

füllt er auch 3 der 4 genannten Dienstleistungskriterien. Die geforderte Anzeige an den Schuldner ist beim Forderungsforfait ebenfalls üblich. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß dieses Übereinkommen durch seine weite Definition des

Factoringvertrags auch für das Forderungsforfaitgeschäft Bedeutung erlangt. Im Augenblick sind neben der Bundesrepublik Deutschland allerdings erst Frankreich, Nigeria und Ungarn dem Übereinkommen beigetreten.

Gerichtlicher Rechtsschutz in der europäischen Fusionskontrolle

Von Dr. Torsten KÖRBER, LL. M. (Berkeley), Göttingen

I. Einleitung

Die Frage, ob Dritte die Möglichkeit haben sollten, Entscheidungen der Kartellbehörden auf dem Gebiet der Fusionskontrolle gerichtlich nachprüfen zu lassen oder gar selbständig auf dem Zivilrechtswege gegen Zusammenschlüsse vorzugehen, hat seit Anfang der neunziger Jahre, insbesondere im Lichte der europäischen Fusionskontrolle nach der Fusionskontrollverordnung (EWG) Nr. 4064/89 (FKVO)¹, verstärkte Aufmerksamkeit erfahren. Sie war Gegenstand mehrerer umfassender wissenschaftlicher Untersuchungen². Die jüngste Arbeit hat 1997 *Stephan Zilles* vorgelegt³.

Im folgenden werden unter besonderer Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Arbeit und unter Einbeziehung der zum 1. 3. 1998 erfolgten Änderungen der FKVO⁴ neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuG zu Drittklagen in der europäischen Fusionskontrolle untersucht⁵. Diese Frage könnte auch für das deutsche Recht wieder interessant werden. Die 6. GWB-Novelle sieht nunmehr auch für die Zusammenschlußfreigabe eine förmliche und damit grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle unterworfenene Entscheidung des Bundeskartellamts vor⁶. Das deutsche Recht würde sich insoweit dem europäischen Recht annähern. Fusionskontrollverfahren der Kommission nach der FKVO werden stets durch eine der gerichtlichen Kontrolle unterliegende Entscheidung beendet⁷. Klagevoraussetzungen und Verfahrensablauf sind in der FKVO nicht geregelt. Insoweit finden die Art. 173 ff. EGV Anwendung. Zuständiges Gericht für Nichtigkeitsklagen⁸ natürlicher oder juristischer Personen⁹ gegen Entscheidungen der Kommission auf dem Gebiet der FKVO ist in erster Instanz das EuG¹⁰.

II. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kommission

1. Entscheidungsbegriff des Art. 173 Abs. 4 EGV

Art. 173 Abs. 4 EGV setzt für die gerichtliche Nachprüfbarkeit voraus, daß es sich bei dem angegriffenen Akt um eine „Entscheidung“ der Kommission handelt. Der Entscheidungsbegriff ist weit und funktional zu verstehen. Eine Entscheidung ist nach der Rechtsprechung des EuGH jeder Akt eines Gemeinschaftsorgans, der (1) dazu bestimmt ist, verbindliche Rechtswirkungen im Einzelfall zu erzeugen¹¹ oder zumindest tatsächlich solche Rechtswirkungen erzeugt¹² und der (2) ein Verfahren endgültig abschließt¹³ bzw. durch den die Einleitung eines Verfahrens endgültig verweigert wird¹⁴. Die äußere Form eines Aktes ist für die Angreifbarkeit nach Art. 173 Abs. 4 EGV unbeachtlich¹⁵. Das EuG hat im ersten *Air France*-Fall sogar eine Presseerklärung der Kommission als nach Art. 173 Abs. 4 EGV angreifbare Entscheidung angesehen¹⁶. Keine eigenständigen Rechtswirkungen entfaltet die bloße Bestätigung einer vorhergehenden Entscheidung¹⁷.

2. Verfahrensbeendende Erklärungen nach Art. 6, 8 und 10 FKVO

Die Angreifbarkeit der Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. b, 8 Abs. 2 und 3 FKVO mit der Nichtigkeitskla-

ge ist inzwischen zu Recht in Literatur¹⁸ und Rechtsprechung¹⁹ anerkannt²⁰. Nichts anderes kann bei funktionaler Betrachtung für den Widerruf der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 5 FKVO und für deren Fiktion nach Art. 10 Abs. 6 FKVO gelten²¹. Ebenfalls mit der Nichtigkeitsklage angreifbar sind die Entscheidungen nach den neuen Art. 6 Abs. 1 a und 1 b FKVO, nach denen die Kommission die Vereinbarkeit unter Bedingungen oder Auflagen erklären bzw. diese Erklärung widerrufen kann.

1 ABl. Nr. L 395/1 v. 30. 12. 1989, mit Wirkung v. 1. 3. 1998 geändert durch VO (EG) Nr. 1310/97 v. 30. 6. 1997, ABl. Nr. L v. 9. 7. 1997, sowie WuW 1997, 714 ff.

2 V. Dietze, Verfahrenseteiligung und Klagebefugnis im EG-Recht, 1994; Karl, Die Rechtsstellung Dritter in der Europäischen Fusionskontrolle, in: *Veelken u. a.*, Die Europäische Fusionskontrolle, 1992; Verf., Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996; Novak, Konkurrentenschutz in der EG, 1997; vgl. auch Löw, Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegenüber Subventionen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, 1992.

3 Zilles, Die Anfechtungslegitimation von Dritten im Europäischen Fusionskontrollrecht, 1997.

4 S. Fn. 1 a. E.; zu den Änderungen ausführlich Baron, WuW 1997, 597 ff.; Hirsbrunner, EuZW 1998, 69 ff.; Montag/Kaessner, WuW 1997, 781 ff.

5 Ausgespart werden sollen hier die (praktisch kaum relevanten) Drittklagemöglichkeiten gegen Fusionskontrollentscheidungen nach dem EGKS-Vertrag, auf die Zilles ebenfalls ausführlich eingeht (Fn. 3), S. 69 ff., 119 f., 154 ff., 163 ff., 182, 186.

6 Dazu Bechtold, NJW 1998, 2769, 2773.

7 Vgl. Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 6, 8, 10 FKVO.

8 Die folgenden Ausführungen befassen sich allein mit der Nichtigkeitsklage und dem einstweiligen Rechtsschutz. Zu der (praktisch kaum relevanten) Frage der Zulässigkeit von Untätigkeitsklagen nach Art. 175 Abs. 3 EGV vgl. Verf. (Fn. 2), S. 324 ff.; ders., EuZW 1996, 267, 272 f.

9 Der Begriff der „juristischen Person“ ist weit zu verstehen und schließt auch Personengesellschaften ein, vgl. EuGH, Slg. 1982, 3799, 3808 Rn. 10 f. „Groupement des Agences de Voyages“.

