

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

47

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Laura Börger

Die gerichtliche Kontrolldichte
bei der Überprüfung
von Entscheidungen der
Europäischen Kommission
auf dem Gebiet
der Fusionskontrolle

Kapitel 1 Einleitung

A. Problemstellung

Die Bedeutung der europäischen Fusionskontrollverordnung¹ als effektives Instrument zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs nimmt seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1989 stetig zu.² Die Freigabe oder Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens hat weitreichende Auswirkungen u. a. auf die beteiligten Unternehmen, Wettbewerber und Verbraucher. Daher kommt es in vielen Fällen im Anschluss zu einer gerichtlichen Überprüfung der Kommissionsentscheidung. Entweder wenden sich die am Zusammenschluss Beteiligten gegen die (Teil-) Untersagung ihres Vorhabens oder betroffene Dritte, wie z.B. Wettbewerber, klagen gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses, der nach ihrer Auffassung hätte untersagt werden müssen, weil er den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt behindert.

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten gab es so gut wie keine gerichtlichen Verfahren gegen Entscheidungen der Kommission im Bereich der Fusionskontrolle. Erst seit 1993 nehmen die Unternehmen vermehrt die Möglichkeit wahr, gerichtlichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kommission in Anspruch zu nehmen. In den ersten Verfahren beschäftigten sich die Richter fast ausschließlich mit dem Verfahrensrecht und der formellen Rechtmäßigkeit der Entscheidung.³ Klagen, die sich gegen materiellrechtliche Feststellungen in der Kommissionsentscheidung richteten, blieben zunächst ohne Erfolg.⁴ Dem

1 Aktuell gültige Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ABl. L Nr. 24 v. 29.1.2004, S. 1ff. Im Folgenden: Fusionskontrollverordnung, VO Nr. 139/2004 oder FKVO; die erste Fusionskontrollverordnung war die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ABl. L Nr. 395 v. 30.12.1989 S. 1ff. Diese wird im Folgenden nur als VO Nr. 4064/89 bezeichnet.

2 Die Statistik der angemeldeten Vorhaben kann abgerufen werden unter: ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf.

3 Nothdurft kritisiert diese „Flucht in Formalien“ und attestiert diese Vermeidungsstrategie vor allem jüngeren Jurisdiktionen, Nothdurft, in: FS Hirsch, S. 285ff. (290).

4 EuG v. 23.5.1999, Gencor, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753; EuG v. 28.4.1999, Endemol, Rs. T-221/95, Slg. 1999, II-1299; EuG v. 5.12.1999, Kesko, Rs. T-22/97, Slg. 1999, II-3775.

EuG wurde vorgeworfen, es prüfe die Feststellungen der Kommission und ihre Würdigungen der Tatsachen nur unzureichend nach.⁵

Die Chancen eines gerichtlichen Vorgehens waren aus Sicht der Unternehmen aussichtslos.⁶ Versucht wurde entweder durch Verpflichtungszusagen eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens abzuwenden oder das Zusammenschlussvorhaben wurde ganz aufgegeben.⁷ Die ineffiziente gerichtliche Kontrolle, führte zu der Redewendung über der Kommission wache nur „der blaue Himmel“.⁸ Auch die Kommission selbst hatte die Probleme erkannt.⁹

Eine Wende stellt das Jahr 2002 dar. In diesem Jahr hob das EuG mit den Rechtssachen *Airtours*¹⁰, *Schneider Electric*¹¹ und *Tetra Laval*¹² erstmals drei Untersagungsentscheidungen der Kommission auf und löste damit eine

5 So z.B. der Vorwurf im Wettbewerbsrecht von Deringer, in: Schwarze (Hrsg.) Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, 1987, S. 211ff. (214/216ff. m. w. N.).

6 Ehlermann/Völcker, EuZW 2003, S. 1: „In den ersten zehn Jahren der europäischen Fusionskontrollpraxis dürfte kaum ein Unternehmen ernsthaft ins Kalkül gezogen haben, seine Aussichten auf die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch Anrufung des EuG zu verbessern.“; die Kommissionsentscheidungen galten „praktisch als unangreifbar“, Nothdurft, ZWeR 2006, S. 306ff. (306); siehe auch Bartosch, WuW 2003, S. 574ff. (584); Möschel, JZ 2008, S. 383ff. (387).

7 Geradin/Petit, Forham Corporate Law Institute 2005, S. 1ff. (30): „However, the Commission made extensive use of the threat of a prohibition in order to extract substantial commitments from the merging parties.“

8 Nach den Urteilen in den Rechtssachen *Airtours*, *Schneider Electric*, *Tetra Laval* titelten Völcker und Ehlermann „kein blauer Himmel mehr über Fusionsverboten der Kommission“, Ehlermann/Völcker, EuZW 2003, S. 1.

