



Rechtswissenschaftliche Fakultät

Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg

**Institut für Medien- und
Informationsrecht
- Abt. I: Privatrecht -**

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.
Direktor

Lehrstuhl für Zivil- und Wirtschafts-
recht, Medien- und Informationsrecht

Hausanschrift:
Rempartstraße 4
79098 Freiburg i. Br.

Postanschrift:
Postfach
79085 Freiburg i. Br.

Fon: +49 761 203 9754-0
Fax: +49 761 203 9754-2

boris.paal@jura.uni-freiburg.de
www.medienrecht.uni-freiburg.de

Freiburg i. Br., 23. April 2017

Gutachten

**zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der
Berücksichtigung(sfähigkeit)
von außer-ökonomischen Zielen
auf der Grundlage und am Maßstab
der europäischen Fusionskontrollverordnung**

**in dem Kartellverfahren
betreffend
das Zusammenschlussvorhaben**

**von
Bayer AG und Monsanto Co.**

**Erstellt im Auftrag und zur ausschließlichen Verwendung
durch die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen.**

A. Gutachterliche Fragestellung

Die Bayer AG plant die Übernahme der Monsanto Co., einem der weltweit größten Hersteller von – oftmals auch gentechnisch verändertem – Saatgut und Unkrautbekämpfungsmitteln. Durch den Zusammenschluss würde ein globaler Marktführer (vor allem) im Bereich der Agrarchemie entstehen. Der Zusammenschlussprozess ist bereits weit fortgeschritten. Das Verfahren soll im zweiten Quartal 2017 bei den Kartellbehörden zur Prüfung angemeldet werden.

Die zu behandelnde gutachterliche Fragestellung betrifft vor dem Hintergrund des Zusammenschlussvorhabens Bayer/Monsanto die grundsätzliche Rechtsfrage der Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen und Wertungen bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben durch die EU-Kommission auf der Grundlage und am Maßstab der Fusionskontrollverordnung (FKVO).

B. Zusammenfassendes Ergebnis / Executive Summary

Im europäischen Fusionskontrollverfahren sind außer-ökonomische Ziele bereits im Rahmen der Prüfung von Art. 2 FKVO angemessen zu berücksichtigen. Eine solche Berücksichtigung hat durch schonenden Ausgleich von ökonomischen und außer-ökonomischen Zielen mittels einer modifizierenden Auslegung – insbesondere – des offenen Tatbestandsmerkmals „wirksamer Wettbewerb“ zu erfolgen. Berücksichtigungsfähig sind dabei jedenfalls solche außer-ökonomischen Ziele, die normhierarchisch auf der Ebene des Primärrechts zu verorten sind – worunter auch und gerade der Umweltschutz fällt.

Die EU-Kommission ist somit (auch) im Fall Bayer/Monsanto gehalten, außer-ökonomische Ziele in das Fusionskontrollverfahren mit einzubeziehen. Besondere Bedeutung kommt dabei Belangen des Umweltschutzes zu, die sich konkret vor allem manifestieren in den Aspekten Biodiversität, Ernährungssouveränität, qualifizierter Gesundheitsschutz und Versorgungssicherheit.

Die Bundesrepublik Deutschland kann und sollte durch die den Mitgliedstaaten (bzw. deren Behörden) verbrieften Rechte zur Stellungnahme und zur Mitwirkung im Beratenden Ausschuss – auch – außer-ökonomische Ziele in das Fusionskontrollverfahren einbringen bzw. auf deren Berücksichtigung hinwirken.

Lehnt man die Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen innerhalb des Kompetenzbereichs der EU-Kommission ab bzw. unterlässt die EU-Kommission eine angemessene Berücksichtigung, so sollte die Bundesrepublik Deutschland prüfen, ob gerichtliche Schritte (sprich der Weg zum EuGH) und/oder Maßnahmen nach Art. 21 Abs. 4 FKVO zu ergreifen sind.

C. Sachverhalt

Die Bayer AG plant die Übernahme der Monsanto Co., einem der weltweit größten Hersteller von – oftmals auch gentechnisch verändertem – Saatgut und Unkrautbekämpfungsmitteln. Durch den Zusammenschluss würde ein globaler Marktführer (vor allem) im Bereich der Agrarchemie entstehen. Der Zusammenschlussprozess ist bereits weit fortgeschritten. Das Verfahren soll im zweiten Quartal 2017 bei den Kartellbehörden zur Prüfung angemeldet werden.

Die EU-Kommission hat unlängst die Zusammenschlussvorhaben von Dow und DuPont (Kommission, M.7932) sowie von ChemChina und Syngenta (Kommission, M.7982) freigegeben. In Falle einer Freigabe des hier in Rede stehenden Zusammenschlusses von Bayer und Monsanto würde die bereits weit vorangeschrittene Konsolidierung im Agrochemiesektor fortgesetzt: So hielten dann vier Unternehmen (i.e. BASF, Dow-DuPont, Syngenta-ChemChina, Bayer-Monsanto) insgesamt einen Großteil der Marktanteile auf dem globalen Pestizidsektor, fünf Unternehmen (i.e. Dow-DuPont, Syngenta-ChemChina, Bayer-Monsanto, Limagrain, KWS) dominierten in der Gesamtschau die Marktanteile auf dem globalen Saatgutmarkt. Etwaige auf den ökonomischen Wettbewerb bezogene Bedenken und Erwägungen sollen dabei in diesem Dokument in Ansehung der gutachterlichen Fragestellung allerdings nicht (unmittelbar) adressiert werden.

Der Zusammenschluss von Bayer und Monsanto betrifft – ebenso wie der von Dow/DuPont und Syngenta/ChemChina – einen Markt, dessen Technologien, Innovationen und Strukturen entscheidend sind – insbesondere – für die Ernährungssicherung und Ernährungssouveränität, die Umwelt und die Artenvielfalt in Deutschland, Europa und weltweit. So würde etwa das fusionierte Unternehmen Bayer-Monsanto bei einer kombinierten Betrachtung der Märkte von Pestizid und Saatgut voraussichtlich zum weltgrößten Hersteller werden.

Mit der zunehmenden Konsolidierung im Agrochemiesektor gehen auch und gerade Befürchtungen einher, dass Innovation und Auswahl bei Saatgut und Pestiziden eingeschränkt, Pflanzen und Ernten für Schädlinge und Krankheiten anfälliger sowie Nahrungsketten fragiler werden könnten.

D. Rechtliche Rahmenbedingungen

Nach Art. 21 Abs. 2 der FKVO ist – vorbehaltlich einer Nachprüfung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) – allein die EU-

— Kommission befugt, die in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Entscheidungen in Zusammenschlussverfahren zu erlassen (Ausschließlichkeitsprinzip).

Art. 2 FKVO enthält den materiell-rechtlichen Beurteilungsmaßstab für Zusammenschlüsse (in Art. 3 FKVO wird der Begriff „Zusammenschluss“ legaldefiniert) mit gemeinschaftsweiter Bedeutung. Das Zusammenschlussvorhaben von Bayer und Monsanto ist aufgrund der Umsatzzahlen (die Umsatzberechnung erfolgt nach Maßgabe von Art. 5 FKVO) der beiden Unternehmen ein Fall von gemeinschaftsweiter Bedeutung nach Maßgabe von Art. 1 FKVO, der den Anwendungsbereich der Verordnung festlegt. Somit ist die EU-Kommission für den Sachverhalt zuständig. Art. 21 Abs. 3 FKVO schließt die Anwendung des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung aus, sofern nicht eine Verweisung an den betreffenden Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 4 FKVO oder Art. 9 FKVO stattgefunden hat.

Ein Zusammenschluss ist nach Art. 2 Abs. 3 FKVO für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, d. h. zu untersagen, wenn der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Dabei enthält Art. 2 Abs. 1 S. 2 FKVO einen – weder abschließenden, noch zwingenden – Katalog von Kriterien, die bei Prüfung eines Zusammenschlusses durch die EU-Kommission herangezogen werden können.

Unter bestimmten Voraussetzungen können die Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 1 FKVO „geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen, die in der FKVO selbst berücksichtigt werden, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind“. In Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 FKVO heißt es, dass als „berechtigter Interessen“ die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln anerkannt sind. „Andere öffentliche Interessen“ bedürfen nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 3 FKVO einer vorgreiflichen Anerkennung durch die EU-Kommission, sofern sich diese Interessen nicht bereits aufgrund von primärrechtlichen Regelungen durchsetzen.

E. Rechtliche Würdigung

Die unionsrechtliche Fusionskontrolle auf der Grundlage und am Maßstab der FKVO bildet einen wesentlichen Teil der

■ Schutzmechanismen zur Errichtung und Erhaltung eines Systems freien und unverfälschten Wettbewerbs. Dabei sind im Zuge der Entwicklung der Europäischen Union von einer reinen Wirtschaftsgemeinschaft hin zu einer Wertegemeinschaft auch zahlreiche außer-ökonomische Ziele in das Unionsprimärrecht integriert worden. Aus der Vermehrung der unionalen Vertragsziele entstehen zunehmend Zielkonflikte (zu konkurrierenden Vertragszielen vgl. Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Auflage 2012, Einleitung B. Rn. 91 ff. mwN.)