10 Ratsbeschluß 88/519 v. 29. 10. 1988, ABl. Nr. L 319/1, geändert durch Ratsbeschluß 93/350 v. 8. 6. 1993, ABl. Nr. L 144/21; zu Rechtsmitteln vgl. Art. 49 ff. der Satzung des EuGH.

11 EuGH, Slg. 1981, 2639, 2651 Rn. 9, „IBM“.

12 EuGH, Slg. 1982, 3463, 3472 „Alusuisse“.

13 EuGH, Slg. 1981, 2639, 2651 Rn. 10 f. „IBM“.

14 Vgl. EuG, Slg. 1994 II, 121, 149 f., Rn. 44 ff. „Air France I“.

15 Ausführlich Verf. (Fn. 2), S. 251 ff.

16 EuG, Slg. 1994 II, 121, 149 f. Rn. 51 „Air France I“. In der Erklärung wurde die Anmeldepflicht nach Art. 4 Abs. 1 FKVO verneint. In ihren Rechtswirkungen kam sie damit einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO gleich.

17 EuGH, Slg. 1977, 1875, 1900 Rn. 4 „Metro I“. Einer Bestätigung kann allerdings Entscheidungsqualität zukommen, wenn die Kommission in ihr neue Tatsachen berücksichtigt, vgl. EuG, WuW 1994, 43 „Zunis Holding“; Immenga, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, S. 1093.

18 Heidenhain, EuZW 1991, 590, 593 f.; ders., EuZW 1994, 540 f.; Immenga (Fn. 17), S. 1091 f.; Verf. (Fn. 2), S. 259 ff.; Schröter, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, 4. Aufl. 1991, Art. 87 – zweiter Teil Rn. 282.

19 EuG, Slg. 1994 II, 121, 152 Rn. 51 a. E. „Air France I“ (zu Art. 6 Abs. 1 lit. a); EuG, Slg. 1994, II, 323 ff. „Air France II“ (zu Art. 6 Abs. 1 lit. b); EuG, EuZW 1995, 677 f. „CCE Vittel und CE Pierval“ (zu Art. 8 Abs. 2).

20 Die am 1. 3. 1998 in Kraft getretenen Änderungen von Art. 6 Abs. 1 lit. b und 8 Abs. 2 und 3 FKVO sind insoweit ohne Bedeutung.

21 Dazu Verf., EuZW 1996, 267, 268.

3. Zwischenentscheidungen

Unselbständige, lediglich die Hauptsacheentscheidung vorbereitende Zwischenentscheidungen sind grundsätzlich nur mittelbar durch eine Klage gegen die Hauptsacheentscheidung angreifbar²². Inwieweit dies auch für Zwischenentscheidungen nach der FKVO gilt, ist noch weitgehend ungeklärt. Maßstab sollte insoweit eine Abwägung der Interessen des Klägers mit denjenigen der Öffentlichkeit, der Beteiligten und Dritter sein.

a) Anmeldeaufforderung der Kommission

Nicht selbständig angreifbar ist die bloße Anmeldeaufforderung der Kommission. Ein schützenswertes Interesse der Beteiligten daran, von dem Verfahren nach der FKVO verschont zu bleiben, ist nicht anzuerkennen. Dagegen würde die Angreifbarkeit der Anmeldeaufforderung das System der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und EuG durcheinanderbringen und dazu führen, daß das EuG, statt die Kommission zu kontrollieren, an deren Stelle entscheiden müßte²³.

b) Eröffnung des Hauptverfahrens

Keine Rechtswirkungen kamen der Eröffnung des Hauptverfahrens durch eine Erklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO a. F. zu. Sie ließ als bloße Verfahrensüberleitung lediglich den nach der FKVO bis zur abschließenden Entscheidung bestehenden Schwebezustand unverändert fortbestehen und führte auch nicht zu einer Verlängerung des nach Art. 7 Abs. 1 FKVO a. F. auf drei Wochen beschränkten Vollzugsverbots²⁴. Sie war daher nach ganz h. M. nicht mit der Nichtigkeitsklage angreifbar²⁵. Seit dem 1. 3. 1998 dauert das Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 1 FKVO n. F. bis zur Vereinbarkeitserklärung an. Die Erklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO n. F. hat jetzt also faktisch ein Andauern des Vollzugsverbots zur Folge. Doch ist dieses Andauern keine Rechtswirkung der Erklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO, sondern beruht unmittelbar auf der gesetzlichen Anordnung in Art. 7 Abs. 1 FKVO n. F. Zudem fehlt es an einer irreversiblen Beeinträchtigung der Beteiligten, weil sie nach Art. 7 Abs. 4 FKVO n. F. jederzeit (sogar schon vor Anmeldung des Zusammenschlußvorhabens) einen Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot stellen können. Eine Nichtigkeitsklage gegen Erklärungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ist also auch weiterhin nicht statthaft.

c) Ablehnung von Anträgen auf Anhörung oder Akteneinsicht

Eine gerichtliche Überprüfung der Ablehnung von Verfahrensanträgen, insbesondere auf Anhörung nach Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO oder auf Akteneinsicht²⁶, erscheint mit Blick auf die kurzen Fristen, denen die Kommission nach Art. 10 Abs. 1 bis 3 FKVO unterliegt, nicht praktikabel und würde ebenso wie die Überprüfung der Anmeldeaufforderung die Phasen des Verwaltungs- und des gerichtlichen Verfahrens durcheinanderbringen. Zudem können die von einer solchen Ablehnungsentscheidung Betroffenen die Hauptsacheentscheidung auch unter Hinweis auf die Verletzung ihrer Verfahrensbeteiligungsrechte anfechten²⁷. Bei Erfolg der Klage tritt die Kommission nach Art. 10 Abs. 5 FKVO erneut in die Prüfung des Zusammenschlusses ein, und die Verfahrensbeteiligung kann nachgeholt werden.

