

den, indem etwa die (noch bestehenden) wettbewerblichen Bedenken durch modifizierte Zusagen ausgeräumt werden²⁴. Eine Änderung der Auflagen ist zwar im Text des Art. 8 nicht ausdrücklich vorgesehen (anders etwa § 24 V 1 GWB). Der Fusionskontroll-Verordnung liegt jedoch ersichtlich kein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ zugrunde mit der Folge, daß ein Zusammenschluß in den Fällen des Abs. 5 trotz Vorliegens von Widerrufungsgründen nur entweder unverändert bestehen bleiben müßte – sofern eine solche Entscheidung mit dem pflichtgemäßen Ermessen der Kommission vereinbar wäre – oder nunmehr vollständig untersagt werden müßte. Vielmehr spricht nichts dagegen, daß die Kommission eine (z. B. aufgrund fahrlässig falscher Angaben erteilte) einfache Genehmigung zurückzieht und den Zusammenschluß nunmehr unter Auflagen oder Bedingungen freigibt. Ebenso macht es Sinn, eine Auflage, die etwa wegen veränderter Marktverhältnisse, wegen tatsächlicher oder rechtlicher Durchführungsschwierigkeiten (insbesondere bei sog. drittbelastenden Zusagen) nicht erfüllt worden ist, (auf Vorschlag der beteiligten Unternehmen) durch eine andere Auflage zu ersetzen, die geeignet ist, die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluß auszuräumen. Nur wenn diese Möglichkeiten ausscheiden, muß die Kommission den Zusammenschluß nach pflichtgemäßem Widerruf der Genehmigung nachträglich gem. Art. 8 III Fusionskontroll-Verordnung untersagen.

In verfahrensmäßiger Hinsicht folgt aus der Neueröffnung des Hauptverfahrens nach einem bloßen Widerruf der Vereinbarkeitsklärung, daß die Frist des Art. 10 III Fusionskontroll-Verordnung erneut zu laufen beginnt. Sofern die Kommission nicht bereits zugleich mit dem Widerruf den Zusammenschluß untersagt oder in modifizierter Form genehmigt²⁵, hat sie für eine solche Entscheidung vier Monate Zeit von der Widerrufserklärung an. Bleibt sie innerhalb dieser Frist untätig, gilt der Zusammenschluß gem. der Fiktion des Art. 10 VI als ohne Auflagen genehmigt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 8 VI. Die darin ausgesprochene Befreiung der Kommission von der Bindung an die Frist des Art. 10 III bezieht sich nur auf den Ablauf der ursprünglichen viermonatigen Untersagungsfrist, die seinerzeit mit der Eröffnung des Hauptverfahrens zu laufen begann. In der Klarstellung dieser an sich schon notwendig aus der Widerrufskompetenz folgenden Konsequenz erschöpft sich die Bedeutung des Art. 8 VI. Aus der Vorschrift läßt sich aber nicht etwa ableiten, daß in den Fällen des Art. 8 V überhaupt keine zeitliche Schranke für die nachträgliche Untersagung des Zusammenschlusses gelten solle.

Im Schrifttum werden diese Fragen bisher nicht explizit erörtert. Die allgemein gehaltenen Formulierungen zur fehlenden Fristbindung der Kommission bei der nachträglichen Untersagung des Zusammenschlusses²⁶ sind aber wohl dahin zu verstehen, daß die Kommission insoweit überhaupt keiner zeitlichen Beschränkung unterliegen soll²⁷. Für eine solche Interpretation des Art. 8 VI ließe sich das Argument anführen, daß die beteiligten Unternehmen, die einen Widerrufungsgrund für die Vereinbarkeitsentscheidung geliefert haben, nicht mehr schutzwürdig seien und die Wohltat der kurzen Fristen des Art. 10 nicht verdienen. Dagegen spricht jedoch, daß der Widerruf einer Genehmigung durch die Kommission für die beteiligten Unternehmen die gleiche Wirkung wie eine Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung in einem Gerichtsverfahren hat. Für diesen Fall sieht Art. 10 V ausdrücklich vor, daß die Fristen des Art. 10 I, III von neuem beginnen. Diese Vorschrift ist auf die – in der Fusionskontroll-Verordnung hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen nicht geregelte – Beseitigung einer Genehmigung durch die Kommission analog anzuwenden. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und zügigem Abschluß des

Verfahrens, das die ganzen Fristbestimmungen und die sonstige Ausgestaltung des Verfahrens der europäischen Fusionskontrolle durchzieht, verlangt auch im Fall des (isolierten) Widerrufs der Vereinbarkeitsentscheidung Geltung. Die Kommission wird dadurch nicht beeinträchtigt, wenn sie nach erfolgtem Widerruf spätestens innerhalb von vier Monaten über die Untersagung oder modifizierte Genehmigung des Zusammenschlusses entscheiden muß, zumal sie weitgehend frei ist, den Zeitpunkt des Widerrufs und damit den Beginn des erneuten Fristlaufs zu bestimmen. Problematisch ist eher umgekehrt, daß in Art. 8 V für die Ausübung der Widerrufsbefugnis durch die Kommission keine bestimmte Frist festgelegt ist²⁸. Bei einer Novellierung der Fusionskontroll-Verordnung sollte insoweit ausdrücklich eine zeitliche Schranke – z. B. ein Jahr ab Kenntnis der Kommission vom Widerrufungsgrund – eingeführt werden. Zudem könnte in Art. 8 VI klargestellt werden, daß der Widerruf einer Vereinbarkeitsentscheidung nach Abs. 2 nicht zu einer Untersagung des Zusammenschlusses nach Abs. 3 führen muß, sondern daß alternativ eine modifizierte Genehmigung (erstmalig mit Auflagen oder Bedingungen bzw. mit anderen Auflagen oder Bedingungen) in Betracht kommt.

24) Denkbar ist auch, daß ein bisher ohne Einschränkung genehmigter Zusammenschluß nunmehr erstmals unter Auflagen erlaubt wird. Allerdings kann sich in diesem Fall ein Widerrufungsgrund nur aus Art. 8 Abs. 5 lit. a Fusionskontroll-Verordnung ergeben.

25) In diesem Fall wird das – durch den *uno actu* erfolgenden Widerruf für eine logische Sekunde eröffnete – Hauptverfahren sogleich wieder abgeschlossen.

26) Vgl. etwa *Milbert*, ZIP 1995, 699 (706); *Koch* (o. Fußn. 19), nach Art. 86 EWGV Rdnr. 36.

27) So ausdrücklich *Jones/González-Díaz* (o. Fußn. 16), S. 231 („The Commission . . . is not bound by any deadline to take its final decision except . . . by the principle of good and speedy administration . . .“).

28) Mangels einer dem § 48 VwVfG entsprechenden Regelung (Ausschlußfrist für die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte von einem Jahr ab Kenntnis des Rücknahmegrundes) kann man allenfalls in Anlehnung an allgemeine Rechtsgrundsätze zu einer Verwirkung der Widerrufsbefugnis kommen, wenn infolge Zeitablaufs und sonstiger Umstände, die ein Vertrauen der beteiligten Unternehmen auf den Bestand des Zusammenschlusses rechtfertigen, ein Widerruf als unzumutbar erscheint. Die Kommission ist aber de lege lata nicht zur unverzüglichen Entscheidung über den Widerruf nach Kenntnis vom Widerrufungsgrund verpflichtet.

Konkurrentenklagen in der europäischen Fusionskontrolle

Von Rechtsreferendar Torsten Körber, LL.M., Berlin

Mit dem Inkrafttreten der europäischen Fusionskontroll-Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 am 21. 9. 1990 hat die Frage nach der Zulässigkeit von Konkurrentenklagen in der Fusionskontrolle neue Aktualität gewonnen. Der folgende Beitrag setzt sich vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH auf anderen Gebieten des Gemeinschaftsrechts und unter Berücksichtigung aktueller Entscheidungen des EuG mit dieser Problematik auseinander.

