

## I. ABHANDLUNGEN

Torsten Körber, Jena

### Verweisungen nach Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO 139/2004

#### Erste praktische Erfahrungen und offene Fragen

Einer der Kernpunkte der Reformvorschläge der Kommission im Grünbuch zur Revision der Fusionskontrollverordnung (FKVO) 4064/89 aus dem Jahre 2001 war die verbesserte Regelung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten<sup>1)</sup>. Nachdem Vorschläge zu einer grundlegenden Änderung der Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO sich nicht durchsetzen konnten<sup>2)</sup>, konzentrierte sich die Kommission auf eine Reform des Verweisungsregimes<sup>3)</sup>. Dazu wurden nicht nur die Art. 9 und 22 moderat überarbeitet, sondern vor allem in Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 der neuen FKVO 139/2004 völlig neue Verweisungsmöglichkeiten schon vor der Anmeldung und auf Initiative der Unternehmen geschaffen<sup>4)</sup>. Zahl und Erfolg der Anträge nach Art. 4 Abs. 4 und 5 sprechen für das neue Verweisungsregime. Der folgende Beitrag bewertet die neuen Verweisungsregeln im Lichte erster praktischer Erfahrungen, er spürt offenen Fragen nach und setzt die neuen Regelungen ins Verhältnis zu den bekannten und bewährten Verweisungsnormen der Art. 9 und 22 FKVO.

#### I. Überblick

Ziel der Neuregelung war die effiziente und flexible Gestaltung des Systems der Kompetenzzuweisung<sup>5)</sup>: es sollte gewährleistet werden, dass ein Zusammenschluss durch die am besten geeignete Behörde geprüft wird; Mehrfachanmeldungen von Zusammenschlüssen, die nicht die Schwellenwerte des Art. 1 FKVO erreichten, aber in mehreren Mitgliedstaaten nach nationalem Recht anzumelden wären, sollten nach Erwägungsgrund 10 zur FKVO vermieden werden. Die Kommission orientiert sich bei ihren Verweisungsentscheidungen heute dementsprechend an den Leitlinien (Grundsätzen) der Subsidiarität, der geeigneteren Behörde, der einzigen Anlaufstelle (one-stop-shop) und der Rechtssicherheit<sup>6)</sup>. Während die Art. 9 und 22 nach wie vor die Verweisung *nach Anmeldung* auf Antrag eines *Mitgliedstaates* erfassen, ermöglichen die neuen Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO es den *Unternehmen*, eine Verweisung des Zusammenschlussvorhabens an einen oder mehrere Mitgliedstaaten (Abs. 4) bzw. an die Kommission (Abs. 5) bereits *vor der Anmeldung* zu beantragen. Mit Erfolg: 16 Verweisungsanträgen nach Art. 9 und acht Verweisungsanträgen nach Art. 22 standen von 2004 bis No-

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1) Internet-Links zu allen Gesetzestexten, Dokumenten und Entscheidungen finden sich auf der Website der Kommission [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html) sowie unter [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu).

2) Danach sollte unter Verzicht auf Umsatzschwellenwerte eine automatische Zuständigkeit der Kommission für alle Zusammenschlussvorhaben begründet werden, die in mindestens drei Mitgliedstaaten angemeldet werden müssten (sog. „3+-System“). Vgl. Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates, KOM (2001) 745/6 endg., Tz. 15 ff. und 57.

3) Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, KOM (2002) 711 endg., ABl. 2003 C 20/4, Tz. 18 ff.

4) Der Rechtsgedanke der Drei-Länder-Schwelle blieb in der fakultativen 3+-Regelung des Art. 4 Abs. 5 erhalten.

5) Vgl. Mitteilung über die Verweisung von Fusionssachen (im Folgenden „Mitteilung Verweisungen“), ABl. 2005 C 56/2, Tz. 7.

6) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 8 ff.

vember 2006 bereits 28 Anträge nach Art. 4 Abs. 4 und 84 Anträge nach Art. 4 Abs. 5 gegenüber; lediglich zwei Anträge nach Art. 4 Abs. 5 wurden abgelehnt; dagegen hatten bisher 25 Anträge nach Art. 4 Abs. 4 und 78 Anträge nach Art. 4 Abs. 5 Erfolg<sup>7)</sup>).

## II. Verweisung vor Anmeldung (Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO)

### 1. Formelle Aspekte

Der Erfolg der Verweisungsanträge hat seinen Grund nicht zuletzt in ihrer sorgfältigen Vorbereitung aufgrund umfangreicher Vorgaben und Hilfestellungen seitens der Kommission. Unternehmen, die bereits vor der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 stellen wollen, müssen dafür zwingend das neue Formblatt RS („Reasoned Submission“) verwenden, das im Anhang zur Durchführungsverordnung (DVO) Nr. 802/2004 abgedruckt ist und in seiner Einleitung umfangreiche Erläuterungen enthält<sup>8)</sup>. Hilfestellung bei der Anwendung der Verweisungsregelungen gibt vor allem die Kommissionsmitteilung über die Verweisung von Fusionsfällen<sup>9)</sup>. Gemeinsame Leitlinien der nationalen Kartellbehörden sind in den „Grundsätzen für die Anwendung von Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 der Europäischen Fusionskontrollverordnung durch die nationalen Wettbewerbsbehörden der ECA“ (ECA-Prinzipien) festgehalten<sup>10)</sup>. Dem eigentlichen Antrag können und sollten (wie der Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1) informelle Vorgespräche der Unternehmen mit Kommission und zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vorausgehen<sup>11)</sup>. Die Kommission kann die Unternehmen von bestimmten, im Formblatt RS verlangten Angaben entbinden oder auch umgekehrt zusätzliche Angaben von ihnen verlangen<sup>12)</sup>.

Antragsbefugt sind nach Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 bzw. Abs. 5 Unterabs. 1 FKVO (nur) die nach Art. 4 Abs. 2 Anmeldepflichtigen<sup>13)</sup>. Daraus folgt, dass nicht im Sinne der Anmeldevorschriften am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen – einschließlich des Veräußerers – ebenso wenig antragsbefugt sind wie die Ziele öffentlicher Übernahmeangebote. Auch nicht öffentlich bekannte Vorhaben können Gegenstand eines Verweisungsantrags sein, denn die Tatsache der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 wird (anders als diejenige der Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1) nicht veröffentlicht<sup>14)</sup>.

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Zeitpunkt der Antragstellung. Voraussetzung für einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 ist, dass das Zusammenschlussvorhaben bereits hinreichend konkret ist. Dies ist grundsätzlich in Parallele zur neuen Regelung der Anmeldefähigkeit nach Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 zu bestimmen, allerdings mit der Maßgabe, dass ein Übernahmeangebot auch schon vor seiner Veröffentlichung Gegenstand eines Verweisungsantrags sein kann<sup>15)</sup>. Andererseits muss der Verweisungsantrag gestellt werden, bevor der Zusammenschluss bei der Kommission oder einer nationalen Behörden angemeldet worden ist. Nach Auffassung der Kommission schließt bereits eine einzige Anmeldung innerhalb der Gemeinschaft (bei ihr oder bei einer mitgliedstaatli-

7) Vgl. <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/stats.html>.

8) Vgl. Art. 6 Abs. 1 DVO, ABLEG 2004 L 133/1; vgl. dazu *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Band 1/2: EG (im Folgenden: WbR) Art. 4 FKVO Rdnr. 69 f.; *Soyez*, Die Verweisung an die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 FKVO – eine sinnvolle Option?, *ZWeR* 2005, 416, 419 f.