d) Nicht vollständig reversible Verfahrensentscheidungen

Für die Entscheidungen nach Art. 7 Abs. 4 n. F., 11 Abs. 5 und 13 Abs. 3 FKVO sowie die Gewährung von Akteneinsicht kann die Interessenabwägung dagegen zugunsten der Kläger ausgehen. Mit Blick auf die erheblichen, teils nicht mehr durch ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren reversi-

blen Auswirkungen des Vollzugsverbots für die Beteiligten dürften deren Interessen regelmäßig Vorrang vor den Verfahrensinteressen der Kommission genießen und zu einer separaten Angreifbarkeit der Ablehnung der Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 4 FKVO n. F. führen²⁸. In bezug auf Art. 11 Abs. 5 und 13 Abs. 3 FKVO stehen den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Adressaten ebenfalls keine vorrangigen öffentlichen Interessen entgegen. Eine gerichtliche Nachprüfung dieser Entscheidungen führt zwar zur Verzögerung des Verfahrens, nicht aber zu Problemen mit Blick auf die kurze Frist des Art. 10 Abs. 3 FKVO, da diese Frist entsprechend Art. 10 Abs. 4 FKVO ruht, bis die Informationsbegehren der Kommission erfüllt sind bzw. bis das Gericht deren Nichtberechtigung festgestellt hat²⁹. Auch hinsichtlich der Gewährung von Akteneinsicht, die (anders als deren Ablehnung) ebenfalls möglicherweise berechnete Geheimhaltungsinteressen gefährdet, dürfte die Interessenabwägung regelmäßig zugunsten einer separaten Angreifbarkeit ausgehen³⁰.

e) Selbständige Zwischenentscheidungen

Die Entscheidungen über Geldbußen bzw. Zwangsgelder nach Art. 14, 15 FKVO betreffen ein klar vom Hauptsacheverfahren unterscheidbares, eigenständiges Verfahren. Sie können weitgehend unabhängig von ersterem getroffen werden und sind daher auch unabhängig davon anfechtbar³¹.

III. Klagebefugnis

1. Potentielle Kläger

Die Adressaten einer Entscheidung sind schon nach dem Wortlaut des Art. 173 Abs. 4 EGV ohne weiteres klagebefugt. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Adressatenklage ist (neben der Einhaltung der Formalia, insbesondere der Klagefrist des Art. 173 Abs. 5 EGV)³² lediglich, daß der angegriffene Akt als Entscheidung qualifiziert werden kann. Dasselbe gilt nach Art. 173 Abs. 2 EGV für Klagen der Mitgliedstaaten³³. Die Klagebefugnis von Nichtadressaten (Dritten) wird demgegenüber zusätzlich am Erfordernis der „unmittelbaren und individuellen Betroffenheit“ gemessen³⁴. Die Prüfung dieses (von ihm als „Anfechtungslegitimation“ bezeichneten) Erfordernisses bildet den Schwerpunkt der eingangs erwähnten Arbeit von Zilles. Er entwickelt zunächst allgemeine Kriterien³⁵ und wendet diese dann auf verschiedene potentielle Klägergruppen – Konkurrenzunternehmen, Marktpartner (Lieferanten und Abnehmer), Aktionäre, Interessenverbände (von Arbeitnehmern, Verbrauchern und Wirtschaft) und Mitgliedstaaten – an³⁶.

22 EuGH, Slg. 1981, 2639, 2652 Rn. 11 „IBM“.

23 EuG, Slg. 1996 II, 797 ff. „Sogecable SA“; vgl. schon EuGH, Slg. 1981, 2639, 2654 Rn. 20 „IBM“.

24 Sie ist daher auch nicht *actus contrarius* zur Vereinbarkeitserklärung, wie Zilles (Fn. 3), S. 76, meint.

25 Z. B. Immenga (Fn. 17), S. 1092; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn. 18), Art. 87 – Zweiter Teil Rn. 282; a. A. Kirchhoff, BB-Beil. 14/1990, 14.

26 Zum Akteneinsichtsrecht vgl. jüngst Montag/Kaessner, WuW 1997, 781, 791 f.

27 EuG, EuZW 1995, 677, 683 Tz. 59 f. „CCE Vittel und CE Pierval“; EuG, WuW 1995, 825, 828 „Société Générale des Grandes Sources“; EuG, WuW 1998, 513 „Kaysersberg SA“.

28 Ebenso zu Art. 7 Abs. 2 und 4 FKVO a. F.; Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control in the European Economic Community, 1992, Rn. 4–371; Immenga (Fn. 17), S. 1092.

29 Happe, EuZW 1995, 303, 307.

30 Vgl. EuGH, Slg. 1986, 1965, 1990 Rn. 20 „AKZO Chemie“.

31 Bos/Stuyck/Wytinck (Fn. 28), Rn. 4–373.

32 Zu Fragen der Fristberechnung Happe, EuZW 1992, 297 ff.

33 Immenga (Fn. 17), S. 1090; ausführlich Zilles (Fn. 3), S. 185 ff.

34 Zu einer (erweiternden) Ausnahme vgl. EuGH, Slg. 1988, 219, 268 f. Rn. 21 ff. „Van der Kooy“.

35 Zilles (Fn. 3), S. 82 ff.

36 Zilles (Fn. 3), S. 126 ff.

2. Betroffenheitsbegriff des Art. 173 Abs. 4 EGV

Der Begriff der Betroffenheit ist weit zu verstehen. Im Gegensatz zum deutschen Recht, das für die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO bzw. § 35 GWB und für die Beschwerdebefugnis nach § 63 Abs. 3 GWB eine Beeinträchtigung des Klägers in seinen subjektiven Rechten verlangt³⁷, reicht es für die Betroffenheit im Sinne von Art. 173 Abs. 4 EGV aus, daß der Kläger durch die Entscheidung der Kommission möglicherweise negativ in seinen rechtlichen oder tatsächlichen (auch wirtschaftlichen) Interessen berührt wird³⁸. Die Nichtigkeitsklage entspricht insoweit eher dem französischen „recours pour excès de pouvoir“ als der deutschen Kartellbeschwerde³⁹. Der Betroffenheitsbegriff des Art. 173 Abs. 4 EGV ist auch deutlich weiter als derjenige des Art. 18 Abs. 1 FKVO, der ihn als Synonym für die unmittelbar am förmlichen Verfahren beteiligten Personen verwendet, ohne dadurch die Klagemöglichkeit Dritter nach Art. 173 Abs. 4 EGV einzuschränken⁴⁰.

