

Kompatibilität des türkischen und europäischen Wirtschaftsrechts

Der neue türkische HGB-Entwurf
und benachbarte Rechtsgebiete

Herausgegeben von

Yeşim M. Atamer und Klaus J. Hopt

Mohr Siebeck

YEŞİM M. ATAMER ist Dozentin für Bürgerliches Recht an der Juristischen Fakultät der İstanbul Bilgi Universität und stellvertretende Direktorin des Europa Instituts der gleichen Universität.

KLAUS J. HOPT ist Direktor emeritus des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Professor an der Universität Hamburg; vormals Richter am OLG Stuttgart.

e-ISBN PDF 978-3-16-151084-7

ISBN 978-3-16-150037-4

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Zehn Jahre türkisches Wettbewerbsrecht

Ein europäischer Kommentar

JÜRGEN BASEDOW

| | |
|---|-----|
| A. Vergleichsperspektive..... | 272 |
| B. Privatrecht und Verwaltungsrecht | 273 |
| C. Die Rolle der Ökonomie | 274 |
| D. Allgemeines Wettbewerbsrecht und sektorspezifische Regulierung | 276 |
| E. Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen..... | 277 |
| F. Fusionskontrolle | 279 |

Osman Gürzumar hat in seinem Aufsatz ein umfassendes Bild des türkischen Wettbewerbsrechts zehn Jahre nach seiner Einführung gezeichnet. Darin sind bereits an zahlreichen Stellen vergleichende Hinweise auf das europäische Wettbewerbsrecht enthalten. Die folgenden Anmerkungen haben insofern lediglich eine ergänzende Funktion. Sie beschränken sich auf einige allgemeinere Aspekte des türkischen Wettbewerbsrechts, die aber grundlegende Fragen der Disziplin betreffen.

Der Vergleich zwischen türkischem und europäischem Wettbewerbsrecht hat eine dreifache Funktion und juristische Bedeutung, von der zunächst die Rede sein soll, unten A. Anschließend werden sich einige Beobachtungen zum Verhältnis von Privat- und Verwaltungsrecht (unten B.), zur Rolle der Ökonomie bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts (unten C.), zum Verhältnis des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur sektorspezifischen Regulierung (unten D.), zu den staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen (unten E.) und zu ausgewählten Fragen der Zusammenschlusskontrolle (unten F.).

A. Vergleichsperspektive

Ein Vergleich zwischen türkischem und europäischem Wettbewerbsrecht bietet sich unter verschiedenen wissenschaftlichen Fragestellungen an. Erstens geht es wie bei jedem Rechtsvergleich um das Streben nach Verständnis und Verbesserung des Rechts. Können wir aus der Beobachtung einer fremden Rechtsordnung Verbesserungsvorschläge für das eigene Recht ableiten? Diese Frage stellt sich grundsätzlich für die Türkei ebenso wie für die Europäische Gemeinschaft. Der europäische Rechtswissenschaftler kann aus dem türkischen Recht durchaus interessante Anregungen empfangen. So liest er beispielsweise mit großem Interesse, dass türkische Zivilgerichte die Befugnis haben, Kartellschadenersatz in dreifacher Höhe zuzusprechen. Während die Europäische Kommission die Möglichkeit der Verdoppelung des Schadenersatzes immerhin angedeutet hat¹, halten viele Europäer solche Lösungen aber doch für unvereinbar mit der Kompensationsfunktion des Schadenersatzes. Die Türkei, die ihr Zivilrecht nach dem Vorbild der Schweiz ausgestaltet hat, teilt diese Bedenken offenbar nicht. Anders als im amerikanischen Recht² steht die Zuerkennung von dreifachem Schadenersatz nach Art. 58 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 4054 im Ermessen des Richters und ist nicht zwingend vorgeschrieben.