I. Rechtsgrundlagen

Die Fusionskontroll-Verordnung¹ enthält keine Normen, aus denen zusammenschlußbeteiligte Wettbewerber unmittelbar ein Klagerecht ableiten könnten. Doch weist

1) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen v. 21. 12. 1989, ABIEG Nr. L 257, S. 13 i. d. F. v. 1. 1. 1995 ABIEG Nr. L 1, S. 1.

Art. 21 I Fusionskontroll-Verordnung auf die Möglichkeit der Nachprüfung von Kommissionsentscheidungen durch den *Gerichtshof* hin. Verfahrensrechtliche Anknüpfungspunkte für Konkurrentenklagen in der europäischen Fusionskontrolle sind daher Art. 173 IV EGV (Nichtigkeitsklage) und Art. 175 III EGV (Untätigkeitsklage). Zuständig für Klagen natürlicher oder juristischer Personen gegen Entscheidungen der Kommission ist in erster Instanz das *EuG*².

II. Nichtigkeitsklage nach Art. 173 IV EGV

Drittbetroffene sind nach dem Wortlaut des Art. 173 IV EGV nur dann zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage befugt, wenn sie durch die angegriffene Entscheidung der Kommission unmittelbar und individuell betroffen werden. Mit Blick auf Erklärungen der Kommission nach der Fusionskontroll-Verordnung können vier Elemente dieses Tatbestandes problematisch sein: die Entscheidungsqualität der Kommissionserklärungen (1), die Betroffenheit von Konkurrenten durch diese Erklärungen (2), die Unmittelbarkeit dieser Betroffenheit (3) und schließlich die hinreichende Individualisierung der Kläger (4).

1. Entscheidungsqualität der Kommissionserklärungen

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist eine „Entscheidung“ i. S. des Art. 173 IV EGV jeder Akt eines Gemeinschaftsorgans, der dazu bestimmt ist, verbindliche Rechtswirkungen im Einzelfall zu erzeugen³ oder der zumindest tatsächlich solche Rechtswirkungen erzeugt⁴. Dafür muß der Akt grundsätzlich eine das Verfahren abschließende, endgültige Maßnahme sein⁵. Eine Anfechtung von Verfahrenshandlungen und Zwischenentscheidungen der Kommission kommt nur in Betracht, wenn diese in bezug auf den Kläger ein gesondertes Verfahren endgültig abschließen, nicht dagegen, wenn sie nur dem Zweck dienen, eine endgültige Entscheidung vorzubereiten⁶. Die äußere Form des Aktes ist nach dieser funktionalen Betrachtungsweise gleichgültig. Ist ein Akt als Entscheidung formuliert, so kann dies zwar unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als Indiz für die Angreifbarkeit nach Art. 173 IV EGV herangezogen werden⁷. Doch ist eine Umkehrung dieses Grundsatzes nicht möglich. Formfehler dürfen nicht zu Lasten des Adressaten gehen⁸.

a) *Kommissionserklärungen nach Art. 6 und 8 Fusionskontroll-Verordnung*. Während die meisten Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes mit einer formlosen Verfahrenseinstellung enden⁹, wird nach der Fusionskontroll-Verordnung grundsätzlich jedes durch eine Anmeldung nach Art. 4 I Fusionskontroll-Verordnung eingeleitete Verfahren durch eine förmliche, ausdrücklich als „Entscheidung“ bezeichnete Erklärung der Kommission nach Art. 6 oder 8 Fusionskontroll-Verordnung abgeschlossen. Gibt die Kommission innerhalb der Fristen des Art. 10 I Fusionskontroll-Verordnung keine solche Erklärung ab, wird gem. Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt fingiert. Daraus wird in der Literatur ganz überwiegend ohne weiteres geschlossen, daß alle Erklärungen der Kommission nach Art. 6 ff. Fusionskontroll-Verordnung – mit Ausnahme der lediglich vorbereitenden Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nach Art. 6 I lit. c, aber einschließlich der Fiktionen des Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung – mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 173 IV EGV angreifbar seien¹⁰. Das *EuG* hat diese Ansicht hinsichtlich der Entscheidungen nach Art. 6 und 8 Fusionskontroll-Verordnung ausdrücklich bestätigt¹¹.

b) *Fiktionen nach Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung*. Für die Vereinbarkeitsfiktionen nach Art. 10 VI Fusions-

kontroll-Verordnung kann hinsichtlich der Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage nichts anderes gelten, als für die Erklärungen nach Art. 6 und 8 Fusionskontroll-Verordnung, an deren Stelle sie treten. Sie schließen ebenso wie die Entscheidungen nach Art. 6 I lit. b und 8 II das Kommissionsverfahren endgültig und rechtsverbindlich ab. Im Gegensatz zum Ablauf der Fristen der §§ 24, 24a GWB kommt dem Ablauf der Fristen des Art. 10 I Fusionskontroll-Verordnung auch keine die Gerichte bindende Legalisierungswirkung zu¹². Nach Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung wird nicht die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ex lege, sondern nur die *Erklärung* der Vereinbarkeit durch die Kommission fingiert. Die Funktionen nach Art. 10 VI unterliegen mithin ebenso der gerichtlichen Überprüfung wie ausdrückliche Kommissionserklärungen nach Art. 6 oder 8 Fusionskontroll-Verordnung. Hat eine Nichtigkeitsklage Erfolg, hebt das *EuG* die fingierte Vereinbarkeitsklärung auf, und die Kommission kann nach Art. 10 V Fusionskontroll-Verordnung erneut in die Prüfung des Zusammenschlusses eintreten.

c) *Erklärungen außerhalb des förmlichen Verfahrens*. Wird ein Fusionskontrollverfahren nach der Fusionskontroll-Verordnung eingeleitet, ist nach dem oben gesagten eine lückenlose Nachprüfbarkeit der Kommissionstätigkeit im Wege der Nichtigkeitsklage gewährleistet. Eine Rechtsschutzlücke besteht allerdings dann, wenn die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach Art. 4 I Fusionskontroll-Verordnung im Einverständnis mit der Kommission unterbleibt. Dieser Fall kann eintreten, wenn die Kommission bereits im Rahmen informeller Vorgespräche¹³ mit den Zusammenschlußbeteiligten zu dem Schluß kommt, daß der Zusammenschluß keine gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. von Art. 1 und 5 Fusionskontroll-Verordnung habe und daher nicht gem. Art. 4 I Fusionskontroll-Verordnung anmeldepflichtig sei.

Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung des *EuG* im Fall *Air France/Kommission I* zugrunde¹⁴. Nach Abschluß der informellen Vorgespräche hatte der für Wettbewerb zuständige Kommissar in einer Presseerklärung die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses *British Airways/Dan Air* negiert und damit die Kommission für unzuständig erklärt¹⁵. Die *Air France* griff diese Erklärung mit einer Nichtigkeitsklage an. Die Kommission hielt die Klage

2) Ratsbeschuß 88/519 v. 24. 10. 1988 in Form des Ratsbeschlusses 93/950 v. 8. 6. 1993, ABIEG Nr. L 144, S. 21.

3) *EuGH*, Slg. 1981, 2639 Tz. 9 – IBM.

4) *EuGH*, Slg. 1982, 3463 (3272) – Aluisse.

5) *EuGH*, Slg. 1981, 2639 Tz. 10 ff. – IBM.

6) *EuGH*, Slg. 1981, 2639 Tz. 11 – IBM.

7) Vgl. *EuGH*, Slg. 1987, 4487 = NJW 1988, 3083 12 – BAT u. Reynolds.

8) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 4265 Leitsatz 1 – Infotec.

9) Vgl. Presseinformation 6/93 des BKartA v. 3. 8. 1993, abgedr. in WuW 1993, 738.

