

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)85
25. Juni 2018

**Prof. Dr.
Rupprecht Podszun**

**Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht,
deutsches und euro-
päisches Wettbe-
werbsrecht**

Heinrich-Heine-
Universität
Universitätsstraße 1
D-40225 Düsseldorf

— **Anhörung: Konzentration im Agrarmarkt**

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

vielen Dank für die Einladung als Sachverständiger zur Anhörung „Konzentration im Agrarmarkt“ am 27. Juni 2018. Ich sende Ihnen hiermit vorab die erbetene grundsätzliche Stellungnahme zum Gegenstand der Anhörung. Auf das Gespräch mit Ihnen freue ich mich!

E: ls.podszun (at)
hhu.de
T: +49-211-81-11627
[www.jura.hhu.de/doze
nten/podszun.html](http://www.jura.hhu.de/dozenten/podszun.html)
www.d-kart.de

— Mit freundlichen Grüßen

Düsseldorf, 22.6.2018



(Prof. Dr. Rupprecht Podszun)

Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Stellungnahme als Sachverständiger zum Thema „Konzentration im Agrarmarkt“

Wesentliche Ergebnisse

1. Die Wettbewerbsbehörden haben in den Chemiefällen ein neuartiges Prüfungsraaster zum Schutz von Innovationen angelegt. Zumindest im Ansatz wird damit auch Diversität geschützt. Mit intensiven Nebenbestimmungen haben sie ihre Durchsetzungsfähigkeit selbst bei bedeutenden „Megafusionen“ bewiesen.
2. In der Fusionskontrolle werden nach geltendem Recht außerwettbewerbliche Ziele nur in extremen Ausnahmefällen anerkannt, zu denen der Zusammenschlussfall *Bayer/Monsanto* nicht zählt. Eine weitergehende Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele ist konzeptionell nicht weiterführend und auch nicht praktikabel.
3. Die kartellrechtlichen Instrumente sind grundsätzlich geeignet, um der steigenden Konzentration in vielen Branchen zu begegnen. An einzelnen Punkten bedarf es einer Nachschärfung und auch einer intensiveren Kartellrechtsdurchsetzung.
4. Sonstige politische Maßnahmen zur Öffnung der Agrarmärkte sind rechtlich möglich. Zweifelhaft ist aber, ob gerade der Zusammenschlusstatbestand dafür ein geeigneter Ansatzpunkt ist. Für das Patentrecht wird von vielen Seiten inzwischen erheblicher Reformbedarf gesehen.
5. Eine Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in *Bayer/Monsanto* ist zwar rechtlich denkbar. Sie würde aber das Kompetenzverteilungssystem im europäischen Fusionskontrollrecht aushebeln und wäre ein verheerendes Signal für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Europa.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Stellungnahme als Sachverständiger zum Thema „Konzentration im Agrarmarkt“

Der Anhörung liegt der Antrag „Marktkonzentration im Agrarmarkt stoppen – Artenvielfalt und Ernährungssouveränität erhalten“ (BT-Drs. 19/1654) zugrunde. Dieser Antrag nimmt die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens der Unternehmen Bayer und Monsanto unter Nebenbestimmungen durch die Europäische Kommission¹ zum Anlass, um grundsätzliche kartellrechtliche und wettbewerbsökonomische Fragen aufzuwerfen.

I. Die Zusammenschlussfälle in der Chemiebranche

Die Wettbewerbsbehörden haben in den Chemiefällen ein neuartiges Prüfungsraster zum Schutz von Innovationen angelegt. Zumindest im Ansatz wird damit auch Diversität geschützt. Mit intensiven Nebenbestimmungen haben sie ihre Durchsetzungsfähigkeit selbst bei bedeutenden „Megafusionen“ bewiesen.

1. Ausgangspunkte der Fusionskontrolle

Der Zusammenschluss von Bayer und Monsanto steht in einer ganzen Reihe von Unternehmensübernahmen in der Chemiebranche, die in den vergangenen Jahren durchgeführt wurden. Zu nennen sind neben *Bayer/Monsanto* insbesondere die Fusionsfälle *Dow/Dupont* und *ChemChina/Syngenta*.²

Unternehmensübernahmen sind völlig selbstverständliche Erscheinungen auf Märkten, ihnen haftet kein Makel an. Allerdings unterwerfen die Fusionskontrollverordnung der Europäischen Union (FKVO) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestimmte Zusammenschlussvorhaben einer Vorab-Kontrolle.

Der deutsche Gesetzgeber begründete dies bei Einführung der Fusionskontrolle 1973 mit folgender Überlegung:

„Als Mittel zur Realisierung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts sind Unternehmenszusammenschlüsse oft nötig. Im gleichen Maße wächst jedoch das Bedürfnis nach wettbewerbspolitischen Möglichkeiten zur Verhinderung übermäßiger Konzentration und zur wirksamen Kontrolle marktbeherrschender Macht. (...) Unternehmenskonzentration kann den Wettbewerb ebenso beeinträchtigen wie die Kartellierung. Auch sie kann den Ansporn zur Leistung und zur Verwirklichung des Fortschritts vermindern. In der Marktwirtschaft ga-

¹ Europäische Kommission, 21.3.2018, Fall M.8084 – *Bayer/Monsanto* (Entscheidung noch nicht veröffentlicht).

² Europäische Kommission, 5.4.2017, Fall M.7962 – *ChemChina/Syngenta*; Europäische Kommission, 27.3.2017, Fall M.7932 – *Dow/Dupont*.

rantiert ohne wirksamen Wettbewerb nichts dafür, daß erzielbare Größenvorteile auch realisiert und an die Verbraucher weitergegeben werden. In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Bal-lungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne De-zentralisierung der Macht nicht denkbar.“³

Prüfungsmaßstab der von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt ausgeübten Zusammenschlusskontrolle ist ausschließlich die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (Art. 2 FKVO, § 36 GWB). Die Zu-sammenschlusskontrolle ist also eine Kontrolle, die im Normtext wie auch in der Praxis auf den wirtschaftlichen Wettbewerb ausgerichtet ist.⁴

2. Innovation im Fokus des Wettbewerbs

Wann eine „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ vorliegt, ist allerdings eine Frage der Auslegung: Was ist Bestandteil wirksamen Wettbewerbs? Wettbewerbsschutz bedeutet, dass der Funktionsmechanismus von Märkten gesichert werden soll. Die Fusionskontrolle wird eingesetzt, um zu verhindern, dass durch Konzentrationsstrategien von Unternehmen das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage beeinträchtigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Marktteilnehmer nicht mehr die Möglichkeit haben, ihre wirtschaftlichen Entscheidungen frei zu treffen, sondern – aufgrund der Macht einzelner Anbieter oder Nachfrager – in Ab-hängigkeit der Marktgegenseite geraten.

Immer wieder werden neue Modelle entwickelt (sog. „theories of harm“), wie dieses Kriterium nachgewiesen werden kann und wann also ein Eingriff der Wettbewerbsbehörde geboten ist. Gerade in den Chemiefällen hat die Eu-ropäische Kommission das Prüfungsraster der Fusionskontrolle erheblich weiterentwickelt. Diese Weiterentwicklung kommt den Kritikern der Kom-missionsentscheidung entgegen.