Neben der Anregungsfunktion hat der Kartellrechtsvergleich im Verhältnis zwischen der Türkei und der Europäischen Gemeinschaft aber auch eine wirtschaftspolitische Angleichungsfunktion, nämlich die Aufgabe, einen ähnlichen Rechtsrahmen für den Wirtschaftsverkehr zwischen der Türkei und der Europäischen Gemeinschaft zu schaffen. Die Gemeinschaft und die Türkei sind Nachbarn, die Gemeinschaft ist zugleich der größte Handelspartner der Türkei. Da Wettbewerbsbeschränkungen in den wechselseitigen Wirtschaftsbeziehungen sich regelmäßig in der Gemeinschaft auswirken, wird das europäische Wettbewerbsrecht in diesen Beziehungen von den EG-Institutionen auch durchgesetzt³. Insofern liegt es auch im Interesse der türkischen Unternehmen, sich an die gemeinschaftlichen Standards des Marktverhaltens anzupassen. Diesem Interesse kommt eine Angleichung des türkischen an das europäische Wettbewerbsrecht entgegen.

Als Drittes kommt die Rechtsvereinheitlichungsfunktion hinzu. Wenn die Beitrittsverhandlungen zwischen der Gemeinschaft und der Türkei

¹ Siehe Grünbuch – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672 endg. vom 19.12.2005, S. 7, Option 16; siehe dazu *Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 7, 12 f.

² Siehe sect. 4 (a) Clayton Act = 15 U.S.C. § 15(a).

³ EuGH verb. Rs. C-89/85 Slg. 1988, 5193 – *Ahlström / Commission*, Rn.11-23.

Erfolg haben, wird die Türkei den größten Teil des *acquis communautaire* und jedenfalls das europäische Wettbewerbsrecht weitgehend unverändert übernehmen. Damit der Übergang keine allzu harte Zäsur bedeutet, liegt es für die Türkei nahe, das eigene Wettbewerbsrecht schon im Vorfeld an das europäische anzupassen. Freilich handelt es sich bei dieser Anpassung um etwas ganz Anderes als um die vorgezogene Umsetzung von Richtlinien, beispielsweise im Verbraucherrecht oder im Unternehmensrecht. Das europäische Wettbewerbsrecht besteht durchgehend aus Vorschriften des EG-Vertrages und aus Verordnungen, die unmittelbar anwendbar sind. Nationale Umsetzungsregelungen sind nicht erforderlich. Die erwähnte Anpassung dient deshalb eher dazu, die türkischen Geschäftskreise schon heute mit den Standards vertraut zu machen, die nach einem Beitritt ohnehin unmittelbar gelten würden.

B. Privatrecht und Verwaltungsrecht

Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen betrifft ökonomische Beziehungen, deren rechtliche Regelung in der Sache dem Handelsrecht zuzuordnen ist. Es geht um Transaktionen, die in der Rechtsform des Schuldvertrages oder des Gesellschaftsvertrages durchgeführt werden, und schädigende Wirkungen, die sie für Dritte haben können. Die Gruppe der betroffenen Dritten ist freilich im Allgemeinen groß; indirekt kann die ganze Gesellschaft betroffen sein. Daher ist die Durchsetzung des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen staatlichen Behörden anvertraut und primär eine Sache des öffentlichen Rechts. Das wettbewerbsrechtliche Amalgam von privatrechtlicher Substanz und verwaltungsrechtlicher Form hat zur Folge, dass die Disziplin in manchen europäischen Ländern wie Deutschland eine Domäne der Privatrechtswissenschaft ist, während sie in anderen dem Verwaltungsrecht zugeordnet wird.