Durch den in diesem Rahmen entstandenen Wertekanon des Unionsrechts kommt nunmehr somit sowohl ökonomischen als auch außer-ökonomischen Zielen eine hervorgehobene Bedeutung für die Ausgestaltung der Europäischen Union und die Anwendung sowie Auslegung des gesamten Unionsrechts zu.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend zu untersuchen, ob und inwieweit bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens (auch) außer-ökonomische Erwägungen und Ziele für die kartellrechtliche Prüfung heranzuziehen sind.

I. Ökonomische und außer-ökonomische Ziele

Zur Vorbereitung der weiteren Begutachtung sind zunächst im Sinne einer kurzen Begriffsvergewisserung ökonomische und außer-ökonomische Ziele voneinander abzugrenzen.

1. Ökonomische Ziele

Ökonomische Ziele betreffen jegliche Auswirkungen auf die Schutzgüter des Wettbewerbsrechts, die vornehmlich in wettbewerblicher Handlungsfreiheit, ökonomischer Effizienz und Verbraucherwohlfahrt zu sehen sind. Ökonomische Ziele sind somit solche, die Einfluss auf die vorbenannten originären Schutzgüter des Wettbewerbs ausüben.

2. Außer-ökonomische Ziele

Für eine begriffliche Annäherung an außer-ökonomische Ziele könnte zunächst auf die fehlende unmittelbare Monetarisierbarkeit abgestellt werden. So begegnet etwa die Monetarisierung von Umweltschutz regelmäßig nicht nur unerheblichen Schwierigkeiten. Allerdings ist nahezu jeder Vorteil letztlich monetär quantifizierbar; Umweltschäden kann etwa zumeist eine Kompensationssumme zugewiesen werden.

Bei der Identifizierung von außer-ökonomischen Zielen ist deshalb im Ausgangspunkt vielmehr auf die Schutzgüter des Wettbewerbsrechts zurückzugreifen: Auswirkungen, die jenseits eines Beitrages zur ökonomischen Effizienz, Verbraucherwohlfahrt oder auch zur wettbewerblichen Handlungsfreiheit liegen, sind als außer-ökonomisch zu qualifizieren.

3. Verbraucherwohlfahrt als Anknüpfungskriterium

Verbraucherwohlfahrt, deren Bedeutung etwa durch den Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV eindeutig angeordnet wird, bildet für sich genommen kein geeignetes Anknüpfungskriterium für die Berücksichtigung außer-ökonomischer Ziele in Kartellverfahren. Zwar könnte man argumentieren, die Verfolgung der Verbraucherwohlfahrt sei gleichsam eine Facette eines weiter zu verstehenden Verbraucherschutzes, der somit im Ergebnis (auch) als außer-ökonomisches Ziel eingeordnet werden müsste.

Diese Argumentation wird aber dem Charakter der Verbraucherwohlfahrt in dem hier maßgeblichen Kontext nicht gerecht: Verbraucherwohlfahrt wird im Kartellverfahren – ebenso wie die Gesamtwohlfahrt – als ein rein ökonomisches Prinzip verstanden. Während die Gesamtwohlfahrt auf die Steigerung der Rente der Gesamtwirtschaft abstellt, hat die Verbraucherwohlfahrt im vorliegend maßgeblichen Wettbewerbskontext nur die verbraucherbezogene Rente im Blick. Die Verbraucherwohlfahrt soll hierbei durch ein funktionierendes Wettbewerbskonzept erreicht werden. So bestimmt etwa die Festlegung in Art. 101 Abs. 3 AEUV lediglich, dass die den Verbrauchern zukommenden Vorteile in einem angemessenen Maßstab die Steigerung der Produzentenrendite widerspiegeln müssen.

Ob und inwieweit außer-ökonomische Zielsetzungen darüber hinaus für das (europäische) Kartellrecht, vorliegend insbesondere im Fusionskontrollverfahren, heranzuziehen sind, gilt es im weiteren Fortgang auszuloten. Dabei sind zunächst die möglichen Rechtsquellen außer-ökonomischer Ziele in den Blick zu nehmen.

II. Rechtsquellen außer-ökonomischer Ziele

Eine Beurteilung des Einflusses außer-ökonomischer Ziele im Rahmen des Unionskartellrechts verlangt im Ausgangspunkt nach einer Kategorisierung und Identifizierung ihrer Rechtsquellen (hier unter II.), bevor in nachfolgenden Schritten zunächst die Rechtsanwendung der Unionsorgane (siehe unter III.) sowie sodann

hierauf aufbauend konkret die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von außer-ökonomischen Zielen zu adressieren ist (siehe nachfolgend unter IV.).

1. Querschnittsklauseln – Umweltschutz (Art. 11 AEUV)

Besondere Aufmerksamkeit als Rechtsquellen für außer-ökonomische Ziele verdienen die Querschnittsklauseln. Querschnittsklauseln statuieren für die von ihnen adressierten Organe die Aufgabe, bestimmte Ziele bei ihren Handlungen in allen Politikbereichen (die primär zur Verfolgung anderer Ziele dienen) zu berücksichtigen und damit querschnittsartig zur Geltung kommen zu lassen (grundsätzlich zum Einfluss der Querschnittsklauseln auf das EU-Kartellrecht siehe Gasse, Die Bedeutung der Querschnittsklausel für die Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts, 2000).

Querschnittsklauseln zeichnen sich aus durch einen Geltungsanspruch, der sich durch sämtliche Tätigkeiten der Unionsorgane hindurch zieht. Hierbei soll die vornehmlich wirtschaftliche Prägung aufgelöst und dem Wandel zur Werteunion Rechnung getragen werden. Vorliegend ist die Umweltschutz-Querschnittsklausel (Art. 11 AEUV) hervorgehoben in Bezug zu nehmen: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden.“

Der Umweltschutz zählt zu den wesentlichen Zielen der Union und ist mit einer eigenständigen Querschnittsklausel im Unionsprimärrecht verankert. Nach Maßgabe der Umweltschutz-Querschnittsklausel ist insbesondere die Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze des Umweltschutzes geboten. Ausgangspunkt ist in diesem Zusammenhang der Umweltbegriff des Unionsrechts. Dieser unionale Umweltbegriff soll anerkanntermaßen – insbesondere – umfassen den Schutz von Menschen, Boden, Wasser, Luft, Flora, Fauna, Landschaft, Klima, Sachgüter und kulturellem Erbe.

a) Schutz der Umwelt

Zuvörderst werden gemäß Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 1 AEUV der Erhalt und Schutz der Umwelt sowie die Verbesserung ihrer Qualität geschützt. Um diesen Schutz zu gewährleisten, werden hinsichtlich der Ziele des Umweltschutzes verschiedene Perspektiven eingenommen. So soll zum einen der status quo beibehalten werden („Erhaltung“), indem Beeinträchtigungen, insbesondere durch

— gefährliche Stoffe, abgewehrt werden, während zum anderen eingetretene Schäden zukunftsbezogen behoben werden sollen („Verbesserung“).

b) Schutz der menschlichen Gesundheit

Weiterhin ist gemäß Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 2 AEUV der Schutz der menschlichen Gesundheit ein benanntes Umweltschutzziel. Um allfällige Überschneidungen mit dem Politikbereich Gesundheitswesen einzugrenzen, ist der Schutz der menschlichen Gesundheit als Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu verstehen.

Ferner ist der sparsame und nachhaltige Umgang mit den natürlichen Ressourcen eine der Ausprägungen des Umweltschutzes, wie sich auch aus Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 3 AEUV ergibt. Schließlich wird in Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 4 AEUV die Förderung von internationalen Maßnahmen gegen Umweltprobleme und insbesondere den Klimawandel als Ziel der Umweltpolitik der Union benannt.

2. Unionsziele (Art. 3 EUV)

Außer-ökonomische Ziele finden sich auch in den Unionszielen des Art. 3 EUV niedergelegt, der die Zielbestimmungen der Unionsverträge enthält. Die Vorschrift legt einheitlich obligatorisch zu berücksichtigende Ziele der Union fest. Ebenso wie die Querschnittsklauseln beanspruchen die Unionsziele umfassend für jedes Unionshandeln Geltung, was sich auch und gerade in der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe niederschlagen kann (zum Einfluss der Unionsziele auf das EU-Kartellrecht siehe Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2012).

In Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EUV findet sich ein Verweis auf das Hinwirken auf eine nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität.