Die Kommission hat in *Dow/Dupont* (und dem Vernehmen nach auch in der noch nicht veröffentlichten Entscheidung *Bayer/Monsanto*) die Folgen des Zusammenschlusses für Innovationen in den Blick genommen. Nie zuvor wurden die Auswirkungen eines Zusammenschlusses für die Innovationskraft auf den betroffenen Märkten derart in den Fokus gerückt. Dieser An-satz bedeutet eine Abkehr vom sehr stark auf produktive Effizienzen (Steigerung des Outputs, Senkung des Preises) ausgerichteten Wettbewerbs-verständnis der vergangenen Jahre.

Die Kommission schreibt in der *Dow/Dupont*-Entscheidung:

“It is clear from the purpose and wording of the Merger Regulation and the Horizontal Merger Guidelines that the Commission is required

³ BT-Drs. 7/76, S. 14.

⁴ Vgl. *Simon* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartell-recht, 3. Aufl. 2016, FKVO Einf. Rn. 37.

to prevent significant impediments to effective competition without limiting its assessment to neither price effects nor product and price competition between existing products. It is also part of the Commission's task to determine whether a transaction is likely to lead to diminished innovation and future competition.”⁵

Die Kommission sieht also den Schutz von Innovation als gleichbedeutenden Auftrag in der Fusionskontrolle an. Das Ziel der Vorab-Kontrolle sei nicht nur, niedrige Preise zu gewährleisten, sondern ebenso hochwertige Produkte, eine große Auswahl an Gütern und Dienstleistungen und Innovation.⁶ Es mag auch ein Erfolg der Proteste gegen die Zusammenschlüsse sein, dass die Kommission darauf das Augenmerk gelegt hat. Entsprechend formuliert sie die Schadenstheorie:

“...a merger between competing innovators by reducing rivalry in the industry and increasing cannibalisation of existing and future sales is likely to result in a decrease in the incentive to innovate by the merging parties.”⁷

Wird durch einen Zusammenschluss die Rivalität in der Branche vermindert, ist dies als wettbewerbsschädigend anzusehen, da es geringere Anreize zur Innovation gibt. Der Schutz von „innovation spaces“ wird zum Gegenstand der Fusionskontrolle. Damit bleiben diverse Entwicklungspfade eröffnet:

“...the Parties are operating two of only a few competing global R&D organisations. The discontinuation of one of those organisations may significantly reduce the overall level of innovation competition and thus product innovation in the crop protection industry.”⁸

Die Kommission sichert die Innovationskraft also durch die Aufrechterhaltung diverser Entwicklungspfade, hier konkret: rivalisierender Forschungs- und Entwicklungseinheiten. Diversität wird als wesentlicher Faktor des Wettbewerbs erkannt. Das ist eine Anerkennung der evolutionsökonomischen Perspektive, die eine strukturelle Absicherung von Diversität und Variation, Auswahlmöglichkeiten und Offenheit fordert.⁹ Zwar ist Entwicklungsdiversität nicht gleichbedeutend mit dem im Antrag der Grünen angesprochenen Diversitätsbegriff. Ohne diverse Entwicklungspfade, so wie sie von der Europäischen Kommission ausdrücklich geschützt werden, indem rivalisierende „innovation spaces“ erhalten bleiben, ist aber auch eine Vielfalt verschiedener Lösungsansätze nicht denkbar. Das Bundeskartellamt

⁵ Europäische Kommission, 27.3.2017, Fall M.7932 – *Dow/Dupont*, Rz. 1992.

⁶ Europäische Kommission, 27.3.2017, Fall M.7932 – *Dow/Dupont*, Rz. 1990.

⁷ Europäische Kommission, 27.3.2017, Fall M.7932 – *Dow/Dupont*, Rz. 2002.

⁸ Europäische Kommission, 27.3.2017, Fall M.7932 – *Dow/Dupont*, Rz. 278.

⁹ Vgl. Kerber, 'Competition, innovation and maintaining diversity through competition law', in: Drexl/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations, 2011, S. 173 ff.

hat mit seiner sog. Professorentagung 2017 den Schutz von Innovationen zum Thema gemacht und damit zu erkennen gegeben, dass es diesem Topos ähnliche Relevanz zuweist.¹⁰

Der innovationsgetriebene Ansatz der Europäischen Kommission in *Dow/Dupont* ist bei Unternehmensvertretern als spekulativ und wenig ökonomisch fundiert auf Kritik gestoßen.¹¹ Dem „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ ist es jedoch immanent, dass auch die Entscheider stets hinzulernen müssen.

3. Starker Zugriff durch harte Nebenbestimmungen

In allen drei großen Chemie-Fusionsfällen hat die Europäische Kommission die Freigabe nur mit tiefgreifenden Nebenbestimmungen erteilt.

- Im Fall *Bayer/Monsanto* wurden u.a. sämtliche Überschneidungen bei Saatgut und Pestiziden durch Abgabe des Bayer-Portfolios beseitigt; Bayer hat seine weltweite Forschungs- und Entwicklungsabteilung für Saatgut und agronomische Merkmale (Bioscience) abgeben müssen ebenso wie die Forschungsaktivitäten in Konkurrenz zu Monsanto's Glyphosat. Zudem ist eine Lizenz mit Zugang zu den Aktivitäten von Bayer im Bereich digitale Agrarwirtschaft zu erteilen. Teile dieses Auflagenpakets wurden an BASF weitergereicht.¹²
- Im Fall *Dow/Dupont* musste u.a. die gesamte weltweite Forschungs- und Entwicklungsabteilung von Dupont (bis auf geringfügige Ausnahmen) abgegeben werden.
- Im Fall *ChemChina/Syngenta* waren wesentliche Geschäftsaktivitäten in den Bereichen Pflanzenschutzmittel einschließlich von Generika in der Entwicklung und immateriellen Vermögenswerten abzugeben.

Die zum Teil sehr gewichtigen Abhilfemaßnahmen sind auch Ausdruck der Handlungsfähigkeit der Kartellbehörden: Selbst „Megafusionen“ können einer effektiven hoheitlichen Kontrolle unterworfen werden.

Die Zusammenschlussfälle zeichnen sich auch durch ihre internationale, ja, globale Dimension aus. Für die betroffenen Unternehmen bedeutet dies, dass in zahlreichen Ländern der Erde Genehmigungen einzuholen waren (sog. multiple merger filing), was erhebliche Zeit- und Kostenbelastungen für die Fusionsparteien mit sich bringt. Eine Harmonisierung (insbesondere

¹⁰ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, November 2017.

¹¹ Vgl. *Lofaro/Lewis/Abecasis*, 'An Innovation in Merger Assessment? The European Commission's Novel Theory of Harm in the Dow/Dupont Merger', *Antitrust*, Fall 2017, S. 100 ff.; *Petit*, 'Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?', *International Center for Law & Economics, Antitrust & Consumer Protection Research Program White Paper*, 2017.

