



Kirsten Malke Löwenkamp

Das neue
Verweisungssystem
nach der Verordnung
(EG) Nr. 139/2004

Eine effiziente Lösung
für eine optimale
Kompetenzverteilung?



A. Einleitung

Mit der Verabschiedung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen¹ am 21.12.1989 wurde erstmals auf europäischer Ebene eine rechtliche Grundlage für die Überprüfung von Zusammenschlüssen geschaffen, die sich auf den Gemeinsamen Markt auswirken, sog. Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Dem Erlass der Verordnung ging ein langjähriger Widerstand der Mitgliedstaaten voraus, die erhebliche Einschnitte in ihre nationalen Kompetenzen befürchteten. Denn ihr Regelungszweck war mit demjenigen der nationalen Zusammenschlusskontrollverfahren identisch, nämlich wirksamen Wettbewerb bei sog. externem Unternehmenswachstum zu gewährleisten. Unter „externem Unternehmenswachstum“ ist ein Zusammenschluss ursprünglich selbständiger Unternehmen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit unter Aufgabe ihrer Selbständigkeit zu verstehen. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb stellen sich deshalb als problematisch dar, weil die Bündelung von Kontrolle über den Erwerb bereits bestehender Kapazitäten erfolgt und die wirtschaftliche Machtstellung eines fremden Unternehmens somit lediglich übernommen und ausgenutzt wird, um die eigene Wirtschaftsposition zu verbessern.²

Die erste Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 wurde im Rahmen der Novelle 1997, die die Verordnung (EG) Nr. 1310/97³ hervorbrachte, den ersten wesentlichen Änderungen unterzogen. Die zweite grundlegende Reformierung fand mit dem Erlass der Verordnung (EG) Nr. 139/2004⁴ statt. Diese wurde vom Rat der Europäischen Union am 20.1.2004 förmlich verabschiedet und ist zum 01.05.2004 in Kraft getreten. Das Ergebnis der neuen Fusionskontrollverordnung basiert auf einem mehrjährigen Diskussionsprozess. Dessen inhaltlicher Fokus bestand zunächst in der Zuständigkeitsverteilung zwischen der europäischen Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Als zweiter reformbedürftiger Aspekt traten die Verfahrensvorschriften hinzu. Letztlich wurde die Debatte auf die materiellen Untersagungskriterien erweitert.⁵ Diesen drei Gesichtspunkten lag

1 VO 4064/89/EWG, ABl. 1989 L 395/1.

2 „Internes Unternehmenswachstum“ ist dadurch charakterisiert, dass das Anwachsen der Unternehmenskapazitäten auf der eigenen Leistung basiert und mithin eine reine Begleiterscheinung des unternehmerischen Erfolgs ist. Wirtschaftspolitisch ist die Steigerung eigener Unternehmensressourcen wünschenswert und daher legitim.; *Kling/Thomas*, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 460; *Montag M&A* 2001, 242.

3 VO 1310/97/EG, ABl. 1997 L 180/1.

4 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1.

5 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg.; *Soames/Maudhuit* ECLR 2005, 57; *Peyre/Simic* RDAI 2004, 519; *Arhold* EWS 2002, 449; *Bartosch* BB 2003, Beilage 3, 1; *Klees* EuZW 2003, 197; *Drauz* WuW 2002, 444; *von Hinten-Reed/Camasca/Schedl* RIW 2003, 321.

das gemeinsame Ziel zugrunde, eine transparente und an der Rechtswirklichkeit orientierte Rechtsgrundlage zu schaffen, die eine moderne, flexible, faire und effiziente Zusammenschlusskontrolle gewährleistet.⁶

Den Anlass zu dieser Dissertation gibt der die Reform zu Beginn bestimmende Aspekt der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden im Bereich der Zusammenschlusskontrolle. Neben der gesetzlichen Kompetenzabgrenzung ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen insbesondere das neue Verweisungssystem nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004. Verweisungen ermöglichen der originär zuständigen Behörde, ihre Kontrollkompetenzen auf eine zur Bewertung des Zusammenschlusses andere Behörde zu delegieren.

B. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchungen ist die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden einschließlich der ihr zugrunde liegenden Prinzipien. Anschließend werden die Änderungsvorschläge vorgestellt, die anlässlich der Reformüberlegungen im Hinblick auf eine Modifikation der Zuständigkeitsabgrenzung zur Diskussion standen, sich im Ergebnis jedoch nicht durchsetzen konnten.

Das Verweisungsregime als gesetzlich legitimierte Ausnahme von der generellen Kompetenzverteilung bildet sodann den Schwerpunkt der Arbeit. Das System hat durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 eine differenziertere Regelung erfahren. Neben der Modifikation der bisherigen Verweisungsmöglichkeiten gemäß Artikel 9 und Artikel 22 FKVO hat der Gesetzgeber zwei weitere Verweisungstatbestände mit Artikel 4 Absatz 4 und Absatz 5 FKVO eingeführt. Eine Unterscheidung kann in zweierlei Hinsicht erfolgen:

einerseits bezüglich des Zeitpunktes und der Antragsteller

- Verweisungen vor der Anmeldung eines Zusammenschlusses auf Antrag der beteiligten Unternehmen gemäß Artikel 4 Absatz 4 und Absatz 5 FKVO
- und
- Verweisungen nach der Anmeldung eines Zusammenschlusses auf Antrag der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 9 und Artikel 22 FKVO

6 *J. Schmidt* CMLR 2004, 1555; *González Díaz* World Competition 2004, 177; *Berg* BB 2004, 561; *Böge* WuW 2004, 138 f.; *Hoffmann/Terhechte* AG 2003, 415; *Staebe/Denzel* EWS 2004, 194; *von Hinten-Reed/Camesasca* ECLR 2003, 458.

sowie andererseits bezüglich des Verweisungszieles

- Verweisungen von der Kommission an die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 4 Absatz 4 und Artikel 9 FKVO

und

- Verweisungen von den Mitgliedstaaten an die Kommission gemäß Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 FKVO.

Das formelle Verfahren sowie die materiellen Voraussetzungen werden für jede Verweisungsnorm dargestellt werden. Die Einführung der neuen Verweisungsvorschriften gemäß Artikel 4 Absatz 4 und Absatz 5 FKVO sowie die Modifikationen der bisherigen Verweisungsnormen gemäß Artikel 9 und Artikel 22 FKVO werden hierbei unter dem Blickwinkel der Reformziele behandelt. An diese Untersuchung schließt sich die kritische Hinterfragung des Verhältnisses der Verweisungsmöglichkeiten zueinander an. Abschließend findet eine Gesamtbewertung des Verweisungssystems im Hinblick auf das Erreichen der angestrebten Reformziele sowie auf dessen aktuelle Bedeutung statt.

C. Gesetzliche Zuständigkeitsverteilung

I. Kompetenzverteilung

Die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen den zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden (z. B. *BKartA* für Deutschland, *OFT* für England, *DGCCRF* für Frankreich)⁷ und der gemeinschaftlichen Wettbewerbsbehörde (Kommission) ist in der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁸ selbst geregelt. Sie ergibt sich aus einem Zusammenspiel der Bestimmungen über die Anwendbarkeit der FKVO gemäß Artikel 1 Absatz 1 FKVO und über die Zuständigkeit gemäß Artikel 21 FKVO.

Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission gemäß Artikel 21 Absatz 2 FKVO ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen. Der Kommission als Organ der Gemeinschaft⁹ wird damit die exklusive Kompetenz für Entscheidungen auf der Grundlage der FKVO zugesprochen. Die „in der FKVO vorgesehenen Entscheidungen“ betreffen gemäß Artikel 1 Absatz 1 FKVO grundsätzlich nur

7 Siehe S. 65 ff.

8 „EG-Fusionskontrollverordnung“, Im Folgenden auch „FKVO“.

9 Artikel 7 EG.

Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung.¹⁰ Die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ wird dabei gemäß Artikel 1 Absatz 2 und Absatz 3 FKVO anhand von Umsatzschwellenwerten festgelegt. Nach Artikel 21 Absatz 3 Unterabsatz 1 FKVO wenden die Mitgliedstaaten zudem auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht an.¹¹ Die Mitgliedstaaten sind also weder zu einer dezentralen Anwendung der FKVO auf mitgliedstaatlicher Ebene noch zu einer Anwendung ihres innerstaatlichen Wettbewerbsrechts auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung befugt.¹² Ihre Kompetenz beschränkt sich auf die Anwendung ihres nationalen Wettbewerbsrechts auf Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung.¹³

Aus Artikel 21 Absatz 2, Absatz 3 Unterabsatz 1 und Artikel 1 Absatz 1 FKVO folgt demnach eine eindeutige und sich nicht überschneidende Alternativkompetenz zwischen der Kommission und den zuständigen nationalen Behörden („Entweder-Oder-Zuständigkeit“).¹⁴ Ist Gegenstand der Kontrolle ein Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, wird die Untersuchung ausschließlich durch die Kommission anhand der FKVO vorgenommen, sog. Ausschließlichkeitsprinzip.¹⁵ Ein Zusammenschluss ohne gemeinschaftsweite Bedeutung tangiert den Anwendungsbereich der FKVO demgegenüber nicht und fällt automatisch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.¹⁶ Sofern die Voraussetzungen der einzelstaatlichen Fusionskontrollgesetze verwirklicht sind, beurteilt die zuständige nationale

10 Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung sind Gegenstand einer Entscheidung auf der Grundlage der FKVO, wenn sie an die Kommission nach Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 FKVO verwiesen wurden.

11 *Seitz WuW* 2001, 126, 130.

12 *Hoffmann/Terhechte AG* 2003, 415, 421, 423; *Mohamed ECLR* 2000, 248, 251; *Arhold EWS* 2002, 449, 454; *Borges EPL* 2003, 345, 355; *Burnley World Competition* 2002, 263, 275; *Peyre/Simic RDAI* 2004, 519, 521; *Lange / Gromotke*, Kapitel 8 § 3 RdNr. 1362 ff.

13 Erwägungsgrund 8 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Montag M&A* 2001, 242, 243; *Broberg ECLR* 2004, 741; *Davison EBR* 2003, 297, 298.

14 *Davison EBR* 2003, 297; *ders. LR* 2004, 49; *Broberg ECLR* 2004, 741; *Seitz WuW* 2001, 126, 127, 130 f.; *Hoffmann/Terhechte AG* 2003, 415, 421.

15 Artikel 21 Absatz 1 FKVO schließt zudem die Anwendung anderer EG-Verordnungen im Geltungsbereich der FKVO aus.; *Levy*, § 21.01, § 7.01; *Davison EBR* 2003, 297, 298; *Broberg ECLR* 2004; 741; *Montag/Leibenath WuW* 2000, 852, 853; *Seitz, One-Stop-Shop und Subsidiarität*, Diss. Basel 2002, S. 92; *Hellmann ZIP* 2004, 1387, 1388; *Burnley EBLR* 2003, 815; *Bartosch/Nollau EuZW* 2002, 197; *Wiedemann / Wagemann*, § 15 RdNr. 5.

