
Die soziale Funktion des Wettbewerbs: Bedarf es eines fusionskontrollrechtlichen Regulierungssystems der WTO in Anlehnung an nationalstaatliche Regulierung?

Christian Bernd Hüsken*

Inhalt	
I. Einleitung	606
II. Wettbewerbstheoretische Grundlagen der WTO	607
1. Die „ideologische Basis“: Präambel des Abkommens zur Errichtung der WTO	607
2. Die soziale Funktion des Wettbewerbs	608
III. „Global Players“ in Fusionskontrollverfahren: Transnationale Unternehmungen und Staaten	609
1. Die Homo-Oeconomicus-Hypothese	609
2. „Flexibilität“ von Unternehmen und das Modell der „unsichtbaren Hand“	610
3. Unternehmen als gebundenes Kapital	612
IV. Interaktionsstruktur zwischen Staaten als klassisches „Gefangenendilemma“	613
1. Nationale fusionskontrollrechtliche Rahmenbedingungen	613
2. Industriepolitische „Zweckentfremdung“ von Fusionskontrollverfahren	615
3. Spieltheoretische Analyse	617
V. Verfassungsrechtliche Implikationen	620
VI. Fazit	624

* Dr. Christian Bernd Hüsken, LL.M., San Diego, CA, ChHuesken@ aol.com.

„I have adopted a rather narrow definition of globalization: I equate it with the free movement of capital and the increasing domination of national economies by global financial markets and multinational corporations. (...) I contend that globalization has been lopsided: The development of our international institutions has not kept pace with the development of international financial markets and our political arrangements have lagged behind the globalization of the economy.“

George Soros, George Soros On Globalization, S. VII (2002)

I. Einleitung

In den vergangenen Jahren machten immer neue „Megafusionen“ Schlagzeilen:¹ Die Rangliste durchgeführter Übernahmen in bis dato nicht gekannter Größenordnung führen seit 2000 die Vodafone-Gruppe, die für umgerechnet ca. 189,7 Mrd. Euro die Mannesmann AG übernahm und die America Online-Gruppe (AOL), die für umgerechnet ca. 106 Mrd. Euro das traditionsreiche Unternehmen TimeWarner aufkauften.² Insgesamt stieg das Volumen der weltweiten Fusionen und Übernahmen von 365 Mrd. US Dollar im Jahre 1987 auf ca. 3.498 Mrd. US Dollar im Jahre 2000 an.³

Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob es sinnvoll wäre, etwa unter dem Dach der Welthandelsorganisation eine internationale Kartellbehörde zu errichten, die an Hand einer harmonisierten wettbewerbsrechtlichen Rahmenordnung die weltweite Einhaltung kartellrechtlicher Mindeststandards überwacht.⁴ Ein derartiges One-Stop-Shop-System sei auch im Interesse fusionierender Unternehmen, die derzeit größere Transaktionen bei bis zu 50 verschiedenen nationalen Fusionskontrollbehörden anzuzeigen haben.⁵ Demgegen-

¹ Uebatus/Fischermann, Konzerne gegen Nationen: Die Macht der Multis wächst – müssen globale Kartellwächter den Wettbewerb schützen?, Die Zeit 37/2000, www.zeit.de/2000/37/Wirtschaft/200037_multis3.html (Zugriffsdatum: 15.11.2004).

² Thomson Financial Services Data, www.mergers-and-acquisitions.de (Zugriffsdatum: 15.11.2004).

³ Ibid.