9 Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM(2001) 745/6 Rn. 250: „Die richterliche Kontrolle von Fusionsentscheidungen wird in ihrer jetzigen Gestalt von einigen Kommentatoren als unbefriedigend und ineffizient angesehen. Wegen der Dauer der Verfahren vor den EG-Gerichten würde, so wird behauptet, vielfach von Rechtsmitteln gegen eine Fusionsentscheidung abgesehen, so dass der Druck der richterlichen Kontrolle auf das Verwaltungshandeln entfiel. Die Kommission hat selbstverständlich keinerlei Einfluss auf eine Reform der Gerichtsverfahren, und dieses Grünbuch ist ganz sicher nicht der Ort, wo eine solche Reform zu diskutieren wäre, doch sei an dieser Stelle gesagt, dass die Kommission jede weitere Reform der Gemeinschaftsgerichte zur Beschleunigung der Rechtsmittelverfahren begrüßen würde. Dies hätte zudem den Vorteil, dass die Rechtsprechung zu bestimmten wettbewerbsrechtlichen Problemen stärker fundiert würde.“

10 EuG 6.6.2002, *Airtours*, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585.

11 EuG v. 22.10.2002, *Schneider Electric*, Rs. T-310/01, Slg. 2002, II-4071.

12 EuG v. 25.10.2002 *Tetra Laval*, Rs. T-05/02, Slg. 2002, II-4381.

Diskussion in Praxis und Wissenschaft über die Intensität des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich der europäischen Fusionskontrolle aus, die bis heute anhält.¹³ Die drei Entscheidungen wurden u. a. als „sog. Schwarze Serie“¹⁴, „Prügel für die Kommission“¹⁵, „Tiefschlag für die Kommission“¹⁶, „Menetekel für die Kommission“¹⁷, „Wende der Kontrolldichte“¹⁸, „Desaster“¹⁹, „schmerzhafte juristische Niederlage“²⁰, „scathing slap-downs of the Competition Commission“²¹, „spektakuläre Misserfolgsserie“²², „schallende Ohrfeige aus Luxemburg“²³ und das Jahr 2002 als „annus horribilis“²⁴ für die Kommission bezeichnet. Manche sahen in den Entscheidungen bereits „eine neue Ära des gerichtlichen Rechtsschutzes“.²⁵ Insbesondere in der *Airtours*-Entscheidung wird eine Absage des EuG an das bisher faktisch geltende „Fusionsprivileg“ der Kommission gesehen.²⁶

-
- 13 Auch außerhalb der Wissenschaft, in der Presse schlugen die Entscheidungen hohe Wellen, vgl. D. Dombey, *Monti Given Small Comfort over Tetra*, *Financial Times*, 26.5.2004; D. Lawsky, *Week of Tests for EU in European High Court*, 23.5.2005, abrufbar unter: www.forbes.com/newswire/2004/05/23/rtl1381344.html; P. Meller, *Court Ruling Muddies Merger Scene in Europe*, *The New York Times* 26.05.2004; P. Pinzler, *Brite gegen Super-Mario*, *Die Zeit*, 31.10.2002; *Fusionskontrolle gerät unter Druck*, *Handelsblatt*, 15.10.2002.
 - 14 Kuchinke/Henders, in: Fechner (Hrsg.) *Crossmediale Fusionen und Meinungsvielfalt*, 2007 S. 158ff. (161).
 - 15 Schütz, in: Hootz (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar 5. Aufl. VO 139/2004 Art. 2 Rn. 154*.
 - 16 Örtel, *Die Oligopolproblematik in der Wettbewerbstheorie*, 2005, S. 158.
 - 17 Schohe, *WuW 2003*, S. 359ff. (359).
 - 18 Baron in: Langen/Bunte, *Band 2 Europäisches Kartellrecht*, 2010 Art. 16 FKVO Rn. 79.
 - 19 Roth, *ZHR 172 (2008)*, S. 670ff. (671).
 - 20 Montag/v. Bonin, in: *MüKo Band 1 Europ. WettbR., FKVO Art. 2 Rn. 418*.
 - 21 Richard Morraïis, *Two-card Monti*, *Forbes Global v. 17.2.2003*, abrufbar am 16.12.2010 unter: <http://www.forbes.com/global/2003/0217/018.html>.
 - 22 Brei, *WuW 2003*, S. 585ff. (586).
 - 23 Lange, *EWS 2003*, Vor S. 1.
 - 24 Drexel, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 905ff. (923); Craig, *EU Administrative Law*, 2006, S. 452; Vesterdorf, *European Competition Journal 2005*, S. 3ff. (33); Reeves/Dodoo, 2006, *Fordham Corporate Law Institute*, 2005, S. 117ff. (117).
 - 25 Baron, in: Langen/Bunte, *Band 2, Europäisches Kartellrecht*, 2010. Art. 16 FKVO Rn. 2.
 - 26 Farbmann, *Die Reform der Europäischen Fusionskontrolle*, S. 121.

