaft und deren Legal Department in London zuständig. Bei unseren Investitionen in Ost-europa, für die wir weitestgehend zuständig waren und immer noch sind (z. B. Ukraine, Rußland, Polen, CSSR, Rumänien), handelt es sich nicht um Fusionen, sondern um Joint Ventures mit jeweils lokalem Bezug. „Zu Hause“, also über eigene Erfahrungen verfügend, wäre ich z. B. in der Problematik, wie es mit Werbe-verboten aussieht, wie es in dieser Hinsicht um die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU-Mitgliedstaaten einerseits und den europäischen Organen andererseits steht, was es mit der Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Tabak-berichtlinie auf sich hat, welche Probleme sich bei der Umsetzung der Richtlinie zur vergleichenden Werbung in nationales Recht stellen, welche Bedeutung der Entscheidung des EuGH's und des BGH zum Verbraucherleitbild zukommen. Aber über alle diese Fragen sprechen wir heute nicht.

Meine Bedenken sind durch die Ausführungen von Herrn Gabriel, die wir eben gehört haben, eher noch verstärkt als gemildert worden. Einerseits werden Sie sicherlich davon gelesen, zumindest gehört haben, daß unser Haus und die Rothmans-Gruppe beschlossen haben, miteinander zu fusionieren, und zwar weltweit. Die hierfür weltweit erforderlichen Genehmigungsverfahren u. a. in Brüssel laufen

noch.¹ Probleme erwarten wir vor allem in Australien, in Südafrika und Südamerika. Insbesondere in Australien handelt es sich dabei nicht nur um wettbewerbsrechtliche Aspekte. Hier ist vor allem von Bedeutung, daß an dem Merger Minderheiten beteiligt sind, die ihre Interessen selbstverständlich gewahrt wissen wollen. Andererseits handelt es sich aber noch um ein schwebendes Verfahren. Im Gegensatz zu Gabriel kann ich also noch nicht über Erfahrungen berichten. Vielmehr kann ich nur hoffen, daß, wenn unsere Fusion vollzogen und realisiert worden ist, sich unsere Erfahrungen genauso positiv darstellen wie im Fall Novartis. Ich hoffe aber, daß für Sie interessant ist, einmal zu erfahren, welche Motive und Gründe zu unserem Zusammenschlußvorhaben geführt haben und wie der Stand der Angelegenheit ist. Daß ich hierbei Rücksicht zu nehmen habe darauf, daß es sich um ein schwebendes Verfahren handelt und ich Ihnen somit natürlich keine vertraulichen Aspekte darstellen kann, versteht sich wohl von selbst.

Ich möchte Ihnen zunächst kurz unser Haus vorstellen. Mit einem Marktanteil von rd. 18 % sind wir z.Zt. drittgrößter Hersteller in Deutschland. Wir haben im vergangenen Jahr rd. 24,9 Mrd. Stück Zigaretten in Deutschland abgesetzt. Unter den deutschen Top 20 befinden sich sechs Marken unseres Hauses, nämlich – die nachstehenden Zahlen beziehen sich jeweils auf die Markenfamilie – die HB mit rd. 6,6 % Marktanteil, die Lucky Strike mit rd. 3,1 % Marktanteil, die Prince Denmark mit rd. 1,2 % Marktanteil und die Benson & Hedges mit rd. 0,7 % Marktanteil. Weitere bekannte Marken unseres Hauses sind die KIM mit 0,6 % Marktanteil und die Auslese mit 0,4 % Marktanteil. Unsere wesentlichen Wettbewerber in Deutschland sind Philip Morris mit einem Marktanteil von rd. 41,5 %, Reemtsma mit einem Marktanteil von 22,8 %, Rothmans (also unser Fusionspartner) mit einem Marktanteil von 5,9 % und R. J. Reynolds mit einem Marktanteil von ca. 4,8 %. Die Top Ten Marken 1998 stellten sich 1998 – jeweils bezogen auf die Markenfamilie – wie folgt dar: Marktführer ist die Marlboro (Philip Morris) mit einem Marktanteil von 34,3 %, Nummer Zwei ist die West (Reemtsma) mit einem Marktanteil von 10,2, Nummer Drei ist dann unsere HB, Nummer Vier ist die F6 (Philip Morris mit 4,4 % Marktanteil), Nummer Fünf die Camel (Reynolds) mit 3,7 %, Nummer Sechs die Peter Stuyvesant (Reemtsma) mit 3,3 % Marktanteil, Nummer Sieben unsere Lucky Strike, Nummer Acht die Lord Extra (Rothmans) mit rd. 3,0 % Marktanteil, Nummer Neun unsere Gauloises und schließlich Nummer Zehn die R1 (Reemtsma) mit einem Marktanteil von rd. 2,4 %.

Da es sich, wie bereits erwähnt, bei unserem Zusammenschlußvorhaben um einen globalen Merger handelt, möchte ich Ihnen nun kurz einige Informationen zum Weltmarkt geben. Weltweit hat die British American Tobacco-Gruppe 1997 712 Mrd. Zigaretten abgesetzt. Das entspricht einem Weltmarktanteil von rd. 13 %.

¹ Inzwischen hat die EU-Kommission am 17. 3. 1999 den Zusammenschluß von British American Tobacco (Germany) GmbH und Rothmans International in Bezug auf die EU genehmigt. Am 8. 4. 1999 haben die Aktionäre der beiden Gesellschaften der Fusion zugestimmt.

British American Tobacco ist damit Marktführer in über 30 Ländern. Wir verkaufen Zigaretten in rd. 180 Ländern und Duty-free-Märkten. Wir stellen rd. 240 verschiedene Zigarettenmarken in 67 Produktionsbetrieben in 57 Ländern her. Weltweit sind bei BAT rd. 57.000 Mitarbeiter beschäftigt. Die Weltmarktanteile unserer maßgeblichen Wettbewerber stellten sich 1997 wie folgt dar:

Der Marktanteil des chinesischen Monopols beläuft sich auf rd. 31 %, derjenige von Philip Morris auf rd. 13 %, dann kommen wir mit den bereits genannten rd. 13 %. Nummer Fünf ist Reynolds mit rd. 6 %, Nummer Sechs Japan Tobacco mit rd. 5 %. Der Weltmarktanteil von Rothmans beläuft sich auf rd. 3 %. Auf die übrigen Hersteller entfallen rd. 26 %.

Welche Gründe sprechen nun dafür, daß sich BAT und Rothmans weltweit zusammenschließen?

In strategischer Hinsicht führt die Fusion das zweit- und viertgrößte Unternehmen zusammen mit einem weltweiten Marktanteil von über 16 %. BAT und Rothmans sind die ersten Unternehmen, die sich in dem äußerst wettbewerbsintensiven Zigarettenmarkt zusammenschließen. Sie haben damit die Führung in dem sich sowieso abzeichnenden weltweiten Konsolidierungsprozeß auf dem globalen Tabakmarkt übernommen. Der Zusammenschluß führt zu einer erheblichen Verstärkung der Präsenz des neuen Unternehmens in Afrika, Asien, Australien und Westeuropa. In wichtigen Ländern in Afrika und Asien wird das neue Unternehmen nach dem Zusammenschluß eindeutiger Marktführer. Schließlich vereint die Fusion zwei Unternehmer mit ähnlichen Kulturen und komplementären Markenportfolios und geografischen Streuungen. Sie bedeutet einen großen Fortschritt hinsichtlich der Vision von British American Tobacco, das weltweit führende Unternehmen zu werden. Sie entspricht ebenfalls dem Wunsch von Rothmans, im internationalen Tabakgeschäft ein bedeutender Mitspieler zu werden.

In kommerzieller Hinsicht führt die Fusion zu einer Verstärkung der Präsenz des neuen Unternehmens im oberen und internationalen Segment. Hieraus ergibt sich eine spürbare Verbesserung der Durchschnittsmargen. Die Fusion wird zu jährlichen Kosteneinsparungen von mindestens 250 Mio. £ (voraussichtlich ab dem dritten Jahr) führen. Die Fusion führt schließlich dazu, daß die Markenrechte an der für beide Unternehmen wichtigen Marke Pall Mall in einem Unternehmen vereinigt werden.

Wie bereits erwähnt, ist das Zusammenschlußvorhaben in Brüssel offiziell angemeldet.²

Einige Erfahrungen aus diesem Verfahren und anderen, die wir in Brüssel gehabt haben, möchte ich nun doch noch in Form von einigen Kritikpunkten an der europäischen Fusionskontrolle – wenn Sie so wollen, aus der Sicht der Praxis – anmerken.

² Und – siehe oben – inzwischen genehmigt.

1. Grundsätzlich ist die Einführung der europäischen Fusionskontrolle (im Jahre 1989) für ein Unternehmen der Größenordnung wie der BAT ein Segen. Unser Haus ist ja, wie Sie sich sicherlich erinnern werden, an dem Zustandekommen der Fusionskontrolle nicht ganz unbeteiligt gewesen. Das von uns mit initiierte Verfahren Philip Morris / Rothmans in den 80er Jahren hat damals entscheidend dazu beigetragen, daß die Fusionskontrolle verabschiedet wurde.
 - * Durch die Fusionskontrollverordnung wurde ein geordnetes, zügiges Verfahren eingefügt, durch das wenigstens die wichtigsten Fusionskontrollfälle in Europa einheitlich entschieden werden können.
 - * Daß es ein derartiges Verfahren gibt, ist insbesondere nach Einführung nationaler Fusionskontrollen in fast allen Ländern der europäischen Union in den letzten Jahren zu begrüßen. Die Durchführung von Fusionskontrollverfahren in mehreren Mitgliedstaaten – sog. multiple filings – bringt nämlich einen erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand mit sich. Darüber hinaus entsteht hierdurch das Risiko sich widersprechender Entscheidungen.
 - * Unser jetziges Verfahren wirft darüber hinaus zumindest die Frage auf, ob bei globalen Fusionen regionale Fusionskontrollen wie z. B. unser jetziges Verfahren in Brüssel noch angemessen sind oder ob nicht doch über eine einheitliche globale Fusionskontrolle nachgedacht werden sollte. Auch regionale Fusionskontrollen beinhalten zumindest das Risiko sich widersprechender Entscheidungen. Diese Frage aufzuwerfen, soll allerdings nicht einmal als Indiz verstanden werden, daß sie auch zu bejahen wäre. Hierfür ist es viel zu früh. Und schon heute läßt sich sicherlich nicht erkennen, daß eine weltweite Fusionskontrolle schon aufgrund der wettbewerbs- und gesellschaftspolitischen Unterschiede in den einzelnen Regionen erheblichen Problemen begegnen würde.
 - * Bei den nationalen Verfahren gilt die ungeschriebene Regel, daß das Verfahren desto aufwendiger und komplizierter wird, je kleiner der Mitgliedstaat ist. So sind z. B. die Fragebögen, die in Belgien oder Schweden ausgefüllt werden müssen, viel aufwendiger und komplexer als etwa eine Anmeldung zum deutschen Bundeskartellamt oder zur Mergers and Monopolys Commission in London.
2. Bei den Fusionskontrollverfahren in Brüssel ist das kennzeichnende Merkmal der ungeheure Zeitdruck, unter dem sowohl die Anmelder als auch etwaige Beschwerdeführer stehen.
 - * Die Frist im Vorprüfungsverfahren beträgt nur einen Monat. Folglich lassen sich innerhalb dieser kurzen Frist Fragen und Meinungsverschiedenheiten etwa bezüglich der Definition des richtigen relevanten Marktes nicht ausräumen.
 - * Den Beschwerdeführern werden nur ganz kurze Fristen gesetzt (zehn Tage), um etwaige Bedenken auf die Veröffentlichung im Amtsblatt hin geltend zu machen.
3. Den stärksten Zeitdruck verspürt freilich die Kommission selbst, die innerhalb eines Monats zumindest eine einigermaßen in sich schlüssige Entscheidung

schreiben muß, die gegebenenfalls dann auch noch einer gerichtlichen Überprüfung stand hält.

- * Dieser zeitliche Druck verleitet die Kommission mehr und mehr dazu, in komplexeren Fällen mit dem Trick zu arbeiten, eine eingereichte Anmeldung als unvollständig zurückzuweisen. Solange die Anmeldung nicht vollständig ist, läuft die Monatsfrist nicht.
 - * Vor einem Jahr haben sich die Fälle unvollständiger Anmeldungen merkwürdigerweise kurz vor den Weihnachtsferien der Kommission gehäuft.
 - * Wer selbst schon einmal das sehr umfangreiche Formblatt CO ausgefüllt hat, weiß, daß praktisch jede Anmeldung letztlich als unvollständig angesehen werden kann, wenn man sie nur mit dem entsprechenden Vorsatz überprüft.
4. Wer sich nicht dem Risiko einer möglicherweise unvollständigen Anmeldung aussetzen will, ist daher gut beraten, wenn er die Anmeldung vorher mit der Kommission durchspricht.
- * Man muß der Merger Task Force in Brüssel zugute halten, daß sie die Praxis der Vorbesprechungen großzügig handhabt. Wenn es die Anmelder wünschen, ist die Kommission bei Routinefällen auch bereit, sich zu einer Vorbesprechung zu treffen.
 - * Im Regelfall wird jede einigermaßen komplizierte Anmeldung (etwa bei Gemeinschaftsunternehmen) auch zuvor als Entwurf eingereicht. Hier hat sich die Praxis entwickelt, die wir in Deutschland vom Bundeskartellamt her kennen.
5. Insgesamt ist die Industrie aber durchaus mit der Praxis der Fusionskontrolle, wie sie sich in Brüssel entwickelt hat, zufrieden.
- * Man muß der Kommission ja zugute halten, daß sie in einer Vielzahl von Sprachen arbeitet, was naturgemäß das Verfahren nicht beschleunigt. Auch die Abstimmung mit den Mitgliedstaaten ist aufwendig.
 - * Vor diesem Hintergrund ist es schon eine beachtliche Leistung, wenn die Kommission die kurzen Fristen der Fusionskontrolle einhält.
6. Die Industrie hätte es bei der Novellierung der Fusionskontrollverordnungen im letzten Jahr auch gern gesehen, wenn die Schwellen für die Anmeldungen in Brüssel herabgesetzt worden wären, etwa von einem Gesamtumsatz von 5 Mrd. auf 2 Mrd. Euro.
- * In der Praxis besteht nämlich bei einer Vielzahl von Zusammenschlüssen, die in mehreren Mitgliedstaaten gleichzeitig der Fusionskontrolle unterfallen, doch weitgehend ein Gleichlauf der fusionskontrollrechtlichen Probleme.
 - * Nur in seltenen Fällen bestehen Sonderprobleme auf einzelnen nationalen Märkten. Diese können auch nach dem Instrumentarium der Fusionskontrollverordnung (nämlich dem Art. 9, der sog. deutschen Klausel) erfaßt werden.

- * Insoweit hat die Industrie, wenn das Verfahren möglichst einfach gehalten werden soll, ein großes Interesse daran, daß möglichst viele Fälle in Brüssel in einem eingespielten Verfahren behandelt werden.
7. Leider hat die Novellierung der Fusionskontrollverordnung im letzten Jahr insoweit nur eine Herabsetzung der Schwellen für bestimmte Fälle, in denen nachweislich „multiple filings“ notwendig wären, gebracht.
- * Die Regel ist aber mit drei unterschiedlichen Schwellen derart kompliziert gefaßt, daß selbst in den Fällen, in denen sie anwendbar wäre, die Parteien häufig nicht erkennen werden, daß eine Anmeldung in Brüssel möglich ist.
 - * Es bleibt abzuwarten, ob künftige Änderungen der Fusionskontrollverordnung dort Verbesserungen mit sich bringen werden.
8. Insgesamt ist aber das Verfahren der Fusionskontrolle in Brüssel sicherlich eines der effizientesten Verfahren, das die Kommission anbietet.

Diese Beurteilung beruht im wesentlichen auf verfahrensrechtlichen Aspekten. Soweit für mich erkennbar, trifft diese Beurteilung aber auch in materiell-rechtlicher Hinsicht zu. Man muß der Kommission zugute halten, daß sie in der Regel von einer realistischen Marktbeherrschungsbetrachtung ausgeht. Insbesondere begnügt sie sich nicht damit, schlicht Marktanteile festzustellen und aufgrund dieser Feststellungen quasi automatisch die Entscheidung darüber, ob eine Marktbeherrschung gegeben ist, abzuleiten. Die Kommission bemüht sich vielmehr, bei ihrer Beurteilung z. B. auch die Interessen der Marktgegenseite zu berücksichtigen.

Meine insgesamt positive Beurteilung der europäischen Fusionskontrolle beruht im übrigen – hierüber möchte ich keinen Zweifel entstehen lassen – nicht nur auf eigenen, sondern vor allem auf Erfahrungen, die mir von Anwälten mitgeteilt worden sind, die an Zusammenschlußverfahren in Brüssel beteiligte Unternehmen des öfteren vertreten. Von mir aus möchte ich noch einmal darauf hinweisen, daß ich es, wie im übrigen insbesondere auch der BDI, bedauere, daß die Schwellen für die Anwendung der europäischen Fusionskontrolle nicht herabgesetzt worden sind. Genauso bedauerlich ist es – und auch dies wiederum nicht nur aus meiner Sicht –, daß die Chance einer möglichst weitgehenden Harmonisierung des nationalen Wettbewerbsrechts an das europäische Kartellrecht bei der letzten Novelle des GWB nicht genutzt worden ist (Stichwort: Europa-Modell).

Mit dieser leichten, mehr rechtspolitisch orientierten Kritik bei einer insgesamt positiven Beurteilung des europäischen Verfahrens möchte ich meine Anmerkungen schließen. Ich hoffe, daß diese Anmerkungen für Sie nicht völlig uninteressant gewesen sind und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Aspekte der nationalen und europäischen Fusionskontrolle – Anmerkungen aus Sicht eines Großunternehmens

Von *Rudolf Schwan*, Essen

I. Einleitung

Zunächst darf ich mich bei Ihnen, Herr Prof. Oberender, bedanken, daß Sie mir und damit dem von mir repräsentierten Unternehmen die Gelegenheit bieten, hier und heute einige Aspekte aufzuzeigen zu dürfen, die die europäische und deutsche Fusionskontrolle gerade für Großunternehmen aufwerfen. Daß das Bundeskartellamt in seinen alle zwei Jahre veröffentlichten Tätigkeitsberichten die RWE AG – zusammen mit anderen Großunternehmen – immer wieder als ein Unternehmen herausstreckt, das besonders häufig Zusammenschlußanmeldungen einreicht, darf dabei nicht zu sehr verwundern und deutet keinesfalls darauf hin, daß RWE in besonders exzessiver Weise auf externes Unternehmenswachstum ausgerichtet ist. RWE sucht Wachstum relativ gesehen genauso häufig oder genauso selten über Unternehmensakquisitionen wie andere Unternehmen, die vom Bundeskartellamt in das Ranking der Tätigkeitsberichte nicht eingestellt werden. Lediglich die absolut größere Zahl der Konzern-Beteiligungsgesellschaften und die Vielzahl von Geschäftsfeldern, in denen wir Geschäftschancen suchen, zwingen uns besonders häufig in die Rolle des Beteiligten an Zusammenschlußverfahren. Es ist dies also eine lediglich quantitative Erscheinung, ohne daß ein qualitativer Rückschluß möglich wäre. Die Vielzahl der Kontrollverfahren birgt gleichwohl eine große Menge an erwähnenswerten Aspekten, von denen ich im folgenden einige herausgreifen will.

II.

1. Allgemeine Aspekte

*a) Wie stellt ein Großunternehmen sicher,
daß den normativen Befehlen der Fusionskontrollordnungen
EU bzw. der EU-Mitgliedstaaten Genüge getan wird?*

Ich beginne mit einem auf den ersten Blick beinahe banalen Aspekt: Abgesehen von den Fällen der Toleranzklauseln, des Verfehlens von Umsatzschwellenwerten oder fehlender Auswirkungen auf inländische Märkte oder den Gemeinsamen

Markt unterliegt jeder Akquisitionsvorgang im RWE-Konzern, der einen Zusammenschlußtatbestand verwirklicht, der präventiven Fusionskontrolle.

Wird sie nicht durchgeführt, sondern erfolgt Vollzug ohne oder vor Freigabe, sind nicht nur zugrunde liegende Rechtsakte schwedend unwirksam. Die Verletzung der Anmeldepflicht und des Vollzugsverbots erfüllen vielmehr darüber hinaus Bußgeldbewehrte Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten; dadurch können die betroffenen juristischen Personen – und im deutschen Recht sogar die handelnden natürlichen Personen und Organe – Bußgelder in empfindlicher Höhe, nämlich – nach deutschem Recht – bis zu 1 Mio. DM und darüber hinaus bis zum Dreifachen des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses verwirken. Selbst für eine unterlassene oder nicht rechtzeitige Vollzugsanzeige, die lediglich aus statistischen Gründen erfolgen muß, kann das betroffene Unternehmen noch innerhalb eines Bußgeldrahmens von bis zu 50.000 DM vom Bundeskartellamt belangt werden.

Die Beachtung der vom Gesetz postulierten Pflichten stellt normalerweise keine besonderen Hindernisse dar für Unternehmen, die nur selten Zusammenschlüsse beabsichtigen, da wegen der Außergewöhnlichkeit des Ereignisses die sich nur selten realisierende Pflichtenlage klar im Blick der Verantwortlichen liegen dürfte. Anders ist die Sachlage in Großkonzernen. Für Hunderte von operativen Einheiten ergeben sich zu nicht voraussehbaren Zeitpunkten Akquisitionschancen, die in der Regel eine schnelle Umsetzung erfordern. Melde- und Prüfungspflichten unter der Fusionskontrolle stellen dann ein Verzögerungspotential dar.

Daß gleichwohl bis in das letzte Konzernglied die Beachtung aller genannten Melde-, Anzeige- und Verhaltenspflichten sichergestellt ist, erfordert ein ausgeklügeltes Kontroll- und Meldesystem. Die eingerichteten Mechanismen müssen dabei so reibungslos und schnell funktionieren, daß überlange Zeiträume für eine Genehmigung durch die Unternehmensspitze an der operativen Basis nicht zu Frustrationseffekten und zu Disziplinlosigkeit führen. Dies ist nur dadurch zu gewährleisten, daß Akquisitionsvorhaben nicht nur in der jeweiligen Sparte an die Spitzengesellschaft, sondern von dieser auch weiter an die konzernleitende Holding gemeldet und ggf. von dort genehmigt werden. Die fusionskontrollrechtliche Relevanz von Investitions- und Desinvestitionsvorgängen muß bei der Einrichtung eines solchen Meldesystems entsprechend nachhaltig an die operative Ebene vermittelt werden, weil nur ein reibungsloses Ineinandergreifen aller Stufen ein Funktionieren des Systems gewährleisten kann. Dabei muß retroaktiv die Meldung von Kontrolle begleitet werden.

*b) Werden Zusammenschlußvorhaben aus dem RWE-Konzern
meistens nicht von der EU-Kommission geprüft?*

Wir müssen in der Praxis immer wieder feststellen, daß die seit 1990 geltende Europäische Fusionskontrolle trotz einer zwischenzeitlich erfolgten Überarbeitung immer noch nicht diejenige Relevanz erreicht hat, die man ihr im Hinblick auf ein

Unternehmen mit einem solchen Umsatz wie RWE eigentlich zudenken müßte. Woran liegt dies? In den Anfangsstagen der Europäischen Fusionskontrolle stellte sich sehr schnell heraus, daß das Bestreben nach einer Zentralisierung der Kompetenz für die Fusionskontrolle in Brüssel durch das Zwei-Dritt-Aufgreifkriterium in Art. 1 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung zugunsten der Erhaltung von Zuständigkeiten der nationalen Kartellbehörden auf halber Strecke stecken geblieben war: Erzielten sämtliche Zusammenschlußbeteiligten jeweils mehr als zwei Drittel ihres EU-weiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat, war die Zuständigkeit der Kommission zu verneinen.