⁴ Immenga, Von der Uruguay-Runde zu einer internationalen Wettbewerbsordnung?, in: Fikentscher/Immenga (Hrsg.), Draft International Antitrust Code, Baden-Baden, 1995, S. 10; jüngst auch: Pitschas, Freier Wettbewerb und Welthandel, EWS 2004, S. 1 und Pitschas, Zukunft des Rechts: Spontane und organisierte Rechtsentwicklung – Herausbildung einer neuen Architektur des global praktizierten Rechts?, in: Hilterhaus/Scholz (Hrsg.), Rechtsstaat – Finanzverfassung – Globalisierung, Köln 1998, S. 55 (58); Schmidt, „Europäisierung“ des öffentlichen Wirtschaftsrechts in Deutschland und sein Strukturwandel im Zeichen der Globalisierung, in: Pitschas/Kisa (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts, Berlin 2002, S. 297 (320); skeptisch: Graf Lambsdorff, Wettbewerbsrecht als Ordnungsfaktor einer globalisierten Marktwirtschaft, WuW 2003, S. 710, der eine „klare Abgrenzung behördlicher und gerichtlicher Zuständigkeiten“ propagiert.

über legt die neue Verordnung 1/2003⁶ die Anwendung der europäischen Kartellvorschriften der Art. 81 und 82 EGV primär in die Hand der mitgliedsstaatlichen Gerichte, so dass auf europäischer Ebene von einer „Dezentralisierung“ des europäischen Kartellverfahrensrechts gesprochen werden kann.⁷ Diesen scheinbar gegenläufigen Entwicklungstendenzen soll im Folgenden nachgegangen werden. Die wirtschaftstheoretischen Grundannahmen, die die ideologische Basis bilden, auf denen die WTO gründet, werden hierzu einer genaueren Betrachtung unterzogen: Es wird insbesondere der Frage nachgegangen, in welchem Rahmen weltweiter Handel und internationaler Wettbewerb bei einer wettbewerbstheoretischen Betrachtung dem „Wohlstand der Nationen“ (*Adam Smith*) dient und so zu einer Steigerung des „globalen Gemeinwohls“ führt.⁸ Ein besonderes Augenmerk wird in diesem Zusammenhang auf das Modell der „unsichtbaren Hand“⁹ und die Interaktion zwischen den international agierenden Akteuren (Staaten und transnationale Unternehmungen) geworfen. Am Beispiel fusionskontrollrechtlicher Probleme zwischen Staaten werden existierende Defizite des bestehenden Systems aufgezeigt, die insbesondere darin ihren Ursprung finden, dass nationale Wettbewerbsregeln als Instrumente der Industriepolitik „zweckentfremdet“ werden. Abschließend soll vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Situation in der Bundesrepublik Deutschland die Frage diskutiert werden, ob und gegebenenfalls in welcher Form auf internationaler Ebene ein ordnungspolitischer Rahmen zur Kontrolle von Fusionen und Übernahmen etabliert werden kann.

II. Wettbewerbstheoretische Grundlagen der WTO

1. Die „ideologische Basis“: Präambel des Abkommens zur Errichtung der WTO

Das am 15. April 1994 in Marrakesch geschlossene Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation nennt in seiner Präambel recht explizit die ideologischen Grundlagen, auf denen die WTO fußt: Geschaffen werden soll ein „integriertes, funktionsfähiges und dauerhafteres multilaterales Handelssystem“, das die „Ergeb-

⁵ Klodt, Megafusionen: Brauchen wir ein Welt-Kartellamt? Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 4/2000, S. 181; Weber Waller, The Twilight of Comity, 38 Colum. J. Transnat'l L., S. 563, 574, 575 (2000).

⁶ ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

⁷ Koenigs, Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht, DB 2003, S. 755 (759); Schmidt, Umdenken im Kartellverfahrensrecht! – Gedanken zur Europäischen VO Nr.1/2003, BB 2004, S. 1237 (1238).

⁸ Smith, An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations, 1776, Nachdruck: C.J. Bullock ed., Harvard Classics Series 1909.