9) ABl. 2005 C 56/2 mit Schaubildern zum Verweisungsverfahren.

10) Internet-Link zu den ECA-Principles auf der Website des BKartA und bei [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu).

11) Siehe Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 64; ECA-Prinzipien (Fn. 10) Tz. 10.

12) Vgl. Art. 4 Abs. 2 DVO; Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 63.

13) Vgl. Einleitung C des Formblattes RS. Nach Art. 6 Abs. 2 DVO gilt für die Antragsbefugnis (einschließlich der Antragstellung durch einen Vertreter) Art. 2 DVO entsprechend.

14) Siehe Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 61.

15) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 61 a.E.; *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 75.

chen Behörde) die Möglichkeit aus, einen Verweisungsantrag zu stellen<sup>16</sup>). Für diese formelle Grenzlinie spricht die dadurch bewirkte Rechtssicherheit. Ein Vorhaben muss allerdings (wieder) als nicht angemeldet gelten, wenn Kommission oder nationale Kartellbehörde ein Prüfverfahren nach wirksamer Rücknahme der Anmeldung<sup>17</sup>) eingestellt haben, und es neu angemeldet werden könnte, denn mit der wirksamen Rücknahme der Anmeldung wird das Verfahren auch hinsichtlich der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 und 5 wieder in das Stadium vor der Anmeldung zurückversetzt<sup>18</sup>).

Der Umstand, dass auch ein Antrag nach Art. 4 Abs. 5 (auf Verweisung an die Kommission) nur vor Anmeldung des Zusammenschlusses bei der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörde möglich ist, bringt die Unternehmen möglicherweise in eine „Zwickmühle“ aus mitgliedstaatlicher, regelmäßig bußgeldbewehrter Anmeldepflicht und drohendem Verlust der Verweisungsmöglichkeit nach Art. 4 Abs. 5 bei Erfüllung der nationalen Anmeldepflicht. Die Kommission hat dieses Problem erkannt. Sie hat eine (rechtlich unverbindliche) Aufforderung an die mitgliedstaatlichen Behörden gerichtet, während der Bearbeitungszeit der Verweisungsanträge nach Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 keine Geldbußen wegen Verletzung nationaler Anmeldepflichten zu erheben<sup>19</sup>). Weiterhin sollte erwogen werden, Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 3 auf die beschriebene Situation entsprechend anzuwenden. Nach dieser Regelung sind alle mitgliedstaatlichen Fristen bis zur Entscheidung über einen Antrag nach Art. 22 gehemmt. Gleiches sollte auch für einen Antrag nach Art. 4 Abs. 5 gelten<sup>20</sup>).

## 2. Materielle Verweisungsvoraussetzungen

### a) Art. 4 Abs. 4 FKVO (Verweisung an Mitgliedstaaten)

Die Anwendung des Art. 4 Abs. 4 setzt *kumulativ* voraus, dass ein Zusammenschlussvorhaben i.S.d. Art. 3 mit gemeinschaftsweiter Bedeutung i.S.d. Art. 1 vorliegt, das noch nicht bei der Kommission angemeldet worden ist und das im Falle der Verweisung vom nationalen Fusionskontrollrecht erfasst würde<sup>21</sup>). Auch wenn dies der Fall ist, kommt eine Verweisung an einen Mitgliedstaat nur in Betracht, wenn der Zusammenschluss den Wettbewerb auf (mindestens) einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaates erheblich beeinträchtigen kann und wenn der fragliche Markt alle Merkmale eines „gesonderten Marktes“ aufweist, weshalb der Zusammenschluss ganz oder teilweise von diesem Mitgliedstaat geprüft werden sollte (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1). Diese Voraussetzungen entsprechen denjenigen, die Art. 9 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 Unterabs. 1 lit. b für eine Verweisung nach Anmeldung auf Antrag eines Mitgliedstaates normieren. Für die Auslegung dieser Kriterien kann daher die Praxis zu Art. 9 und zum Untersagungskriterium des Art. 2 Abs. 3 herangezogen werden. Anders als beim Antrag nach Art. 9 können die Antragsteller allerdings auch mehrere Mitgliedstaaten angeben, in Bezug auf welche diese Voraussetzungen erfüllt sind und die daher das Vorhaben nach einem erfolgreichen Verweisungsantrag parallel prüfen sollen<sup>22</sup>).

Hinsichtlich des materiellen Kriteriums der Möglichkeit einer „erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung“ lässt es die Kommission ausreichen, dass die Antragsteller nachweisen, dass das Vorhaben potentiell erhebliche Auswirkungen auf

16) Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 49, 67 ff.

17) Dazu eingehend *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 54 ff.

18) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 76.

19) Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 69; siehe auch Erwägungsgrund 15 zur FKVO; vgl. *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 435 f.

20) Vgl. *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 436.

21) Eine Verweisung darf nicht dazu führen, dass ein an sich nach Art. 4 Abs. 1 anzumeldender Zusammenschluss in ein rechtliches Vakuum verwiesen wird und in Ermangelung einschlägiger nationaler Kartellrechtsnormen ungeprüft bleibt, vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 65 samt Fn. 52.

22) Vgl. Formblatt RS, Abschnitt 6.2.1.

einen (oder mehrere) Märkte hat und dass deshalb eine genauere Untersuchung angezeigt ist. Die Antragsteller müssen – obwohl Art. 4 Abs. 4 und Ziffer 6.2.4 des Formblattes RS von einer „Beeinträchtigung“ sprechen<sup>23)</sup> – nicht nachweisen, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses wettbewerbsschädlich sein würden<sup>24)</sup>. Es reicht aus, dass sie Indizien vortragen, die darauf schließen lassen, dass Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind bzw. dass es überhaupt „betroffene Märkte“ i.S.d. Formblattes RS gibt<sup>25)</sup>. Eine engere Sichtweise würde einer Verpflichtung zur Selbstbeichtigung nahekommen und die Attraktivität der Verweisungsvorschriften aushöhlen.

Die zweite Voraussetzung des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 („alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweisen“) bezieht sich auf die räumliche Ausdehnung der betroffenen Märkte. Die Antragsteller müssen nachweisen, dass diese einen nationalen oder kleineren Umfang haben<sup>26)</sup>. Zur Ermittlung des relevanten räumlichen Marktes kann auf die Legaldefinition des Art. 9 Abs. 7 FKVO zurückgegriffen werden. Die darin genannten Kriterien stimmen weitgehend mit denjenigen überein, die die Kommission in Abschnitt 6 II des Anmeldeformblattes CO und in Tz. 8 ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes<sup>27)</sup> nennt. Weitere Anhaltspunkte bietet wiederum die Fallpraxis zu Art. 9 Abs. 2 und zu Art. 2<sup>28)</sup>.

Die Antragsteller müssen darlegen, warum gerade der im Verweisungsantrag benannte Mitgliedstaat und nicht die Kommission die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchführen soll<sup>29)</sup>. Diese Darlegung ist an den in Tz. 8 bis 14 und 19 ff. der Kommissionsmitteilung Verweisungen skizzierten Leitlinien für die Fallallokation (Subsidiarität, geeignetere Behörde, einzige Anlaufstelle, Rechtssicherheit) zu orientieren. Diese Leitlinien sind praktisch von großer Bedeutung, obwohl ein entsprechender Hinweis im Wortlaut des Art. 4 Abs. 4 fehlt, weil die Kommission nach pflichtgemäßem Ermessen über die Verweisung entscheidet und eine Verweisung unter Berücksichtigung dieser Leitlinien auch dann ablehnen kann, wenn die geschriebenen Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 vorliegen.