Hätten sich z. B. die Siemens AG und die damalige Daimler-Benz AG zusammenschließen und damit eine Fusion auf Weltniveau verwirklichen wollen, wäre jedenfalls nicht die Kommission in Brüssel zuständig gewesen, da beide Konzerne immer noch mehr als 2/3 ihres EU-weiten Umsatzes in Deutschland erwirtschafteten. Auch heute erzielt RWE – bezogen auf das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr – immer noch deutlich mehr als 2/3 ihres EU-weiten Umsatzes in Deutschland. Ein weltweiter Umsatz in Höhe von über 70 Mrd. DM bringt ein Unternehmen danach oftmals noch längst nicht in die fusionsrechtliche Europaliga. An diesem Umstand – Festhalten an der 2/3-Schwelle – manifestiert sich ein anerkanntes Anwendungskriterium des Europäischen Rechts, nämlich das Kriterium der Berührung des zwischenstaatlichen Handels. Diese Voraussetzung ist idealtypisch nicht erfüllt, wenn die Umsatzschwerpunkte der Beteiligten wie beschrieben in ein und demselben Mitgliedstaat liegen.

An dieser Sachlage hat sich aus Sicht der RWE AG auch für die Europäische Fusionskontrolle nach Einführung eines zweiten Satzes von Aufgreifkriterien nichts geändert, denn das 2/3-Umsatz-Kriterium beansprucht auch hierfür Gel tung. Faktum ist für uns also nach wie vor, daß Zusammenschlußprojekte aus dem RWE-Konzern überwiegend bei dem Bundeskartellamt, nicht aber bei der Merger Task Force der EU-Kommission zu klären sind. Dies bedeutet, daß der RWE-Konzern an seinem für deutsche Märkte oftmals beachtlichen Stellenwert gemessen wird, während seine stark relativierte europäische Bedeutung oder gar die Bedeutung im Weltmaßstab außer Betracht bleibt.

Ein weiteres, aus Sicht der Europäisierungsbewegung bedauerlicherweise in die falsche Richtung wirkendes Momentum tritt noch hinzu: Meine bisherigen Ausführungen wollen nicht in Abrede stellen, daß bei Zusammenschlußvorhaben von RWE mit multinationalen Unternehmen, die ihren Umsatzschwerpunkt nicht in Deutschland haben, oder mit deutschen Unternehmen, die international ausgerichtet sind, die Zuständigkeit der EU-Kommission begründet wird. In vielen Fällen ist jedoch die Erfahrung zu machen, daß der Zuständigkeitswille der nationalen Kartellbehörden die in diesen Fällen von den Umsätzen und ihrer geographischen Verteilung her unzweifelhaft gegebene europäische Dimension der Zusammenschlußvorhaben sehr oft überdeckt und die – sogenannte – Deutsche Klausel des Art. 9 der Fusionskontrollverordnung herangezogen wird. Danach kann ein Mitgliedstaat

auf Initiative der nationalen Kartellbehörde die Kommission um Verweisung des Falles auf die nationale Ebene bitten, wenn für nationale Märkte oder Teilmärkte das Entstehen oder Verstärken von Marktbeherrschung zu besorgen ist. Es gibt hierfür prominente Beispiele: Ich erinnere an den Fall Hochtief/Deutsche Bank/Ph. Holzmann oder die Privatisierung der BEWAG.

Aus unserer Sicht liegt hierin ein Widerspruch zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes, ein (allerdings rechtspolitisch bedingter) Anachronismus. Keine Einwände sind dagegen zu erheben, daß statt der Merger Task Force eine nationale Kartellbehörde zuständig wird. Anachronistisch ist die Überweisung eines europäischen Falles an eine nationale Kartellbehörde aber deswegen, weil anderes, nämlich nationales Recht angewandt wird und die Behörde – jedenfalls im Falle Deutschland – sich z. B. durch die Backofen-Entscheidung des BGH zu einer rein nationalen Marktabgrenzung legitimiert fühlen darf.

Lassen Sie mich noch einmal kurz anknüpfen an die eingangs geschilderten Organisationsanforderungen bei Großunternehmen im Rahmen des Bemühens, fusionskontrollrechtlichen Pflichten gerecht zu werden:

Die Begründung der Zuständigkeit der Merger Task Force hat natürlich den unschätzbaren Vorteil, mit einem einzigen Verfahren und einer einzigen Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission „grünes Licht“ für den Zusammenschlußvollzug in sämtlichen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zu erlangen (sog. One Stop Shop-Prinzip). Ist diese Zuständigkeit dieser einen Behörde nicht gegeben, tritt an ihre Stelle oftmals ein Bündel von Zuständigkeiten zahlreicher nationaler Kartellbehörden. Dies wiederum erschwert die beschriebene Organisationsaufgabe eines in der Internationalisierung begriffenen Großkonzerns ganz erheblich, da im Blickfeld der Aufsicht und Kontrolle durch die Konzernspitze auch Verfahrenserfordernisse ausländischer Rechtsordnungen liegen müssen. Die Kontrolle wird dabei um eine geographische Dimension mit den zugehörigen Sprachhindernissen bereichert und damit erschwert.

Zusammenfassend kann ich nach dem bisher Gesagten also nur plädieren für die Sicherstellung der Anwendung einheitlichen Rechts und möglichst auch für die Begründung der Zuständigkeit nur einer Behörde. Dabei scheint es mir allerdings denkbar, daß auch bei Anwendung einheitlichen Rechts im Sinne einer verwaltungstechnischen Dezentralisierung nicht in jedem Fall die Kommission, sondern quasi in deren Auftrag auch nationale Behörden tätig werden, solange eine einheitliche Anwendung des einheitlichen Rechts gewährleistet ist und sich die Genehmigungswirkung der Entscheidung dieser Behörde auf sämtliche EU-Mitgliedstaaten erstreckt. Die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes wird meiner Ansicht nach durch die gegenwärtigen Regeln jedenfalls nicht optimal gefördert.

c) Worin bestehen nach den gewonnenen Erfahrungen die praktischen Unterschiede zwischen Zusammenschlußverfahren nach europäischem und solchen nach deutschem Recht?

Ich will das Gesagte allerdings nicht stehen lassen, ohne auch auf eine Reihe von Defiziten und Mißständen hinzuweisen, auf die Unternehmen in Brüssel stoßen. Besonders im Vergleich zur Arbeit und Organisation des Bundeskartellamts ist einiges zum Nachteil der Merger Task Force festzuhalten:

Dabei meine ich nicht die enttäuschte Hoffnung einiger Unternehmen, die anfänglich glaubten, in Brüssel für ihre Zusammenschlußvorhaben bessere Erfolgssichten zu haben, weil etwa großzügigere Maßstäbe angelegt, stets größere Märkte abgegrenzt und entsprechend niedrigere Marktanteile zugewiesen würden etc. Die Erkenntnis nach einigen Jahren Erfahrung mit der europäischen Fusionskontrolle ist vielmehr die, daß in Brüssel ein Freistellungserfolg nicht leichter zu erlangen ist als vor einer nationalen Kartellbehörde. Was an unbestreitbaren Vorteilen bleibt, ist die One Stop Shop-Wirkung für sämtliche Mitgliedstaaten, wenn eine Vereinbarkeitsentscheidung ergangen ist. Der Weg dorthin kann allerdings dornenreicher sein als das Durchlaufen eines Verfahrens vor dem Bundeskartellamt:

Es beginnt damit, daß es praktisch ausgeschlossen ist, durch paralleles Handeln die kartellrechtliche Freigabe mit der erfolgreichen Beendigung der Vertragsverhandlungen koinzidieren zu lassen. Ein Vorhaben weist für die Merger Task Force immer erst dann hinreichende Verbindlichkeit unter den Beteiligten auf, wenn die zugrundeliegenden Verträge – natürlich unter Kartellvorbehalt – unterzeichnet, zumindest aber paraphiert worden sind. Erst dann nimmt die Behörde die Prüfung auf. Die Folge sind hintereinander zu durchlaufende Prozesse mit entsprechender Zeitverzögerung.

Nach deutschem Recht reicht dagegen eine von allen Beteiligten getragene Vollzugsabsicht zur Annahme eines Vorhabens aus. Dies ermöglicht eine bessere Aussteuerung des Transaktionsablaufs.

Um dies ganz plastisch zu machen: Besteht bei einem Beteiligungserwerb eine fusionskontrollrechtliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts, verständigen sich die Parteien regelmäßig darauf, bereits nach Unterzeichnung eines Memorandum of Understanding oder eines Letter of Intent die Anmeldung des Vorhabens im Namen aller Beteiligten vorzunehmen. Das Fusionskontrollverfahren läuft daher zeitlich parallel mit den Vertragsverhandlungen. Häufig können die Verträge sogar ohne einen Kartellvorbehalt abgeschlossen werden, weil die Nichtuntersagungsverfügung aus Berlin bereits vorliegt. Der Beteiligungserwerb kann dann unmittelbar nach Unterzeichnung der Verträge vollzogen werden. Ist dagegen die EU-Kommision zuständig, kann das Fusionskontrollverfahren erst beginnen, wenn die Vertragsverhandlungen abgeschlossen sind. Der Vollzug muß so lange hinausgeschoben werden: „Die Zielgesellschaft ‚gehört‘ dem Veräußerer nicht mehr, dem Erwerber noch nicht“.

Es geht damit weiter, daß die Anmeldung eines Vorhabens bei der Kommission durch sehr weitreichende Vorgaben des Formblatts CO meistens nicht nur sehr umfangreich ist, sondern darüber hinaus auch noch zur Information der Mitgliedstaaten in etlichen Exemplaren eingeliefert werden muß. Verweise auf im Rahmen anderer Verfahren eingereichte Unterlagen werden nicht akzeptiert. Konzernakten führt die Kommission nicht. Von der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit, Dispens von der Angabe- und Vorlagepflicht zu erteilen, wird eher sparsam Gebrauch gemacht.

Nach dem Formblatt CO, das bei der Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens zu verwenden ist, sind in 11 Abschnitten Angaben zu etwa 140 Punkten zu machen. Die Spanne reicht von bloßen Formalien, wie Angaben über Firma, Sitz und Geschäftsgegenstand der beteiligten Unternehmen, über deren Umsätze – aufgeteilt in Gesamtumsatz weltweit, gemeinschaftsweit, EFTA-weit, pro Mitgliedstaat und pro EFTA-Staat – bis hin zu detaillierten Angaben über die relevanten sachlichen und geographischen Märkte; auch dies ist jeweils gesondert für den europäischen Wirtschaftsraum, die Europäische Union, die EFTA-Staaten insgesamt, jeden einzelnen Mitgliedstaat und jeden einzelnen EFTA-Staat, in dem die Beteiligten tätig sind, zur Verfügung zu stellen. Die Angaben zu den relevanten Märkten sind unter anderem um Ausführungen zur Angebotsstruktur, den Vertriebswegen und Kundendienstnetzen, der Nachfragestruktur, den Markteintrittsschranken und Informationen über die wesentlichen Wettbewerber zu ergänzen.

Daran wird deutlich: Es wird stets eine Art von Materialschlacht geführt mit entsprechendem personellem und zeitlichem Aufwand. Die logistischen übersteigen oftmals die juristischen Anforderungen.

Nach der deutschen Fusionskontrolle reicht dagegen ein Exemplar der Anmeldung nebst Anlagen aus. Verweise auf andere Verfahren und dort überreichte Unterlagen stehen ebenso wie die Inbezugnahme beim Amt geführter Konzernakten der Annahme der Vollständigkeit der Anmeldung nicht entgegen. In den sogenannten Konzernakten finden sich regelmäßig aktualisierte Angaben zum Tätigkeitsfeld und dem Beteiligungsbereich von Gesellschaften, die häufig Zusammenschlußbeteiligte sind. Sie werden losgelöst von konkreten Zusammenschlußvorhaben geführt.

Die Merger Task Force zeichnet sich nicht nur durch eine chronische personelle Unterbesetzung aus. Des weiteren ist kennzeichnend eine hohe Personalfloktuation, die sogar im laufenden Verfahren zu Neubesetzungen des Case Teams führen kann. Überwiegend ist darüber hinaus festzustellen, daß im Fall gewonnene Erfahrungen über bestimmte Branchen, Produkte, Dienstleistungen oder andere Abläufe im nächsten Fall wegen der erwähnten Personalprobleme nicht genutzt werden können – etwa über möglichst entsprechende personelle Besetzungen des neuen Teams. Große Bedeutung bei der Zusammensetzung der Case Teams kommt der Frage zu, ob der Case Handler die Verfahrenssprache beherrscht. Das Ineinander greifen von Personalmangel und Sprachenproblem führt gelegentlich zu der kurio-

sen Situation, daß z. B. Besprechungen mit der Kommission über Vorhaben mit ausschließlich deutschen Beteiligten in englischer oder französischer Sprache geführt werden müssen, weil ansonsten behördlicherseits eine Fallbearbeitung erschwert ist.

Gelegentlich entsteht in Brüssel sogar der Eindruck, daß die sehr hohen Anforderungen des Formblatts CO notfalls genutzt werden, über das Instrument der Erklärung der Unvollständigkeit der Anmeldung Personal- und Fristnotstände zu beheben. Zum Teil kann hier ein Zahlendreher in der Angabe der Faxnummer eines Verbandes Unvollständigkeit bedeuten. Kennzeichnend ist die – natürlich inoffizielle – Bemerkung eines Mitarbeiters der Merger Task Force, daß es in der Praxis wegen der hohen Anforderungen des Formblatts CO überhaupt keine vollständigen Zusammenschlußanmeldungen gäbe, sondern nur unvollständige, die in zwei Kategorien zerfielen, nämlich solche, bei denen die Kommission die Unvollständigkeit rüge, und solche, wo eine Rüge nicht erfolge.

Die Beschußabteilungen des Bundeskartellamts haben dagegen genau zugeordnete Branchenzuständigkeiten. Die Berichterstatter arbeiten normalerweise einige Jahre in ein und derselben Abteilung und werden so mit ihrem Zuständigkeitsgebiet vertraut. Die Feststellung von Personalmangel beim Amt drängt sich den Unternehmen nicht auf. Die Amtssprache ist Deutsch. Sie wird von allen Amtsmitarbeitern beherrscht. Vollständigkeit der Anmeldung wird regelmäßig frühzeitig festgestellt. Jedenfalls können Unvollständigkeiten in der Regel ohne Fristunterbrechungen im laufenden Verfahren behoben werden.

Muten die bisher angestellten Vergleiche schon wie eine Schwarz-Weiß-Malerei an, erscheint mir vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Bundeskartellamt aber folgendes als besonders problematisch:

Wir sind es aus den Verfahren vor dem Bundeskartellamt gewohnt, mit der zuständigen Beschußabteilung oder dem Berichterstatter auf hohem Niveau in Rede und Gegenrede auch in der Sache Meinungsverschiedenheiten austragen zu können. Dabei treffen wir meistens gesprächsbereite Beamte an, die durchaus offen rechtliches Gehör ermöglichen und Bereitschaft zeigen, sich von den besseren Argumenten überzeugen zu lassen. Jedenfalls haben die Unternehmen Zugang zu denjenigen Personen, die am Ende des Verfahrens die Sachentscheidung treffen.

Anders ist die Situation in Brüssel. Das Case Team kann zwar Rechtsausführungen der beteiligten Unternehmen nicht verhindern, da jederzeit schriftsätzlich vorgetragen werden kann. Es wird jedoch zum Teil der Eindruck vermittelt, daß der Vortrag zwecklos sei, insbesondere wenn die Kommission irgendwann einmal schon Abweichendes entschieden hat. Jedenfalls ist eine Diskussion mit dem Entscheidungsträger ausgeschlossen. Wie der Vortrag in den zwischen dem Case Handler und dem Entscheidungsträger eingezogenen weiteren Hierarchie-Stufen gefiltert oder interpretiert wird, entzieht sich dem Einfluß und gänzlich auch nur der Beurteilung durch die beteiligten Unternehmen.

All dies, meine Damen und Herren, schwächt das oben vorgetragene Plädoyer für die einheitliche Anwendung einheitlichen europäischen Rechts durch möglichst nur eine supranationale Behörde natürlich zunächst einmal wieder entscheidend ab. Zu den oben aufgestellten Petita muß danach selbstverständlich hinzukommen, daß die beteiligten Unternehmen auch in Brüssel die Verfahrensgrundsätze wiederfinden, die wir in Deutschland aus unserem Umgang mit den hiesigen Kartellbehörden gewohnt sind.

2. Spezielle Aspekte

Lassen Sie mich nun zwei materiellrechtliche Punkte kurz anreißen, die im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle aus Sicht der RWE AG erwähnenswert scheinen:

a) Fusionskontrolle im Energiebereich

Im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung wird die Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt traditionell besonders restriktiv gehandhabt. Dies fand sicherlich seine Begründung darin, daß Energieversorgungsunternehmen bis vor kurzem, nämlich bis zum 29. April 1998, durch die Freistellungsvorschriften in § 103 GWB in der Lage waren, auf örtlich bzw. regional monopolisierten Märkten zu operieren. Praktisch jede Fusion warf danach die Frage nach der Verstärkung einer in praxi immer gegebenen marktbeherrschenden Stellung auf. Ausgelöst durch die 4. GWB-Novelle im Jahre 1980 erlaubte die dort eingeführte gesetzliche Befristung der Laufzeit von Konzessionsverträgen in den letzten Jahren einer Fülle von Städten und Gemeinden die Gründung eigener Stadtwerke bzw. deren Arrondierung. Dies ist der Grund, warum es auch im RWE-Konzern in diesem Zusammenhang zu zahlreichen Fusionsfällen, den sogenannten „Stadtwerke-Fällen“ gekommen ist. Die Städte bzw. Stadtwerke wollten nach Auslaufen der Konzessionsverträge die örtlichen Verteilungsnetze erwerben. Die chronische Finanzknappheit der Kommunen und der Geschäftserhaltungswille der bisherigen Versorger haben dazu geführt, daß der Versorger sein Netz in das Stadtwerk einbrachte und sich daran beteiligte. Das Bundeskartellamt ließ diese Konstellationen in den sogenannten „Insel-Fällen“ passieren, da mangels praktischer Bezugsalternative für das Stadtwerk die Kausalität des Zusammenschlusses für den Abschluß künftiger Lieferverträge mit dem neuen Gesellschafter (und damit einer Verstärkung der Position auf dem entsprechenden Markt) nicht gegeben war.

In der Praxis des Amtes wurden Freigaben auch ohne Insellage im Rahmen des sogenannten „Dortmunder Modells“ möglich, wenn der Vorlieferant und Mitgesellschafter seine Beteiligung auf 20 Jahre befristete. Natürlich war dies aus der Sicht des bisherigen Vorlieferanten eine unbefriedigende Situation: Wegen des Konzessionsvertrages kam er aus einer Marktposition von 100 %, mußte sich mit einer Beteiligungsquote um die 50 % bescheiden und sich dann noch die „Verstär-

kung“ einer marktbeherrschenden Stellung attestieren lassen, wenn er nicht die Befristung der Beteiligung in Kauf nehmen wollte. Auch im RWE-Konzern hat es eine ganze Reihe solcher Befristungsfälle gegeben. Bei einer besonderen Konstellation kam es dann zum Rechtsstreit mit dem Bundeskartellamt, den letztlich der BGH zu Lasten von RWE entschieden hat:

Die Netze in mehreren Gemeinden im Aggertal, das liegt im Bergischen Land – östlich von Köln – wurden in eine GmbH ausgegliedert, an der sich neben einer ganzen Reihe von Gemeinden, in denen RWE Energie Vorlieferant war, die GEW in Köln und RWE Energie beteiligten. Der Beteiligungsanteil von RWE Energie betrug ca. 39 %. In diesem unter dem Stichwort „Aggerstrom“ bekanntgewordenen Fall war es für RWE nicht zu rechtfertigen, bei einer Beteiligung von nur 39 % auch noch eine Befristung dieser Beteiligung hinzunehmen. Das Bundeskartellamt sah dies anders und untersagte das Beteiligungsvorhaben. Das Kammergericht hob diese Entscheidung mit der Begründung wieder auf, eine Prognosezeit von 20 Jahren – dann erst lief der neue Stromliefervertrag aus – sei zu lang, als daß man für jenen Zeitpunkt noch mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten könne. Dabei stützte sich das Kammergericht vor allem auf die damals bereits absehbare (geplante) Liberalisierung des Stromgeschäfts aufgrund der EG-Strom-Richtlinie. Der BGH hat dagegen in der Rechtsbeschwerdeinstanz das Kartellamt bestätigt und sah die Erwartung begründet, daß RWE Energie den nächsten Stromliefervertrag – wohlgernekt in 20 Jahren! – erhalten werde. Dies verstärke schon heute die Marktstellung von RWE Energie auf dem Vorlieferantenmarkt.

Die Entscheidung des BGH hat – ebenso wie die im Parallelfall „Garbsen“ aus dem VEBA-Konzern – schon wegen der starken Überbewertung der RWE Energie zu Gebote stehenden gesellschaftsvertraglichen Mittel und der unterbliebenen Berücksichtigung eines kommunalen Letztentscheidungsrechts in der Branche heftiges Kopfschütteln ausgelöst. Den wichtigsten Aspekt weist die Entscheidung aus meinem Blickwinkel jedoch insofern auf, als der BGH es – anders als das Kammergericht – abgelehnt hat, das immerhin zum Zeitpunkt der Entscheidung kurz vor der Verabschiedung stehende neue Energiewirtschaftsgesetz zu berücksichtigen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes am 29. April 1998 hat sich durch den Wegfall der Freistellung für Demarkationsverträge und für ausschließliche Konzessionsverträge der Zuschnitt des relevanten Marktes entscheidend geändert.

Das Stromgeschäft ist heute von Wettbewerb geprägt. Ein Energieversorgungsunternehmen hat kein geschlossenes Versorgungsgebiet mehr, in dem es vor dem spartengleichen Wettbewerb geschützt ist. Das Eigentum an den Netzen sichert wegen der inzwischen funktionierenden Durchleitung (§ 6 Energiewirtschaftsgesetz) auch keineswegs mehr den Stromversorgungs-Markt, sondern nur ein kostenorientiertes Durchleitungsentgelt. Der Energiemarkt muß also in einen „Netz- oder Durchleitungsmarkt“ und einen „Stromversorgungs-Markt“ differenziert werden. So wenig der Netzbetreiber in der Regel auf dem Stromversorgungs-Markt marktmächtig sein wird, wird dies für den Versorger auf dem Netzmarkt der Fall sein.

Der Beschuß des BGH, diese greifbare, vom Gesetzgeber gewollte, auf der EU-Ebene initiierte und schon 1997 sicher zu erwartende Liberalisierung in der Agger-tal-Entscheidung nicht in Rechnung zu stellen, sollte für das Bundeskartellamt nicht als Ermutigung dahingehend verstanden werden, die traditionell sehr restriktiv angewandte Fusionskontrolle im Bereich der Energiewirtschaft so restriktiv wie gewohnt weiter zu handhaben. Die Energierechtsreform verlangt hier ein Umdenken. Der relevante Sachverhalt hat sich grundlegend gewandelt. Deutschland ist Teil eines übergreifenden europäischen Strommarktes, auf dem Anbieter aus Skandinavien, den Niederlanden und Frankreich tätig sind oder demnächst auch aus Osteuropa sein werden. Darüber hinaus wird der internationale Stromhandel deutlich an Bedeutung gewinnen. Dies wird durch das Entstehen von Strombörsen und Stromhandelsgesellschaften nachdrücklich gefördert.

Es ist offenkundig, daß eine enge kartellrechtliche Handhabung in einem geöffneten Wettbewerbsmarkt nicht mehr sachgerecht ist. Bei europaweitem Wettbewerb – und dieses Konzept verfolgt die Binnenmarktrichtlinie – ist es unangemessen, das Gebiet einzelner Städte als relevanten Markt zu definieren und praktisch eine Herausbildung wettbewerbsfähiger Betriebsgrößen im EVU-Markt nicht zuzulassen.

