

**Die Nichterfüllung von Zusagen im Rahmen des
europäischen Fusionskontrollverfahrens**

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
an der
Friedrich-Schiller-Universität Jena

vorgelegt von
Emanuel P. Strehle

Jena 2000

Erstgutachter: Prof. Dr. Michael Brenner
Zweitgutachter: Prof. Dr. Monika Jachmann
Disputation: 4. April 2001

Inhaltsverzeichnis

A. Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
B. Die Entwicklung der Fusionskontrolle in Europa	4
I. Ausgangslage vor Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung 1989	4
II. Verabschiedung der FKVO.....	5
III. Revision der FKVO	6
C. Überblick über das Verfahren nach der revidierten FKVO	9
D. Bestimmung von Zusagebegriff und -typen	13
I. Begriff der Zusage	13
II. Zusagetypen.....	16
E. Zusagen im Verfahren der FKVO	19
I. Berücksichtigung von Zusagen im ersten Prüfungsabschnitt nach Art. 6 FKVO.....	19
1. Funktion von Zusagen in Phase I.....	21
2. Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Zusagen in Phase I.....	24
a) Zusagebeteiligte	25
aa) Zusageinitiative	25
bb) Zusageempfänger	26
cc) Zusageberechtigung	26
b) Einzuhaltende Verfahrensfristen	29
c) Zusammenarbeit mit den Behörden der Mitgliedstaaten.....	30
d) Beteiligungsrechte.....	31
aa) Beteiligte Unternehmen.....	32
bb) Dritte.....	33
e) Eignungskriterien für Zusagen in Phase I	37
aa) Eignung zur Beseitigung ernsthafter Bedenken.....	38
bb) Gestaltungsänderung.....	40
cc) Grundsatz der Strukturbezogenheit	41
dd) Berücksichtigung industriepolitischer und sonstiger Zielsetzungen.....	48
ee) Drittbelastende Zusagen.....	50

ff) Umsetzbarkeit von Zusagen	52
gg) Erfüllungsfrist	55
f) Verhältnismäßigkeit abgegebener Zusagen.....	59
g) Zwischenergebnis	60
3. Einbeziehung von Zusagen in die Phase I-Entscheidung.....	61
a) Pflicht zur Berücksichtigung durch die Kommission.....	61
b) Sicherstellung der Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung	64
aa) Begriffliche Unterscheidung zwischen Auflage und Bedingung	64
bb) Bestimmung von Abgrenzungskriterien.....	68
cc) Gebot der inhaltlichen Entsprechung von Zusagen und Auflagen bzw. Bedingungen.....	75
c) Berücksichtigung als zusammenschlußrelevante Tatsache ohne Sicherstellung der Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung.....	76
aa) Einordnung der zugrundeliegenden Erklärungen	77
bb) Ermittlung einer Pflicht zur Aufgabe von Nebenbestimmungen im Wege der Auslegung	79
cc) Abschließender Charakter der Vorschriften über die Berücksichtigung von Zusagen.....	85
d) Zwischenergebnis	87
4. Ergebnis	88
II. Berücksichtigung von Zusagen im zweiten Prüfungsabschnitt nach Art. 8 FKVO	88
1. Funktion von Zusagen in Phase II.....	89
2. Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Zusagen in Phase II.....	91
a) Einzuhaltende Verfahrensfristen.....	92
b) Zusammenarbeit mit den Behörden der Mitgliedstaaten.....	92
c) Beteiligungsrechte.....	93
aa) Beteiligte Unternehmen.....	93
bb) Dritte.....	94
d) Eignungskriterien von Zusagen in Phase II.....	96
aa) Grundsatz der Strukturbezogenheit.....	96
bb) Sonstige Eignungskriterien.....	97
e) Erforderlichkeit	97
f) Zwischenergebnis.....	98
3. Einbeziehung von Zusagen in die Phase II-Entscheidung	99
4. Ergebnis	100
IV. Fazit	100

F. Sanktionierung bei Nichteinhaltung von Zusagen	102
I. Erster Prüfungsabschnitt nach Art. 6 FKVO	103
1. Unmittelbare Sanktionierung infolge Zusage	104
2. Sanktionierung bei Absicherung mittels Auflage	109
a) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage	109
aa) Voraussetzungen.....	109
bb) Einzuhaltende Verfahrensfristen	111
cc) Entscheidung über den Widerruf	115
b) Geldbuße und Zwangsmittel.....	118
c) Zwischenergebnis	122
3. Sanktionierung bei Absicherung mittels Bedingung	122
a) Entfallen der Genehmigungswirkung.....	122
b) Geldbuße und Zwangsmittel.....	124
c) Zwischenergebnis	125
4. Sanktionierung bei fehlender Absicherung mittels Auflage oder Bedingung.....	125
a) Abgrenzung von Entscheidungen mit inzidenter Verknüpfung mit Nebenbestimmungen.....	126
b) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung.....	128
aa) Widerruf wegen falscher Angaben oder Arglist	128
bb) Widerruf nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen.....	132
c) Entflechtung des Zusammenschlusses.....	135
d) Sonstige Durchsetzungs- bzw. Sanktionierungsmöglichkeiten.....	135
e) Zwischenergebnis	140
5. Ergebnis	141
II. Zweiter Prüfungsabschnitt nach Art. 8 FKVO	142
1. Unmittelbare Sanktionierung infolge Zusage	142
2. Sanktionierung bei Absicherung mittels Auflage	143
a) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage	143
b) Geldbuße.....	144
aa) Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldbuße	145
bb) Entscheidung	147
c) Zwangsgeld.....	150
d) Zwischenergebnis	153
3. Sanktionierung bei Absicherung mittels Bedingung	153
4. Sanktionierung bei fehlender Absicherung mittels Auflage oder Bedingung.....	154

5. Ergebnis	155
III. Fazit.....	157

**G. Bestimmung der Rechtsfolgen von Widerruf der Vereinbarkeits-
erklärung und Eintritt des Bedingungsfalls.....158**

I. Rechtsfolgen nach Abschluß des ersten Verfahrensabschnitts.....158

1. Auswirkungen des Widerrufs

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

c) Neue Kommissionsentscheidung

aa) Keine Entscheidungs determinierung

bb) Keine Bindung auf tatsächlicher Ebene

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse.....

f) Zwischenergebnis.....

2. Auswirkungen des Eintritts des Bedingungsfalls.....

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

aa) Verfahrensfolgen.....

bb) Keine Pflicht zur Feststellung

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

c) Neue Kommissionsentscheidung

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse.....

f) Zwischenergebnis.....

3. Ergebnis

II. Rechtsfolgen nach Abschluß des zweiten Prüfungsabschnitts.....180

1. Auswirkungen des Widerrufs

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

c) Neue Kommissionsentscheidung

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse.....

aa) Voraussetzungen für eine Entflechtung.....

bb) Entscheidung über die Entflechtung.....

cc) Möglichkeiten zur Durchsetzung.....

f) Zwischenergebnis.....

2. Auswirkungen des Eintritts des Bedingungsfalls.....

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

c) Neue Kommissionsentscheidung	192
d) Einzuhaltende Verfahrensfristen	193
e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse.....	194
f) Zwischenergebnis.....	195
3. Ergebnis	196
III. Fazit.....	196
H. Schlußbetrachtung.....	197
I. Zusammenfassende Thesen	199
J. Anhang: Fusionskontrollverordnung.....	206
K. Literaturverzeichnis	223

Abkürzungen

Zur Erläuterung von Abkürzungen wird auf das Verzeichnis von Kirchner (Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin, New York 1993) verwiesen. Soweit zusätzliche Abkürzungen verwendet werden, sind diese bei erstmaligem Gebrauch erklärt.

A. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die zunehmende Globalisierung unternehmerischer Tätigkeit stellt eine der ordnungspolitischen Herausforderungen dieser Zeit im Spannungsfeld zwischen staatlicher Wirtschaftsaufsicht und unternehmerischer Betätigungsfreiheit dar. Zentrale Bedeutung wird die Frage der Notwendigkeit einer Weltaufsichtsbehörde erlangt, wie zuletzt vom früheren Präsidenten des Bundeskartellamts Dieter Wolf gefordert.¹ Bisher beschränkt sich das vorhandene Regelwerk zur Zusammenschlußkontrolle auf nationale Bestimmungen² und die europäische Fusionskontrollverordnung.³ Eine räumliche Ausdehnung⁴ ergibt sich bereits aus der von der Europäischen Kommission vorgenommenen Einbeziehung extraterritorialer Zusammenschlüsse;⁵ auch Zusammenschlüsse von Unternehmen, die ihren Sitz außerhalb der Europäischen Union haben, oder Zusammenschlüsse, die sich lediglich außerhalb der Europäischen Union auswirken, können also der europäischen Fusionskontrolle unterliegen.⁶

Während der nunmehr gut zehnjährigen Praxis der Kommission in der Anwendung der FKVO wurden von bisher 1.323 angemeldeten Vorhaben lediglich 12 endgültig untersagt.⁷ Diese Zahlen scheinen auf den ersten Blick eine fusionsfreundliche Haltung der Kommission auszudrücken. Hintergrund ist jedoch zum einen das auf Seiten der anmeldenden Unternehmen zu beobachtende

¹ Nach seiner Auffassung ist ein weltweites gesetzgeberisches Tätigwerden einschließlich der Schaffung eines behördlichen Kontrollorgans zwingend erforderlich, um den Wettbewerb langfristig sicherstellen zu können (Süddeutsche Zeitung Nr. 276 vom 29.11.1999, 26). Vgl. zum Stand der aktuellen Diskussion über die Erforderlichkeit eines Weltkartellrechts Meessen, WuW 2000, 5. Näher zu den bereits bestehenden Möglichkeiten der internationalen Kooperation der Wettbewerbsbehörden Lampert, EuZW 1999, 107 ff. Vgl. auch XXIX. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1999, Tz. 149 f.

² In Deutschland §§ 36 ff. GWB.

³ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 Nr. L 395, 1; ber. ABl. 1990 Nr. L 395, 1, ber. ABl. 1990 Nr. 257, 1; geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1997 Nr. L 180, 1 - nachfolgend "FKVO".

⁴ Anders als das deutsche Recht (§ 130 Abs. 2 GWB) enthält die FKVO keine Regelung über den räumlichen Geltungsbereich.

⁵ Z.B. Gencor/Lonrho, ABl. Nr. 1997 L 11, 30; Boeing/McDonnell-Douglas, ABl. 1997 Nr. L 336, 16.

⁶ Näher hierzu Montag/Kaessner, WuW 1997, 781 (785 f.); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Bruhn, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 1, Rz. 83 ff.; Immenga/Mestmäcker-Rehbinder, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Einl. E., Rz. 50 ff.

⁷ Vgl. Statistics European Merger Control - Council Regulation 4064/89 (Stand 30.4.2000), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/mergstat.htm>.

Vorsichtsprinzip. In der Regel geht den Fusionsvorhaben eine intensive Vorabüberprüfung durch die beteiligten Parteien auf die rechtliche Zulässigkeit voraus, um nicht dem durch eine Nichtzulassung drohenden materiellen und immateriellen Schaden ausgesetzt zu sein.⁸ Die eingehende Vorbereitung findet in der hohen Anzahl der genehmigten Zusammenschlüsse ihren Ausdruck. Zum anderen spiegelt sich darin der Erfolg eines kooperativen Verwaltungshandelns wider. Vielfach erweisen sich Unternehmenszusammenschlüsse erst nach - zum Teil nur geringfügigen - Änderungen des Zusammenschlusses bzw. der Konzernstruktur der beteiligten Unternehmen als genehmigungsfähig. Stellen sich schon im Rahmen der selbständigen, parteiinteren Überprüfung oder im Rahmen der informellen und/oder formellen Kontaktnahme⁹ mit der Kommission Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des anzumeldenden bzw. angemeldeten Vorhabens ein, so können diese gegebenenfalls ausgeräumt werden, indem sich die Unternehmen zu Modifikationen verpflichten, d.h. sogenannte verbotsabwendende Zusagen gegenüber der Kommission abgeben.

In der FKVO ist die Möglichkeit der Entgegennahme von Erklärungen der beteiligten Unternehmen hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses und ihre Einbeziehung in die behördliche Entscheidung in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO ausdrücklich vorgesehen. Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung eingegangener Verpflichtungen enthält die FKVO dabei nur teilweise Regelungen. Sofern solche Abhilfen von wettbewerblichen Problemen eines Zusammenschlusses erst nach der Freigabeentscheidung vorzunehmen sind, stellt sich daher die Frage der Sicherstellung ihrer Erfüllung sowie der Sanktionierung einer Nichterfüllung.

Ziel der Arbeit ist es, nach einem Überblick über Geschichte und Verfahren der europäischen Fusionskontrolle unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Erfüllung Eignungskriterien für die Einbeziehung von Zusagen der beteiligten Unternehmen und die unterschiedlichen Möglichkeiten ihrer Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung herauszuarbeiten. Im Anschluß werden die

⁸ Exemplarisch sei hingewiesen auf die Verfahren Bertelsmann/Kirch/Premiere, WuW EU-V 222, und Deutsche Telekom/BetaResearch, WuW EU-V 237, Zusammenfassung in WuW 1998, 694, die in den nationalen und internationalen Medien eingehende Beachtung fanden.

⁹ Kemp, Competition Policy Newsletter 1998/3, 40 (44); Westermann, Einwirkungen der europäischen auf die deutsche Fusionskontrolle, 201. Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 83 ff., der insbesondere die Gefahr der Intransparenz, die ein nicht formalisiertes Verfahren in sich birgt, als Problem der informellen Kooperation mit den beteiligten Unternehmen sieht (a.a.O., 84 ff. und 101 ff.). Näher zum informellen Verfahren im deutsche Recht de Maizière, Praxis des informellen Verfahrens, 5 ff.

Sanktionsmöglichkeiten bei Nichterfüllung von Zusagen in Abhängigkeit von ihrer konkreten Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung untersucht. Sodann werden für den Fall der nachträglichen Beseitigung der Freigabeentscheidung die hieraus resultierenden Rechtsfolgen erarbeitet. Für etwaige verfahrensrechtliche Lücken werden mögliche Lösungen vorgestellt.

Die Untersuchung erfolgt getrennt nach den in der FKVO vorgesehenen Verfahrensabschnitten. Anders als in der bislang veröffentlichten Literatur zu Zusagen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens¹⁰ bildet der erste der beiden Verfahrensabschnitte aufgrund seines zeitlichen Vorrangs, vor allem aber aufgrund seiner enormen Bedeutung¹¹ im europäischen Fusionskontrollverfahren jeweils den Schwerpunkt der Darstellung. Im Hinblick auf den zweiten Verfahrensabschnitt werden die Unterschiede herausgearbeitet.

¹⁰ Dies gilt auch für die erst nach der Revision der FKVO veröffentlichte Literatur. Vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Ergänzungsband, FKVO Art. 6, Rz. 2; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 114; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 2; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 11.

¹¹ Von den bis zum 30.04.2000 1.323 angemeldeten Zusammenschlüssen wurden 1.109 im ersten Abschnitt freigegeben, davon 56 mit Zusagen der beteiligten Unternehmen; im zweiten Abschnitt ergingen demgegenüber bislang erst 67 Kommissionsentscheidungen, davon 11 Freigaben ohne Zusagen, 41 mit Zusagen, 12 Untersagungen, 2 Entscheidungen zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs und eine Verweisung an die Behörden der Mitgliedstaaten (vgl. Statistics European Merger Control - Council Regulation 4064/89 (Stand 30.04.2000), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/mergstat.htm>). Vgl. auch Emberger/Pitkänen, Competition Policy Newsletter 1999/2, 27 (27).

B. Die Entwicklung der Fusionskontrolle in Europa

Am 01.03.1998 trat die FKVO in ihrer durch die Verordnung 1310/97 v. 30.06.1997¹² geänderten Fassung in Kraft. Mit dieser ersten Revision der FKVO wurde vor allem den beiden in der Fusionskontrollverordnung von 1989 enthaltenen Revisionsklauseln (Art. 1 Abs. 3 u. Art. 9 Abs. 10 FKVO) entsprochen; diese Gelegenheit wurde zudem für eine umfassende Überprüfung der Verordnung genutzt.

I. Ausgangslage vor Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung 1989

Im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft¹³ waren anders als im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl¹⁴ keine konkreten Bestimmungen zur Fusionskontrolle enthalten.

Das Erfordernis einer europäischen Fusionskontrolle - abgeleitet vor allem aus den Problemen nationaler Rechtsanwendung bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen und der von Unternehmenskonzentrationen ausgehenden Gefahren für den Binnenmarkt¹⁵ - führte in der Folge zum Versuch, die Art. 81 und 82 EGV¹⁶ auch auf Zusammenschlüsse anzuwenden.¹⁷ Diese nicht zuletzt wegen des Fehlens einer eindeutigen Rechtsgrundlage äußerst umstrittene

¹² Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1997 Nr. L 180, 1.

¹³ EWGV vom 25.03.1957, BGBl. II, 766.

¹⁴ EGKSV vom 18.04.1951, BGBl. II, 447.

¹⁵ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO A, Rz. 3.

¹⁶ Hier und im folgenden werden die Vorschriften des EGV stets in der Zählweise der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 I, 386) zitiert, auch wenn auf Rechtsakte bezug genommen wird, deren Erlaß vor Inkrafttreten dieses Vertrages liegt.

¹⁷ Nach EuGHE 1973, 215 (Europemballage und Continental Can/Kommission), kann ein mißbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 82 EGV vorliegen, wenn ein Unternehmen, das sich bereits in beherrschender Stellung befindet, diese dergestalt verändert, "daß der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert" (Rz. 26); nach EuGHE 1987, 4566 (BAT und Reynolds/Kommission), kann ein Zusammenschluß geeignet sein, das geschäftliche Verhalten des Konkurrenten zu beeinflussen und damit den Wettbewerb zu beschränken im Sinne von Art. 81 EGV (Rz. 37). Näher zur Anwendbarkeit Blank, Europäische Fusionskontrolle, 51 ff.

Vorgehensweise¹⁸ verstärkte den Druck auf den Europäischen Gesetzgeber zur Verabschiedung einer Verordnung zur Regelung der Zusammenschlußkontrolle. Dennoch sollte es unter Vorlage diverser Entwürfe sechzehn Jahre dauern, bis ein Konsens erzielt werden konnte.¹⁹

II. Verabschiedung der FKVO

Die 1989 verabschiedete Fassung stellte einen Kompromiß dar; insbesondere die Fragen der Rechtsgrundlage(n), des Anwendungsbereichs, der Anmeldepflicht, der Konkurrenz zu den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden und zuzulassender Ausnahmen waren heftig diskutiert worden.²⁰

Durchsetzen konnte sich letztlich das Prinzip der präventiven Fusionskontrolle mit einem grundsätzlichen Vollzugsverbot auf der Basis von konkreten Umsatzschwellenwerten als Eingreifkriterien. Auf die Einfügung von Ausnahmeregelungen zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen wurde verzichtet. Zur Vermeidung von Doppelkontrollen einigte man sich auf das "one-stop-shop"-Verfahren ("holländische Klausel"), d.h. der ausschließlichen Zuständigkeit der europäischen Behörden für Zusammenschlüsse von gemeinschaftswelter Bedeutung,²¹ allerdings mit der Möglichkeit der Rückverweisung auf Antrag an die nationalen Behörden ("deutsche Klausel").²²

Als Rechtsgrundlagen der Verordnung wurden Art. 83 und Art. 308 EGV herangezogen, da Art. 83 EGV nur den Erlaß von Vorschriften zur Verwirklichung der in Art. 81 und 82 EGV niedergelegten Grundsätze vorsieht, die FKVO aber weitergehende Regelungen trifft.²³

¹⁸ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO A, Rz. 15.

¹⁹ Ein erster Entwurf war durch die Kommission schon am 20.07.1973 im Anschluß an die o.g. Continental-Can-Entscheidung des EuGH vorgelegt worden (ABl. 1973 Nr. C 92, 1).

²⁰ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 216.

²¹ Art. 21 Abs. 2 FKVO.

²² Art. 9 FKVO; näher hierzu Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO A, Rz. 23 ff. Es handelt sich insoweit um eine Ausprägung des in Art. 5 EGV bestimmten Subsidiaritätsprinzips (Callies, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 236 m.w.N.)

²³ Vgl. Erwägungsgründe 6. bis 8. FKVO.

III. Revision der FKVO

Art. 1 Abs. 3 der FKVO von 1989 gab eine Überprüfung der in Art. 1 Abs. 2 FKVO festgelegten Umsatzschwellenwerte durch den Rat vor Ablauf des vierten Jahres nach dem Erlass der Verordnung auf. Art. 9 Abs. 10 FKVO bestimmte für den gleichen Zeitraum eine Untersuchung des in Art. 9 FKVO vorgesehenen Rückverweisungsverfahrens. Die Aufnahme dieser Revisionsklauseln ermöglichte es 1989 im Rahmen der Entstehung der FKVO, eine weitere zeitliche Verzögerung zu verhindern.

Vor Ablauf der vierjährigen Frist kam die Kommission nach Vorlage ihres Berichts über die Anwendung der Verordnung über die Unternehmenszusammenschlüsse²⁴ mit dem Rat dahingehend überein, den Zeitraum zur Überarbeitung bis Ende 1996 zu verlängern, um weitere Erfahrungen mit der Anwendung der geltenden Bestimmungen sammeln zu können.²⁵ Die Kommission nahm die Revisionsklauseln zugleich zum Anlaß für eine umfassende Überprüfung der FKVO.²⁶ Ihr vorrangiges Ziel war dabei eine Absenkung der Umsatzschwellenwerte, d.h. eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO.²⁷ Neben diesem zentralen Thema enthielt das Anfang 1996 von der Kommission veröffentlichte Grünbuch²⁸ auch Ausführungen zur Verbesserung des Verfahrens. Konkrete Entwürfe für eine neue Verordnung wurden mit dem Weißbuch im September 1996 vorgelegt.²⁹ Nach langwierigen Beratungen und Verhandlungen wurde die von der Kommission gewünschte generelle Absenkung der Umsatzschwellenwerte aufgegeben und die ursprünglichen Betragsgrenzen beibehalten.³⁰ Die übrigen Änderungsvorschläge der Kommission wurden

²⁴ Gemeinschaftliches Fusionskontrollrecht, Bericht der Kommission an den Rat vom 28.07.1993, KOM (93) 385 endg.

²⁵ Gemeinschaftliches Fusionskontrollrecht, Bericht der Kommission an den Rat vom 28.07.1993, KOM (93) 385 endg., 21; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 1, Rz. 20; Baron, WuW 1997, 579 (580).

²⁶ Gemeinschaftliches Fusionskontrollrecht, Bericht der Kommission an den Rat vom 28.07.1993, KOM (93) 385 endg., 21 f.

²⁷ Die Kommission war schon bei der Verabschiedung der ursprünglichen FKVO davon überzeugt, daß die Schwellenwerte nach Ablauf der Probefrist abgesenkt werden müßten, um eine ausreichende Wettbewerbspolitik innerhalb des Gemeinsamen Markts sicherstellen zu können; dies geht aus einer nicht im Amtsblatt veröffentlichten Protokollerklärung hervor (Ratsprotokoll vom 18.12.1989, WuW 1990, 240 f.).

²⁸ Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg.

²⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Änderung der Fusionskontrollverordnung vom 12.09.1996, KOM (96) 313 endg.

³⁰ Baron, WuW 1997, 579 (580); XXVI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1996, Tz. 139 und XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1997, Tz. 152. Kritisch insoweit aufgrund der Vorgaben des Solidaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 2 EGV Callies, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 232 f. m.w.N.

allerdings weitgehend aufgegriffen und vom Rat am 30.06.1997 als Verordnung zur Änderung der Fusionskontrollverordnung verabschiedet.³¹

Neben den Neuregelungen in Bezug auf Mehrfachanmeldungen, Gemeinschaftsunternehmen, auf das Rückverweisungsverfahren und Fristen wurde nun auch eine ausdrückliche Ermächtigung der Kommission zur Genehmigungsentscheidung unter Auflagen und Bedingungen auch in der ersten Prüfungsphase³² sowie zum Widerruf bei Nichteinhaltung aufgenommen.

Die Revision der FKVO wurde mit dem Erlaß einer neuen Durchführungsverordnung (Verfahrensverordnung) mit einem überarbeiteten Formblatt CO³³ sowie durch eine Anpassung der Mitteilungen der Kommission zur Anwendung der FKVO³⁴ abgeschlossen; die Folgeeregungen traten zum 01.03.1998 in Kraft.

³¹ Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1997 Nr. L 180, 1.

³² Vgl. zu den neuen Bestimmungen XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1997, Tz. 152 ff., sowie die Darstellungen von Hirsbrunner, EuZW 1998, 69, Kronenberg, SZW/RSDA 1998, 89, Schmidt G., Competition Policy Newsletter, 1998/2, 61, und Ahlborn/Turner, ECLR 1998, 249.

³³ Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 (ABl. 1998 Nr. L 61, 1) über Anmeldungen, Fristen sowie Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen - nachfolgend "VerfVO" - mit Anhang Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4063/89 des Rates.

³⁴ - Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 1.
- Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses in der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 5.
- Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 14.
- Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 25.
- Mitteilung der Kommission über die Beurteilung von Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach den Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 1998 Nr. C 66, 38.
Die Bekanntmachung über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen nach der Verordnung (EWG) 4064/89 vom 01.12.1989 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1990 Nr. C 203, blieb unverändert.

Nach Art. 1 Abs. 4 FKVO hat die Kommission dem Rat vor dem 1. Juli 2000 über die Anwendung der in Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO vorgesehenen Umsatzschwellen und Aufgreifkriterien Bericht zu erstatten.³⁵

³⁵ Zur Vorbereitung ihres Berichts veröffentlichte die Kommission einen Fragenkatalog, der bis zum 15. Januar 2000 beantwortet werden konnte (vgl. online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/merger.htm>).

C. Überblick über das Verfahren nach der revidierten FKVO

Das Verfahren zur Genehmigung von Zusammenschlüssen³⁶ mit gemeinschaftsweiter Bedeutung nach der FKVO ist durch eine Aufteilung in zwei Prüfungsabschnitte gekennzeichnet; beide werden durch eine förmliche Entscheidung der Kommission abgeschlossen (Art. 6, 8 FKVO). Nach Art. 4 Abs. 1 FKVO besteht eine präventive Anmeldepflicht bzw. ein allgemeiner Entscheidungsvorbehalt für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne der FKVO.³⁷

Die erste Phase wird eingeleitet durch die Anmeldung des Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Diese hat gemäß Art. 4 Abs. 1 FKVO innerhalb einer Woche nach dem Vertragsschluß, der Veröffentlichung des Kauf- bzw. Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung gegenüber der Kommission zu erfolgen.³⁸ Zur wirksamen Anmeldung sind die im Formblatt CO³⁹ verlangten Angaben und Unterlagen erforderlich. Nicht zuletzt wegen der äußerst kurzen Frist von einer Woche ab Vertragsschluß finden in der Praxis regelmäßig informelle Vorgespräche statt, in denen die Rahmenbedingungen des Zusammenschlußvorhabens mit der zuständigen Generaldirektion IV der Kommission⁴⁰ besprochen werden. Dadurch kann das Risiko der Abgabe einer unvollständigen Anmeldung,⁴¹ aber auch der Umfang der zu erklärenden Angaben und der einzureichenden Unterlagen durch Befreiungen ("waivers") nach Art. 3 Abs. 2 VerfVO deutlich verringert werden.⁴² Die Durchführung dieser Vorgespräche ist in Erwägungsgrund 10 der VerfVO explizit genannt und wird in Art. 3 Abs. 2 VerfVO vorausgesetzt.⁴³

³⁶ Vgl. zum folgenden die Übersicht zum Verfahren nach der revidierten FKVO am Ende von C.

³⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 2; Mülbart, ZIP 1995, 699 (706).

³⁸ Vgl. zur Problematik des Fristbeginns, insbesondere Auslegungsfragen in Bezug auf Art 4 Abs. 1 FKVO, Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 4, Rz. 6 ff.

³⁹ Formblatt zur Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4063/89 des Rates, Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 (ABl. Nr. L 61, 1) über Anmeldungen, Fristen sowie Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 61, 11 (abgedruckt auch in WuW 1998, 367).

⁴⁰ Näher zur institutionellen Struktur der Generaldirektion IV (Merger Task Force) Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 218 ff.

⁴¹ Kemp, Competition Policy Newsletter 1998/3, 40 (44); Westermann, Einwirkungen der europäischen auf die deutsche Fusionskontrolle, 201.

⁴² Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 25.

⁴³ Näher hierzu unter besonderer Berücksichtigung von Einflußnahmemöglichkeiten Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 84 ff. und 101 ff. Er weist zu Recht auf die Gefahr von

Mit der vollständigen Anmeldung beginnt die Kommission entsprechend Art. 6 FKVO mit der ersten Prüfungsphase. Die Frist für die Entscheidung beträgt gemäß Art. 10 Abs. 1 FKVO grundsätzlich einen Monat.⁴⁴ Innerhalb dieser Frist hat die Kommission förmlich zu entscheiden, ob der angemeldete Zusammenschluß nicht unter die FKVO fällt (Art. 6 Abs. 1 lit. a)). Fällt der angemeldete Zusammenschluß unter die FKVO, kann er bei Fehlen ernsthafter Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden (Art. 6 Abs. 1 lit. b)) oder aus Anlaß ernsthafter Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt das Verfahren nach Art. 8 FKVO eingeleitet werden (Art. 6 Abs. 1 lit. c)). Die Vereinbarkeitsentscheidung nach dem novellierten Art. 6 Abs. 1 lit. b) erstreckt sich nunmehr ausdrücklich auch auf die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundenen und notwendigen Einschränkungen, d.h. auf die zwischen den Beteiligten getroffenen Nebenabreden ("ancillary restraints").⁴⁵ Die Entscheidung kann mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden.

Verstreicht die Monatsfrist des Art. 10 Abs. 1 FKVO in diesem ersten Prüfungsabschnitt ohne Kommissionsentscheidung, wird dies gemäß Art. 10 Abs. 6 mit der Fiktion der Vereinbarkeitsentscheidung sanktioniert, wobei Informationsverzögerungen aus dem Verantwortungsbereich der beteiligten Unternehmen den Lauf der Frist nach Art. 10 Abs. 4 FKVO hemmen. Nach dem geänderten Art. 7 Abs. 1 FKVO besteht nunmehr grundsätzlich ein Vollzugsverbot für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, bis eine Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) oder Art. 8 Abs. 2 FKVO vorliegt oder die Fiktion einer Vereinbarkeitsentscheidung wegen Fristüberschreitung gemäß Art. 10 Abs. 6 greift. Eine Befreiung vom Vollzugsverbot durch die Kommission ist nach dem revidierten Art. 7 Abs. 4 FKVO erleichtert möglich.

Transparenzdefiziten infolge des Fehlens konkreter Regelungen zum Verfahren in dieser "Phase Null" hin (102).

⁴⁴ Ausnahmsweise sechs Wochen, wenn der Kommission eine Mitteilung eines Mitgliedstaates gemäß Art. 9 Abs. 2 FKVO zugeht oder im Falle der nachträglichen Abgabe von Zusagen gegenüber der Kommission, die bei einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO zu berücksichtigen sind (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO).

⁴⁵ Vgl. zu den Nebenabreden die Bekanntmachung der Kommission über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen nach der Verordnung (EWG) 4064/89 vom 01.12.1989 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1990 Nr. C 203, 1.

Im Falle der Einleitung des zweiten Prüfungsabschnitts⁴⁶ findet eine ausführliche, materielle Überprüfung des Zusammenschlusses auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Maßgabe der Art. 2 Abs. 2⁴⁷ bzw. 2 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 81 Abs. 1, 3 EGV⁴⁸ statt. Die Änderungen der Art. 2, 3 und 8 FKVO machen bei der Prüfung, ob ein Zusammenschluß im Sinne von Art. 3 FKVO vorliegt, die bislang erforderliche Trennung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen obsolet.⁴⁹ Die Entscheidung der Kommission hat gemäß Art. 10 Abs. 3 FKVO spätestens innerhalb einer Frist von vier Monaten nach der Einleitung des zweiten Prüfungsabschnitts zu ergehen. Auch diese Frist wird unter der Voraussetzung des Art. 10 Abs. 4 FKVO gehemmt. Das Verstreichenlassen der Frist führt zur Fiktion der Vereinbarkeitsentscheidung (Art. 10 Abs. 6 FKVO).

Wird durch den Zusammenschluß keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben behindert wird (Art. 2 Abs. 3 FKVO), bzw. wird durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keine wettbewerbswidrige Kooperation der Muttergesellschaften bezweckt oder bewirkt (Art. 2 Abs. 4 i.V.m. 81 Abs. 1, 3 EGV), erklärt die Kommission den Zusammenschluß gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 FKVO für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Die Entscheidung erstreckt sich nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO auch auf Nebenabreden der beteiligten Unternehmen; eine Verknüpfung mit Auflagen und Bedingungen ist möglich. Im anderen Fall trifft die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluß für nicht vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird. Ist der Zusammenschluß bereits vollzogen, so kann die Kommission nach Art. 8 Abs. 4 FKVO die Entflechtung anordnen.

⁴⁶ Zum Teil wird stattdessen terminologisch auch in "Vorverfahren" und "Hauptverfahren" eingeteilt (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO C, Rz. 20 und 28).

⁴⁷ Bei Unternehmenszusammenschlüssen.

⁴⁸ Bei Gründung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen mit Koordinierungsfunktion bezüglich des Wettbewerbsverhaltens.

⁴⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Erg.Bd., FKVO, Art. 2, Rz. 2. Näher zu den Änderungen in Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen Bechtold, Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, 77 ff. Eingehend zur Differenzierung (im Rahmen der alten Rechtslage) Bischke, Unterscheidung zwischen kooperativen und konzentrativen Unternehmensverbindungen, 49 ff.

ÜBERSICHT ZUM VERFAHREN NACH DER REVIDIERTEN FKVO

Aktion

Fristen

Vorphase

Anmeldephase mit informellen Vorgesprächen
(vgl. Erwägungsgrund 10 VerfVO)

Anmeldung eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 4 Abs. 1 FKVO)

Binnen 1 Woche nach Vertragsschluß

Kopie der Anmeldung an die Mitgliedstaaten
(Art. 19 Abs. 1 FKVO)

Binnen 3 Tagen nach Anmeldung

Vollzugsverbot (Art. 7 Abs. 1 FKVO)
(Befreiung nach Art. 7 Abs. 4 möglich)

Bis Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), 8 Abs. 2 oder Fiktion des Art. 10 Abs. 6

Prüfungsphase I

Unanwendbarkeitsentscheidung
Art. 6 Abs. 1 a)

Unbedenklichkeitsentscheidung
Art. 6 Abs. 1 b)
Ggfs. Fiktion des Art. 10 Abs. 6

Einleitungsentscheidung
Art. 6 Abs. 1 c)

Max. 1 Monat nach vollst. Anmeldung (Art. 10 Abs. 1 S. 1 FKVO)
Max. 6 Wochen bei Antrag nach Art. 9 Abs. 2 FKVO oder Zusagen für Art. 6 Abs. 1 b) (Art. 10 Abs. 1 S. 3 FKVO)

Prüfungsphase II

Ggfs. Auskunftsverlangen, Nachprüfung, Anhörung Beteiligter u. Dritter (Art. 11, 12, 13, 18 FKVO)

Anhörung und Stellungnahme des Beratenden Ausschusses (Art. 19 Abs. 3-7 FKVO)

Vereinbarkeitsentscheidung
Art. 8 Abs. 2
Ggfs. Fiktion des Art. 10 Abs. 6

Unvereinbarkeitsentscheidung
Art. 8 Abs. 3
Ggfs. Entflechtungsanordnung

Max. 4 Monate nach Einleitung (Art. 10 Abs. 2, 3)

D. Bestimmung von Zusagebegriff und -typen

I. Begriff der Zusage

Der Begriff der Zusage taucht in den Bestimmungen der FKVO zwar nicht explizit auf, jedoch ist das Institut der Gestaltungsänderung durch Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen zur Herbeiführung einer Vereinbarkeitsentscheidung in der FKVO ausdrücklich geregelt.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO kann die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, "um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind". In der englischen Fassung heißt es insoweit: "The Commission may attach to its decision under paragraph 1(b) conditions and obligations intended to ensure that the undertakings concerned comply with the commitments they have entered into vis-à-vis the Commission with a view to rendering the concentration compatible with the common market." Der französische Text lautet: "La Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du paragraphe 1 point b) de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun."⁵⁰

Der Begriff der Zusage wurde bei der Anwendung des deutschen Kartellrechts seit Beginn der Praxis des Bundeskartellamts⁵¹ gebraucht und hat sich auch in der deutschsprachigen Literatur zum EG-Kartellrecht durchgesetzt.⁵² Die Praxis der Kommission ist weniger einheitlich, insbesondere bei früheren Entscheidungen in der ersten Prüfungsphase nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO.

⁵⁰ Der spanische Text lautet: "La Comisión podrá acompañar la decisión adoptada con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos adquiridos ante la Comisión con objeto de compatibilizar la concentración con el mercado común." Die weiteren Textfassungen können unter http://europa.eu.int/comm/dg04/index_de/htm abgerufen werden.

⁵¹ Vgl. nur Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1975, 20. Zum deutschen Recht näher: Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 31 ff.

⁵² Vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 2 ff.; Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 203 ff./209 ff.; Bechtold, EuZW 1994, 653 (659); Montag/Kaessner, WuW 1997, 781 (789).

Neben "Zusagen"⁵³ wird in den Entscheidungen der in der FKVO gewählte Begriff "Verpflichtungen"⁵⁴ verwendet oder auch nur von angebotenen "Änderungen"⁵⁵ gesprochen. Die zu beobachtende terminologische Unterschiedlichkeit mag allerdings auch dadurch begründet sein, daß es sich bei den gemäß Art. 20 FKVO im Amtsblatt zu veröffentlichenden Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2-5 FKVO vielfach um Übersetzungen der Originalentscheidungen handelt. Der EuGH hat in seiner ersten Entscheidung zu materiellen Auslegungsfragen der FKVO neben dem Begriff der "Verpflichtung" ebenfalls den Begriff der "Zusage" verwendet.⁵⁶

Wie im deutschen Kartellrecht ist unter einer Zusage nach der FKVO eine einseitige Erklärung eines Unternehmens zu verstehen, durch die sich dieses gegenüber der Kartellbehörde zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet.⁵⁷ Durch die weite Definition des Zusagebegriffs sind auch die im Rahmen des europäischen Kartellverfahrens nach Art. 81, 82 EGV i.V.m. der Kartellverordnung (VO 17/62)⁵⁸ zur Einstellung des Verfahrens von Unternehmen gegenüber der Kommission abgegebenen Verpflichtungserklärungen mitumfaßt.⁵⁹ Synonym kann entsprechend dem in der FKVO gewählten Begriff auch von Verpflichtungen gesprochen werden. Inhalt von Zusagen bzw. Verpflichtungserklärungen der beteiligten Unternehmen sind Abhilfen bzw.

⁵³ Vgl. XXVIII. Tätigkeitsbericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 160 ff.; Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg., Tz. 122; zuletzt Thyssen/Krupp, WuW EU-V 74 (Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 b) FKVO) und Hoffmann-La-Roche/Boehringer Mannheim, WuW 1998 EU-V 153 (Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 FKVO); vgl. auch den Entwurf einer Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices/.

⁵⁴ Z.B. Boeing/McDonnell Douglas, WuW EU-V 7.
Im Englischen spricht die Kommission zumeist entsprechend der Terminologie der FKVO von "commitments" (vgl. Exxon/Shell, WuW 1998 EU-V 129), daneben auch von "undertakings" (z.B. Neste/IVO, WuW 1998 EU-V 79). Im Französischen zumeist von "engagements" (z.B. Alcatel/Thomson CSF-SCS, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>).

⁵⁵ ACCOR/Wagons Lits, WuW/E EV 1961.

⁵⁶ EuGHE 1998, 1375, Rz. 48-52 (Französische Republik u.a./Kommission); ebenso EuGIE 1997, 2137 (Kaysersberg SA/Kommission).

⁵⁷ Fuchs, WuW 1996, 269 (269); vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 2 ff.; Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 179. Die für die alte Rechtslage im GWB entwickelten Auffassungen, die den Gedanken einer Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen und dem Bundeskartellamt in die Definition einfließen lassen (vgl. Wolter, WuW 1979, 213 (213)) erscheinen durch die 6. GWB-Novelle obsolet, da nunmehr auch im deutschen Recht jedenfalls in der Hauptprüfungsphase eine Genehmigung unter Auflagen und Bedingungen gemäß § 40 Abs. 3 S. 1 GWB möglich ist.

⁵⁸ Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 06.02.1962, zuletzt geändert durch Vertrag vom 24.06.1994 in der Fassung des Beschlusses vom 01.01.1995 - nachfolgend "KartellVO (VO 17/62)".

⁵⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 3, Rz. 36.

Abhilfemaßnahmen. Erklärende von Zusagen sind die beteiligten Unternehmen, Auflagen und Bedingungen gehen demgegenüber von der Kommission aus.

Zwar besteht grundsätzlich eine Verwechslungsgefahr mit dem im Verwaltungsrecht üblichen Begriff der behördlichen Zusage, d.h. einer behördlichen Willenserklärung mit Bindungswillen zu einem späteren Tun oder Unterlassen gegenüber einem Bürger,⁶⁰ was zu berechtigter Kritik an der gängigen Terminologie geführt hat,⁶¹ dennoch wird im Rahmen dieser Darstellung am Begriff der Zusage festgehalten, da er sich mittlerweile als fester Bestandteil des Wettbewerbsrechts herausgebildet hat.

In zeitlicher Hinsicht kommt eine Unterscheidung von Zusagen der beteiligten Unternehmen nach dem Erfüllungszeitpunkt in Betracht. Diese Differenzierung hat sich vor allem in der deutschen Fusionskontrolle vor dem Hintergrund der alten Rechtslage des GWB herausgebildet,⁶² als darin noch keine Möglichkeit des Erlasses einer Genehmigung unter Auflagen und Bedingungen enthalten war (jetzt in § 40 Abs.3 GWB geregelt). Vorgesehen war ausschließlich eine Untersagung des Zusammenschlusses innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist; es wurde daher nach alternativen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Zusagen gesucht.⁶³ Kein Kriterium bildet der Zeitpunkt der Abgabe der Zusage, da eine Vereinbarkeits- bzw. Unvereinbarkeitserklärung nur innerhalb der normierten Fristen erfolgen kann.⁶⁴ Vielmehr kommt es darauf an, ob die von den Beteiligten angebotenen Verpflichtungen zur Gestaltungsänderung des Vorhabens vor oder nach Erlass der Vereinbarkeitsentscheidung erfüllt bzw. vollzogen werden.⁶⁵

Unter Vorfristzusagen versteht man Zusagen, die noch vor Ablauf der in Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 bzw. Abs. 3 FKVO geregelten Fristen erfüllt werden müssen. Eine erkennbare Bedeutung haben Vorfristzusagen auf europäischer Ebene

⁶⁰ BVerwGE 26, 31 (36). Der engere, verwaltungsrechtliche Begriff der "Zusicherung" (geregelt in § 38 BVwVfG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen) erfaßt nur behördliche Zusagen über den Erlass oder das Unterlassen eines Verwaltungsaktes.

⁶¹ Riesenkampff, WuW 1977, 291 (298); Satzky, Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, ZHR 141 (1977), 554 (555).

⁶² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1975, 21; Monopolkommission, Hauptgutachten IV 1980/1981, Tz. 654; Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 246 und 248.

⁶³ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten XI 1994/1995, Tz. 643, Hauptgutachten VII 1986/1987, Tz. 402; Satzky, Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, ZHR 141, 554 (555); Glassen/Hahn/Kersten/Rieger-Rieger, Frankfurter Kommentar, § 24 GWB, Rz. 32 f.; Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 246 und 248.

⁶⁴ Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 33.

⁶⁵ Uhlig, a.a.O.

allerdings nicht erlangt. Es fehlt insofern schon an einem hinreichenden Bedürfnis, da im Verfahren der FKVO die Fristen sehr straff bemessen sind - bis zum Abschluß der ersten Prüfungsphase längstens sechs Wochen, der zweiten Prüfungsphase längstens weitere vier Monate - und explizit eine Vereinbarkeitsentscheidung unter Bedingungen und Auflagen zur Durchsetzung von Zusagen geregelt ist.⁶⁶ Der Wortlaut der Art. 8 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO "nach entsprechenden Änderungen" indiziert jedoch eine solche Unterscheidung, da Änderungen durchaus auch innerhalb der Entscheidungsfristen der Kommission gemäß Art. 10 FKVO denkbar scheinen.

In der Praxis der Kommission sind vor allem die für die frühere deutsche Rechtslage als Nachfristzusagen⁶⁷ bekannten Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen relevant. Dazu gehören sämtliche Zusagen, die erst im Anschluß an die Vereinbarkeitsentscheidung innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen sind und zu deren Erfüllung die beteiligten Unternehmen nach dem in der FKVO vorgesehenen Modell grundsätzlich im Wege der Verwaltungsentscheidung unter Auflagen oder Bedingungen verpflichtet werden.

II. Zusagetypen

Nach Inhalt und Zielrichtung der gegenüber der Kommission abgegebenen Zusagen lassen sich diese systematisch in drei Kategorien einteilen,⁶⁸ wobei

⁶⁶ Im Gegensatz zum früher geltenden deutschen Recht, in dem aufgrund der andersgearteten Regelungstechnik nur eine Untersagungsentscheidung erging und eine Genehmigung unter Auflagen oder mit Bedingungen nicht vorgesehen war, so daß zuletzt auf seiten des Bundeskartellamts die Annahme von Zusagen eher vermieden wurde (vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XI 1994/1995, Tz. 643).

⁶⁷ Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 246 und 248.

⁶⁸ Wie hier: Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, FKVO Art. 8, Rz. 14; Fuchs, WuW 1996, 269 (272); Mülbart, ZIP 1995, 699 (700). Die Kommission stellt in ihrem Entwurf einer Zusagenmitteilung (Entwurf einer Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices/) auf den konkreten inhaltlichen Charakter der Verpflichtungen ab und differenziert zwischen Veräußerungen, der Beendigung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen und dem Zugang zur Infrastruktur und zu Schlüsseltechnologien; in diese Richtung gehend auch die Klassifizierung bei Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 108 ff.; vom Ziel ausgehend die abweichenden Einteilungen bei Kerber, Europäische Fusionskontrollpraxis, 124 f. und Bergmann, A.L.J. 62 (1993), 47 (55 f.); im Anschluß an die Klassifizierung von Neven/Nuttal/Seabright, Merger in daylight, 117 f., unterscheidet Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 333 ff., zwischen vertikaler und horizontaler Desintegration, dem Absenken von Marktzutrittsschranken und dem Schaffen eines Wettbewerbers. Zum Teil anders auch die Einteilung zur Praxis des Bundeskartellamts (vgl. Mülbart, ZIP 1995, 699 (700)).

nicht immer eine eindeutige Zuordnung möglich ist und oftmals eine Verpflichtung zu unterschiedlichen Handlungen oder Unterlassungen erfolgt:

- Zur Gruppe der Veräußerungszusagen zählen die Fälle, in denen sich Unternehmen zur Veräußerung von Beteiligungen,⁶⁹ Unternehmens⁷⁰- oder Vermögensteilen⁷¹ verpflichten. Ziel ist es, die Marktanteile der betroffenen Unternehmen auf dem jeweils relevanten Markt zu reduzieren oder die Wettbewerbsfähigkeit eines konkurrierenden Unternehmens zu stärken. Inhaltlich nahestehend sind sogenannte Einflußbegrenzungszusagen, die oftmals zur Überbrückung des Zeitraumes bis zum Vollzug der Veräußerung abgegeben werden und die Verpflichtung zur Nichtausübung von Stimmrechten oder zu deren Übertragung auf einen Treuhänder beinhalten.⁷²
- Von Marktöffnungszusagen spricht man bei Verpflichtungen mit dem Ziel, abgeschottete Märkte aufzubrechen oder Marktzutrittsschranken zu beseitigen bzw. abzubauen, zum Beispiel durch die Beendigung vertraglicher Beziehungen⁷³ oder die Verpflichtung zur Lizenzvergabe an Konkurrenzunternehmen.⁷⁴ Mit Hilfe von Marktöffnungszusagen soll Wettbewerbern - unter Umständen auch nur für einen begrenzten Zeitraum - der Zugang zu Absatz-, Beschaffungs-, Dienstleistungsmärkten, Technologien etc. verschafft oder erleichtert werden.⁷⁵
- Eine dritte Gruppe bilden sogenannte sonstige Entflechtungszusagen, d.h. Zusagen über die Beendigung finanzieller, personeller oder vertraglicher Verbindungen zu - auch potentiellen - Konkurrenten.⁷⁶ In dieser Fallgruppe geht es vor allem um die Auflösung von horizontalen (zu Wettbewerbern) und vertikalen (zu Lieferanten) Verflechtungen. Ziel ist die Sicherung

Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd.2/II, FKVO Art.8, Rz. 15 unterscheidet zusätzlich der Funktion nach zwei Obergruppen, nämlich Hauptzusagen, d.h. Zusagen im Hinblick auf eine Änderung des angemeldeten Zusammenschlußvorhabens zur Herbeiführung der Genehmigungsfähigkeit, und begleitende Zusagen, d.h. Zusagen im Hinblick auf die Art und Weise der Erfüllung der Hauptzusagen.

⁶⁹ Z.B. Magneti Marelli/CEA c, WuW/E EV 1735, Rz. 19 f.

⁷⁰ Z.B. Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 62, Rz. 186.

⁷¹ Z.B. Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903, Rz. 136 f.

⁷² Z.B. Thyssen/Krupp, WuW EU-V 74, Rz. 35.

⁷³ Z.B. Alcatel/Telettra, WuW/E EV 1616, Rz. 19; KNP/BT/VRG, ABl. 1993 Nr. L 217, 44, Rz. 66; Astra/Zeneca, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 92 (Zsf. WuW 1999, 368).

⁷⁴ Z.B. Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 105 ff.; Hoffmann-La-Roche/Boehringer Mannheim, WuW EU-V 153, Rz. 145.

⁷⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 18.

⁷⁶ Z.B. Varta/Bosch WuW/E EV 1701, Rz. 33 ff.; Thyssen/Krupp, WuW EU-V 74, Rz. 35.

wettbewerblicher Unabhängigkeit konkurrierender Unternehmen und die Eindämmung von Netzwerkeffekten infolge eingegangener Kooperationen.⁷⁷

Soweit in der Literatur⁷⁸ aufgrund der Verwaltungspraxis der Kommission als weitere Kategorie die Gruppe der Verhaltenszusagen genannt wird, d.h. Zusagen, in denen sich die beteiligten Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten in der Zukunft verpflichten, handelt es sich um - auf der Basis des mit der Auferlegung des jeweiligen Verhaltens verfolgten Zwecks - vorgenannten Typen jeweils zuweisbare Untergruppen ohne gleichgeordneten Charakter.⁷⁹

⁷⁷ Fuchs, WuW 1996, 269 (273).

⁷⁸ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 19.

⁷⁹ Z.B. die Zusage in Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 66 f., ein Unternehmen einvernehmlich mit den weiteren Teilhabern umzuwandeln. Vgl. zur Kategorisierung in Verhaltenszusagen und ihrer Erforderlichkeit auch E. I. 2. e) cc).

E. Zusagen im Verfahren der FKVO

Nach der Überarbeitung der FKVO ist für beide Prüfungsphasen die Berücksichtigung von Zusagen durch die Kommission im Verordnungstext vorgesehen. Trotz der mit der 6. GWB-Novelle⁸⁰ verabschiedeten Angleichungen des deutschen Rechts an die europäischen Vorschriften bestehen damit weiterhin keine parallelen Regelungen, da der deutsche Gesetzgeber nur die der früheren europäischen Rechtslage, d.h. der Erstfassung der FKVO, vergleichbare Lösung gewählt und auf die Möglichkeit der Berücksichtigung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt verzichtet hat.⁸¹

Im folgenden wird die Anwendung des Instituts der Zusage für beide in der FKVO vorgesehenen Verfahrensabschnitte dargestellt. Anhand der gesetzgeberischen Vorgaben sollen dabei auch die formellen und materiellen Grenzen für eine Berücksichtigung von Zusagen im Verfahren der FKVO herausgearbeitet werden.

I. Berücksichtigung von Zusagen im ersten Prüfungsabschnitt nach

Art. 6 FKVO

Mit der Revision der FKVO wurde eine eindeutige Entscheidung für die bereits bis zu diesem Zeitpunkt von der Kommission durchgeführte Praxis getroffen, auch im ersten Verfahrensabschnitt Zusagen von Unternehmen entgegenzunehmen.⁸² Die Annahme von Verpflichtungen beteiligter Unternehmen und ihre Verknüpfung mit der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission mittels Auflage oder Bedingung ist nunmehr nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 FKVO ausdrücklich vorgesehen. Einer der Hauptkritikpunkte des die Praxis der

⁸⁰ Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.08.1998, BGBl. I, 2521.

⁸¹ Zwar ist gemäß § 40 Abs. 2 GWB nunmehr auch im Falle der Freigabe eine explizite behördliche Entscheidung vorgesehen, die nach § 40 Abs. 3 S. 1 GWB mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden kann, jedoch ergeht als Abschluß des Vorverfahrens lediglich eine formlose Mitteilung, so daß der Erlaß von Nebenbestimmungen ausscheidet. Näher zu den Änderungen durch die 6. GWB-Novelle Schulte, AG 1998, 297; Bunte, DB 1998, 1748; Bechtold/Uhlig, NJW 1999, 3526; vgl. auch die Kommentierung zur Zusammenschlußkontrolle von Bechtold, GWB, §§ 35 ff.; sowie Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, §§ 18 ff.; Emmerich, Kartellrecht, 334 ff.

⁸² Z.B. Fiat Geotech/Ford New Holland, WuW/E EV 1611.

Kommission überwiegend ablehnenden Schrifttums,⁸³ daß die Vorgehensweise der Kommission mangels Rechtsgrundlage rechtswidrig sei, ist damit entfallen. Ebenso sind die vorgeschlagenen Lösungsansätze zur Durchsetzbarkeit von Verpflichtungen in der ersten Prüfungsphase - sei es durch analoge Anwendung von Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO a.F.⁸⁴ oder Art. 8 Abs. 2, 5 lit. b) FKVO a.F.⁸⁵ oder durch Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages⁸⁶ ähnlich der für die bisherige Lage im deutschen Recht entwickelten Ansicht⁸⁷ - weitgehend hinfällig geworden, da eine mögliche Verbindung der Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen zur Durchsetzung von Zusagen explizit aufgenommen wurde.⁸⁸

Nach Art. 6 Abs. 1 FKVO beginnt die Kommission unmittelbar nach dem Eingang der Anmeldung mit deren Prüfung. Die Prüfungsfrist beträgt in dieser ersten Phase gemäß Art. 10 Abs. 1 FKVO grundsätzlich maximal einen Monat. Allerdings sieht der geänderte Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO eine Verlängerung dieser Frist auf sechs Wochen unter anderem dann vor, "wenn die beteiligten Unternehmen nach Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß Art. 6 Absatz 2 Verpflichtungen anbieten, die nach Auffassung der Parteien bei einer Entscheidung nach Art. 6 Absatz 1 Buchstabe b zu berücksichtigen sind". Binnen dieser Frist von maximal sechs Wochen im Falle von nachträglichen Zusagen der beteiligten Unternehmen⁸⁹ hat die Kommission zu entscheiden, ob sie den Zusammenschluß für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt (Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO) oder ob sie aufgrund ernsthafter Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit den zweiten Verfahrensabschnitt einleitet (Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO). Ergeht innerhalb dieser Frist keine Entscheidung, tritt gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO die Fiktion der Vereinbarkeitserklärung ein, d.h., der Zusammenschluß gilt auch ohne Überprüfung als freigegeben.

⁸³ Van Bael/Bellis, *Competition Law*, 510 f.; Bechtold, *EuZW* 1994, 653 (659); Groger/Janicki, *WuW* 1992, 991 (1000); Heidenhain, *EuZW* 1994, 135 (136 f.); Immenga/Mestmäcker-Immenga, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 33; Mülberr, *ZIP* 1995, 699 (707); Whish, *Competition Law*, 721.

⁸⁴ Drauz/Schröder, *Praxis der europäischen Fusionskontrolle*, 206, der dies als Meinung der Kommission wiedergibt.

⁸⁵ Jones/González-Días, *EEC Merger Regulation*, 230, bei Beachtung der Anhörungsrechte Dritter sowie der Mitgliedstaaten.

⁸⁶ Bergmann, *A.L.J.* 62 (1993) 47 (87); Krause, *ECLR* 1994, 209.

⁸⁷ Mülberr, *ZIP* 1995, 699 (703/705) m.w.N.

⁸⁸ Nur weitgehend, da die Kommission auch nach Inkrafttreten der FKVO ihre Entscheidungen nicht immer mit Auflagen oder Bedingungen verbindet.

⁸⁹ Gemäß Art. 18 Abs. 1 VerfVO sind die in der Entscheidung der Kommission nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO zu berücksichtigenden Zusagen bzw. Verpflichtungen spätestens drei Wochen nach der Anmeldung vorzulegen.

Nachfolgend wird auf den Zweck von Zusagen, die Voraussetzungen für ihre Berücksichtigung und schließlich auf die Möglichkeiten ihrer Einbeziehung in die Kommissionsentscheidung im ersten Verfahrensabschnitt eingegangen.

1. Funktion von Zusagen in Phase I

Ziel von Zusagen der beteiligten Unternehmen ist es, eine Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission herbeizuführen, also ein Verbot des Zusammenschlusses zu verhindern,⁹⁰ spezifizierend wird daher auch von verbotsabwehenden Zusagen gesprochen.⁹¹

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Funktion im Rahmen der ersten Prüfungsphase ist zunächst der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 FKVO. Danach kann die Kommission den angemeldeten Zusammenschluß gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären, wenn er "nach Änderungen durch die beteiligten Unternehmen keinen Anlaß mehr zu ernsthaften Bedenken im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe c) gibt". Die Entscheidung kann nach Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, die hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen wurden.

Die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt richtet sich nach Art. 2 Abs. 2 FKVO bzw. in den Fällen von Art. 2 Abs. 4 FKVO (kooperativen Gemeinschaftsunternehmen) nach Art. 81 EGV. Unvereinbar sind gemäß Art. 2 Abs. 2 FKVO Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen bzw. verstärken oder durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Maßgebliches Kriterium ist also - ebenso wie in der zweiten Prüfungsphase nach Art. 8 Abs. 2 - Art. 2 FKVO.⁹²

Die FKVO enthält keine Legaldefinition der marktbeherrschenden Stellung, so daß insoweit auf die gefestigte Begriffsbildung in der Rechtsprechung und Entscheidungspraxis zu Art. 82 EGV zurückgegriffen wird.⁹³ Demnach liegt eine

⁹⁰ Heidenhain, EuZW 1994, 135 (135).

⁹¹ Mülbart, ZIP 1995, 699 (699) zur alten Rechtslage.

⁹² Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 4; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 2, Rz. 175.

⁹³ Vgl. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 2 und 169.

marktbeherrschende Stellung vor, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, auf deren Basis es die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verhindern kann, indem es ihm ermöglicht, sich gegenüber Wettbewerbern, Abnehmern und Verbrauchern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.⁹⁴ Entscheidender Indikator ist dabei der Marktanteil am relevanten Markt.⁹⁵ Das Merkmal der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gebietet einen Vergleich der Wettbewerbsstrukturen des betroffenen Markts vor und nach dem Zusammenschluß.⁹⁶ Die Kommission hat insoweit eine Prognose über die voraussehbare Marktentwicklung anzustellen.⁹⁷ Diese dynamische Betrachtungsweise folgt aus dem Wortlaut des Art. 2 FKVO.⁹⁸

Begründet wird eine marktbeherrschende Stellung bei der erstmaligen Erlangung eines unabhängigen Verhaltensspielraumes gegenüber Wettbewerbern oder - beim marktbeherrschenden Nachfrager - gegenüber Lieferanten; verstärkt wird eine marktbeherrschende Stellung im Falle der Erweiterung oder Absicherung eines schon bestehenden unabhängigen Verhaltensspielraumes der beteiligten Unternehmen.⁹⁹

Fraglich ist, ob das in Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO genannte Kriterium der "ernsthaften Bedenken" ("serious doubts") zu einer Änderung der Funktion von Zusagen in Phase I führt. Im ersten Verfahrensabschnitt stellt die Kommission nicht positiv fest, daß durch den Zusammenschluß voraussichtlich keine erheblich wettbewerbsbehindernde marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, vielmehr prüft sie den Zusammenschluß nur im Hinblick auf das Fehlen ernsthafter Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt. Hieraus ergibt sich, daß die Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen eine Vereinbarkeit des Zusammenschlusses durch Ausräumung ernsthafter wettbewerblicher Bedenken der Kommission herbeiführen sollen. Erforderlich ist das Vorliegen eines einfach gelagerten

⁹⁴ EuGHE 1979, 461, Rz. 38 (Hoffmann-La Roche/Kommission); E 1983, 3461, Rz. 30 (Michelin/Kommission).

⁹⁵ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 2, Rz. 16; vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 143 (Französische Republik u.a./Kommission).

⁹⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 328.

⁹⁷ EuGHE 1998, 1375, Rz. 120, 220 f. (Französische Republik u.a./Kommission); Kerber, Europäische Fusionskontrollpraxis, 25; Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 72 f.

⁹⁸ Erforderlich ist eine beherrschende Stellung, "durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde". Näher hierzu Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 170 m.w.N.

⁹⁹ Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 170.

Falls. Die Art und Weise der Überprüfung, ob sich eine Unverträglichkeit mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Art. 2 FKVO feststellen läßt, ist im Vergleich zum zweiten Prüfungsabschnitt eingeschränkt; es findet lediglich eine summarische Prüfung statt.¹⁰⁰ Dadurch ergeben sich zum einen besondere Voraussetzungen, die an die Eignung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt zu stellen sind, zum anderen wird auch die Funktion der Zusage dahingehend verändert, daß das Ziel eine Herbeiführung der Vereinbarkeitsentscheidung mittels Beseitigung ernsthafter wettbewerblicher Bedenken gegen den Zusammenschluß ist.¹⁰¹

Die im Rahmen der FKVO gewählte Regelungstechnik, nach der auch im Falle der Zulässigkeit des Vorhabens eine ausdrückliche Genehmigung ergeht,¹⁰² hat jedoch keinen Einfluß auf die Funktion der Verpflichtungserklärungen. Die Vereinbarkeitsentscheidung hat keine selbständige Bedeutung, sondern vielmehr deklaratorischen Charakter, da Vorhaben beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich erlaubt sind.¹⁰³ Anders als im deutschen Recht¹⁰⁴ ist im Verfahren der FKVO die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Berücksichtigung besonderer, außerwettbewerblicher Aspekte nicht vorgesehen.¹⁰⁵ Zweck der ausdrücklichen Vereinbarkeitsentscheidung ist neben

¹⁰⁰ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 10; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 3 und 10.

¹⁰¹ Vgl. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 10; ähnlich wohl Hirsbrunner 1998, EuZW, 613 (614) (Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt dienen dazu, "die Einleitung des Hauptprüfungsverfahrens zu verhindern, während Zusagen, die im Hauptprüfungsverfahren angeboten werden, eine Untersagung des angemeldeten Zusammenschlußvorhabens abwenden sollen"). A.A. Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 247 f. (parallele Funktion in beiden Verfahrensabschnitten).

¹⁰² Anders die frühere Rechtslage im deutschem Recht; nach §§ 24, 24a GWB a.F. war mit Ausnahme des Instituts der Ministererlaubnis nur für den Fall der Untersagung eines Zusammenschlusses eine behördliche Entscheidung vorgesehen. Im Rahmen der 6. GWB-Novelle wurde zumindest für das Hauptprüfungsverfahren die Systematik der FKVO in § 40 GWB übernommen.

¹⁰³ Dies zeigt die Entstehungsgeschichte und Systematik der FKVO: Von den beiden Extrempositionen "Verbotprinzip" (generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) auf der einen und "Eingriffsprinzip" (generelle Wirksamkeit unter Vorbehalt eines Verbotseingriffs) auf der anderen Seite hat sich als Mittelweg ein "Neutralitätsprinzip" genanntes, erweitertes Eingriffsprinzip im Sinne eines allgemeinen Entscheidungsvorbehalts durchgesetzt (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70)).

¹⁰⁴ § 42 GWB sieht die Erteilung einer Erlaubnis eines vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlusses durch den Bundesminister für Wirtschaft vor, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

¹⁰⁵ In den Entwürfen zu Art. 2 Abs. 4 FKVO vom 25.04. - KOM (88) 97 endg. -, vom 25.11. - KOM (88) 734 endg. - und 19.12.1988 - KOM (88) 734/Revidierte Fassung - war eine solche Freistellungsmöglichkeit wettbewerbsbehindernder Zusammenschlüsse bei Überwiegen

der hieraus resultierenden Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen¹⁰⁶ auch die Absicherung des Vorrangs von Entscheidungen der Kommission vor der nationalen Rechtsanwendung.¹⁰⁷

2. Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Zusagen in Phase I

Aus den Vorschriften der FKVO sowie der hierzu ergangenen VerfVO ergeben sich konkrete Anforderungen, die bei der Abgabe von Zusagen zu beachten sind, damit diese in zulässiger Weise berücksichtigt werden können. Die Grenze für die Entgegennahme von Zusagen bildet zunächst der Anwendungsbereich der FKVO, der weder sachlich (relevanter Zusammenschluß) noch räumlich (gemeinschaftsweite Bedeutung) ausgedehnt werden darf.

Die Kommission übt im Rahmen der Fusionskontrolle selbst eine Verwaltungstätigkeit aus, sie vollzieht also direkt Gemeinschaftsrecht.¹⁰⁸ Als europäische Behörde ist sie in ihrem Verwaltungshandeln insoweit nach dem "Rechtmäßigkeitsprinzip"¹⁰⁹ der Gemeinschaftsordnung gebunden an Recht und Gesetz, d.h. an primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts.¹¹⁰ Letztere treten als allgemeine Handlungsmaximen neben das geschriebene Recht bzw. sind bei seiner Auslegung und Ergänzung heranzuziehen.¹¹¹ Es fehlt zwar noch an einer Kodifizierung eines allgemeinen Verwaltungsrechts auf europäischer Ebene,¹¹² jedoch ist seine Entwicklung vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH anhand der allgemeinen Prinzipien sehr weit fortgeschritten.¹¹³ Insofern sind bei der Berücksichtigung von Zusagen die besonderen Verfahrensvoraussetzungen

spezieller Vorteile noch enthalten. Vgl. auch Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schröter, EWG-Vertrag, Bd. 2, Art. 87 2. Teil, Rz. 252.

¹⁰⁶ Tilmann, Festschrift von Gamm, 671.

¹⁰⁷ Vgl. EuGHE 1969, 1, 13 (Walt-Wilhelm/Bundeskartellamt); in der FKVO ist die ausschließliche Anwendbarkeit der FKVO auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung ("one-stop-shop") in Art. 21 Abs. 2 explizit geregelt. Vgl. zum Vorrangprinzip die Darstellung von Walz, Vorrang des europäischen vor dem nationalen Kartellrecht.

¹⁰⁸ Brinker, EuR Beiheft 1/1998, 95 (95 f.) für die Anwendung des Europäischen Kartellrechts; vgl. zum Begriff auch Schweitzer, DV 1984, 138 (139).

¹⁰⁹ Näher hierzu Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 219 ff.; Brenner, Die Verwaltung 1998, 1 (3 f.) - insbesondere im Hinblick auf die hieraus resultierenden Auswirkungen auf den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz.

¹¹⁰ Arnold, EuR Beiheft 1/1995, 7 (7 f.).

¹¹¹ Arnold, a.a.O.; Bleckmann, Europarecht, Rz. 1314 ff.

¹¹² Näher zu den Vereinheitlichungstendenzen Schwarze, Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 834 ff., der eine Kodifizierung empfiehlt.

¹¹³ Bleckmann, Europarecht, Rz. 1317 ff.

der FKVO gegebenenfalls unter Heranziehen der allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Ein Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften führt zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Kommission. Ihre Bestandskraft bleibt dabei jedoch grundsätzlich bis zur gerichtlichen Nichtigerklärung unberührt.¹¹⁴

a) Zusagebeteiligte

aa) Zusageinitiative

Gemäß Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - in gleicher Weise nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - kann die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind. Der Wortlaut der Vorschrift ergibt, daß die Initiative zur Abgabe von Zusagen allein von den beteiligten Unternehmen ausgeht, die zur Herbeiführung einer Vereinbarkeitsentscheidung Änderungen ihres Zusammenschlusses bzw. entsprechende Verpflichtungen anbieten müssen.¹¹⁵ Allerdings ergibt sich eine mittelbare Einflußnahmemöglichkeit der Kommission insofern, als sie ihre Bedenken gegen ein Zusammenschlußvorhaben sowohl in den informellen Vorgesprächen als auch im Rahmen von laufenden Anhörungen gegenüber den Beteiligten zum Ausdruck bringt.¹¹⁶ Dies ist zumindest solange nicht zu beanstanden, als keine anderen als der

¹¹⁴ Vgl. zuletzt EuGH, EuZW 1999, 660 ff., Rz. 57 (Kommission/AssiDomän Kraft Products AB unda.). Die Entscheidungen der Kommission im Rahmen des Kontrollverfahrens sind nach Art. 230 Abs. 4 EGV anfechtbare Entscheidungen der Kommission im Sinne von Art. 249 EGV. Hingewiesen sei insofern auf das vom EuGH auf europäischer Ebene entwickelte Institut der Heilung von Verfahrensfehlern (EuGHE 1979, 461, Rz. 15 (Hoffmann-La Roche/Kommission)). Dazu grundlegend Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 224 ff., Bd. II, 1367 ff., sowie Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung, 386 ff.

¹¹⁵ Van Bael/Bellis, Competition Law, 507; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 12.

¹¹⁶ Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 187 und 204. Der Wortlaut der Entscheidung Anglo American Corporation/Lonrho, WuW EU-V 64, Rz. 134, läßt sogar auf eine direkte Einflußnahme bzw. eigene Initiative der Kommission schließen ("Die Kommission ist jedoch auch der Ansicht, daß AAC bestimmte Auflagen zu erteilen sind, um ...") und erscheint daher vor dem Hintergrund obiger Ausführungen bedenklich. Näher zu den Einflußnahmemöglichkeiten im Verfahren der FKVO Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 83 ff. Er weist zu Recht kritisch darauf hin, daß sich infolge des Fehlens von Verfahrensregelungen im Rahmen der vor der Anmeldung durchgeführten, informellen Vorgespräche die Einflußnahme gegebenenfalls vorverlagert und Wettbewerbsprobleme vorab ohne weitere Beteiligung Dritter oder der Mitgliedstaaten ausverhandelt werden.

Fusionskontrolle innewohnende Ziele verfolgt werden¹¹⁷ und eine hinreichende Transparenz der Entscheidungsfindung gewahrt ist.¹¹⁸

bb) Zusageempfänger

Nach Art. 21 Abs. 1 FKVO ist die Kommission ausschließlich zuständig für den Erlass sämtlicher in der FKVO vorgesehener Entscheidungen. Da die Zusagen der beteiligten Unternehmen der Entscheidung der Kommission vorgelagert sind und der Herbeiführung der Vereinbarkeitsentscheidung dienen, ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 FKVO auch die Annahmezuständigkeit der Kommission hinsichtlich Verpflichtungserklärungen.¹¹⁹

cc) Zusageberechtigung

In formeller Hinsicht ist weiterhin relevant, wessen Zusagen die Kommission rechtmäßigerweise entgegennehmen und berücksichtigen darf, d.h., wer zusageberechtigt ist. In Betracht kommen die konkret verfahrensbeteiligten Unternehmen, die insgesamt am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen sowie gegebenenfalls Dritte.

Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO spricht von Verpflichtungen der "beteiligten Unternehmen" (ebenso in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO), ohne eine Definition oder nähere Erläuterung zu geben. Auch an zahlreichen weiteren Stellen der FKVO taucht der Begriff des "Beteiligten" auf, ohne daß eine Inhaltsbestimmung stattfindet.¹²⁰

¹¹⁷ Vgl. hierzu E. I. 2. e) cc).

¹¹⁸ Vgl. Harmjanz, Auflagen und Bedingungen, 132.

¹¹⁹ Näher zur institutionellen Struktur und zur Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Generaldirektion IV der Kommission Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 218 ff.

¹²⁰ In den Erwägungsgründen 10., 11., 12., 15., 19., 23., 25., 30., 31 FKVO, im Rahmen des Anwendungsbereichs, d.h. bei den Umsatzschwellen, in Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 lit. b), 4, bei der Umsatzberechnung in Art. 5 Abs. 1, 4, 5, im Rahmen der Verfahrensregelungen in Art. 6 Abs. 3, 5, Art. 8 Abs. 5, Art. 9 Abs. 1, 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2, Art. 18 Abs. 4, sowie in Art. 7 Abs. 4 und Art. 10 Abs. 4 sind die "am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen" genannt.

Zur Auslegung des Terminus kommt eine Heranziehung der Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen¹²¹ in Betracht. In dieser Mitteilung gibt die Kommission Hinweise, wie sie den Begriff der beteiligten Unternehmen in Art. 1 und 5 der FKVO auslegt,¹²² ohne dabei normative Kompetenzen für sich in Anspruch nehmen zu wollen.¹²³ Es werden Kriterien gegeben zur Berechnung der Gesamtumsätze und zur Ermittlung, ob die in Art. 1 FKVO genannten Schwellenwerte von den beteiligten Unternehmen erreicht werden. Für verschiedene Zusammenschlußmodelle wird insoweit dargelegt, wie diese im Hinblick auf die Berechnung der maßgeblichen Gesamtumsätze - vor allem bei stark verflochtenen Unternehmensstrukturen - zu beurteilen sind. Die von der Kommission dargelegten Grundsätze beziehen sich explizit nur auf die Interpretation des "Beteiligten" im Sinne von Art. 1 und 5 FKVO und geben daher keinen Aufschluß über die Bedeutung des "Beteiligten" in Art. 6 und 8 FKVO.

Nähere Anhaltspunkte lassen sich dem in Art. 18 FKVO geregelten Anhörungsrecht in Verbindung mit der zur FKVO ergangenen VerfVO entnehmen. Nach Art. 11 VerfVO wird hinsichtlich der Anzuhörenden differenziert zwischen "Anmeldern", die eine Anmeldung gemäß Art. 4 Abs. 2 FKVO unterbreiten, "anderen Beteiligten", die an dem Zusammenschluß beteiligt sind, ohne Anmelder zu sein (z.B. Veräußerer und Übernommener), "Dritten" mit einem hinreichenden Interesse, einschließlich Kunden, Lieferanten und Wettbewerbern, und "Beteiligten", gegen die die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld nach Art. 14 bzw. 15 FKVO verhängen kann. Zu Letzteren gehören entsprechend der in Art. 14 FKVO getroffenen Regelungen Anmelder, weitere am Zusammenschluß Beteiligte und andere Unternehmen bzw. Personen, da auch gegen diese die Verhängung eines Bußgeldes möglich ist.¹²⁴ Ausweislich der Definition bezieht sich die Regelung jedoch lediglich auf das Bußgeldverfahren und kann daher nicht für das gesamte Verfahren herangezogen werden.

Die in Bezug auf die Anhörung nach Art. 18 FKVO i.V.m. Art. 11 Abs. 1 VerfVO vorgenommene Unterscheidung zeigt, daß Anmelder sowie andere Beteiligte auf

¹²¹ Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 14.

¹²² Vgl. Einleitung der Mitteilung.

¹²³ Vgl. Abschnitt I. Ziff. 4. der Mitteilung.

¹²⁴ Im Falle unrichtiger oder nicht fristgerechter Auskunftserteilung (Art. 14 Abs. 1 lit. c) FKVO) oder im Falle inkooperativen Verhaltens im Rahmen der Nachprüfungsbefugnisse der Kommission (Art. 14 Abs. 1 lit. d) FKVO).

der einen und Dritte auf der anderen Seite als Gruppen mit verschiedenartigen Rechten gesehen werden. Art. 18 FKVO differenziert zwischen den "Betroffenen", d.h. den Anmeldern sowie den anderen am Zusammenschluß Beteiligten, und "Dritten", d.h. sonstigen Personen mit einem hinreichenden Interesse.¹²⁵ Aus der unterschiedlichen Behandlung der "Betroffenen", die besondere Garantien zugesprochen bekommen, und "Dritten", denen lediglich unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf Anhörung zuerkannt wird, läßt sich daher eine grundlegende verfahrensrechtliche Trennung ableiten.¹²⁶ Für die Verfahrensvorschriften der FKVO kann der Begriff der "beteiligten Unternehmen" daher als sämtliche am vorgelegten Zusammenschluß beteiligte Unternehmen definiert werden.¹²⁷

Berechtigt zur Abgabe von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt sind daher alle am konkreten Zusammenschluß beteiligten Unternehmen.¹²⁸ Neben Zusagen des oder der anmeldenden Unternehmen können also auch Zusagen der übrigen am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen entgegengenommen werden.¹²⁹ Die Bestimmung der Beteiligten erfolgt im konkreten Einzelfall entsprechend der Definition des Zusammenschlusses nach Art. 3 FKVO. Unabhängig von der grundsätzlichen Eignung dürfen Verpflichtungen Dritter schon infolge dieser aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 FKVO folgenden Begrenzung der Zusageberechtigung nicht von der Kommission als entscheidungsrelevante Zusagen berücksichtigt werden.

Unproblematisch im Hinblick auf die Zusageberechtigung ist es, wenn Regierungen Zusagen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen von Unternehmen abgeben, die mehrheitlich im Eigentum des jeweiligen Staates stehen, da der jeweilige Staat damit ebenfalls als Beteiligter des Zusammenschlusses¹³⁰ anzusehen ist.¹³¹

¹²⁵ EuGIE 1997, 2137, Rz. 105 (Kaysersberg SA/Kommission); Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 214 f.; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 18, Rz. 2.; vgl. ausführlich zum Begriff auch Veelken/Karl/Richter, Die europäische Fusionskontrolle, 37 ff.

¹²⁶ EuGIE, a.a.O.

¹²⁷ Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 194.

¹²⁸ So im Ergebnis auch Fuchs, WuW 1996, 274, und Kerber, Europäische Fusionskontrollpraxis, 141.

¹²⁹ Vgl. z.B. Rewe/Meinl, ABl. 1999 Nr. L 274, 1. Anmelderin des Zusammenschlusses war die übernehmende Rewe-Gruppe (Rz. 1); die Zusagen zur Herstellung der Vereinbarkeit wurden jedoch lediglich von der übernommenen und damit am Zusammenschluß beteiligten Meinl AG abgegeben (Rz. 118).

¹³⁰ Vgl. die entsprechende Beurteilung im Rahmen der Umsatzberechnung nach der Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) 4064/89

b) Einzuhaltende Verfahrensfristen

Nach Art. 18 Abs. 1 VerfVO sind die von den beteiligten Unternehmen gemäß Art. 6 Abs. 2 FKVO vorgeschlagenen Verpflichtungen nicht später als drei Wochen nach dem Tag des Eingangs der Anmeldung vorzulegen.¹³² Ansonsten ist die Kommission grundsätzlich nicht mehr zur Berücksichtigung verpflichtet.¹³³ Diese sogenannte Änderungsfrist, d.h. die Frist, binnen derer die beteiligten Unternehmen Zusagen über die Änderung ihres Zusammenschlusses abgeben müssen, ist seit der Neufassung des Art. 23 FKVO auf eine eindeutige Rechtsgrundlage gestellt.¹³⁴ Die Kommission ist ausdrücklich dazu ermächtigt, Verfahren und Fristen für die Vorlage der Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) und Art. 8 Abs. 2 FKVO festzulegen.

Unter Einbeziehung der Fristverlängerung von Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO verbleiben der Kommission noch drei weitere Wochen, bis eine Entscheidung

des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 14, Tz. 19 und 56.

¹³¹ In dieser Weise verhielt es sich zuletzt im Rahmen der Entscheidung "Neste/Ivo" (WuW EuV-79). Hier gab der Staat Finnland, der jeweils die Mehrheit an den zusammengeschlossenen Unternehmen hielt, die Zusage ab, daß das zusammengeschlossene Unternehmen die Kontrolle über einen benachbarten Markt beherrschende Tochtergesellschaft aufgeben werde. Hierdurch wurden die aufgetretenen wettbewerblichen Bedenken ausgeräumt und die Vereinbarkeitserklärung "subject to the full compliance with the commitments made by IVO-Neste and the state of Finland" nach Art. 6 I b), II der revidierten FKVO von der Kommission erlassen.

