

STELLUNGNAHME

Öffentliche Anhörung: Marktkonzentration im Agrarmarkt stoppen – Artenvielfalt und Ernährungssouveränität erhalten

Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Verfasser: Dr. Kim Manuel Künstner

Kontakt: Telefon: +49 (69) 900 26-6
Fax: +49 (69) 900 26-999
An der Hauptwache 7
60313 Frankfurt am Main

Datum: 22. Juni 2018

SCHULTERIESENKAMPFF .

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Vorrang der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik	2
2. Praktische Unzulänglichkeiten der Fusionskontrolle bei Industriemonopolen.....	5
3. Unzureichender Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidung	7
4. Schlussbemerkung.....	9

Einleitung

- 1 Selten ist ein Zusammenschluss in der Öffentlichkeit auf so große Ablehnung gestoßen wie im Falle Bayer / Monsanto. Zum einen hat dies mit den Aktivitäten von Monsanto bezüglich genmanipuliertem Saatgut und dem Pestizid Glyphosat zu tun. Zum anderen mit der schieren Größe des Konzerns, der aus der Elefantenhochzeit zwischen Bayer und Monsanto hervorgeht und den weltweit größten Hersteller von Saatgut und Pestiziden entstehen lässt.
- 2 Die diversen, weltweit anwendbaren Fusionskontrollregime führten zwar zu Auflagen, in deren Rahmen Bayer und Monsanto einige Geschäftsteile an den BASF-Konzern verkaufen müssen. Gleichwohl konnten die Fusionskontrollen nicht verhindern, dass gerade in Verbindung mit den weiteren Zusammenschlüssen zwischen Syngenta / ChemChina sowie Duw / Dupont in kürzester Zeit zumindest ein Industrieoligopol im Agrarsektor entstanden ist.
- 3 Dies wirft die Frage auf, ob die Fusionskontrolle im Allgemeinen und im Agrarsektor im Besonderen ihrer Aufgabe gerecht wird, Vermachtung durch externes Wachstum mit all ihren negativen Auswirkungen auf Verbraucher effektiv zu verhindern. Bei dieser Betrachtung dürfen die Besonderheiten der vom Zusammenschluss und der erhöhten Konzentration betroffenen Branchen nicht aus den Augen verloren werden. Wie *Behrens* zutreffend feststellt, wird in Art. 2 Abs. 1 EUV das „Wohlergehen der Völker“ als oberste wirtschaftliche Zielsetzung herausgestellt.¹ Bereits hieraus folgt, dass dem freien Wettbewerb gegenüber anderen gesellschaftlichen Zielen kein absoluter Vorrang zu gewähren ist. Im Gegenteil muss der Wettbewerb bezogen auf die jeweiligen Märkte, Branchen und Sektoren im Einzelnen den Nachweis antreten, dass er tatsächlich zum Wohlergehen der Völker beiträgt.
- 4 Vor diesem Hintergrund darf nicht ausgeblendet werden, dass unmittelbar Betroffene der Zusammenschlüsse im Agrarsektor die Landwirte sind, mithin diejenigen, welche für die Ernährung und die Grundlage des menschlichen Lebens Sorge leisten. Betrachtet man zudem die Absatzsituation der Landwirte, kommt man zur Feststellung, dass sich diese häufig auch auf dieser Seite des Marktes überlegener Marktmacht gegenüber sehen. Der jüngste Vorschlag von Agrarkommissar Phil Hogan für eine Richtlinie gegen unlautere Handelspraktiken² ist nur eine der vielen politischen Maßnahmen zur Verbesserung der Verhandlungsposition der Landwirte. Es stellt sich jedoch die Frage nach der Wirksamkeit solch aufwändiger Eingriffe in die Verhandlungen zwischen Landwirten und Abnehmern, wenn die Landwirte aufgrund einer Vermachtung im Bereich des Saatgutes und der Pestizide ihre Margen ohnehin an die Agrarkonzerne verlieren.