Es ist undenkbar, daß die Stadtwerke Kehl den Wettbewerb gegen die EdF aufnehmen. Die Konsequenz der engen fusionskontrollrechtlichen Handhabung war die Herausbildung zahlreicher Stadtwerke etwa ab Ende der 80er Jahre. Jetzt ist eine Gegenbewegung zu beobachten, weil die ersten Stadtwerke bereits die Auswirkungen des Wettbewerbs spüren und „anlehnungsbedürftig“ sind. Wenigstens im geöffneten Wettbewerb muß jetzt das Kartellrecht zur Kenntnis nehmen, daß der Energiemarkt ein europäischer Markt geworden ist.

*b) Keine Behinderung von Privatisierungsprozessen
durch Bildung gemischt-wirtschaftlicher Gemeinschaftsunternehmen*

Ein weiteres erwähnenswertes Thema der deutschen Fusionskontrolle, das materiellrechtliche Bedeutung hat, sind die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen oder – neudeutsch – die „Public Private Partnerships“. In vielen Bereichen der deutschen Wirtschaft ist die Privatisierung bislang noch von der öffentlichen Hand wahrgenommener Aktivitäten zwar angestoßen, aber noch nicht weit genug fortgeschritten. Es geht mir bei dem Stichwort „Privatisierung“ nicht um Versuche der öffentlichen Hand, durch Erbringung eigener Leistungen in Bereiche vorzustoßen, die bislang der Privatwirtschaft vorbehalten waren. Hier gibt es besonders beliebte Gebiete, wie die Erbringung von Krankentransportleistungen, den Bereich der Baustatik, die Erbringung von Dienstleistungen im gärtnerischen Bereich und vieles andere mehr. Wie weit die öffentliche Hand ihr Verständnis von Privatisierung in diesen Bereichen umsetzen darf, ist schon lange Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen mit der Privatwirtschaft und hat erst jüngst mit der sogenannten „Gelsengrün“-Entscheidung des OLG Hamm einen erneuten Höhepunkt erlebt, der

voraussichtlich sogar zu Änderungen jedenfalls der Nordrhein-Westfälischen Gemeindeordnung führen wird.

Public Private Partnerships sind demgegenüber eine Erscheinungsform, die nicht in Auseinandersetzung des privaten gegen den öffentlichen Bereich, sondern in gegenseitig erwünschtem Zusammenwirken gesucht wird. Ausgangspunkt ist regelmäßig die Erkenntnis der öffentlichen Hand, im Vergleich zur Privatwirtschaft nicht so nachhaltig, flexibel und technologisch hochstehend den sich gegenwärtig und zukünftig stellenden Aufgaben gerecht werden zu können; gleichzeitig stehen einem vollständigen Ausstieg aus dem betroffenen Bereich oftmals politische, jedenfalls personalpolitische Gründe entgegen. Dies führt regelmäßig zu Partnerschaften mit der Privatwirtschaft in Form von Gemeinschaftsunternehmen, die sehr oft der präventiven fusionskontrollrechtlichen, aber auch stets der kartellrechtlichen Überprüfung durch das Bundeskartellamt nach § 1 GWB unterliegen.

Lassen Sie mich die darin liegenden Problematiken kurz am Beispiel des Entsorgungsbereichs verdeutlichen: Die technologische Rückschrittlichkeit, die gesetzlich angelegte grundsätzliche Beschränkung der Gebietskörperschaften auf ihre Gebiete und die angespannten finanziellen Verhältnisse der öffentlichen Hände, die den anstehenden Investitions- und Sanierungsaufgaben in keiner Weise gerecht werden können, haben in den letzten Jahren immer wieder zur Gründung von gemischtwirtschaftlichen Gemeinschaftsunternehmen mit privaten Entsorgern geführt. Prominente Beispiele sind hier Tätigkeiten unter dem Dualen System, die Restmüllverbrennung, Deponien oder die Abwasseraufbereitung und -entsorgung.

Das Bundeskartellamt stand in den einschlägigen Genehmigungsverfahren immer wieder in der Versuchung, diesen notwendigen und grundsätzlich unter wettbewerblichen Gesichtspunkten zu begrüßenden Privatisierungsprozeß zu behindern. Dabei war signifikant, daß zunächst die Tatsache der nur teilweisen Privatisierung dem Gesamt vorgang den Vorwurf einbrachte, daß es sich in Wahrheit um eine Rekommunalisierung handele. Später traten andere Erwägungen hinzu: Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung einiger privater Unternehmen privilegiere diese gegenüber privaten Konkurrenten, die am Gemeinschaftsunternehmen nicht beteiligt seien. Erstere verschafften sich über ihre Gesellschafterstellung durch die bessere Vorinformation oder das Recht zur Mitbearbeitung von Leistungsverzeichnissen in allfälligen Ausschreibungsverfahren tendenziell Vorsprünge. Teilweise verschafften sie sich das Recht, Ausschreibungen über das Gemeinschaftsunternehmen selbst zu veranstalten, sich aber gleichzeitig um die ausgeschriebenen Aufträge zu bewerben. Es wurde befürchtet, daß der hier üblicherweise gegebene Wettbewerb über sich in bestimmten Abständen wiederholende, jedem Bewerber dieselben Chancen bietende Ausschreibungsverfahren abgelöst würde von einer für alle Zeiten gesellschaftsrechtlich festgeschriebenen Konstellation von Dienstleistern, die auf diese Weise den Markt bereinigen würden.

Die hier tätigen privaten Unternehmen unter Einschluß der RWE AG haben mittlerweile Modelle entwickelt, durch die die geäußerten Befürchtungen weitest-

gehend beseitigt wurden. Angefangen von teilweise europaweiten Ausschreibungen der zu vergebenen Mitgesellschafterstellung, über Heimfallklauseln für bestimmte eingebrauchte oder erstellte Entsorgungs- oder Behandlungseinrichtungen, über Laufzeitbegrenzungen für das Gemeinschaftsunternehmen, über Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Informationsrechts bis hin zum Verbleib des Ausschreibungsrechts bei der Gebietskörperschaft außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens sind alle denkbaren Vorsorgemaßnahmen ergriffen worden, Wettbewerbern in dem betroffenen Bereich dieselben Chancen offen zu halten, unabhängig davon, ob sie Mitgesellschafter sind oder nicht.

Die betroffenen privatwirtschaftlichen Unternehmen sind der Ansicht, daß die heute praktizierten Modelle der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen den Wettbewerb hinreichend offen halten. Vor diesem Hintergrund sind aus unserer Sicht grundsätzlich zu begrüßende Privatisierungsprozesse durch Bildung von Public Private Partnerships schlechterdings nicht mehr mit kartell- oder fusionsrechtlichen Begründungen aufzuhalten oder übermäßig zu beschränken.

c) Absage an eine undifferenziert angewandte Ressourcen-Theorie

Eine dritte und letzte materiellrechtliche Bemerkung gestatten Sie mir zum Thema Ressourcen-Theorie. Ich darf in Erinnerung rufen, daß in dem bekannten Verfahren Hochtief / Philipp Holzmann das Bundeskartellamt bemüht war, den Versuch der Hochtief AG zu unterbinden, ihre unter 25 % liegende Minderheitsbeteiligung an Philipp Holzmann auf eine diese Marke übersteigende Beteiligung von 35 % aufzustocken. Eine wesentliche Säule der Untersagungsverfügung des Amtes war das Argument, nach Vollzug des Vorhabens hätten der Philipp Holzmann AG die gesamten Ressourcen der RWE AG als Muttergesellschaft der Hochtief AG zur Verfügung gestanden; dies sollte das Entstehen von Marktbeherrschung erwarten lassen.

Die in diesem Zusammenhang bemühte Ressourcen-Theorie ist kein neues Gedankengut, sondern seit vielen Jahrzehnten bekannt und in vielen Entscheidungen unter den Fusionskontrollordnungen in der ganzen Welt wiederzufinden. Besonders erwähnenswert ist das Bernühen der Zurechnung der „deep pockets“ der Muttergesellschaft durch das Bundeskartellamt aus unserer Sicht aber dennoch, da das Amt in dem genannten Fall versucht hat, die Ressourcen-Theorie im Wege einer Art unwiderleglicher Vermutung anzuwenden und das auch noch in doppelter Hinsicht:

Das Vorhandensein von Ressourcen wurde aus den Positionen „Umsatz“ und „liquide Mittel“ ohne weiteres Hinterfragen der Verfügbarkeit abgeleitet. Darüber hinaus war man nicht bereit, in eine ernsthafte Diskussion über die Themen der Einsatzbereitschaft, Einsatzwahrscheinlichkeit und Verwendungsmöglichkeit im konkreten Fall einzutreten. Entscheidend war für das Amt die unbewiesene Behauptung, daß der Markt, insbesondere die Wettbewerber, sich faktisch abge-

schreckt fühlen würden, ernsthaften Wettbewerb gegen die neue Formation zu entfalten.

Ich brauche die Konsequenz einer solchen Einstellung zu Ressourcen nicht zu vertiefen, denn es liegt auf der Hand, daß die Kartellbehörde mit dieser neu interpretierten Ressourcen-Theorie ein Instrument geschaffen hätte, jedes auch noch so unbedeutende Zusammenschlußvorhaben eines Großunternehmens beliebig zu torpedieren, wann immer das Vorhaben unerwünscht ist.

Das Kammergericht hat in der Beschwerdeentscheidung die Gelegenheit genutzt, das Bundeskartellamt hier in seine Schranken zu weisen. Es ist nicht nur in jedem Einzelfall zu prüfen, ob überhaupt Ressourcen vorhanden und verfügbar sind. Vielmehr ist auch die Einsatzbereitschaft und Einsatzwahrscheinlichkeit zu untersuchen und darüber hinaus, ob diese Ressourcen in den betroffenen Märkten überhaupt einsetzbar sind und ob vom Wettbewerb realistischerweise Schreckreaktionen zu erwarten sind. Das Kammergericht ist in dem betroffenen Fall zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß der Ressourcen-Hintergrund der RWE AG der Erwartung wesentlichen Wettbewerbs auch nach dem Zusammenschluß nicht entgegenstand. Der Kammergerichtsentscheidung in Sachen Hochtief/Philipp Holzmann ist aus Sicht von RWE in diesem Sinne große Bedeutung zuzumessen.

III. Schlußbemerkung

Damit bin ich am Schluß meiner Bemerkungen. Ihnen, meine Damen und Herren, danke ich für Ihre Geduld, Herrn Prof. Oberender für die Gelegenheit, einige Sorgen, Kritik und Bemerkungen aus Sicht eines Großunternehmens anbringen zu dürfen. Ein Resümee meiner Ausführungen könnte lauten, daß es der Wunsch der RWE AG und sicher auch vieler anderer Großunternehmen ist, den notwendigen Internationalisierungsprozeß im Rahmen der Schaffung des Gemeinsamen Marktes begleitet zu sehen durch ein einheitliches Regelwerk, das möglichst effizient und einheitlich durch möglichst wenige Behörden angewandt wird. Nur so kann der Europäisierung bzw. Globalisierung der Märkte und der damit einhergehenden Relativierung des Stellenwerts der Großunternehmen Rechnung getragen werden. Es wäre darüber hinaus wünschenswert, wenn sich dabei auch die von deutschen Unternehmen gewohnten Verfahrensgrundsätze wiederfinden ließen. Vielen Dank.

4*

The Role of the Merger Task Force

Von *Brian F. Cahill*, Greenford (UK)

There are so many aspects of the bureaucracy and policy of the European Commission that frustrate and irritate many companies and that is certainly true in respect of the pharmaceutical industry. The pharmaceutical industry considers itselfs to be one of the most regulated industries in the world, by reference to its research and development of medicines. Beyond that sort of regulation there are also the policies of various Directorate Generals, in particular DG III and DG IV who have as a central objective the creation of a single market, notwithstanding the complete absence of a single or a free market in respect of the pricing and sale of medicines.

However, one area where the Commission, and therefore DG IV, should be applauded – in my view – is the creation and operation of the Merger Task Force.

For a multi-national company such as Glaxo in 1995 the challenge of acquiring Wellcome, i.e. a hostile take-over rather than an agreed merger was always going to be difficult and would have to be on a fairly tight timescale if we were not to lose the target company to another predator, or more likely simply have to pay more for Wellcome because another predator company would have intervened and raised the bidding – Glaxo paid pounds 9.1 billion for Wellcome.

We found the intervention of the Merger Task Force in reviewing the acquisition of Wellcome did not materially interfere in our commercial transaction. In contrast, the real risk of interference and frustration of the transaction actually came from the USA.

Glaxo acquired Wellcome under the original Regulation 4069 / 89 in which the initial notification period was one month from the date of Notification and the thresholds were world-wide turnover of all undertakings exceeds 5 billion ECU and the Community aggregate of the two undertakings exceeded 250 million ECU.

Clearly Glaxo had to notify as the combined worldwide turnover was pound 7.5 billion (DM 22 billion) and Europe was pound 2.6 billion (DM 7.5 billion).

It was Glaxo's objective to persuade the Merger Task Force in the first phase of one month of the merits of the acquisition and to agree whatever undertakings had to be given prior to the expiry of that first phase. It was not in our interest to allow the matter to go to the phase 2 – when the Commission would have the leisure of

four month to review the transaction – because under the UK Take-over Rules the Glaxo bid for Wellcome would have had to lapse and could not have been renewed until 21 days after the MTF's approval.

We were therefore under some pressure to present our case as completely as possible to the Merger Task Force on Day 1 of our announcement of our bid for Wellcome and notification to the MTF. By the same token, that put pressure upon the Merger Task Force to consider that data and to come to a conclusion fairly quickly as to whether they would go to phase 2, knowing that a consequence of going to phase 2 might well be to interfere materially in the ordinary process of the acquisition because our bid would be required to lapse. The MTF seemed sensitive to that risk and acknowledged that they did not want to be responsible for the bid lapsing if at all possible. There was therefore pressure on both sides.

Despite the pressure the clear benefit of Glaxo dealing with the MTF in this way was that at least we knew we were dealing with only one agency in the context of Europe and not a diverse number of Member State Competition Authorities with different priorities and timelines. With this one stop posititon, we were therefore able to focus our energies, arguments and, at the end of day, undertakings fairly easily – we undertook to dispose of one particular compound in late development, i. e. it had not come to market yet but had a very real probability of being a successful medicine. This was a small price to pay to allow the acquisition to go ahead and to avoid the suspension of our bid for Wellcome. Today, of course, under Regulation 1310/97 the Merger Task Force has a little more flexibility at the first stage – being able to extend it from one month to six weeks, which I am sure gives the parties more time to resolve issues and undertakings, but a “hostile” bid or take-over will always put more pressure on the parties and regulator than an agreed merger.

The speed with which the MTF felt obliged to consider our application, is in contrast to the approach of the Federal Trade Commission in the United States. While, the Merger Task Force encouraged us to provide focussed answers and information to assist them in understanding what were the key aspects of the merger in the context of competition law, the Federal Trade Commission's approach seems to be not dissimilar to the litigation discovery process in the United States, i. e. seeking information about everything and then slowly comb through that information. It was a far more difficult task to persuade the FTC to focus upon key elements of the merger.

Before dealing in a little more detail about the undertakings we had to give the MTF (and FTC), I would comment here that the way the MTF and the FTC dealt with our notifications in 1995 represented a trend which we had seen developing in MTF/FTC reviews of mergers and has continued rapidly since then respect of the many subsequent acquisitions and mergers in the pharmaceutical industry.

Traditionally one would expect the MTF to review market shares, potential dominance, elimination of competition, etc., in established markets. However we

found them (and we had anticipated this) as interested in future markets and medicinal compounds in very early development. Since our merger the trend has continued and we have seen the MTF, and in the U.S. the FTC, also focussing on new technologies which we use to discover medicinal products or understand disease mechanisms.

Turning to consider in a little more detail what the MTF required of us and how they reviewed the market share date. I would again compliment the MTF on focussing quickly on what they and we would agree was the key area. This was the therapeutic areas of treating migraine.

In the case of migraine, Glaxo was the market leader having launched a new type of compound – 5HT – the first innovative treatment for migraine in 30 years. It was an expensive product and held 50% plus market share by value in a number of Member States – some of you may recall that DG IV had been investigating whether Glaxo's pricing of Imigran was excessive, following a complaint from the Danish Government. So the product had a high profile.

Glaxo also had a follow-on similar compound, Naraming, in late development and by coincidence Wellcome had another 5HAT compound almost at the same stage of development as Glaxo.

Both the Merger Task Force and the Federal Trade Commission concluded that we had the makings of a dominant position in the migraine medicine market place. The understandable proposition therefore was that the competition between the Wellcome product and Glaxo's products would be eliminated by this acquisition and therefore the Wellcome product, even though it was still at the development stage, should be disposed of and put into the hands of a major competitor who could bring effective competition into the marketplace.

Again, the Federal Trade Commission were far more aggressive than the Merger Task Force, insisting the disposal of the compound should be world-wide, even though their jurisdiction was only the United States and they imposed some heavy default provisions which forced us to sell the product within quite a tight timescale and probably results in us not being able to maximise our return.

The FTC's requirement was that if we failed to sell the Wellcome compound to a satisfactory major competitor, Glaxo would have to allow a Trustee to sell Imigran world-wide – “the Crown Jewel” condition. The Wellcome compound was in fact transferred to another major company which has launched that medicine as a migraine products and others in the marketplace.

Today, however mergers in our industry are finding that both these Regulators expect us to have identified the purchaser and sketched out the principles of the disposal agreement before the Regulator will consent to the merger or acquisition taking place. This puts even more pressure upon us, but it does mean one has to plan ones acquisitions more carefully and look for “partners” to acquire those parts of the business that you believe you are going to be required to dispose of to main-

tain competition in the marketplace. The upside is that you do get all those things arranged at the outset before the merger actually takes place and therefore one is not distracted by these issues when you want to then integrate the two different businesses.

In conclusion therefore, we found in the MTF a one-stop Regulator who appeared to focus objectively on competition principles rather than political or national factors.

MTF experience has grown since 1995. They may not be as accommodating today when they find themselves under so much pressure, e. g. we were very lucky that the MTF found our notification compliant almost from the outset. Today I understand that they may be somewhat stricter in this respect – demanding far more data and detail before “starting the clock”. To avoid this type of delay we also find ourselves being advised by our external lawyers to “pre-notify”. Whatever the correct approach to timing on notifying the MTF, early preparation of the Form C.O. and anticipating if not volunteering, the analysis of what undertaking (if any) need to be given, is now ever more important than a few years ago when Glaxo acquired Wellcome.

Die EG-Fusionskontrolle aus der Sicht der Industrie

Von *Jörg Schütz*, Stuttgart

Ich bin als Praktiker in Ihren Kreis geladen worden, und das begründet für mich zwei Erwartungshaltungen: Einmal, daß ich möglichst aufgrund eigener Erfahrungen berichte, und zum anderen, daß ich wettbewerbstheoretische oder -politische Grundpositionen mit den Erfahrungen des Praktikers vergleiche. Dies ist in gewisser Weise ein Gegenpart zu dem einleitenden Grundsatzreferat von *Ingo Schmidt*. Das habe ich leider nicht hören können, aber Ingo Schmidt hat mir freundlicherweise sein Manuskript zur Verfügung gestellt. Ich bin mit seinen Ausführungen weitgehend einig, allerdings nicht im zentralen Punkt, dem ordnungspolitischen Ansatz der EG-Fusionskontrolle. Ich werde deshalb versuchen, diesem Punkt besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Ich freue mich auf die Diskussion.

1. Wie vieles, läßt sich auch die EG-Fusionskontrolle am besten beurteilen, wenn man sie mit einer anderen Rechtsordnung vergleicht, und dafür bietet sich aus der Sicht eines deutschen Unternehmens natürlich die deutsche Fusionskontrolle an. Dies um so mehr, als ja seit dem 01. 01. 1999 ein stark überarbeitetes GWB in Kraft ist, so daß die deutsche Gesetzgebung aus der Sicht des deutschen Gesetzgebers sozusagen auf dem modernsten Stand ist.

Allerdings war die 6. GWB-Novelle aus der Sicht der Industrie eine herbe Enttäuschung. Die deutsche Industrie hatte bekanntlich – insbesondere entgegen der Monopolkommission¹ – auf möglichst weitgehende Harmonisierung des deutschen Kartellrechts mit dem europäischen gedrängt. Sie fühlte sich darin zunächst auch durch Äußerungen der Bundesregierung² ermutigt, mußte dann allerdings erleben, wie dieser Harmonisierungsansatz mehr und mehr in den Hintergrund trat zugunsten einer „Stärkung des Wettbewerbsprinzips“. Dieser Paradigmenwechsel im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wirkte sich insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle aus, weil dort die Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen am größten sind und die Diskrepanz am deutlichsten sichtbar wird³. Die 6. GWB-Novelle hat letztlich Harmonisierung so verstanden – und das ist auch in der

¹ Insbesondere Kapitel VI des 11. Hauptgutachtens; vgl. auch *Möschel*, EWS 1995, 249 und EuZW 1995, 817.

² Bericht der Bundesregierung zur Zukunftssicherung des Standorts Deutschland BT-DS 12/5620 S. 13; Jahreswirtschaftsbericht 1995 BT-DS 13/1660 TZ 42; Schreiben des BMWi an die Spitzenverbände der Wirtschaft vom 08. 02. 1995.

³ Näher *Schütz*, WuW 1996, 689, 692 ff.

Regierungsbegründung nachzulesen⁴ – daß das deutsche Recht das EG-Recht dort übernimmt oder sich ihm angleicht, wo das EG-Recht stringenter ist. Das bedeutet naturgemäß, daß das deutsche Recht im Vergleich zum EG-Recht insgesamt stringenter wird, da sich das EG-Recht ja nicht verändert, und damit die Kluft zwischen dem deutschen und dem EG-Recht größer wird. Ich habe große Zweifel, ob die damit aufrechterhaltene und sogar noch ausgebauta Insellösung des deutschen Rechts tatsächlich das Wettbewerbsprinzip stärkt. Die 6. GWB-Novelle ist in Wahrheit eine Deharmonisierungsnovelle geworden. Ich erwähne nur am Rande, daß das vor allem den Mittelstand trifft⁵, was die Politik anscheinend nicht wahrgenommen hat.

2. Nun kann man dies natürlich ganz unterschiedlich beurteilen. Hinter den gegensätzlichen Positionen steht letztlich die Frage, ob man sich für das – nach eigenem Verständnis – „bessere Recht“⁶, für das „effizienteste Rechtssystem“⁷ und für einen „Wettbewerb der Systeme“ einsetzt oder aber für die Gleichheit oder mindestens Harmonisierung der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen in einem immerhin Binnenmarkt. Es wird Sie nicht überraschen, daß aus der Sicht der Wirtschaft die Gleichheit der Rahmenbedingungen im Vordergrund steht. Unternehmen erleben den Wettbewerb täglich und fühlen sich fast durch nichts mehr betroffen als durch konkrete Wettbewerbsungleichheiten, während die abstrakten ordnungs-politischen Überlegungen für ein Unternehmen eher in den Hintergrund treten. Aus Sicht der Industrie wäre es daher auch eine – allerdings theoretische – Lösung, wenn das EG-Recht und die übrigen nationalen Rechte in der Gemeinschaft sich an das deutsche angleichen.

Das gilt im Grundsatz sicherlich für viele, wenn nicht für alle Bereiche wirtschaftlicher Betätigung und die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen. Abgesehen davon, daß wir im Binnenmarkt im Bereich des Wirtschaftsrechts inzwischen einen Harmonisierungsgrad erreicht haben, der vielen vielleicht noch nicht bewußt geworden ist – ich denke hier insbesondere an den Gewerblichen Rechtsschutz –, muß man sicherlich unterscheiden. Es gibt Materien, bei denen der nationale Gesetzgeber nichts oder wenig zur Angleichung tun kann; man denke etwa an den Sozialbereich. Im Bereich des Kartellrechts hätte der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, einseitig Harmonisierung durch Angleichung an das europäische Recht zu schaffen. Das Kartellrecht nimmt ja insofern eine Sonderposition ein, als es hier eine unmittelbar geltende EG-Rechtsordnung gibt, an der man sich orientieren kann. Man muß darüber hinaus die einzelnen Rechtsmaterien sicherlich auch beurteilen nach ihrer Bedeutung für die Integration der Gemeinschaft; daß zum Beispiel das allgemeine Zivilrecht in den Mitgliedstaaten noch große Unterschiede aufweist, ist sicherlich ein weit geringeres Integrationshemmnis.

