

Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO (in der deutschen Sprachfassung) ihren Niederschlag dahingehend gefunden, dass die Rechtswahl ... „sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben“ muss; in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Rom II-VO wird hingegen (in Anlehnung an den früheren Wortlaut im EVÜ) nur verlangt, dass die Rechtswahl ... „sich mit hinreichender Sicherheit“ aus den Umständen des Falles ergibt.

Schließlich: In Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b Rom II-VO wird eine Rechtswahl vor Eintritt des schädigenden Ereignisses (nur) für Parteien zugelassen, die einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, sofern die Wahl des Rechts durch eine „frei ausgehandelte Vereinbarung“ getroffen wird. Ob damit wirklich eine Wahl durch eine in AGB enthaltene Rechtswahlklausel ausgeschlossen werden soll, ist alles andere als klar;¹⁹¹ jedenfalls tut sich hier eine Wertungsdivergenz zu Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO auf, wonach eine Rechtswahl in AGB nicht nur bei kommerziell tätigen Parteien im internationalen Handelsverkehr möglich sein soll, sondern sogar auch bei Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (was keineswegs als selbstverständlich erscheint).

Rom I-VO und Rom II-VO enthalten eine Reihe von Gemeinsamkeiten, die bereits den Nukleus für die Entwicklung eines „Allgemeinen Teils“ des europäischen Kollisionsrechts bilden.¹⁹² Beide Verordnungen beanspruchen universelle Geltung, beide sprechen Sachnormverweisungen aus (Art. 20 Rom I-VO; Art. 24 Rom II-VO), beide enthalten übereinstimmende Regelungen für die Verweisung auf das Recht eines Staates ohne einheitliche Rechtsordnung (Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO; Art. 25 Abs. 1 Rom I-VO). In beiden Verordnungen sind die Bestimmungen über die gesamtschuldnerische Haftung (Art. 16 Rom I-VO; Art. 20 Rom II-VO), über den gesetzlichen Forderungsübergang (Art. 15 Rom I-VO; Art. 19 Rom II-VO) und über den Beweis (Art. 18 Rom I-VO; Art. 22 Rom II-VO) im Wesentlichen dieselben. Schließlich kennen beide Verordnungen gleichlautende Regelungen betreffend den Vorbehalt des *ordre public* (Art. 21 Rom I-VO; Art. 26 Rom II-VO). Die hier zitierten Bestimmungen sind nicht nur unionsrechtsautonom auszulegen, sondern sollten auch einheitlich angewendet werden.

Auch und gerade im Hinblick auf die weiter in Planung befindlichen Rechtsakte sollte darauf geachtet werden, dass

die bisher erreichte Einheitlichkeit erhalten bleibt und – etwa im Hinblick auf die Regelung der Vorfragenproblematik¹⁹³ – ausgebaut wird. Anknüpfungsmerkmale der Kollisionsnormen sind, soweit als möglich, zu definieren¹⁹⁴ und einheitlich zu verwenden, etwa der Begriff der „gewöhnlichen Aufenthalts“.¹⁹⁵ Wird die Rechtswahl als Anknüpfungspunkt bestimmt, ist die Problematik des Verweisungsvertrages nach Möglichkeit einheitlich zu regeln. Zu überdenken ist auch, ob und inwieweit eine Abstimmung des (künftigen) europäischen Internationalen Privatrechts mit dem europäischen Verfahrensrecht auch und gerade in der Begrifflichkeit angestrebt und erreicht werden kann.¹⁹⁶

Zu diskutieren wäre schließlich auch darüber, ob und in welcher Weise das europäische Kollisionsrecht Auswirkungen auf nationale Verfahrensrechte zeitigen muss: So steht das von den Rom-Verordnungen angestrebte Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs einem von dem mitgliedstaatlichen Gerichten weiterhin gehandhabten fakultativen Kollisionsrecht ebenso entgegen wie einer Qualifikation der in den Verordnungen angesprochenen Rechtsinstitute (etwa Verjährung oder Schaden) als *procedural issue* (anstelle von *substance*).¹⁹⁷ Auf die Rechtsvereinheitlichung warten noch weitere Aufgaben.¹⁹⁸

191 In diesem Sinne etwa *Leible*, Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 257, 260; *Kadner Graziano*, *RabelsZ* 73 (2009), 3, 8; *van Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2009, 6, 29; a. A. *Junker*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), Art. 14 Rom II-VO Rdnr. 36 (nur „Wortgeklingel“); *Thorn*, in: Palandt (Fn. 8), Art. 14 Rom II-VO Rdnr. 9.

192 *Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrecht, in: FS Kropholler (2008), S. 105; *Leible*, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Fn. 148), S. 47 ff.; *Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: FS Kropholler (2008), S. 227.