#### b) Art. 4 Abs. 5 FKVO (Verweisung an Kommission)

Die Anwendung des Art. 4 Abs. 5 setzt voraus, dass ein Zusammenschlussvorhaben vorliegt, das noch bei keiner mitgliedstaatlichen Kartellbehörde angemeldet worden ist<sup>30)</sup>. Der Vollzug dieses Vorhabens müsste ferner zu einem Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 führen<sup>31)</sup>, dem zwar keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Art. 1 zukäme, der aber nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte („3+-Regelung“). Nicht erforderlich ist, dass das Vorhaben nach dem nationalen Recht anmeldspflichtig wäre<sup>32)</sup>. Da das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 aber ausdrücklich auch für Vorhaben

23) Insoweit zu Recht kritisch *Berg*, Die neue EG-Fusionskontrollverordnung, BB 2004, 561, 565.

24) So schon Erwägungsgrund 16 zur FKVO, vgl. auch Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 17, 61.

25) Vgl. *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 80; so auch die Kommission in ihrer Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Fn. 21 zu Tz. 17. Dies entspricht auch der englischen und französischen Sprachfassung („affected“, „affectée“).

26) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 18; Formblatt RS, Abschnitt 6.2.3.

27) Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5.

28) Vgl. z.B. KOMM. 7. 6. 2004, M.3271 – Kabel Deutschland/Ish; 14. 2. 2005, M.3674 – Iesy Repository/Ish (Art. 9: nationaler Markt für Breitbandkabeldienstleistungen); für weitere Beispiele s. *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker* WbR Art. 2 FKVO Rdnr. 129 ff. und Art. 9 FKVO Rdnr. 26.

29) Vgl. Formblatt RS, Abschnitt 6.2.

30) Vgl. oben II.1. bei Fn. 16 und 17.

31) Zusammenschlüsse (ohne Kontrollerwerb), die nicht unter Art. 3 FKVO fallen (vgl. etwa § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB), können nicht an die Kommission verwiesen werden, vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 65; *Hellmann*, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Hrsg. von *Hahn/Kaegei/Pohlmann/Rieger/Schroeder*, 58. Lfrg. Okt. 2005 (im Folgenden: FK), Art. 4 FKVO Rdnr. 58.

32) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 71.

besteht, die nach Art. 4 Abs. 5 von der Kommission geprüft werden sollen, kann ein Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 zur Verzögerung des legalen Vollzugs eines Zusammenschlusses führen, wenn die ohne Verweisung einschlägigen mitgliedstaatlichen Vollzugsverbote weniger streng sind als die europäische Regelung in Art. 7 bzw. sogar ganz fehlen<sup>33</sup>). Entscheiden sich die beteiligten Unternehmen trotzdem für einen Verweisungsantrag, etwa um in den Genuss einer einzigen Anlaufstelle („one-stop-shop“) in Gestalt der Kommission zu kommen, so müssen sie in dem Antrag neben den allgemeinen Angaben zum Zusammenschlussvorhaben<sup>34</sup>) die Mitgliedstaaten angeben, nach deren Recht das Vorhaben geprüft werden könnte. Sie müssen jeweils belegen, dass der Zusammenschluss die Aufgreifkriterien dieser Rechtsordnungen erfüllt und warum er trotzdem von der Kommission geprüft werden sollte<sup>35</sup>). Diese Angaben dienen nicht dazu, die Kommission zu überzeugen, die im Falle des Art. 4 Abs. 5 über keinen Entscheidungsspielraum verfügt. Sie sind an dem Ziel auszurichten, ein Veto der betroffenen Mitgliedstaaten zu verhindern<sup>36</sup>).

### 3. Vetorecht und Verweisungsentscheidung

Die Kommission leitet den vollständigen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 unverzüglich – d.h. in der Regel noch am Tag des Eingangs oder am darauf folgenden Arbeitstag<sup>37</sup>) – an alle Mitgliedstaaten weiter<sup>38</sup>).

#### a) Antrag nach Art. 4 Abs. 4 FKVO (Verweisung an Mitgliedstaaten)

Im Fall eines Antrags nach Art. 4 Abs. 4 müssen die im Antrag genannten Mitgliedstaaten der Kommission binnen 15 Arbeitstagen nach Erhalt des Antrags mitteilen, ob sie der Verweisung zustimmen oder nicht. Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, der Verweisung zuzustimmen, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 vorliegen und wenn eine Verweisung im Sinne der in Tz. 8 bis 14 und 19 ff. der Kommissionsmitteilung Verweisungen skizzierten Leitlinien für die Fallallokation zweckmäßig wäre. Außert sich der Mitgliedstaat binnen der 15-Tages-Frist nicht, so gilt dies allerdings als Zustimmung (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 2 Satz 3). Übt ein Mitgliedstaat umgekehrt sein Vetorecht aus, so wirkt dies nur für und gegen ihn selbst; das Veto schließt eine vollständige oder teilweise Verweisung des Vorhabens an einen anderen, ebenfalls im Verweisungsantrag genannten Mitgliedstaat nicht aus. Die Mitgliedstaaten genießen nach Art. 4 Abs. 4 mithin nur ein beschränktes Vetorecht, mit dessen Hilfe sie jeweils (nur) die Verweisung *an sich selbst* verhindern können, wenn sie den Zusammenschluss nicht prüfen wollen<sup>39</sup>).

Soweit kein Veto eingelegt wurde, *kann* die Kommission den Fall ganz oder teilweise an den oder die im Antrag genannten Mitgliedstaaten verweisen, wenn sie der Auffassung ist, dass die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 vorliegen und dass die Verweisung zweckmäßig ist. Die Kommission verfügt dabei sowohl über einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite („wenn sie der Auffassung ist“) als auch über Ermessen auf der Rechtsfolgende („kann die Kommission ... verweisen“). Sie entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 3)<sup>40</sup>). Bei der Ausübung dieses Ermessens sind ihr allerdings durch die Formulierung des Antrags Grenzen gesetzt: Sie kann den Antrag nur

33) Vgl. *Maudhuit/Soames*, Changes in EU Merger Control: Part 3, ECLR 2005, 144, 146.

34) Vgl. Abschnitte 1 bis 5 des Formblatts RS.

35) Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 a.E.; Formblatt RS, Abschnitt 6.3.1 ff.

36) Vgl. ECA-Prinzipien (Fn. 10) Tz. 13.

37) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 56. Arbeitstage sind nach Art. 24 DVO alle Tage außer Samstagen, Sonntagen und den Feiertagen der Kommission.

38) Vgl. Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 2 bzw. Abs. 5 Unterabs. 2

39) Vgl. *Hellmann*, Das neue Verweisungsregime in Art. 4 FKVO aus der Sicht der Praxis, EWS 2004, 289, 290.

40) Vgl. *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 50; *ders.*, EWS 2004, 289, 290.

annehmen oder ablehnen, nicht aber inhaltlich abändern. Eine vollständige Verweisung setzt daher ebenso wie eine Teilverweisung einen genau darauf gerichteten Antrag voraus<sup>41</sup>). Die Kommission muss die Entscheidung über Verweisung oder Nichtverweisung binnen 25 Arbeitstagen nach Eingang des vollständigen Verweisungsantrags treffen. Versäumt sie diese Frist, so gilt der Fall als antragsgemäß verwiesen (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 4).