¹² Europäische Kommission, 30.4.2018, Fall M.8851 – *BASF/Bayer Divestment Business*.

durch die Angleichung von Verfahrensrechten und formalen Abläufen) wäre wünschenswert.¹³

In erster Linie ist der geradezu weltumspannende Zugriff der Fusionskontrolle Zeichen einer globalen Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips und der Auffassung, dass der freie Wettbewerb eines hoheitlichen Ordnungsrahmens bedarf. Es gibt weltweit keinen Freibrief mehr für wettbewerbschädigende Aktivitäten.

Die Entscheidungen in den verschiedenen Ländern sind eine Art Schaulaufen der möglichen Nebenbestimmungen. So hat die russische Wettbewerbsbehörde FAS im Fall *Bayer/Monsanto* Verhaltensauflagen gemacht und das Unternehmen verpflichtet, russischen Unternehmen weitreichenden Technologietransfer sowie Zugang zu Daten und digitalen Plattformen zu gewähren.¹⁴ Das US-amerikanische Department of Justice lag eher auf Linie der strukturellen europäischen Abhilfemaßnahme und verkündete das größte jemals ausgehandelte Veräußerungspaket im Rahmen einer Fusionskontrolle.¹⁵ In China wurde Berichten zufolge neben Veräußerungszusagen auch Zugang zur digitalen Plattform für chinesische Unternehmen eingeräumt.¹⁶ Nur angemerkt sei hier, dass Verhaltensauflagen tendenziell aufwändig zu kontrollieren und umzusetzen sind und sich häufig als wenig tauglich erweisen. Zudem haftet den russischen und chinesischen Vorgaben auf den ersten Blick ein protektionistischer Zug an.

II. Außerwettbewerbliche Ziele in der Fusionskontrolle

In der Fusionskontrolle werden nach geltendem Recht außerwettbewerbliche Ziele nur in extremen Ausnahmefällen anerkannt, zu denen der Zusammenschlussfall Bayer/Monsanto nicht zählt. Eine weitergehende Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele ist konzeptionell nicht weiterführend und auch nicht praktikabel.

Die Kernfrage der Anhörung ist, ob außerwettbewerbliche Ziele im Rahmen der Fusionskontrolle Berücksichtigung finden sollten.

1. Kein Platz für außerwettbewerbliche Interessen im Kartellrecht

Die kartellrechtlichen Begriffe werden – wie bereits dargestellt – mit wettbewerbsbezogenen Erwägungen ausgefüllt. Insoweit gibt es einen breiten internationalen Konsens, der sich in den Empfehlungen des International

¹³ Vgl. Podszun, 'Neue Impulse für ein globalisiertes Kartellrecht', ZWeR 2016, 360 ff.

¹⁴ Federal Antimonopoly Service, 'FAS Russia applies access and behavioral remedies in the Bayer/Monsanto merger', Pressemitteilung 8.11.2017.

¹⁵ US Department of Justice, 'Justice Department Secures Largest Negotiated Merger Divestiture Ever to Preserve Competition Threatened by Bayer's Acquisition of Monsanto', Pressemitteilung 29.5.2018.

¹⁶ Vgl. Reuters-Meldung vom 13.5.2018, 'China conditionally approves Bayer's acquisition of Monsanto', abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/us-monsanto-m-a-bayer-china/china-conditionally-approves-bayers-acquisition-of-monsanto-idUSKCN1GP10Z>.

Competition Network, des Zusammenschlusses der Wettbewerbsbehörden, spiegelt:

“The legal framework for competition law merger review (“merger review law”) should focus exclusively on identifying and preventing or remedying anticompetitive mergers. A merger review law should not be used to pursue other goals.”¹⁷

Dieser internationalen “best practice” entsprechend haben im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle außerwettbewerbliche „Kriterien in der Entscheidungspraxis nie eine ernsthafte Rolle gespielt.“¹⁸ Die Kommission hat daran auch trotz der zahlreichen Eingaben aus der Agrar- und Umweltbewegung festgehalten. Wettbewerbskommissarin *Vestager* schrieb den über 55.000 Petenten:

„Many of you warn about potential negative effects linked to Monsanto’s and Bayer’s products, including risks for human health, food safety, consumer protection, the environment and the climate. (...) While these concerns are of great importance they do not form a basis for a merger assessment.“¹⁹

Auch einzelne Kartellrechtler, namentlich *Paal* und *Lianos*, haben in Auftragsgutachten angeregt, über die Einbeziehung verschiedener Interessen im Rahmen des SIEC-Tests nachzudenken.²⁰ Die ganz überwiegende Auffassung in der Wissenschaft ist aber, dass es eine eindeutige Trennung zwischen wettbewerblichen und außerwettbewerblichen Prüfungskriterien gibt, wobei nur erstere im Kartellrecht berücksichtigt werden können.²¹ Gemeinwohlerwägungen, etwa Umwelt- oder Datenschutz, Energiesicherheit oder Militärpolitik, Arbeitsplatzsicherung oder industriepolitischer Protektionismus, können in der kartellrechtlichen Prüfung nur reflexartig geschützt werden. Die Interessen der Zivilgesellschaft an *Bayer/Monsanto* sind mit einem wettbewerblichen Prüfungsmaßstab nicht direkt zu erfassen.

¹⁷ International Competition Network, ICN Recommended Practices for Merger Analysis, 2008, I.A.Comment 1.

¹⁸ *Schroeder*, WuW 2011, 1216, 1222.

¹⁹ Brief von *Margrethe Vestager* an die Petenten vom 22.8.2017, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m8084_4719_6.pdf.

²⁰ Vgl. *Lianos*, Merger Activity in the Factors of Production Segments of the Food Value Chain: -

A Critical Assessment of the Bayer/Monsanto merger, UCL Centre for Law, Economics and Society, Policy Paper Series 2017/1; *Paal*, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung(sfähigkeit) von außer-ökonomischen Zielen auf der Grundlage und am Maßstab der europäischen Fusionskontrollverordnung, 23.4.2017, abrufbar unter https://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/gentechnik/pdf/gutachten-monsanto-2017.pdf.

²¹ *Pohlmann* in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 Grundfragen Rz. 67 ff. [65. EL April 2008]; *Schuhmacher* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 101 AEUV Rz. 269 [62. EL Juli 2017]; *Grave/Nyberg* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rz. 320.

Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Eingriffskriterien in Art. 2 FKVO und § 36 GWB. Bei Erlass der FKVO war die Aufnahme weiterer, außerwettbewerblicher Ziele in den Kontext der Fusionskontrolle ausdrücklich diskutiert, aber verworfen worden.²² Im deutschen Recht belegt schon die Ministererlaubnis in § 42 GWB, dass es im Regime der kartellbehördlichen Prüfung systematisch keinen Platz für Gemeinwohlerwägungen gibt – andernfalls wäre für eine Ministererlaubnis, die solche Gemeinwohlerwägungen zugrunde legen soll, kein Platz.²³

2. Abwägung mit Querschnittsklauseln?

Außerhalb des Kartellrechts sind im europäischen Recht die sog. Querschnittsklauseln, die Grundfreiheiten, die Unionsziele sowie die Grundrechte der Grundrechte-Charta auf einer solchen normhierarchischen Ebene angesiedelt, dass der Kartellrechtsdurchsetzung theoretisch Grenzen gesetzt werden könnten.