Das Gericht rügte in den Entscheidungen vor allem die mangelhafte Tatsachenermittlung der Kommission, ihre unzureichende Beweiswürdigung und ihre voreiligen Schlussfolgerungen.²⁷ Die Akribie der Prüfung des EuG wurde als bemerkenswert empfunden.²⁸ Ob jedoch tatsächlich die Kontrolldichte der europäischen Gerichte im Vergleich zu früheren Entscheidungen zugenommen und das EuG die „Kontrollschrauben erheblich angezogen“²⁹ hat, ist umstritten.³⁰

Vielfach wurde die Stärkung des effektiven Rechtsschutzes durch die Urteile begrüßt.³¹ Jedoch wird von anderer Seite kritisiert, dass die Anforderungen an die Kommission um ein Zusammenschlussvorhaben zu untersagen, zu hoch gelegt wurden, um einen effektiven Wettbewerbsschutz zu erzielen.³² Die Kommission selbst bemängelte, dass das EuG seine institutionellen Kompetenzen überschritten hätte und damit das institutionelle Gleichgewicht zwischen den Organen der Europäischen Union gestört wurde.³³

Im Rahmen erstinstanzlicher verwaltungsgerichtlicher Prozesse vor dem EuG ist damit die Frage aufgeworfen, inwieweit d.h. mit welcher Intensität Kommissionsentscheidungen kontrolliert werden dürfen. Anders formuliert, ist umstritten, ob die Unionsrichter die Entscheidung in vollem Umfang überprüfen dürfen oder, ob es Bereiche gibt, in denen der Kommission ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht. Vollkommen

27 In der Rechtssache *Schneider Electric* warfen die Richter der Kommission vor, dass ihre Marktanalyse auf Oberflächlichkeiten, Widersprüchen, Auslassungen und Verallgemeinerungen beruhe. EuG v. 22.10.2002, *Schneider Electric*, Rs. T-310/01, Slg. 2002, II-4071 Rn. 197, 203, 208, 246, 355, 377, 409.

28 Adam, *Beurteilungsspielraum und Legalausnahme*, 2007, S. 36 m. w. N.; Bartosch, BB 2003 Beilage 3, S. 1ff. (2).

29 Baron, in: *Langen/Bunte*, Band 2 *Europäisches Kartellrecht*, 2010 Art. 16 FKVO Rn. 78.

30 Wagemann kommt sogar zu dem Ergebnis, dass sich der Beurteilungsspielraum der Kommission auf Null reduziert hat, Wagemann, in: *Wiedemann*, *Kartellrecht*, § 17 Rn. 233.

31 Ehlermann/Völcker, *EuZW* 2003, S. 1 sehen durch die Urteile eine „temporale Rechtsschutzlücke“ geschlossen; Burholt, *WRP* 2005, S. 858ff. (858).

32 Brei spricht nach der Urteil des EuG in der Rechtssache *Tetra Laval* bereits von einem „Begräbnis Erster Klasse für die Fusionskontrolle konglomerater Zusammenschlüsse“, Brei, *WuW* 2003 S. 584ff.

33 Schlussanträge *GA Tizzano v. 25.5.2004* zu *EuGH v. 15.2.2005*, *Kommission/Tetra Laval*, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 Rn. 62ff.

gerichtsfree Räume der Verwaltung sind mit dem Rechtsprinzip³⁴ und dem unionsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar.³⁵ Diese Untersuchung will diesen Fragen nachgehen und sie beantworten. Es wird dabei gezeigt werden, dass gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbare Beurteilungsspielräume der Kommission im Bereich der Fusionskontrolle weder notwendig für einen effizienten Wettbewerbsschutz noch sinnvoll sind. Vielmehr haben die beteiligten Zusammenschlussparteien und betroffene Dritte einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh).³⁶ Effektiver Rechtsschutz kann nur gewährleistet werden, wenn den Unionsgerichten die Möglichkeit gegeben wird, die Entscheidung der Kommission umfassend zu kontrollieren.