3. Grundfreiheiten

Über die Unionsziele und Querschnittsklauseln hinaus sind im Kontext der Grundfreiheiten außer-ökonomische Ziele zu finden, die

unmittelbar in den Verträgen verankert sind. Die Grundfreiheiten (i.e. freier Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital) dienen damit der Aufrechterhaltung des freien und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt, was als ökonomisches Ziel einzustufen ist, da mittelbar für ökonomische Effizienz, eine Förderung der Verbraucherwohlfahrt sowie die Gewährleistung der Handlungsfreiheit der Wettbewerber gesorgt werden soll.

Außer-ökonomische Aspekte können sich insoweit vor allem manifestieren in den Grundfreiheiten innewohnenden Diskriminierungsverboten und im Rahmen der Staatshaftung. Beide Konstellationen sind von der gutachterlichen Fragestellung im vorliegenden Fall nicht erfasst und sollen deshalb – ohne dass hieraus eine Bewertung oder abzuleiten wäre – nicht weiter vertieft werden.

4. Europäische Grundrechte-Charta und Europäische Menschenrechtskonvention

Weitere außer-ökonomische Aspekte lassen sich in der Europäischen Grundrechte-Charta ausmachen; für den vorliegenden Sachverhalt hervorzuheben ist Art. 37 betreffend den Umweltschutz: „Ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden.“

Außer-ökonomische Ziele lassen sich zudem der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) entnehmen. Obgleich die EMRK keine unmittelbare Garantie des Umweltschutzes enthält, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine umfangreiche Rechtsprechung im Bereich der Umweltrechte entwickelt (siehe hierzu etwa Beyerlin, Umweltschutz und Menschenrechte, ZaöRV 2005, 525 ff.).

5. Sekundärrecht

Schließlich können auch sekundärrechtliche Bestimmungen außer-ökonomische Ziele des Unionsrechts beinhalten. Wegen der engen Rückbindung der Zusammenschlusskontrolle an das Primärrecht (bei ihrer Verabschiedung im Jahr 1989 entschied man sich dafür, die FKVO sowohl auf Art. 83 EGV a. F. als auch auf Art. 235 EGV a. F., nunmehr Art. 103 AEUV und Art. 352 AEUV, zu stützen) bleiben Ausführungen zum normhierarchisch nachgeordneten Sekundärrecht in diesem Rechtsgutachten außen vor, ohne dass hieraus eine weitergehende Beurteilung abgeleitet werden kann und soll.

III. Rechtsanwendung der Unionsorgane

Besondere Aktualität hat die Frage nach der Beeinflussung des Kartellrechts zudem durch die Thematisierung von außer-ökonomischen Zielen, insbesondere in Gestalt von Gemeinwohlbelangen, in der Rechtsanwendung der Unionsorgane zu den Kartellverboten gewonnen (siehe hierzu etwa die Kommissionsentscheidungen ABl. EG 1993, Nr. L 20/14 – Ford/Volkswagen; ABl. EG 2000, Nr. L 187/47 – CECED I; COMP/32124 – Piau/FIFA; und die EuGH-Entscheidungen Urt. v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Albany; Urt. v. 19.02.2002 – Rs. C-309/99 – Wouters; Urt. v. 18.07.2006 – Rs. C-519/04 – Meca-Medina).

1. Kommission in CECED I

In der CECED I-Entscheidung der Kommission (Abl. EG 2000, Nr. L 187/47) wurden ausdrücklich außer-ökonomische Ziele als beachtenswert anerkannt. Konkret handelte es sich bei den im Rahmen der CECED I-Entscheidung berücksichtigten außer-ökonomischen Zielen um solche des Umweltschutzes, wobei ein Kartellverbotsverfahren auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 101 AEUV betroffen war.

a) Entscheidungsgründe

Im Rahmen einer Prüfung der entstandenen Effizienzgewinne und deren angemessener Weitergabe an den Verbraucher im Kontext von Art. 101 Abs. 3 AEUV thematisierte die Kommission ausdrücklich auch die Auswirkungen der Effizienzsteigerung auf den Umweltschutz (vgl. Kommission, Abl. EG 2000, Nr. L 187/47 (52)): Es müsse die Verringerung der Emissionen berücksichtigt werden, die durch die Vereinbarung erreicht werden könne.

Dabei sei insbesondere „den aus der Umweltbelastung resultierenden Kosten“ Rechnung zu tragen. Schließlich würden die durch die Emissionsverringerung eingesparten Kosten die erhöhten Anschaffungskosten deutlich überkompensieren. Unabhängig von für den einzelnen Käufer bestehenden Vorteilen lägen durch die Förderung des Umweltschutzes substanzielle Effizienzgewinne vor, die auch in angemessenem Umfang an die Verbraucher weitergegeben würden.

— b) Bewertung

Im Rahmen der CECED I-Entscheidung hat sich die Kommission klar zur Berücksichtigung von außer-ökonomischen Zielen bei der Anwendung des Kartellverbots bekannt. Solche außer-ökonomischen Ziele (konkret in Gestalt des Umweltschutzes) sind nicht nur ergänzend herangezogen worden, sondern konnten eigenständig eine Freistellung vom Kartellverbot rechtfertigen. Dabei hat die Kommission bei der Berücksichtigung des Umweltschutzes eine Transformation desselben in Effizienzgewinne vorgenommen, indem sie auf die durch die Emissionsreduktion erfolgende Kosteneinsparung rekurrierte.

Hinsichtlich der Frage, welche außer-ökonomischen Ziele heranzuziehen sind bzw. herangezogen werden können, ist die Kommission bei im Rang des Primärrechts befindlichen Zielen verblieben. Letztlich hat die Kommission in der CECED I-Entscheidung im Ergebnis gezeigt, dass eine Berücksichtigung von im Primärrecht verankerten außer-ökonomischen Zielen – jedenfalls – im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt (zu der dogmatischen Behandlung der hierdurch aufgeworfenen Fragen siehe Ulmer, Kartellverbot und außerökonomische Rechtfertigung, 2014).

2. Mitgliedstaatliche Ebene – insbesondere Presse-Grosso

Auf mitgliedstaatlicher Ebene hat sich die kartellrechtliche Relevanz von außer-ökonomischen Zielen unlängst auch und gerade manifestiert in dem Gesetzgebungsverfahren und dem Rechtsstreit zur Vielfaltssicherung im Pressebereich betreffend das Presse-Grosso (siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 06.10.2015 – KZR 17/14, und den im Rahmen der 8. GWB-Novelle 2013 neu geschaffenen § 30 Abs. 2a GWB).

IV. Dogmatik der Berücksichtigung außer-ökonomischer Ziele

Die Frage, ob und inwieweit außer-ökonomische Ziele im Rahmen der Anwendung des Fusionskontrollverfahrens zu berücksichtigen sind, wird bereits unmittelbar durch den Geltungsanspruch der außer-ökonomischen Ziele aufgeworfen. So statuiert die Umweltschutz-Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden“. Dem Wortlaut der

Umweltschutz-Querschnittsklausel nach ist also eine angemessene Berücksichtigung im Rahmen jeglichen Unionshandelns einzufordern.

Da zu den Tätigkeiten der Union zweifellos auch die Anwendung des kartellrechtlichen Normregimes gehört, ist die Frage nach der Möglichkeit und dem Erfordernis einer im Lichte der außer-ökonomischen Ziele vorzunehmenden Anwendung (auch) der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle aufgeworfen. Die Berücksichtigung außer-ökonomischer Ziele hat besondere Brisanz, wenn und soweit sie im Ergebnis zu einer abweichenden Beurteilung führt, so etwa zur Versagung des Zusammenschlusses oder zu einer Auflagenerteilung. In diesen Konstellationen wird eine Entscheidung über das Maß der Verwirklichung der entsprechenden Zielsetzungen unumgänglich.

1. Kartellrechtsimmanenz außer-ökonomischer Ziele

Zunächst ist zu fragen, ob außer-ökonomische Zielsetzungen dem Kartellrecht womöglich bereits immanent sind. Das unionale Kartellrecht dient der Verwirklichung der unionalen Vertragsziele (vgl. nur EuGH, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (245 f.) – Continental Can). Die Kartellrechtsvorschriften könnten daher über die rein wirtschaftliche Zielsetzung hinaus auch die Verfolgung des Allgemeinwohls als Manifestation sonstiger Unionsziele umfassen.