Das türkische Recht geht offenbar den letzteren, verwaltungsrechtlichen Weg. Dies kommt zum Beispiel darin zum Ausdruck, dass die Individualfreistellung nach wie vor abhängig ist von einer konstitutiven Verwaltungsentscheidung des Wettbewerbsausschusses⁴. Zwar erlässt der Wettbewerbsausschuss auch Kommunikés, die als Allgemeinverfügungen gekennzeichnet sind. Doch geht aus dem Bericht Gürzumar nicht zweifelsfrei hervor, ob sie lediglich öffentlich-rechtliche Wirkungen im Sinne einer Anmeldefreistellung zwischen der Wettbewerbsbehörde und den einzelnen Unternehmen haben oder aber auch privatrechtliche Wirkungen in dem Sinne, dass Zivilgerichte die von einem Kommuniké erfassten Ver-

⁴ Siehe den Aufsatz von Gürzumar, oben S. 251 ff., sub C. II. 2.

träge nicht mehr auf ihre Konformität mit dem Wettbewerbsgesetz überprüfen dürfen, weil die betreffenden Verträge aufgrund des Communiqués von den wettbewerbsrechtlichen Verboten freigestellt sind.

Besonders deutlich geht die verwaltungsrechtliche Konzeption des Wettbewerbsrechts aber aus der Regelung des Rechtsweges für Beschwerden gegen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde hervor. Vorgesehen ist in Art. 55 des Gesetzes Nr. 4054 die Klage beim Staatsrat, also in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dort stehen nach dem Bericht Gürzumar verfahrensrechtliche Fehler im Mittelpunkt der Anfechtungsverfahren. Ja, es heißt dort sogar, dass der Staatsrat in materiellrechtlicher Hinsicht bislang kaum effektiv zur Bildung einer türkischen Wettbewerbsrechtsprechung beigetragen habe⁵. Dies entspricht dem typischen Erfahrungshorizont von Verwaltungsgerichten, deren Gegenstände nur relativ selten mit den größeren Transaktionen des Wirtschaftslebens verbunden sind. Dem verwaltungsgerichtlichen Modell steht in Deutschland eine Rechtswegzuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber: Über Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts entscheidet der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf und letztinstanzlich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs. Bemerkenswert ist dabei die Verfahrenskonzentration für Verwaltungssachen, Bußgeldverfahren und zivilrechtliche Streitigkeiten bei einem einzigen Gericht, nämlich in letzter Instanz beim Kartellsenat des Bundesgerichtshofs, dessen Vorsitzender stets der Präsident des Bundesgerichtshofs ist⁶. So werden divergierende Beurteilungen wettbewerbsrechtlicher Fragen vermieden. Zugleich bringen Zivilrichter ihre besondere Sachkenntnis handelsrechtlicher Transaktionen in die Beurteilung ein. Diese Erfahrungen haben auch Frankreich bei der großen Kartellrechtsreform des Jahres 1986 dazu bewogen, die Cour d'appel de Paris und nicht das dortige Verwaltungsgericht zur Beschwerdeinstanz in wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten einzusetzen⁷.

C. Die Rolle der Ökonomie

Seit einigen Jahren dringt in der Generaldirektion Wettbewerb und zum Teil auch in den europäischen Gerichten das Bekenntnis zu einem „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik vor. Der Grundgedanke der

⁵ So Gürzumar, oben, S. 269, sub F.

⁶ Vgl. § 94 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.7.2005, BGBl. I, S. 2114.

⁷ Siehe Art. 15 der Ordonnance no. 86-1243 vom 1.12.1986 in der Fassung der Loi no. 87-499 vom 6.7.1987; siehe auch Conseil d'Etat 21.10.1998, Recueil Dalloz 1998, Inf. Rap. 253.

Chicago-Schule, wonach das Wettbewerbsrecht allein der Effizienzsteigerung und Konsumentenwohlfahrt dient, hat im Laufe der Jahre auch in den Institutionen der Europäischen Gemeinschaft seine Überzeugungskraft entwickelt. Das Kartellverbot des Art. 81 EG und das Verbot missbräuchlicher Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen in Art. 82 EG bestehen freilich ohne Veränderung des Wortlauts fort.