⁹ Smith, (Fn. 8), S. 335.

nisse früherer Liberalisierungsbemühungen“ einschließt. Ein solches multilaterales Handelssystem wird als Mittel identifiziert, um auf die Intensivierung der Wirtschaftsbeziehungen und so mittelbar auf „die Verwirklichung der Vollbeschäftigung“, auf einen „ständigen Zuwachs des Realeinkommens“ und der „effektiven Nachfrage auf hohem Niveau“ sowie auf die „Steigerung der Produktion und des Handels mit Waren und Dienstleistungen“ hinzuwirken.

2. Die soziale Funktion des Wettbewerbs

Der WTO liegt damit im Kern die wirtschaftswissenschaftliche Konzeption *Adam Smiths*, *David Ricardos* und anderer zu Grunde, nach der Freihandel und internationaler Wettbewerb zu einer Steigerung des weltweiten Wohlstands führen.¹⁰ *Adam Smith* beschreibt in seinem Werk „An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations“¹¹ den rational denkenden, wirtschaftlich handelnden Menschen als konsequent seine eigenen wirtschaftlichen Interessen vertretend und seine eigenen Geschäfte im Sinn habend. Zur gleichen Zeit werde er aber von einer „unsichtbaren Hand geführt“ und fördere dadurch, dass er wettbewerbsorientiert auf dem Markt tätig werde, auch die Interessen der gesamten Gesellschaft.¹² Wettbewerb habe eine wohlstandsstiftende Komponente: Er sei die Kraft, die Preise nächstmöglich an die Grenze der marginalen Kosten herunterdrücke¹³ und Sorge so mit „unsichtbarer Hand“ dafür, dass private und öffentliche Interessen sich partiell deckten, indem ein Anreizsystem geschaffen werde, für die Gesellschaft bestmögliche Güter zu möglichst geringen Kosten zu produzieren.¹⁴ Daher sei es größtmöglichen Teilen der Bevölkerung möglich, ihre Bedürfnisse optimal zu befriedigen. Es werde zudem ein Anreizsystem für Innovationen geschaffen: Demjenigen, der ein neues marktfähiges Produkt entwickle, werde ein Pioniergewinn verheißen, weil er in der Lage sei, sich gegenüber anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen durchzusetzen.¹⁵ Diese Gewinnchance stelle einen starken Anreiz für die Forschung und die Entwicklung neuer Produkte dar.¹⁶ Außerdem fördere der Wettbewerb die Verbreitung und das Kopieren neuer Technologien.¹⁷ Mitbe-

¹⁰ *Van Suntum*, Die unsichtbare Hand: Ökonomisches Denken gestern und heute, 2. Aufl., S. 161 ff.; *Herrmann/Obler*, Welthandelsrecht, Rdnr. 20 ff.

¹¹ *Smith* (Fn. 8).

¹² *Smith* (Fn. 8), S. 335.

¹³ *Posner*, Economic Analysis of Law, Economic Approach to Law, 1998 S. 3-16.

¹⁴ *Okediji*, Symposium on Globalization at the Margins: Perspectives on Globalization from Developing States: Copyright and Public Welfare in Global Perspective, 7 Ind. J. Global Leg. Stud. 117, 128 (1999).

¹⁵ *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien – gesammelte Aufsätze (1969), S. 249 ff., z.B. auf S. 254.

¹⁶ *Homann/Blome-Drees*, Wirtschafts- und Unternehmensethik, S. 33.

werber seien gezwungen, auf Produktinnovationen zu reagieren und ihrerseits die von ihnen hergestellten Produkte und angebotenen Dienstleistungen zu verbessern, um im Wettbewerb bestehen zu können. Firmen, die auf Dauer nicht konkurrenzfähig sind, schieden zwangsläufig aus dem Marktgeschehen aus. Daneben komme dem Wettbewerb eine effizienzfördernde Verteilungsfunktion zu: Die Gewinnerzielungsmöglichkeit wirke als Magnet, der Ressourcen freisetze und für deren optimale Verwertung Sorge.¹⁸ Ressourcen würden zu denjenigen Marktteilnehmern „hingezogen“, für die der subjektive Nutzen und Wert – gemessen an ihrer Zahlungsbereitschaft – am höchsten sei.¹⁹ Wenn Ressourcen so eingesetzt bzw. da verbraucht würden, wo sie am meisten wert sind – oder anders ausgedrückt – wo keine weitere Verschiebung ihren Wert erhöht, würden sie effizient eingesetzt werden.²⁰ Der wettbewerbliche Prozess steuere daher auch den sparsamen Umgang und Verbrauch von Rohstoffen.²¹