Nach einem solchen wertungsoffenen Ansatz des Kartellrechts wäre die Beeinträchtigung des Allgemeinwohls ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Kartellrechts. Der Begriff des Allgemeinwohls wäre nach dieser Lesart ausfüllungsbedürftig und würde zugleich Anknüpfungspunkt sowie Grenze der zu berücksichtigenden außer-ökonomischen Ziele bilden.

a) Primär ökonomische Determination

Festzustellen ist insofern zunächst, dass die maßgebliche fusionskontrollrechtliche Eingriffs-Bestimmung (Art. 2 FKVO – Beurteilung von Zusammenschlüssen) generalklauselartig ausgestaltet wurde, um verschiedenste Wettbewerbsbeschränkungen bzw. Effizienzgewinne zu erfassen. Dabei sind als zentrale Eingreifkriterien die Aufrechterhaltung und Entwicklung von wirksamem Wettbewerb benannt. Die primären Schutzgüter des Kartellrechts sind im Schutz der Wettbewerbsfreiheit, der ökonomischen Effizienz und der Verbraucherwohlfahrt (die hier nicht die außer-ökonomischen Dimensionen umschließt, siehe oben unter

I. 3.) zu sehen – und damit zunächst originär ökonomisch determiniert.

b) Übergreifende Gesamtwürdigung von Unionsrecht und Unionszielen

Dieser Befund steht im Einklang mit der herrschenden Meinung, die die Zielsetzung des Kartellrechts hauptsächlich in der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen zur Errichtung und Erhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs sieht (zu den Grundlagen von Wettbewerb und Binnenmarkt etwa Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Auflage 2012, Einleitung B. Rn. 17 ff. mwN.). Somit stellt sich die Frage nach der Möglichkeit und dem Erfordernis einer Berücksichtigung von außer-ökonomischen Zielen im Zug einer rechtskonformen Gesamtwürdigung von Unionsrecht und Unionszielen.

2. Erfordernis der Berücksichtigung

Die Auslegung und Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln hat im Lichte der normhierarchisch gleichrangigen außer-ökonomischen Ziele zu erfolgen. Eine Gleichrangigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn und soweit die außer-ökonomischen Ziele normhierarchisch auf der Ebene des Primärrechts zu verorten sind. Das Fusionskontrollverfahren kann und darf nicht unbeeinflusst von anderen Zielen der Union bleiben, sondern muss vielmehr im Gesamtkontext des Unionsrechts betrachtet und angewendet werden. Die Anwendung des Fusionskontrollrechts ist im Einzelfall einzustellen in den durch den Binnenmarkt aufgespannten Rechtsrahmen, der mittlerweile – auch und gerade – in Ansehung von Art. 3 Abs. 2 EUV durch außer-ökonomische Ziele, wie etwa den Umweltschutz, ausgeformt wird.

a) Praxis der Unionsorgane

Die Praxis der Unionsorgane (siehe hierzu vorstehend III.) zeigt, dass außer-ökonomische Ziele bereits Eingang in kartellrechtliche Entscheidungen gefunden haben; betroffen waren hiervon bislang vornehmlich Kartellverbots-Sachverhalte nach Art. 101 AEUV. Dabei lässt der EuGH für Art. 101 AEUV in jüngerer Zeit eine Tendenz zur Orientierung an den in den Urteilen Wouters (Urt. v. 19.02.2002 – Rs. C-309/99) und Meca-Medina (Urt. v. 18.07.2006 – Rs. C-519/04)

entwickelten Grundsätzen erkennen, die eine teleologische Restriktion des unionsrechtlichen Kartellverbots auf Tatbestandsebene vorsehen.

Für das hier in Rede stehende Fusionskontrollverfahren ist zu fragen, welcher Berücksichtigungsmechanismus unter Einbeziehung der Besonderheiten und Charakteristika der Zusammenschlusskontrolle (die sich anders als das Kartellverbot nicht in einen Tatbestand und eine Freistellungsregelung aufgliedern lässt) in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang ist zunächst die normhierarchisch unterlegte Frage nach dem Verhältnis der kollidierenden Ziele aufzuwerfen.

b) Kein Vorrang der Wettbewerbsfreiheit

Unzweifelhaft kommt der Wettbewerbsfreiheit eine besonders hervorgehobene Funktion für die Verwirklichung des Binnenmarkts und die Entwicklung des europäischen Wirtschaftslebens zu. Gleichwohl werden in Art. 3 EUV (Ziel der Union) ganz unterschiedliche Elemente und Ziele für die Verwirklichung des Binnenmarkts zusammengeführt.

Dabei ist nach dieser leitbildhaft ausgestalteten Vorschrift keines der aufgeführten Ziele mit einer Vorrangwirkung ausgestattet – dies bedeutet, dass bei der Rechtsanwendung auch die wirtschaftsbezogene Wettbewerbsfreiheit nicht einseitig dominieren kann und soll. Vielmehr sind die in Art. 3 Abs. 3 EUV zusammengeführten Gesichtspunkte im Ausgangspunkt als gleichgewichtig anzusehen (in diesem Sinne auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage 2015, Rn. 1374 f.).

c) Gleichrangigkeit der Ziele

Wegen der Verortung der Schutzgüter des Kartellrechts im Unionsprimärrecht und bei einem Abstellen auf die Gleichrangigkeit der kollidierenden Ziele für die Notwendigkeit einer Berücksichtigung kann mit guten Gründen gefordert werden, dass die für die Berücksichtigung in Betracht kommenden außer-ökonomischen Ziele ebenfalls im Range des Primärrechts stehen (Gleichrangigkeit der Ziele). Im Umkehrschluss ist die angemessene Berücksichtigung – jedenfalls – der gleichrangig im Primärrecht verankerten Schutzgüter dann aber auch im Rahmen der Wettbewerbsfreiheit folgerichtig und zwingend geboten.

— d) Wechselseitiger Ausgleich

Erforderlich ist ein wechselseitiger Ausgleich der Wettbewerbsfreiheit mit den im Unionsprimärrechts verankerten außer-ökonomischen Zielen. Sofern es zu einer Kollision kommt, sind ökonomische und außer-ökonomische Ziele wechselseitig zu einem verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen. Die Möglichkeit der Berücksichtigung außer-ökonomischer Ziele des Unionsprimärrechts im Rahmen des Kartellverbots wird dabei durch die Praxis der Unionsorgane bestätigt, in welcher ebenfalls außer-ökonomische Ziele im Range des Primärrechts herangezogen werden (siehe hierzu vorstehend unter III.).

3. Mechanismus zur Berücksichtigung

Mit den bisherigen Feststellungen ist allerdings gerade noch keine abschließende Aussage über die Berücksichtigungsfähigkeit außer-ökonomischer Ziele im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens verbunden. Vielmehr ist der Blick zu richten auf eine erweiternde Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen, insbesondere von Art. 2 FKVO betreffend die Beurteilung von Zusammenschlüssen, im Lichte von außer-ökonomischen Zielen, die im Range des Primärrechts verortet sind. Es kommt entscheidend darauf an, dass unmittelbarer Anknüpfungsgegenstand die Wettbewerbszwecken dienende Anwendung der Fusionskontrolle bleibt, allerdings unter den besonderen Bedingungen der Berücksichtigung von normhierarchisch gleichgestellten außer-ökonomischen Zielen.

Dazu gilt es zunächst, die allgemeine Funktionsweise der Bewältigung von Zielkollisionen im Unionsrecht auszuloten, bevor der konkrete Konflikt außer-ökonomischer Zielsetzungen mit den Schutzgütern des unionalen Kartellrechts untersucht wird (siehe hier unter 3.). Abschließend ist anhand des herausgearbeiteten Ausgleichsmechanismus die konkrete Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Gründen im vorliegenden Sachverhalt zu bestimmen (siehe nachfolgend unter 4.), bevor schließlich die Ausnahmekonstellationen aus Art. 21 Abs. 4 FKVO in den Blick genommen werden (siehe nachfolgend unter V.).

a) Modifizierte Rechtsanwendung und -auslegung

Es sind die Ziele der Fusionskontrollverordnung mit gleichrangigen außer-ökonomischen Zielen des Unionsrechts in Einklang zu bringen. Dabei sind im Zuge eines Ausgleichs der kollidierenden Ziele unter

wechselseitiger Einschränkung die Tatbestandsmerkmale der Eingreifkriterien, insbesondere des „wirksamen Wettbewerbs“ aus Art. 2 FKVO, in der Weise modifiziert anzuwenden und auszulegen, dass (auch) außer-ökonomische Ziele berücksichtigungsfähig sind. Die vorzunehmende Rechtsanwendung und Rechtsauslegung hat daher nicht nur ökonomische Verbesserungen zu berücksichtigen, sondern vielmehr auch die Verwirklichung anderer, außer-ökonomischer Vertragsziele angemessen aufzugreifen.

So kann sich etwa auch eine umweltschonendere Produktion als eine Verbesserung der Warenerzeugung darstellen. Ferner mag der technische Fortschritt ein Einfallstor für sonstige Unionsrechtsziele bieten; als Fortschritt technischer Art können nach einer teleologischen Modifikation auch Umweltgesichtspunkte angesehen werden (vgl. hierzu auch Bock, EuZW 1994, 47 (50); Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage 2015, Rn. 1410).