3. Unmittelbarkeit der Betroffenheit

Die unmittelbare Betroffenheit eines Klägers setzt voraus, daß er durch die Entscheidung (1) selbst betroffen ist, d. h. eine mögliche Beeinträchtigung eigener, nicht nur von Dritten abgeleiteter Rechte oder Interessen geltend machen kann, die (2) aus der Entscheidung selbst resultiert, ohne daß es dazu weiterer, nicht zwingend durch die Entscheidung vorgezeichneter Umsetzungsakte bedürfte⁴¹. Im Rahmen der Fusionskontrolle reicht es aus, daß die eintretenden Nachteile unmittelbare Folge des Zusammenschlusses sind, weil Entscheidung und Zusammenschluß insoweit eine Wirkungseinheit bilden⁴². Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß jeder aus einem Zusammenschluß resultierende Nachteil als „unmittelbar“ anzusehen ist⁴³. Dies bedarf einer nach den potentiellen Klägern differenzierten Prüfung.

a) *Veräußerer und zu übernehmende Unternehmen*, die unmittelbar am Zusammenschluß beteiligt und nur deshalb nicht als Adressaten klagebefugt sind, weil ihnen Art. 4 Abs. 2 GKVO keine Anmeldepflicht auferlegt, sind unproblematisch als unmittelbar betroffen anzusehen⁴⁴.

b) *Konkurrenten* eines am Zusammenschluß beteiligten Unternehmens sind nach zutreffender Ansicht des EuG ebenfalls unmittelbar dadurch betroffen, daß die Nichtuntersagung „rechtlich und tatsächlich die sofortige Durchführung des Zusammenschlusses gestattet [und dadurch] die Lage auf dem oder den betroffenen Märkten unmittelbar ändert, die dann nur noch vom alleinigen Willen der Parteien abhängt“⁴⁵.

c) *Aktionäre* eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen sollen dagegen nach der *Zunis Holding*-Entscheidung des EuG grundsätzlich nicht unmittelbar durch die Nichtuntersagung betroffen sein, da die Nichtuntersagung allein nichts am Bestehen oder am Umfang ihrer Vermögens- und Beteiligungsrechte ändert⁴⁶. Dem kann nicht gefolgt werden. Ein Zusammenschluß kann erhebliche Auswirkungen auf die Einflußmöglichkeiten der Aktionäre und insbesondere auf den Wert der Aktien haben, ohne daß es dazu zwingend weiterer Entscheidungen der beteiligten Unternehmen nach dem Vollzug des Zusammenschlusses bedürfte.

d) *Gewerkschaften, Unternehmer- und Verbraucherverbände*, die sich auf die Beeinträchtigung von Interessen ihrer Mitglieder berufen, sind insoweit nicht unmittelbar betroffen, weil Art. 173 Abs. 4 EGV die Beeinträchtigung eigener und nicht nur abgeleiteter Interessen voraussetzt⁴⁷. Finanzielle Einbußen durch den Verlust von Mitgliedsbeiträgen z. B. wegen infolge des Zusammenschlusses eintretender Entlassungen begründen ebenfalls keine unmittelbare Betroffenheit des Verbandes, da diese Entlassungen keine di-

rekte Folge des Zusammenschlusses, sondern lediglich eine solche nachfolgender, nicht zwangsläufig durch den Zusammenschluß vorgezeichneter unternehmerischer Entscheidungen sind⁴⁸.

e) *Arbeitnehmer* sind aus dem letztgenannten Grunde ebenfalls nicht unmittelbar betroffen. Die ihnen drohenden Nachteile – etwa der Verlust des Arbeitsplatzes infolge zusammenschlußbedingter Rationalisierung – folgen nicht zwingend aus dem Zusammenschluß, sondern werden dadurch allenfalls mittelbar ermöglicht. Die Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen sind dennoch nicht schutzlos. Ihre berechtigten Interessen werden dadurch berücksichtigt, daß im Kommissionsverfahren nach Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO „anerkannte Vertreter der Arbeitnehmer“ – d. h. die Betriebsräte⁴⁹ – der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen angehört werden müssen. Erfolgt diese Anhörung nicht und wird das Anhörungsrecht durch eine verfahrensabschließende Entscheidung der Kommission dauerhaft vereitelt, so reicht diese Verletzung der Verfahrensgarantien der FKVO aus, um eine unmittelbare Betroffenheit des Betriebsrates zu bejahen⁵⁰.

f) *Zulieferer und Abnehmer* der Beteiligten haben mit den Arbeitnehmern gemein, daß sie Vertragspartner der Zusammenschlußbeteiligten sind und daß die Lieferverträge durch den Zusammenschluß ebensowenig eine unmittelbare Änderung erfahren wie die Arbeitsverträge. Andererseits sind sie ähnlich wie die Konkurrenten potentiell von der zusammenschlußbedingten Änderung der Marktstruktur betroffen. Jedenfalls dann, wenn der Zusammenschluß ihre Auswahlmöglichkeiten entscheidend beschränkt oder gar eliminiert, kann sich dies unmittelbar auf bestehende Vertragsverhältnisse auswirken und z. B. bestehende Bindungen mangels fortbestehender Wahlmöglichkeiten zementieren. Dies spricht dafür, Abnehmer und Zulieferer als unmittelbar betroffen anzusehen.

37 Vgl. WuW/E BGH 995, 996 „Taxiflug“; 1556, 1557 „Weichschaum III“; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2. Aufl. 1992, § 35 Rn. 18 ff.; ausführlich *Kremer*, Die kartellverwaltungsrechtliche Beschwerde, 1988, S. 48, 122.

38 EuGH, Slg. 1986, 391, 416 Rn. 28 „Cofaz“; EuG, WuW 1994, 32 „Zunis Holding“; *Daig*, Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1985, S. 96 Tz. 122; *Deimel*, Rechtsgrundlagen einer europäischen Zusammenschlußkontrolle, 1992, S. 127; *Verf.* (Fn. 2), S. 267 ff.; a. A. *Koch*, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, Losebl., nach Art. 86 Rn. 54; *Miersch*, Kommentar zur EWG-Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 1991, S. 164, 170.

39 Dazu *Zilles* (Fn. 3), S. 83 ff. m. w. N.

40 Dazu *Verf.* (Fn. 2), S. 81 ff., 267 ff.

41 Vgl. EuGH, Slg. 1982, 3799, 3807 Rn. 7 „Groupement des Agences de Voyages“; EuG, EuZW 1995, 677 Tz. 49 „CCE Vittel und CE Pierval“; *Immenga* (Fn. 17), S. 1094; *Verf.* (Fn. 2), S. 272 ff. m. w. N.

42 Die Entscheidung der Kommission ergeht nur auf Anmeldung eines beabsichtigten Zusammenschlusses. Der Zusammenschluß ist insoweit ‚zwingend‘ vorgezeichnete Folge einer positiven Entscheidung, vgl. *Verf.* (Fn. 2), S. 273 f.; *Zilles* (Fn. 3), S. 93.

43 Insoweit a. A. *Zilles* (Fn. 3), S. 93.

44 *Immenga* (Fn. 17), S. 1095.

45 EuG, Slg. 1994 II, 121, 162 Rn. 80 „Air France I“; dazu *Verf.*, EuZW 1996, 267, 270.

46 EuG, WuW 1994, 42, 43 „Zunis Holding“.

47 Vgl. EuGH, Slg. 1982, 3799, 3807 Rn. 7 „Groupement des Agences de Voyages“; a. A. *Zilles* (Fn. 3), S. 177 ff., der eine „derivative Klageberechtigung“ von Wirtschaftsverbänden und in Extremfällen sogar vor Verbraucherverbänden für möglich hält; vgl. auch EuGH (Fn. 34) zur Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 173 Abs. 4 EGV bei fehlender unmittelbarer und individueller Betroffenheit eines Verbandes.