Als Fazit lässt sich demnach im Kern festhalten: Durch den breiten Wettbewerb zwischen Akteuren wird für die einzelne wirtschaftlich tätige Einheit ein Anreizsystem geschaffen, Produkte zu entwickeln und Dienstleistungen anzubieten, die die in der Gesellschaft bestehenden Bedürfnisse in jeder Hinsicht optimal zu befriedigen suchen.

III. „Global Players“ in Fusionskontrollverfahren: Transnationale Unternehmungen und Staaten

1. Die Homo-Oeconomicus-Hypothese

Es sei davon auszugehen, dass privatwirtschaftliche Unternehmungen als rationale Marktteilnehmer auftreten, deren Handeln durch pekuniäre Interessen motiviert ist. Insbesondere die Figur des *Homo Oeconomicus* dient in der ökonomischen Theorie als Leitbild für menschliches Handeln und menschliche Entscheidungsfindung.²² Dem Menschenbild, das den Idealtypus des wirtschaftlich agierenden Subjekts verkörpert, werden im wesentlichen folgende Eigenschaften zugeschrieben: a)

¹⁷ Wegner, Wohlfahrtsaspekte evolutischen Marktgeschehens, S. 84 und zu Unternehmensfusionen S. 125.

¹⁸ Posner, (Fn. 13), S. 11.

¹⁹ Posner, *ibid.*

²⁰ Posner, *ibid.*

²¹ Homann/Blome-Drees, (Fn. 16), S. 34.

²² Mühlentkamp, Zum grundlegenden Verständnis einer Ökonomisierung des öffentlichen Sektors, in: Harms/Reichard (Hrsg.), Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, S. 50.

Rationalität, b) Eigennutzorientierung und c) Maximierung des (individuellen) Nutzens (sogenannte REM-Hypothese).²³ Unternehmer seien damit „*Maximizer of their self-interests*“.²⁴ Sie reagierten, wie der Mensch an sich, auf bestimmte (wirtschaftliche) Anreize und sind aus Gründen des Wettbewerbs gezwungen, sich veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen bestmöglich anzupassen.²⁵ Dies schließe zum Beispiel ein, dass transnationale Unternehmungen ihren Verwaltungs- oder Hauptsitz in ausländische Staaten verlegen, wenn sich hierfür für das Unternehmen (steuerliche) Vorteile bieten, ohne dass mit dieser Verlegung auf der anderen Seite signifikante Nachteile verbunden sind. Das einzelne auf den Märkten engagierte Unternehmen könne sich diesem „Anpassungsmechanismus“ nicht entziehen: Ein Unternehmen, das grundlegende wirtschaftliche Entscheidungen vorrangig an anderen als an wirtschaftlichen Erwägungen festmache, werde dauerhaft auf dem Markt nicht bestehen.²⁶ Der Markt werde nicht akzeptieren, dass ein einzelner Marktteilnehmer gegen die eiserne Grundregel verstoße, die da lautet: „Handele als Maximierer Deiner persönlichen Interessen!“

2. „Flexibilität“ von Unternehmen und das Modell der „unsichtbaren Hand“

Der Umstand, dass Wirtschaftseinheiten – so auch transnationale Unternehmungen – in ihrem eigenen Interesse handeln, wird bereits von *Adam Smith*²⁷ im Jahre 1773 deutlich herausgehoben, indem er feststellt, dass “[the merchant] ... *indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, ...*” Hierbei dienten sie allerdings mehr oder weniger willentlich (und geführt von der „unsichtbaren Hand“²⁸) auch den

²³ Müblenkamp, *ibid.*

²⁴ Smith, (Fn. 8), S. 333: “Every individual is continually exerting himself to find out the most advantageous employment for whatever capital he can command. It is his own advantage, indeed, and not that of the society, which he has in view.”