Die Diskussion um die Intensität (verwaltungs-)gerichtlicher Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen ist nicht neu und beschäftigt Rechtsprechung und Literatur schon seit den Anfängen des nationalen Verwaltungsrechts.³⁷ Auch

34 Das Rechtsprinzip bzw. Konzept der Rechtsgemeinschaft umfasst die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit im traditionellen nationalen Verfassungsrecht und ist die unionsrechtliche Entsprechung des staatenbezogenen Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit, bei dem die Besonderheiten des Mehrebenensystems berücksichtigt werden, vgl. zum Begriff Rechtsprinzip, seiner Verankerung im Unionsrecht und dessen Inhalt, Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 394 m. w. N; Kadelbach, in: Schwarze (Hrsg.), Europarecht Beiheft 2/2002, S. 7ff. (13f); Nowak, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 13 Rn. 4/5; grundsätzlich zu Verwaltungskontrollen im Mehrebenensystem Kadelbach, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 205ff.

35 Was nun die Ausübung von Ermessensbefugnissen angeht, so ist selbstverständlich, daß sie nicht ohne Grenzen stattfinden kann. Diese Grenzen sind nachprüfbar rechtliche Grenzen [...].“ so Schlussanträge GA Roemer v. 28.5.1963 zu EuGH v. 15.7.1963, BRD/Kommission der EWG, Rs. C-34/62, Slg. 1963 S. 269ff. (334/335).

36 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. C Nr. 83 v. 30.3.2010 S. 392ff.

37 So spricht Grote von den beiden Kardinalfragen des Verwaltungsrechtsschutzes – welche Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen sollen einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein und mit welcher Intensität soll diese Kontrolle durchgeführt werden? Grote, in: FS Starck, S. 775ff. (789); Dürig bezeichnet diese Fragen als „*quaestio diabolica*“, JZ 1953, S. 535ff. (535), wobei dieser Ausdruck wohl auf Zorn, VerwArch 2 (1894), S. 74ff. (82) zurückgeht, Nachweis bei Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 4 Fn. 19; di Fabio spricht vom „ewigen“ Problem, ders., Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 266; ebenso Ossenbühl, DVBl. 1993, S. 753ff. (758); ders., in: FS Redeker S. 55ff. (56); Herdegen, JZ 1991, S. 747ff. (747): („ewiger Streit“); Adam, Die Kontrolldichte-Konzeption des EuGH und deutscher Gerichte, 1993; Redeker, DöV 1971, S. 757ff., ders. NVwZ 1992,

auf europäischer Ebene ist die Kontrolldichte der europäischen Gerichte permanenter Gegenstand der Diskussion.³⁸ Als Dauerthema des Verwaltungs- und Verfassungsrechts ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte gegenüber Handlungen der Verwaltung ständig im Fluss.

Die Arbeit beschränkt sich auf die Kontrolldichte in der europäischen Fusionskontrolle. Gerichtliche Kontrolldichte hängt maßgeblich vom Sachgebiet ab und jedes Sachgebiet weist bereichsspezifische Besonderheiten auf.³⁹ Eine Arbeit zur Kontrolldichte im Unionsrecht könnte nur schwerlich eine vernünftige und praxistaugliche Lösung bieten. Nur unter Vergrößerungen und Verallgemeinerungen ließen sich allgemeingültige Kontrollparameter⁴⁰ bestimmen. Das tatsächliche Ausmaß gerichtlicher Kontrolle ist abhängig von der Vernetzung diverser Kontrollparameter, die sich aus verschiedenen sachverhaltlichen, materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten ergeben können.⁴¹

Die Fusionskontrolle ist mit ihrer Verzahnung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,⁴² bei deren Anwendung die Kommission u. a. komplexe Prognosen über Marktentwicklungen erstellen muss, anfällig für den Ruf nach besonders strenger aber auch besonders eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.⁴³

S. 305ff.; Papier, DöV 1986, S. 621ff.; Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 772ff.; Erichsen, DVBl. 1985, S. 22f.

38 van der Esch, Pouvoirs discrétionnaires de l'Exécutif européen et contrôle juridictionnel, 1968; zu den Gründen warum die Kontrolldichte gerade im europäischen Wettbewerbsrecht so intensiv diskutiert wird, siehe Legal, 2006, Fordham Corporate Law Institute, 2005, S. 107ff. (111).

39 Schwarze, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Ausmaß gerichtlicher Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 203ff. (207); Schuppert, DVBl. 1988, S. 1191ff. (1197).

40 Kontrollparameter werden hier als Maßstäbe verstanden, zu den sonstigen Aspekten von Kontrollparametern wird verwiesen auf: Schmidt-Aßmann in: ders./Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9ff. (14).

41 Dies haben auch andere Arbeiten zur Kontrolldichte gezeigt, vgl Adam, Die Kontrolldichte-Konzeption des EuGH, S. 156f; Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen, 1994, S. 253f; Fritzsche, Ermessen und institutionelles Gleichgewicht, 2008, S. 9; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 185; Pache, DVBl. 1998, S. 380ff. (385); Kröniger, Gerichtlicher Rechtsschutz und Kontrolldichte in der europäischen Fusionskontrolle, 2001, S. 247.