48 Vgl. EuG, WuW 1995, 825, 826 f. „Société Générale des Grandes Sources“; s. auch EuGH, Slg. 1982, 3799, 3807 Rn. 7 „Groupement des Agences de Voyages“.

49 *Drauz/Schroeder*, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl. 1995, S. 216.

50 Vgl. EuG, Slg. 1994 II, 121, 162 Rn. 80 f. „Air France I“.

4. Individualisierung des Klägers

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist ein Dritter nur dann individuell im Sinne des Art. 173 EGV betroffen, „wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen hervorhebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“⁵¹.

a) Veräußerer und zu übernehmende Unternehmen

Sie werden durch eine Entscheidung der Kommission nach Art. 6, 8 oder 10 FKVO rechtlich und tatsächlich offensichtlich nicht weniger betroffen sein als die Adressaten und sind daher wie diese stets klagebefugt⁵². Hinsichtlich der anderen Drittbetroffenen ist der Maßstab für deren hinreichende Individualisierung noch weitgehend ungeklärt.

b) Individualisierung durch Verfahrensbeteiligung

Im Anschluß an die erste Metro-Entscheidung⁵³ hat der EuGH das Erfordernis der individuellen Betroffenheit in einer Reihe von Entscheidungen dahingehend präzisiert, daß ein Dritter jedenfalls dann hinreichend individualisiert sei, wenn er entweder ein formelles Recht habe, bei der Kommission die Abstellung des angegriffenen Verhaltens zu beantragen⁵⁴ oder wenn er sich unter Inanspruchnahme ihm garantierter Verfahrensrechte am Kommissionsverfahren beteiligt habe und von der Entscheidung spürbar in seiner Marktstellung beeinträchtigt werde⁵⁵. Eine Verfahrensgarantie der letztgenannten Art in Form eines Anhörungsrechts enthält Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO. Wer von der Kommission antragsgemäß nach dieser Norm angehört worden ist, ist nach den oben beschriebenen Kriterien auch als hinreichend individualisiert und damit als klagebefugt im Sinne des Art. 173 Abs. 4 EGV anzusehen⁵⁶.

Gegen eine solche Formalisierung der Prüfung der individuellen Betroffenheit wendet sich mit Nachdruck Zilles, der einen rein materiellen Ansatz vertritt⁵⁷. Zum einen betont er, daß sekundärrechtliche Verfahrensgarantien nicht abschließend die Auslegung der primärrechtlichen Norm des Art. 173 Abs. 4 EGV bestimmen könnten. Zum anderen enthalte die Anknüpfung an solche Verfahrensgarantien, die regelmäßig auf ein hinreichendes oder berechtigtes Interesse abstellen, selbst materielle Wertungen, und auch der EuGH stelle regelmäßig neben der formalen Beteiligung auf materielle Kriterien ab⁵⁸. Dem ist nicht zu folgen. So richtig beide Aussagen für sich genommen sind, sprechen sie gleichwohl nicht gegen eine formalisierte Betrachtungsweise. Eine nicht abschließende Anknüpfung der Klagebefugnis an sekundärrechtliche Bestimmungen hält auch Zilles für möglich⁵⁹. Die (gerichtliche) Prüfung materieller Kriterien, z. B. einer „spürbaren Beeinträchtigung in der Marktstellung“, verlangt der EuGH bei Verfahrensbeteiligung des Klägers ausdrücklich nur für den Fall, daß die das Verfahrensrecht gewährende Norm selbst keine materiellen Voraussetzungen für diese Beteiligung definiert⁶⁰. Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO stellt jedoch solche Voraussetzungen auf, indem er für die Anhörung (neben der formellen Antragstellung) ein „hinreichendes Interesse“ des Antragstellers verlangt. Richtig ist also, daß bei Prüfung der Individualisierung nach Art. 173 Abs. 4 EGV letztlich immer ein materielles Kriterium eine Rolle spielt. Doch begründet der Umstand, daß die Kommission das Vorliegen dieses Kriteriums inzidenter bejaht, indem sie einem Anhörungsantrag stattgibt, eine für Zwecke der Klagebefugnisprüfung ausreichende Vermutung der individuellen Betroffenheit des Angehörten⁶¹. Eine Widerlegung dieser Vermutung ist, da die Zulässigkeitsprüfung nach Ansicht des EuGH nicht mit materiellen Fragen überlastet werden darf⁶², allenfalls bei Darlegung evident unzureichender Betroffenheit des Klägers möglich.

Selbst bei offensichtlichem Fehlen jeglicher materieller Betroffenheit kann die Klagebefugnis nach der Rechtsprechung des EuGH aufgrund besonderer Umstände – etwa wegen einer herausragenden Rolle des Klägers im Verwaltungsverfahren – analog Art. 173 EGV gegeben sein⁶³.

c) Individualisierung durch materielle Betroffenheit

Mit dem Kriterium der Verfahrensbeteiligung ist ein Maßstab für die Individualisierung des Klägers beschrieben, für den insbesondere seine einfache Handhabbarkeit spricht. Doch würde es zu kurz greifen, an dieser Stelle stehen zu bleiben und die Individualisierung exklusiv aus der tatsächlich erfolgten, förmlichen Anhörung herzuleiten⁶⁴.

aa) Kein Erfordernis eines „Vorverfahrens“

Es sind Fälle denkbar, in denen ein Dritter rein tatsächlich am Verfahren beteiligt war⁶⁵, in denen er sich gar nicht am Kommissionsverfahren beteiligen konnte⁶⁶ oder in denen überhaupt kein Kommissionsverfahren stattgefunden hat⁶⁷. Insbesondere in den beiden letztgenannten Fällen ist die materielle Schutzbedürftigkeit des Dritten sogar größer als bei dessen förmlicher Anhörung, da ihm überhaupt keine Gelegenheit gegeben wurde, seine Interessen zu Gehör zu bringen. Mehr noch: Die Verweigerung des in Art. 18 Abs. 4 FKVO gewährten Anhörungsanspruches stellt dem Berechtigten gegenüber eine Verletzung seiner durch die FKVO garantierten Verfahrensrechte dar⁶⁸. Die förmliche Verfahrensbeteiligung ist daher zwar möglicher Anknüpfungspunkt, nicht aber notwendige Bedingung der Individualisierung des Klägers. Diese Position hat auch das EuG eingenommen und mehrfach betont, die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage sei nicht an die Durchführung eines (in Art. 173 EGV nicht vorgesehenen) „Vorverfahrens“ gebunden⁶⁹.