193 Dazu *Heinze*, in: FS Kropholler (Fn. 192), S. 105, 111 ff.; *Sonnenberger*, in: FS Kropholler (Fn. 192), S. 227, 240 f.; *Solomon*, Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht, in: FS Spellenberg (2010), S. 355.

194 *Sonnenberger*, in: FS Kropholler (Fn. 192), S. 227, 236 f.

195 *Baetge*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, in: FS Kropholler (2008), S. 77.

196 Dies wird nur in begrenztem Umfang möglich sein, da die Ziele des IPR und des IZPR auseinandergehen.

197 *Briggs* (Fn. 7), *L.Qu.Rev.* 125 (2009) 191, 195.

198 *Czapelak*, Would We Like to Have a European Code of Private International Law? *Eur. Rev. Pr. L.* 2010, 705, diskutiert ein künftiges europäisches IPR-Gesetz.

Simon Hirsbrunner, Rechtsanwalt, Brüssel*

Und noch ein Leitfaden zur Fusionskontrolle

An Rechtstexten, welche im Kartellrecht die Zusammenarbeit der Europäischen Kommission mit den nationalen Wettbewerbsbehörden und den nationalen Behörden untereinander regeln, mangelt es wahrlich nicht. Nur die Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden in Fusionskontrollverfahren ist bisher stiefmütterlich behandelt worden. Eine neue Empfehlung von „Best Practices“ soll diese Lücke schließen, vermag jedoch nicht die Erwartungen zu erfüllen.

Eine „Merger Working Group“, bestehend aus Vertretern der nationalen Wettbewerbsbehörden in der EU und der Europäischen Kommission, hat den Entwurf eines Leitfadens zur Verbesserung der behördlichen Zusammenarbeit in Fusionskontrollverfahren vorgestellt¹. Der Leitfaden betrifft die Zusammenarbeit in Zusammenschlussfällen, die ohne

* Der Autor ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Brüssel. Näheres erfahren Sie auf S. IV.

1 http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_merger_best_practices/index_en.html (23. 5. 2011).

die Umsatzkriterien der EU-Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004² (FKVO) zu erfüllen sind, Auswirkungen auf mehr als einen EU-Mitgliedstaat haben und entweder hinsichtlich der Zuständigkeit oder der materiellen Beurteilung nicht unproblematisch sind.

I. Eine gut gemeinte Idee

Die FKVO beruht auf den Grundsätzen der einzigen Anlaufstelle („one-stop-shop“) und der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Unter diesen Umständen nachvollziehbar befasst sich die VO vor allem mit der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden im vertikalen Verhältnis. So statuiert Art. 19 FKVO den Grundsatz der „engen und stetigen“ Verbindung zwischen der Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und regelt die Befugnisse des Beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Außerdem gibt es detaillierte Regelungen zur Verweisung von Fällen zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten und umgekehrt, einschließlich einer Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen³ sowie einer Bekanntmachung der Europäischen Wettbewerbsbehörden („European Competition Authorities – ECA“) über die Grundsätze zur Anwendung der Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO⁴ (welche beide die Verweisung von Zusammenschlüssen von den Mitgliedstaaten an die Kommission betreffen).

Die (horizontale) Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander wird dagegen mangels einer einschlägigen Rechtsetzungsbefugnis der EU im Bereich der Fusionskontrolle nicht geregelt. Lediglich im Erwägungsgrund 14 werden die Fälle paralleler Zuständigkeit als ein an sich unerwünschtes Phänomen erwähnt, ohne den nationalen Behörden Instrumente zur Koordinierung an die Hand zu geben. Immerhin gibt es seit April 2002 einen (sehr kurzen) Verfahrensleitfaden der „ECA“ über die gegenseitige Unterrichtung über Fusionsfälle, welche in mehreren Ländern anmeldepflichtig sind⁵.

Ganz anders präsentiert sich die Situation bei der Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Abreden und missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen i. S. von Art. 101 und 102 AEUV. Die Verordnung Nr. 1/2003 zur Durchführung dieser Vorschriften⁶ legt die Grundlagen für die Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Wettbewerbsbehörden im Europäischen Netz der Wettbewerbsbehörden („European Competition Network – ECN“), wobei auch die horizontale Zusammenarbeit nicht ausgeklammert wird. Eine Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden⁷ präzisiert weitere Einzelheiten.

Die neuen „Best Practices“ bezwecken, einen Rahmen für die Zusammenarbeit von nationalen Wettbewerbsbehörden in Fusionskontrollfällen zu setzen. Sie sollen den Behörden (nicht verbindliche) Richtlinien vorgeben, während die Unternehmen dazu aufgefordert werden, gewisse Verhaltensmaßregeln zu beachten, um die Zusammenarbeit zu erleichtern.