Veränderungen zeigen sich, was die wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen betrifft, dagegen bei der Fusionskontrolle: Die Verordnung 139/2004 hat bekanntlich an die Stelle des früheren Marktbeherrschungstests die Frage gestellt, ob der Zusammenschluss zu einem *substantial impediment of economic competition* führt, also zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs⁸. Diese Veränderung geht auf ökonomische Untersuchungen zurück, die aufgezeigt haben, dass Unternehmenszusammenschlüsse auch dann wettbewerbschädlich sein können, wenn durch sie keine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt wird. Im Übrigen hat die Bedeutung ökonomischer Überlegungen im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen zugenommen. Vor allem will die Kommission aber ökonomische Überlegungen verstärkt bei der *Anwendung* des geltenden Wettbewerbsrechts berücksichtigen, wie dies in verschiedenen Leitlinien zum Ausdruck kommt.

Die Einbeziehung ökonomischer Überlegungen ist für sich eine Notwendigkeit bei Sachverhalten, die regelmäßig Ausdruck ökonomischer Überlegungen sind. Ein wissenschaftlicher Streit hat sich freilich an der Frage entzündet, inwieweit die Effizienzsteigerung zum Leitbild der Anwendung des Wettbewerbsrechts werden kann⁹. Das europäische Wettbewerbsrecht dient gemäß Art. 3 lit. g) EG der Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs; nicht die Effizienzsteigerung, sondern die Existenz und Bewahrung konkurrierender wirtschaftlicher Entscheidungsträger ist danach oberstes Ziel. Konflikte zwischen beiden Zielen werden sich nur selten ergeben, weil der Wettbewerb nach aller Erfahrung die beste Voraussetzung für einen effizienten Einsatz wirtschaftlicher Ressourcen darstellt. Im seltenen Konfliktfalle kommt aber dem Wettbewerb der Vorrang zu.

Ersichtlich ist dieser Konflikt im türkischen Wettbewerbsrecht noch nicht thematisiert worden. Er wird hier angesprochen, weil das wettbewerbspolitische Leitbild, das von verschiedenen nationalökonomischen

⁸ Siehe Art. 2 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. 2004 L 24/1.

⁹ Siehe einerseits *Basedow*, Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? WuW 2007, S. 712 ff.; andererseits von *Weizsäcker*, Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, WuW 2007, S. 1078 ff.

Schulen in der Vergangenheit sehr unterschiedlich fixiert wurde, für das Denken der mit dem Wettbewerbsrecht befassten Personen bedeutsam ist und man damit rechnen kann, dass der Schulenstreit früher oder später auch in das türkische Wettbewerbsrecht vordringen wird.

D. Allgemeines Wettbewerbsrecht und sektorspezifische Regulierung

In zahlreichen Wirtschaftssektoren hat sich eine staatliche Aufsicht lange vor Einführung eines allgemeinen Wettbewerbsrechts etabliert. Dies gilt etwa für die Kreditwirtschaft und Versicherungen, für Medien und den Gesundheitssektor sowie für viele Freie Berufe. In jüngerer Zeit hat sich in den Netzwirtschaften von Strom, Gas und Eisenbahn, von Telekommunikation und Post die Vorstellung durchgesetzt, dass die natürlichen Infrastrukturmonopole von verschiedenen Anbietern genutzt werden können, die freilich einer besonderen netzwirtschaftlichen Regulierung unterstellt werden. Vielfach unterliegen in diesen Bereichen neben den Netzzugangsentsgelten auch die Endkundenpreise einer Regulierung. Im Einzelnen variieren Form, Anwendungsbereich und Intensität der Regulierung von Sektor zu Sektor und von Land zu Land. Die Europäische Gemeinschaft ist dabei, für ihre Mitgliedsländer durch eine Fülle von Richtlinien zu den genannten Wirtschaftszweigen allmählich ähnliche sektorspezifische Regulierungen zu schaffen. Darauf kann hier nicht eingegangen werden¹⁰.