Mit den äußerst allgemein gehaltenen Unionszielen (Art. 3 AEUV), den Grundrechten und den Grundfreiheiten dürften sich im Fall *Bayer/Monsanto* keine Konfliktlinien ergeben.

Die Querschnittsklauseln des AEUV sind ein Instrument, um Politikziele, also außerwettbewerbliche Interessen, die im europäischen Recht für wichtig gehalten werden, auf primärrechtlicher Ebene zu verankern.²⁴ Der Umweltschutz ist ein Querschnittsziel (Art. 11 AEUV), das in den Chemiefällen eine Rolle spielen könnte.

Die Querschnittsklauseln bestimmen allerdings nur allgemeine Politikziele und Prinzipien, sie sind also anders als Art. 101 und Art. 102 AEUV und die aus diesen Normen abgeleitete FKVO nicht als handlungsanweisende Befugnisnormen mit Tatbestand-Rechtsfolge-Struktur ausgestaltet.²⁵ Damit stehen sie zwar abstrakt auf gleichgeordneter Ebene, konkret können sie aber nicht denselben Handlungsdruck erzeugen. Auch hier gilt, dass es bestenfalls zu einer Berücksichtigung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV kommen kann, nicht aber zu einer Berücksichtigung im Rahmen der Fusionskontrolle.²⁶

Der EuGH hat Querschnittsklauseln in extremen Ausnahmefällen herangezogen, um das Kartellrecht einzuschränken. So heißt es in *Albany*, einem Urteil zu Art. 101 AEUV zum Konflikt von Arbeitnehmerrechten und Kartellrecht:

²² Vgl. *Körper* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, FKVO Einleitung Rn. 30 ff. m.w.N.

²³ Vgl. *Thomas* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 42 GWB Rn. 1.

²⁴ Umfassend Gasse, Die Bedeutung der Querschnittsklausel für die Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts, 2000.

²⁵ *Wegener* in: ders., Europäische Querschnittspolitiken, 2014, § 1, Rz. 7.

²⁶ Vgl. *Schweitzer* in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 21, 26 f.; *Kirchhoff* in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 11, 12, der weitergehenden Überlegungen – z.B. mit Blick auf eine Einschränkung schon des Tatbestandes des Art. 101 Abs. 1 AEUV – eine Absage erteilt (S. 13).

„Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 85 Abs. 1 [heute Art. 101 Abs. 1 AEUV] Geltung hätte.“²⁷

Der EuGH entscheidet sich beim Konflikt zwischen den sozialpolitischen Zielen des Tarifrechts mit dem Wettbewerbsprinzip für die Arbeitnehmerrechte und erklärt konsequent, dass diese nicht unter das Wettbewerbsverbot fallen.

Einen ähnlich harten Eingriff in das Kartellrecht hat der EuGH kaum einmal statuiert. In *FNV Kunsten* hat er die Anwendung der *Albany*-Regel auf einen engen Anwendungsbereich beschränkt.²⁸ Es gibt in der EuGH-Rechtsprechung weitere vereinzelte Präzedenzfälle für eine Berücksichtigung der Querschnittsklauseln. Zu denken ist an Fälle wie *Wouters* (für freie Berufe) und *Meca-Medina* (für den Sport).²⁹ Keiner dieser Fälle betrifft die Fusionskontrolle, genutzt wurden vielmehr die erheblich offeneren Einfallstore in Art. 101 AEUV.

Die Zahl der Fälle, in denen sich der EuGH auf die Querschnittsklauseln beruft, ist insgesamt überschaubar. Weniger überschaubar ist allerdings, was in den Querschnittsklauseln alles geregelt ist: der Katalog in Art. 8 bis 17 AEUV und weiteren Normen sieht etwa die Gleichstellung von Mann und Frau, die Sozialpolitik, den Umwelt-, Verbraucher- oder Tierschutz, den Datenschutz oder kirchliche Angelegenheiten als Aufgaben an, bei denen gemäß Art. 7 AEUV die Kohärenz der Wettbewerbsregeln mit den entsprechenden Politikbereichen hergestellt werden könnte.

Die Querschnittsklauseln sind jedoch Programmsätze. Sie können mangels Bestimmtheit in konkreten Rechtsfällen grundsätzlich keine Wirkung entfalten. Alles andere würde der Willkür der Entscheider Tür und Tor öffnen: Sie könnten ihre persönliche, nicht mehr rechtlich gebundene Auffassung davon, wie z.B. kirchliche Angelegenheiten in der EU durchzusetzen sind, absolut setzen. Wenn der EuGH dennoch in Einzelfällen auf die Querschnittsklauseln abgestellt hat, dann nur in solchen Situationen, in denen das geschützte Ziel fundamental ausgehöhlt würde: Wenn der Zusammenschluss von Arbeitnehmern für Tarifverhandlungen eine wettbewerbsbeschränkende Absprache im Sinne des Kartellrechts wäre, wäre die gemeinsame Aushandlung von Tarifen für Arbeitnehmer aus kartellrechtlichen Gründen unzulässig. Damit wäre das gesamte kollektive Arbeitnehmer-

²⁷ EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 f. – *Albany*.

²⁸ EuGH v. 4.12.2014 – Rs. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

²⁹ EuGH v. 18.2.2002 – Rs. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, WuW/E EU-R 533 – *Wouters*; EuGH v. 18.7.2006 – Rs. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, WuW/E EU-R 1493 – *Meca-Medina*.

schutzrecht hinfällig.³⁰ Wenn das Kartellrecht das Funktionieren des anderen Schutzguts zugunsten des Wettbewerbs völlig ausschalten würde, ist das in der Querschnittsklausel geschützte Ziel zu berücksichtigen. Das steht in den Chemiefällen jedoch nicht zur Debatte: Es wird nicht geltend gemacht, dass gerade durch die Übernahme von Monsanto der Artenschutz oder die Biodiversität gänzlich ausgeschaltet würden.

Zu erinnern ist daran, dass es bei der Fusionskontrolle um die Prüfung eines Wechsels in der Kontrolle eines Unternehmens geht. Es ist schwer vorstellbar, dass gerade der Wechsel der Inhaberschaft eines Unternehmens kausal dazu führen soll, dass einer der in den Klauseln genannten Belange massiv in Mitleidenschaft gezogen werden soll. Die bloße Übernahme darf jedenfalls nicht regulatorisches Anknüpfungsmoment für allgemeine Erwägungen oder ein Unbehagen mit einem Unternehmen werden. Dagegen spricht, dass Kauf und Verkauf von Unternehmen legitime Erscheinungen im Markt sind, die nicht negativ bewertet sind.

Hinzu kommt ein weiterer Punkt: Wer eine stärkere Berücksichtigung der Querschnittsklauseln wünscht,³¹ muss auch belegen können, wie die sehr allgemein formulierten Begriffe unterhalb der Ebene des Extremfalls praktikabel und justitiabel angewendet werden können. Die Querschnittsklauseln müssten, wenn sie nach geltendem Recht zu berücksichtigen wären, ja in die Prüfung nach Fusionskontrollrecht integriert werden. Wie sollte das geschehen? Im Rahmen einer allgemeinen Abwägung? Welche Maßstäbe, welche Beweisanforderungen, welche Abwägungskriterien wären anzuwenden? Was würde gelten, wenn mehrere, möglicherweise konfligierende Interessen eine Rolle spielen?