II. Herausgekommen ist ein halbherziger Kompromiss

Die Leitlinien definieren zunächst die Fusionskontrollfälle, in denen eine Zusammenarbeit zwischen Behörden sinnvoll

ist. Beispielhaft erwähnt werden die Fälle, in denen sich entweder Zuständigkeitsfragen stellen, die sich materiell auf mehrere EU-Mitgliedstaaten auswirken, oder in denen Behörden sich hinsichtlich der Auferlegung von Änderungsverpflichtungen („remedies“) abstimmen müssen. Den Behörden wird diesbezüglich in erster Linie der Austausch von Rechtsansichten ans Herz gelegt, um den Erlass widersprüchlicher und falsch abgestimmter Entscheidungen zu vermeiden. Anschließend werden die erstrebenswerten Ziele einer Kooperation umschrieben. Die Verfasser geben sich in diesem Zusammenhang große Mühe, die Vorstellung, dass die Behörden enger zusammenarbeiten könnten, auch den Unternehmen schmackhaft zu machen. So könne die Effizienz, Transparenz und Wirksamkeit des Fusionskontrollprozesses gesteigert werden. Aus Sicht der Behörden gehe es vor allem darum, widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, was auch im Sinn der Unternehmen sein müsse.

Die „Best Practices“ sind ausdrücklich nicht bindend (so Ziff. 1.2). Selbstverständlich sind sie auch nicht geeignet, Rechtsansprüche der betroffenen Unternehmen gegen die Behörden zu begründen. Dies alles ist an sich nicht zu beanstanden. Es gibt auch keinen Mechanismus, der es den nationalen Behörden erleichtern könnte, eine einvernehmliche Lösung zu finden, wenn ihre Einschätzung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses einmal in gravierender Weise divergieren sollte.

Insgesamt verblüfft der pauschale Charakter der Empfehlungen in den „Best Practices“. Dies könnte man positiv so deuten, dass die Zusammenarbeit bereits so hervorragend funktioniert, dass es keiner großen Korrekturen bedarf. Der Leitfaden hätte dann vor allem eine politische Bedeutung, indem er den gemeinsamen Willen der beteiligten Behörden zur Zusammenarbeit manifestiert. Bössartiger gestimmte Gemüter könnten jedoch die pauschale Ausrichtung der „Best Practices“ auch als ein weniger erfreuliches Signal werten: Könnte es sein, dass sich bestimmte nationale Wettbewerbsbehörden mit einer ordentlichen Zusammenarbeit derart schwer tun, dass man diese erst einmal vorsichtig an die elementaren Prinzipien der Zusammenarbeit heranführen muss?

Tatsächlich dürfte die Wahrheit in der Mitte liegen. Für manche Wettbewerbsbehörden, wie etwa das Bundeskartellamt, war es bereits bisher gängige Praxis, in grenzüberschreitenden Fusionskontrollfällen mit anderen Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Gerade die Empfehlung in Ziff. 4.1 der „Best Practices“, wo eine gegenseitige Information über die wichtigsten Verfahrensschritte empfohlen wird, dürfte für solche Behörden eine absolute Selbstverständlichkeit sein. Allerdings wird hinter vorgehaltener Hand auch davon gesprochen, dass es daneben andere Behörden gibt, welche hin und wieder eher eigenbrötlerisch zu Werke gehen, die Entscheidungspraxis der übrigen Staaten ignorieren und mithin auch ausschließlich nationale Interessen verfol-

2 Verordnung 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 L 24/1.

3 Mitteilung über Verweisungen in Fusionsfällen vom 5. 3. 2005, ABl. EG 2005 C 56/02.

4 http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/ECA_Principles_d.pdf (23. 5. 2011).

5 http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/ECA/ECA_procedures_guide_post_Athens.pdf (23. 5. 2011).

6 Verordnung 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1.

7 ABl. EU 2004 C 101/43.

gen. Solche Behörden werden die neuen Empfehlungen jedoch allenfalls zur Kenntnis nehmen. Ob sie auch ihre Praxis ändern, darf bezweifelt werden.

III. Zweifelhafte Mehrwert

Insgesamt weisen die „Best Practices“ alle Merkmale eines halbherzigen Kompromisses auf. Unterm Strich sind Empfehlungen herausgekommen, die niemandem wirklich die Arbeit erleichtern dürften. Regelrecht besorgniserregend ist die Feststellung, dass die „Best Practices“ im Vergleich zu dem, was durch andere internationale Gremien empfohlen wird, keinen großen Mehrwert schaffen. Das weltweite International Competition Network (ICN) empfahl bereits 2002 in seinen „Recommended Practices For Merger Notification Procedures“, die Behörden sollten sich koordinieren, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen⁸. Dort hieß es auch, Teil der Koordinierung müsse ein abgestimmter Zeitplan sowie ein abschließender Erfahrungsbericht sein. Auch der Gedanke, dass die Auferlegung von „remedies“ abgestimmt werden sollte, war schon enthalten. In einem weiteren Bericht des ICN über das „Merger Remedies Review Project“ aus dem Jahr 2005 wurde diese Empfehlung weiter konkretisiert⁹.