16 Erwägungsgrund 8 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Hellmann ZIP* 2004, 1387, 1390; *Seitz WuW* 2001, 126, 131; *Burnley EBLR* 2003, 815; *Burnley World Competition* 2002, 263; *Lampert WuW* 2002, 449, 450; *J. Schmidt CMLR* 2004, 1555, 1557; *Canivet/Idot/Simon*, 430 (65) ff.; (100); *Davison LR* 2004, 49, 50; *Davison EBR* 2003, 297.

Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss anhand des nationalen Rechts. Im übrigen wird der Zusammenschluss nicht geprüft und kann ohne Kontrolle vollzogen werden.¹⁷ Eine Doppelkontrolle nach der europäischen FKVO und den nationalen Gesetzen ist jedenfalls ausgeschlossen.

Darüber hinaus legt Artikel 21 Absatz 2 FKVO die Kompetenzverteilung innerhalb der Gemeinschaft fest. Die Kontrolle der gemeinschaftsweiten Zusammenschlüsse wird explizit und ausschließlich dem Gemeinschaftsorgan „Kommission“ zugewiesen. Eine etwaige Nachprüfung erfolgt lediglich durch den Gerichtshof.

II. Zuständigkeit der Gemeinschaft

Die Zuständigkeit der Gemeinschaft hängt also davon ab, ob der Anwendungsbereich der FKVO eröffnet ist. Hierfür muss ein Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung Gegenstand des Kontrollverfahrens sein.

1. Zusammenschluss

Der Begriff des Zusammenschlusses wird in Artikel 3 FKVO legal definiert. Die Vorschrift differenziert zwischen der Fusion gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. a FKVO und dem übrigen Kontrollerwerb gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO.¹⁸ Im Zentrum beider Tatbestände steht die dauerhafte Veränderung der Kontrolle, d.h. eine dauerhafte Strukturveränderung bei den beteiligten Unternehmen, die unmittelbar zu einer Veränderung der Marktstruktur führt und den Wettbewerb beeinflusst.¹⁹

Aufgrund der Umgehungsgefahr sollen von dem fusionskontrollrechtlichen Zusammenschlusstatbestand auch Erwerbsvorgänge erfasst werden, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraumes getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden.²⁰

17 Erwägungsgrund 12 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Montag M&A* 2001, 242, 243.

18 Demgegenüber differenziert beispielsweise das GWB zwischen den Zusammenschlusstatbeständen des Vermögenserwerbs gemäß § 37 Absatz 1 Nr. 1 GWB, des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Absatz 1 Nr. 2 GWB, des Anteilserwerbs gemäß § 37 Absatz 1 Nr. 3 GWB und der sonstigen Verbindungen gemäß § 37 Absatz 1 Nr. 4 GWB.

19 Artikel 3 Absatz 1 FKVO; Erwägungsgründe 3-5, 20 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; Erwägungsgrund 5 VO 1310/97/EG, ABl. 1997 L 180/1; Mitteilung „Zusammenschlussbegriff“ ABl. 1998 C 66/5; *Montag M&A* 2001, 242; *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 41, § 24/5.

20 Erwägungsgrund 20 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1.

Als ein Zusammenschluss durch Kontrollerwerb i. S. v. Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO anerkannt ist auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gemäß Artikel 3 Absatz 4 FKVO, sofern dieses auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.²¹

Kein Zusammenschluss liegt dagegen gemäß Artikel 3 Absatz 5 FKVO in den spezifischen Wirtschaftsbereichen der Kreditinstitute, sonstigen Finanzinstitute oder Versicherungsgesellschaften sowie der Insolvenzverwalter vor, wenn sich deren geschäftliche Tätigkeit darauf beschränkt, lediglich vorübergehend Anteile an einem Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung zu erwerben und die Ausübung der Kontrolle daher unterbleibt oder zumindest nicht zu eigenen Zwecken, sondern zu den angestrebten Veräußerungszwecken ausgeübt wird. Es handelt sich um deren wesentliche Geschäftstätigkeit, die nicht behindert werden soll. Wettbewerbsschädliche Auswirkungen sind in diesen Fällen nicht zu erwarten.²²

a) Fusion gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. a FKVO

Gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. a FKVO wird ein Zusammenschluss dadurch bewirkt, dass zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren. Welche Bedeutung dem Begriff „fusionieren“ zukommt, besagt die FKVO selbst nicht.

Eine Fusion wird als die Verschmelzung von Unternehmen durch Aufnahme oder durch Neugründung verstanden.²³

Die Verschmelzung durch Neugründung ist die Verschmelzung zweier oder mehrerer bisher voneinander unabhängiger Unternehmen zu einer neuen mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Unternehmenseinheit unter Aufgabe der bisherigen Rechtspersönlichkeiten. Zu dem Zwecke der Verschmelzung wird ein selbständiges Unternehmen neu gegründet, auf welches die Vermögenswerte der fusionierenden Unternehmen übertragen werden.

Die Verschmelzung durch Aufnahme erfasst die Übernahme eines Unternehmens durch ein anderes, bei der letzteres seine Rechtspersönlichkeit fortsetzt und ersteres als juristische Person untergeht. Sie erfordert eine Übertragung des Aktiv- und des

21 Erwägungsgrund 20 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; Mitteilung „Begriff des VollfunktionsGU“, ABl. 1998 C 66/1.

22 *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle, Artikel 3 RdNr. 30; *Miersch*, FKVO-Kommentar, S. 86.

23 *Vgl.* § 2 UmwG; *Kling/Thomas*, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 577; *Wachter / Buntscheck*, Teil 2, 18. Kapitel, RdNr. 101, 102.

Passivvermögens eines Unternehmens auf ein anderes bereits existierendes Unternehmen. Die Rechtspersönlichkeit des übertragenden Unternehmens wird in wirtschaftlicher und rechtlicher Weise von dem erwerbenden Unternehmen übernommen.²⁴

Bei beiden Fusionsformen findet eine Vereinigung von Vermögen mindestens zweier Rechtsträger statt, d.h. aller Aktiva und Passiva sowohl auf wirtschaftliche als auch auf rechtliche Weise. Die Folge ist, dass mindestens ein an der Fusion beteiligter Rechtsträger untergeht. Es handelt sich um eine sog. „rechtliche Fusion“, die in der Praxis eher selten auftritt. Als Beispiele sind die Fusionen „Kyowa/Saitama Banks“²⁵, „KNP/Bührmann Tetterode/VRG“²⁶, „Repola/Kymmene“²⁷, „Ciba Geigy/Sandoz“²⁸, „Price Waterhouse/Coopers & Lybrand“²⁹ und „Veba/Viag“³⁰ zu nennen.

Davon zu unterscheiden ist die „faktische Fusion“. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass unabhängige Unternehmen ihre Aktivitäten dergestalt zusammenlegen, dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht, ohne dass zugleich auch eine rechtliche Einheit durch die Aufgabe der Rechtspersönlichkeit mindestens eines Unternehmens begründet wird. Eine gemeinschaftliche Tätigkeit kann unter anderem durch eine vertragliche Vereinbarung durchgesetzt werden, sich einer gemeinsamen Leitung zu unterstellen.³¹ Vergleichbar ist eine faktische Fusion mit einem Gleichordnungskonzern i.S.d. § 18 AktG. Sie wird entsprechend angenommen, wenn ein interner Gewinn- und Verlustausgleich zwischen den Konzernunternehmen vertraglich abgesprochen ist, eine gesamtschuldnerische Haftung nach außen besteht, Kapitalverflechtungen, etc. vorliegen.³²

b) Kontrollerwerb gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO

Ein Kontrollerwerb gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO findet in der Weise statt, dass eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen

24 Artikel 3 und Artikel 4 der Fusionsrichtlinie des Rates vom 9.10.1978, ABl. EG 1978 L 295/36; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 13 RdNr. 80; *Montag/Dohms* WuW 1993, 5 ff. und 93 ff.; *Kuhlmann/Ahnis*, § 8 RdNr. 927 ff., *Wachter / Heidinger*, Teil 2, 6. Kapitel, § 1 RdNr. 46 ff., 59 ff., 114 ff., *Löffler*, FKVO, Artikel 3 RdNr. 4.

25 *Kom.*, M.069, RdNr. 3.

26 *Kom.*, M.291, ABl. 1993 L 217/35, RdNr. 7.

27 *Kom.*, M.646, RdNr. 5 = WuW 1996, 112.

28 *Kom.*, M.737, ABl. 1997 L 201/1, RdNr. 7.

29 *Kom.*, M.1016, ABl. 1999 L 50/27, RdNr. 1, 5-17.

30 *Kom.*, M.1673, ABl. 2001 L 188/1, RdNr. 1, 4-7.

31 *Wiedemann / Wiedemann*, § 15 Rdnr. 32.

32 *Kom.*, M.004 = WuW/E EV 1542 – Renault/Volvo; *Kom.*, M.660, RdNr. 7-10 = WuW 1996, 381 – RTZ/CRA; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Riesenkampff/Lehr*, Artikel 3 RdNr. 10, 11.

kontrollieren³³, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten (*Share Deal*) oder Vermögenswerten (*Asset Deal*), durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.

Ein Zusammenschluss kann durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle eines Unternehmens (*sole control*) sowie durch den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle mehrerer Unternehmen (*joint control*) einschließlich des Übergangs von alleiniger zur gemeinsamen Kontrolle bewirkt werden.³⁴

Alleinige Kontrolle besteht bei einer Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung, die einen bestimmenden Einfluss auf die Leitung des Unternehmens ermöglicht, oder bei dem Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile eines anderen Unternehmens.³⁵

Gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn mehrere Anteilsinhaber bei allen wichtigen Entscheidungen der Unternehmensführung zusammenwirken und Übereinstimmung erzielen müssen. Es handelt sich dann um ein Gemeinschaftsunternehmen im kartellrechtlichen Sinn. Um den Vorschriften der FKVO zu unterliegen, muss es jedoch auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen und damit ein sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gemäß Artikel 3 Absatz 4 FKVO sein.³⁶

Kontrolle wird gemäß Artikel 3 Absatz 2 FKVO durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände³⁷ die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:

- Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;

33 Begrifflich ist ein Kontrollerwerb und mithin ein Zusammenschluss nur bei Unternehmen möglich. Ein Kontrollerwerb durch eine natürliche Person ist jedoch gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO anerkannt, wenn diese bereits Kontrolle über mindestens ein anderes Unternehmen ausübt. Eine vergleichbare Regelung besteht auch im deutschen Kartellrecht gemäß § 36 Absatz 3 GWB, sog. „Flick-Klausel“. Ihren Namen erhielt die Vorschrift, weil während des Gesetzgebungsverfahrens 1973 ein Rechtsstreit mit dem Unternehmen Flick als Beispielsfall für die Unternehmensfiktion erörtert wurde.; Wiedemann / Wiedemann, § 15 RdNr. 35.

34 Kling/Thomas, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 578.

35 Commichau/Schwartz, Grundzüge des Kartellrechts, RdNr. 778.

36 Mitteilung „Zusammenschlussesbegriff“ ABl. 1998 C 66/5, RdNr. 18; Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 41 / 2.; siehe S. 25 f.

37 Solche Umstände sind insbesondere das einschlägige Gesellschaftsrecht, die Streuung der Anteile, die Zusammensetzung der Organe, Aktionärsvereinbarungen, etc.

- Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.³⁸

Die explizit genannten Formen des Kontrollerwerbs beanspruchen kein Recht auf Vollständigkeit; es handelt sich hierbei lediglich um Regelbeispiele („... insbesondere...“). Von Bedeutung für den Kontrollerwerb ist nur, dass ein „bestimmender Einfluss“ erzielt wird, durch den das kontrollierte Unternehmen seine wettbewerbliche Autonomie verliert und nicht mehr in der Lage ist, seine Wettbewerbsinteressen selbständig wahrzunehmen.³⁹ Der Einfluss muss sich deshalb in wesentlichen Entscheidungen niederschlagen; beispielsweise in Entscheidungen betreffend die Unternehmensstrategie, das Wettbewerbsverhalten, die Personal- und Finanzplanung, etc. Vergleichbar ist der „bestimmende Einfluss“ insoweit mit einer Abhängigkeit von Unternehmen i.S.d. § 17 AktG.⁴⁰ Die häufigste Form des Kontrollerwerbs ist die Erlangung einer Stimmrechtsmehrheit in einer anderen Gesellschaft, der Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile eines anderen Unternehmens und Aktionärsabsprachen.⁴¹

Eine rein tatsächliche Abhängigkeit begründet demgegenüber im Allgemeinen keine Kontrolle. Deshalb genügen langfristige Lieferbeziehungen für die Begründung einer Kontrolle prinzipiell nicht. Wirtschaftliche Beziehungen sind aber ausnahmsweise für den Kontrollerwerb mitentscheidend, wenn langfristige Lieferverträge oder Lieferantenkredite mit einer strukturellen Verflechtung zusammentreffen, die eine Einwirkung auf die Unternehmenspolitik gewähren und mithin zu einer faktischen Kontrolle führen⁴², oder mit einer personellen Verflechtung zusammentreffen, bei der die Leitungsorgane zweier Gesellschaften mit denselben natürlichen Personen ausgestattet sind.⁴³

38 Ein Kontrollerwerb durch Nutzungsrechte kommt bspw. bei Abschluss von Betriebspacht- und Betriebüberlassungsverträgen, ein Kontrollerwerb durch Vertrag bei Abschluss von Beherrschungsverträgen und Ergebnisabführungsverträgen in Betracht.; *Kom.*, M.2059, RdNr. 13-38 – Siemens/Dematic/VDO/Sachs; *Kom.*, M.2060, ABL 2004 L 43/1, RdNr. 9-17 – Bosch/Rexroth.

39 *Struijlaart World Competition 2002*, 173 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 24 RdNr. 23; Schröter/Jakob/Mederer / *Bruhn*, Artikel 3 Rdnr. 21.

40 *Broberg ECLR 2004*, 741, 742; *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 40 / 3., § 24/3.; *Wiedemann / Wiedemann*, § 15 Rdnr. 34.

41 *Kom.*, M.741, RdNr. 4-6 – Ford/Mazda; *Kom.*, M.304, RdNr. 4 – Volkswagen AG/VAG (UK) Ltd.; *Montag M&A 2001*, 242; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 24 RdNr. 15.

42 *Kom.*, M.092 RdNr. 4 – RVI/VBC/Heuliez; Schröter/Jakob/Mederer / *Bruhn*, Artikel 3 Rdnr. 32.

43 *BKartA WuW 1998*, 570 – TÜV Hannover/TÜV Nord.

Minderheitsbeteiligungen begründen grundsätzlich ebenso wenig eine Kontrolle. Ein Kontrolliererwerb kommt jedoch auch durch die Erlangung einer Minderheitsbeteiligung in Betracht, wenn sie mit zusätzlichen Rechten ausgestattet ist, beispielsweise mit sog. Vorzugsaktien, die zu einer Stimmrechtsmehrheit führen, mit dem Recht, die Wirtschaftsstrategie des Zielunternehmens zu bestimmen, mit sog. Vetorechten⁴⁴ bei allen bedeutsamen Entscheidungen, wenn dem Minderheitsaktionär ein dauernder Sitz in einem der Leitungsorgane, dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat, reserviert ist oder er die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates oder des Vorstandes benennen darf, etc.⁴⁵ Es handelt sich hierbei um eine rechtliche Kontrolle. Daneben kann auch eine faktische Kontrolle bestehen, wenn ohne das Zugeständnis spezieller Rechte und trotz Minderheitsbeteiligung sich eine Mehrheit erreichen lässt, beispielsweise wenn sich die übrigen Unternehmensanteile in Streubesitz befinden⁴⁶, die Hauptversammlung eine regelmäßig geringe Anwesenheitspräsenz der Anteilseigner aufweist, etc.⁴⁷

Reine Minderheitsbeteiligungen⁴⁸ begründen hingegen keine Kontrolle. Dabei können jedoch auch reine Minderheitsbeteiligungen in gleicher Weise geeignet sein, den Wettbewerbsgedanken der miteinander verbundenen Unternehmen zu reduzieren und somit auf das Marktgeschehen Einfluss zu nehmen. Dies gilt insbesondere für gegenseitige Minderheitsbeteiligungen und personelle Verflechtungen, die die Begründung von Oligopolen begünstigen können.⁴⁹

Entsprechendes gilt für strategische Allianzen, bei denen ein Kontrolliererwerb ebenfalls ausgeschlossen wird. Unter strategischen Allianzen sind Kooperationsvereinbarungen zu verstehen, die zu vertraglichen oder strukturellen Verbindungen zwischen den Unternehmen führen, ohne dass Anteile oder

44 Es handelt sich um Einspruchsrechte, bei deren Wahrnehmung der Vollzug der Entscheidung unterbleiben muss. Der Gesellschafter kann zwar selbst keine positiven Entscheidungen hervorrufen, aber solche blockieren und damit negativ auf die Unternehmensleitung Einfluss nehmen.; WuW 1994, 39 f. – British Telecom/MCI.

45 *Kom.*, Mitteilung „Zusammenschlussbegriff“ ABl. 1998 C 66/5; RdNr. 14; *Broberg* ECLR 2004, 741, 742 f.; *Löffler*, FKVO, Art 3 Rdnr. 10.

46 Für eine Mehrheit wäre eine einheitliche Ausübung der gestreuten Anteile in der Hauptversammlung notwendig, die unter praktischen Gesichtspunkten jedoch schwer durchführbar scheint.; *Kom.*, M.754, ABl. 1998 L 149/21, RdNr. 31 ff. – Anglo American Corp./Lonrho; *Kom.*, M.942, ABl. 1998 L 201/102, RdNr. 7 ff. – Veba/Degussa; *Kom.*, M.1157, ABl. 1999 L 183/1, RdNr. 14 ff. – Skanska/Scancem.

47 WuW/E EV 1554 – Arjomari/ Wiggins Teape Appleton; WuW 1995, 1008 – Jefferson Smurfit/Munskjo.

48 *Kom.*, M.2393, RdNr. 7-10 – Skanska Sverige/Posten/HOOC; *Kom.*, M.2300, RdNr. 6-9 – YLE/TDF/Digital/JV; *Kom.*, JV.13 – Winterfall/ENBW/MVV/WV/DEO; *Arhold* EWS 2002, 449, 454.

49 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg. RdNr. 106, 110; *Arhold* EWS 2002, 449, 454.

Vermögenswerte der jeweiligen Unternehmen selbst erworben werden. Die die Vereinbarung abschließenden Unternehmen bleiben voneinander unabhängig und stehen grundsätzlich miteinander in Wettbewerb.⁵⁰ Die Abkommen beinhalten in der Regel Technologietransferabsprachen, Verpflichtungen über eine Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung, Spezialisierungsabkommen auf bestimmte Produktmärkte, gegenseitige Liefervereinbarungen, Erwerb von Beteiligungen und der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen.⁵¹ Sofern das Resultat der Allianz nicht in der Schaffung eines Gemeinschaftsunternehmens gemäß Artikel 3 Absatz 4 FKVO besteht und auch im übrigen kein Kontrollenerwerb stattfindet, findet die FKVO auf sie keine Anwendung. Dabei führen strategische Allianzen nicht selten zu strukturellen Veränderungen auf dem relevanten Markt und schränken den Wettbewerb zwischen den an der Allianz beteiligten Unternehmen ein, um die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dritten Wettbewerbern sicherzustellen.

Eine Erweiterung des Zusammenschlusstatbestandes auf die Fälle reiner Minderheitsbeteiligungen und strategischer Allianzen ist trotz der vorstehenden Bedenken nicht in Erwägung gezogen worden. Eine ausreichende Kontrolle sieht der Gesetzgeber in der Anwendung der allgemeinen europäischen Wettbewerbsvorschriften der Artikel 81 und 82 EG sowie der entsprechenden nationalen Vorschriften.⁵²

Die Schwelle zur Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes ist bei dem Kontrollerwerb i.S.d. Artikels 3 Absatz 1 lit. b FKVO insgesamt niedriger angesiedelt als bei der Fusion i.S.d. Artikels 3 Absatz 1 lit. a FKVO. Zum einen genügt die bloße Einflussnahme auf die Unternehmenstätigkeit als solche, ohne dass eine tatsächliche Übernahme des oder der Unternehmen stattfinden muss. Zum anderen muss die Beeinflussung der unternehmerischen Entscheidungen nicht in die Realität umgesetzt werden, sondern bereits die Möglichkeit zur Intervention („... Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, ...“) reicht aus.⁵³

c) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Der Zusammenschlusstatbestand umfasst nach Artikel 3 Absatz 4 FKVO auch die Gründung oder den Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle

50 *Arhold* EWS 2002, 449, 455.

51 *Kom.*, XXIV.Wettbewerbsbericht, RdNr. 156.

52 *Kom.*, Grünbuch KOM (2002) 745 endg. RdNr. 106-113.

53 *Wiedemann / Wiedemann*, § 15 RdNr. 34; *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle, Artikel 3 RdNr. 4 ff.

Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen. Es handelt sich um einen Fall des Kontrollerwerbs gemäß Artikel 3 Absatz 1 lit. b FKVO.⁵⁴

Das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen setzt eine Kooperation von mindestens zwei Unternehmen, den sog. Gründern oder Müttern, voraus, die ein Gemeinschaftsunternehmen, ein sog. *joint venture*, neu errichten oder erwerben. Unter einem Gemeinschaftsunternehmen ist allgemein ein Unternehmen zu verstehen, das von zwei oder mehreren anderen Unternehmen kontrolliert wird und mit dem diese Unternehmen eigene unternehmerische Zwecke verfolgen.⁵⁵ Es ist als selbständige juristische Person organisiert. Seine Satzung oder sein Gesellschaftsvertrag lassen jedoch nicht erkennen, welchen unternehmerischen Zwecken dieses im Verhältnis zu seinen Gesellschaftern dienen soll.⁵⁶ Weiterhin ist erforderlich, dass die Vermögensmassen der bisher selbständig betriebenen Unternehmen diesem Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden. Das verfolgte Ziel besteht in dem Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens, das nach außen auf dem Markt gegenüber anderen Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen und autonomen ökonomischen Einheit ausübt. Hierfür muss es die erforderliche eigene organisatorische, finanzielle und personelle Ausstattung besitzen und damit unabhängig von den Mutterunternehmen agieren.⁵⁷ Verwirklicht das Unternehmen beide Voraussetzungen wird eine dauerhafte Veränderung in der Struktur der beteiligten Unternehmen bewirkt. Es handelt sich um ein sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, das dem Anwendungsbereich der FKVO unterfällt. Fehlt dagegen eine der beiden Voraussetzungen, ist das Gemeinschaftsunternehmen als ein sog. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren, das nicht von dem Zusammenschlusstatbestand des Artikels 3 Absatz 4 FKVO erfasst wird. Dieses berührt nicht den Anwendungsbereich der FKVO. Seine Kontrolle wird ausschließlich anhand des Artikels 81 und des Artikels 82 EG einschließlich deren Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1/2003⁵⁸ sowie der entsprechenden nationalen Vorschriften vorgenommen.⁵⁹

Liegt ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen vor, muss jedoch ebenfalls weiter geprüft werden, ob neben der Verwirklichung des Zusammenschlusstat-

54 Erwägungsgrund 20 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; Mitteilung der Kommission „Begriff des VollfunktionsGU“ ABl. 1998 C 66/1; *Radicati di Brozolo/Gustafsson* ECLR 2003, 574.