⁴ BT-DS 13/9720 S. 30.

⁵ Lieberknecht, FIW-Schriftenreihe Heft 171 S. 11, 24 ff.

⁶ Möschel, AG 1998, 561, 563.

⁷ Monopolkommission, 11. Hauptgutachten TZ 913.

Der bereits angesprochene „Wettbewerb der Systeme“⁸ hört sich an sich gut an und scheint auch gut in das Subsidiaritätszeitalter zu passen. Bei näherem Hinsehen hinkt diese Überlegung aber gewaltig. Diesen Wettbewerb gibt es nämlich allenfalls auf Ebene der Volkswirtschaften, während die Unternehmen einen solchen vermeintlichen Wettbewerb infolge des strikten Marktbezugs jeder Kartellrechtsordnung und des Auswirkungsprinzips gar nicht nutzen können. Außerhalb der Fusionskontrolle findet ein Systemwettbewerb im Kartellrecht innerhalb der EU auch deswegen nicht statt, weil das EG-Recht und die nationale Rechtsordnung grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind, soweit nicht der Vorrang des Gemeinschaftsrechts⁹ greift. „Wettbewerb der Systeme“ bedeutet daher für die Wirtschaft eine leere Hülse und jedenfalls das Gegenteil von Harmonisierung.

3. Wenn man aber schon die Frage nach dem „besseren Recht“ stellt, ist auch diese Frage aus der Sicht der Wirtschaft ziemlich eindeutig zu beantworten. Aus Sicht der Wirtschaft kann die EG-Fusionskontrolle im Vergleich mit der deutschen als das modernere und wirklichkeitsnähere Instrument bezeichnet werden. Sie ist vorurteilsfreier und weniger mit dogmatischen Vorbehalten belastet. Das wirkt sich in der Praxis durchaus aus. Ich habe selbst an EG-Fusionskontrollverfahren mit positivem Ausgang mitgewirkt, die in Deutschland zu Untersagungsentscheidungen geführt hätten¹⁰.

Ich möchte diese Erfahrungen zum Anlaß nehmen, auch in diesem Kreis dafür zu werben, daß man in der ordnungspolitischen und wissenschaftlichen Diskussion diese Unterschiede jedenfalls zur Kenntnis nimmt und nicht versucht, sie klein zu reden¹¹. Bei politischen Instanzen einschließlich des Bundeskartellamts erklärt sich diese Haltung sicherlich auch aus der Interessenlage, gerade weil Beamte des BMWi und des Bundeskartellamts sehr wohl um die bestehenden Unterschiede wissen. In der wissenschaftlichen Diskussion überschreitet es – und Sie sehen mir bitte den harschen Ausdruck nach – beinahe die Grenze der Redlichkeit, wenn man den Sachverhalt nicht aufnimmt oder sich jedenfalls darum bemüht. Welche Schlußfolgerungen man daraus ordnungspolitisch zieht, ist selbstverständlich eine ganz andere Frage und jedermann zur eigenen Meinungsbildung überlassen. Mir ist es im Sinne einer Diskussionskultur allemal lieber, mein Gegenüber sagt: Ja-wohl, da gibt es den und den Unterschied, und den halte ich auch für richtig, weil ... Allerdings kann man eines auch unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten wohl nicht tun: einerseits die Unterschiede negieren und auf der anderen Seite die europäische Praxis heftig kritisieren.

⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 27 „Systemwettbewerb“; Janitzki, WuW 1989, 193, 202 und FIW-Schriftenreihe Heft 158 S. 63, 72; kritisch dazu auch Dreher, AG 1993, 437, 438 f. und JZ 1999 105, 108 ff.

⁹ EuGH AS 1969, 1,14 „Walt Wilhelm“, ständige Rechtsprechung.

¹⁰ Vgl. Schütz, WuW 1996, 689, 692 mit Fußnote 22.

¹¹ *Monopolkommission*, 11. Hauptgutachten TZ 921; Karte, Festschrift Pfeiffer S. 531; Groger/Janitzki, WuW 1992, 991.

Die Ungleichheiten im Recht und in der Praxis verleihen auch der Frage der Zuständigkeit eine ganz unangemessene Bedeutung. Nur so ist überhaupt das allerdings stark überschätzte Phänomen des „forum shopping“ zu erklären, ein Phänomen im übrigen, das es auch auf Seiten des Bundeskartellamts bei der Auswahl der anzuwendenden Rechtsordnung gibt. Ich erwähne in diesem Zusammenhang nur der Vollständigkeit halber noch die ganz unterschiedliche Einstellung der nationalen Regierungen zu Art. 223 EGV.

Ich muß jetzt mein vergleichendes Werturteil natürlich zu belegen versuchen. Schon aus Zeitgründen greife ich nur die wichtigsten Punkte heraus:

a) Es beginnt schon damit, daß die EG-Fusionskontrolle neben der Fusion im technischen Sinn nur den alleinigen oder gemeinsamen Kontrollerwerb erfaßt. Bei diesen Tatbeständen ist sichergestellt, daß durch den Zusammenschluß eine neue wettbewerbliche (wirtschaftliche) Einheit entsteht, die allein es rechtfertigt, die Unternehmen insgesamt am Marktbeherrschungskriterium zu messen¹². Ich brauche in diesem Kreis nicht darzulegen, wieweit die deutsche Fusionskontrolle ihre Tatbestände ins Vorfeld verlagert. Die 6. GWB-Novelle hat insofern noch eins draufgesetzt, als nun auch der Auffangtatbestand der „sonstigen Verbindung“ mit einem Vollzugsverbot belegt ist, was sich der Gesetzgeber bei Einführung dieses Tatbestands nicht getraut hatte¹³. Im EG-Recht bedeutet das übrigens nicht, daß etwa Minderheitsbeteiligungen kontrollfrei bleiben; insbesondere bei Gemeinschaftsunternehmen kann Art. 85 Abs. 1 EGV zum Zuge kommen.

b) In Deutschland hat der BGH uns nunmehr autoritativ bestätigt, daß der räumlich relevante Markt nicht größer sein kann als Deutschland¹⁴. Das ist offensichtlich und zunehmend wider die Wirklichkeit. Insbesondere weltweit tätige Unternehmen stehenverständnislos vor dieser Eingrenzung. Sie ist nicht nur vom Ergebnis her verfehlt, sondern auch rechtlich falsch, was ich hier nicht näher ausführen kann¹⁵.

Demgegenüber akzeptiert die EG-Fusionskontrollpraxis jede räumliche Markt-abgrenzung, wie sie den wirtschaftlichen Sachverhalt „vorfindet“¹⁶. Im einzelnen Fall kann man darüber mit der Kommission natürlich sehr streiten – und an solchen Auseinandersetzungen war ich auch beteiligt –, aber nach der Praxis der Kommission ist jede Markt-abgrenzung vom regionalen Markt bis zum Weltmarkt möglich. Solche Weltmärkte gibt es natürlich, z. B. bei Flugzeugen¹⁷.

¹² Auch in der deutschen Rechtspraxis grundsätzlich anerkannt, vgl. u. a. BGH WuW/E BGH 1533, 1537 „Erdgas Schwaben“; 3037, 3041 „Raiffeisen“; DE-R 24, 29 „Stromversorgung Aggertal“.

¹³ Durch die 5. GWB-Novelle 1989; vgl. §§ 23 Abs. 2 Nr. 6, 24 Abs. 1 Satz 2 a.E., Abs. 4 in der bis 31. 12. 1998 geltenden Fassung.

¹⁴ BGH WuW/E BGH 3026, 3029 ff. „Backofenmarkt“.

¹⁵ Dazu Schütz, WuW 1996, 286.

¹⁶ Vgl. XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik TZ 285.

¹⁷ Entscheidungen der Kommission Fall IV/M.237 „DASA/Fokker“ TZ 13, IV/M.877 „Boeing/MDD“ TZ 20, IV/M.1198 „British Aerospace/Saab TZ 24.“

Märkte sind sowohl in sachlicher wie in räumlicher Beziehung wirtschaftliche Sachverhalte, die ein Gesetzgeber nicht „machen“ kann, sondern die er und die Rechtsanwender vorfinden. Aufgabe der Rechtsanwender ist es, Märkte zu erkennen. Dafür kann der Gesetzgeber Kriterien aufstellen, was allerdings weder der europäische noch der GWB-Gesetzgeber getan haben. Weder die VO 4064/89 noch das GWB definieren an irgendeiner Stelle den Markt und geben auch keine Kriterien an, nach denen ein bestimmter Markt festgestellt werden kann und soll. Normativ geschaffene Märkte kann es tatsächlich nicht geben und sollte es folglich auch im Recht nicht geben. Hoheitlich beschränkte Märkte spielen in unserem Kontext praktisch keine Rolle mehr.

c) Der Hauptunterschied zwischen der EG- und der deutschen Fusionskontrolle liegt nach meiner Erfahrung im Marktbeherrschungsbegriff. Das GWB kennt bekanntlich in § 19 Abs. 2 einen doppelten oder, besser gesagt, gespaltenen Marktbeherrschungsbegriff. Die beiden Marktbeherrschungsformen des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs und der überragenden Marktstellung stehen dabei nach dem Willen des Gesetzgebers und gefestigter Rechtsprechung¹⁸ jedenfalls insoweit in einem Alternativverhältnis, als eine überragende Marktstellung auch dann vorliegen kann, wenn unstreitig wesentlicher Wettbewerb besteht. Die Marktbeherrschungsform des fehlenden wesentlichen Wettbewerbs führt daher in der Praxis nur noch ein Schattendasein¹⁹.

Die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung trotz Bestehens wesentlichen Wettbewerbs verlagert die Kontrollschwelle im Vergleich zur EG-Fusionskontrolle weit in das Vorfeld (was vom deutschen Gesetzgeber auch beabsichtigt war). Aus der Sicht von Unternehmensleitungen ist das ein beinahe widernatürliches Konstrukt, das schwer in ordnungspolitisch unverbildete Köpfe hineinzubringen ist. Aufgrund meiner Erfahrungen bin ich mir sicher, daß hier eines der wesentlichen Akzeptanzprobleme der deutschen Fusionskontrolle liegt.

Die Merkmale der überragenden Marktstellung des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB kommen samt und sonders auch in der Marktbeherrschungsdefinition des Art. 2 Abs. 1 VO 4064/89 vor, aber mit dem entscheidenden Unterschied, daß alle strukturellen Merkmale und alle Merkmale des Wettbewerbsverhaltens zusammen gewürdigt werden müssen, so daß es ausgeschlossen erscheint, eine marktbeherrschende Stellung anzunehmen, wenn wesentlicher Wettbewerb festgestellt ist. Auf die Kriterien des Art. 2 Abs. 1 komme ich im Zusammenhang mit dem ordnungspolitischen Ansatz der EG-Fusionskontrolle noch einmal zurück.

d) Schließlich, und das will ich als letzten Punkt nennen, ist die Praxis der EG-Fusionskontrolle deutlich dynamischer als die deutsche. Sie vertraut mehr, wenn

¹⁸ BT-DS 7/765 = WuW 8/1973; ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH WuW/E BGH 3037, 3041 „Raiffeisen“.

¹⁹ Vgl. Checkliste des BkArtA „Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“, FIW Dokumentation Heft 15, S. 15.

auch vielfach nicht ausreichend auf die Marktentwicklung und insbesondere die dynamischen Kräfte der Marktintegration. Demgegenüber betrachtet die deutsche Praxis das Marktgeschehen statisch und geradezu ängstlich. So hat die deutsche Rechtsprechung bekanntlich schon einen Marktanteilszuwachs von unter 1 % als Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichen lassen²⁰. Das ist nach meiner Beobachtung in der EG-Fusionskontrolle undenkbar. Die Kommission winkt bei solchen Sachverhalten ziemlich schnell ab und konzentriert sich auf wettbewerbspolitisch handhaftere Sachverhalte.

4. Ich komme nun zum Kernpunkt, in dem ich mich von Ingo Schmidt deutlich unterscheide, nämlich zum ordnungspolitischen Ansatz.

a) Der EG-Fusionskontrolle wird ja vielfach vorgeworfen, sie sei nicht rein wettbewerblich orientiert, sondern berücksichtige vor allem auch Gesichtspunkte der Industriepolitik, wozu häufig auf Art. 130 EGV verwiesen wird, obwohl dort ausdrücklich gesagt ist, daß dieser Artikel keine Grundlage für irgendeine Maßnahme darstellt, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Diese Kritik wird weiter damit gestützt, daß die Kommission als (politisches) Gremium entscheide (soweit nicht der Wettbewerbskommissar zur Alleinentscheidung habilitiert ist). Auf der anderen Seite erhält die EG-Kommission auch von solchen Seiten in Deutschland durchaus Lob, wo man es danach nicht erwarten würde²¹. Es ist also schon eine etwas merkwürdige Situation.

Ich habe mindestens an einem relativ spektakulären EG-Fusionskontrollverfahren mitgewirkt, in dessen Kontext solche Vorwürfe auch erhoben wurden. Dazu ließe sich im einzelnen viel sagen, wozu hier nicht die Zeit ist. Ich möchte hier nur sagen, daß industrielpolitische Argumente nicht von den beteiligten Unternehmen und nicht von der Kommission vorgebracht wurden. Diese kamen vielmehr von staatlicher deutscher Seite. Ich kann dafür einen ganz unverdächtigen Zeugen²² anführen, der von einer bisher einzigartigen Kontroverse zwischen dem BMWi und dem BKartA berichtet. Das kann ich aus eigenem Erlebnis bestätigen.

Aufgrund meiner Erfahrungen vermag ich die ordnungspolitische Kritik nicht zu teilen. Daß die Kommission vielfach nach anderen wettbewerblichen Maßstäben als in Deutschland entscheidet, wie ich in ein paar wichtigen Punkten darzulegen versucht habe, heißt nicht, daß sie nicht nach wettbewerblichen Gesichtspunkten entscheidet; das darf man nicht verwechseln²³. Der gewiß ebenfalls unver-

²⁰ BGH WuW/E BGH 2731, 2737 „Inlandstochter“.

²¹ U. a. Baron, WuW 1997, 579.

²² Löffler, WuW 1995, 385.

²³ Zum Selbstverständnis der EG-Kommission in der Fusionskontrolle vgl. XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik TZ 45, zu einem Einzelfall auch Pressemitteilung IP/95/128 vom 14. 02. 1995. Zur Problematik aus rechtlicher Sicht vgl. Immenga, WuW 1990, 371; Meessen, Festschrift Gaedertz Seite 417, 422; Dreher, FIW Schriftenreihe Heft 161 Seite 1 sowie AG 1993, 437 und WuW 1998, 656; Löffler, WuW 1995, 385; Baur, FIW-Schriftenreihe Heft 171 S. 3; Möschel, AG 1998, 561.

dächtige Immenga²⁴ spricht von einem eindeutig wettbewerblichen Ausgangspunkt und von einem nicht zu beseitigenden Vorrang des Wettbewerbsprinzips.

b) Ich möchte darauf, weil es ein so wichtiger Punkt ist, anhand der Ausführungen von Ingo Schmidt noch etwas näher eingehen.

aa) Wie ich schon erwähnt habe, erhält Art. 2 Abs. 1 VO 4064/89 einen einheitlichen Marktbeherrschungstatbestand, der sowohl Elemente des Wettbewerbsgeschehens als auch Strukturmerkmale umfaßt. Zusammenschlüsse sind auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen. Dabei berücksichtigt die Kommission einerseits die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln (Art. 2 Abs. 1 lit. a), und anderseits die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen als auch weitere Kriterien (Art. 2 Abs. 1 lit. b). Nach Art. 2 Abs. 3 sind Zusammenschlüsse für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde; wenn das nicht der Fall ist, ist der Zusammenschluß mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar zu erklären (Art. 2 Abs. 2). Art. 2 Abs. 2 und 3 setzen daher logisch voraus, daß die beherrschende Stellung in Art. 2 Abs. 1 definiert ist, und sie betonen den Wettbewerbsbezug wie übrigens auch die Erwägungsgründe (insbesondere 13 und 14).

Wenn ich Ingo Schmidt richtig verstanden habe, will er demgegenüber doch zu einer Art Stufenprüfung kommen, nämlich zunächst und möglicherweise vorrangig die Marktstrukturmerkmale des Art. 2 Abs. 1 lit. b prüfen und dann erst – zusätzlich – die Entwicklung wirksamen Wettbewerbs (Art. 2 Abs. 1 lit. a), „was auf eine Absenkung des Eingreifkriteriums unter die Marktbeherrschungsschwelle hinauslaufen könnte“. Das letztere habe ich nicht verstanden, aber auch unabhängig davon wäre eine solche Zweiteiligkeit oder Zweistufigkeit mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren, und sie wird nach meiner Erfahrung in der Praxis auch nicht so geübt.

bb) Wie viele andere hält auch Ingo Schmidt das Kriterium der „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“, die sog. französische Klausel, für ein Einfallstor der Industriepolitik. Das Wort „Industriepolitik“ in Deutschland in den Mund zu nehmen, grenzt schon an ein Verbrechen. Ich habe manchmal als simpler Praktiker den Eindruck, daß hier die Begriffsbildungen mit der Sache durchgehen. Wenn man Industriepolitik als eine Politik versteht, staatliche Rahmenbedingungen für die Industrie zu schaffen oder zu erhalten, wie der Begriff wohl in Brüssel verstanden wird, ist sicherlich auch die Wettbewerbspolitik ein Teil einer so verstandenen Industriepolitik, und ich habe dann mit den von Ingo Schmidt gebrachten Zitaten kein Problem.

²⁴ A.a O. 374 und 377.

Entscheidend ist demgegenüber, was in der Sache gilt. Der „technische und wirtschaftliche Fortschritt“ ist nur eines unter mehreren Kriterien der strukturellen Marktbeobachtung, und es ist außerdem noch ein nachrangiges Merkmal, weil es nämlich ähnlich wie in Art. 130 EGV heißt „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“. Von einer Abwägung der wettbewerblichen Gesichtspunkte mit dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt²⁵ kann daher m. E. keine Rede sein. Im übrigen nennt Ingo Schmidt selbst Entscheidungen, in denen das Merkmal des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts verneint wurde, obwohl es dort, nämlich im Medienbereich, durchaus nahegelegen hätte²⁶. In der Entscheidung „MSG Media Service“ macht die Kommission den Nachrang des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts gegenüber den Wettbewerbskriterien auch verbal deutlich. Im Grunde die gleiche Sachlage haben wir bei Art. 85 Abs. 3 EGV, worauf Ingo Schmidt übrigens an anderer Stelle auch selbst hinweist²⁷.

cc) Ich stimme Ingo Schmidt wieder zu, daß das Marktbeherrschungsverständnis der Kommission und die vom EuGH zu Art. 86 EGV entwickelte Definition der Marktbeherrschung sich nicht unterscheiden. Es wird manchmal gesagt, daß alles noch auf wackeligen Füßen stehe, weil der EuGH zur Marktbeherrschungsdefinition in der EG-Fusionskontrolle noch nichts gesagt habe²⁸. Ich kann dem nicht zustimmen. Zunächst einmal wird die Marktbeherrschung, wie ausgeführt, in Art. 2 VO 4064/89 definiert. An diese Ratsverordnung sind auch die europäischen Gerichte gebunden, es sei denn, sie widerspräche insoweit dem Primärrecht des Vertrages. Dafür gibt es aber schon deswegen keinen Anhaltspunkt, weil die EG-Fusionskontrolle nur auf Sekundärrecht beruht. Selbst wenn es anders wäre, sehe auch ich keine Diskrepanz zur bisherigen Marktbeherrschungsrechtsprechung. Es geht, kurz gesagt, um den autonomen Verhaltensspielraum der Unternehmen.

dd) Schließlich noch ein Wort zur angeblichen Politisierung der Entscheidungen in Brüssel. Soweit darunter die Einflußnahme durch nationale Regierungen zu verstehen ist, ist das wohl leider Alltag, aber glücklicherweise nur sehr bedingt erfolgreich. Gerade Herr *Van Miert* hat hier ein bemerkenswertes Standvermögen bewiesen. Daß über Fusionskontrollfälle mit der Kommission ein politisches Gremium entscheide, ist an sich richtig, ich halte es aber dennoch für eine Schimäre. Nach meiner Kenntnis ist der Wettbewerbskommissar in der Kommission lediglich ein einziges Mal überstimmt worden²⁹, soweit er nicht sowieso allein entscheiden kann. In einem Gremium wie der Kommission werden darüber hinaus Partikular-

²⁵ So allerdings wohl auch Monopolkommision 11. Hauptgutachten TZ 997.

²⁶ Fall IV/M.469 „MSG Media Service“ AB1. 1994 L 364/1 TZ 100 f.; Fall IV/M.490 „Nordic Satellite Distribution“ AB1. 1996 L 53/20 TZ 145 ff.

²⁷ Vgl. Schmidt, I., in: Competition, Efficiency and Welfare, Essays in Honor of Manfred Neumann, S. 187, S. 191.

²⁸ Vgl. allgemein Möschel, AG 1998, 561, 563.

²⁹ Im Fall IV/M.315 „Mannesmann / Vallourec / Ilva“.

interessen vermutlich auch absorbiert. Ich möchte anfügen, daß die deutsche Industrie nichts gegen ein europäisches Kartellamt hat, aber es erscheint zur Zeit nicht realistisch³⁰, und es ist aus unserer Sicht auch kein vordringliches Petitum.

5. Sie sehen, mein Gesamurteil über die EG-Fusionskontrolle und deren Praxis ist insbesondere im Vergleich zur deutschen positiv. Das heißt natürlich nicht, daß es nicht auch industrieseitig Kritikpunkte an der europäischen Fusionskontrolle gibt. Sie sind aber nicht so grundsätzlicher Art wie gegenüber der deutschen, und deshalb möchte ich nur abschließend darauf zu sprechen kommen. Ich möchte folgende drei Punkte von etwas allgemeinerer Bedeutung hervorheben:

Das Verfahren, insbesondere die Anmeldeprozedur, ist ausgesprochen schwerfällig und geht oft über ein vernünftiges Maß hinaus. Die Erleichterungsmaßnahmen wie etwa die Anmeldung in Kurzform in bestimmten Fällen oder die Begrenzung des Anmeldestoffs in Vorgesprächen mit der Kommission bringen in der Praxis leider nicht die erhoffte Erleichterung. Das Argument der Kommission für die aufwendige Anmeldung ist bekannt: Im Hinblick auf den Fristendruck soll von vornherein möglichst umfassend vorgetragen werden. Im Vergleich dazu ist das deutsche Fusionskontrollverfahren bemerkenswert unkompliziert.

Das an sich auch in der EG-Fusionskontrolle anerkannte Auswirkungsprinzip ist nicht normiert. Notgedrungen übernehmen die Umsatzschwellen diese Funktion mit. Zu geradezu aberwitzigen Ergebnissen kann das bei Gemeinschaftsunternehmen führen. Da es für die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 und 3 VO 4064/89 auch auf die Muttergesellschaften ankommt, können selbst kleinste konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen unter die EU-Fusionskontrolle fallen, während sehr viel bedeutsamere Erwerbsvorgänge in nationaler Zuständigkeit bleiben. Ein Teil unserer EG-Fusionskontrollanmeldungen betrifft solche Fälle.

Die Kommission läßt sich in einer ganz anderen Beziehung als gemeinhin angenommen unter politischen Druck setzen, und zwar durchaus auch mit wettbewerbsfremden Gesichtspunkten. Das ist immer dann der Fall, wenn Dritte sich in einem Fusionskontrollverfahren artikulieren, was allerdings relativ selten vorkommt. Spielwiese ist die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen und/oder die Einforderung von Zusagen (Art. 8 Abs. 2 VO 4064/89). Ich habe es in einem großen Fall erlebt, wie fortlaufende Interventionen eines Betriebsrats mit ganz eigenen Interessen die Kommission mißtrauisch gemacht und in Aktionismus versetzt haben. In solchen Fällen würde das Bundeskartellamt sicherlich mehr Standvermögen zeigen und auf seine eigentliche Aufgabe verweisen.