10) Vgl. *Schröter*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EWGV 4. Aufl., Art. 87 – Zweiter Teil Rdnr. 282; *Heidenhain*, EuZW 1991, 590 (593 f.); *ders.*, EuZW 1994, 540 (541); *Niemeyer*, Die Europäische Fusionskontrollverordnung, 1991, S. 21, 26; a. A. *Koch*, in: *Grabitz*, EWGV, nach Art. 86 Rdnrn. 35 f.

11) Zu Art. 6 I lit. a Fusionskontroll-Verordnung vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 51 a. E. – *Air France I*; zu Art. 6 I lit. b Fusionskontroll-Verordnung vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 323 = EuZW 1994, 534 (536) – *Air France II*; zu Art. 8 II Fusionskontroll-Verordnung vgl. *EuG*, EuZW 1995, 677 (678) – *Société Anonyme Vittel*.

12) Vgl. für das deutsche Recht *BGH*, NJW 1979, 2563 = WuW/E BGH 1556 – *Weichschaum III* (zu § 24 II GWB); *BGH*, NJW 1987, 2868 = WuW/E BGH 2389 (2392) – *Coop Schleswig-Holstein/Deutscher Supermarkt* (zu § 24 a II GWB).

13) Vgl. dazu Erwägungsgrund 8 zur Verordnung (EG) Nr. 3384/94 v. 21. 12. 1994, ABIEG Nr. L 377, S. 1 (Verfahrens-Verordnung).

14) *EuG*, Slg. II 1994, 121 – *Air France I*.

15) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 8 – *Air France I*.

für unzulässig. Sie meinte, eine außerhalb des förmlichen Fusionskontrollverfahrens an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung könne keine Entscheidung i. S. von Art. 173 IV EGV sein¹⁶. Das *EuG* wies diese Ansicht zurück und betonte, nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* sei nicht die Form einer Erklärung, sondern allein deren Rechtsverbindlichkeit entscheidend für die Angreifbarkeit nach Art. 173 IV EGV. Im vorliegenden Falle komme der Presseerklärung dieselbe rechtliche Wirkung zu wie einer Erklärung nach Art. 6 I lit. a Fusionskontroll-Verordnung. Sie stelle wie diese rechtlich bindend die Unzuständigkeit der Kommission und damit die Zuständigkeit der nationalen Kartellbehörden fest und befreie die Zusammenschlußbeteiligten von Anmeldepflicht und Vollzugsverbot nach Art. 4 und 7 Fusionskontroll-Verordnung¹⁷. Die Presseerklärung sei daher ebenso wie eine Erklärung der Kommission nach Art. 6 I lit. a Fusionskontroll-Verordnung mit der Nichtigkeitsklage angreifbar¹⁸.

2. Betroffenheit von Konkurrenten

Grundvoraussetzung für die Klagebefugnis nach Art. 173 IV EGV ist ein Rechtsschutzinteresse des Klägers, das nach allgemeiner Ansicht nur dann gegeben ist, wenn eine über die bloße Interessenberührung hinausgehende negative Betroffenheit i. S. einer Interessenbeeinträchtigung durch die Entscheidung der Kommission vorliegt¹⁹. Mit Blick auf das deutsche Recht könnte man bei Konkurrentenklagen bereits am Vorliegen dieser Voraussetzung zweifeln. Die deutsche Praxis setzt für eine Beschwerdebefugnis nach § 62 III GWV einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Vornahme des begehrten Aktes voraus²⁰. Eine Klage nach § 35 GWB wird nur dann zugelassen, wenn der Kläger die Verletzung einer drittschützenden Norm geltend macht²¹. Beide Regelungen stellen also auf eine Verletzung der Rechte (und nicht nur der wirtschaftlichen Interessen) des Klägers ab. Aus dem EG-Vertrag wird demgegenüber nicht deutlich, in welcher Weise ein Kläger betroffen sein muß, um nach Art. 173 IV EGV klagebefugt zu sein.

Von Teilen der Literatur wird versucht, die Klagebefugnisanforderungen des Art. 173 IV EGV mit denjenigen des § 62 III GWB zu parallelisieren. So vertritt namentlich *N. Koch* die Ansicht, Konkurrenten könnten durch Entscheidung der Kommission nicht (jedenfalls nicht unmittelbar) i. S. von Art. 173 IV EGV betroffen werden, da die Fusionskontroll-Verordnung unmittelbar nur dem Schutz der Wettbewerbsstruktur der Märkte, nicht aber dem Schutz der Freiheitsrechte der Konkurrenten diene²². Diese Formulierung entspricht fast wörtlich der Argumentation, mit der das *KG* 1976 die drittschützende Wirkung der §§ 23 ff. GWB und damit die Beschwerdebefugnis von Wettbewerbern nach § 62 III GWB negierte²³.

Die Rechtsprechung des *EuGH* ist in ihrer Wortwahl nicht immer eindeutig. So spricht der *Gerichtshof* bisweilen davon, die Entscheidung müsse den Kläger „durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen“²⁴. Der *Gerichtshof* hat aber schon 1960 in einer zu Art. 33 II EGKSV ergangenen Entscheidung das Vorbringen zurückgewiesen, die erhobene Klage sei mangels rechtlicher Betroffenheit des Klägers unzulässig. Vielmehr hat er insoweit eine Auswirkung der Entscheidung auf die Wettbewerbsverhältnisse für ausreichend erachtet²⁵, die, wie er später betonte, auch in der Einräumung von Vorteilen an einen Wettbewerber liegen könne²⁶. Der *EuGH* hat diese Lesart in Entscheidungen zum EWG-Vertrag wiederholt bestätigt²⁷, und auch das *EuG* hat in seinen beiden *Air France*-Entscheidungen das Betroffenheitskriterium unter Hinweis auf die wirtschaftliche Betroffenheit der im Wettbewerb mit den Zusammenschlußbeteiligten stehenden Klägerin bejaht²⁸. Eine rechtli-

che Betroffenheit des Klägers ist mithin im Gegensatz zum deutschen Recht keine zwingende Voraussetzung für die Klagebefugnis nach Art. 173 IV EGV²⁹.

3. Unmittelbarkeit der Betroffenheit

Unmittelbar betroffen ist ein Dritter nur dann, wenn er durch die angefochtene Entscheidung selbst betroffen ist, also die Beeinträchtigung eigener Rechte oder Interessen geltend macht³⁰. Es ist umstritten, ob dem Unmittelbarkeitskriterium bei einzelnen gerichteten Entscheidungen darüber hinaus überhaupt eine einschränkende Bedeutung zukommt. Überwiegend wird es als bloßer Ausdruck der föderalen Struktur der Gemeinschaft angesehen³¹. Nicht unmittelbar betroffen ist ein Dritter danach nur durch Gemeinschaftsakte, die einer vermittelnden Umsetzung durch einen nationalen Hoheitsträger bedürfen³². Teilweise wird etwas weitergehend formuliert, es sei ausreichend, wenn der angegriffene Akt selbst die behördlicherseits abschließende Regelung enthalte³³. Noch weiter geht eine Ansicht, die dem vermittelnden behördlichen Ausführungshandeln das vermittelnde Ausführungshandeln des privaten Adressaten der Entscheidung gleichstellt. So betont etwa *Daig*, ein Dritter werde durch eine an einen Wettbewerber gerichtete Entscheidung nur dann unmittelbar betroffen, wenn sich mit hoher Wahrscheinlichkeit voraussehen ließe, daß der Adressat diese umsetzen und daß diese Umsetzung die Interessen des Dritten beeinträchtigen werde³⁴. Habe der Adressat die Entscheidung selbst beantragt, so sei allerdings in der Regel davon auszugehen, daß er auch davon Gebrauch machen werde³⁵. Die extremste Position vertritt *N. Koch*, der den Wettbewerb selbst als vermittelnden Dritten zwischen die Entscheidung der Kommission und die zusammenschlußunbeteiligten Wettbewerber stellt und damit im Ergebnis im Anwendungsbereich der Fusionskontroll-Verordnung jede

16) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 55 – *Air France I*.

17) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 44 ff. – *Air France I*.

18) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 51 – *Air France I*.

19) Vgl. nur Generalanwalt *Roemer*, in: *EuGH*, Slg. 1969, 485 (492) – *Eridania*; *K. Koch*, die Klagebefugnis Privater im Kartellverwaltungsrecht, 1980, S. 237; *EuG*, *EuZW* 1993, 103 (104) – *NBV u. NVB*.

20) *BGH*, *NJW* 1969, 748 = *WuW/E BGH* 995 (996) – *Taxiflug*; *BGH*, *NJW* 1979, 2563 = 1556 (1557) – *Weichschaum III*.

21) *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2. Aufl., § 35 Rdnrn. 18 ff.

22) *Koch* (o. Fußn. 10), nach Art. 86 Rdnr. 54; ähnlich *Miersch*, *Komm. z. EWG-Verordnung* Nr. 4064/89, 1991, S. 164, 170, der mit diesem Argument die individuelle Betroffenheit der Wettbewerber verneint.

23) Vgl. *KG*, *WuW/E OLG* 1637 – *Weichschaum I*; *KG*, *WuW/E OLG* 1758 – *Weichschaum II*.

24) *Z. B. EuGH*, Slg. 1981, 2639 Tz. 9 – *IBM*.

25) *EuGH*, Slg. 1960, 591 (615) – *Sidérurgie de l'Est/Hohe Behörde*; vgl. auch *EuGH*, Slg. 1961, 3 (39) – *De gezamenlijke Steenkolenmijnen*.

26) *EuGH*, Slg. 1988, 3761 Tz. 7 – *Dillinger Hüttenwerke*.

27) Vgl. etwa *EuGH*, Slg. 1962, 961 (980) – *Confédération Nationale*. In dieser Entscheidung wird nicht die Betroffenheit der Wettbewerber durch eine Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse in Frage gestellt, sondern nur eine hinreichende Individualisierung durch eine solche Interessenbeeinträchtigung verneint; ebenso *EuGH*, Slg. 1969, 459 (482) = *NJW* 1970, 1520 L – *Eridania*; besonders deutlich *EuGH*, Slg. 1986, 391 Tz. 28 – *Cofaz*.

28) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 80 ff. – *Air France I*; *EuG*, Slg. II 1994, 323 = *EuZW* 1994, 534 Tz. 45 – *Air France II*.

29) *Ganz h. M.*, z. B. *EuG*, *WuW* 1994, 32 – *Zumis Holding*; Generalanwalt *Roemer*, in: *EuGH*, Slg. 1969, 485 (491 f.) – *Eridania*; *Daig*, *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 1985, S. 96 f.; *Deimel*, *Rechtsgrundlagen einer europäischen Zusammenschlußkontrolle*, 1992, S. 127.

30) *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 49 – *Société Anonyme Vittel*.

31) Vgl. *Sedemund/Heinemann*, *DB* 1995, 713; Generalanwalt *Roemer*, in: *EuGH*, Slg. 1963, 243 (254) – *Plaumann*; *Löw*, *Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegenüber Subventionen*, 1992, S. 160 f. m. w. Nachw.

32) Generalanwalt *Roemer*, in: *EuGH*, Slg. 1969, 485 (493 f.) – *Eridania*; Generalanwalt *Jacobs*, in: *EuGH*, Slg. I 1991, 2507 (2509) – *Extramet Industrie*; *Löw* (o. Fußn. 31), S. 160 f. m. w. Nachw.

33) *Deimel* (o. Fußn. 29), S. 127.

34) *Daig* (o. Fußn. 29), S. 101 ff.

35) *Daig* (o. Fußn. 29), S. 105.

durch einen Nichtadressaten angestrebte Nichtigkeitsklage am Unmittelbarkeitskriterium scheitern läßt³⁶. Diese Auffassung, die auf der fehlgehenden Ansicht beruht, Art. 173 IV EGV lasse (ähnlich wie § 62 III GWB) nur Klagen von Personen zu, die unmittelbar in ihren subjektiven Rechten betroffen sind, wurde bereits zurückgewiesen. Nach allen anderen Ansichten sind Wettbewerber stets unmittelbar durch eine Entscheidung der Kommission nach Art. 6, 8 oder 10 Fusionskontroll-Verordnung betroffen. Das *EuG* hat sich in seiner ersten *Air France*-Entscheidung dieser Auffassung angeschlossen und es für ausreichend erachtet, „daß die angefochtene Entscheidung, da sie rechtlich und tatsächlich die sofortige Durchführung des Zusammenschlusses gestattet, die Lage auf dem oder den betroffenen Märkten unmittelbar ändert, die dann nur noch vom alleinigen Willen der Parteien abhängt“³⁷.

Darüber hinaus bejahte das *EuG* für den vorliegenden Fall, in dem kein förmliches Verfahren durchgeführt worden war, auch einen unmittelbaren Eingriff in die Verfahrensrechte der Klägerin, insbesondere in deren Anhörungsrecht nach Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung:

„Die Feststellung der Kommission . . . nimmt nämlich Dritten die Verfahrensrechte aus Art. 18 IV der Verordnung, die ihnen zuständen, wenn ein Zusammenschluß von ‚gemeinschaftswweiter Bedeutung‘ bei der Kommission angemeldet worden wäre. Da die angefochtene Entscheidung unmittelbare Rechtswirkungen zugleich auf dem oder den von dem beabsichtigten Zusammenschluß betroffenen Märkten und auf die Verfahrensrechte von Dritten zeitigte, berührt sie die Stellung von Mitbewerbern auf dem oder den Luftverkehrsmärkten unmittelbar.“³⁸

Im zweiten *Air France*-Fall bestritt die Kommission nicht mehr, daß die Klägerin ihre unmittelbare Betroffenheit durch eine Entscheidung nach Art. 6 I lit. b Fusionskontroll-Verordnung aus ihrer Eigenschaft als Konkurrentin der zusammengeschlossenen Unternehmen ableiten könne³⁹.

4. Individualisierung des Klägers

Das entscheidende Kriterium für die Feststellung der Klagebefugnis von Konkurrenten und anderen Dritten nach Art. 173 IV EGV ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* die Frage ihrer hinreichenden Individualisierung. Den in ständiger Rechtsprechung wiederholten Ausgangspunkt für die Definition dieses Kriteriums setzte der *EuGH* schon 1963 in seiner *Plaumann*-Entscheidung:

„Wer nicht selbst Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten.“⁴⁰

Für den verhandelten Fall, dem die Klage eines deutschen Importeurs gegen die Ablehnung der Herabsetzung von Einfuhrzöllen durch die Kommission zugrunde lag, lehnte der *Gerichtshof* diese Individualisierung ab, da der Importeur durch diese Entscheidung nur in seiner kaufmännischen Tätigkeit, „die jederzeit durch jedermann ausgeübt werden kann“, betroffen sei⁴¹. Wann „besondere Umstände“ vorliegen, die einen Kläger hinreichend individualisieren, ließ der *EuGH* offen.

a) *Individualisierung durch Verfahrensbeteiligung*. In einer ganzen Reihe von späteren Entscheidungen erkannte der *EuGH* an, daß eine hinreichende Individualisierung des Klägers jedenfalls durch seine Beteiligung am Behördenverfahren eintreten könne. Diese Rechtsprechung setzte im Jahre 1977 mit der ersten *Metro*-Entscheidung ein⁴². Die *Metro* hatte bei der Kommission gem. Art. 3 II lit. b

der Verordnung Nr. 17⁴³ beantragt, einen Verstoß gegen Art. 85 und 86 EWGV durch ein selektives Betriebssystem festzustellen, das sie von der Belieferung mit SABA-Fernsehgeräten ausschloß. Die Kommission hatte diesen Antrag abgelehnt und ein Negativattest für das Betriebssystem erteilt⁴⁴. Der *Gerichtshof* bejahte die individuelle Betroffenheit der *Metro* mit Blick auf ihre Verfahrensbeteiligung. Es liege im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes, antragberechtigten Dritten, die durch eine völlige oder teilweise Ablehnung ihres Antrages materiell betroffen würden, eine Klagemöglichkeit zum Schutz ihrer berechtigten Interessen zu gewähren⁴⁵.