42 Nothdurft spricht davon, dass die rechtliche Beurteilung „maßgeblich von komplexen Vorfragen abhängt, deren Klärung von Hause aus anderen Professionen als der juristischen zugewiesen ist, Nothdurft, in: FS Hirsch, S. 285ff. (286).

43 So ist Pache der Auffassung, dass Erkenntnismängel, die zu einer Unsicherheit der Entscheidung führen und nicht ausgeräumt werden können einen Entscheidungsfreiraum

Überdies ist der Bereich Kontrolldichte im Unionsrecht aufgrund der lückenhaften Gesetzgebung und dem Fehlen einer europäischen Verwaltungsrechtstradition besonders reizvoll.⁴⁴ Wie noch gezeigt werden wird, unterscheiden sich die Kontrolldichtekonzepte in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich. So ist z.B. die Unterscheidung im deutschen Recht nach Freiräumen der Verwaltung auf der Tatbestands- oder der Rechtsfolgenrechte einer Norm und die daraus korrespondierende unterschiedliche gerichtliche Überprüfung einzigartig im Vergleich zu den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten. Für das Unionsrecht darf daher nicht einfach die bekannte Dogmatik aus dem nationalen Recht übernommen werden, sondern es müssen zunächst einmal die Grundlagen des unionsrechtlichen Rechtsschutzes herausgearbeitet und dargestellt werden.⁴⁵

Auch außerhalb des Fusionskontrollrechts wird die Intensität der gerichtlichen Kontrolle im Unionsrecht intensiv diskutiert. Insbesondere in folgenden Rechtsgebieten werden Beurteilungsspielräume der Kommission erwohnt: im Außenwirtschaftsrecht, besonders bei Anti-Dumping- und Anti-Subventionsmaßnahmen und Außenzöllen, im Agrarrecht sowie im Dienstrecht.⁴⁶ Ein

der Verwaltung rechtfertigen, Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 142.

- 44 „Der Bereich, in dem sich das Spannungsverhältnis von exekutivistischer Letztverantwortung und judikativem Kontrollanspruch brennpunktartig verdichtet, in dem gleichzeitig aber auch die Unterschiedlichkeiten zwischen deutschem Recht und Gemeinschaftsrecht ebenso wie Homogenisierungsmöglichkeiten am deutlichsten werden, ist der der Ermessensentscheidungen sowie der administrativen Beurteilungsspielräume“ Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, S. 405.
- 45 Das Problem darf nicht „durch die Brille nationaler Methoden und Dogmatik“ gesehen werden, Nicolaysen, in: FS Deringer S. 121ff. (122). Bührle spricht davon, dass die deutsche Betrachtungsweise nicht der europäischen übergestülpt werden dürfe, plädiert im Ergebnis jedoch für eine Unterscheidung von Tatbestands- und Rechtsfolgenrechten, Bührle, Gründe und Grenzen des „EG-Beihilfenverbotes“, 2006, S. 201 Fn. 173.
- 46 Siehe hierzu die Untersuchungen von Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht. 2005, S. 287ff. zum Dienstrecht, S. 374ff. zum Außenhandelsrecht, S. 380ff. zum Agrarrecht, S. 465ff. zum Zollrecht; und die Untersuchungen von Adam, Die Kontrolldichtekonzeption des EuGH und deutscher Gerichte, 1993, S. 33ff. zum Dienstrecht, S. 81ff. zum Außenwirtschaftsrecht, S. 99ff. zum Antidumping- und Antisubventionsrecht; zum Antidumping- und Beihilfenrecht siehe Skouris, in: Schwarze (Hrsg.), Europarecht Beiheft 2/2002 S. 71ff. (76ff., 79ff.); zum Agrarmarktrecht Gornig/Trübe, JZ 2000, S. 501ff. (504).

Vergleich mit der Kontrolldichte in diesen Rechtsgebieten würde jedoch den Umfang der Arbeit sprengen und ist wegen der jeweiligen bereichsspezifischen Besonderheiten auch nicht sinnvoll.

Es bietet sich allerdings ein Exkurs zu Entscheidungsspielräumen der Kommission und gerichtlicher Kontrolldichte im Rahmen des Kartellverbotes an. Die Kommission steht bei der Anwendung des Kartellverbotes vor vergleichbaren Schwierigkeiten, wie bei der Fusionskontrolle. Aufgrund der Komplexität der Materie und der Vielgestaltigkeit von Wettbewerbsprozessen sind das Kartellrecht und auch die Fusionskontrolle von einem hohen Anteil unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln gekennzeichnet.⁴⁷ Hierdurch wird die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung erheblich erschwert.