Nach *Paal* soll „ein schonender Ausgleich der betroffenen Interessen im Sinne einer praktischen Konkordanz“ versucht werden.³²

Hier wird ein Konzept des deutschen Verfassungsrechts ins europäische Kartellrecht transplantiert. Schon im deutschen Verfassungsrecht setzt der Ausgleich widerstreitender verfassungsrechtlicher Rechtsgüter jedoch voraus, dass die gegenüberstehenden Schutzgüter gleichgeordnet sind und ernsthaft kollidieren. Die Analogie passt schlicht nicht: Der Begriff der „praktischen Konkordanz“ ist für kollidierende subjektive Rechte einzelner Individuen (z.B. persönliche Ehre versus Kunstfreiheit) gedacht, nicht für allgemeine Politikziele.

Eine Berücksichtigung aller denkbaren vage formulierten Interessen ist auch sonst im Recht nicht vorgesehen. Schon aus diesem Grund trägt das

³⁰ *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rz. 171 spricht von „Sonderkonstellationen“. Vgl. *Schweitzer* in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 21, 25.

³¹ Z.B. *Kokott/Dittert* in: Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, 2015, S. 15 ff.; *Kahl* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 11 AEUV Rz. 29 ff.; *Rittner/Dreher*, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 5 Rz. 10.

³² *Paal*, a.a.O., S. 20.

Modell für die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Interessen im europäischen Recht nicht. Die vage formulierten Querschnittsklauseln können mit dem – gerade in der Fusionskontrolle! – konkret ausgestalteten und durch jahrzehntelange Praxis konturierten Wettbewerbsschutz nicht abgewogen werden. Es ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der Fusionskontrollverordnung die Abwägung mit anderen Interessen vorgenommen hat. In dieses Spezialgesetz nun außerwettbewerbliche Interessen einzubeziehen, wäre systemwidrig.³³

3. Fortentwicklung des Prüfungsmaßstabs?

Es wäre grundsätzlich denkbar, die rechtspolitische Forderung zu erheben, eine entsprechende Abwägungsklausel ausdrücklich vorzusehen. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass es ein Kompliment an die Wettbewerbsbehörden ist, dass ihnen zugetraut wird, als Reparaturbetrieb anderer Rechtsgebiete tätig zu werden. Ihre sorgfältige Prüfung, ihre Durchsetzungsstärke, ihre Unabhängigkeit, ihre breite Akzeptanz haben das Kartellrecht zu einer Materie gemacht, die Phantasien freisetzt.

Gegen eine Verwässerung des wettbewerblichen Prüfungsmaßstabs sind jedoch aus kartellrechtlicher Perspektive mehrere Vorbehalte angebracht:

Ökonomisch ist es kaum zu rechtfertigen, das Wettbewerbsprinzip für einzelne Sonderinteressen zu durchbrechen. Regulatorische Sonderanforderungen gehen zu Lasten von Effizienz und Innovation in der betroffenen Branche und zahlen sich langfristig nicht aus. Möglicherweise kommen auch Bedenken wegen der Gleichbehandlung mit anderen Branchen und mit anderen Anbietern aus anderen Staaten auf. Kartellrecht ist eine Bedingung für das Funktionieren von Märkten. Es soll das Funktionieren der Verteilung knapper Ressourcen auf Märkten durch den Wettbewerbsmechanismus möglichst effizient sicherstellen. Wo es ausgeschaltet oder von nicht-funktionalen Überlegungen überlagert wird, kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen, die Kosten haben. Seine Unbestechlichkeit und damit seine Wirkung bezieht das Kartellrecht gerade aus dem rein wettbewerblichen Prüfungsmaßstab. Eine wettbewerbliche Verteilung der Güter und Leistungen ist auch Ausdruck der Verfahrensgerechtigkeit und somit Bestandteil einer nicht durch einzelne Privilegien verzerrten Einkommensverteilung.

Das soll selbstverständlich nicht heißen, dass andere Regelungsinteressen nicht durchgesetzt werden können. Sie sollten systematisch aber nicht in ein dafür nicht passendes Regelungsregime integriert werden: Wer Naturschutzregeln will oder wer Genossenschaften fördern möchte, kann dies

³³ Ebenso *Lettl*, Rechtsgutachten zu kartellrechtlichen Fragen der Marktkonzentration, o.J. [2017], S. 18, abrufbar unter https://www.oxfam.de/system/files/rechtsgutachten_von_prof._dr._tobias_lettl.pdf; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rz. 214.

z.B. durch Ge- und Verbotsnormen im Umweltrecht oder durch Subventionen (soweit zulässig) tun. Dagegen ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nichts einzuwenden. Dann werden die fachlichen Fragen im richtigen Rechtsgebiet systematisch eingebettet, die richtigen Behörden sind zuständig, die Kosten entsprechender Eingriffe werden transparent gemacht. Internalisiert man hingegen solche wettbewerbsfremden Ziele im Kartellrecht durch Immanenztheorien, Ausnahmebestimmungen oder eine besondere Härte der Anwendung, führt dies zu einer undurchschaubaren Verwischung. Werden kartellrechtliche Regelungswerke durch zahlreiche Sonderregelungen und Modifikationen durchlöchert, besteht die Gefahr, dass ein funktionierendes, systematisch durchdachtes Gesetzeswerk nur noch regulatorisches Flickwerk bietet – und die Märkte ihre Verteilungsfunktion immer schlechter wahrnehmen können.

Soweit die Fragen aber den wettbewerblichen Mechanismus als solchen betreffen, können sie im Kartellrecht schon jetzt berücksichtigt werden. Die Europäische Kommission hat, wie beschrieben, gerade im Fall *Dow/Dupont* ihre Praxis bereits behutsam um Innovationsüberlegungen erweitert. In dieser Richtung sind möglicherweise weitere Schritte künftig möglich.

Es stellen sich auch vier praktische Bedenken:

Erstens müsste ein Gleichklang zwischen europäischem und nationalem Fusionskontrollrecht geschaffen werden, damit Unternehmen nicht verleitet werden, ihre Transaktionen so zu strukturieren, dass sie bei der einen oder anderen Behörde geprüft werden.

Zweitens ist zu berücksichtigen, dass es realistischerweise nicht bei einer Beschränkung auf eines oder wenige Gemeinwohlziele bliebe. Vielmehr wäre eine Öffnung für zahlreiche Partikularinteressen zu erwarten. Dass dies dann im Sinne der Kritiker/innen der *Bayer/Monsanto*-Fusion ausfällt, ist politisch nicht zu erwarten: Die Geschichte der Ministererlaubnis in Deutschland zeigt mit Fällen wie *Daimler/MBB* (rüstungspolitische Interessen) oder *Eon/Ruhrgas* (Energiesicherheit), welche Interessen sich ggf. auch durchsetzen können.³⁴

Drittens müssten die Behörden überhaupt in die Lage versetzt werden, außerwettbewerbliche Aspekte zu prüfen. Generaldirektion Wettbewerb und Bundeskartellamt haben keine Expertise für Umweltschutzbelange oder ähnliche Fragen. Die Prüfverfahren würden voraussichtlich verlängert, rechtsunsicherer und für Unternehmen belastender.