51 St. Rspr. seit EuGH, Slg. 1963, 211, 238 „Plaumann“.

52 *Bos/Stuyck/Wytinck* (Fn. 28), Rn. 3–365; *Immenga* (Fn. 17), S. 1095; a. A. bzgl. der zu übernehmenden Unternehmen *Koch*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 38), nach Art. 86 Rn. 54 f.

53 EuGH, Slg. 1977, 1875, 1902, Rn. 11 f. „Metro I“.

54 Diese Fallgruppe ist hier nicht einschlägig. Aus dem Fehlen eines Antragsrechts in der FKVO sind jedoch keine Rückschlüsse gegen eine Zulassung von Drittklagen möglich (a. A. *Karl* [Fn. 2], S. 77 f.). Ein Antragsrecht ist überflüssig, weil jeder unter die FKVO fallende Zusammenschluß ohnehin angemeldet werden muß.

55 Besonders deutlich in EuGH, Slg. 1986, 391, 415 Rn. 24 f. „Cofaz“; s. auch EuGH, Slg. 1983, 2913, 2935 Rn. 28 ff. „FEDIOL“; EuGH, Slg. 1983, 3043, 3063 Rn. 12 f. „Demo-Studio Schmidt“; EuGH, Slg. 1985, 848, 865 Rn. 12 ff. „Timex“; EuGH, Slg. 1986, 3021, 3080 Rn. 21 f. „Metro II“.

56 *Heidenhain*, EuZW 1991, 590, 594; *Immenga*, WuW 1990, 371, 380; ders., Die Europäische Fusionskontrolle im wettbewerbsspolitischen Kräftefeld, 1993, S. 39; *Sedemund/Heinemann*, DB 1995, 713, 715 m. w. N.

57 *Zilles* (Fn. 3), S. 99 ff., 147.

58 *Zilles* (Fn. 3), S. 99 f.

59 *Zilles* (Fn. 3), S. 99.

60 EuGH, Slg. 1986, 391 (Leitsatz 2) „Cofaz“.

61 Vgl. EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 47 „CCE Vittel und CE Pierval“; wie hier *Immenga* (Fn. 17), S. 1096; a. A. *Kirchhoff*, BB-Beil. 14/1990, 14; *Karl* (Fn. 2), S. 79.

62 Vgl. EuGH, Slg. 1986, 391, 416 Rn. 28 „Cofaz“.

63 EuGH, Slg. 1988, 219, 268 f., Rn. 21 ff. „Van der Kooy“.

64 So auch *Zilles* (Fn. 3), S. 98 ff.

65 D. h. ohne vorher einen entsprechenden förmlichen Antrag gestellt zu haben.

66 Z. B. weil er erst nach dessen Abschluß davon erfahren hat.

67 So geschehen im bereits angesprochenen Fall EuG, Slg. 1994 II, 121 ff. „Air France I“.

68 Vgl. EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 48 „CCE Vittel und CE Pierval“.

69 EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 46 f. „CCE Vittel und CE Pierval“; EuG, EuZW 1996, 660, 664 Tz. 62 „Métropole Télévision“. In diese Richtung geht schon die Entscheidung Extramet Industrie des EuGH, nach der unter Umständen auch allein eine besonders intensive wirtschaftliche Betroffenheit die Individualisierung herbeiführen kann, EuGH, Slg. 1991 I, 2501, 2532 Rn. 17 f. „Extramet Industrie“.

bb) Verwirkung des Klagerechts

Auch wenn die Verfahrensbeteiligung keine *conditio sine qua non* der Klagebefugnis ist, könnte bei vorwerfbarer Unterlassung der Verfahrensbeteiligung eine Verwirkung des Klagerechts in Betracht kommen. *Zilles* verneint dies unter Hinweis darauf, dies sei rechtsdogmatisch nicht möglich⁷⁰. Das erscheint keineswegs zwingend. Zwar kann ein Kläger nicht seine Klagebefugnis als solche verirken, doch kann er durchaus seines Klagerechtes verlustig gehen. Dies ist etwa der Fall, wenn er die Klagefrist des Art. 173 Abs. 5 EGV versäumt. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird ein Kläger zudem nur mit den Argumenten gehört, die er entweder auch der Kommission vorgetragen hat oder ihr aufgrund der Verletzung seiner Verfahrensbeteiligungsrechte durch die Kommission ohne eigenes Verschulden nicht hat vortragen können⁷¹. Beteiligt sich ein Dritter am Kommissionsverfahren und ist seine Klage deshalb nach dem oben Gesagten zulässig, so wird er dennoch nicht mit Einwänden gehört, die er bereits im Verwaltungsverfahren hätte vorbringen können. Hat er sich schuldhaft (!) gar nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt, so liegt es nahe, die Klage insgesamt als mißbräuchlich anzusehen und dem Kläger in Fortentwicklung dieser Rechtsprechung das Rechtsschutzinteresse abzuschneiden. Dies ist nicht nur unter dem Aspekt des von der FKVO anerkannten Schutzes der Interessen der Beteiligten an möglichst schnell eintretender Rechtssicherheit geboten, sondern würde Dritten auch einen wirksamen Anreiz geben, schon frühzeitig nach besten Kräften mit der Kommission zusammenzuarbeiten und auf diese Weise deren Ressourcen zu vermehren, da die Zurückhaltung von Informationen (etwa mit dem Ziel der Verschleppung des Verfahrens) allein zu Lasten der Dritten selbst gehen würde.

cc) Materiellrechtlicher Maßstab

Hauptproblem ist die Bestimmung des materiellrechtlichen Maßstabes. *Zilles* tritt dafür ein, die individuelle Betroffenheit eines Dritten nur dann zu bejahen, wenn dieser (1) im wettbewerblichen Schutzbereich der FKVO stehe⁷² und (2) möglicherweise durch die durch den Zusammenschluß begründete Marktmacht gefährdet sei⁷³. *Zilles* arbeitet zu diesem Zweck nach verschiedenen Gruppen von Drittbetroffenen differenzierte Kriterien heraus⁷⁴.

(1) Konkurrenten

Konkurrenten stehen nach *Zilles* im Schutzbereich der FKVO. Hinsichtlich seines zweiten Kriteriums stellt er zur Bestimmung der materiellen Gefährdung auf die Kriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO, bei horizontalen Zusammenschlüssen insbesondere auf den Marktanteil der zusammengeschlossenen Unternehmen, ab⁷⁵. Unter Berufung auf die Kommissionspraxis nimmt er bei einem horizontalen Zusammenschluß eine individuelle Betroffenheit bei Erreichung eines Marktanteils von 80% und mehr ohne weiteres, bei einem solchen über 45% regelmäßig, bei 25% bis 40% nur bei Hinzukommen weiterer Marktmachtfaktoren und bei unter 25% (wegen Erwägungsgrund 15) nur im Ausnahmefall an⁷⁶. Dieser Ansatz, nach dem auch eine rein materielle Betroffenheit ausreichen kann, ist im Grundsatz zu begrüßen. Wer diese Kriterien erfüllt, sollte auch klagebefugt sein.