In der *Timex*-Entscheidung aus dem Jahre 1985 erweiterte der *EuGH* diese Rechtsprechung. Anders als im ersten *Metro*-Fall war das Verfahren, das zum Erlaß der angegriffenen Antidumpingverordnung geführt hatte, nicht durch einen Antrag der *Timex* eingeleitet worden. Doch war die *Timex* einerseits wirtschaftlich besonders intensiv betroffen, andererseits war das Verfahren maßgeblich durch ihre Stellungnahmen bestimmt worden. Der *EuGH* ließ dies für eine Individualisierung der *Timex* ausreichen⁴⁶.

In der *Cofaz*-Entscheidung aus dem Jahre 1986 faßte der *Gerichtshof* seine bisherige Rechtsprechung in der Feststellung zusammen, Dritte müßten immer dann eine Klagemöglichkeit nach Art. 173 IV EGV haben, wenn sie entweder ein Recht darauf hätten, bei der Kommission die Abstellung des angegriffenen Verhaltens zu beantragen oder wenn sie unter Inanspruchnahme anderer Verfahrensgarantien eine wesentliche Rolle im Verwaltungsverfahren gespielt hätten und durch die Entscheidung spürbar in ihrer Marktstellung betroffen würden⁴⁷.

aa) *Anhörung nach Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung*. Verfahrensgarantien i. S. der *Cofaz*-Entscheidung sind in Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung vorgesehen. Nach dieser Norm muß die Kommission natürliche oder juristische Personen, die ein hinreichendes Interesse darlegen, auf deren Antrag hin anhören. Art. 11 lit. c Verfahrens-Verordnung (EG) Nr. 3384/94 zählt die Wettbewerber ausdrücklich zu den Personen, die einen Anhörungsantrag nach dieser Norm stellen können⁴⁸. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind Wettbewerber mithin jedenfalls dann als durch eine Entscheidung der Kommission nach Art. 6 ff. FKVO individualisiert anzusehen, wenn sie antragsgemäß nach Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung angehört worden sind⁴⁹.

36) *Koch* (o. Fußn. 10), nach Art. 86 Rdnr. 54.

37) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 80 – *Air France* I.

38) *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 80 f. – *Air France* I.

39) *EuG*, Slg. II 1994, 323 = *EuZW* 1994, 534 Tz. 41 – *Air France* II.

40) *EuGH*, Slg. 1963, 211 (238) – *Plaumann*.

41) *EuGH*, Slg. 1963, 211 (238 f.) – *Plaumann*.

42) *EuGH* Slg. 1977, 1875 – *Metro* I.

43) Verordnung (ABIEG Nr. 17/62 v. 6. 2. 1962 i. d. F. des Beschlusses v. 1. 1. 1995, ABIEG Nr. L 1, S. 1 (Kartell-Verordnung).

44) *EuGH*, Slg. 1977, 1875 – *Metro* I.

45) *EuGH*, Slg. 1977, 1875 Tz. 13 – *Metro* I; ebenso *EuGH*, Slg. 1983, 2913 = *NJW* 1984, 2026 Tz. 25 – *FEDIOL*; *EuGH*, Slg. 1983, 3045 = *NJW* 1984, 554 Tz. 12 ff. – *Demo-Studio Schmidt*; *EuGH*, Slg. 1985, 1105 Tz. 17 ff. – *CICCE*.

46) *EuGH*, Slg. 1985, 849 = *NJW* 1985, 2088 Tz. 6 – *Timex*; vgl. auch *EuGH*, Slg. 1986, 391 – *Cofaz*; *EuGH*, Slg. 1986, 3021 = *NJW* 1988, 1444 – *Metro* II.

47) *EuGH*, Slg. 1986, 391 (Leitsätze 1 u. 2) – *Cofaz*.

48) Vgl. o. Fußn. 13.

49) Ganz h. M., z. B. auch *Heidenhain*, *EuZW* 1991, 590 (594); *Kirchhoff*, *BB* 1990, Beil. 14, S. 15; *Immenga*, *WuW* 1990, 371 (380); *ders.*, *Die Europäische Fusionskontrolle im wettbewerbspolitischen Kräftefeld*, 1993, S. 39; *Deimel* (o. Fußn. 29), S. 130; *Kruz*, *Das Verhältnis der EG-Fusionskontroll-Verordnung zu Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages*, 1993, S. 163; *Axster*, in: *Festschr. f. Quack*, 1991, S. 569, 588; *Karl*, in: *Veelken*, *Die europäische Fusionskontrolle*, 1992, S. 37, 79; *Sedemund/Heinemann*, *DB* 1995, 713 (715) m. w. Nachw.

Auf die Prüfung eines zusätzlichen materiellen Betroffenheitskriterium im Sinne einer spürbaren Beeinträchtigung der Marktstellung der Kläger kann in diesem Fall für die Zulässigkeitsprüfung verzichtet werden. Der *EuGH* hat die Prüfung eines solchen Kriterium in der Rechtssache *Cofaz* ausdrücklich nur für den Fall gefordert, daß die Verfahrensnorm selbst – im Fall *Cofaz* war das Art. 93 II EGV – keine besonderen Voraussetzungen für die Drittbeteiligung aufstellt⁵⁰. Art. 18 IV 2 verlangt demgegenüber ein „hinreichendes Interesse“ des Antragstellers, das sich bei Wettbewerbern regelmäßig aus deren unmittelbarer und spürbarer Betroffenheit in der Wettbewerbsstellung ergibt und das die Kommission inzidenter bejaht, wenn sie dem Anhörungsantrag stattgibt. Dies reicht regelmäßig aus, um eine für die Zulässigkeit der Klage hinreichende Vermutung der individuellen Betroffenheit des Klägers zu begründen⁵¹.

bb) *Verfahrensbeteiligung in sonstiger Weise*. Hat sich ein Dritter anders als durch antragsgemäße Anhörung nach Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung am Verwaltungsverfahren beteiligt, so muß das Gericht nach der *Cofaz*-Entscheidung über seine Verfahrensbeteiligung hinaus grundsätzlich auch das Vorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung seiner Marktstellung prüfen⁵², da es in diesem Fall an einer Entscheidung der Kommission über das Anhörungsrecht fehlt, die die Vermutung der materiellen Betroffenheit begründen könnte⁵³. Im Falle einer Konkurrentenklage gegen einen Unternehmenszusammenschluß dürfte diese materielle Voraussetzung jedoch in aller Regel vorliegen. Das Kriterium der „spürbaren Beeinträchtigung der Marktstellung“ verlangt, anders als man auf den ersten Blick meinen könnte, keine besondere Intensität der Betroffenheit, sondern dient lediglich dazu, Fälle entfernter und absolut geringfügiger Betroffenheit auszuschließen⁵⁴. Dies wird schon aus der *Cofaz*-Entscheidung selbst deutlich, in der es der *Gerichtshof* ausdrücklich ablehnte, schon im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung endgültig zum Wettbewerbsverhältnis zwischen den Klägerinnen und den von der Kommissionsentscheidung begünstigten Unternehmen Stellung zu nehmen. Es reiche aus, daß die Klägerinnen stichhaltig dargelegt hätten, „aus welchen Gründen die Entscheidung der Kommission möglicherweise – im wesentlichen durch die Auswirkung auf die Stellung der Klägerinnen auf dem betreffenden Markt – ihre berechtigten Interessen verletzt.“⁵⁵