¹ EuZW 2008, S. 193

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_de.htm

- 5 Die vorliegende Stellungnahme zeigt auf, dass im Falle von Zusammenschlussprüfungen im Agrarsektor auch außerwettbewerbliche Zielverwirklichungen bis hin zur Biodiversität und dem Schutz der Landwirte vor Ausbeutung zwingend zu berücksichtigen sind. Noch über die Thesen von Paal³ zur praktischen Konkordanz zwischen Wettbewerbsfreiheit und Umweltschutz im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe der FKVO wie beispielsweise „wirksamer Wettbewerb“ hinaus, ist die Wettbewerbsfreiheit gegenüber den Zielen der Gemeinsamen Agrarpolitik („GAP“) hintanzustellen. Eine Verletzung dieses Prinzips ist vom EuGH zu korrigieren. Gegebenenfalls ist der Unionsgesetzgeber aufgefordert, das Verhältnis zwischen den Zielen der GAP und den Wettbewerbsregeln auch im Bereich der Fusionskontrolle zu ausdrücklich zu regeln (zum Ganzen unter 1.).
- 6 Des Weiteren sind gerade im Falle Bayer / Monsanto die Unzulänglichkeiten der Fusionskontrolle und ihrer Fokussierung auf horizontale Überschneidungen zu kritisieren. Diese künstliche Beschränkung der wettbewerblichen Beurteilung ermöglicht erst die Entstehung von Industrieoligopolen (hierzu unter 2.).
- 7 Schließlich ist im Bereich der EU-Fusionskontrolle ein unzureichendes System der Rechtsschutzmöglichkeiten zu konstatieren. Die strengen Anforderungen des EuGH an die individuelle und unmittelbare Betroffenheit schließen eine gerichtliche Kontrolle nahezu aus. Dies sollte durch Klageerhebung seitens der Bundesrepublik Deutschland kompensiert werden, da diese als Mitgliedstaat auch ohne individuelle und unmittelbare Betroffenheit befugt ist, gegen die Freigabeentscheidung der Kommission in Sachen Bayer / Monsanto vorzugehen (hierzu unter 3.).

1. Vorrang der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik

- 8 Nach der ständigen Entscheidungspraxis des EuGH genießen die Ziele der GAP Vorrang vor den EU-Wettbewerbsregeln. Hieran lässt der Gerichtshof keine Zweifel, zuletzt entweder in seinem Urteil vom 14. November 2017: *„Zur Verwirklichung der Ziele der Einführung einer gemeinsamen Agrarpolitik und eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs erkennt Art. 42 AEUV den Vorrang der gemeinsamen Agrarpolitik vor den Zielen des Vertrags im Wettbewerbsbereich und die Befugnis des Unionsgesetzgebers, darüber zu entscheiden, inwieweit die Wettbewerbsregeln im Agrarsektor Anwendung finden, an.“*⁴
- 9 Art. 42 AEUV regelt damit die Rangfolge der Ziele der GAP nach Art. 39 AEUV im Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln des Vertrages nach Art. 101 ff. AEUV.

³ Paal, Gutachen 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. vom 23. April 2017.

⁴ EuGH, C-671/15, Rn. 37 mwN.

Es handelt sich mithin um eine primärrechtliche Kollisionsnorm, welche mögliche Konflikte im Grundsatz im Sinne der Zielverwirklichung der GAP auflösen soll.