¹³² Die Fristberechnung zur FKVO ist - nunmehr einheitlich auch für die KartellVO (VO 17/62) - grundsätzlich ebenfalls in der neugefaßten VerfVO geregelt; nach Art. 18 Abs. 1 VerfVO sind die Art. 6 bis 9 VerfVO für die Berechnung der Drei-Wochen-Frist des Art. 18 Abs. 1 VerfVO entsprechend anwendbar. Auf eine analoge Anwendung (vgl. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 16) braucht daher nicht zurückgegriffen werden. Vgl. zur Anwendbarkeit der subsidiär weiterhin geltenden Fristen-Verordnung (Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 03. 06. 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine) innerhalb des Verfahrens der FKVO Hirsbrunner, EuZW 1998, 613 (613 f). Allgemein zu den Fristen im Fusionskontrollverfahren Happe, EuZW 1995, 303; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Hirsbrunner, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 10, Rz. 16 ff.

¹³³ EuGIE 1997, 2137, Rz. 141 (Kaysersberg SA/Kommission). Vgl. hierzu auch die Phase II-Entscheidung Airtours/First Choice, Zsf. WuW 1999, 1093, in der die Kommission ein von den beteiligten Unternehmen nach Ablauf der Frist des Art. 18 Abs. 2 VerfVO vorgelegtes Zusagepaket unberücksichtigt ließ, da keine außergewöhnlichen Umstände zur Rechtfertigung der Fristüberschreitung gegeben waren.

¹³⁴ Zwar hatte die Kommission Verfahrens- und Fristenregelungen auch schon während der alten Rechtslage getroffen, jedoch war diese Vorgehensweise aufgrund der fehlenden Ermächtigung zu Recht kritisiert worden (vgl. Hirsbrunner, EuZW 1998, 69 (73)). Die von der Kommission gewählte Berufung auf Art. 10 FKVO a.F. (vgl. Erwägungsgrund 14. VerfVO a.F. - 3384/94) war deswegen problematisch, weil Art. 10 FKVO a.F. nur die die Kommission betreffenden Fristen regelt, aber keine Aussage im Verhältnis zu den beteiligten Unternehmen enthält.

über die Vereinbarkeit des Vorhabens mangels ernsthafter Bedenken oder über die Einleitung der zweiten Prüfungsphase zu ergehen hat. Damit besteht für die in Art. 19 Abs. 1 S. 2 FKVO verlangte Beteiligung der Mitgliedstaaten im Hinblick auf nachträgliche Änderungen eines angemeldeten Zusammenschlusses und auf abgegebene Zusagen eine zeitliche Absicherung.

Reicht den anmeldenden Unternehmen die dreiwöchige Frist zur Erklärung von Zusagen gegenüber der Kommission nicht aus, bleibt, um eine Einleitung der zweiten Prüfungsphase zu vermeiden, die Rücknahme der Anmeldung und gegebenenfalls Neuanschuldung des geänderten Vorhabens.¹³⁵ Ein Pflicht hierzu - bei auch grundlegenden - Änderungen des Vorhabens im Wege der Abgabe von Zusagen besteht jedoch nicht.¹³⁶ Eine Neuanschuldung verhindert nicht, daß trotzdem in die zweite Prüfungsphase eingetreten wird, wenn ernsthafte Bedenken gegen die fusionsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens fortbestehen.

c) Zusammenarbeit mit den Behörden der Mitgliedstaaten

In Art. 19 FKVO als Rahmenvorschrift für die "enge und stetige Verbindung" zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten (vgl. auch Erwägungsgrund 20 zur FKVO) ist eine frühzeitige und weitreichende Einbeziehung der Behörden der Mitgliedstaaten in das europäische Fusionskontrollverfahren vorgesehen. Nach Art. 19 Abs. 1 FKVO hat die Kommission zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldung und baldmöglichst die wichtigsten Schriftstücke zu übermitteln. In Art. 19 Abs. 2 S. 2 FKVO wurde nunmehr klargestellt, daß zu letzteren auch die Zusagen gehören, die die Parteien bei einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO berücksichtigt wissen möchten.¹³⁷ Im Falle der Abgabe von Zusagen der beteiligten Unternehmen im ersten Verfahrensabschnitt sind diese also unverzüglich an die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten zu übermitteln. Das Recht der nationalen Behörden zur Stellungnahme und Akteneinsicht im Hinblick auf Art. 9 FKVO gemäß Art. 19 Abs. 2 FKVO bezieht sich auch auf die abgegebenen Zusagen als Verfahrensbestandteile.

¹³⁵ Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 193; Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 214 unter Hinweis auf die von der Kommission dann vorgenommene Praxis, die vorgeschlagenen Änderungen bei der Neuanschuldung im Amtsblatt zu veröffentlichen, um so eine hinreichende Information der Mitgliedstaaten und Dritter zu erreichen.

¹³⁶ Vgl. die zur zweiten Prüfungsphase nach Art. 8 FKVO ergangene Entscheidung des EuGIE 1997, 2137, Rz. 128 (Kaysersberg SA/Kommission).

¹³⁷ Diese dürften auch bisher als Teil der wichtigsten Schriftstücke anzusehen gewesen sein, da sie maßgeblich entscheidungsrelevant sind.

Eine weitergehende Mitwirkung an der Entscheidung ist im ersten Verfahrensabschnitt - anders als in Phase II¹³⁸ - nicht vorgesehen ist.

d) Beteiligungsrechte

Weitere Voraussetzung für die Berücksichtigung abgegebener Zusagen ist die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechte auch in Bezug auf die Zusagen. Da die Frage der Vereinbarkeit in entscheidender Weise von der Abgabe von Zusagen und ihrer Wertung durch die Kommission abhängen kann, kommt der Mitwirkung bzw. Beteiligung eine große praktische Bedeutung zu. Für Dritte, die um nachteilige Folgen eines Zusammenschlusses für ihre eigenen Wettbewerbschancen fürchten, stellt eine Teilnahme am Prüfungsverfahren die einzige Möglichkeit der außergerichtlichen Einflußnahme dar.

Im Verordnungstext ist die Anhörung nur für die zweite Prüfungsphase geregelt. Die Freigabe nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 FKVO ist in Art. 18 FKVO nicht explizit genannt. Auch im Zuge der Revision der FKVO wurde keine Veränderung des in Art. 18 FKVO genannten Entscheidungskataloges vorgenommen.

Eine Anwendung des grundsätzlich auch im europäischen Recht bestehenden Instituts der Analogie¹³⁹ scheidet vor dem Hintergrund eines festen und auch nach Überarbeitung durch den Ordnungsgeber unveränderten Katalogs in Art. 18 FKVO aus, da keine planwidrige Regelungslücke angenommen werden kann.¹⁴⁰ Zudem fehlt es am Erfordernis der Analogie, wenn schon aufgrund ergänzend heranzuziehender Normen eine Unvollständigkeit des Gesetzes zu negieren ist.

Dies wirft die Frage nach der Ausgestaltung des Grundsatzes auf rechtliches Gehör¹⁴¹ in der ersten Prüfungsphase auf. Entsprechend der in Art. 18 FKVO

¹³⁸ In Phase II ist vor Erlass der Kommissionsentscheidung der aus entsandten Vertretern der Mitgliedstaaten zusammengesetzte Beratende Ausschuss anzuhören (Art. 19 Abs. 2 - 4 FKVO).

¹³⁹ Vgl. Bleckmann, NJW 1982, S 1177 (1181) m.w.N.

¹⁴⁰ Zu den Voraussetzungen grundlegend Larenz, Methodenlehre, 373 ff.; vgl. auch Bleckmann, NJW 1982, 1177 (1181).

¹⁴¹ Vgl. grundlegend EuGHE 1963, 107, 123 (Alvis/Rat); E 1966, 321, 385/395 (Consten u. Grundig/Kommission); E 1968, 489, 511/513 (van Eick/Kommission). Zur methodischen Herleitung und Ausprägung im Kartellverfahren ausführlich Weiß, Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 11 ff. und 189 ff.

i.V.m. Art. 11 VerfVO vorgenommenen Unterscheidung¹⁴² hinsichtlich des Grades der Beteiligung bietet sich dabei die Differenzierung zwischen den "Betroffenen", d.h. den Anmeldern und anderen Beteiligten, und "Dritten" an.

aa) Beteiligte Unternehmen

Hinsichtlich der Betroffenen ergibt sich ein Mitwirkungsrecht in der ersten Prüfungsphase aus den der europäischen Rechtsordnung innewohnenden Verfahrensrechten auf Verteidigung und Anhörung als Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör.¹⁴³ Insbesondere im Zusammenhang mit der Abgabe von Zusagen handelt es sich bei der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), 2 FKVO auch nicht um eine rein begünstigende Entscheidung, so daß eine vorherige Anhörung gegebenenfalls entbehrlich wäre.¹⁴⁴ Art. 18 FKVO kann insoweit nicht als abschließende Regelung angesehen werden, vielmehr sind die allgemeinen Rechtsprinzipien ergänzend heranzuziehen, da den "Betroffenen" ansonsten im Verwaltungsverfahren fundamentale Rechte auf Beteiligung entzogen würden. Die fehlende Benennung der Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO in Art. 18 FKVO kann jedenfalls diesen Individualrechtsschutz der Beteiligten nicht aushöhlen. Insofern ergänzen die allgemeinen Rechtsgrundsätze das Sekundärrecht.¹⁴⁵ Dabei ist der der FKVO zentral

¹⁴² Vgl. oben E. I. 2. a) bb).

¹⁴³ Bleckmann, Europarecht, Rz. 1317; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 173 m.w.N.; grundlegend Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1271 ff.; vgl. auch Jung, Anhörungs- und Verteidigungsrechte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz, Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, 95 ff. Die Terminologie ist dabei nicht immer einheitlich; neben der "Wahrung rechtlichen Gehörs" (z.B. EuGHE 1966, 325, 385 f. (Consten Grundig/Kommission)) wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs von den "Verteidigungsrechten" (z.B. EuGHE 1996, 5387, Rz. 21 (Kommission/Lisrestal u.a.)) oder auch nur von "Verfahrensrechten" (z.B. EuGHE 1996, 401, Rz. 58 (Eyckeler & Malt/Kommission)) gesprochen. Der Begriff der Verteidigungsrechte ("droits de la défense") entstammt dem französischen Verwaltungsrecht und wird in der Literatur und Rechtsprechung vielfach zur Bezeichnung der dem einzelnen gegenüber der Verwaltung zustehenden Rechte zur Interessenwahrnehmung verwendet (Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1201 ff.).

¹⁴⁴ In EuGHE 1979, 461, Rz. 9 (Hoffmann-La Roche/Kommission) wurde das Anhörungsrecht noch beschränkt auf Verfahren, die zu Sanktionen führen können. In EuGHE 1991, 3187, Rz. 15 (Al-Jubail Fertilizer/Rat) wurde es dann erstreckt auf alle Untersuchungsverfahren, die eine unmittelbare, individuelle Berührung und nachteilige Auswirkung auf die Beteiligten haben können.

¹⁴⁵ Zum Begriff statt vieler Bleckmann, Europarecht, Rz. 525 ff. Nach EuGHE 1994, 2899, Rz. 39 (Fiskano AB/Kommission) ist das Gewähren rechtlichen Gehörs in allen Verfahren, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, "ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und muß auch dann sichergestellt werden, wenn eine Regelung für das fragliche Verfahren fehlt". Vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 174 (Französische Republik u.a./Kommission), und EuGI, EuZW 1999, 600 ff, Rz. 65 ff. (Endemol Entertainment Holding BV/Kommission).

innewohnende Grundsatz des beschleunigten Verfahrens¹⁴⁶ zu berücksichtigen.¹⁴⁷ Den Betroffenen steht also auch in der ersten Prüfungsphase ein Recht auf Anhörung sowie zur wirksamen Wahrnehmung auch ein Recht auf Akteneinsicht zu.¹⁴⁸

In Bezug auf die Abgabe von Zusagen hat die Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber den Betroffenen indes keine große praktische Bedeutung, da Verpflichtungen ohnehin nur von den Betroffenen eingegangen werden können. Relevant wird die Anhörung daher nur hinsichtlich der Art der Einbeziehung abgegebener Zusagen.¹⁴⁹ Falls sich die Betroffenen untereinander keinen hinreichenden Informationsfluß gewähren, ist von einer Mitteilungspflicht der Kommission an alle "Betroffenen" auch hinsichtlich abgegebener Zusagen und der Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs im Falle von Einwänden auszugehen, sofern dies nicht schon im Rahmen einer förmlichen mündlichen Anhörung¹⁵⁰ geschieht.

bb) Dritte

Schwieriger ist ein Recht Dritter auf Beteiligung in der ersten Prüfungsphase zu begründen. Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist dabei gerade für den Fall, daß Zusagen abgegeben werden, von entscheidender Bedeutung, da angebotene strukturelle Modifikationen zu konkreten Auswirkungen auf den relevanten Märkten führen.

¹⁴⁶ EuGI, EuZW 1999, 600 ff, Rz. 68 (Endemol Entertainment Holding BV/Kommission); E 1997, 2137, Rz. 105 (Kaysersberg SA/Kommission); vgl. auch EuGIE 1994, 121, Rz. 67 (Air France/Kommission); EuGI (Beschuß des Präsidenten), E 1992, 2579, Rz. 30 (CCE de la Société générale des grandes sources u.a./Kommission). Näher zum Beschleunigungsgrundsatz im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 226 ff.

¹⁴⁷ EuGI, EuZW 1999, 600 ff, Rz. 68 (Endemol Entertainment Holding BV/Kommission).

¹⁴⁸ Vgl. zum Recht auf Akteneinsicht die Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, der Art. 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rats, ABl. 1997 Nr. C 23; hierzu Bronett, WuW 1997, 383; zum Recht auf Akteneinsicht im Kartellverfahren ausführlich Weiß, Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 189 ff. und Jung, Anhörungs- und Verteidigungsrechte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz, Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, 95 ff. Nach EuGI, EuZW 1999, 600 ff, Rz. 65 ff. (Endemol Entertainment Holding BV/Kommission) ergeben sich zur Wahrung der Vertraulichkeit und der Anonymität zulässige Beschränkungen des Rechts auf Akteneinsicht - beispielsweise durch Vorlage nur nicht vertraulicher Zusammenfassungen der Antworten befragter Marktteilnehmer an die beteiligten Unternehmen.

¹⁴⁹ Bedingung oder Auflage; näher unter E. I. 3.

¹⁵⁰ Vgl. für die zweite Prüfungsphase die Regelung in Art. 14 Abs. 1 VerfVO.

Zum Teil wird ein Recht Dritter auf Beteiligung unter Hinweis auf den abschließenden Regelungsgehalt von Art. 18 FKVO in Verbindung mit Erwägungsgrund 19. zur FKVO, in denen die Abschlußentscheidung der ersten Prüfungsphase nicht genannt wird, und im Hinblick auf den sich in den kurzen Fristen abbildenden Beschleunigungsgrundsatz im Fusionskontrollverfahren¹⁵¹ a priori abgelehnt.¹⁵² Weiterhin werden Dritte auf die Möglichkeit der Einflußnahme durch ihr Recht zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung nach Art. 230 EGV verwiesen.¹⁵³ Diese Ansicht wird allerdings - wohl vor dem Hintergrund der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, wonach diesen auch dann Rechnung zu tragen ist, wenn es an einer Regelung für das betreffende Verfahren fehlt¹⁵⁴ - gegenwärtig nicht mehr vertreten.

Auch wenn die Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 FKVO in Art. 18 FKVO nicht erwähnt sind, ist Dritten in der ersten Prüfungsphase ebenfalls ein Recht auf Anhörung zuzubilligen.¹⁵⁵ Dies wird von der Kommission auch de facto praktiziert, indem jede veröffentlichte Neuanmeldung den Aufruf an "alle interessierten Unternehmen und Personen" enthält, zu dem angemeldeten Vorhaben Stellung zu beziehen. Ein die erste Prüfungsphase ausschließender Charakter kann Art. 18 FKVO nicht entnommen werden. Zum einen werden in Art. 18 FKVO auch Entscheidungen genannt, die außerhalb der zweiten Prüfungsphase ergehen, z.B. die in jeder Verfahrensphase mögliche Entscheidung über die Aussetzung des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 4 FKVO, zum anderen bestimmt Art. 18 FKVO lediglich, welche Entscheidungen unter Einhaltung des geregelten, förmlichen Anhörungsverfahrens zu ergehen haben.

Auch ist durch die Verlängerung der Verfahrensfrist auf sechs Wochen im Fall von Zusagen in Verbindung mit der Frist zur Abgabe innerhalb von drei Wochen

¹⁵¹ Näher zum Beschleunigungsgrundsatz im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 226 ff.

¹⁵² Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 18 Anm. V; Mülberr, ZIP 1995, 699 (711).

¹⁵³ Niemeyer, Europäische Fusionskontrollverordnung, 21.

¹⁵⁴ EuGHE 1998, 1375, Rz. 174 (Französische Republik u.a./Kommission) m.w.N.

¹⁵⁵ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 18, Rz. 21; grundlegend Veelken/Karl/Richter, Die europäische Fusionskontrolle, 37 ff. (62 ff.); Heidenhain, EuZW 1991, 590 (592); Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 18, Rz. 9; Drauz-Schröder, 213; Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg., Tz. 124.

gemäß Art. 18 Abs. 1 VerfVO die Möglichkeit der Mitteilung von Zusagen an Dritte und die Berücksichtigung von hierzu vorgetragene Einwänden hinreichend möglich, ohne dem Beschleunigungsgrundsatz der FKVO entgegenzuwirken. Durch eine Beschränkung des Anhörungsrechts Dritter auf die zweite Prüfungsphase würde ihre Beteiligung weitgehend leerlaufen, zumal die Entscheidungen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) und Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO den wie überwiegenden Anteil des behördlichen Verfahrensabschlusses ausmachen;¹⁵⁶ die grundsätzlich gegebene Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes¹⁵⁷ zum Vortrag von Einwänden bildet aufgrund der Aufwendigkeit des Verfahrens keine zumutbare Alternative.¹⁵⁸

Hiervon ausgehend stellt sich die Frage nach dem Umfang der Beteiligungsrechte Dritter in der ersten Prüfungsphase, insbesondere im Hinblick auf die Abgabe von Zusagen. Einen gewissen Anhaltspunkt gibt die in Art. 18 FKVO getroffene Regelung zur Beteiligung Dritter, wobei aufgrund der kürzeren Fristen im ersten Prüfungsabschnitt gewisse Einschränkungen vorzunehmen sind.¹⁵⁹ Hinsichtlich des Anhörungsumfanges unterscheidet Art. 18 FKVO grundlegend zwischen "Beteiligten" und "Dritten".¹⁶⁰ Nach Art. 18 Abs. 4 FKVO steht Dritten, die ein hinreichendes Interesse darlegen und ihre Anhörung beantragen, ein Recht auf Anhörung zu.¹⁶¹ Wie eine Gegenüberstellung mit Art. 18 Abs. 1 FKVO zeigt, stehen den Beteiligten insoweit weitergehende Garantien als Dritten zu; im Gegensatz zu den Beteiligten sind Dritte nicht automatisch in das Verfahren einzubeziehen, d.h. es besteht keine Pflicht zur Unterrichtung Dritter.¹⁶² Eine Unterrichtung über Art und Gegenstand des Verfahrens muß nach Art. 16 Abs. 1 VerfVO erst auf Antrag unter Darlegung eines hinreichenden Interesse erfolgen. Das Recht auf Anhörung ist insoweit mit dem Hauptziel der Verordnung, der Sicherstellung einer wirksamen Kontrolle und der Rechtssicherheit für die der Verordnung unterliegenden Unternehmen, in Einklang zu bringen.

¹⁵⁶ Vgl. Statistics European Merger Control - Council Regulation 4064/89 (Stand 30.04.2000), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/mergstat.htm>.

¹⁵⁷ Anfechtungsklage nach 230 Abs. 4 EGV.

¹⁵⁸ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 18, Rz. 21.

¹⁵⁹ Ähnlich wohl Fuchs, WuW 1996, 269 (283), der jedenfalls eine "gleichwertige Beteiligung Dritter und der Mitgliedstaaten" innerhalb der kurzen Fristen der ersten Phase - auch bei Verlängerung um zwei Wochen - für ausgeschlossen hält.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu E. I. 2. a) bb).

¹⁶¹ EuGIE 1997, 2137, Rz. 108 (Kaysersberg SA/Kommission).

¹⁶² EuGIE, a.a.O., Rz. 106, 108; EuGIE 1995, 1247, Rz. 62 (CCE Vittel u.a./Kommission).

Der Vergleich mit der für die zweite Prüfungsphase getroffenen Regelung zeigt, daß der Grundsatz rechtlichen Gehörs für Dritte deutlich schwächer ausgeprägt ist und diese grundsätzlich von sich aus aktiv werden müssen, um ihre Einwände beachtet zu finden. Dieser Gedanke läßt sich vollständig auf die erste Phase übertragen, zumal es hier aufgrund der kurzen Frist von vier bzw. sechs Wochen den Beschleunigungsgrundsatz noch stärker zu berücksichtigen gilt. Dritten ist also von Seiten der Kommission Gelegenheit zu geben, sich vor dem Entscheidungserlaß zu dem Zusammenschluß zu äußern. Eine Pflicht zur selbständigen Unterrichtung von möglicherweise betroffenen Dritten durch die Kommission besteht jedoch nicht.

Hat allerdings ein Dritter zu einem beabsichtigten Zusammenschluß Einwände vorgetragen und werden von den beteiligten Unternehmen fristgerecht Zusagen angeboten, so muß in diesem Fall ausnahmsweise von einer Mitteilungspflicht der Kommission hinsichtlich der angebotenen Änderungen ausgegangen werden. Der Betreffende ist hinreichend individualisiert aus der anonymen Vielzahl Dritter hervorgetreten und kann daher von der Kommission ohne Zeitverlust über die Änderungen benachrichtigt werden. Eine Beschwer ist insbesondere dadurch möglich, daß die Kommission nach Mitteilung der Beschwerdepunkte den Zusammenschluß später mit Bedingungen und/oder Auflagen genehmigt.

Durch die Verlängerung der Entscheidungsfrist auf sechs Wochen gemäß Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO im Falle der Abgabe von Zusagen in Verbindung mit der Frist von längstens drei Wochen, innerhalb derer nach Art. 18 Abs. 1 VerfVO Verpflichtungen spätestens vorgeschlagen werden müssen, ist eine solche Vorgehensweise auch praktisch durchführbar. Würde man in diesem Fall der Abgabe von Zusagen keine Mitteilungspflicht der Kommission annehmen, bestünde die Gefahr, daß Einwände zu einer nicht mehr gegebenen Sachlage vorgetragen würden.¹⁶³ Bestätigt wird dieses Erfordernis durch die Praxis der Kommission, die durch ein hohes Maß an Transparenz geprägt ist. Aus praktischen Erwägungen und aufgrund der verfahrensrechtlichen Stellung Dritter ist jedoch für ausreichend zu erachten, wenn Art und Tragweite der von beteiligten Unternehmen angebotenen Verpflichtungen mitgeteilt werden, ohne daß auch eine Übermittlung der von der Kommission gewählten Endfassung erforderlich wäre.¹⁶⁴ Bei Zubilligung weitergehender Rechte würde das

¹⁶³ Im Ergebnis so auch Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Erg.Bd., FKVO Art. 6, Rz. 5, der die unterbliebene Klarstellung im neugefaßten Art. 18 FKVO bemängelt; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Langeheine, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 18, Rz. 15.

¹⁶⁴ So zur Anhörung Dritter in der zweiten Prüfungsphase EuGIE 1997, 2137, Rz. 120 (Kaysersberg SA/Kommission).

Argument der Zeitnot und Praktikabilität wieder aufleben, da auch geringste Teiländerungen der Zusagen eine neue Anhörungsrunde auslösten. Die Verteidigungsrechte der Betroffenen reichen in diesem Fall weiter, da sie als Adressaten der zur Durchsetzung der abgegebenen Zusagen gesetzten Auflagen und Bedingungen direkt Belastete einer behördlichen Entscheidung sind.

e) Eignungskriterien für Zusagen in Phase I

Neben den dargestellten formellen Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt enthalten die Vorschriften zur europäischen Fusionskontrolle auch materielle Vorgaben, die die Kommission bei der Entgegennahme von Zusagen zu beachten hat.

Durch die Neufassung von Art. 6 Abs. 1 lit. b), 2 FKVO ist nunmehr eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt geschaffen worden. Aus dem Zweck der Phase I ergeben sich dabei - gegenüber der zweiten Phase unterschiedliche - Besonderheiten hinsichtlich der materiellen Anforderungen an Zusagen.¹⁶⁵ Anknüpfungspunkt für die Phase I ist die Eignung von Zusagen für die Herbeiführung der Vereinbarkeitsentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO.¹⁶⁶

Grundsätzlich bestimmt sich die Eignung abgegebener Zusagen nach dem jeweiligen Einzelfall, dessen Überprüfung eine Analyse der konkreten Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse erfordert. Im folgenden werden allgemeine Eignungskriterien genannt, die an Zusagen der beteiligten Unternehmen zu stellen sind. Ausgehend vom Prüfungsmaßstab in Phase I ("Beseitigung ernsthafter Bedenken") werden der Umfang von Zusagen ("Gestaltungsänderung"), Vorgaben bezüglich ihrer Auswirkungen auf die betroffenen Märkte ("Grundsatz der Strukturbezogenheit"), die Möglichkeit der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte ("Berücksichtigung industriepolitischer und sonstiger Zielsetzungen") sowie der Interessen Dritter ("Drittbelastende Zusagen"), die Möglichkeit der Umsetzung von Zusagen ("Umsetzbarkeit von Zusagen") und zeitliche Vorgaben im Rahmen der Erfüllung ("Erfüllungsfrist") diskutiert. Die herausgearbeiteten Eignungskriterien

¹⁶⁵ A.A. wohl Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 114, der davon ausgeht, daß sich Zusagen in Phase I und II nach Art und Inhalt entsprechen.

¹⁶⁶ Vgl. E. I. 1.

markieren zugleich Grenzen für eine zulässige Berücksichtigung von Zusagen in der Kommissionsentscheidung.

aa) Eignung zur Beseitigung ernsthafter Bedenken

Im ersten Verfahrensabschnitt abgegebene Zusagen müssen dem Zweck der Phase I Rechnung tragen. In Phase I sollen lediglich wenig problematische Zusammenschlüsse, die entweder nicht unter die FKVO fallen (Art. 6 Abs. 1 Lit. a) FKVO) oder "keinen Anlaß zu ernsthaften Bedenken" hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt geben (Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO), von einer umfassenderen Überprüfung ausgenommen werden. Ziel der Regelung ist es, den Anmeldern und der Kommission in einfach gelagerten Fällen den zeitaufwendigen Weg einer vollständigen Prüfung des Vorhabens zu ersparen. Durch die Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO können die Beteiligten schnell Rechtssicherheit hinsichtlich der Vereinbarkeit ihres Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt erlangen - wegen des in Art. 21 Abs. 2 FKVO geregelten Prinzips des "one-stop-shop" scheidet auch ein Eingreifen der nationalen Kartellbehörden in der Folge aus.

Ernsthafte Bedenken bestehen dann, wenn schon eine erste Analyse der Wettbewerbsstrukturen auf die Möglichkeit der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf mindestens einem der betroffenen Märkte hindeutet und deshalb weitere Ermittlungen notwendig sind.¹⁶⁷ Erforderlich ist das Vorliegen eines einfach gelagerten Falls, der binnen kurzer Zeit ohne tiefgreifende Marktuntersuchungen selbst bei enger sachlicher und räumlicher Marktabgrenzung von der Kommission abschließend entschieden werden kann;¹⁶⁸ Immenga¹⁶⁹ spricht insoweit vom "klaren Fall".

Die Gestaltungsänderung des Zusammenschlusses durch Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen, um eine Vereinbarkeit herzustellen, steht dem Erfordernis eines einfach gelagerten Falls noch nicht per se entgegen.¹⁷⁰ Vielmehr sind durchaus klare Fälle denkbar, in denen zunächst bestehende ernsthafte Bedenken durch zugesagte Modifikationen des Vorhabens ausgeräumt

¹⁶⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 10.

¹⁶⁸ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 11.

¹⁶⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, FKVO Art. 8, Rz. 4.

¹⁷⁰ So aber - zur alten Rechtslage - Mülbart, ZIP 1995, 699 (707).

werden können.¹⁷¹ In Erwägungsgrund 8. der Änderungsverordnung¹⁷² wird auf Fälle abgestellt, in denen "das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann". In der Zeit bis zum Inkrafttreten der novellierten FKVO, während der aus Verhältnismäßigkeitserwägungen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage bereits Zusagen berücksichtigt wurden,¹⁷³ verlangte die Kommission darüber hinaus einen im Vergleich zum Gesamtvorhaben begrenzten Umfang des Wettbewerbsproblems.¹⁷⁴ In ihrer bisherigen Verwaltungspraxis seit der Neufassung von Art.6 FKVO hat sie hieran weitgehend festgehalten.¹⁷⁵ Das Kriterium des begrenzten Umfangs des Wettbewerbsproblems läßt sich auch daraus ableiten, daß nur bei Bedenken bezüglich weniger bedeutender Teilbereiche bzw. Märkte für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen die Vermeidung des zeit- und kostenaufwendigeren zweiten Prüfungsabschnitts aufgrund der kurzfristigen und deutlichen Identifizierbarkeit des Problems geboten ist.¹⁷⁶ Typischerweise handelt es sich um Sachverhalte mit hohen - relativen oder absoluten - Marktanteilen der beteiligten Unternehmen und wesentlichen Marktzutrittsschranken.¹⁷⁷

Nach Fuchs¹⁷⁸ kommen als "klare Fälle" nur solche mit Veräußerungszusagen in Betracht, durch die wettbewerblich kritische Märkte mittels Abspaltung der betroffenen Unternehmens- oder Betriebsteile ausgeklammert werden. Nur diese Konstellationen mit klarer Abtrennbarkeit des Wettbewerbsproblems könnten noch in zulässiger Weise im ersten Verfahrensabschnitt behandelt werden, wohingegen Marktöffnungs- oder sonstige Entflechtungszusagen einer

¹⁷¹ Fuchs, WuW 1996, 269 (283).

¹⁷² Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.06.1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. 1997 L 180, 1.

¹⁷³ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 12 mit ausführlicher Auflistung der bisherigen Entscheidungen in Fn. 26 und 27. Vgl. auch Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg., Tz. 123; Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 204; Krause, ECLR 1994, 209 (215) stellt bezüglich der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der ersten Phase das Vorliegen einer Belastung durch die bloße Einleitung des zweiten Verfahrensabschnitts in Frage, die jedoch aufgrund des erheblichen Zeit- und Kostenaufwandes für die beteiligten Unternehmen anzunehmen ist.

¹⁷⁴ Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg., Tz. 123; Kemp, Competition Policy Newsletter 1998/3, 40 (41).

¹⁷⁵ Z.B. Owen Illinois/BTR Packaging, Zsf. WuW 1998 573; Allianz/AGF, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>; Exxon/Shell; WuW 98 EU-V 129; Astra/Zeneca, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm> (Zsf. WuW1999, 368).

¹⁷⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 14.

¹⁷⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 10.

¹⁷⁸ Fuchs, WuW 1996, 269 (283) - allerdings noch zur alten Rechtslage.

umfassenderen wettbewerblichen Würdigung ihrer Eignung zur positiven Beeinflussung der Marktstruktur bedürften.

Diese Einschränkung für die Zulässigkeit von Zusagen in der ersten Phase erscheint zu eng. Zum einen läßt sich dem Wortlaut des neugefaßten Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO keine dahingehende Eingrenzung entnehmen. Wie in Art. 8 Abs. 2 FKVO wird nur allgemein von "Änderungen" und dahingehenden "Verpflichtungen" gesprochen. Zum anderen kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß beispielsweise auch die Aufgabe horizontaler Verflechtungen¹⁷⁹ oder die Marktöffnung im Wege der Lizenzvergabe¹⁸⁰ in klarer und eindeutiger Weise das in einem bestimmten sachlichen oder räumlichen Teilbereich liegende wettbewerbliche Problem beseitigen kann.

Daher sind grundsätzlich alle Zusagetypen auch im ersten Verfahrensabschnitt dann als geeignet zur erforderlichen Beseitigung ernsthafter Zweifel an der Vereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses anzusehen, wenn das klar lokalisierte Wettbewerbsproblem hierdurch in einfacher Weise behoben werden kann. Hierdurch wird dem Zweck der Phase I Rechnung getragen.

bb) Gestaltungsänderung

Durch die Novellierung der FKVO ist klargestellt, daß Bedingungen und Auflagen zur Sicherstellung der Einhaltung jeglicher, hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangener Verpflichtungen erlassen werden können (Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO). Damit ist die bisher bestehende Auslegungsfrage geklärt, ob nur solche Zusagen zulässig sind, die sich unmittelbar auf Besitzteile der zusammengeschlossenen Unternehmen und nicht lediglich auf andere (Konzern-)Vermögenswerte der beteiligten Unternehmen beziehen.¹⁸¹ Hintergrund war der Wortlaut in der alten Fassung von Art. 8 Abs. 2

¹⁷⁹ Z.B. Thyssen/Krupp, WuW 98, EU-V 74.

¹⁸⁰ Z.B. Astra/Zeneca, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Zsf. WuW 1999, 368; Hoechst/Rhone-Poulenc - Aventis, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Zsf. WuW 1999, 981; vgl. auch Pitkänen/Kemp, Competition Policy Newsletter, 1999/3, 43 (46) - aufgrund der Fülle der untersuchten Märkte und der hohen Anzahl der zur Herstellung der Vereinbarkeit erforderlichen Zusagen erscheint allerdings fragwürdig, ob noch von einem klaren Fall ausgegangen werden kann.

¹⁸¹ Vgl. Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 188; Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 223 Fn. 49; Schlussanträge des Generalanwaltes Tesouro zu EuGHE 1998, 1375, Rz. 133 und 134 (Französische Republik u.a./Kommission).

UAbs. 2 FKVO, der von Verpflichtungen "hinsichtlich der Änderungen des ursprünglichen Zusammenschlußvorhabens" sprach. Es können nunmehr also in beiden Phasen auch Zusagen abgegeben werden, die nicht in direkter Verbindung zum angemeldeten Zusammenschlußtatbestand stehen.¹⁸²

cc) Grundsatz der Strukturbezogenheit

Aus dem Zweck der Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt folgt als weitere inhaltliche Anforderung an Zusagen der Grundsatz ihrer Strukturbezogenheit. Durch die europäische Fusionskontrolle sollen Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft überwacht und wettbewerbsschädliche Strukturveränderungen vermieden werden.¹⁸³ Dieses maßgebliche Abstellen auf die Marktstruktur,¹⁸⁴ das sich in den Vereinbarkeitskriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO widerspiegelt, findet auch im Rahmen der Abgabe von Zusagen seine Ausprägung. Es folgt aus dem Zweck eingegangener Verpflichtungen.

Zweck der Abgabe von Zusagen ist - wie oben gezeigt in beiden Verfahrensstufen - die Abwendung einer Untersagungsentscheidung bzw. die Herbeiführung einer Vereinbarkeitsentscheidung. Die Beurteilung des Zusammenschlusses hängt allein von den in Art. 2 FKVO genannten Kriterien ab; Zusagen sollen dazu führen, daß Bedenken der Kommission im Hinblick auf die Einhaltung der vorgegebenen Anforderungen ausgeräumt werden. Auch wenn Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ebenso wie Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - keine konkreten Festlegungen enthält, welche Art von Verpflichtungen von der Kommission entgegengenommen werden dürfen, müssen grundsätzlich auch Zusagen den in Art. 2 FKVO zum Ausdruck kommenden strukturellen Bezug aufweisen, also zu einer Veränderung der Marktstruktur führen, um die materielle Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens eintreten lassen zu können.¹⁸⁵ Fraglich

¹⁸² Kronenberg, SZW/RSDA 1998, 89 (94); Ahlborn/Turner, ECLR 1998, 249 (255).

¹⁸³ Vgl. Erwägungsgrund 7. FKVO, wonach mit der FKVO ein neues Rechtsinstrument geschaffen werden sollte, das "eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse entsprechend ihren Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft ermöglicht" und zugleich das "einzige auf derartige Zusammenschlüsse anwendbare Instrument ist". EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 314 (Gencor/Kommission).

¹⁸⁴ Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, 35 f., will demgegenüber auch nicht strukturbezogene Kriterien zur Begründung der Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 FKVO berücksichtigen.

¹⁸⁵ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 16; Cook/ Kerse, E.C. Merger Control, 186 f.; Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 212 f.;

ist, welche konkreten inhaltlichen Vorgaben sich hieraus für den Gegenstand der eingegangenen Verpflichtungen ergeben.

Zum Teil wird aus dem Erfordernis der Strukturbezogenheit abgeleitet, daß reine Verhaltenszusagen beteiligter Unternehmen, d.h. Zusagen, in denen sich die beteiligten Unternehmen lediglich zu einem bestimmten Verhalten in der Zukunft verpflichten,¹⁸⁶ generell ungeeignet seien und daher von der Kommission nicht entgegengenommen werden dürfen.¹⁸⁷ Begründet wird dies neben dem Erfordernis des Marktstrukturbezugs mit dem aus der FKVO abzuleitenden Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle.¹⁸⁸ Zur Kategorisierung wird dabei darauf abgestellt, ob Gegenstand der eingegangenen Verpflichtungen die Vornahme eines bestimmten Verhaltens oder aber eine strukturelle Veränderung des Vorhabens ist, d.h., es findet eine abstrakte Einteilung anhand objektiver Kriterien unabhängig von der Auswirkung im konkreten Einzelfall statt.¹⁸⁹

Die Kommission schien ursprünglich auch in diese Richtung zu tendieren: In der Entscheidung MSG Media Service stellte sie ausdrücklich klar, daß rein verhaltensbezogene Verpflichtungen "schon im Ansatz ungeeignet [sein], das strukturelle Problem zu lösen, daß ... beherrschende Stellungen ... entstehen oder verstärkt werden".¹⁹⁰ Wenngleich zukünftig aufgrund einer Mitteilung der Kommission bezüglich Zusagen mit einer einheitlicheren Vorgehensweise zu rechnen ist,¹⁹¹ zeichnet die bisherige Praxis der Kommission kein so

Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 223 ff.; Groeben/Thiesing/ Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 14 und 20. Zur Vorgehensweise im amerikanischen Recht Bergmann, A.L.J. 62 (1993), 47 (69 ff.).

¹⁸⁶ Z.B. die Zusage in Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 66 f., ein Unternehmen einvernehmlich mit den weiteren Teilhabern umzuwandeln.

¹⁸⁷ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 16; Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 186 f.; Fuchs, WuE 1996, 269 (274); grundsätzlich ebenso Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 14 und 20, Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 96 f.

¹⁸⁸ Fuchs, WuE 1996, 269 (274).

¹⁸⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 16; wohl auch Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 106.

¹⁹⁰ ABl. 1994 Nr. L 364, 1, Rz. 99; vgl. hierzu auch die Besprechung von Ebenroth/Lange, EWS 1995, 1.

¹⁹¹ Vgl. die bisher nur als Entwurf vorliegende Mitteilung der Kommission bezüglich Zusagen (Entwurf einer Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices/). In der Entscheidung EDF/Louis Dreyfus, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 48 ff. (vgl. auch Zsf., WuW 1999, 1091) zur Freigabe eines Gemeinschaftsunternehmens akzeptierte die Kommission jedoch die von einem unabhängigen Beobachter zu überwachende Verhaltenszusage, für eine Übergangszeit bis zur Deregulierung der betroffenen Märkte keine

eindeutiges Bild. So wurde in verschiedenen Entscheidungen deutlich, daß eine klare Trennung von verhaltensbezogenen und rein strukturellen Maßnahmen nicht immer möglich war.¹⁹² Die Kommission akzeptierte ausnahmsweise auch eine "Mischung von strukturellen und das Verhalten betreffende Verpflichtungen" als "Gesamtheit" und nahm dabei das Erfordernis der laufenden Überwachung in Kauf.¹⁹³ Zum Teil versucht die Kommission, dem Problem auch dadurch zu begegnen, daß sie bloße Verhaltenszusagen bei der Würdigung des Sachverhalts berücksichtigt und lediglich "zur Kenntnis nimmt".¹⁹⁴

Das EuGI hält auf der anderen Seite - zuletzt in seiner Entscheidung Gencor/Kommission¹⁹⁵ - schon die Kategorisierung in Verhaltens- und Strukturzusagen für nicht erheblich. Grundsätzlich seien zwar rein strukturelle Zusagen vorzugswürdig, jedoch könne auch solchen Zusagen, die dem ersten Anschein nach allein in einem Verhalten liegen, nicht von vornherein, d.h. rein abstrakt, die Eignung abgesprochen werden, eine Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Allein das Kriterium der

Informationen bezüglich Preis- und Leistungsgestaltung innerhalb der Konzerngesellschaften auszutauschen.

¹⁹² Vgl. die Fälle Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903, Rz. 135 ff. (Zusage, den Wettbewerbern keine Auskünfte über eigene Umsätze zu erteilen); Shell/Montecatini, ABl 1994 Nr. L 332, 48, Rz. 119 f. (Vorlage von Berichten); Du Pont/ICI, ABl. 1992 Nr. L 7, 13, Rz. 48 (Überlassung von Know-How und Personal) (Phase II-Entscheidungen).

¹⁹³ Boeing/McDonnell Douglas, WuW, EU-V 7, Rz. 115 ff. und 123. Als Verpflichtungen wurden dabei angenommen u.a. das Verbot der Vereinbarung von Exklusivverträgen, die Nichtausnutzung von Wettbewerbsvorteilen, die Fortführung des übernommenen Unternehmens als getrennte Einheit sowie die Pflicht zur Einräumung von Know-How mittels Lizenzvergabe an den Konkurrenten. Vgl. hierzu auch die Presseerklärung der Kommission vom 30.07.1997 und das Statement der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörde FTC mit einer abweichenden Stellungnahme, WuW 1997, 703.

¹⁹⁴ Vgl. die Beispiele bei Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 213., und Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 65 und 67.

¹⁹⁵ EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96 - bisher nur in der englischen Fassung vorliegend, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 319 (abgedruckt auch in WuW EU-R 213; vgl. auch die Besprechung von Christensen/Owen, Competition Policy Newsletter 1999/2, 19). In der zugrundeliegenden Entscheidung der Kommission (Gencor/Lonrho, ABl. 1997 Nr. L 11, 30, Rz. 216-218 (Phase II-Entscheidung)) hatte diese die von den Parteien abgegebenen Zusagen über bereichsweise vorzunehmende Kapazitätserweiterungen bzw. -begrenzungen und die Generierung eines neuen Lieferanten als verhaltensbezogen und nicht ihre wettbewerblichen Bedenken ausräumend bezeichnet. Nach Ansicht des EuGI war die Entscheidung nicht zu beanstanden, da die abgegebenen Zusagen von der Kommission in rechtlich nachvollziehbarer Weise als nicht ausreichend zur Verhinderung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit Wettbewerbsbeeinträchtigung abgelehnt worden seien. Die zugrundeliegende Entscheidung der Kommission erging zwar im zweiten Verfahrensabschnitt, d.h. nach eingehender Überprüfung des Vorhabens, jedoch bildet auch insoweit Art. 2 FKVO die materielle Vereinbarkeitsnorm, so daß sich Rückschlüsse bezüglich Phase I ziehen lassen.

Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung sei jedoch im Rahmen der Überprüfung des Zusammenschlußvorhabens maßgeblich.¹⁹⁶

Zur Ermittlung der aus dem Grundsatz der Strukturbezogenheit folgenden konkreten inhaltlichen Vorgaben und der Zulässigkeit von in einem Verhalten liegenden Zusagen ist auf den Anwendungsbereich und den Sinn und Zweck der Vorschriften der FKVO abzustellen. Eine dem § 40 Abs. 3 S. 2 GWB entsprechende Regelung, wonach Auflagen und Bedingungen nicht auf eine laufende Verhaltenskontrolle gerichtet sein dürfen, ist in der FKVO - auch nach der Novellierung - nicht enthalten.

Nach Erwägungsgrund 7. der FKVO sollte in Form der Verordnung ein Rechtsinstrument geschaffen werden zur Ermöglichung einer wirksamen Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse entsprechend ihren "Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft". Ziel der Fusionskontrolle ist es, in Verwirklichung der allgemeinen Vorgabe des Art. 3 lit. g) EGV den "Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts vor Verfälschungen zu schützen" und die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern.¹⁹⁷ Abgesehen von diesen Aussagen beinhaltet die FKVO keine weiteren Vorgaben über die Zulässigkeit von Verpflichtungen mit Schwerpunkt in einem Verhalten.

Eine Gesamtschau mit den weiteren Wettbewerbsvorschriften zeigt, daß Aufgabe der Fusionskontrolle nicht nur die Verhinderung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung ist, sondern vielmehr schon die Begründung oder Verstärkung einer solchen.¹⁹⁸ Der Kontrolle des laufenden Wettbewerbsverhaltens dienen vorrangig die Art. 81, 82 EGV einschließlich ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung nach der Kartellverordnung (VO 17/62), es sei denn, es handelt sich um kooperative Gemeinschaftsunternehmen von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 2 Abs. 4 FKVO.¹⁹⁹ Art. 22 Abs. 1 Hs. 2 FKVO macht diese Trennung zwischen kartellrechtlicher Aufsicht

¹⁹⁶ EuGI, a.a.O. Der von der Redaktion der WuW formulierte 3. Leitsatz ("Auch verhaltensbezogene Zusagen können geeignet sein, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschließen") erscheint vor diesem Hintergrund mißverständlich, da das EuGI von dieser Unterscheidung gerade Abstand nehmen will.

¹⁹⁷ Vgl. Erwägungsgrund 1. FKVO.

¹⁹⁸ EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 317 (Gencor/Kommission); MSG Media Service, ABl. 1994 Nr. L 364, I, Rz. 95, 98. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 14; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 105.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 1 Hs. 2 FKVO. Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 224.

und Fusionskontrolle deutlich, indem er die Normenkollision bzw. parallele Anwendbarkeit bei Zusammenschlüssen im Sinne von Art. 3 FKVO zugunsten der FKVO auflöst; hierdurch kommt zum Ausdruck, daß ein Zusammenschluß im Sinne von Art.3 FKVO in einer Entscheidung entweder freigegeben oder untersagt, nicht aber permanent im Hinblick auf das Nicht-Ausnutzen einer beherrschenden Stellung überwacht werden soll.

Verpflichtungen, eine existierende oder entstehende marktbeherrschende Stellung lediglich nicht zu mißbrauchen, widersprechen daher der Funktion der Fusionskontrolle, da sie das aus der weiteren Verschlechterung der Marktverhältnisse resultierende wettbewerbliche Gefährdungspotential nicht auszuräumen vermögen. Ein Zusammenschluß, der zur Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden Stellung führt, ist unabhängig davon, ob diese Position tatsächlich mißbräuchlich ausgenutzt wird, zu untersagen.

Die Unterscheidung von Verhaltens- und Strukturzusagen ist vor diesem Hintergrund insofern nutzbar, als bestimmte Zusagen bei abstrakter Betrachtung direkt und unmittelbar strukturelle Marktauswirkungen nach sich ziehen. Veräußerungszusagen, mit denen sich Unternehmen zur Abtrennung bestimmter Unternehmens- oder Vermögensteile verpflichten, weisen regelmäßig einen strukturellen Bezug auf, da sich hierdurch auf den betroffenen, kritischen Marktteilen direkte Veränderungen der Marktzusammensetzung herbeiführen lassen.²⁰⁰

Weniger eindeutig stellt sich die abstrakte Betrachtung bei Marktöffnungs- und sonstigen Entflechtungszusagen dar, da sich Verpflichtungen zur Marktöffnung - beispielsweise durch Übertragung von Know-How auf einen Konkurrenten²⁰¹ oder durch eine Gleichbehandlungsverpflichtung²⁰² - oder zur Entflechtung mittels Beendigung vertraglicher Vertriebsbeziehungen zu einem Konkurrenten²⁰³ über einen längeren Zeitraum erstrecken und ihren Schwerpunkt damit zumindest auch in einem Verhalten haben. Zu Recht weist

²⁰⁰ Allianz/AGF, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 66.

²⁰¹ Du Pont/ICI, ABl. 1992 Nr. L 7, 13, Rz. 48.

²⁰² Alcatel/Thomson CSF-SCS, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42 f.

²⁰³ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 63-68; aufgehoben durch Urteil des EuGH 1998, 1375 (Französische Republik u.a./Kommission); neue Vereinbarkeitsentscheidung vom 09.07.1998, Kurzfassung WuW 1998, 963 f.

Fuchs²⁰⁴ darauf hin, daß auch eine Verpflichtung zum Erwerb der Beteiligung eines Dritten zur Beseitigung eines Verflechtungszustandes trotz ihres strukturellen Ansatzes lediglich die Verhaltenspflicht bedeutet, "nach besten Kräften" Erwerbsverhandlungen zu führen.²⁰⁵ In diesem Sinne wohnt jeder strukturbezogenen Verpflichtung in Form der Vornahme oder des Unterlassens einer Handlung auch ein Verhaltensmoment inne. In Fällen mit Gefahr der Oligopolbildung, d.h. der Begründung oder Verstärkung einer kollektiv beherrschenden Stellung, auf die die FKVO ebenfalls anwendbar ist,²⁰⁶ sind strukturelle Maßnahmen überhaupt schwerlich denkbar bzw. ihre Erfolgschancen sehr begrenzt, da diese Märkte regelmäßig nur geringen Wettbewerb aufweisen.²⁰⁷ Die Auferlegung von Verhaltenspflichten kann sich dann als einzige Möglichkeit erweisen, eine Untersagung des Zusammenschlusses zu vermeiden.²⁰⁸

Zusagen, die im Rahmen der begrifflichen Zuordnung bei rein abstrakter Betrachtung für ausschließlich strukturell befunden wurden, können daher direkt und unmittelbar als geeignet angesehen werden. Den Umkehrschluß bei im Sinne vorgenannter Begriffsbildung als Verhaltenszusagen zu qualifizierenden Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen lassen die Vorschriften der FKVO jedoch nicht zu. Auch die Zusage eines bestimmten Verhaltens, z.B. die vorübergehende Gewährung von Lizenzen an Konkurrenten oder die Übertragung von Know-How, kann infolge der Stärkung des Wettbewerbers im Einzelfall mittel- oder langfristig Einfluß auf die Wettbewerbsstrukturen auf den betroffenen Märkten haben und damit zum Vorliegen der Vereinbarkeitsvoraussetzungen führen.²⁰⁹ Maßgeblich ist insofern der jeweilige Einzelfall, den die Kommission hinsichtlich seiner Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen zu untersuchen hat. Soweit in der Literatur als Argument gegen die Zulässigkeit von Verhaltenszusagen auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Kontrolle und Überwachung ihrer Einhaltung hingewiesen wird,²¹⁰ muß diese Problematik als systemimmanent hingenommen

²⁰⁴ Fuchs, WuW 1996, 269 (275).

²⁰⁵ Alcatel/Telettra, AbBl. 1991 Nr. L 122, 48 ff., Rz. 45 f.

²⁰⁶ EuGHE 1998, 1375, Rz. 174 (Französische Republik u.a./Kommission).

²⁰⁷ Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 189. Im Falle der Oligopolbildung vermag beispielsweise die Veräußerung von Betriebsteilen an einen Konkurrenten der Begründung oder Verstärkung der kollektiv beherrschenden Stellung regelmäßig nicht entgegenzuwirken.

²⁰⁸ Vgl. Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903, Rz. 135 ff. (Zusage, den Wettbewerbern keine Auskünfte über eigene Umsätze zu erteilen).

²⁰⁹ Vgl. EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 319 (Gencor/Kommission).

²¹⁰ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 16; Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 186 f.; Fuchs, WuE 1996, 269 (274).

werden. Diese praktischen Erwägungen haben insofern hinter die Vorgaben aus dem allgemeinen Grundsatz²¹¹ der Verhältnismäßigkeit²¹² zurückzutreten.²¹³

Keinesfalls bestehen Bedenken im Hinblick auf Verpflichtungen zu einem Verhalten in Form von begleitenden Zusagen gemeinsam mit strukturellen Hauptzusagen; hierzu gehören beispielsweise Berichtspflichten der Beteiligten gegenüber der Kommission²¹⁴ oder auch sogenannte "hold separate"-Verpflichtungen²¹⁵, d.h. die sofortige Ausgliederung des zur Herbeiführung der Vereinbarkeitsentscheidung zu veräußernden Betriebsteils.²¹⁶ Da diese Verhaltensverpflichtungen lediglich der Absicherung struktureller Hauptzusagen dienen, ist das Erfordernis der Strukturbezogenheit gewahrt.

Insgesamt erweist sich eine Kategorisierung in Verhaltens- und Strukturzusagen also aufgrund begrifflicher Zuordnungsschwierigkeiten und der fehlenden abstrakten Bestimmbarkeit ihrer Auswirkungen als nur eingeschränkt hilfreich. Zwar lassen sich einzelne Zusagen als solche mit unmittelbarem Einfluß auf die Wettbewerbsstrukturen bestimmen, jedoch kann umgekehrt nicht geschlossen werden, daß jeder Verpflichtung zu einem Verhalten per se das Kriterium der Strukturbezogenheit fehlt.²¹⁷ Praktische Erwägungen mögen gegen die Berücksichtigung von reinen Verhaltenspflichten sprechen, da deren Auswirkungen auf den Markt schwieriger zu beurteilen sind; in rechtlicher Hinsicht läßt sich jedoch ihre generelle Unzulässigkeit aus den Vorschriften der FKVO nicht entnehmen. Vor dem Hintergrund des Zwecks der FKVO, die Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbeeinträchtigenden

²¹¹ Vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Teil der Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts Bleckmann, *Europarecht*, Rz. 572 ff.

²¹² Vgl. die Regelung in Art. 5 Abs. 3 EGV sowie EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 89 ff.; Schweitzer-Weber, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 75 ff.; Grupp/Schäder, *EWS* 1993, 27.

²¹³ Vgl. Krause, *ECLR* 1994, 209 (215). Bezüglich des ersten Verfahrensabschnitts erhebt er jedoch Bedenken im Hinblick auf den belastenden Charakter der bloßen Eröffnung der Phase II. Wegen des erheblichen Zeit- und Kostenaufwandes für die beteiligten Unternehmen im Zusammenhang mit der Durchführung der vollständigen Prüfung im Rahmen der Phase II können diese Bedenken jedoch nicht geteilt werden, so daß auch insoweit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen ist.

²¹⁴ Z.B. Procter & Gamble/VP Schickedanz II, *ABl.* 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 186 (Phase II-Entscheidung); Agfa Gevaert/DuPont, *WuW EU-V* 87, Rz. 110 (Phase II-Entscheidung).

²¹⁵ Z.B. Nestlé/Perrier, *WuW/E EV* 1903, Rz. 136.

²¹⁶ Weitere Beispiele bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, *EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 21.

²¹⁷ EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 319 (Gencor/Kommission).

marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, kommt es auf die Art des zugesagten Tuns oder Unterlassens nicht an; vielmehr ist allein maßgeblich, daß die Kommission im konkreten Einzelfall zu einer negativen Prognose nach Art. 2 Abs. 2 FKVO kommt.²¹⁸

dd) Berücksichtigung industriepolitischer und sonstiger Zielsetzungen

Im Zusammenhang mit inhaltlichen Anforderungen an Zusagen stellt sich als weitere Frage, ob und inwieweit außerwettbewerbliche Ziele in die Entscheidungsfindung der Kommission einfließen dürfen. Die Beantwortung wirkt sich insofern auf die Eignung von Zusagen aus, als die Kommission den Inhalt von Zusagen grundsätzlich zur Verfolgung außerwettbewerblicher Ziele beeinflussen könnte. Trotz der in der FKVO vorgesehenen alleinigen Zusageninitiative auf seiten der beteiligten Unternehmen böte sich der Kommission im Rahmen der informellen Vorgespräche und Anhörungen während des laufenden Verfahrens auch hinreichend Gelegenheit zur mißbräuchlichen Einflußnahme.²¹⁹

Die Problematik der Berücksichtigung industriepolitischer sowie sonstiger Zielsetzungen bzw. Rechtfertigungsgründe, d.h. anderer als ausschließlich der Erhaltung des Wettbewerbs dienender Gesichtspunkte, war während der gesamten Entstehungsgeschichte der FKVO Gegenstand umfangreicher Auseinandersetzungen.²²⁰ Es galt, die Grundentscheidung zu treffen, ob ein Zusammenschluß, der an sich die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt, lediglich aufgrund überwiegender außerwettbewerblicher Gründe im Rahmen einer Gesamtabwägung zu genehmigen sei. Letztlich hat sich ein wettbewerbsorientierter Ansatz mit einer einstufigen Prüfung durchgesetzt, in der eine industriepolitische Rechtfertigung einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Ausnahmegenehmigung nicht vorgesehen ist.²²¹

²¹⁸ EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/juris/index.htm>, Rz. 317 f. (Gencor/Kommission).

²¹⁹ Näher zu den Einflußnahmemöglichkeiten der Kommission, anderer Institutionen und Unternehmen Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 83 ff. Gerade die vor Anmeldung von Zusammenschlußvorhaben regelmäßig stattfindenden informellen Vorgespräche bergen aufgrund des Fehlens eines formalisierten Verfahrens nach seiner Auffassung ein hohes Risiko der auch mißbräuchlichen Beeinflussung, so daß eine stärkere Sicherung der Unbefangenheit der Kommission erforderlich sei.

²²⁰ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Vorbem., Rz. 15; vgl. zu den VO-Entwürfen Janicki, WuW 1990, 196, und Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 316 f.

²²¹ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 480. Im deutschen Recht ist demgegenüber mit dem in § 42 GWB geregelten Institut der Ministererlaubnis ausdrücklich die Möglichkeit geschaffen, einem untersagten Zusammenschluß dennoch die Erlaubnis zu erteilen, "wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung

Der Wortlaut des für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen maßgeblichen Art. 2 Abs. 1 FKVO läßt eine Einbeziehung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses - wenn auch untergeordnet - grundsätzlich zu.²²² Insbesondere das in Art. 2 Abs. 1 lit. b) FKVO genannte Kriterium der "Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts"²²³ sowie der Hinweis in Erwägungsgrund 13. FKVO auf die Vertragsziele der Art. 2, 3 EGV (maßgeblich daher auch Art. 3 lit. 1) "Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft") würden eine Heranziehung anderer als rein wettbewerblicher Ziele erlauben.²²⁴ Diese grundsätzliche Möglichkeit der Berücksichtigung darf jedoch nicht zu einer Verwässerung des in Art. 2 FKVO formulierten, vorrangigen Ziels der Fusionskontrolle - der Sicherung des Wettbewerbs - führen. Hinzu kommt das Problem der Meß- und Einschätzbarkeit positiver und negativer Effekte eines Zusammenschlusses sowie der politischen Vermittelbarkeit, wenn es zur Hinnahme negativer Auswirkungen auf einem nationalen Markt zugunsten positiver Folgen für den Markt in einem anderen Mitgliedstaat käme.²²⁵

Es soll daher am wettbewerbsorientierten Ansatz, der eine Berücksichtigung anderer als wettbewerblicher Kriterien bei der Vereinbarkeitsentscheidung grundsätzlich verbietet, festgehalten werden. Die Kommission ist in ihrer bisherigen Praxis - mit Ausnahme einzelner abweichender Entscheidungen²²⁶ - im Grundsatz dieser Vorgabe ebenfalls verhaftet.

von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist".

²²² Meessen, Festschrift Gaedertz, 423.

²²³ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von C.R. Schmidt, Die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, 116 ff., sowie Bechtold, EuZW 1996, 389.

²²⁴ Meessen, a.a.O.; im Rahmen der Prüfung der Klagebefugnis bestätigend EuGIE 1995, 1247, Rz. 38 f. (CCE Vittel u.a./Kommission): Ebenenfalls können auch soziale Erwägungen in die anzustellende "wirtschaftliche Bilanz" eingehen. Stark einschränkend bzw. ablehnend Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 2, Rz. 10 und 13; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schröter, EWG-Vertrag, Bd. 2, Art. 87 Zweiter Teil, Rz. 269-274. Weitergehend Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, 56 (Abwägung wettbewerblicher Nachteile mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen); Ehlermann, WuW 1991, 535, 543 (industriepolitische Erwägungen bei Zweifeln); Kleemann, Festschrift Lieberknecht, 379 (383) (Abwägung zumindest der wettbewerblichen Vor- und Nachteile). Ausführlich zur Problematik der Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 478 ff.

²²⁵ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 121.

²²⁶ Vgl. Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903, ausführlich dahingehend untersucht von Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 213 ff., sowie zuletzt die in der breiten Öffentlichkeit heftig diskutierte Entscheidung Boeing/McDonnell Douglas vom 30.07.1997, WuW 1998 EU-V 7: Im Hinblick auf entgegenstehende Interessen der USA wurden die Märkte für militärische Güter von der fusionskontrollrechtlichen Überprüfung ausgeklammert und die Gefahr von

ee) Drittbelastende Zusagen

Sind demnach außerwettbewerbliche Zielsetzungen bei der Entgegennahme von Zusagen von der Kommission grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, gilt es zu klären, inwieweit Interessen Dritter zu berücksichtigen sind. Die Vereinbarkeitserklärung eines Zusammenschlusses in Verbindung mit Abhilfen zur Beseitigung wettbewerblicher Probleme kann in vielfältiger Weise ökonomische Interessen Dritter, wie anderer Unternehmen, von Mitgesellschaftern, Vertragspartnern oder Beschäftigten, konkret berühren. Dies zeigen nicht zuletzt zahlreiche Klagen Dritter gegen Kommissionsentscheidungen, die mit Auflagen oder Bedingungen zur Durchsetzung eingegangener Verpflichtungen versehen waren.²²⁷

Die Umsetzung von Veräußerungszusagen oder Zusagen, sonstige finanzielle, personelle oder vertragliche Beziehungen zu anderen Unternehmen zu beenden, kann zu bedeutenden Verschlechterungen der Ertragsaussichten Dritter führen. Die regelmäßig damit einhergehenden Restrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen bergen unter anderem die Gefahr von zahlreichen Arbeitsplatzverlusten.²²⁸

Die Zulässigkeit der Annahme auch drittbelastender Zusagen durch die Kommission hängt vom Erfordernis der Berücksichtigung von Interessen Dritter im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens ab. Sind die konkreten wirtschaftlichen Interessen Dritter für die Vereinbarkeitsentscheidung unerhebliche Faktoren, so bestehen auch im Hinblick auf aus Zusagen resultierende Belastungen für Dritte keine Bedenken. Maßgebliches Kriterium für die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses ist nach Art. 2 FKVO die Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden, marktbeherrschenden Stellung. Allein hierauf

Arbeitsplatzverlusten in den USA unter Berufung auf das Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln im Rahmen der Kommissionsentscheidung berücksichtigt (Rz. 11 f.).

²²⁷ EuGHE 1998, 1375 (Französische Republik u.a./Kommission) bezüglich Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38; EuGIE 1995, 1247 (CCE Vittel u.a./Kommission) bezüglich Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903; EuGIE 1997, 2137 (Kaysersberg SA/Kommission) bezüglich Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 32. Näher zu den Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter im europäischen Fusionskontrollverfahren Körper, EuZW 1996, 267 ff.; Zilles, Anfechtungslegitimation von Dritten, 53 ff.; Montag/Leibenath, ZHR 164 (2000), 176 ff.

²²⁸ Müllbert, ZIP 1995, 699 (702).

ist im Rahmen der Entscheidung abzustellen. Die Berücksichtigung subjektiver Interessen ist in der FKVO nicht vorgesehen, würde aber auch der objektiven wettbewerblichen Schutzrichtung der Fusionskontrolle sowie dem Prinzip des Gemeinsamen Markts nach Art. 2 EGV widersprechen.²²⁹ Die Initiative zu Abhilfen geht nach dem in der FKVO gewählten Weg von den beteiligten Unternehmen aus; diesen bliebe es unbenommen, sich unabhängig vom Fusionskontrollverfahren von Unternehmens- und Betriebsteilen zu trennen oder bestehende Vertragsbeziehungen zu beenden, soweit sie hierzu tatsächlich und juristisch in der Lage sind. Ein solches Risiko lastet auf jeder veränderbaren Rechtsbeziehung. Es handelt sich insofern um unternehmensstrategische Entscheidungen, die allein in den Kompetenzbereich der beteiligten Unternehmen fallen. Die FKVO würde anderenfalls einen besonderen Schutz gewähren, der ohne das Vorliegen eines Zusammenschlussvorhabens nicht bestünde. Das Fusionskontrollverfahren kann nur Auslöser der Trennung sein, Ursache ist dagegen die schon gegebene Trennungsmöglichkeit.²³⁰ Daher müssen sich betroffene Dritten direkt an ihre Vertragspartner halten und gegebenenfalls auf zivilrechtlichem Wege gegen Veränderungen vorgehen, um die Durchführung von eingegangenen Verpflichtungen zu verhindern. In den Schutzbereich der FKVO sind sie insoweit nicht einbezogen.²³¹

Hiervon zu differenzieren sind die bereits behandelten²³² Verfahrensgarantien zugunsten Dritter. Diese dienen der Beteiligung Dritter am Verfahren im Hinblick auf wettbewerbliche Kriterien und Auswirkungen des Zusammenschlusses, nicht aber zur Begründung außerwettbewerblicher, individueller Kriterien innerhalb der materiellen Prüfung des Vorhabens. Soweit die Rechtsprechung auf Rechte Dritter im Zusammenhang mit Zusagen abstellt, geschieht dies daher allein im Hinblick auf die Überprüfung der individuellen Betroffenheit nach Art. 230 Abs. 4 EGV zur Feststellung der Klagebefugnis als Zulässigkeitsvoraussetzung. Individuell betroffen ist derjenige, der wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer - ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender - Umstände von der Entscheidung berührt

²²⁹ Fuchs, WuW 1996, 269 (277); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 25; Mülbart, EuZW 1995, 699 (707 f.).

²³⁰ Mülbart, a.a.O.

²³¹ So auch Fuchs, WuW 1996, 269 (278). Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 116. A.A. wohl Generalanwalt Tesauro in seinen Schlußanträgen zu EuGHE 1998, 1375, Rz. 133 f. (Französische Republik u.a./Kommission), der eine Befugnis der Kommission zur Annahme marktumstrukturierender, aufgrund unmittelbarer objektiver und subjektiver Auswirkungen drittbelastender Zusagen ablehnt.

²³² E. I. 2. d) bb).

und daher in ähnlicher Weise wie der Adressat individualisiert ist.²³³ Maßgeblich ist dabei auch die Rolle im Verfahren und die mögliche Verletzung von Verfahrensgarantien heranzuziehen.²³⁴ Hieraus läßt sich allerdings keine Pflicht zur Berücksichtigung individueller Interessen Dritter im Rahmen der materiellen Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Vorhabens entnehmen.²³⁵

ff) Umsetzbarkeit von Zusagen

Eine weitere materielle Anforderung an die Eignung von Zusagen stellt ihre grundsätzliche Umsetzbarkeit dar. Es handelt sich dabei um eine eigenständige Eignungsvoraussetzung, auch wenn sich Schwierigkeiten der Umsetzung oftmals parallel mit einer möglichen Drittbelastung eingegangener Verpflichtungen zeigen; die zur Erfüllung einer Zusage erforderliche Beendigung von vertraglichen Beziehungen führt regelmäßig zu einer Verschlechterung der ökonomischen Situation Dritter.²³⁶

Grundlage der Feststellung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ist eine Prognose der Kommission über die voraussichtliche Marktentwicklung.²³⁷ Die Kommission hat daher im Rahmen ihrer Beurteilung über die zukünftigen Auswirkungen des angemeldeten Zusammenschlusses auf die Marktstruktur grundsätzlich Zusagen und deren Auswirkungen miteinzubeziehen. Auf die Entscheidung können allerdings nur tatsächlich durchführbare Veränderungen des Zusammenschlusses

²³³ EuGHE 1998, 1375, Rz. 39 (Französische Republik u.a./Kommission); EuGHE 1963, 213, 238 (Plaumann/Kommission); EuGHE 1987, 941, Rz. 9 (Deutz u. Geldermann/Rat).

²³⁴ EuGHE 1998, 1375, Rz. 54 (Französische Republik u.a./Kommission); hierzu auch Körper, EuZW 1996, 267.

²³⁵ In dieser Hinsicht ist auch die Entscheidung des EuGIE 1995, 1247, Rz. 35 ff. (CCE Vittel u.a./Kommission), zu verstehen, soweit hier Rechte der Arbeitnehmervertreter als berücksichtigungserheblich genannt werden, da diese nur im Rahmen der Klagebefugnis zur Feststellung der individuellen Betroffenheit herangezogen werden. In diesem Fall wurde die individuelle Betroffenheit über ein mögliches Anhörungsrecht nach Art. 18 Abs. 4 FKVO (Rz. 35 ff.) hergeleitet, aber nur insoweit als es um die Überprüfung dieser Verfahrensgarantie ging (Rz. 59 f.). Im übrigen sind Arbeitnehmerinteressen hinreichend geschützt durch die Richtlinie 77/187 des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Arbeitnehmerrechte beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14.02.1977, ABl. 1977 Nr. L 61, 26 - umgesetzt ins deutsche Recht insbesondere durch § 613 a BGB.

²³⁶ Vom Aufbau anders wohl Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 25, und Fuchs, WuW 1996, 269 (277), die dieses Kriterium der zulässigen Drittbelastung zuordnen.

²³⁷ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 330; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 2, Rz. 23. Vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 120 und 221 (Französische Republik u.a./Kommission).

Einfluß haben, da ansonsten der Zielsetzung der FKVO, langfristig kompetitive Marktstrukturen aufrechtzuerhalten,²³⁸ nicht hinreichend Rechnung getragen würde.

Unter der Umsetzbarkeit ist die Möglichkeit der Beteiligten zu verstehen, die eingegangenen Verpflichtungen auch tatsächlich durchführen zu können. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Entscheidung unter Einbeziehung des der Kommission bei der Vereinbarkeitsprüfung eingeräumten Prognosezeitraumes, in dem keine Zweifel an der Durchführbarkeit bestehen dürfen.

Zum Teil wird daraus geschlossen, daß nur Zusagen entgegengenommen werden dürfen, deren Erfüllung ausschließlich im Machtbereich der beteiligten Unternehmen liegt.²³⁹ Diese strikte Limitierung erscheint jedoch zu eng. Letztlich wohnt jeder Zusage ein Restrisiko der fehlenden Durchführbarkeit inne; auch jede Zusage zur Veräußerung eines Betriebsteils bzw. Tochterunternehmens erfolgt unter der Prämisse, daß sich ein Käufer findet. Durch die Veräußerungszusage verpflichtet sich der Beteiligte lediglich, einen geeigneten Käufer zu suchen; der Erfolg ist auch hier ungewiß. Die Auferlegung einer Frist und/oder die Zwischenübertragung auf einen Treuhänder vermag wettbewerbliche Risiken lediglich zu vermindern.²⁴⁰ Indem der Kommission jedoch in Art 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ein Instrumentarium zur Sicherstellung der Einhaltung von Zusagen durch Verbindung der Freigabe mit Auflagen und Bedingungen an die Hand gegeben ist, ist das Risiko der dauerhaften Schädigung der Marktstrukturen verringert. Gerade für den Fall, daß Zusagen nachträglich nicht erfüllt werden oder erfüllt werden können, ist die Kommission mit konkreten Sanktionierungsmitteln ausgestattet, um eingegangene Verpflichtungen durchzusetzen und gegebenenfalls nach Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung den status quo ante wiederherzustellen.²⁴¹ Indem die beteiligten Unternehmen den Eintritt einer bestimmten Situation zusagen, übernehmen sie hierfür eine Art Garantie; das Risiko des Ausbleibens geht zu ihren Lasten.

Andererseits ist jede nachträgliche Wiederherstellung bzw. Rückabwicklung eines Zusammenschlusses - unter Umständen nach mehrjährigem Bestand - mit

²³⁸ Vgl. Art. 3 lit. g) EGV und Erwägungsgrund 1. und 2. FKVO; EuGHE 1998, 1375, Rz. 169 (Französische Republik u.a./Kommission).

²³⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 26, und Fuchs, WuW 1996, 269 (275/278).

²⁴⁰ Z.B. VEBA/Degussa, WuW 1998 EuV 92, Rz. 56 und 65.

²⁴¹ Gemäß Art. 8 Abs. 4, 5 FKVO.

erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Jede Entflechtung birgt die Gefahr in sich, daß sich die gewünschte Wiederherstellung des ursprünglichen Wettbewerbszustandes aufgrund zwischenzeitlich eingetretener substantieller Marktveränderungen als nicht durchführbar bzw. wenig erfolgversprechend erweist.²⁴² Daher kann auch nicht jede Verpflichtung der beteiligten Unternehmen entgegengenommen werden, insbesondere dann nicht, wenn schon im Zeitpunkt der Abgabe der Zusage absehbar ist, daß mit ihrem Eintritt aller Wahrscheinlichkeit nicht zu rechnen ist.

Voraussetzung für eine Berücksichtigung von Zusagen ist daher ihre grundsätzliche zivilrechtliche Umsetzbarkeit durch die Beteiligten. Sind Mitwirkungshandlungen bzw. Zustimmungserklärungen am Verfahren nicht beteiligter Dritter erforderlich, müssen diese entweder bei Entscheidungserlaß vorliegen²⁴³ oder zumindest mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.²⁴⁴ In diesem Fall ist gegebenenfalls der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs durch eine den vorzeitigen Vollzug verhindernde Ausgestaltung der Sicherungsmittel Rechnung zu tragen.²⁴⁵ Jedenfalls muß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Merkmal der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung ausgeschlossen werden können, um die Aufrechterhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen zu garantieren. Scheidet eine einseitige Beendigung vertraglicher Beziehungen zu Dritten innerhalb des vorgegebenen zeitlichen Rahmens aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung von vornherein aus, so muß die Kommission eine dahingehende Verpflichtung in ihrer der Entscheidung über die Vereinbarkeit zugrundeliegenden Prognose über die zukünftigen Marktverhältnisse außer acht lassen. Sofern sich die Gefährdung des Wettbewerbs nicht auf andere Weise lösen läßt, bliebe in einem solchen Fall nur die Rücknahme der Anmeldung und erneute Notifizierung nach Vollzug der zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt erforderlichen Änderungen des Zusammenschlusses.

Die Kommission beschreitet zuweilen einen anderen Weg in Fällen, in denen zur Durchführung der eingegangenen Verpflichtungen Mitwirkungshandlungen Dritter erforderlich sind; die Bemühungen der Beteiligten zur Erfüllung der angegebenen Zusagen berücksichtigt sie im Rahmen ihrer Beurteilung des

²⁴² Vgl. Heidenhain, EuZW 1994, 135 (138 f.).

²⁴³ In dieser Weise verhielt es sich im Rahmen des Zusammenschlusses American Home Products/Monsanto, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 54, so daß das Kriterium der Umsetzbarkeit erfüllt war.

²⁴⁴ A.A. wohl Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 25.

²⁴⁵ Z.B. durch Vereinbarkeitserklärung unter der aufschiebenden Bedingung der Erfüllung der Zusage.

Vorhabens, ohne jedoch die Entscheidung mit Bestimmungen zur Sicherstellung der Einhaltung eingegangener Verpflichtungen zu verbinden.²⁴⁶ In der - in der zweiten Prüfungsphase ergangenen - Entscheidung Kali + Salz²⁴⁷ sah die Kommission explizit davon ab, die Zusage zur strukturellen Umwandlung eines Unternehmens zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen, da die Durchführung nur im Einvernehmen mit einem nicht als Partei am Fusionskontrollverfahren beteiligten Dritten bewirkt und von dessen Zustimmung nicht sicher ausgegangen werden konnte.²⁴⁸ Vor dem Hintergrund der bereits bei Entscheidungserlaß bestehenden Unsicherheit der Einhaltung und der daraus resultierenden Gefahr der dauerhaften Schaffung wettbewerbswidriger Zustände ist diese Praxis schon aufgrund der fehlenden Eignung der Zusagen abzulehnen. Hinzu kommen die Schwierigkeiten, eine Nichterfüllung von Zusagen zu sanktionieren, die in der Entscheidung lediglich berücksichtigt sind, ohne zugleich Gegenstand von Nebenbestimmungen zu sein.²⁴⁹ Da im übrigen stets die Möglichkeit gegeben ist, die Anmeldung zurückzunehmen und nach Durchführung der zugesagten Änderungen den geänderten Zusammenschluß neu anzumelden,²⁵⁰ besteht für die Entgegennahme ungeeigneter Zusagen keine Notwendigkeit.

gg) Erfüllungsfrist

Da von den beteiligten Unternehmen eingegangene Verpflichtungen regelmäßig erst nach Entscheidungserlaß zu erfüllen sind, stellt sich die Frage, ob die Vorschriften zur Fusionskontrolle eine zeitliche Obergrenze vorgeben, binnen derer die beteiligten Unternehmen abgegebene Zusagen zu erfüllen haben. Die Kommission dürfte dann nur Zusagen entgegennehmen bzw. in ihrer Entscheidung berücksichtigen, die diese Höchstgrenze einhielten.

Eine explizite Regelung hierzu fehlt in der FKVO, wobei jedoch Charakter und Funktion der Kommissionsentscheidung Anhaltspunkte geben. Zielsetzung der

²⁴⁶ Die Kommission wählt in diesen Fällen Formulierungen wie "for the above reasons" (Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 1998 EU-V 107, Rz. 52) bzw. "dabei hat die Kommission berücksichtigt, daß die Parteien zum Inhalt ihrer Anmeldung die Verpflichtungserklärung von ... gemacht haben ..." (Watt AG II, WuW 98, EU-V 61, Rz. 17).

²⁴⁷ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 65.

²⁴⁸ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 66/67; vgl. hierzu auch Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht 1995/96, 68 f.; Monopolkommission, Hauptgutachten X 1992/93, Tz. 610.

²⁴⁹ Hierzu ausführlich unter F. I. 4.

²⁵⁰ Fuchs, WuW 1996, 269 (278); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 26.

Fusionskontrolle ist die langfristige Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen. Die aus dem Wortlaut des Art. 2 FKVO folgende dynamische Betrachtungsweise gebietet der Kommission, die voraussehbare Marktentwicklung und damit auch die Auswirkungen von Zusagen auf die Marktstruktur in den auf die Entscheidung folgenden Jahren in ihre Betrachtung einzubeziehen.²⁵¹ Für eine Vereinbarkeitserklärung in Phase I ist Voraussetzung, daß die Kommission nach summarischer Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses keinen Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hat.²⁵² Als Prognoseentscheidung ist die Vereinbarkeitserklärung auf einen gewissen Zeitraum bezogen,²⁵³ nicht jedoch auf einen konkreten Stichtag.²⁵⁴ Zeigt sich, daß ein Zusammenschluß erst nach Modifikationen die Vereinbarkeitskriterien der FKVO erfüllt, so ist die Genehmigung dennoch zu erteilen, wenn von den Unternehmen Verpflichtungen zur wettbewerbskonformen Änderung glaubwürdig und rechtlich abgesichert eingegangen werden. Dies läßt im Einzelfall sogar eine vorübergehenden Duldung eines wettbewerbswidrigen Zustandes zu, wenn und soweit jedenfalls auf längere Sicht die wettbewerblichen Strukturen hinreichend gesichert sind.²⁵⁵ Oftmals bieten sich jedoch zur Vermeidung auch nur vorübergehend marktschädlicher Strukturen begleitende Zusagen wie die Aussetzung der tatsächlichen Durchführung des Zusammenschlusses bis zur Erfüllung der aufgegebenen Verpflichtungen,²⁵⁶ "hold separate"-Verpflichtungen,²⁵⁷ d.h. die rein tatsächliche vorherige Ausgliederung des Geschäftsbereichs bis zu seiner Veräußerung, oder die Verpflichtung zur sofortigen oder späteren Einschaltung

251 EuGHE 1998, 1375, Rz. 120, 220 f. (Französische Republik u.a./Kommission); Kerber, Europäische Fusionskontrollpraxis, 25; vgl. auch Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 72 f.

252 Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 10; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 3 und 10.