³⁰ Zu Gegengründen s. Ehlermann, Festschrift Everling, S. 283.

Literatur

- Baron*, in: WuW, 1997, S. 579.
- Baur*, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 171, S 3.
- BGH, in: WuW/E BGH 1533, 1537 „Erdgas Schwaben“, 3037, 3041 „Raiffeisen“; DER 24, 29, „Stromversorgung Aggertal“.
- in: WuW/E BGH 2731, 2737 „Inlandstochter“.
 - in: WuW/E BGH 3026, 3029 ff. „Backofenmarkt“.
- BKartA, „Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“, in: FIW Dokumentation Heft 15, S. 15.
- Dreher*, in: FIW Schriftenreihe, Heft 161, S. 1.
- in: AG 1993, S. 437 ff.
 - in WuW, 1998, S. 656.
 - in: JZ, 1999, S. 105, S. 108 ff.
- EG-Kommission, XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik TZ 45.
- Pressemitteilung IP/95/128 vom 14. 02. 1995.
- Ehlermann*, in: festschrift Everling, S. 283.
- Groger/Janitzki*, in: WuW, 1992, S. 991.
- in: WuW, 1989, S. 193, S. 202.
 - in: FIW Schriftenreihe, Heft 158, S. 63.
- Immenga*, in: WuW, 1990, S. 371, S. 374, S. 377.
- Kartte*, in: Festschrift Pfeiffer, S. 531.
- Lieberknecht*, in: FIW Schriftenreihe, Heft 171, S. 11, S. 24 ff.
- Löffler*, in: WuW, 1995, S. 385.
- Meesen*, in: Festschrift Gaedertz, S. 417, S. 422.
- Möschel*, in: EWS, 1995, S. 249.
- in: EuZW, 1995, S. 817.
 - in: AG, 1998, S. 561, S. 563.
- Monopolkommission*, in: 11. Hauptgutachten TZ 913.
- in: 11. Hauptgutachten TZ 921.
 - in: 11. Hauptgutachten TZ 997.
 - in: Sondergutachten 27 „Systemwettbewerb“.
- o. V., in: EuGH AS 1969, 1,14 „Walt Wilhelm“, ständige Rechtsprechung.
 - o. V., in: BT-DS 12/5620, S. 13; Jahreswirtschaftsbericht 1995 BT-DS 13/1660 TZ 42; Schreiben des BMWi an die Spitzenverbände der Wirtschaft vom 08. 02. 1995.
 - o. V., in: XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik TZ 285.

o. V., in: BT-DS 13/9720, S. 30.

Schmidt, Ingo, in: Competition, Efficiency and Welfare, Essays in Honor of Manfred Neumann, S. 187, S. 191.

Schütz, J., in: WuW, 1996, S. 286, S. 689, S. 692 ff.

Europäische Fusionskontrolle: Entwicklungslien und Perspektiven

Von *Wolfgang Kerber*, Marburg

I. Einleitung

Mit der Einführung der europäischen Fusionskontrolle durch Verabschiedung der Fusionskontrollverordnung (FKVO) wurde das System der europäischen Regeln gegen private Wettbewerbsbeschränkungen komplettiert, so daß seit 1990 die EU-Wettbewerbsregeln – ebenso wie das deutsche GWB – über die drei Säulen Kartellverbot mit Ausnahmen (Art. 81 EGV), Fusionskontrolle (FKVO) sowie Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (Art. 82 EGV) verfügen. Damit waren auch die Voraussetzungen geschaffen für die zunehmende Vorrangstellung der europäischen Wettbewerbspolitik, die sich im Laufe der neunziger Jahre herausgebildet hat. Obwohl es im Bereich der Fusionskontrolle wie beim Kartellverbot und bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keine sich überlappenden Zuständigkeiten mit nationalen Fusionskontrollregelungen gibt (Umsatzschwellenwerte), und auch die Versuche der Kommission, bei der Novellierung der FKVO eine Absenkung der Umsatzschwellenwerte durchzusetzen, gescheitert sind, hat sich die europäische Fusionskontrolle innerhalb eines knappen Jahrzehnts als die innerhalb Europas eindeutig dominierende Zusammenschlußkontrolle herausgebildet. Gleichzeitig ist es ihr gelungen, Standards zu setzen sowohl für die bisher bestehenden als auch die neu einzuführenden nationalen Fusionskontrollregelungen. Die Angleichung einer Reihe von Regelungen in der deutschen Fusionskontrolle im Rahmen der 6. GWB-Novelle an die entsprechenden europäischen Regelungen bestätigt diese Stellung, die bei Einführung der europäischen Fusionskontrolle nicht unbedingt zu erwarten war.

Nach fast einem Jahrzehnt der Praxis der europäischen Fusionskontrolle mit bald 1000 Fusionskontrollentscheidungen wäre es an der Zeit, eine umfassende Analyse und Beurteilung der europäischen Fusionskontrolle aus ökonomischer Sicht vorzunehmen.¹ Dies kann in diesem Beitrag nicht geschehen. Vielmehr kann

¹ Für breite Überblicke über die europäische Fusionskontrolle, wenn auch meist aus juristischer Sicht, vgl. *Neven/Nuttall/Seabright* (1993), *EG-Kommission* (1994), *Kerber* (1994a), *Drauz/Schroeder* (1995), *Cook/Kerse* (1996), *Immenga* (1997) und *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (1999, 2/1059 – 2/1623); für aktuelle Überblicke über die Praxis der europäischen Fusionskontrolle vgl. bspw. *Hirsbrunner* (1996; 1997), *Montag/Kaessner* (1997),

hier nur selektiv auf einige Problemstellungen eingegangen werden, die aus ökonomischer Sicht von besonderem Interesse sind. Drei Fragenkreise sollen dabei behandelt werden: (1) Im folgenden Abschnitt II findet sich eine zusammenfassende Darstellung der ökonomischen Kriterien, mit denen die Kommission in ihrer konkreten Fusionskontrollpraxis Zusammenschlüsse darauf abprüft, ob sie als Einzelunternehmen oder als Teil eines Oligopols eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. (2) Damit in engem Zusammenhang steht die Frage, von welchen wettbewerbstheoretischen Ansätzen die Kommission bei ihren Fusionskontrollentscheidungen ausgeht. Dies soll in Abschnitt III vor dem Hintergrund der allgemeineren wettbewerbstheoretischen Diskussion untersucht werden. (3) Abschließend soll in Abschnitt IV auf einige aktuellere institutionelle Fragen der Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle eingegangen werden.

II. Zur Entwicklung der materiellen Prüfung von Zusammenschlüssen

1. Einleitung

Bei der Einführung der europäischen Fusionskontrolle hatte man sich 1989 für ein einstufiges Verfahren entschieden, wobei bei der Prüfung von Zusammenschlüssen nur darauf abgestellt werden sollte, ob durch die Fusion eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb wesentlich behindert wird (Art. 2 (2) u. (3) FKVO). Zwar finden sich in Art. 2 (1) lit.a) u. b) FKVO eine Fülle von enumerativ aufgelisteten Kriterien, die bei der diesbezüglichen Prüfung beachtet werden sollten. Faktisch hat aber der Wortlaut dieser zentralen materiell-rechtlichen Vorschrift keine eigenständige Rolle in der Praxis der Fusionskontrolle gespielt. Vielmehr hat die Kommission im Laufe ihrer Fallpraxis Schritt für Schritt einen eigenen Katalog von Kriterien entwickelt, nach dem sie bei der Prüfung vorgeht. Dabei orientiert sich der in der Fusionskontrolle verwendete Marktbeherrschungsbegriff an der gefestigten Rechtsprechungspraxis des EuGH zu Art. 82 EGV, nach der entscheidend ist, ob ein Unternehmen die Möglichkeit besitzt, sich gegenüber seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern in einem wesentlichen Unfang unabhängig zu verhalten. Aufgrund der bei der Fusionskontrolle notwendigen Zukunftsbezogenheit der Prüfung stellt sich die Frage nach der Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung aber in eigenständiger Weise. Im folgenden soll zusammenfassend dargestellt werden, welche Kriterien die Kommission bei der konkreten materiellen Prüfung von Zusammenschlüssen anwendet. Hierbei ist zunächst kurz auf die Abgrenzung der relevanten Märkte und anschließend auf die

Snelders (1996; 1997), *Emmerich* (1996; 1997; 1998), *Monopolkommission* (1998, Tz. 418 ff.).

Feststellung marktbeherrschender Stellungen auf diesen relevanten Märkten einzugehen, wobei nochmals zwischen der Feststellung der Einzelmarktbeherrschung und der kollektiven Marktbeherrschung zu differenzieren sein wird.

2. Marktabgrenzung

Zentrales Kriterium bei der sachlichen Marktabgrenzung² ist die Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrager. Dies wird anhand der Eigenschaften, des Verwendungszwecks, der Preise und anderer Kriterien zu beurteilen versucht. Faktisch stehen hierbei das Bedarfsmarktkonzept, die Kreuzpreiselastizität und das Konzept der Substitutionslücke im Hintergrund. Weiterhin bezieht die Kommission auch die anbieterseitige Substituierbarkeit mit ein, d. h. die Frage, in welchem Umfang Anbieter ihre Produktion auf die betreffenden Produkte umstellen können (Angebotsumstellungskonzept). Allerdings werden hier nur sehr kurzfristige Umstellungsmöglichkeiten einbezogen, weil der eigentliche potentielle Wettbewerb erst später bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt wird. Hierzu ist im Dezember 1997 eine Mitteilung der Kommission erschienen, in der sie zum ersten Mal ihre Grundsätze bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zusammenfassend verdeutlichte und in der sie sich konzeptionell stärker an die US-amerikanischen Merger Guidelines anlehnt.³ Beim US-amerikanischen SSNIP-Test wird festgestellt, ob auf einen angeblichen Markt ein hypothetischer Monopolist seine Gewinne durch „a small but significant non-transitory increase in price (a ‚SSNIP‘), which is typically 5 per cent“ (Furse 1997, S. 379) erhöhen kann. Ist dies nicht der Fall, dann wird der Produktmarkt ausgeweitet, bis diese Bedingung erfüllt ist, was dann wiederum als Indikator für eine Substitutionslücke interpretiert werden kann (ebd.). Folglich: „... [B]oth sets of guidelines define a market as the smallest set of goods or services for which a small, permanent increase in price would be profitable“ (Baker/Wu 1998, S. 273).

Die räumliche Marktabgrenzung⁴ hat in der europäischen Fusionskontrolle eine viel gravierendere Bedeutung erhalten als bspw. in der deutschen Fusionskontrolle. Teilweise liegt dies an der Bereitschaft der Kommission, nach rein ökonomischen Kriterien lokale, regionale, nationale, europäische oder gar Weltmärkte abzugrenzen, und sich nicht wie bisher in Deutschland an dem territorialen Geltungsbereich des GWB zu orientieren (Albers 1999, Rdnr. 105). Vor allem hat dies aber seine Ursache darin, daß aufgrund des zunehmenden globalen Wettbewerbs und des europäischen Binnenmarkts sich die traditionell oftmals bestehenden nationalen

² Vgl. zum Überblick über die Praxis der sachlichen Marktabgrenzung Immenga (1997, S. 832 ff.) und Albers (1999, Rdnr. 32 ff.).

³ Mitteilung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes für die Zwecke des europäischen Wettbewerbsrechts (veröffentlicht in: ABI. EG 1997, Nr. C 372, S. 5 ff.).

⁴ Vgl. zum Überblick über die Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung Kerber (1994a, S. 35 ff.), Immenga (1997, S. 854 ff.) sowie Albers (1999, Rdnr. 91 ff.).

Märkte verändern und sich zu europäischen oder gar Weltmärkten entwickeln. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß die Kommission mit ihren anderen Politiken, bspw. der Binnenmarktpolitik oder mit Deregulierungen, selbst die räumliche Ausdehnung von Märkten verändert, da sie bspw. über die wechselseitige Anerkennung oder Harmonisierung von Standards oder Regulierungen Hindernisse für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beseitigen kann und somit mithilft, räumlich größere Märkte zu schaffen. Die oftmals umstrittene Frage, ob Märkte immer noch nationale sind oder schon europäische, hat deshalb in einer Anzahl von Fällen eine gravierende Rolle gespielt, weil sich viele Märkte im Übergang befinden. Als konkrete Kriterien für die räumliche Marktabgrenzung wurden bspw. das Bestehen nationaler rechtlicher Regelungen und technischer Standards (als Marktzutrittsschranken), Transportkosten, unterschiedliche Vertriebssysteme und Konsumentenpräferenzen sowie nationale Beschaffungspolitiken des Staates angesehen. Umstrittener ist, inwieweit Unterschiede bei Preisen und Marktanteilen in verschiedenen Ländern sowie das Ausmaß des grenzüberschreitenden Handels als Indikatoren für räumlich unterschiedliche Märkte angesehen werden können (*Kerber 1994a, S. 43 ff.*).

3. Feststellung marktbeherrschender Einzelunternehmen

Nach der sachlichen und räumlichen Abgrenzung der relevanten Märkten hat die Kommission abzuprüfen, ob auf diesen Märkten durch den Zusammenschluß beherrschende Stellungen begründet oder verstärkt werden. Den mit der Marktbeherrschung verbundenen Nachweis eines nicht ausreichend wettbewerblich kontrollierten Verhaltensspielraums hat die Kommission hierbei zunehmend als Preisspielraum konkretisiert, d. h. als Fähigkeit des betreffenden Unternehmens, Preise um einen bestimmten Prozentsatz anzuheben, ohne seine Marktposition zu gefährden. So argumentierte die Kommission in ihrer Entscheidung „Aérospatiale-Alenia/de Havilland“ (Tz. 69; in: ABl. Nr. L 334/42 v. 5. 12. 91): „Having established a monopoly, ATR / de Havilland would be able to increase prices without a competitive check.“ Ein solcher Verhaltensspielraum kann vom marktbeherrschenden Unternehmen dann in verschiedener Weise genutzt werden, bspw. zur tatsächlichen Forderung überhöhter Preise oder zu geringeren Anstrengungen bei Kostenrationalisierungen oder Produktinnovationen sowie auch zur Behinderung oder Verdrängung von Konkurrenten (*Albers 1999, Rdnr. 177 ff.*). Für die konkrete Feststellung, ob ein solcher Verhaltensspielraum existiert, verwendet die Kommission eine Anzahl von Kriterien, die sie in systematischer Weise abprüft. Im folgenden werden zunächst die Kriterien für die Einzelmarktbeherrschung vorgestellt.

Marktanteile: Das Schlüsselkriterium, das immer als erstes abgeprüft wird, sind die Marktanteile des betreffenden Unternehmens nach dem Zusammenschluß. Als praktische Faustregel kann angenommen werden, daß die Kommission bei Marktanteilen unter 40 % im allgemeinen keine Probleme sieht, so daß sie bei solchen

Marktanteilen meist gar keine weiteren Kriterien abprüft. Normalerweise findet erst bei größeren Marktanteilen eine ernsthafte weitere Prüfung statt, ob ein einzelnes Unternehmen marktbeherrschend sein könnte. Faktisch wurden marktbeherrschende Stellungen bejaht bei Marktanteilen von ca. 40 % bis 100 %, wobei mit steigendem Marktanteil die Wahrscheinlichkeit der Annahme der Marktbeherrschung zunimmt (vgl. den Überblick bei *Albers* 1999, Rdnr. 206 f., und *Kerber* 1994a, S. 58 ff.). Dabei wird insbesondere auch der Marktanteilszuwachs sowie Marktanteilsfluktuationen miteinbezogen. Entscheidend an der Praxis der Kommission ist aber vor allem, daß sie alleine aus hohen Marktanteilen nie automatisch auf das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung schließt, vielmehr können auch bei sehr hohen Marktanteilen andere Umstände dazu führen, daß der Zusammenschluß nach Ansicht der Kommission doch kein wettbewerbliches Problem darstellt und genehmigt werden kann. Selbst Marktanteile von über 80 % wurden akzeptiert, wenn die Prüfung weiterer Kriterien zu einer entsprechenden Relativierung des Marktanteils führte (vgl. bspw. den Fall „Alcatel / Telettra“ mit 81 % bzw. 83 % Marktanteilen). Am wichtigsten für die Einschränkung des Verhaltensspielraums eines Unternehmens mit sehr hohen Marktanteilen sind dabei die drei Kriterien „Stärke der aktuellen Wettbewerber“, „Markzutrittsschranken (potentieller Wettbewerb)“ und „Struktur der Marktgegenseite (Nachfragermacht)“.

Stärke aktueller Wettbewerber: Die Stärke der anderen aktuellen Wettbewerber ist das wichtigste und am häufigsten angeführte Kriterium für die Frage nach der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Grundidee ist, daß starke Mitwettbewerber den Verhaltensspielraum des betreffenden Unternehmens in ausreichendem Umfang einschränken könnten. Zu den Dimensionen der Stärke der Mitwettbewerber zählen vor allem ihr Marktanteil (inkl. Marktanteilsabstand und -fluktuation), ihre technologische Stärke, ihre Kapazitäten und ihre Finanzkraft, d. h. ob die aktuellen Mitwettbewerber bspw. mittelständische Unternehmen oder Töchter großer finanzkräftiger Konzerne sind. Die Bedeutung dieses Kriteriums wird auch dadurch deutlich, daß die Kommission mehrfach in Auflagenentscheidungen die Genehmigung von Zusammenschlüssen von dem Aufbau unabhängiger, wettbewerbsfähiger Konkurrenten abhängig gemacht hat (bspw. in den Fällen „Varta / Bosch“, „Du Pont / ICI“ und „Nestlé / Perrier“; vgl. hierzu *Kerber* (1994a, S. 64 ff.; 1994b)). Stellt sich allerdings heraus, daß starke Mitwettbewerber mit ähnlichen Marktanteilen vorhanden sind, dann mag das zwar gegen eine Einzelmarktbeherrschung sprechen, aber gleichzeitig die Prüfung auf ein marktbeherrschendes Oligopol nahelegen.

Markzutrittsschranken (potentieller Wettbewerb): Dieses Kriterium hat sich zu einem zunehmend zentralen, aber auch umstrittenen Kriterium bei der Prüfung von Marktbeherrschung entwickelt. Aus der Wettbewerbstheorie (insbes. Theorie der Contestable Markets) ist bekannt, daß der Verhaltensspielraum etablierter Unternehmen durch starken potentiellen Wettbewerb eingeschränkt werden kann, so daß auch bei sehr hohen Marktanteilen keine marktbeherrschende Stellung vorliegen muß. Konkret bezieht die Kommission bei der Prüfung sowohl rechtliche Markt-

zutrittsschranken (wie bspw. Konzessionen, Einfuhrzölle oder Start- und Landerechte bei Flughäfen etc.) als auch tatsächliche Marktzutrittsschranken (versunkene Kosten, Betriebsgrößenvorteile, etablierte Vertriebssysteme, Reputationsvorteile durch bekannte Marken etc.) mit ein (für eine Übersicht *Albers* 1999, Rdnr. 267 ff.). In ihrer Praxis zur Prüfung des potentiellen Wettbewerbs ist die Kommission zunächst sehr restriktiv vorgegangen und hat verlangt, daß klare Beweise für die Wahrscheinlichkeit eines kurzfristigen und wettbewerblich erheblichen Marktzutritts vorliegen: „Der Markteintritt müßte innerhalb einer Zeitspanne erfolgen, die kurz genug ist, um das / die betreffenden Unternehmen von der Ausnutzung seiner / ihrer Marktmacht abzuhalten“.⁵ Später hat die Kommission in einigen (gerade deshalb auch sehr umstrittenen) Fällen diese Voraussetzungen teilweise stark gelockert und war auch bereit, einen mittelfristigen Marktzutritt als ausreichend anzuerkennen, ebenso wie sie auch die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts reduziert hat. Gerade mit solchen Argumentationen hat sie verschiedene Fusionskontrollfälle mit hohen Marktanteilen genehmigt (bspw. „Mannesmann / Hoesch“ und „Mannesmann / Vallourec / Ilva“).

Struktur der Marktgegenseite (Nachfragemacht): Der Verhaltensspielraum eines Anbieters mit hohen Marktanteilen kann auch durch die Existenz starker Nachfrager auf der Marktgegenseite so weit beschränkt werden, daß keine marktbeherrschende Stellung auftritt. Aus der Diskussion um das Problem der Nachfragemacht ist bekannt, daß Nachfrager mit großem Einkaufsvolumen, die erhebliche Anteile an dem Absatz auch von großen Anbietern haben, erheblichen Druck auf die Preise in bilateralen Verhandlungen ausüben können und insofern die Ausnützung von Anbietermarktmacht beschränken können (*Kerber* 1989, S. 250 ff.). Darüberhinaus haben große Nachfrager auch bessere Möglichkeiten, auf andere Lieferanten auszuweichen, bspw. durch Einkauf in anderen Ländern oder durch gezielten Aufbau neuer Lieferanten oder gar durch den Übergang auf Eigenfertigung (*Kerber* 1994a, S. 68 ff.; *Albers* 1999, Rdnr. 297 ff.). Bspw. hat die Kommission im bereits oben erwähnten Fall „Alcatel / Telettra“ die Tatsache, daß dem neuen Unternehmen mit über 80 % Marktanteil der spanische Telefonmonopolist Telefónica als Nachfragemonopolist gegenüberstand, als ausreichend angesehen, um das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung trotz sehr hoher Marktanteile zu verneinen. Das Argument starker Nachfrager spielte vor allem auch bei Fällen aus dem Automobilzuliefererbereich mit den Automobilherstellern als starke Nachfrager (bspw. „Mannesmann / VDO“) sowie im Konsumgüterbereich bei der Existenz nachfragestarker Lebensmittelhandelsketten (bspw. „Nestlé / Perrier“) eine wichtige Rolle.⁶

⁵ Entscheidung der Kommission „Nestlé / Perrier“ (Tz. 91, in: ABI. EG, Nr. L 356/1 v. 5. 12. 92).

⁶ Im Fall „Nestlé / Perrier“ hat hierbei die Kommission das Nachfragemachtargument in erstaunlich differenzierter Weise verwendet, da sie nochmals danach unterschied, ob nicht die Macht der Nachfrager dadurch wiederum eingeschränkt wird, daß die Lebensmittelhandelsunternehmen von den starken Marken der Hersteller abhängig sein könnten (vgl. *Kerber* 1994b).

Weitere Kriterien: Jenseits dieser vier wichtigsten Prüfungskriterien können von der Kommission in Abhängigkeit von den spezifischen Umständen des jeweiligen Zusammenschlußfalls eine Anzahl weiterer Kriterien herangezogen werden. So sind hohe Marktanteile eines Unternehmens je nach Marktphase unterschiedlich einzuschätzen. In der Experimentierungs- oder Expansionsphase der Marktentwicklung haben hohe Marktanteile eine geringere Bedeutung aufgrund der starken innovativen Veränderungen auf solchen Märkten als in späten Marktphasen (Ausreifungsphase), in denen die Märkte normalerweise stark verkrustet sind (*Albers* 1999, Rdnr. 311 ff.; zum Marktphasenkonzept vgl. *Heuss* 1965). Insofern wurde auch starke Innovationstätigkeit als Indiz für die Relativierung der Bedeutung hoher Marktanteile angesehen (*Kerber* 1994a, S. 83). Das Kriterium der Finanzkraft wird hauptsächlich im Rahmen der Beurteilung der Stärke anderer aktueller oder potentieller Wettbewerber einbezogen. Bei Zusammenschlüssen mit vertikalen Aspekten wird insbesondere auf den Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten abgeprüft, d. h. es geht um die Prüfung möglicher Marktausschließungseffekte (foreclosure effects) auf vor- und nachgelagerten Märkten (ausführlicher mit Beispielen *Kerber* 1994a, S. 84 ff., sowie *Albers* 1999, Rdnr. 356 ff.). Das Kriterium „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ sowie andere Effizienzargumente (wie bspw. Synergieeffekte) spielten in der bisherigen Fusionskontrollpraxis nur eine marginale Rolle. Auf diese Argumente wird aber in Abschnitt III.3 nochmals ausführlicher eingegangen.