- 10 Vor dem Hintergrund dieses Befundes ist es wichtig, sich die Entstehungsgeschichte und Grundlage der FKVO in Erinnerung zu rufen. Anders als die heutigen Art. 101 ff. AEUV, die von Beginn an in den Europäischen Verträgen vorgesehen waren, gab es ursprünglich keine Fusionskontrollkompetenz auf EU-Ebene. Daher hat die Kommission zunächst versucht, größere Zusammenschlüsse anhand des Kartellverbots und der Missbrauchskontrolle zu kontrollieren bzw. zu unterbinden. Es bestand aber Einigkeit darüber, dass diese Instrumente unzureichend zur Kontrolle von Fusionen sind, so dass man basierend auf der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 103 AEUV sowie Art. 352 AEUV eine Fusionskontrollverordnung („FKVO“)⁵ schuf.
- 11 Mithin handelt es sich bei der Fusionskontrolle lediglich um Sekundärrecht, welches aus den primärrechtlichen Wettbewerbsregeln abgeleitet wurde. Wenn jedoch nach Art. 42 AEUV und der Rechtsprechung des EuGH die Ziele der GAP bereits den primärrechtlichen Wettbewerbsregeln vorgehen, muss dies erst Recht im Verhältnis der GAP zur Fusionskontrollverordnung gelten.
- 12 Der Unionsgesetzgeber kann sich dieser Vorrangregelung und den Vorgaben der Art. 42, 43 AEUV nicht dadurch entziehen, dass er eine auf Wettbewerbsregeln gestützte Fusionskontrollverordnung schafft, die keinen Bezug zur GAP nimmt. Die Kommission als Hüterin der Verträge muss dem Rechnung tragen, indem sie die unbestimmten Rechtsbegriffe der FKVO wie „wirksamer Wettbewerb“ vertragskonform auslegt.
- 13 Für Zusammenschlüsse, welche direkte Auswirkungen auf die GAP und deren Ziele haben, bedeutet dies, dass die Kommission – neben den in der FKVO genannten, nicht abschließenden rein wettbewerblichen Kriterien – auch und zuvörderst die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit den Zielen der GAP zu prüfen und ihre Entscheidung in nachvollziehbarer Weise zu begründen hat. Insbesondere muss die Kommission von Anfang an in Erwägung ziehen, ein Zusammenschlussvorhaben aus Gründen der fehlenden Vereinbarkeit mit den Zielen der GAP zu untersagen. Dies ist, soweit ersichtlich, bislang nicht der Maßstab, von welchem die Kommission ausgeht. Es ist jedoch nach den Regeln der Verträge und der Rechtsprechung des EuGH der notwendige Maßstab, dessen Verkenntung aufgrund des Ermessensnichtgebrauchs die Fusionskontrollentscheidung nichtig macht.
- 14 Ist damit der Vorrang der Ziele der GAP und deren Auswirkungen auf die Fusionskontrolle im Agrarsektor belegt, zeigt ein Blick auf die konkreten Ziele der GAP, dass deren notwendige Betrachtung einen großen Einfluss auf die Freigabefähigkeit haben kann und in der Regel haben wird. Die Ziele lauten im Einzelnen wie folgt (Art. 39 Abs. 1 AEUV):

⁵ VERORDNUNG (EG) Nr. 139/2004 DES RATES vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1 ff.

Ziel der gemeinsamen Agrarpolitik ist es,

- a) die Produktivität der Landwirtschaft durch Förderung des technischen Fortschritts, Rationalisierung der landwirtschaftlichen Erzeugung und den bestmöglichen Einsatz der Produktionsfaktoren, insbesondere der Arbeitskräfte, zu steigern;*
- b) auf diese Weise der landwirtschaftlichen Bevölkerung, insbesondere durch Erhöhung des Pro- Kopf-Einkommens der in der Landwirtschaft tätigen Personen, eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten;*
- c) die Märkte zu stabilisieren;*
- d) die Versorgung sicherzustellen;*
- e) für die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen Sorge zu tragen;*

- 15 Die Ziele unter a) und b) zeigen, dass die Steigerung der Produktivität eine angemessene Lebenshaltung der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen muss, insbesondere durch Erhöhung des Pro-Kopf-Einkommens. Selbst wenn daher die Fusion zwischen Bayer und Monsanto, wie von den Zusammenschlussbeteiligten häufig kolportiert, zu einer Verbesserung der Produktivität der Landwirtschaft beitragen kann, wäre dies dann keine Zielverwirklichung im Sinne der GAP, wenn durch die Fusion die Einkaufspreise für Landwirte steigen würden. Hiervon ist jedoch auszugehen.
- 16 Des Weiteren muss vor dem Hintergrund der Ziele c) und d) untersucht werden, ob die durch die Fusion drohende Verringerung der Biodiversität und Produktvielfalt im Bereich des Saatgutes abträglich für die Stabilisierung der Märkte und die Versorgungssicherheit ist. Denn geringere Artenvielfalt und Biodiversität führt zur erhöhten Anfälligkeit für Erntevernichtung durch Ereignisse, die derzeit gegebenenfalls noch nicht abgesehen werden können. Eine flächendeckende Vernichtung einiger weniger auf dem Markt verbleibender Arten kann zu erheblichen Ernteaufschlägen führen und mithin das Gegenteil der Stabilisierung der Märkte sowie der Versorgungssicherheit bedeuten.
- 17 Schließlich ist auch das Ziel der Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen nach e) zu berücksichtigen. Zu Recht weist *Martinez* auf Folgendes hin:⁶ „Die Angemessenheit auch im Lichte der anderen Ziele des Art. 39 AEUV zu bestimmen. Hier wirkt vor allem das Ziel der angemessenen Lebenshaltung der Landwirte hinein. So sind **insbesondere die Produktionskosten** in die Bemessung einzubeziehen. Damit wird deutlich, daß das Ziel der angemessenen Verbraucherpreise nicht im Sinne möglichst niedriger Preise übersetzt werden kann.“. Ein Zusammenschluss, der zu höheren Produktionskosten auf Seiten der Landwirte führt, welche diese nicht an ihre eigenen Kunden weitergeben können, verhindert die Verwirklichung dieses Ziels der GAP daher ebenfalls.