253 Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 330 f.; Fuchs, WuW 1996, 271. Vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 120 (Französische Republik u.a./Kommission).

254 Fuchs, WuW 1996, 269 (271).

255 Vgl. die Entscheidung *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, WuW E/EV 1675, Rz. 53, in der eine vorübergehende Marktbeherrschung, die nachweislich "in kurzer Zeit" wieder ausgehöhlt wird, für tolerabel erachtet wurde. Ähnlich in *Nestlé/Perrier* WuW/E EV 1903, Rz. 91. Keinesfalls stellt jedoch jede Genehmigung unter Entgegennahme von Zusagen eine zeitweise Tolerierung rechtswidriger Zustände dar (so aber Hösch, BB 1995, 1917 (1920) bezüglich der von ihm während der alten Rechtslage des GWB abgelehnten Zusagenpraxis des Bundeskartellamts; ähnlich Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 201, der davon ausgeht, daß bei Fällen mit Nachfristzusagen zunächst immer eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird). Dabei wird außer acht gelassen, daß durch weitere begleitende Verpflichtungen auch Sofortwirkungen erzielt werden können.

256 Z.B. *Exxon/Shell*, WuW EU-V 129, Rz. 31.

257 Z.B. *Nestlé/Perrier* WuW/E EV 1903, Rz. 136

eines Treuhänders²⁵⁸ an; hierdurch bleibt der Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt bis zur Implementierung der Zusagen gewahrt.

Zur Bestimmung der zulässigen Erfüllungsfrist kommt es daher einerseits auf den Prognosezeitraum, d.h. die maximale Zeitspanne zur Einbeziehung von zukünftigen Marktentwicklungen, andererseits auf die Schwere des zu beseitigenden Wettbewerbsproblems und die Art der Zusagen an.²⁵⁹ Der Prognosezeitraum bildet die zeitliche Höchstgrenze der Erfüllungsfrist, da nur innerhalb dieses Zeitraumes erfüllte bzw. beachtete Zusagen in die Entscheidung einfließen können.²⁶⁰ Die Bedeutung des Wettbewerbsproblems und die Intensität der Gefahr für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt kann im Einzelfall eine kürzere Frist zur Erfüllung von Zusagen erforderlich machen.²⁶¹

Als zeitliche Grenze für die Prognose der Kommission werden in der Literatur zum Teil zwei bis drei Jahre nach Entscheidungserlaß genannt.²⁶² Eine verbindliche Aussage der Europäischen Gerichte zur maximalen Zeitspanne liegt noch nicht vor. Die Kommission hat sich in Bezug auf den Prognosezeitraum bislang ebenfalls nicht in konsistenter Weise konkret festgelegt.²⁶³

Richtigerweise darf der Zeitraum nicht zu eng limitiert werden, vielmehr ist im konkreten Einzelfall für den jeweiligen Marktsektor zu entscheiden, ob die zeitliche Grenze von noch vorhersehbaren Entwicklungen zu nur mehr hypothetischen Annahmen überschritten ist.²⁶⁴ Da für die einzelnen Märkte unterschiedliche Marktgesetze gelten, ist insoweit eine Einzelfallbetrachtung

²⁵⁸ Z.B. Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 186; ABB/Daimler Benz, ABl. 1997 Nr. L 11, 1, Rz. 139; Kimberley-Clark/Scott, ABl. 1996 Nr. L 183, 1, Rz. 233 Ziff. 9.; VEBA/Degussa, WuW EU-V 92, Rz. 56 (Phase II-Entscheidungen).

²⁵⁹ A.A. Fuchs, EuZW 1996, 263 (265). Unter Berufung auf die Sicherung der Durchsetzbarkeit hält er unabhängig vom Prognosezeitraum und der Art abgegebener Zusagen eine Erfüllungsfrist von grundsätzlich nicht länger als einem Jahr für ausreichend und zulässig.

²⁶⁰ Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 201.

²⁶¹ A.A. wohl Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 203, der lediglich auf den Prognosezeitraum als maßgebliche Zeitspanne abstellt.

²⁶² Ebenroth/Lange, WuW 1994, 601 (608); Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 202.

²⁶³ In der Entscheidung Mannesmann/Hoesch, ABl. 1993 Nr. L 114, 34, Rz. 103 ff. und 112 ff., ging die Kommission ausnahmsweise explizit von einem Prognosezeitraum von mindestens vier Jahren aus. Im übrigen findet sich allenfalls eine Einbeziehung der Marktentwicklung der "näheren Zukunft" (z.B. MSG Media Service, ABl. 1994 Nr. L 364, 1, Rz. 55).

²⁶⁴ In dieser Weise auch Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 331: Der jeweilige Prognosezeitraum wird jeweils von den individuellen Verhältnissen des betroffenen Marktes bestimmt, so daß gegebenenfalls auch längere Zeiträume in Kauf zu nehmen sind. Vgl. auch zum deutschen Recht Müller-Henneberg/Schwartz-Harms, Gemeinschaftskommentar, § 24, Rz. 381 (Prognosezeitraum von fünf bis acht Jahren); Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24, Rz. 15 (Zeitraum von fünf Jahren).

erforderlich. Für schnellebige, unsichere Märkte - beispielsweise im Bereich der neuen Medien bzw. des Internets - kann sich ein kürzerer Prognosezeitraum ergeben, als für Märkte mit einem hohen Maß an Vorhersehbarkeit - beispielsweise für den Markt großer Verkehrsflugzeuge.

Ausgehend vom Prognosezeitraum als zulässige zeitliche Höchstgrenze der Erfüllungsfrist ist der Inhalt der Zusagen und die Schwere des Wettbewerbsproblems einzubeziehen.²⁶⁵ Von der Art der Zusagen hängt die Marktreaktionszeit ab. Veräußerungszusagen können regelmäßig kurzfristig umgesetzt werden und führen mit Abspaltung des Betriebs- oder Vermögensteils sofort zu strukturellen Veränderungen, wohingegen bei Marktöffnungszusagen, beispielsweise durch eine mehrjährige Lizenzvergabe, erst ein wettbewerblicher Prozeß eingeleitet werden muß und der gewünschte Erfolg bei gefestigten Märkten regelmäßig erst nach einer Anlaufphase eintritt. Besteht die Gefahr einer massiven Wettbewerbsbeeinträchtigung ohne Erfüllung der abgegebenen Zusagen, kann zur Verringerung des vom Zusammenschluß ausgehenden Wettbewerbsrisikos gegebenenfalls eine kurze Erfüllungsfrist geboten sein.

Innerhalb des im Einzelfall bestehenden zeitlichen Prognoserahmens hat die Kommission daher die Frist, binnen derer die beteiligten Unternehmen zugesagte Veränderungen ihres Zusammenschlußvorhabens zu erfüllen haben, nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung von Art und Umfang der gestellten Anforderungen zu bestimmen. Gerade bei Zusagen, die die Aufhebung oder Verringerung von Marktzutrittsbarrieren bezwecken und durch die sich strukturelle Veränderungen des Markts deshalb nicht sofort abzeichnen, spielt die dynamische Komponente eine sehr bedeutende Rolle. Erforderlich ist allerdings, daß die zugrundegelegten Prognosen auf einer hinreichend stabilen Grundlage fußen. Die Anforderungen an die Stichhaltigkeit der Prognose hinsichtlich der Auswirkungen von Zusagen dürfen dabei nicht zu hoch gesteckt

²⁶⁵ Die Kommission gab bei Marktöffnungszusagen (vgl. oben D. II.) und Informationsverpflichtungen Fristen von bis zu fünf Jahren auf (z.B. Agfa-Gevaert/DuPont, WuW 1998 EU-V 87, Rz. 110 lit. d) (Phase II-Entscheidung); BP/Amoco, Kurzf. WuW 1999, 151 ("einige Jahre"); Du Pont/ICI, ABl. 1992 Nr. L 7, 13, Rz. 186 (fünfjährige Überlassung von Produktionskapazitäten)), teilweise sogar von bis zu fünfzehn Jahren auf (z.B. Kimberley-Clark/Scott, ABl. 1996 Nr. L 183, 1, Rz. 233 Ziff. 5. (Einräumung einer Produktlizenz über 15 Jahre), Boeing/McDonnell Douglas, WuW 1998 EU-V 7, Rz. 116 (keine neuen Exklusivverträge für die Dauer von zehn Jahren) (Phase II-Entscheidungen). Die exakten Fristen zur Erfüllung sind jedoch vielfach unter Berufung auf Art. 17 Abs. 2 und 20 Abs. 2 FKVO als Geschäftsgeheimnisse nicht veröffentlicht (z.B. Johnson & Johnson/Depuy, Annex, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>; Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 63, Fn. 1-4 (Phase II-Entscheidung); Nestlé/Perrier, WuW/E EV 1903, Rz. 136 (Phase II-Entscheidung)).

werden. Als ausreichend kann eine hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts angesehen werden. Andernfalls müßte die Annahme von Marktöffnungszusagen allein durch die Beschränkung einer kurzen Frist vielfach abgelehnt werden, da konkrete Auswirkungen de facto nicht innerhalb der kurzen Frist eintreten können.

Die Erfüllungsfrist ist damit im konkreten Einzelfall ausgehend vom Prognosezeitraum auf dem jeweiligen Marktsektor individuell für jede Zusage in Abhängigkeit von der Schwere des lokalisierten Wettbewerbsproblems und der Art der abgegebenen Zusage zu bestimmen.

f) Verhältnismäßigkeit abgegebener Zusagen

Neben den dargestellten, sich aus den Vorschriften zur europäischen Fusionskontrolle ergebenden materiellen Eignungskriterien von Zusagen hat die Kommission bei der Berücksichtigung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt den allgemeinen Grundsatz²⁶⁶ der Verhältnismäßigkeit²⁶⁷ zu beachten, insbesondere die Erforderlichkeit abgegebener Zusagen prüfen. Das Übermaßverbot stellt eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar und ist in Art. 5 Abs. 3 EGV explizit normiert. Danach sind belastende Maßnahmen nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung eines legitimen, von der fraglichen Regelung verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind; zwischen mehreren geeigneten Maßnahmen ist die am wenigsten belastende auszuwählen.²⁶⁸

Durch die Abgabe von Zusagen versuchen die beteiligten Unternehmen die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens herbeizuführen, indem der geplante Zusammenschluß modifiziert bzw. teilweise eingeschränkt wird. Der die eingegangenen Verpflichtungen aufgreifende Teil der an sich begünstigenden Genehmigungsentscheidung hat für die Betroffenen insofern belastenden Charakter und muß daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Die

²⁶⁶ Vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Teil der Rechtsquellen des europäischen Gemeinschaftsrechts Bleckmann, Europarecht, Rz. 572 ff.

²⁶⁷ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.; Grupp/Schäder, EWS 1993, 27.

²⁶⁸ EuGHE 1997, 4315, Rz. 30 (Affish/Rijksdienst); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Zuleeg, EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, FKVO Art. 3 b, Rz. 29 f.

Kommission darf nur diejenigen Zusagen in ihrer Entscheidung berücksichtigen und den beteiligten Unternehmen abverlangen, die sie für die Vereinbarkeitserklärung für erforderlich und zudem für im konkreten Einzelfall angemessen hält.

Im Rahmen der ersten Prüfungsphase ergibt sich jedoch aus dem Regelungszweck insofern eine Besonderheit, als in Art. 6 Abs. 1 lit. b), 2 UAbs. 1 FKVO auf die Beseitigung ernsthafter Bedenken abgestellt wird und hieraus ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab folgt²⁶⁹. Die Kommission führt in diesem Abschnitt nur eine summarische Überprüfung des Vorhabens durch.²⁷⁰ Dies kann im Einzelfall dazu führen, daß Zusagen entgegengenommen werden, die weiter gehen als nach einer umfassenden Untersuchung gemäß Art. 8 FKVO erforderlich.²⁷¹ Vor dem Hintergrund der in Art. 6 FKVO getroffenen Regelung und des Zwecks des ersten Verfahrensabschnitts, in einfach gelagerten Fällen eine schnelle Genehmigungsentscheidung herbeizuführen, bestehen dagegen allerdings keine Bedenken. Für die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die Kommission ist insofern auf den Zeitpunkt und Kenntnisstand zum Abschluß der Phase I unter Einbeziehung des Normzwecks abzustellen. Daher kann im Einzelfall die aus Sicht der Beteiligten schneller Rechtssicherheit verschaffende Lösung als die erforderliche und insgesamt verhältnismäßige angesehen werden.

g) Zwischenergebnis

Um von der Kommission in zulässiger Weise im ersten Verfahrensabschnitt entgegengenommen werden zu können, müssen Zusagen bestimmte allgemeine Eignungskriterien erfüllen. Diese ergeben sich zum Teil aus dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO, zum Teil aus dem Zweck der Fusionskontrolle. Zusagen der beteiligten Unternehmen haben dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab der Phase I, in der nur eine summarische Prüfung des Zusammenschlusses auf das Vorliegen ernsthafter Bedenken gegen seine Vereinbarkeit stattfindet, Rechnung zu tragen; es kommen demnach nur Abhilfen in Betracht, die für eine eindeutige Beseitigung des konkret lokalisierten Wettbewerbsproblems sorgen. Die Initiative liegt dabei nach dem

²⁶⁹ Vgl. oben E. I. 1.

²⁷⁰ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 10; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 3 und 10.

²⁷¹ Vgl. die Beispiele bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 15, Fn. 38.

Regelungsgedanken der FKVO auf seiten der beteiligten Unternehmen. Die vorgeschlagenen Maßnahmen müssen in angemessener Zeit durch die Beteiligten umsetzbar sein. Der Zweck der FKVO bedingt zumindest einen strukturellen Bezug der Zusagen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darf die Kommission nur solche Abhilfen in ihrer Freigabeentscheidung aufgreifen, die zur Beseitigung ihrer ernsthaften Bedenken erforderlich sind. In formeller Hinsicht enthält die FKVO bzw. die VerfVO Regelungen zu den Fristen sowie zur Beteiligung der Mitgliedstaaten. Wenn auch für den ersten Verfahrensabschnitt nicht explizit geregelt, bildet der Grundsatz rechtlichen Gehörs eine von der Kommission auch in Bezug auf Zusagen zu beachtende Voraussetzung.

3. Einbeziehung von Zusagen in die Phase I-Entscheidung

Wurden von den beteiligten Unternehmen im ersten Verfahrensabschnitt geeignete Zusagen zur wettbewerbskonformen Gestaltung des Zusammenschlusses abgegeben, sieht die FKVO eine Einbeziehung dieser in der Entscheidung der Kommission vor. Vor dem Hintergrund der Kommissionspraxis erscheint neben der Frage einer Pflicht zur Berücksichtigung von Zusagen insbesondere klärungsbedürftig, auf welche Art und Weise Zusagen in der Freigabeentscheidung der Kommission nach Abschluß des ersten Verfahrensabschnitts aufgegriffen werden können. Im folgenden werden daher Berücksichtigungspflicht der Kommission die Möglichkeiten der Einbeziehung von Zusagen in die Phase I-Freigabeentscheidung diskutiert. Zunächst wird dabei die vom Verordnungsgeber explizit geregelte Einbeziehung von Zusagen als Auflagen oder Bedingungen der Vereinbarkeitserklärung dargestellt, und im Anschluß wird untersucht, ob auch eine Berücksichtigung auf rein tatsächlicher Ebene ohne ausdrückliche Verknüpfung mit der Freigabe zulässig ist.

a) Pflicht zur Berücksichtigung durch die Kommission

Nach Art. 2 Abs. 2 FKVO hat die Kommission Zusammenschlüsse für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die die Wettbewerbssituation auf dem betreffenden Markt erheblich beeinträchtigt würde.²⁷² Gemäß Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 FKVO sind auch Änderungen durch die beteiligten Unternehmen

²⁷² Vgl. EuGHE 1998, 1375, Rz. 110 (Französische Republik u.a./Kommission) - bezüglich Phase II-Entscheidung.

miteinzubeziehen. Beim Fehlen der Wettbewerbswidrigkeit ist das Vorhaben für vereinbar zu erklären, ohne daß der Kommission eine Entscheidungsfreiheit im Sinne eines Ermessens²⁷³ zustünde.²⁷⁴ Insofern handelt es sich um eine gebundene Entscheidung ohne Auswahlmöglichkeit der Kommission.²⁷⁵

Grundlage der Phase I-Freigabeentscheidung ist die Prognose²⁷⁶ der Kommission, daß keine ernsthaften Bedenken im Hinblick auf die Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden marktbeherrschenden Stellung bestehen (Art. 2 Abs. 2 FKVO). Zweck von Zusagen ist die Herbeiführung der Voraussetzungen zur Vereinbarkeitserklärung - in der ersten Prüfungsphase mittels Beseitigung ernsthafter wettbewerblicher Bedenken gegen den Zusammenschluß.²⁷⁷ Zusagen sollen also verhindern, daß die Kommission in ihrer Prognose über die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinsamen Markt zu ernsthaften Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit gelangt. Der Inhalt von Zusagen bzw. ihre Auswirkungen fließen als Teil der Marktdaten ebenso wie andere zukünftige Faktoren der Marktentwicklung im Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung in die von der Kommission anzustellende dynamische Betrachtung ein.²⁷⁸

²⁷³ Die im neueren deutschen Verwaltungsrecht vorherrschende klare terminologische Trennung zwischen dem Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite und Verwaltungsermessen auf der Rechtsfolgenseite einer Norm (vgl. Erichsen-Ossenbühl, Verwaltungsrecht I, 184 f.; zur Entwicklung Bullinger, JZ 1984, 1001 (1003 f.)) ist in dieser Form im europäischen Recht nicht anzutreffen (Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 280 f. und Frowein-Herdegen/Richter, 210). Insbesondere die Rechtsprechung nimmt keine strikte Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum vor, wobei die fehlende Stringenz zumindest auch darauf zurückzuführen ist, daß es sich vielfach um Übersetzungen handelt. In EuGHE 1998, 1375, Rz. 223 (Französische Republik u.a./Kommission) wird beispielsweise von "Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art" gesprochen. Im folgenden wird der Begriff des Ermessens dementsprechend für jede Art von Gestaltungsspielraum der Kommission verwendet.

Zu Entwicklung und Stand der Ermessenslehre im deutschen Recht näher Held-Daab, Das freie Ermessen; Bullinger, Verwaltungsermessen, 131 ff.; ders., JZ 1984, 1001. Zur Ermessenslehre im europäischen Recht Frowein-Herdegen/Richter, Kontrollrichte; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 280 ff.; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 184 ff.; Bleckmann, Europarecht, Rz. 862 ff.

²⁷⁴ Vgl. EuGHE 1998, 1375, Rz. 110 (Französische Republik u.a./Kommission); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schröter, EWG-Vertrag, Bd. II, Art. 87 - Zweiter Teil, Rz. 269; Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 73.

²⁷⁵ EuGHE 1998, 1375, Rz. 110 (Französische Republik u.a./Kommission); Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 74; Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 38.

²⁷⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 330; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 2, Rz. 23. Vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 120 und 221 (Französische Republik u.a./Kommission).

²⁷⁷ Siehe oben E. I. 1.

²⁷⁸ Vgl. zur entsprechenden herrschenden Meinung bezüglich der alten Rechtslage nach dem GWB a.F. Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 243 ff.; FK-Rieger, § 24, Rz. 28. Nach Ansicht von Mülbart, ZIP 1995, 699 (703 f.) - allerdings für das deutsche Recht der §§ 24, 24a GWB a.F. - handelt es sich bei Zusagen nicht um in die Prognose einfließende Daten, sondern

Zwar räumen die Grundregeln der FKVO, insbesondere Art. 2 FKVO, der Kommission einen bestimmten Spielraum bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art²⁷⁹ ein, der im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle zu berücksichtigen ist²⁸⁰ - dies gilt auch für die von der Kommission aufzustellende Zukunftsprognose zu den Auswirkungen abgegebener Zusagen auf die relevanten Märkte²⁸¹ -, jedoch würde der der Kommission gewährte Beurteilungsspielraum im Falle der willkürlichen Außerachtlassung von entscheidungserheblichen Tatsachen fehlerhaft ausgeübt.²⁸²

Hieraus ergibt sich, daß die Kommission geeignete Zusagen im Rahmen ihrer Vereinbarkeitsentscheidung als Teil der für den Zusammenschluß erheblichen Tatsachen aufgreifen muß. Ihr steht keine Entscheidungsfreiheit dahingehend zu, daß sie geeignete Zusagen der beteiligten Unternehmen zur wettbewerbskonformen Gestaltung des Zusammenschlusses gänzlich außer Acht läßt.

um einen Teil des angemeldeten Zusammenschlusses. Für das europäische Fusionskontrollverfahren formuliert in dahingehender Weise Wagemann (Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rz. 136), daß die Zusagen der beteiligten Unternehmen aufgrund ihres freiwilligen Charakters und unabhängig von ihrer Bezeichnung in der jeweiligen Entscheidung nur als "Modifikationen der Anmeldung" verstanden werden könnten. Diese Auffassung vermag jedenfalls für das Recht der FKVO nicht zu überzeugen, da (Nachfrist-)Zusagen regelmäßig zu Veränderungen des Zusammenschlusses nach seiner Freigabe führen, d.h. nachdem ein konkreter Zusammenschluß für vereinbar erklärt wurde. Ihre Auswirkungen fließen daher wie andere zukünftige Faktoren der Marktentwicklung bereits im Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung in die anzustellende dynamische Betrachtung ein, ohne jedoch den angemeldeten Zusammenschlußtatbestand im Zeitpunkt der Entscheidung zu verändern.

²⁷⁹ Vgl. zu diesem materiellen Kontrollreduktionstatbestand auch die zur Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV ergangene Rechtsprechung des EuGH, der der Kommission bei "komplexen wirtschaftlichen Gegebenheiten" einen gewissen Beurteilungsspielraum zugesteht (z.B. EuGHE 1966, 321, 399 (Consten u. Grundig/Kommission) und EuGHE 1987, 405, Rz. 61 (Verband der Sachversicherer/Kommission)). Soweit dies im Rahmen der Entscheidungen EuGHE 1985, 2545, Rz. 34 (Remia/Kommission) und E1987, 4487, Rz. 61 f. (BAT u. Reynolds/Kommission) auch auf die Feststellung des Tatbestandes nach Art. 81 Abs. 1 EGV ausgedehnt wurde, handelt es sich nach Frowein-Herdegen/Richter, Kontrollrichte, 230 f. um Einzelfallentscheidungen.

²⁸⁰ EuGHE 1998, 1375, Rz. 223 f. (Französische Republik u.a./Kommission); vgl. auch Frowein-Herdegen/Richter, Kontrollrichte, 209 ff.; Brenner, Die Verwaltung 1998, 1 (23 ff.); einschränkend Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 73 f., in seiner "Prognose zur Kontrollrichte bei Fusionskontrollentscheidungen", die allerdings noch vor Erlass vorgenannter Entscheidung des EuGH angestellt wurde.

²⁸¹ Vgl. EuGHE 1998, 1375, Rz. 120 (Französische Republik u.a./Kommission). Vgl. zum sogenannten Prognosespielraum im deutschen Verwaltungsrecht Ossenbühl, DVBl. 1974, 309 ff.; ders., Festschrift Menger, 731; für das Kartellrecht Nolte, Beurteilungsspielräume, 73 f., 123 ff., 196 ff. und 236 f., der im Ergebnis einen kontrollreduzierenden Prognosespielraum der Kartellbehörden ablehnt.

²⁸² Insofern wäre von einer "unzutreffenden Sachverhaltsfeststellung" auszugehen (vgl. für das Wettbewerbsrecht EuGHE 1985, 2545, Rz. 34 (Remia/Kommission)). Nach der für das deutsche Verwaltungsrecht entwickelten Fehlerlehre läge ein Ausfall einer eingeräumten Entscheidungsfreiheit vor (vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 372 und 380).

Letztlich ist dies ein Ausfluß des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit²⁸³ und der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit²⁸⁴, mit der der Schutz des Wettbewerbs in Einklang zu bringen ist.

Steht demnach fest, daß die Kommission Zusagen jedenfalls in ihre Entscheidungsfindung miteinbeziehen muß, gilt es herauszuarbeiten, auf welche Weise abgegebene Zusagen in der Kommissionsentscheidung ihren Niederschlag finden können.

b) Sicherstellung der Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung

Maßgebliche Vorschrift über die Art und Weise der Berücksichtigung von Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt ist Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO. Danach "kann" die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, "um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind". Grundsätzlich sieht Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO also die Verbindung der Vereinbarkeitsentscheidung mit "Bedingungen und Auflagen" vor. Es handelt sich dabei um Nebenbestimmungen im Sinne materiell-rechtlicher Regelungen als Teil der Behördenentscheidung, deren Inhalt und rechtliche Wirksamkeit bestimmten Kautelen unterworfen wird.²⁸⁵

aa) Begriffliche Unterscheidung zwischen Auflage und Bedingung

Der Verordnungstext legt eine Unterscheidung von Auflagen und Bedingungen nahe.²⁸⁶ In der Literatur werden allerdings zum Teil beide Begriffe untechnisch

²⁸³ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff., Grupp/Schäder, EWS 1993, 27.

²⁸⁴ Vgl. hierzu EuGHE 1985, 2857, Rz. 23 f. (Finsider/Kommission); Bleckmann, Europarecht, Rz. 107 f.

²⁸⁵ Vgl. Brenner, JuS 1996, 281 (281) für das deutsche Verwaltungsrecht. Die aus dem deutschen Verwaltungsrecht bekannten Problemkreise im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen stellen sich insoweit auf europäischer Ebene in vergleichbarer Weise.

²⁸⁶ Dies gilt sowohl für den deutschen Verordnungstext als auch für die übrigen Fassungen; in der englischen Textfassung wird zwischen "conditions and obligations", in der französischen zwischen "conditions et charges", in der spanischen zwischen "condiciones y obligaciones"

und einheitlich im Sinne einer allgemeinen Nebenbestimmung zusammengefaßt.²⁸⁷ Hintergrund ist auch die nicht stringente Praxis der Kommission. Ergingen zu Beginn nahezu ausschließlich Entscheidungen mit "Auflagen",²⁸⁸ wurde vereinzelt auch einheitlich von "Auflagen und Bedingungen" gesprochen,²⁸⁹ zum Teil von "Bedingungen", obwohl sich die Kommission den Widerruf bei Nichteinhaltung ausdrücklich vorbehielt,²⁹⁰ was im Hinblick auf Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO für das Vorliegen von Auflagen spricht.

Zwischenzeitlich ergingen Vereinbarkeitserklärungen auch ausdrücklich "unter der Bedingung"²⁹¹ und mit der "Auflage"²⁹² der Einhaltung eingegangener Verpflichtungen, so daß in der Entscheidungspraxis zumindest teilweise eine Differenzierung zu erkennen ist, wenngleich bis zuletzt aber auch eine Vermengung stattfand.²⁹³ Zu berücksichtigen ist bei der Untersuchung der Kommissionspraxis allerdings wiederum, daß es sich vielfach um Übersetzungen der Originalentscheidungen handelt, weshalb die sprachliche Stringenz aus rein tatsächlichen Gründen leidet. Mit einer einheitlicheren Vorgehensweise dürfte nunmehr durch die Bekanntmachung einer Mitteilung der Kommission bezüglich Verpflichtungszusagen,²⁹⁴ in der ebenfalls eine klare Trennung zum Ausdruck gebracht wird,²⁹⁵ zu rechnen sein.

unterschieden; die weiteren Fassungen der FKVO können unter http://europa.eu.int/comm/dg04/index_de/htm online abgerufen werden.

²⁸⁷ Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 223 ("conditions").

²⁸⁸ Z.B. Alcatel/Telettra, AbBl. 1991 Nr. L122, 48 ff., Rz. 49; Magneti Marelli/CEAc WuW/E EV 1735, Rz. 31 (Phase II-Entscheidungen).

²⁸⁹ Z.B. Procter & Gamble/VP Schickedanz II, AbI. 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 189, wobei aufgrund der unter Rz. 188 dargestellten Sichtweise wohl von einer begrifflichen Differenzierung auszugehen ist; Boeing/McDonnell Douglas vom 30.07.1997, WuW 1998 EU-V 7, Rz. 124 (Phase II-Entscheidungen).

²⁹⁰ Nestlé/Perrier WuW/E EV 1903, Rz. 138; KNP/BT/VRG, AbI. 1993 Nr. L 217, 44, Rz. 71 (Phase II-Entscheidungen).

²⁹¹ Anglo American Corporation/Lonrho, WuW EU-V 64, Rz. 140; Siemens/Elektrowatt, WuW EU-V 295, Art. 1; Agfa-Gevaert/DuPont, WuW 1998 EU-V 87, Art. 1; VEBA/Degussa, WuW EU-V 92, Rz. 65 und Art. 1, 2; Hoffmann-La-Roche/Boehringer Mannheim, WuW EU-V 153, Rz. 163 (Phase II-Entscheidungen).

²⁹² Worldcom/MCI, WuW EU-V 322, Art. 1.

²⁹³ Boeing/McDonnell Douglas vom 30.07.1997, WuW 1998 EU-V 7, Rz. 124 (Phase II-Entscheidung).

²⁹⁴ Bisher vorliegend erst als Entwurf einer "Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission", online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices.

²⁹⁵ Entwurf der Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices, Rz. 17 f.

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist schon im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Falle der Nichteinhaltung klar zwischen Auflage und Bedingung zu unterscheiden.²⁹⁶ Wenngleich eine Definition in der FKVO nicht enthalten ist, so kommt doch vom Wortsinn her einer Bedingung eine andere Bedeutung zu als einer Auflage. Unter einer Bedingung im technischen Sinn versteht man ein zukünftiges Ereignis, von dem der Bestand eines Rechtsakts abhängt; eine auflösende Bedingung führt zum Wegfall, eine aufschiebende Bedingung zum Eintritt des Rechtsakts.²⁹⁷ Es handelt sich insoweit um eine unselbständige Nebenbestimmung.²⁹⁸ Das als Bedingung verknüpfte Ereignis bzw. sein Eintritt kann dabei sowohl unabhängig als auch abhängig vom Verhalten der Beteiligten sein.²⁹⁹ Durch eine Auflage hingegen werden dem Adressaten konkrete Pflichten - ein Handeln oder Unterlassen - aufgegeben, die er zu erfüllen hat.³⁰⁰ Diese treten neben die eigentliche Verwaltungsentscheidung. Die Auflage ist also selbständige Nebenbestimmung.³⁰¹

Neben der sprachlichen Fassung in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ebenso in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - spricht für eine Differenzierung vor allem auch die unterschiedliche Behandlung von Auflagen und Bedingungen in den sonstigen Vorschriften der FKVO.³⁰² Der Widerruf der Vereinbarkeitsentscheidung nach

²⁹⁶ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 28; Fuchs, WuW 1996, 269 ff. (279); Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 281; Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 319. A.A. wohl Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 126 f. - nach seiner Auffassung handelt es sich keinesfalls um Bedingungen nach deutschem Rechtsverständnis.

²⁹⁷ Vgl. § 158 Abs. 1 und 2 BGB.

²⁹⁸ Vgl. zum deutschen Recht Obermayer-Janßen, VwVfG, § 36, Rz. 43.

²⁹⁹ Terminologisch hat sich für bedingende Ereignisse, deren Eintritt oder Nichteintritt durch den Regelungsadressaten beeinflusst werden kann, der Begriff der Potestativbedingung herausgebildet (Knack-Hennecke, VwVfG, § 36, Rz. 5.3.2; § 36, Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36, Rz. 18; vgl. auch Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 158, Rz. 10).

³⁰⁰ Vgl. hierzu die für das deutsche Verwaltungsrecht getroffene Definition in § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Zum deutschen Recht näher Brenner, JuS 1996, 281; Knack-Hennecke, VwVfG, § 36, Rz. 5.1.6 und 5.3.2; Kopp, VwVfG, § 36, Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, VwVfG, § 36, Rz. 18 und 31; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 505 f.; Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 22 ff. Letzterer weist zurecht darauf hin, daß zwischen der Rechtswirksamkeit der behördlichen Entscheidung, die vom Eintritt des Bedingungsfalls unabhängig ist, und dem Eintritt bzw. Wegfall der mit der behördlichen Entscheidung verbundenen materiellen Vergünstigung oder Belastung zu unterscheiden ist.

³⁰¹ Vgl. zum deutschen Recht Obermayer-Janßen, VwVfG, § 36, Rz. 43.

³⁰² In der - von den Verfahrensregelungen her der FKVO nahestehenden - Kartellverordnung (VO 17/62) - ist die systematische Differenzierung in Bezug auf die Rechtsfolgen in entsprechender Weise geregelt (Art. 8 Abs. 3 lit. b) und 15 Abs. 2 lit. b)). Zu Auflagen und Bedingungen im Rahmen des kartellrechtlichen Verfahrens nach Art. 81 ff. EGV vgl. die Kommentierung von Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schröter, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, Art. 85, Rz. 273 ff., m.w.N. Im deutschen Recht wurde im Rahmen der 6. GWB-Novelle in § 40 Abs. 3 S. 1

Art. 6 Abs. 2 und 8 Abs. 5 FKVO sowie die Verhängung einer Geldbuße bzw. eines Zwangsgeldes gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) bzw. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO sind ausdrücklich nur im Falle des Zuwiderhandelns gegen eine Auflage vorgesehen. Bezüglich der Rechtsfolge bei Eintritt des Bedingungsfalls trifft die FKVO keine expliziten Regelungen. Dies ist aufgrund des Rechtscharakters der Bedingung aber auch nicht erforderlich, da der Ausfall bzw. Eintritt des bedingenden Ereignisses wegen der direkten Abhängigkeit der Entscheidung ipso iure rechtliche Folgen nach sich zieht.³⁰³

In Anwendung vorgenannter Differenzierung hat die Kommission in der Entscheidung *Anglo American Corporation/Lonrho* - einer Entscheidung in der zweiten Prüfungsphase - unter konkreter Benennung der unterschiedlichen Rechtsfolgen ihre Vereinbarkeitserklärung für einige Zusagen der beteiligten Unternehmen mit "Bedingungen", für andere mit "Auflagen" verbunden und damit eine klare Trennung erkennen lassen.³⁰⁴

In der ersten Entscheidung des EuGH zu materiellen Auslegungsfragen der FKVO läßt sich eine Differenzierung zumindest im Ansatz entnehmen.³⁰⁵ Die in der überprüften Kommissionsentscheidung "Bedingungen und Auflagen"

GWB ebenfalls die Möglichkeit der Verbindung der Freigabe nach Durchführung des Hauptprüfungsverfahrens mit "Bedingungen und Auflagen" aufgenommen. Vgl. zur Anwendung die Entscheidungen des Bundeskartellamts *Habet/Lekkerland*, WuW DE-V 116, sowie *WITASS*, WuW DE-V 122.

³⁰³ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 22.

³⁰⁴ WuW EU-V 64, Rz. 140 (Phase II-Entscheidung). Die Entscheidung *Siemens/Elektrowatt*, WuW EU-V 295, (Phase II-Entscheidung) erging ebenfalls explizit "unter der Bedingung" der Einhaltung der abgegebenen Zusage (Art. 1). In der Entscheidung *Skanska/Scancem*, ABl. 1999 Nr. L 183, 1, Art. 1 (Phase II-Entscheidung), wurde zwischen "Auflagen" und der "Voraussetzung" der Entscheidung unterschieden. Vgl. im übrigen auch die ähnliche Differenzierung in den Entscheidungen *VEBA/Degussa*, WuW EU-V 92, Rz. 65 und Art. 1, 2; *Agfa-Gevaert/DuPont*, WuW 1998 EU-V 87, Art. 1; *Hoffmann-La-Roche/Boehringer Mannheim*, WuW 1998 EU-V 153, Rz. 163 (Phase II-Entscheidungen); in *Procter & Gamble/VP Schickedanz II*, ABl. 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 189 (Phase II-Entscheidung) ist aufgrund der unter Rz. 188 dargestellten Sichtweise wohl von einer ähnlichen begrifflichen Differenzierung auszugehen. Nach Ansicht von Wiedemann-Wagemann, *Handbuch des Kartellrechts*, § 17, Rz. 126 f. handelt es sich jedoch auch in diesen Fällen der ausdrücklichen Benennung keinesfalls um Bedingungen nach deutschem Rechtsverständnis; dies erscheint bei Berücksichtigung des Empfängerhorizonts nur wenig überzeugend, da die Sicht des Adressaten der Entscheidungen aber auch der Behörde, die konkrete Rechtsfolgen für den Bedingungsfall benennt, gänzlich ausser Acht gelassen würde.

³⁰⁵ EuGHE 1998, 1375, Rz. 174 (Französische Republik u.a./Kommission).

genannten³⁰⁶ Nebenbestimmungen werden vom EuGH - allerdings ohne nähere Ausführungen - durchwegs als "Bedingungen" bezeichnet.³⁰⁷

Bei der Anwendung der Vorschriften der FKVO ist also begrifflich zwischen Auflage und Bedingung zu trennen. Hintergrund ist die sprachliche Differenzierung in der FKVO und die unterschiedliche Wirkungsweise von Auflage und Bedingung.

bb) Bestimmung von Abgrenzungskriterien

Ausgehend von der terminologischen Unterscheidung von Auflage und Bedingung stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen beiden Instrumenten. Abgrenzungskriterien könnten zum einen in Form von objektiven Merkmalen vorliegen, sofern die FKVO für bestimmte Zusagen nur eine Nebenbestimmungsart zuließe, zum anderen in Form von Auslegungskriterien, insbesondere für den Fall von Unklarheiten in der behördlichen Entscheidung. Ein Bedürfnis besteht nicht zuletzt aufgrund der nicht immer eindeutigen sprachlichen Verwendung der beiden Begriffe in den Entscheidungen der Kommission.³⁰⁸

Konkrete Vorgaben könnten sich schon aus dem Verordnungstext ergeben. Denkbar erscheint eine Zuordnung nach der Art der abgegebenen Zusagen. Diesen Weg beschreitet Stoffregen³⁰⁹, indem sie - wohl unabhängig von der Bezeichnung in der Kommissionsentscheidung - bei begleitenden Verpflichtungen wie Berichtspflichten, Treuhänderbestellung und "hold separate"-Verpflichtungen Auflagen und bei den Hauptzusagen, deren Einhaltung automatisch über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit entscheiden soll, Bedingungen annimmt. Sie begründet dies über die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung abgegebener Zusagen. Eine Sanktionierung, die nach Art. 14 Abs. 2 lit. a) bzw. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO nur bei Verstößen gegen Auflagen vorgesehen ist, sei nur bei Nichtvornahme eines allein und ausschließlich im

³⁰⁶ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Art. 1.

³⁰⁷ EuGH, a.a.O., Rz. 49 ff., Rz. 251 ff., wengleich unter Rz. 51 mit der Möglichkeit des Widerrufs der Entscheidung nach Art. 8 Abs. 5 FKVO bei Zuwiderhandlung gegen eine Auflage argumentiert wird.

³⁰⁸ Vgl. die in Fn. 288 bis 290 genannten Beispiele.

³⁰⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 22. Der von ihr als Beleg angeführten Entscheidung Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 189 (Phase II-Entscheidung) läßt sich zwar aufgrund der unter Rz. 188 der Entscheidung dargestellten Sichtweise eine begriffliche Differenzierung zwischen Auflagen und Bedingungen entnehmen, nicht aber allgemein eine Regel für die Annahme von Bedingungen.

Einflußbereich des Beteiligten liegenden Handelns oder Unterlassens sinnvoll und gerechtfertigt.³¹⁰

Fuchs³¹¹ hält demgegenüber die Auflage für das geeignetere Mittel zur Absicherung von Zusagen und geht daher im Regelfall - auch bei Bezeichnung als "Bedingungen und Auflagen" - aus Gründen der Rechtssicherheit und aufgrund der flexibleren Rechtsfolgeninstrumente von Auflagen aus. In diesem Sinne äußert sich auch Wagemann³¹², indem er den zugrundeliegenden Inhalt der Maßnahmen heranzieht und auf dieser Basis die Nebenbestimmungen der bisher ergangenen Entscheidungen allesamt als Auflagen qualifiziert. Nach seiner Auffassung wäre demgemäß auch bei der ausdrücklichen Formulierung "unter der Bedingung"³¹³ rechtlich eine Auflage anzunehmen.³¹⁴

Eine in die eine oder andere Richtung gehende Bindung läßt sich allerdings den Vorschriften der FKVO nicht entnehmen. Der Wortlaut in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ebenso in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - "kann ... mit Bedingungen und Auflagen... verbinden" legt eine im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission stehende Auswahlmöglichkeit der Kommission nahe. Eine Unterscheidung unabhängig von der gewählten Bezeichnung allein danach, welche Nebenbestimmung eine Norm zuläßt, ist im übrigen bedenklich, da keine Rücksicht auf den Empfängerhorizont genommen wird, d.h., in welcher Weise der Adressat die behördliche Erklärung verstehen durfte.

Allerdings kann auch nicht - gegebenenfalls unter Berufung auf das geschulte Personal - ausschließlich auf die von der Behörde gewählte Bezeichnung

³¹⁰ In ihrem Entwurf einer Mitteilung bezüglich Zusagen (Entwurf einer Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices) unterscheidet die Kommission in ähnlicher Weise zwischen dem Eintritt der noch herbeizuführenden wettbewerbskonformen Situation, von der die Wirksamkeit der Entscheidung abhängt, und den hierfür von den beteiligten Unternehmen zu erbringenden Handlungsschritten, die im Wege der Auflage mit der Entscheidung verbunden werden (Rz. 17 f.).

³¹¹ Fuchs, WuW 1996, 269 (279); ebenso Heindehain, EuZW 1994, 134 (135), und Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 184.

³¹² Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 128.

³¹³ Vgl. Anglo American Corporation/Lonrho, WuW EU-V 64, Rz. 140 (Phase II-Entscheidung).

³¹⁴ Vgl. Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 126 und 128. Da in der Entscheidung Anglo American Corporation/Lonrho (WuW EU-V 64 (Phase II-Entscheidung)) zusätzlich auch noch die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Nichterfüllung explizit genannt wurden (Rz. 140), erscheint dieser Weg nur schwerlich gangbar.

abgestellt werden, da hierdurch das Problem von mehrdeutigen Formulierungen nicht behoben würde.³¹⁵

Unerheblich ist auch, zu welcher Art von Sicherungsmittel sich die beteiligten Unternehmen bereit erklären.³¹⁶ Zwar kann die Kommission nur auf Initiative der beteiligten Unternehmen ihre Entscheidung mit Auflagen und Bedingungen versehen³¹⁷ und muß eine Anhörung auch in Bezug auf die Art der Belastung erfolgen,³¹⁸ jedoch weist Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ebenso Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - die Auswahl über die Art des Sicherungsmittels allein der Kommission zu. Durch das Institut der Zusage soll den beteiligten Unternehmen lediglich das höchstmögliche Maß an wirtschaftlicher Freiheit erhalten bleiben. Gemäß Art. 21 Abs. 1 FKVO obliegt die tatsächliche Sicherung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt im Rahmen der FKVO letztlich allein der Kommission.

Grundlage einer Abgrenzung ist daher zunächst Rechtsnatur und Wirkungsweise der jeweiligen Nebenbestimmung. Die Auflage ergänzt die Vereinbarkeitserklärung, indem sie dem Adressaten eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht aufgibt. Unter Einbeziehung der möglichen Rechtsfolgen - ein Verstoß hat nur mittelbare Auswirkungen³¹⁹ - wird deutlich, daß ein Zuwiderhandeln zumindest denkbar sein muß. Die Bedingung ist demgegenüber unmittelbarer Teil der Vereinbarkeitserklärung und bestimmt so direkt deren rechtliche Wirksamkeit.³²⁰ Als aufschiebende Bedingung hindert sie zeitweise das Inkrafttreten der Vereinbarkeitsentscheidung, als auflösende beseitigt sie - sofort oder nachträglich - deren Rechtswirkungen. Fredrich Carl von Savigny hat diese Unterschiede zur Abgrenzung auf die vielzitierte Formel gebracht: " Die Bedingung ... suspendiert ..., zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht."³²¹

³¹⁵ Vgl. die Kommissionsentscheidungen Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 32, Rz. 189 (Phase II-Entscheidung); Boeing/McDonnell Douglas vom 30.07.1997, WuW 1998 EU-V 7, Rz. 124 (Phase II-Entscheidung).

³¹⁶ Davon scheint scheint Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 204, auszugehen, wenn er die nachteilige Wirkung von Bedingungen als Grund dafür nennt, "weshalb bisher noch keine entsprechenden Zusagen abgegeben wurden".

³¹⁷ Vgl. oben E. I. 2. a).

³¹⁸ Vgl. oben E. I. 2. d).

³¹⁹ Zwangsgeld, Geldbuße und Widerruf der Vereinbarkeitsentscheidung.

³²⁰ In ähnlicher Weise zum englischen Begriff der obligations ("the fulfilment does not in itself affect the validity of the clearance decision") im Gegensatz zu conditions "which must be fulfilled in order for the clearance to become valid" Broberg, CMLR 1997, 845 (848).

³²¹ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 231.

Zweck der Auferlegung von Nebenbestimmungen ist die Sicherstellung des Ziels der FKVO, die langfristige Sicherung und Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts.³²² Beide Sicherungsmittel, Auflage und Bedingung, sind insoweit grundsätzlich als geeignet anzusehen. In Abhängigkeit von den Auswirkungen auf die betroffenen Märkte, der individuellen Steuer- bzw. Beeinflussbarkeit durch die Beteiligten, der Transparenz, der nachträglichen Entflechtbarkeit und ähnlichen Kriterien kann entweder das eine oder das andere Instrument das sachdienlichere darstellen.³²³ Die Auswahl des geeigneten Sicherungsmittel im konkreten Einzelfall steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung.³²⁴

Hinsichtlich des Instituts der Bedingung ist weiterhin klärungsbedürftig, ob sowohl die aufschiebende als auch die auflösende Bedingung als geeignete Nebenbestimmungen in Frage kommen.³²⁵ Der Verordnungstext selbst gibt insofern mangels begrifflicher Eingrenzung keine näheren Anhaltspunkte, so daß auf den Regelungszusammenhang abzustellen ist.

Die Verknüpfung mit einer Zusage im Wege der aufschiebenden Bedingung führt dazu, daß der angemeldete Zusammenschluß erst mit definitivem Eintritt des bedingenden Ereignisses die materiellen Wirkungen der Vereinbarkeitserklärung erlangt. Der Eintritt der abgegebenen Zusagen innerhalb der vorgesehenen Frist ist insoweit als die aufschiebende Bedingung anzusehen.³²⁶ Wegen des in Art. 7 Abs. 1 FKVO geregelten Vollzugsverbots ist der Zusammenschluß grundsätzlich erst mit Bedingungseintritt vollziehbar; die Vorschrift verlangt eine Vereinbarkeitserklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO oder Art. 8 Abs. 2 FKVO, welche in ihren inhaltlichen Wirkungen im Falle der aufschiebenden

³²² Vgl. Art. 3 lit. g) EGV und Erwägungsgrund 1. und 2. FKVO; EuGHE 1998, 1375, Rz. 169 (Französische Republik u.a./Kommission).

³²³ Vgl. zum deutschen Recht die Entscheidung des Bundeskartellamts WITASS, WuW DE-V 122, in der gestützt auf § 40 Abs. 3 GWB die Freigabe sowohl mit Bedingungen als auch mit Auflagen verknüpft wurde (Tz. 20).

³²⁴ Vgl. EuGHE 1974, 1063, Rz. 16 (Transocean Marine Point/Kommission); EuGHE 1998, 1375, Rz. 258 (Französische Republik u.a./Kommission).

³²⁵ In der Literatur wird diese Problematik bisher entweder nur aufgezeigt (Fuchs, WuW 1996, 269 (279)), oder ohne nähere Begründung im Sinne der aufschiebenden Bedingung (Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136); Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 203 f.) oder der auflösenden Bedingung (Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320 f., wohl auch Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25) entschieden.

³²⁶ Zwar kann sowohl der Eintritt als auch der Nichteintritt eines Ereignisses eine mögliche aufschiebende Bedingung darstellen, doch soll hier im Zusammenhang mit der Einhaltung von Zusagen die Erfüllung binnen der vorgegebenen Frist im Vordergrund stehen.

Bedingung bei Erlaß noch nicht gegeben ist.³²⁷ Damit verbunden ist auch die aus dem Vollzugsverbot resultierende, aufschiebend bedingte zivilrechtliche Wirksamkeit bzw. schwebende Unwirksamkeit³²⁸ der Rechtshandlungen in Verbindung mit dem Zusammenschluß gemäß Art. 7 Abs. 5 UAbs. 1 FKVO.³²⁹ Denkbar und zulässig erscheint allerdings die Erteilung einer Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 4 FKVO gemeinsam mit der Vereinbarkeitserklärung, so daß das angemeldete Vorhaben sofort vollziehbar wäre.³³⁰

Die aufschiebende Bedingung stellt vor diesem Hintergrund ein geeignetes Mittel zur Sicherstellung der Einhaltung abgegebener Zusagen dar; sie läßt die Vereinbarkeitserklärung grundsätzlich erst nach tatsächlicher Vornahme der eingegangenen Zusagen materiell wirksam werden und macht damit das Vorhaben erst ab diesem Zeitpunkt tatsächlich durchführbar.³³¹ Die aufschiebende Bedingung ist also insbesondere in den Fällen zweckmäßige Nebenbestimmung, in denen die Kommission aufgrund hoher Risiken für den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt sicherstellen will, daß der angemel-

³²⁷ Würde man schon allein die formelle Rechtswirksamkeit der Entscheidung, d.h. den Erlaß der Entscheidung, zur Beendigung des Vollzugsverbots genügen lassen, käme es zu einer Aushöhlung von Art. 7 FKVO, zumal in dessen Abs. 4 die Befreiungsmöglichkeit ausdrücklich vorgesehen ist. Die aufschiebende Bedingung führt gerade erst mit Eintritt des bedingenden Ereignisses die materiellen Rechtswirkungen der Entscheidung herbei. A.A. - jedoch noch bezüglich Art. 7 Abs. 2 FKVO a.F. - Fuchs, WuW 1996, 269 (280), der ohne nähere Begründung auch die aufschiebend bedingte Freigabeentscheidung als endgültige Entscheidung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b) bzw. 8 Abs. 2 FKVO ansieht und damit auch in diesem Fall zu einer sofortigen Vollziehbarkeit gelangt.

³²⁸ Ritter/Braun/Rawlinson, EEC Competition Law, 381; Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 7 Anm. 5 m.w.N.; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rz. 6; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 7, Rz. 11. Hinsichtlich der zivilrechtlichen Unwirksamkeit ist dabei zwischen der Vereinbarung des Zusammenschlusses und der Vollzugsgeschäfte zu differenzieren. Aufgrund des Wortlauts des Art. 7 Abs. 5 FKVO ("Die Wirksamkeit eines unter Mißachtung des Absatzes 1 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts") sind nur die Vollzugsgeschäfte als mit dem Risiko der schwebenden Unwirksamkeit behaftet anzusehen. Die zugrundeliegende Vereinbarung über den Zusammenschluß bleibt hiervon jedoch unberührt, da ihr wirksamer Abschluß gerade Gegenstand der Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1 FKVO ist (Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, §17, Rz. 48; offen bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 7, Rz. 18; weitergehend Koch, EWS 1990, 65 (69)).

³²⁹ Der Zustand schwebender Unwirksamkeit endet erst mit dem Bedingungseintritt, d.h. mit der fristgemäßen Einhaltung der abgegebenen Zusagen.

³³⁰ Durch Auslegung der Kommissionsentscheidung könnte sich im Einzelfall grundsätzlich auch eine konkludente Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 4 FKVO ergeben, ohne daß diese explizit ausgesprochen worden ist; Voraussetzung wäre jedoch gemäß Art. 7 Abs. 4 S. 1 FKVO eine Antragstellung - die gegebenenfalls auch konkludent in der Anmeldung gesehen werden könnte.

³³¹ Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 204.

dete Zusammenschluß erst dann vollzogen wird, wenn die zugesagten Anpassungen erfolgt sind.

Die auflösende Bedingung läßt die materielle Wirksamkeit der behördlichen Genehmigung zunächst unberührt; erst im Falle des Ausbleibens³³² des verknüpften Ereignisses, d.h. der innerhalb der bestimmten Frist vorzunehmenden Veränderungen, entfällt die Vereinbarkeitsentscheidung im nachhinein.³³³ Im Zusammenhang mit dem in Art. 7 Abs. 1 FKVO geregelten Vollzugsverbot bedeutet dies, daß die beteiligten Unternehmen aufgrund der - wenn auch mit dem Risiko des nachträglichen Wegfalls behafteten - Vereinbarkeitserklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), UAbs. 2 FKVO ihr Vorhaben umsetzen dürfen. Eine Aufhebung des Vollzugsverbots ist nicht erforderlich.

Da die auflösende Bedingung damit im Ergebnis eine ähnliche Wirkung entfaltet wie die Auflage - lediglich mit Unterschieden in Bezug auf die möglichen Rechtsfolgen³³⁴ -, bestehen gegen die Zulässigkeit des Instruments keine Bedenken. In den Fällen, in denen aus Sicht der Kommission als Entscheidungsträgerin ein tatsächlicher Vollzug des Vorhaben duldbar und ein automatisches Entfallen der Genehmigung bei Verstoß gegen die Nebenbestimmung gewünscht ist, können die angebotenen Abhilfen zu auflösenden Bedingungen der Entscheidung gemacht werden. Als weitere Anwendungsfälle kommen Zusammenschlüsse von nur vorübergehender Dauer in Betracht, d.h. solche, die von vornherein nur auf einen gewissen Zeitraum angelegt sind.³³⁵

Damit stellen sowohl die aufschiebende als auch die auflösende Bedingung geeignete Sicherungsmittel dar, mit denen die Kommission die Einhaltung eingegangener Verpflichtungen in ihrer Entscheidung absichern kann. Es steht im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen der Kommission, ob sie die Vereinbarkeitserklärung entweder erst bei Erfüllung der Zusagen materiell wirksam

³³² Denkbar ist wiederum umgekehrt auch der Eintritt eines Ereignisses als auflösende Bedingung, jedoch soll im Hinblick auf die Funktion eines Sicherungsmittels im folgenden primär auf das Ausbleiben des Ereignisses abgestellt werden.

³³³ Vgl. zu Begriff und Wirkungsweise Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 25; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25.

³³⁴ Vgl. hierzu F. I. 3. und F. II. 3.

³³⁵ Der Ansicht von Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 203, wonach die auflösende Bedingung allein in diesen Fällen möglich sein soll, kann nicht gefolgt werden. Das von ihm vorgetragene Argument der ansonsten fehlenden Unterscheidbarkeit vermag nicht zu überzeugen, da für manche Zusagen durchaus ein automatischer Wegfall ohne weitere behördliche Maßnahmen die zweckmäßigere Rechtsfolge bei Nichteintritt des bedingenden Ereignisses darstellen kann.

werden lassen oder im Falle der Nichteinhaltung die Genehmigung nachträglich entfallen sehen will.³³⁶

Welches Sicherungsmittel im Einzelfall von der Kommission gewählt wurde, ist auf der Basis der ergangenen behördlichen Entscheidung anhand des Rechtscharakters der Nebenbestimmungen zu ermitteln. Ausgehend von der Bezeichnung als erstem Indiz ist maßgeblich der in der Entscheidung zum Ausdruck kommende behördliche Wille, d.h. der materielle Gehalt der Verfügung, heranzuziehen; hierauf aufbauend ist der der behördlichen Entscheidung zugrundeliegende Charakter im Wege der Auslegung zu ermitteln.³³⁷ Die konkrete Bezeichnung kann dabei nur als ein Hinweis dienen, da die Kommissionsentscheidungen nicht immer eine eindeutige Terminologie aufweisen.³³⁸ Anhand des in der Vereinbarkeitserklärung zum Ausdruck kommenden Willens der Behörde gilt es zu ermitteln, ob die fristgerechte Erfüllung der abgegebenen Zusagen der Kommission erkennbar so vordringlich ist, daß die Nichteinhaltung die Freigabeentscheidung automatisch entfallen lassen soll,³³⁹ oder ob es eines weiteren administrativen Aktes zur Aufhebung bedürfen soll bzw. die Zusagen durch Geldbuße oder Zwangsgeld durchsetzbar sein sollen.

In dieser Weise ist wohl auch das Vorgehen des EuGH in der Entscheidung "Französische Republik u.a./Kommission" zu verstehen, in der die von der Kommission "Auflagen und Bedingungen" genannten Nebenbestimmungen ohne nähere Ausführungen durchwegs als "Bedingungen" bezeichnet wurden.³⁴⁰ Begründbar ist dies damit, daß die Kommissionsentscheidung "unter der

³³⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 22 will - noch weitergehend - Auflagen nur zur Herbeiführung eines Verhaltens oder Ergebnisses zulassen, das im Einflußbereich der Beteiligten liegt, d.h. insbesondere im Hinblick auf die begleitenden Verpflichtungen wie Berichtspflichten, Bestellung eines Treuhänders und Vollzugsfristen, und im Gegenschluß Bedingungen bei allen Zusagen annehmen, deren Verwirklichung automatisch über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des Zusammenschlußvorhabens entscheidet, d.h. bei den Hauptzusagen (vgl. oben D. I. 2.). Als Auslegungshilfe bei fehlender begrifflicher Festlegung in der Kommissionsentscheidung kann diese Rechtsfolgenbetrachtung durchaus herangezogen werden, als Regel in Bezug auf das Auswahlermessen der Kommission erscheint sie jedoch zu eng und nicht hinreichend flexibel, da die Verbindung der Entscheidung mit einer Auflage der Kommission bei Nichteinhaltung die Wahl zwischen Zwangsmitteln oder Widerruf der Genehmigung läßt (vgl. F. II. und III.) und diese Rechtsfolge gegebenenfalls auch bei Hauptzusagen gewünscht sein kann.

³³⁷ Vgl. zum deutschen Recht, Brenner, JuS 1996, 281 (284); Knack-Hennecke, VwVfG, § 36, Rz. 5.3.2; Kopp, VwVfG, § 36, Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36, Rz. 31.

³³⁸ Vgl. oben E. I. 3. b) aa).

³³⁹ Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 215; Knack-Hennecke, VwVfG, § 36, Rz. 5.3.2; Kopp, VwVfG, § 36, Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36, Rz. 31.

³⁴⁰ EuGHE 1998, 1375, Rz. 49 ff., Rz. 251 ff.

Voraussetzung³⁴¹ der Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen erlassen wurde, so daß der materielle Gehalt der Nebenbestimmung³⁴² für das Vorliegen einer Bedingung sprach.

cc) Gebot der inhaltlichen Entsprechung von Zusagen und Auflagen bzw. Bedingungen

Aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO "... um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind" könnte geschlossen werden, daß Änderungszusagen aufgreifende Bedingungen und Auflagen³⁴³ nicht über jene hinausgehen dürfen, da sie letztlich lediglich deren Spiegelbild seien.³⁴⁴ Noch weitergehend könnte auch eine vollständige Entsprechung verlangt werden. Dieser Ansatz ist insoweit zutreffend, als der wettbewerbliche Inhalt der Gestaltungsänderung von den beteiligten Unternehmen ausgehen muß, d.h., diese in vollem Umfang Initiatoren von Maßnahmen zur Herstellung einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung sind.³⁴⁵ Die Kommission darf also nicht über die ihr mitgeteilten Vorschläge zur Beseitigung des Wettbewerbsproblems hinausgehen. Bezüglich der Art der Sicherstellung, d.h. der Auswahl der Sicherungsmittel, steht der Kommission jedoch ein gestalterischer Spielraum zu. Dies bestimmt Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO, wonach die Sicherstellung der Einhaltung der Kommission obliegt.³⁴⁶ Da Zusagen, wie sich gezeigt hat, bestimmte Eignungskriterien erfüllen müssen,³⁴⁷ können im übrigen ungeeignete Zusagen der beteiligten Unternehmen auch gerade keine Aufnahme in die Entscheidung finden.

³⁴¹ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Art. 1.

³⁴² Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht Brenner, JuS 1996, 281 (282 und 284 f.) und Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 505 f.

³⁴³ Vgl. hierzu E. I. 3. b).

³⁴⁴ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 10.

³⁴⁵ Näher hierzu schon unter E. I. 2. a).

³⁴⁶ Die regelmäßig enge Abstimmung der Kommission mit den beteiligten Unternehmen (näher hierzu Harmjanz, Auflagen und Bedingungen, 83 ff.) bringt daneben mit sich, daß eventuelle Änderungswünsche der Kommission zumeist in den Zusageerklärungen enthalten sind (vgl. z.B. Thyssen/Krupp, WuW EU-V 74, Rz. 35 sowie Anhang 1).

³⁴⁷ Vgl. oben E. I. 2. e).

Eine allein von der Kommission ausgehende Teilvereinbarkeitserklärung bzw. Teiluntersagung ist allerdings in der FKVO nicht vorgesehen. Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO gestattet der Kommission lediglich die Reaktion auf Vorschläge der beteiligten Unternehmen.³⁴⁸ Ein Abweichen von Antrag bzw. Anmeldung und tatsächlicher Freigabe ohne Zutun der Anmelder ist in den Vorschriften der FKVO nicht angelegt.³⁴⁹ Gesetzgeberischer Hintergrund ist der nur deklaratorische Charakter der Vereinbarkeitserklärung.³⁵⁰

c) Berücksichtigung als zusammenschlußrelevante Tatsache ohne Sicherstellung der Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung

Fraglich erscheint, ob die Kommission Zusagen der beteiligten Unternehmen in ihrer Entscheidung auch ohne Aufgabe von Nebenbestimmungen berücksichtigen darf. Grundsätzlich kommt auch eine zwar tatsächliche Einbeziehung im Rahmen der Prognose der Kommission über die künftige Entwicklung der Marktverhältnisse, jedoch ohne Sicherstellung der Einhaltung abgegebener Zusagen in Betracht. Denkbar ist auch die Einbeziehung an sich ungeeigneter Zusagen,³⁵¹ zum Beispiel rein verhaltensbezogener Verpflichtungen³⁵² auf tatsächlicher Ebene als Teil des zusammenschlußrelevanten Sachverhalts unter Umgehung der Voraussetzungen für die Eignung von Zusagen.

³⁴⁸ Da die Konstruktion über die Entgegennahme von Zusagen zur Vermeidung einer Untersagung in der FKVO jedoch jedenfalls enthalten ist, bestehen im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. das Übermaßverbot insoweit keine Bedenken. Im deutschen Recht wurde vor Novellierung des GWB zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Möglichkeit der Teiluntersagung umfassend diskutiert, jedoch von der herrschenden Ansicht abgelehnt (BGH WuW/E 1655, 1661; WuW/E 1854, 1861; vgl. Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rz. 72 m.w.N.; a.A. grundlegend Richter, Teiluntersagung, 41 ff.). Mit der Aufnahme der Möglichkeit des Erlasses von Nebenbestimmungen in § 40 Abs. 3 S. 1 GWB dürfte der Streit nunmehr an Bedeutung verloren haben (vgl. aber Bechtold, GWG, § 40, Rz. 18 und 24, der ein Recht des Bundeskartellamts zur gegebenenfalls eigenständigen Gestaltung auch für das deutsche Recht ablehnt).

³⁴⁹ Die im deutschen Verwaltungsrecht im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen bekannten Konstellationen und Problemkreise im Hinblick auf eine "modifizierte Genehmigung" oder eine "modifizierende Auflage" (vgl. Brenner, JuS 1996, 281 (285 f.)) ergeben sich insofern aufgrund der eigenen Regelungstechnik bei Einbeziehung von Zusagen als Nebenbestimmungen der Vereinbarkeitsentscheidung nach der FKVO nicht.

³⁵⁰ Hintergrund ist die Systematik der FKVO und ihre Entstehungsgeschichte. Konstitutive Wirkung kommt lediglich der Erklärung der Unvereinbarkeit zu, da sich im europäischen Fusionskontrollverfahren nur ein allgemeiner Entscheidungsvorbehalt, nicht aber ein kein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt durchgesetzt hat (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 28).

³⁵¹ Vgl. zur Zusageeignung oben E. I. 2. e).

³⁵² Vgl. zum Begriff E. I. 2. e) cc).

Daß es sich dabei nicht um eine Frage rein theoretischer Natur handelt, zeigt die bisherige Vorgehensweise der Kommission. Mehrfach hat sie in Fällen, in denen die beteiligten Unternehmen Verpflichtungen zu Modifizierungen der Zusammenschlußvorhaben erklärten, diese lediglich "zur Kenntnis genommen"³⁵³ oder nur in den Gründen der Entscheidung berücksichtigt.³⁵⁴

Im folgenden wird - ausgehend von der Praxis der Kommission - untersucht, ob auch eine solche Vorgehensweise in den Zusagevorschriften der FKVO angelegt ist. Zunächst werden für die bisherigen Fälle die zugrundeliegenden Erklärungen der beteiligten Unternehmen rechtlich eingeordnet werden. Sind diese nicht als Zusagen im Sinne der FKVO zu qualifizieren, stellt sich die Frage einer Verpflichtung zur Aufgabe von Nebenbestimmungen nach den Vorschriften für Zusagen nicht.

aa) Einordnung der zugrundeliegenden Erklärungen

Nach Ansicht von Wagemann³⁵⁵ handelt es sich in diesen Fällen, in denen die Kommission Zusagen ohne Sicherstellung ihrer Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung um nur unverbindliche, von der Kommission nicht durchsetzbare Zusagen der beteiligten Unternehmen, die ohne Auswirkungen auf die Entscheidung der Kommission sind, d.h. bloße Absichtserklärungen jenseits der eingegangenen Verpflichtungen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 bzw. 6 Abs. 2 FKVO. Die abgegebenen Zusagen erscheinen nach seiner Ansicht nur äußerlich als solche, dienen letztlich jedoch nur dazu, die Freigabe zu "erleichtern", ohne für

³⁵³ Z.B. TNT/GD Net, WuW/E EV 1754, Rz. 51, 56; Unilever France/Ortiz Miko (II), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec94.htm>, Rz. 41 c), 53; Repola/Kymmene, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec95.htm>, Rz. 54; Rz. 43, 49; Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung); Enso/Stora, WuW EU-V 339, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung) - in diesem Fall billigte der Beratende Ausschuß das Vorgehen der bloßen Kenntnisnahme ausdrücklich (vgl. Stellungnahme des Beratenden Ausschusses, ABl. 1999 Nr. C 275, 4, Ziff. 5 lit. b) ("Die Mehrheit der Ausschußmitglieder stimmt mit der Kommission darin überein, daß die Kommission die Verpflichtungszusagen der Parteien zur Kenntnis nimmt. Eine Minderheit stimmt darin nicht überein.")).

³⁵⁴ Z.B. Seagram/Polygram, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>; Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 98 EU-V 107; Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42; Swissair/Sabena (II), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec95.htm>, Rz. 49; Mercedes-Benz/Kässbohrer, ABl. 1995 Nr. L 211, 1, Rz. 78, 90, Art. 1 (Phase II-Entscheidung); Ciba-Geigy/Sandoz, ABl. 1997 Nr. L 201, 1, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung); Owen Illinois/BTR Packaging, Zsf. WuW 1998, 573; AT & T/Media One, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 14 und 31.

³⁵⁵ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 107, und § 17, Rz. 129.

diese ausschlaggebend zu sein.³⁵⁶ Daher würden sie von der Kommission nur "zur Kenntnis genommen".³⁵⁷

Unabhängig von der fehlenden klaren Trennung zwischen den Erklärungen der beteiligten Unternehmen und der erst im Anschluß erfolgenden Art der Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung erweist sich dieser Ansatz als bedenklich, da dann schon die betroffenen Zusagen in nur unverbindlicher Weise abgegeben worden sein müßten. Die Qualifizierung als bloße Absichtserklärungen hätte zur Voraussetzung, daß auf seiten der Unternehmen letztlich nicht der Wille zu einer rechtlichen Bindung vorhanden gewesen wäre, sondern lediglich eine Absicht zur Vornahme bestimmter Handlungen. Nur wenn die Auslegung der Erklärungen der beteiligten Unternehmen schon von vornherein ergäbe, daß diese die Vornahme der angebotenen Maßnahmen lediglich beabsichtigten, könnte eine bloße Absichtserklärung angenommen werden. In den von Wagemann³⁵⁸ genannten Beispielsfällen erscheint eine solche Wertung allerdings nur schwer vornehmbar, vielmehr handelt es sich ebenfalls um Zusagen der beteiligten Unternehmen, da die Erklärungen im üblichen formellen Rahmen abgegeben wurden und inhaltlich von den Absendern das Eingehen einer Verpflichtung im rechtlichen Sinne zum Ausdruck gebracht wurde.³⁵⁹ Es lagen schriftliche Zusageerklärungen der beteiligten Unternehmen vor, wobei von einer Pflicht zur Einhaltung ausgegangen wurde.³⁶⁰ Ob diese Verpflichtungen tatsächlich zur Behebung der Wettbewerbsprobleme geeignet und erforderlich waren, hat für die (Vor-)Frage der rechtlichen Verbindlichkeit keine Bedeutung.

Von der Frage des Vorliegens einer Verpflichtung ist insoweit die Frage zu unterscheiden, ob und auf welche Weise die Erklärungen von der Kommission berücksichtigt werden, sowie die Frage ihrer Durchsetzbarkeit durch die Kommission. Wenn die Kommission die angebotenen Maßnahmen in die Entscheidung im Rahmen des Sachverhalts und seiner Würdigung als Zusagen zur Beseitigung des Wettbewerbsproblems aufnimmt,³⁶¹ bringt sie hierdurch

³⁵⁶ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 129.

³⁵⁷ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 107.

³⁵⁸ Vgl. Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 16, Rz. 107.

³⁵⁹ Mercedes-Benz/Kässbohrer, ABl. 1995 Nr. L 211, 1, Rz. 78, 90, Art. 1 (Phase II-Entscheidung); Siemens/Italtel, ABl. 1995 Nr. L 161, 27, Rz. 62 UAbs. 2; Ciba-Geigy/Sandoz, ABl. 1997 Nr. L 201, 1, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung).

³⁶⁰ Vgl. Mercedes-Benz/Kässbohrer, ABl. 1995 Nr. L 211, 1, Anlage V; im Schreiben der beteiligten Unternehmen wird explizit davon ausgegangen, daß eine eventuelle Abänderung der Zusagen nur "im Einvernehmen mit der Kommission" vorgenommen werden kann.

³⁶¹ Z.B. Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 40 ff.; Akzo Nobel/Courtaulds, WuW EU-V 107, Rz. 48 ff.; vgl. auch Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung) - hier sah die

zum Ausdruck, daß auch diese Faktoren für sie entscheidungserheblich sind. Anderenfalls müßten sie als ungeeignet abgelehnt werden oder dürften zumindest keine Erwähnung finden.

Es zeigt sich, daß die zugrundeliegenden Erklärungen der beteiligten Unternehmen auch in den Fällen, in denen die Kommission von der Aufgabe von Nebenbestimmungen absah, als Zusagen im Sinne der FKVO zu qualifizieren waren. Fraglich ist also, ob die Zusagevorschriften der FKVO die dargestellte Praxis der Kommission umfassen. Die Beantwortung hängt davon ab, ob im Falle der Einbeziehung von Zusagen in die Freigabeentscheidung eine Pflicht zur Aufgabe von Nebenbestimmungen besteht.

bb) Ermittlung einer Pflicht zur Aufgabe von Nebenbestimmungen im Wege der Auslegung

Grundlage für die Bestimmung der Zulässigkeit der beschriebenen Vorgehensweise der Kommission ist die in der FKVO im Hinblick auf Zusagen getroffene Regelung. Die entsprechenden Vorschriften der FKVO sind entsprechend den traditionellen, auch im europäischen Rechtssystem angewandten Auslegungsmethoden auf der Basis des Wortlauts (grammatische Auslegung), des Regelungszusammenhangs (systematische Auslegung) und des Regelungszwecks (teleologische Auslegung) gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) auszulegen.³⁶² Die Gewichtung

die Kommission infolge der fehlenden Eignung einer Zusage ausdrücklich von einer Auflage ab, nahm die Zusagen jedoch zur Kenntnis; Enso/Stora, EU-V 339, Rz. 101 f. (Phase II-Entscheidung) - vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses, ABl. 1999 Nr. C 275, 4.

³⁶² Vgl. EuGHE 1979, 245, Rz. 6 (Niederlande/Kommission); EuGHE 1998, 1375, Rz. 168 (Französische Republik u.a./Kommission). Grundlegend zur Auslegungsmethodik Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 206 ff. (noch ohne eine explizite teleologische Komponente). Vgl. zur Auslegungsmethodik des EuGH insbesondere Bleckmann, NJW 1982, 1177; ders., Europarecht, Rz. 537 ff.; Degan, RTDE 1966, 198; Oppermann, Europarecht, Rz. 577 ff.; Mertens de Wilmars, CDE 1986, 5; Grabitz/Hilf-Nettesheim, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 4, Rz. 44 ff. (die teilweise fehlende methodische Konsequenz des EuGH kritisierend), und Groeben/Thiesing/Ehlermann-Krück, EWG-Vertrag, Bd. IV, Art. 164, Rz. 51 ff. Zur Vermeidung der Nichtigkeitsfolge stellt der EuGH neben den genannten Auslegungshilfen zuweilen auch auf das Prinzip der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung im Bereich des Sekundärrechts ab (z.B. EuGHE 1983, 4063, Rz. 15 (Kommission/Rat)), oder es finden wertende rechtsvergleichende Betrachtungen zwischen den Regelungen der Mitgliedstaaten zur Auslegung einer Vorschrift statt (Oppermann, Europarecht, Rz. 581). Im Falle eines abweichenden Sprachverständnisses in den verschiedenen Fassungen einer Vorschrift gilt es, anhand der Bedeutungen in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten eine Synthese bzw. gemeinschaftsweite Bedeutung zu finden (EuGHE 1979, 2717, Rz. 6 ff. (Koschniske/Raad van Arbeid)).

der einzelnen Methoden weicht dabei zum Teil vom nationalen Recht ab,³⁶³ und die Auslegung von Primär- und Sekundärrecht³⁶⁴ erfährt eine teilweise unterschiedliche Behandlung.³⁶⁵ Der Auslegungsansatz orientiert sich insofern an den vom EuGH entwickelten bzw. praktizierten Grundsätzen, da diesem trotz der grundsätzlichen Befugnis aller Gemeinschaftsorgane zur Auslegung³⁶⁶ wegen Art. 220 EGV letztlich Vorrang gebührt.³⁶⁷

Ausgangspunkt ist demnach der Wortlaut der fraglichen Bestimmung,³⁶⁸ d.h. ihre Bedeutung im allgemeinen oder besonderen Sprachgebrauch.³⁶⁹ Nach Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - ebenso Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - "kann" die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden. Die Vorschrift ließe grundsätzlich den Schluß auf ein der Kommission im Falle der Abgabe von Zusagen eingeräumtes Ermessen hinsichtlich der Beifügung von "Bedingungen und Auflagen" zur Sicherstellung der Einhaltung eingegangener Verpflichtungen zu. Die Redewendung "kann ... verbinden" würde typischerweise auf die Einräumung einer Entscheidungsfreiheit der Kommission hindeuten.³⁷⁰

Andererseits führt nicht jede Kann-Vorschrift zwangsläufig zu einem behördlichen Ermessen im Rahmen der Anwendung der Regelung; auch ein die Behörde in ihrer Entscheidung festlegendes bzw. verpflichtendes "kann" im Sinne eines gebundenen Ermessens ist denkbar.³⁷¹

Außerdem könnte die Formulierung auch dahingehend verstanden werden, daß die Kommission abgegebene Zusagen nach pflichtgemäßem Ermessen nur entsprechend der in der FKVO vorgesehenen Form im Rahmen der Vereinbarkeitserklärung berücksichtigen darf, nämlich mittels Absicherung der Erfüllung entweder durch Auflagen oder durch Bedingungen; ein Entscheidungsspielraum

³⁶³ Vgl. Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 164, Rz. 23 m.w.N.

³⁶⁴ Zur Terminologie statt vieler Bleckmann, Europarecht, Rz. 525 ff.

³⁶⁵ Bei der Auslegung des Primärrechts treten historische Faktoren in den Hintergrund, da hier aufgrund der dauerhaften Ausrichtung vorrangig eine objektive Auslegung erforderlich ist (Bleckmann, Europarecht, Rz. 554; ders., NJW 1982, 1177 (1178) und Grabitz/Hilf-Nettesheim, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 4, Rz. 53 mit weiteren Gründen).

³⁶⁶ Grabitz/Hilf-Pernice, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 164, Rz. 21.

³⁶⁷ Grabitz/Hilf-Nettesheim, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 4, Rz. 43.

³⁶⁸ Bleckmann, Europarecht, Rz. 539.

³⁶⁹ Larenz, Methodenlehre, 320.

³⁷⁰ Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 376; Erichsen-Ossenbühl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 184 ff.

³⁷¹ Vgl. z.B. im deutschen Recht § 35 Abs. 2 GewO: Bei Vorliegen der Zuverlässigkeitsvoraussetzungen hat die Behörde wegen Art. 12, 14 GG gerade kein Ermessen im Hinblick auf eine Gestattung der Fortführung des Gewerbetriebes durch einen Vertreter.

bestünde also nur im Hinblick auf eine Auswahl zwischen den erforderlichen Auflagen oder Bedingungen.³⁷²

Die Interpretation des Wortlauts eröffnet somit mehrere Auslegungsmöglichkeiten. Da keine eindeutige Regelung im Sinne eines "acte clair" vorliegt, sind also weitere Auslegungshilfen hinzuzuziehen.³⁷³

Gegebenenfalls lassen sich aus der Entstehungsgeschichte der Zusagevorschriften Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Verpflichtung der Kommission zur Aufgabe von Nebenbestimmungen im Falle der Einbeziehung von Zusagen gewinnen. Mit dieser historischen Auslegung werden die der zu interpretierenden Vorschrift zugrundeliegenden Vorstellungen, Werte und verfolgten Zwecke des Normgebers einbezogen.³⁷⁴ Grundlage bilden insbesondere die veröffentlichten Materialien.³⁷⁵ Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO wurde im Zuge der Revision der FKVO³⁷⁶ entsprechend der schon bestehenden Regelung in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO a.F. eingefügt. Aus der unterbliebenen Änderung des bisher für die zweite Prüfungsphase geltenden und für die erste Phase übernommenen Wortlauts der Zusagevereinbarung ließen sich Rückschlüsse ziehen, jedoch nur unter der Prämisse, daß der Verordnungsgeber in Kenntnis des Problems bewußt auf eine Klarstellung verzichtete. Die im Zuge der Revision der FKVO veröffentlichten Dokumente³⁷⁷ bringen einen dahingehenden Willen des Verordnungsgebers jedoch nicht zum Ausdruck. Auch die zahlreichen Verordnungsentwürfe³⁷⁸ in der 16-jährigen Entstehungsgeschichte der Erstfassung der FKVO³⁷⁹ mit nahezu identischem Wortlaut hinsichtlich der Berücksichtigung von Zusagen in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO a.F. geben keinerlei Anhaltspunkte. Erst in der tatsächlich verabschiedeten Fassung der FKVO wurde die Modifizierung des Zusammenschlusses mittels Abgabe von Zusagen zur Erlangung der Vereinbarkeitserklärung

³⁷² Vgl. oben E. I. 3. b) bb).

³⁷³ Degan, RTDE 1966, 198 (200 f.); Oppermann, Europarecht, Rz. 579.

³⁷⁴ Bydlinski, Methodenlehre, 449. Vgl. auch EuGHE 1985, 427, Rz. 13 (Kommission/Dänemark) und E 1979, 245, Rz. 6 (Niederlande/Kommission).

³⁷⁵ Bydlinski, Methodenlehre, 449.

³⁷⁶ Siehe oben B. III.

³⁷⁷ Bericht der Kommission an den Rat vom 28.07.1993, KOM (93) 385 endg.; Kommission, Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96) 19 endg.; Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Änderung der Fusionskontrollverordnung vom 12.09.1996, KOM (96) 313 endg. (Weißbuch); XXVI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1996 und XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1997.

³⁷⁸ Siehe hierzu ausführlich Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 213 ff., und Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 256 ff.

³⁷⁹ Vgl. oben B.

aufgenommen.³⁸⁰ Die historische Auslegung läßt also keinen eindeutigen Schluß auf die Art der Berücksichtigung zu.