Insgesamt sind dabei ökonomische und außer-ökonomische Ziele im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung kumulativ heranzuziehen, um der Absicherung von „wirksamem Wettbewerb“ umfassend gerecht zu werden. Es handelt sich um eine dem wechselseitigen Ausgleich der Wettbewerbsfreiheit mit den im Unionsprimärrechts verankerten außer-ökonomischen Zielen entspringende Modifikation des originär rein ökonomisch ausgerichteten Fusionskontrollverfahrens.

b) Kollisionslösung im Unionsrecht

Im Unionsrecht besteht hinsichtlich der verschiedenen innerhalb des Primärrechts verankerten Ziele kein zweifelsfrei ableitbares Rangverhältnis. Somit entfällt die Möglichkeit einer Versagung des Einflusses primärrechtlich verankerter außer-ökonomischer Gründe auf das europäische Kartellrecht, die auf das Argument einer grundsätzlichen Vorrangigkeit von rein ökonomischen Zielen zu stützen wäre.

In Ermangelung einer klaren Hierarchie zwischen den einzelnen Zielen des Unionsrechts rückt im Falle der Gleichrangigkeit vielmehr vorzugswürdig eine Lösung in den Vordergrund, welche die kollidierenden Zielsetzungen miteinander in Einklang und zu einem schonenden Ausgleich bringt (vgl. etwa Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage 2015, Rn. 1371, 1561).

■ c) Zwischenergebnis

Die Gleichrangigkeit verschiedener Ziele des Unionsprimärrechts führt zu der Notwendigkeit einer Abwägung, um die kollidierenden Ziele nach Möglichkeit optimal zu verwirklichen. Einer maximalen Verwirklichung des einen Ziels steht dabei regelmäßig das jeweils andere, gleichrangige, kollidierende Ziel entgegen. Folgerichtig müssen in Gestalt eines Ausgleichsmechanismus wechselseitige Einschränkungen beim Grad der Zielverwirklichung hingenommen werden.

Dieser wechselseitige Ausgleich ist der Rechtsfigur der praktischen Konkordanz aus dem deutschen Verfassungsrecht (siehe hierzu insbesondere Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 72, 317 f.) hinreichend ähnlich, um den Rückgriff auf die entsprechende Terminologie zu eröffnen. Im Rahmen der praktischen Konkordanz kommt vor dem Hintergrund des Ausgleichs gleichrangiger Ziele der jeweiligen Intensität der Beeinträchtigung entscheidendes Gewicht zu. Zur Erreichung eines relativen Optimums der jeweiligen Verwirklichung von kollidierenden gleichrangigen Zielen gilt es, die übergreifende Beeinträchtigungsintensität möglichst gering zu halten.

Nach alledem sind außer-ökonomische Ziele im Wege praktischer Konkordanz vermittels einer modifizierenden Anwendung der Tatbestandsmerkmale der Fusionskontrollverordnung, insbesondere des der Auslegung zugänglichen offenen Begriffs eines „wirksamen Wettbewerbs“ aus Art. 2 FKVO, in die Rechtsanwendung einzubeziehen. Auf diese Weise können und müssen auch außer-ökonomische Vor- und Nachteile eine angemessene Berücksichtigung bei der Anwendung des Unionskartellrechts im Einzelfall finden.

Die dargelegte Berücksichtigung außer-ökonomischer Ziele ist in den europäischen Fusionskontrollverfahren bislang allerdings deutlich unterentwickelt geblieben; so auch jüngst in dem Fusionskontrollverfahren betreffend Dow und DuPont (Kommission, M.7932). Dieser Befund der unterentwickelten Berücksichtigung von außer-ökonomischen Zielen bei der Zusammenschlusskontrolle gilt auch und gerade im Vergleich zur Praxis der Unionsorgane in anderen Kartellverfahren, so vor allem betreffend das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (siehe hierzu insbesondere vorstehend unter III.).

4. Konkrete Fallanwendung

Nunmehr gilt es, die vorherigen Erkenntnisse und Argumente konkret auf das Zusammenschlussvorhaben Bayer/Monsanto zur Anwendung zu bringen. Ein Schwerpunkt der Darstellung wird dabei nach den herausgearbeiteten Ergebnissen auf den außer-ökonomischen Gesichtspunkten des Umweltschutzes liegen, da diese im Kontext des Zusammenschlussvorhabens Bayer/Monsanto von hervorgehobener Bedeutung sein werden.

Bei diesen außer-ökonomischen Gesichtspunkten des Umweltschutzes sind vor allem die folgenden Themenfelder von hervorgehobener Bedeutung: Biodiversität, Ernährungssouveränität, qualifizierter Gesundheitsschutz und Versorgungssicherheit. Der Zusammenschluss von Bayer und Monsanto betrifft einen Markt, dessen Technologien, Innovationen und Strukturen entscheidend sind – insbesondere – für die Ernährungssicherung und Ernährungssouveränität, die Umwelt und die Artenvielfalt in Deutschland, Europa und weltweit. So würde das fusionierte Unternehmen Bayer-Monsanto etwa zum weltgrößten Hersteller von Pflanzenschutz und Saatgut werden.

a) Querschnittsklauseln und Unionsziele

Der Wortlaut der Umweltschutz-Querschnittsklausel (Art. 11 AEUV) fordert zwar eine zwingende Berücksichtigung der Umweltschutzziele beim Tätigwerden der Union, weshalb mitunter auf einen Vorrang des Umweltschutzes vor anderen Zielen der Union geschlossen wurde, obwohl die kollidierenden Ziele sämtlich im Primärrecht verankert sind. Die Beurteilung einer Vorrangstellung muss ihren Ausgangspunkt aber richtigerweise im Rang der kollidierenden Normen haben. So sind Unionsziele und Querschnittsklauseln ebenso wie die Schutzgüter des Wettbewerbs- und Kartellrechts originäre Bestandteile des Primärrechts.

Innerhalb des Primärrechts lässt sich kein allgemeines Rangverhältnis zwischen den einzelnen Zielen ableiten. Die Unionsziele und Querschnittsklauseln sind, mangels einer belastbaren Möglichkeit zur Hierarchisierung, gleichrangig zu den Schutzgütern des Kartellrechts, die ihrerseits selbst ein Unionsziel ausgestalten. Somit sind Unionsziele und Querschnittsklauseln geeignet, Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit zu bewirken.

Die Anwendung des unionalen Kartellrechts kann daher (auch) durch außer-ökonomische Zielsetzungen beeinflusst werden,

— die entweder in den Querschnittsklauseln oder in den Unionszielen verankert sind.

b) Europäische Grundrechte-Charta

Die Grundrechte der Europäischen Grundrechte-Charta stellen gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV einen Bestandteil des Primärrechts dar. Durch die Erhebung der Europäischen Grundrechte-Charta in den Rang des Primärrechts sind auch deren außer-ökonomische Ziele auf der Ebene des Primärrechts angesiedelt und mithin gleichrangig zu den Schutzgütern des unionalen Kartellrechts. Die Gleichrangigkeit der kollidierenden Schutzgüter macht – auch hier – einen Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz notwendig.

Die Grundrechte der Europäischen Grundrechte-Charta sind somit geeignet, die Anwendung des unionsrechtlichen Kartellverbots zu beeinflussen. Die Reichweite des Einflusses ist wegen Gleichranges der zu berücksichtigenden Ziele im Rahmen praktischer Konkordanz zu ermitteln (siehe oben unter 3.).

c) Europäische Menschenrechtskonvention

Die Berücksichtigungsfähigkeit der in der EMRK verankerten außer-ökonomischen Zielsetzungen im Rahmen der Anwendung des unionalen Kartellrechtsregimes bereitet größere Probleme. Denn die EMRK ist weder unmittelbarer Bestandteil der Verträge, noch durch explizite Anordnung dem Primärrecht gleichgestellt. Gleichwohl spielt die EMRK anerkanntermaßen eine wichtige Rolle in der Anwendung des Unionsrechts, da sie als Manifestation der gemeinsamen Verfassungstraditionen selbst zur Rechtserkenntnisquelle für die Etablierung allgemeiner unionaler Rechtsgrundsätze wird.

Die außer-ökonomischen Gewährleistungen der EMRK sind bei der Anwendung des Kartellrechts jedenfalls dann berücksichtigungsfähig, wenn sie im Überlappungsbereich mit der Europäischen Grundrechte-Charta liegen und entweder in der EMRK als solcher oder in den Änderungsprotokollen enthalten sind.

5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass im Rahmen des EU-Fusionskontrollverfahrens neben ökonomischen Überlegungen auch außer-ökonomische Ziele in die Prüfung einzubeziehen sind. Aus normhierarchischen Erwägungen sind hierbei jedenfalls solche außer-ökonomischen Ziele zu

berücksichtigen, die auf der Ebene des Primärrechts verortet werden können – und somit dem (ökonomischen) Wettbewerbsziel gleichrangig sind. Die konkrete Berücksichtigung hat im Wege einer modifizierenden Auslegung und Anwendung – auch und gerade – des offen ausgestalteten Eingriffskriteriums „wirksamer Wettbewerb“ (vgl. Art. 2 FKVO) zu erfolgen, so dass im Ergebnis ein schonender Ausgleich der betroffenen Interessen im Sinne einer praktischen Konkordanz herbeigeführt werden kann. Das Anliegen der Herstellung eines „wirksamen Wettbewerbs“ ist hierbei aufzuladen (auch) mit außer-ökonomischen Zielen.