Die Thematik der Kontrolldichte im Rahmen gerichtlichen Rechtsschutzes gibt im Ergebnis Aufschluss über das institutionelle Verständnis im modernen Rechtsstaat und dem Verhältnis zwischen judikativer und exekutiver Gewalt und ihren jeweiligen Grenzen der Eigenständigkeit und Letztverbindlichkeit. So wird vielfach argumentiert, die Unionsgerichte seien keine „Oberbehörde“ oder „Super-Kommission“ und dürften nicht den Ehrgeiz entwickeln an der Stelle der Kommission tätig zu werden.⁴⁸

Aus Sicht der beteiligten Unternehmen geht es um die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gegen Verwaltungsentscheidungen und Wahrung ihrer grundrechtlich geschützten unternehmerischen Handlungs- und Eigentumsfreiheit.

Die Arbeit behandelt das letzte Stadium einer Verwaltungsentscheidung, die gerichtliche Kontrolle. Art und inhaltliche Tiefe der gerichtlichen Kontrolle setzen jedoch auch Maßstäbe für die vorherigen Stationen einer Verwaltungsentscheidung.⁴⁹

47 Pfeifer, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79*, S. 1ff. (8); Offterdinger, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77*, S. 1ff.; Günther, in: *FS Hartmann*, S. 123ff.; nach Kögel ist ein weiteres Problem, dass es sich bei der Fusionskontrolle und dem Kartellrecht um eine „vergleichsweise traditionslose Rechtsmaterie im kontinental-europäischen Raum handelt, die beständigen rechts- und wettbewerbspolitischen Veränderungen ausgesetzt ist.“, Kögel, *Die Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle*, 1996, S. 28.

48 Everling *WuW* 1989, S. 877ff. (890).

49 Hoffmann, *Abwägung im Recht*, S. 108 m. w. N. zum Lebenszyklus einer Verwaltungsentscheidung.

B. Gang der Untersuchung

Die gerichtliche Kontrolle und die Einräumung von Entscheidungsspielräumen zugunsten der Verwaltung können in verschiedenen Rechtsordnungen höchst unterschiedlich ausgestaltet sein. Grund hierfür sind insbesondere unterschiedliche Verwaltungs- und Verfassungsstraditionen des jeweiligen Staates. Das unionsrechtliche Rechtsschutzsystem ist durch mehrere nationale Rechtsordnungen beeinflusst. Vor einer Darstellung des Rechtsschutzsystems der Europäischen Union und seinen normativen und allgemeinen Vorgaben zur Kontrolldichte ist es für ein besseres Verständnis erforderlich, administrative Entscheidungsspielräume und ihre gerichtliche Kontrolle in ausgewählten Mitgliedstaaten, die besonders prägend für das unionsrechtliche Rechtsschutzsystem waren, darzustellen und rechtsvergleichend zu untersuchen. Diese Untersuchung erfolgt in Kapitel 2.

Zunächst sollen jedoch noch im Kapitel 1 besonders prägende Begriffe für diese Untersuchung auf ihren Aussagegehalt hin untersucht werden und ihre Verwendung in dieser Untersuchung festgelegt werden (Kapitel 1 D). Im Anschluss erfolgt eine Darstellung der europäischen Fusionskontrolle im System des Wettbewerbsschutzes in der Europäischen Union (Kapitel 1 E).

Im Anschluss an die rechtsvergleichende Darstellung in den Mitgliedstaaten erfolgt eine Untersuchung des Rechtsschutzsystems der Europäischen Union (Kapitel 3). Wichtigste Klageart im Bereich der Fusionskontrolle ist die Nichtigkeitsklage. Es werden daher ihre Voraussetzungen dargestellt und insbesondere die Klagegründe einer näheren Überprüfung unterzogen. Hieran anschließend werden die Vorgaben des europäischen Primärrechts sowie allgemeine Vorgaben wie z.B. die Prozessmaximen auf ihre Aussagen und Anforderung an die gerichtliche Kontrolldichte bei der Überprüfung von Entscheidungen der Kommission hin untersucht. (Kapitel 3 B Iff.)