Einen weiteren Anhaltspunkt bildet die systematische Auslegung.³⁸¹ Im Rahmen dieser Vorgehensweise sind der innere Zusammenhang und das Verhältnis der zu interpretierenden Vorschrift zu anderen Bestimmungen des anzuwendenden oder eines diesem nahestehenden Normgefüges heranzuziehen;³⁸² die Bestimmungen sind so auszulegen, daß sie miteinander harmonisieren.³⁸³

Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - parallel für den zweiten Prüfungsabschnitt Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - enthält die für Zusagen maßgebliche Regelung. Zweck der Abgabe von Verpflichtungserklärungen ist die Herbeiführung der Voraussetzungen zur Vereinbarkeitserklärung - in der ersten Prüfungsphase mittels Beseitigung ernsthafter wettbewerblicher Bedenken gegen den Zusammenschluß.³⁸⁴ Die abgegebenen Zusagen sollen verhindern, daß die Kommission in ihrer Prognose³⁸⁵ über die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinsamen Markt zu ernsthaften Bedenken dahingehend gelangt, es werde eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb behindert würde (Art. 2 Abs. 2 FKVO).³⁸⁶

Erforderlich für eine Berücksichtigung von Zusagen ist also eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts innerhalb des zulässigen Prognosezeitraumes.³⁸⁷ Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes muß die Kommission nach Ansicht des EuGH einen auf "schlüssigen Beweisen"

³⁸⁰ In Art. 8 Abs. 2 bzw. Abs. 3 VO-E November 1988, EG-Kommission, geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 25.11.1988, KOM (88) 734 endg., und Art. 8 Abs. 4 VO-E April 1988, EG-Kommission, geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 25.04.1988, KOM (88) 97 endg., war noch die eigenständige Verbindung der Vereinbarkeitsentscheidung mit Auflagen zur Sicherung der Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs vorgesehen.

³⁸¹ Vgl. EuGHE 1979, 245, Rz. 6 (Niederlande/Kommission).

³⁸² Larenz, Methodenlehre, 325; Bydlinski, Methodenlehre, 442.

³⁸³ Bleckmann, Europarecht, Rz. 542.

³⁸⁴ Siehe oben E. I. 1.

³⁸⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Albers, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 2, Rz. 330; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 2, Rz. 23. Vgl. auch EuGHE 1998, 1375, Rz. 120 und 221 (Französische Republik u.a./Kommission).

³⁸⁶ Vgl. zur bisherigen Rechtslage nach dem GWB a.F. Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 243 ff.; FK-Rieger, § 24, Rz. 28. A.A. Mülbart, ZIP 1995, 699 (703 f.) - ebenfalls für das deutsche Recht der §§ 24, 24a GWB a.F. -, der Zusagen als Teil des angemeldeten Zusammenschlusses ansieht. Für das europäische Fusionskontrollverfahren in ähnlicher Weise Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rz. 136, der Zusagen für "Modifikationen der Anmeldung" hält. Vgl. zum Streitstand bereits oben Fn. 278.

³⁸⁷ Vgl. hierzu E. I. 2. e) gg).

beruhenden bzw. "stichhaltigen" ursächlichen Kausalzusammenhang zwischen den für entscheidungserheblich erachteten Tatsachen und den entstehenden Auswirkungen auf den relevanten Märkten dartin.³⁸⁸ Diese Anforderung ist in beiden Richtungen zu stellen, d.h. sowohl für Annahmen zugunsten als auch zu Lasten der Vereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses.

Eine hinreichende Stichhaltigkeit hinsichtlich des Eintritts von Zusagen, die erst nach Erlaß der Kommissionsentscheidung zu erfüllen sind, kann allerdings nur dann angenommen werden, wenn auch ihre Verbindlichkeit feststeht. Die zur Herbeiführung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens eingegangenen Verpflichtungen stehen regelmäßig nicht im wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen. Dies ist nicht zuletzt dadurch begründet, daß es sich um Beschränkungen des eigentlich gewünschten Vorhabens handelt. Zusagen haben insofern belastenden Charakter und führen zu einer Einschränkung der begünstigenden Genehmigungsentscheidung. Aus diesem Grund besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den aus Zusagen resultierenden Wirkungen auf den jeweiligen Markt und anderen prognosebegründenden Sachverhalten wie zum Beispiel allgemeinen Strukturveränderungen oder Markteintrittschancen von Wettbewerbern. Die Nichterfüllung von Zusagen kann daher nicht mit dem ebenso denkbaren Ausfall anderer prognosebegründender Umstände gleichgesetzt werden; es reicht insoweit nicht aus, daß die Kommission auf die freiwillige Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen vertraut. Aus Art. 2 FKVO ergibt sich vielmehr eine Pflicht zur Absicherung der Rechtsverbindlichkeit und Durchsetzbarkeit abgegebener Zusagen.³⁸⁹

Die Durchsetzbarkeit kann nur dann als hinreichend gesichert angesehen werden, wenn der Kommission Mittel zur Verfügung stehen, um die beteiligten Unternehmen zur Vornahme der eingegangenen Verpflichtungen anzuhalten. Für die Auflage sind die Durchsetzungsmaßnahmen in Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO - bezüglich der zweiten Prüfungsphase in Art. 8 Abs. 5 lit. b), 14 Abs. 2 lit. a) und 15 Abs. 2 lit. a) FKVO - ausdrücklich geregelt, für die Bedingung ergibt sich das Durchsetzungskriterium aus dem Rechtscharakter selbst, indem die Wirksamkeit der behördlichen Entscheidung direkt an den Eintritt der Zusage geknüpft ist.³⁹⁰

Demgegenüber stellt sich die Verbindlichkeit von Zusagen, die ohne weitere Absicherung lediglich als Prognosedaten der Kommissionsentscheidung

³⁸⁸ EuGHE 1998, 1375, Rz. 120, 124 und 248 (Französische Republik u.a./Kommission).

³⁸⁹ So im Ergebnis auch Fuchs, WuW 1996, 269 (278f.); Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136).

³⁹⁰ Dazu näher unter F. I. 4. und F. II. 4.

zugrunde gelegt werden, als ungewiß dar.³⁹¹ Zwar können sich Zusagen infolge der sich durch ihre Publizierung ergebenden Marktkontrolle der Wettbewerber als "self-policing" erweisen, allein der Druck des Markts kann also theoretisch zur Erzwingung der Einhaltung ausreichen;³⁹² auch können Dritten im Einzelfall zivilrechtlich durchsetzbare Ansprüche aus Vertragsbeziehungen zustehen, die die eingegangenen Zusagen zum Inhalt haben und damit für eine Absicherung durch den Markt selbst sorgen würden.³⁹³ Jedoch bliebe es regelmäßig bei den Schwierigkeiten in Bezug auf eine effektive Durchsetzung durch die Kommission als für die dauerhafte Gewährleistung des Wettbewerbs zuständigen Behörde. Die Kommission würde mehr als nur ein zulässiges Restrisiko - das jeder Prognose innewohnt - bezüglich wettbewerbswidriger Zustände auf den betroffenen Märkten eingehen.³⁹⁴

Eine systematische Gesamtschau mit Art. 2 FKVO zeigt also, daß Zusagen von der Kommission nur dann berücksichtigt werden können, wenn ihre Verbindlichkeit durch Sicherstellung der Durchsetzbarkeit mittels Einbeziehung als Auflage und/oder Bedingung in der Kommissionsentscheidung hinreichend feststeht.

Bestätigt wird dieses Ergebnis auch aus objektiv-teleologischer Sicht. Im Rahmen dieser Auslegungsmethode steht der Zweck der zu interpretierenden Norm im Vordergrund.³⁹⁵ Eine Ausprägung des zielorientierten Ansatzes ist die Suche nach dem *effet utile* einer Vorschrift, d.h. nach ihrer nützlichsten bzw. wirkungsvollsten Auslegung.³⁹⁶ Dem gesetzgeberischen Ziel gilt es, eine möglichst umfassende und praktische Wirksamkeit zu verleihen; derjenigen Auslegung ist der Vorzug einzuräumen, die der Verwirklichung des vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber gewollten Zwecks am besten gerecht wird.³⁹⁷

Ziel der Zusagenvorschriften in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO - und Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 - FKVO ist es, den beteiligten Unternehmen die Durchführung eines sonst wettbewerbsschädlichen Zusammenschlusses mittels Änderungen in

³⁹¹ Siehe hierzu F. II. 4. und F. III. 4.

³⁹² Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 206.

³⁹³ Vgl. die Entscheidung Enso/Stora, WuW EU-V 339, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung) sowie hierzu die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses, ABl. 1999 Nr. C 275, 4.

³⁹⁴ Vgl. Fuchs, WuW 1996, 269 (278).

³⁹⁵ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Gemeinschaft, 247.

³⁹⁶ Vgl. EuGHE 1980, 119, Rz. 17 f. (Camera Care/Kommission). Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 243; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Krück, EU-/EG-Vertrag, Bd. IV, Art. 164, Rz. 55.

³⁹⁷ EuGHE, a.a.O.; Schwarze, a.a.O.

Teilbereichen zu ermöglichen.³⁹⁸ Die Regelungen schaffen so die Voraussetzungen für eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁹⁹ entsprechende Fusionskontrolle.⁴⁰⁰ Vor dem Hintergrund des zentralen Zwecks der FKVO, der langfristigen Sicherung und Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts,⁴⁰¹ verbietet eine wirksame und umfassende Normanwendung der Kommission, über die üblichen Prognose Risiken hinausgehende Unwägbarkeiten in Bezug auf die Einhaltung eingegangener Verpflichtungen einzugehen.⁴⁰² Anderenfalls wären die vom Normgeber gewollten offenen Marktstrukturen nicht dauerhaft gewährleistet und wäre dem Vertragsziel in Art. 3 lit. g) EGV nicht hinlänglich Rechnung getragen.⁴⁰³

Die Auslegung der maßgeblichen Vorschriften zeigt, daß diese nicht nur eine Ermächtigung der Kommission zum Erlaß von Nebenbestimmungen enthalten, sondern vielmehr eine Verpflichtung, im Falle der Entgegennahme von Verpflichtungserklärungen für deren rechtliche Durchsetzung zu sorgen. Trotz des Wortlauts "kann ... verbinden" ist nur von einem gebundenen Ermessen der Kommission in Bezug auf die Berücksichtigung von Zusagen und die nähere Ausgestaltung der Mittel zur Absicherung ihrer Einhaltung auszugehen.

cc) Abschließender Charakter der Vorschriften über die Berücksichtigung von Zusagen

Die Praxis der Kommission wirft als weitere Frage auf, ob die in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 - ebenso in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 - FKVO getroffene Regelung als abschließende Regelung bezüglich Verpflichtungserklärungen von Unternehmen anzusehen ist. In ihrer Entscheidungspraxis hat die Kommission teilweise Zusagen, die die für Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 bzw. 8 Abs. 2 UAbs. 2 aufgestellten

³⁹⁸ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 8.

³⁹⁹ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.

⁴⁰⁰ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, a.a.O.

⁴⁰¹ Vgl. Art. 3 lit. g) EGV und Erwägungsgrund 1. und 2. FKVO; EuGHE 1998, 1375, Rz. 169 (Französische Republik u.a./Kommission).

⁴⁰² Vgl. Fuchs, WuW 1996, 269 (279).

⁴⁰³ Die objektiv-teleologische Auslegung ist insofern auch von Erwägungen der Konformauslegung geleitet, d.h. der Auslegung niederrangigeren Rechts anhand höherrangigen Rechts (Bleckmann, NJW 1982, 1177 (1180)).

Eignungskriterien nicht erfüllten, zwar entgegengenommen, in der Entscheidung jedoch lediglich zur Kenntnis genommen oder ohne konkrete Kommentierung als Teil der Sachverhaltswürdigung aufgeführt.⁴⁰⁴ In der Entscheidung Kali + Salz sah die Kommission bewußt von der Absicherung einer Zusage mittels Auflage ab,⁴⁰⁵ da das Merkmal der Umsetzbarkeit ohne Mitwirkungshandlungen Dritter⁴⁰⁶ fehlte. Im Fall Mercedes Benz/Kässbohrer⁴⁰⁷ erging die Entscheidung, ohne die Zusagen der Lieferpflicht für einen bestimmten Produktbereich und der Beendigung von Exklusivbindungen im Vertrieb und Service zum Gegenstand von Nebenbestimmungen der Freigabe zu machen.⁴⁰⁸

Diese Vorgehensweise erscheint in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Wie sich gezeigt hat, sind in der FKVO Regelungen zur Einbeziehung von Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen vorhanden. Aus diesen ergeben sich konkrete Anforderungen, die an Zusagen zu stellen sind.⁴⁰⁹ Die von den beteiligten Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen sind regelmäßig als Zusagen im Sinne der FKVO zu qualifizieren.⁴¹⁰ Erweisen sie sich als ungeeignet, so darf auch auf rein tatbestandlicher Ebene ohne Aufgabe von Nebenbestimmungen keine Berücksichtigung stattfinden. Ansonsten würden die an Zusagen zu stellenden Anforderungen umgangen, die sich gerade aus dem Zusammenwirken der Vorschriften der FKVO miteinander und mit höherrangigem Recht ergeben. Ungeeignete Abhilfen, beispielsweise die Verpflichtung, eine beherrschende Stellung lediglich nicht zu mißbrauchen,⁴¹¹ können die Genehmigungsfähigkeit eines zunächst untersagungspflichtigen Zusammenschlusses grundsätzlich nicht herbeiführen und daher in der Entscheidung keine Berücksichtigung finden.⁴¹² Auch Abhilfen, die für die positive Prognose der Kommission nicht erheblich, im Ergebnis also nicht zwingend erforderlich sind, sind insoweit auszuschließen. Wird die eingegangene Verpflichtung trotzdem von der Kommission entgegen-

⁴⁰⁴ Z.B. Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung); Mercedes-Benz/Kässbohrer, ABl. 1995 Nr. L 211, 1, Rz. 78, 90, Art. 1 (Phase II-Entscheidung); Siemens/Italtel, ABl. 1995 Nr. L 161, 27, Rz. 62 UAbs. 2; Ciba-Geigy/Sandoz, ABl. 1997 Nr. L 201, 1, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung).

⁴⁰⁵ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung); vgl. hierzu Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1995/96, 68 f.; Monopolkommission, Hauptgutachten X 1992/93, Tz. 610.

⁴⁰⁶ Vgl. oben E. I. 2. e) ff).

⁴⁰⁷ ABl. 1995 Nr. L 211, 1, Rz. 78, 90 und Art. 1 (Phase II-Entscheidung) - kritisch hierzu auch Monopolkommission, Hauptgutachten XI 1994/95, Tz. 693.

⁴⁰⁸ Vgl. zum Verzicht auf die Verbindung mit Nebenbestimmungen auch die Entscheidung Ciba-Geigy/Sandoz, ABl. 1997 Nr. L 201, 1, Rz. 102 (Phase II-Entscheidung).

⁴⁰⁹ Vgl. oben E. I. 2. e).

⁴¹⁰ Vgl. oben E. I. 3. c) aa).

⁴¹¹ Vgl. oben E. I. 2. e) cc).

⁴¹² Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 20.

und in die Entscheidung aufgenommen, wird den beteiligten Unternehmen eine nach den Vorschriften der FKVO nicht zulässige Belastung abverlangt. Indem den beteiligten Unternehmen also ein Tun oder Unterlassen auferlegt wird, welches für die Genehmigungsentscheidung nicht erforderlich ist, tritt ein Konflikt mit dem in Art. 5 Abs. 3 EGV normierten allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. dem Übermaßverbot ein.⁴¹³ Für die Verhältnismäßigkeit einer belastenden Maßnahme kommt es maßgeblich darauf an, daß sie für den angestrebten legitimen Zweck geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.⁴¹⁴ Auch unter dem Gesichtspunkt des Ermessensmißbrauchs, aufbauend auf dem französischrechtlichen Begriff des "détournement de pouvoir", d.h. der Verfolgung anderer als der durch die Verordnung eingeräumten Ziele,⁴¹⁵ erweist sich diese Vorgehensweise als nicht von den Vorschriften der FKVO gedeckt.

Daß es die beteiligten Unternehmen gegebenenfalls vorziehen, zur Herbeiführung der Genehmigungsfähigkeit auch an sich ungeeignete oder lediglich entscheidungserleichternde⁴¹⁶ Zusagen abzugeben, hat insoweit keine Auswirkungen, da der Zweck der FKVO, die langfristige Sicherung unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, und die Bindung der Kommission an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgehen.

Die von der Kommission teilweise praktizierte Einbeziehung von Zusagen, die den Vorgaben der FKVO nicht entsprechen, lediglich auf tatsächlicher Ebene ohne Aufgabe von Nebenbestimmungen ist vor diesem Hintergrund bedenklich. Die Zusageregeln sind als abschließendes Normgefüge anzusehen.

d) Zwischenergebnis

Im Falle der Abgabe von Zusagen beteiligter Unternehmen hat die Kommission diese als für den angemeldeten Zusammenschluß erhebliche Tatsachen

⁴¹³ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.

⁴¹⁴ EuGHE 1997, 4315, Rz. 30 (Affish/Rijksdienst).

⁴¹⁵ Grundlegend EuGH E 1958, 130, 152 (Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse/Hohe Behörde); E 1996, I 5755, Rz. 69 (Vereinigtes Königreich/Rat); näher auch Bleckmann, Europarecht, Rz. 870 ff.

⁴¹⁶ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 129.

aufzugreifen. Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO gibt der Kommission das Recht, die Vereinbarkeitsentscheidung mit Auflagen und Bedingungen zur Sicherstellung der Einhaltung eingegangener Verpflichtungen zu versehen. Begrifflich ist aufgrund der unterschiedlichen Wirkungsweisen zwischen Auflage und Bedingung zu trennen. Der Wortlaut der Zusagevorschriften ("... kann ... verbinden ...") räumt der Kommission kein Ermessen im Sinne einer Entscheidungsmöglichkeit ein, ob sie den Eintritt von Zusagen durch eine Auferlegung von Nebenbestimmungen absichert oder nicht. Vielmehr besteht eine diesbezügliche Verpflichtung aufgrund des Regelungszusammenhangs und -zwecks der FKVO. Lediglich die Auswahl der Art der Nebenbestimmung (Auflage oder Bedingung) liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission. Ungeeignete oder nicht erforderliche Zusagen sind von der Kommission abzulehnen und dürfen auch nicht als weitere entscheidungserhebliche Faktoren berücksichtigt werden.

4. Ergebnis

Die FKVO sieht seit ihrer Revision ausdrücklich auch im ersten Verfahrensabschnitt die Entgegennahme von Zusagen der beteiligten Unternehmen zur Herstellung einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses vor. Die von der Kommission einzuhaltenden Verfahrensregeln sind zum Teil explizit geregelt, zum Teil gelten sie als allgemeine Verfahrensgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts. Aus den Vorschriften der FKVO und dem Zweck der Zusammenschlußkontrolle ergeben sich Eignungskriterien, die Zusagen erfüllen müssen. Die in Phase I nur eingeschränkte Durchführung der Vereinbarkeitsprüfung gebietet dabei Besonderheiten. Die Kommission kann den Inhalt der eingegangenen Verpflichtungen dergestalt in ihre Freigabeentscheidung einbeziehen, daß sie diese mit Bedingungen und/oder Auflagen verbindet. Für eine Berücksichtigung in sonstiger Weise ohne Absicherung der Erfüllung, beispielsweise durch bloße Kenntnisnahme, lassen die Vorschriften der FKVO keinen Raum.

II. Berücksichtigung von Zusagen im zweiten Prüfungsabschnitt nach Art. 8 FKVO

Stellt die Kommission fest, daß ein angemeldeter Zusammenschluß in den Anwendungsbereich der FKVO fällt und Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so hat sie nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO das Verfahren nach Art. 8 FKVO (Phase II) einzuleiten. Unbeschadet einer Verweisung an die Behörden der Mitgliedstaaten gemäß Art. 9 FKVO ist die Kommission verpflichtet, spätestens innerhalb von vier Monaten (Art. 10 Abs. 2 u. 3 FKVO) das Verfahren durch eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 bis 5 FKVO abzuschließen (Art. 8 Abs. 1 FKVO), d.h. die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Das ergebnislose Verstreichenlassen der Frist führt gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO zur Fiktion der Vereinbarkeitserklärung.

Art. 8 Abs. 2 FKVO sieht - bereits in seiner ursprünglichen Fassung - die Berücksichtigung von Zusagen vor, sofern sich auch nach eingehender Überprüfung die Unvereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses herausstellt. Daneben bleibt den beteiligten Unternehmen auch während der zweiten Prüfungsphase die Möglichkeit, die Anmeldung zurückzuziehen und einen veränderten Zusammenschluß anzumelden.⁴¹⁷

Nachfolgend werden in ähnlicher Weise wie für den ersten Prüfungsabschnitt der Zweck von Zusagen in Phase II, die Voraussetzungen für ihre Berücksichtigung und die Möglichkeiten ihrer Einbeziehung in die Kommissionsentscheidung untersucht. Ziel ist es dabei, Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Verfahrensabschnitte herauszuarbeiten. Dabei ergeben sich insbesondere aus der umfassenden Überprüfung von Zusammenschlüssen mit eingehenden Marktuntersuchungen in Phase II auch im Hinblick auf Zusagen und ihre Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung Besonderheiten.

1. Funktion von Zusagen in Phase II

Ziel von Verpflichtungserklärungen im zweiten Prüfungsabschnitt ist ebenfalls die Herbeiführung der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission, d.h. ein Verbot des Zusammenschlusses zu verhindern.⁴¹⁸ Nach Art. 8 Abs. 2 FKVO ist maßgeblich, ob der angemeldete Zusammenschluß - gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen - dem in Art. 2 Absatz 2 FKVO festgelegten Kriterium bzw. in den in Artikel 2 Absatz 4 FKVO

⁴¹⁷ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 9.

⁴¹⁸ Heidenhain, EuZW 1994, 135 (135) zur alten Rechtslage.

genannten Fällen, d.h. bei Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, den Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EGV entspricht. Der Zusammenschluß darf also nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden marktbeherrschenden Stellung führen.⁴¹⁹

Zur Bestimmung der konkreten Funktion ist der Prüfungsmaßstab im zweiten Verfahrensabschnitt maßgeblich. Wie sich oben gezeigt hat,⁴²⁰ dienen von den beteiligten Unternehmen in Phase I eingegangene Verpflichtungen der Beseitigung ernsthafter Bedenken. Hintergrund ist insofern die nur eingeschränkte, summarische Überprüfung des Vorhabens durch die Kommission in diesem Abschnitt.

Auch in Phase II könnten Zusagen letztlich darauf abzielen, lediglich ernsthafte Bedenken der Kommission gegen die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses zu beseitigen. Hierfür würde der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 FKVO sprechen, der als Ausdruck des allgemeinen Beschleunigungsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht⁴²¹ die Verpflichtung zum raschen Verfahrensabschluß festschreibt.⁴²² Danach sind Vereinbarkeitsentscheidungen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO spätestens dann zu erlassen, wenn offenkundig ist, "daß die ernsthaften Bedenken im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. c) - insbesondere durch von den beteiligten Unternehmen vorgenommene - Änderungen ausgeräumt sind ...".

Andererseits zeigt die Systematik von Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO, daß die Kommission im Falle der Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses diese konstitutiv feststellen muß und den Zusammenschluß anderenfalls - deklaratorisch - für vereinbar zu erklären hat.⁴²³ Im Zusammenhang mit dem

⁴¹⁹ Vgl. oben E. I. 1.

⁴²⁰ Siehe E. I. 1.

⁴²¹ EuGI, EuZW 1999, 600 ff, Rz. 68 (Endemol Entertainment Holding BV/Kommission); E1997, 2137, Rz. 105 (Kaysersberg SA/Kommission); vgl. auch EuGIE 1994, 121, Rz. 67 (Air France/Kommission), und EuGI (Beschuß des Präsidenten), E1992, 2579, Rz. 30 (CCE de la Société générale des grandes sources u.a./Kommission). Näher zum Beschleunigungsgrundsatz im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 226 ff.

⁴²² Groeben/Thiesing/Ehlermann-Heidenhain, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 10, Rz. 22.

⁴²³ Während die Vereinbarkeitsentscheidung vor dem Hintergrund der Systematik der FKVO und ihrer Entstehungsgeschichte lediglich deklaratorischen Charakter hat, kommt der Entscheidung über die Unvereinbarkeit konstitutive Wirkung zu; im europäischen Fusionskontrollverfahren hat sich lediglich ein allgemeiner Entscheidungsvorbehalt, nicht aber ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt durchgesetzt (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 28).

allgemeinen Grundsatz⁴²⁴ der Verhältnismäßigkeit⁴²⁵ in Verbindung mit Art. 5 EGV ergibt sich hieraus, daß die - die beteiligten Unternehmen belastende - Auferlegung von Nebenbestimmungen nur gerechtfertigt ist, wenn eine Unvereinbarkeit des Vorhabens, die durch die eingegangenen Verpflichtungen beseitigt wird, zuvor feststand.⁴²⁶ Zusagen in der Phase II sollen also die Feststellung der grundsätzlichen Unvereinbarkeit des Vorhabens durch die Kommission, d.h. die Prognose der Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden marktbeherrschenden Stellung, ausräumen.

Funktion von Verpflichtungserklärungen im zweiten Prüfungsabschnitt ist daher die (Wieder-)Herstellung der Vereinbarkeitsvoraussetzungen eines an sich unzulässigen Zusammenschlusses nach Art. 2 Abs. 2 bzw. 4 FKVO.

2. Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Zusagen in Phase II

Vor dem Hintergrund der vergleichbaren Vereinbarkeitskriterien angemeldeter Zusammenschlüsse gelten bei der Entgegennahme von Zusagen in der Phase II überwiegend ähnliche Grundsätze wie im ersten Prüfungsabschnitt. Grund hierfür ist zum einen der an Art. 8 Abs. 2 FKVO angelehnte Wortlaut des neu eingefügten Art. 6 Abs. 2 FKVO, zum anderen die Existenz einer zentralen, in beiden Verfahrensstufen geltenden Vereinbarkeitsvorschrift (Art. 2 FKVO). Im folgenden werden daher insbesondere die Unterschiede der Voraussetzungen für die Entgegennahme bzw. Berücksichtigung von Zusagen im zweiten Abschnitt aufgezeigt.⁴²⁷

Zusageberechtigt sind auch in Phase II nur die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen;⁴²⁸ zuständig zur Entgegennahme ist nach Art. 21 Abs. 1 FKVO die Kommission.

⁴²⁴ Vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Teil der Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts Bleckmann, Europarecht, Rz. 572 ff.

⁴²⁵ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.; Grupp/Schäder, EWS 1993, 27.

⁴²⁶ Vgl. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 24; a.A. wohl Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136). Vgl. insoweit auch die Ausführungen zur Erforderlichkeit unter E. I. 2. f).

⁴²⁷ Im übrigen sei auf die die zum ersten Prüfungsabschnitt gemachten Ausführungen unter E. I. 2. hingewiesen.

⁴²⁸ Vgl. zum Begriff E. I. 2. a).

a) Einzuhaltende Verfahrensfristen

Gemäß Art. 18 Abs. 2 VerfVO sind die nach Art. 8 Abs. 2 FKVO vorgeschlagenen Verpflichtungen spätestens binnen drei Monaten nach Einleitung des zweiten Prüfungsabschnitts vorzulegen;⁴²⁹ unter außergewöhnlichen Umständen ist eine Fristverlängerung durch die Kommission möglich (Satz 2).⁴³⁰ Bei verspäteter Abgabe von Zusagen ist die Kommission grundsätzlich nicht mehr zur Berücksichtigung verpflichtet.⁴³¹ Nach der Entgegennahme von Zusagen verbleibt der Kommission somit im Regelfall noch ein Monat zur umfassenden Prüfung des Vorhabens unter erforderlicher Verfahrensbeteiligung und zum Erlass der Vereinbarkeitsentscheidung. Bei nicht fristgerechter Abgabe von Zusagen haben die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit der Rücknahme der Anmeldung und Neuanmeldung.⁴³²

b) Zusammenarbeit mit den Behörden der Mitgliedstaaten

Die Durchführung des Verfahrens "in enger und stetiger Zusammenarbeit" mit den Behörden der Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 2 FKVO gebietet der Kommission die unverzügliche Übermittlung von - auch erst nach Einleitung des Prüfungsverfahrens nach Art. 8 FKVO abgegebenen - Zusagen an die nationalen Behörden (Art. 19 Abs. 1 S. 2 FKVO) sowie die Gewährung von Akteneinsicht. Die Behörden der Mitgliedstaaten haben das Recht, in jeder Phase des Verfahrens bis zu seinem Abschluß umfassend zum angemeldeten Vorhaben in seiner Endgestalt Stellung zu nehmen.⁴³³

⁴²⁹ Die Fristberechnung richtet sich nach Art. 6 bis 10 VerfVO; vgl. hierzu Groeben/Thiesing/Ehlermann-Hirsbrunner, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 10, Rz. 10 ff.

⁴³⁰ Vgl. hierzu die Kommissionsentscheidungen *Anglo American Corporation/Lonrho*, WuW EU-V 64, Rz. 125; *Airtours/First Choice*, Zsf. WuW 1999, 1093; *Telia/Telenor*, Zsf. WuW 1999, 1195 f.

⁴³¹ EuGIE 1997, 2137, Rz. 141 (*Kaysersberg SA/Kommission*); Drauz/Schröder, *Praxis der europäischen Fusionskontrolle*, 214. In dieser Weise ließ die Kommission in der Entscheidung *Airtours/First Choice*, Zsf. WuW 1999, 1093, ein von den beteiligten Unternehmen nach Ablauf der Frist des Art. 18 Abs. 2 VerfVO abgegebenes Zusagepaket mangels Vorliegens außergewöhnlicher Umstände unberücksichtigt.

⁴³² *Immenga/Mestmäcker-Immenga*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 9, sowie oben Fn. 112.

⁴³³ Drauz/Schröder, *Praxis der europäischen Fusionskontrolle*, 218, unter Hinweis auf den Unterschied zu beteiligten Unternehmen, die nach Art. 18 Abs. 1 a.E. nur bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses zu hören sind; *Immenga/Mestmäcker-Immenga*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 19, Rz. 5.

Gemäß Art. 19 Abs. 3 FKVO ist vor jeder Entscheidung nach Art. 8 Absätze 2 bis 5 FKVO der Beratende Ausschuß anzuhören. Dieser setzt sich zusammen aus Vertretern der Behörden der Mitgliedstaaten, die jeweils einen oder zwei Vertreter bestimmen (Art. 8 Abs. 4 FKVO).⁴³⁴ Seine Anhörung zum angemeldeten Zusammenschluß findet im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung statt.⁴³⁵ Der Beratende Ausschuß gibt eine Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf der Kommission einschließlich der darin einbezogenen Zusagen ab, die die Kommission soweit wie möglich zu berücksichtigen hat (Art. 19 Abs. 6 S. 4 FKVO). Bei nachträglichen weiteren Gestaltungsänderungen ist gegebenenfalls der Beratende Ausschuß nochmals zu hören.⁴³⁶

c) Beteiligungsrechte

Für den zweiten Prüfungsabschnitt sind die verfahrensrechtlichen Mitwirkungsrechte Beteiligter und Dritter in Art. 18 FKVO in Verbindung mit Art. 11 bis 17 VerfVO eingehend geregelt. Zwischen den beteiligten Unternehmen und Dritten ist entsprechend ihrer unterschiedlichen Behandlung im Verfahren zu trennen.⁴³⁷

aa) Beteiligte Unternehmen

Nach Art. 18 Abs. 1 FKVO ist den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vor dem Erlaß einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO, d.h. vor einer Vereinbarkeitserklärung unter Beifügung von Auflagen und Bedingungen, in allen Abschnitten der Verfahrens bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

⁴³⁴ Die großen Mitgliedstaaten entsenden in der Regel zwei Vertreter; als Vertreter Deutschlands sind der Präsident des Bundeskartellamts und der Leiter des Referats "Fusionskontrolle" im Bundeswirtschaftsministerium benannt; sie lassen sich üblicherweise durch die fachlich zuständigen Mitarbeiter vertreten (Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 19, Rz. 9).

⁴³⁵ Vgl. zum Verfahrensablauf Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 19, Rz. 10 ff.). Die in Art. 19 Abs. 5 FKVO genannte Anberaumungsfrist von 14 Tagen stellt nach Ansicht des EuGI eine rein interne Verfahrensvorschrift dar, deren Nichteinhaltung nur dann zur Rechtswidrigkeit der endgültigen Entscheidung führt, wenn sie wesentlicher Natur ist und für die rechtliche und tatsächliche Situation des Beteiligten, der einen Verfahrensfehler geltend macht, nachteilige Folgen hat (EuGIE 1997, 2137, Rz. 88 (Kaysersberg SA/Kommission)).

⁴³⁶ Vgl. zu den hieraus gegebenenfalls resultierenden Zeitproblemen und ihren Folgen die Entscheidung Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 32, sowie das hierzu ergangene Urteil des EuGIE 1997, 2137, Rz. 80-97 (Kaysersberg SA/Kommission).

⁴³⁷ Zu den Begriffen vgl. E. I. 2. e) sowie Art. 11 VerfVO.

Zumindest für die unmittelbar Betroffenen beinhalten die Verteidigungsrechte auch das Recht auf Akteneinsicht (Art. 18 Abs. 3 S. 2 FKVO).⁴³⁸

Die Durchführung der Mitwirkung bestimmt sich nach Art. 13 bis 15 VerfVO. Zunächst hat die Kommission den beteiligten Unternehmen ihre Einwände gegen den Zusammenschluß schriftlich unter Fristsetzung zur Stellungnahme mitzuteilen ("statement of objections").⁴³⁹ Dieser Erklärung kommt deswegen eine besondere Bedeutung zu, weil die Kommission gemäß Art. 18 Abs. 3 S. 1 FKVO ihre Entscheidung nur auf Einwände stützen darf, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten. Auf Antrag und bei Darlegung eines hinreichenden Interesses⁴⁴⁰ findet über das schriftliche Äußerungsrecht hinaus auch eine förmliche mündliche Anhörung statt (Art. 14 VerfVO), welche vom Anhörungsbeauftragten durchgeführt wird.⁴⁴¹ Nach Art. 14 Abs. 5 VerfVO werden auch die zuständigen Behörden zum Anhörungstermin eingeladen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet der Kommission, die beteiligten Unternehmen im Falle der Abgabe von Zusagen vor dem Erlaß der Entscheidung zu den beabsichtigten Auflagen und Bedingungen anzuhören, also über die jeweilige Endfassung vor Erlaß in Kenntnis gesetzt zu werden.⁴⁴² Nur so werden die Verteidigungsrechte hinreichend gewahrt, da von Art und Umfang der Berücksichtigung abgegebener Zusagen die konkrete Belastung der beteiligten Unternehmen maßgeblich abhängt.

bb) Dritte

Die Rechte Dritter, die nur durch mögliche Folgewirkungen der Entscheidung betroffen sind, sind demgegenüber schwächer ausgestaltet. Ihre Beteiligungsrechte sind mit den Verteidigungsrechten der Beteiligten und dem

⁴³⁸ Zum Recht auf Akteneinsicht vgl. die Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, der Art. 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, ABl. 1997 Nr. C 23, 3, sowie die Abhandlung darüber von Bronett, WuW 1997, 383. Zum Recht der Kommission, die Übermittlung von einzelnen vertraulichen Informationen abzulehnen, vgl. EuGHE 1995, 865 (BPB Industries u. British Gypsum/ Kommission).

⁴³⁹ Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 216.

⁴⁴⁰ Art. 14 VerfVO geht insoweit über die FKVO hinaus, wobei an das hinreichende Interesse bei den Betroffenen keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

⁴⁴¹ Vgl. Beschluß der Kommission vom 12.12.1994 zum "Mandat des Anhörungsbeauftragten in Wettbewerbsfragen vor der Kommission", ABl. 1994 L 330, 67 f.; zur Tätigkeit des Anhörungsbeauftragten, Johannes, Festschrift Deringer, 293.

⁴⁴² EuGIE 1997, 2137, Rz. 120 (Kaysersberg SA/Kommission).

Ziel der Verordnung, der Sicherstellung einer wirksamen Fusionskontrolle mit möglichst kurzfristiger Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, in Einklang zu bringen.⁴⁴³

Dritte können gemäß Art. 18 Abs. 4 S. 1 FKVO angehört werden, wenn es die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der umfassenden Sachverhaltsaufklärung für erforderlich halten; eine Pflicht zur Unterrichtung Dritter über das Zusammenschlußvorhaben besteht allerdings nicht.⁴⁴⁴ Auf schriftlichen Antrag müssen sie gemäß Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO i.V.m. Art. 16 VerfVO nur angehört werden, wenn sie sich durch den Nachweis eines "hinreichenden Interesses" gegenüber übrigen Dritten qualifizieren.⁴⁴⁵ Die Darlegungslast entfällt nach dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO für Mitglieder der Leitungsorgane der beteiligten Unternehmen und rechtlich anerkannte Vertreter der Arbeitnehmer dieser Unternehmen, d.h. in Deutschland für den Betriebsrat, da diese beiden Gruppen ausdrücklich neben anderen, nicht näher bestimmten Dritten genannt werden.⁴⁴⁶

Ein "hinreichendes Interesse" ist nicht nur bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses, sondern ähnlich wie in Art. 19 Abs. 2 KartellVO (VO 17/62) bei jedem wirtschaftlichem Interesse von einiger Intensität anzunehmen;⁴⁴⁷ dies zeigt Art. 11 Abs. 1 lit. c) VerfVO, in dem als Dritte mit hinreichendem Interesse "Kunden, Lieferanten und Wettbewerber" genannt werden. Darüberhinaus können Dritte neben ihrer schriftlichen Äußerung auch im Rahmen einer förmlichen mündlichen Anhörung gehört werden, wenn sie dies beantragt haben (Art. 16 Abs. 2 S. 2 VerfVO).

Etwaige Veränderungen des Zusammenschlusses mittels Zusagen der Beteiligten sind den Dritten, sofern sie schon angehört wurden, mitzuteilen, und ihnen ist auch diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Aus praktischen Erwägungen und aufgrund der verfahrensrechtlichen Stellung Dritter ist es allerdings ausreichend, wenn Art und Tragweite der von den beteiligten Unternehmen angebotenen Verpflichtungen mitgeteilt werden; im Gegensatz zur

⁴⁴³ EuGIE, a.a.O., Rz. 109.

⁴⁴⁴ EuGIE, a.a.O., Rz. 108.

⁴⁴⁵ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 18, Rz. 15; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 18, Rz. 8.

⁴⁴⁶ So auch Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 216; Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 237; Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 320.

⁴⁴⁷ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 18, Rz. 19; Veelken/Karl/Richter, Die europäische Fusionskontrolle, 37 (59 ff.).

Rechtslage bei den beteiligten Unternehmen⁴⁴⁸ ist eine Übermittlung der Schlußfassung von Zusagen insoweit nicht erforderlich.⁴⁴⁹ Gegebenenfalls können sich die berechtigten Dritten auch mehrmals zum angemeldeten Zusammenschluß äußern.

d) Eignungskriterien von Zusagen in Phase II

Die Eignung von Zusagen zur Abwendung der Unvereinbarkeitsentscheidung bemißt sich weitgehend nach den zur ersten Prüfungsphase dargestellten Kriterien.⁴⁵⁰ Besonderheiten ergeben sich lediglich aufgrund des umfassenden Prüfungsmaßstabes für die Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO.

aa) Grundsatz der Strukturbezogenheit

Der Grundsatz, daß Zusagen einen hinreichenden strukturellen Bezug aufweisen müssen, gilt in entsprechender Weise auch in Phase II.⁴⁵¹ Von den beteiligten Unternehmen eingegangene Verpflichtungen müssen nach der Prognose der Kommission dazu führen, daß durch den geprüften Zusammenschluß keine wettbewerbsbehindernde beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Im Rahmen ihrer Einzelfallbetrachtung hat die Kommission bei Verpflichtungen zu einem Verhalten darauf zu achten, daß hierdurch Marktstrukturen beeinflußt werden und nicht nur das fehlende Ausnutzen einer entstehenden beherrschenden Stellung zugesagt wird. Der Kontrolle des laufenden Wettbewerbsverhaltens dienen vorrangig die kartellrechtlichen Vorschriften in Art. 81, 82 EGV sowie deren Umsetzung in der Kartellverordnung (VO 17/62).⁴⁵²

Aufgrund des Zwecks der FKVO, die Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbeeinträchtigenden marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, kommt es daher unabhängig von der Art des zugesagten Handels oder Unterlassens allein darauf an, daß die Kommission im konkreten Einzelfall zu einer

⁴⁴⁸ Vgl. oben E. II. 2 c) aa).

⁴⁴⁹ EuGIE 1997, 2137, Rz. 120 (Kaysersberg SA/Kommission).

⁴⁵⁰ Oben E. I. 2. e).

⁴⁵¹ Vgl. oben E. I. 2. e) cc).

⁴⁵² Vgl. Art. 22 Abs. 1 Hs. 2 FKVO; Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 224. Besonderheiten in Bezug auf den Prüfungsmaßstab gelten bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 2 Abs. 4 FKVO, welche nach Art. 81 Abs. 1 und 3 EGV zu beurteilen sind.

positiven Prognose bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt kommt.⁴⁵³

bb) Sonstige Eignungskriterien

Auch die weiteren Eignungskriterien für Zusagen in der Phase I gelten im zweiten Verfahrensabschnitt in entsprechender Weise. Das Institut der Zusage darf nicht zur Verfolgung außerwettbewerblicher Zielsetzungen benutzt werden.⁴⁵⁴ Es muß die Möglichkeit zur Umsetzung eingegangener Verpflichtungen bestehen,⁴⁵⁵ und zeitliche Obergrenzen zur Erfüllung sind einzuhalten; letztere richten sich nach dem Prognosezeitraum im konkreten Einzelfall.⁴⁵⁶ Auch drittbelastende Zusagen sind als zulässig anzusehen.⁴⁵⁷ Durch die Novellierung von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO ist nunmehr klargestellt, daß Zusagen auch Modifizierungen beinhalten können, die nicht in unmittelbarer Verbindung zum angemeldeten Zusammenschluß stehen.⁴⁵⁸

Da die Kommission im zweiten Prüfungsabschnitt eine umfassende Überprüfung des Zusammenschlusses und seiner Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt durchführt, kommen Zusagen bei allen Zusammenschlüssen zur Beseitigung etwaiger Wettbewerbsprobleme in Betracht; anders als in Phase I sind sie nicht beschränkt auf einfach gelagerte Fälle.⁴⁵⁹ Geeignet sind Abhilfen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden marktbeherrschenden Stellung verhindern.

e) Erforderlichkeit

Besonderheiten weist der zweite Verfahrensabschnitt auch in Bezug auf die Erforderlichkeit von Zusagen auf. Nach dem in Art. 5 Abs. 3 EGV normierten Übermaßverbot als Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind belastende Maßnahmen nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung

⁴⁵³ EuGI, Entscheidung vom 25.03.1999 - Rs. T-102/96, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 317 f. (Gencor/Kommission).

⁴⁵⁴ Vgl. oben E. I. 2. e) dd).

⁴⁵⁵ Vgl. oben E. I. 2. e) ff).

⁴⁵⁶ Vgl. oben E. I. 2. e) gg).

⁴⁵⁷ Vgl. oben E. I. 2. e) ee).

⁴⁵⁸ Kronenberg, SZW/RSDA 1998, 89 (94); Ahlborn/Turner, ECLR 1998, 249 (255).

⁴⁵⁹ Vgl. oben E. I. 2. e) aa).

eines legitimen, von der Regelung verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind; zwischen mehreren geeigneten Maßnahmen ist die am wenigsten belastende auszuwählen.⁴⁶⁰

Kommt es in Phase I darauf an, die ernsthaften Bedenken der Kommission nach summarischer Prüfung des Vorhabens zu beseitigen,⁴⁶¹ dienen Zusagen in Phase II der konkreten (Wieder-)Herstellung der Vereinbarkeitsvoraussetzungen eines an sich unzulässigen Zusammenschlusses nach Art. 2 Abs. 2 bzw. 4 FKVO. Aufgrund der Systematik von Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO - im Falle der Unvereinbarkeit wird dies konstitutiv festgestellt, anderenfalls der Zusammenschluß für vereinbar erklärt⁴⁶² - und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hat die Kommission das Vorhaben ohne Nebenbestimmungen für vereinbar zu erklären, wenn die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 bzw. 4 FKVO erfüllt sind. Eine die Beteiligten belastende Verbindung der Entscheidung mit Auflagen oder Bedingungen ist nur gerechtfertigt, wenn die zugrundeliegenden Verpflichtungen zur Herstellung der Vereinbarkeitsvoraussetzungen tatsächlich erforderlich sind. Die Berücksichtigung weitreichenderer Verpflichtungen, die im ersten Verfahrensabschnitt vor dem Hintergrund der Beseitigung ernsthafter Bedenken nach summarischer Überprüfung⁴⁶³ grundsätzlich denkbar ist, ist in Phase II daher nicht möglich. Vielmehr ist lediglich die Entgegennahme solcher Zusagen zulässig, die für eine konkrete Beseitigung der an sich bestehenden Unverträglichkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt erforderlich sind.

f) Zwischenergebnis

Die auf dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO und dem Zweck der Fusionskontrolle basierenden Voraussetzungen zur Entgegennahme von Zusagen durch die Kommission im zweiten Verfahrensabschnitt entsprechen weitgehend denen des ersten Abschnitts. Die Initiative liegt auf seiten der beteiligten

⁴⁶⁰ EuGHE 1997, 4315, Rz. 30 (Affish/Rijksdienst); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Zuleeg, EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, FKVO Art. 3 b, Rz. 29 f.

⁴⁶¹ Vgl. oben E. I. 1. und E. 2. g).

⁴⁶² Während die Vereinbarkeitsentscheidung vor dem Hintergrund der Systematik der FKVO und ihrer Entstehungsgeschichte lediglich deklaratorischen Charakter hat, kommt der Entscheidung über die Unvereinbarkeit konstitutive Wirkung zu; im europäischen Fusionskontrollverfahren hat sich lediglich ein allgemeiner Entscheidungsvorbehalt, nicht aber ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt durchgesetzt (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 28).

⁴⁶³ Vgl. oben E. I. 2. f).

Unternehmen. Die vorgeschlagenen Abhilfen müssen in angemessener Zeit durch die Beteiligten umsetzbar sein. Der Zweck der FKVO bedingt zumindest einen strukturellen Bezug der Zusagen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darf die Kommission nur solche Abhilfen in ihrer Freigabeentscheidung auferlegen, die zur Beseitigung ihrer ernsthaften Bedenken erforderlich sind. Da in Phase II jedoch eine umfassende Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinsamen Markt erfolgt, kommen Zusagen auch in schwierigen Fällen in Betracht, um die sich aus dem Zusammenschluß ergebenden Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Auch eine Vielzahl von Zusagen ist insofern zulässig. In formeller Hinsicht enthält die FKVO bzw. die VerfVO eingehende Regelungen zu den Fristen und zur Beteiligung. Die Mitgliedstaaten nehmen durch den Beratenden Ausschuß zwingend am Verfahren teil.

3. Einbeziehung von Zusagen in die Phase II-Entscheidung

Die Berücksichtigung abgegebener Zusagen nach Durchführung des vollständigen Verfahrens richtet sich nach Art. 8 Abs. 2 FKVO; aufgrund des nahezu identischen Wortlauts können auf die Einbeziehung in die Phase II-Entscheidung die gleichen Grundsätze wie im Rahmen der Freigabe im ersten Verfahrensabschnitt angewendet werden.

Geeignete Zusagen sind bei der Entscheidungsfindung der Kommission in die Prognose über die künftige Entwicklung auf den relevanten Märkten einzubeziehen.⁴⁶⁴ Hält die Kommission ein Vorhaben erst für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, nachdem die beteiligten Unternehmen konkrete Verpflichtungen zur wettbewerbskonformen Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind, kann sie ihre Entscheidung nach Art. 8 Abs 2 UAbs. 2 FKVO mit Bedingungen oder Auflagen verbinden, um die Einhaltung sicherzustellen. Die Kommission hat nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen dem Instrument der Auflage als zur Freigabeverfügung hinzutretender Handlungs- oder Unterlassungspflicht und dem Instrument der Bedingung auszuwählen.⁴⁶⁵ Die Verknüpfung mit der Kommissionsentscheidung als Bedingung ist dabei sowohl aufschiebend als auch auflösend bedingt denkbar.

⁴⁶⁴ Vgl. oben E. I. 3. a).

⁴⁶⁵ Vgl. oben E. I. 3. b).

Wie sich oben gezeigt hat, bleibt für die von der Kommission teilweise praktizierte Berücksichtigung von Zusagen auf rein tatsächlicher Ebene der Entscheidung aus systematischen und teleologischen Gründen kein Raum.⁴⁶⁶ Dies gilt in gleicher Weise für Zusagen im Rahmen des zweiten Abschnitts. Trotz des auch in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 vom Verordnungsgeber gewählten Wortlauts "kann ... verbinden" steht der Kommission kein Ermessen hinsichtlich der Auferlegung von Nebenbestimmungen zu, die die Erfüllung der abgegebenen Zusagen sicherstellen. Insbesondere aufgrund des Ziels der FKVO, eine langfristige Sicherung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts zu garantieren,⁴⁶⁷ ist die Kommission verpflichtet, für eine hinreichende Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit angebotener Modifizierungen zu sorgen.

4. Ergebnis

Im Rahmen ihrer umfassenden Überprüfung des Zusammenschlusses auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt im zweiten Verfahrensabschnitt hat die Kommission geeignete Zusagen der beteiligten Unternehmen einzubeziehen. Die von ihr zu beachtenden Verfahrensregeln sind weitgehend in der FKVO bestimmt und ergeben sich im übrigen aus allgemeinen Verfahrensgrundsätzen. Die Kommission kann den Inhalt der eingegangenen Verpflichtungen ebenfalls nur dergestalt in ihre Freigabeentscheidung einbeziehen, daß sie diese mit Bedingungen und/oder Auflagen verbindet. Eine Berücksichtigung in sonstiger Weise ohne Absicherung der Erfüllung abgegebener Zusagen, d.h. ohne Verknüpfung der Entscheidung mit Nebenbestimmungen, ist in der FKVO nicht vorgesehen.

IV. Fazit

Durch die Revision der FKVO sind Phase I und II des Fusionskontrollverfahrens bezüglich des Aufgreifens von Zusagen einander angeglichen worden. Die Kommission ist nunmehr auch im ersten Verfahrensabschnitt zur Entgegennahme von Zusagen ausdrücklich ermächtigt. Aufgrund der kurzen Dauer des ersten Verfahrensabschnitts ergibt sich eine deutlich kürzere Frist, binnen derer

⁴⁶⁶ Vgl. oben E. I. 3. c).

⁴⁶⁷ Art. 3 lit. g) EGV und Erwägungsgrund 1. und 2. FKVO; EuGHE 1998, 1375, Rz. 169 (Französische Republik u.a./Kommission).

die beteiligten Unternehmen gegenüber der Kommission Zusagen zur Herbeiführung der Vereinbarkeit Zusammenschlusses abgeben können. Die Anforderungen an Zusagen entsprechen sich in beiden Verfahrensabschnitten weitgehend. Besonderheiten ergeben sich lediglich aus dem nur eingeschränkten Prüfungsmaßstab der Kommission in Phase I. Es muß sich insoweit bei dem Zusammenschluß um einen klaren Fall handeln, bei dem das Wettbewerbsproblem durch Zusagen der beteiligten Unternehmen auf eindeutige Weise gelöst werden kann. Auch in Bezug auf das Verfahren sind sich beide Abschnitte ähnlich; die eingehende Überprüfung in Phase II beinhaltet jedoch auch in formeller Hinsicht mittels umfassender Einbeziehung der beteiligten Unternehmen, Dritter sowie der Mitgliedstaaten eine tiefere Durchdringung des Zusammenschlußsachverhalts.

Die von der Kommission in beiden Abschnitten teilweise praktizierte Berücksichtigung von Zusagen der beteiligten Unternehmen allein auf tatsächlicher Ebene, d.h. ohne die Einhaltung durch Nebenbestimmungen der Freigabeentscheidung sicherzustellen, ist vor dem Hintergrund des Zwecks des Fusionskontrollverfahrens in beiden Verfahrensphasen nicht von den Vorschriften der FKVO gedeckt. Dies gilt insbesondere, wenn von der Kommission den Anforderungen der FKVO nicht entsprechende oder zur Herbeiführung der Vereinbarkeit nicht erforderliche Zusagen entgegengenommen werden.

F. Sanktionierung bei Nichteinhaltung von Zusagen

Das Ziel der FKVO, in Verwirklichung der allgemeinen Vorgabe des Art. 3 lit. g) EGV den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts vor Verfälschungen zu schützen und die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern,⁴⁶⁸ erfordert Durchsetzungsmöglichkeiten, wenn von den beteiligten Unternehmen Zusagen abgegeben wurden. Die Überwachung der Einhaltung obliegt dabei der Kommission. Damit diese ihre Aufgabe hinreichend wahrnehmen kann, werden in die Kommissionsentscheidungen mit Nebenbestimmungen regelmäßig Berichtspflichten der beteiligten Unternehmen aufgenommen;⁴⁶⁹ im übrigen erlauben die in Art. 11, 13 FKVO statuierten Auskunfts- und Nachprüfungsbefugnisse eine weitreichende Kontrolle durch die Kommission.⁴⁷⁰

Eine Verwaltungspraxis zur Durchsetzung eingegangener Verpflichtungen existiert trotz der deutlichen Zunahme von Kommissionsentscheidungen mit Zusagen⁴⁷¹ nicht, da - soweit ersichtlich - bisher sämtliche Zusagen auch weitgehend erfüllt oder in sonstiger Weise obsolet wurden.⁴⁷² Zu dieser positiven Bilanz dürften nicht zuletzt die hohen finanziellen Risiken beigetragen haben, die mit der nachträglichen Auflösung eines Zusammenschlusses verbunden wären. Auf der anderen Seite stellt der tatsächliche Eintritt eines Falls einer (teilweisen) Nichterfüllung lediglich eine Frage der Zeit dar; der Themenkreis der Sanktionierungs- bzw. Durchsetzungsmittel, die der Kommission zur Verfügung stehen, wird dann äußerst kurzfristig an Aktualität gewinnen.

Ansatzpunkte zur Bestimmung von Sanktionierungs- bzw. Durchsetzungsmöglichkeiten bilden zum einen die von den beteiligten Unternehmen abgegebenen Erklärungen, sofern sich aus diesen schon Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung herleiten lassen, zum anderen ihre Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung, z.B. in Form von Nebenbestimmungen.

⁴⁶⁸ Vgl. Erwägungsgrund 1. der FKVO.

⁴⁶⁹ Vgl. Agfa Gevaert/DuPont, WuW EU-V 87, Rz. 110; Shell/Montecatini, ABl. 1994 Nr. L 332, 48, Rz. 117 und 121; Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 62, Rz. 186.

⁴⁷⁰ Auch die Überwachung der Einhaltung von Zusagen stellt eine der Kommission im Rahmen der FKVO übertragene Aufgabe dar (Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25).

⁴⁷¹ Vgl. Statistics European Merger Control - Council Regulation 4064/89 (Stand 30.04.2000), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/mergstat.htm>.

⁴⁷² Vgl. XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 138; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25.

Im Falle der Verbindung der Freigabe mit Nebenbestimmungen sind in der FKVO - soweit aufgrund des Charakters der Nebenbestimmung erforderlich - Durchsetzungsmöglichkeiten bzw. Sanktionierungsinstrumente vorgesehen, wenn die beteiligten Unternehmen den in der behördlichen Entscheidung berücksichtigten Verpflichtungen nicht bzw. nicht fristgerecht nachkommen. Zum Teil behält sich die Kommission in ihren Entscheidungen auch ausdrücklich die ihr aufgrund der FKVO zustehenden Befugnisse vor,⁴⁷³ was jedoch vor dem Hintergrund der bestehenden Regelungen der FKVO nur deklaratorischen Charakter hat.

I. Erster Prüfungsabschnitt nach Art. 6 FKVO

Gemeinsam mit der Statuierung einer gesetzlichen Grundlage zur Entgegennahme und Berücksichtigung von Änderungszusagen in der ersten Phase wurden im Rahmen der Novellierung der FKVO auch Reaktionsmöglichkeiten der Kommission bei Nichterfüllung von Auflagen in Phase I-Entscheidungen aufgenommen. Für Bedingungen und bei bloßer Berücksichtigung von Zusagen im Rahmen der Sachverhaltswürdigung enthält Art. 6 FKVO keine Regelungen. Zur Beurteilung der Auswirkungen einer Nichterfüllung ist daher je nach Art der Berücksichtigung von Zusagen in der Kommissionsentscheidung zu differenzieren.⁴⁷⁴ Die Entscheidung ist gegebenenfalls entsprechend den oben genannten Kriterien⁴⁷⁵ auszulegen, um festzustellen, ob eine Auflage, eine Bedingung oder eine Berücksichtigung in sonstiger Weise vorliegt. Für die Sanktions- bzw. Durchsetzungsmöglichkeiten ist insofern zwischen diesen zu unterscheiden. Zunächst bleibt jedoch zu klären, ob sich schon unabhängig von der konkreten Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung unmittelbar aus dem Rechtscharakter der von den beteiligten Unternehmen abgegebenen Erklärungen Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung ergeben.

⁴⁷³ Z.B. Anglo American Corporation/Lonrho, WuW EU-V 64, Rz. 140; Procter & Gamble/VP Schickedanz II, ABl. 1994 Nr. L 354, 62, Rz. 186.

⁴⁷⁴ Vgl. oben E. I. 3.

⁴⁷⁵ E. I. 3. b).

1. Unmittelbare Sanktionierung infolge Zusage

Hätte die Kommission unabhängig von der Auferlegung von Nebenbestimmungen allein aufgrund der Nichteinhaltung von abgegebenen Zusagen ein Recht zur Entflechtung eines Zusammenschlusses, käme es auf Durchsetzungsmittel oder Möglichkeiten der nachträglichen Beseitigung der Vereinbarkeitsentscheidung nicht an. Die langfristige Sicherung des Wettbewerbs wäre auch hierdurch gewahrt.

Als Rechtsgrundlage für sofortige Entflechtungsmaßnahmen könnte Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 FKVO herangezogen werden - gegebenenfalls in entsprechender Anwendung. In diese Richtung scheint Wagemann⁴⁷⁶ zu tendieren, indem er darlegt, daß bei Nichteinhaltung von Zusagen, die nur als Modifikationen der Anmeldung verstanden werden könnten, ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vorliege, der die Kommission zur Entflechtung des Zusammenschlusses nach Art. 8 Abs. 4 FKVO berechtige.

Bei oberflächlicher Betrachtung und Fortführung dieses Gedankens könnten die freiwillig von den beteiligten Unternehmen abgegebenen Zusagen⁴⁷⁷ in der Tat als Teil des angemeldeten Zusammenschlusses verstanden werden, so daß jede spätere Abweichung den Vollzug eines anderen, so nicht angemeldeten und nicht freigegebenen Vorhabens bedeuten würde, da nur der angemeldete Zusammenschluß in der durch Zusagen modifizierten Gestalt für vereinbar erklärt worden wäre.⁴⁷⁸ Ein solcher Vollzug stünde unter dem Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO; die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zum Vollzug des Vorhabens wären gemäß Art. 7 Abs. 5 FKVO schwebend bzw. aufgrund des dauerhaften Fehlens einer Vereinbarkeitserklärung endgültig unwirksam.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 127, wenngleich er die Änderung von Zusagen aufgrund ihres bloßen Angebotscharakters bzw. ihrer Verknüpfung mit der Freigabeentscheidung noch nicht als Teil des angemeldeten Zusammenschlusses ansieht (§ 17, Rz. 26). Vgl. zur ähnlichen Diskussion im deutschen Recht im Zusammenhang mit der Widerrufsmöglichkeit bei "anders als angemeldetem Vollzug" gemäß § 24a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GWB a.F. Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 114 ff.

⁴⁷⁷ Das gilt zumindest für Veräußerungszusagen, da diese im Gegensatz zu Marktöffnungs- und Entflechtungszusagen regelmäßig zu Veränderungen der Konzernstruktur führen.

⁴⁷⁸ Aufgrund der in § 24a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB a.F. vorgesehenen Aufrechterhaltung der Untersagungskompetenz bei anderem als angemeldetem Vollzug eines Zusammenschlusses wurde der Gedanke in vergleichbarer Weise im deutschen Fusionskontrollrecht als Möglichkeit zur Durchsetzung von Zusagen diskutiert (vgl. Mülberr, ZIP 1995, 699 (703 f.) m.w.N.; KG WuW/E OLG 5263, 5265; vgl. zur geänderten Vorgehensweise des Bundeskartellamtes auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1993/94, 20 f. - Oerlikon-Bührle/Leybold; Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1995/96, 19 - Fresenius/Grace).

⁴⁷⁹ Ritter/Braun/Rawlinson, EEC Competition Law, 381; Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 7 Anm. 5 m.w.N.; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rz. 6;

Infolge des Vollzugs eines nicht freigegebenen bzw. der unterbliebenen Anmeldung des tatsächlich vollzogenen Zusammenschlusses käme auch die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 14 Abs. 2 lit. b) bzw. Abs. 1 lit. a) FKVO grundsätzlich in Betracht.

Allerdings erweist sich der Weg unter systematischen Gesichtspunkten und mangels Vorliegens der Entflechtungsvoraussetzungen der FKVO als nur schwer gangbar.

Gemäß Art. 7 Abs. 1 FKVO darf ein Zusammenschluß im Sinne von Art. 1 FKVO weder vor Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er aufgrund einer Entscheidung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Art. 8 Abs. 2 FKVO oder der Vermutung gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist. Ausgangspunkt zur Feststellung, wann der bereits freigegebene und wann ein anderer, neuer Zusammenschluß vollzogen wird, ist der materielle Umfang der Vereinbarkeitserklärung des Zusammenschlusses im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b), Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 6 FKVO, da hierdurch bestimmt wird, welches Vorhaben in concreto freigegeben wird und damit vollzogen werden darf.⁴⁸⁰ Die FKVO trifft diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung. Allerdings lassen sich den weiteren Bestimmungen, insbesondere dem Begriff des Zusammenschlusses, und dem Regelungszusammenhang der FKVO spezifizierende Aussagen entnehmen.

Gemäß Art. 4 Abs. 1 FKVO ist ein Zusammenschluß von gemeinschaftsweiter Bedeutung innerhalb einer Woche nach dem Vertragsschluß, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung bei der Kommission anzumelden. Die Vorschrift baut insoweit auf der Legaldefinition des Art. 3 Abs. 1, 2 FKVO auf, wonach ein Zusammenschluß im Sinne der FKVO durch die Fusion⁴⁸¹ zweier oder mehrerer unabhängiger Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. a) FKVO), durch einen

Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 7, Rz. 11; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 48; offen bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 7 Rz. 18; weitergehend Koch, EWS 1990, 65 (69).

⁴⁸⁰ Sofern derselbe Zusammenschluß bereits für vereinbar erklärt worden ist, ist die Kommission aus Gründen des individuellen Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit, d.h. aus Gründen eines materiellen Bestandsschutzes, grundsätzlich daran gehindert, das Verfahren zu Lasten der Beteiligten einseitig wiederaufzugreifen und gegebenenfalls in derselben Sache erneut zu entscheiden (vgl. Oppermann, Europarecht, Rz. 699 ff.).

⁴⁸¹ D.h. die Verschmelzung durch Aufnahme, Neugründung oder sonstige vertragliche Bildung einer wirtschaftlichen Einheit (Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 14, Rz. 6 f.).

Kontrollerwerb (Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO) oder die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (Art. 3 Abs. 2 FKVO) bewirkt wird.⁴⁸² Für die gemeinschaftsweite Bedeutung ist das Erreichen der in Art. 1 genannten Umsatzschwellen erforderlich. Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) und Art. 8 Abs. 2 FKVO wird der "angemeldete Zusammenschluß" für vereinbar erklärt, nach der Definition des Art. 3 Abs. 1, 2 FKVO also die Fusion, der Kontrollerwerb oder die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens.⁴⁸³ Aus Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO wird deutlich, daß die FKVO zwischen dem Vertragsschluß bzw. dem Kontrollerwerb und den darauf folgenden Vollzugsgeschäften differenziert.⁴⁸⁴ Zwar sind im Zusammenhang mit der Anmeldung auch Unterlagen und Angaben über die Unternehmens- und Marktsituation der Beteiligten einzureichen,⁴⁸⁵ jedoch können diese insoweit nur als entscheidungserhebliche Tatsachen angesehen werden, da Gegenstand der Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1 FKVO der Abschluß einer rechtlich bindenden Vereinbarung mit dem Inhalt des Art. 3 Abs. 1, 2 FKVO ist.⁴⁸⁶ Alle weiteren Informationen dienen der Kommission als Grundlage der Beurteilung des Zusammenschlusses einschließlich der anzustellenden Prognose über die Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt. Da sich den Vorschriften der FKVO keine Anhaltspunkte für einen unterschiedlichen Zusammenschlußbegriff innerhalb des Regelungswerks entnehmen lassen, bestimmt demnach der Begriff

⁴⁸² Vgl. hierzu auch die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 5.

⁴⁸³ Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift ist also nicht das Zusammenschlußvorhaben, sondern erst der "Zusammenschluß" anzumelden, d.h., Voraussetzung ist eine zumindest wirtschaftliche Verbindlichkeit (Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 4, Rz. 5; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 4, Rz. 7).

⁴⁸⁴ In Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO wird eine Unterscheidung bezüglich der zivilrechtlichen Unwirksamkeit zwischen der Vereinbarung des Zusammenschlusses und den Vollzugsgeschäften vorgenommen. Aufgrund des Wortlauts des Art. 7 Abs. 5 FKVO ("Die Wirksamkeit eines unter Mißachtung des Absatzes 1 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts") sind nur die Vollzugsgeschäfte als mit dem Risiko der schwebenden Unwirksamkeit behaftet anzusehen. Die zugrundeliegende Vereinbarung über den Zusammenschluß bleibt hiervon jedoch unberührt, da ihr wirksamer Abschluß gerade Gegenstand der Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1 FKVO ist (Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 48; offen bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 7 Rz. 18; weitergehend Koch, EWS 1990, 65 (69)).

⁴⁸⁵ Vgl. zu den erforderlichen Angaben das Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4063/89 des Rates, Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 (ABl. 1998 Nr. L 61, 1) über Anmeldungen, Fristen sowie Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

⁴⁸⁶ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 4, Rz. 5 ff.; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 2.

des Zusammenschlusses im Sinne von Art. 3 FKVO auch die materielle Aussagekraft und den Umfang der Vereinbarkeitsentscheidung.

Die weiteren Regelungen der FKVO stellen sich als auf dieser Betrachtung aufbauend dar. Indem die Kommission gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a) bzw. Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO für den Fall der zu vertretenden Unrichtigkeit der von den beteiligten Unternehmen gemachten Angaben ein Recht zum Widerruf der Vereinbarkeitserklärung hat, wird deutlich, daß nicht sämtliche Angaben im Zusammenhang mit der Anmeldung eines Zusammenschlusses⁴⁸⁷ auch den Gegenstand der Freigabe bilden; anderenfalls wäre die explizite Einräumung des Widerrufsrechts in Art. 6 Abs. 3 lit. a) bzw. Art. 8 Abs. 3 lit. a) FKVO entbehrlich. Unrichtige Angaben zum Zusammenschluß sollen also nach dem Willen des Verordnungsgebers nicht per se dazu führen, daß der vollzogene Zusammenschluß nicht mehr von der Vereinbarkeitserklärung gedeckt ist. Auch den Vorschriften zum Vollzug liegt ein entsprechender Regelungsgedanke zugrunde. Das in Art. 7 Abs. 1 FKVO normierte Vollzugsverbot gilt nur solange, bis der Zusammenschluß gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Art. 8 Abs. 2 FKVO oder aufgrund der Vermutung des Art. 10 Abs. 6 FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist. Da keine Einschränkungen vorgenommen werden, ist auch die Vereinbarkeitserklärung, die nach Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 2 FKVO zur Sicherstellung der Einhaltung eingegangener Verpflichtungen mit Bedingungen und Auflagen verbunden wird, als vollwertig und das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO beendigend anzusehen.⁴⁸⁸

Die Nichtvornahme von Modifikationen eines Zusammenschlusses nach Erlaß der Vereinbarkeitserklärung stellt also grundsätzlich nicht den Vollzug eines anderen als des angemeldeten Zusammenschlusses dar.⁴⁸⁹ Die Grenze ist nur dann überschritten, wenn keine Identität des angemeldeten Zusammenschlusses im Sinne von Art. 3 Abs. 1, 2 FKVO mit dem tatsächlich durchgeführten

⁴⁸⁷ Vgl. zu den nach Art. 3 Abs. 1 VerfVO erforderlichen Angaben und Unterlagen bei Anmeldung eines Zusammenschlusses das Formblatt zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4063/89 des Rates, Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 (ABl. 1998 Nr. L 61, 1) über Anmeldungen, Fristen sowie Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Formblatt CO).

⁴⁸⁸ Dies gilt jedenfalls für die Auflage und die auflösende Bedingung, wohingegen es bei der aufschiebenden Bedingung bis zum Bedingungseintritt grundsätzlich am Vorliegen einer formellen Vereinbarkeitserklärung fehlt (vgl. hierzu E. I. 3. b) bb)).

⁴⁸⁹ Neben erst nach Freigabe vorzunehmenden Einzelmaßnahmen wie der Veräußerung von Betriebsteilen gilt dies in gleicher Weise für über einen längeren Zeitraum zu erbringende Dauermaßnahmen wie die Einräumung von Lizenzen zugunsten von Konkurrenzunternehmen, da diese Zusagen ständig aufs Neue erfüllt werden müssen und unter der laufenden Kontrolle der Einhaltung stehen.

besteht.⁴⁹⁰ Die Nichtvornahme von erst nach Entscheidungserlaß bzw. nach materieller Wirksamkeit der Entscheidung⁴⁹¹ zu erfüllenden Zusagen kann regelmäßig nicht zu einer Identitätsänderung führen, die den Umfang der Freigabe sprengt. Der Zusammenschluß im Sinne von Art. 3 Abs. 1, 2 FKVO ist zu diesem Zeitpunkt schon für vereinbar erklärt worden und damit besteht das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO bereits nicht mehr.⁴⁹² Allenfalls bei Zusagen, die noch vor dem Vollzug des Zusammenschlusses vorzunehmen sind, erschiene insoweit eine unmittelbare Auswirkung auf die Identität des Zusammenschlusses denkbar.

Auch der systematische Zusammenhang zeigt daher, daß eine automatische Sanktionierung der Nichterfüllung von Zusagen unabhängig von der Art ihrer Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung im Kontext der FKVO nicht vorgesehen ist.

Die Beurteilung von Zusagen als identitätsändernde Modifikationen des angemeldeten Zusammenschlusses erweist sich aber auch in Bezug auf die zur Verfügung stehenden Sanktionsmaßnahmen problematisch. Für die von Wagemann⁴⁹³ vorgetragene unmittelbare Entflechtungsmöglichkeit bei Nichteinhaltung fehlt es an den in Art. 8 Abs. 4 FKVO normierten Voraussetzungen. Die Kommission kann gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO in einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO oder in einer gesonderten Entscheidung die Auflösung des Zusammenschlusses verlangen. Hintergrund ist auch insofern der dem Verfahren der FKVO innewohnende allgemeine Entscheidungsvorbehalt ohne generelles Verbot.⁴⁹⁴ Eine Entflechtung kommt also nur in Betracht, wenn eine Untersagungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO bezüglich des tatsächlich

⁴⁹⁰ Zur Bestimmung kommt eine rein formale oder eine materielle Beurteilungsweise in Betracht. Formale Kriterien können die Identität der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen sowie die konkrete Zusammenschlußform einschließlich der Beteiligungshöhen bilden, materiell kann auf das Resultat abgestellt werden, d.h., ob de facto keine Unterschiede der wirtschaftlichen Einheit in Bezug auf die Marktstellung bestehen (vgl. zu den unterschiedlichen Ansätzen im deutschen Recht Glassen/Hahn/Kersten/Rieger-Rieger, Frankfurter Kommentar, § 24a, Rz. 111). Für die formale Betrachtungsweise sprechen Erwägungen der Transparenz und der Rechtssicherheit, da die materielle Bestimmung eine vor allem wertende Beurteilung verlangt, was in Konflikt mit dem Charakter der Vereinbarkeitserklärung und dem Prinzip der präventiven Fusionskontrolle tritt.

⁴⁹¹ Bei Erlaß unter aufschiebender Bedingung.

⁴⁹² Bei Erlaß unter einer aufschiebenden Bedingung insoweit erst mit tatsächlichem Bedingungseintritt (vgl. oben E. I. 3. b aa).

⁴⁹³ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 17.

⁴⁹⁴ Das Regelungsmodell des generellen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt konnte sich bei Entstehung nicht durchsetzen (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70)).

vollzogenen Zusammenschlusses bereits vorliegt.⁴⁹⁵ Hieran fehlt es in Fällen mit Zusagen im ersten Verfahrensabschnitt schon deshalb, weil die Phase II noch nicht einmal nach Art. 6 Abs.1 lit. c) FKVO von der Kommission eingeleitet worden ist.

Die Nichterfüllung von Zusagen kann also grundsätzlich nicht allein aufgrund der Einordnung von Zusagen als Teil des angemeldeten und für vereinbar erklärten Zusammenschlusses sanktioniert werden. Zur Feststellung der Mittel zur Durchsetzung kommt es vielmehr maßgeblich darauf an, auf welche Weise die von den beteiligten Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen ihren Niederschlag in der Kommissionsentscheidung gefunden haben.

2. Sanktionierung bei Absicherung mittels Auflage

Eines der in der FKVO ausdrücklich zur Berücksichtigung von Zusagen in der Kommissionsentscheidung zugelassenen Sicherungsinstrumente bildet die Auflage. Für den Fall ihrer Nichterfüllung sieht die FKVO ausdrückliche Regelungen zur Sanktionierung vor.

a) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage

Gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO kann die Kommission ihre Vereinbarkeitserklärung nach Art.6 Abs.1 lit.b) widerrufen, wenn "die beteiligten Unternehmen einer in der Entscheidung vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln".⁴⁹⁶

aa) Voraussetzungen

Die Bestimmung verlangt zunächst ein "Zuwiderhandeln". Der Wortlaut könnte dabei dahingehend interpretiert werden, daß ein aktives Handeln auf seiten der

⁴⁹⁵ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

⁴⁹⁶ Nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO ist daneben ein Widerruf der Vereinbarkeitserklärung möglich, wenn die Entscheidung auf zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt wurde. Dieses Widerrufsrecht kann bei Zusagen der beteiligten Unternehmen ebenfalls gegeben sein, hat jedoch deutlich höhere Anforderungen (vgl. hierzu E. I. 4. b) aa)).

Beteiligten erforderlich ist. Allerdings werden den beteiligten Unternehmen durch Auflagen regelmäßig Handlungspflichten auferlegt, die diese innerhalb bestimmter Frist zu erbringen haben. Da sich die Nichterfüllung einer Handlungspflicht typischerweise in einem Unterlassen zeigt und hierdurch in gleicher Weise wie bei einer aktiven Handlung der mit der Auflage verfolgte wettbewerbliche Zweck vereitelt wird, ist als "Zuwiderhandlung" im Sinne von Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO auch jedes Unterlassen anzusehen.⁴⁹⁷

Nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO müssen die "beteiligten Unternehmen" zuwiderhandeln. Insofern korreliert die Vorschrift mit dem Eignungskriterium der Zusageberechtigung, da die Kommission nur Zusagen der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen entgegennehmen darf.⁴⁹⁸ Der Wortlaut könnte dahingehend verstanden werden, daß ein Verstoß sämtlicher Adressaten einer bestimmten Auflage Voraussetzung für ein Tätigwerden der Kommission ist.⁴⁹⁹ Dies erschiene jedoch nicht zweckgerecht, weil es unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten unerheblich ist, ob einer oder mehrere Adressaten derselben Auflage zuwiderhandeln. Der Verstoß auch nur eines Verpflichteten ist daher für ausreichend zu erachten. Ebenfalls genügt es für ein Einschreiten der Kommission, wenn nur eine Auflage - für den Fall, daß mehrere auferlegt wurden - nicht erfüllt wird.⁵⁰⁰ Im Rahmen der Entscheidung über den Widerruf bleibt insoweit ausreichend Spielraum für eine Berücksichtigung des Gewichts der jeweiligen Auflage im Verhältnis zur Beseitigung der Untersagungs Voraussetzungen.⁵⁰¹

Fraglich ist, ob jeder objektive Verstoß ausreicht oder ob ein Verschulden oder sonstiges Vertretenmüssen als weitere Voraussetzung zu fordern ist. Der Wortlaut allein läßt noch keinen dahingehenden Schluß zu - allenfalls insofern, als von einer Handlung oder einem Unterlassen, d.h. einer Beeinflußbarkeit durch die beteiligten Unternehmen, ausgegangen wird. Die weiteren Widerrufsgründe in Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO könnten aber darauf hindeuten, daß ein Vertretenmüssen notwendig ist.⁵⁰² Gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO kann die Entscheidung widerrufen werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder arglistig herbeigeführt worden ist.

497 Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 319.

498 Vgl. oben E. I. 2. a) cc).

499 In diesem Sinne wohl Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 222.

500 Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 222.

501 Hierzu F. I. 2. a) cc).

502 So Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, 135.

Allerdings würde dies nicht dem Sinn und Zweck der in Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO geregelten Widerrufsmöglichkeit entsprechen. Neben der Funktion eines Druckmittels bezweckt die Absicherung, daß Zusammenschlüsse, die nicht Kriterien des Art. 2 FKVO entsprechen, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden.⁵⁰³ Da die Initiative für die den Auflagen zugrundeliegenden Zusagen bei den beteiligten Unternehmen liegt,⁵⁰⁴ ist auch im Rahmen des Widerrufs wegen Nichterfüllung einer Auflage ein subjektives Element vorhanden - die beteiligten Unternehmen gingen im Zeitpunkt der Abgabe der Zusagen die Garantie ihrer Einhaltung ein. Das Risiko von möglichen Leistungstörungen haben die beteiligten Unternehmen insofern unabhängig von einem weiteren Verschulden zu tragen, da sie mit Abgabe der Zusage die Bereitschaft erklären, diese auch zu erbringen.⁵⁰⁵ Im übrigen zeigt ein Vergleich mit der kartellrechtlichen Regelung in Art. 8 Abs. 3 KartellVO (VO 17/62), daß ein Verschulden nur dann für erforderlich zu erachten ist, wenn es ausdrücklich dem Wortlaut der Norm zu entnehmen ist.

Formelle Voraussetzungen der Widerrufsentscheidung sind die Anhörung der betroffenen Unternehmen sowie die Einbindung der Behörden der Mitgliedstaaten. Obwohl die Entscheidung nach Art. 6 Abs. 3 FKVO in Art. 18 Abs. 1 FKVO nicht explizit genannt ist, ergibt sich das Erfordernis der Anhörung aus den der europäischen Rechtsordnung innewohnenden Verfahrensrechten auf Verteidigung und Anhörung⁵⁰⁶ als Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör.⁵⁰⁷ Die Pflicht zur Einbeziehung der Behörden der Mitgliedstaaten ergibt sich aus Art. 19 Abs. 1, 2 FKVO, wonach die Kommission die in der FKVO vorgesehenen Verfahren in enger und stetiger Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unter Gewährung des Rechts zur Stellungnahme durchführen muß.⁵⁰⁸

bb) Einzuhaltende Verfahrensfristen

⁵⁰³ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 45.

⁵⁰⁴ Vgl. oben E. I. 2. a).

⁵⁰⁵ Vgl. Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 221.

⁵⁰⁶ Bleckmann, Europarecht, Rz. 1317; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 173 m.w.N., und grundlegend Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1271 ff.

⁵⁰⁷ Vgl. auch oben E. I. 2. d) aa).

⁵⁰⁸ Eine Beteiligung des Beratenden Ausschusses ist allerdings im Falle des Widerrufs ebensowenig wie vor Erlaß der Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO erforderlich (vgl. Art. 19 Abs. 3 FKVO).