Sanierungsfusion: Eine mögliche Rechtfertigung für die Genehmigung eines Zusammenschlusses, der die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zur Folge hat, ist der sog. Sanierungseinwand („failing company defence“). Dieser wird von der Kommission in der Weise verwendet, daß Marktanteilsadditionen dann kein Problem darstellen, wenn diese ohne die Fusion aufgrund des zu erwartenden Ausscheidens des sanierungsbedürftigen Unternehmens ohnehin aufgetreten wären und keine anderen den Wettbewerb weniger beeinträchtigenden Möglichkeiten zur Verfügung stehen, was insbesondere die Prüfung alternativer Käufer dieses sanierungsbedürftigen Unternehmens voraussetzt (ausführlicher *Albers* 1999, Rdnr. 491 ff.). Der Zusammenschlußfall „Kali+Salz / MDK / Treuhand“ ist von der Kommission als Sanierungsfusion gewertet und schließlich mit Auflagen genehmigt worden, obwohl nach dem Zusammenschluß auf dem deutschen Kalimarkt faktisch ein Monopol und auf dem europäischen Kalimarkt zusammen mit einem französischen Unternehmen ein marktbeherrschendes Duopol entstanden ist. Hier war die „failing company defence“ das entscheidende Argument der Kommission, dessen Zulässigkeit inzwischen auch durch den EuGH bestätigt worden ist.⁷

⁷ Entscheidung der Kommission „Kali+Salz / MDK / Treuhand“ (ABl. EG, Nr. L 186/38 v. 21. 7. 94); EuGH-Urteil („Kali+Salz / MDK / Treuhand“) vom 31. 3. 1998, C-68/94, Tz. 90 – 125; abgedruckt in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 299 – 313.

4. Feststellung marktbeherrschender Oligopole

Sehr lange war es umstritten, ob die FKVO auch für die Kontrolle marktbeherrschender Oligopole gilt oder nur für marktbeherrschende Einzelunternehmen. Der Grund für diese Unsicherheit liegt darin, daß sich in der FKVO kein eigener Oligopolatbestand findet wie bspw. in Art. 82 EGV oder im deutschen GWB. Auch die Kommission hatte am Anfang ihrer Praxis gezögert und erst nach 1,5 Jahren begonnen, Zusammenschlüsse auch auf die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung abzuprüfen. Der bekannte Zusammenschlußfall „Nestlé/Perrier“ wurde zu dem diesbezüglichen Präzedenzfall, in dem sich die Kommission in einer Auflagenentscheidung explizit zur Prüfung auf Oligopolatbestände bekannte („Nestlé/Perrier“, Tz. 110 ff.; in: ABl. EG, Nr. L 356/1 v. 5. 12. 92). Seit dieser Grundsatzentscheidung hat sich eine umfangreiche Praxis der Prüfung auf kollektive Marktbeherrschung entwickelt. Allerdings wurde erst 1998 in der ersten Entscheidung der EuGH zur materiellen Fusionskontrolle in „Kali+Salz/MDK/Treuhand“ letztinstanzlich explizit bestätigt, daß die Kommission im Rahmen der FKVO auch auf oligopolistische Marktbeherrschung prüfen darf.⁸ Unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Kompetenz zur Prüfung auf Oligopole war sich die Kommission von Anfang an bewußt, daß der Oligopolatbestand besondere Probleme bei der Prüfung aufweist. Insofern hat sie viel Wert darauf gelegt, ihre Analysen gut ökonomisch zu fundieren, wie man an den detaillierten Ausführungen bspw. in der „Nestlé/Perrier“-Entscheidung erkennen kann. Aus ökonomischer Sicht sind für marktbeherrschende Oligopole eine hohe Konzentration mit ihrer großen zwischen den Oligopolisten bestehenden Reaktionsverbundenheit charakteristisch, wobei insbesondere abzuprüfen ist, in welchem Umfang die spezifischen Bedingungen des Marktes eine Kollusion zwischen den Oligopolisten erleichtern oder erschweren.⁹ Im folgenden soll kurz skizziert werden, wie die Kommission bei ihrer konkreten Prüfung vorgeht.

Auch wenn sich die Kommission nicht streng an diese Vorgehensweise hält, so läßt sich die Prüfung auf oligopolistische Marktbeherrschung gedanklich in zwei Teile zerlegen, nämlich die Prüfung auf Außenwettbewerb einerseits und Binnenwettbewerb andererseits.¹⁰ Im ersten Prüfungsschritt wird folglich geprüft, ob das Oligopol, wenn man es wie ein einzelnes Unternehmen ansehen würde, insgesamt

⁸ EuGH-Urteil („Kali+Salz/MDK/Treuhand“) vom 31. 3. 1998, C-68/94, Tz. 152 ff.; abgedruckt in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 299 – 313. Es sei angemerkt, daß eine der Klägerinnen, die bestreit, daß Oligopole von der FKVO erfaßt werden, die französische Republik war. Zu den Gründen für oder gegen eine Erstreckung von Art. 2 FKVO auf oligopolistische Marktbeherrschung vgl. Albers (1999, Rdnr. 384 ff.). Zur zögerlichen Anwendung auf Oligopolfälle bis zu „Nestlé/Perrier“, vgl. Kerber (1994a, S. 97 ff.).

⁹ Vgl. zur diesbezüglichen Theorie kollektiver Marktbeherrschung („oligopolistic dominance“) Scherer/Ross (1990), Kantzenbach/Kruse (1987), Kantzenbach/Kottmann/Krüger (1996) und Williamson (1994).

¹⁰ Vgl. Albers (1999, Rdnr. 388 ff.), der von „Wettbewerb im Außenverhältnis“ und „Wettbewerb im Innenverhältnis“ spricht (ebd., Rdnr. 388).

über einen wettbewerblich nicht kontrollierten Spielraum verfügt und damit marktbeherrschend ist. Hierfür lassen sich dann die oben bei der Einzelmarktbeherrschung angeführten Kriterien anwenden, d. h. es ist insbesondere abzuprüfen, ob andere (außerhalb des Oligopols stehende) aktuelle Wettbewerber, potentielle Wettbewerber und starke Nachfrager in der Lage sind, den Spielraum des Oligopols in ausreichendem Umfang einzuschränken. Wenn dies nicht der Fall ist, dann ist in einem zweiten Prüfungsschritt darauf abzustellen, ob zwischen den Oligopolisten ein wirksamer (Binnen-)Wettbewerb besteht, was im wesentlichen auf einen umfassenden Kollusionstest hinausläuft, bei dem die Kommission eine Anzahl von strukturellen Kriterien heranzieht und auch das bisherige Verhalten als Indikator berücksichtigt. Die Kommission stellt dabei insbesondere darauf ab, ob die Oligopolisten tatsächlich ihren Aktionsparametereinsatz koordinieren können und ob ein solches Parallelverhalten auch in ihrem einzelwirtschaftlichem Interesse ist (ähnlich: Albers 1999, Rdnr. 392).

Für die Frage des Wettbewerbs zwischen den Oligopolisten verwendet die Kommission im einzelnen folgende Kriterien:¹¹

Anzahl der Wettbewerber: Sowohl die Möglichkeiten als auch der einzelwirtschaftliche Anreiz für ein koordiniertes Verhalten werden um so größer, je geringer die Anzahl der Oligopolisten ist. Insofern sind die Marktanteile bzw. der Konzentrationsgrad zentrale Kriterien für die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens im Oligopol.

Homogenität der Produkte: Je homogener die von den Oligopolisten verkauften Waren und Dienstleistungen, desto wahrscheinlicher wird ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten, da hierdurch die Koordination der Aktionsparameter wesentlich erleichtert wird.

Markttransparenz: Je höher die Markttransparenz ist, desto besser können die Oligopolisten die wechselseitige Einhaltung ihres kollusiven Verhalten kontrollieren, was angesichts des auftretenden Konflikts zwischen individueller und kollektiver Rationalität der Oligopolisten (Geheimwettbewerb) zur Stabilisierung des Parallelverhaltens beiträgt. In diesem Zusammenhang fragt die Kommission bspw. auch nach der Existenz von Marktinformationsverfahren.

Homogenität von Wettbewerbern: Je gleichartiger die Oligopolisten sind (symmetrisches Oligopol), desto eher kann von einem starken gemeinsamen Interesse an wettbewerbsbeschränkendem Parallelverhalten ausgegangen werden. Heterogenität kann dagegen vorstoßendes, aggressives Wettbewerbsverhalten begünstigen.

¹¹ Vgl. hierzu die Zusammenstellungen bei Kerber (1994a, S. 114 ff.), Kantzenbach / Kottmann / Krüger (1996, S. 45 ff.), Immenga (1997), Venit (1998) und Albers (1999, Rdnr. 402 ff.); dort finden sich jeweils auch breite Überblicke über einschlägige Fälle. Für ausführlichere Einzelanalysen von solchen Oligopolfällen vgl. Williamson (1994, S. 183 ff.), Kerber (1994b), Schmidt, I. / Schmidt, A. (1997, S. 68 ff.) und Enchelmaier (1997, S. 281 ff.), der im übrigen eine umfassende Analyse über die europäische Oligopolprüfungspraxis außerhalb der FKVO, d. h. in den Bereichen des Art. 81 und 82 EGV, vornimmt.

Homo- bzw. Heterogenität der Oligopolisten kann sich dabei beziehen auf die Größe der Oligopolisten (Marktanteile, Umsatz, Kapazitäten), ihre Kosten, ihre technologische Stärke und ihre finanziellen Ressourcen (Finanzstärke).

Verflechtungen zwischen den Oligopolisten: Finanzielle, personelle und andere Verflechtungen können ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten zwischen den Oligopolisten wahrscheinlicher machen.

Stärke der Innovationsaktivitäten bzw. Marktphase: Je größer die Innovationsaktivitäten in einem Markt, desto schwerer kann es zu einem stabilen kollusiven Verhalten zwischen Oligopolisten kommen. Da der Umfang der Innovationsaktivitäten wiederum von der Marktphase abhängig ist, kann davon ausgegangen werden, daß es in frühen Marktphasen schwerer zu dauerhaftem wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhalten kommt als in späteren Marktphasen.

Struktur der Marktgegenseite (Nachfragemacht): Starke Nachfrager können einzelne Anbieter auch in einem engen Angebotsoligopol eventuell gegeneinander ausspielen (bspw. nachfragestarke Lebensmittelhandelsketten), so daß das kollusive Verhalten der Anbieter aufgebrochen werden kann.

Überkapazitäten: Je höher die Überkapazitäten, desto größer die Gefahr eines Preiskampfs und damit der Anreiz, einen solchen durch Parallelverhalten zu vermeiden.

Hohe versunkene Kosten: Je höher in einem Markt die versunkenen Kosten im Vergleich zu den Durchschnittskosten sind, desto höhere Anreize haben die Oligopolisten bei Überkapazitäten, durch Parallelverhalten einen Preiskampf mit starken Preissenkungen zu vermeiden.

Preiselastizität: Je höher die Preiselastizität der individuellen Nachfrage der einzelnen Oligopolisten, desto größer ist der Anreiz, kollusives Verhalten durch heimliche Preiszugeständnisse zu durchbrechen.

Verhaltensfaktoren: Für die Frage, ob in Zukunft wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten zu erwarten ist, kann neben diesen strukturellen Faktoren auch das in der Vergangenheit auf diesem Markt beobachtbare Verhalten einbezogen werden. So kann bspw. geprüft werden, ob sich stabile Muster von gleichförmigem Preisverhalten oder Preisführer / Preisfolger-Verhalten beobachten lassen.

Nachdem sich inzwischen eine breite, zunehmend deutlichere Praxis der Kommission für die Prüfung auf kollektive Marktbeherrschung herausgebildet hat, haben sich durch die Entscheidung des EuGH im Fall „Kali+Salz / MDK / Treuhand“ neue Unsicherheiten ergeben. Obwohl der EuGH wesentliche Grundsatzentscheidungen der Kommission wie die Kompetenz für marktbeherrschende Oligopole oder auch die Möglichkeit des Sanierungseinwands bestätigt hat, hat er die Entscheidung der Kommission, die bekanntlich eine Genehmigung mit Auflagen war, aufgehoben. Seine Begründung: Zwar hätte die Kommission bei der Prüfung der Marktbeherrschung einen erheblichen Ermessensspieldraum, den das Gericht ihr auch zugesteht, aber die Prüfung der Frage, ob durch den Zusammenschluß von

Kali+Salz mit MDK auf dem europäischen Markt ein marktbeherrschendes Duopol entstanden sei, hätte erhebliche Fehler enthalten und weder der fehlende Binnenwettbewerb zwischen Kali+Salz / MDK und der französischen SCPA noch der fehlende Außenwettbewerb sei stichhaltig nachgewiesen worden.¹² In der Literatur wird diese erste EuGH-Entscheidung zur materiellen Prüfung von Oligopolen in der Weise interpretiert, daß damit die Anforderungen an einen stichhaltigen Nachweis für fehlenden Außen- und Binnenwettbewerb hoch angesetzt werden. Dies wird jedoch nicht als Rückschlag gesehen, sondern vielmehr als unmißverständliche Aufforderung an die Kommission, eine noch konsequenteren ökonomische Analyse zum Nachweis von kollektiver Marktbeherrschung vorzunehmen.¹³

5. Auflagen- und Zusagenpraxis

Ein zentraler Bestandteil der Entscheidungspraxis der Kommission sind die Auflagen und Zusagen, unter denen die Kommission bereit ist, ansonsten mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Zusammenschlüsse zu genehmigen. So wird die Mehrzahl der Fälle, die in die zweite Prüfungsphase gehen, von der Kommission nur mit Auflagen genehmigt, wobei sie dieses Instrument gerne einsetzt, um Untersagungen zu vermeiden. Allerdings hat sich auch eine erhebliche Zusagenpraxis für Fälle herausgebildet hat, die bereits in der ersten Prüfungsphase, d. h. innerhalb der Ein-Monats-Frist, genehmigt werden. Die rechtlichen Bedenken gegenüber dieser Praxis hofft man durch die Änderung der Fusionskontrollverordnung ausgeräumt zu haben, in der solche Zusagen jetzt auch direkt vorgesehen sind.

Die in Fusionskontrollfällen gemachten Auflagen und Zusagen sind vielfältig.¹⁴ Meist sind sie jedoch marktstruktureller Art. So geht es oft darum, durch den Verkauf von Unternehmensteilen oder die Lösung von Kooperationen die Bedenken, die durch zu hohe Marktanteile auf einzelnen Märkten entstanden sind, auszuräumen. Dabei kann es um den Verkauf ganzer Unternehmen gehen, aber auch um die Abgabe von Marken, von Forschungskapazitäten, oder auch anderen notwendigen Ressourcen wie bspw. Mineralwasserquellen oder Start- und Landerechten auf Flughäfen. Manchmal versucht die Kommission mit diesen Auflagen bewußt, neue starke unabhängige Wettbewerber aufzubauen. Eine andere Gruppe von Auflagen betrifft den Abbau vertikaler Bindungen, um bspw. den Marktzugang Dritter zu erleichtern. Da die Kommission gerade mit solchen Auflagen und Zusagen sehr

¹² Vgl. EuGH-Urteil („Kali+Salz / MDK / Treuhand“) vom 31. 3. 1998, C-68/94, Tz. 179 – 248; abgedruckt in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 310 – 313; bzgl. des Binnenwettbewerbs ging es um die Beurteilung bestimmter struktureller Verflechtungen zwischen K+S und SCPA und bzgl. des Außenwettbewerbs um die Beurteilung der Wirkung von Importen sowie eines weiteren spanischen Wettbewerbers (Coposa).

¹³ Vgl. ausführlicher *Ysewyn / Caffarra* (1998), *Venit* (1998) und *Bishop* (1999).

¹⁴ Vgl. als Überblick *Kerber* (1994a, S. 123 ff.), *Immenga* (1997, S. 998 ff.) sowie umfassend *Fuchs* (1996).

spezifisch in Märkte eingreift und teilweise mit den beteiligten Unternehmen ganze Marktstrukturen auf gefährdeten Märkten faktisch aushandelt, sollte diese sich als pragmatisch verstehende Praxis aus ordnungspolitischer Sicht auch kritisch betrachtet werden (*Kerber* 1994a, S. 141 f.; *Fuchs* 1996, S. 271 f.), unabhängig davon daß diese Auflagen und Zusagen nicht immer überzeugend sind.¹⁵

III. Zu den wettbewerbstheoretischen Grundlagen der Europäischen Fusionskontrolle

1. Zur wettbewerbstheoretischen Auseinandersetzung um die Konzentration

Nach dieser knappen systematischen Zusammenstellung der von der Kommission in ihrer Fallpraxis angewandten Prüfungskriterien soll in diesem Abschnitt kurz die wettbewerbstheoretische Basis der europäischen Fusionskontrolle untersucht und deren Entwicklungslinien verdeutlicht werden. Hierfür erscheint es aber zunächst sinnvoll, nochmals kurz auf die allgemeine wettbewerbspolitische Diskussion um die Unternehmenskonzentration einzugehen. Während in den USA diese Auseinandersetzung um die wettbewerbspolitische Beurteilung der Konzentration von der heftig geführten Harvard-Chicago-Kontroverse bestimmt gewesen ist, ist sie in Deutschland zunächst in nicht minder kontroversen Weise von der Auseinandersetzung zwischen Kantzenbachs Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität und Hoppmanns Konzept der Wettbewerbsfreiheit geprägt worden. Für die dabei ausgetauschten Argumente sollen einige Stichworte genügen.

Für die aus der Workable Competition hervorgegangene Harvard Schule – in Deutschland auch Konzept des funktionsfähigen (oder wirksamen) Wettbewerbs genannt – ist charakteristisch, daß normativ von einem Zielbündel ausgegangen wird, das von der Wettbewerbspolitik verfolgt werden soll. Theoretische Basis ist das Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma (SVE), das systematische Zusammenhänge zwischen Marktstrukturen, Marktverhalten und Marktergebnissen herausfinden möchte (empirische Industrieökonomik). Hieraus sollten sich Aussagen über diejenigen Marktstrukturen ableiten lassen, die für eine möglichst gute Erfüllung der Ziele der Wettbewerbspolitik sorgen. Insofern sollte Wettbewerbspolitik auf die Herstellung bzw. Aufrechterhaltung von wettbewerblichen Marktstrukturen abstellen (marktstrukturorientierte Wettbewerbspolitik). Da eine zu hohe Unternehmenskonzentration folglich den funktionsfähigen bzw. wirksamen Wettbewerb gefährdet und insofern als Ausdruck von wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilender Marktmacht zu interpretieren ist, ist sie durch eine aktive Wettbewerbspolitik

¹⁵ Zur inakzeptablen Begründung der Kommission im Fall „Nestlé / Perrier“, weshalb die gemachten Auflagen die vorher ausführlich und gut ökonomisch begründeten Bedenken gegen den Zusammenschluß beseitigen können, vgl. *Kerber* (1994b).

zu bekämpfen, wobei die Fusionskontrolle hierfür zum zentralen wettbewerbspolitischen Instrument wird.¹⁶

Die insbesondere in den sechziger Jahren daraufhin stattgefundene Verschärfung der Fusionskontrolle in den USA ist von der Chicago Schule rigoros bekämpft worden. Nach ihrer Auffassung sollte sich die Wettbewerbspolitik auf der normativen Ebene ausschließlich an dem Ziel der Effizienz orientieren. Theoretisch geht sie stärker von der traditionellen neoklassischen Preistheorie mit dem Modell der perfect competition aus und steht dem SVE-Paradigma skeptisch gegenüber. Obwohl auch Marktmacht für sie aufgrund der durch sie ausgelösten allokativen ineffizienzen ein Problem sein kann, betont sie neben der Temporarität von Marktmacht aufgrund des Fehlens privater Marktzutrittsschranken umgekehrt aber auch die ökonomischen Vorteile, die durch größere Konzentration entstehen können (produktive Effizienz aufgrund von Skalenvorteilen). Da nach ihrer Auffassung in einem freien Markt nur effiziente Unternehmensgrößen überleben können (survivor approach), wird eine faktisch beobachtbare Vergrößerung der Unternehmenskonzentration als Ausdruck größerer Effizienz gedeutet (Effizienzdoktrin statt Marktmachtdoktrin der Harvard Schule). Obwohl die Fusionskontrolle nicht generell abgelehnt wird, erscheint sie aus dieser Sicht eher als interventionistischer Eingriff in an sich gut funktionierende Märkte, was zur Forderung nach einer weitgehenden Zurücknahme der Fusionskontrolle führte. Die weitgehende Durchsetzung der Chicago Schule in der US-amerikanische Antitrustdiskussion in den siebziger und achtziger Jahren hat sich dann auch in einer erheblichen Lockerung der US-amerikanischen Fusionskontrolle niedergeschlagen.¹⁷

In Deutschland ist im Rahmen der sog. Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse eine parallele Diskussion geführt worden – wenn auch mit wichtigen Unterschieden. Stellvertretend für die Harvard Schule stand hier Kantzenbach mit seinem Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität in der Kritik. Auch Hoppmann griff die Idee eines zu verwirklichenden Zielbündels an (Kantzenbachs Wettbewerbsfunktionen), setzte dem aber nicht die Effizienz, sondern die Wettbewerbsfreiheit entgegen. Von großer theoretischer Bedeutung ist, daß Hoppmann das SVE-Paradigma und damit die Vorstellungen von optimalen Marktstrukturen von einer anderen theoretischen Basis aus wesentlich grundsätzlicher angegriffen hat als die Chicago Schule. Seine wettbewerbstheoretischen Vorstellungen waren dabei sowohl von Schumpeterschen als auch Hayekschen Vorstellungen vom Wettbewerb als eines evolutorischen Prozesses von Innovation und Imitation bzw. vom Wettbewerb als eines Entdeckungsverfahrens geprägt. Da in diesen Wettbewerbsprozessen gerade neue Produkte kreiert werden, sind sowohl Märkte als auch die auf ihnen bestehenden Strukturen dem Wettbewerb nicht exogen vorgegeben, sondern entstehen und entwickeln sich erst endogen im Wettbewerb. Aus dieser Sicht er-

¹⁶ Vgl. zum Überblick *Kantzenbach/Kalfass* (1981), *Shepherd* (1997) und *Schmidt, I.* (1999a).

¹⁷ Vgl. als Überblick *Bork* (1978) und *Posner* (1979).

scheinen folglich Marktstrukturen auch als Ergebnisse von Wettbewerbsprozessen. Somit ist es nicht mehr so klar, ob eine marktstrukturorientierte Wettbewerbspolitik wirklich als Sicherung der Voraussetzungen für Wettbewerb verstanden werden kann, oder ob sie nicht vielmehr als interventionistischer Eingriff in die Wettbewerbsprozesse zu interpretieren ist. Bezieht man zusätzlich noch das Hayeksche Problem mangelnden Wissens ein mit dem Ergebnis, daß die Kartellbehörden weder über ein ausreichendes Wissen über die optimalen Marktstrukturen noch die sich bei funktionierendem Wettbewerb einstellenden Marktergebnisse verfügen, so folgt hieraus eine sehr fundamentale Kritik marktstrukturorientierter Wettbewerbspolitik, die vor allem auch die Fusionskontrolle betrifft. Trotz völlig anderer theoretischer Basis folgten daraus für Hoppmann ähnliche Konsequenzen wie für die Chicago Schule, nämlich ein größeres Vertrauen auf die Selbstregulierungsfunktion von Märkten und ein starkes Mißtrauen gegenüber einer als interventionistisch begriffenen marktstrukturorientierten Wettbewerbspolitik.¹⁸

Diese sehr grundsätzliche Kritik an einer marktstrukturorientierten Wettbewerbspolitik, die natürlich selbst wieder aus verschiedenen Gründen angreifbar ist, ist in den achtziger Jahren massiv unterstützt worden durch das weitgehende Einverständnis der empirischen Industrieökonomik, daß es ihr nicht gelungen ist, die vom SVE-Paradigma behaupteten Zusammenhänge zwischen Gewinnen einerseits und Konzentration und anderen Determinanten der Marktstruktur andererseits zweifelsfrei nachzuweisen.¹⁹ Weiterhin ist sowohl durch die Chicago Schule als auch durch die Theorie der Contestable Markets (Baumol 1982) der potentielle Wettbewerb wieder stärker in den Blickpunkt gerückt, mit der Folge, daß bei freiem Marktzugang die etablierten Anbieter auch bei hoher Konzentration durch den potentiellen Wettbewerb diszipliniert werden können. Auch wenn diese Ergebnisse durch die in der modernen spieltheoretischen Industrieökonomik geführte Diskussion um die Möglichkeit strategischer Marktzutrittsschranken wieder etwas zurückgerückt worden sind,²⁰ so hat doch der potentielle Wettbewerb als Beurteilungskriterium eine wichtige Bedeutung bekommen, durch die der Stellenwert von Marktanteilen und Unternehmenskonzentration erheblich relativiert worden ist. Dies hatte bereits deutliche Auswirkungen sowohl auf die US-amerikanische als auch – wie gezeigt – die europäische Fusionskontrolle.