⁶ *Martinez*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 39 AEUV, Rn. 14 (Hervorhebung hinzugefügt).

- 18 Mithin ist davon auszugehen, dass eine ernsthafte inhaltliche Auseinandersetzung mit den Auswirkungen von Zusammenschlüssen wie im Falle Bayer / Monsanto auf die Ziele der GAP zu deutlich engeren Maßstäben gegenüber der bisherigen Praxis führt. Aufgrund des Vorrangs der Verwirklichung der Ziele der GAP, steht dieser engere Prüfungsmaßstab jedoch nicht zur Disposition der Kommission.
- 19 Die Kommission ist die Hüterin der Europäischen Verträge. Sie kann sich durch eine künstliche Beschränkung im Rahmen einer sekundärrechtlichen Verordnung nicht der klaren Rangordnung der Ziele der Verträge entziehen. Die Verwirklichung der Verträge durch die Kommission ist nicht teilbar. Wie bereits von *Paal* vorgeschlagen, sind im Rahmen der allgemeinen Rechtsbegriff der FKVO daher die weiteren zwingenden Ziele der Europäischen Verträge zu berücksichtigen.
- 20 Die Notwendigkeit der vertragskonformen Auslegung gilt auf Ebene der Europäischen Fusionskontrollordnung umso mehr, da sie – anders als beispielsweise die deutsche Fusionskontrollordnung in Form der Ministererlaubnis – kein Korrektiv vorsieht, um außerwirtschaftliche Ziele und Belange hinreichend zu berücksichtigen.
- 21 Gegebenenfalls ist die Fusionskontrollverordnung um sektorenspezifische Sonderregelungen zu ergänzen, um die hinreichende Berücksichtigung der Ziele der GAP sicherzustellen. Sektorenspezifische Sonderregelungen im Bereich der Fusionskontrolle sind nicht systemfremd, sondern bereits heute regelmäßig anzutreffen. Dies gilt beispielsweise für die besonderen Regeln der deutschen Fusionskontrolle für digitale Märkte, den Finanzsektor, den Handelssektor, das Krankenkassenwesen und das Pressewesen.

2. Praktische Unzulänglichkeiten der Fusionskontrolle bei Industriemonopolen

- 22 In ihrer konkreten Anwendung basiert die Fusionskontrolle in weiten Teilen auf der Überprüfung horizontaler Überschneidungen der Zusammenschlussbeteiligten, d.h. konkurrierender Aktivitäten auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten. Diese kartellrechtlich relevanten Märkte werden anhand der Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager bestimmt (sog. Bedarfsmarktkonzept). Dies kann beispielsweise anhand des sogenannten SSNIP-Tests überprüft werden, so dass im Falle des Saatgutes zu untersuchen wäre, ob eine kritische Masse an Landwirten auf ein anderes Saatgut ausweichen würden, wenn das betroffene Saatgut signifikant und nicht nur vorübergehend im Preis erhöht werden würde. Im Beispiel des Saatgutes führt dies zu tendenziell engen Märkte anhand von Pflanzengattungen, weil ein Landwirt, der Mais anbauen will nicht ohne weiteres auf Soja zurückgreifen kann. Solch enge Marktabgrenzung führen zu tendenziell hohen Marktanteilen und Marktanteilsadditionen, wenn alle Zusammenschlussbeteiligten auf diesem Markt aktiv sind. Hohe Marktanteile, insbesondere ab

40 %, indizieren eine Untersagung des Zusammenschluss bzw. zu Verkaufsaufgaben bezüglich des betroffenen Marktes.