Das *EuG* hat sich diese Position in seiner zweiten *Air France*-Entscheidung zu eigen gemacht und entschieden, daß auch ein Wettbewerber, der sich lediglich auf eine mit der Veröffentlichung der Zusammenschlußanmeldung nach Art. 4 III Fusionskontroll-Verordnung verbundene Aufforderung der Kommission hin geäußert hat, jedenfalls dann individuell von einer Entscheidung nach Art. 6 I lit. b Fusionskontroll-Verordnung betroffen wird, wenn die Kommission die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten auch und vor allem unter Berücksichtigung seiner Marktposition beurteilt hat⁵⁶.

b) *Individualisierung ohne Verfahrensbeteiligung*. Nach dieser Rechtsprechung bleibt offen, ob ein Kläger auch dann hinreichend individualisiert sein kann, wenn er überhaupt nicht am Fusionskontrollverfahren beteiligt war, weil er es versäumte, seine Anhörung zu beantragen, weil die Kommission auf eine Anmeldung hin untätig blieb und ihre Entscheidung daher nach Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung fingiert wurde oder weil in Ermangelung einer Anmeldung überhaupt kein Verfahren nach Art. 6 ff. Fusionskontroll-Verordnung durchgeführt werden konnte. Es liegt nahe, aus der Rechtsprechung des *EuGH* und des *EuG* seit *Metro I* den Schluß zu ziehen, ein Dritter, dessen Anhörungsrecht völlig negiert wurde, müsse erst recht klagebefugt sein.

Grundlage für die Individualisierung nicht verfahrensbeteiligter Kläger könnte nur ihre wirtschaftliche Betroffenheit sein, die nach der Rechtsprechung des *EuG* im ersten *Air France*-Fall zugleich zu einer (verfahrens)rechtlichen Betroffenheit führt, wenn sich aus ihr ein hinreichendes Anhörungsinteresse i. S. von Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung ableiten läßt⁵⁷. Die frühere Rechtsprechung des *EuGH* stand einer solchen Ableitung der Individualisierung allein aus der Wettbewerbereigenschaft des Klägers ablehnend gegenüber, 1969 stellt der *EuGH* in der *Eridania*-Entscheidung anlässlich zweier Klagen gegen die Gewährung von Beihilfen an Wettbewerber durch die Kommission fest:

„Die Tatsache allein, daß eine Maßnahme geeignet ist, die auf dem betroffenen Markt bestehenden Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen, rechtfertigt es indessen noch nicht, jeden Marktbeteiligten, der in irgendeiner Wettbewerbsbeziehung zum Adressaten der Maßnahme steht, als durch diese unmittelbar und individuell betroffen anzusehen. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann der einzelne, der geltend macht, die Maßnahme wirke sich auf seine Marktstellung aus, nach Art. 173 Klage erheben“⁵⁸.

Allerdings war schon in der oben beschriebenen Rechtsprechung des *EuGH* von *Metro I* bis *Cofaz* eine Tendenz zu erkennen, die individuelle Betroffenheit jedenfalls auch auf die wirtschaftliche Interessenberührung der Kläger zu stützen⁵⁹. 1991 leitete der *EuGH* in seiner *Extramet* Industrie-Entscheidung die hinreichende Individualisierung der Klägerin i. S. von Art. 173 IV EGV erstmals allein aus deren wirtschaftlicher Betroffenheit ab.

Die *Extramet* Industrie war die größte unabhängige Importeurin von Kalzium-Metall in der Gemeinschaft. Sie klagte gegen eine Verordnung, durch die Kalzium-Importeure aus der VR China und der damaligen UdSSR mit Antidumpingzöllen belegt wurden. Auf die Klägerin entfielen etwa 50% der Kalzium-Importeure aus diesen Staaten. Die Verordnung war auf Betreiben des einzigen Kalzium-Herstellers in der Gemeinschaft (*Péchiney*) erlassen worden. *Péchiney* war zugleich ein Konkurrent der Klägerin auf dem Kalzium-Endproduktmarkt⁶⁰. Der *EuGH* bejahte die individuelle Betroffenheit der Klägerin, obwohl sich diese nicht unter Inanspruchnahme normierter Antrags- oder Anhörungsrechte am Verfahren beteiligt hatte, und führte dazu aus:

„Die Klägerin hat . . . das Vorliegen einer Reihe von Umständen nachgewiesen, die eine derartige besondere, sie im Hinblick auf die fragliche Maßnahme aus dem Kreis aller übrigen Wirtschaftsteilnehmer heraushebende Situation begründen. Sie ist nämlich der größte Importeur des Erzeug-

50) *EuGH*, Slg. 1986, 391 (Leitsatz 2) – *Cofaz*.

51) Vgl. *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 47 – *Société Anonyme Vittel*.

52) *Abw. EuGH*, Slg. 1988, 219 Tz. 21 ff. – *Van der Kooy*, wo der *EuGH* einer Vereinigung, die offensichtlich nicht selbst materiell betroffen war, allein aufgrund ihrer besonders hervorgehobenen Verfahrensrolle eine Klagebefugnis zusprach, allerdings unter ausdrücklicher Verneinung ihrer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit und nur in analoger Anwendung des Art. 173 EGV.

53) Differenzierend *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 59 – *Société Anonyme Vittel* u. *EuG*, *WuW* 1995, 825 (828) – *Société Générale des Grandes Sources*: Das *EuG* bejahte die Klagebefugnis von Arbeitnehmervertretern trotz fehlender materieller Betroffenheit, beschränkte die Begründetheitsprüfung für diesen Fall aber auf die Prüfung der Verletzung ihrer Verfahrensrechte.

54) Dieses Kriterium findet seine Entsprechung im deutschen Recht in dem Erfordernis der „erheblichen Interessenberührung“, die § 51 I Nr. 4 GWB für eine Beiladung voraussetzt. Vgl. dazu die *Rspr.* des *KG*, z. B. *KG*, *WuW/OLGE* 392 (393) – *Exportförderung*; *KG*, *WuW/OLGE* 2356 (2357) – *Sonntag Aktuell I*; *KG WuW/OLGE* 3211 – *WZ-WAZ*.

55) *EuGH*, Slg. 1986, 391, Tz. 28 – *Cofaz*.

56) *EuG*, Slg. II 1994, 323 = *EuZW* 1994, 534 Tz. 44 f. – *Air France II*.

57) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 121 Tz. 80 f. – *Air France I*.

58) *EuGH*, Slg. 1969, 459 Tz. 7/8 – *Eridania*.

59) Vgl. Rechtsprechungs-nachw. o. Fußn. 42 ff.

60) *EuGH*, Slg. I 1991, 2501 – *Extramet Industrie*.

nisses, das Gegenstand der Antidumpingmaßnahme ist, und zugleich Endverbraucher dieses Erzeugnisses. Außerdem hängen ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten sehr weitgehend von diesen Einfuhren ab und sind von der streitigen Verordnung schwer getroffen, da nur wenige Produzenten das fragliche Erzeugnis herstellen und die Klägerin Schwierigkeiten hat, es sich beim einzigen Hersteller der Gemeinschaft zu beschaffen, der zudem noch ihr Hauptwettbewerber für das Verarbeitungszeugnis ist“⁶¹.

Interpretiert man diese Ausführungen restriktiv, so könnte man daraus schließen, daß allenfalls besonders intensiv betroffene Dritte hinreichend individualisiert und damit nach Art. 173 IV EGV klagebefugt sein können. Allerdings erscheint es mit Blick auf die Rechtsschutzfunktion des Art. 173 IV EGV wenig plausibel, die unterschiedliche Bedeutung verschiedener Wettbewerber zum Maßstab für ihre Individualisierung und damit für ihre Klagebefugnis zu machen. Die Rechte eines kleinen Wettbewerbers sind nicht weniger schutzwürdig als die des größten und umgekehrt.