Selbstverständlich ist die Entwicklung in der Wettbewerbstheorie wesentlich komplexer und differenzierter als es in dieser sehr knappen und pauschalen Übersicht gezeigt werden konnte. Neben dem Zweck, den Boden zu bereiten für eine theoretische Einordnung der europäischen Fusionskontrollpraxis, ging es insbeson-

¹⁸ Vgl. als Überblick Clapham (1981) und Hoppmann (1988).

¹⁹ Vgl. bspw. Schmalensee (1989) sowie Scherer/Ross (1990), die sogar zu dem Schluß kommen: „However, recent work has demonstrated that most, if not all, of the correlation between profitability and concentration found by Bain and his descendants ... was almost surely spurious“ (ebd., S. 411).

²⁰ Vgl. als Überblick Gilbert (1989) und Tirole (1990, S. 305 ff.).

dere darum, darauf hinzuweisen, daß die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Unternehmenskonzentration bzw. Fusionen ein wettbewerbspolitisches Problem darstellt, aus theoretischer und empirischer Sicht bei weitem nicht so klar und eindeutig beantwortet ist, wie dies angesichts der gefestigten Praxis der Fusionskontrolle erscheinen mag. Vielmehr sind die theoretischen und empirischen Grundlagen der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Zusammenschlüssen einschließlich der dabei konkret anzuwendenden Kriterien von erheblichen Unsicherheiten geprägt, über den der anscheinend bestehende breite Konsens in der Praxis nicht hinwegtäuschen sollte. Dabei geht es umgekehrt nicht darum, daß Konzentration und Fusionen kein wettbewerbspolitisches Problem darstellen. Denn dieser Nachweis ist den fundamentalen Kritikern der traditionellen Fusionskontrolle auch nicht gelungen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob es nicht notwendig sein könnte, nochmals nach besseren Begründungen für das weithin bestehende und vielleicht auch berechtigte Mißtrauen gegenüber steigender Unternehmenskonzentration zu suchen als die bisherigen traditionellen Marktmachtargumentationen.

Beispielsweise könnte ein der Evolutionsökonomik entlehntes Argument lauten, daß man für die Beurteilung von Konzentration vielleicht weniger auf die Gefahr überhöhter Preise abstellen, sondern vielmehr stärker überlegen sollte, wie sich steigende Konzentration auf die Erhaltung zentraler Funktionseigenschaften marktwirtschaftlicher Ordnungen auswirkt, wie bspw. die Fähigkeit, ständig nach neuen Problemlösungen auf neu auftretende Probleme zu suchen und damit flexibel auf exogene Schocks zu reagieren. Aus einer evolutiorischen (oder innovationsökonomischen) Sicht des Wettbewerbs ist die Aufrechterhaltung der Vielfalt unabhängiger Entscheidungseinheiten, die parallel und unabhängig voneinander nach neuen Innovationen suchen, entscheidend dafür, daß der Wettbewerb als Experimentierungsprozeß für die Suche nach neuen Problemlösungen seine Aufgabe der Generierung und Verbreitung von Innovationen und damit neuem Wissen erfüllen kann. Aus dieser Perspektive ist Konzentration also nicht so sehr deshalb ein Problem, weil dadurch vielleicht der Preis gegebener Produkte um 5 oder 10 % höher ist als er aufgrund der Kosten sein sollte (mit den entsprechenden allokativen Ineffizienzen), sondern Fusionen könnten deshalb ein Problem darstellen, weil sie den dezentralen Charakter der Suche nach neuen Innovationen einschränken und damit die Innovationskraft marktwirtschaftlicher Systeme vermindern. Ob und wie sich aus einer solchen evolutiorischen und innovationsökonomischen Perspektive eine Fusionskontrolle begründen ließe und an welchen Kriterien diese sich auszurichten hätte, kann hier nicht ausgeführt werden und ist auch als eine noch weitgehend ungelöste Frage anzusehen.²¹

²¹ Vgl. für eine solche Begründung Röpke (1990); zur Notwendigkeit von Vielfalt vgl. Metcalfe (1989) und zu der hier angedeuteten evolutiorischen Konzeption wissenschaftenden Wettbewerbs, die sich auf Schumpetersche und Hayeksche Vorstellungen stützt, vgl. Kerber (1994c; 1997).

2. Zur wettbewerbstheoretischen Basis der Kriterien der europäischen Fusionskontrolle

Sowohl der Text von Art. 2 FKVO als auch die von der Kommission verwendeten Kriterien bei der praktischen Prüfung von Zusammenschlüssen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zeigen, daß die zentrale wettbewerbstheoretische Grundlage der europäischen Fusionskontrolle das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (Harvard Schule) darstellt. So findet sich in Art. 2 (1) FKVO nicht nur der explizite Hinweis auf „wirksamen Wettbewerb“ und die „Struktur“ der betroffenen Märkte, sondern – ebenso wie in § 19 (2) GWB (n.F.) – eine lange Liste von Marktstrukturkriterien, die bei der Prüfung zu berücksichtigen sind. Noch deutlicher wird dies in der in Abschnitt II zusammengefaßten Vorgehensweise der europäischen Fusionskontrolle mit Marktbegrenzung, der zentralen Bedeutung von Marktanteilen, und der Heranziehung weiterer Marktstrukturkriterien wie Stärke anderer Wettbewerber, Marktzutrittsschranken, Struktur der Marktgegenseite, Marktphasen, Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie Homogenität der Produkte bzw. Wettbewerber, Markttransparenz und Verflechtungen bei Oligopolprüfungen.²²

Gleichzeitig aber bemüht sich die Merger Task Force sehr, innerhalb dieser traditionellen Vorgehensweise mit Marktbegrenzung und anschließender Feststellung der Marktbeherrschung durch Heranziehung von Marktstrukturkriterien auch neue, andere theoretische Ansätze mitzuverwenden, um damit ihre Begründungen besser ökonomisch fundieren zu können. Die Praxis der europäischen Fusionskontrolle ist stark davon gekennzeichnet, daß große Anstrengungen unternommen werden, vom jeweiligen aktuellen Forschungsstand in der Ökonomie bei der Entwicklung der angemessenen Kriterien auszugehen. Der ökonomischen Analyse kommt deshalb eine große Bedeutung zu. Der in diesem Zusammenhang zu sehende Versuch, den Marktbeherrschungsbegriff präziser zu fassen, hat allerdings dazu geführt, daß „der wettbewerblich nicht kontrollierte Verhaltensspielraum“ von der Kommission jetzt viel expliziter als „Preisspielraum“ verstanden wird, ebenso wie auch bei der Marktbegrenzung viel direkter preistheoretisch argumentiert wird. Mit dieser „Präzisierung“ hat aber gleichzeitig auch eine starke Verengung des Marktbeherrschungsbegriffs und indirekt auch des Wettbewerbsbegriffs stattgefunden, der damit wieder auf den neoklassischen Preiswettbewerb reduziert zu werden droht. Gleichermaßen gilt auch für die Diskussion der Determinanten des Parallelverhaltens bei der Prüfung auf marktbeherrschende Oligopole. Eingang in die Kriterien der Kommission hat insbesondere auch die Theorie der Contestable Markets gefunden, deren zentrale Frage nach der Existenz von versunkenen Kosten bei der stark an Bedeutung gewonnenen Prüfung des potentiellen Wettbewerbs immer wieder eine besondere Rolle gespielt hat. Generell zeigt sich auch hier eine Tendenz, die auch

²² Diese Zusammenstellung weist erhebliche Parallelitäten zu der erweiterten Darstellung des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs bei Zohlnhöfer (1991) auf.

sonst in der europäischen Wettbewerbspolitik zu beobachten ist (bspw. bei der Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen), daß in teilweiser Anlehnung an wettbewerbstheoretische Vorstellungen der Chicago Schule neoklassische mikroökonomische Analysen eine zunehmende Bedeutung bekommen.

Dieses starke Bemühen nach gut theoretisch begründeten Kriterien ist vermutlich auch vor dem Hintergrund der im letzten Abschnitt angedeuteten grundsätzlichen Kritik an dem traditionellen Ansatz der Harvard Schule und des SVE-Paradigmas zu sehen. Die Entscheidung der europäischen Fusionskontrollpraxis, auch bei hohen und sehr hohen Marktanteilen immer noch nach Argumenten zu suchen, ob dieser Zusammenschluß wirklich ein wettbewerbspolitisches Problem darstellt, und eben nicht pauschal nur nach Marktanteilen zu argumentieren, kann auch als Folge der inzwischen weitverbreiteten Einsicht in die Problematik der Bedeutung von Marktanteilen und jeder pauschalisierten Beurteilung von Konzentration verstanden werden. Die Tatsache, daß das Kriterium Marktanteil trotz seiner immer noch zentralen Bedeutung in der konkreten europäischen Fusionskontrollpraxis stark relativiert worden ist, zeigt, daß die traditionelle Herangehensweise des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs, die vor allem auf einfache Marktanteils-kriterien setzte (bspw. Marktanteilsvermutungen im GWB), nicht mehr als adäquat angesehen wird, sondern eine differenzierte ökonomische Analyse gefragt ist. In diese Richtung wird auch das negative Urteil des EuGH in „Kali+Salz / MDK / Treuhand“ über die Oligopolprüfung der Kommission interpretiert.

Man könnte aber auch ein anderes Phänomen als mögliche Reaktion auf die grundsätzliche Kritik an den theoretischen Grundlagen der Fusionskontrolle verstehen, nämlich die generell großzügigere und flexiblere Haltung bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen, durch die sich die Kommission im Vergleich bspw. zum Bundeskartellamt auszeichnet. Da es bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung nicht nur auf die Strukturkriterien ankommt, nach denen man prüft, sondern auch die Maßstäbe, bei welchen Marktanteilen man ernsthafte Probleme sieht oder bei welchen Marktzutrittsbedingungen man noch von einem ausreichend wirksamen Wettbewerb ausgehen kann, bestehen hier weitere Spielräume, um zu anderen wettbewerbspolitischen Beurteilungen von Zusammenschlüssen zu kommen. Wenn man sich aufgrund grundsätzlicher Kritik über die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von vielen Zusammenschlüssen nicht mehr so sicher ist wie früher, gleichzeitig aber an der Fusionskontrolle mit ihrer traditionellen, etablierten Methodik festhalten möchte, so liegt es nahe, auf diese Kritik mit dem Einschwenken auf eine weniger restriktive Praxis zu reagieren und bspw. bei den zulässigen Marktanteilen oder dem potentiellen Wettbewerb großzügigere Maßstäbe gelten zu lassen.

Bei der Frage nach der theoretischen Basis der Beurteilungskriterien für die europäische Fusionskontrolle ist auch auf das im Vorfeld der Einführung der FKVO heftig umstrittene Problem einzugehen, ob hierbei auch andere, nichtwettbewerbliche Kriterien berücksichtigt werden. Dies ist in Abschnitt II zurückgestellt worden. Theoretisch verbindet sich dies zum einen mit der Berücksichtigungs-

fähigkeit von industriepolitischen Argumentationen, zum anderen aber auch mit der Bedeutung von ökonomischen Effizienzargumenten, wie sie bspw. von der Chicago Schule vorgebracht werden.

3. Das Problem „Industriepolitik“ bzw. „Efficiency Defence“

Vor Einführung der europäischen Fusionskontrolle gab es heftige Auseinandersetzungen, ob es möglich sein sollte, bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen die Nachteile der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung mit anderen nichtwettbewerblichen Vorteilen, insbesondere einer Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, abzuwägen, wie man sie bspw. aus den Kartellausnahmen nach Art. 81 (3) EGV oder von der deutschen Ministererlaubnis kennt. Der verabschiedete Wortlaut von Art. 2 FKVO ist insofern klar, als es nach Art. 2 (2) u. (3) FKVO nur auf das Entstehen oder Verstärken einer beherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, ankommt. Allerdings hat sich das Kriterium „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ als Relikt dieser Entstehungsgeschichte in Art. 2 (1) FKVO in der Aufzählung der von der Kommission bei der Prüfung zu berücksichtigenden Kriterien gehalten und ist seit Einführung der Fusionskontrolle Gegenstand von Spekulationen über seine konsistente Einbeziehung in die Prüfung von Zusammenschlüssen. Von Anfang an gab es Bedenken, ob über dieses Kriterium nicht systematisch industriepolitische Argumentationen in die Fusionskontrollpraxis einbezogen werden könnten, so daß die rein wettbewerbliche Orientierung der Fusionskontrolle aufgeweicht werden würde. Andererseits ist dieses Kriterium innerhalb des Art. 2 (1) FKVO in einer Weise eingeschränkt, die nach breiter Überzeugung eine Abwägung mit den Nachteilen einer marktbeherrschenden Stellung nicht erlaubt. Bezieht man weiter mit ein, daß die Kommission bisher äußerst zurückhaltend mit diesem Kriterium umgegangen ist, falls solche Argumentationen von den beteiligten Unternehmen vorgetragen worden sind, und es bisher noch nie eine auch nur annähernd bedeutende Rolle bei Entscheidungen der Kommission gespielt hat,²³ so könnte es als vertretbar erscheinen, dieses Kriterium als theoretisch und praktisch bedeutungslos und die dahinter stehenden Kontroversen als endgültig erledigt anzusehen.

Dies könnte sich jedoch als verfrüht erweisen, denn in jüngster Zeit scheinen wieder vermehrt Diskussionen darüber zu entstehen, ob nicht doch in der europäischen Fusionskontrolle auch andere, nichtwettbewerbliche Ziele systematisch berücksichtigt werden könnten. Diese Spekulationen gehen jedoch nicht von der Kommission aus, die sich eher solchen Argumentationsversuchen möglichst weitgehend zu verweigern scheint und bei ihrer Prüfung selbst strikt wettbewerbsorientiert.

²³ Vgl. Immenga (1997, Rdnr. 179), Noël (1997) und Albers (1999, Rdnr. 509); für eine etwas andere Einschätzung vgl. Camesasca (1999).

tiert vorgeht. Vier verschiedene Argumentationstypen lassen sich hierbei unterscheiden:

(1) So wird die Frage gestellt, ob die Kommission bei ihrer Zusammenschlußkontrolle auch andere Ziele des EG-Vertrages zu berücksichtigen hat. Die Kommission hat dies bisher in ihren Entscheidungen nicht gemacht. *Emmerich* (1996, S. 539) hält es jedoch für „fraglich . . . , ob die Kommission an dieser Praxis noch länger festhalten kann, da das Gericht erster Instanz 1994 aus dem Gesamtzusammenhang der Fusionskontrollverordnung den Schluß gezogen hat, daß die Kommission nach Art. 2 der Verordnung gezwungen sei, ‚eine wirtschaftliche Bilanz‘ des betreffenden Zusammenschlusses aufzustellen, in die gegebenenfalls sogar Erwägungen sozialer Art einzugehen hätten.“ Konkret geht es dabei um die Berücksichtigungsfähigkeit eines drohenden Verlustes von Arbeitsplätzen bzw. um regionale Beschäftigungswirkungen (ebd.; *Albers* 1999, Rdnr. 537). In der Literatur wird vor allem auch diskutiert, ob das Ziel des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts als sog. Kohäsionseinwand einbezogen werden kann, bspw. in dem die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in Gebieten mit hohem Umstrukturierungsbedarf berücksichtigt wird (Rdnr. 537 ff.).

(2) Eine zweite Möglichkeit stellen traditionelle industriepolitische Argumentationen dar, bspw. in der Art, ob nicht eine marktbeherrschende Stellung innerhalb der EU hinzunehmen ist, wenn dadurch die internationale Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen auf den Weltmärkten gestärkt würde. In den Entscheidungen der Kommission findet sich bisher diese Argumentation nicht (ausführlicher *Albers* 1999, Rdnr. 533 ff. mit weiterer Literatur).

(3) Weiterhin ist eine erneute Diskussion um die Frage der Berücksichtigung des Kriteriums „wirtschaftlicher und technischer Fortschritt“ in der Fusionskontrolle entstanden. So wird in der jüngst erschienenen Kommentierung von Art. 2 FKVO von *Albers* (1999, Rdnr. 504 ff.) im wichtigsten deutschsprachigen Kommentar zum EG-Vertrag ausführlich erörtert, ob die „Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ als „Fortschrittseinwand“ ein Rechtfertigungsgrund für ein ansonsten wettbewerbsbeschränkendes Zusammenschlußvorhaben sein könnte. Albers selbst kommt in seiner Darstellung der Diskussion zu keinem klaren Ergebnis, da er auf der einen Seite mit der Einordnung dieses Kriteriums als Rechtfertigungsgrund für einen ansonsten zu Marktbeherrschung führenden Zusammenschluß und seine Anlehnung an die Vorgehensweise von Art. 81 (3) EGV mit ihren vier Bedingungen (Rationalisierungsvorteile, Verbraucherbeteiligung, Verhältnismäßigkeitsprinzip und keine Wettbewerbsbehinderung; vgl. Rdnr. 522 ff.) eine Abwägung der ökonomischen Vorteile des Zusammenschlusses mit dessen wettbewerblichen Nachteilen nahelegt, gleichzeitig aber eine solche Abwägung in der Fusionskontrolle für explizit ausgeschlossen hält (Rdnr. 519). Auch sieht er völlig zu Recht, daß die ansonsten in Art. 81 (3) EGV vorhandene vierte Bedingung „keine Wettbewerbsbehinderung“ bei gleichzeitiger Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung eigentlich gar nicht erfüllbar ist. Gleichwohl lehnt er diesen Fortschrittseinwand jedoch nicht ab, sondern ist der Auffassung, daß

etwaige Rationalisierungsvorteile einer Fusion zu berücksichtigen sind und lediglich die präzise Form der Einbeziehung in die Prüfung umstritten ist. Insofern wird nach seiner Meinung der Fortschrittseinwand nur ausnahmsweise und im Einzelfall erfolgreich geltend gemacht werden können (Rdnr. 530 f.).²⁴

(4) Diese Überlegungen zum Fortschrittseinwand überschneiden sich inhaltlich stark mit einem vierten Argumentationstyp, der unmittelbar aus der Wettbewerbstheorie selbst stammt und gleichzeitig auch fest in der US-amerikanischen Fusionskontrolle verankert ist, nämlich die sog. „efficiency defence“. Wettbewerbstheoretischer Ausgangspunkt sind die Argumentationen der Chicago Schule, die die neoklassische Effizienz im Sinne der Maximierung der (Konsumenten-)Wohlfahrt in den Mittelpunkt stellt. Wie im Trade-off-Modell von Williamson dargestellt, geht es um den Zielkonflikt zwischen den Nachteilen einer Fusion, die sich in der allokativen Ineffizienz manifestieren, die durch die entstehende Marktmacht verursacht wird (dead-weight loss), und den Nettowohlfahrtsgewinnen, die durch die möglicherweise durch den Zusammenschluß generierten Effizienzvorteile entstehen können (produktive Effizienz). Der Effizienzeinwand würde folglich bedeuten, daß eine Fusion, die zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, mit dem Argument, daß hierdurch Effizienzvorteile erzielt werden können, die die Nachteile durch die Marktbeherrschung überwiegen, genehmigt werden könnte.²⁵ In der zentralen Zeitschrift zum europäischen Wettbewerbsrecht (*European Competition Law Review*) sind in letzter Zeit Artikel erschienen, die für die europäische Fusionskontrolle eine solche „efficiency defence“ nahelegen (*Noël* 1997) oder sogar offen fordern (*Camesasca* 1999).²⁶ Da Effizienzvorteile wohl weitgehend identisch mit den Rationalisierungsvorteilen sind, mit denen Albers den oben behandelten Fortschrittseinwand operationalisieren würde, würde es sich bei den beiden Rechtfertigungsgründen Fortschrittseinwand und Effizienzeinwand um den im wesentlichen gleichen ökonomischen Sachverhalt handeln. Faktisch wäre dies nicht weit von der „wirtschaftlichen Bilanz“ entfernt, wie sie aus der Anwendung von Art. 81 (3) EGV bekannt ist, die nun jedoch mit moderner Mikroökonomie und wohlfahrtsökonomischer Effizienzanalyse fundiert wäre.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Kommission es bisher vermieden hat, die Nachteile der Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit irgendwelchen anderen nichtwettbewerblichen Vorteilen abzuwägen. Es ist jedoch nicht klar, ob die Kommission eine solche Abstinenz auf Dauer durchhalten kann (und will). Aus dem Gesamtzusammenhang der europäischen

²⁴ Vgl. hierzu die auch zurückhaltenderen Überlegungen bei *Immenga* (1997, S. 889 ff.).

²⁵ Zur US-amerikanischen Praxis der „efficiency defence“, in der die Anforderungen an den Nachweis von Effizienzvorteilen allerdings so hoch gesetzt werden, daß er schwer geltend gemacht werden kann, vgl. *Noël* (1997) und *Camesasca* (1999).

²⁶ *Camesasca* (1999) ist der Auffassung, daß die Kommission in ihrer Fusionskontrollpraxis längst Effizienzüberlegungen bei ihren Überlegungen einfließen läßt und fordert diese „implicit efficiency defence“ (S. 27) transparenter zu machen, bspw. durch Herausgabe einer diesbezüglichen Mitteilung.

Wettbewerbspolitik ist zu vermuten, daß hierbei weniger traditionelle industrie-politische Argumentationen wie internationale Wettbewerbsfähigkeit oder andere Vertragsziele das zentrale Problem darstellen werden. Wenn man aber beobachtet, in welchem erheblichen Umfang Argumentationen, die stark an den wettbewerbs-theoretischen Vorstellungen der Chicago Schule orientiert sind, in vielen Bereichen der europäischen Wettbewerbspolitik eine wachsende Bedeutung gewinnen und das Ziel der Effizienz in der Wettbewerbspolitik stärker in den Mittelpunkt rückt, dann könnte es für die Kommission längerfristig schwer werden, solche Effizienz-einwände systematisch unberücksichtigt zu lassen. Und zu solchen Effizienzvor-teilen können natürlich auch Vorteile bei der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zählen. Insofern spricht einiges für die Vermutung, daß gerade die in der US-amerikanischen Antitrustpolitik festetablierte „efficiency defence“ mit ihrer strikten ökonomischen Basis das Argumentationsmuster ist, mit dem ein Einbruch in die strikte Wettbewerbsorientierung der europäischen Fusi-onskontrolle am ehesten gelingen könnte.²⁷ Insbesondere erschien eine solche ökonomische Effizienzanalyse unverdächtig in bezug auf industrie-politischen Interventionismus.

IV. Zur institutionellen Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle

1. Das Problem der politischen Beeinflußbarkeit: Europäisches Kartellamt und Klagerichte Dritter

Ein weiterhin schwieriges Problem der europäischen Fusionskontrolle ist das Problem der politischen Beeinflußbarkeit von Kommissionsentscheidungen. Es wird angenommen, daß eine Anzahl von Entscheidungen erheblichen politischen Pressionen ausgesetzt gewesen ist, und manche Ungereimtheit in den Entscheidun-gen läßt sich vielleicht hierauf zurückführen.²⁸ Aus Gründen der argumentativen Klarheit sollte man dies aber unabhängig von dem Problem der Einbeziehung nichtwettbewerblicher Kriterien sehen. Schon früh sind die spezifischen institutio-nellen Bedingungen der europäischen Fusionskontrolle für diese Möglichkeiten der politischen Beeinflußbarkeit verantwortlich gemacht worden. Insofern sind auch immer wieder Vorschläge für institutionelle Veränderungen zur Lösung dieses Problems gemacht worden.²⁹ Da dieses Problem der politischen Beeinflußbarkeit weiterhin ungelöst ist, sollen hier nur kurz einige Anmerkungen zu solchen Vor-schlägen gemacht werden.