In allen Bereichen, für die sektorspezifische Regulierungen und Marktordnungen geschaffen wurden, stellt sich die Frage nach deren Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht. In frühen Jahren hat man sie durch Schaffung von Ausnahmereichen beantwortet. Damit wurden zum Teil Wirtschaftszweige aus der Wettbewerbsordnung herausgenommen, in denen die sektorspezifische Regulierung überhaupt keine vergleichbare oder auch sonst adäquate Ordnung stiften konnte. In Deutschland hat sich deshalb schon früh ein Verständnis der Bereichsausnahmen durchgesetzt, das der sektorspezifischen Regulierung nur dort den Vorrang einräumte, wo sie den privaten Wirtschaftsakteuren tatsächlich keine Möglichkeit unterschiedlichen wirtschaftlichen Handelns mehr ließ. Wo der Staat also Tarife mit Festpreisen erließ, konnten sie nicht aufgrund des Wettbewerbsrechts wegen Preisdiskriminierung angegriffen werden. Wo Tarife dagegen

¹⁰ In den regulierten Sektoren schreitet die Gesetzgebung der Gemeinschaft durch Erlass von Maßnahmenpaketen oder Maßnahmegenerationen in Richtung auf die Verwirklichung des Binnenmarkts vor, siehe eine – inzwischen zum Teil überholte – Analyse in *Basedow/Baum/Hopt/Kanda/Kono* (Hrsg.), *Economic Regulation and Competition*, 2002.

den einzelnen Unternehmen nur Mindest- oder Höchstpreise vorschrieben, unterlag ihr Preissetzungsverhalten in dem nicht determinierten Bereich dem Wettbewerbsrecht. Auch diese Auffassung hat sich wegen des Vordringens des europäischen Wettbewerbsrechts nicht halten können. Da Art. 81 und 82 EG keinerlei Bereichsausnahmen zulassen und im Grundsatz auch die Mitgliedstaaten zum Schutz der Wettbewerbsordnung verpflichtet, sind die Bereichsausnahmen im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gestrichen worden. Nach der Verordnung 1/2003 haben auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten das europäische Wettbewerbsrecht in seinem Anwendungsbereich anzuwenden, soweit sie tätig werden¹¹. Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts kann eine Bereichsausnahme des nationalen Rechts hieran nichts ändern. Allerdings setzen auch Art. 81 und 82 voraus, dass „Unternehmen“ handeln; rein staatliches Handeln unterliegt diesen Verboten nicht¹².

Diese Rechtslage löst freilich nicht das Sachproblem, das sich aus dem Nebeneinander von spezieller Regulierungsbehörde, zum Beispiel in der Telekommunikation, und Wettbewerbsbehörde ergibt. Durch doppelte Verfahren werden staatliche und private Ressourcen verschwendet, die Entwicklung des betreffenden Wirtschaftssektors wird behindert. Bislang ist aber eine rechtliche Klärung des Verhältnisses von sektoraler Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht auf europäischer Ebene nicht erzielt worden. In dieser Situation versuchen die Behörden, sich auf einer untergesetzlichen Ebene abzustimmen. Dies ist offenbar der Zweck des Protokolls, das im Jahre 2002 zwischen der türkischen Wettbewerbsbehörde und der Telekommunikationsbehörde unterzeichnet wurde. Auch ohne schriftliche Festlegung versuchen sich in Deutschland Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur in ähnlicher Weise informell zu koordinieren. Bedeutsam ist dies vor allem für die Ex post-Missbrauchskontrolle, die sowohl zum Instrumentarium der Regulierungsbehörde wie auch gemäß Art. 82 EG und § 19 GWB zu den Werkzeugen des Bundeskartellamts gehört.

E. Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen

Beschränkungen des Wettbewerbs gehen in großem Umfang auf staatliches Handeln zurück. Hier sind zum einen die gerade erwähnten sektorspezifischen Regulierungen zu erwähnen, die allerdings vielfach eine Reaktion

¹¹ Siehe Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

¹² Siehe näher Zimmer, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1⁴, 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 34-37.

des staatlichen Rechts auf Marktunvollkommenheiten darstellen oder nicht-wettbewerblichen Zielen dienen. Da ihre nähere Ausgestaltung eine Sache des politischen Prozesses ist, dringen dabei aber auch gelegentlich wettbewerbsbeschränkende Bestrebungen der betroffenen Wirtschaftszweige durch.