Soweit der Zusammenschluss an einen Mitgliedstaat verwiesen wurde, fällt er allein in dessen Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 5) und kann nicht mehr bei der Kommission angemeldet werden<sup>42</sup>). Im Falle einer Vollverweisung an einen Mitgliedstaat dürfen die anderen Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht weiterhin nicht auf den Zusammenschluss anwenden<sup>43</sup>). Bei einer Teilverweisung ist hinsichtlich der nicht verwiesenen Teile eine Anmeldung nach Art. 4 Abs. 1 bei der Kommission vorzunehmen.

Die Kommission teilt ihre Entscheidung allen Mitgliedstaaten und den beteiligten Personen oder Unternehmen mit (Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 4 Satz 2). Eine darüber hinausgehende Veröffentlichung der Entscheidung im Amtsblatt ist in der FKVO nicht vorgesehen. Sie erfolgt aber – unter Berücksichtigung etwaiger Vertraulichkeitserfordernisse – auf den Internetseiten der GD Wettbewerb<sup>44</sup>). Die Verweisungsentscheidung ist nach den gleichen Maßstäben einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich wie eine Entscheidung nach Art. 9<sup>45</sup>).

Zu Verweisungen nach Art. 4 Abs. 4 kam es u.a. in den Fällen *Cargill-BCA/ABFAllied Grain/JV* (Agrarhandelsmärkte: horizontale Effekte nur im UK, vertikale Effekte im Gemeinsamen Markt nicht spürbar)<sup>46</sup>), *BC Partners/Ish* (deutscher Kabelfernsehmarkt, insbesondere NRW)<sup>47</sup>), *Schwarz-Gruppe/MEG* (deutscher Markt für alkoholfreie Getränke, wirtschaftlicher Schwerpunkt des Zusammenschlusses in Deutschland, Wettbewerb nur dort betroffen)<sup>48</sup>), *SULO/Cleanaway* (deutscher Markt für Sammlung und Transport von Abfällen)<sup>49</sup> und *O2/The Link* (UK-Markt für Mobiltelefonie)<sup>50</sup>).

#### b) Antrag nach Art. 4 Abs. 5 FKVO (Verweisung an Kommission)

Im Fall eines Verweisungsantrags nach Art. 4 Abs. 5 reichen die Befugnisse der Mitgliedstaaten deutlich weiter als bei einem solchen nach Art. 4 Abs. 4: Jeder Mitgliedstaat, der nach seinem Recht zur Prüfung des Zusammenschlusses befugt wäre<sup>51</sup>), kann binnen 15 Arbeitstagen nach Erhalt des Antrags die Verweisung an die Kommission ablehnen (Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3). Lehnt auch nur ein einziger zuständiger Mitgliedstaat die Verweisung binnen dieser Frist ab, so erfolgt keine Verweisung (Unterabs. 4)<sup>52</sup>). Das Vetorecht wirkt also im Gegensatz zu demjenigen des Art.

41) Siehe Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 49 Fn. 40; *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 84; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2005 (im Folgenden *Bechtold* u.a.) Art. 5 FKVO Rdnr. 26; zu den Voraussetzungen für eine Teilverweisung s. auch KOMM. 16. 12. 1997, M.1030, Tz. 11 ff. – *Lafarge/Redland*; 13. 12. 2002, M.2898 – *Leroy Merlin/Brico* (beide zu Art. 9); *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 9 FKVO Rdnr. 39 f.

42) Vgl. *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 54.

43) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 49 Fn. 40.

44) Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 80.

45) Siehe dazu *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 9 FKVO Rdnr. 74 ff. sowie Art. 16 FKVO Rdnr. 19; *Baron*, in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, Art. 4 FKVO Rdnr. 21 a.E.

46) KOMM. 8. 12. 2004, M.3534 – *Cargill-BCA/ABFAllied Grain/JV*.

47) KOMM. 2. 3. 2005, M.3684 – *BC Partners/Ish*; ebenso im Fall KOMM. 17. 10. 2005, M.3953 – *Apollo/BC Partners/Iesy-Ish-Telecolumbus*.

48) KOMM. 24. 11. 2005, M.3967 – *Schwarz-Gruppe/MEG*.

49) KOMM. 14. 12. 2005, M.4012 – *SULO/Cleanaway*.

50) KOMM. 18. 8. 2006, M.4302 – *O2/The Link*.

51) D.h. jeder „zuständige Mitgliedstaat“, dazu Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 70 ff.

52) Auch deshalb stehen die Mitgliedstaaten untereinander und mit der Kommission in ständigem Kontakt, vgl. Erwägungsgrund 14 zur FKVO und Tz. 16 der ECA-Prinzipien (Fn. 10).

4 Abs. 4 absolut, für und gegen *alle* Mitgliedstaaten. Legt auch nur einer von ihnen sein Veto ein, so verbleibt das Zusammenschlussvorhaben vollständig in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und muss bei deren Kartellbehörden angemeldet werden, soweit das nationale Recht dies verlangt. Die Kommission bleibt unzuständig. Eine Teilverweisung ist im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 4 und Art. 22 nicht möglich<sup>53</sup>). Maßstäbe für die Entscheidungen der Mitgliedstaaten finden sich in der Mitteilung Verweisungen und in den ECA-Prinzipien<sup>54</sup>).

Übt kein Mitgliedstaat fristgerecht sein Vetorecht aus und liegen die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 vor, so verbleibt der Kommission hinsichtlich ihrer Zuständigkeit ebenfalls kein Entscheidungsspielraum; vielmehr wird die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses gesetzlich vermutet. Der Zusammenschluss fällt damit kraft Gesetzes unter die FKVO. Die Mitgliedstaaten verlieren ihre Prüfkompetenz (Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 5). Der Zusammenschluss muss nach Art. 4 Abs. 1 und 2 bei der Kommission angemeldet und von dieser geprüft werden<sup>55</sup>).

Eine Veröffentlichung der Verweisung (oder Nichtverweisung) im Amtsblatt ist in der FKVO nicht vorgesehen. Die Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 wird lediglich in der verfahrensabschließenden Entscheidung der Kommission nach Art. 6 oder 8 FKVO erwähnt. Ein zusätzlicher Hinweis auf den Webseiten der GD Wettbewerb kommt in Betracht, erfolgt aber bisher nicht. Da die Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 kraft Gesetzes erfolgt, ist sie nicht als solche, sondern allenfalls im Rahmen einer Klage gegen die verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 6 oder 8 gerichtlich nachprüfbar<sup>56</sup>). Ob das Veto eines Mitgliedstaates auf nationaler Ebene justitiabel ist, ist bislang ungeklärt<sup>57</sup>).

Zu Verweisungen nach Art. 4 Abs. 5 an die Kommission kam es u.a. in den Fällen *Agfa-Gaevent/Lastra*, *Magna/NVG* und *Voestalpine/Nedcon*, in denen der relevante räumliche Markt jeweils europaweit abzugrenzen war<sup>58</sup>). In *Van Drie/Schils* wurde zumindest in Teilbereichen (hier Milchersatz für Kälber) ein europaweit abzugrenzender Markt angenommen<sup>59</sup>). Im Fall *Fox Paine/Advanta* ermittelte die Kommission einen zwar noch nationalen, aber sich in Richtung eines europaweiten Marktes entwickelnden Markt für Saatgut<sup>60</sup>). Im Fall *Syngenta/Advanta* erschien zwar fraglich, ob wirklich ein europaweiter Markt für Saatgutverarbeitung existierte; doch betraf das Zusammenschlussvorhaben Märkte in 17 Mitgliedstaaten und musste letztlich von der Kommission geprüft werden, weil keine der prüfberechtigten Behörden ein Veto eingelegt hatte<sup>61</sup>).