²⁵ Posner, (Fn. 13), S. 4; Homann/Blome-Drees, (Fn. 16), S. 34.

²⁶ Homann/Blome-Drees (Fn. 16).

²⁷ Smith, (Fn. 8), S. 335: “As every individual, therefore, endeavours as much as he can both employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value; every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good. It is an affectation, indeed, not very common among merchants, and very few words need be employed in dissuading them from it”.

²⁸ Smith, (Fn. 8), S. 335.

Interessen der in Form eines bestimmten Staates verfassten Gesellschaft, in der sie agierten.²⁹ In der Literatur wird insbesondere zwischen drei Bereichen unterschieden, in denen „Entscheidungsträger nationaler Institutionen mitverantwortlich sind für die Standortqualität eines Landes“: (1) Tarifpolitik und Preis für gewerkschaftlich organisierte Arbeit, (2) Steuer- und Ausgabenpolitik des Staates und (3) Lobbying bzw. die Möglichkeit auf politische und rechtliche Entscheidungen Einfluss zu nehmen.³⁰ Die Zahlung von Steuern bzw. das Bereitstellen von Arbeitsplätzen sind demnach die zentralen Felder, auf denen (transnationale) Unternehmungen zugleich die Interessen der gesamten Gesellschaft fördern und dem Gemeinwohl dienlich sind. Positive gesamtgesellschaftliche Effekte wie Steuereinnahmen oder Beschäftigung sind für Unternehmen allerdings „unerwünschte Nebeneffekte“, die Kosten verursachen. Diese Kosten sind aus der Sicht des *Homo Oeconomicus* – nach betriebswirtschaftlicher Logik – allerdings so weit wie eben möglich zu minimieren. Mit anderen Worten: Falls für ein Unternehmen die Möglichkeit besteht, Gewinne zu steigern, indem es Produktionsstätten oder Verwaltungseinheiten in andere Länder verlegt, wird es nach der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie dies tun. Bis zu einem gewissen Grad wird es hierzu auch gezwungen sein, um im Wettbewerb bestehen zu können. Solange das betreffende Unternehmen von den in einem bestimmten Staat gebotenen Vorteilen profitiert (alle Arten von Infrastruktur, (gut ausgebildetes) *human capital*, Wasser und andere Rohstoffe, politische Stabilität, Rechtssicherheit etc.), – wird es das Gesellschaftssystem des betreffenden Staates mitfinanzieren: Allerdings nur solange, wie die Geschäftsführung der betreffenden Unternehmung der Ansicht ist, dass die Vorteile des Produktionsstandortes dessen Nachteile und „Kosten“ aufwiegen oder anders gesagt: Solange sie der Ansicht ist, dass es keinen anderen gangbaren Weg gibt, die erforderliche Infrastruktur weltweit billiger einzukaufen ohne Umsatzeinbußen hinnehmen zu müssen.³¹ Das gleiche Denken bestimmt unternehmerische Entscheidungen über Fusionen und Zusammenschlüsse: Wenn sich das wirtschaftliche Umfeld von Unternehmen in einer Weise ändert, dass sie ihre Gewinne bzw. den *Shareholder Value* dadurch steigern können, indem sie ihre Rechtsnatur ändern – zum Beispiel, indem sie Teil einer anderen wirtschaftlichen Einheit werden oder eine solche übernehmen, werden sie dies tun.³² Mit anderen Worten: Wenn eine Fusion oder eine Übernahme als wirtschaftlich sinnvoll erscheint, hält Unternehmen nichts davon ab, zusammenzugehen, es sei denn, rechtliche Bestimmungen

²⁹ *Super*, Offering an Invisible Hand: The Rise of the Personal Choice Model for Rationing Public Benefits, Yale Law Journal 2004, S. 815.