Geht man davon aus, daß jedenfalls auch eine formelle Anknüpfung der individuellen Betroffenheit in Betracht kommt, so ist ein (aktueller oder potentieller) Konkurrent sogar schon dann als klagebefugt anzusehen, wenn er ein hinreichendes Interesse an dem Zusammenschluß besitzt und ihm ein Anhörungsrecht nach Art. 18 Abs. 4 Satz 1 FKVO zustehen würde. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuG der Fall, wenn er „seine Marktstellung durch den Zusammenschluß erheblich geändert sieht, weil einer seiner Mitbewerber die seine wesentlich verstärkt“⁷⁷. Dies wiederum dürfte mit Blick auf hohe Schwellenwerte und Eingriffs-

voraussetzungen der FKVO bei praktisch allen unter die FKVO fallenden Zusammenschlüsse der Fall sein. Letztlich entscheidend ist nach diesem zwischen rein materieller und rein formeller Betrachtungsweise vermittelnden Ansatz also nicht, ob der Kläger angehört worden ist, sondern ob er einen Anspruch darauf hatte, angehört zu werden. Das EuG hat diesen Ansatz jüngst bestätigt⁷⁸. In der Praxis dürften beide Ansätze kaum zu abweichenden Ergebnissen führen, zumal nur unerheblich betroffene Konkurrenten die Belastungen und Risiken einer Klage kaum auf sich nehmen werden.

(2) Zulieferer und Abnehmer

Noch schwierig gestaltet sich die Prüfung der individuellen Betroffenheit bei Zulieferern und Abnehmern. *Zilles* sieht Zulieferer und Abnehmer mit Blick darauf, daß sie ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 FKVO erwähnt werden, als in das Schutzbereich der FKVO einbezogen an. Eine für die individuelle Betroffenheit hinreichende Gefährdung setze darüber hinaus voraus, daß der Kläger infolge bestehender Geschäftsbeziehungen oder besonderer wirtschaftlicher Vorkerungen möglicherweise durch den Zusammenschluß einen konkreten wirtschaftlichen Nachteil erfahren könne. Dafür seien ähnliche Maßstäbe heranzuziehen wie bei den Konkurrenten. Bei horizontalen Zusammenschlüssen komme wiederum der Marktanteil als wichtiger Indikator in Betracht, darüber hinaus insbesondere die Darlegung drohender wirtschaftlicher Abhängigkeit⁷⁹. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings setzt Art. 173 Abs. 4 EGV weder eine aktuelle, noch eine konkrete Betroffenheit voraus⁸⁰. Wie oben festgestellt, werden aktuelle Vertragsbeziehungen durch einen Zusammenschluß nicht unmittelbar geändert. Unmittelbar betroffen werden Abnehmer und Zulieferer insoweit, als ihr künftiger Verhaltensspielraum auf dem Markt eingeschränkt werden kann. Dies kann auch bei potentiellen Abnehmern und Zulieferern der Fall sein, wenngleich diese es schwerer haben dürften, ein „hinreichendes Interesse“ im Sinne der hier vertretenen vermittelnden Ansicht nachzuweisen. Im allgemeinen dürften die Maßstäbe für die Darlegung dieses Interesses bei Abnehmern und Zulieferern schärfer sein als bei Konkurrenten. Konkurrenten drohen aus dem Zusammenschluß typischerweise bereits dann erhebliche Nachteile, wenn noch keine Marktsituation besteht, in der die Vertragspartner in wirtschaftliche Abhängigkeit von den zusammengeschlossenen Unternehmen zu geraten drohen⁸¹.

70 *Zilles* (Fn. 3), S. 101.

71 Vgl. EuGH, Slg. 1985, 1105, 1121 f., Rn. 17 f., Rs. 298/83 „CICCE“; EuGH, Slg. 1984, 19, 59 „VBVB und VBBB“; EuGH, Slg. 1987, 3131, 3153 Rn. 8 „Ancides“; vgl. auch EuG, Slg. 1994 II, 323, 340 f. Rn. 44 „Air France II“.

72 Gegen ein Abstellen auf den Schutzbereich der FKVO, *Verf.* (Fn. 2), S. 274 f., 298; wohl auch EuG, WuW 1994, 42, 43 „Zunis Holding“.

73 *Zilles* (Fn. 3), S. 108 f., in teilw. Anlehnung an *Karl* (Fn. 2), S. 79.

74 *Zilles* (Fn. 3), S. 126 ff.

75 Vgl. die differenzierte Darstellung bei *Zilles* (Fn. 3), S. 141 ff.

76 In diese Richtung tendiert für das US-Recht auch die Entscheidung *R. C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*, 867 F.2d 102 (2d Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 815 (1989); dazu *Verf.* (Fn. 2), S. 211 f., 219 ff.

77 EuG, Slg. 1994, II, 121 (Leitsatz 6 a. E.) „Air France I“.

78 EuG, EuZW 1996, 660, 664 Tz. 61 „Métropole Télévision“.

79 *Zilles* (Fn. 3), S. 159 ff., 177 f.

80 *Verf.* (Fn. 2), S. 277 f. m. w. N.

81 Konkurrenten werden z. B. durch die für sich legale, nicht durch Art. 86 EGV erfassbare Ausnutzung von durch einen illegalen Zusammenschluß erlangten Größenvorteilen bedroht, dazu mit Blick auf das US-Recht *Verf.* (Fn. 2), S. 197 f., 213 ff.

(3) Aktionäre

Die Frage der individuellen Betroffenheit der Aktionäre verneint Zilles, da er diese Gruppe außerhalb des Schutzbereichs der FKVO stellt und schon deshalb als nicht klagebefugt ansieht⁸². Demgegenüber hat das EuG in der *Zunis Holding*-Entscheidung eine individuelle Betroffenheit der klagenden Aktionäre zwar im Grundsatz unter Hinweis darauf abgelehnt, sie seien von dem Zusammenschluß nicht anders betroffen als alle anderen Aktionäre auch⁸³. Damit hat es aber zugleich angedeutet, daß Aktionäre unter besonderen Umständen individuell betroffen sein könnten. In Zusammenhang mit der *Extramet Industrie*-Entscheidung des EuGH könnte man daraus ggf. einen Schluß auf die individuelle Betroffenheit bestimmter Großaktionäre ziehen⁸⁴. Dann erschiene es allerdings bedenklich, Kleinaktionären (die mangels anderer Einflußmöglichkeiten noch schutzbedürftiger sind) ein Klagerecht zu verwehren. Sollte das EuG in Zukunft ein Klagerecht von Großaktionären bejahen, so sollte zumindest über eine analoge Anwendung des Art. 173 Abs. 4 EGV zugunsten von Vereinigungen von Kleinaktionären nachgedacht werden, die ein bestimmtes, nicht unerhebliches Quorum erreichen.