V. Art. 21 Abs. 4 FKVO – Maßnahmen zum Schutz berechtigter Interessen

In der Vergangenheit haben außer-ökonomische Ziele im Rahmen von Fusionskontrollverfahren – noch – nicht die rechtlich veranlasste Aufmerksamkeit erfahren. Dies gilt auch und gerade für Belange des Umweltschutzes, wie unlängst das Fusionskontrollverfahren betreffend die US-Chemiekonzerne Dow und DuPont (Kommission, M.7932) deutlich gezeigt hat: Die EU-Kommission hat den geplanten Zusammenschluss von Dow und DuPont nach der EU-Fusionskontrollverordnung freigegeben, wobei die Genehmigung vorbehaltlich der Veräußerung großer Teile der globalen Pestizidsparte von DuPont einschließlich der zugehörigen globalen Forschungs- und Entwicklungs-Kapazitäten erfolgte (vgl. die Pressemitteilung vom 27. März 2017, IP/17/772). Die Berücksichtigung von außer-ökonomischen Gesichtspunkten, insbesondere der vorbenannten Umweltschutzgesichtspunkte, erfolgte in dem Verfahren ausweislich der öffentlich zugänglichen Dokumente nicht.

Die besondere praktische Bedeutung der in diesem Gutachten aufgeworfenen Fragestellungen betreffend außer-ökonomische Ziele, insbesondere in Ansehung des Umweltschutzes, zeigt sich überdies nicht zuletzt darin, dass die EU-Kommission jüngst mit Chemchina/Syngenta (M.7962) und Chemchina/Adama (M.8170) weitere Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Agrarchemie freigegeben hat, ebenfalls ohne dass eine hinreichende Berücksichtigung von Umweltschutzgesichtspunkten ersichtlich wird.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend darzustellen, welche Maßnahmen seitens der Mitgliedstaaten im Falle einer Nichtberücksichtigung von außer-ökonomischen Zielen durch die EU-Kommission, etwa des Umweltschutzes, in Betracht kommen, insbesondere in Ansehung von Art. 21 Abs. 4 FKVO. Der in Bezug

genommene Art. 21 FKVO regelt die Reichweite der ausschließlichen Anwendbarkeit der FKVO und der ausschließlichen Zuständigkeit der EU-Kommission für das europäische Fusionskontrollverfahren.

Als Ausgleichsmechanismus wird über Art. 21 Abs. 4 FKVO die Möglichkeit eröffnet, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen allfällige Maßnahmen zum Schutz berechtigter Interessen ergreifen können.

1. Grundsätzliches

Nach allgemeiner Auffassung werden durch Art. 21 Abs. 4 FKVO keine zusätzlichen Rechte der Mitgliedstaaten begründet, sondern lediglich die den Mitgliedstaaten bereits zustehenden originären Kompetenzen in ihrem Verhältnis zum Unionsrecht festgeschrieben (vgl. Protokollerklärung der Kommission zu Art. 21, abgedruckt etwa in WuW 1990, 240 (242)). Wenn und soweit also das jeweils nationale Staatsgebiet berührt ist und eine spezielle Regelung durch die FKVO nicht besteht, sind die Mitgliedstaaten in dem durch Art. 21 Abs. 4 FKVO umschriebenen Rahmen befugt, auf Zusammenschlüsse durch Anordnung entsprechender Maßnahmen einzuwirken.

Die Befugnis der Mitgliedstaaten, selbst gegen einen Zusammenschluss vorzugehen, bezieht sich hierbei lediglich auf solche außer-ökonomischen Ziele, die nicht bereits von der EU-Kommission berücksichtigt wurden. Die schon von der EU-Kommission untersuchten Aspekte ergeben sich dabei aus der maßgeblichen Eingriffsvorschrift des Art. 2 FKVO, die den Schutz „wirksamen Wettbewerbs“ in Bezug nimmt. Nach der hier vertretenen Auffassung, die allerdings von der bisherigen Praxis der Unionsorgane (siehe hierzu vorstehend unter III.) abweicht, sind bestimmte außer-ökonomische Ziele, nämlich solche, die im Range des Primärrechts stehen, bereits im Rahmen von Art. 2 FKVO zu berücksichtigen.

Selbst bei Vorliegen von im Rahmen des Art. 21 Abs. 4 FKVO (noch) berücksichtigungsfähigen außer-ökonomischen Faktoren steht den Mitgliedstaaten nur das Recht zu, engere Kriterien als diejenigen der EU-Kommission anzuwenden. Somit können Mitgliedstaaten zwar eine von der EU-Kommission genehmigte Fusion untersagen bzw. mit zusätzlichen Bedingungen versehen, nicht aber eine Untersagungsentscheidung der EU-Kommission mit der Begründung außer-ökonomischer Aspekte derogieren und das Vorhaben genehmigen.

2. Maßnahmen der Mitgliedstaaten

Unbeschadet einer möglichen Verweisung nach Art. 4 Abs. 4, Art. 9 FKVO, können die Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 1 FKVO „geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen als derjenigen treffen, die in der FKVO selbst berücksichtigt werden, sofern diese Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind“.

Falls die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 4 FKVO erfüllt sind, dürfen die Mitgliedstaaten einen von der EU-Kommission unter wettbewerblichen Gesichtspunkten freigegebenen Zusammenschluss verbieten oder unter Bedingungen und/oder Auflagen zum Schutz ihrer berechtigten öffentlichen Interessen (siehe hierzu nachfolgend 3.) stellen.

Die Mitgliedstaaten sind dagegen nicht befugt, einen von der EU-Kommission auf der Grundlage und am Maßstab der FKVO verbotenen Zusammenschluss aus nationalen Interessen zu genehmigen. Der Wettbewerbsschutz bleibt insoweit vorrangig.

3. Berücksichtigungsfähige Interessen

Art. 21 Abs. 4 FKVO bezieht sich anerkanntermaßen nur auf außer-ökonomische Gesichtspunkte. So räumt die Bestimmung den Mitgliedstaaten weder neue Befugnisse ein, noch können sich die Mitgliedstaaten unter Hinweis auf Art. 21 Abs. 4 FKVO auf Überlegungen berufen, welche die EU-Kommission bei ihrer Untersuchung des Zusammenschlusses bereits berücksichtigt hat.

Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 FKVO bestimmt, dass als berechnigte Interessen die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln (dies umfasst vor allem Regelungen, die der Aufsicht über Banken, Börsen und Versicherungen dienen) anerkannt sind. In Bezug auf diese Interessen ist keine Anerkennung durch Entscheidung der EU-Kommission erforderlich. Die EU-Kommission geht gleichwohl davon aus, dass die Mitgliedstaaten sie über Maßnahmen zum Schutz dieser Interessen informieren müssen, damit deren Gemeinschaftskonformität überprüft werden kann.

Andere als die in Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 FKVO normierten öffentlichen Interessen müssen von der EU-Kommission nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 3 FKVO anerkannt werden, sofern sie sich nicht bereits aufgrund primärrechtlicher Regelungen gegenüber der FKVO durchsetzen (etwa nach Maßgabe von Art. 106 Abs. 2 AEUV). Will ein Mitgliedstaat aufgrund anderer öffentlicher Interessen Schutzmaßnahmen treffen, so muss dies zunächst der EU-

4. Konkrete Fallanwendung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so sind außer-ökonomische Ziele im Zuge des herausgearbeiteten Ausgleichsmechanismus bereits unmittelbar im Rahmen von Art. 2 FKVO materiell-rechtlich zu berücksichtigen.

Sollte man demgegenüber die Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen auf der Ebene von Art. 2 FKVO ablehnen, so wird jedenfalls eine vertiefte Prüfung im Kontext von Art. 21 Abs. 4 FKVO veranlasst sein. In diesem Sinne wird die Bundesregierung gegebenenfalls zu prüfen und abzuwägen haben, ob und inwieweit im vorliegenden Sachverhalt allfällige Maßnahmen zum Schutz qualifizierter außer-ökonomischer Interessen, so insbesondere des Umweltschutzes, zu ergreifen sind.

Für die Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten käme im vorliegenden Sachverhalt im Ausgangspunkt insoweit sowohl ein Rekurs auf gesetzlich anerkannte berechnigte Interessen nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 FKVO als auch auf andere öffentliche Interessen nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 3 FKVO in Betracht.

a) Gesetzlich anerkannte Interessen

Aus dem Kreis der durch Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 FKVO als berechnigt anerkannten Interessen sind vorliegend die öffentliche Sicherheit und die Aufsichtsregeln in den Blick zu nehmen.