Auch öffentliche Unternehmen sind häufig ein Vehikel staatlicher Wettbewerbsbeschränkung. Ihnen werden nicht selten staatliche Vergünstigungen zuteil, so beispielsweise eine Zufuhr von Eigenkapital zu vergünstigten Konditionen, eine förderliche Ausgestaltung ihres geschäftlichen Umfeldes durch öffentliche Investitionen, die Privilegierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Überlassung geschäftsrelevanter Informationen etc. Das türkische Wettbewerbsgesetz stellt öffentliche Unternehmen nicht von seinem Anwendungsbereich frei und ist folglich wohl auf sie anzuwenden¹³. Da die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens durch die Wettbewerbsbehörde aber nicht dem Legalitätsprinzip folgt, sondern letztlich im Ermessen der Behörde steht, bietet sich auch hier wieder eine Möglichkeit zur Privilegierung öffentlicher Unternehmen und damit zur Beschränkung des Wettbewerbs auf den betreffenden Märkten.

Wie im Bericht Gürzumar hervorgehoben, hat die Türkei bislang keine Kontrolle staatlicher Beihilfen eingeführt¹⁴. Dies ist zwar in einzelnen Mitgliedstaaten geschehen, und auch die Europäische Kommission will prüfen, „ob unabhängige Behörden in den Mitgliedstaaten sie bei ihrer Aufgabe, dem Beihilferecht Geltung zu verschaffen (Feststellung und vorläufige Rückforderung unrechtmäßig gewährter Beihilfen, Vollstreckung von Rückforderungsentscheidungen), unterstützen zu können“¹⁵. Dies sollte aber nicht überbewertet werden. Die Vergabe von Subventionen und anderen geldwerten Vorteilen durch die Mitgliedstaaten an Unternehmen ist überall in der Gemeinschaft ein politisches Anliegen der jeweiligen Regierungen, so dass man sich von einer Kontrolle dieser Praxis durch die Wettbewerbsbehörde des betreffenden Staates nicht allzu viel versprechen kann. Die Beihilfenkontrolle nach Art. 87 ff. EG ist eine unverzichtbare Domäne der Europäischen Kommission. Nur sie kann letztlich effektiv gegen den einzelnen Mitgliedstaat vorgehen.

Ein weiteres wichtiges Element des Wettbewerbsrechts im weiteren Sinne ist das Vergaberecht. Wenn man bedenkt, dass in der Europäischen Gemeinschaft 15 bis 20 Prozent des Bruttoinlandsprodukts über öffentliche Aufträge erwirtschaftet werden, wird das hohe Einsparpotential sichtbar, das durch eine Verwirklichung effektiven Wettbewerbs in diesem Sektor realisiert werden könnte. Die Ausbildung eines europäischen Vergabe-

¹³ So Gürzumar, oben S. 246. sub C I bei Fn. 57.

¹⁴ So Gürzumar, oben S. 270 sub G.

¹⁵ Aktionsplan Staatliche Beihilfen, KOM (2005) 107 endg. vom 7.6.2005, Rn. 51.

rechts ist dabei nur zum Teil auf die Anwendung von Art. 82 EG auf den Staat als marktbeherrschenden Nachfrager zurückzuführen; daneben steht die Durchsetzung der Verkehrsfreiheiten des EG-Vertrages als wesentlicher Motor. Inzwischen hat die Gemeinschaft die Vergabe öffentlicher Aufträge in zwei sehr umfassenden Richtlinien ausgestaltet, die von der Türkei im Falle des Beitritts umzusetzen wären¹⁶. Hier geht es im Wesentlichen um die Einführung von Ausschreibungen und die Transparenz des Vergabeverfahrens.