Das *EuG* äußerte sich in seiner ersten *Air France*-Entscheidung deutlicher⁶². Zur Individualisierung der Klägerin *Air France* durch die funktional einer Entscheidung nach Art. 6 I lit. a Fusionskontroll-Verordnung entsprechende Presserklärung der Kommission stellte es kurz und prägnant fest:

„Eine solche Erklärung betrifft ein auf demselben Markt wie die Parteien des Zusammenschlusses tätiges Unternehmen individuell, wenn dieses seine Marktstellung erheblich geändert sieht, weil einer seiner Mitbewerber die seine wesentlich verstärkt“⁶³.

Entscheidend für eine nicht nur allgemeine, sondern individuelle Betroffenheit eines Klägers i. S. der Plaumann-Entscheidung ist also, daß er nicht nur in seiner abstrakten Eigenschaft als Wirtschaftsteilnehmer, hier als Fluggesellschaft, sondern als tatsächlich und aktuell auf den betroffenen Märkten tätiges Unternehmen konkret und erheblich von dem Zusammenschluß betroffen ist. Bedenkt man, daß die Fusionskontroll-Verordnung aufgrund ihrer hohen Aufgreifkriterien nur Zusammenschlüsse von erheblicher Marktrelevanz erfaßt, so dürften aktuelle Wettbewerber in aller Regel mit für die Zulässigkeit der Klage hinreichender Erheblichkeit von einem möglicherweise unter die Fusionskontroll-Verordnung fallenden Zusammenschluß betroffen sein.

Im Ergebnis hat das *EuG* damit die Anforderungen an die unmittelbare und individuelle Betroffenheit des Klägers i. S. des Art. 173 IV EGV mit denjenigen an das hinreichende Anhängungsinteresse des Antragstellers nach Art. 18 IV 2 Fusionskontroll-Verordnung parallelisiert. In anderen Worten: Entscheidend für die Individualisierung des Klägers ist nicht seine tatsächliche Verfahrensbeteiligung, sondern seine Anhängungs**berechtigung**.

Das *EuG* hat diese Auffassung in der Entscheidung *Société Anonyme Vittel/Kommission*, die eine Klage zweier gesetzlicher Personalvertretungsorgane gegen eine Entscheidung der Kommission nach Art. 8 II Fusionskontroll-Verordnung zum Gegenstand hatte, indirekt anerkannt. Die Kommission hatte die Klage mangels tatsächlicher Verfahrensbeteiligung der Klägerinnen für unzulässig erachtet⁶⁴. Die Klägerinnen hatten demgegenüber geltend gemacht, sie hätten sich gar nicht am Verwaltungsverfahren beteiligen können, weil die Kommission es unterlassen habe, sie rechtzeitig von der Anmeldung des Zusammenschlusses in Kenntnis zu setzen⁶⁵. Das *EuG* leitete die individuelle Betroffenheit der Kläger unmittelbar daraus ab, daß sie als Arbeitnehmervertreter nach Art. 18 IV 2 FKVO anhängungs-

berechtigt seien⁶⁶. Die entgegenstehende Auffassung der Kommission wies es nachdrücklich zurück:

„Nach der These der Kommission wird die Klagebefugnis qualifizierter Dritter, denen im Verwaltungsverfahren verfahrensmäßige Rechte zustehen, allgemein von ihrer tatsächlichen Beteiligung an diesem Verfahren abhängig gemacht und somit eine zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung in Form eines zwingenden Vorverfahrens eingeführt, die in Art. 173 EGV nicht vorgesehen ist. . . . [Vielmehr] hat der Gerichtshof . . . die Beteiligung qualifizierter Dritte am Verwaltungsverfahren nur in dem Sinne berücksichtigt, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen eine Vermutung für die Zulässigkeit der von ihnen . . . erhobenen Klage begründet . . . Der Gerichtshof hat niemals entschieden, daß die Beteiligung dieser Dritten an dem Verfahren eine notwendige Voraussetzung für die Annahme bildet, daß sie durch die Entscheidung der Kommission individuell betroffen sind . . .“⁶⁷

III. Untätigkeitsklage nach Art. 175 III EGV

Für Untätigkeitsklagen nach Art. 175 III EGV ist auf dem Gebiet der Fusionskontrolle nach der Fusionskontroll-Verordnung nur wenig Raum. Wird ein Verfahren nach der Fusionskontroll-Verordnung eröffnet, so endet es stets – notfalls im Wege der Fiktion nach Art. 10 VI Fusionskontroll-Verordnung – mit einer mit der Nichtigkeitsklage angreifbaren Erklärung. Erklärt die Kommission sich noch vor der Anmeldung des Zusammenschlusses für unzuständig, so kann auch diese Verlautbarung nach der ersten *Air France*-Entscheidung des *EuG* mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden⁶⁸. Ein Bedarf für die Erhebung einer Untätigkeitsklage besteht also nur in dem (eher theoretischen) Fall, daß ein Zusammenschluß nicht angemeldet und eine Anmeldung von der Kommission weder erzwungen noch der Zusammenschluß ausdrücklich davon freigestellt wird.

Nach dem Wortlaut des Art. 175 III EGV und der Rechtsprechung des *EuGH* im Fall *Lord Bethell/Kommission* wäre eine Untätigkeitsklage allerdings selbst in diesem Fall ausgeschlossen, da die Klägerin nach Art. 175 III EGV geltend machen muß, ein Organ der Gemeinschaft habe es unterlassen, „einen anderen Akt als eine Empfehlung oder Stellungnahme *an sie* zu richten“⁶⁹. Klagebefugt kann danach strenggenommen nur der Adressat der gewünschten Entscheidung sein, nicht aber ein Drittbetroffener⁷⁰.

Diese Rechtsprechung wird von Vertretern einer abweichenden Ansicht zu Recht mit der Begründung abgelehnt, eine solche Auslegung der Norm führe im Vergleich zu Art. 173 IV EGV zu Rechtsschutzlücken und werde damit dem Grundsatz einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle der Verwaltungstätigkeit nicht gerecht⁷¹. Ohne auf den insoweit problematischen Wortlaut des Art. 175 III EGV einzugehen, schloß sich das *EuG* in seiner ersten *Air France*-Entscheidung dieser Position an und bejahte eine Klagebefugnis Drittbetroffener:

61) *EuGH*, Slg. I 1991, 2501 Tz. 17 f. – *Extramet Industrie*.

62) *EuG*, Slg. II 1994, 121 – *Air France I*.

63) *EuG*, Slg. II 1994, 121 (Leitsatz 6 a. E.) – *Air France I*.

64) *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 15 – *Société Anonyme Vittel*.

65) *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 25 – *Société Anonyme Vittel*.

66) *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 48 – *Société Anonyme Vittel*.

67) *EuG*, *EuZW* 1995, 677 Tz. 46 f. – *Société Anonyme Vittel*.

68) Vgl. o. Fußn. 14 ff.

69) Hervorhebung durch den Autor.

70) *EuGH*, Slg. 1982, 2277 Tz. 16 – *Lord Bethell*.

71) So etwa Generalanwalt *Duthilleul de Lamothe*, in: *EuGH*, Slg. 1971, 806 (808) – *Mackprang; Krück*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, (o. Fußn. 10), Art. 175 Rdnr. 17; *Wohlfahrt*, in: *Grabitz* (o. Fußn. 10), Art. 175 Rdnr. 20.

„Hört ein Dritter von formlosen Kontakten zwischen einem Unternehmen und der Kommission im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach der Verordnung Nr. 4064/89, so kann er der Kommission eine Frist dafür setzen, das Unternehmen zur förmlichen Anmeldung des beabsichtigten Zusammenschlusses zu zwingen. Damit ist im Falle des Schweigens der Kommission die Untätigkeitsklage, im Falle ihrer Weigerung die Nichtigkeitsklage eröffnet“⁷².