Sodann soll ein Blick darauf geworfen werden, auf welche Art und Weise den Unionsorganen Beurteilungsspielräume zugestanden werden können und aus welchen Gründen den Organen im sonstigen Unionsrecht außerhalb des Wettbewerbsrechts Beurteilungsspielräume gewährt werden. (Kapitel 3 C I und II)

In einem nächsten Schritt wird untersucht, anhand welcher Kontrollparameter die Unionsgerichte anerkannte Beurteilungsspielräume der anderen Unionsorgane gerichtlich kontrollieren. (Kapitel 3 D)

Die auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse über die grundsätzliche Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes in der EU und die Vorgaben zur Kontrolldichte werden als Abschluss von Kapitel 3 mit den Erkenntnissen des Rechtsvergleiches in Kapitel 2 verglichen. (Kapitel 3 E)

Nach der allgemeinen Darstellung der Kontrolldichteproblematik im nationalen und allgemeinen Unionsrecht, soll in Kapitel 4 die Rechtsprechung der europäischen Gerichte im Bereich der europäischen Fusionskontrolle auf ihre Kontrolldichte hin untersucht werden. Zentrale Fragen sind, wann und aus welchen Gründen die Unionsgerichte einen Beurteilungsspielraum gewähren und wie sie diese Spielräume kontrollieren im Unterschied zu Bereichen, in denen der Kommission kein Spielraum zugestanden wird (Kapitel 4 C). Zuvor wird die Fusionskontrolle als Untersuchungsgegenstand kurz dargestellt und insbesondere untersucht gegen welche Maßnahmen oder Handlungen, die die Kommission im Laufe der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens trifft, überhaupt die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes offensteht (Kapitel 4 B). Die Darstellung der Rechtsprechung erfolgt in zwei verschiedenen Abschnitten. Zunächst wird die Rechtsprechung bis zum Jahr 2002 (Kapitel 4 C) dargestellt und im Anschluss daran, die Rechtsprechung seit 2002. (Kapitel 4 E) Dazwischen erfolgt ein Exkurs zur gerichtlichen Kontrolldichte im Rahmen von Entscheidungen zum Kartellverbot nach Art. 101 AEUV. (Kapitel 4 D)

Anschließend werden die einzelnen Begründungsansätze für einen Beurteilungsspielraum der Kommission dargestellt und gezeigt, dass diese Ansätze nicht in der Lage sind, einen Beurteilungsspielraum ausreichend zu rechtfertigen und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz einzuschränken (Kapitel 4 H). Im letzten Kapitel wird daher das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz hergeleitet und aufgezeigt, dass insbesondere Art. 47 GrCh das Gebot einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle verlangt und die Durchführung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle möglich ist.

C. Beschränkung des Themas

Rechtlich spannende Fragen bezüglich der Fusionskontrolle und der Kontrolldichte im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz existieren zuhauf. Sie können nicht alle in dieser Untersuchung beantwortet werden, so dass der Untersuchungsgegenstand im Folgenden eingeschränkt werden muss.

Prozessrechtliche Beschränkungen wie Klagefristen oder Anforderungen an die Klagebefugnis können den Kontrollumfang des Gerichtes verkürzen, ohne dass die Frage nach exekutiven Beurteilungsspielräumen tangiert wird. Jeder Rechtsstreit muss im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens irgendwann beendet sein, daher kennt jede Prozessordnung Klagefristen und Präklusionsvorschriften. Ist zum Beispiel eine Klage verfristet oder fehlt dem potentiellen Kläger die subjektive Betroffenheit ist die Klage unzulässig. Es findet bereits gar keine materiellrechtliche Kontrolle der Klage durch das Gericht

statt. Kontrolldichtereduzierungen allein aufgrund prozessualer Beschränkungen werden daher nicht untersucht.⁵⁰

Viele Mitgliedstaaten haben ein eigenes Fusionskontrollrecht, welches von nationalen (Wettbewerbs-)behörden angewendet wird und gerichtlich nur von nationalen Gerichten überprüft wird. Anders als im Kartellrecht wenden nationale Wettbewerbsbehörden nicht die FKVO an. Daher gibt es im Bereich der FKVO auch keine Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV.⁵¹ Folglich ist nicht zu thematisieren, ob eine bestimmte Prüfdichte vor den europäischen Gerichten Folgen für den Prüfdichtemaßstab nationaler Gerichte hat.⁵² Konkrete Vorgaben für das nationale Recht könnten aus dem unionsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes oder dem *effet utile* Prinzip folgen, welches mitgliedstaatliche Organe und Institutionen zum gleichmäßigen und wirksamen Vollzug verpflichtet.⁵³ Diese Gebote stellen Vorgaben für die Kontrolldichte nationaler Gerichte bei der Kontrolle von unionsrechtlich beeinflussten Rechtspositionen auf und fordern ein geeignetes nationales Verfahrens- und Prozessrecht, welches den mitgliedstaatlichen Gerichten die Möglichkeit gibt,

50 Hierbei handelt es sich um mittelbare Einflüsse auf die Kontrolldichte, siehe zum Einfluss der Klagebefugnis Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 410ff.