Die Berücksichtigung der öffentlichen Sicherheit umfasst anerkanntermaßen die innere und äußere Sicherheit eines Staates (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 11.03.2003, Rs. C-186/01, Slg. 2003, I-2479 (Tz. 31 f.) – Dory; Körber, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 21 FKVO Rn. 32). Als solche Interessen kommen insbesondere die in Art. 346 AEUV anerkannten militärischen Sicherheits- und Verteidigungsinteressen sowie die von Art. 36 und 347 AEUV erfassten Sicherheitsinteressen in Betracht. Unter Hinweis auf Art. 36 AEUV wurde von der EU-Kommission allerdings auch die Versorgung eines Mitgliedstaates mit für die Gesundheit der Bevölkerung wesentlichen oder gar lebenswichtigen Gütern als Teil der öffentlichen Sicherheit gem. Art. 21 Abs. 4 angesehen (vgl. Protokollerklärung der Kommission zu Art. 21, abgedruckt etwa in WuW 1990, 240 (243)). Vor diesem Hintergrund sprechen gewichte Argumente dafür, etwa (auch) die Ernährungssouveränität als Belang der „öffentlichen Sicherheit“

■ einzustufen.

Von den Aufsichtsregeln im Sinne der Vorschrift umfasst werden vor allem Regelungen, die der Aufsicht über Banken, Börsen und Versicherungen dienen, so etwa in Bezug auf die Kreditwürdigkeit von Personen, auf die Ordnungsmäßigkeit von Transaktionen oder betreffend Solvenzkriterien (vgl. Protokollerklärung der Kommission zu Art. 21, abgedruckt etwa in WuW 1990, 240 (243)). Ob hierunter darüber hinaus auch andere Aufsichtsregelungen außerhalb des Bereichs der Finanzdienstleistungen gefasst werden können, so konkret auf dem Gebiet des Umweltschutzes, ist nicht abschließend geklärt, so dass sich insoweit vorsichtshalber die Stellung eines Antrags auf Anerkennung nach Art. 21 Abs. 4 UAbs. 3 FKVO empfiehlt (in diesem Sinne auch Körber, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Auflage 2012, Art. 21 FKVO Rn. 32).

b) Andere öffentliche Interessen

Die Regelung betreffend andere öffentliche Interessen in Art. 21 Abs. 4 UAbs. 3 FKVO ist in der bisherigen Fallpraxis eng gehandhabt worden. Es wurden aber etwa eine britische Regelung auf dem Gebiet der Wasserversorgung (Kommission, M.567, Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water – zum britischen Water Industry Act) und das Interesse an einer sicheren Energieversorgung in Krisenzeiten (Kommission, M.4197, EN/Endesa) als solche „anderen öffentlichen Interessen“ jedenfalls dem Grunde nach anerkannt. Somit bestünde hier ein belastbarer Ansatzpunkt für Mitgliedstaaten, um Maßnahmen zum Schutz von anderen öffentlichen Interessen, vorliegend in Gestalt etwa des Umweltschutzes und konkret der Ernährungssouveränität zu ergreifen, wenn und soweit eine angemessene Berücksichtigung im Fusionskontrollverfahren unterbleiben sollte.

VI. Handlungsoptionen / Verfahrensmäßige Betrachtung

Verfahrensmäßig ist zunächst auf Art. 19 FKVO zu verweisen, der die – bereits in den Erwägungsgründen 13 und 14 zur FKVO geforderte – enge und stetige Verbindung zwischen EU-Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Zusammenschlusskontrolle festschreibt. Dabei handelt es sich um eine Konkretisierung der allgemeinen Pflicht zu einer loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV), die ihrerseits das gesamte Vor- und Hauptverfahren maßgeblich prägt.

1. Übermittlung von Schriftstücken – Art. 19 Abs. 1 FKVO

Die EU-Kommission ist nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 1 FKVO verpflichtet, den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten innerhalb von drei Arbeitstagen eine Kopie der Anmeldungen und sobald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke, die in Anwendung der FKVO bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden, zu übermitteln.

2. Recht zur Stellungnahme – Art. 19 Abs. 2 S. 1 HS. 2 FKVO

Art. 19 Abs. 2 S. 1 HS. 2 FKVO gibt den Behörden der Mitgliedstaaten das Recht, jederzeit bis zum Erlass der Entscheidung zu allen im Rahmen der FKVO durchgeführten Verfahren Stellung zu nehmen. Für Deutschland ist in Ansehung von § 50 GWB allein das Bundeskartellamt zu einer solchen Stellungnahme berechtigt; dabei ist – anders als bei Verweisungsanträgen nach Art. 9 FKVO – nicht das Einvernehmen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie erforderlich. Das Bundeskartellamt handelt hiernach in diesem Zusammenhang aufgrund eigener, nicht dagegen in abgeleiteter Zuständigkeit.

Die Eigenschaft des Bundeskartellamts als selbständige Bundesoberbehörde (vgl. § 51 Abs. 1 GWB) im Sinne des Art. 87 Abs. 3 GG beinhaltet seine organisatorische und funktionelle Ausgliederung aus dem zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Dem Bundeskartellamt ist im Ausgangspunkt ein gesetzlich festgelegter Zuständigkeitsbereich zugewiesen, der ihm auch im Einzelfall nicht entzogen werden kann.

Da es sich vorliegend um einen Sachverhalt handelt, in dem die Handlungsbefugnis europarechtlich ausdrücklich den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates zugewiesen ist, könnte allerdings argumentiert werden, dass derartige Aufgaben zwingend in die Verantwortung des zuständigen Bundesministeriums fallen und sich hieraus eine Handlungs- und Einwirkungspflicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie ableitet.

3. Beratender Ausschuss – Art. 19 Abs. 3 bis 7 FKVO

Art. 19 Abs. 3 bis 7 FKVO regeln Zusammensetzung und Aufgaben des Beratenden Ausschusses, der grundsätzlich vor jeder Entscheidung zur Beendigung des Hauptverfahrens (Art. 8 Abs. 1 bis 6 FKVO) von der EU-Kommission zu ihrem Entscheidungsentwurf angehört werden muss (Art. 19 Abs. 3 FKVO). Der Beratende

■ Ausschuss setzt sich nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 FKVO zusammen aus Vertretern der nationalen Behörden; Deutschland hat für den Beratenden Ausschuss den Präsidenten des Bundeskartellamts und den Leiter des Referats Fusionskontrolle im Bundeswirtschaftsministerium für Wirtschaft und Energie bestimmt.

Der Berichterstatter des Beratenden Ausschusses formuliert abschließend eine Stellungnahme des Ausschusses (Art. 19 Abs. 6 FKVO). Die EU-Kommission muss den Beratenden Ausschuss sowohl anhören als auch allfällige Stellungnahmen soweit wie möglich berücksichtigen (Art. 19 Abs. 6 S. 4 FKVO). Allerdings ist die EU-Kommission nicht an die Stellungnahme(n) gebunden.

4. Zwischenergebnis

Die Bundesrepublik Deutschland kann und muss durch die den Mitgliedstaaten (bzw. deren Behörden) verbrieften Rechte zur Stellungnahme und Mitwirkung im Beratenden Ausschuss die vorstehend herausgearbeiteten außer-ökonomischen Ziele in das Fusionskontrollverfahren einbringen.

Sollte man anderer Auffassung sein, was die Berücksichtigung(sfähigkeit) auf der dem Entscheidungsbereich der EU-Kommission zufallenden Prüfungsebene des Art. 2 FKVO anbetrifft, so müsste die Bundesrepublik Deutschland prüfen, ob die Vornahme gerichtlicher Schritte und/oder das Ergreifen von Maßnahmen auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 21 Abs. 4 FKVO veranlasst ist.

5. Nachprüfung durch den EuGH – Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV)

Art. 21 Abs. 2 FKVO wiederholt deklaratorisch, was sich bereits unmittelbar aus dem Primärrecht ergibt: Die Tätigkeit der EU-Kommission als Fusionskontrollbehörde unterliegt der Nachprüfung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (i.e. Gerichtshof und Gericht, vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV).

Zumeist wird die Tätigkeit der EU-Kommission in der Fusionskontrolle im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) einer gerichtlichen Prüfung unterzogen. Mit einer solchen Nichtigkeitsklage können alle Handlungen der EU-Kommission angegriffen werden, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen und die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen.

a) Zuständigkeit

Für Direktklagen (sprich insbesondere für Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 AEUV, aber auch für Untätigkeits- oder Schadensersatzklagen gemäß Art. 265 und 268 AEUV) liegt die erstinstanzliche Zuständigkeit grundsätzlich beim Gericht, während der Gerichtshof lediglich als Rechtsmittelinstanz fungiert. Dies gilt auch dann, wenn – wie vorliegend in Rede stehend – ein Mitgliedstaat gegen die Kommission klagt. Daneben ist der Gerichtshof auch für Vorabentscheidungen nach Maßgabe von Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV über die Auslegung und Gültigkeit von Kommissionsentscheidungen ausschließlich zuständig.

b) Einstweiliger Rechtsschutz

Nach Art. 278 Satz 1 AEUV (und Art. 60 Abs. 1 EuGH-Satzung) entfalten die im Unionsrecht vorgesehenen Klagen und Rechtsmittel gegen Rechtsakte der Union keine aufschiebende Wirkung. Zur Vermeidung irreparabler Schäden, die durch den fehlenden Suspensiveffekt entstehen können, sieht das EU-Recht drei verschiedene Rechtsbehelfe des einstweiligen Rechtsschutzes vor, darunter die Aussetzung der Durchführung angefochtener Handlungen (Art. 278 Satz 2 AEUV) und den Erlass einstweiliger Anordnungen (Art. 279 AEUV).