Das *EuG* gewährt damit zusammenschlußbeteiligten Wettbewerbern einen lückenlosen Rechtsschutz gegen die Beeinträchtigung ihrer rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen durch die Nichtuntersagung von Unternehmenszusammenschlüssen durch die Kommission.

⁷² *EuG*, Slg. II 1994, 121 (Ls. 3) – *Air France I*.

Buchanzeigen

Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag. Hrsg. von *Friedrich Graf v. Westphalen* und *Otto Sandrock*. – Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1995. 824 S., geb. DM 395,-.

Reinhold Trinkner, dem die vorliegende Festschrift gewidmet ist, ist als langjähriger Redakteur und Schriftleiter im Verlag Recht und Wirtschaft ein geschätzter Ansprechpartner für alle Juristen, die ab und zu oder auch öfter zur Feder greifen. Einige Autoren, die seit langem mit ihm zusammenarbeiten, haben ihm zum 65. Geburtstag ein Dankeschön in Buchform überreicht. Unter den 45 Beiträgen der Festschrift stößt man immer wieder auf Themen, die (überwiegend) einen EG-rechtlichen oder internationalrechtlichen Bezug aufweisen und deshalb auch für den *EuZW*-Leser von besonderem Interesse sind. Mit Aspekten der EG-Richtlinie zu mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen und deren Auswirkungen auf das deutsche AGB-Recht befassen sich u. a. *Heinrichs* (S. 157), *Schmidt-Salzer* (S. 361) oder *Jayne* (S. 575, der sich auf kollisionsrechtliche Probleme konzentriert). Mit der Fristsetzung bei Leistungsstörungen im CISG setzt sich *Schlechtriem* auseinander (S. 321). Der „Beitrag“ des *EuGH* zum deutschen Recht der irreführenden Werbung wird von *Sack* beleuchtet (S. 293). Für die Anerkennung von Sozialstandards im internationalen Wirtschaftsrecht plädiert *Däubler* (S. 475). Weitere Beiträge befassen sich u. a. mit der Definition des Verbraucherbegriffs im Kollisionsrecht (*Reinhart*, S. 657) oder mit der besonderen Stellung von sog. Kulturgütern im internationalen Rechtsverkehr (*Siehr*, S. 703).

Red.

Das neue Insiderrecht. Von der freiwilligen Selbstkontrolle zum internationalen Standard (Grundlagen und Praxis des Bank- und Börsenwesens, Bd. 26). Von *Hanns Christoph Siebold*. – Berlin, Erich Schmidt Verlag 1994. 312 S., kart. DM 78,-.

Die vorliegende Arbeit ist eine von Professor *Bleckmann* (Zweitgutachter: Professor *Sandrock*) betreute Dissertation, die im Sommersemester 1994 der Juristischen Fakultät der Universität Münster vorlag. Sie befaßt sich in erster Linie mit der Vorgeschichte des deutschen Insiderrechts der §§ 12 ff WpHG, mit der im Rahmen des Zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes die EG-Insiderrichtlinie umgesetzt wurde. Das Werk untergliedert sich in sechs Teile. Im ersten Teil wird anhand juristischer und ökonomischer Begründungen die Regelungsbedürftigkeit des Insiderhandels am Kapitalmarkt aufgezeigt. Der zweite Teil setzt sich im wesentlichen mit den von der Börsensachverständigenkommission beim BMF erarbeiteten (freiwilligen) Insiderhandelsrichtlinien, Händler- und Beraterregeln sowie der Verfahrensordnung auseinander. Der dritte Teil gilt den Ak-

tivitäten auf EG-Ebene unter Einschluß der EG-Insiderrichtlinie vom 13. 11. 1989. Der vierte Teil gibt einen Überblick über die Insiderregelungen in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Frankreich, England, Italien, Belgien, Niederlande, Luxemburg, Spanien, Portugal, Dänemark, Irland und Griechenland). Der fünfte Teil erläutert Inhalt, Ziele und Begriffsbestimmungen der Insiderrichtlinie, deren Umsetzung durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in die §§ 12 ff WpHG schließlich Gegenstand des sechsten und letzten Teils ist, in dem (nunmehr auf nationaler Ebene) wieder Ziele und Inhalte sowie Begriffsbestimmungen und -merkmale im einzelnen erörtert werden.

Red.

Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag. Eine Untersuchung am Beispiel der gesetzlichen Unfallversicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Von *Richard Giesen*. – Baden-Baden, Nomos 1995 (Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Bd. 15). 319 S., kart. DM 86,-.

Der „liberalisierende“ oder „deregulierende“ Effekt der Grundfreiheiten des EG-Vertrags wird zunehmend auch in Rechtsgebieten wahrgenommen, in denen das Thema „Wettbewerb“ bisher kein Thema war. Die vorliegende Arbeit stellt die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von nationalen Versicherungsmonopolen im Bereich der Sozialversicherung. Konkret in bezug auf das Versicherungsmonopol der Berufsgenossenschaften in der gesetzlichen Unfallversicherung verneint der Autor die Gemeinschaftsrechtskompatibilität, weil nach seiner Ansicht die hoheitlichen Aufgaben der Berufsgenossenschaften nicht zwingend mit deren Versicherungstätigkeit gekoppelt sein müssen, so daß kein öffentliches Interesse an der Monopolisierung zu bejahen sei. Eine private Absicherung des Unfallrisikos sei genauso effektiv möglich, wobei der Autor in seinem Ergebnis auch durch einen rechtsvergleichenden Blick bestärkt wird, da in einigen Staaten (z. B. Belgien, Dänemark, Finnland und die Schweiz) die Absicherung des Arbeitsunfallrisikos in privater Trägerschaft erfolgt. Der Insolvenzschutz zugunsten der Versicherten könnte dann mittels eines Garantiefonds gesichert werden. Die Thesen des Buches werden bei manchem eingefleischten Sozialrechtler wahrscheinlich auf wenig Gegenliebe stoßen; in jedem Fall ist das Buch eine wichtige Grundlage für weitere Diskussionen.

Red.

Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts/Annuaire de droit suisse de la consommation. Hrsg. von *Alexander Brunner*, *Manfred Rehbindler* und *Bernd Stauder*. Bern, Verlag Stämpfli 1995. 428 S., kart. Franken 180,-.

Das Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR/ADC) ist ein neues Forum der wissenschaftlichen Auseinandersetzung und der rechtspolitischen Diskussion um das sich stetig fortentwickelnde Konsumentenrecht in der Schweiz. Entscheidend ist dabei der Blick über die Grenzen; denn gerade nach 1992 im Eurolex- und Swissex-Verfahren ins schweizerische Recht eingeführten Konsumentenerlasse sind vom Wirtschafts- und Konsumentenrecht der EU geprägt. Der erste Teil des JKR/ADC befaßt sich jährlich mit einem konsumentenrechtlichen Schwerpunktthema. Das vorliegende Jahrbuch will durch drei Aufsätze der Herausgeber in das europäische und schweizerische Konsumentenrecht einführen. Der zweite Teil enthält eine umfassende Dokumentation. Darin enthalten ist die Entwicklung der schweizerischen Gesetzgebung, die (oft schwer zugängliche und weit verstreute) Rechtsprechung und die Lehre. Ab dem zweiten Band wird der Dokumentationsteil eine selbständige Übersicht mit Hinweisen zur Entwicklung des europäischen Konsumentenrechts enthalten (EU und Mitgliedstaaten). Das Jahrbuch will auf diesem Wege zu einem unentbehrlichen (wissenschaftlichen) Hilfsmittel für Gesetzgeber, Rechtsanwender und Rechtsuchende werden.

Red.