Im deutschen allgemeinen Verwaltungsrecht ist eine zeitliche Begrenzung für die Rücknahme bzw. den Widerruf einer begünstigenden behördlichen Entscheidung vorgesehen. Gemäß § 48 Abs. 4 bzw. §§ 49 Abs. 2 S. 2, 48 Abs. 4 VwVfG beträgt die "Entscheidungsfrist"⁵⁰⁹ der Behörde ein Jahr nach Kenntnisnahme des Rücknahme- bzw. Widerrufsgrundes. Art. 6 FKVO enthält demgegenüber keine Vorgaben über von der Kommission bei der Entscheidung über den Widerruf einzuhaltende Fristen. In Art. 6 Abs. 4 FKVO ist lediglich klargestellt, daß die Kommission im Falle eines Widerrufs eine Entscheidung nach Abs. 1 der Vorschrift treffen kann, ohne an die Fristen über die Verfahrensdauer in Art. 10 Abs. 1 FKVO gebunden zu sein. Diese Bestimmung betrifft also ausschließlich die nach erfolgtem Widerruf einzuhaltenden bzw. nicht einzuhaltenden Fristen, nicht jedoch eine zeitliche Vorgabe bezüglich des Widerrufs.

Der Verordnungsgeber könnte durch das Auslassen einer Regelung zum Ausdruck gebracht haben, daß die Kommission im Rahmen der Sanktionierung an keine Fristen gebunden sein soll. Hierfür würde sprechen, daß die Adressaten selbst zur unsicheren Rechtslage beigetragen haben, indem sie einer Auflage zuwidergehandelt haben, und deshalb mangels Schutzwürdigkeit keine von der Verwaltungsbehörde zu beachtenden Fristen zu ihren Gunsten beanspruchen können.

Andererseits könnte die Kommission im Falle eines längeren Zuwartens gegen den allgemeinen Grundsatz der Durchführung des Verwaltungsverfahrens innerhalb eines angemessenen zeitlichen Rahmens⁵¹⁰ oder gegen zeitliche Vorgaben aus Gründen des Vertrauensschutzes verstoßen.⁵¹¹ Denkbar ist dabei auch das Erwachen eines neuen Vertrauensschutztatbestandes, wenn die beteiligten Unternehmen infolge der längeren Verzögerung in Verbindung mit einem Verhalten der Kommission gegebenenfalls von einer Duldung des rechtswidrigen Zustandes ausgehen müssen. Ein nach mehrjährigem Zuwarten

⁵⁰⁹ BVerwGE 70, 356 (362). Maßgeblich sind der Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Tatsachen, die die Rücknahme bzw. den Widerruf rechtfertigen. Die zeitliche Grenze gilt nach § 48 Abs. 4 S. 2, Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG nicht bei Erwirkung des Verwaltungsakts durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung, da der Betroffene dann als dauerhaft nicht schutzwürdig anzusehen ist.

⁵¹⁰ Jones/González-Díaz, EEC Merger Regulation, 231 ("The Commission as stated above is not bound by any deadline to take its final decision except of course by the one imposed by the principle of good and speedy administration ...").

⁵¹¹ In diese Richtung gehend wohl Fuchs, EuZW 1996, 263 (267, Fn. 28), Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 54.

erklärter Widerruf der Vereinbarkeitserklärung könnte dann unzumutbar erscheinen.

Grundsätzlich ist die Kommission als Behörde an den allgemeinen, vom Gemeinschaftsrichter sicherzustellenden Rechtsgrundsatz⁵¹² der Einhaltung einer angemessenen Frist gebunden.⁵¹³ Die Angemessenheit der Verfahrensdauer beurteilt sich dabei nach den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalls, d.h. insbesondere nach dessen Kontext, dem Verhalten der Beteiligten im Laufe des Verfahrens, der Bedeutung der Angelegenheit für die betroffenen Unternehmen und der Komplexität der Sache.⁵¹⁴ Ein Verstoß führt jedoch nur dann zur gerichtlichen Nichtigerklärung der Entscheidung, wenn durch ihn die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen verletzt worden sind.⁵¹⁵

Fraglich ist, ob sich Besonderheiten aus den europarechtlichen Verfahrensgrundsätzen im Zusammenhang mit der Rücknahme oder dem Widerruf von behördlichen Entscheidungen ergeben. Der Widerruf der Freigabeentscheidung könnte insofern in die Fallgruppe des Widerrufs eines begünstigenden Rechtsakts einzuordnen sein; damit könnten die hierfür geltenden Regeln des allgemeinen europäischen Verwaltungsrechts Anwendung finden.⁵¹⁶ Abgeleitet aus den europarechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unterliegt der Widerruf behördlicher Entscheidungen engeren Rechtmäßigkeitsanforderungen.⁵¹⁷ Als zeitliche Begrenzungen für den

⁵¹² Zum Begriff statt vieler Bleckmann, *Europarecht*, Rz. 525 ff.; vgl. auch EuGHE 1997, 2629, Rz. 14 (Kremzow/Österreich).

⁵¹³ Vgl. zum Kartellverfahren nach der KartellVO (VO 17/62) zuletzt EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 120 f. (LVM u.a./Kommission); EuGHE 1997, 1503, Rz. 38 (Guérin automobiles/Kommission); EuGIE 1997, 1739, Rz. 56 (SCK und FNK/Kommission). Zum Beihilferecht grundlegend EuGHE 1973, 1471, Rz. 4 (Lorenz/Deutschland); E 1987, 4617, Rz. 12 ff. (RSV/Kommission). Zum Anspruch auf Durchführung des gerichtlichen Verfahrens innerhalb einer angemessenen Frist vgl. EuGH, Entscheidung vom 17.12.1998, Rs. C-185/95 P, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 21 und 46 ff. (Baustahlgewerbe/Kommission).

⁵¹⁴ Vgl. EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 126 (LVM u.a./Kommission).

⁵¹⁵ EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 122 (LVM u.a./Kommission); ansonsten besteht lediglich die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei schuldhafter Verzögerung durch die Behörde.

⁵¹⁶ Im Gegensatz zum deutschen allgemeinen Verwaltungsrecht unterscheidet der EuGH nicht klar zwischen Widerruf rechtmäßiger und Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte (Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 915).

⁵¹⁷ Grundlegend EuGHE 1957, 83, 117 f. (Algera u.a./Gemeinsame Versammlung); E 1983, 2633, Rz. 30 (Deutsche Milchkontor/Deutschland); E 1990, 3453, Rz. 13 ff. (Kommission/Deutschland); E 1991, 2987, Rz. 17 ff. (Cargill/Kommission). Zu den Grundsätzen der

Erlaß einer Rücknahme- bzw. Widerrufsentscheidung finden sich einerseits das Erfordernis einer "angemessenen Frist", binnen derer eine Entscheidung durch die Behörde spätestens zu widerrufen ist,⁵¹⁸ andererseits das Institut der Verwirkung, d.h. eine die Unzulässigkeit der Ausübung des Widerrufsrechts auslösenden Fristüberschreitung.⁵¹⁹

Nach der Rechtsprechung des EuGH gebietet der Grundsatz des Vertrauensschutzes, daß auch die Rücknahme bzw. der Widerruf eines rechtswidrigen, den Adressaten begünstigenden Rechtsaktes nur zulässig ist, wenn die Erklärung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt und die Kommission in ausreichendem Maße berücksichtigt hat, inwieweit der Betroffene auf die Rechtmäßigkeit des Rechtsaktes vertrauen durfte.⁵²⁰ Erforderlich ist damit sowohl ein zeitliches als auch ein subjektives Moment. Da den beteiligten Unternehmen die Widerrufsmöglichkeit infolge der Nichteinhaltung der abgegebenen Zusagen bekannt ist, entfällt ein Vertrauenstatbestand regelmäßig; die Aufhebbarkeit der Vereinbarkeitserklärung ist insofern bekannt. Daher kann auch bei bloßem Zuwarten der Kommission noch nicht vom Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes ausgegangen werden. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes könnte allenfalls in Fällen wiederaufleben, in denen die Kommission durch ein zusätzliches Verhalten einen Grund für die Entstehung neuen Vertrauens auf seiten der Betroffenen gegeben hat, beispielsweise indem das Ausbleiben eines Widerrufs explizit erklärt wird oder eine Duldung des status quo zum Ausdruck kommt.

Daher kann auch das Institut der Rechtsverwirkung regelmäßig keine Anwendung finden, da der insoweit erforderliche Vertrauenstatbestand auf seiten der betroffenen Unternehmen regelmäßig nicht vorliegt.⁵²¹

Letztlich wird dieses Resultat bestätigt durch die Funktion des Widerrufs der Vereinbarkeitserklärung; durch den Widerruf soll ein wettbewerbskonformer

Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Gemeinschaftsrecht ausführlich Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 911 ff.

⁵¹⁸ EuGHE 1957, 83, 119 (Algera u.a./Gemeinsame Versammlung); E 1982, 749, Rz. 12 (Alpha Steel/Kommission); E 1987, 1032, Rz. 16 (Consortio Cooperative D'Abruzzo/Kommission).

⁵¹⁹ Vgl. EuGHE 1972, 619, Rz. 49 (ICI/Kommission); Schlußanträge des Generalanwalts Roemer zu EuGHE 1965, 894, 938 (Lemmerz-Werke/Hohe Behörde), EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 120 f. (LVM u.a./Kommission).

⁵²⁰ EuGHE 1957, 83, 119 (Algera u.a./Gemeinsame Versammlung); E 1982, 749, Rz. 10. Nach EuGHE 1987, 1032, Rz. 15 (Consortio Cooperative D'Abruzzo/Kommission) kann eine Frist von zwei Jahren schon nicht mehr angemessen sein.

⁵²¹ Vgl. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 994.

Zustandes herbeigeführt sowie als Nebenzweck die Zuwiderhandlung gegen die Auflage sanktioniert werden. Das Fehlen einer ausdrücklichen Verjährungsfrist in der FKVO zeigt, daß eine solche grundsätzlich vom Verordnungsgeber nicht gewollt ist. Die Bestimmung einer Verjährungsfrist für den Widerruf, der jedenfalls auch Sanktionscharakter hat, würde in den Zuständigkeitsbereich des Verordnungsgebers fallen und kann insofern nicht von der Kommission vorweggenommen werden.⁵²²

Im Ergebnis ist die Kommission im Rahmen ihrer Entscheidung über den Widerruf der Vereinbarkeitserklärung zeitlich nur durch den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass von behördlichen Entscheidungen gebunden ist. Lediglich in Einzelfällen, in denen auf seiten der beteiligten Unternehmen einen neuer Vertrauenstatbestand durch ein konkretes Verhalten begründet wurde, kann es vor dem Hintergrund des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu einer früheren Verwirkung bzw. Verfristung der behördlichen Entscheidungskompetenz kommen.

cc) Entscheidung über den Widerruf

Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO - ebenso des Art. 8 Abs. 5 FKVO - "kann ... widerrufen" deutet auf ein der Kommission im Rahmen ihrer Entscheidung eingeräumtes Ermessen hin.⁵²³ Ein freies Ermessen der Kommission könnte jedoch in einem Spannungsverhältnis dazu stehen, daß es sich bei der Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt,⁵²⁴ die eine begünstigende Rechtslage feststellt.⁵²⁵ Nach Art. 2 Abs. 3 FKVO "sind" Zusammenschlüsse für unvereinbar zu erklären, wenn sie eine wettbewerbsbehindernde marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, ansonsten "sind" sie gemäß Art. 6 Abs. 2 FKVO für vereinbar zu erklären. Im Fall des Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO könnte daher ein die Behörde in

⁵²² Vgl. EuGHE 1972, 619, Rz. 49 (ICI/Kommission).

⁵²³ Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 376; Erichsen-Ossenbühl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 184 ff.

⁵²⁴ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 46.

⁵²⁵ Harmjan, Auflagen und Bedingungen, 37.

ihrer Entscheidung bindendes "kann" vorliegen,⁵²⁶ also eine Verpflichtung zum Widerruf im Falle der Nichterfüllung von Auflagen bestehen.

Bezieht man jedoch den Charakter der Entscheidung unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze ein, so zeigt sich, daß der Kommission pflichtgemäß auszuübendes Entschließungs- und Auswahlermessen eingeräumt ist. Eine Widerrufsautomatik ist weder im Falle der Nichteinhaltung von Zusagen gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO noch bei den weiteren Widerrufsgründen in Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO, also nicht einmal bei bewußt falschen Angaben oder arglistiger Herbeiführung der Genehmigung, vorgesehen.⁵²⁷ Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵²⁸ in der Ausprägung des Übermaßverbotes erlaubt nur Maßnahmen, die zur Zweckerreichung erforderlich sind; zwischen mehreren geeigneten Maßnahmen ist die am wenigsten belastende auszuwählen.⁵²⁹ Da weniger belastende Instrumente als der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung in Betracht kommen, sind diese zumindest in die behördliche Entscheidungsfindung einzubeziehen.⁵³⁰ Grundsätzlich hat die Kommission - soweit möglich und erfolgversprechend⁵³¹ - weniger einschneidende Maßnahmen zu ergreifen.⁵³² Die Nichterfüllung von Auflagen, an deren Erfüllung nur ein geringes öffentliches Interesse besteht und die für die Vereinbarkeitserklärung nur von untergeordneter Bedeutung sind, vermag grundsätzlich einen Widerruf der Freigabe nicht zu rechtfertigen. Auch Veränderungen der Marktverhältnisse gegenüber dem Zeitpunkt der

⁵²⁶ Vgl. im deutschen Recht § 35 Abs. 2 GewO - bei Vorliegen der Zuverlässigkeitsvoraussetzungen hat die Behörde wegen Art. 12, 14 GG gerade kein Ermessen im Hinblick auf eine Gestattung der Fortführung des Gewerbetriebes durch einen Vertreter.

⁵²⁷ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 46.

⁵²⁸ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.; Grupp/Schäder, EWS 1993, 27.

⁵²⁹ EuGHE 1997, 4315, Rz. 30 (Affish/Rijksdienst); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Zuleeg, EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, FKVO Art. 3 b, Rz. 29 f.

⁵³⁰ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320; Fuchs, EuZW, 1996, 263 (265).

⁵³¹ Zu den weiteren Sanktionsmöglichkeiten in Phase I näher unter F. I. 2. b).

⁵³² Wenn auch nicht explizit in der FKVO erwähnt, sind daher auch im Einzelfall weniger belastende Mittel wie die angemessene Nachfristsetzung oder die Modifizierung der Nebenbestimmung für zulässig, da diese Möglichkeiten im Falle einer neuen Kommissionsentscheidung ebenfalls zu berücksichtigen wären und sie letztlich nur ein Minus zum Widerruf darstellen. Der Systematik der FKVO kann insoweit nicht entnommen werden, daß die Freigabe oder das Verbot die einzigen Entscheidungsoptionen darstellen (vgl. Fuchs, EuZW 1996, 263 (267)). Vgl. hierzu auch die deutsche Regelung in §§ 40 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 GWB, wonach das Bundeskartellamt im Falle der Zuwiderhandlung gegen Auflagen die Freigabeverfügung widerrufen oder durch nachträgliche Anordnung von Bedingungen ändern bzw. nachträglich mit Auflagen versehen kann.

Entscheidung sind aufzugreifen, so daß gegebenenfalls von einem Widerruf ganz abzusehen ist, wenn das Vorhaben vor dem Hintergrund der aktuellen Marktverhältnisse⁵³³ bereits in der bestehenden Form genehmigungsfähig ist.⁵³⁴ Insofern spielt der Charakter der wettbewerblichen Beurteilung der Kommission als Prognoseentscheidung eine Rolle, da die Kommissionsentscheidung auf einer ex-ante-Untersuchung künftiger Marktauswirkungen beruht, die a priori mit dem Risiko nachträglicher Veränderungen behaftet ist.⁵³⁵ Andererseits ist die Kommission bei Versagen alternativer Möglichkeiten zur Durchsetzung der Auflagen oder mangelnden Erfolgsaussichten der zu erbringenden Pflichten nicht befugt, einen wettbewerbswidrigen Zustand zu dulden; dies kann dazu führen, daß der Widerruf die einzig rechtmäßige Entscheidung darstellt und damit sogar eine Widerrufspflicht besteht.⁵³⁶

Die Kommission hat also nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der FKVO für den Gemeinsamen Markt darüber zu

⁵³³ Zum für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt vgl. G. I. 1. c).

⁵³⁴ Zusätzlich wäre in diesem Fall noch die bestehende Auflage zu beseitigen - sei es im Wege des isolierten Widerrufs, sei es mittels Widerrufs der Entscheidung und auflagenfreien Neuerlasses (vgl. Scharze, Europäisches Verwaltungsrecht, 960 f., sowie die im deutschen Verwaltungsrecht in § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG ("ganz oder teilweise") getroffene Regelung).

⁵³⁵ Fuchs, EuZW 1996, 263 (265). Dynamische Entwicklungen auf dem Markt - auch initiiert durch Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden - können dabei auch eine vollständige Neubewertung bereits getroffener Entscheidungen erforderlich machen. In dieser Weise verhielt es sich im Fall Shell/Montecatini (Phase II-Entscheidung). Die in der ursprünglichen Entscheidung der Kommission als "Auflagen und Bedingungen" berücksichtigten Zusagen (ABl. 1994 Nr. L 332, 48, Rz. 112 ff. und Art. 1) wurden hier im Rahmen einer neuerlichen Untersuchung des Zusammenschlusses für einen Teilbereich aufgehoben, da sie infolge der weiteren Marktentwicklung und einer Entscheidung der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörde Federal Trade Commission (FTC) mit zusätzlichen Vereinbarungen zur Lösung von Wettbewerbsproblemen auf dem US-Markt obsolet geworden waren (ABl. 1996 Nr. L 294, 10). Da die betreffenden Zusagen nach Auffassung der Kommission "angesichts der Entwicklungen, die nach Erlass der Entscheidung eingetreten sind, ... nicht mehr länger erforderlich [waren], um die in der Entscheidung geäußerten Bedenken der Kommission zu zerstreuen", erklärte sie den Zusammenschluß nunmehr ohne Bedingungen und Auflagen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (Rz. 21).

⁵³⁶ Es handelt sich diesbezüglich um einen Fall der Ermessensreduzierung auf Null nach der Nomenklatur des deutschen allgemeinen Verwaltungsrechts (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 383 m.w.N.). Als Folgeproblem stellt sich die Frage der gerichtlichen Durchsetzung der auf seiten der Behörde bestehenden Widerrufspflicht, da die Untätigkeitsklage gemäß Art. 232 EGV grundsätzlich nur für Mitgliedstaaten, die anderen Gemeinschaftsorgane und potentielle Adressaten in Betracht kommt. Hierdurch ist Personen, die nicht selbst Adressaten der begehrten Entscheidung sind, grundsätzlich die Klagemöglichkeit genommen (EuGHE 1982, 2277, Rz. 16 (Lord Bethell/Kommission); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Krück, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 175, Rz. 36 ff.). Im Falle der gänzlichen Untätigkeit der Kommission bei Nichterfüllung einer Auflage - ebenso bei Bedingungen - könnte jedoch eine erweiternde Auslegung des Art. 232 Abs. 3 EGV angezeigt sein, so daß auch klagebefugte Dritte die Kommission zu einer Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist (Art. 232 Abs. 2 EGV) auffordern und bei weiterer Untätigkeit der Kommission Klage nach Art. 175 EGV erheben könnten (vgl. EuGIE 1994, 121, 3. Leitsatz (Air France/Kommission)).

entscheiden, ob sie ihre Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO widerruft oder ob von ihr gegebenenfalls zunächst andere Mittel zur Herstellung eines wettbewerbskonformen Zustandes für ausreichend erachtet werden.

b) Geldbuße und Zwangsmittel

Im Gegensatz zur Möglichkeit des Widerrufs wurden im Rahmen der Novel-lierung der FKVO die für einen Auflagenverstoß in Phase II vorhandenen weiteren Sanktionsmöglichkeiten für die Nichterfüllung von Auflagen von Phase I-Entscheidungen nicht übernommen. Gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO kann das vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandeln gegen eine mit einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO erteilte Auflage zu einer Geldbuße führen. Nach Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO können die beteiligten Unternehmen durch Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Erfüllung einer mit der Freigabe gemäß Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verbundenen Auflage angehalten werden.

Um auch im ersten Verfahrensabschnitt zur dauerhaften Sicherung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt eine Zuwiderhandlung gegen die behördliche Verfügung ahnden bzw. ihre Erfüllung durchsetzen zu können, kann aufgrund des eindeutigen Wortlauts allenfalls auf eine analoge Anwendung der Vorschriften zurückgegriffen werden. Voraussetzung ist insofern ihre Analogiefähigkeit; es müßte eine planwidrige Regelungslücke bei einer vergleichbaren Sach- und Interessenlage zu schließen sein.⁵³⁷

Maßgeblich für das Kriterium der grundsätzlichen Analogiefähigkeit ist der Inhalt der Vorschrift. Handelt es sich um Normen mit Strafcharakter, so ergibt sich aus den Grundsätzen der rechtlichen Bestimmtheit von Straftatbeständen und des Verbots der Strafe ohne Gesetz die Unzulässigkeit der Analogie. Der Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege" stellt eine der zentralen Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips dar und gehört zum gemeinsamen Bestand der Verfassungs- und Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten.⁵³⁸ Er

⁵³⁷ Zu den Voraussetzungen grundlegend Larenz, Methodenlehre, 373 ff.; vgl. auch Bleckmann, NJW 1982, 1177 (1181).

⁵³⁸ Vgl. die Ausformulierung für natürliche Personen in Art. 7 Abs. 1 EMRK; noch weitergehend Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB. Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 15, Rz. 6 m.w.N.; Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Vorbem. Art. 15, Rz. 39 m.w.N.

verbietet eine Analogie zu Ungunsten des Täters und verlangt eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung.⁵³⁹ Auch für den Bereich des Strafrechts im weiteren Sinne, d.h. insbesondere auch des Verwaltungsstrafrechts, ist seine Geltung insofern anerkannt.⁵⁴⁰

Art. 14 Abs. 4 FKVO bestimmt, daß Entscheidungen über Geldbußen "nicht strafrechtlicher Art" sind. Dabei handelt es sich jedoch nach allgemeiner Ansicht nur um eine gesetzgeberische Klarstellung, daß durch die Regelung keine mitgliedstaatlichen Kompetenzen auf die Gemeinschaft übertragen werden, die gegebenenfalls an eine strafrechtliche Verurteilung geknüpften Rechtsfolgen nicht ausgelöst werden sollen und die Geldbuße keinen entehrenden oder stigmatisierenden Charakter hat.⁵⁴¹ In Bezug auf die Anwendbarkeit des strafrechtlichen Analogieverbots läßt sich Art. 14 Abs. 4 FKVO jedenfalls keine Aussage entnehmen. Hierfür ist die tatsächliche Einordnung der Bußgeldregelung maßgeblich.

Die rechtliche Qualifizierung der fusionskontroll- und kartellrechtlichen Geldbußen ist in der Literatur bis heute umstritten.⁵⁴² Zum Teil findet eine Einordnung als Kriminalstrafen⁵⁴³ statt, zum Teil als reine Verwaltungs-sanktionen ("sanctions administratives") zur Ahndung von Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften in Form eines behördlichen Rechtsakts,⁵⁴⁴ teilweise als Sanktionen "sui generis",⁵⁴⁵ teilweise auch als wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahmen,⁵⁴⁶ überwiegend jedoch als Strafen im weiteren Sinne vergleichbar den deutschen, italienischen und portugiesischen Ord-

⁵³⁹ Vgl. Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, § 1, Rz. 1 ff. m.w.N.

⁵⁴⁰ Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 15, Rz. 6 m.w.N.

⁵⁴¹ Vgl. bezüglich der identischen Regelung in Art. 15 Abs. 4 KartellVO (VO 17/62) Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Vorbem. Art. 15, Rz. 199 m.w.N.

⁵⁴² Auf der Basis von Art. 14 FKVO ergingen bisher erst zwei Entscheidungen, wohingegen zur kartellrechtlichen Geldbuße nach Art. 15 KartellVO (VO 17/62) eine reichhaltige Entscheidungspraxis vorliegt, so daß letztere zentraler Gegenstand der Diskussion um den Rechtscharakter ist. Da jedoch Wortlaut und Regelungsgehalt beider Vorschriften nahezu identisch sind - lediglich der Adressatenkreis des Art. 14 FKVO ist um natürliche Personen erweitert -, kann auf die diesbezügliche Literatur zurückgegriffen werden. Ausführlich zum Streitstand zu Art. 15 Abs. 4 KartellVO (VO 17/62) Wagemann, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften, 14 ff.

⁵⁴³ Schroth, Economic offences in EEC law, 144 ff.; ders. *Wistra* 1984, 164 (165); in diese Richtung gehend wohl auch Ritter/Braun/Rawlinson, EEC Competition Law, 676 ("The fines ... are little different from fines imposed by a criminal court").

⁵⁴⁴ Vgl. Winkler, Rechtsnatur der Geldbuße, 67 ff.

⁵⁴⁵ Oehler, Internationales Strafrecht, 564.

⁵⁴⁶ Otto, Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 5 ff. und 28 f.

nungswidrigkeiten.⁵⁴⁷ Einigkeit besteht darin, daß der Rückgriff zumindest auf die fundamentalen strafrechtlichen Rechtsgrundsätze und Garantien zulässig bzw. geboten ist. Für die zuletzt genannte rechtliche Qualifizierung spricht vor allem der Zweck der wettbewerbsrechtlichen Geldbußen, der sich aus der repressiven Funktion, d.h. der Ahndung eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens, und der Prävention, also der Abschreckung von der Begehung zukünftigen Unrechts, zusammensetzt.⁵⁴⁸

Der Gerichtshof hat bisher zur Problematik der rechtlichen Einordnung noch nicht explizit Stellung genommen, wobei in den ergangenen Entscheidungen zumindest die Anwendbarkeit strafrechtlicher Grundsätze auf Geldbußenentscheidungen im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsrechts zum Ausdruck kommt.⁵⁴⁹

Das strafrechtliche Analogieverbot stellt eines der fundamentalen rechtsstaatlichen Prinzipien dar und ist insofern nach allen genannten Ansichten in Bezug auf die Geldbußenregelung der FKVO zu beachten. Die Verhängung eines Bußgeldes in analoger Anwendung von Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO bei Zuwiderhandlungen gegen Auflagen von Phase I-Entscheidungen scheidet daher aus rechtsstaatlichen Gründen aus.

Schwieriger ist, die Frage der Analogiefähigkeit von Art. 15 Abs. 2 lit. b) FKVO zur Durchsetzung von Auflagen im ersten Verfahrensabschnitt im Wege der Festsetzung eines Zwangsgeldes zu klären. Wie der Wortlaut der Vorschrift deutlich macht, hat das Zwangsgeld einerseits die Funktion eines Beugemittels;

⁵⁴⁷ Tiedemann, Festschrift Jescheck, 1411 (1417); Winkler, Rechtsnatur der Geldbuße, 80 ff.; Siohl, Schuldfeststellung bei Unternehmen, 25 ff. und 48 ff. m.w.N.; Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 15 Rz. 207; Groeben/Thiesing/ Ehlermann-Bronett, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, Art. 87 - Zweiter Teil, VO 17, Rz. 51; Wiedemann-Dieckmann, Handbuch des Kartellrechts, § 46, Rz. 1.

⁵⁴⁸ Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 15, Rz. 205 f.

⁵⁴⁹ In den Entscheidungen EuGHE 1970, 661, Rz. 172 (ACF/Kommission), 733, Rz. 16 (Buchler/Kommission), 769, Rz. 53 (Boehringer/Kommission) ist als Zweck der Geldbußen die Ahndung sowie Vorbeugung der Wiederholung von unerlaubten Handlungen genannt, was auf den Charakter als strafrechtliche Sanktion im weiteren Sinne hindeutet. In der Entscheidung vom 17.12.1998, Rs. C-185/95, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 21 und 46 ff. (Baustahlgewerbe/Kommission) zieht der EuGH im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit verhängter Geldbußen den auf den Grundrechten der EMRK (Art. 6) aufbauenden Grundsatz des fairen Verfahrens heran (vgl. hierzu auch die Schlußanträge des Generalanwalts Léger, online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Tz. 31, wonach der vorliegende Fall angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wie der Berichte der Europäischen Kommission für Menschenrechte in den "strafrechtlichen" Bereich fällt). In eine andere Richtung deutend allerdings das EuGI in E1994, 755, Rz. 235 (Tetra Pak/Kommission), wonach die gemäß Art. 15 Abs. 2 KartellVO (VO 17/62) festgesetzten Geldbußen "schon nach dem Wortlaut des Artikel 15 Absatz 4 nicht strafrechtlicher Art sind".

die Adressaten sollen zur Einhaltung der auferlegten Handlungs- oder Unterlassungspflichten gezwungen und dadurch die Effizienz des Verwaltungshandelns gesichert werden.⁵⁵⁰ Primär soll ein zukünftiges Verhalten erzwungen, nicht aber ein vergangenes Verhalten bestraft werden. Daneben dient das Instrument des Zwangsmittels insoweit der Prävention, als es die Adressaten zur Befolgung der ergangenen Auflage anhält.⁵⁵¹ Andererseits zeigt die konkrete Ausgestaltung des Zwangsgeldes, daß daneben noch ein weiterer Zweck tritt. Nach Art. 15 Abs. 3 FKVO kann die Kommission auch dann noch einen - gegebenenfalls herabgesetzten - Betrag als Zwangsgeld festsetzen, wenn die Adressaten doch noch der auferlegten Verpflichtung nachgekommen sind. Dies deutet in Richtung eines - zumindest auch - bestrafenden Charakters der Zwangsgeldvorschrift,⁵⁵² so daß eine entsprechende Anwendung von Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO auf Zuwiderhandlungen gegen im ersten Verfahrensabschnitt ergangene Auflagen vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips ebenfalls abzulehnen ist.⁵⁵³

Letztlich kommt eine analoge Anwendung von Art. 14 und 15 FKVO aber auch aus systematischen Gründen nicht in Betracht, da es geboten erscheint, die Nichterfüllung von Auflagen im ersten und im zweiten Prüfungsabschnitt unterschiedlich zu behandeln. In Phase I untersucht die Kommission gemäß Art. 6 Abs. 1 FKVO in einer summarischen Prüfung, ob der angemeldete Zusammenschluß Anlaß zu ernststen Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt.⁵⁵⁴ Fehlen diese, so erklärt sie das Vorhaben - gegebenenfalls mit Auflagen und Bedingungen - gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 FKVO für vereinbar. Da eine ausführliche Untersuchung der konkreten Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt im ersten Verfahrensabschnitt nicht stattfindet, können im Einzelfall zu weitreichende Zusagen entgegengenommen werden, was sich jedoch erst im Rahmen einer ausführlichen Untersuchung herausstellen würde.⁵⁵⁵ Würden auch in Phase I Zwangsgeld und Geldbuße als

⁵⁵⁰ Vgl. zur nahezu identischen Regelung in Art. 16 KartellVO (VO 17/62) Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 2; Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 3. Vgl. auch EuGHE 1970, 661, Rz. 172 (ACF/Kommission), 733, Rz. 16 (Buchler/Kommission); E 1970, 769, Rz. 53 (Boehringer/Kommission).

⁵⁵¹ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 5.

⁵⁵² Vgl. Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 3. Die vergleichbare Regelung im deutschen Verwaltungsrecht sieht demgegenüber gemäß § 15 Abs. 3 VwVG eine Einstellung des Vollzugs vor, sobald sein Zweck erreicht ist.

⁵⁵³ Zur alten Rechtslage so ohne nähere Begründung auch Fuchs, WuW 1996, 269 (284, Fn. 78).

⁵⁵⁴ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 10; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 6, Rz. 3 und 10.

⁵⁵⁵ Vgl. oben E. I. 2. f). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bestehen hiergegen keine Bedenken.

Sanktionen zugelassen, könnte dies dazu führen, daß die beteiligten Unternehmen zur Vermeidung der Zahlung einer Geldbuße oder eines Zwangsgeldes auch nach objektiver Sachlage nicht gerechtfertigte Zusagen einhalten müßten. Anders stellt es sich bezüglich des bei Nichterfüllung einer Auflage gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO zugelassenen Widerrufs der Vereinbarkeitserklärung dar. Diese ordnet als einzige Rechtsfolge die Wiedereröffnung des Verfahrens an, so daß eine erneute, gegebenenfalls eingehendere Prüfung des Vorhabens nunmehr vorgenommen werden kann.

c) Zwischenergebnis

Werden von den beteiligten Unternehmen Zusagen nicht erfüllt, die als Auflage mit der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verbunden wurden, kann die Kommission die Freigabeentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO widerrufen. Voraussetzung ist ein objektives Zuwiderhandeln zumindest eines der beteiligten Unternehmen gegen eine oder mehrere Auflagen. Die Entscheidung über den Widerruf steht im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission. Sie hat dabei zwischenzeitlich eingetretene Marktveränderungen und das Gewicht der Auflage zu berücksichtigen. In zeitlicher Hinsicht ist die Kommission lediglich an den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß von behördlichen Entscheidungen gebunden, da sich weder aus der FKVO noch aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen eine weitergehende Fristbindung ergibt. Da die Art. 14, 15 FKVO keine Regelung in Bezug auf die Zuwiderhandlung gegen Auflagen von Phase I-Entscheidungen enthalten, kommt die Verhängung eines Bußgeldes bzw. die Festsetzung eines Zwangsgeldes nicht in Betracht.

3. Sanktionierung bei Absicherung mittels Bedingung

Der Fall des Nichteintritts von bedingenden Ereignissen der Kommissionsentscheidung ist in der FKVO nicht ausdrücklich sanktioniert. Dies ist allerdings auch nicht erforderlich, da sich aus der Verknüpfung der Entscheidung mit einer Bedingung schon infolge deren Rechtscharakters konkrete Konsequenzen bei Eintritt des Bedingungsfalls ergeben.

a) Entfallen der Genehmigungswirkung

Die Verknüpfung der Freigabe mit einer Bedingung führt dazu, daß die materiellen Wirkungen der Genehmigung vom - fristgemäßen - Eintritt oder Ausbleiben eines bestimmten Ereignisses abhängen.⁵⁵⁶ Dabei bedarf es infolge der direkten Abhängigkeit der Entscheidung vom bedingenden Ereignis auf seiten der Verwaltungsbehörde keines besonderen Rechtsakts zur Vollstreckung der Nebenbestimmung, sie wirkt "self-executing".⁵⁵⁷ Der Eintritt bzw. das Ausbleiben des Ereignisses läßt ipso iure die behördliche Entscheidung entfallen, da die Bedingung als Teil der Vereinbarkeitserklärung unmittelbar deren materielle Wirksamkeit bestimmt.⁵⁵⁸

Im Falle der aufschiebenden Bedingung führt die nicht fristgemäße Erfüllung der abgegebenen Zusagen zum nunmehr dauerhaften Fehlen einer Freigabe des Vorhabens. Die materiellen Wirkungen der Vereinbarkeitserklärung treten dauerhaft nicht ein, dem anmeldepflichtigen Vorhaben fehlt also die erforderliche Freigabe.⁵⁵⁹

Die Verknüpfung mit einer auflösenden Bedingung beseitigt mit Eintritt des bedingenden Ereignisses die Entscheidung der Kommission.⁵⁶⁰ Mit fruchtlosem Ablauf der auferlegten Frist, binnen derer die Erfüllung der Änderungen des Zusammenschlußvorhabens von den beteiligten Unternehmen zugesagt wurde, fallen die mit der ursprünglichen Freigabe des Vorhabens verbundenen materiellen Rechtswirkungen nachträglich weg; ab diesem Zeitpunkt fehlt die Feststellung der Vereinbarkeit.⁵⁶¹

⁵⁵⁶ Vgl. hierzu oben E. I. 3. b) bb).

⁵⁵⁷ Fuchs, WuW 1996, 269 (279).

⁵⁵⁸ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25; Fuchs, WuW 1996, 269 (279); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 27.

⁵⁵⁹ Vgl. die Normierung für das deutsche Zivilrecht in § 158 Abs. 1 BGB.

⁵⁶⁰ Vgl. die Normierung für das deutsche Zivilrecht in § 158 Abs. 2 BGB.

⁵⁶¹ A.A. bezüglich Bedingungen von Phase II-Entscheidungen - allerdings vor Novellierung der FKVO - wohl Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320, und Fuchs, WuW 1996, 269 (280), die ohne nähere Begründung von einer zwar rückwirkenden Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung ausgehen, allerdings die logische Konsequenz der ex-tunc-Nichtigkeit des Zusammenschlusses infolge der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO ablehnen. Dieser Ansatz der rückwirkenden Beseitigung vermag nicht zu überzeugen, da bei der auflösenden Bedingung eine Rückbeziehung regelmäßig nicht gewollt ist (vgl. für das deutsche Zivilrecht § 159 BGB sowie hierzu BGHZ 10, 69 (72)).

Da der Automatismus der Bedingung keinen Raum für ein behördliches Ermessen läßt, hat die Kommission dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵⁶² gegebenenfalls in anderer Weise Rechnung zu tragen. Treten aufgrund dynamischer Entwicklungen im Wettbewerb nachträglich Marktveränderungen ein, die eine Neubewertung des einer früheren Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts erfordern, hat die Kommission das Recht und gegebenenfalls auch die Pflicht, ihre frühere Entscheidung zugunsten der beteiligten Unternehmen abzuändern. Dabei hat sie nicht mehr erforderliche Nebenbestimmungen nachträglich - soweit noch nicht erfüllt - zu modifizieren oder aufzuheben.⁵⁶³ Hintergrund ist insofern der Charakter der Vereinbarkeitserklärung. Die Entscheidung beruht auf einer wettbewerblichen Beurteilung der Kommission im Rahmen einer ex-ante anzustellenden Untersuchung künftiger Marktauswirkungen und ist damit von vornherein mit dem Risiko nachträglicher Veränderungen behaftet.⁵⁶⁴

b) Geldbuße und Zwangsmittel

Die Verhängung einer Geldbuße und die Festsetzung eines Zwangsgeldes sind in der FKVO für den Fall des Bedingungseintritts nicht vorgesehen. Dies wäre mit dem Rechtscharakter der Bedingung auch nicht vereinbar, da der Bestand der Entscheidung gerade vom bedingenden Ereignis abhängt und die materiellen Wirkungen der Entscheidung beim Eintritt oder Ausbleiben des bedingenden Ereignisses erst entstehen bzw. wegfallen. Die Frage einer analogen Anwendung der Art. 14, 15 FKVO, d.h. der Verhängung einer Geldbuße und/oder der Festsetzung eines Zwangsgeldes allein aufgrund des Eintritts des Bedingungsfalls, stellt sich insoweit von vornherein nicht, zumal auch keine explizite Regelung in der FKVO enthalten ist. Damit besteht die Möglichkeit der Festsetzung eines Buß- oder Zwangsgeldes lediglich, wenn nach dem Wegfall

⁵⁶² Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 690 ff.; Kutscher, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 89 ff.; Schweitzer-Weber, Europäisches Verwaltungsrecht, 75 ff.; Grupp/Schäder, EWS 1993, 27 ff.

⁵⁶³ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 8 Rz. 13; Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); vgl. hierzu die Kommissionsentscheidungen zu den Zusammenschlüssen Shell/Montecatini (Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1994 Nr. L 332, 48, Aufhebung der Nebenbestimmungen, ABl. 1996 Nr. L 294, 10) und RTL/Veronica/Endemol (Untersagung, ABl. 1996, L 134, 32, spätere Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1996 L 294, 14) (Phase II-Entscheidungen).

⁵⁶⁴ Fuchs, EuZW 1996, 263 (265).

der Vereinbarkeitsentscheidung durch eine zusätzliche Handlung bzw. ein zusätzliches Unterlassen ein Tatbestand der Art. 14 oder 15 FKVO erfüllt wird.

c) Zwischenergebnis

Werden von den beteiligten Unternehmen Zusagen nicht erfüllt, die im Wege der Bedingung mit der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verknüpft sind, wirkt sich dies ipso iure auf den Bestand der materiellen Rechtswirkungen der Kommissionsentscheidung aus. Das Ausbleiben des aufschiebend bedingenden Ereignisses führt zum nunmehr dauerhaften Ausbleiben der Freigabeentscheidung, der Eintritt der auflösend bedingenden Situation zum späteren Entfallen der ursprünglichen Freigabeentscheidung. Es bedarf insoweit keiner weiteren Rechtshandlungen der Kommission. Auf zwischenzeitliche Änderungen der Marktsituation kann die Kommission allerdings im Wege der Abänderung der ursprünglichen Entscheidung reagieren. Die Festsetzung eines Bußgeldes und/oder eines Zwangsgeldes allein infolge des Eintritts des Bedingungsfalls kommt nicht in Betracht.

4. Sanktionierung bei fehlender Absicherung mittels Auflage oder Bedingung

Die Verwaltungspraxis der Kommission, von den beteiligten Unternehmen abgegebene Zusagen auch lediglich als Teil der zusammenschlußrelevanten Tatsachen zu berücksichtigen, erfordert eine Untersuchung der Durchsetzungsmöglichkeiten in diesen Fällen. Mehrfach nahm die Kommission Zusagen im Rahmen der Sachverhaltswürdigung und der Prognose über die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinsamen Markt zur Kenntnis oder erließ die Entscheidung nur aus den in der Entscheidung genannten Gründen, ohne die Zusagen der beteiligten Unternehmen förmlich zum Gegenstand einer Auflage oder Bedingung zu machen.⁵⁶⁵ Mögliche Konsequenzen einer Nichterfüllung können sich zum einen aus den Vorschriften der FKVO, zum anderen aus den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Rechts ergeben.

⁵⁶⁵ Z.B. Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 98 EU-V 107, Rz. 52; Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42; Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung), in der in Kenntnis der fehlenden Durchsetzbarkeit auf den Erlaß einer Auflage verzichtet wurde.

Nachfolgend wird die Anwendung von Sanktionierungsinstrumenten der FKVO und des allgemeinen Gemeinschaftsrechts auf die Nichterfüllung von Zusagen diskutiert, die nicht durch Aufgabe von Nebenbestimmungen in die Kommissionsentscheidung einbezogen wurden.

a) Abgrenzung von Entscheidungen mit inzidenter Verknüpfung mit Nebenbestimmungen

In einem ersten Schritt soll diese Fallgruppe jedoch zunächst konturiert werden durch die Abgrenzung von Kommissionsentscheidungen, in denen zwar nicht explizit Nebenbestimmungen aufgegeben werden, eine Verknüpfung jedoch inzident stattfindet. In diesem Fall ergeben sich die Rechtsfolgen einer Nichterfüllung nämlich bereits aus den Regelungen der FKVO für Nebenbestimmungen der Kommissionsentscheidung.

Auch bei nicht expliziter Bezeichnung als Auflage oder Bedingung kann für den Adressaten erkennbar sein, daß eine Nebenbestimmung von der Behörde gewollt war. Ausgehend von der Bezeichnung als erstem Indiz ist der in der Entscheidung geäußerte behördliche Wille, d.h. der materielle Gehalt, maßgeblich heranzuziehen und hierauf aufbauend die behördliche Entscheidung auszulegen.⁵⁶⁶ Anhand des in der Vereinbarkeitserklärung zum Ausdruck kommenden Willens der Behörde ist zu ermitteln, ob die Behörde die Abhängigkeit der Entscheidung von der Erfüllung der abgegebenen Zusagen nicht konkludent zum Ausdruck gebracht hat. Wenn sich bei Gesamtbetrachtung der Entscheidung zeigt, daß die Freigabe in direktem Zusammenhang mit den von den beteiligten Unternehmen angebotenen Gestaltungsänderungen steht, kann auch bei nicht ausdrücklicher Benennung als Bedingung eine nur bedingte Vereinbarkeitserklärung angenommen werden. Ergeht die Vereinbarkeitserklärung "unter der Voraussetzung der Erfüllung" der abgegebenen Zusagen,⁵⁶⁷ dürfte daher von einem nur bedingten Erlaß auszugehen sein. Läßt die Entscheidung einen Vollzug mit Erlaß der Entscheidung zu, spricht dies regelmäßig für eine auflösend bedingende Verknüpfung.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Vgl. zum deutschen Recht, Brenner, JuS 1996, 281 (284); Knack-Hennecke, VwVfG, § 36, Rz. 5.3.2; Kopp, VwVfG, § 36, Rz. 5; Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36, Rz. 31.

⁵⁶⁷ Z.B. Thyssen/Krupp, WuW EU-V 74, Rz. 33; Skanska/Scancem, ABl. 1999 Nr. L 183, 1, Art. 1 (Phase II-Entscheidung).

⁵⁶⁸ Vgl. oben E. I. 3. b) bb).

Entsprechend sind Entscheidungen in englischer Sprache mit einem Erlaß "subject to the full compliance with the undertakings" zu interpretieren.⁵⁶⁹ Die Wortwahl "subject to" spricht für die Verknüpfung der Zusagen mit der Entscheidung als Bedingung, auch wenn auf den entsprechenden Ausdruck der FKVO in ihrer englischsprachigen Fassung ("conditions") verzichtet wird, so daß mangels eindeutiger Bezeichnung eine Auslegung erforderlich ist. Indem die Kommission die Genehmigung unter dem Vorbehalt der Erfüllung sämtlicher Zusagen erteilt,⁵⁷⁰ bringt sie materiell zum Ausdruck, daß ihr die Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen so vordringlich ist, daß die materielle Wirksamkeit der Entscheidung hiervon abhängen soll.⁵⁷¹ In gleicher Weise dürfte auch die Wortwahl "to the extent that ..."⁵⁷² zu verstehen sein, da auch hierdurch eine Abhängigkeit der Entscheidung von der Erfüllung der Zusagen zum Ausdruck gebracht wird.⁵⁷³

Die in den in französischer Originalfassung veröffentlichten Entscheidungen gebrauchte Formulierung "sous réserve de la complète execution des engagements proposés par la partie notifiante"⁵⁷⁴ legt ebenfalls die Annahme einer nur bedingten Freigabe nahe, indem die Genehmigung vorbehaltlich der Einhaltung der abgegebenen Zusagen ergeht⁵⁷⁵ und so die Vordringlichkeit der Erfüllung der angebotenen Abhilfen deutlich wird.⁵⁷⁶

⁵⁶⁹ Z.B. Allianz/AGF, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 76; Neste/IVO, WuW EU-V 79, Rz. 62; Exxon/Shell, WuW 98 EU-V 129, Rz. 37.

⁵⁷⁰ Vgl. zur Übersetzung und zum juristischen Sprachgebrauch Rat der Europäischen Gemeinschaften, EG-Wörterbuchverzeichnis Englisch, 847; Romain, Wörterbuch Englisch, 743; Dietl, Wörterbuch Englisch, 737; PONS Collins, Wörterbuch Englisch, 1089.

⁵⁷¹ Vgl. oben E. I. 3. b) bb).

⁵⁷² Z.B. BP/Amoco, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 49: "For the above reasons, the Commission has decided not to oppose the notified operation, to the extent that, following the modification brought about by the undertakings concerned to their original concentration plan, the operation does not give rise to serious doubts."

⁵⁷³ Ein Übersetzungsvorschlag stellt insofern die Konjunktion "soweit" dar (Rat der Europäischen Gemeinschaften, EG-Wörterverzeichnis Englisch, 802).

⁵⁷⁴ Z.B. Usinor/Cockerill, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 50; ebenso Alcatel/Thomson CSF-SCS, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 44.

⁵⁷⁵ Vgl. zur Übersetzung Pons, Großwörterbuch Französisch, 481.

⁵⁷⁶ Zur entsprechenden spanischen Fassung vgl. die Entscheidung FCC/Vivendi, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec99.htm>, Rz. 64 ("Sobre la base de las razones expuestas anteriormente, la Comisión decide no oponerse a la operación notificada y declararla compatible con el mercado común.").

Schwieriger ist die Frage des Vorliegens einer tatsächlichen Verknüpfung zu beurteilen, wenn der Zusammenschluß lediglich "aus vorgenannten Gründen"⁵⁷⁷ freigegeben wird; in einem solchen Fall müßten weitere Umstände und der Gesamtzusammenhang der Entscheidung zum Ausdruck bringen, daß die Kommission die Entscheidung nicht ohne, sondern geknüpft an Nebenbestimmungen erlassen wollte.

Ergibt sich daher durch Auslegung der Vereinbarkeitsentscheidung, daß diese an Nebenbestimmungen geknüpft ist, so kommen die bereits dargestellten Sanktionen bei Nichterfüllung von Auflagen und Bedingungen zur Anwendung. Lediglich im anderen Fall, wenn sich auch keine inzidente Verknüpfung der Entscheidung mit Nebenbestimmungen von der Kommission zum Ausdruck gebracht wird, stellt sich die Frage nach alternativen Sanktions- bzw. Durchsetzungsmöglichkeiten, die im folgendem untersucht werden.

b) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung

Die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs wäre am besten gesichert, wenn der Kommission auch bei fehlender Absicherung mittels Nebenbestimmungen ein Recht zur Beseitigung ihrer Vereinbarkeitsentscheidung zustünde. Da nicht die Auflage als mögliches Sicherungsinstrument gewählt wurde, kommt bei der Berücksichtigung von Zusagen lediglich auf Sachverhaltsebene ohne Aufgabe von Auflagen ein Widerruf nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO jedoch nicht in Betracht.⁵⁷⁸

aa) Widerruf wegen falscher Angaben oder Arglist

Gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO kann die Kommission die Entscheidung allerdings auch dann widerrufen, wenn die Entscheidung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind oder arglistig herbeigeführt worden ist.

Der Anwendbarkeit dieser Regelung steht noch nicht entgegen, daß es wie im Fall des Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO um die Durchsetzung von Zusagen geht, da

⁵⁷⁷ "For the above reasons"; z.B. Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 98 EU-V 107, Rz. 52; Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42.

⁵⁷⁸ Zwar ist es nicht erforderlich, daß explizit eine "Auflage" hinzugefügt wurde - dies kann sich vielmehr auch erst durch Auslegung ergeben -, jedoch ist Grundvoraussetzung, daß die Freigabe jedenfalls mit einer Nebenbestimmung versehen ist (vgl. oben E. I. 3. b)).

lit. b) lediglich die Zuwiderhandlung gegen Auflagen betrifft, wohingegen lit. a) sämtliche Angaben auf tatbestandlicher Ebene erfaßt.⁵⁷⁹ In seiner ersten Alternative verlangt Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO von einem der beteiligten Unternehmen zu vertretende, unrichtige Angaben, die für die Kommissionsentscheidung zumindest mitursächlich gewesen sind. Gegenstand sind insofern sämtliche zusammenschlußrelevanten Mitteilungen gegenüber der Kommission.⁵⁸⁰

Die Qualifizierung von Zusagen als Teil der zusammenschlußrelevanten Angaben könnte dabei unter Hinweis auf den fehlenden Gegenwartsbezug abgelehnt werden. Maßgeblich könnte der angemeldete Zusammenschluß in seiner Gestalt zum Zeitpunkt der Anmeldung sein. Allerdings beschränkt sich Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO gerade nicht auf die unrichtige Anmeldung des Zusammenschlusses, vielmehr wird allein auf unrichtige Angaben der beteiligten Unternehmen abgestellt, auf denen die Entscheidung der Kommission beruht. Auch die weiteren Sprachfassungen der FKVO enthalten sinngleiche, umfassende Begriffe.⁵⁸¹ Vor dem Hintergrund der zusätzlich zur eigentlichen Darstellung des Zusammenschlusses zu erklärenden Angaben und dem Zweck der Widerrufsregelung zeigt sich, daß der Begriff der Angaben nicht zu eng begrenzt werden darf. Funktion der Abgabe von Zusagen ist die Herbeiführung der Vereinbarkeitserklärung.⁵⁸² Schon insoweit handelt es sich also um Angaben im Sinne von Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO. Im übrigen müssen Anmeldungen nach Art. 3 Abs. 1 VerfVO die im Formblatt CO⁵⁸³ verlangten Angaben und Unterlagen enthalten. Zu den erforderlichen Angaben gehört neben der Darlegung der aktuellen Unternehmenszusammenhänge auch die Beschreibung der nach dem Zusammenschluß vorgesehenen Eigentumsstrukturen, der Ausgestaltung der Kontrolle sowie ausführliche marktbezogene Informationen zur Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses. Die von der Kommission entgegengenommenen Abhilfen sind zwar regelmäßig erst nach

⁵⁷⁹ Fuchs, EuZW 1996, 263 (264) bezüglich der identischen Regelung in Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO.

⁵⁸⁰ Die von Fuchs (a.a.O.) gewählte Begrenzung der Angaben als "Tatsachenmitteilungen" erscheint insoweit zu eng, da hierdurch sämtliche von den Unternehmen in Bezug auf zukünftige Marktentwicklungen getätigten Angaben nicht umfaßt wären. Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO stellt jedoch gerade auf die unrichtige Erklärung ohne Limitierung auf das Merkmal des Tatsachencharakters ab.

⁵⁸¹ Z.B. "incorrect information", "indications inexactes", "información incorrecta".

⁵⁸² Vgl. oben E. I. 1.

⁵⁸³ Formblatt zur Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4063/89 des Rates, Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 01.03.1998 (ABl. 1998 Nr. L 61, 1) über Anmeldungen, Fristen sowie Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

Erlaß der Freigabeentscheidung zu erfüllen;⁵⁸⁴ da sie jedoch die künftige Marktentwicklung beeinflussen sollen, sind sie ebenfalls als Teil marktbezogene Informationen anzusehen. Auch zukünftig einzuhaltende Zusagen stellen also aus diesen Erwägungen heraus "Angaben" im Sinne von Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO dar.

Die in Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO geforderte Kausalität liegt vor, wenn die Kommission bei Übermittlung korrekter Angaben wahrscheinlich eine zumindest teilweise andere Entscheidung getroffen hätte.⁵⁸⁵ Wird auf abgegebene Zusagen in der Entscheidungsbegründung explizit eingegangen - wie in den bisherigen Kommissionsentscheidungen mit Berücksichtigung als zusammenschlußrelevante Tatsachen geschehen⁵⁸⁶ - und findet eine Würdigung auf tatsächlicher Ebene statt, ist regelmäßig von der erforderlichen Entscheidungserheblichkeit auszugehen.

Die unrichtigen Angaben müssen von einem der beteiligten Unternehmen "zu vertreten" sein. Zum Teil wird dies als echtes Verschuldenserfordernis verstanden,⁵⁸⁷ so daß auf seiten wenigstens eines Unternehmens ein zumindest fahrlässiges Verhalten bezüglich der Richtigkeit der getätigten Erklärungen vorliegen müßte. Zum Teil wird auch eine Differenzierung nach Verantwortungsbereichen vorgenommen, d.h., die objektive Zugehörigkeit der Information zum Verantwortungsbereich der beteiligten Unternehmen für ausreichend erachtet.⁵⁸⁸ Für letztere Auffassung spricht der Wortlaut der englischen Textfassung "for which one of the undertakings is responsible" und die Zielrichtung der FKVO.⁵⁸⁹

Bei Nichterfüllung von Zusagen wird es allerdings nach beiden Ansichten regelmäßig am Vorliegen des Vertretenmüssens fehlen. Bezugspunkt für ein

⁵⁸⁴ Es handelt sich insoweit regelmäßig um Nachfristzusagen nach der unter D. I. dargestellten Begriffsbildung. Bei bereits vor Entscheidungserlaß zu erfüllenden Zusagen (Vorfristzusagen) stellt sich die Frage Gegenwartsbezugs von vornherein nicht. Bei diesen ist allerdings auch die Sicherstellung ihrer Einhaltung unproblematisch, da im Falle der Nichterfüllung schon keine Freigabe des Zusammenschlusses erfolgt.

⁵⁸⁵ Fuchs, EuZW 1996, 263 (264) bezüglich der identischen Regelung in Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO.

⁵⁸⁶ Z.B. Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 98 EU-V 107, Rz. 52; Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42; Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung).

⁵⁸⁷ Ohne nähere Begründung Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 8, Anm. II. 4; Niemeyer, Europäische Fusionskontrollverordnung, 26.

⁵⁸⁸ Fuchs, EuZW 1996, 263 (265); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 42.

⁵⁸⁹ Die langfristige Sicherung kompetitiver Marktstrukturen im Gemeinsamen Markt (vgl. Erwägungsgrund 5., 7., 13. der FKVO i.V.m. Art. 2, 3 lit. g) EGV).

Verschulden oder die Zuordnung zu einem Verantwortungsbereich ist in zeitlicher und sachlicher Hinsicht die Unrichtigkeit der Angabe, d.h. ein Fehler eines der beteiligten Unternehmen bei der Zusammenstellung der einzureichenden Daten. Wird eine eingegangene Verpflichtung zu einem späteren Zeitpunkt - auch schuldhaft - nicht eingehalten, so hat ein diesbezügliches Vertretenmüssen zunächst keinen Einfluß auf die zugrundeliegende Zusage; es handelt sich um unterschiedliche Sachverhalte. Die Beurteilung zukünftiger Sachverhalte und damit auch die Prognose über die Auswirkungen von Zusagen, die erst nach Erlaß der Vereinbarkeitserklärung zur erfüllen sind, obliegt allein der Kommission.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls gelangen, wenn man in jeder abgegebenen Zusage in extensiver Erweiterung des Wortlauts von Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO eine Garantieerklärung der beteiligten Unternehmen auch in Bezug auf zukünftige Entwicklungen sähe, so daß zumindest eine gewillkürte Zuordnung zum Verantwortungsbereich im Zeitpunkt der Vereinbarkeitserklärung angenommen werden könnte. Diese Vorgehensweise wird jedoch nicht mehr vom Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO gedeckt, zumal Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO der Kommission bei Verwendung einer Auflage eine explizite Widerrufsmöglichkeit einräumt.

Lediglich in Fällen, in denen von vornherein das Ausbleiben der eingegangenen Verpflichtungen feststand bzw. für die beteiligten Unternehmen jedenfalls erkennbar war und damit eine Rückanknüpfung an den Zeitpunkt der Erklärung der Zusagen nachgewiesen werden kann, kommt daher Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO als Widerrufsgrund bei Nichterfüllung von Zusagen in Betracht. In der Praxis dürfte der erforderliche Nachweis eines Vertretenmüssens auf seiten eines der beteiligten Unternehmen dabei auf erhebliche Beweisprobleme stoßen, was selbst bei tatsächlichem Vorliegen der Widerrufsvoraussetzungen die tatsächliche Vornahme erschwert.

Bei Herbeiführung der Vereinbarkeitserklärung mittels Zusagen, deren Erfüllung von vornherein nicht beabsichtigt ist, wird zumeist auch die zweite Alternative des Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO, Arglist bei der Entscheidungsherbeiführung, einschlägig sein. Arglist im Zusammenhang mit der Herbeiführung der Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO ist bei jeder Form der vorsätzlich unlauteren Beeinflussung der Kommission anzunehmen, also sowohl bei

arglistiger Täuschung als auch bei Drohung oder Bestechung.⁵⁹⁰ Werden Zusagen schon mit dem Vorsatz der späteren Nichterfüllung abgegeben, so kann die Entscheidung also auch nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 2 FKVO widerrufen werden. Auch Zusagen "ins Blaue hinein",⁵⁹¹ d.h ohne Offenlegung eines den Erklärenden bekannten Risikos der Nichterfüllbarkeit, dürften dabei zur Feststellung des erforderlichen Vorsatzes ausreichend sein, da dann mit der Unrichtigkeit der Angaben gerechnet wird. In sonstigen Fällen, in denen Arglist bzw. Verschulden der beteiligten Unternehmen bezüglich Nichteinhaltung eingegangener Verpflichtungen erst nach Erlaß der Entscheidung anzutreffen ist, scheidet ein Widerruf gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 2 FKVO jedoch aus, Voraussetzung die arglistige Herbeiführung ist. Auch bezüglich Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 2 FKVO ist die Problematik der Beweisbarkeit der den Widerruf begründenden Tatsachen zu berücksichtigen.

Damit kommt eine Widerruf der Kommissionsentscheidung wegen falscher Angaben nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO bei Nichterfüllung von Zusagen, die nicht durch Aufgabe von Nebenbestimmungen einbezogen wurden, regelmäßig nicht in Betracht. Es bleibt daher nur ein Rückgriff auf die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, um zu einem Widerrufsrecht der Kommission zu gelangen.

bb) Widerruf nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen

Da nunmehr seit der Novellierung der FKVO im ersten Verfahrensabschnitt eine konkrete Regelung bezüglich Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen vorhanden ist, kann die Widerrufsbestimmung in Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO mangels Vorliegens einer Normierungslücke auch dann nicht analog herangezogen werden, wenn die Kommission bewußt auf die Auferlegung von Nebenbestimmungen verzichtet hat.⁵⁹²

⁵⁹⁰ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 43; Fuchs, EuZW 1996, 263 (265). Anderenfalls bliebe ein nur sehr kleiner eigenständiger Anwendungsbereich für die Tatbestandsalternative des Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 2 FKVO, da die vorsätzliche Täuschung regelmäßig auch eine zu vertretende unrichtige Angabe darstellt und zumeist auch das Kausalitätserfordernis des Art. 6 Abs. 3 lit. a) Alt. 1 FKVO gegeben sein dürfte.

⁵⁹¹ Vgl. insoweit zum Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB im deutschen Zivilrecht BGH NJW 1980, 2460 f. (2461).

⁵⁹² Vgl. zur alten Rechtslage Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 206.

Somit bliebe allenfalls noch ein Rückgriff auf die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des europäischen Rechts zum Widerruf von Rechtsakten.⁵⁹³ Dabei gilt es zu berücksichtigen, daß die im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht geschriebenen Regelungen zwar im Einzelfall durch die ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätze ergänzt werden, grundsätzlich diese aber überlagern bzw. verdrängen.⁵⁹⁴ Voraussetzung für die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze neben einer vertraglichen oder sekundärrechtlichen Regelung ist, daß diese nicht abschließend ist.⁵⁹⁵ Auch eine Spezialität hinsichtlich der geregelten Teilbereiche ist insoweit denkbar.

Für das Vorliegen einer die Widerrufsmöglichkeiten der Kommission abschließend bestimmenden Regelung spricht die enumerative Nennung von Widerrufsgründen in Art. 6 Abs. 3 FKVO; weitere Gründe zur nachträglichen Beseitigung der Entscheidung könnten schlicht nicht gewollt sein.⁵⁹⁶ Daß der Verordnungsgeber den wichtigsten Fall des Widerrufs einer von Anfang an fehlerhaften Entscheidung, nämlich die Herbeiführung der Entscheidung mittels zu vertretender unrichtiger Angaben oder Arglist, als zwingenden Widerrufsgrund in Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO ausdrücklich aufgenommen hat, deutet in diese Richtung. Rückschlüsse läßt auch der Katalog in Art. 8 Abs. 3 KartellVO (VO 17/62) mit weiterreichenden Möglichkeiten des Widerrufs der kartellrechtlichen Freistellungserklärung nach Art. 81 Abs. 3 EGV zu. Art. 6 Abs. 3 FKVO wie auch Art. 8 Abs. 5 FKVO sind deutlich enger gefaßt.

Andererseits zeigt die ausführliche und strenge Regelung von Wettbewerbsfragen im EGV, daß die Einhaltung des Wettbewerbsprinzips eines der zentralen Ziele darstellt, welches umfassend sicherzustellen ist. Damit ließe sich zumindest ein Recht zum Widerruf einer rechtswidrigen Vereinbarkeitserklärung nach allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes begründen.⁵⁹⁷ Spätere Änderungen der Sachlage - die Nichterfüllung von lediglich im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlußtatbestandes berücksichtigten Zusagen stellen solche dar - vermögen jedoch keinen Einfluß

⁵⁹³ Grundlegend EuGHE 1957, 83, 117 f. (Algera u.a./Gemeinsame Versammlung); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 949 ff.; vgl. auch Haratsch, EuR 1998, 387 ff.

⁵⁹⁴ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 980.

⁵⁹⁵ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 980.

⁵⁹⁶ Vgl. insoweit im deutschen Recht die herrschende Meinung zu § 11 a.F. GWB (in gleicher Weise für § 12 GWB geltend) in Bezug auf den Widerruf der kartellrechtlichen Erlaubnis bzw. Freistellung (Immenga/Mestmäcker-Immenga, GWB, § 11 Rz. 67 m.w.N.).

⁵⁹⁷ Grundlegend EuGHE 1957, 83, 119 (Algera u.a./Gemeinsame Versammlung).

auf die ursprüngliche Vereinbarkeitserklärung zu haben und damit kein Recht zum Widerruf zu geben. Hier überwiegen Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Bestandskraft. Die Freigabe des Zusammenschlusses stellt eine die beteiligten Unternehmen begünstigende Entscheidung dar, ihr Widerruf damit eine Belastung. Im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 3 lit. a) KartellVO (VO 17/62) ist in Art. 6 Abs. 3 FKVO - und Art. 8 Abs. 5 FKVO - ein Widerruf bei einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht vorgesehen.⁵⁹⁸ Die Vorschriften des EGKSV enthalten in Art. 65 § 2 Abs. 4 EGKSV ebenfalls eine vergleichbare, explizite Widerrufsmöglichkeit für freigegebene Kartelle bei Sachverhaltsmodifikationen. Wie Art. 10 Abs. 6 FKVO zeigt, kommt dem Prinzip der schnellen Rechtssicherheit im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens eine besondere Bedeutung zu, da bei Nichteinhaltung der Verfahrensfristen die Fiktion der Vereinbarkeitserklärung eintritt.⁵⁹⁹ Dies verdeutlicht den Willen des Ordnungsgebers, spätestens mit Ablauf der Verfahrensfristen eine eindeutige Rechtslage zu schaffen. Da die Kommission nach Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens auf jeden Fall eine verfahrensbeendende Entscheidung treffen muß, ansonsten diese fingiert wird, liegt das Prognoserisiko, also das Risiko des tatsächlichen späteren Eintritts der zugrundegelegten zukünftigen Marktentwicklungen, auf seiten der Kommission. Insofern unterscheidet sich die Vereinbarkeitserklärung eines Zusammenschlusses im Wettbewerbssystem der Gemeinschaft von der vorübergehenden Freistellung eines gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV grundsätzlich verbotenen Kartells, da letztere aufgrund der der Kommission vom Ordnungsgeber verliehenen Reaktionsmöglichkeiten nur unter der Prämisse der nachträglichen Anpassung an Veränderungen des Markts ergeht. Eine Art. 8 Abs. 3 lit. a) KartellVO (VO 17/62) vergleichbare Widerrufsmöglichkeit bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse ist in der FKVO nicht vorgesehen.

⁵⁹⁸ Da die Freigabe eine einseitige behördliche Entscheidung ist, kommt eine Anwendung des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. der *clausula rebus sic stantibus* mit der Rechtsfolge der nachträglichen Anpassung von vornherein nicht in Betracht. Vgl. zur Normierung für den öffentlich-rechtlichen Vertrag im deutschen Verwaltungsrecht § 60 VwVfG.

⁵⁹⁹ Der Vereinbarkeitsentscheidung kommt vor dem Hintergrund der Systematik der FKVO und ihrer Entstehungsgeschichte zwar lediglich ein deklaratorischer Charakter zu (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 28), im Hinblick auf einen Widerruf ist aber zumindest auch von einem rechtsbegründenden Charakter insoweit auszugehen, als die FKVO den Gedanken der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen und Dritte nach Abschluß des Verfahrens durch eine explizite oder gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO fingierte Vereinbarkeitserklärung zum Ausdruck bringt. Die Frage der freien Widerrufbarkeit von lediglich deklaratorischen begünstigenden Rechtsakten (vgl. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 991 unter Hinweis auf EuGH 1961, 239, 259) stellt sich hier also nicht.

Ein Widerruf der Freigabe infolge späterer Nichterfüllung von Verpflichtungen, die nicht als Nebenbestimmungen aufgenommen wurden, kommt also regelmäßig auch aus allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts nicht in Betracht. Die Normierungen in Art. 6 Abs. 3 FKVO - und Art. 8 Abs. 5 FKVO - sind diesbezüglich als abschließend anzusehen.

Regelmäßig sind also weder die in Art. 6 Abs. 3 FKVO normierten Widerrufsmöglichkeiten noch die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts einschlägig, wenn die beteiligten Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen nicht nachkommen, die nur als zusammenschlußrelevante Tatsachen in der Kommissionsentscheidung Berücksichtigung fanden. Fraglich ist daher, ob sonstige Möglichkeiten der Kommission bestehen, einer Nichterfüllung von Zusagen zu begegnen, die lediglich auf tatsächlicher Ebene in die Kommissionsentscheidung einbezogen wurden.

c) Entflechtung des Zusammenschlusses

Eine unmittelbare Sanktionierung der Nichteinhaltung von Zusagen, die nicht in Form von Nebenbestimmungen in die Kommissionsentscheidung einbezogen wurden, im Wege der vollständigen oder teilweisen Entflechtung des Zusammenschlusses kommt jedenfalls mangels Vorliegens der Entflechtungsvoraussetzungen nicht in Betracht.⁶⁰⁰ Grundlage für eine Anordnung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO ist das zumindest zeitgleiche Vorliegen einer Untersagungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO,⁶⁰¹ woran es bei schon im ersten Prüfungsabschnitt für vereinbar erklärten Zusammenschlüssen von vornherein fehlt. Im übrigen kommt eine unmittelbare Sanktionierung der Nichterfüllung von Zusagen nach den Vorschriften der FKVO grundsätzlich nicht in Betracht.⁶⁰²

d) Sonstige Durchsetzungs- bzw. Sanktionierungsmöglichkeiten

Das Vertragsziel nach Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV, den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen, gebietet, daß gegebenenfalls auf anderem Wege

⁶⁰⁰ Vgl. zu den weiteren Gründen für eine Ablehnung dieser Vorgehensweise oben F. I. 1.

⁶⁰¹ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

⁶⁰² Vgl. oben F. I. 1.

ein wettbewerbskonformer Zustand durch die Kommission hergestellt wird. Das Problem der fehlenden Widerrufsmöglichkeit ließe sich zumindest abfedern, wenn die Kommission durch sonstige Verwaltungsinstrumente die Einhaltung der Verpflichtungen durchsetzen könnte.

Die Verhängung einer Geldbuße oder eines Zwangsgeldes scheidet mangels rechtlicher Grundlage hierfür aus; eine Analogie zu den vorhandenen Vorschriften scheidet zum einen aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots, zum anderen erscheint die analoge Anwendung von Zwangs- und Bußgeldvorschriften vor dem Hintergrund der im ersten Verfahrensabschnitt nur summarisch erfolgenden Überprüfung des Zusammenschlußvorhabens auch aus materiell-systematischen Erwägungen nicht angezeigt.⁶⁰³

Vor der Novellierung der FKVO mit Aufnahme der Widerrufsmöglichkeit bei Nichterfüllung von Auflagen im ersten Verfahrensabschnitt wurde neben der analogen Anwendung der für die Phase II bestehenden Widerrufsvorschriften⁶⁰⁴ auch ein möglicher Anspruch auf Durchsetzung der Verpflichtungen aus öffentlich-rechtlichem Vertrag zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen diskutiert.⁶⁰⁵ Denkbar erscheint, diesen Lösungsweg nunmehr zu beschreiten, um die Einhaltung von Zusagen mit dem Charakter lediglich zusammenschlußrelevanter Tatsachen erreichen. Zwar könnte dadurch nicht die Freigabeentscheidung beseitigt, aber wenigstens für die wettbewerbskonforme Konfiguration des Zusammenschlusses gesorgt werden.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Vgl. insoweit oben F. I. 2. b) für die vergleichbare Situation bei Auflagen im ersten Verfahrensabschnitt.

⁶⁰⁴ Jones/González-Díaz, EEC Merger Regulation, 230; Fuchs, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 269 (285 f.); Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 213 f.; wohl auch Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 38. Die analoge Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO im ersten Verfahrensabschnitt nach der alten Fassung ablehnend: Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136); Bechtold, EuZW 1994, 653 (659); Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 262; van Bael/Bellis, Competition Law, 510 f. Offengelassen von Albers, Schwerpunkte des Kartellrechts 1990/1991, 99 (110).

⁶⁰⁵ Krause, ECLR 1994, 209 ff.; Bergmann, A.L.J. 62 (1993), 47 (87 f.). Vgl. auch zur Diskussion der Rechtsnatur der (Nachfrist-)Zusagen im deutschen Kartellrecht vor der 6. GWB-Novelle ausführlich Traumann, Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, 51 ff.; Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 241 ff.; Uhlig, Zusagen, Auflagen und Bedingungen, 42 ff. m.w.N.; vgl. auch BGH WuW/E 1556, 1558; KG WuW/E OLG 1758, 1763.

⁶⁰⁶ Grundsätzlich könnte auch die Vereinbarung eines vertraglichen Vorbehalts zum späteren Widerruf der Vereinbarkeitsentscheidung zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen in der Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages angedacht werden. Mögliches Sanktionierungsinstrument im Falle der Nichterfüllung von Zusagen wäre dann der Widerruf der Freigabeentscheidung auf der Basis eines vertraglichen Widerrufsrechts. Dies hätte jedoch zur Voraussetzung, daß die Fristenregelungen der FKVO der Parteidisposition unterliegen, da gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO nach ergebnislosem Ablauf der Verfahrensfristen zwingend die Fiktion der Vereinbarkeit eintritt, sofern die Frist nicht ausnahmsweise nach Art. 10 Abs. 4 FKVO durch von den beteiligten Unternehmen zu vertretende Verzögerungen bei

Das europäische Verwaltungsrecht kennt keine ausdrücklichen, den §§ 54 bis 62 VwVfG entsprechenden Regelungen, wonach öffentlich-rechtliche Verträge zulässig sind. Die Möglichkeit des Vertragsschlusses ist nicht als mögliche Handlungsform der Gemeinschaftsorgane in Art. 249 EGV genannt, wobei insoweit nicht von einer abschließenden Aufzählung auszugehen ist.⁶⁰⁷ Allerdings wird die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages in Art. 238 EGV vorausgesetzt; danach ist der Gerichtshof auch für Entscheidungen aufgrund einer Schiedsklausel zuständig, die in einem von der Gemeinschaft oder auf ihre Rechnung abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag enthalten ist. Diese Normierung deutet auf die grundsätzliche Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages als Instrument der europäischen Behörden hin.

Das Handeln der Gemeinschaftsorgane ist bestimmt vom Grundsatz der Einzelkompetenz.⁶⁰⁸ Wie Art. 7 Abs. 1 S. 2 EGV zum Ausdruck bringt, agieren die Organe der Gemeinschaft nach Maßgabe der ihnen im Vertrag zugewiesenen Befugnisse. Die Befugnisse der Kommission sind gemäß Art. 211 Spiegelstrich 4 EGV erweitert um diejenigen, die ihr vom Rat zur Durchführung der von ihm erlassenen Vorschriften übertragen wurden. Bestehende Kompetenzen können innerhalb des gesteckten Rahmens auch *implied powers* enthalten, d.h. auch die zu ihrer sinnvollen und vernünftigen Anwendung und umfänglichen

der Informationsübermittlung gehemmt wird. Die Ausnahme von der Fristbindung des Art. 10 Abs. 1 bzw. 3 FKVO gemäß Art. 6 Abs. 4 bzw. Art. 8 Abs. 6 FKVO bezieht sich ausdrücklich auf den gesetzlich vorgesehenen Fall des Widerrufs. Daß die Fristen der FKVO nicht durch die Parteien einvernehmlich verlängerbar sind, zeigt daneben die Entstehungsgeschichte der FKVO - in sämtlichen Entwürfen der Kommission war eine Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen, wurde jedoch dann nicht in die Schlußfassung aufgenommen - und das dem Gedanken der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung entspringende materielle Gebot der strikten Anwendung von Verfahrensfristen im Gemeinschaftsrecht (Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 10, Rz. 2; Fuchs, WuW 1996, 269 (285); Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 292; vgl. auch Happ, EuZW 1995, 303 ff.). Eine nachträgliche Aufhebung der bestandskräftigen Vereinbarkeitserklärung kraft vertraglicher Vereinbarung wäre daher schon mangels Kompetenz der Kommission nicht möglich; der Grundsatz des *volenti non fit iniuria* findet insofern seine Grenzen in der Disponibilität normativer Vorgaben. Zudem erscheint zweifelhaft, ob bei der bloßen Abgabe von Zusagen, die lediglich in die Entscheidungsbegründung der Kommission Einzug finden, überhaupt das Zustandekommen eines Vertrages angenommen werden kann.

⁶⁰⁷ Grabitz/Hilf-Grabitz, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 189, Rz. 30; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schmidt, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 189, Rz. 15. Als weitere Handlungsformen sind beispielsweise Rechtsakte zwischen den Organen oder auch Rechtsakte im völkerrechtlichen Verkehr mit Dritten (Nichtmitgliedstaaten, Internationalen Organisationen) zu benennen.

⁶⁰⁸ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 238 ff.

Zweckerreichung erforderlichen Folgekompetenzen umfassen.⁶⁰⁹ Ist danach eine Handlungsbefugnis der Kommission aufgrund primären oder sekundären Gemeinschaftsrechts gegeben, kann aus dem Vertrag keine Limitierung auf einseitig-hoheitliche Akte als einzig mögliche Handlungsform abgeleitet werden. Aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes, des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Effektivität des Verfahrens ist vielmehr grundsätzlich von einem Recht der europäischen Behörden auszugehen, auch in Form einer vertraglichen Vereinbarung zu handeln, es sei denn, zwingende Rechtsvorschriften des Gemeinschaftsrechts stehen einer vertraglichen Vereinbarung der Gemeinschaftsbehörde entgegen.⁶¹⁰

Durch den Erlaß der FKVO gemäß Art. 83, 305 EGV⁶¹¹ wurde der Kommission die ausschließliche Kompetenz zur Kontrolle von Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung übertragen.⁶¹² Da weder der FKVO noch übergeordnetem Gemeinschaftsrecht ein Verbot des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu entnehmen ist, kann die Kommission grundsätzlich als zu dieser Form des Verwaltungshandelns befugt angesehen werden.⁶¹³ Die Berücksichtigung von Zusagen als relevante Tatsachen dürfte jedoch nicht als Vertragsschluß über die Erteilung der Freigabe im Gegenzug zur Erbringung von Zusagen durch die beteiligten Unternehmen zu werten sein. Indem die Kommission Zusagen zum Teil ausdrücklich nur "zur Kenntnis nimmt"⁶¹⁴ oder in keiner sonstigen Weise⁶¹⁵ eine Verknüpfung mit der Entscheidung herstellt, bringt sie bei objektiver Betrachtung und aus Sicht der beteiligten Unternehmen keine Erklärung über den Abschluß einer Zusagenvereinbarung zum Ausdruck. Am Charakter der einseitigen Erklärung durch die beteiligten Unternehmen ändert sich durch die bloße Entgegen- bzw.

⁶⁰⁹ Vgl. zur doctrine of implied powers grundlegend EuGHE 1955/56, 197, 311 ff. (Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde); E 1960, 681, 708 f. (Italien/Hohe Behörde). Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, 240 f.; Bleckmann, Europarecht, Rz. 797 ff.

⁶¹⁰ Stelkens/Bonk/Sachs-Stelkens, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54, Rz. 174; Bleckmann, NJW 1978, 464 ff.; ders., DVBl. 1981, 889 ff.; Krause, 209 ff.; vgl. auch Grabitz/Hilf-Grabitz, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 189, Rz. 33.

⁶¹¹ Vgl. Erwägungsgrund 8. zur FKVO (unter Benennung von Art. 87, 235 EGV a.F.).

⁶¹² Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO C, Rz. 2; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 15, Rz. 1.

⁶¹³ Grundlegend Krause, ECLR 1994, 209 ff.; Bergmann, A.L.J. 62 (1993), 47 (87 f.). A.A. Broberg, CMLR 1997, 845 (862) ("... a more substantive power is required before the Commission may enter into a public contract. No such power appears to exist.")

⁶¹⁴ TNT/GD Net, WuW/E EV 1754, Rz. 51, 56; Unilever France/Ortiz Miko (II), online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec94.htm>, Rz. 41 c), 53; Repola/Kymmene, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec95.htm>, Rz. 54; Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 65 und 67.

⁶¹⁵ Akzo Nobel/Courtaulds, WuW 98 EU-V 107; Johnson & Johnson/Depuy, online: <http://europa.eu.int/comm/dg04/merger/closed/en/dec98.htm>, Rz. 42.