F. Fusionskontrolle

Seit Erlass der Verordnung 1/2003 ist der Raum für die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts stark beschnitten worden. Soweit Absprachen oder einseitige Praktiken den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, müssen die Art. 81 und 82 EG mit Vorrang angewendet werden. Lediglich in Bezug auf einseitige Praktiken marktbeherrschender Unternehmen haben die Mitgliedstaaten noch die Möglichkeit einer weitergehenden Gesetzgebung. Da die Zwischenstaatlichkeitsklausel vom Gerichtshof stets weit ausgelegt worden ist, kommt nationales Wettbewerbsrecht in diesen Bereichen nur hinsichtlich rein national beschränkter, überwiegend kleinbetrieblicher oder mittelständischer Unternehmen zur Anwendung.

Sehr viel größer sind die Anwendungsmöglichkeiten dagegen für das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich der Zusammenschlusskontrolle. Die europäische Verordnung 139/2004 findet nur Anwendung auf Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung¹⁷. Diese fehlt zum einen bei Zusammenschlüssen von relativ kleinen Unternehmen; beispielsweise erlebt Deutschland zurzeit eine Fusionswelle im Krankenhaussektor, die vollständig außerhalb des europäischen Regimes, das heißt rein nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Ihre gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Bedeutung ist groß, auch wenn der einzelne Zusammenschluss nur eine lokale Dimension hat. Daneben fehlt die europäische Dimension aber auch bei den allergrößten Unternehmenszusammenschlüssen, wenn die beteiligten Unternehmen mehr als zwei Drittel ihrer Umsätze in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. In der europäischen

¹⁶ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 L 134/1; Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134/114.

¹⁷ Vgl. Art. 1 der VO 139/2004, oben Fn. 8.

Energiewirtschaft hat es in den letzten Jahren eine Reihe solcher „Elefantenhochzeiten“ zwischen Großunternehmen gegeben, die bis dahin noch überwiegend national ausgerichtet waren.

Bei Unternehmenszusammenschlüssen spielen neben wettbewerbsrechtlichen Erwägungen im Allgemeinen auch industriepolitische Überlegungen ganz verschiedener Art eine Rolle. So ging es bei der energiewirtschaftlichen Großfusion E.ON – Ruhrgas um die Schaffung eines national champion, der auf den europäischen Energiemärkten eine führende Rolle einnehmen kann und auch gegenüber marktmächtigen Unternehmen auf der Lieferantenseite wie beispielsweise Gazprom auf Augenhöhe verhandeln kann¹⁸. Bei den Krankenhausfusionen spielt die Gewährleistung von Therapien des Spitzenniveaus im regionalen Bereich eine große Rolle¹⁹. Bei Pressefusionen geht es um Meinungsmacht²⁰. Diese außerwettbewerblichen Erwägungen lassen sich nicht verdrängen. Sie werden aber im europäischen Wettbewerbsrecht nicht angemessen kanalisiert mit der Folge, dass wettbewerbsrechtliche Entscheidungen zum Teil schwer nachvollziehbar sind.

Auch das türkische Wettbewerbsrecht scheint die besondere Bedeutung allgemeinpoltischer Erwägungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle nicht thematisiert zu haben. Hier bietet sich ein Blick auf das deutsche Wettbewerbsrecht an, das die Rolle des Bundeskartellamts in der Zusammenschlusskontrolle vollständig auf die reine wettbewerbsrechtliche Prüfung beschränkt. Für die außerwettbewerblichen und allgemeinpoltischen Überlegungen steht den Beteiligten dann ein weiteres Verfahren zur Verfügung, in dem sie nach einer Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts eine besondere Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft beantragen können. Der Minister hat vor seiner Entscheidung eine Stellungnahme der unabhängigen Monopolkommission einzuholen²¹.

Sowohl der Minister als auch die Monopolkommission haben von der wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des Bundeskartellamts auszugehen, sind also an dessen Feststellungen zur Wettbewerbsbeschränkung gebunden²². Der Minister kann seine Erlaubnis nur darauf stützen, dass die vom

¹⁸ Siehe *Monopolkommission*, Sondergutachten 34 und 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, beide Baden-Baden 2002.