55 *Radicati di Brozolo/Gustafsson* ECLR 2003, 574, 578.

56 *Mestmäcker/Schweitzer*, § 24 RdNr. 37.

57 *Kom.*, M.2137 – SLDE/NTL/MSCP/NOOS; Erwägungsgrund 20 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; Mitteilung der Kommission „Begriff des VollfunktionsGU“ ABl. 1998 C 66/1RdNr. 11 ff.; *Radicati di Brozolo/Gustafsson* ECLR 2003, 574, 577.

58 VO 1/2003/EG, ABl. 2003 L 1/1.

59 *Montag M&A* 2001, 242, 243; *Radicati di Brozolo/Gustafsson* ECLR 2003, 574.

bestandes zusätzlich eine Koordination des Wettbewerbsverhaltens der unabhängig gebliebenen Mutterunternehmen bezweckt oder bewirkt wird. Sofern solche Auswirkungen festgestellt werden, ordnet Artikel 2 Absatz 4 FKVO eine weitere Kontrolle nach Artikel 81 Absatz 1 und 3 EG an. Es kommt demnach zu einer gemeinschaftsrechtlichen Doppelkontrolle nach der FKVO und Artikel 81 EG.⁶⁰

2. Gemeinschaftsweite Bedeutung

Die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ von Zusammenschlüssen wird gemäß Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO anhand von Umsatzschwellenwerten bestimmt.

Nach Artikel 1 Absatz 2 FKVO liegt die gemeinschaftsweite Bedeutung vor, wenn folgende Umsatzschwellenwerte erzielt werden:

- a) ein weltweiter Umsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. EUR und
- b) ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR;

dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Ein Zusammenschluss, der die in Artikel 1 Absatz 2 FKVO vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat nach Artikel 1 Absatz 3 FKVO gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn

- a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt,
- b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt,
- c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt und

60 Schröter/Jakob/Mederer / *Hirsbrunner*, Artikel 2 RdNr. 486 ff; *Emmerich*, Kartellrecht 9. Auflage, § 41/3.

d) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt;

dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ eines Zusammenschlusses wird, sofern die vorstehenden Voraussetzungen verwirklicht sind, unabhängig davon angenommen, ob der Sitz der beteiligten Unternehmen sich in der Gemeinschaft befindet oder diese dort ihr Hauptgeschäft ausüben.⁶¹

Ein Zusammenschluss, dem hingegen mangels Erreichen der Schwellenwerte keine „gemeinschaftsweite Bedeutung“ beigemessen wird, fällt *ex lege* in die Zuständigkeit derjenigen Mitgliedstaaten, in denen er sich auswirkt.⁶²

III. Prinzipien der Kompetenzverteilung

Der Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden, die sich durch ein Alternativverhältnis im Sinne einer „Entweder – Oder – Zuständigkeit“ auszeichnet⁶³, liegen im Wesentlichen zwei Prinzipien zugrunde. Hierbei handelt es sich um das „Subsidiaritätsprinzip“ und das „One-Stop-Shop-Prinzip“.

1. Subsidiaritätsprinzip

Das „Subsidiaritätsprinzip“ ist in Artikel 5 EG verankert.⁶⁴ Die FKVO, die auf der Grundlage der Artikel 83, 308 EG erlassen worden ist und als Sekundärrecht die primärrechtlichen Vorschriften der Artikel 81, 82 EG konkretisiert, muss ebenso wie diese den europäischen Grundsätzen wie dem Subsidiaritätsprinzip gerecht werden.⁶⁵ Entsprechendes gilt für die auf der FKVO beruhende Kompetenzverteilung.

61 Erwägungsgrund 10 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1.

62 Erwägungsgrund 8 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1.

63 Siehe S. 23

64 Erwägungsgrund 8 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; von Hinten-Reed/Camesasca ECLR 2003, 458, 462; Rosenthal EuZW 2004, 327; Staabe/Denzel EWS 2004, 194, 196.

65 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; Schwarze / Brinker, Artikel 83 RdNr. 1, 5, 39; Löffler, FKVO, Artikel 22 RdNr. 5; Immenga/Mestmäcker EG-WettbR/ Immenga, FKVO – F. Das Verhältnis der FKVO zu den Artikel 85, 86 EG; Jones/Sufrin, 896; Jung, Subsidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Augsburg 1994, S. 53;

Das Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel 5 EG besagt, dass die Gemeinschaft in Bereichen, die nicht ihrer ausschließlichen Kompetenz unterliegen, nur tätig werden soll, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend, jedoch wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen effektiv auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.⁶⁶ Im Bereich der konkurrierenden Kompetenzen sind also die Mitgliedstaaten für ihre innerstaatlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zuständig. Dies folgt bereits aus ihrer Souveränität. Als „innere“ Souveränität wird die Verfassungsautonomie, d.h. die Fähigkeit, eine Ordnung auf dem Staatsgebiet zu organisieren, und als „äußere“ Souveränität die Völkerrechtsunmittelbarkeit, d.h. die Stellung des Staates, der allein dem Völkerrecht und keiner anderen Autorität – insbesondere keiner anderen staatlichen Rechtsordnung – untersteht, verstanden.⁶⁷ Unter Berücksichtigung der europäischen Integration ist subsidiär die Kompetenz der Gemeinschaft begründet, wenn Angelegenheiten mitgliedstaatenübergreifende oder sogar europaweite Auswirkungen haben und die Aufgabenwahrnehmung nicht ebenso effizient durch die nachgeordneten Behörden der Mitgliedstaaten erfolgen kann. Dies ist der Fall, wenn den nationalen Behörden weder die rechtlichen noch die tatsächlichen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die effektiven Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Zieles zu ergreifen.⁶⁸ Das Subsidiaritätsprinzip sichert damit die nationalen Kompetenzen und stellt eine Art Funktionssperre für die übergeordnete Behörde dar.⁶⁹

Das Subsidiaritätsprinzip korrespondiert insoweit mit dem völkerrechtlichen „Interventionsverbot“ oder „Gebot der Nichteinmischung“, das den Mitgliedstaaten Eingriffe in die inneren Angelegenheiten eines anderen Mitgliedstaates versagt.⁷⁰ Jeder Mitgliedstaat hat aufgrund seiner Souveränität Rechtsetzungshoheit über Per-

Seitz, One-stop-shop und Subsidiarität, Diss. Basel 2002, S. 219; *Wiedemann / Wagemann*, § 15 RdNr. 25; *Schwarze/Bievert*, Artikel 249 RdNr. 9; *Calliess/Ruffert / Jung*, Artikel 83 RdNr. 7 ff., *Fritzche* WuW 2003, 1153, 1154; *Staudenmayer* WuW 1992, 475; *Janicki* WuW 1989, 193, 200; *Heineke*, Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle, Diss. Bremen 2003, S. 132.

66 *Herdegen*, EuropaR, § 7 RdNr. 25 ff.; *Calliess* JZ 2004, 1033, 1035.

67 *Maurer*, StaatsR, § 1 RdNr. 6, § 3 RdNr. 35, § 4 RdNr. 12, § 7 RdNr. 20; *Ipsen*, § 5 RdNr. 7, 8.

68 Erwägungsgrund 8 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Lampert* WuW 2002, 449, 450.

69 *Jung*, Subsidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Augsburg 1994, S. 167 ff., 169.

70 Die ausdrückliche Anerkennung des Interventionsverbotes erfolgt bspw. durch Deutschland durch die Verfassung gemäß Artikel 25 Satz 1 GG, der „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ zum Bestandteil des Bundesrechts erklärt.; *Stein/vonButtlar*, § 3 RdNr. 631 ff.; *Herdegen*, Int. WirtschaftsR, § 4 RdNr. 4; *Turner* WuW 1982, 5 ff.; *Hobe/Kimminich*, 10.2; *Meessen / Ohara*, S. 166 / *Meessen*, S. 225; *Wiedemann / Wagemann*,

sonen, Sachen und sämtliche Sachverhalte, die sich auf seinem Staatsgebiet befinden bzw. dort stattfinden. Der Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnung wird durch die Gebietshoheit räumlich beschränkt. Von dem räumlichen Geltungsbereich nationaler Rechtsordnungen zu unterscheiden, ist die Möglichkeit, eine nationale Rechtsnorm auf einen innerstaatlichen Sachverhalt mit Auslandsbezug anzuwenden. Hierbei geht es um die extraterritoriale Wirkung einer nationalen Rechtsnorm (sachlicher Anwendungsbereich). Das Völkerrecht statuiert kein allgemeines Verbot, nach dem nationale Bestimmungen für Sachverhalte mit Auslandsbezug nicht erlassen werden dürfen. Der Umfang der nationalen Rechtsetzungsgewalt besteht aber nicht exklusiv, sondern steht in einem Konkurrenzverhältnis zu der Rechtsetzungsgewalt anderer Staaten.⁷¹ Allerdings bedarf es zur Inanspruchnahme extraterritorialer Regelungsgewalt eines legitimierenden Anknüpfungspunktes. Im internationalen Wirtschaftsrecht haben sich hierzu verschiedene Prinzipien entwickelt.

Nach dem „Territorialitätsprinzip“ hat ein Staat ausschließlich Staatsgewalt über Personen und Sachen, die sich auf seinem Staatsgebiet befinden. Dementsprechend bezieht sich die Jurisdiktion auch nur auf Handlungen, die auf dem Hoheitsgebiet selbst vorgenommen werden.⁷² Das Territorialitätsprinzip bestätigt damit die exklusive, gebietsbezogene Souveränität eines Staates. Die Verantwortung eines Staates für sein Territorium wäre jedoch unvollkommen, wenn er gegenüber Handlungen, die aus dem Ausland herrühren, sich jedoch im Inland niederschlagen, nicht regelungsberechtigt wäre. Das Territorialitätsprinzip ist deshalb in der Rechtspraxis als Anknüpfungspunkt für unzureichend erklärt worden.