Kenntnisnahme durch die Kommission nichts. Für die Adressaten stellt sich diese Vorgehensweise als bewußter Verzicht auf die in der FKVO vorgesehenen Sicherungsmittel dar, da sie ihre Zusagen in gleicher Weise wie diejenigen abgeben, die zu Auflagen oder Bedingungen der Freigabeentscheidung werden. Sehr deutlich wurde dies in der Entscheidung Kali + Salz,⁶¹⁶ in der die Kommission explizit davon absah, die Zusage zur strukturellen Umwandlung eines Unternehmens zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen, da die Durchführung nur im Einvernehmen mit einem nicht als Partei am Fusionskontrollverfahren beteiligten Dritten bewirkt werden konnte, die Zusage also als ungeeignet zurückzuweisen gewesen wäre.⁶¹⁷

Fraglich ist im übrigen auch bei Annahme einer vertraglichen Verpflichtung die tatsächliche Durchsetzbarkeit des vertraglichen Anspruchs. Mögliche Rechtsfolge bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist lediglich ein durch die Kommission zu verfolgender Anspruch auf Vornahme der Zusagen, nicht aber eine Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung, da die zeitlichen Fristen zum Erlaß der Kommissionsentscheidung grundsätzlich nicht zur Parteidisponibilität stehen.⁶¹⁸ Unter Anwendung der allgemeinen Regeln zum Vertragsrecht⁶¹⁹ führt dies dazu, daß die Parteien von der Leistungspflicht frei werden, wenn ihnen die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen nicht oder nicht mehr möglich ist.⁶²⁰ Auch die Möglichkeiten der tatsächlichen Durchsetzung der Leistungspflichten durch die Kommission erweisen sich als

⁶¹⁶ Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung).

⁶¹⁷ Vgl. zum Merkmal der Umsetzbarkeit E. I. 2. e) ff).

⁶¹⁸ Die Ausnahme von der Fristbindung des Art. 10 Abs. 1 bzw. 3 FKVO gemäß Art. 6 Abs. 4 bzw. Art. 8 Abs. 6 FKVO bezieht sich ausdrücklich nur auf den gesetzlich vorgesehenen Fall des Widerrufs. Daß die Fristen der FKVO nicht durch die Parteien einvernehmlich verlängerbar sind, zeigt daneben die Entstehungsgeschichte der FKVO - in sämtlichen Entwürfen der Kommission war eine Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen, wurde jedoch dann nicht in die Schlußfassung aufgenommen - und das dem Gedanken der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung entspringende materielle Gebot der strikten Anwendung von Verfahrensfristen im Gemeinschaftsrecht (Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 10, Rz. 2; Fuchs, WuW 1996, 269 (285); Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 292; vgl. auch Happ, EuZW 1995, 303 ff.). Eine nachträgliche Aufhebung der bestandskräftigen Vereinbarkeitserklärung kraft vertraglicher Vereinbarung ist daher schon mangels Kompetenz der Kommission nicht möglich; der Grundsatz des *volenti non fit iniuria* findet insofern seine Grenzen in der Disponibilität normativer Vorgaben.

⁶¹⁹ Vgl. zur Anwendbarkeit im deutschen Recht § 62 VwVfG sowie Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 62, Rz. 3 ff.; Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 62, Rz. 6; Erichsen-Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 384 f.

⁶²⁰ Vgl. zum deutschen Zivilrecht § 275 Abs. 2 BGB bzw. den römisch-rechtlichen Grundsatz des *impossibilium nulla est obligatio*. Im Fall Kali + Salz/MdK/Treuhand (Abl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67 (Phase II-Entscheidung)), in dem die Kommission in Kenntnis der fehlenden Durchsetzbarkeit auf den Erlaß einer Auflage verzichtete, erschiene daher schon die Annahme einer vertraglichen Primärleistungspflicht nur schwerlich möglich.

begrenzt, da eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung - sofern trotz Fehlens einer expliziten entsprechenden Regelung im Europäischen Recht zulässig⁶²¹ - bisher nicht vereinbart wurde. Der Kommission bliebe also in den abgeschlossenen Fällen nur die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe. Gemäß Art. 238 EGV ist Voraussetzung für eine Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs bei Geltendmachung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichem Vertrag die wirksame Vereinbarung einer Schiedsgerichtsklausel. Zwar dürfte aufgrund der zumeist schriftlichen Erklärung der Zusagen das Schriftformerfordernis des Art. 238 EGV i.V.m. Art. 38 § 6 VerfoEuGH⁶²² eingehalten sein,⁶²³ jedoch finden sich in den bisher ergangenen Kommissionsentscheidungen keine Zuständigkeitsvereinbarungen hinsichtlich des Europäischen Gerichtshofs.⁶²⁴

Die Durchsetzung von Zusagen durch Rückgriff auf das grundsätzlich auch im Europäischen Recht gegebene Verwaltungsinstrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages in Fällen, in denen die Kommissionsentscheidung trotz abgegebener Zusagen nicht mit Auflagen versehen oder an Bedingungen geknüpft ist, stellt daher regelmäßig keinen gangbaren Weg dar.

Es verbleibt damit nur die faktische Sanktionierung durch den Zwang des Markts bzw. der Konkurrenten oder Vertragspartner, da die Kommission auch ihre Phase I-Entscheidungen einschließlich der abgegebenen Zusagen publiziert. Insofern können sich Zusagen auch als "self-policing" erweisen, d.h., allein aufgrund des Marktdruckes kommt es zur Erfüllung durch die beteiligten Unternehmen.⁶²⁵

e) Zwischenergebnis

⁶²¹ Vgl. zum deutschen Recht § 62 VwVfG.

⁶²² Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Neufassung und anschließende Änderungen: ABl. 1991 Nr. L 176, 7, ABl. 1992 Nr. L 383, 117, ABl. 1995 Nr. L 44, 61, ABl. 1997, Nr. L 103, 1.

⁶²³ Art. 238 EGV sieht für die Wirksamkeit der Schiedsklausel keine besondere Form vor, aufgrund des Art. 38 § 6 VerfoEuGH, wonach der Klageschrift eine Ausfertigung der Schiedsklausel beizufügen ist, muß die Schiedsklausel jedoch spätestens mit Klageerhebung in schriftlicher Form vorliegen (Groeben/Thiesing/Ehlermann-Krück, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 181, Rz. 11).

⁶²⁴ Vgl. Broberg, CMLR 1997, 845 (862) - zur Vertragslösung in Phase I nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO a.F.

⁶²⁵ Drauz/Schröder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 206.

Die Nichterfüllung von Zusagen, die im ersten Verfahrensabschnitt lediglich als entscheidungserhebliche Tatsachen ohne ausdrückliche oder dem materiellen Gehalt der Entscheidung zu entnehmende Sicherstellung ihrer Einhaltung mittels Auflage oder Bedingung berücksichtigt werden, kann regelmäßig nicht von der Kommission sanktioniert werden. Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO sieht zwar ein Recht zum Widerruf vor, wenn die Entscheidung auf von den beteiligten Unternehmen zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt wurde, die Nichterfüllung von Zusagen kann hierunter jedoch nur subsumiert werden, wenn die spätere Nichteinhaltung nachweisbar bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Zusagen auf seiten der beteiligten Unternehmen angelegt war. Anderenfalls fehlt es am Vorliegen zu vertretender unrichtiger Angaben sowie am Merkmal der Arglist. Ein Recht zum Widerruf der Freigabeentscheidung bei Nichterfüllung von Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen, die nicht als Nebenbestimmungen aufgenommen wurden, ergibt sich auch nicht aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, da die in der FKVO enthaltenen Regelungen diesbezüglich als abschließend anzusehen sind. Auch ein Widerruf auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder zumindest ein Anspruch auf Erfüllung hieraus kommt insoweit nicht in Betracht.

5. Ergebnis

Die Sanktionierung der Nichterfüllung von Zusagen hängt von der Art ihrer Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung ab. Aus dem Rechtscharakter der von den beteiligten Unternehmen abgegebenen Erklärungen allein ergeben sich grundsätzlich noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Halten die beteiligten Unternehmen im Rahmen der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO erlassene Auflagen nicht ein, kann die Kommission die Freigabe gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO widerrufen. Die Entscheidung über den Widerruf steht dabei in ihrem pflichtgemäßen Ermessen, wobei auch zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen auf den relevanten Märkten zur berücksichtigen sind. Weitere Sanktionierungsmöglichkeiten bei Nichterfüllung von in Phase I ergangenen Auflagen sind in der FKVO nicht vorgesehen. Eine entsprechende Anwendung der für den zweiten Verfahrensabschnitt bestehenden Regelungen scheidet vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Analogieverbots und der in Phase I nur summarischen Prüfung angemeldeter Zusammenschlußvorhaben aus. Ist die Entscheidung der Kommission an die aufschiebende oder auflösende Bedingung der Einhaltung

abgegebener Zusagen geknüpft, entstehen bzw. entfallen die Rechtswirkungen der Kommissionsentscheidung automatisch mit Eintritt der Bedingung. Die Nichterfüllung von Zusagen, die auch im Wege der Auslegung nicht als Nebenbestimmung der Entscheidung angesehen werden können, sondern nur zu den zusammenschlußrelevanten Tatsachen gehören, eröffnet regelmäßig keine Möglichkeiten zur nachträglichen Beseitigung der Kommissionsentscheidung oder zur Vornahme von Sanktionierungs- oder Durchsetzungsmaßnahmen.

II. Zweiter Prüfungsabschnitt nach Art. 8 FKVO

Werden Zusagen nicht eingehalten, die im Rahmen des umfassenden Prüfungsverfahrens der Phase II abgegeben wurden, ergeben sich weitgehend parallele Konsequenzen wie bei der Nichterfüllung von Phase I-Zusagen. Im folgenden werden daher die Regelungsunterschiede zwischen den beiden Verfahrensabschnitten herausgearbeitet.

1. Unmittelbare Sanktionierung infolge Zusage

Aufgrund des Regelungszusammenhanges und der Systematik der FKVO besteht grundsätzlich auch im zweiten Verfahrensabschnitt keine unmittelbare Reaktionsmöglichkeit der Kommission im Wege der sofortigen Entflechtung nach Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 FKVO⁶²⁶ oder der Verhängung einer Geldbuße wegen unterbliebener Anmeldung nach Art. 14 Abs. 1 lit. a) FKVO bzw. wegen des Vollzugs eines nicht freigegebenen Zusammenschlusses nach Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO. Die erst nach Freigabe des Zusammenschlusses zu erfüllenden Zusagen können insoweit grundsätzlich nicht als identitätsändernde Maßnahmen verstanden werden, so daß auch bei nachträglicher Nichterfüllung von Zusagen der angemeldete Zusammenschluß vollzogen wird. Im übrigen fehlt es für eine Entflechtung gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO an der erforderlichen⁶²⁷ Untersagungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO. Zwar hat eine eingehende Überprüfung des Zusammenschlusses gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c), 8 Abs. 2 FKVO

⁶²⁶ Vgl. oben F. I. 1. sowie Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 127.

⁶²⁷ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

stattgefunden, jedoch erging noch keine Entscheidung zur Unvereinbarkeit des - ohne Einhaltung von Zusagen - vollzogenen Zusammenschlusses.⁶²⁸

2. Sanktionierung bei Absicherung mittels Auflage

Im Falle des Verstoßes gegen Auflagen von Phase II-Entscheidungen räumt die FKVO der Kommission ein breites Aktionsspektrum ein. Vorgesehen sind der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung sowie Geldbuße und Zwangsgeld. Diese ausdrücklichen Instrumente werden eingerahmt durch die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden, ungeschriebenen Möglichkeiten der Kommission, auf dynamische Entwicklungen im Wettbewerb und hierdurch bedingte Neubewertungen eines Zusammenschlusses im Wege der nachträglichen Modifizierung oder Aufhebung von Nebenbestimmungen zugunsten der beteiligten Unternehmen reagieren zu können.⁶²⁹

a) Widerruf der Vereinbarkeitserklärung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage

Die Voraussetzungen für den Widerruf der im zweiten Verfahrensabschnitt ergangenen Vereinbarkeitserklärung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage gemäß Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO⁶³⁰ entsprechen aufgrund des identischen Wortlauts denen des Art. 6 Abs. 3 lit. b).⁶³¹ In formeller Hinsicht ist das Anhörungsrecht der betroffenen Personen bzw. Unternehmen in Art. 18 Abs. 1

⁶²⁸ Auf die gegebenenfalls in den Entscheidungsgründen gezogene Schlußfolgerung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluß ohne Berücksichtigung eingegangener Verpflichtungen (z.B. Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim, WuW EU-V 152, Rz. 143) kann insoweit nicht zurückgegriffen werden, da auch in diesem Fall letztlich nur die Vereinbarkeitserklärung - wenn auch mit Nebenbestimmungen - den Inhalt der behördlichen Entscheidung bildet.

⁶²⁹ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 8, Rz. 13; Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); vgl. hierzu die Kommissionsentscheidungen zu den Zusammenschlüssen Shell/Montecatini (Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1994 Nr. L 332, 48, Aufhebung der Nebenbestimmungen, ABl. 1996 Nr. L 294, 10) und RTL/Veronica/Endemol (Untersagung, ABl. 1996, L 134, 32, spätere Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1996 L 294, 14) (Phase II-Entscheidungen).

⁶³⁰ Nach Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO ist daneben ein Widerruf der Vereinbarkeitserklärung möglich, wenn die Entscheidung auf zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt wurde. Dieses Widerrufsrecht kann bei Zusagen der beteiligten Unternehmen ebenfalls gegeben sein, hat jedoch deutlich höhere Anforderungen (vgl. oben F. I. 4. b) aa) sowie F. II. 3.).

⁶³¹ Oben F. I. 2. a).

FKVO i.V.m. 11 ff. VerfVO jedoch explizit geregelt.⁶³² Nach Art. 19 Abs. 3 FKVO ist daneben vor der Entscheidung über den Widerruf der Beratende Ausschuß - zusammengesetzt aus Vertretern der Behörden der Mitgliedstaaten - anzuhören.

Die Kommission ist in ihrer Entscheidung über den Widerruf grundsätzlich nicht an etwaige Fristen gebunden, es sei denn, sie hat gegenüber den beteiligten Unternehmen einen neuen Vertrauenstatbestand geschaffen.⁶³³ Sie hat gegebenenfalls gegenüber dem Widerruf mildere Mittel zu berücksichtigen und nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.⁶³⁴

b) Geldbuße

Gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO kann die Kommission gegen Personen oder Unternehmen durch Entscheidung eine Geldbuße verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig einer nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO erteilten Auflage zuwiderhandeln.⁶³⁵ Die Geldbuße kommt dabei als im Verhältnis zum Widerruf milderes Mittel, aber aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung auch zusätzlich zum Widerruf in Betracht. Zweck der Geldbußenregelung ist die Ahndung begangenen Unrechts sowie die Vorbeugung der Wiederholung von unerlaubten Verhandlungsweisen.⁶³⁶ Die Geldbußen dürften damit insbesondere aufgrund des Normzwecks zu den Strafen im weiteren Sinn gehören, auch wenn in Art. 14 Abs. 4 FKVO hervorgehoben wird, daß die Bußgeldentscheidungen "nicht strafrechtlicher Art sind".⁶³⁷ Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine kompetenzrechtliche Klarstellung und einen Hinweis auf den nicht stigmatisierenden Charakter der Bußgeldverhängung.⁶³⁸

⁶³² Insbesondere sind den Anmeldern nach Art. 13 Abs. 2 VerVO die Beschwerdepunkte unter Fristsetzung zur Äußerung mitzuteilen.

⁶³³ Oben F. I. 2. b).

⁶³⁴ Oben F. I. 2. c).

⁶³⁵ Die Vorschrift entspricht im wesentlichen der des Art. 15 Abs. 2 lit. b) KartellVO (VO 17/62); im folgenden wird daher zumeist auf die hierzu vorliegende Literatur verwiesen (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, Rz. 2). Ausführlich zur Geldbuße im europäischen Kartellrecht Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 15, Rz. 1 ff. sowie Vorbemerkung Art. 15 m.w.N.; Arhold, EuZW 1999, 165 ff.

⁶³⁶ EuGHE 1970, 661, Rz. 172 (ACF/Kommission), 733, Rz. 16 (Buchler/Kommission); E1970, 769, Rz. 53 (Boehringer/Kommission).

⁶³⁷ Vgl. zum Streitstand oben F. I. 2. b).

⁶³⁸ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Vorbem. Art. 15, Rz. 199 m.w.N.

Im Gegensatz zur reichhaltigen Bußgeldpraxis der Kommission im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Verstößen gemäß Art. 15 KartellVO (VO 17/62) i.V.m. Art. 81, 82 EGV existieren bisher erst fünf Entscheidungen der Kommission zur Verhängung von Geldbußen gemäß Art. 14 FKVO.⁶³⁹ In den ersten Jahren der Anwendung der FKVO sah die Kommission insbesondere aufgrund der Geringfügigkeit des Verstoßes unter Berücksichtigung der Anlaufschwierigkeiten mit dem neuen Regelwerk zunächst von der Festsetzung von Bußgeldern ab.⁶⁴⁰ Eine finanzielle Ahndung einer Zuwiderhandlung gegen eine Auflage liegt bislang nicht vor.

aa) Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldbuße

Voraussetzung für die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO ist eine vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen eine Auflage der Vereinbarkeitserklärung durch die beteiligten Unternehmen.

Eine Zuwiderhandlung liegt vor, wenn das auferlegte Tun oder Unterlassen nicht vorgenommen wird. Da durch Auflagen typischerweise innerhalb bestimmter Fristen zu erfüllende Handlungspflichten bestimmt werden, ist auch jedes Unterlassen begrifflich hiervon erfaßt.⁶⁴¹ Neben dem objektiven Kriterium der Zuwiderhandlung ist ein Verschulden erforderlich, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf seiten der beteiligten Unternehmen. Ausgehend von einer eigenen Schuldfähigkeit der Unternehmen⁶⁴² wird hierdurch dem rechtsstaatlich gebotenen Schuldprinzip⁶⁴³ explizit Rechnung getragen. Das Verschulden der handelnden natürlichen Personen, d.h. der Organe und der Angestellten, ist insofern unter Berücksichtigung eines eventuellen Organisationsverschuldens dem Unternehmen zuzurechnen.⁶⁴⁴ Bei Zugrundelegen der Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten setzt Vorsatz voraus, daß die für das Unternehmen

⁶³⁹ A.P. Møller, ABl. 1999 Nr. L 183, S. 29; Samsung/AST, ABl. 1999 Nr. L 225, 12; Sanofi/Synthelabo, Zsf. WuW 1999, 986; Deutsche Post/trans-o-flex, Zsf. WuW 2000, 48; KLM/Martinair III, Zsf. WuW 2000, 48.

⁶⁴⁰ Vgl. Torras/Sarrio, WuW/E EV 1817, Rz. 3; Air France/Sabena, WuW/E EV 1948, Rz. 21. Vgl. auch XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 180.

⁶⁴¹ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 319. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 44.

⁶⁴² Vgl. EuGHE 1983, 1825, Rz. 97 (Musique Diffusion Française); Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 15, Rz. 163, unter Hinweis auf die teilweise unterschiedlichen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

⁶⁴³ Schroth, Economic offences in EEC law, 159 ff.; Wiedemann-Dieckmann, Handbuch des Kartellrechts, § 46, Rz. 3.

⁶⁴⁴ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 15, Rz. 164.

handelnden Personen das Bewußtsein der Zuwiderhandlung einschließlich der rechtswidrigen Folgen ihres Verhaltens hatten und eine als verboten bekannte Handlung begehen wollten.⁶⁴⁵ Als Elemente der Fahrlässigkeit ist auf die Sorgfaltspflicht und die individuelle Vorhersehbarkeit für die handelnden Personen abzustellen.⁶⁴⁶ Im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Auflagen dürfte das Verschuldenserfordernis jedoch regelmäßig erfüllt sein, weil den beteiligten Unternehmen in diesen Fällen von der Kommission Handlungspflichten ausdrücklich aufgegeben sind. Aufgrund des Charakters von Geldbußen als Strafen im weiteren Sinne kommen grundsätzlich auch Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Betracht.⁶⁴⁷

Geldbußen gemäß Art. 14 Abs. 2 Hs. 1 FKVO können "gegen Personen oder Unternehmen" verhängt werden. Anders als in Art. 15 Abs. 2 KartellVO (VO 17/62) stellen also grundsätzlich auch natürliche Personen mögliche Adressaten dar.⁶⁴⁸ Insofern könnten auch Geldbußen gegen die tatsächlich agierenden Personen als vom Wortlaut der Vorschrift noch gedeckt angesehen werden, zumal die in Art. 14 Abs. 1 Hs. 1 FKVO vorgenommene Begrenzung auf "gegen die in Art. 3 Abs. 1 lit. b) bezeichneten Personen" fehlt. Aus dem Inhalt der in Art. 14 Abs. 2 FKVO genannten Verstöße und der betragsmäßigen Begrenzung der Geldbußen läßt sich jedoch entnehmen, daß es jeweils um die Ahndung unternehmensbezogener Handlungen geht und keine Verfolgung der Organe und Mitarbeiter bezweckt ist. Daher können auch nur die in Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO genannten Personen und Unternehmen mögliche Adressaten einer Geldbuße sein, d.h. natürliche Personen nur im Falle eines persönlichen Kontrollerwerbs. Bei der Nichterfüllung von Auflagen stellt sich diese Problematik allerdings nur eingeschränkt, weil nach dem Wortlaut und Sinn und

⁶⁴⁵ EuGHE 1983, 1825, Rz. 112 (Musique Diffusion Française); vgl. die Schlußanträge von Generalanwalt Mayras zu EuGHE 1975, 1367, 1389 (General Motors/Kommission).

⁶⁴⁶ EuGHE 1978, 207, Rz. 299 ff.; Schlußanträge von Generalanwalt Mayras zu EuGHE 1975, 1367, 1389 (General Motors/Kommission); Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 15, Rz. 32. Die Kommission unterließ im Rahmen der Verhängung kartellrechtlicher Geldbußen teilweise auch eine Einordnung der Verschuldensform, was vom EuGH geduldet wurde (EuGHE 1996, 1611, Rz. 51 ff. (SPO u.a./Kommission)), jedoch vor dem Hintergrund der expliziten Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bedenklich erscheint.

⁶⁴⁷ Ausführlich zu den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen einschließlich der Berücksichtigung von Irrtümern - allerdings im Rahmen der Ahndung von Wettbewerbsverstößen nach Art. 15 KartellVO (VO 17/62) - Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 15 Art. 15, Rz. 119 ff.; grundlegend Wagemann, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften.

⁶⁴⁸ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 182. Nach Ansicht von Cook/Kerse, E.C. Merger Control, 195, Fn. 21, besteht für eine solche Ausweitung des Adressatenkreises kein Anlaß.

Zweck der Vorschrift nur die Adressaten von Auflagen als mögliche Adressaten einer Geldbuße in Frage kommen.

In zeitlicher Hinsicht ergeben sich Begrenzungen durch die Fristen der Verordnung über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung.⁶⁴⁹ Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) dieser Verordnung verjährt die Befugnis der Kommission zur Verhängung von Geldbußen bei Verstößen, die keine Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über Anträge oder Anmeldungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, über Einholung von Auskünften oder die Vornahme von Nachprüfungen darstellen, und damit auch bei Zuwiderhandlungen gegen Auflagen in fünf Jahren ab dem Tag der Begehung, d.h. ab dem Zeitpunkt der Nicht- oder nicht fristgemäßen Erfüllung der Auflage.

Formelle Entscheidungsvoraussetzungen sind die Anhörung der Betroffenen gemäß Art. 18 Abs. 1 FKVO i.V.m. Art. 11 ff. VerfVO⁶⁵⁰ sowie die Beteiligung des Beratenden Ausschusses gemäß Art. 19 Abs. 3 FKVO.

bb) Entscheidung

Der Kommission wird in Art. 14 Abs. 2 FKVO ein gemäß Art. 16 FKVO i.V.m. Art. 229 EGV durch den EuGH unbeschränkt nachprüfbares⁶⁵¹ Ermessen bei der Verhängung von Geldbußen eingeräumt ("kann ... festsetzen"). Hierdurch ist gewährleistet, daß die Kommission hinreichend auf die Umstände im konkreten Einzelfall eingehen kann. Neben der Frage, ob überhaupt eine finanzielle Sanktionierung vorgenommen wird,⁶⁵² steht im Mittelpunkt des Ermessens der

⁶⁴⁹ Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1974 Nr. L 319, 1. Die Anwendbarkeit ergibt sich aus der Verortung der Fusionskontrolle im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, Rz. 1).

⁶⁵⁰ Erforderlich ist insoweit nur die Anhörung zum vorgeworfenen Verstoß, nicht auch zur Höhe der Geldbuße, da diese unmittelbar auf dem Verstoß aufbaut (vgl. EuGIE 1994, 755, Rz. 235 (Tetra Pak/Kommission)).

⁶⁵¹ Die Entscheidungen über die Festsetzung eines Bußgeldes sind mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV anfechtbar. Zuständig ist das EuGI nach Art. 225 EGV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c) Beschluß des Rates zur Errichtung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 24.10.1988, ABl. 1988 Nr. L 319, 1, berichtigt durch ABl. 1989 Nr. L 241, 4, geändert durch ABl. 1993 Nr. L 144, 21, sowie ABl. 1994 Nr. L 66, 29. Näher zum gerichtlichen Rechtsschutz Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO G., Rz. 1 ff.; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 189 ff.

⁶⁵² Bei geringfügigen Verstößen, relevanten Irrtümern oder sog. Neulandfällen kommt auch ein Absehen von einer Geldbuße oder eine nur symbolische Geldbuße in Betracht (vgl. Arhold, EuZW 1999, 165 (167)).

Kommission jedoch der Grad der Sanktionierung. Anders als für den Bereich der kartellrechtlichen Verstöße ergingen insoweit noch keine Mitteilungen der Kommission.⁶⁵³ Aufgrund des unterschiedlichen Normzwecks können diese auch nicht entsprechend herangezogen werden.⁶⁵⁴ Mit dem Erlaß eigenständiger Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 14 FKVO dürfte jedoch mit zunehmender Häufigkeit der Anwendung der Vorschrift zur Sicherstellung des Grundsatzes der Gleichbehandlung⁶⁵⁵ und einer erhöhten Transparenz zu rechnen sein.

Nach Art. 1 Abs. 3 FKVO sind bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße die Art und Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen. Die Obergrenze bei Zuwiderhandlung gegen eine Auflage gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO bildet ein Betrag von zehn Prozent des von den beteiligten Unternehmen⁶⁵⁶ erzielten Gesamtumsatzes im Sinne von Art. 5 FKVO, d.h. des Konzernumsatzes.⁶⁵⁷ Die Art des Verstoßes wird bestimmt durch den konkreten Begehungstatbestand des Art. 14 Abs. 1, 2 FKVO. Die Schwere ist anhand einer Vielzahl von Faktoren wie dem Kontext, den besonderen Einzelumständen und der gewünschten Abschreckungswirkung zu ermitteln, ohne daß eine abschließende Liste von zwingend zu berücksichtigenden Kriterien vorliegt.⁶⁵⁸ Im Rahmen der Schwere der Schuld ist daher auch die Dauer des Verstoßes und möglicherweise in Frage kommende erschwerende oder mildernde Umstände wie die Verschuldensform, wiederholte Begehung, die Mitwirkung der Parteien und das Vorliegen von vergleichbaren Bußgeldentscheidungen zu berücksichtigen.⁶⁵⁹ Denkbar erscheint auch eine Einbeziehung des erzielten Mehrgewinns in die Beurteilung der

⁶⁵³ Vgl. die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. 1998 Nr. C 9, 3, sowie die Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 1996 Nr. C 207, 4 (sog. Kronzeugenregelung).

⁶⁵⁴ Vgl. Samsung/AST, ABl. 1999 Nr. L 225, 12, Rz. 20; Wiedemann-Dieckmann, Handbuch des Kartellrechts, § 46, Rz. 11.

⁶⁵⁵ Vgl. EuGIE 1998, 1751, Rz. 352 (Mayr-Melnhof/Kommission).

⁶⁵⁶ Vgl. zum Begriff des beteiligten Unternehmens sowie zur Bestimmung der relevanten Umsätze die Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 14, sowie die Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 Nr. C 66, 25.

⁶⁵⁷ Es handelt sich insoweit um einen materiellen Verstoß nach Art. 14 Abs. 2 FKVO. Die in Art. 14 Abs. 1 FKVO geregelten formellen Verstöße können mit Bußgeldern von EUR 1.000 bis EUR 50.000 sanktioniert werden.

⁶⁵⁸ Vgl. EuGHE 1996, 1611, Rz. 54.

⁶⁵⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, 3; Kommissionsentscheidungen A.P. Møller, ABl. 1999 Nr. L 183, 29, Rz. 11; Samsung/AST, ABl. 1999 Nr. L 225, 12, Rz. 26.

Schwere der Zuwiderhandlung,⁶⁶⁰ da eine Mehrerlösabschöpfung nicht explizit vorgesehen ist und die Präventionswirkung hierdurch verstärkt werden kann. Die bei der Ahndung der bisherigen Verstöße eingeschlagene Gangart zeigt, daß die Kommission nach anfänglicher Berücksichtigung des Neulandbonus auch im Rahmen der FKVO zur Ausschöpfung des ihr durch Art. 14 FKVO gesteckten Rahmens bereit ist.⁶⁶¹

Bei der Festsetzung von Geldbußen wegen der Zuwiderhandlung gegen eine Auflage kommen als mögliche Entscheidungskriterien daher insbesondere das Gewicht der Auflage und ihre Bedeutung in Bezug auf die Abwendung einer Untersagung des Zusammenschlusses, die Dauer bzw. Dauerhaftigkeit der Zuwiderhandlung, der Verschuldensgrad, die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Auflage im Zeitpunkt der Bußgeldentscheidung sowie die Auswirkungen auf die betroffenen Märkte in Betracht. Wie die zuletzt von der Kommission gewählte Gangart zeigt,⁶⁶² dürfte die Kommission - jedenfalls nach Ablauf des Bonus der erstmaligen Begehung - bei Auflagenverstößen zur Festsetzung auch empfindlicher Bußgelder bereit sein.

Die Kommission bestimmt in ihren Bußgeldentscheidungen regelmäßig auch Verzugszinsen für den Fall der nicht fristgemäßen Zahlung.⁶⁶³ Hierdurch sollen Zahlungsverzögerungen und daraus resultierende Zinsvorteile auf Seiten der Betroffenen verhindert werden - insbesondere bei Klageerhebung, da diese gemäß Art. 242 EGV grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. Diese schon im Rahmen der kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen praktizierte Vorgehensweise wurde vom EuGH trotz fehlender Rechtsgrundlage aus Zweckerwägungen zugunsten des Gemeinschaftsrechts gebilligt.⁶⁶⁴

Die Zwangsvollstreckung verhängter Bußgelder erfolgt aufgrund Art. 256 EGV. Die Bußgeldfestsetzung erlegt eine Zahlung auf und ist damit gemäß Art. 256 Abs.1 EGV ein vollstreckbarer Titel, der gemäß Art. 256 Abs. 2 EGV nach den Vorschriften des Zivilprozeßrechts desjenigen Staates vollstreckt wird, in

⁶⁶⁰ Vgl. die nach Art. 15 KartellVO (VO 17/62) ergangene Entscheidung Kawasaki, ABl. 1979 Nr. L 16, 9, Rz. 59, sowie Wiedemann-Dieckmann, Handbuch des Kartellrechts, § 46, Rz. 16.

⁶⁶¹ In den Entscheidungen Sanofi/Synthélabo, Zsf. WuW 1999, 986, Deutsche Post/trans-o-flex, Zsf. WuW 2000, 48 KLM/Martinair III, Zsf. WuW 2000, 48, wurde der bzw. nahezu der Höchstbetrag von EUR 50.000 für Verstöße nach Art. 14 Abs. 1 FKVO festgesetzt. Vgl. hierzu auch Dieckmann/Schmidt/Visser/Hinten-Reed, Competition Policy Newsletter 2000/1, 28 f.

⁶⁶² Insbesondere die kartellrechtliche Entscheidung VW-Audi, ABl. Nr. L 1998, 60, hat gezeigt daß auch Bußgelder bis zu dreistelliger Millionenhöhe gegen ein Unternehmen verhängt werden.

⁶⁶³ Vgl. A.P. Møller, ABl. 1999 Nr. L 183, 29, Art. 2; Samsung/AST, ABl. 1999 Nr. L 225, 12, Art. 2.

⁶⁶⁴ EuGHE 1983, 3151, Rz. 141 ff. (AEG/Kommission).

dessen Hoheitsgebiet die Vollstreckung vorgenommen wird. Die Vollstreckungsklausel erteilt die national zuständige Behörde; in der Bundesrepublik Deutschland ist insoweit das Bundesministerium der Justiz zuständig.⁶⁶⁵ Die Frist, binnen derer die Vollstreckung zu erfolgen hat, beträgt gemäß Art. 4 der Verordnung über die Verjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht⁶⁶⁶ fünf Jahre ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung.

c) Zwangsgeld

Neben der Verhängung einer Geldbuße bei Zuwiderhandlung sieht die FKVO für den zweiten Verfahrensabschnitt auch die Bestimmung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung von Auflagen vor. Nach Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO kann die Kommission gegen die in Art. 3 Abs. 1 lit. b) genannten Personen und gegen Unternehmen Zwangsgelder bis zur Höhe von EUR 100.000 für jeden Tag des Verzuges von dem in der Entscheidung bestimmten Zeitpunkt an festsetzen, um sie zur Erfüllung einer mit der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verbundenen Auflage anzuhalten.⁶⁶⁷ Das Zwangsgeld dient in erster Linie als Beugemittel⁶⁶⁸ und unterscheidet sich insofern vom Bußgeld, das primär sanktionierenden Charakter hat. Auch die kumulative Anwendung von Bußgeld und Zwangsgeld ist daher zulässig, um der Kommissionsentscheidung entsprechendes Gewicht zu verleihen.⁶⁶⁹ In der bisherigen Fusionskontrollpraxis

⁶⁶⁵ Bekanntmachung der Bundesregierung vom 03.02.1961 über die Zuständigkeit für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu Entscheidungen von Organen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, BGBl. II, 50.

⁶⁶⁶ Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1974 Nr. L 319, 1. Die Anwendbarkeit ergibt sich aus der Verortung der Fusionskontrolle im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, Rz. 1).

⁶⁶⁷ Wenngleich Art. 16 KartellVO (VO 17/62) nicht den konkreten Tatbestand der Durchsetzung von Auflagen enthält, wird aufgrund der Vergleichbarkeit im übrigen nachfolgend auch die hierzu vorliegende Kommentierung herangezogen (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, Rz. 1). Hervorzuheben ist dabei der gegenüber der KartellVO (VO 17/62) deutlich höhere Zwangsgeldrahmen (bis EUR 25.000 bzw. bis EUR 100.000 gegenüber bis EUR 1.000).

⁶⁶⁸ Daneben ist auch von einer Präventivfunktion auszugehen, da das Zwangsgeld die Adressaten zur Befolgung ergangener Auflagen anhält (vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 6).

⁶⁶⁹ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 15, Rz. 1. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Hacker, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 15, Rz. 3. Aufgrund der Überschneidungen im Bereich des Präventionszwecks ist jedoch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bei der Festsetzung des Gesamtbetrages des Zwangsgeldes und bei der endgültigen Festsetzung des Zwangsgeldes eine bereits bestimmte Geldbuße gegebenenfalls mildernd zu berücksichtigen (Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 6).

der Kommission hat das Zwangsgeld soweit ersichtlich noch keine Anwendung gefunden.

Das Verfahren zur Festsetzung eines Zwangsgeldes im Rahmen der FKVO ist zweistufig aufgebaut,⁶⁷⁰ wobei die Entscheidungen im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission stehen ("kann ... festsetzen"). In einem ersten Schritt mit dem Charakter einer Androhung⁶⁷¹ wird die angeordnete Handlung, Duldung oder Unterlassung, die mittels Zwangsgeld durchgesetzt werden soll, der Zeitpunkt des Verzugsbeginns und der mit jedem Tag des Verzugs verwirkte Betrag - bei Auflagen bis zu EUR 100.000 - bestimmt.⁶⁷² Auf diese Androhung bezieht sich Art. 15 Abs. 2 FKVO. Die endgültige Festsetzung des insgesamt verwirkten Zwangsgeldes erfolgt erst in einer zweiten Stufe mit der Feststellung, daß die Auflage trotz der Androhung des Zwangsgeldes nicht erfüllt wurde. Voraussetzung ist lediglich, daß eine objektive Zuwiderhandlung gegen die Androhung der Kommission vorliegt.⁶⁷³ Ein Verschulden auf seiten der Betroffenen ist grundsätzlich nicht erforderlich.⁶⁷⁴ Der Charakter des Zwangsgeldes als Beugemittel bedingt jedoch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit sowie die Zumutbarkeit der Leistungserbringung,⁶⁷⁵ so daß die endgültige Bestimmung eines Zwangsgeldes ausscheidet, wenn das Zwangsgeld zur Durchsetzung von nicht oder nicht mehr umsetzbaren Auflagen angedroht wurde.⁶⁷⁶ Im Rahmen der endgültigen Festsetzung des Zwangsgeldes, die nach Art. 15 Abs. 3 FKVO - gegebenenfalls unter Herabsetzung - auch dann noch möglich ist, wenn die geforderten Verpflichtungen im Ergebnis erfüllt wurden, hat die Kommission aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch die Länge des

⁶⁷⁰ Vgl. EuGHE 1989, 2859, Rz. 55.

⁶⁷¹ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, FVO 17, Art. 16, Rz. 18.

⁶⁷² Aufgrund der fehlenden unmittelbaren Wirkung bzw. Rechtsbeeinträchtigung der Androhung ist diese noch nicht gerichtlich anfechtbar (EuGIE 1998, 2383, Rz. 31 ff. (Dalmine/ Kommission)).

⁶⁷³ Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17, Art. 16, Rz. 27; Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 6.

⁶⁷⁴ Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 6. Für den Fall der Festsetzung des Zwangsgeldes trotz - wenn auch verspäteter - Befolgung der behördlichen Verfügung wird zum Teil unter Berufung auf den in diesem Fall primär bestrafenden Charakter des Zwangsgeldes ein Verschulden auf seiten der Betroffenen verlangt (Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 9 m.w.N.); diese Argumentation erscheint jedoch insofern zweifelhaft, als das Zwangsgeld bereits durch die verspätete Befolgung entstanden ist und nur noch zum Zweck der Vollstreckbarkeit endgültig der Höhe nach festgesetzt wird (vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 36).

⁶⁷⁵ Vgl. EuGHE 1963, 705, 744 (San Michele u.a./Kommission); Schlußanträge von Generalanwalt Roemer zu EuGHE 1963, 705 (San Michele u.a./Kommission), 762 f.; Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 6. Das Ergebnis läßt sich dabei entweder über eine tatbestandsausschließende Wirkung der Unmöglichkeit der Auflage oder über eine Ermessensreduzierung auf Null erreichen.

⁶⁷⁶ Vgl. hierzu Heidenhain, EuZW 1994, 135 ff. (138).

Verzugs, die Bedeutung der Auflage, ein fehlendes Verschulden und ein unter Umständen kumulativ verhängtes Bußgeld zu berücksichtigen.⁶⁷⁷ Auf die Rechtmäßigkeit der Auflage kommt es jedoch nicht an, da insoweit eine Vermutung für die Gültigkeit der Rechtsakte bis zur gerichtlichen Aufhebung oder Aussetzung des Vollzugs besteht.⁶⁷⁸

In formeller Hinsicht ist die Anhörung der Betroffenen gemäß Art. 18 Abs. 1 FKVO i.V.m. Art. 11 ff. VerfVO⁶⁷⁹ sowie die Beteiligung des Beratenden Ausschusses gemäß Art. 19 Abs. 3 FKVO erforderlich. Ob diese Verfahren jeweils vor beiden Festsetzungsentscheidungen durchzuführen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur zur Zwangsgeldfestsetzung im Rahmen der KartellVO (VO 16/62) umstritten. Zum Teil wird eine Anhörung der betroffenen Unternehmen und des beratenden Ausschusses auch schon in der ersten Stufe verlangt, da durch die Androhung ein Rechtsgrund für die spätere Erhebung des endgültigen Zwangsgeldbetrages geschaffen werde.⁶⁸⁰ Nach richtiger Ansicht des EuGH und der überwiegenden Ansicht in der Literatur entsteht erst durch die endgültige Festsetzung des Zwangsgeldes eine unmittelbare Belastung für die betroffenen Unternehmen; Verzögerungen in der ersten Stufe würden den *effet utile* des Zwangsgeldes gefährden, so daß die Durchführung der Anhörungen erst vor der zweiten Entscheidung für ausreichend erachtet wird.⁶⁸¹

Die Zwangsvollstreckung erfolgt in gleicher Weise wie im Rahmen der Verhängung von Bußgeldern nach Art. 256 EGV.⁶⁸² Die Verjährungsfrist beträgt gemäß Art. 4 der Verordnung über die Verjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht⁶⁸³ ebenfalls fünf Jahre ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung.

⁶⁷⁷ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17 Art. 16, Rz. 40 und 50 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. EuGHE 1989, 2859, Rz. 64 sowie 9. Leitsatz (Hoechst/Kommission).

⁶⁷⁹ Erforderlich ist insoweit nur die Anhörung zum vorgeworfenen Verstoß, nicht auch zur Höhe der Geldbuße, da diese unmittelbar auf dem Verstoß aufbaut (vgl. EuGIE 1994, 755, Rz. 235 (Tetra Pak/Kommission)).

⁶⁸⁰ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, VO 17 Art. 16, Rz. 9 f.

⁶⁸¹ EuGHE 1989, 2859, Rz. 56 (Hoechst/Kommission); Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 87, VO 17 Art. 16, Rz. 10; Immenga/Mestmäcker-Dannecker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17, Art. 16, Rz. 60 f. m.w.N.

⁶⁸² Vgl. oben F. II. 2. b) bb).

⁶⁸³ Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1974 Nr. L 319, 1. Die Anwendbarkeit ergibt sich aus der Verordnung der Fusionskontrolle im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts (vgl. Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 15, Rz. 1).

d) Zwischenergebnis

Bei einer Zuwiderhandlung gegen Auflagen von Phase II-Entscheidungen hat die Kommission das Recht zum Widerruf der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO. Wie nach Abschluß des ersten Verfahrensabschnitts steht die Wiederrufsentscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission. Sie hat dabei zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen der Marktsituation und das Gewicht der Auflage zu berücksichtigen. In zeitlicher Hinsicht ist die Kommission lediglich an den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass von behördlichen Entscheidungen gebunden. Die schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen die Auflage einer Phase II-Entscheidung kann die Kommission - auch zusätzlich zum Widerruf - gemäß Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu zehn Prozent des Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen ahnden. Ist die Erfüllung der Auflage möglich, kann sie - gegebenenfalls auch kumulativ - nach Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu EUR 100.000 für jeden Tag des Verzugs zur Durchsetzung der Auflage bestimmen.

3. Sanktionierung bei Absicherung mittels Bedingung

Werden Zusagen, deren Erfüllung zur Bedingung der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO gemacht wurde, von den beteiligten Unternehmen nicht eingehalten, ergeben sich die Rechtsfolgen wiederum unmittelbar aus der Rechtsnatur des Sicherungsmittels.⁶⁸⁴ Da die Freigabe vom - fristgemäßen - Eintritt oder Ausbleiben einer bestimmten Situation abhängt, führt die Nichterfüllung ipso iure zum Nichteintritt bzw. Wegfall der materiellen Rechtswirkungen, ohne daß es eines besonderen Rechtsakts der Kommission bedarf.⁶⁸⁵ Bei der aufschiebenden Bedingung kommt es zum dauerhaften Fehlen einer Freigabe des Vorhabens, bei der auflösenden Bedingung wird sie nachträglich beseitigt.⁶⁸⁶ Mit fruchtlosem Ablauf der auferlegten Frist, binnen derer die Erfüllung der Änderungen des Zusammenschlusses von den beteiligten Unternehmen zugesagt wurde, fallen die mit der ursprünglichen Freigabe des Vorhabens verbundenen materiellen Rechtswirkungen nachträglich weg, ab

⁶⁸⁴ Vgl. oben F. I. 3.

⁶⁸⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25; Fuchs, WuW 1996, 269 (279); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 27.

⁶⁸⁶ Vgl. oben F. I. 3. a).

diesen Zeitpunkt fehlt also die Feststellung der Vereinbarkeit dauerhaft.⁶⁸⁷ Der Automatismus der Bedingung läßt sich zur Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die Kommission dadurch abfedern, daß die ursprüngliche Entscheidung bei gravierenden Marktveränderungen gegebenenfalls zugunsten der beteiligten Unternehmen abgeändert wird oder die Bedingungen aufgehoben werden.⁶⁸⁸

Die Festsetzung einer Geldbuße oder eines Zwangsgeldes allein aufgrund der Nichterfüllung von mittels Bedingung abgesicherten Zusagen kommt mangels diesbezüglicher Rechtsgrundlage in der FKVO nicht in Betracht. Die FKVO enthält keine dem Art. 15 Abs. 2 lit. a) KartellVO (VO 17/62) entsprechende, auf einen laufenden Verstoß abstellende Regelung; im Gegensatz zur KartellVO (VO 17/62) sehen die Vorschriften der FKVO die Sanktionierung des Nichteintritts eines die Freistellung nach Art. 81 Abs.3 EGV i.V.m. Art. 8 Abs.1 KartellVO (VO 17/62) bedingenden Ereignisses als Verstoß gegen Art. 81, 82 EGV mit einem Bußgeld⁶⁸⁹ nicht vor. Die Anwendbarkeit der in Art. 14, 15 FKVO normierten Tatbestandsvarianten nach Wegfall bzw. dauerhaftem Fehlen der Vereinbarkeitserklärung bleibt insoweit unberührt.

4. Sanktionierung bei fehlender Absicherung mittels Auflage oder Bedingung

Auch im zweiten Verfahrensabschnitt ließ die Kommission Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen zum Teil lediglich auf tatbestandlicher Ebene in die Entscheidung einfließen, ohne für eine Sicherstellung ihrer Erfüllung mittels Nebenbestimmungen zu sorgen.⁶⁹⁰ Es stellt sich daher die Problematik der

⁶⁸⁷ A.A. wohl Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320, und Fuchs, WuW 1996, 269 (280), die ohne nähere Begründung von einer zwar rückwirkenden Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung ausgehen, allerdings die logische Konsequenz der ex-tunc-Nichtigkeit des Zusammenschlusses infolge der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO ablehnen. Dieser Ansatz der rückwirkenden Beseitigung vermag nicht überzeugen, da bei der auflösenden Bedingung eine Rückbeziehung regelmäßig nicht gewollt ist (vgl. für das deutsche Zivilrecht § 159 BGB sowie hierzu BGHZ 10, 69 (72)).

⁶⁸⁸ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 8 Rz. 13; Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); vgl. hierzu die Kommissionsentscheidungen zu den Zusammenschlüssen Shell/Montecatini (Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1994 Nr. L 332, 48, Aufhebung der Nebenbestimmungen, ABl. 1996 Nr. L 294, 10) und RTL/Veronica/Endemol (Untersagung, ABl. 1996, L134, 32, spätere Freigabe mit Nebenbestimmungen, ABl. 1996 L 294, 14) (Phase II-Entscheidungen).

⁶⁸⁹ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, VO 17, Art. 8 Rz. 7 und 15.

⁶⁹⁰ Z.B. Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38, Rz. 67; Enso/Stora, ABl. 1999 Nr. L 254, 9, Rz. 101 f.

Durchsetzbarkeit dieser Erklärungen in vergleichbarer Weise wie bei der bloß tatsächlichen Berücksichtigung von Zusagen in Phase I.

Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO räumt der Kommission ebenfalls ein Widerrufsrecht ein, wenn die Vereinbarkeitserklärung auf von den beteiligten Unternehmen zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt worden ist.⁶⁹¹ Regelmäßig dürfte es aber an den Voraussetzungen fehlen, da maßgeblicher Zeitpunkt für das Vertretenmüssen bzw. für die Arglist der Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Abgabe der Zusagen ist. Zudem wird der Widerruf nach Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO in der Praxis dadurch erschwert, daß das Vertretenmüssen nur von der Kommission nachgewiesen werden muß.

Wie sich gezeigt hat, läßt sich in diesem Fall auch aus dem allgemeinen europäischen Verfahrensrecht kein Widerrufsrecht generieren;⁶⁹² auch eine vertragliche Lösung über das grundsätzlich im europäischen Recht existente Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages scheitert regelmäßig jedenfalls am Vorliegen einer wirksamen dahingehenden Vereinbarung.⁶⁹³ Im Ergebnis verbleibt damit allenfalls die allgemeine Kontrolle des Markts als faktische Sanktionsmaßnahme.

5. Ergebnis

Werden Auflagen der Vereinbarkeitserklärung nach Abschluß der Phase II nicht erfüllt, hat die Kommission in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Möglichkeit, die Entscheidung zu widerrufen und gegebenenfalls zusätzlich eine Geldbuße zu verhängen oder im Wege der Festsetzung eines Zwangsgeldes für eine Einhaltung der Verpflichtungen zu sorgen, gegebenenfalls auch in Kombination mit der Geldbuße. Der Nichteintritt eines bedingenden Ereignisses bzw. der bedingenden Situation ist mit dem automatischen Wegfall bzw. dauerhaften Entfallen der Vereinbarkeitsentscheidung verbunden. Die Nichterfüllung von Zusagen, die nicht als Nebenbestimmungen der Entscheidung aufgenommen werden, kann auch nach Abschluß des zweiten Verfahrensabschnitts regelmäßig nicht von der Kommission sanktioniert werden.

⁶⁹¹ Vgl. hierzu oben F. I. 4. b) aa).

⁶⁹² Vgl. oben F. I. 4. b) bb).

⁶⁹³ Vgl. oben F. I. 4. d).

III. Fazit

Sowohl nach Freigabe des Zusammenschlusses im ersten Verfahrensabschnitt als auch nach Vereinbarkeitserklärung in Phase II hängt die Sanktionierung der Nichterfüllung von Zusagen davon ab, auf welche Weise diese in der Kommissionsentscheidung berücksichtigt wurden. Allein daraus, daß die beteiligten Unternehmen gegenüber der Kommission Zusagen abgeben, lassen sich noch keine Rechtsfolgen bei ihrer Nichteinhaltung ableiten. Erfüllen die beteiligten Unternehmen Auflagen einer Phase I- oder einer Phase II-Entscheidung nicht, kann die Kommission in beiden Fällen die Freigabe nach pflichtgemäßem Ermessen widerrufen. Die Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung hängt damit von einer neuen Entscheidung der Kommission ab. Darüberhinausgehende Sanktionen - Zwangsgeld und Geldbuße - stehen der Kommission nur bei Zuwiderhandlung gegen Auflagen einer Phase-II-Entscheidung zu. Dies läßt sich dadurch rechtfertigen, daß im ersten Verfahrensabschnitt nur eine summarische Überprüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses stattfindet. Bedingungen von Phase I- oder Phase II-Entscheidungen lassen die Freigabeentscheidung mit Eintritt des Bedingungsfalls ipso iure (dauerhaft) wegfallen. Anders als bei Auflagen setzt also ein Automatismus ein. Die Kommission kann dem nur durch vorherige Abänderung der ursprünglichen Entscheidung zugunsten der beteiligten Unternehmen entgegenwirken. Der Eintritt des Bedingungsfalls gibt der Kommission - auch bei Phase II-Entscheidungen - keine Möglichkeit zur Verhängung einer Geldbuße oder Festsetzung eines Zwangsgeldes. Bei Zusagen der beteiligten Unternehmen, die in Phase I- oder Phase II-Entscheidungen lediglich auf tatsächlicher Ebene berücksichtigt wurden, ohne als Nebenbestimmungen mit der Freigabe verbunden zu sein, hat die Kommission regelmäßig weder die Möglichkeit zur nachträglichen Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung noch die Möglichkeit zur Durchsetzung.

G. Bestimmung der Rechtsfolgen von Widerruf der Vereinbarkeitserklärung und Eintritt des Bedingungsfalls

Die in der FKVO vorgesehene Möglichkeit zur (dauerhaften) Beseitigung der erlassenen Freigabeentscheidung - sei es durch Widerruf wegen Nichterfüllung von Auflagen (nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) bzw. Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO) oder wegen zu vertretender unrichtiger Angaben bzw. Arglist (nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) bzw. Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO), sei es durch den Eintritt des Bedingungsfalls - wirft die Frage nach den Konsequenzen für den angemeldeten Zusammenschluß auf. Anders als bezüglich der Vollstreckung von Buß- und Zwangsgeld, die sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Beitreibung von durch Entscheidung auferlegten Geldforderungen richtet,⁶⁹⁴ trifft das Gemeinschaftsrecht keine expliziten Aussagen bezüglich der Rechtsfolgen einer Beseitigung der Vereinbarkeitsentscheidung. In Art. 6 Abs. 4 FKVO bzw. Art. 8 Abs. 6 FKVO wird für den Fall des Widerrufs lediglich eine Entbindung von einzuhaltenden Fristen bestimmt. Weitere Regelungen enthält die FKVO nicht. Im folgenden werden daher für beide Verfahrensabschnitte und jeweils differenziert nach Widerruf⁶⁹⁵ und Eintritt des Bedingungsfalls die möglichen Rechtsfolgen nach (dauerhafter) Beseitigung der Freigabeentscheidung untersucht.

I. Rechtsfolgen nach Abschluß des ersten Verfahrensabschnitts

1. Auswirkungen des Widerrufs

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

Der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 6 Abs. 3 FKVO beseitigt ihre materiellen Rechtswirkungen. Für die weiteren Rechtsfolgen ist auf die Systematik des Fusionskontrollverfahrens nach der FKVO abzustellen. Der FKVO liegt ein Neutralitäts- bzw. erweitertes Eingriffsprinzip zugrunde. Danach stehen sämtliche Zusammenschlüsse im Anwendungsbereich der FKVO unter

⁶⁹⁴ Art. 256 EGV. Vgl. oben F. II. 2. b) bb) und F. II. 2. c).

⁶⁹⁵ Die Ausführungen gelten in gleicher Weise für den Widerruf wegen Nichterfüllung von Auflagen (Art. 6 Abs. 3 lit. b), Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO) wie auch wegen zu vertretender unrichtiger Angaben bzw. Arglist (Art. 6 Abs. 3 lit. a), Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO), da beide Tatbestandsgruppen zur gleichen Rechtsfolge (Recht zum Widerruf der Vereinbarkeitserklärung) führen.

einem allgemeinen Entscheidungsvorbehalt, nicht aber unter einem generellen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁶⁹⁶ Zusammenschlüsse sind demnach nicht kraft Gesetz unvereinbar, sondern zunächst grundsätzlich zulässig. Erst mit expliziter Untersagung durch die Kommission wird ein Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt. Entsprechend der Konzeption der FKVO hat nur die Untersagungsverfügung konstitutiven Charakter, die Freigabe jedoch trifft nur eine deklaratorische Feststellung.⁶⁹⁷ Anzumelden ist nach Art. 4 Abs. 1 FKVO nicht das Vorhaben, sondern der zumindest wirtschaftlich bereits bindende Zusammenschluß.⁶⁹⁸ Jedes eingeleitete Verfahren wird durch eine Verfügung in Phase I oder II abgeschlossen. Ergeht keine Entscheidung der Kommission innerhalb der in der FKVO vorgesehenen Fristen, wird die Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO fingiert. Voraussetzung für die Unvereinbarkeit ist ihre ausdrückliche Erklärung durch die Kommission.

Die bloße Beseitigung der Freigabeentscheidung kann daher nicht per se mit einer Untersagung gleichgesetzt werden,⁶⁹⁹ vielmehr handelt es sich um unterschiedliche Rechtsakte. Durch den Widerruf wird lediglich der status quo ante wiederhergestellt.⁷⁰⁰ Dieses Modell liegt auch der Regelung des Art. 6 Abs. 4 FKVO zugrunde, wonach die Kommission im Falle des Widerrufs nicht an die in Art. 10 Abs. 1 FKVO genannten Fristen gebunden sein soll. Unabhängig von den rechtlichen Folgen dieser Vorschrift läßt sich hieraus entnehmen, daß jedenfalls eine neue Kommissionsentscheidung ergeht.

Durch die Systematik von Art. 6 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Art. 8 Abs. 1, 3 FKVO wird im übrigen deutlich, daß die Untersagung eines Zusammenschlusses nur nach Durchführung des zweiten Verfahrensabschnitts, d.h. nach eingehender Untersuchung der Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt, möglich ist. Die

⁶⁹⁶ Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70).

⁶⁹⁷ Grabitz/Hilf-Koch, a.a.O.

⁶⁹⁸ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 4, Rz. 4.

⁶⁹⁹ Im Zusammenhang mit dem Widerruf der Freigabe nach Durchführung der Phase II ging Krimphove (Europäische Fusionskontrolle, 320) - vor Novellierung der FKVO - unter Berufung auf die Systematik der Verordnung offenbar von einem solchen Ansatz aus. Nach seiner Ansicht hat der Widerruf nach Art. 8 Abs. 5 FKVO bei nicht vollzogenen Zusammenschlüssen die Wirkung - ex tunc - einer nicht erteilten Erlaubnis; vollzogene Zusammenschlüsse seien infolge des Wegfalls der Erlaubnis - ex nunc - im Wege des Auflösungsverfahrens nach Art. 8 Abs. 5 FKVO rückgängig zu machen.

⁷⁰⁰ Zum Widerruf nach Art. 8 Abs. 5 FKVO grundlegend Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 49; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41; Jones/González-Días, EEC Merger Regulation, 231 ("... the revocation of the compatibility decision does not entail automatically the invalidity of the concentration ...").

Annahme einer automatischen Untersagungswirkung des Widerrufs der Freigabe kommt daher bei Phase I-Entscheidungen schon deshalb nicht in Betracht.

Durch den Widerruf der Vereinbarkeitsentscheidung erhält die Kommission also die Möglichkeit, das bestandskräftig⁷⁰¹ abgeschlossene Verfahren erneut aufzugreifen; ihre Prüfungs- und Entscheidungskompetenz lebt insoweit wieder auf.⁷⁰² Dabei ist der Verfahrensabschnitt maßgeblich, der durch die widerrufenen Kommissionsentscheidung beendet wurde. Bei Phase I-Entscheidungen hat die Kommission folglich erneut den Zusammenschluß im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 6 Abs. 1 FKVO zu überprüfen.⁷⁰³

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

Neben der Frage der eröffneten Entscheidungskompetenz der Kommission nach erfolgtem Widerruf gilt es zu klären, ob sich unmittelbar aus dem Widerruf der Vereinbarkeitserklärung Auswirkungen auf den regelmäßig bereits ganz oder teilweise vollzogenen Zusammenschluß ergeben. Sowohl das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO als auch die Wirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO knüpfen an den Bestand der Vereinbarkeitserklärung bzw. ihrer Fiktion an, die durch den Widerruf beseitigt wird. Die unmittelbaren Folgen hängen damit von der zeitlichen Wirkung des Widerrufs ab. Da die Freigabeentscheidung, insbesondere im Zusammenhang mit Nachfristzusagen, eine über den Zeitpunkt des Entscheidungserlasses hinausgehende Wirkung entfaltet und damit zumindest eine beschränkte Dauerwirkung hat,⁷⁰⁴ kommen unterschiedliche Wirkungszeitpunkte des Widerrufs in Betracht.

⁷⁰¹ Vgl. Oppermann, Europarecht, Rz. 699 ff.

⁷⁰² Vgl. Fuchs, EuZW 1996, 263 (266 f.). Mißverständlich insofern Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 36, wonach der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 5 FKVO für sich "wirkungslos" sei.

⁷⁰³ Vgl. hierzu die - soweit ersichtlich - erste Widerrufsentscheidung der Kommission Sanofi/Synthélabo, Zsf. WuW 1999, 717 f. (vgl. hierzu auch Emberger/Pitkänen, Competition Policy Newsletter 1999/2, 27 (33)). Diese erging allerdings nicht wegen des Verstoßes gegen eine Auflage, sondern aufgrund zu vertretender unrichtiger Angaben nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO. Ursprünglich hatte die Kommission den Zusammenschluß gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt. Aufgrund Beschwerden dritter Unternehmen bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Märkten für pharmazeutische Wirkstoffe verlangte die Kommission von den beteiligten Unternehmen Angaben hierzu, die diese bei der Anmeldung nicht gemacht hatten. Sodann widerrief sie die ursprüngliche Vereinbarkeitsentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO und nahm das Verfahren wieder auf.

⁷⁰⁴ Zum Begriff des Verwaltungsakts mit Dauerwirkung im deutschen Verwaltungsrecht ausführlich Brede, Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, 44 ff. m.w.N.; vgl. auch BVerwGE 65, 1 (3).

Die Annahme eines rückwirkenden Wegfalls der Vereinbarkeitserklärung durch den Widerruf, d.h. eine Wirkung *ex tunc*, würde beim bereits vollzogenen Zusammenschluß dazu führen, daß dieser entgegen dem Verbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO vollzogen worden wäre. Gemäß Art. 7 Abs. 5 FKVO würden die zivilrechtlichen Vollzugsgeschäfte im nachhinein unwirksam.⁷⁰⁵ Unter dem Gesichtspunkt des Vollzugs entgegen Art. 7 Abs. 1 FKVO könnte auch die Verhängung eines Bußgeldes gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO in Betracht gezogen werden. Für die Wirkung *ex tunc* spräche dabei die erhöhte Abschreckungswirkung und die effektive Durchsetzung der FKVO durch die Sanktion der Unwirksamkeit sämtlicher auch vergangener Vollzugshandlungen gemäß Art. 7 Abs. 5 FKVO.

Andererseits fehlt in der FKVO im Gegensatz zur vergleichbaren Regelung in Art. 8 Abs. 3 S. 2 KartellVO (VO 17/62) ein Hinweis auf die ausdrückliche Zulässigkeit des Widerrufs mit rückwirkender Kraft. Der Widerruf einer behördlichen Entscheidung mit Wirkung *ex tunc* stellt im europäischen Recht aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes die Ausnahme dar.⁷⁰⁶ Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO macht den Vollzug bzw. seine Wirksamkeit vom Vorliegen einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), Art. 8 Abs. 2 FKVO oder der Fiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO abhängig. Mit der abschließenden Entscheidung wird der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit aufgehoben.⁷⁰⁷ Eine nachträgliche Beseitigung der zivilrechtlichen Wirksamkeit bzw. Wiederherstellung des Schwebezustandes ist insoweit nicht vorgesehen; dies wäre auch systemfremd, da durch die abschließende Entscheidung der Schwebezustand gerade dauerhaft beendet werden soll und nicht durch die Verankerung eines expliziten Widerrufsrechts ein zusätzlicher Schwebezustand erzeugt werden soll. Anderenfalls wäre jeder Zusammenschluß schon allein aufgrund der in der FKVO vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit mit dem Risiko der nachträglichen zivilrechtlichen Unwirksamkeit behaftet.

⁷⁰⁵ Vgl. zur schwebenden Unwirksamkeit Ritter/Braun/Rawlinson, EEC Competition Law, 381; Miersch, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89, Art. 7 Anm. 5 m.w.N.; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rz. 6; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 7, Rz. 11.

⁷⁰⁶ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, 992 f. Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht § 49 Abs. 2 VwVfG ("mit Wirkung für die Zukunft").

⁷⁰⁷ Ritter/Braun/Rawlinson, EEC Competition Law, 381; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rz. 6.

Bestätigt wird dies durch die Regelung in Art. 8 Abs. 4 FKVO über die nachträgliche Auflösung von Zusammenschlüssen infolge ihrer Untersagung.⁷⁰⁸ Indem die Kommission die Möglichkeit zur Anordnung der nachträglichen Trennung der zusammengefaßten Unternehmen, der Beendigung der gemeinsamen Kontrolle oder anderer den Wettbewerb wiederherstellender Maßnahmen hat, wird deutlich, daß der Verordnungsgeber von der Wirksamkeit der bis zur Untersagung durchgeführten Vollzugsmaßnahmen ausgeht; auch die Auflösung läßt die Vergangenheit insofern unberührt.

Im übrigen zeigt Art. 14 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 lit. a) FKVO, daß für die Widerrufsgründe des Art. 8 Abs. 5 lit. a), b) FKVO eigenständige Bußgeldregelungen vorhanden sind. Wären diese schon vom Bußgeldtatbestand des Vollzugs trotz Vollzugsverbot in Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO erfaßt, bestünde hierfür kein Bedürfnis.

Demnach ist von einer Wirkung des Widerrufs nur ex nunc auszugehen, d.h. von einem Wegfall der Vereinbarkeitserklärung mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Widerrufs.⁷⁰⁹ Das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO findet ab diesem Zeitpunkt wieder Anwendung. Dies gilt ebenso für die Wirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO. Sofern der Zusammenschluß bereits vollständig vollzogen wurde, ergeben sich also aus Art. 7 FKVO keine Folgen für den abgeschlossenen Tatbestand. Etwas anderes gilt jedoch, wenn noch Vollzugshandlungen bzw. -geschäfte durch die beteiligten Unternehmen vorzunehmen sind. Aufgrund des ab dem Widerrufszeitpunkt wiederauflebenden Vollzugsverbots haben diese zu unterbleiben; dennoch durchgeführte Vollzugshandlungen sind gemäß Art. 7 Abs. 5 FKVO bis zum Erlaß einer erneuten Kommissionsentscheidung schwebend unwirksam. Auf Antrag kann die Kommission allerdings gemäß Art. 7 Abs. 4 FKVO auch eine Befreiung vom Vollzugsverbot erteilen, um schweren Schaden von einem oder mehreren fusionsbeteiligten Unternehmen oder Dritten abzuwenden.⁷¹⁰ Werden trotz des Auflebens des Vollzugsverbots weitere Vollzugshandlungen vorgenommen, hat die Kommission die Möglichkeit, nach Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO eine Geldbuße festzusetzen. Da Anknüpfungspunkt insoweit nicht die Zuwider-

⁷⁰⁸ Näher hierzu unter G. II. 1. e).

⁷⁰⁹ A.A. ohne nähere Begründung Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320, wonach der Widerruf bei vollzogenen Zusammenschlüssen seine Wirkung ex nunc, bei noch nicht vollzogenen Zusammenschlüssen jedoch ex tunc entfalte.

⁷¹⁰ Vgl. die Kommissionsentscheidung Sanofi/Synthélabo, Zsf. WuW 1999, 717 f. Näher zu den Voraussetzungen der Befreiung vom Vollzugsverbot Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 43; Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rz. 7.

handlung gegen die Auflage, sondern die Fortsetzung des Vollzugs ist, steht die vorhandene Bußgeldregelung wegen Zuwiderhandlung gegen eine Auflage bzw. ihr Fehlen für den ersten Verfahrensabschnitt dem nicht entgegen.

c) Neue Kommissionsentscheidung

Das infolge des Widerrufs der Vereinbarkeitserklärung neu eröffnete Verfahren ist durch Kommissionsentscheidung erneut abzuschließen, da nach der Regelungssystematik der FKVO in jedem Verfahrensabschnitt eine Beendigung durch eine behördliche Verfügung vorgesehen ist. Im Falle der Wiederaufnahme der Phase I bedeutet dies, daß die Kommission eine der in Art. 6 Abs. 1 FKVO bestimmten Entscheidungsvarianten zu erlassen hat. Sofern bezüglich der neuen Entscheidung schon im Zeitpunkt des Widerrufs Entscheidungsreife vorliegt, ist auch eine Verknüpfung von Widerruf und neuer Verfügung für zulässig zu erachten.⁷¹¹ Auf diese Weise würde die lediglich für eine logische Sekunde eröffnete Phase I sogleich wieder abgeschlossen. Da auch vor dem Widerruf der Kommissionsentscheidung eine Anhörung der beteiligten Unternehmen stattzufinden hat,⁷¹² kommt es dadurch nicht zu einer Beschränkung der Verteidigungsrechte.

aa) Keine Entscheidungsdeterminierung

Aus der Tatsache, daß die Kommission ihre ursprüngliche Entscheidung mit Auflagen zur Absicherung der Einhaltung von Zusagen der beteiligten Unternehmen erließ, könnte eine Bindung der Kommission im Rahmen des Erlasses der neuen Verfügung geschlossen werden, da die berücksichtigten Verpflichtungen von den beteiligten Unternehmen gerade zur Herbeiführung der Genehmigungsfähigkeit des Zusammenschlusses eingegangen wurden.

Allerdings wird durch den Widerruf der Vereinbarkeitserklärung lediglich eine Wiederaufnahme des abgeschlossenen Verfahrens ermöglicht. Eine weitergehende Wirkung läßt sich den Vorschriften der FKVO insoweit nicht entnehmen. Einen Anhaltspunkt gibt wiederum die Fristenregelung des Art. 6 Abs. 4 FKVO. Danach kann die Kommission eine Entscheidung gemäß Art. 6

⁷¹¹ Vgl. Bos/Stuyck/Wytinck, *Concentration Control*, 277; Immenga/Mestmäcker-Immenga, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 51.

⁷¹² Vgl. oben F. I. 2. a) aa).

Abs. 1 FKVO treffen, ohne an die in Art. 10 Abs. 1 FKVO genannten "Fristen" gebunden zu sein. Die Wahl des Plurals zeigt, daß sowohl die Monatsfrist für den Normalfall der Phase I-Entscheidung (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 FKVO) als auch die Frist von sechs Wochen bei Entgegennahme von Zusagen (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 FKVO) keine Bindungswirkung entfalten sollen. Der Verordnungsgeber geht also davon aus, daß nach Widerruf der Phase I-Entscheidung erneut die Verfügungsvarianten des Art. 6 Abs. 1 FKVO bestehen.

Auch unter Zweckerwägungen ist im übrigen kein Bedürfnis für eine Determinierung ersichtlich, da der Kommission durch die Wiederherstellung des status quo ante sämtliche im ursprünglichen Verfahren möglichen Entscheidungsvarianten an die Hand gegeben werden. Die im Anschluß an den Widerruf ergehende neue Entscheidung der Kommission kann also nicht als im Ergebnis vorbestimmt betrachtet werden.⁷¹³

bb) Keine Bindung auf tatsächlicher Ebene

Fraglich ist, ob zumindest auf tatsächlicher Ebene die ursprüngliche Entscheidung einzubeziehen ist. Maßgebliches Kriterium ist insoweit der Umfang der erneuten materiellrechtlichen Prüfung zur Feststellung der Vereinbarkeit. Wäre auf die Tatsachengrundlage im Zeitpunkt der ursprünglichen Anmeldung bzw. Entscheidung abzustellen, dürfte die Kommission zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen der Wettbewerbssituation nicht berücksichtigen. Nach Ansicht von Stoffregen⁷¹⁴ - bezüglich des Widerrufs der Phase II-Entscheidung - soll die Kommission jedenfalls beim Widerruf wegen Nichterfüllung von Auflagen grundsätzlich nicht zu einer erneuten Prüfung auf Grundlage der späteren Marktsituation berechtigt sein, außer wenn es sich um offensichtliche und gravierende Veränderungen im betroffenen Markt handele, die die Annahme einer Marktbeherrschung bereits prima facie ausschließen ließen. Anderenfalls würden die Unternehmen, die sich nicht an ihre zugesagten Verpflichtungen hielten, gegenüber den rechtstreuen Unternehmen durch die Einräumung einer zweiten Chance privilegiert. Übertragen auf den ersten Verfahrensabschnitt wäre demnach aus rein tatsächlichen Gründen regelmäßig die Phase II nach Art. 6 Abs. 1 lit c), Art. 8 Abs. 1 FKVO zu eröffnen, da die auf der Grundlage des

⁷¹³ In diesem Sinne wohl auch Fuchs, EuZW 1994, 263 ff. - allerdings für den Widerruf der Phase II-Entscheidung.

⁷¹⁴ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 32, 41.

ursprünglichen Sachverhalts für erforderlich erachteten Verpflichtungen nicht eingehalten wurden.

Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Widerrufsvorschriften selbst treffen diesbezüglich keine Aussagen. Als Hinweis kann wiederum die Fristenregelung des Art. 6 Abs. 4 FKVO gewertet werden, da dieser der Gedanke innewohnt, daß eine neue Entscheidung mit Neubewertung der Tatsachen ergeht.⁷¹⁵ Vor allem aber Systematik und Normzweck deuten auf eine andere Interpretation hin. Nach der Regelungstechnik der FKVO erhalten die einen Zusammenschluß anmeldenden Unternehmen in einem beschleunigt durchzuführenden Verfahren eine abschließende Entscheidung über die Vereinbarkeit auf der Grundlage der im Zeitpunkt des Erlasses angestellten Prognose. Die FKVO enthält im Gegensatz zur KartellVO (VO 17/62)⁷¹⁶ keine Widerrufsmöglichkeit bei einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse.⁷¹⁷ Das Prognoserisiko liegt also grundsätzlich auf seiten der Kommission. Indem die ursprüngliche Entscheidung nachträglich beseitigt wird, kommt es jedoch zum Entfallen der zugrundeliegenden Wettbewerbsbeurteilung. Das Verfahren wird wiedereröffnet. Es handelt sich insofern um eine vom Ordnungsgeber ausdrücklich vorgesehene Ausnahme des die FKVO beherrschenden Grundsatzes der schnellen⁷¹⁸ und abschließenden⁷¹⁹ Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses ohne laufende Mißbrauchsaufsicht. Berücksichtigt man die Aufgabe der Fusionskontrolle, wird deutlich, daß die Kommission durch die Neueröffnung des Verfahrens auch das Recht zur erneuten Prüfung erlangt, da ansonsten gegebenenfalls eine Prognose auf der Grundlage einer bereits überholten Realität angestellt werden müßte. Der Zweck der FKVO wäre dann jedoch verfehlt. Ziel der europäischen Fusionskontrolle ist es, langfristig dynamischen Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt aufrechtzuerhalten.⁷²⁰ Hieran hat sich die Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Feststellung der Vereinbarkeit zu orientieren. Ein effektives Erreichen dieses Ziels ist jedoch nur gesichert, wenn die Kommission, solange ihre anfängliche oder wiedereröffnete Entscheidungskompetenz besteht, jeweils anhand ihrer Prognose im Zeitpunkt der Entscheidung vorgeht. Haben sich zwischenzeitlich

⁷¹⁵ Vgl. hierzu oben G. I. 1. a).

⁷¹⁶ Art. 8 Abs. 3 lit. a) KartellVO (VO 17/62).

⁷¹⁷ Vgl. zum deutschen Verwaltungsrecht § 51 VwVfG, wonach bei einer veränderten Sachlage ein Wiederaufgreifen des Verfahrens auf Antrag des Betroffenen in Betracht kommt.

⁷¹⁸ Vgl. zum Beschleunigungsgrundsatz Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 226 ff.

⁷¹⁹ Vgl. EuGI, WuW EU-R 213, Rz. 314.

⁷²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 5., 7., 13. der FKVO i.V.m. Art. 2, 3 lit. g) EGV.

Veränderungen der Marktanteile oder der Mitbewerber eingestellt, die zu einer anderen Einschätzung führen, sind diese also bei der Ermittlung der Vereinbarkeit zu berücksichtigen.⁷²¹ Letztlich entspricht dies nur der in der FKVO zum Ausdruck kommenden dynamischen und flexiblen Betrachtungsweise. In gleicher Weise, wie die Kommission im Rahmen der Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens beim Erlaß der Widerrufsentscheidung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die aktuelle Marktsituation einzubeziehen hat,⁷²² hat dies auch bei Erlaß der neuen Verfügung zu erfolgen.

Zu einer Privilegierung käme es dabei nur in den Fällen, in denen sich die Marktsituation zwischenzeitlich entgegen der ursprünglichen Prognose der Kommission entschärft hat. Dann besteht jedoch aus objektiven Gesichtspunkten auch kein Bedürfnis mehr für ursprünglich zur Herbeiführung der Vereinbarkeit erforderliche Abhilfen durch die beteiligten Unternehmen. Auch die umgekehrte Situation erscheint freilich denkbar, d.h. eine akute Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt. Müßte die Kommission dann auf den ursprünglichen Zeitpunkt der ersten Entscheidung abstellen, hätte sie gegebenenfalls ein Vorhaben erneut unter Auflagen freizugeben, obwohl zur Sicherung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt nunmehr zwingend der zweite Verfahrensabschnitt einzuleiten und eine Untersagung vorzunehmen wäre. Auch eine spätere Schlechterstellung der Anmelder ist insoweit denkbar. Durch den Widerruf der ursprünglichen Vereinbarkeitserklärung ist die zunächst gewonnene Sicherheit bezüglich der Durchführbarkeit des Zusammenschlusses gerade entfallen.

Der Widerruf der gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), 2 UAbs. 2 FKVO ergangenen Vereinbarkeitserklärung führt also zu einer vollständigen Wiedereröffnung des Verfahrens auch auf tatsächlicher Ebene, so daß gegebenenfalls eingetretene Veränderungen der Marktsituation zu berücksichtigen sind. Die Kommission kann nach pflichtgemäßem Ermessen den Zusammenschluß erneut - gegebenenfalls mit neuen Zusagen - gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären oder aufgrund ernsthafter Zweifel an der Vereinbarkeit den zweiten Verfahrensabschnitt zur vollständigen Überprüfung einleiten. Eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) FKVO dürfte zwar

⁷²¹ In dieser Weise die Beurteilung der Kommission bei der nachträglichen gerichtlichen Aufhebung der Kommissionsentscheidung nach Art. 230 Abs. 5 EGV und der deshalb erforderlichen erneuten Verfahrensdurchführung (vgl. XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 176 ff.).

⁷²² Vgl. oben F. I. 2. a) cc).

regelmäßig nicht in Betracht kommen, kann jedoch ebenfalls nicht als ausgeschlossen angesehen werden.⁷²³

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

Art. 6 Abs. 5 FKVO bestimmt, daß die Kommission im Falle eines Widerrufs eine Entscheidung gemäß Art. 6 Abs. 1 FKVO treffen kann, ohne an die in Art. 10 Abs. 1 FKVO genannten Fristen gebunden zu sein.

Die vom Wortlaut her parallele Vorschrift des Art. 8 Abs. 6 FKVO deutete Fuchs⁷²⁴ - allerdings vor Novellierung der FKVO - lediglich als dahingehende Klarstellung, daß die Kommission nach Wiedereröffnung des Verfahrens nicht durch den Ablauf der im Rahmen der erstmaligen Prüfung begonnenen Frist am Erlaß einer neuen Entscheidung gehindert sei. Das eröffnete Verfahren sei erneut innerhalb der Verfahrensfristen des Art. 10 FKVO durchzuführen. Auch die Genehmigungsfiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO sei insoweit erneut anwendbar. Aufgrund des vergleichbaren Regelungsinhalts ergäbe sich dies in entsprechender Anwendung von Art. 10 Abs. 5 FKVO, wonach die Fristen der FKVO bei gerichtlicher Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung mit dem Tag der Verkündung des Urteils von Neuem beginnen. Überträgt man diesen Gedanken auf die Regelung des Art. 6 Abs. 4 FKVO, hätte die Kommission nach Widerruf ihrer Phase I-Entscheidung die neue Verfügung gemäß Art. 10 Abs. 5 FKVO analog innerhalb der Monats- bzw. Sechs-Wochen-Frist des Art. 10 Abs. 1 FKVO zu erlassen.⁷²⁵

⁷²³ Denkbar erscheint insofern allenfalls ein rapider Umsatzrückgang, der zu einem Absinken unter die Schwellenwerte führt (vgl. zum Beurteilungszeitpunkt Groeben/Thiesing/Ehlermann-Bruhn, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 1, Rz. 32 ff.).

⁷²⁴ EuZW, 263 (267); sich diesbezüglich anschließend Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 55.

⁷²⁵ Als Folgefrage würde sich dann der Zeitpunkt des Fristbeginns stellen. Es könnte auf den Zeitpunkt des Zugangs des Widerrufs oder - insbesondere bei Änderungen der Marktsituation - entsprechend Art. 10 Abs. 1 S. 2 FKVO auf den Zeitpunkt des Eingangs der ergänzten und erst damit vollständigen Anmeldung abgestellt werden. Letzteren Weg beschritt die Kommission in der Entscheidung Kali + Salz/MdK/Treuhand II, Zsf. WuW 1998, 963 f. (vgl. hierzu auch XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 176 f.; Hacker, Competition Policy Newsletter 1998/3, 40 (40)). Nach der Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung (Kali + Salz/MdK/Treuhand, ABl. 1994 Nr. L 186, 38) durch den EuGH (EuGHE 1998, 1375 (Französische Republik u.a./Kommission)) sah die Kommission erst den Tag des vollständigen Vorliegens der aktuellen bzw. angepaßten Anmelddaten als für den Fristlauf maßgeblich an. Diese Vorgehensweise erscheint vor dem Hintergrund, daß auch eine erneute Prüfung der Vereinbarkeit durchgeführt wurde, aus praktischen Erwägungen sinnvoll, wenn nicht sogar vorgegeben, aber auch im Hinblick auf die der unvollständigen Anmeldung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 S. 2 FKVO vergleichbaren Rechtslage konsequent. Das Problem der Berücksichtigung von Marktveränderungen trotz kurzer Fristen ließe sich allerdings auch durch die Fristhemmung

Unter grammatikalischen und semantischen Gesichtspunkten könnte der Verordnungstext grundsätzlich in diesem Sinn gelesen werden. Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 FKVO würde jedoch deutlich an Aussagekraft verlieren, da sich ihre Bedeutung in einer schon aus der Widerrufskompetenz folgenden Konsequenz erschöpfte; die Interpretation erfolgte unter der Prämisse, daß der Verordnungsgeber eine nicht erforderliche Aussage explizit aufgenommen hätte.