Vorläufiger Rechtsschutz ist dabei dann zu gewähren, wenn dies zur vollen Wirksamkeit der künftigen Entscheidung erforderlich ist, so dass verhindert wird, dass während ein Klageverfahren noch läuft, bereits vollendete, irreversible Tatsachen geschaffen werden. Die Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes hemmen die Durchführung der Rechtshandlung, ohne jedoch deren Rechtswirksamkeit zu berühren.

In der Praxis machen die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur einen vergleichsweise geringen Teil der gesamten Klagen vor den europäischen Gerichten aus, doch aufgrund der immer noch langen Verfahrensdauer ist ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen (vgl. Ehrlicke, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 279, Rn. 3).

c) Zulässigkeit/Parteifähigkeit

Aktiv parteifähig sind im Verfahren der Nichtigkeitsklage als privilegierte Kläger – unter anderem – die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 263 Abs. 2 AEUV). Für ihre Klageberechtigung kommt es weder auf eine eigene Betroffenheit oder ein besonderes

Rechtsschutzinteresse noch auf die Art der angefochtenen Handlung an. Entscheidend ist vielmehr allein, dass diese Rechtswirkungen nach außen aufweist. Das umfassende Klagerecht der Mitgliedstaaten macht den Charakter der Nichtigkeitsklage als objektives Kontrollverfahren deutlich. Allerdings sind solche mitgliedstaatlichen Klagen im Bereich der europäischen Fusionskontrolle bislang vergleichsweise selten erhoben worden (vgl. aber EuGH, Urt. v. 31.03.1998, verb. Rs. C-68/94, C-30/95, Slg. 1998, I-1375 – Frankreich/Kommission).

d) Begründetheit

Mit Nichtigkeitsklagen kann die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der EU-Kommission im Fusionskontrollverfahren sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht überprüft werden (sog. Legalitätskontrolle, Art. 263 Abs. 1 AEUV). Im konkreten Fall mit der Nichtigkeitsklage anzugreifen wäre eine von der EU-Kommission vorgenommene Genehmigungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b oder Art. 8 Abs. 1, 2 FKVO, die außer-ökonomische Ziele nicht oder nicht angemessen berücksichtigt.

Da in der Fusionskontrolle regelmäßig komplexe Sachverhalte zu bewerten sind und die Entscheidungen zudem zumeist Prognosecharakter haben, steht der EU-Kommission insoweit anerkanntermaßen ein Beurteilungsspielraum zu. Allerdings überprüfen die Unionsgerichte den Inhalt der Entscheidungen der Kommission auf „offensichtliche Beurteilungsfehler“ (vgl. etwa Dittert, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 21 FKVO Nr. 40 mwN.). Die Unionsgerichte unterziehen die Tatsachenfeststellungen der EU-Kommission hiernach einer Richtigkeits- und Vollständigkeitskontrolle und die Prognosen der EU-Kommission über die Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb einer Plausibilitätskontrolle.

e) Rechtsfolgen

Wird eine Entscheidung der EU-Kommission für nichtig erklärt, so hat diese gemäß Art. 266 Abs. 1 AEUV die sich aus dem Urteil ergebenden Konsequenzen zu ziehen. In der Fusionskontrolle werden diese Konsequenzen regelmäßig in der Annahme einer neuen Entscheidung liegen. Für den Fall der Nichtigklärung einer Genehmigungs- oder Verbotsentscheidung ist in Art. 10 Abs. 5 FKVO insoweit ausdrücklich vorgesehen, dass die Kommission den

■ Zusammenschluss erneut prüft – und zwar unter Wiederaufnahme des Verfahrens in der „Phase I“ (Art. 6 FKVO) sowie unter Zugrundelegung der dann vorherrschenden Marktverhältnisse.

f) Klagefrist

Die Klagefrist für Nichtigkeitsklagen beträgt gemäß Art. 263 Abs. 6 AEUV zwei Monate.

F. Gesamtergebnis

Insgesamt kann festgehalten werden, dass – auch – im europäischen Fusionskontrollverfahren auf der Grundlage und am Maßstab der FKVO außer-ökonomische Zielsetzungen und Wertungen eine angemessene Berücksichtigung finden müssen. Das Fusionskontrollverfahren kann und darf nicht unbeeinflusst von anderen Zielen der Union bleiben, sondern muss vielmehr im Gesamtkontext des Unionsrechts betrachtet und angewendet werden. Die Anwendung des Fusionskontrollrechts ist im Einzelfall einzustellen in den durch den Binnenmarkt aufgespannten Rechtsrahmen, der mittlerweile – auch und gerade – in Ansehung von Art. 3 Abs. 2 EUV durch außer-ökonomische Ziele, wie etwa den Umweltschutz, ausgeformt wird.

Zwar kommt der Wettbewerbsfreiheit eine besonders hervorgehobene Funktion für die Verwirklichung des Binnenmarkts und die Entwicklung des europäischen Wirtschaftslebens zu. Gleichwohl führt Art. 3 Abs. 3 EUV ganz unterschiedliche Ziele für die Verwirklichung des Binnenmarkts zusammen. Dabei ist keines ebenda der aufgeführten Ziele mit einer Vorrangwirkung ausgestattet, weshalb bei der Rechtsanwendung auch die wirtschaftsbezogene Wettbewerbsfreiheit nicht einseitig – etwa über den Umweltschutz – dominieren kann und soll. Vielmehr sind die verschiedenen Ziele im Ausgangspunkt gleichgewichtig.


Die Berücksichtigung von außer-ökonomischen Zielen im Rahmen der Gesetzesanwendung hat im Wege des schonenden Ausgleichs mittels einer modifizierenden Rechtsanwendung bzw. Rechtsauslegung (vor allem auch des offenen Tatbestandsmerkmals „wirksamer Wettbewerb“ im Sinne des Art. 2 FKVO) im Sinne einer praktischen Konkordanz zu erfolgen. Berücksichtigungsfähig sind jedenfalls solche außer-ökonomischen Zielsetzungen, die normhierarchisch auf der Ebene des Primärrechts zu verorten sind. Das Desiderat der Herstellung „wirksamen Wettbewerbs“ ist hierbei aufzuladen (auch) mit außer-ökonomischen Zielen.

Im konkreten Fall des Zusammenschlussvorhabens Bayer/Monsanto ist die EU-Kommission somit gehalten, entsprechende außer-ökonomische Ziele in das Verfahren mit einzubeziehen. Besondere Bedeutung dürften dabei Belange des Umweltschutzes erhalten, die sich konkret in den Gesichtspunkten Biodiversität, Ernährungssouveränität, qualifizierter Gesundheitsschutz, und Versorgungssicherheit niederschlagen. Die Bundesrepublik Deutschland kann und sollte durch die den Mitgliedstaaten (bzw. deren Behörden) verbrieften Rechte zur Stellungnahme und zur Mitwirkung im Beratenden Ausschuss – insbesondere – die vorstehend herausgearbeiteten außer-ökonomischen Ziele in das Fusionskontrollverfahren einbringen.

Sollte man zu einer abweichenden Bewertung gelangen, was die Berücksichtigung(sfähigkeit) auf der dem Entscheidungsbereich der EU-Kommission zufallenden Prüfungsebene des Art. 2 FKVO anbetrifft, bzw. bleibt es bei der bisherigen Praxis der Unionsorgane in Fusionskontrollverfahren, außer-ökonomische Ziele im Range des Primärrechts nicht hinreichend aufzugreifen, so wäre durch die Bundesrepublik Deutschland zu prüfen, ob neben gerichtlichen Überprüfungen (nach Art. 21 Abs. 2 FKVO stehen die Entscheidungen der EU-Kommission im Fusionskontrollverfahren unter dem Vorbehalt der Nachprüfung durch den EuGH) die Vornahme von Maßnahmen auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 21 Abs. 4 FKVO veranlasst ist.

Das vorstehende Gutachten ist unabhängig und unparteiisch erstattet worden auf Grund einer sorgfältigen Analyse des geltenden Rechts, der dazu ergangenen Gerichts- und Behördenentscheidungen sowie einschlägiger Literatur in Bezug auf die aufgeworfene Frage nach der Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen im europäischen Fusionskontrollverfahren nach Maßgabe der FKVO im Allgemeinen und im Verfahren Bayer/Monsanto im Besonderen.

Freiburg i. Brsg., 23. April 2017



Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)