Vor diesem Hintergrund hat das „Auswirkungsprinzip“ an Bedeutung gewonnen. Danach sind Auswirkungen eines extraterritorialen Verhaltens im Inland ausreichend, um dem innerstaatlichen Hoheitsakt Geltung zu verleihen.⁷³

§ 17 RdNr. 156; *Verdross/Simma*, § 1188; *Meng* ZaöRV 1981, 469, 502 f.; *Kunig* WuW 1984, 700 ff.

71 *Stein/vonButtlar*, § 3 RdNr. 602 ff.; *Kunig* WuW 1984, 700, 702; *Meng* ZaöRV 1981, 469, 502 f.

72 *Hobe/Kimminich*, 10.2; *Wiedemann/Wagemann*, § 17 RdNr. 156; *Georgieff* GRUR 1989, 671, 672 (Fn. 4); *Meessen/Ohara*, Chapter VIII, 166; *Meessen / Meessen*, Chapter XI, 225; *Meng*, I.C.; *Meng* ZaöRV 1981, 469, 472, 500.

73 *Deutschland*: Das Auswirkungsprinzip findet sich bspw. in § 130 Absatz 2 GWB, nach dem das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung finden soll, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes veranlasst werden.; *USA*: Eine vergleichbare Regelung ist auch im amerikanischen Recht hinsichtlich des „*Restatement of Foreign Relations Law*“ gegeben. Danach erlangt die amerikanische Jurisdiktion für Auslandssachverhalte trotz entgegenstehenden ausländischen Rechts Geltung, wenn Inlandsauswirkungen in den USA zu verzeichnen sind.; *Verdross/Simma*, § 1188; *Georgieff* GRUR 1989, 671, 674.

Einen weiteren Ansatzpunkt begründet das „Nationalitäts- bzw. Personalitätsprinzip“. Danach ist ein Staat aufgrund seiner Personalhoheit zum Einschreiten gegen natürliche und juristische Personen berechtigt, die die Staatsangehörigkeit des handelnden Mitgliedstaates besitzen bzw. nach dem Recht des handelnden Mitgliedstaates gegründet wurden, auch wenn sich diese im Ausland befinden bzw. dort tätig sind.⁷⁴

Die zuvor genannten Anknüpfungspunkte stehen gleichwertig nebeneinander und können deshalb zu Jurisdiktionskonflikten führen, wenn zwei oder mehrere Mitgliedstaaten konkurrierende Anordnungen treffen. Ein Spezialitätsverhältnis, das einer Rechtsordnung den Vorrang vor einer anderen Rechtsordnung gewährt, besteht nicht. Andererseits statuiert das Völkerrecht aber auch nicht zwingend eine dahingehende Abgrenzungspflicht, dass nur ein Staat seine Jurisdiktion ausüben darf. Die Praxis ist aber dennoch bemüht, Jurisdiktionskonflikte zu vermeiden. Es werden deshalb weitere Kriterien zur Beschränkung der staatlichen Hoheitsgewalt herangezogen.⁷⁵ Neben dem Inlandsbezug werden insbesondere die Staatsinteressen, die Erheblichkeit und der Schwerpunkt der Auswirkungen berücksichtigt.⁷⁶ Die Untersagung eines ausländischen Zusammenschlusses ist auf dieser Grundlage beispielsweise anerkannt, wenn für eine sinnvolle Regelung im Inland die Einbeziehung des Auslandssachverhalts absolut notwendig und unumgänglich ist. Im übrigen geht die einzelstaatliche Berechtigung nur soweit, den inländischen

74 Turner WuW 1982, 5; Meng ZaöRV 1981, 469, 472, 504; beachte: Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen lässt sich auf der Grundlage der „Gründungstheorie“ oder der „Sitztheorie“ herleiten. Nach der „Gründungstheorie“, die im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 43 EG steht, findet auf das Unternehmen das Recht des Gründungsstaates Anwendung unabhängig davon, ob nachträglich der Unternehmenssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlagert wird. Nach der „Sitztheorie“ gehören grenzüberschreitend agierende Unternehmen dem Staat an, in dem sich ihr Hauptsitz befindet.; vgl. hierzu: EuGH DB 1999, 625 – Centros; EuGH NJW 2002, 3614 – Überseering; EuGH NJW 2003, 3331 – Inspire Art; Zimmer NJW 2003, 3585; Altmeyden NJW 2004, 97; Stoller JuS 2003, 846; Timme/Hülk JA 2003, 267, 765; Koch/Königter Jura 2003, 692.

75 Meng, C.I.2.d (3); Turner WuW 1982, 5; Kunig WuW 1984, 700, 701.

76 Meng ZaöRV 1981, 469, 503 ff.; Kunig WuW 1984, 700, 702 ff.; Turner WuW 1982, 5; Barthelmeß/Schulz WuW 2003, 129, 133; USA: Die vergleichbare Regelung des „Restatement of Foreign Relations Law“ im amerikanischen Recht, nach der die amerikanische Jurisdiktion für Auslandssachverhalte trotz entgegenstehenden ausländischen Rechts Geltung erlangt, wenn Inlandsauswirkungen in den USA zu verzeichnen sind, erfährt entsprechende Einschränkungen dadurch, dass einerseits die Inlandsauswirkungen beträchtlich, unmittelbar und vorsehbar sein müssen und andererseits bei Jurisdiktionskonflikten nach Treu und Glauben Mäßigung zu üben ist, sofern es um die Ausübung der Vollstreckungshoheit geht.; Herdegen, Int. WirtschaftsR, § 2 RdNr. 67 ff.; Stein/von Buttlar, § 3 RdNr. 614; Meng ZaöRV 1981, 469, 478 ff., 483, 500, 505 (Fn. 126); Verdross/Simma, § 1188; Georgieff GRUR 1989, 671, 674.

Zusammenschluss mittels einer Teiluntersagung zu unterbinden bzw. für die im Inland hervorgerufenen Auswirkungen anderweitige Maßnahmen anzuordnen.⁷⁷ Letztlich bleibt die Lösung des Zuständigkeitskonflikts einzelfallabhängig.

Die Anwendbarkeit nationaler Rechtsnormen auf Auslandssachverhalte (*jurisdiction to prescribe*) ist von der tatsächlichen Vollzugsgewalt (*jurisdiction to enforce*) zu differenzieren. Die Berechtigung des Staates beschränkt sich grundsätzlich darauf, die Rechtsordnung innerstaatlich durchzusetzen. Der Vollzug von Hoheitsakten im Ausland ist ihm aufgrund des völkerrechtlichen Interventionsverbotes hingegen untersagt.⁷⁸ Ein Mitgliedstaat ist deshalb nicht zu grenzüberschreitenden, umfassenden Untersuchungen, Abhilfen oder Untersagungsentscheidungen befugt, da er hiermit andere mitgliedstaatliche Kompetenzen tangieren würde. Die Anordnung der Maßnahmen muss sich auf das wettbewerbswidrige Verhalten im Inland beschränken.⁷⁹

Für den Bereich des Fusionskontrollverfahrens folgt hieraus, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich für Zusammenschlüsse zuständig sind, bei denen primär der Wettbewerb auf dem nationalen Markt tangiert ist. In diesen Fällen wird den Mitgliedstaaten die entsprechende Sachnähe und Sachkenntnis zugesprochen, die ihnen eine effiziente Durchführung des Kontrollverfahrens sowie eine effektive Überwachung des Zusammenschlusses ermöglichen.⁸⁰ Bei Zusammenschlüssen mit mitgliedstaatenübergreifenden bzw. europaweiten Auswirkungen, die eine Gesamtbeurteilung sowie die Anordnung einheitlicher Maßnahmen zu Gunsten eines wirksamen Wettbewerbsschutzes erfordern, sehen sich die Mitgliedstaaten hingegen rechtlichen Schranken ausgesetzt. Sie sind vor dem Hintergrund des Interventionsverbotes nicht befugt, umfassende Maßnahmen für sämtliche Mitgliedstaaten zu ergreifen. Daher soll in diesen Fällen in Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip sowie zu Gunsten eines effektiven Wettbewerbsschutzes die Zuständigkeit der

77 WuW/E OLG 3051 – Philip Morris/Rothmans; WuW/E BKartA 2363 – Linde Lansing; *Heidenhain* AG 1989, 270; *Kunig* WuW 1984, 700, 703 ff.

78 *Herdegen*, Int. WirtschaftsR, § 2 RdNr. 66; *Stein/von Buttlar*, § 3 RdNr. 609.

79 *KG*, WuW/E OLG 3051 – Philip Morris/Rothmans; *BKartA*, WuW/E BKartA 2363; *Kenntner* NJW 1998, 2871 ff.

80 *Lowe*, Die Reform der EU-Fusionskontrolle – Die wichtigsten Neuerungen aus Sicht der EU-Kommission v. 08.05.2003 und Aktuelle Fragen zur europäischen Fusionskontrolle unter besonderer Berücksichtigung des Reformvorschlags der Kommission zur FKVO v. 11.04.2003, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition//speeches/index_theme_2.html; *Drauz* WuW 2002, 444, 445; *Davison* LR 2004, 49, 51 ff., *Burnley* World Competition 2002, 263, 265 ff.; *Davison/Fitzpatrick* EBR 1998, 160, 165; *Arhold* EWS 2002, 449, 451.

Gemeinschaft begründet sein, die für sämtliche betroffenen Mitgliedstaaten allgemeinverbindliche Entscheidungen und Anordnungen treffen kann.⁸¹

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden gemäß Artikel 1 Absatz 1 bis 3 FKVO knüpft nun an das Merkmal der „gemeinschaftsweiten Bedeutung“ eines Zusammenschlusses an. Die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ wird dabei rein formalistisch anhand von (weltweiten, gemeinschaftsweiten sowie innerstaatlichen) Umsatzschwellenwerten festgestellt. Eine materiell-rechtliche Prüfung, ob sich das Vorhaben tatsächlich grenzüberschreitend bzw. auf dem Gemeinsamen Markt auswirkt, findet nicht statt.⁸² Eine Zuständigkeitsverteilung i.S.d. Subsidiaritätsprinzips kann auf der bestehenden Rechtsgrundlage deshalb zweifelhaft sein. Zu berücksichtigen ist jedoch der Zweck, der mit der Zuständigkeitsverteilung anhand der Umsatzschwellenwerte erreicht werden soll. Artikel 1 Absatz 1 bis 3 FKVO legt die Zuständigkeit der Kommission bzw. der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden verbindlich fest. Sowohl für die Behörden als auch für die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen liegt es daher im Interesse, dass die konkrete Zuständigkeit mittels einfach handhabbarer und transparenter Vorschriften feststellbar ist. Solche Normen erzeugen Rechtssicherheit und bieten die Möglichkeit einerseits für die zuständige Behörde, das Vorhaben frühzeitig und effektiv zu überwachen, und andererseits für die Zusammenschlussbeteiligten, sich unmittelbar mit der anzuwendenden Rechtsordnung und mit der bisherigen Entscheidungs- und Zusagepraxis der zuständigen Behörde vertraut zu machen sowie die Anmeldung bei dieser vorzunehmen.⁸³ Es ist zu bedenken, dass es sich bei der Frage der Zuständigkeit um eine der Legitimationsprüfung vorgelagerte Frage handelt. Deren Prüfung soll nicht mit zeit- und kostenintensiven umfangreichen Untersuchungen überlagert werden, insbesondere soll keine Prüfung erfolgen, die dem Legitimationsverfahren vorbehalten ist. Im übrigen fände eine Art Doppelprüfung statt, die die Gefahr in sich birgt, dass keine unabhängigen Entscheidung getroffen würden und Ergebnisse der Kompetenzprüfung⁸⁴ präjudizielle Wirkung für die Vereinbarkeitsentscheidung hätten.