Die Auslegung, daß die Kommission nach Widerruf ihrer ursprünglichen Entscheidung im neuen Verfahren gerade nicht an die strengen Verfahrensfristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO gebunden sein soll, erweist sich demgegenüber unter bedeutungszuweisenden Gesichtspunkten und bei Berücksichtigung des Zwecks der Regelung als vorzugswürdig. Die Widerrufsgründe des Art. 6 Abs. 3 FKVO fußen jeweils in einem Verhalten der beteiligten Unternehmen. Im Falle des Widerrufs wegen Nichterfüllung von Auflagen sind die Betroffenen ihren eingegangenen Verpflichtungen nicht nachgekommen. Die Wiedereröffnung ist insoweit durch sie veranlaßt. Durch die kurzen Fristen des Art. 10 Abs. 1, 2 FKVO ab Anmeldung mit der Sanktion der Genehmigungsfiktion gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO bei fruchtlosem Verstreichen der Fristen sollen die beteiligten Unternehmen möglichst rasch Rechtssicherheit über die Vereinbarkeit ihres angemeldeten Zusammenschlusses erlangen.⁷²⁶ Der Verordnungsgeber trug insoweit dazu bei, das wirtschaftliche Risiko von Zusammenschlüssen durch einen schnellen Abschluß des Kontrollverfahrens nicht unnötig zu erhöhen.⁷²⁷ Zum einen hängen die Transaktionskosten von der Dauer des Verfahrens direkt ab, zum anderen können strategische Entscheidungen von den beteiligten Unternehmen während der Schwebephase nicht getroffen werden. Für den zeitlichen Vorteil des beschleunigten Verfahrens besteht jedoch kein Anlaß mehr, wenn die Betroffenen selbst zur Wiederaufnahme des Verfahrens beitragen - sei es, weil sie ihre garantierten Verpflichtungen nicht einhalten,⁷²⁸ sei es, weil die Entscheidung auf zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt wurde.⁷²⁹

Der Verordnungsgeber bringt diesen Grundsatz auch an anderer Stelle zum Ausdruck. Wie bereits dargestellt, ist keine Fristenregelung bezüglich des

nach Art. 10 Abs. 4 FKVO bei von den beteiligten Unternehmen zu vertretendem Erfordernis eines Auskunftsverlangens gemäß Art. 11 FKVO abmildern.

⁷²⁶ EuGIE 1997, 2137, Rz. 143 (Kaysersberg SA/Kommission).

⁷²⁷ Kögel, Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, 226.

⁷²⁸ Widerruf nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO.

⁷²⁹ Widerruf nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO.

Widerrufsrechts vorgesehen; die Kommission ist in der Ausübung grundsätzlich nicht zeitlich gebunden.⁷³⁰ Der Ausschluß der kurzen Fristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO für das wiedereröffnete Verfahren erscheint konsequent, da die Kommission den Fristbeginn de facto ohnehin durch die Ausübung ihres Widerrufsrechts zeitlich steuern könnte.

Der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung unterscheidet sich insofern von der gerichtlichen Aufhebung der Kommissionsentscheidung, für deren Fall Art. 10 Abs. 5 FKVO den Neubeginn der Verfahrensfristen mit Verkündung des Urteils ausdrücklich festlegt. Der Gerichtshof bzw. das EuG⁷³¹ überprüft die angefochtene Kommissionsentscheidung nach Art. 230 Abs. 1, 5 EGV auf ihre Rechtmäßigkeit und erklärt sie bei Begründetheit der Klage gemäß Art. 231 EGV für nichtig. Die Ursache für die nachträgliche Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung ist damit weniger dem Risikobereich der beteiligten Unternehmen als vielmehr dem der Kontrollbehörde zuzurechnen. Aus Sicht des Verordnungsgebers besteht daher ein hinreichender Grund für die nach Aufhebung fortgesetzte Geltung des Beschleunigungsgrundsatzes, um den Betroffenen erneut zügig Rechtssicherheit zu verschaffen.

Art. 6 Abs. 4 FKVO ist also dahingehend auszulegen, daß die Kommission im Rahmen des wiedereröffneten Verfahrens nicht an die Fristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO gebunden ist.⁷³² Die Anwendung der Genehmigungsfiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO bei entscheidungslosem Fristablauf scheidet daher ebenfalls aus. Eine zeitliche Begrenzung der Verfahrensdauer ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist für den Erlaß von Entscheidungen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts.⁷³³ Die Angemessenheit der Verfahrensdauer beurteilt sich dabei nach den besonderen Umständen des

⁷³⁰ Vgl. oben F. I. 2 a) bb).

⁷³¹ Art. 225 EGV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c) Beschluß des Rates zur Errichtung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 24.10.1988, ABl. 1988 Nr. L 319, 1, berichtigt durch ABl. 1989 Nr. L 241, 4, geändert durch ABl. 1993 Nr. L 144, 21, sowie ABl. 1994 Nr. L 66, 29.

⁷³² In dieser Weise bezüglich der Fristenregelung des Art. 8 Abs. 6 FKVO im zweiten Verfahrensabschnitt - jedoch ohne nähere Begründung - Jones/González-Díaz, EEC Merger Regulation, 231 ("The Commission as stated above is not bound by any deadline to take its final decision ..."); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41; Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 36; Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136); wohl auch Mülbart, ZIP 1995, 699 (706).

⁷³³ Vgl. zum Kartellverfahren nach der KartellVO (VO 17/62) EuGHE 1997, 1503, Rz. 38 (Guérin automobiles/Kommission); EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 120 f. (LVM u.a./Kommission); EuGIE 1997, 1739, Rz. 56 (SCK und FNK/Kommission). Zum Beihilferecht grundlegend EuGHE 1973, 1471, Rz. 4 (Lorenz/Deutschland); E 1987, 4617, Rz. 12 ff. (RSV/Kommission).

jeweiligen Einzelfalls, d.h. insbesondere nach dessen Kontext, dem Verhalten der Beteiligten im Laufe des Verfahrens, der Bedeutung der Angelegenheit für die betroffenen Unternehmen und der Komplexität der Sache.⁷³⁴

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse

Eine effektive Fusionskontrolle erfordert für die Aufsichtsbehörde Möglichkeiten, die durch die beteiligten Unternehmen geschaffene wettbewerbsschädliche Marktsituation wieder zu beseitigen. Voraussetzung für eine Entflechtungsanordnung ist nach Art. 8 Abs. 4 FKVO jedoch eine Untersagung des angemeldeten Zusammenschlusses gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO.⁷³⁵ Da der Widerruf der Phase I-Entscheidung zum Wiederaufleben des ersten Verfahrensabschnitts führt, scheidet die Anordnung von Maßnahmen zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs regelmäßig aus. Zunächst hat eine erneute, nunmehr eingehende Untersuchung des Zusammenschlusses auf seine Vereinbarkeit im Rahmen der Phase II gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c), Art. 8 Abs. 1 FKVO zu erfolgen. Erst nach Abschluß der Überprüfung können mögliche wettbewerbswidrige Zustände durch die Anordnung der Entflechtung beseitigt werden.

f) Zwischenergebnis

Durch den Widerruf der Phase I-Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO wird das ursprünglich abgeschlossene Verfahren wiedereröffnet. Die Kommission hat erneut nach pflichtgemäßem Ermessen eine der in Art. 6 Abs. 1 genannten Entscheidungen zu treffen. Sie ist dabei in ihrer Entscheidung weder im Ergebnis determiniert noch an die ursprüngliche Tatsachengrundlage gebunden. Eingetretene Veränderungen der Marktsituation hat sie entsprechend zu berücksichtigen. Gemäß Art. 6 Abs. 4 FKVO binden die Fristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO die Kommission im Rahmen des erneut durchzuführenden ersten Verfahrensabschnitts nicht. Es gilt insoweit lediglich der allgemeine Grundsatz der Einhaltung angemessener Verfahrensfristen. Da dem Widerruf nur eine Wirkung *ex nunc* zukommt, ergeben sich für bereits durchgeführte

⁷³⁴ Vgl. EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 126 (LVM u.a./Kommission).

⁷³⁵ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

Vollzugsgeschäfte keine Folgen aus der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO. Durch den Widerruf der Vereinbarkeitserklärung kommt es jedoch hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen zum Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO. Eine Entflechtungsanordnung kommt im ersten Verfahrensabschnitt nicht in Betracht.

2. Auswirkungen des Eintritts des Bedingungsfalls

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

In der FKVO fehlen Ausführungen über die Rechtsfolgen nach Eintritt des in der Kommissionsentscheidung enthaltenen Bedingungsfalls. Zur Bestimmung der Auswirkungen kann auf die Wirkungsweise der Bedingung und die vorhandenen verfahrensrechtlichen Normen zurückgegriffen werden. Gegebenenfalls sind diese auch mit dem Charakter der Bedingung in Einklang zu bringen.

aa) Verfahrensfolgen

Der Eintritt bzw. Nichteintritt des bedingenden Ereignisses läßt ipso iure die Genehmigungswirkung der Vereinbarkeitserklärung entweder dauerhaft nicht eintreten (aufschiebende Bedingung) oder nachträglich wieder entfallen (auflösende Bedingung).⁷³⁶ Infolge dieses Automatismus bedarf es insoweit keiner Aufhebungsverfügung. Im Ergebnis - wenn auch hier qua inhärenter Rechtswirkung - kommt es ebenso wie beim Widerruf zum Fehlen einer Vereinbarkeitserklärung des ursprünglich angemeldeten Zusammenschlusses. Aufgrund des Neutralitäts- bzw. erweiterten Eingriffsprinzips der FKVO bewirkt dies jedoch noch nicht die Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses, da hierfür eine explizite Untersagungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO erforderlich ist.⁷³⁷ Bei Bedingungen von Phase I-Entscheidungen fehlt es insofern schon an der Durchführung des zweiten Prüfungsabschnitts, welche Voraussetzung für die Untersagung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO ist.⁷³⁸ Da die

⁷³⁶ Vgl. oben F. I. 3. a).

⁷³⁷ Vgl. oben G. I. 1. a) sowie Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70).

⁷³⁸ Die von Krimphove (Europäische Fusionskontrolle, 320) und Stoffregen (Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25) bezüglich Bedingungen von Phase II-Entscheidungen vertretene Ansicht, daß der Ausfall bzw. Eintritt des bedingenden Ereignisses automatisch zur Untersagung bzw. zum Entflechtungsverfahren führe, steht daher für den ersten Prüfungsabschnitt von vornherein nicht zur Diskussion.

Einleitung der Phase II nach Art. 6 Abs. 1 lit. c), Art. 8 Abs. 1 FKVO ebenfalls der expliziten Entscheidung der Kommission bedarf und durch den Eintritt des Bedingungsfalls lediglich die ursprüngliche Verfügung in ihren Freigabewirkungen dauerhaft beseitigt wird, kommt es grundsätzlich auch nicht mit Eintritt des Bedingungsfalls automatisch zur Einleitung des zweiten Prüfungsabschnitts.

Dies gilt in gleicher Weise für die aufschiebende wie auch für die auflösende Bedingung. Der Ausfall des bedingenden Ereignisses führt bei der aufschiebenden Bedingung lediglich dazu, daß die Entscheidung nunmehr dauerhaft wegfällt. Bei der auflösenden Bedingung beseitigt der Eintritt des Bedingungsfalls, d.h. im Regelfall das nicht fristgemäße Vorliegen der eingegangenen Verpflichtungen, die Freigabe nachträglich.

Denkbar erscheint in diesem Zusammenhang, das erforderliche Vorliegen einer expliziten Verfügung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO dadurch zu erfüllen, daß neben der bedingten Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) FKVO zugleich eine bedingte Entscheidung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO ergeht.⁷³⁹ Auch eine diesbezügliche Auslegung der bedingten Freigabe als zugleich bedingte Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO dürfte im konkreten Einzelfall jedenfalls nicht a priori abzulehnen sein - insbesondere bei der aufschiebenden Bedingung, die die materiellen Freigabewirkungen erst im Zeitpunkt des Vorliegens bzw. Ausbleibens des bedingenden Ereignisses erwachsen läßt. Die bedingte Einleitung des zweiten Prüfungsabschnitts ist in Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO allerdings nicht vorgesehen. Die Möglichkeit der Verbindung mit Nebenbestimmungen gemäß Art. 6 Abs. 2 FKVO bezieht sich ausdrücklich auf die Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO. Die Regelungstechnik der enumerativen Nennung der Entscheidungsmöglichkeiten der Kommission in Art. 6 Abs. 1 FKVO bringt zum Ausdruck, daß nur eine wahlweise Entscheidung vorgesehen ist.⁷⁴⁰ Die Möglichkeit des kumulativen Erlasses - auch bei fehlender materieller Wirkungsparallelität - ist daher abzulehnen.

Andererseits wird das ursprünglich begonnene Verfahren durch den Eintritt des Bedingungsfalls auch nicht hinfällig. Die der Kommission vorliegende

⁷³⁹ Vgl. zu dieser Lösung Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136), der ohne nähere Begründung bei der bedingten Freigabe in der Phase II nach Art. 8 Abs. 2 FKVO zugleich den Erlaß einer bedingten Untersagung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO verlangt.

⁷⁴⁰ Langen/Bunte-Löffler, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rz. 3; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 6, Rz. 3.

Anmeldung des Zusammenschlusses bleibt insoweit vom Wegfall bzw. dauerhaften Ausfall der Vereinbarkeitserklärung unberührt. Ansonsten müßte mit diesem Ereignis eine erneute Anmeldung verlangt werden. Dies wäre jedoch systemfremd, da die einwöchige Frist des Art.4 Abs.1 FKVO auf den Zusammenschluß und nicht auf den Bestand bzw. die Freigabewirkung der Vereinbarkeitserklärung abstellt.⁷⁴¹

Der Eintritt des Bedingungsfalls kann daher weder mit dem erforderlichen Verfahrensabschluß der Phase I gleichgesetzt noch als ein Sonderfall der Verfahrensbeendigung angesehen werden; es bedarf vielmehr eines neuen Rechtsakts. Aufgrund der Regelungstechnik der FKVO lebt der durch die bedingte Freigabe abgeschlossene Verfahrenszustand wieder auf. Vergleichbar mit der Situation nach erfolgtem Widerruf der Vereinbarkeitsentscheidung erhält die Kommission also die Möglichkeit, das abgeschlossene Verfahren nochmals aufzugreifen und im Rahmen ihrer Prüfungs- und Entscheidungskompetenz erneut durch eine Entscheidung nach Art.6 Abs.1 FKVO abzuschließen.

bb) Keine Pflicht zur Feststellung

Unter Berufung auf Gründe der Rechtssicherheit erachteten Krimphove⁷⁴² und Fuchs⁷⁴³ - jedoch vor Novellierung der FKVO - bei Eintritt des Bedingungsfalls von Phase II-Entscheidungen gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO eine deklaratorische Feststellung der Kommission für erforderlich. Hierfür spricht, daß im Einzelfall die Beurteilung, ob eine von der Kommission als bedingendes Ereignis in die Vereinbarkeitserklärung aufgenommene Situation tatsächlich nicht bzw. nicht fristgerecht eingetreten ist, Schwierigkeiten bereiten kann. Eine feststellende Entscheidung der Kommission wäre aus Gründen der Rechtssicherheit hilfreich.

Andererseits ist in der FKVO eine solche Pflicht zum Erlaß einer Feststellungsentscheidung nicht ausdrücklich vorgesehen. Auch ein vergleichbarer geregelter Sachverhalt findet sich nicht. Eigenheit der Bedingung ist gerade ihr Automatismus, d.h. ihre Wirkung aus sich heraus, ohne daß es exekutiver

⁷⁴¹ Der Kommission bleibt es jedoch unbenommen, bei Veränderungen der Marktsituation nach Art. 11 FKVO gegebenenfalls weitere Informationen einzuholen.

⁷⁴² Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 319.

⁷⁴³ Fuchs, WuW 1996, 269 (279); sich insoweit anschließend Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 27; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25.

Maßnahmen bedarf.⁷⁴⁴ Der Inhalt einer feststellenden Entscheidung würde sich letztlich darauf beschränken, daß die Kommission das angemeldete Verfahren wieder aufnimmt. Hiervon würden die Beteiligten jedoch de facto ohnehin Kenntnis erlangen, da die Kommission Auskünfte über die Marktsituation einzuholen, jedenfalls aber vor Erlaß der neuen Entscheidung die beteiligten Unternehmen erneut anzuhören hat.⁷⁴⁵ Eine Pflicht zum Erlaß einer weiteren, in der FKVO nicht bestimmten behördlichen Entscheidung würde im übrigen als Folgeproblem die Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit dieser Zwischenverfügung im Wege der Klage gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV aufwerfen.⁷⁴⁶ Eine Feststellungspflicht ist mangels diesbezüglicher Regelung in der FKVO daher abzulehnen. Ihre explizite Aufnahme fiel in den Kompetenzbereich des Verordnungsgebers.

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

Aufgrund der unterschiedlichen Wirkungsweise ist hinsichtlich der Konsequenzen des Eintritts des Bedingungsfalls für den Vollzug des Zusammenschlusses zwischen den beiden Bedingungsarten zu differenzieren.

Die aufschiebende Bedingung führt dazu, daß die materiellen Wirkungen der Vereinbarkeitserklärung erst mit dem Vorliegen bzw. Ausbleiben des bedingenden Ereignisses eintreten.⁷⁴⁷ Regelmäßig kommt ein Vollzug erst mit Erfüllung der zugrundeliegenden Verpflichtungen in Betracht, da erst dann die für die Beendigung des Vollzugsverbots gemäß Art. 7 Abs. 1 FKVO verlangte Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO erklärt ist.⁷⁴⁸ Mit dem dauerhaften Ausfall der ursprünglichen Vereinbarkeitserklärung ändert sich bezüglich des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO nichts, da es lediglich aufrechterhalten bleibt. Die Frage der Rückwirkung des Bedingungsfalls stellt sich insoweit nicht. Zuwiderhandlungen können von der Kommission durch ein Bußgeld gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO sanktioniert werden.

⁷⁴⁴ Vgl. Entwurf einer Mitteilung der Kommission über Verpflichtungszusagen aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission, online: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices/, Rz. 18.

⁷⁴⁵ Vgl. oben E. I. 2. d).

⁷⁴⁶ Die positive Beantwortung würde zu einer vom Verordnungsgeber nicht vorgesehenen Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten führen.

⁷⁴⁷ Oben E. I. 3. b) bb).

⁷⁴⁸ Eine Ausnahme bilden Fälle, in denen eine Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß Art. 7 Abs. 4 FKVO erklärt wird.

Bei der auflösend bedingten Vereinbarkeitserklärung hat ein Vollzug des Zusammenschlusses im Zeitpunkt des Eintritts des Bedingungsfalls regelmäßig schon stattgefunden. Wie beim Widerruf stellt sich hier die Frage nach den Auswirkungen eines nachträglichen Wegfalls der Vereinbarkeitserklärung auf das Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 1 FKVO und die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 4 FKVO. Eine Wirkung *ex tunc* würde zum rückwirkenden Entfallen der Freigabeverfügung führen, so daß der Zusammenschluß *ex post* betrachtet gegen das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO durchgeführt worden wäre und die schwebende Unwirksamkeit der bis zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen Vollzugshandlungen gemäß Art. 7 Abs. 5 FKVO wieder aufleben würde.⁷⁴⁹ Dem steht jedoch der Charakter der Bedingung und die Systematik des Art. 7 FKVO entgegen. Einer Bedingung kommt von ihrer rechtlichen Bedeutung her im Grundsatz keine Geltung bezüglich vergangener bzw. abgeschlossener Sachverhalte zu.⁷⁵⁰ Sie wirkt zeitlich ab Eintritt bzw. Ausbleiben des bedingenden Ereignisses. Der Schwebezustand des Art. 7 Abs. 5 FKVO, d.h. die schwebende Unwirksamkeit der Vollzugsgeschäfte, wird im ersten Verfahrensabschnitt mit dem Vorliegen der Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO bzw. der Fiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO beendet. Dies gilt auch für die auflösend bedingte Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO.⁷⁵¹ Durch den Eintritt des bedingenden Ereignisses, regelmäßig also das Ausbleiben der die Entscheidung bedingenden Situation, entfällt die Entscheidung nachträglich. Im Falle einer Rückwirkung der auflösenden Bedingung würde eine zusätzliche, in der FKVO nicht angelegte Schwebephase bezüglich der Wirksamkeit der Vollzugsgeschäfte geschaffen.

Auch die auflösende Bedingung vermag daher auf die Wirksamkeit des Zusammenschlusses bis zum Eintritt des Bedingungsfalls keinen Einfluß zu haben. Erst bezüglich noch nicht vorgenommener Vollzugshandlungen lebt das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO - sanktionierbar mittels Bußgeld gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO - sowie die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO wieder auf. Unberührt bleibt insoweit die Möglichkeit der Befreiung vom Vollzugsverbot auf Antrag der beteiligten Unternehmen nach Art. 7 Abs. 4 FKVO.

⁷⁴⁹ Unklar insoweit die Auffassung von Krimphove, 320 f., und Fuchs, WuW 1996, 269 (280), bezüglich Bedingungen von Phase II-Entscheidungen - allerdings noch vor Novellierung der FKVO; nach ihrer Ansicht hat der Eintritt des Bedingungsfalls "rückwirkenden Charakter", ohne jedoch die Wirksamkeit der vorgenommenen Vollzugshandlungen zur beeinträchtigen.

⁷⁵⁰ Vgl. für das deutsche Zivilrecht § 159 BGB sowie hierzu BGHZ 19, 69 (72).

⁷⁵¹ Vgl. oben E. I. 3 b) bb).

c) Neue Kommissionsentscheidung

Den durch den Eintritt des Bedingungsfalls wiedereröffneten ersten Verfahrensabschnitt hat die Kommission erneut mit einer Entscheidung gemäß Art. 6 Abs. 1 FKVO abzuschließen. Die FKVO enthält keine Regelungen hinsichtlich der Entscheidungsmöglichkeiten bzw. etwaiger Bindungen der Kommission nach (dauerhaftem) Entfallen der ursprünglichen Entscheidung. Im Schrifttum finden sich, soweit ersichtlich, keine näheren Ausführungen hierzu. Hinsichtlich der neuen Verfügung nach Eintritt des Bedingungsfalls bei Phase II-Entscheidungen - allerdings vor Novellierung der FKVO - geht Stoffregen wohl von einer Entscheidungsdeterminierung in Richtung der Untersagung des Zusammenschlusses aus.⁷⁵² Auch eine Bindung auf tatsächlicher Ebene käme grundsätzlich in Betracht.⁷⁵³ Übertragen auf den ersten Prüfungsabschnitt würde diese Ansicht im Ergebnis zur - gegebenenfalls auch nur deklaratorischen - zwingenden Einleitung der Phase II gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c), Art. 8 Abs. 1 FKVO führen.

Systematik und Zweck der FKVO geben jedoch einen anderen Weg vor. Aufgrund des allgemeinen Entscheidungsvorbehalts der FKVO⁷⁵⁴ ist eine neue verfahrensbeendende Kommissionsentscheidung erforderlich. Der status quo ante ist insoweit durch den Bedingungsfall wiederhergestellt. Die Grundlage der ursprünglichen, bedingten Vereinbarkeitserklärung bildeten die Marktverhältnisse im Zeitpunkt der Anmeldung. Auf diesen baute die Prognose der Kommission auf. Mit dem Eintritt des Bedingungsfalls wird die ursprüngliche Entscheidung (dauerhaft) beseitigt. Auch die zugrundeliegende Wettbewerbsbeurteilung ist als hiervon erfaßt anzusehen, da die Wiedereröffnung des Verfahrens gerade zur Beseitigung der Bestandskraft der ursprünglichen Entscheidung führt.

Eine Determinierung oder Tatsachenbindung brächte die Gefahr mit sich, im Einzelfall zu nicht sachgerechten Ergebnissen zu führen. Hätte die Kommission allein auf die ursprünglichen Daten abzustellen, entfielen die Möglichkeit, zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen auf den relevanten Märkten zu

⁷⁵² Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25, bezüglich der von ihr verlangten deklaratorischen Unvereinbarkeitserklärung nach Eintritt des Bedingungsfalls.

⁷⁵³ Vgl. oben G. I. 1. c) bb).

⁷⁵⁴ Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70).

berücksichtigen. Ziel der FKVO ist jedoch die langfristige Aufrechterhaltung dynamischen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt. Aufgrund der Wettbewerbsprozessen und Märkten typischerweise innewohnenden Dynamik erfordert eine effektive Erreichung des Zwecks der FKVO die Einbeziehung der jeweils aktuellen Markt- und Unternehmensverhältnisse. Nur auf diese Weise kann die Kommission auch auf Ver- oder Entschärfungen der jeweiligen Wettbewerbssituation reagieren. Dies gilt umso mehr für die Berücksichtigung von Zusagen als Bedingungen der Entscheidung, da in diesem Fall bei Nichterfüllung ein Automatismus einsetzt, ohne daß eine weitere Entscheidung der Kommission vorgeschaltet ist; akute Marktveränderungen können daher im Gegensatz zum Widerruf⁷⁵⁵ nicht schon im Rahmen der Ermessensausübung bezüglich der Beseitigung der Freigabe einbezogen werden. Der Verlust der durch die ursprüngliche Entscheidung erlangten Rechtssicherheit stellt im übrigen für die beteiligten Unternehmen, die nicht für die Herbeiführung der zugesagten bedingenden Ereignisse sorgen, eine hinreichend abschreckende Sanktion dar.

Die Kommission hat daher nach Eintritt des Bedingungsfalls einer Phase I-Entscheidung erneut den Zusammenschluß unter Berücksichtigung etwaiger Marktveränderungen auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu überprüfen und das Verfahren erneut gemäß Art. 6 Abs. 1 FKVO abzuschließen. In formeller Hinsicht sind die beteiligten Unternehmen und Dritte anzuhören sowie die Behörden der Mitgliedstaaten einzubeziehen.⁷⁵⁶

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

In zeitlicher Hinsicht enthält die FKVO bezüglich des Verfahrens nach Eintritt des Bedingungsfalls keine dem Art. 6 Abs. 4 FKVO entsprechende Regelung. Aus der Natur der Bedingung und ihrer Wirkung, das Verfahren automatisch wiederaufleben zu lassen, ergibt sich jedoch, daß die Kommission an einer neuen Entscheidung jedenfalls nicht durch die mit der ursprünglichen Anmeldung in Gang gesetzte Frist und die Fiktion der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 10 Abs. 1, 6 FKVO mit Fristablauf ohne erfolgte Entscheidung gehindert ist. Anderenfalls wäre die Rechtsfolge der Bedingung nahezu vollständig ausgehöhlt. Dieses Ergebnis läßt sich auch über die zeitliche Wirkungskraft der Bedingung begründen. Wie sich gezeigt hat, führt der Eintritt des Bedingungsfalls

⁷⁵⁵ Vgl. oben F. I. 2. a) cc).

⁷⁵⁶ Vgl. hierzu oben E. I. 2. c) und d).

regelmäßig nicht zu einem rückwirkenden Wegfall der Vereinbarkeitsentscheidung.⁷⁵⁷ Das bedingende Ereignis vermag also nicht einen Zustand des Fristablaufs infolge anfänglichen Fehlens einer verfahrensbeendenden Entscheidung gemäß Art. 10 Abs. 1 FKVO herbeizuführen.⁷⁵⁸

Die Frist des Art. 10 Abs. 1 FKVO könnte jedoch aufgrund einer Wirkung des Bedingungsfalls auf die ursprüngliche Entscheidung ex nunc mit diesem Zeitpunkt neu beginnen. Gegebenenfalls ließe sich auch Art. 10 Abs. 5 FKVO in entsprechender Anwendung heranziehen.⁷⁵⁹ Hierfür würde der Grundsatz des beschleunigten Verfahrens sprechen. Unter den Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 FKVO läßt sich der erneute Fristlauf mit dauerhaftem Entfallen der Vereinbarkeitserklärung aber nicht direkt subsumieren. Anknüpfungspunkt der Vorschrift ist der Tag der Anmeldung. Mangels ausdrücklicher Regelung käme bei Annahme einer planwidrigen Regelungslücke⁷⁶⁰ nur eine analoge Anwendung von Art. 10 Abs. 5 FKVO in Betracht, wonach die gerichtliche Nichtigerklärung einer Kommissionsentscheidung die Verfahrensfristen von Neuem beginnen läßt.

Die Situation nach Eintritt des Bedingungsfalls ist jedoch weniger mit der Situation nach gerichtlicher Beseitigung der Vereinbarkeitserklärung als vielmehr mit der nach ihrem Widerruf vergleichbar. Während in jener eine rechtswidrige behördliche Verfügung aufgehoben wird, kommt es in dieser zum Wiederaufleben des zunächst bestandskräftig abgeschlossenen Verfahrens infolge eines im Verantwortungsbereich der beteiligten Unternehmen liegenden Umstandes. Bei Widerruf ist die Kommission nach dem Willen des Verordnungsgebers nach Art. 6 Abs. 4 FKVO im Rahmen des neuen Verfahrens gerade nicht an die strengen Fristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO gebunden.⁷⁶¹ Sofern man also nicht schon aufgrund des Fehlens einer diesbezüglichen

⁷⁵⁷ Vgl. oben G. I. 2. a) aa).

⁷⁵⁸ Bei parallelem Erlaß von bedingter Freigabe und bedingter Einleitung des zweiten Verfahrensabschnitts oder diesbezüglicher Auslegung bedingter Kommissionsentscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO würde sich die Frage des Fristablaufs von vornherein nicht stellen; jedoch widerspricht diese Vorgehensweise dem in der FKVO geregelten Verfahren (vgl. oben G. I. 2. a) aa)).

⁷⁵⁹ In dieser Weise für Bedingungen von Phase II-Entscheidungen - vor Novellierung der FKVO - wohl Fuchs, WuW 1996, 269 (280); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 57. Vgl. zum Folgeproblem des Fristbeginns XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 176 f.; Hacker, Competition Policy Newsletter 1998/3, 40 (40).

⁷⁶⁰ Vgl. Bleckmann, NJW 1982, S 1177 (1181) m.w.N.; zu den Voraussetzungen grundlegend Larenz, Methodenlehre, 373 ff.; vgl. auch Bleckmann, NJW 1982, 1177 (1181).

⁷⁶¹ Oben G. I. 1. d).

Bestimmung lediglich eine Pflicht der Kommission bejaht, eine angemessene Frist einzuhalten,⁷⁶² ergibt sich dieses Ergebnis jedenfalls in entsprechender Anwendung von Art. 6 Abs. 4 FKVO. Die angenommene Regelungslücke ist insoweit durch die sach- und zweckverwandtere Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 FKVO mit der Rechtsfolge der Fristbefreiung zu schließen. Mangels erneuten Fristlaufs nach Art. 10 Abs. 1 FKVO entfällt auch die Anwendbarkeit der Genehmigungsfiktion des Art. 10 Abs. 6 FKVO.

Die Kommission ist daher nach Eintritt des Bedingungsfalls nur dem Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen verpflichtet.

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse

Mangels Vorliegens bzw. Möglichkeit zum Erlaß einer Untersagungsentscheidung im ersten Verfahrensabschnitt,⁷⁶³ der infolge des Eintritts des Bedingungsfalls erneut abzuschließen ist, steht der Kommission die Anordnung der Entflechtung des Zusammenschlusses gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO nicht zur Verfügung.

f) Zwischenergebnis

Der Eintritt bzw. das Ausbleiben des bedingenden Ereignisses führt zum (dauerhaften) Entfallen der ursprünglichen Kommissionsentscheidung. Hierdurch lebt der erste Verfahrensabschnitt wieder auf. Die Kommission hat erneut eine der in Art. 6 Abs. 1 FKVO genannten Verfügungen zu treffen. Sie hat nach pflichtgemäßem Ermessen vorzugehen und ist in ihrer Entscheidung weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. Bezüglich der Verfahrensdauer ist die Kommission nur an den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen gebunden. Der Eintritt des Bedingungsfalls wirkt lediglich ex nunc; daher hat die

⁷⁶² Vgl. zum Kartellverfahren nach der KartellVO (VO 17/62) EuGHE 1997, 1503, Rz. 38 (Guérin automobiles/Kommission); EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 120 f. (LVM u.a./Kommission); EuGIE 1997, 1739, Rz. 56 (SCK und FNK/Kommission). Zum Beihilferecht grundlegend EuGHE 1973, 1471, Rz. 4 (Lorenz/Deutschland); E 1987, 4617, Rz. 12 ff. (RSV/Kommission).

⁷⁶³ Vgl. Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

Unwirksamkeitsregelung des Art.7 Abs.5 FKVO keine nachträglichen Konsequenzen für im Falle der auflösenden Bedingung zulässigerweise vorgenommene Vollzugsgeschäfte. Mit dem Eintritt des Bedingungsfalls kommt es bei der auflösenden Bedingung hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen zum Wiederaufleben, bei der aufschiebenden Bedingung zur Fortgeltung des Vollzugsverbots nach Art.7 Abs.1 FKVO sowie der Unwirksamkeitsregelung des Art.7 Abs.1, 5 FKVO. Eine Entflechtungsanordnung scheidet im ersten Verfahrensabschnitt aus.

3. Ergebnis

Der Widerruf der Phase I-Entscheidung - sei es wegen Nichterfüllung von Auflagen gemäß Art.6 Abs.3 lit.b) FKVO, sei es wegen zu vertretender unrichtiger Angaben bzw. Arglist gemäß Art.6 Abs.3 lit.a) FKVO - zieht weitgehend parallele Konsequenzen wie der Eintritt des Bedingungsfalls einer Phase I-Entscheidung nach sich. Die Kommission hat in beiden Fällen das durch die (dauerhafte) Beseitigung der ursprünglichen Freigabe wiedereröffnete Verfahren erneut durch eine Entscheidung nach Art.6 Abs.1 FKVO abzuschließen. Sie ist dabei weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. In zeitlicher Hinsicht hat sie nur den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass behördlicher Entscheidungen zu beachten. Soweit der Zusammenschluß zulässigerweise bereits vollzogen wurde, hat die Beseitigung der Freigabeentscheidung hierauf keinen Einfluß; sie wirkt lediglich ex nunc.

II. Rechtsfolgen nach Abschluß des zweiten Prüfungsabschnitts

1. Auswirkungen des Widerrufs

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

Die unmittelbare Rechtsfolge des Widerrufs einer Phase II-Entscheidung entspricht der des Widerrufs einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO. Aufgrund des Neutralitäts- bzw. erweiterten Eingriffsprinzips der FKVO ist der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung nicht mit einer Untersagung

gleichzusetzen.⁷⁶⁴ Voraussetzung für die Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses ist seine konstitutive Untersagung durch die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO. Der bloße Widerruf der ursprünglichen Entscheidung reicht insoweit nicht aus, wenngleich er bei Entscheidungsreife auch sogleich mit der nachfolgenden Untersagung verbunden werden kann.⁷⁶⁵ In diesem Sinne ist Art. 8 Abs. 1 FKVO zu verstehen, wonach das gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO eingeleitete Verfahren durch eine Entscheidung nach den Absätzen 2 bis 5 von Art. 8 FKVO - also auch durch einen Widerruf - abgeschlossen wird.⁷⁶⁶ Auch die Entflechtungsanordnung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO hat für sich keine verfahrensbeendende Wirkung, sondern nur in Verbindung mit der Untersagungsverfügung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO.

Der Widerruf der Phase II-Entscheidung wegen Nichterfüllung eingegangener Verpflichtungen führt also lediglich zur Wiedereröffnung des zunächst bestandskräftig abgeschlossenen zweiten Verfahrensabschnitts.⁷⁶⁷

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

Da Art. 8 Abs. 5 FKVO keine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit eines rückwirkenden Widerrufs enthält und eine Wirkung *ex tunc* systemfremd wäre,⁷⁶⁸ kommt eine Anwendung des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie der Unwirksamkeitsregelung nach Art. 7 Abs. 5 FKVO erst ab dem Zeitpunkt des Widerrufs und damit nur in Bezug auf noch nicht durchgeführte Vollzugsgeschäfte in Betracht.⁷⁶⁹ Dies gilt auch, wenn der Vollzug überhaupt noch nicht begonnen wurde; dann leben Vollzugsverbot und schwebende

⁷⁶⁴ Jones/González-Díaz, EEC Merger Regulation, 231; Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 277; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41; Fuchs, EuZW 1996, 26 (266); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 49. A.A. Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320. Unter Berufung auf die Systematik der Verordnung benennt er als unmittelbare Wirkung des Widerrufs die Unvereinbarkeit bei nicht vollzogenen Zusammenschlüssen bzw. die Entflechtung nach Art. 8 Abs. 5 FKVO bei bereits vollzogenen Zusammenschlüssen.

⁷⁶⁵ Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 277; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 51.

⁷⁶⁶ Fuchs, EuZW 1996, 263 (266).

⁷⁶⁷ Im Ergebnis so auch Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 50; Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41; wohl auch Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 36.

⁷⁶⁸ Vgl. hierzu G. I. 1. b).

⁷⁶⁹ Unberührt bleibt insoweit die Befreiung vom Vollzugsverbot auf Antrag der beteiligten Unternehmen gemäß Art. 7 Abs. 4 FKVO.

Unwirksamkeit etwaiger nachfolgender Vollzugshandlungen wieder auf. Den Vollzug entgegen dem wiederauflebenden Vollzugsverbot kann die Kommission mit einem Bußgeld gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO sanktionieren.

c) Neue Kommissionsentscheidung

Das wiedereröffnete Verfahren bedarf eines erneuten Abschlusses. Die Kommission hat den Zusammenschluß nochmals auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu überprüfen und nach pflichtgemäßem Ermessen eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO zu erlassen. Eine Pflicht zur Untersagung läßt sich den Vorschriften der FKVO auch bezüglich der Situation nach Widerruf im zweiten Verfahrensabschnitt nicht entnehmen. Zweck der Fusionskontrolle ist die langfristige Aufrechterhaltung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt.⁷⁷⁰ Für Zusammenschlüsse, von denen keine diesbezüglichen Gefahren mehr ausgehen, besteht daher kein Bedürfnis zur Untersagung - auch nicht nach Widerruf der ursprünglichen Entscheidung. Letztlich stellt dieses Ergebnis eine Folge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar, wonach der Erlaß nicht notwendiger, den einzelnen in seinen Rechten beschränkender Verfügungen unzulässig ist.⁷⁷¹

Hieraus ergibt sich weiterhin, daß zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen der Marktverhältnisse einzubeziehen sind; die Kommission hat eine erneute materiellrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses auf der Grundlage der Wettbewerbssituation im Zeitpunkt der Entscheidung vorzunehmen.⁷⁷² Dies gilt in gleicher Weise für Ent- und Verschärfungen der Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten, da das Verfahren vollumfänglich neu eröffnet ist. Auf die Gefahr einer möglichen Privilegierung der ihre Zusagen nicht erfüllenden Unternehmen⁷⁷³ kann in diesem Zusammenhang nicht abgestellt werden, da die Untersagung eines Zusammenschlusses keinen Selbstzweck zu erfüllen, sondern allein anhand der Beurteilung der Marktsituation zu erfolgen hat. Hat sich diese entschärft, bedarf es keiner staatlichen Regulierung mehr. Zur Sanktionierung

⁷⁷⁰ Vgl. Erwägungsgrund 5., 7., 13. der FKVO i.V.m. Art. 2, 3 lit. g) EGV.

⁷⁷¹ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 30 (Affish/Rijksdienst); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Zuleeg, EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, FKVO Art. 3 b, Rz. 29 f.

⁷⁷² A.A. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41, unter Hinweis auf eine ansonsten entstehende Privilegierung rechtsuntreuer Unternehmen, es sei denn, es handelt sich um offensichtliche und gravierende Veränderungen im betroffenen Markt.

⁷⁷³ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 32, 41 - jedoch vor Novellierung der FKVO.

sieht die FKVO das Instrument des Bußgeldes gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO vor. Der Widerruf läßt insofern vor allem die Wiederaufnahme des bestandskräftig abgeschlossenen Verfahrens zur dauerhaften Sicherung dynamischen Wettbewerbs zu. Die schon mit der Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens verbundene Unsicherheit für die beteiligten Unternehmen dürfte im übrigen auch hier für eine hinreichende Abschreckungswirkung sorgen.

Kommt die Kommission nach erneuter Prüfung unter Einbeziehung etwaiger Veränderungen zum Ergebnis, daß der Zusammenschluß weiterhin zur Begründung oder Verstärkung einer wettbewerbsbehindernden Stellung führt, hat sie den Zusammenschluß gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO zu untersagen. Bei Entscheidungsreife kommt auch eine Verbindung von Widerruf und Untersagung in einer Entscheidung in Betracht, d.h. der sofortige Abschluß des zumindest für eine logische Sekunde wiedereröffneten Verfahrens.⁷⁷⁴ Da der FKVO kein Alles-oder-Nichts-Prinzip zugrundeliegt, stellt allerdings auch die Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 2 FKVO - gegebenenfalls mit neuen Auflagen - eine mögliche Entscheidung nach Widerruf der ursprünglichen Freigabe dar.⁷⁷⁵

Formelle Voraussetzung für den Erlaß der neuen Entscheidung ist die erneute ordnungsgemäße Durchführung des Verwaltungsverfahrens, d.h. insbesondere die Anhörung der beteiligten Unternehmen, Dritter sowie des Beratenden Ausschusses gemäß Art. 18, 19 FKVO.⁷⁷⁶

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

Entsprechend Art. 6 Abs. 4 FKVO für den ersten Verfahrensabschnitt bestimmt Art. 8 Abs. 6 FKVO, daß die Kommission im Falle des Widerrufs der Phase II-Entscheidung eine neue Verfügung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO treffen kann, ohne an die in Art. 10 Abs. 3 FKVO genannte Frist gebunden zu sein. Hierbei handelt es sich ebenfalls nicht um eine bloße Klarstellung, daß die Kommission nicht durch den Ablauf der ursprünglich begonnenen Frist an einer neuen

⁷⁷⁴ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 51.

⁷⁷⁵ Fuchs, EuZW 1996, 263 (266); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 52.

⁷⁷⁶ Sofern die Entscheidung zugleich mit dem Widerruf der ursprünglichen Entscheidung ergeht, kann das Verfahren auch einheitlich durchgeführt werden.

Entscheidung gehindert ist.⁷⁷⁷ Anderenfalls bliebe die Vorschrift nahezu bedeutungslos, da die fehlende Bindung bezüglich der ursprünglichen Frist logische Voraussetzung der Widerrufsmöglichkeit ist. Vielmehr liegt eine explizite Befreiung von der strengen Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO im neuen Verfahren vor.⁷⁷⁸ Da die Wiedereröffnung des Verfahrens durch einen Widerruf nach Art. 8 Abs. 5 FKVO in den Veranlassungsbereich der beteiligten Unternehmen fällt,⁷⁷⁹ besteht ein hinreichender Grund dafür, ihnen den Vorteil der Eildurchführung des Verfahrens durch die Kommission nicht nochmals zuteil werden zu lassen. In dieser Lesart korreliert die Vorschrift mit der fehlenden Fristbestimmung bezüglich der Ausübung des Widerrufsrechts durch die Kommission.⁷⁸⁰

Allerdings ist in Art. 8 Abs. 6 FKVO nur die Fristbefreiung für die "Entscheidung nach Absatz 3" benannt, d.h. nur für die Untersagung. Hieraus könnte geschlossen werden, daß die Kommission im Zusammenhang mit der Freigabe nach Art. 8 Abs. 2 FKVO an die Fristen des Art. 10 Abs. 3 FKVO mit der Sanktion der fingierten Freigabe nach Art. 10 Abs. 6 FKVO weiterhin gebunden ist. Berücksichtigt man jedoch den Charakter der Freigabe, wird deutlich, daß der Ablauf der Frist zur Untersagung vor dem Hintergrund des Neutralitäts- bzw. erweiterten Eingriffsprinzips der FKVO das maßgebliche Kriterium ist. Konstitutive Wirkung hat nur die Untersagungsentscheidung.⁷⁸¹ Nur bei ihrem Vorliegen ist ein Zusammenschluß nach dem Gemeinschaftsrecht verboten. Die Befreiung nach Art. 8 Abs. 6 FKVO für die Untersagungsverfügung nach Wiederaufnahme des Verfahrens wirkt sich also aus systematischen Gründen in gleicher Weise auf den Fall der Vereinbarkeitserklärung aufgrund etwaiger zwischenzeitlicher Marktveränderungen aus.

Gemäß Art. 8 Abs. 6 FKVO ist die Kommission daher im Rahmen der neuen Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO in zeitlicher Hinsicht an den

⁷⁷⁷ So vor Novellierung der FKVO Fuchs, *EuZW* 1996, 263 (267); Immenga/Mestmäcker-Immenga, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 55.

⁷⁷⁸ Jones/González-Díaz, *EEC Merger Regulation*, 231 ("The Commission as stated above is not bound by any deadline to take its final decision ..."); Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, *EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 41; Grabitz/Hilf-Koch, *Kommentar zur Europäischen Union*, nach Art. 86, Rz. 36; Heidenhain, *EuZW* 1994, 135 (136); wohl auch Mülbart, *ZIP* 1995, 699 (706).

⁷⁷⁹ Sei es wegen Nichterfüllung von Auflagen der Freigabeentscheidung (Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO), sei es wegen zu vertretender unrichtiger Angaben oder Arglist (Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO).

⁷⁸⁰ Vgl. oben F. II. 2. a).

⁷⁸¹ Grabitz/Hilf-Koch, *Kommentar zur Europäischen Union*, nach Art. 86, Rz. 32 und 34.

allgemeinen Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen gebunden.

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse

Zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs ist der Kommission die Möglichkeit der Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse im Anschluß an ihre Untersagung eingeräumt. Gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO kann die Kommission den Zusammenschluß entweder in einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO oder in einer gesonderten Entscheidung auflösen.⁷⁸² Damit besteht ein Sicherungsinstrument, um nach Widerruf der Vereinbarkeitserklärung und Untersagung des Zusammenschlusses auch tatsächlich für wettbewerbskonforme Marktverhältnisse, d.h. für eine effektive Durchsetzung der Fusionskontrolle, zu sorgen.⁷⁸³ Aufgrund des grundsätzlichen Vollzugsverbotes für anmeldepflichtige Zusammenschlüsse hat die Vorschrift bisher erst wenig Anwendung gefunden.⁷⁸⁴

aa) Voraussetzungen für eine Entflechtung

Aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 4 FKVO "in einer Entscheidung nach Absatz 3 oder in einer gesonderten Entscheidung" ergibt sich, daß Voraussetzung für eine Entflechtung das Vorliegen einer Untersagungsentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO ist.⁷⁸⁵ Allerdings ist insofern auch eine Verbindung mit der Untersagung⁷⁸⁶ oder auch sogleich mit dem Widerruf der

⁷⁸² Eine entsprechende Regelung enthält das deutsche Recht in § 40 Abs. 3 GWB mit der Einschränkung, daß auch keine Ministererlaubnis für den untersagten Zusammenschluß gemäß § 42 GWB vorliegen darf.

⁷⁸³ Näher zu den Schwierigkeiten der Auflösung vollzogener Zusammenschlüsse in anderen Rechtsordnungen Schulte-Braucks, Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 66 ff. (bezüglich der US-amerikanischen Praxis); Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker, GWB, § 24, Rz. 261 ff.

⁷⁸⁴ Z.B. Blokker/Toys "R" Us, ABl. 1998 Nr. L 316, 1; Kesko/Tuko, ABl. 1997 Nr. L 174, 47. Im Fall RTL/Veronica/Endemol wurde in der Untersagungsentscheidung durch die Kommission zunächst eine Entflechtung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO erwogen (ABl. 1996 Nr. L 134, 32, Rz. 116), nach Änderungen des Zusammenschlusses und der Marktverhältnisse jedoch eine Freigabe nach Art. 8 Abs. 2 FKVO verfügt (ABl. 1996, Nr. L 294, 14).

⁷⁸⁵ Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rz. 133; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 35.

⁷⁸⁶ Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control, 277. In dieser Weise die Untersagungsverfügung im Fall Blokker/Toys "R" Us, ABl. 1998 Nr. L 316, 1. Der Zusammenschluß Kesko/Tuko wurde zunächst untersagt (ABl. 1997 Nr. L 174, 47), und erst im Anschluß erging eine Auflösungsverfügung (ABl. 1997 Nr. L 174, 47). In dieser Weise ursprünglich ebenfalls vorgesehen im Rahmen des Zusammenschlusses RTL/Veronica/Endemol (ABl. 1996 Nr. L 134,

Vereinbarkeitserklärung denkbar, sofern der Kommission alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen, also umfängliche Entscheidungsreife gegeben ist. In diesem Fall wird das für eine logische Sekunde wiedereröffnete Verfahren sogleich wieder abgeschlossen. Die ausdrücklich bestimmte Möglichkeit, Untersagung und Entflechtungsverfügung in einer Entscheidung zusammenfassen, zeigt, daß die Auflösungsanordnung nicht von der Unanfechtbarkeit der Untersagung abhängt.⁷⁸⁷ Im Licht der in Art. 242 EGV getroffenen Regelung, wonach Klagen beim Europäischen Gerichtshof grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben, erscheint dies konsequent.

Art. 8 Abs. 4 FKVO knüpft im übrigen nur an den tatsächlichen Vollzug des Zusammenschlusses an. Unerheblich ist dabei, ob der Zusammenschluß entgegen dem Verbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO vollzogen wurde. Gerade im Falle des Widerrufs der Vereinbarkeitserklärung wegen Nichterfüllung von Auflagen ist das Vollzugsverbot durch die ursprüngliche Freigabe regelmäßig beendet, woran auch die spätere Beseitigung der Entscheidung für die Vergangenheit nichts zu ändern vermag.⁷⁸⁸

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat die Kommission vor Erlass einer Entflechtungsverfügung die Verteidigungsrechte der beteiligten Unternehmen nach Art. 18 FKVO i.V.m. Art. 11 ff. VerfVO zu beachten⁷⁸⁹ sowie nach Art. 19 Abs. 3 FKVO den Beratenden Ausschuß anzuhören. Verbindet die Kommission Untersagung und Entflechtungsanordnung in einer Verfügung, kann sie den vorgenannten verfahrensrechtlichen Anforderungen auch in einem Zug nachkommen.

bb) Entscheidung über die Entflechtung

32, Rz. 116), der jedoch aufgrund nachträglicher Veränderungen später freigegeben wurde (ABl. 1996, Nr. L 294, 14).

⁷⁸⁷ § 24 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 GWB a.F. enthielt die explizite Aussage, daß die Auflösung eines Zusammenschlusses erst nach Unanfechtbarkeit der Untersagung möglich ist. In der Neufassung nach der 6. GWB-Novelle ist die Regelung jedoch nicht mehr übernommen; hierdurch dürften sich dennoch aus systematischen Gründen keine Änderungen in Bezug auf die Voraussetzungen der Unanfechtbarkeit ergeben (Bechtold, GWB, § 41 Rz. 11; Wiedemann-Wagemann, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rz. 132; vgl. auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BTDrucks 13/9720, 60).

⁷⁸⁸ Vgl. G. I. 1. b) und G. II. 1. b).

⁷⁸⁹ Dies umfaßt insbesondere die Mitteilung der Beschwerdepunkte gegenüber den Anmeldern unter Fristsetzung zur Äußerung nach Art. 18 Abs. 2 VerfVO.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann die Kommission die Trennung der zusammengefaßten Unternehmen oder Vermögenswerte, die Beendigung der gemeinsamen Kontrolle oder andere Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen.

Nach Auffassung von Immenga⁷⁹⁰ steht der Kommission entgegen dem insoweit nicht ganz eindeutigen Wortlaut des Art. 8 Abs. 4 FKVO ("kann") "kein Ermessen hinsichtlich des Ob der Entflechtung" zu, sondern nur bezüglich der Art und Weise der Entflechtung. Im Falle der Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses müsse auch seine Auflösung angeordnet werden.

In dieser Schärfe kann der Ansicht Immengas nicht gefolgt werden. Regelmäßig dürfte zwar eine Entflechtung des untersagten Zusammenschlusses zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs geboten sein, jedoch scheint die Auflösung vor dem Hintergrund des Normzwecks nicht eine vom Verordnungsgeber zwingend gewollte Folge der Untersagung zu sein. Der in Art. 8 Abs. 4 FKVO explizit zum Ausdruck kommende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ("oder andere Maßnahmen, die geeignet sind, wirksamem Wettbewerb wiederherzustellen") verlangt eine Würdigung des konkreten Einzelfalls unter Einbeziehung des Ziels der FKVO, langfristig den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt zu sichern. Stellt sich im Falle der zeitlichen Trennung von Untersagung und nachträglicher Auflösungsanordnung heraus, daß sich die Marktsituation aufgrund zwischenzeitlich eingetretener Veränderungen entspannt hat, ist eine Entflechtung nicht mehr erforderlich;⁷⁹¹ mangels Bedürfnis hätte eine dahingehende Verfügung daher zu unterbleiben. Der Kommission ist also neben einem Auswahlermessen auch ein Ent-

⁷⁹⁰ Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 62.

⁷⁹¹ Vgl. hierzu den Zusammenschluß RTL/Veronica/Endemol: In einer ersten Entscheidung wurde das Vorhaben untersagt (ABl. 1996 Nr. L 134, 32), die Entflechtung jedoch auf einen späteren Zeitpunkt verschoben (vgl. Rz. 116). Während dieser Zwischenphase kam es zu bedeutenden Veränderungen auf den betroffenen Märkten. Zusätzlich veränderten die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluß nachträglich und gaben gegenüber der Kommission weitere Zusagen ab. Aufgrund der Modifikationen gab die Kommission daher den Zusammenschluß "vorbehaltlich der Einhaltung der in den Zusagen der Parteien an die Kommission vorgesehenen Bedingungen und Verpflichtungen" nach Art. 8 Abs. 2 FKVO frei (ABl. 1996, Nr. L 294, 14). Offensichtlich ging die Kommission insoweit sogar von einem anderen, d.h. nicht identischen, wenngleich auch nicht erneut angemeldeten Zusammenschluß aus, da ansonsten ein Widerruf der Untersagungsentscheidung oder ihre Abänderung angezeigt gewesen wäre. Denkbar erscheint allerdings auch die Annahme, daß ein Widerruf bzw. die Abänderung der Untersagung konkludent durch den Erlaß der Freigabe zum Ausdruck gebracht wurden.

schließungsermessen bezüglich der Auflösungsverfügung zuzubilligen.⁷⁹² Auch zwischenzeitlich eingetretene Marktveränderungen sind dabei einzubeziehen.

Dies soll nach Ansicht von Stoffregen⁷⁹³ in Fällen, in denen die Parteien ihren Zusageverpflichtungen nicht nachgekommen sind, jedoch nur eingeschränkt gelten. Die Kommission soll zum Absehen von einer Entflechtungsanordnung nur befugt sein, wenn aufgrund gravierender und offensichtlicher Veränderungen der Marktverhältnisse prima facie das ursprünglich festgestellte Merkmal der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluß entfallen ist. Dies mag unter punitiven Gesichtspunkten wünschenswert sein, tritt jedoch in Konflikt mit dem Zweck der Fusionskontrolle und dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Durch das Ziel der Regelungen der FKVO⁷⁹⁴ sind behördliche Eingriffe legitimiert. Die Anordnung von im Zeitpunkt der beabsichtigten Entflechtungsverfügung zur Sicherung bzw. Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht bzw. nicht mehr erforderlichen Maßnahmen würde über den Zweck der FKVO hinausgehen.

Aus der Aufzählung verschiedener Möglichkeiten zur Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse in Art. 8 Abs. 4 FKVO ergibt sich, daß eine Wiederherstellung des status quo ante keine zwingende Vorgabe des Verordnungsgebers darstellt. Vielmehr soll primär der durch den Zusammenschluß erzielte Zuwachs an Marktmacht und Ressourcen wieder neutralisiert werden.⁷⁹⁵ Nach dem Sinn und Zweck der Fusionskontrolle ist auf die Wettbewerbsstrukturen abzustellen. Die von der Kommission gewählten Maßnahmen müssen "geeignet" sein, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen; im Zusammenhang mit der qualitativen Abstufung des aufgezählten Maßnahmenkatalogs findet insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zumindest in Teilen⁷⁹⁶ explizite Erwähnung.⁷⁹⁷ Hieraus resultiert auch, daß von

⁷⁹² In dieser Weise auch Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 32.

⁷⁹³ Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 32 - in konsequenter Fortführung ihrer Ansicht zur maßgeblichen Tatsachengrundlage der neuen Entscheidung nach Widerruf infolge der Nichterfüllung von Zusagen (a.a.O., Rz. 41, vgl. oben G. I. 1. c) bb) und G. II. 1. c)).

⁷⁹⁴ Die langfristige Aufrechterhaltung dynamischen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt (vgl. Erwägungsgrund 5., 7., 13. der FKVO i.V.m. Art. 2, 3 lit. g) EGV).

⁷⁹⁵ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 323; Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 65.

⁷⁹⁶ Vgl. EuGHE 1997, 4315, Rz. 29 ff. (Affish/Rijksdienst); EuGHE 1996, 3903, Rz. 73 (Vereinigtes Königreich/Kommission); grundlegend EuGHE 1970, 1125, 1135 ff. (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide).

⁷⁹⁷ Im Falle der Entflechtung eines nur auf Antrag eines Mitgliedstaats gemäß Art. 22 Abs. 3 FKVO untersuchten Zusammenschlusses ist in Art. 22 Abs. 5 FKVO konkretisiert, daß nur

mehreren Auflösungsmöglichkeiten die die beteiligten Unternehmen weniger belastenden zu bevorzugen sind.⁷⁹⁸ Gegebenenfalls hat die Kommission daher auch von den Parteien vorgeschlagene Maßnahmen aufzugreifen.⁷⁹⁹

Neben der vollständigen Trennung der zusammengefaßten Unternehmen, die mit zunehmender zeitlicher Dauer des Zusammenschlusses stetig erschwert bzw. ganz unmöglich wird, kommen als Verfügungen die Anordnung der Veräußerung von Unternehmensteilen und der Beseitigung von Kooperationen oder sonstiger Verflechtungen in Betracht. Das Kriterium der Eignung der Maßnahmen korreliert insofern mit der qualitativen Berücksichtigungsfähigkeit von Zusagen, da es in beiden Fällen um die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs geht.⁸⁰⁰

cc) Möglichkeiten zur Durchsetzung

Für den Fall, daß die beteiligten Unternehmen die von der Kommission angeordneten Entflechtungsmaßnahmen nicht durchführen, sieht die FKVO zum einen die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 14 Abs. 2 lit. c) FKVO.⁸⁰¹ Voraussetzung ist die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtdurchführung der in der Entflechtungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO angeordneten Maßnahmen. Die Geldbuße kann bis zu 10 Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes im Sinne von Art. 5 FKVO betragen.

Zum anderen kann die Kommission gemäß Art. 15 Abs. 2 lit. b) FKVO ein Zwangsgeld bis zu einem Höchstbetrag von EUR 100.000 für jeden Tag des Verzugs festsetzen, um die beteiligten Unternehmen zur Vornahme der in der Entflechtungsanordnung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO genannten Maßnahmen anzuhalten.⁸⁰²

Maßnahmen getroffen werden, "die unbedingt erforderlich sind, um wirksamen Wettbewerb im Gebiet des Mitgliedstaats oder der Mitgliedstaaten zu wahren oder wiederherzustellen".

⁷⁹⁸ A.A. wohl Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 34, für den Fall, daß es infolge der Nichteinhaltung von Zusagen zur Auflösungsverfügung gekommen ist.

⁷⁹⁹ Vgl. Blokker/Toys "R" Us, ABl. 1998 Nr. L 316, 1, Rz. 115 ff.; in diesem auf Antrag eines Mitgliedstaates untersuchten Fall wurden Zusagen der beteiligten Unternehmen im Rahmen der Entflechtungsanordnung berücksichtigt.

⁸⁰⁰ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 322.

⁸⁰¹ Vgl. hierzu F. II. 2. a).

⁸⁰² Vgl. zum Verfahren die Ausführungen unter F. II. 2. c).

f) Zwischenergebnis

Der Widerruf der Phase II-Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO führt zur Wiedereröffnung des ursprünglich abgeschlossenen zweiten Verfahrensabschnitts. Die Kommission hat erneut nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob sie den Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar erklärt. Sie ist dabei in ihrer Entscheidung weder im Ergebnis determiniert noch an die ursprüngliche Tatsachengrundlage gebunden. Veränderungen der Marktsituation hat sie zu berücksichtigen. Die strenge Vier-Monats-Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO ist für die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 6 FKVO nicht mehr bindend. Es gilt insoweit lediglich der allgemeine Grundsatz der Einhaltung angemessener Verfahrensfristen. Der Widerruf wirkt ex nunc; er hat keine Auswirkungen auf bereits durchgeführte Vollzugshandlungen. Im Falle der Untersagungsentscheidung kann die Kommission bereits vollzogene Zusammenschlüsse unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Einbeziehung etwaiger Veränderungen der Marktsituation wieder entflechten. Zur Durchsetzung der Entflechtungsanordnung bzw. Ahndung ihrer Nichtdurchführung steht der Kommission das Instrument des Zwangsgeldes bzw. der Geldbuße zur Verfügung.

2. Auswirkungen des Eintritts des Bedingungsfalls

a) Genehmigungslosigkeit - Wiederaufleben des Verfahrens

Die für die Phase I gewonnenen Ergebnisse bezüglich der verfahrensrechtlichen Auswirkungen des Eintritts des Bedingungsfalls⁸⁰³ lassen sich in entsprechender Weise auf den zweiten Verfahrensabschnitt übertragen. Kommt es zum Bedingungsfall der Phase II-Entscheidung, lebt der abgeschlossene Prüfungsabschnitt wieder auf. Hintergrund ist insoweit auch hier der Regelungsautomatismus der Bedingung und das Neutralitäts- bzw. erweiterte Eingriffsprinzip der FKVO, wonach nur bei Vorliegen einer expliziten Untersagungsentscheidung von der Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses ausgegangen werden kann.⁸⁰⁴ Die bedingte Vereinbarkeitserklärung wird lediglich eliminiert. Dies gilt in gleicher Weise für die aufschiebende wie auch

⁸⁰³ Vgl. oben G. I. 2. a).

⁸⁰⁴ Vgl. oben G. I. 1. a) sowie Grabitz/Hilf-Koch, Kommentar zur Europäischen Union, nach Art. 86, Rz. 34 f.; Koch, EWS 1990, 65 (70).

für die auflösende Bedingung. Der Ausfall bzw. Eintritt des aufschiebend bedingenden Ereignisses läßt die Entscheidung nunmehr dauerhaft wegfallen. Bei der auflösenden Bedingung beseitigt der Eintritt des Bedingungsfalls, d.h. im Regelfall das nicht fristgemäße Vorliegen der zugesagten Situation, die Freigabe nachträglich. Aus systematischen Gründen kann der Eintritt bzw. das Ausbleiben des bedingenden Ereignisses nicht mit einer Untersagung gleichsetzt werden.⁸⁰⁵ Mit dem Bedingungsfall liegt die ursprüngliche Vereinbarkeitsentscheidung nicht mehr vor, ohne daß es zugleich zu der für die Unvereinbarkeit erforderlichen Untersagungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO kommt.

Da der Erlaß von Nebenbestimmungen nur zur Absicherung von Zusagen der beteiligten Unternehmen im Rahmen der Freigabe nach Art. 8 Abs. 2 FKVO vorgesehen ist, kommt auch eine zugleich mit der Vereinbarkeitsentscheidung ergehende, aufschiebend bedingte Untersagung für den Fall der Nichterfüllung der eingegangenen Verpflichtungen⁸⁰⁶ nicht in Betracht. Neben dem Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage spricht dagegen auch die in Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO gewählte Lösung der Entscheidungsalternativität, der ein kumulativer Erlaß von deklaratorischer Vereinbarkeitsklärung und - wenn auch bedingter - konstitutiver Untersagung fremd wäre. Selbst bei Annahme der Zulässigkeit müßte der gleichzeitige Erlaß zweier Verfügungen zumindest angedeutet sein oder konkludent zum Ausdruck kommen, wofür jedenfalls die bislang ergangenen bedingten Kommissionsentscheidungen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO keinerlei Anhaltspunkte geben.

Mangels Rechtsgrundlage vermag das von Krimphove⁸⁰⁷ und Fuchs⁸⁰⁸ vertretene Erfordernis einer deklaratorischen Feststellung des Eintritts des Bedingungsfalls durch die Kommission nicht zu überzeugen.⁸⁰⁹ Die Bedingung wirkt gerade ipso iure, ohne daß es eines weiteren Zutuns bedarf. Es würde außerdem auch hier das Problem der gerichtlichen Anfechtbarkeit dieser in der FKVO nicht vorgesehenen behördlichen Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV

⁸⁰⁵ Vgl. oben G. I. 2. a) aa). A.A. Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 320 und Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25, die beide davon ausgehen, daß es automatisch zur Untersagung bzw. zum Entflechtungsverfahren komme.

⁸⁰⁶ In dieser Weise - jedoch ohne nähere Begründung - wohl Heidenhain, EuZW 1994, 135 (136).

⁸⁰⁷ Krimphove, Europäische Fusionskontrolle, 319.

⁸⁰⁸ Fuchs, WuW 1996, 269 (279); sich insoweit anschließend Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 27; Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25.

⁸⁰⁹ Vgl. hierzu oben G. I. 2. a) bb).

auftauchen, d.h. der möglichen Erweiterung der vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten.

Der Eintritt des Bedingungsfalls einer Phase II-Entscheidung führt damit ohne jegliche behördliche Handlung zum Wiederaufleben des zweiten Verfahrensabschnitts.

b) Auswirkungen auf den Vollzug des Zusammenschlusses

Im Falle der aufschiebend bedingten Entscheidung bleibt das Vollzugsverbot aufgrund der Art. 7 Abs. 1 FKVO innewohnenden Systematik nach Nicht- bzw. nicht fristgemäßer Erfüllung der abgegebenen Zusagen und damit dem dauerhaften Ausfall der Vereinbarkeitserklärung aufrechterhalten.⁸¹⁰ Dennoch vorgenommene Vollzugsgeschäfte sind nach Art. 7 Abs. 5 FKVO unwirksam. Zuwiderhandlungen können von der Kommission durch ein Bußgeld gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. a) FKVO sanktioniert werden.

Wie sich oben gezeigt hat, vermag die auflösende Bedingung regelmäßig keinen rückwirkenden Wegfall der bedingten Entscheidung auszulösen und den Vollzug des Zusammenschlusses nicht nachträglich unwirksam zu machen. Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO stellen auf das Vorliegen einer Entscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO als maßgebliches Kriterium für die Beendigung des Vollzugsverbots ab. Bei der auflösenden Bedingung entstehen die materiellen Rechtswirkungen mit dem Erlaß. Eine nachträgliche Unwirksamkeit zurückliegender Vollzugshandlungen läßt sich Art. 7 Abs. 5 FKVO insoweit nicht entnehmen.⁸¹¹ Erst ab Wegfall der Entscheidung leben das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 FKVO und die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO wieder auf, sofern keine Befreiung vom Vollzugsverbot auf Antrag der beteiligten Unternehmen nach Art. 7 Abs. 4 FKVO ergeht. Zur Sanktionierung kann wiederum auf die Bußgeldregelung des Art. 14 Abs. 2 lit. b) FKVO zurückgegriffen werden.

c) Neue Kommissionsentscheidung

⁸¹⁰ Vgl. oben G. 2. b).

⁸¹¹ Vgl. oben G. 2. b).

Für die neu zu erlassende Entscheidung der Kommission ergeben sich mangels konkreter Regelungen, vor allem aber vor dem Hintergrund des Zwecks der Fusionskontrolle und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch nach Eintritt des Bedingungsfalls einer Phase II-Entscheidung keine Vorgaben oder tatsächlichen Bindungen.⁸¹² Die Kommission hat den Zusammenschluß erneut auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu überprüfen und dabei zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen der Marktsituation zu berücksichtigen. Der Zusammenschluß ist also nur dann zu untersagen, wenn er auf der Grundlage der aktuellen Marktverhältnisse eine wettbewerbsbehindernde marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 2 Abs. 3 FKVO begründet oder verstärkt; die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist zu untersagen, wenn eine wettbewerbswidrige Kooperation der Muttergesellschaften nach Art. 2 Abs. 4 FKVO bezweckt oder bewirkt wird.

In formeller Hinsicht sind die Verfahrensvorschriften der FKVO unter Berücksichtigung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten, d.h. die beteiligten Unternehmen, Dritte und der Beratende Ausschuß nach Art. 18, 19 FKVO erneut anzuhören.⁸¹³

d) Einzuhaltende Verfahrensfristen

Ebenso wie Art. 6 Abs. 4 FKVO trifft auch Art. 8 Abs. 6 FKVO keine Aussagen über von der Kommission einzuhaltende Fristen nach dem dauerhaften Wegfall der ursprünglichen Entscheidung infolge des Eintritts bzw. Ausbleibens des bedingenden Ereignisses. Die Fristenregelung des Art. 8 Abs. 6 FKVO, wonach die Kommission eine Untersagung des Zusammenschlusses erklären kann, ohne an die Vier-Monats-Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO gebunden zu sein, betrifft ausdrücklich nur den Fall des Widerrufs.

Die Frage einer möglichen Fristbindung der Kommission läßt sich allerdings in entsprechender Weise wie für bedingte Phase I-Entscheidungen klären. Art. 10 Abs. 3 FKVO stellt für den Fristbeginn auf die Einleitung des zweiten Verfahrensabschnitts ab, d.h. auf die ursprünglich ergangene Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO. Durch den Bedingungsfall wird das abgeschlossene

⁸¹² Vgl. oben G. I. 2. c). A.A. wohl Groeben/Thiesing/Ehlermann-Stoffregen, EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, FKVO Art. 8, Rz. 25, die von einer nur deklaratorischen Feststellung der Unvereinbarkeit nach Eintritt des Bedingungsfalls ohne erneute Überprüfung des Zusammenschlusses ausgeht.

⁸¹³ Vgl. hierzu oben E. II. 2. b) und c).

Verfahren automatisch wiedereröffnet, ohne daß eine behördliche Entscheidung zur erneuten Einleitung des Verfahrens vorliegt.⁸¹⁴ Schon nach dem Wortlaut sind die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 FKVO daher nicht erfüllt. Es bliebe also allenfalls eine analoge Anwendung der Vorschrift des Art. 10 Abs. 5 FKVO, so daß die Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO mit dem Zeitpunkt des dauerhaften Wegfalls der Vereinbarkeitserklärung erneut beginnen würde.⁸¹⁵ Voraussetzung einer Analogie ist ein vergleichbarer Sachverhalt.⁸¹⁶ Die Situation nach dem Eintritt der Bedingungsfalls ist indes weniger mit der nach gerichtlicher Aufhebung der Kommissionsentscheidung vergleichbar, als vielmehr mit der nach Widerruf der Vereinbarkeitserklärung. Im einen Fall ist der Aufhebungsgrund dem Bereich der Behörde, im anderen dem Bereich der beteiligten Unternehmen zuzurechnen. Für letztere Situation regelt Art. 8 Abs. 6 FKVO ausdrücklich, daß die Kommission im Rahmen des wiedereröffneten Verfahrens nicht an die strenge Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO gebunden sein soll.⁸¹⁷ Als analogiefähig erweist sich also vielmehr diese Vorschrift. Die Drei-Monats-Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO ist entweder mangels Vorliegens der Voraussetzungen, jedenfalls aber in analoger Anwendung von Art. 8 Abs. 6 FKVO im neuen Verfahren nicht einschlägig. Die Kommission ist lediglich dem Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass behördlicher Entscheidungen⁸¹⁸ verpflichtet. Dies erscheint angemessen, da das neue Verfahren aufgrund der Nichterfüllung abgegebener Zusagen neu aufgenommen wurde.

e) Entflechtung bereits vollzogener Zusammenschlüsse

Kommt die Kommission im Rahmen des wiedereröffneten Verfahrens zu dem Ergebnis, daß der Zusammenschluß zu untersagen ist, kann sie bereits vollzogene Zusammenschlüsse nach Art. 8 Abs. 4 FKVO gemeinsam mit der

⁸¹⁴ Vgl. oben G. I. 2. a) und G. II. 2. a).

⁸¹⁵ In dieser Weise wohl Fuchs, WuW 1996, 269 (280); Immenga/Mestmäcker-Immenga, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, FKVO Art. 8, Rz. 57. Vgl. zum Folgeproblem des Fristbeginns XXVIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 176 f.; Hacker, Competition Policy Newsletter 1998/3; 40 (40).

⁸¹⁶ Vgl. Bleckmann, NJW 1982, S 1177 (1181) m.w.N.; zu den Voraussetzungen grundlegend: Larenz, Methodenlehre, 373 ff.; vgl. auch Bleckmann, NJW 1982, 1177 (1181).

⁸¹⁷ Oben G. II. 1. d).

⁸¹⁸ Vgl. zum Kartellverfahren nach der KartellVO (VO 17/62) EuGHE 1997, 1503, Rz. 38 (Guérin automobiles/Kommission); EuGI, Entscheidung vom 20.04.1999, vb. Rs. T 305/94 et al., online: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>, Rz. 120 f. (LVM u.a./Kommission); EuGIE 1997, 1739, Rz. 56 (SCK und FNK/Kommission). Zum Beihilferecht grundlegend EuGHE 1973, 1471, Rz. 4 (Lorenz/Deutschland); E 1987, 4617, Rz. 12 ff. (RSV/Kommission).

Unvereinbarkeitserklärung oder in einer gesonderten Entscheidung wieder entflechten, also die Trennung der zusammengefaßten Unternehmen oder Vermögenswerte, die Beendigung der gemeinsamen Kontrolle oder sonstige Maßnahmen zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs anordnen.⁸¹⁹ Die Entscheidung steht dabei in ihrem pflichtgemäßen Ermessen; die Kommission hat insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Zur Durchsetzung der Entflechtungsanordnung bzw. Ahndung ihrer Nichtdurchführung kann die Kommission ein Zwangsgelds nach Art. 15 Abs. 2 lit. b) FKVO festsetzen bzw. eine Geldbuße gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. c) FKVO verhängen.

f) Zwischenergebnis

Durch den Eintritt bzw. das Ausbleiben des bedingenden Ereignisses kommt es zum dauerhaften Entfallen der ursprünglichen Phase II-Entscheidung. Der bereits abgeschlossene Verfahrensabschnitt wird wiedereröffnet und ist durch eine neue Entscheidung der Kommission gemäß Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO zu beenden. Der Eintritt des Bedingungsfalls wirkt lediglich ex nunc; die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO hat also keine nachträglichen Konsequenzen für im Falle der auflösenden Bedingung zulässigerweise vorgenommene Vollzugsgeschäfte. Bei der auflösenden Bedingung lebt das Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen wieder auf, bei der aufschiebenden Bedingung gilt es fort. Die Kommission ist im Rahmen ihrer neuen Entscheidung weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. Kommt sie zum Ergebnis, daß der Zusammenschluß für unvereinbar zu erklären ist, kann sie ihn untersagen und, sofern er bereits vollzogen wurde, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch seine Entflechtung anordnen. Die Entflechtungsanordnung kann entweder gemeinsam mit der Untersagung oder in einer gesonderten Entscheidung ergehen. Zur Sanktionierung der Nichtvornahme durch die beteiligten Unternehmen sieht die FKVO die Verhängung einer Geldbuße sowie die Festsetzung eines Zwangsgeldes vor. Bezüglich der Verfahrensdauer ist die Kommission nur dem Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß von behördlichen Entscheidungen verpflichtet.

⁸¹⁹ Näher zu den Voraussetzungen, der Entscheidung und ihrer Durchsetzung unter G. II. 1 e). Da im Falle der Bedingung keine gesonderte behördliche Entscheidung zur Beseitigung der ursprünglichen Entscheidung erforderlich ist (vgl. oben G. II. 2. a) und G. I. 2. a) bb)), scheidet die Möglichkeit der Verknüpfung auch mit dieser Verfügung von vornherein aus.

3. Ergebnis

Die Rechtsfolgen des Eintritts der Bedingungsfalls und des Widerrufs der Phase II-Entscheidung entsprechen sich weitgehend. Die Kommission hat in beiden Fällen das durch die (dauerhafte) Beseitigung der ursprünglichen Freigabe wiedereröffnete Verfahren erneut durch eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO abzuschließen. Soweit der Zusammenschluß zulässigerweise bereits vollzogen wurde, hat die Beseitigung der Freigabeentscheidung hierauf keinen Einfluß; sie wirkt lediglich ex nunc. Im Rahmen des eröffneten Verfahrens ist die Kommission weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. In zeitlicher Hinsicht hat sie nur den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen zu beachten. Zusätzlich zur Untersagung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO kann sie gemäß Art. 8 Abs. 4 FKVO nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung eventueller Marktveränderungen auch die vollständige oder teilweise Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse anordnen.

III. Fazit

Der Widerruf der Vereinbarkeitserklärung und der Eintritt des Bedingungsfalls der Vereinbarkeitserklärung ziehen für beide Verfahrensabschnitte weitgehend identische Rechtsfolgen nach sich. Durch die (dauerhafte) Beseitigung der Freigabeentscheidung mit Wirkung ex nunc lebt das zunächst abgeschlossene Verfahren wieder auf. Die Kommission hat auf der Basis der aktuellen Marktsituation den Zusammenschluß erneut zu beurteilen und das jeweils wiedereröffnete Verfahren durch eine neue Phase I- bzw. Phase II-Entscheidung zu beenden. Im Unterschied zum ursprünglichen Verfahren ist sie dabei nicht mehr an die strengen Fristen der FKVO, sondern lediglich an den europarechtlichen Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen gebunden. Eine Entflechtung des Zusammenschlusses ist der Kommission auch bei Nichterfüllung von Zusagen nur nach Durchführung der eingehenden Phase II-Untersuchung erlaubt.

H. Schlußbetrachtung

Am Beispiel des europäischen Fusionskontrollverfahrens wird deutlich, daß das europäische Verwaltungsrecht bereits weit fortentwickelt ist. Wenngleich noch kein allgemeines europäisches Verwaltungsrecht statuiert ist, existieren in Teilbereichen wie der Fusionskontrolle eingehende Vorschriften zur Regelung des Verwaltungsverfahrens, die von den allgemeinen, vor allem richterrechtlichen Verfahrensgrundsätzen eingerahmt werden.⁸²⁰ Von einem "Verwaltungsrecht im Werden"⁸²¹ kann insoweit nicht mehr gesprochen werden.

Die Kommission vollzieht im Rahmen der Fusionskontrolle direkt Gemeinschaftsrecht⁸²² und ist damit an primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts gebunden. Die FKVO enthält eingehende Regelungen zur Berücksichtigung von Zusagen, die beteiligte Unternehmen abgeben, um die Vereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt herzustellen und damit seine Freigabe durch die Kommission zu erlangen. Durch die Revision der FKVO fand eine weitgehende Vereinheitlichung der Zusageregulungen für beide Verfahrensabschnitte statt. Aufgrund der - ausdrücklich normierten - Möglichkeit der Entgegennahme von Zusagen der beteiligten Unternehmen auch in Phase I besteht nunmehr ein wirkungsvolles Instrument, um vor allem in einfach gelagerten Fällen schnell Rechtsicherheit für die beteiligten Unternehmen, aber auch die weiteren Marktteilnehmer zu erreichen.⁸²³

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die FKVO unterschiedliche Arten der Absicherung der Einhaltung von Zusagen in der Kommissionsentscheidung vorsieht. Die Kommission kann ihre Entscheidung mit Nebenbestimmungen versehen, um Zusagen der beteiligten Unternehmen zur Herstellung der Vereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses aufzugreifen. Die FKVO differenziert insoweit ähnlich dem deutschen Verwaltungsrecht⁸²⁴ zwischen Auflage und Bedingung. Die Nichterfüllung von Zusagen durch die beteiligten

⁸²⁰ Vgl. EuGHE 1998, 1375, Rz. 174 (Französische Republik u.a./Kommission) m.w.N.