51 Zumal sich das Vorabentscheidungsverfahren von den Direktklagen fundamental unterscheidet. Beim Vorabentscheidungsverfahren bestimmen die vorlegenden Gerichte durch ihre Vorlagenbeschlüsse und -fragen den Umfang der gerichtliche Überprüfung, während bei den Direktklagen die Parteien selbst durch die Klagegründe den Umfang der Überprüfung bestimmen. Der EuGH ist an den von einem nationalen Gericht im Vorlagebeschluss mitgeteilten Sachverhalt gebunden.

52 Dies ist eine zentrale Fragestellung bei der gerichtlichen Kontrolldichte im Rahmen des Kartellverbots vgl. Fritzsche, Ermessen und institutionelles Gleichgewicht, 2008, S. 196ff.; Adam; Beurteilungsspielraum und Legalausnahme, 2007; Durner, EuR 2004, S. 547ff.; Jaeger, WuW 2000, S. 1062ff. (1071f.). Siehe hierzu auch die Diskussion dieser Frage für das Vergaberecht bei Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung im Vergaberecht, 2005, S. 44ff. und allgemein zum Thema Essens/Gerbrandy/Lavrijssen in: Essens/Gerbrandy/Lavrijssen, National Courts and the Standard of Review, 2009, S. 265ff. (272f).

53 Im Ergebnis kommt es zu einer Europäisierung nationalen Verwaltungsrechts. Dies betrifft auch den verwaltungsergerichtlichen Rechtsschutz, der „in das Gravitationsfeld“ des Unionsverwaltungsrechts geraten ist, vgl. hierzu v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 334ff.; zu Begriff und Dimension Europäisierung des Verwaltungsrechts, siehe Schmidt-Aßmann, in: Festgabe 50 Jahre BVerwG, S. 487ff. (487) und ders., Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 31f.

das Unionsrecht effektiv zur Geltung und Durchsetzung zu bringen.⁵⁴ Dem steht teilweise der Grundsatz verfahrensrechtlicher Autonomie der Mitgliedstaaten entgegen.⁵⁵

Ebenfalls ausgespart wird die gerichtliche Überprüfung bei der Festsetzung von Bußgeldern nach Art. 14, 15 FKVO. Art. 16 FKVO sieht in diesem Fall i. V. m. Art. 261 AEUV eine unbeschränkte Ermessensprüfung durch den Unionsrichter vor. Der Unionsrichter hat die Möglichkeit, seine Entscheidung an die Stelle der Kommission zu setzen und Bußgelder herab- oder heraufzusetzen.⁵⁶

Weiterhin nicht untersucht wird die Kontrolldichte der europäischen Gerichte bei Klagen im einstweiligen Rechtsschutz.⁵⁷ Die Arbeit befasst sich auch nicht mit der Abgrenzung richterlicher Befugnisse von EuG als Tatsachen- und dem EuGH als Rechtsmittelinstanz und der Kontrolldichte im Rechtsmittelverfahren.⁵⁸ Im Anschluss an fehlerhafte Untersagungsentscheidungen der Kommission haben einige Zusammenschlussparteien Amtshaftungsklage auf Schadensersatz gegen die Europäische Union erhoben. Diese Entscheidungen werden nur auf ihren Aussagegehalt für Beurteilungsspielräume der Kommission hin untersucht und nicht hinsichtlich den Voraussetzungen und der Kontrolldichte in Amtshaftungsverfahren.

54 Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an nationalen Rechtsschutz siehe Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 303ff.; so spricht Dörr, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., Europäischer Verwaltungsrechtsschutz vor § 1, Rn. 3 vom „Europäischen Verwaltungsprozeßrecht“.

55 Tonne, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte, 1997, S. 315ff. m. w. N; Ottow, in: Essens/Gerbrandy/Lavrijssen, National Courts and the Standard of Review, 2009, S. 39ff. (47); Schimmel/Widdershoven plädieren für eine freiwillige Übernahme des Tetra Laval Standards ins nationale Recht, um so die Entwicklung eines *Ius Commune* in Europa zu fördern, diess., in: Essens/Gerbrandy/Lavrijssen, National Courts and the Standard of Review, 2009, S. 51ff. (71); Bay/Calzado weisen daraufhin, dass die Angleichung eintritt, vgl. diess., World Competition 2005, S. 433ff. (442).

56 Hierzu Schmidt, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, 2004.

57 Vom einstweiligen Rechtsschutz zu unterscheiden ist das sog. Beschleunigte Verfahren (*fast track procedure*) bei dem es sich um das Hauptverfahren handelt aber, um die Verfahrensdauer zu verkürzen, auf bestimmte prozessrechtliche Instrumente verzichtet wird, vgl. Art. 76 a der VerfO EuG.

58 Dies untersuchen z.B. Langner, Der Europäische Gerichtshof als Rechtsmittelgericht, 2003; Bölhoff, Das Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 2001.