81 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg. RdNr. 15-20; *Soames/Maudhui* ECLR 2005, 57, 58; *Dittert* WuW 2004, 148; *Davison* LR 2004, 49, 54; *Arhold* EWS 2002, 449, 450 f.

82 *Broberg* ECLR 2004, 741; *Burnley* World Competition 2002, 263 ff.; *Davison/Fitzpatrick* EBR 1998, 163, 165; *Davison/Johnson* EBR 2000, 76, 77; *Davison* EBR 2003, 297, 298; *Lampert* WuW 2002, 449 ff.

83 *J. Schmidt* CMLR 2004, 1555, 1557; *Davison* LR 2004, 49, 52 f.; *Davison/Fitzpatrick* EBR 1998, 160, 165; *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15, 18; *Lampert* WuW 2002, 449 ff.

84 Z.B. bzgl. der Bestimmung des betroffenen Marktes.

Mittels der Schwellenwerte lassen sich die zuvor genannten Ziele erreichen, die zudem auf langjähriger Rechtserfahrung und Rechtspraxis basieren. Sie orientieren sich an den Umsatzerlösen der beteiligten Unternehmen, deren Zusammenschluss regelmäßig Auswirkungen auf dem Gemeinsamen Markt zeigten.⁸⁵ Überschreitet ein Zusammenschlussvorhaben die in Artikel 1 Absatz 2 oder 3 FKVO gesetzlich festgelegten Schwellenwerte, so kann deshalb grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass es auch in materieller Hinsicht eine „gemeinschaftsweite Bedeutung“ aufweist. Die generelle Kompetenzabgrenzung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden anhand der formalen Umsatzschwellenwerten steht deshalb in Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip.⁸⁶

2. One-Stop-Shop-Prinzip

Das zweite, die Kompetenzverteilung prägende Prinzip ist das sog. „One-Stop-Shop-Prinzip“. Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, denen regelmäßig Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten zukommen, sollen keinen Anmeldungen in allen betroffenen Mitgliedstaaten und mithin keiner daraus an sich resultierenden Mehrheit nationaler Kontrollverfahren unterliegen, sondern allein der Anmeldepflicht auf europäischer Ebene und damit einzig der Kontrolle durch die Kommission unterstellt sein.⁸⁷ Die Kommission soll die einzige Anlaufstelle sein, so dass das gemeinschaftsrechtliche Kontrollverfahren gleichermaßen die mitgliedstaatlichen Kontrollverfahren ersetzt.⁸⁸

Ziel des One-Stop-Shop-Prinzips ist, die Problematik der Mehrfachanmeldungen, sog. „multiple filings“, zu lösen.⁸⁹ Gemeinschaftsweite Zusammenschlüsse, die die Zuständigkeit mehrerer Mitgliedstaaten begründen, müssten

85 Erwägungsgründe 9, 10 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Kom.*, Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte vom 28.6.2000, KOM (2000) 399 endg.; Mitteilung „Verweisung von Fusions-sachen“, ABl. 2005 C56/2 RdNr. 2, 3; *Cook/Kerse*, EC Merger Control, S. 10; *Klees* EuZW 2003, 197; *Bartosch/Nollau* EuZW 2002, 197.

86 Mitteilung „Verweisung von Fusions-sachen“, ABl. 2005 C 56/2, RdNr. 2.

87 *Grave/Seeliger* Der Konzern 2004, 646 f.; *Hellmann* ZIP 2004, 1387, 1388; *Burnley* EBLR 2003, 815, 816; *Drauz* WuW 2002, 444, 445; *Peyre/Simic* RDAI 2004, 519, 521; *Rosenthal* EuZW 2004, 327; *Staebe/Denzel* EWS 2004, 194, 196; *Böge* WuW 2004, 138, 139; *Davison/Johnson* EBR 2000, 76, 77; *Davison* EBR 2003, 297, 298; *Davison* LR 2004, 49, 51 ff.

88 *Rosenthal* EuZW 2004, 327; *Arhold* EWS 2002, 449.

89 *Hellmann* ZIP 2004, 1387, 1388; *Bartosch/Nollau* EuZW 2002, 197; *Kling/Thomas*, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 586 ff.

an sich in allen betroffenen Staaten angemeldet werden bzw. würden den nationalen Kontrollverfahren nachträglich unterzogen werden, sofern eine nationale Anmeldepflicht nicht besteht. Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zeichnen sich jedoch nicht durch Harmonisierung der Anmeldevoraussetzungen aus, weshalb ein vereinheitlichtes Anmeldeformular sowie einheitliche Anmeldefristen nicht bestehen. Von den Zusammenschlussbeteiligten würde eine den individuellen Anforderungen gerecht werdende Anmeldung abverlangt, die mit einem erheblichen Kosten-, Personal- und Zeitaufwand verbunden sein kann. Darüber hinaus sind auch die Hauptprüfungsverfahren nicht zwingend einheitlich ausgestaltet. In formeller Hinsicht bestehen insbesondere unterschiedliche Verfahrenslängen und in materieller Hinsicht unterschiedliche Bewertungskriterien, die zu voneinander abweichenden Entscheidungen führen können. Vor diesem Hintergrund können Mehrfachanmeldungen nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich eine Rechtsunsicherheit in Bezug auf die abschließende Legitimationsentscheidung begründen oder verstärken.⁹⁰ Zu einer einheitlichen Entscheidung für sämtliche Mitgliedstaaten ist eine nationale Behörde aufgrund des Interventionsverbotes hingegen nicht berechtigt.⁹¹

Eine zentrale Fusionskontrolle auf europäischer Ebene erscheint daher vorzugswürdig.⁹² Gemeinschaftsweite Zusammenschlüsse, die regelmäßig die Kompetenz mehrerer Mitgliedstaaten begründen, werden durch eine übergeordnete Institution einer effektiven Kontrolle zugeführt, die die Anwendung einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe gewährleistet und insbesondere den Erlass divergierender Entscheidungen nicht zulässt. Hierdurch wird nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch Vertrauensschutz in eine einheitliche, kontinuierliche und sachgerechte Bewertung von Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung erzielt.⁹³ Für die Zusammenschlussbeteiligten, die ihr Vorhaben lediglich bei einer Behörde anmelden, führt die zentrale Kontrolle zudem zur Minimierung ihres finanziellen, personellen und zeitlichen Aufwandes. Letztlich ziehen auch die nationalen Kartellbehörden hieraus ihre Vorteile. Für sie bedeutet ein einheitliches Verfahren auf europäischer Ebene einen Entlastungseffekt mit der Konsequenz, dass sie ihre zur Verfügung stehenden Ressourcen in effizienter Weise für Verfahren einsetzen können, deren Ge-

90 *Rosenthal* EuZW 2004, 327; *Peyre/Simic* RDAI 2004, 519, 521; *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15; *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15; *González Díaz* World Competition 2004, 177, 179; *Burnley* World Competition 2002, 263, 265 f.

91 Siehe S. 34 ff.

92 *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15; *Seitz* WuW 2001, 126, 129.

93 *Davison* LR 2004, 49, 50; *Burnley* World Competition 2002, 263, 265 ff.; *Drauz* WuW 2002, 444, 445.

genstand Zusammenschlüsse von lediglich nationaler Bedeutung sind, die sich nur auf einem Markt innerhalb ihres mitgliedstaatlichen Hoheitsgebietes auswirken.⁹⁴

D. Reformüberlegungen

Die starre, an formalen Umsatzschwellenwerten orientierte Kompetenzverteilung wurde im Rahmen der Reform 2004 nicht für sämtliche Zusammenschlüsse als geeignet anerkannt. Hintergrund war die praktische Erfahrung mit sog. „Mehrfachnotifizierungsfällen“, d.h. mit Zusammenschlüssen, die in die Zuständigkeit mehrerer Mitgliedstaaten fallen, jedoch nicht zugleich die Schwellenwerte des Artikels 1 Absatz 2 oder 3 FKVO erreichen, mithin keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und deshalb nicht die originäre Zuständigkeit der Kommission begründen.⁹⁵ In einigen Fällen konnte den Vorhaben in materieller Hinsicht dennoch die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ zugesprochen werden, da sie sich in erheblichem Maße grenzüberschreitend oder sogar europaweit auswirkten.⁹⁶ In anderen Fällen wiesen die Zusammenschlüsse zwar auch materiell keine oder untergeordnete „gemeinschaftsweite Bedeutung“ auf, jedoch waren die Wettbewerbsprobleme nur für alle betroffenen Mitgliedstaaten einheitlich zu lösen oder die erklärten Zusagen und angeordneten Auflagen waren unteilbar. Eine einheitliche Kontrolle auf europäischer Ebene hätte sich daher angeboten.⁹⁷ Daneben zeichneten sich ebenso Vorhaben ab, die zwar die Schwellenwerte des Artikels 1 Absatz 2 oder Absatz 3 FKVO überschritten und damit als gemeinschaftsbedeutend galten, demgegenüber aber einen eindeutig nationalen Fokus besaßen. Eine effektive Kontrolle hätte deshalb ebenso gut durch die zuständige nationale Behörde durchgeführt werden können.⁹⁸

Aufgrund der vorstehenden Konstellationen entwickelte sich die Diskussion um die Einführung einer neuen, von den gesetzlichen Schwellenwerten abweichenden Kompetenzabgrenzung, die eine an dem Subsidiaritätsprinzip und dem One-Stop-Shop-Prinzip ausgerichtete Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Behörden optimal gewährleistet. Denn vielfache,

94 Erwägungsgründe 9, 10, 12 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Grave/Seeliger* Der Konzern 2004, 646 f.; *Montag M&A* 2001, 242, 243; *Drauz WuW* 2002, 444, 445.

95 Siehe S. 40; *Kling/Thomas*, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 586 ff.; *Barstosch/Nollau EuZW* 2002, 197; *Böge WuW* 2004, 138; *Klees EuZW* 2003, 197, 198.

96 *Burnley EBLR* 2003, 815, 816 ff.

97 *BKartA*, E/G4-3001/93 Bd. 3 Stellungnahme des BKartA zum Grünbuch der Kommission zur Revision der Verordnung (EG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, S. 43 f. (im folgenden: *BKartA E/G4-3001/93*).

98 *Seitz*, One-stop shop und Subsidiarität, Diss. Basel 2002, S. 2; *Arhold EWS* 2002, 449, 453; *Klees EuZW* 2003, 197, 198 f.

parallele Kontrollverfahren in den Mitgliedstaaten sind ebenso unerwünscht wie die Prüfungskompetenz der Kommission in Fällen mit nationalem Schwerpunkt.⁹⁹ Verschiedene Gesetzesvorschläge gingen der letztlich eingeführten Lösung über ein modifiziertes Verweisungssystem voraus, die in der diskutierten Form jedoch keinen Eingang in die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 gefunden haben.