Viertens sind Zweifel an der Zielerreichungskraft des Kartellrechts angebracht. In den letzten Jahren haben die Wettbewerbsbehörden gelegentlich den Eindruck erweckt, durch ihre Interventionen ließen sich konkrete

³⁴ Vgl. Podszun, ‚Die Ministererlaubnis – Einbruch der Politik ins Recht der Wirtschaft‘, NJW 2016, 617 ff.

Marktergebnisse herstellen. Wer „Marktdesign“ oder „market engineering“ verspricht³⁵ oder eine Steigerung der Verbraucherwohlfahrt durch eine Entscheidung in Aussicht stellt, braucht sich nicht zu wundern, wenn diese scheinbar perfekte Steuerungsfähigkeit politisch in Dienst genommen wird. Der zukunftsgerichteten Aktivität von Kartellbehörden wohnt aber die Unsicherheit inne: Wettbewerbsbehörden sichern ein abstraktes Gut, den freien Wettbewerb. Die punktgenaue Produktion bestimmter wirtschaftlicher Ergebnisse ist nicht möglich.³⁶ Eine außerwettbewerblich aufgeladene Kontrolle würde die Hoffnungen vermutlich enttäuschen. Dafür ist das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ (Hayek) viel zu komplex.

III. Konzentration und Kartellrecht

Die kartellrechtlichen Instrumente sind grundsätzlich geeignet, um der steigenden Konzentration in vielen Branchen zu begegnen. An einzelnen Punkten bedarf es einer Nachschärfung und auch einer intensiveren Kartellrechtsdurchsetzung.

Im Antrag wird angesprochen, dass eine immer stärkere Konzentration in vielen Branchen zu beobachten ist. Das ist eine populäre Beobachtung, die seit Neuestem unter Kartellrechtlern diskutiert wird.³⁷ Messung und Interpretation von Daten über Konzentration, Profite und Ungleichheit sind heftig umstritten.

Das US Council of Economic Advisers hat 2016 vor steigender Konzentration und deren negativen Folgen gewarnt.³⁸ Das Datenmaterial deutet für die USA offenbar eindeutiger in Richtung einer steigenden Konzentration als für Europa: Die Monopolkommission hat für Deutschland in ihrem letzten Hauptgutachten 2016 einen leichten Rückgang der Unternehmenskonzentration festgestellt.³⁹ Demnach lag der Anteil der 100 größten Unternehmen am Wertschöpfungsanteil aller Unternehmen 2014 bei 15,8 Prozent und damit geringfügig unter dem Wert für 2012. Auch die Verflechtungen der Großunternehmen untereinander hätten abgenommen. Abzuwarten bleibt, ob der Trend im in diesem Jahr erwarteten neuen Hauptgutachten der Monopolkommission bestätigt wird.

Der Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb hat für die EU in einer Präsentation ebenfalls festgehalten, dass die Konzentration relativ stabil geblieben ist. Sie bewegt sich aber nach seinen Feststellungen auf einem hohen Niveau:

³⁵ Prototypisch Roth, Who gets what and why?, 2015.

³⁶ Vgl. Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 34.

³⁷ Einen Überblick bietet die Studie der OECD, Competition Committee, Market Concentration, 20.4.2018, DAF/COMP/WD(2018)46; siehe auch den Bericht Schechter, 'Is There a Connection Between Market Concentration and the Rise in Inequality?', 5.5.2017, abrufbar unter <https://promarket.org/connection-market-concentration-rise-inequality/>, jeweils m.w.N.

³⁸ Council of Economic Advisers, Economic Report of the President together with the Annual Report of the Council of Economic Advisers, Transmitted to the Congress February 2016, S. 42, 207 ff., 217.

³⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016, 2016, S. 120.

- “Post-crisis industry concentration rather stable (but high-ish)
- Recent (post-crisis) profit margins increased less than in US (but high)
- Income inequality – increased in past 30 years but still less and is below that of US
- Income inequality post-crisis stayed stable (but for bottom 20%)”⁴⁰

Demnach gibt es durchaus eine hohe Konzentration in der Wirtschaft und auch eine steigende Ungleichheit der Einkommensverteilung in der Gesellschaft. Die Agrar- und Chemiebranche ist insofern nicht untypisch: Die neu zugeschnittenen Unternehmen Bayer, ChemChina, Dow und BASF vereinen in vielen Märkten erhebliche Marktanteile auf sich und würden in einigen dieser Märkte die Oligopolvermutungen in § 18 Abs. 5 und 6 GWB ohne weiteres erfüllen. Die Europäische Kommission hatte in den vergangenen Jahren häufiger sog. 4 zu 3-Fälle genehmigt, bei denen die Zahl der Anbieter im Markt von vier auf drei zurückging.

Der Chefökonom *Valletti* selbst zieht aus seinen Beobachtungen und der US-Diskussion den Schluss, dass die Fusionskontrolle in der Vergangenheit zu großzügig gewesen sein könnte. Traditionelle Marktanteilsschwellen haben möglicherweise, so *Valletti*, dazu geführt, dass wettbewerbliche Effekte unterschätzt wurden. Er impliziert, dass wieder mehr Zusammenschlüsse untersagt oder mit Auflagen versehen werden müssen.⁴¹

Der Chefökonom ist ein „unverdächtiger“ Kronzeuge für Zweifel am bestehenden Fusionskontrollregime. Er weist aber selbst darauf hin, dass die Ergebnisse noch unsicher sind. Zu dieser Thematik ist weitere Forschung erforderlich. Zum derzeitigen Zeitpunkt scheint nicht geboten, einen nationalen gesetzgeberischen Eingriff vorzunehmen. Das deutsche Recht ist mit der Oligopolvermutung bereits einen Schritt weiter als die Europäische Kommission. Da Marktanteile aber ohnehin zweifelhafte Indikatoren sind, wäre eine Einführung solcher Vermutungsregeln auf europäischer Ebene eher nicht zielführend.

Vielmehr ist die Europäische Kommission aufgerufen, die vorhandenen Instrumente intensiver zu nutzen. Wie ein Menetekel ragt hier der Zusammenschluss *Facebook/Whatsapp* heraus, den die Kommission zunächst nicht einmal prüfen konnte, schließlich aber auch ohne jede Auflage frei-

⁴⁰ *Valletti*, ‘Concentration Trends in Europe’, 2017, Folie 23, abrufbar unter https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2017/12/Valletti-Concentration_Trends_TV_CRA-002.pdf.