⁸²¹ So noch Schwarze, Verwaltungsrecht im Werden, 1982; vgl. auch Bleckmann, Europarecht, Rz. 1313.

⁸²² Brinker, EuR Beiheft 1/1998, 95 (95 f.) für die Anwendung des Europäischen Kartellrechts; vgl. zum Begriff auch Schweitzer, DV 1984, 138 (139).

⁸²³ Vgl. Vgl. auch XXIX. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1999, Tz. 181 ff.

⁸²⁴ Vgl. § 36 Abs. 2 VwVfG (zusätzlich: Befristung, Widerrufsvorbehalt und Vorbehalt der Änderung oder Ergänzung).

Unternehmen zieht unterschiedliche Sanktionen nach sich abhängig von der Art der Verknüpfung mit der Kommissionsentscheidung.

Die Praxis der Kommission läßt eine hinreichende Unterscheidung zwischen Auflage und Bedingung teilweise noch vermissen.⁸²⁵ Nicht zuletzt aufgrund der unterschiedlichen Sanktionierungsmöglichkeiten bei beiden Rechtsinstrumenten wäre hier eine einheitlichere Vorgehensweise der Kommission wünschenswert. Wie sich jedoch gezeigt hat, wird diese fehlende Stringenz in der Kommissionspraxis abgemildert. Die Rechtsfolgen einer Beseitigung der Vereinbarkeitsentscheidung infolge eines Widerrufs wegen der Nichterfüllung einer Auflage sind denen einer Beseitigung der Vereinbarkeitsentscheidung aufgrund des Eintritts des Bedingungsfalls wegen der Nichteinhaltung von Zusagen im Ergebnis ähnlich. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit ist der von der Kommission gleichfalls beschrittene Weg der ausdrücklichen Benennung bzw. Differenzierung⁸²⁶ jedoch zu begrüßen.

⁸²⁵ Vgl die in Fn. 288 bis 293 genannten Beispiele.

⁸²⁶ Anglo American Corporation/Lonrho, WuW EU-V 64, Rz. 140; Siemens/Elektrowatt, WuW EU-V 295, Art. 1; Agfa-Gevaert/DuPont, WuW 1998 EU-V 87, Art. 1; VEBA/Degussa, WuW EU-V 92, Rz. 65 und Art. 1, 2; Hoffmann-La-Roche/Boehringer Mannheim, WuW EU-V 153, Rz. 163 (Phase II-Entscheidungen); Worldcom/MCI, WuW EU-V 322, Art. 1.

I. Zusammenfassende Thesen

I. Systematische Einordnung von Zusagen

I. 1. Unter Zusagen sind einseitige Erklärungen von Unternehmen zu verstehen, durch die sich diese gegenüber der Kartellbehörde zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten. Synonym kann entsprechend dem in der FKVO gewählten Begriff auch von Verpflichtungen gesprochen werden.

I. 2. Funktion von Zusagen ist die Herbeiführung der Freigabe des Zusammenschlusses, indem die Voraussetzungen für seine Vereinbarkeit nach Art. 2 FKVO geschaffen werden.

I. 3. Den Inhalt von Zusagen der beteiligten Unternehmen bilden Abhilfen bzw. Abhilfemaßnahmen. Nach der Systematik im europäischen Fusionskontrollverfahren liegt die Initiative hierfür auf seiten der beteiligten Unternehmen. Diese sind Erklärende von Zusagen; Auflagen und Bedingungen stellen demgegenüber Reaktionen der Kommission zur Sicherstellung der Einhaltung abgegebener Zusagen dar.

I. 4. Zusagen lassen sich nach Inhalt und Zielrichtung grundsätzlich in Veräußerungs-, Marktöffnungs- und Zusagen zur Entflechtung in sonstiger Weise einteilen.

II. Berücksichtigung von Zusagen

II. 1. a) Durch die Revision der FKVO wurde eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zur Berücksichtigung von Zusagen der beteiligten Unternehmen auch im ersten Verfahrensabschnitt geschaffen. Um von der Kommission in zulässiger Weise im ersten Verfahrensabschnitt nach Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO entgegengenommen werden zu können, müssen Zusagen bestimmte allgemeine Eignungskriterien erfüllen. Diese ergeben sich aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO und dem Zweck der Fusionskontrolle.

II. 1. b) In formeller Hinsicht sind auch im Hinblick auf Zusagen die in der FKVO vorgesehenen bzw. sich den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des

Gemeinschaftsrechts resultierenden Beteiligungsrechte und Verfahrensfristen einzuhalten.

II. 1. c) Da in Phase I nur eine summarische Überprüfung des angemeldeten Zusammenschlusses im Hinblick auf ernsthafte Bedenken gegen seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt stattfindet, kommen nur solche Abhilfen in Betracht, die für eine eindeutige Beseitigung eines lokalisierbaren Wettbewerbsproblems sorgen. Vorgeschlagene Maßnahmen müssen in angemessener Zeit durch die Beteiligten umsetzbar sein. Der Zweck der FKVO bedingt zumindest einen strukturellen Bezug der Zusagen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darf die Kommission nur solche Abhilfen in ihrer Freigabeentscheidung aufgreifen, die zur Beseitigung ernsthafter Bedenken erforderlich sind.

II. 1. d) Die Kommission kann den Inhalt abgegebener Zusagen in ihre Freigabeentscheidung einbeziehen, indem sie diese mit Bedingungen und/oder Auflagen verbindet. Für eine Berücksichtigung in sonstiger Weise ohne Absicherung der Erfüllung, beispielsweise durch bloße Kenntnisnahme, lassen die Vorschriften der FKVO keinen Raum.

II. 2. a) Die aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO und dem Zweck der Fusionskontrolle resultierenden Voraussetzungen zur Entgegennahme von Zusagen durch die Kommission im zweiten Verfahrensabschnitt entsprechen weitgehend denen der Phase I.

II. 2. b) In formeller Hinsicht enthält die FKVO bzw. die VerfVO eingehende Regelungen zu Fristen und zur Verfahrensbeteiligung. Die Mitgliedstaaten nehmen durch den Beratenden Ausschuß in Phase II zwingend am Verfahren teil.

II. 2. c) Da im zweiten Verfahrensabschnitt eine umfassende Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinsamen Markt erfolgt, kommen Zusagen auch in schwierigeren Fällen zur Beseitigung aus dem Zusammenschluß resultierender Wettbewerbsprobleme in Betracht. Die berücksichtigten Zusagen müssen geeignet und erforderlich sein.

II. 2. d) Die Kommission kann den Inhalt eingegangener Verpflichtungen auch in Phase II nur in ihre Freigabeentscheidung einbeziehen, indem sie diese mit Bedingungen und/oder Auflagen verbindet. Eine Berücksichtigung in sonstiger

Weise, ohne die Erfüllung abgegebener Zusagen durch Nebenbestimmungen der Entscheidung sicherzustellen, ist in der FKVO nicht vorgesehen.

III. Nichterfüllung von Zusagen

III. 1. Die Sanktionierung der Nichterfüllung von Zusagen hängt in beiden Phasen von der Art ihrer Berücksichtigung in der Kommissionsentscheidung ab. Aus dem Rechtscharakter der Erklärungen beteiligter Unternehmen allein ergeben sich grundsätzlich noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen.

III. 2. a) Werden von beteiligten Unternehmen Zusagen nicht erfüllt, die im Wege der Auflage mit der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verbunden wurden, kann die Kommission die Freigabeentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO widerrufen. Voraussetzung ist ein objektives Zuwiderhandeln gegen eine oder mehrere Auflagen. Die Entscheidung über den Widerruf erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung etwaiger Marktveränderungen und des Gewichts der Auflage. Die Kommission ist lediglich an den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlaß behördlicher Entscheidungen gebunden. Da die Art. 14, 15 FKVO keine Regelung für Zuwiderhandlungen gegen Auflagen von Phase I-Entscheidungen enthalten, kommt die Verhängung eines Bußgeldes bzw. die Festsetzung eines Zwangsgeldes nicht in Betracht.

III. 2. b) Werden von beteiligten Unternehmen Zusagen nicht erfüllt, die im Wege der Bedingung mit der Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 UAbs. 2 FKVO verknüpft sind, wirkt sich dies ipso iure auf den Bestand der materiellen Rechtswirkungen der Kommissionsentscheidung aus. Das Ausbleiben des aufschiebend bedingenden Ereignisses führt zum dauerhaften Ausbleiben der Freigabeentscheidung, der Eintritt der auflösend bedingenden Situation zum späteren Entfallen der ursprünglichen Freigabeentscheidung. Dem Automatismus der Bedingung kann die Kommission lediglich durch Abänderung der ursprünglichen Entscheidung entgegenwirken. Die Festsetzung eines Bußgeldes und/oder eines Zwangsgeldes infolge Eintritts des Bedingungsfalls kommt nicht in Betracht.

III. 2. c) Die Nichterfüllung von Zusagen, die in Phase I als entscheidungserhebliche Tatsachen ohne ausdrückliche oder zumindest dem materiellen Gehalt der Entscheidung zu entnehmende Sicherstellung ihrer Einhaltung mittels

Auflage oder Bedingung berücksichtigt werden, kann von der Kommission regelmäßig nicht sanktioniert werden. Zwar sieht Art. 6 Abs. 3 lit. a) FKVO ein Recht zum Widerruf vor, wenn die Entscheidung auf von den beteiligten Unternehmen zu vertretenden unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt wurde, die Nichterfüllung von Zusagen kann hierunter jedoch nur subsumiert werden, wenn die spätere Nichteinhaltung nachweisbar bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Zusagen angelegt war. Anderenfalls fehlt es am Vorliegen zu vertretender unrichtiger Angaben sowie am Merkmal der Arglist. Insoweit ergibt sich auch aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts kein Recht zum Widerruf der Freigabe, da die in der FKVO enthaltene Regelungen abschließend sind. Auch ein Widerruf auf Basis eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder zumindest ein Anspruch auf Erfüllung hieraus kommt nicht in Betracht.

III. 3. a) Werden Zusagen nicht eingehalten, die im Rahmen des umfassenden Prüfungsverfahrens der Phase II erklärt wurden, ergeben sich weitgehend parallele Konsequenzen wie bei Nichterfüllung von Phase I-Zusagen.

III. 3. b) Bei Zuwiderhandlung gegen Auflagen von Phase II-Entscheidungen kann die Kommission nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung etwaiger Marktveränderungen und des Gewichts der Auflage die Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 8 Abs. 5 lit. b) FKVO widerrufen. In zeitlicher Hinsicht ist die Kommission nur an den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass von behördlichen Entscheidungen gebunden. Die schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen Auflagen einer Phase II-Entscheidung kann die Kommission - auch zusätzlich zum Widerruf - gemäß Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu zehn Prozent des Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen ahnden. Ist die Erfüllung von Auflagen möglich, kann sie - gegebenenfalls auch kumulativ - zur Durchsetzung nach Art. 15 Abs. 2 lit. a) FKVO ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu EUR 100.000 für jeden Tag des Verzugs bestimmen.

III. 3. c) Der Eintritt des Bedingungsfalls einer Phase II-Entscheidung führt zu ihrem automatischen Wegfall bzw. dauerhaften Entfallen. Soll der Automatismus wegen zwischenzeitlich eingetretener Marktveränderungen verhindert werden, kann die Kommission allenfalls ihre ursprüngliche Entscheidung zugunsten der beteiligten Unternehmen abändern. Die Festsetzung eines Bußgeldes und/oder eines Zwangsgeldes allein infolge Eintritts des Bedingungsfalls der Phase II-Entscheidung kommt nicht in Betracht.

III. 3. d) Die Nichterfüllung von Zusagen, die in Phase II lediglich im Rahmen der Tatsachenbeurteilung des Zusammenschlusses berücksichtigt wurden, ohne als Nebenbestimmungen mit der Freigabe verbunden zu sein, kann von der Kommission regelmäßig nicht sanktioniert werden. Ein Recht zum Widerruf wegen zu vertretender unrichtiger Angaben oder arglistiger Herbeiführung der Entscheidung gemäß Art. 8 Abs. 5 lit. a) FKVO besteht nicht.

IV. Rechtsfolgen von Widerruf und Eintritt des Bedingungsfalls

IV. 1. Eintritt des Bedingungsfalls und Widerruf der Vereinbarkeitserklärung ziehen trotz bestehender Verfahrenslücken für beide Phasen vergleichbare Rechtsfolgen nach sich.

IV. 2. a) Durch Widerruf der Phase I-Vereinbarkeitserklärung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) FKVO wird das ursprünglich abgeschlossene Verfahren wiedereröffnet. Die Kommission hat erneut nach pflichtgemäßem Ermessen eine der in Art. 6 Abs. 1 FKVO genannten Entscheidungen zu treffen. Sie ist dabei in ihrer Entscheidung weder im Ergebnis determiniert noch an die ursprüngliche Tatsachengrundlagen gebunden. Gemäß Art. 6 Abs. 4 FKVO gelten die Fristen des Art. 10 Abs. 1 FKVO im Rahmen des erneut durchzuführenden ersten Verfahrensabschnitts nicht, so daß nur der allgemeine Grundsatz der Einhaltung angemessener Verfahrensfristen zu berücksichtigen ist. Da der Widerruf ex nunc wirkt, ergeben sich für bereits durchgeführte Vollzugsgeschäfte keine Folgen aus der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO. Durch den Widerruf der Vereinbarkeitserklärung kommt es hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen zum Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO. Eine Entflechtungsanordnung kommt nach Beseitigung in Phase I nicht in Betracht.

IV. 2. b) Eintritt bzw. Ausbleiben des bedingenden Ereignisses führen zum (dauerhaften) Entfallen der ursprünglichen Kommissionsentscheidung. Hierdurch lebt der erste Verfahrensabschnitt wieder auf; die Kommission hat erneut eine der in Art. 6 Abs. 1 FKVO genannten Verfügungen zu treffen. Sie ist in ihrer neuen Entscheidung weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. Die Kommission hat im wiedereröffneten Verfahrens den Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass behördlicher Entscheidungen

zu beachten. Der Eintritt des Bedingungsfalls wirkt lediglich ex nunc; die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO hat daher keine nachträglichen Konsequenzen für im Falle der auflösenden Bedingung zulässigerweise vorgenommene Vollzugsgeschäfte. Mit Eintritt des Bedingungsfalls kommt es bei der auflösenden Bedingung hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen zum Wiederaufleben, bei der aufschiebenden Bedingung zur Fortgeltung des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie der Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO. Eine Entflechtungsanordnung scheidet im ersten Verfahrensabschnitt aus.

IV. 3. a) Der Widerruf der Phase II-Vereinbarkeitserklärung gemäß 8 Abs. 5 lit. b) FKVO führt zur Wiedereröffnung des ursprünglich abgeschlossenen zweiten Verfahrensabschnitts. Die Kommission hat erneut nach pflichtgemäßem Ermessen über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses zu entscheiden. Sie ist dabei in ihrer Entscheidung weder im Ergebnis determiniert noch an die ursprüngliche Tatsachengrundlage gebunden. Die strenge Vier-Monats-Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO ist für die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 6 FKVO nicht mehr bindend. Es gilt lediglich der allgemeine Grundsatz der Einhaltung angemessener Verfahrensfristen. Der Widerruf wirkt ex nunc; er hat keine Auswirkungen auf bereits durchgeführte Vollzugshandlungen. Im Falle der Untersagungsentscheidung kann die Kommission bereits vollzogene Zusammenschlüsse unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Einbeziehung etwaiger Veränderungen der Marktsituation wieder entflechten. Zur Durchsetzung der Entflechtungsanordnung bzw. Ahndung ihrer Nichtdurchführung stehen der Kommission die Instrumente des Zwangsgeldes und der Geldbuße zur Verfügung.

IV. 3. b) Durch Eintritt des Bedingungsfalls kommt es zum dauerhaften Entfallen der ursprünglichen Phase II-Entscheidung. Der wiedereröffnete zweite Verfahrensabschnitt ist erneut durch eine neue Entscheidung der Kommission gemäß Art. 8 Abs. 2, 3 FKVO abzuschließen. In zeitlicher Hinsicht ist die Kommission dabei nur dem Grundsatz der Einhaltung einer angemessenen Frist beim Erlass von behördlichen Entscheidungen verpflichtet. Der Eintritt des Bedingungsfalls wirkt ex nunc; die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 5 FKVO hat also keine nachträglichen Konsequenzen für im Falle der auflösenden Bedingung zulässigerweise vorgenommene Vollzugsgeschäfte. Bei der auflösenden Bedingung lebt das Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO sowie die Unwirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 1, 5 FKVO hinsichtlich noch ausstehender Vollzugsmaßnahmen wieder auf, bei der aufschiebenden Bedingung

gilt es fort. Die Kommission ist im Rahmen ihrer neuen Entscheidung weder im Ergebnis noch auf tatsächlicher Ebene gebunden. Kommt sie zum Ergebnis, daß der Zusammenschluß für unvereinbar zu erklären ist, kann sie ihn untersagen und, sofern er bereits vollzogen wurde, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch seine Entflechtung anordnen. Die Entflechtungsanordnung kann entweder gemeinsam mit der Untersagung oder in einer gesonderten Entscheidung ergehen. Zur Sanktionierung der Nichtvornahme durch die beteiligten Unternehmen sieht die FKVO die Verhängung einer Geldbuße sowie die Festsetzung eines Zwangsgeldes vor.

J. Anhang: Fusionskontrollverordnung

Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung)*

(ABl. 1989 Nr. L 395, 1, ber. ABl. 1990 Nr. L 257, 13 und ABl. 1998 Nr. L 3, 16; geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. 1997 Nr. L 180, 1, ber. ABl. 1998 Nr. L 3, 16 und Nr. L 40, 17)

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN -
.....

Erwägungen

.....
HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

Art. 1 Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne der Absätze 2 und 3; Artikel 22 bleibt unberührt.

(2) Ein Zusammenschluß im Sinne dieser Verordnung hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

- a) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Milliarden ECU und
 - b) ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Millionen ECU;
- dies gilt nicht, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat erzielen.

(3) Ein Zusammenschluß, der die in Absatz 2 vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat im Sinne dieser Verordnung gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn

- a) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Milliarden ECU beträgt,
- b) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Millionen ECU übersteigt,
- c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfaßten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Millionen ECU beträgt und
- d) der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Millionen ECU übersteigt;

* Konsolidierte Fassung ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit. Verbindlich sind lediglich die im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichten Texte.

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

(4) Vor dem 1. Juli 2000 erstattet die Kommission dem Rat über die Anwendung der in den Absätzen 2 und 3 vorgesehenen Schwellen und Kriterien Bericht.

(5) Der Rat kann im Anschluß an den in Absatz 4 genannten Bericht auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit die in Absatz 3 aufgeführten Schwellen und Kriterien ändern.

Art. 2 Beurteilung von Zusammenschlüssen

(1) Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu prüfen.

Bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission:

- a) die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen;
- b) die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert.

(2) Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.

(3) Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.

(4) Insoweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluß gemäß Artikel 3 darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Artikels 85 Absätze 1 und 3 Vertrags beurteilt, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

Bei dieser Beurteilung berücksichtigt die Kommission insbesondere, ob

- es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt;
- die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

Art. 3 Definition des Zusammenschlusses

- (1) Ein Zusammenschluß wird dadurch bewirkt, daß
- a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen fusionieren oder daß
 - b) - eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder
- ein oder mehrere Unternehmen
durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.
- (2) Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluß im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar.
- (3) Die Kontrolle im Sinne dieser Verordnung wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzelne oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluß auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:
- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
 - b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluß auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.
- (4) Die Kontrolle wird für die Person oder die Personen oder für die Unternehmen begründet,
- a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder
 - b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.
- (5) Ein Zusammenschluß wird nicht bewirkt,
- a) wenn Kreditinstitute, sonstige Finanzinstitute oder Versicherungsgesellschaften, deren normale Tätigkeit Geschäfte und den Handel mit Wertpapieren für eigene oder fremde Rechnung einschließt, vorübergehend Anteile an einem Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung erwerben, sofern sie die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausüben, um das Wettbewerbsverhalten des Unternehmens zu bestimmen, oder sofern sie die Stimmrechte nur ausüben, um die Veräußerung der Gesamtheit oder von Teilen des Unternehmens oder seiner Vermögenswerte oder die Veräußerung der Anteile vorzubereiten, und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Erwerbs erfolgt; diese Frist kann von der Kommission auf Antrag verlängert werden, wenn die genannten
 - b) Institute oder Gesellschaften nachweisen, daß die Veräußerung innerhalb der
 - c) vorgeschriebenen Frist unzumutbar war;
 - d) wenn der Träger eines öffentlichen Mandats aufgrund der Gesetzgebung eines Mitgliedsstaats über die Auflösung von Unternehmen, den Konkurs, die Insolvenz, die Zahlungseinstellung, den Vergleich oder ähnliche Verfahren die Kontrolle erwirbt;
 - e) wenn die in Absatz 1 Buchstabe b) bezeichneten Handlungen von Beteiligungsgesellschaften im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Vierten Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, zuletzt geändert durch die Richtlinie 84/569/EWG, vorgenommen werden, jedoch mit der Einschränkung, daß die mit den erworbenen Anteilen verbundenen Stimmrechte, insbesondere wenn sie zur Ernennung der Mitglieder der geschäftsführenden oder aufsichtsführenden Organe der Unternehmen ausgeübt werden, an denen die Beteiligungsgesellschaften Anteile halten, nur zur Erhaltung des vollen Wertes der Investitionen und

nicht dazu benutzt werden, unmittelbar oder mittelbar das Wettbewerbsverhalten dieser Unternehmen zu bestimmen.

Art. 4 Vorherige Anmeldung von Zusammenschlüssen

(1) Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne dieser Verordnung sind innerhalb einer Woche nach dem Vertragsabschluß, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung bei der Kommission anzumelden. Die Frist beginnt mit der ersten der vorgenannten Handlungen.

(2) Zusammenschlüsse in Form einer Fusion im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe a) oder in Form der Begründung einer gemeinschaftlichen Kontrolle im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe b) sind von den an der Fusion oder der Begründung einer gemeinschaftlichen Kontrolle Beteiligten gemeinsam anzumelden. In den anderen Fällen ist die Anmeldung von der Person oder dem Unternehmen vorzunehmen, die oder das die Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer Unternehmen erwirbt.

(3) Stellt die Kommission fest, daß ein Zusammenschluß unter diese Verordnung fällt, so veröffentlicht sie die Tatsache der Anmeldung unter Angabe der Namen der Beteiligten, der Art des Zusammenschlusses sowie der betroffenen Wirtschaftszweige. Die Kommission trägt den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung.

Art. 5 Berechnung des Umsatzes

(1) Für die Berechnung des Gesamtumsatzes im Sinne des Artikels 1 Absatz 2 sind die Umsätze zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind, unter Abzug von Erlösschmälerungen, der Mehrwertsteuer und anderer unmittelbar auf den Umsatz bezogener Steuern. Bei der Berechnung des Gesamtumsatzes eines beteiligten Unternehmens werden Umsätze zwischen den in Absatz 4 des vorliegenden Artikels genannten Unternehmen nicht berücksichtigt. Der in der Gemeinschaft oder in einem Mitgliedstaat erzielte Umsatz umfaßt den Umsatz, der mit Waren und Dienstleistungen für Unternehmen oder Verbraucher in der Gemeinschaft oder in diesem Mitgliedstaat erzielt wird.

(2) Wird der Zusammenschluß durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt, so ist unabhängig davon, ob diese Teile eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, abweichend von Absatz 1 auf seiten des Veräußerers nur der Umsatz zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt. Jedoch sind zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne des Unterabsatzes 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, als ein einziger Zusammenschluß anzusehen, der zum Zeitpunkt des letzten Geschäfts stattfindet.

(3) An die Stelle des Umsatzes tritt

a) bei Kredit- und sonstigen Finanzinstituten für die Anwendung des Artikels 1 Absätze 2 und 3 die Summe der folgenden in der Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten definierten Ertragsposten gegebenenfalls nach Abzug der Mehrwertsteuer und sonstiger direkt auf diese Erträge erhobener Steuern:

- i) Zinserträge und ähnliche Erträge,
- ii) Erträge aus Wertpapieren:

- Erträge aus Aktien, anderen Anteilsrechten und nicht festverzinslichen Wertpapieren,
 - Erträge aus Beteiligungen,
 - Erträge aus Anteilen an verbundenen Unternehmen,
- iii) Provisionserträge,
- iv) Nettoerträge aus Finanzgeschäften,
- v) sonstige betriebliche Erträge.
- Der Umsatz eines Kredit- oder Finanzinstituts in der Gemeinschaft oder in einem Mitgliedstaat besteht aus den vorerwähnten Ertragsposten, die die in der Gemeinschaft oder dem betreffenden Mitgliedstaat errichtete Zweig- oder Geschäftsstelle des Instituts verbucht;
- b) bei Versicherungsunternehmen die Summe der Bruttoprämien; diese Summe umfaßt alle vereinnahmten sowie alle noch zu vereinnahmenden Prämien aufgrund von Versicherungsverträgen, die von diesen Unternehmen oder für ihre Rechnung abgeschlossen worden sind, einschließlich etwaiger Rückversicherungsprämien und abzüglich der aufgrund des Betrags der Prämie oder des gesamten Prämienvolumens berechneten Steuern und sonstigen Abgaben. Bei der Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b) und Absatz 3 Buchstaben b), c) und d) sowie den letzten Satzteilen der genannten beiden Absätze ist auf die Bruttoprämien abzustellen, die von in der Gemeinschaft bzw. in einem Mitgliedstaat ansässigen Personen gezahlt werden.
- (4) Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens im Sinne des Artikels 1 Absätze 2 und 3 setzt sich unbeschadet des Absatzes 2 zusammen aus den Umsätzen:
- a) des beteiligten Unternehmens;
- b) der Unternehmen, in denen das beteiligte Unternehmen unmittelbar oder mittelbar entweder
- mehr als die Hälfte des Kapitals oder des Betriebsvermögens besitzt oder
 - über mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt oder
 - mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann oder
 - das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen;
- c) der Unternehmen, die in dem beteiligten Unternehmen die unter Buchstabe b) bezeichneten Rechte oder Einflußmöglichkeiten haben;
- d) der Unternehmen, in denen ein unter Buchstabe c) genanntes Unternehmen die unter Buchstabe b) bezeichneten Rechte oder Einflußmöglichkeiten hat;
- e) der Unternehmen, in denen mehrere der unter den Buchstaben a) bis d) genannten Unternehmen jeweils gemeinsam die in Buchstabe b) bezeichneten Rechte oder Einflußmöglichkeiten haben.
- (5) Haben an dem Zusammenschluß beteiligte Unternehmen gemeinsam die in Absatz 4 Buchstabe b) bezeichneten Rechte oder Einflußmöglichkeiten, so gilt für die Berechnung des Umsatzes der beteiligten Unternehmen im Sinne von Artikel 1 Absätze 2 und 3 folgende Regelung:
- a) Nicht zu berücksichtigen sind die Umsätze mit Waren und Dienstleistungen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und jedem der beteiligten Unternehmen oder mit einem Unternehmen, das mit diesen im Sinne von Absatz 4 Buchstaben b) bis e) verbunden ist.
- b) Zu berücksichtigen sind die Umsätze mit Waren und Dienstleistungen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und jedem dritten Unternehmen. Diese Umsätze sind den beteiligten Unternehmen zu gleichen Teilen zuzurechnen.

Art. 6 Prüfung der Anmeldung und Einleitung des Verfahrens

(1) Die Kommission beginnt unmittelbar nach dem Eingang der Anmeldung mit deren Prüfung.

a) Gelangt sie zu dem Schluß, daß der angemeldete Zusammenschluß nicht unter diese Verordnung fällt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest.

b) Stellt sie fest, daß der angemeldete Zusammenschluß zwar unter diese Verordnung fällt, jedoch keinen Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, keine Einwände zu erheben und erklärt den Zusammenschluß für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt.

Die Entscheidung, mit der der Zusammenschluß für vereinbar erklärt wird, erstreckt sich außerdem auf die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundenen und für diese notwendigen Einschränkungen.

c) Stellt die Kommission unbeschadet des Absatzes 2 fest, daß der angemeldete Zusammenschluß unter diese Verordnung fällt und Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, so trifft sie die Entscheidung, das Verfahren einzuleiten.

(2) Stellt die Kommission fest, daß der angemeldete Zusammenschluß nach Änderungen durch die beteiligten Unternehmen keinen Anlaß mehr zu ernsthaften Bedenken im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe c) gibt, so kann sie gemäß Absatz 1 Buchstabe b) die Entscheidung treffen, den Zusammenschluß für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.

Die Kommission kann ihre Entscheidung gemäß Absatz 1 Buchstabe b) mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.

(3) Die Kommission kann eine Entscheidung gemäß Absatz 1 Buchstabe a) oder b) widerrufen, wenn

a) die Entscheidung auf unrichtigen Angaben, die von einem beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, beruht oder arglistig herbeigeführt worden ist oder

b) die beteiligten Unternehmen einer in der Entscheidung vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln.

(4) In den in Absatz 3 genannten Fällen kann die Kommission eine Entscheidung gemäß Absatz 1 treffen, ohne an die in Artikel 10 Absatz 1 genannten Fristen gebunden zu sein.

(5) Die Kommission teilt ihre Entscheidung den beteiligten Unternehmen und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unverzüglich mit.

Art. 7 Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen

(1) Ein Zusammenschluß im Sinne des Artikels 1 darf weder vor der Anmeldung noch so lange vollzogen werden, bis er aufgrund einer Entscheidung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Artikel 8 Absatz 2 oder einer Vermutung gemäß Artikel 10 Absatz 6 für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist.

(2) (gestrichen)

(3) Absatz 1 steht der Verwirklichung eines öffentlichen Kauf- oder Tauschangebots nicht entgegen, das nach Artikel 4 Absatz 1 bei der Kommission angemeldet worden ist, sofern der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt oder nur zur Erhaltung

des vollen Wertes seiner Investition und aufgrund einer von der Kommission nach Absatz 4 erteilten Befreiung ausübt.

(4) Die Kommission kann auf Antrag Befreiungen von Absatz 1 oder Absatz 3 bezeichneten Pflichten erteilen. Der Antrag auf Befreiung muß mit Gründen versehen sein. Die Kommission beschließt über den Antrag unter besonderer Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen des Aufschubs des Vollzugs auf ein oder mehrere an dem Zusammenschluß beteiligte Unternehmen oder auf Dritte sowie der möglichen Gefährdung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluß. Die Befreiung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb zu sichern. Sie kann jederzeit, auch vor der Anmeldung oder nach Abschluß des Rechtsgeschäfts, beantragt und erteilt werden.

(5) Die Wirksamkeit eines unter Mißachtung des Absatzes 1 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ist von der nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder nach Artikel 8 Absatz 2 oder Absatz 3 erlassenen Entscheidung oder von dem Eintritt der in Artikel 10 Absatz 6 vorgesehenen Vermutung abhängig.

Dieser Artikel berührt jedoch nicht die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über Wertpapiere, einschließlich solcher, die in andere Wertpapiere konvertierbar sind, wenn diese Wertpapiere zum Handel auf dem Markt eines oder mehrerer Mitgliedstaaten zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen reglementiert oder überwacht wird, regelmäßig stattfindet und der Öffentlichkeit unmittelbar oder mittelbar zugänglich ist, es sei denn, daß die Käufer und die Verkäufer wissen oder wissen müssen, daß das betreffende Rechtsgeschäft unter Mißachtung des Absatzes 1 abgeschlossen wird.

Art. 8 Entscheidungsbefugnisse der Kommission

(1) Jedes nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) eingeleitete Verfahren wird unbeschadet des Artikels 9 durch eine Entscheidung nach den Absätzen 2 bis 5 des vorliegenden Artikels abgeschlossen.

(2) Stellt die Kommission fest, daß ein angemeldeter Zusammenschluß - gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch die beteiligten Unternehmen - dem in Artikel 2 Absatz 2 festgelegten Kriterium und - in den in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fällen - den Kriterien des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrags entspricht, so trifft sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluß für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

Sie kann diese Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind. Die Entscheidung, mit der der Zusammenschluß für vereinbar erklärt wird, erstreckt sich auch auf die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen.

(3) Stellt die Kommission fest, daß ein Zusammenschluß dem in Artikel 2 Absatz 3 festgelegten Kriterium entspricht, oder - in den in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fällen - den Kriterien des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrags nicht entspricht, so trifft sie eine Entscheidung, mit der der Zusammenschluß für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

(4) Ist der Zusammenschluß bereits vollzogen, so kann die Kommission in einer Entscheidung nach Absatz 3 oder in einer gesonderten Entscheidung die Trennung der zusammengefaßten Unternehmen oder Vermögenswerte, die Beendigung der gemeinsamen Kontrolle oder andere Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen.

- (5) Die Kommission kann Entscheidungen nach Absatz 2 widerrufen:
- a) wenn die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder wenn sie arglistig herbeigeführt worden ist, oder
 - b) wenn die beteiligten Unternehmen einer in der Entscheidung vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln.
- (6) In den in Absatz 5 genannten Fällen kann die Kommission eine Entscheidung nach Absatz 3 treffen, ohne an die in Artikel 10 Absatz 3 genannte Frist gebunden zu sein.

Art. 9 Verweisung an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten

(1) Die Kommission kann einen angemeldeten Zusammenschluß durch Entscheidung unter den folgenden Voraussetzungen an die zuständige Behörde des betreffenden Mitgliedstaates verweisen; sie unterrichtet die beteiligten Unternehmen und die zuständigen Behörden der übrigen Mitgliedstaaten unverzüglich von dieser Entscheidung.

(2) Ein Mitgliedstaat kann der Kommission, die die beteiligten Unternehmen entsprechend unterrichtet, binnen drei Wochen nach Erhalt der Abschrift der Anmeldung mitteilen, daß

- a) ein Zusammenschluß eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht, durch die wirksamer Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Markts aufweist, erheblich behindert würde, oder
- b) ein Zusammenschluß den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat beeinträchtigt, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.

(3) Ist die Kommission der Auffassung, daß unter Berücksichtigung des Markts der betreffenden Waren oder Dienstleistungen und des räumlichen Referenzmarktes im Sinne des Absatzes 7 ein solcher gesonderter Markt und eine solche Gefahr bestehen,

- a) so behandelt sie entweder selbst den Fall, um auf dem betreffenden Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen oder
- b) verweist sie die Gesamtheit oder einen Teil des Falls an die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats, damit die Wettbewerbsvorschriften dieses Mitgliedstaats angewendet werden.

Ist die Kommission dagegen der Auffassung, daß ein solcher gesonderter Markt oder eine solche Gefahr nicht bestehen, so stellt sie dies durch Entscheidung fest, die sie an den betreffenden Mitgliedstaat richtet.

In Fällen, in denen ein Mitgliedstaat der Kommission mitteilt, daß ein Zusammenschluß in seinem Gebiet einen gesonderten Markt beeinträchtigt, der keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt, verweist die Kommission den Teil des Falls, der den gesonderten Markt betrifft, an die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats, wenn sie der Auffassung ist, daß ein gesonderter Markt betroffen ist.

(4) Die Entscheidung über die Verweisung oder Nichtverweisung nach Absatz 3 ergeht

- a) entweder - und in der Regel - innerhalb der in Artikel 10 Absatz 1 Unterabsatz 2 genannten Frist von sechs Wochen, falls die Kommission das Verfahren aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) nicht eingeleitet hat;
- b) oder spätestens innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Anmeldung des Zusammenschlusses, wenn die Kommission das Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) eingeleitet, aber keine vorbereitenden Schritte zum Erlaß der nach Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 oder Artikel 8 Absatz 3 oder 4 erforderlichen Maßnahmen unter-

nommen hat, um wirksamen Wettbewerb auf dem betroffenen Markt aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen.

(5) Hat die Kommission trotz Erinnerung durch den betreffenden Mitgliedstaat innerhalb der in Absatz 4 Buchstabe b) bezeichneten Dreimonatsfrist weder eine Entscheidung gemäß Absatz 3 über die Verweisung oder Nichtverweisung erlassen noch die in Absatz 4 Buchstabe b) bezeichneten vorbereitenden Schritte unternommen, so gilt die unwiderlegbare Vermutung, daß sie den Fall nach Absatz 3 Buchstabe b) an den betreffenden Mitgliedstaat verwiesen hat.

(6) Die Veröffentlichung der Berichte oder die Bekanntmachung der Schlußfolgerungen aus der Untersuchung über den Zusammenschluß durch die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates erfolgt spätestens vier Monate nach der Verweisung durch die Kommission.

(7) Der räumliche Referenzmarkt besteht aus einem Gebiet, auf dem die betroffenen Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen auftreten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten unterscheidet; dies trifft insbesondere dann zu, wenn die in ihm herrschenden Wettbewerbsbedingungen sich von denen in den letztgenannten Gebieten deutlich unterscheiden. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere auf die Art und die Eigenschaften der betreffenden Waren oder Dienstleistungen abzustellen, ferner auf das Vorhandensein von Zugangsschranken, auf Verbrauchergewohnheiten sowie auf das Bestehen erheblicher Unterschiede bei den Marktanteilen der Unternehmen oder nennenswerte Preisunterschiede zwischen dem betreffenden Gebiet und den benachbarten Gebieten.

(8) In Anwendung dieses Artikels kann der betreffende Mitgliedstaat nur die Maßnahmen ergreifen, die zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt unbedingt erforderlich sind.

(9) Zwecks Anwendung seiner innerstaatlichen Wettbewerbsvorschriften kann jeder Mitgliedstaat aufgrund der einschlägigen Vorschriften des Vertrages beim Gerichtshof Klage erheben, und insbesondere die Anwendung des Artikels 186 beantragen.

(10) . Dieser Artikel kann zu demselben Zeitpunkt wie die in Artikel 1 genannten Schwellen überprüft werden.

Art. 10 Fristen für die Einleitung des Verfahrens und für Entscheidungen

(1) Die Entscheidungen nach Artikel 6 Absatz 1 ergehen innerhalb einer Frist von höchstens einem Monat. Die Frist beginnt mit dem Tag, der auf den Tag des Eingangs der Anmeldung folgt, oder, wenn die bei der Anmeldung zu erteilenden Auskünfte unvollständig sind, mit dem Tag, der auf den Tag des Eingangs der vollständigen Auskünfte folgt.

Die Frist beträgt sechs Wochen, wenn der Kommission eine Mitteilung eines Mitgliedstaats gemäß Artikel 9 Absatz 2 zugeht oder wenn die beteiligten Unternehmen nach Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß Artikel 6 Absatz 2 Verpflichtungen anbieten, die nach Auffassung der Parteien bei einer Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) zu berücksichtigen sind.

(2) Entscheidungen nach Artikel 8 Absatz 2 über angemeldete Zusammenschlüsse sind zu erlassen, sobald offenkundig ist, daß die ernsthaften Bedenken im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe c) - insbesondere durch von den beteiligten Unternehmen vorgenommene

Änderungen - ausgeräumt sind, spätestens jedoch innerhalb der nach Absatz 3 festgesetzten Frist.

(3) Unbeschadet des Artikels 8 Absatz 6 müssen die in Artikel 8 Absatz 3 bezeichneten Entscheidungen über angemeldete Zusammenschlüsse innerhalb einer Frist von höchstens vier Monaten nach der Einleitung des Verfahrens erlassen werden.

(4) Die in den Absätzen 1 und 3 genannten Fristen werden ausnahmsweise gehemmt, wenn die Kommission durch Umstände, die von einem an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, gezwungen war, eine Auskunft im Wege der Entscheidung nach Artikel 11 anzufordern oder eine Nachprüfung durch Entscheidung nach Artikel 13 anzuordnen.

(5) Wird eine nach dieser Verordnung erlassene Entscheidung der Kommission durch Urteil des Gerichtshofs ganz oder teilweise für nichtig erklärt, so beginnen die in dieser Verordnung festgelegten Fristen mit dem Tage der Verkündung des Urteils von neuem.

(6) Hat die Kommission innerhalb der in Absatz 1 und in Absatz 3 dieses Artikels genannten Fristen keine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder c) oder nach Artikel 8 Absatz 2 oder 3 erlassen, so gilt der Zusammenschluß unbeschadet des Artikels 9 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt.

Art. 11 Auskunftsverlangen

(1) Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr mit dieser Verordnung übertragenen Aufgaben von den Regierungen und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, von den in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) bezeichneten Personen sowie von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Auskünfte einholen.

(2) Richtet die Kommission ein Auskunftsverlangen an eine Person, an ein Unternehmen oder an eine Unternehmensvereinigung, so übermittelt sie der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sich der Wohnsitz der Person oder der Sitz des Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung befindet, gleichzeitig eine Kopie davon.

(3) In ihrem Auskunftsverlangen weist die Kommission auf die Rechtsgrundlagen und den Zweck des Auskunftsverlangens sowie auf die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c) für den Fall der Erteilung einer unrichtigen Auskunft vorgesehenen Sanktionen hin.

(4) Zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte sind bei Unternehmen die Inhaber oder deren Vertreter, bei juristischen Personen, Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen verpflichtet.

(5) Wird eine von Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen verlangte Auskunft innerhalb einer von der Kommission festgesetzten Frist nicht oder nicht vollständig erteilt, so fordert die Kommission die Auskunft durch Entscheidung an. Die Entscheidung bezeichnet die geforderten Auskünfte, bestimmt eine angemessene Frist zur Erteilung der Auskünfte und weist auf die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c) und Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a) vorgesehenen Sanktionen sowie auf das Recht hin, beim Gerichtshof Klage gegen die Entscheidung zu erheben.

(6) Die Kommission übermittelt der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sich der Wohnsitz der Person oder der Sitz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung befindet, gleichzeitig eine Kopie der Entscheidung.

Art. 12 Nachprüfungen durch Behörden der Mitgliedstaaten

(1) Auf Ersuchen der Kommission nehmen die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten diejenigen Nachprüfungen vor, die die Kommission aufgrund des Artikels 13 Absatz 1 für erforderlich hält oder die sie in einer Entscheidung nach Artikel 13 Absatz 3 angeordnet hat. Die mit der Durchführung der Nachprüfungen beauftragten Bediensteten der zuständigen

Behörden der Mitgliedstaaten üben ihre Befugnisse unter Vorlage eines schriftlichen Prüfungsauftrags der zuständigen Behörde desjenigen Mitgliedstaats aus, in dessen Gebiet die Nachprüfung stattfinden soll. In dem Prüfungsauftrag sind Gegenstand und Zweck der Nachprüfung zu bezeichnen.

(2) Bedienstete der Kommission können auf Antrag der Kommission oder auf Antrag der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Nachprüfung stattfindet, die Bediensteten dieser Behörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen.

Art. 13 Nachprüfungsbefugnisse der Kommission

(1) Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr mit dieser Verordnung übertragenen Aufgaben bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen. Zu diesem Zweck verfügen die beauftragten Bediensteten der Kommission über die nachstehenden Befugnisse:

- a) Sie können die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen prüfen;
- b) sie können Kopien von oder Auszüge aus Büchern und Geschäftsunterlagen anfertigen oder anfordern;
- c) sie können mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anfordern;
- d) sie können alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel der Unternehmen betreten.

(2) Die mit der Nachprüfung beauftragten Bediensteten der Kommission üben ihre Befugnisse unter Vorlage eines schriftlichen Prüfungsauftrags aus, in dem Gegenstand und Zweck der Nachprüfung bezeichnet sind und in dem auf die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe d) vorgesehenen Sanktionen für den Fall hingewiesen wird, daß die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden. Die Kommission unterrichtet die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Nachprüfung stattfindet, rechtzeitig vor der Nachprüfung in schriftlicher Form über Prüfungsauftrag und Person der beauftragten Bediensteten.

(3) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind verpflichtet, die von der Kommission mit Entscheidung angeordnete Nachprüfung zu dulden. Die Entscheidung bezeichnet den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung, bestimmt den Zeitpunkt ihres Beginns und weist auf die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe d) und Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b) vorgesehenen Sanktionen sowie auf das Recht hin, beim Gerichtshof Klage gegen die Entscheidung zu erheben.

(4) Die Kommission unterrichtet die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, rechtzeitig in schriftlicher Form über ihre Absicht, eine Entscheidung nach Absatz 3 zu erlassen. Sie trifft ihre Entscheidung nach Anhörung dieser Behörde.

(5) Bedienstete der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, können auf Antrag dieser Behörde oder auf Antrag der Kommission die Bediensteten der Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen.

(6) Widersetzt sich ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung einer aufgrund dieses Artikels angeordneten Nachprüfung, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat den beauftragten Bediensteten der Kommission die erforderliche Unterstützung bei der Durchführung ihrer Nachprüfungen. Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Verordnung und nach Anhörung der Kommission die erforderlichen Maßnahmen.

Art. 14 Geldbußen

(1) Die Kommission kann gegen in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) bezeichnete Personen, gegen Unternehmen oder gegen Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von 1.000 bis 50.000 ECU festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

- a) die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach Artikel 4 unterlassen,
- b) in einer Anmeldung nach Artikel 4 unrichtige oder entstellte Angaben machen,
- c) eine nach Artikel 11 verlangte Auskunft unrichtig oder nicht innerhalb der in einer Entscheidung nach Artikel 11 gesetzten Frist erteilen,
- d) bei Nachprüfungen nach Artikel 12 oder Artikel 13 die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorlegen oder die in einer Entscheidung nach Artikel 13 angeordnete Nachprüfung nicht dulden.

(2) Die Kommission kann gegen Personen oder Unternehmen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von bis zu 10 v. H. des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes im Sinne von Artikel 5 festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig

- a) einer durch Entscheidung nach Artikel 7 Absatz 4 oder nach Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 erteilten Auflage zuwiderhandeln,
- b) einen Zusammenschluß entgegen Artikel 7 Absatz 1 oder unter Mißachtung einer Entscheidung nach Artikel 7 Absatz 2 vollziehen,
- c) einen durch Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 3 für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärten Zusammenschluß vollziehen oder die in einer Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 4 angeordneten Maßnahmen nicht durchführen.

(3) Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist die Art und die Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen.

(4) Die Entscheidungen aufgrund der Absätze 1 und 2 sind nicht strafrechtlicher Art.

Art. 15 Zwangsgelder

(1) Die Kommission kann gegen in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) bezeichnete Personen, gegen Unternehmen oder gegen Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 25.000 ECU für jeden Tag des Verzugs von dem in der Entscheidung bestimmten Zeitpunkt an festsetzen, um sie zu folgendem Verhalten anzuhalten:

- a) eine Auskunft vollständig und richtig zu erteilen, die sie einer Entscheidung nach Artikel 11 angefordert hat,
- b) eine Nachprüfung zu dulden, die sie in einer Entscheidung nach Artikel 13 angeordnet hat.

(2) Die Kommission kann gegen in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) bezeichnete Personen oder gegen Unternehmen durch Entscheidung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 100.000 ECU für jeden Tag des Verzugs von dem in der Entscheidung bestimmten Zeitpunkt an festsetzen, um sie zu folgendem Verhalten anzuhalten:

- a) eine Auflage zu erfüllen, die durch eine Entscheidung nach Artikel 7 Absatz 4 oder nach Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 festgesetzt wurde;
- b) die Maßnahmen durchzuführen, die sich aus einer Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 4 ergeben.

(3) Sind die in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) bezeichneten Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen der Verpflichtung nachgekommen, zu deren Erfüllung das Zwangsgeld festgesetzt worden war, so kann die Kommission die endgültige Höhe des Zwangsgeldes auf einen Betrag festsetzen, der unter dem Betrag liegt, der sich aus der ursprünglichen Entscheidung ergeben würde.

Art. 16 Nachprüfung durch den Gerichtshof

Bei Klagen gegen Entscheidungen der Kommission, in denen eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt ist, hat der Gerichtshof die Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung der Entscheidung im Sinne von Artikel 172 der Verträge; er kann die Geldbuße oder das Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen.

Art. 17 Berufsgeheimnis

(1) Die bei Anwendung der Artikel 11, 12, 13 und 18 erlangten Kenntnisse dürfen nur zu dem mit der Auskunft, Nachprüfung oder Anhörung verfolgten Zweck verwertet werden.

(2) Unbeschadet des Artikels 4 Absatz 3 sowie der Artikel 18 und 20 sind die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen.

(3) Die Absätze 1 und 2 stehen der Veröffentlichung von Übersichten oder Zusammenfassungen, die keine Angaben über einzelne Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen enthalten, nicht entgegen.

Art. 18 Anhörung Beteiligter und Dritter

(1) Vor Entscheidungen aufgrund des Artikels 7 Absatz 4, des Artikels 8 Absatz 2 Unterabsatz 2, des Artikels 8 Absätze 3, 4 und 5 sowie der Artikel 14 und 15 gibt die Kommission den betroffenen Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Gelegenheit, sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden in allen Abschnitten des Verfahrens bis zur Anhörung des Beratenden Ausschusses zu äußern.

(2) Abweichend von Absatz 1 können Entscheidungen über den weiteren Aufschub des Vollzugs oder über die Erteilung von Befreiungen gemäß Artikel 7 Absatz 4 vorläufig erlassen werden, ohne den betroffenen Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern die Kommission dies unverzüglich nach dem Erlaß ihrer Entscheidung nachholt.

(3) Die Kommission stützt ihre Entscheidungen nur auf die Einwände, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten. Das Recht der Betroffenen auf Verteidigung während des Verfahrens wird in vollem Umfang gewährleistet. Zumindest die unmittelbar Betroffenen haben das Recht der Akteneinsicht wobei die berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen sind.

(4) Sofern die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten es für erforderlich halten, können sie auch andere natürliche oder juristische Personen anhören. Wenn natürliche oder juristische Personen, die ein hinreichendes Interesse darlegen, und insbesondere Mitglieder der Leitungsorgane der beteiligten Unternehmen oder rechtlich anerkannte Vertreter der Arbeitnehmer dieser Unternehmen einen Antrag auf Anhörung stellen, so ist ihrem Antrag stattzugeben.

Art. 19 Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten

(1) Die Kommission übermittelt den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldungen und so bald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke, die in Anwendung dieser Verordnung bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden. Diese Schriftstücke müssen auch Verpflichtungen umfassen, die die Parteien bei einer Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Artikel 8 Absatz 2 berücksichtigt wissen möchten.

(2) Die Kommission führt die in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch; diese sind berechtigt, zu diesen Verfahren Stellung zu nehmen. Im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 9 nimmt sie die in Absatz 2 desselben Artikels bezeichneten Mitteilungen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten entgegen; sie gibt ihnen Gelegenheit, sich in allen Abschnitten des Verfahrens bis zum Erlaß einer Entscheidung nach Absatz 3 des genannten Artikels zu äußern und gewährt ihnen zu diesem Zweck Akteneinsicht.

(3) Ein Beratender Ausschuß für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ist vor jeder Entscheidung nach Artikel 8 Absätze 2 bis 5 sowie nach den Artikeln 14 und 15 und vor dem Erlaß von Bestimmungen nach Artikel 23 anzuhören.

(4) Der Beratende Ausschuß setzt sich aus Vertretern der Behörden der Mitgliedstaaten zusammen. Jeder Mitgliedstaat bestimmt einen oder zwei Vertreter, die im Falle der Verhinderung durch jeweils einen anderen Vertreter ersetzt werden können. Mindestens einer dieser Vertreter muß für Kartell- und Monopolfragen zuständig sein.

(5) Die Anhörung erfolgt in einer gemeinsamen Sitzung, die die Kommission anberaumt und in der sie den Vorsitz führt. Der Anberaumung sind eine Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der wichtigsten Schriftstücke sowie ein Entscheidungsentwurf für jeden zu behandelnden Fall beizufügen. Die Sitzung findet frühestens vierzehn Tage nach der Anberaumung statt. Die Kommission kann diese Frist in Ausnahmefällen in angemessener Weise verkürzen, um schweren Schaden von einem oder mehreren an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen abzuwenden.

(6) Der Beratende Ausschuß gibt seine Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf der Kommission - erforderlichenfalls durch Abstimmung - ab. Der Beratende Ausschuß kann seine Stellungnahme abgeben, auch wenn Mitglieder des Ausschusses oder ihre Vertreter nicht anwesend sind. Diese Stellungnahme ist schriftlich niederzulegen und dem Entscheidungsvorschlag beizufügen. Die Kommission berücksichtigt soweit wie möglich die Stel-

lungnahme des Ausschusses. Sie unterrichtet den Ausschuß darüber, inwieweit sie seine Stellungnahme berücksichtigt hat.

(7) Der Beratende Ausschuß kann die Veröffentlichung der Stellungnahme empfehlen. Die Kommission kann diese Veröffentlichung vornehmen. Bei der Entscheidung über die Veröffentlichung wird das berechnigte Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie das Interesse der beteiligten Unternehmen an einer solchen Veröffentlichung gebührend berücksichtigt.

Art. 20 Veröffentlichung von Entscheidungen

(1) Die Kommission veröffentlicht die nach Artikel 8 Absätze 2 bis 5 erlassenen Entscheidungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

(2) Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung; sie muß den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.

Art. 21 Zuständigkeit

(1) Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.

(2) Die Mitgliedstaaten wenden ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.

Unterabsatz 1 berührt nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, die zur Anwendung des Artikels 9 Absatz 2 erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und nach einer Verweisung gemäß Artikel 9 Absatz 3 Unterabsatz 1 Buchstabe b) oder Artikel 9 Absatz 5 die in Anwendung des Artikels 9 Absatz 7 unbedingt erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

(3) Unbeschadet der Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen, welche in dieser Verordnung berücksichtigt werden, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind.

Im Sinne des Unterabsatzes 1 gelten als berechnigte Interessen die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln.

Jedes andere öffentliche Interesse muß der betreffende Mitgliedstaat der Kommission mitteilen; diese muß es nach Prüfung seiner Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen und den sonstigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vor Anwendung der genannten Maßnahmen anerkennen. Die Kommission gibt dem betreffenden Mitgliedstaat ihre Entscheidung binnen eines Monats nach der entsprechenden Mitteilung bekannt.

Art. 22 Anwendung dieser Verordnung

(1) Diese Verordnung gilt allein für Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3; die Verordnungen Nr. 17, (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 gelten nicht, außer für Gemeinschaftsunternehmen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken.

(2) (gestrichen)

(3) Stellt die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaats oder mehrerer gemeinsam handelnder Mitgliedstaaten fest, daß ein Zusammenschluß im Sinne von Artikel 3, der jedoch keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikels 1 hat, eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch welche wirksamer Wettbewerb im Gebiet des oder der betreffenden Mitgliedstaaten erheblich behindert würde, so kann sie - sofern dieser Zusammenschluß den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt - die in Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 sowie in Artikel 8 Absätze 3 und 4 vorgesehenen Entscheidungen erlassen.

(4) Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a) und b), sowie die Artikel 5, 6, 8 und 10 bis 20 finden auf Anträge gemäß Absatz 3 Anwendung. Artikel 7 findet Anwendung, sofern der Zusammenschluß zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kommission den Parteien mitteilt, daß ein Antrag eingegangen ist, noch nicht durchgeführt worden ist.

Die Frist für die Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 10 Absatz 1 beginnt an dem Tag, der auf den Tag des Eingangs des Antrags des oder der betreffenden Mitgliedstaaten folgt. Der Antrag muß spätestens einen Monat nach dem Zeitpunkt gestellt werden, zu dem der Zusammenschluß den betreffenden Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht wurde oder dessen Durchführung erfolgt ist.

(5) Die Kommission trifft in Anwendung von Absatz 3 nur die Maßnahmen, die unbedingt erforderlich sind, um wirksamen Wettbewerb im Gebiet des Mitgliedstaats oder der Mitgliedstaaten zu wahren oder wiederherzustellen, auf dessen Antrag hin sie tätig geworden ist.

Art. 23 Durchführungsbestimmungen

Die Kommission ist ermächtigt, Durchführungsbestimmungen über Form, Inhalt und andere Einzelheiten der Anmeldungen nach Artikel 4, über die nach den Artikeln 7, 9 und 10 sowie nach Artikel 22 festgesetzten Fristen sowie über die Anhörung nach Artikel 18 zu erlassen.

Die Kommission ist ermächtigt, Verfahren und Fristen für die Vorlage der Verpflichtungen nach Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 8 Absatz 2 festzulegen.

Art. 24 Beziehungen zu Drittländern

(1) Die Mitgliedstaaten unterrichten die Kommission über die allgemeinen Schwierigkeiten, auf die ihre Unternehmen bei Zusammenschlüssen gemäß Artikel 3 in einem Drittland stoßen.

(2) Die Kommission erstellt erstmals spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten dieser Verordnung und in der Folge regelmäßig einen Bericht, der die Behandlung von Unternehmen aus der Gemeinschaft im Sinne der Absätze 3 und 4 bei Zusammenschlüssen in Drittländern untersucht. Die Kommission übermittelt diese Berichte dem Rat und fügt ihnen gegebenenfalls Empfehlungen bei.

(3) Stellt die Kommission im Rahmen der in Absatz 2 genannten Berichte oder aufgrund anderer Informationen fest, daß ein Drittland Unternehmen aus der Gemeinschaft nicht eine Behandlung einräumt, die derjenigen vergleichbar ist, die die Gemeinschaft den Unternehmen dieses Drittlands gewährt, so kann sie dem Rat Vorschläge unterbreiten, um ein geeignetes Mandat für Verhandlungen mit dem Ziel zu erhalten, für Unternehmen aus der Gemeinschaft eine vergleichbare Behandlung zu erreichen.

(4) Die nach diesem Artikel getroffenen Maßnahmen müssen mit den Verpflichtungen der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten vereinbar sein, die sich - unbeschadet des Artikels

234 des Vertrages - aus internationalen Vereinbarungen bilateraler oder multilateraler Art ergeben.

Art. 25 Inkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am 21. September 1990 in Kraft.

(2) Diese Verordnung findet keine Anwendung auf Zusammenschlüsse, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung Gegenstand eines Vertragsabschlusses oder einer Veröffentlichung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 gewesen oder durch einen Erwerb im Sinne derselben Vorschrift zustande gekommen sind; auf keinen Fall findet sie Anwendung auf Zusammenschlüsse hinsichtlich derer eine für den Wettbewerb zuständige Behörde eines Mitgliedstaats vor dem vorgenannten Zeitpunkt ein Verfahren eröffnet hat.

(3) Im Falle von Zusammenschlüssen, auf die diese Verordnung aufgrund eines Beitritts Anwendung findet, gilt statt des Zeitpunkts des Inkrafttretens dieser Verordnung der Zeitpunkt des Beitritts. Die zweite Alternative in Absatz 2 gilt in gleicher Weise für die Eröffnung eines Verfahrens durch eine für den Wettbewerb zuständige Behörde des neuen Mitgliedstaats oder durch die EFTA-Überwachungsbehörde.

K. Literaturverzeichnis

Bei abgekürzter Zitierweise ist der im Text zitierte Bestandteil des Titels durch Unterstreichung markiert.

Ahlborn, Christian/Turner, Vanessa, Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation, ECLR 1998, S. 249 ff.

Albers, Michael, Auslegungsfragen und praktische Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Schwerpunkte des Kartellrechts 1990/1991, Köln u.a. 1992, S. 99 ff.

Arhold, Christoph, Das Geldbußenregime nach der Kartell-Verordnung - Leitlinien der Kommissionspraxis und deren Überprüfung durch das EuG, EuZW 1999, S. 165 ff.

Arnold, Rainer, Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in der EG unter besonderer Berücksichtigung der Regeln über die Sachverhaltsermittlung und die Verteidigungsrechte der Betroffenen: Bereits bestehende Ansätze im Gemeinschaftsrecht und Bedürfnisse ihrer Fortentwicklung, EuR Beiheft 1/1995, S. 7 ff.

Azcuenaga, Mary L., Statement on The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation, WuW 1997, S. 707 f.

Bael, Ivo van/Bellis, Jean-Francois, Competition Law of the European Community, 3. Auflage, Bicester 1994.

Baron, Michael, Die neuen Bestimmungen der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 1997, S. 579 ff.

Bechtold, Rainer, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Auflage, München 1999.

- Gemeinschaftsunternehmen nach der neuen Fusionskontroll-VO, Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, Referate des XXVI. FIW-Seminars mit zusätzlichen Beiträgen, Köln u.a. 1999, S. 77 ff.

- Anmerkung zu EuGHE 1998, 1375 (Französische Republik u.a./Kommission), EuZW 1998, S. 313 ff.
- Abwägungen zwischen wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses in der europäischen Fusionskontrolle EuZW 1996, S. 389 ff.
- Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht, EuZW 1994, S. 653 ff.

Bechtold, Rainer/Uhlig, Torsten, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1997-1999, NJW 1999, S. 3527 ff.

Bellamy, Christopher/Child, Graham D., Common Market Law of Competition: First Supplement to the Fourth Edition, London 1996.

- Common Market Law of Competition, 4. Auflage, London 1993.

Bergmann, Hermann, Settlements in EC Merger Control Proceedings: A Summary of EC Enforcement Practise and a Comparison with the United States, Antitrust Law Journal 62 (1993), S. 47 ff.

Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen, Die Europäische Gemeinschaft, Rechtsordnung und Politik, 4. Auflage, Baden-Baden 1993.

Bischke, Alf-Henrik, Die Unterscheidung zwischen kooperativen und konzentrativen Unternehmensverbindungen im europäischen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Aachen 1997.

Bishop, Simon B., Power and Responsibility: The ECJ's Kali+Salz Judgement, ECLR 1999, S. 37. ff.

Blanco, Luis Ortiz, European Community Competition Procedure, Oxford 1996.

Blank, Josef, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, Baden-Baden 1991.

- Bleckmann, Albert**, Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln 1997.
- Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 ff.
 - Der Verwaltungsvertrag als Handlungsmittel der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1981, S. 889 ff.
 - Die öffentlichrechtlichen Verträge der EWG, NJW 1978, S. 464 ff.
- Bos, Pierre/Stuyck, Jules/Wytinck Peter**, Concentration Control in the European Economic Community, London 1992.
- Brede, Uwe**, Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, Frankfurt a.M. u.a. 1997.
- Brenner, Michael**, Allgemeine Prinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Europa, Die Verwaltung 1998, S. 1 ff.
- Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, Tübingen 1996.
 - Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen, JuS 1996, S. 281 ff.
- Brinker, Ingo**, Rechtseinheit und einheitliche Rechtsdurchsetzung am Beispiel des Kartellrechts, EuR Beiheft 1/1998, S. 95 ff.
- Broberg, Morten P.**, Commitments in Phase One Merger Proceedings: The Commission's Power to Accept and Enforce Phase One Commitments, CMLR 1997, S. 845 ff.
- Bronett, G.K. de**, Akteneinsicht in Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission, WuW 1997, S. 383 ff.
- Bullinger, Martin (Hrsg.)**, Verwaltungsermessen im modernen Staat: Landesberichte u. Generalbericht der Tagung für Rechtsvergleichung 1985 in Göttingen, Baden-Baden 1986.
- Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung - Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1001 ff.

Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1997/98 sowie über die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete, BTDrucks. 14/1139.

- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1995/96 sowie über die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete, BTDrucks. 13/7900.

- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1993/94 sowie über die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete, BTDrucks. 13/1660.

- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1975 sowie über die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete, BTDrucks 7/5390.

Bunte, Hermann-Josef, Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1998, S. 1748 ff.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991.

Callies, Christian, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union: Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3 b)) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Auflage, Baden-Baden 1999.

Callies, Christian/Ruffert, Matthias, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Neuwied, Kriftel 1999.

Cook, C.J./Kerse, C.S., The E.C. Merger Control, 2. Auflage, London 1996.

Christensen, Peder/Owen Philip, Comment on the Judgement of the Court of First Instance of 25 March 1999 in the Merger Case IV/M.619 – Gencor/Lonrho, Competition Policy Newsletter 1999/2, S. 19 ff.

Danwitz, Thomas von, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, Tübingen 1996.

- Dauses, Manfred (Hrsg.),** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, München 1998.
- Davies, John/Lavoie, Chantal,** EEC Merger Control, A Half-Term Report Before the 1993 Review?, *World Competition* 1993, S. 27 ff.
- Degan, P.,** Procédés d'interprétations tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, *DTDE*, 1966, S. 198 ff.
- Dieckmann, Holger/Schmidt, Gudrun/Visser, Matthijs/Hinten-Reed, Nils von,** Commission fines Deutsche Post, Anheuser-Busch and Scottish & Newcastle for supplying incorrect or misleading information in competition procedures, *Competition Policy Newsletter* 2000/1, S. 28 f.
- Dietl, Clara-Erika,** Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik mit erläuternden und rechtsvergleichenden Kommentaren, Teil. 1. Englisch-Deutsch: einschließlich der Besonderheiten des amerikanischen Sprachgebrauchs, 2. Auflage, München 1979.
- Drauz, Götz/Schröder, Dirk,** Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 3. Auflage, Köln 1995.
- Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert,** Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 49. Auflage, München 1999.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Lange, Knut Werner,** Zukunftsmärkte in der europäischen Fusionskontrolle, Zur Entscheidung der Kommission im Verfahren MSG Media Service, *EWS* 1995, S. 1 ff.
- Emberger, Geraldine/Pitkänen, Tiina,** Mergers - Recent Developments and Important Decisions, *Competition Policy Newsletter* 1999/2, S. 27 ff.
- Emmerich, Volker,** Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999.
- Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.),** Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Berlin, New York 1995.

- Everling, Ulrich**, Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen, WuW 1989, S. 877 ff.
- Fine, Frank L.**, Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC, 2. Auflage, London 1994.
- Forsthoff, Ernst**, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973.
- Frowein, Jochen (Hrsg.)**, Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Berlin u.a. 1993.
- Fuchs, Andreas**, Widerruf der Genehmigung und nachträgliche Untersagungsmöglichkeit nach der Fusionskontrollverordnung, EuZW 1996, S. 263 ff.
- Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle, WuW 1996, S. 269 ff.
- Glassen, Helmut/Hahn, Helmuth von/Kersten, Hans-Christian/Rieger, Harald (Hrsg.)**, Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: mit einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, 3. Auflage, Köln 1982 ff.
- Gleiss, Alfred/Hirsch, Martin**, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Bd. 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen, 4. Auflage, Heidelberg 1993.
- Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1978.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.)**, Kommentar zur Europäischen Union, 12. Erg. Lief., München 1998.
- Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.)**, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage, Baden-Baden 1997 ff.

- Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 2, 4. Auflage, Baden-Baden 1991.

- Groger, Thomas/Janicki, Thomas**, Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts, WuW 1992, S. 991 ff.

- Grupp, Walter G./Schäder, Gerhard**, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Verhältnismäßigkeit, EWS 1993, S. 27 ff.

- Hacker, Nicole**, The Kali + Salz-Case - the Re-examination of a Merger after Annulment by the Court, Competition Policy Newsletter 1998/3, S. 40 ff.

- Happe, Claus-Michael**, Die Fristen im EG-Fusionskontrollverfahren - Eine Bestandsaufnahme nach vier Jahren, EuZW 1995, S. 303 ff.

- Haratsch, Andreas**, Zur Dogmatik von Rücknahme und Widerruf von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1998, S. 387 ff.

- Harmjanz, Jan Dietrich**, Auflagen und Bedingungen: Eine vergleichende Darstellung des EG-Fusionskontrollrechts und des U.S.-amerikanischen Antitrustrechts zu consent decrees, Baden-Baden 1999.

- Heidenhain, Martin**, Zusagenpraxis in der EG-Fusionskontrolle, EuZW 1994, S. 135 ff.
- Zur Klagebefugnis Dritter in der europäischen Fusionkontrolle, EuZW 1991, S. 590 ff.

- Hirsbrunner, Simon**, Neue Durchführungsbestimmungen und Mitteilungen zur EG-Fusionskontrolle, EuZW 1998, S. 613 ff.
- Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung, EuZW 1998, S. 69 ff.

- Held-Daab, Ulla**, Das freie Ermessen: Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, Berlin 1996.

- Hoesch, Ulrich**, Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, BB 1995, S. 1917 ff.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)**, EG-Wettbewerbsrecht: Kommentar, München, Bd. I u. II 1997, Erg.Bd. 1998 (1. Erg. Lief.).
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, Kommentar, 2. Auflage, München 1992.
- Immenga, Ulrich**, Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht, EuZW 1994, S. 14 ff.
- Die europäische Fusionskontrolle im wettbewerbspolitischen Kräftefeld, Tübingen 1993.
- Janicki, Thomas**, EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen Umsetzung, WuW 1990, S. 195 ff.
- Johannes, Hartmut**, Erfahrungen eines Anhörungsbeauftragten, in: Everling, Ulrich/Narjes, Karl-Heinz/Sedemund, Jochim (Hrsg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 293 ff.
- Jones, Christopher/González-Días, Enrique**, The EEC Merger Regulation, London 1992.
- Jung, Hans**, Anhörungs- und Verteidigungsrechte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, Köln u.a. 1999, S. 95 ff.
- Kemp, John**, Mergers - Recent Developments and Important Decisions, Competition Policy Newsletter 1999/1, S. 40 ff.
- Kemp, John/Emberger, Geraldine**, Mergers - Recent Developments and Important Decisions, Competition Policy Newsletter 1998/3, S. 33 ff.
- Mergers - Recent Important Decisions, Competition Policy Newsletter 1998/2, S. 65 ff.

- Kerber, Markus C.**, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 Abs. 6, 7 GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1987.
- Kerber, Wolfgang**, Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG, Zwei Analysen zur Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts, Bayreuth 1994.
- Kerse, C.S., E.C.** Antitrust Procedure, 3. Auflage, London 1994.
- Kirchner, Hildebert**, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 4. Auflage, Berlin, New York 1993.
- Kleemann, Dietrich**, Enthält Art. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung eine wettbewerbliche Abwägungsklausel?, in: Niederleithinger, Ernst (Hrsg.), Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 379 ff.
- Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer**, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, Heidelberg 1989.
- Knack, Hans Joachim**, Verwaltungsverfahrensgesetz: (VwVfG); Kommentar, 6. Auflage, Köln u.a. 1998.
- Koch, Norbert**, Die neuen Befugnisse der EG zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, EWS 1990, S. 65 ff.
- Köbler, Gerhard**, Rechtsfranzösisch: Deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch, München 1996.
- Kögel, Rainer**, Die Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996.
- Körber, Torsten**, Konkurrentenklagen in der europäischen Fusionskontrolle, EuZW 1996, S. 267 ff.

- Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, Göttingen 1995.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, Brüssel - Luxemburg 2000.

- XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Brüssel - Luxemburg 1999.
- XXVII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1997, Brüssel - Luxemburg 1998.
- XXVI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1996, Brüssel - Luxemburg 1997.
- Fusionskontrolle der Gemeinschaft: Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung vom 31.01.1996, KOM (96) 19 endg.

Kopp, Ferdinand O., Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, München 1996.

Krause, Hartmut, Article 6 (1) b EC Merger Regulation: Improving the Reliability of Commitments, ECLR 1994, S. 209 ff.

Krimphove, Dieter, Europäische Fusionskontrolle, Köln u.a. 1992.

Kronenberg, Oliver P., Revision der EG-Fusionskontrollverordnung - eine Darstellung der neuen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1310/97, SZW/RSDA 1998, S. 89 ff.

Kutscher, Hans (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985.

Lampert Thomas, International Co-operation and Possible Strategies for Transnationally Operating Companies, EuZW 1999, S. 107 ff.

- Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung im Verhältnis zum Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten: rechtsvergleichend zum Verhältnis zwischen dem US-Antitrustrecht des Bundes und der Einzelstaaten, Berlin, Bonn, München 1995.

Lange, Klaus, Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag, NVwZ 1983, S. 313 ff.

- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef**, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I u. II; 8. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin 1998.
- Larenz, Karl**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991.
- Laufkötter, Regina**, Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlußkontrolle, WuW 1999, S. 671 ff.
- Lenz, Carl-Otto (Hrsg.)**, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Auflage, Köln u.a. 1999.
- Lenz, Carl-Otto/Grill, Gerhard**, Zum Recht auf Akteneinsicht im EG-Kartellverfahrensrecht, in: Everling, Ulrich/Narjes, Karl-Heinz/Sedemund, Jochim (Hrsg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Arved Deringer, Baden-Baden 1993, S. 310 ff.
- Maizière, Karl Ernst Thomas de**, Die Praxis des informellen Verfahrens beim Bundeskartellamt: Darstellung und rechtliche Würdigung eines verborgenen Vorgehens, Bonn 1986.
- Meessen, Karl M.**, Industriepolitisch wirksamer Wettbewerb im EWG-Fusionskontrollrecht, in: Wild, Gisela (Hrsg.), Festschrift für Alfred-Carl Gaedertz zum 70. Geburtstag, München 1992, S. 417 ff.
- Das Für und Wider eines Weltkartellamts, WuW 2000, S. 5 ff.
- Mertens de Wilmars, J.**, Reflexions sur les Méthodes d'Interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes, CDE 1986, S. 5 ff.
- Miersch, Michael**, Kommentar zur EG-Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Neuwied, Frankfurt a.M. 1991.

Möschel, Wernhard, Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1982.

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

- Hauptgutachten XI 1994/95, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996.

- Hauptgutachten X 1992/93, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, Baden-Baden 1994.

- Hauptgutachten VII 1986/87, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1988.

- Hauptgutachten IV 1980/81, Fortschritt bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden 1982.

Montag, Frank/Kaessner, Ralph, Neuere Entwicklungen in der Fallpraxis der europäischen Fusionkontrolle, WuW 1997 S. 781 ff.

Montag, Frank/Leibenath, Christoph, Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter in der europäischen Fusionskontrolle, ZHR 164 (2000), S. 176 ff.

Mülbart, Peter O., Zusagen im deutschen und europäischen Fusionskontrollrecht, ZIP 1995, S. 699 ff.

Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht: Gemeinschaftskommentar, 4. Auflage, Köln u.a. 1980 ff.

Neven, Damien/Nuttal, Robin/Seabright, Paul, Merger in Daylight. The Economics and Politics of European Merger Control, London 1999.

Niederleithinger, Ernst, Grundfragen der neuen europäischen Zusammenschlußkontrolle, EWS 1990, S. 73 ff.

Niemeyer, Hans-Jörg, Die Europäische Fusionskontrollverordnung, Heidelberg 1991.

- Nolte, Norbert**, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. u.a. 1997.
- Obermayer, Klaus**, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage, Neuwied, Kriftel, 1999.
- Oehler, Dietrich**, Internationales Strafrecht: Geltungsbereich des Strafrechts, internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1983.
- Oppermann, Thomas**, Europarecht: ein Studienbuch, 2. Auflage, München 1999.
- Ossenbühl, Fritz**, Die rechtliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Köln u.a. 1985, S. 731 ff.
- Vom unbestimmten Rechtsbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl. 1974, S. 309 ff.
- Otto, Harro**, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft am 26. Mai 1993, Berlin 1993.
- Palandt, Otto**, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 58. Auflage, München 1999.
- Pitkänen, Tiina/Kemp, John**, Mergers - Recent Developments and Important Decisions, Competition Policy Newsletter 1999/3, S. 43 ff.
- Pitkänen, Tiina/Marshall, Neil**, Mergers - Recent Developments and Important Decisions, Competition Policy Newsletter 2000/1, S. 19 ff.
- Pitofsky, Robert/Steiger, Janet D./Starek, Roscoe B. III/Varney, Christine**, Statement on The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation, WuW 1997, S. 705 ff.

- PONS**, Großwörterbuch für Experten und Universität, Deutsch-französisch, Französisch-deutsch, Stuttgart, Düsseldorf, Leipzig 1996.
- PONS Collins**, Wörterbuch für die berufliche Praxis, Deutsch-Englisch, Englisch-Deutsch: Handwörterbuch, 3. Auflage, Glasgow u.a. 1996.
- Rat der Europäischen Gemeinschaften**, EG-Wörterverzeichnis, Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch, Bd. I u. II., Luxemburg 1989.
- EG-Wörterverzeichnis, Französisch-Deutsch, Deutsch-Französisch, 3. Auflage, Luxemburg 1984.
- Richter, Burkhard**, Teiluntersagung in der Fusionskontrolle, Köln u.a. 1987.
- Riesenkampff, Alexander**, Zusagen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1977, S. 291 ff.
- Ritter, Lennart/Braun, David W./Rawlinson, Francis**, EEC Competition Law: A Practitioner's Guide, Deventer, Boston 1991.
- Romain, Alfred**, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil 1. Englisch-Deutsch, 4. Auflage, München 1989.
- Savigny, Friedrich Carl von**, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I. u. III, Berlin 1840.
- Satzky, Horst**, Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, ZHR 141 (1977), S. 554 ff.
- Schachel, Jens**, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Berlin 1979.
- Schmidt, Christian Rudolf**, Die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts: Der Konflikt Wettbewerbspolitik-Industriepolitik in der Europäischen Fusionkontrolle, Baden-Baden 1992.
- Schmidt, Gudrun**, The New Merger Rules Have Entered Into Force, Competition Policy Newsletter 1998/2, S. 61 ff.

Schroth, Hans-Jürgen, EG-Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen:
Der Fall AEG-Telefunken (selektives Vertriebssystem) in
strafrechtlicher Sicht, Wistra 1984, S. 164 ff.

- Economic Offences in EEC Law: With Special Reference to
English and German Law, Kehl u.a. 1983.

Schulte, Josef L., Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle,
AG 1998, S. 297 ff.

Schulte-Braucks, Reinhard, Auflösung marktbeherrschender Stellungen: Eine
rechtsvergleichende Untersuchung des Problems der
Marktmacht mit einer Fallstudie über die amerikanische
Computerindustrie, Baden-Baden 1980.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß:
Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen
Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union,
Baden-Baden 1996.

- Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung
im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Bd. I u. II, Baden-
Baden 1988.

- Europäisches Verwaltungsrecht im Werden: Referate und
Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische
Integration e.V. in Hamburg vom 18.-20. Juni 1981, Baden-
Baden 1982.

Schweitzer, Michael (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, Wien 1991.

Schweitzer, Michael, Die Verwaltung der Europäischen Gemeinschaften, Die
Verwaltung 1984, S. 137 ff.

Siohl, Ulrich, Die Schuldfeststellung bei Unternehmen oder
Unternehmensvereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum
EWG-Vertrag: Ein Beitrag zum Wirtschaftsstrafrecht der
Europäischen Gemeinschaft unter Berücksichtigung der
besonderen Stellung des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt a.M.
u.a. 1986.

Stadler, Christoph, The 1999 Changes to German Merger Control and Competition Law, ECLR 1999, S. 542 ff.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 5. Auflage, München 1998.

Tiedemann, Klaus, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 1411 ff.

- Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, S. 23 ff.

Tilmann, Winfried, Zur EG-Fusionskontroll-VO 1989, in: Erdmann, Willi/Mees, Hans-Kurt/Piper, Henning/Teplitzky, Otto (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, Köln u.a. 1990.

Tsolka, Olga, Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S.: Grundlegung und Ausgestaltung, Frankfurt a.M. 1995.

Traumann, Clemens, Die Bestandskraft von kartellbehördlichen Verfügungen, Wegfall bei veränderten Umständen, insbesondere bei Bedingungen, Auflagen und Zusagen, WuW 1982, S. 825 ff.

- Die zusammenschlußrechtliche Zusage, DB 1981, S. 976 ff.

- Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Köln, Berlin 1977.

Uhlig, Torsten, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren: Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht, Sinzheim 1996.

Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Auflage, Köln u.a. 1995.

Veelken, Winfried/Karl, Matthias/Richter, Stefan, Die europäische Fusionskontrolle, Grundzüge und Einzelfragen zur VO (EWG) Nr. 4064/89, Tübingen 1992.

- Wagemann, Markus**, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften, Heidelberg 1992.
- Walz, Robert**, Der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Kartellrecht, Baden-Baden 1994.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.)**, Handbuch des Kartellrechts, München 1999.
- Winkler, Rolf**, Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Ein Beitrag zum Wirtschaftsstrafrecht der Europäischen Gemeinschaften, Tübingen 1971.
- Weiß, Wolfgang**, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren: zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, Köln 1996.
- Westermann, Kathrin**, Die Einwirkungen der europäischen auf die deutsche Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996.
- Whish, Richard**, Competition Law, 3. Auflage, London, Edinburgh 1993.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf**, Verwaltungsrecht I: Ein Studienbuch, 10. Auflage, München 1994.
- Wolter, Matthias**, Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamts, WuW 1979,
- Zilles, Stephan**, Die Anfechtungslegitimation von Dritten im europäischen Fusionskontrollrecht, Heidelberg 1997.