(4) Arbeitnehmervertreter

Mit Blick auf die seiner Ansicht nach fehlende Einbeziehung von Arbeitnehmern das Schutzbereich der FKVO lehnt Zilles auch die individuelle Betroffenheit und damit Klagebefugnis von Arbeitnehmervertretungen ab⁸⁵. Demgegenüber ist nach der hier vertretenen Ansicht, der auch das EuG zuneigt, zu differenzieren: Gewerkschaften sind nach dem oben Gesagten schon mangels unmittelbar Betroffenheit nicht klagebefugt. Die Betriebsräte der beteiligten Unternehmen sind demgegenüber als „anerkannte Vertreter der Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO ohne weiteres anhörungsberechtigt und damit auch klagebefugt. Vom Vorliegen eines hinreichenden Interesses ist bei ihnen schon nach dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO auszugehen⁸⁶.

IV. Voraussetzungen der Begründetheit der Nichtigkeitsklage

Ist die Klage zulässig, so findet keine vollständige Neuverhandlung zur Sache, sondern nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle statt, in deren Rahmen das Gericht prüft, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist, ob kein Ermessensmißbrauch vorliegt und ob die Entscheidung eine ausreichende Begründung enthält⁸⁷. Eine unbeschränkte Ermessensnachprüfung erfolgt nur bei Anfechtung von Entscheidungen der Kommission nach Art. 14 und 15 FKVO statt (vgl. Art. 16 FKVO i. V. m. Art. 172 EGV).

Richtet sich die Klage gegen eine Entscheidungsfiktion nach Art. 10 Abs. 6 FKVO, die naturgemäß keine Begründung enthalten kann, so ist die Klage regelmäßig schon wegen dieses Mangels begründet, es sei denn, der Zusammenschluß ist offensichtlich und unter jeder erdenklichen Betrachtungsweise vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Im letztgenannten Fall ist im Fehlen der Begründung kein hinreichend schwerer Fehler zu sehen.

Eine Entscheidung kann auch wegen der qualifizierten Verletzung von Verfahrensgarantien für nichtig erklärt werden⁸⁸. Qualifiziert ist eine Verletzung von Verfahrensgarantien dann, wenn der Kommission die Gewährung der vorerhaltenen Verfahrensrechte ausdrücklich auferlegt worden ist. Das ist im Rahmen der FKVO der Fall, wenn die Kommission einen Anhörungsberechtigten trotz ordnungsgemäßen und begründeten Antrags nach Art. 18 Abs. 4 Satz 2 FKVO nicht angehört hat⁸⁹.

Die Entscheidung des EuG ist nach Art. 174 Abs. 1 FKVO rein kassatorisch. Das EuG kann nicht selbst über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt entscheiden. Vielmehr tritt die Kommission nach Art. 10 Abs. 5 FKVO (ohne daß es dazu einer Rückverweisung durch das EuG bedarf) nach der Urteilsverkündung erneut in die Prüfung des Zusammenschlusses ein⁹⁰.

V. Einstweiliger Rechtsschutz

Die Möglichkeiten Dritter, den Vollzug eines Zusammenschlusses im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern, sind ausgesprochen eng. Das europäische Verfahrensrecht kennt weder ein vom Hauptsacheverfahren unabhängiges Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Noch hat die Nichtigkeitsklage selbst wegen Art. 185 EGV aufschiebende Wirkung. Die einzige Möglichkeit für einen Dritten, den Vollzug eines Zusammenschlusses aufzuhalten, ist die Stellung eines Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach Art. 186 EGV zusammen mit oder nach der Erhebung der Nichtigkeitsklage⁹¹. Erfolgversprechend ist ein solcher Antrag nur bei besonderer Dringlichkeit, d. h. wenn dem Antragsteller ohne den Erlaß der Anordnung ein schwerer, nicht wiedergutzumachender Schaden droht und wenn nicht überwiegende Interessen der Öffentlichkeit, der Kommission oder der Zusammenschlußbeteiligten entgegenstehen⁹². Da die Aussetzung des Vollzuges eines Zusammenschlusses einschneidende Folgen für die Zusammenschlußbeteiligten haben kann, ist dies nach Ansicht des EuG allenfalls dann der Fall, wenn der Antragsteller ohne die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in eine existenzbedrohende Lage geraten würde⁹³.

Die Zusammenschlußbeteiligten selbst können die Durchführung eines Fusionskontrollverfahrens nicht durch einen mit einer Nichtigkeitsklage gegen die Anmeldeaufforderung der Kommission verbundenen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung verhindern⁹⁴.

82 Zilles (Fn. 3), S. 167 ff.

83 EuG, WuW 1994, 43 f. „Zunis Holding“.

84 EuGH, Slg. 1991 I, 2501, 2532 Rn. 17 f. „Extramet Industrie“ (Klage des größten Importeurs der betroffenen Ware und Hauptwettbewerbers des begünstigten Unternehmens).

85 Zilles (Fn. 3), S. 173 ff.

86 Vgl. EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 48 „CCE Vittel und CE Pierval“.

87 EuGH, Slg. 1987, 4487, 4583 Rn. 62 „BAT und Reynolds“.

88 EuG, EuZW 1995, 677, 683 Tz. 59 f. „CCE Vittel und CE Pierval“; EuG, WuW 1995, 825, 828 „Société Générale des Grandes Sources“.

89 *Verf.* (Fn. 2), S. 323; vgl. EuG, WuW 1998, 513 ff. „Kaysersberg SA“.

90 Vgl. dazu *Bos/Stuyck/Wytinck* (Fn. 28), Rn. 4–381; *Happe*, EuZW 1995, 308.

91 Dabei ist zu beachten, daß der Zusammenschluß spätestens mit dem Erlaß der Kommissionsentscheidung vollziehbar wird, vgl. Art. 7 FKVO; dazu *Heidenhain*, EuZW 1991, 590, 595.

92 EuG, Slg. 1994 II, 265, 283 Rn. 35, 45 „SCPA und EMC“.

93 EuG, Slg. 1994 II, 265, 283 Rn. 44 „SCPA und EMC“.

94 EuG, Slg. 1996 II, 797 ff. „Sogecable SA“; vgl. dazu Ausführungen oben bei Fn. 23; *Montag/Kaessner*, WuW 1997, 781, 793 f.