- 23 Umgekehrt führen enge Marktabgrenzungen zu dem (falschen) Eindruck eines lediglich eingeschränkten Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussbeteiligten, wenn diese nicht oder nur vereinzelt auf relevanten Märkten als direkte Konkurrenten auftreten. Ist dies der Fall, sind die Wettbewerbsbehörden deutlich weniger bereit, nachteilige Folgen für den Wettbewerb durch den Zusammenschluss auch in eine Untersagung münden zu lassen.
- 24 Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass es auch außerhalb direkter horizontaler Überschneidungen zu erheblichen Behinderungen wirksamen Wettbewerbs kommen kann. Dies ist insbesondere auf vertikale und konglomerate Effekte zurückzuführen:
- 25 Vertikale Effekte entstehen, wenn ein Unternehmen Produkte unterschiedlicher Marktstufen anbietet und hierdurch die Abhängigkeit der Abnehmer erhöhen sowie den Marktzugang für Wettbewerber erschweren kann. Ein klassischer Anwendungsfall hierfür ist die Produktbündelung. Bayer könnte seine Saatgut und Pestizide gegenüber den Landwirten als Bündel anbieten, beispielsweise durch Rabattgewährung, wenn der Landwirt beide Produkte von Bayer erwirbt. Dies kann den Wettbewerb durch Dritte erheblich einschränken. Soweit ersichtlich geht die Kommission im Verfahren Bayer / Monsanto davon aus, dass es in der Vergangenheit nicht zu solchen Bündelungen gekommen sei und sie daher auch für die Zukunft nicht wahrscheinlich seien.
- 26 Konglomerate Effekte entstehen durch breite Produktportfolios einzelner Anbieter, d.h. mehrerer Produkte auf derselben Marktstufe, die zwar nicht denselben relevanten Märkten zuzuordnen sind, jedoch einheitlich von denselben Kundengruppen erworben werden. Als Beispiel können Landwirte betrachtet werden, die sowohl Mais- als auch Sojasaatgut erwerben. Auch Portfolioeffekte können zu Marktverschließungen führen und es insbesondere kleineren Wettbewerbern und Newcomern erschweren, erfolgreich auf dem betroffenen Markt zu agieren.
- 27 Zu berücksichtigen sind auch gegenseitige Verbindungen zwischen den wenigen verbliebenen Anbietern im Industrieoligopol des Agrarsektors. Hier sind - wie in mittlerweile vielen Industrien - gemeinsame Anteilseigner vorhanden, die zwar keine Mehrheiten an den bzw. alleinige Kontrolle über die Unternehmen haben. Allerdings gleichwohl strategische Entscheidungen mitprägen und das Marktverhalten der Wettbewerber koordinieren können (z.B. durch Konzentration auf bestimmte Forschungsgebiete und Innovationen). Ein entsprechender Investor dürfte kein Interesse daran haben, seine Beteiligung dadurch zu schwächen, dass sich zwei oder mehrere seiner Portfoliogesellschaften gegenseitig Wettbewerb machen. Lukrativer ist es in diesen Fällen, wenn jedes Unternehmen sein Marktfeld besetzt und es zur friedlichen Koexistenz der wenigen verbleibenden Anbieter kommt.

- 28 Weiterhin kann die Entstehung und Vertiefung von Industriemonopolen auch einen negativen Effekt auf die gesamtgesellschaftliche Entwicklung haben. Die Vermachtung führt zu größeren Hebeln in der politischen Lobbyarbeit und kann wirksame gesetzliche Regelungen in anderen Bereichen derart beeinflussen, dass die Macht des Industriemonopols arrondiert wird. Dies gilt beispielsweise für die Gesetzgebung zum Schutz geistigen Eigentums an Saatgut oder die (Nicht-) Zulassung bestimmter Produkte.

3. Unzureichender Rechtsschutz gegen Kommissionsentscheidung

- 29 Zu den oben ausgeführten Aspekten tritt erschwerend hinzu, dass es aufgrund der überzogenen Anforderungen an die unmittelbare und individuelle Betroffenheit im Rahmen der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) auf EU-Ebene keinen effizienten Rechtsschutz gegen Fusionskontrollentscheidungen der Kommission gibt.
- 30 Hat die Kommission eine Entscheidung über das Zusammenschlussvorhaben gefällt, steht hiergegen als Rechtsmittel die sogenannte Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV zur Verfügung. Neben den Mitgliedstaaten, die stets zur Klageerhebung berechtigt sind (Art. 263 Abs. 2 AEUV), können auch juristische und natürliche Personen gegen die Fusionskontrollentscheidung Klage erheben (Art. 263 Abs. 4 AEUV). Letztere müssen jedoch für eine zulässige Klage nachweisen, dass sie durch die Freigabe des Zusammenschlusses unmittelbar und individuell betroffen sind. Der EuGH legt diese Begriffe äußerst eng aus: *„Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können andere Personen als die Adressaten einer Entscheidung nur dann individuell betroffen sein, wenn diese Entscheidung sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie dadurch in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten einer solchen Entscheidung.“*⁷
- 31 Daraus folgt, dass selbst ein unmittelbarer Kunde der Zusammenschlussbeteiligten nicht individuell betroffen ist, wenn er nicht nachweisen kann, dass er aus dem allgemeinen Kreis der übrigen Kunden herauszuheben ist. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage durch NGO oder EU-Bürger gegen Fusionskontrollentscheidungen scheidet daher in der Regel aus. Im Falle von Bayer / Monsanto könnten nicht einmal die betroffenen Landwirte als Kunden eine solche Klage erheben. Denn es ist schwerlich vorstellbar, wie ein Landwirt begründen sollte, er sei aus dem Kreis der anderen Landwirte herauszuheben.
- 32 Im Wesentlichen findet die Kontrolle von Freigabeentscheidungen durch die Kommission daher durch Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen statt. Direkte Wettbewerber gelten in der Regel als unmittelbar und