²⁷ Selbstverständlich kann man eine solche „efficiency defence“ in der Praxis sehr restrik-tiv gestalten, indem man bspw. – wie auch in den USA (vgl. Noël 1997) – hohe Beweisanfor-derungen stellt, aber das würde nichts an ihrer grundsätzlichen Existenz ändern.

²⁸ Vgl. für Beispiele hierzu ausführlicher Schmidt, A. (1999) und Schmidt, I. (1999b).

²⁹ Vgl. für einen Überblick mit weiterer Literatur Kerber (1994a, S. 152 ff.).

Die europäische Fusionskontrolle ist von Anfang an immer von dem Ruf nach einem Europäischen Kartellamt begleitet worden, insbesondere von deutscher Seite. Die Vorteile eines Europäischen Kartellamtes, das ähnlich wie das Bundeskartellamt gerichtsmäßig organisiert wäre, gegenüber den jetzigen Entscheidungsstrukturen, bei denen die (sich letztlich als politisches Entscheidungsgremium verstehende) Kommission über jede einzelne Untersagung entscheidet, ist leicht einzusehen. Andererseits sollte aber folgendes bedacht werden. Wenn die Einführung eines Europäischen Kartellamtes damit verbunden wäre, daß es ähnlich wie in Deutschland ein zweistufiges Verfahren gibt, mit einer rein wettbewerblichen Entscheidung durch das Kartellamt und einer weiteren politischen Entscheidungsstufe, in der auch andere Kriterien einbezogen werden können, dann könnte sich die Situation gegenüber der derzeitigen auch verschlechtern. Im Augenblick besteht in der europäischen Fusionskontrolle die sehr bemerkenswerte Konstellation, daß zwar die Kommission als quasi-politische Instanz Entscheidungen der zweiten Prüfungsphase trifft, sie dabei aber gleichzeitig nach Art. 2 FKVO nur wettbewerbliche Kriterien einbeziehen darf. In gewisser Weise ist die europäische Fusionskontrolle damit weiter als die deutsche Zusammenschlußkontrolle mit der Ministererlaubnis, die auch in der 6. GWB-Novelle nicht abgeschafft wurde.

Zwar mag es richtig sein, daß die Kommission bei ihren Entscheidungen politischen Pressionen ausgesetzt ist und diesen auch in einzelnen Fällen nachgeben mag, aber die Spielräume, die die engen Grenzen wettbewerblicher Kriterien setzen, machen willkürliche Entscheidungen wesentlich schwieriger, als wenn die Kommission über die Möglichkeit verfügen würden, die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung bspw. mit „gesamtwirtschaftlichen Vorteilen“ des Zusammenschlusses oder einem „überragenden Interesse der Allgemeinheit“ (wie in § 42 GWB n.F.) abzuwägen. In diesem Fall wären der sachlichen Willkür der Entscheidungen und damit politischen Pressionen keine Grenzen mehr gesetzt. Die Bindung der Kommission an wettbewerbliche Kriterien ermöglicht zwar sicher in manchen Fällen eine gewisse Dehnbarkeit, was denn noch aus wettbewerblicher Sicht akzeptiert werden kann, aber der Kommission werden hierdurch Grenzen gesetzt. Wie eng diese Grenzen tatsächlich sind, hängt entscheidend davon ab, in welchem Umfang es gelingt, daß in der konkreten Fusionskontrollpraxis ein immer dichter werdendes, konsistentes Netz von Kriterien entsteht, durch das festgelegt wird, wie bestimmte Fallkonstellationen zu behandeln sind. Durch festetablierte, konsistente Beurteilungsstandards wird nicht nur den Unternehmen eine gewisse Antizipierbarkeit und damit Rechtssicherheit gewährleistet, vielmehr bindet sich damit auch die Kommission selbst, so daß sie schwere Glaubwürdigkeitsverluste hinnehmen muß, wenn sie versucht, in einzelnen Fällen aus diesen Beurteilungsstandards auszubrechen, um bestimmten politischen Pressionen nachzugeben. Insofern halte ich die bestehende Situation, die die Kommission zwingt, wettbewerblich zu argumentieren, für ein sehr disziplinierendes Mittel in bezug auf willkürliche Entscheidungen durch die Kommission, die man nicht leichtfertig für die Vorteile eines Europäischen Kartellamtes eintauschen sollte, wenn man damit

gleichzeitig eine zweite, mit zusätzlichen Kriterien arbeitende politische Entscheidungsebene mitakzeptieren muß.

Der Schutz vor willkürlichen Entscheidungen der Kommission verbessert sich weiter, wenn man als zusätzliches Mittel der Disziplinierung die Möglichkeit von Klagen Dritter gegen Kommissionsentscheidungen systematisch miteinbezieht. Da sich die europäischen Gerichte als großzügig erweisen bei der Bejahung der Klagevoraussetzungen nach Art. 230 (4) EGV, so daß man bereits jetzt von der grundsätzliche Zulässigkeit der Konkurrentenklage ausgehen kann (*Immenga* 1999, S. 1094 ff.), muß die Kommission bei ihren Entscheidungen nicht nur die Aufhebung ihrer Entscheidungen durch die Rechtsprechung fürchten, wenn sie gegenüber Zusammenschlußvorhaben zu restriktiv entscheidet und die zusammenschlußwilligen Unternehmen klagen, sondern auch dann, wenn sie umgekehrt zu großzügig Fusionen zuläßt, weil sie dann mit Klagen von Konkurrenten oder anderen betroffenen Dritten rechnen muß. Auch dies führt zu einer erheblichen Disziplinierung der Kommission und zwingt sie, klare und konsistente Kriterienkataloge zu entwickeln und diese konsequent anzuwenden. Insofern könnte der zweckmäßige Ausbau des Klagerechts Dritter eine wesentlich interessantere institutionelle Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle sein als die Schaffung eines Europäischen Kartellamts, wenn sie auch nicht ohne Risiken ist, wie aus den US-amerikanischen Erfahrungen mit der privaten Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen Regelungen bekannt ist.

2. Zur Reichweite der europäischen Fusionskontrolle: das Verhältnis zur nationalen Fusionskontrolle und die Frage nach der extraterritorialen Anwendung

Ein weiterer Bereich der institutionellen Ausgestaltung der europäischen Fusionskontrolle ist zum einen ihr Verhältnis zu den nationalen Zusammenschlußkontrollen und zum anderen die Frage, inwieweit die EU ihre Fusionskontrolle auch jenseits ihrer Grenzen durchzusetzen beansprucht. Dies verweist darauf, daß die europäische Fusionskontrolle auf der einen Seite selbst bereits eine supranationale Zusammenschlußkontrolle ist, die geschaffen worden ist, weil man der Auffassung war, daß die durch die Verwirklichung des Binnenmarktes sich ergebenden Veränderungen der Marktstrukturen nicht ausreichend durch die vorhandenen nationalen Fusionsregelungen kontrolliert werden können. Auf der anderen Seite wird hierdurch aber auch deutlich, daß im Zuge der Globalisierung nochmals dasselbe Problem auf globaler Ebene auftritt, nämlich die Frage, ob die bestehenden einzelstaatlichen Fusionsregelungen in der Lage sind, Konzentrationsprozesse auf der globalen Ebene in ausreichender Weise zu kontrollieren.

Im Verhältnis zwischen der europäischen und der nationalen Fusionskontrolle waren seit Einführung der FKVO immer wieder die Umsatzschwellenwerte in Art. 1 FKVO zur Diskussion gestanden. Auch bei der 1998 in Kraft getretenen

Reform der Fusionskontrollverordnung³⁰ sind dabei unterschiedliche Auffassungen zwischen der Kommission und den Mitgliedsstaaten deutlich geworden, die sich der von der Kommission gewünschten Absenkung der Schwellenwerte aber erfolgreich widersetzt haben. Allerdings enthält es eine neue Regelung, die das Problem der Mehrfachanmeldungen bei verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden abmildern soll. Auch wird unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität die Möglichkeit der Verweisung eines europäischen Fusionskontrollfalls an die nationale Wettbewerbsbehörden nach Art. 9 FKVO erleichtert, wobei die Kommission auch zunehmend bereit ist, in einschlägigen Fällen den Anträgen der Mitgliedstaaten auf Verweisung stattzugeben (*EG-Kommission* 1999, Tz. 167 ff.). Bezieht man gleichzeitig mit ein, daß in der 6. GWB-Novelle vor allem bei den Verfahrensregelungen eine Angleichung an die entsprechenden europäischen Fusionskontrollregelungen stattgefunden hat (ausführlich Schulte 1998), so dürfte sich in Zukunft das Verhältnis zwischen der europäischen und der nationalen (insbesondere der deutschen) Fusionskontrolle weiter entspannen. Vielleicht gelingt es mit stärkeren Rückverweisungen auch, daß bisher ungelöste Problem des „Forum shopping“ einzudämmen, d. h. die Praxis, daß Fusionskontrollfälle bewußt so gestaltet werden, daß sie unter die europäische und nicht die nationale Fusionskontrolle fallen.³¹

Bei der Frage nach der internationalen Reichweite der Jurisdiktion der europäischen Fusionskontrolle sind in neuester Zeit zunehmend sog. Drittstaaten-Zusammenschlüsse aufgetreten (*Monopolkommission* 1998, Tz. 423). Nachdem die Kommission bei der Frage, ob sie zuständig ist, faktisch vom sog. Auswirkungsprinzip ausgeht³², d. h. der Frage, ob sich ein Zusammenschlußvorhaben auf den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirkt, prüft sie auch den Zusammenschluß von Unternehmen, die ihren Sitz in Drittstaaten haben, selbst wenn diese nicht einmal Produktionsstätten in der EU haben. Solche Fälle der extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle können selbstverständlich schwierige Probleme bei der Durchsetzung der Entscheidungen aufwerfen und zu Konflikten mit anderen Staaten führen. Am spektakulärsten war hierbei zweifellos der Fusionskontrollfall „Boeing / McDonnell Douglas“, bei dem eine offene Konfrontation zwischen der EU und den USA drohte, da die US-amerikanischen Antitrustbehörden diesen Zusammenschlußfall genehmigt hatten (ausführlicher *Bavas-*

³⁰ Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 v. 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: *AbI. EG*, Nr. L 180 v. 9. 7. 1997, S. 1 ff.; vgl. zu den Änderungen im einzelnen *Baron* (1997) und *Ahlborn/Turner* (1998).

³¹ Zum Problem des „Forum shopping“ vgl. *Monopolkommission* (1998, Tz. 421 f.). Auf die für die Praxis wichtige institutionelle Änderung der Aufgabe der Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, soweit sie Vollfunktions-Unternehmen sind, durch die Regelungen des neuen Art. 2 (4) FKVO soll hier nicht eingegangen werden (vgl. *Baron* 1997, S. 585 ff., sowie *EG-Kommission* 1999, S. 60 f.).

³² Die EU geht nicht von einem einfachen Auswirkungsprinzip aus, sondern von einer wesentlich komplizierteren Regelung (vgl. *Basedow* 1998, S. 17 ff.), die jedoch faktisch auf das Auswirkungsprinzip hinausläuft.

so 1998). Die zunehmenden Probleme, die sich daraus ergeben, daß sich durch die wachsende Internationalisierung wettbewerbsbeschränkende Praktiken negativ auf die Märkte innerhalb der EU auswirken können, versucht die Kommission aber nicht nur durch eine solche verstärkte extraterritoriale Anwendung ihres Wettbewerbsrechts zu lösen, sondern auch durch eine offensive Politik der Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden anderer Länder (insbesondere den USA) sowie durch Initiativen für einen weltweiten multilateralen institutionellen Rahmen zur Durchsetzung von Regeln zum Schutz des Wettbewerbs. Für die Weiterentwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik und damit auch der europäischen Fusionskontrolle könnten sich hieraus längerfristig wichtige neue Perspektiven ergeben.³³

V. Folgerungen

Die europäische Fusionskontrolle wird bald auf eine zehnjährige Praxis zurückblicken können. Es ist ihr in diesem Zeitraum gelungen, zu einer weithin anerkannten Zusammenschlußkontrolle zu werden. Ob es sich bei der europäischen Fusionskontrolle auch um eine erfolgreiche Fusionskontrolle handelt, die bei ihrer Beurteilung von Zusammenschlüssen von den richtigen Kriterien ausgeht und diese in adäquater Weise anwendet, so daß der Wettbewerb durch sie wirklich in bestmöglichster Form geschützt wird, hätte eine wesentlich umfangreichere Arbeit erfordert als sie hier geleistet werden kann. In diesem Beitrag sollten nur einige Entwicklungslinien und Perspektiven verdeutlicht werden.

Zunächst ging es dabei darum, in systematischer Weise herauszuarbeiten, mit welchen materiellen Kriterien die Kommission Fusionen auf die Entstehung und Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen von einzelnen oder mehreren Unternehmen prüft. Dabei zeigte sich, daß die Kommission in ihren inzwischen Hunderten von Entscheidungen ein detailliertes Raster von Kriterien erarbeitet hat, die sie bei ihrer wettbewerblichen Analyse systematisch anwenden. Ein weiteres wichtiges Ergebnis war, daß die wettbewerbstheoretischen Grundlagen der europäischen Fusionskontrollpraxis mit ihrer weitgehenden Verwendung von Marktstrukturkriterien immer noch stark vom Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs geprägt sind, wobei sich die Kommission stark um die Einbeziehung auch anderer theoretischer Ansätze bemüht, um die Qualität ihrer ökonomischen Analysen zu verbessern. Bei der heiklen Frage der Einbeziehung nichtwettbewerblicher Kriterien in die Beurteilung von Zusammenschlüssen fällt auf, daß für die Kommission bisher nur wettbewerbliche Kriterien entscheidungsrelevant waren. Im Gegensatz dazu scheint aber die Diskussion um die Möglichkeit der Abwägung

³³ Vgl. die programmatischen Aussagen des bisherigen Wettbewerbskommissars Karel van Miert (1999); für einen allgemeinen Überblick über diese Diskussion vgl. Basedow (1998), *Monopolkommission* (1998, Tz. 710 ff.) sowie für die dabei bestehenden Grundoptionen Kerber (1999).

von Wettbewerbsnachteilen mit anderen ökonomischen Vorteilen, bspw. in Form eines Fortschrittseinwandes oder einer „efficiency defence“, wieder aufzuflammen, so daß die Zukunft einer rein wettbewerbsorientierten europäischen Fusionskontrolle wieder unklarer erscheint.

Auch wenn der Vorwurf der politischen Beeinflußbarkeit von Fusionskontrollentscheidungen der Kommission zutreffend ist, so könnte es aber doch gelingen, durch Entwicklung von klaren, konsistenten Beurteilungsstandards in Kombination mit einer Stärkung der Möglichkeit von Klagen Dritter die diskretionären Spielräume der Kommission weiter einzuschränken. Auch hier ist es wichtig, daß die Kommission nicht die Möglichkeit erhält, bspw. durch Einführung eines zweistufigen Verfahrens die wettbewerblichen Nachteile mit dem Allgemeininteresse etc. abwägen zu können. Von besonderer Bedeutung gerade für die langfristige Zukunft der europäischen Fusonkontrolle sind die Fragen der Reichweite ihrer Anwendung, wobei insbesondere das Problem der Kontrolle der Konzentration auf weltweiten Märkten auf der Agenda der aktuellen wettbewerbspolitischen Diskussion steht. Die bisherige Praxis der extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle wird sich hierbei vermutlich zu einer globalen multilateralen Zusammenarbeit mit anderen Wettbewerbsbehörden entwickeln, für die jedoch die notwendigen internationalen Abkommen noch weiter verbessert werden müssen.

Literatur

- Ahlborn, Christian / Turner, Vanessa* (1998): Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation, in: European Competition Law Review, S. 249 – 262.
- Albers, Michael* (1999): Kommentierung zu Art. 2 FKVO, in: von der Groeben, Hans / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU- / EG-Vertrag, Bd. 2 / II, 5. Aufl., Baden-Baden, S. 1162 – 1342.
- Baker, Simon / Wu, Lawrence* (1998): Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission, in: European Competition Law Review, S. 273 – 280.
- Baron, Michael* (1997): Die neuen Bestimmungen der Europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, S. 579 – 591.
- Basedow, Jürgen* (1998): Weltkartellrecht. Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen.
- Baumol, William J.* (1982): Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: American Economic Review 72, S. 1 – 15.
- Bavasso, Antonio F.* (1998): Boeing / McDonnell Douglas: Did the Commission fly too high?, in: European Competition Law Review, S. 243 – 248.
- Bishop, Simon B.* (1999): Power and Responsibility: The ECJ's Kali-Salz Judgment, in: European Competition Law Review, S. 37 – 39.
- Bork, Robert H.* (1978): The Antitrust Paradox, New York.

- Camesasca, Peter D. (1999): The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?, in: European Competition Law Review, S. 14 – 28.*
- Clapham, Ronald (1981): Das wettbewerbspolitische Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in: Cox, Helmut/Jens, Uwe/Markert, Kurt (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, München, S. 129 – 148.*
- Cook, C.J./Kerse, C.S. (1996): EEC Merger Control Regulation 4064/89, 2. Aufl., London.*
- Drauz, G./Schroeder, D. (1995): Praxis der Europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl., Köln.*
- EG-Kommission (1994): Wettbewerb und Integration. Die Fusionskontrollpolitik der Gemeinschaft, in: Europäische Wirtschaft Nr. 57, Brüssel und Luxemburg.*
- European Community competition policy. XXVIIth Report on competition policy, Luxembourg.
- Emmerich, Volker (1996): Fusionskontrolle 1995/96, in: Die Aktiengesellschaft, S. 529 – 540.*
- (1997): Fusionskontrolle 1996/97, in: Die Aktiengesellschaft, S. 529 – 538.*
- (1998): Fusionskontrolle 1997/98, in: Die Aktiengesellschaft, S. 541 – 547.*
- Enchelmaier, Stefan (1997): Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol. Eine Untersuchung der Behandlung von Oligopolfällen durch die Kommission und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden.*
- Fuchs, Andreas (1996): Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, S. 269 – 286.*
- Furse, Mark (1997): Market Definition – The Draft Commission Notice, in: European Competition Law Review, S. 378 – 382.*
- Gilbert, Richard J. (1989): Mobility Barriers and the Value of Incumbency, in: Schmalensee, Richard und Willig, Robert D. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Amsterdam.*
- Groeben, Hans von der / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.) (1999): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, 5. Aufl., Baden-Baden,*
- Hirsbrunner, Simon (1996): Fusionskontrolle der Kommission im Jahre 1995, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 517 – 523.*
- (1997): Fusionskontrolle der Kommission im Jahre 1996, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 748 – 755.
- Hoppmann, Erich (1988): Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden.*
- Immenga, Ulrich (1997): Kommentierung zur Fusionskontrollverordnung (FKVO), in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar, Bd. I, München, S. 775 – 1100.*
- Kantzenbach, Erhard / Kallfass, Hermann H. (1981): Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – Workable Competition, in: Cox, Helmut/Jens, Uwe/Markert, Kurt (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, München, S. 103 – 127.*
- Kantzenbach, Erhard / Kruse, Jörn (1987): Kollektive Marktbeherrschung. Das Konzept und seine Anwendbarkeit in der Wettbewerbspolitik, Brüssel – Luxemburg.*

Kantzenbach, Erhard / Kottmann, Elke / Krüger, Reinald (1996): Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden.

Kerber, Wolfgang (1989): Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, Baden-Baden.

- (1994a): Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG, Bayreuth.
- (1994b): Der EG-Fusionskontrollfall „Nestlé / Perrier“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, S. 21 – 35.
- (1994c): Evolutorischer Wettbewerb. Zu den theoretischen und institutionellen Grundlagen der Wettbewerbsordnung, Freiburg (unveröffentlichte Habilitationsschrift; erscheint in stark überarbeiteter Form 2000).
- (1997): Wettbewerb als Hypothesentest: eine evolutorische Konzeption wissenschaftenden Wettbewerbs, in: *Delhaes, Karl von, und Ulrich Fehl (Hrsg.)*, Dimensionen des Wettbewerbs: Seine Rolle in der Entstehung und Ausgestaltung von Wirtschaftsordnungen, Stuttgart, S. 29 – 78.
- (1999): Wettbewerbspolitik als nationale und internationale Aufgabe, in: *Apolte, Thomas / Caspers, Rolf / Welfens, Paul J. J. (Hrsg.)*, Standortwettbewerb – Wirtschaftspolitische Rationalität und internationale Ordnungspolitik, Baden-Baden (im Erscheinen).

Metcalfe, J. Stanley (1989): Evolution and Economic Change, in: *Silberston, Aubrey (Hrsg.)*, Technology and Economic Progress, Houndsmill, S. 544 – 585.

Miert, Karel van (1999): Foreword, in: EG-Kommission, European Community competition policy. XXVIIith Report on competition policy, Luxembourg, S. 3 – 7.

Monopolkommission (1998): Marktöffnung umfassend verwirklichen. Hauptgutachten XII (1996/97), Baden-Baden.

Montag, Frank / Kaessner, Ralph (1997): Neuere Entwicklungen in der Fallpraxis der europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, S. 781 – 794.

Neven, D. / Nuttall, R. / Seabright, P. (1993): Merger in Daylight, London.

Noël, Pierre-Emmanuel (1997): Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law, in: European Competition Law Review, S. 498 – 519.

Posner, Richard A. (1979): The Chicago School of Antitrust Analysis, in: University of Pennsylvania Law Review 127, S. 925 – 948.

Röpke, Jochen (1990): Externes Unternehmenswachstum im ökonomischen Evolutionsprozeß, in: ORDO 41, S. 151 – 172.

Scherer, F. M / Ross, David (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl., Boston.

Schmalensee, Richard (1989): Inter-Industry Studies of Structure and Performance, in: Schmalensee, Richard und Willig, Robert D. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. II, Amsterdam, S. 951 – 1009.

- Schmidt, André* (1999): Europäische Wettbewerbspolitik zwischen Prozeß- und Ergebnisorientierung: Zur Notwendigkeit institutioneller Reformen in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, S. 433–452.
- Schmidt, Ingo* (1999a): *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Eine Einführung*, 6. Aufl., Stuttgart.
- (1999b): Die europäische Fusionskontrolle – eine Synopsis, (erscheint im gleichen Band).
- Schmidt, Ingo / Schmidt, André* (1997): *Europäische Wettbewerbspolitik*, München.
- Shepherd, William G.* (1997): *The Economics of Industrial Organization*, 4. Aufl., Englewood Cliffs, N.J.
- Schulte, Josef L.* (1998): Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, in: *Die Aktiengesellschaft*, S. 297–308.
- Snelders, Robbert* (1996): Developments in E.C. Merger Control in 1995, in: *European Law Review* 21, Checklist No.2, CC/66–88.
- (1997): Developments in E.C. Merger Control in 1996, in: *European Law Review* 22, Checklist No.2, CC/75–96.
- Tirole, Jean* (1990): *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge und London.
- Venit, James S.* (1998): Two Steps Forward and No Steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance After Kali & Salz, in: *Common Market Law Review* 35, S. 1101–1134.
- Williamson, P. J.* (1994): Oligopolistische Marktbeherrschung und EG-Fusionspolitik, in: *Europäische Wirtschaft* Nr. 57, S. 143–206.
- Ysewyn, Johan / Caffarra, Cristina* (1998): Two's Company, Three's a Crowd: The Future of Collective Dominance After the Kali & Salz Judgment, in: *European Competition Law Review*, S. 468–472.
- Zohlnhöfer, Werner* (1991): Marktstruktur und funktionsfähiger Wettbewerb. Versuch einer Erweiterung des Konzepts von Kantzenbach, in: *Hamburger Jahrbuch*, S. 71–85.