¹⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH, <http://www.Monopolkommission.de/sonder_gesamt.html>.

²⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 36 und 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co KG, beide Baden-Baden 2003.

²¹ Siehe näher § 42 GWB, oben Fn. 6.

²² *Mestmäcker/Veelken* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB⁴, 2007, § 42 Rn. 40 mit vielen Nachweisen.

Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung durch Gemeinwohlvorteile anderer Art aufgewogen wird. Dieses Verfahren, für das im Gesetz eine Gesamtfrist von vier Monaten vorgesehen ist, impliziert im Allgemeinen Anhörungen vieler beteiligter und interessierter Unternehmen von verschiedenen Marktseiten. Es erlaubt im Übrigen eine rationale Durchleuchtung der vermeintlichen Gemeinwohlvorteile, die bei einer Fusion fast ohne Ausnahme geltend gemacht werden, aber doch nur manchmal bestehen und nur sehr selten vom Vollzug des Zusammenschlusses abhängen. Die Entscheidung in diesem Verfahren ist bei einem politisch verantwortlichen Amtsträger, dem Bundesminister für Wirtschaft, angesiedelt, weil die Abwägung zwischen Wettbewerbsnachteilen und Gemeinwohlvorteilen letztlich keine juristische, sondern eine politische Frage ist.

Der Minister steht naturgemäß in diesem Verfahren immer unter dem politischen Druck der am Zusammenschluss interessierten Kreise. Die Stellungnahme der Monopolkommission, die im Allgemeinen eine sehr ausführliche Aufarbeitung sämtlicher Argumente enthält, neutralisiert den politischen Druck und ist daher von den Ministern im Laufe der Jahre im Allgemeinen als hilfreich empfunden worden. Zugleich befreit dieses Verfahren die Wettbewerbsbehörde von dem politischen Druck, unter dem sie andernfalls ihre Entscheidung über den Unternehmenszusammenschluss unweigerlich treffen muss. Die deutsche Regelung hat inzwischen eine gewisse Gefolgschaft im Ausland gefunden. So hat man in der Schweiz versucht, die wettbewerbsrechtlichen und die politischen Aspekte von Unternehmenszusammenschlüssen durch verschiedene Verfahren bei der Kartellkommission und beim Bundesrat voneinander zu trennen²³. Und auch das neue spanische Wettbewerbsgesetz von 2007 geht diesen Weg: Es überträgt die Entscheidung über Zusammenschlüsse der Wettbewerbskommission, erlaubt der Regierung aber, im Falle einer Untersagung die Fusion aus nichtwettbewerblichen Gemeinwohlgründen gleichwohl zu genehmigen²⁴. Diese Befugnis steht ihr auch zu, wenn die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss nur unter Auflagen oder Bedingungen freigegeben hat²⁵. Es wäre der Überlegung wert, ob dieses Verfahren nicht auch der Türkei nutzen könnte, die ja auch nach einem allfälligen Beitritt

²³ Gemäß Art. 11 des schweizerischen Kartellgesetzes vom 6.10.1995, Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) 251, Amtliche Sammlung (AS) 1996, 546, kann der Bundesrat einen von der Kartellkommission untersagten Zusammenschluss aus überwiegend öffentlichem Interesse zulassen, vgl. *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht², 2005, Rn. 844 f.

²⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 4 und 60 der Ley 15/2007 vom 3.7.2007 de Defensa de la Competencia, Boletín Oficial del Estado 2007, S. 28848 Nr. 159 vom 4.7.2007.

²⁵ Kritisch *Soto*, La nueva ley de defensa de la competencia, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD) 2007, no. 1, S. 21, 35.

zur Europäischen Gemeinschaft ihre Unternehmenszusammenschlüsse in großem Umfang nach eigenem nationalen Recht beurteilen wird.

8. Teil:

Urheberrecht