⁴¹ *Valletti*, ebd., Folien 24-26. Hier ist die Kommission möglicherweise unter Einfluss des sog. “effects-based approach” zurückhaltender als das Bundeskartellamt gewesen. Im Agrarsektor hat die Prüfung durch das BKartA beispielsweise am 17.11.2014 dazu geführt, dass das Zusammenschlussvorhaben *BayWa/RaiWa Lobsing* zurückgenommen wurde. Davon war auch der Saatgutbereich betroffen. Vgl. BKartA, Fallbericht vom 16.1.2015, Az. B2-64/14.

gab.⁴² Für die Chemiebranche kann diese Kritik allerdings angesichts der harten Abhilfemaßnahmen gerade nicht angebracht werden.

Andere Möglichkeiten sollten gleichfalls weiter ausgeschöpft werden:

- Die Kartellbehörden können auf Basis von Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB Unternehmen kontrollieren, die marktmächtig sind. Eine Stärkung der Missbrauchsaufsicht ist bereits im Koalitionsvertrag vorgesehen, was zu begrüßen ist.⁴³ Die entsprechenden Maßnahmen sollten aber nicht nur digitale Märkte in den Blick nehmen.
- Unabhängig von einem konkreten Verdacht gegen ein Unternehmen können Kommission und Bundeskartellamt Sektoruntersuchungen durchführen und damit die wettbewerblichen Strukturen transparent machen (Art. 17 VO 1/2003, § 32e GWB). Das Bundeskartellamt hat diese Befugnis seit der 9. GWB-Novelle sogar im Hinblick auf die Lauterkeit des geschäftlichen Handelns (§ 32e Abs. 5 GWB).
- Lernprozesse für das Fusionskontrollrecht würden durch eine intensivere *ex-post*-Evaluation von Kommissionsentscheidungen erleichtert.

Es ist richtig, dass sich der Wirtschaftsausschuss des Bundestags der Thematik annimmt. Statt vorschnelle gesetzgeberische Lösungen zu präsentieren, sollte aber zunächst weitere Forschung unternommen werden. Die Kartellbehörden selbst sollten ihre jüngsten Erkenntnisse umsetzen, so wie es in den Chemiefällen bereits angedeutet wurde.

IV. Maßnahmen außerhalb des Kartellrechts

Sonstige politische Maßnahmen zur Öffnung der Agrarmärkte sind rechtlich möglich. Zweifelhaft ist aber, ob gerade der Zusammenschlusstatbestand dafür ein geeigneter Ansatzpunkt ist. Für das Patentrecht wird von vielen Seiten inzwischen erheblicher Reformbedarf gesehen.

Die Forderung, eine spezifische umweltpolitische Zusammenschlusskontrolle neben der wettbewerblichen Fusionskontrolle zu etablieren, begegnet Bedenken.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass eine solche Kontrolle den Anforderungen des Art. 21 Abs. 4 FKVO genügen müsste. Biodiversität und andere Umweltschutzaspekte sind als sonstige öffentliche Interessen nicht ausdrücklich in Art. 21 Abs. 4 Unterabsatz 1 FKVO genannt, sodass vor einer entsprechenden Prüfung durch einen Mitgliedsstaat die Kommission zu-

⁴² Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der 9. GWB-Novelle auf die fehlende Aufgriffsmöglichkeit reagiert und die transaktionsvolumenbasierte Aufgreifschwelle in § 35 Abs. 1a GWB eingeführt.

⁴³ Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD 2018, Zeilen 2751 ff.

stimmen muss. Die Kommission hat diese Ausnahme bislang eng gehandhabt und Anforderungen gestellt.⁴⁴

Fraglich ist, ob die Ziele der Antragsteller/innen mit der Konzentrationskontrolle in rechtlich ausreichender Weise zusammenhängen. Typischerweise ändert der Kontrollwechsel im Unternehmen die umweltpolitische Relevanz nicht. Die Produkte von Bayer und Monsanto werden durch eine Übernahme weder „sauberer“ noch „dreckiger“. Wieso dann gerade ein Zusammenschluss Anknüpfungspunkt für eine weitere Kontrolle sein soll, erschließt sich nicht – was wiederum bedeuten würde, dass eine solche Kontrolle möglicherweise nicht verhältnismäßig wäre. Die Sorgen hinsichtlich fehlender Diversifikation werden durch das Innovationsprüfungsraster der Kommission weitgehend aufgefangen.

Unbenommen ist es der Politik, die Gesetzgebung oder die Rechtsdurchsetzung in umweltpolitischer Hinsicht zu verbessern. Das sind aber Maßnahmen, die unabhängig von der Marktstruktur sind und nicht im Zusammenhang mit der Konzentration stehen.

Im Antrag angesprochen wird auch das Verbot der Patentierung von Pflanzen und Tieren. Dies entspricht der deutschen Rechtslage in § 2a Abs. 1 Nr. 1 PatG und derjenigen in der Biopatentrichtlinie. An der Auslegung der Biopatentrichtlinie durch das Europäische Patentamt (EPA) hatte es jedoch immer wieder Kritik gegeben. Fraktionsübergreifend hat der Bundestag 2012 bereits eine Klarstellung verlangt.⁴⁵ Inzwischen ist es auf europäischer Ebene zu einer solchen Klarstellung in der Form eines Beschlusses des Verwaltungsrats des EPA gekommen.⁴⁶ Hintergrund war die Entscheidung *Brokkoli II* der Großen Beschwerdekammer des EPA, die eine Art Hintertür zur Patentierung offengelassen hatte.⁴⁷ Die Botschaft scheint auf europäischer Ebene also inzwischen angekommen zu sein.

Es ist dennoch richtig, das Patentrecht in den Blick zu nehmen. Am 19.6.2018 hat das United States Patent and Trademark Office (USPTO) das zehnmillionste Patent in seiner Geschichte seit 1836 erteilt. Dabei ist bemerkenswert, dass die letzte eine Million Patente innerhalb von drei Jahren erteilt wurde.⁴⁸ Darin ist nicht unbedingt ein Festival der Innovationsfreude zu erkennen, sondern in erster Linie ein strategischer Umgang mit Patenten als Chips im Wettbewerb. Hinzu kommt, dass marktmächtige Unternehmen offenbar einfacheren Zugang zum Patentsystem haben als Startups und neu in Märkte eintretende Unternehmen.⁴⁹

⁴⁴ Vgl. *Dittert* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 21 FKVO Rn. 69 ff.; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 21 FKVO Rn. 33 m.w.N.

⁴⁵ BT-Drs. 17/8344.

⁴⁶ Vgl. EPA, ‚EPA stellt Praxis im Bereich der Pflanzen- und Tierpatente klar‘, Pressemitteilung vom 29.6.2017, abrufbar unter http://www.epo.org/news-issues/press/releases/archive/2017/20170629_de.html.

⁴⁷ EPA, Große Beschwerdekammer, Entscheidung vom 25.3.2015, Az. G2/13 – *Brokkoli II*.

⁴⁸ Vgl. <https://www.digital-science.com/blog/news/what-can-we-learn-from-ten-million-us-patents/>.

⁴⁹ Council of Economic Advisers, Economic Report of the President together with the Annual Report of the Council of Economic Advisers, Transmitted to the Congress February 2016, S. 209.