⁷ EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2017, C-640/16 P, Rn. 37 – *Greenpeace Energy eG* mwN.

individuell betroffen im Sinne der Nichtigkeitsklage. Diese Kontrollinstanz versagt jedoch vollständig, sofern alle wesentlichen Wettbewerber in einem engeren zeitlichen Zusammenhang Zusammenschlüsse planen bzw. durchführen. Denn in diesem Fall werden die Wettbewerber wechselseitig darauf verzichten, die jeweiligen Zusammenschlussvorhaben durch eine negative Einschätzung gegenüber der Kommission oder gar Rechtsmittel zu torpedieren. Es kommt quasi zu einer koordinierten Oligopolbildung im Markt, in welcher alle Wettbewerber günstigere Wettbewerbsbedingungen für höhere Preise erwarten und daher (implizit) einen Nichtangriffspakt schließen.

- 33 Ein ähnliches Phänomen war in Deutschland im Rahmen der Übernahme von Kaiser's/Tengelmann durch EDEKA zu beobachten. EDEKA konnte laut Presseberichten Wettbewerber wie REWE davon überzeugen, auf Rechtsmittel gegen die Ministererlaubnis zu verzichten. Soweit ersichtlich hielt das Bundeskartellamt dies nicht für eine Absprache über die Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellverbots nach § 1 GWB.
- 34 Anders als z.B. in Beihilfesachen kommt es in der EU-Fusionskontrolle zudem nicht zu einem nationalen Umsetzungsakt, der dann noch vor den nationalen Gerichten angegriffen werden könnte. Folglich ist gerade im Bereich der Fusionskontrolle die Auslegung der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit zu weit.
- 35 Schließlich ist zu beachten, dass die EU nicht Teil der EMRK ist und daher auch eine Überprüfung der restriktiven Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren und individuellen Betroffenheit durch den Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 6 Abs. 1 EMRK) nicht möglich ist. Zwar sieht Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auch explizit das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor. Allerdings ist es in diesem Fall der EuGH selbst, der seine eigene Entscheidungspraxis auf Konformität mit der Charta prüfen muss. Die bisherige Entscheidungspraxis hat gezeigt, dass auch der EuGH kein geeigneter Richter in eigener Sache ist.
- 36 Insgesamt ist das Rechtsschutzsystem bei Fusionskontrollen auf EU-Ebene daher als unbefriedigend zu bezeichnen und gerade auch gegenüber den Rechtsschutzmöglichkeiten in der deutschen Fusionskontrolle zu wenig entwickelt. Als Kompensation für das fehlende Korrektiv und die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten, sollten die Mitgliedstaaten daher von ihrem Recht auf Erhebung der Nichtigkeitsklage Gebrauch machen, wenn, wie im Falle von Bayer / Monsanto, zu befürchten steht, dass die Kommission die Ziele der GAP vertragswidrig nicht hinreichend berücksichtigt hat.

4. Schlussbemerkung

37 Die EU-Kommission hat bei Fusionen im Bereich des Agrarsektors die Ziele der GAP zwingend zu berücksichtigen. Tut sie dies nicht, liegt von vorneherein eine ermessenfehlerhafte Entscheidung vor, die vor dem EuGH zur Nichtigkeit führen muss. Eine Überprüfung der Freigabe des Zusammenschlusses Bayer / Monsanto dahingehend, ob die Kommission diese Grundsätze beachtet hat, ist daher naheliegend. Mangels eines effizienten Rechtsschutzsystems im Bereich der EU-Fusionskontrollverordnung sollte die Bundesrepublik Deutschland von ihrem Recht Gebrauch machen, als Mitgliedstaat eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung erheben zu können.

* * *