#### 4. Verweisung bei unvollständigem oder fehlerhaftem Antrag

Nicht abschließend geklärt ist, welche Konsequenzen ein unvollständiger oder fehlerhafter Antrag hat. Vergleichsweise unproblematisch sind insoweit Fälle zu handhaben, in denen diese Fehler seitens der Kommission erkannt werden: Unrichtige oder irreführende Angaben im Verweisungsantrag können nach Art. 14

53) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 95; s. auch ECA-Prinzipien (Fn. 10) Tz. 7.

54) Vgl. Erwägungsgrund 16 zur FKVO; Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 26 ff.; ECA-Prinzipien (Fn. 10) Tz. 8. Die Mitteilung Verweisungen ist für die mitgliedstaatlichen Behörden zwar nicht rechtsverbindlich. Sie besitzt aber eine erhebliche faktische Autorität, vgl. *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Einl FKVO Rdnr. 74 ff.; ähnlich *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 424.

55) Vgl. *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 59; ECA-Prinzipien (Fn. 10) Tz. 7.

56) Ebenso *Baron*, in: *Langen/Bunte* Art. 4 FKVO Rdnr. 21 a.E.

57) Dazu *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 437 f. (Veto zwar keine verwaltungsinterne Vorbereitungshandlung i.S.d. § 44a VwGO, aber gleichwohl keine Chance, rechtzeitig einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen).

58) KOMM. 9. 8. 2004, M.3439 – *Agfa-Gevaert/Lastra*; 24. 9. 2004, M.3486 – *Magna/NVG*; 10. 8. 2004, M.3483 – *Voestalpine/Nedcon*.

59) KOMM. 8. 12. 2004, M.3535, Tz. 21 – *Van Drie/Schils*.

60) KOMM. 20. 8. 2004, M.3506, Tz. 25 f. – *Fox Paine/Advanta*.

61) KOMM. 17. 8. 2004, M.3465, Tz. 29 ff. – *Syngenta/Advanta*.

Abs. 1 lit. a FKVO mit einer Geldbuße geahndet werden. Vor allem aber führen sie nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 DVO zur Unvollständigkeit und damit schwebenden Unwirksamkeit des Verweisungsantrags. Die Fristen der Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 FKVO beginnen nicht zu laufen, und eine „automatische Verweisung“ durch Fristablauf scheidet aus. Dagegen fehlt eine Regelung für Fälle, in denen aufgrund unvollständiger, unrichtiger oder irreführender Angaben bereits eine Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 erfolgt ist bzw. in denen die Kommission sogar schon abschließend nach Art. 6 oder 8 über ein antragsgemäß nach Art. 4 Abs. 5 an sie verwiesenes Vorhaben entschieden hat.

a) Art. 4 Abs. 4 FKVO (Verweisung an Mitgliedstaaten)

Für den Fall, dass eine Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 aufgrund eines unvollständigen oder unrichtigen Antrags erfolgt ist, geht die Kommission in Tz. 60 ihrer Mitteilung Verweisungen davon aus, sie könne die Anmeldung des Zusammenschlusses nach Art. 4 Abs. 1 verlangen (wenn er nach Art. 1 und 3 unter die FKVO falle) und ihn dann entweder selbst prüfen oder auf Antrag eines Mitgliedstaates nach Art. 9 erneut an diesen verweisen.

In der Literatur wird dem entgegengehalten, dass eine Anmeldung bei der Kommission in diesem Fall den Widerruf der Verweisungsentscheidung nach Art. 4 Abs. 4 voraussetzen würde, wofür die FKVO aber keine Rechtsgrundlage enthalte. Zudem könne ein solcher Widerruf, selbst wenn man ihn für möglich halte, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allenfalls bei schwerwiegender und für die Verweisung kausaler Verletzung der Informationspflichten durch die Antragsteller erfolgen<sup>62</sup>). Dem ist insoweit beizupflichten, als es schon mit Blick auf das Erfordernis der Rechtssicherheit sachgerecht erscheint, in einem solchen Fall einen Widerruf der Verweisungsentscheidung zu verlangen. Fordert die Kommission die Beteiligten allerdings zur Anmeldung des Vorhabens auf, so ist dies – auch wenn sie nicht zugleich ausdrücklich ihre Entscheidung nach Art. 4 Abs. 4 widerruft – zugleich als schlüssiger Widerruf auszulegen. Rechtsgrundlage und Voraussetzungen für einen solchen Widerruf lassen sich in Analogie zu Art. 6 Abs. 3, 8 Abs. 6 bestimmen<sup>63</sup>). Ein Widerruf ist danach grundsätzlich nur möglich, wenn die Verweisungsentscheidung auf unrichtigen Angaben *beruht*, die von dem Antragsteller *zu vertreten* sind, oder wenn sie auf andere Weise arglistig von ihm herbeigeführt wurde<sup>64</sup>).

b) Art. 4 Abs. 5 FKVO (Verweisung an Kommission)

Ist eine Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 an die Kommission aufgrund unvollständiger oder unrichtiger Angaben erfolgt, so hält sich die Kommission nach Tz. 60 ihrer Mitteilung Verweisungen für befugt, entweder eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a zu treffen (wenn sich herausstelle, dass die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 5 nicht erfüllt seien), den Fall nach Art. 9 auf dessen Antrag hin an einen Mitgliedstaat zu verweisen oder eine bereits erfolgte Entscheidung in der Sache nach Art. 6 oder 8 zu widerrufen. In all diesen Fällen gelte für den Zusammenschluss dann wieder innerstaatliches Wettbewerbsrecht.

In der Literatur wird diese Auffassung jedenfalls für den Fall zurückgewiesen, dass die Kommission bereits das Hauptverfahren nach Art. 8 eingeleitet habe. In diesem Fall fehle es an einer Rechtsgrundlage für die Feststellung der eigenen Unzuständigkeit. Dies gelte sowohl vor einer Entscheidung nach Art. 8 als auch nach deren Widerruf. Hinzu komme, dass die Zuständigkeit der Kommission nach Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 5 nicht auf einer Entscheidung, sondern auf einer Rechtsver-

62) *Bechtold u.a.*, Art. 4 FKVO Rdnr. 31; *Hirsbrunner*, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2003/2004, EuZW 2005, 519, 521.

63) *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 89.

64) Dazu im Einzelnen *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 6 FKVO Rdnr. 69 ff.

mutung der gemeinschaftsweiten Bedeutung des Zusammenschlusses beruhe<sup>65</sup>). In der Tat erscheint es naheliegend, nach dem Verfahrensstadium zu unterscheiden: Solange die Kommission keine Entscheidung getroffen hat, ist ein Widerruf der Verweisung weder möglich noch erforderlich. Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vermutung des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 5 nicht vorliegen, fällt der Zusammenschluss nicht in die Zuständigkeit der Kommission. Es gilt das innerstaatliche Recht.

Hat die Kommission aber bereits eine Entscheidung nach Art. 6 getroffen, so sollte schon aus Gründen der Rechtssicherheit ein Widerruf dieser Entscheidung nach Art. 6 Abs. 3 erfolgen. Ist bereits eine Entscheidung nach Art. 8 ergangen, so kommt ein Widerruf nach Art. 8 Abs. 6 in Betracht, der das Verfahren aber nicht wieder in das Vorverfahren zurückversetzt, sondern lediglich eine erneute Hauptprüfung nach sich zieht; eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a oder eine Verweisung nach Art. 9 kommen in diesem Fall wohl nicht mehr in Betracht.