I. Absenkung der Schwellenwerte

Die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission befürwortete zunächst eine generelle Absenkung der Schwellenwerte in Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO mit dem Ziel, die Zuständigkeit der Kommission auch für Zusammenschlüsse zu begründen, bei denen die beteiligten Unternehmen die bisherigen Umsatzerlöse nicht erzielten.¹⁰⁰ Einige Zusammenschlüsse, denen bisher keine „gemeinschaftsweite Bedeutung“ zukam, sollten damit ebenfalls der ausschließlichen Kontrolle durch die Kommission unterzogen werden.¹⁰¹ Mit der Einführung niedrigerer Schwellenwerte hätten Mehrfachnotifizierungen somit für viele „kleinere“ Zusammenschlüsse mit der Folge paralleler, nationaler Verfahren vermieden werden können.¹⁰²

Auf erheblichen Widerstand stieß der Gedanke jedoch bei den Mitgliedstaaten, die einen erheblichen Kompetenzverlust auf dem Gebiet der Fusionskontrolle befürchteten. Besonderer Berücksichtigung ist dabei dem Umstand beigemessen worden, dass sich die in Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO festgelegten Schwellenwerte gerade an der Rechtspraxis orientieren. Niedrigere Umsatzerlöse sprechen demgegenüber allem Anschein nach für eine weniger bedeutsame Wirtschaftstätigkeit der Zusammenschlussbeteiligten, insbesondere für den Gemeinsamen Markt. Die Einführung des Gesetzesvorschlags hätte deshalb dazu geführt, dass sich die Kommission auch Zusammenschlüssen hätte annehmen müssen, deren Wettbewerbsauswirkungen sich auf einige wenige nationale oder regionale Märkte konzentrieren, darüber hinaus aber kein nennenswertes Interesse an einer Untersuchung auf Gemeinschaftsebene hervorrufen. Die Problematik der Mehrfachanmeldungen stellt sich in diesen Fällen in der Regel nicht. Die Bestätigung des One-Stop-Shop-

99 Erwägungsgründe 8 ff. VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; *Bartosch/Nollau* EuZW 2002, 197, 198.

100 *Böge* WuW 2004, 138, 140; *Bartosch* BB 2003, Beilage 3, S. 2.

101 *Grave/Seeliger* Der Konzern 2004, 646.

102 *Bartosch/Nollau* EuZW 2002, 197 ff.; *Staebe/Denzel* EWS 2004, 194; *Arhold* EWS 2002, 449, 450.

Prinzips hätte vielmehr eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips bedeutet, da gerade nicht die sachnäheren nationalen Behörden zuständig gewesen wären.¹⁰³

Darüber hinaus hätte auch die Absenkung der Schwellenwerte eine optimale Zuständigkeitsverteilung für sämtliche Zusammenschlüsse nicht sicherstellen können. Es wäre nicht auszuschließen gewesen, dass ein Vorhaben aufgrund seiner materiellen gemeinschaftsweiten Bedeutung zum Zwecke eines effektiven Wettbewerbschutzes sachgerechter der Untersuchung durch die Kommission zuzuweisen gewesen wäre, obwohl selbst die abgesenkten Schwellenwerte nicht erzielt wurden. Eine Fehlverteilung von Zusammenschlussfällen erschien nach wie vor möglich. Aus diesem Grunde wurde der Vorschlag nicht umgesetzt und eine flexiblere Lösung gesucht.¹⁰⁴

II. „3plus-System“

In Erwägung gezogen wurde sodann das sog. „3plus-System“. Danach sollte die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission begründet sein, wenn ein Zusammenschluss der Fusionskontrolle in mindestens drei Mitgliedstaaten unterliegt. Unerheblich sollte sein, ob sich das nationale Verfahren durch eine präventive Kontrolle mit Vollzugsverbot oder durch eine repressive Kontrolle auszeichnet.

Kritik erfuhr der Gesetzesvorschlag wegen der Abhängigkeit der Kommissionskompetenz von den nationalen Fusionskontrollverfahren, deren Erlass, Ausgestaltung und Novellierung den Mitgliedstaaten obliegen. Der Kommission fehlt demgegenüber die Kompetenz, eine allgemeinverbindliche Entscheidung über die Anwendung nationaler Fusionskontrollvorschriften zu fällen.¹⁰⁵ Das jeweilige Fusionskontrollrecht ist hingegen an den individuellen Bedürfnissen der Mitgliedstaaten ausgerichtet und weist nicht unwesentliche Unterschiede zum Beispiel in Bezug auf den Zusammenschlussbegriff, das Überschreiten von Schwellenwerten, die Anmeldepflicht bzw. Anmeldefreiwilligkeit, den Anmeldezeitpunkt, etc. auf.

Knüpft die Anwendung nationaler Fusionskontrollvorschriften beispielsweise an das Überschreiten von Schwellenwerten an, können den Werten Umsatzerlöse oder Marktanteile zugrunde gelegt sein.¹⁰⁶ Bei Umsatzerlösen besteht eine Anmeldepflicht,

103 *Drauz* WuW 2002, 444, 445; *Bartosch/Nollau* EuZW 2002, 197, 198.

104 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg. RdNr. 34 – 51; *Böge* WuW 2004, 138, 140.

105 *Arhold* EWS 2002, 449, 452 f.

106 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg. RdNr. 55-63; KOM (2002) 711 endg. – 2002/0296 (CNS), Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, RdNr. 13-15 (im folgenden: *Kom.*, Verordnungsvorschlag KOM (2002) 711 endg.).

wenn die beteiligten Unternehmen innerhalb eines näher konkretisierten Zeitraumes – in der Regel eines Geschäftsjahres – einen bestimmten Gesamtumsatz erzielen. Bei Marktanteilen ist ein Zusammenschluss anzumelden, wenn die beteiligten Unternehmen gemeinsam oder einzeln einen gewissen Teil des relevanten Marktes beherrschen.¹⁰⁷ Die Marktanteilsbestimmung erfordert eine abschließende Definition des „relevanten Marktes“, die ihrerseits eine umfassende Marktuntersuchung verlangt. Sie entspricht insoweit der Entscheidungsgrundlage hinsichtlich der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses. Ebenso wie dort bereitet die (sachliche und räumliche) Marktabgrenzung vielfach nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Diese wirken sich im Rahmen der Zuständigkeitsfrage nicht nur in sachlicher, sondern insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht aus.¹⁰⁸ Ob ein Zusammenschluss dem nationalen Kontrollverfahren überhaupt unterliegt, ist daher nicht immer offensichtlich und zeitnah festzustellen. Diese Ungewissheit schlägt sich jedoch unmittelbar auf die Frage durch, ob die Zuständigkeit der Kommission begründet ist, wenn hierfür Voraussetzung ist, dass das Vorhaben in mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft wird.¹⁰⁹

Zu einer vergleichbaren Problematik führt das Bestehen einer innerstaatlichen Anmeldefreiwilligkeit bzw. Anmeldefähigkeit.¹¹⁰ Die Durchführung eines nationalen Fusionskontrollverfahrens ist zunächst von dem Willen der Zusammenschlussbeteiligten abhängig, das Vorhaben anzumelden. Geht eine Anmeldung ein, wird eine Untersuchung eingeleitet. Bleibt eine Anmeldung hingegen aus, ist die Wettbewerbsbehörde zwar nicht an einer Kontrolle gehindert, diese wird sich jedoch auf das Stadium nach Vollzug des Zusammenschlusses beschränken, wenn sich nachteilige Auswirkungen für den Wettbewerb abzeichnen. Für eine Kontrolle vor Vollzug des Vorhabens werden demgegenüber regelmäßig die erforderlichen Informationen über Inhalt und Ausmaß des Vorhabens fehlen.¹¹¹ Die Entscheidung, einen Zusammenschluss der Fusionskontrolle überhaupt zu unterziehen, bleibt jedoch den nationalen Behörden vorbehalten. Wenn aber die Einleitung nationaler Verfahren

107 So beispielsweise in Großbritannien, Griechenland, Portugal und Spanien geregelt; *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15, 18; *Burnley World Competition* 2002, 263, 268 ff.

108 Siehe S. 106 ff.

109 Unter Berücksichtigung der zum 01.05.2005 erfolgten EU-Osterweiterung gewinnt diese Problematik an Bedeutung. Die einzelstaatlichen Fusionskontrollsysteme von Lettland, Polen, Slowenien und der Slowakei knüpfen die Anmeldung ebenfalls an das Erreichen bestimmter Marktanteile an bzw. verlangen eine kumulative Marktanteils- und Umsatzschwellenüberschreitung.; *Berg/Nachtsheim/Kronberger* RIW 2003, 15, 18; *Arhold* EWS 2002, 449, 452; *Grave/Seeliger* Der Konzern 2004, 646, 647; *Lampert* WuW 2002, 449, 453.

110 So im „Vereinigten Königreich“ und in „Luxemburg“; *BDI*, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, S. 6; *Lampert* WuW 2002, 449, 453.

111 *BDI*, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, S. 6.

von dem Willen der Zusammenschlussbeteiligten bzw. der zuständigen Behörden abhängt, so ist in Anwendung des „3plus-Systems“ auch die Durchführung des europäischen Verfahrens von deren Willen abhängig. Eine mitgliedstaatliche Anmeldefreiwilligkeit kann die Zuständigkeitsverteilung daher unberechenbar machen. Dieser Problematik hätte abgeholfen werden könne, wenn es für die Anwendung der Mehrfachanmeldungsregel als ausreichend anerkannt worden wäre, dass ein Zusammenschluss nur generell dem Anwendungsbereich der nationalen Fusionskontrolle unterfällt, ohne dass eine Kontrolle tatsächlich eingeleitet wird.¹¹² Unberücksichtigt blieben dann jedoch einzelstaatliche Ausnahmegesetze, die einen Zusammenschluss von einer Kontrolle gänzlich befreien. Unschlüssig ist jedoch ein Ergebnis, das einen Zusammenschluss wegen Eingreifens einer Ausnahmeregelung nicht der nationalen Fusionskontrolle unterstellt, zugleich aber eine Untersuchung der Kommission anordnet.¹¹³

Ferner ruft die hiermit verbundene fehlende Harmonisierung der nationalen Anmeldezeitpunkte Schwierigkeiten hervor. Die Anmeldung kann wegen diesbezüglich bestehender Freiwilligkeit gänzlich entfallen oder an unterschiedliche Anforderungen geknüpft sein, wie zum Beispiel an die bloße Darlegung eines „hinreichend konkreten Vorhabens“ oder an die „Unterzeichnung der verbindlichen Vereinbarung, der Veröffentlichung des Übernahmeangebotes oder des Kontrollerwerbs“.¹¹⁴ Ein Mitgliedstaat kann deshalb aber auch unter Berücksichtigung der nationalen Voraussetzungen und Fristen gezwungen sein, das nationale Kontrollverfahren durchzuführen, bevor die Anmeldung in weiteren Mitgliedstaaten wegen dort bestehenden, erhöhten Anforderungen erfolgt bzw., wenn eine Anmeldepflicht nicht besteht, bevor die zuständigen nationalen Behörden das Verfahren nach Vollzug des Zusammenschlusses einleiten und damit die Zuständigkeit der Kommission begründet wird. Es würde sich die Frage stellen, ob das nationale Verfahren vor dem Hintergrund des Ausschließlichkeitsprinzips gemäß Artikel 21 Absatz 1 bis 3 FKVO¹¹⁵ gehemmt oder unzulässig würde, bzw. ob eine Entscheidung der zuständigen nationalen Behörde, wenn das Verfahren bereits abgeschlossen wäre, durch die Entscheidung der Kommission derogiert würde. Jedenfalls bestünde jedoch die Möglichkeit, dass eine Doppelkontrolle auf nationaler und europäischer Ebene stattfände, die auch bereits unter der alten Rechtslage abgeschlossen war.¹¹⁶

112 *Kom.*, Grünbuch KOM (2001) 745 endg. RdNr. 58; *Arhold* EWS 2002, 449, 452 f.; *Bartosch* BB 2003, Beilage 3, S. 2 f.