Vier renommierte Anwaltskanzleien haben sich jüngst mit einem Beschwerdebrief gegen die Patentierungspraxis des Europäischen Patentamts gewendet, die aus ihrer Sicht einseitig auf hohe Produktivität ausgerichtet ist. Patentanträge würden daher nicht mehr mit hoher Qualität geprüft.⁵⁰

Es wird immer mehr patentiert: Das Europäische Patentamt hat 2017 105.635 Patente erteilt, rund zehn Prozent mehr als im Vorjahr.⁵¹ Die Patente werden für immer trivialere „Erfindungen“ erteilt. Patente können den Wettbewerb durch ihre Exklusivitätswirkung abschotten und Marktzutritte erschweren (Stichwort „blocking patents“). Möglicherweise ist die Vielzahl von Patenten auch in der Chemie- und Agrarwirtschaft ein Faktor, der Marktmacht weniger gut angreifbar macht. Diese Entwicklung ist daher auch aus wettbewerblicher Sicht kritisch zu begleiten.

V. Verhältnis EU / Mitgliedsstaaten in der Fusionskontrolle

Eine Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in Bay-er/Monsanto ist zwar rechtlich denkbar. Sie würde aber das Kompetenzverteilungssystem im europäischen Fusionskontrollrecht aushebeln und wäre ein verheerendes Signal für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Europa.

Die EU-Fusionskontrolle wurde so ausgestaltet, dass auch die Mitgliedsstaaten beteiligt werden. Diese Beteiligungsrechte nimmt Deutschland im Beratenden Ausschuss gem. Art. 19 FKVO wahr. Eine Offenlegung des Beratungs- oder Abstimmungsverhaltens erfolgt derzeit offenbar nicht. Die Bundesregierung hält sich damit offenbar an das Beratungsgeheimnis des Beratenden Ausschusses, das zwar nicht aus der Verordnung, aber aus seiner Geschäftsordnung („Working Arrangements“) herausgelesen werden kann.⁵²

Eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission wäre gem. Art. 263 AEUV statthaft; theoretisch wäre auch einstweiliger Rechtsschutz nach Art. 278 oder 279 AEUV möglich (solcher wird vom Gericht aber nur sehr zurückhaltend gewährt). Die Entscheidungsdatenbank

⁵⁰ Grünecker/Vossius + Partner/Hoffmann Eitle/Maiwald, Open Letter: Quality of Examination Proceedings at the EPO, 7.6.2018, abrufbar unter https://www.hoffmaneitle.com/wp-content/uploads/Letter-to-EPO_signed.pdf.

⁵¹ European Patent Office, Annual Report 2017, abrufbar unter <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/annual-report/2017/statistics.html>.

⁵² Ziff. 36 des Working Arrangements for the functioning of the Advisory Committee on concentrations, Stand 28.6.2016, lautet: „The Commission and the members of the Advisory Committee on concentrations will, in keeping with their obligation of professional secrecy set out in Article 17 of the Merger Regulation, not disclose any information of the kind covered by this obligation which they have acquired via the deliberations of the Advisory Committee. Nor should they reveal the Opinion of the Committee before it is made public or any information concerning the deliberations which led to the formulation of that Opinion.“ Für die Auffassung der Mitgliedsstaaten ist der letzte Halbsatz relevant. Dieser könnte allerdings auch gelesen werden als Verpflichtung, sich lediglich bis zur Veröffentlichung der Auffassung des Beratenden Ausschusses nicht öffentlich zu äußern.

des Europäischen Gerichtshofs (CURIA) weist keine einzige Entscheidung aus, in der ein Mitgliedsstaat gegen eine Fusionskontrollentscheidung der Kommission geklagt hätte.⁵³

Eine solche Klage, wäre sie überhaupt noch zulässig, hätte wohl auch keine Aussicht auf Erfolg. Institutionell ist von einer solchen Klage aber ohnehin dringend abzuraten: Zum einen würde sich die Bundesregierung ggf. in Widerspruch zu ihren Aussagen im Beratenden Ausschuss setzen. Zum anderen würde damit das fein austarierte Kompetenzgefüge der Fusionskontrolle durcheinander geworfen: Das „one-stop-shop“-Prinzip der Fusionskontrolle sieht vor, dass Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung zentral durch die Europäische Kommission geprüft werden. Dieser Zugriff der europäischen Organe sollte im Grundsatz respektiert werden. Die Mitgliedsstaaten können sich durch den Beratenden Ausschuss einbringen. Eine Kontrolle durch die Mitgliedsstaaten braucht die Kommission in diesem Bereich nicht, solange es nicht zu flagranten und fundamentalen Verletzungen von Grundpfeilern des EU-Rechts kommt. Das ist im Fall *Bayer/Monsanto* nicht ersichtlich.

Sollte ausgerechnet Deutschland das erste EU-Mitglied sein, das gegen die Kommission in einem Kernbereich ihrer wettbewerbsrechtlichen Kompetenz aus politischen Gründen klagt, würde dies rasch das Ende der EU-Fusionskontrolle bedeuten. Kein bedeutender und kontroverser Fall dürfte dann mehr vor einer politisch motivierten Klage eines Mitgliedsstaats sicher sein. Das würde die Fusionskontrolle, die die Antragsteller/innen ja stärken, nicht schwächen wollen, zum Erliegen bringen.

*

So sympathisch auch einige der Ziele der Antragsteller/innen sein mögen, so gefährlich wären die Öffnung der Fusionskontrolle für außerwettbewerbliche Ziele oder die Klage gegen eine Freigabeentscheidung durch einen Mitgliedsstaat für das funktionierende System des Wettbewerbsschutzes. Das Kartellrecht kann nicht stets die Durchsetzungsdefizite in anderen Rechtsgebieten auffangen. Das würde das Kartellrecht über kurz oder lang überfordern. Wettbewerb sichert Effizienz und Innovation in der Wirtschaft und damit Wohlstandssteigerungen. Machtballungen werden verhindert, kleinere und mittlere Unternehmen behalten Chancen im Markt, Güter werden leistungsgerecht und damit in gewisser Weise sozial verteilt. Diese positiven Wirkungen von Wettbewerb würden durch eine Integration außerwettbewerblicher Ziele verwässert.

Die positiven Wirkungen des Wettbewerbs entfalten sich aber nur, wenn das kartellrechtliche Instrumentarium den jeweiligen Herausforderungen

⁵³ Am ehesten vergleichbar ist ein Fall, in dem sich Spanien gegen die Verpflichtung gewehrt hatte, die bei einem umstrittenen und nach Art. 21 Abs. 4 FKVO geprüften energiewirtschaftlichen Unternehmenszusammenschluss erteilten Auflagen zurückzunehmen, EuG, 30.4.2008, Rs. T-65/08, ECLI:EU:T:2008:136.

angepasst ist und engagiert eingesetzt wird. Die Fusionskontrollpraxis der Europäischen Kommission ist nicht unantastbar: Die Hinweise auf die steigende Konzentration in einigen Märkten sollten durch eine Weiterentwicklung der Praxis beantwortet werden. *Bayer/Monsanto* ist mit der neuartigen Schadenstheorie mit Fokus auf den Schutz von „innovation spaces“ ein Beleg dafür, dass die Kommission dies auch tut.

Düsseldorf, 22. Juni 2018 – Prof. Dr. Rupprecht Podszun