Gleiches sollte gelten, wenn im Verweisungsantrag die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates übersehen wurde, denn nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 werden Verweisungsanträge *allen* Mitgliedstaaten (und nicht nur den im Antrag benannten) übermittelt, so dass auch die nicht benannten Mitgliedstaaten ihre Interessen durch einen entsprechenden Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit des Verweisungsantrags an die Kommission wahren können<sup>66</sup>).

### III. Verhältnis zur Verweisung nach Anmeldung (Art. 9 und 22 FKVO)

#### 1. Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 9 FKVO

Die neue FKVO 139/2004 hat in Bezug auf Art. 9 u.a. ein unverbindliches Initiativrecht der Kommission eingeführt (Art. 9 Abs. 2) und die Regelung zu den Pflichten der Mitgliedstaaten nach einer Verweisung in Art. 9 Abs. 6 etwas präzisiert<sup>67</sup>). Die Frist für den Abschluss der mitgliedstaatlichen Vorprüfung wurde verkürzt, allerdings weiterhin ohne den Mitgliedstaaten eine verbindliche Frist für eine abschließende Entscheidung vorzuschreiben, wie sie die Kommission im Grünbuch von 2001 erwogen hatte<sup>68</sup>). Im hier untersuchten Zusammenhang interessiert insbesondere die Grenzlinie zu den neuen Verweisungsregelungen nach Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5. Sie scheint auf den ersten Blick klar: Während Anträge nach Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 nur vor einer Anmeldung und durch die Unternehmen in Betracht kommen, greift Art. 9 erst nach der Anmeldung bei der Kommission und setzt zudem einen Verweisungsantrag eines Mitgliedstaates voraus. Da die Anmeldung bei der Kommission oder auch nur bei einer einzigen nationalen Kartellbehörde die Stellung eines Antrags nach Art. 4 Abs. 4 oder 5 ausschließt, während Art. 9 überhaupt erst nach Anmeldung bei der Kommission eingreift, ist ein direktes, zeitgleiches Zusammentreffen von Verweisungsanträgen nach Art. 4 und Art. 9 ausgeschlossen.

Denkbar ist allerdings ein zeitliches Aufeinanderfolgen von Verweisungsverfahren nach Art. 4 und Art. 9. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob und ggf. wie sich Erfolg oder Misserfolg eines Verweisungsverfahrens nach Art. 4 auf die Entscheidung über einen nachfolgenden Verweisungsantrag nach Art. 9 auswirken können. Hierzu ist zunächst bemerkenswert, dass ein der Anmeldung bei der Kommission vorausgehendes Verweisungsverfahren nach Art. 4 eine Verweisung nach Art. 9 nicht förmlich ausschließt. Dies folgt schon aus den unterschiedli-

65) *Bechtold u.a.*, Art. 4 FKVO Rdnr. 32; *Hirsbrunner*, EuZW 2005, 519, 521; kritisch auch *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 435.

66) Vgl. *Bechtold u.a.*, Art. 4 FKVO Rdnr. 33; *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 100.

67) Zu den Änderungen im Überblick *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 9 FKVO Rdnr. 7.

68) Grünbuch, KOM (2001) 745/6 endg., Tz. 82; dazu auch *Domínguez Pérez/Brunley*, *The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Regulation*, ECLR 2003, 364 ff.

chen Antragsberechtigten und Interessen<sup>69</sup>). Dennoch betont Erwägungsgrund 14, dass Verweisungen „in einer effizienten Weise erfolgen [sollen], die weitestgehend ausschließt, dass ein Zusammenschluss sowohl vor als auch nach seiner Anmeldung von einer Stelle an eine andere verwiesen wird“. Die Kommission sollte daher bereits im Rahmen eines Verweisungsverfahrens nach Art. 4 einen möglichen Antrag nach Art. 9 im Auge haben, und sie muss im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 9 eine vorausgehende Entscheidung nach Art. 4 berücksichtigen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Abgelehnte Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 FKVO

Hat die Kommission eine Verweisung vor Anmeldung nach Art. 4 Abs. 4 nach pflichtgemäßem Ermessen abgelehnt, ohne dass der Mitgliedstaat der Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 3 widersprochen hätte, so dürfte sie mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Abwägungskriterien des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 1 und Art. 9 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 lit. b in einem späteren Verfahren nach Art. 9 regelmäßig an diese Entscheidung gebunden sein. Sie muss daher einen gleichgerichteten Verweisungsantrag des Mitgliedstaats gemäß Art. 9 Abs. 2 in gleichem Umfang zurückweisen. Hierfür streitet insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit<sup>70</sup>). Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die Beteiligten in ihrem Antrag unvollständige oder unrichtige Angaben gemacht haben, oder wenn sich zwischenzeitlich wesentliche Änderungen ergeben haben, die nunmehr ein anderes Abwägungsergebnis gebieten<sup>71</sup>).

Ist eine Verweisung vor Anmeldung nicht an einer ablehnenden inhaltlichen Entscheidung der Kommission, sondern am Veto gerade desjenigen Mitgliedstaates nach Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 3 gescheitert, der jetzt einen Verweisungsantrag nach Art. 9 stellt, so setzt sich dieser zusätzlich in Widerspruch zu seinem Vorverhalten. In der Literatur wird für diesen Fall auch auf die Belastung der Unternehmen durch das (erfolglose) Verfahren nach Art. 4 Abs. 4 und durch die nachfolgende Anmeldung bei der Kommission nach Art. 4 Abs. 1 hingewiesen<sup>72</sup>). Trotzdem widerspricht eine Verweisung nach Art. 9 Abs. 2 in diesem Fall nicht notwendig den Interessen der Unternehmen. Die Unternehmen haben durch den Antrag nach Art. 4 Abs. 4 im Gegenteil gerade ihr Interesse an einer Verweisung an die mitgliedstaatliche Ebene zum Ausdruck gebracht. Auch ist ihr Anmeldeaufwand nicht vergeudet, denn die Kommission übermittelt den nationalen Behörden nach Art. 19 Abs. 1 eine Kopie der Anmeldung gem. Art. 4 Abs. 1 samt wichtiger Schriftstücke. Die Unternehmen können bei einer Anmeldung nach nationalem Recht darauf verweisen, falls auf nationaler Ebene überhaupt eine erneute Anmeldung verlangt wird; so bestimmt etwa § 39 Abs. 4 GWB ausdrücklich, dass keine erneute Anmeldung erforderlich ist, wenn die Kommission einen Zusammenschluss an das BKartA verwiesen hat und dem Bundeskartellamt die erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen. Hinzu kommt, dass auch die Kommission in dieser Fallkonstellation regelmäßig noch keine Gelegenheit hatte, über die Zweckmäßigkeit einer Verweisung zu entscheiden, weil sie nach Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 3 an das Veto des Mitgliedstaates gebunden war. Die Kommission *kann* daher in diesem Fall nach pflichtgemäßem Ermessen unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der Zusammenschlussbeteiligten eine positive Verweisungsentscheidung nach Art. 9 Abs. 3 lit. b treffen<sup>73</sup>).

69) Vgl. *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 9 FKVO Rdnr. 47 ff.

70) So auch *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 51.

71) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 48; vgl. auch Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 13 Fn. 19 und Tz. 60; *Heilmann*, EWS 2004, 289, 292.

72) *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 51.

73) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 49.

## b) Erfolgte Verweisung an die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 FKVO

Beantragt ein Mitgliedstaat eine Verweisung nach Art. 9, obwohl er in einem vorausgehenden Verfahren nach Art. 4 Abs. 5 *keinen* Gebrauch von seinem Veto-recht nach Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 und 4 gemacht und damit die Prüfung durch die Kommission überhaupt erst ermöglicht hat, so würde es bei Erfolg dieses Antrags – anders als im Falle einer nicht erfolgten Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 – sogar zu einer echten Rückverweisung kommen. Rückverweisungen sollen nach Erwägungsgrund 14 zur FKVO und nach Tz. 13 der Mitteilung Verweisungen aber im Dienste der Rechtssicherheit vermieden werden. In diesem Fall sprechen auch das widersprüchliche Verhalten des Mitgliedstaats, die Interessen der Zusammenschlussbeteiligten und insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit so deutlich gegen eine Rückverweisung, dass die Kommission einem späteren Antrag des Mitgliedstaats nach Art. 9 grundsätzlich nicht stattgeben wird<sup>74</sup>). Daran wird man auch unter Berücksichtigung der knappen 15-Tages-Frist des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 festhalten müssen, die den mitgliedstaatlichen Behörden bewusst nur wenig Zeit für die Entscheidung über ein Veto lässt<sup>75</sup>). Anderes kann auch in diesem Fall allenfalls dann gelten, wenn die Antragsteller die Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 durch von ihnen zu vertretende unvollständige oder unrichtige Angaben herbeigeführt haben<sup>76</sup>).

## 2. Verweisung an die Kommission nach Art. 22 FKVO

Art. 22 ist im Rahmen der FKVO-Revision 2004 deutlich stärker umgestaltet worden als Art. 9. Die Neufassung der Norm ist wesentlich klarer und übersichtlicher als die alte Regelung in den früheren Art. 22 Abs. 3 bis 5 FKVO 4064/89<sup>77</sup>). Art. 22 FKVO 139/2004 regelt in seinen fünf Absätzen nunmehr zusammenhängend und ausschließlich Voraussetzungen, Verfahren und Folgen der von einem Mitgliedstaat beantragten Verweisung von Zusammenschlüssen an die Kommission nach deren Anmeldung<sup>78</sup>). Bei der Auslegung der Norm ist auch ihr Funktionswandel zu berücksichtigen: Art. 22 Abs. 3 bis 5 a.F. verfolgte in der ursprünglichen FKVO das Ziel, eine Fusionskontrolle auch in Bezug auf solche Mitgliedstaaten zu ermöglichen, denen eigene Normen und Behörden noch fehlten. Da zwischenzeitlich praktisch alle Mitgliedstaaten über eine nationale Fusionskontrolle verfügen<sup>79</sup>), ist die Funktion des Art. 22 heute eine andere: Im Zusammenspiel mit Art. 4 Abs. 4 und 5 sowie Art. 9 ist die Norm Bestandteil eines den Grundsätzen der Subsidiarität, Effizienz und Rechtssicherheit verpflichteten Systems der Zuständigkeitsverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Kommission<sup>80</sup>). Zusammen mit diesen Schwesterregelungen dient sie der „Feinsteuerung der Zuständigkeitsverteilung“<sup>81</sup>).

Auch bei Anwendung des Art. 22 kann sich die Frage nach der Bedeutung eines vorausgehenden Verfahrens nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 stellen. Ein der Anmeldung vorausgehendes Verweisungsverfahren nach Art. 4 Abs. 4 oder Abs. 5 schließt

74) Im Ergebnis ebenso *Soyez*, ZWeR 2005, 416, 433 (Verstoß gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* und gegen die Loyalitätspflicht nach Art. 10 EG). Angesichts des Informationsaustausches zwischen Mitgliedstaaten und Kommission nach Art. 19 ist dieser Fall eher unwahrscheinlich.

75) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 4 FKVO Rdnr. 50.

76) Siehe dazu Kommission, Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 13 Fn. 19 und Tz. 60; s. auch *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 9 FKVO Rdnr. 50 und Art. 4 FKVO Rdnr. 78 und 100.

77) Vgl. *Böge*, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, 138, 143.

78) Überblick zu den Änderungen bei *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Art. 22 FKVO Rdnr. 5 f. Die früher in Art. 22 Abs. 1 enthaltene Regelung zum Verhältnis der FKVO zu den anderen Regelungen des Gemeinschaftskartellrechts wurde in den neuen Art. 21 Abs. 1 verschoben.

79) Einzig Luxemburg hat keine eigenständige Fusionskontrolle. Doch können dort ggf. die allgemeinen Wettbewerbsregeln auf Zusammenschlüsse angewendet werden. Zu den nationalen Regelungen s. *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WbR Einl FKVO Rdnr. 133 ff.

80) Vgl. Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 8 ff.; zur Entwicklung und Praxis bis 2003 vgl. auch *Bright/Persson*, Article 22 of the EC Merger Regulation: An Opportunity Not to be Missed?, ECLR 2003, 490 ff.

81) Vgl. *Böge*, WuW 2004, 138, 139 ff.

eine Verweisung nach Art. 22 nicht formell aus<sup>82</sup>). Doch gilt auch für Art. 22 der Grundsatz, dass Rückverweisungen nach Erwägungsgrund 14 zur FKVO möglichst vermieden werden sollen. Im Einzelnen ist wie folgt zu differenzieren:

a) Erfolgte Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 FKVO

Da die Verweisung an einen Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 voraussetzt, dass der durch den Zusammenschluss betroffene „gesonderte Markt“ einen nationalen oder kleineren Umfang hat, während eine Verweisung nach Art. 22 gerade umgekehrt eine grenzüberschreitende Bedeutung des Zusammenschlusses verlangt, dürfte eine Rückverweisung gemäß Art. 22 trotz weiter Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel grundsätzlich ausscheiden. Ist die Verweisung nach Art. 4 Abs. 4 ohne Entscheidung in der Sache wegen Fristablaufs nach Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 2 Satz 3 fingiert worden, so kommt eine Rückverweisung zwar grundsätzlich in Betracht. Doch muss die Kommission dabei dem Grundsatz der Vermeidung von Rückverweisungen und der Rechtssicherheit der Unternehmen in besonderem Maße Rechnung tragen<sup>83</sup>).

b) Abgelehnte Verweisung an die Kommission nach Art. 4 Abs. 5 FKVO

Das vorausgehende Scheitern eines Antrags nach Art. 4 Abs. 5 steht einer Verweisung nach Art. 22 grundsätzlich nicht entgegen. Während ein Antrag nach Art. 4 Abs. 5 stets auf eine vollständige Verweisung des Zusammenschlusses an die Kommission gerichtet ist und zwingend scheitert, wenn auch nur ein einziger Mitgliedstaat sein Veto dagegen einlegt, kann nach Art. 22 jeder Mitgliedstaat für sich selbst und beschränkt auf sein Hoheitsgebiet die Verweisung an die Kommission beantragen<sup>84</sup>). Zudem ist nicht auszuschließen, dass das durch den Antrag nach Art. 4 Abs. 5 bekundete Interesse der Unternehmen an einer Verweisung fortbesteht und ihr Rechtssicherheitsinteresse überwiegt.

c) Zusammentreffen von Anträgen nach Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO?