Wenn man etwas kritisieren möchte, dann in erster Linie diese Unterlassung der „Merger Working Group“, einen Mehrwert im Vergleich zu den ICN-Dokumenten zu schaffen, der auf die spezifischen Erfordernisse einer Behördenkoordination in einem europäischen Kontext zugeschnitten ist.

Bei einer mutigen Vorgehensweise hätte man zudem durchaus auch ein Koordinierungsbedürfnis in gewissen sensiblen Bereichen orten können, welche in den „Practices“ nicht erwähnt oder nicht genügend vertieft werden. Zu denken wäre

z.B. an die Berücksichtigung von nicht-wettbewerblichen Interessen bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, die entweder zu einer ausnahmsweisen Freigabe oder der Untersagung eines Zusammenschlusses führen können. Instrumente wie die Ministererlaubnis in Deutschland, die Public-Interest-Intervention in Großbritannien, das Recht zur Überprüfung durch den Wirtschaftsminister in Frankreich und vieles weitere sorgen für unübersichtliche Verhältnisse. Eine Berufung auf derartige Ausnahmen kann nicht nur zu widersprechenden Verfahrensergebnissen führen, sie schafft auch einen unnötigen Raum für die Durchsetzung ausschließlich nationaler Interessen.

IV. Unüberbrückbare nationale Differenzen?

Der zusammengefasst doch etwas oberflächliche Inhalt der „Best Practices“ verheißt darüber hinaus nichts Gutes für die derzeit oft diskutierten Bestrebungen, eine größere Konvergenz zwischen den Fusionskontrollregimes in Europa zu schaffen. Wenn sich die europäischen Behörden schon derart schwer tun, etwas Aussagekräftiges über die gegenseitige Kooperation zu Papier zu bringen, wie wollen sie dann eine stärkere Annäherung der formellen und materiellen Normen erzielen?

Die Frist zur Stellungnahme zum Entwurf der „Best Practices“ ist am 27. 5. 2011 abgelaufen. Es bleibt zu hoffen, dass eine möglichst große Anzahl von Stellungnahmen die „Merger Working Group“ veranlassen wird, den Text noch einmal zu überarbeiten.

8 Vgl. ICN Recommended Practices For Merger Notification Procedures vom September 2002, <http://www.ftc.gov.tw/icnmerger2009/images/mnprecpractices.pdf> (23. 5. 2011), S. 29 ff.

9 ICN Merger Working Group: Analytical Framework, Subgroup Merger Remedies Review Project vom Juni 2005, http://www.ftc.gov.tw/icnmerger2009/images/Remedies_Study.pdf (23. 5. 2011), Ziffer 2.10.

EU-Gesetzgebung

Univ.-Prof. Dr. Claus Luttermann, Ingolstadt

Kopernikanische Wende zum Wahrheitsgebot oder eine europäische Ratingagentur nach US-Mustern?

I. Einführung

Ratingagenturen wirken wie neuzeitliche Caesaren: Daumen hoch oder runter, das entscheidet existenziell über Unternehmen und Staaten im Circus Maximus der Kapitalwelt. Ein lukratives Geschäft, das sich weltweit die „Amerikaner“ Standard & Poor's, Moody's und Fitch teilen. Ratings gelten auf Kapitalmärkten weithin als Bewertungsmaß für Kreditwürdigkeit, z.B. in Vertragsbedingungen für Wertpapiere (AGB's, *indentures*). Auch unsere Politiker bauen lange schon auf die „Investmentgrades“, besonders im Aufsichtsrecht für Banken und Versicherungen. So wurden die Ratingagenturen mächtig gemacht, zu mächtig.

Sie agieren am Nerv freiheitlicher Gesellschaftsordnung. Das ist längst bekannt.¹ Jetzt soll ein Gegengewicht her: Eine „europäische“ Ratingagentur. Dafür plädiert, nach der polnischen EU-Ratspräsidentschaft, auch Bundeskanzlerin *Angela Merkel*.² Die Idee, an sich nicht neu und wettbewerbspolitisch anregend, greift viel zu kurz. Klar ist, dass eine europäische Agentur keine Wunder wirken kann: Einschätzung von Kreditrisiken („Bonität“) bleibt ein Blick in ungewisse Zu-

1 Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 265 ff. Zur Regulierung schon BT-Drs. 15/1759.

2 Unter www.handelsblatt.com (17. 7. 2011); zu Polen: www.gfsnews.com/article/2402/1 (14. 7. 2011).