113 *BKartA*, E/G4-3001/93, S. 39.

114 *Vgl.* Artikel 4 Absatz 1 FKVO.

115 *Siehe* S. 23 ff.

116 *Lampert* WuW 2002, 449, 453.

Die Zuständigkeit der Kommission hätte unter Anwendung des „3plus-Systems“ nach den vorstehenden Darstellungen nicht verlässlich und eindeutig festgestellt werden können. Das System zeichnet sich aufgrund der Abhängigkeit von den mitgliedstaatlichen Kontrollverfahren vielmehr durch Rechtsunsicherheit und Intransparenz für die zuständigen nationalen Behörden und die Zusammenschlussbeteiligten aus, die durch nationale Gesetzesnovellierung weiter begünstigt worden wären.¹¹⁷ In die Kritik geriet das „3plus-System“ auch deshalb, weil es den Nachweis der „gemeinschaftsweiten Bedeutung“ festgestellt anhand von Umsatzschwellenwerten zu Gunsten eines zentralistischen Systems vernachlässigt.¹¹⁸ Die konkrete Ausgestaltung hätte entweder das Entfallen des Merkmals oder eine Vermutungsregelung, die „die gemeinschaftsweite Bedeutung“ mit der Anwendung nationaler Fusionskontrollverfahren auf den Zusammenschluss in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichsetzt, vorsehen können.¹¹⁹ Der Anwendungsbereich der FKVO und die Zuständigkeit der Kommission wären im Wesentlichen erweitert worden. Hierdurch wäre aber dem Subsidiaritätsprinzip, das grundsätzlich den nationalen Behörden aufgrund der Sachkenntnis und Sachnähe die Zuständigkeit für ihre nationalen Angelegenheiten gewährleistet, nicht zwingend Rechnung getragen worden.¹²⁰ Nationale Schwerpunkte hätten unter dem „3plus-System“ keine Berücksichtigung gefunden. Denn auf eine materielle Prüfung, ob ein Vorhaben „gemeinschaftsweite Bedeutung“ hat, oder auf ein Kriterium, das die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ verlässlich feststellt, wäre verzichtet worden. Eine wirklichkeitsgetreue Aussage über die Bedeutung eines Zusammenschlusses wäre auf dieser Grundlage daher zweifelhaft gewesen. Es stellte sich mithin die Frage, ob die Kommission in sämtlichen Fällen die geeignetere Behörde gewesen wäre, effektiven Wettbewerbsschutz sicherzustellen. Aufgrund der vielen Unwägbarkeiten, durch die die erklärten Reformziele nicht zu erreichen waren, fand das „3plus-System“ keinen Eingang in die FKVO.¹²¹

117 *Hoffmann/Terhechte* AG 2003, 415, 421; *Bartosch* BB 2003 (Beilage 3), S. 2 ff.

118 *Böge* WuW 2004, 138, 141; *Bartosch* BB 2003 (Beilage 3), S. 2; *Pohlmann* EWS 1997, 181, 182.

119 *Böge* WuW 2004, 138, 141; *Arhold* EWS 2002, 449, 450 f.

120 *Kom.*, Verordnungsvorschlag KOM (2002) 711 endg.

121 *Kom.*, Verordnungsvorschlag KOM (2002) 711 endg. RdNr. 13-17; *BKartA*, E/G4-3001/93, S. 34 ff.; *Böge* WuW 2004, 138, 141; *Berg/Digel* EWS 2003, 445, 446; *Berg* BB 2004, 561.

III. „3minus-System“

Schließlich wurde das sog. „3minus-System“, auch als sog. „fakultatives 3plus-System“ bezeichnet, diskutiert, das in die Verweisungsvorschrift des Artikels 22 Absatz 3 FKVO mit folgendem Wortlaut Eingang finden sollte:

„Die Zuständigkeit der Kommission soll in Fällen begründet sein, in denen alle oder mindestens drei Mitgliedstaaten statt der eigenen die Prüfung eines Zusammenschlusses durch die Kommission entweder selbst beantragen oder einer durch die beteiligten Unternehmen beabsichtigten Anmeldung bei der Kommission zustimmen würden.“¹²²

Die Zuständigkeitsverteilung sollte danach durch ein Wahlrecht der Zusammenschlussbeteiligten und der Mitgliedstaaten geprägt sein. Sofern ein Vorhaben dem Anwendungsbereich eines oder mehrerer mitgliedstaatlicher Fusionskontrollverfahren unterfällt, ohne zugleich die Schwellenwerte des Artikels 1 Absatz 2 oder 3 FKVO zu erreichen, sollte für die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit bestehen, dasselbige bei den zuständigen nationalen Behörden anzumelden oder bei der Kommission einen Antrag mit dem Inhalt zu stellen, die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses anzuerkennen. Alle oder mindestens drei betroffene Mitgliedstaaten hätten dem Antrag zustimmen müssen, wenn dieser Erfolg hätte haben sollen. Im übrigen hätte sich das nationale Verfahren fortgesetzt. Daneben sollte den Mitgliedstaaten ein eigenes Antragsrecht zukommen, für dessen Erfolg die Zustimmung der beteiligten Unternehmen nicht erforderlich gewesen wäre. Wäre die Kommission dem Antrag gefolgt, hätte der Zusammenschluss als ein solcher mit gemeinschaftsweiter Bedeutung gegolten. Er wäre gemäß Artikel 4 Absatz 1 FKVO bei der Kommission anzumelden gewesen.

In den Grundzügen ähnelt das „3minus-System“ dem zuvor dargestellten „3plus-System“, verknüpft jedoch die Prinzipien der Kompetenzverteilung mit Aspekten des Verweisungsverfahrens. Die Kommissionszuständigkeit wäre nicht bei Vorliegen der Voraussetzungen automatisch begründet gewesen, sondern hätte eines Antrags bzw. einer Bewilligung durch alle oder mindestens drei betroffene Mitgliedstaaten bedurft. Die Formulierung „alle oder mindestens drei betroffene Mitgliedstaaten“ hätte dazu geführt, dass auch das Ersuchen lediglich eines bzw. zweier Mitgliedstaaten für eine Verweisung ausreichend gewesen wäre, sofern nur

122 *Kom., Verordnungsvorschlag KOM (2002) 711 endg., RdNr. 16 f., 19, 26 f.; Domínguez Pérez/Burnley ECLR 2003, 364, 371 ff.; Berg/Digel EWS 2003, 445, 446 ff.*

diese von dem Vorhaben betroffen gewesen wären. In allen übrigen Fällen hätte ein Verweisungsbegehren mindestens dreier Mitgliedstaaten ausgereicht, um die Kommissionszuständigkeit zu begründen. Deren Kompetenz sollte danach nicht von dem Wohlwollen weiterer betroffener Mitgliedstaaten abhängen. Ablehnungen, dass die Kommission den Fall zur Prüfung annimmt, sollten insoweit ohne Auswirkungen bleiben.¹²³

Neben der auch gegenüber dem „3plus-System“ geübten Kritik¹²⁴ wurde das Wahlrecht der Mitgliedstaaten, die Kommissionszuständigkeit zu beantragen oder abzulehnen, moniert. Dieses sollte unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips keinen Schranken ausgesetzt sein mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten die Kommissionszuständigkeit per se hätten ablehnen können. Denn Gegenstand der Regelung seien Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung, für die die Mitgliedstaaten originär zuständig sind. Ein Kompetenzentzug gegen den Willen der originär zuständigen Institution sei hingegen unzulässig. Es hätte also weder einer materiellen Prüfung bedurft, welche Behörde tatsächlich die zur Kontrolle sachgeigneter ist, noch einer etwaigen Entscheidungsbegründung. Damit wäre die Zuständigkeit der Kommission jedoch von der Willkür der Mitgliedstaaten abhängig gewesen, die eine transparente Zuständigkeitsverteilung hätte vermissen lassen.¹²⁵

Ferner wäre die Kompetenz der Kommission noch über das „3plus-System“ hinaus erweitert worden. Denn sie wäre auch zuständig geworden, wenn der einzige oder die zwei einzigen von dem Zusammenschluss betroffenen Mitgliedstaaten sie um die Kontrolle des Zusammenschlusses ersucht hätten („alle oder mindestens drei Mitgliedstaaten“). Hierdurch wäre dem Subsidiaritätsprinzip noch weitaus weniger Rechnung getragen worden, insbesondere weil die „gemeinschaftsweite Bedeutung“ auch hier obsolet gewesen wäre.¹²⁶

Schließlich wäre das „3minus-System“ durch die Kombination von schwellenwertunabhängiger Zuständigkeit und ermessensabhängigem Verweisungs-system geeignet gewesen, zu einer Zersplitterung der Zuständigkeiten zu führen. Sofern nur – die erforderlichen – drei von mehreren betroffenen Mitgliedstaaten einen eigenen Antrag gestellt bzw. einem solchen zugestimmt hätten, dass die Kommission die Prüfung des Zusammenschlusses übernimmt, wäre die Zuständigkeit der Kommission begründet gewesen. Die die Verweisung ablehnenden Mitgliedstaaten wären für die Prüfung des Zusammenschlusses hingegen ebenfalls zuständig geblieben. Eine Doppelkontrolle auf mitgliedstaatlicher und europäischer Ebene

123 *Berg/Digel* EWS 2003, 445, 446.

124 Bzgl. der Abhängigkeit der Kommissionszuständigkeit von der Anwendung nationaler Fusionskontrollverfahren und der Vernachlässigung des Merkmals der „gemeinschaftsweiten Bedeutung“; siehe S. 44 ff.

125 *Berg/Digel* EWS 2003, 445, 446.

126 Siehe S. 44 ff.

wäre die Folge gewesen. Eine solche verstieße im Rahmen der gesetzlichen Kompetenzabgrenzung jedoch gegen das Ausschließlichkeitsprinzip gemäß Artikel 21 Absatz 1 bis 3 FKVO und würde insbesondere dem Reformziel, das One-Stop-Shop-Prinzip zu perfektionieren, nicht gerecht werden.¹²⁷ Aufgrund der vorstehenden Kritikpunkte ist die Umsetzung ebenfalls abgelehnt worden.

127 *Berg/Digel* EWS 2003, 445, 446.