Für einen Antrag auf Verweisung an die Kommission nach Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 ist eine förmliche Anmeldung bei der nationalen Behörde nicht in jedem Fall erforderlich, weil nicht alle nationalen Rechtsordnungen eine zwingende Voranmeldung kennen. Eine präventive Fusionskontrolle fehlt namentlich im Vereinigten Königreich und in Luxemburg<sup>85</sup>). Dem trägt Art. 22 durch die Formel „anderweitig zur Kenntnis gebracht“ Rechnung. An die Stelle der Anmeldung tritt in diesen Fällen die hinreichende Kenntnis der nationalen Kartellbehörde von dem Zusammenschluss(vorhaben). Daraus resultieren zwei Fragen: Erstens erscheint es schwierig, Voraussetzungen und Zeitpunkt hinreichender behördlicher Kenntnis klar zu bestimmen, und zweitens ist fraglich, ob man diese Kenntnis auch hinsichtlich des Ausschlusses eines Antrags nach Art. 4 Abs. 5 mit einer Anmeldung gleichsetzen kann.

In Bezug auf die Kenntniserlangung ist umstritten, ob es erforderlich ist, dass die Beteiligten oder Dritte die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde unmittelbar informiert haben, wie der Wortlaut der Norm („zur Kenntnis gebracht“) nahe legt<sup>86</sup>), oder ob es ausreicht, dass die Behörde auf anderem Wege (etwa durch die

82) Insoweit kritisch gegenüber der Neuregelung *Rosenthal*, Neuordnung der Zuständigkeiten und des Verfahrens in der Europäischen Fusionskontrolle, *EuZW* 2004, 327, 331; *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 62.

83) Vgl. Erwägungsgrund 14 zur FKVO und Mitteilung Verweisungen (Fn. 5) Tz. 13.

84) Ebenso *Hellmann*, in: FK Art. 4 FKVO Rdnr. 61; anders in Bezug auf den Mitgliedstaat, der die Verweisung nach Art. 4 Abs. 5 durch sein Veto verhindert hat *Soyez*, *ZWeR* 2005, 416, 433.

85) Vgl. *Immenga/Körper*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *WbR Einl FKVO* Rdnr. 145 bzw. 157.

86) So *Langeheine/Dittert*, in: *Schröter/Jakob/Mederer*, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 2003, Art. 22 FKVO Rdnr. 10; *Westermann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Kartellrecht*, Bd. 1: Europäisches Kartellrecht, 2005, Art. 22 FKVO Rdnr. 4; vgl. auch *KOMM.* 17. 2. 1993, M.278 Tz. 8 – *British Airways/Dan Air*, wo die Kommission darauf hinweist, bis zur Stellung des Antrags habe es an einer „direkten Mitteilung“ („direct communication“) seitens der Beteiligten gegenüber der nationalen Behörde gefehlt, so dass die Frist nicht abgelaufen sei.

Presse) selbst davon erfahren hat<sup>87)</sup>. Sachgerecht erscheint folgende Differenzierung: Die Übersendung einer Pressemitteilung der Zusammenschlussbeteiligten durch diese selbst an die Behörde reicht für ein Zur-Kennntnis-Bringen in aller Regel aus<sup>88)</sup>. Auch eine Mitteilung seitens eines Dritten<sup>89)</sup> oder der Eingang von Auskünften, die die Behörde selbst angefordert hat, setzt die 15-Tages-Frist des Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 in Gang, wenn sie der Behörde eine hinreichende Entscheidungsbasis bieten. Nicht ausreichend dürfte dagegen – schon mit Blick auf die Schwierigkeit der Feststellung des genauen Zeitpunkts der Kenntnisaufnahme – die bloße Möglichkeit der Behörde sein, sich aus öffentlichen Quellen selbst zu informieren<sup>90)</sup>.

Die zweite Frage danach, ob diese Kenntniserlangung nicht nur für den Beginn der Antragsfrist, sondern auch für den Ausschluss eines Antrags nach Art. 4 Abs. 5 einer Anmeldung gleichzusetzen ist, dürfte zu verneinen sein<sup>91)</sup>. Während sich die Gleichsetzung von Kenntniserlangung und Anmeldung hinsichtlich der Fristbindung nach Art. 22 nur zu Lasten der betroffenen Mitgliedstaaten auswirkt, würde sie im zweiten Fall den Unternehmen die Möglichkeit nehmen, die Entscheidung darüber zu treffen, ob sie den Zusammenschluss förmlich anmelden oder zunächst einen Verweisungsantrag nach Art. 4 Abs. 5 stellen wollen. Parallele Anträge eines Unternehmens nach Art. 4 Abs. 5 und eines Mitgliedstaates nach Art. 22 Abs. 1 sind in einem solchen (wohl eher theoretischen) Fall also nicht zwingend ausgeschlossen. Kommt es zu einer solchen Überschneidung, so muss die Kommission grundsätzlich selbständig, wenn auch unter gegenseitiger Berücksichtigung, über beide Anträge entscheiden, da Art. 4 Abs. 5 und 22 in Voraussetzungen, Fristen und Zielen stark differieren: Ein Antrag nach Art. 4 Abs. 5 zielt einerseits auf die Verweisung des ganzen Falles an die Kommission, kann andererseits aber auch bereits durch das Veto eines einzigen Mitgliedstaates vollständig zu Fall gebracht werden. Ein Antrag nach Art. 22 Abs. 1 zielt dagegen lediglich auf eine Verlagerung der Prüfkompetenzen des oder der antragstellenden Mitgliedstaaten auf die Kommission. Er berührt nicht die Prüfkompetenzen der anderen Mitgliedstaaten, die dafür aber auch insoweit kein Vetorecht besitzen.

#### IV. Fazit

In der Summe erscheint das neue Verweisungsregime der FKVO sachgerecht und funktionsfähig. Die vergleichsweise hohe Zahl und der ganz überwiegende Erfolg der Verweisungsanträge nach Art. 4 Abs. 4 bzw. Abs. 5 machen deutlich, dass es angesichts der – aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig schematischen – Schwellenwerte des Art. 1 einer Feinsteuerung der Zuständigkeitsverteilung bedurfte, der Art. 9 und 22 allein nicht vollständig gerecht wurden. Die neue FKVO 139/2004 legt es mit den Verweisungsregelungen der Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 (auch) in die Hand der Unternehmen, die Initiative für eine Verweisung zu ergreifen. Sie erschließt damit Kommission und nationalen Behörden neue Informationsquellen, ohne den Behörden die Letztentscheidungskompetenz über die Fallallokation zu nehmen. Die Neuregelung und deutlich klarere Fassung der Art. 9 und 22 runden das positive Gesamtbild ab. Die fortbestehenden bzw. neu aufgerissenen Lücken dürften in der Praxis selten relevant werden. Sie lassen sich zudem sachgerecht nach den oben beschriebenen Kriterien füllen.

87) So *Bechtold u.a.*, Art. 22 FKVO Rdnr. 15

88) Vgl. KOMM. 20. 9. 1995, M.553 ABl. 1996 L 134/32 Tz. 1 – RTL/Veronica/Endemol.

89) Insoweit zustimmend auch *Langeheine/Dittert*, in: Schröter/Jakob/Mederer Art. 22 FKVO Rdnr. 10; *Westermann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Art. 22 FKVO Rdnr. 4.

90) Vgl. *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, WbR Art. 22 FKVO Rdnr. 20.

91) Vgl. *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, WbR Art. 4 FKVO Rdnr.103.