³⁰ *Lorz*, Standortwettbewerb bei internationaler Kapitalmobilität: Eine modelltheoretische Untersuchung, S. 321.

³¹ *Bailey*, Möglichkeiten der Kontrolle multinationaler Konzerne – Die Rolle internationaler Organisationen, z.B. S. 15.

³² *Posner*, (Fn. 13), S. 4: „If a person's surroundings change in such way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.“

der staatlichen Rahmenordnung lassen dies nicht zu. Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind daher unerlässlich, um die kollektive und individuelle Monopolisierung zu verhindern.³³ Gleiches gilt für deren effektive und einheitliche Durchsetzung im Einzelfalle. Ohne die effektive Durchsetzung kartellrechtlicher Mindeststandards kann der Wettbewerb seine gemeinwohlfördernde Funktion dauerhaft nicht entfalten.

3. Unternehmen als gebundenes Kapital

Schließlich ist auch festzustellen, dass Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrollverordnung fallen, regelmäßig eine erhebliche wirtschaftliche Macht verkörpern. Im Einzelfall stellt sich daher durchaus die Frage, ob kleinere Staaten in der Lage wären, bestimmte Entscheidungen mit „Befehl und Zwang“ gegenüber diesen Unternehmen durchzusetzen. Der Umsatz eines Unternehmens bzw. das in einer Volkswirtschaft erwirtschaftete Bruttosozialprodukt stellen nach ökonomischem Verständnis zentrale Kerngrößen dar, um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betrachteten Einheit (Unternehmen/Volkswirtschaft) zu bewerten. Hierzu die nachfolgenden Tabellen:

Umsätze der weltgrößten Unternehmen 2000
(nach: „Der Spiegel“ 1. Juli 2001)

Exxon-Mobil	232,75 Mrd US\$
Wal-Mart	191,33 Mrd US\$
General Motors	178,76 Mrd US\$
Ford Motor	170,06 Mrd US\$
Daimler Chrysler	152,45 Mrd US\$
Royal Dutch/Shell	149,15 Mrd US\$
BP	148,06 Mrd US\$
General Electric	129,85 Mrd US\$
Toyota Motor	112,94 Mrd US\$
Mitsubishi Corp.	110,33 Mrd US\$

Bruttosozialprodukt Länder in Westasien 1998
(Quelle: Stat. Bundesamt)

Armenien	1,728 Mrd US\$
Aserbaidshan	3,821 Mrd US\$
Bahrain	4,909 Mrd US\$
Georgien	5,281 Mrd US\$
Israel	96,483 Mrd US\$
Jemen	4,630 Mrd US\$
Jordanien	5,252 Mrd US\$
Libanon	14,975 Mrd US\$
Saudi-Arabien	143,361 Mrd US\$
Syrien	15,532 Mrd US\$
Türkei	200,530 Mrd US\$
VAE	48,673 Mrd US\$
Zypern	8,983 Mrd US\$

Ein Unternehmen wie ExxonMobil setzt demnach etwa das 50-fache des Bruttosozialprodukts des souveränen Staates Jordanien um. Nach rein ökonomischem Verständnis wäre ExxonMobil in der Lage, den Staat Jordanien zu dominieren.

³³ Mestmäcker, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, S. 38.

IV. Interaktionsstruktur zwischen Staaten als klassisches „Gefangenendilemma“

1. Nationale fusionskontrollrechtliche Rahmenbedingungen

Fusionskontrollverfahren und Fusionskontrollregulierungen zielen darauf ab, Wettbewerb auf den betroffenen Märkten zu schützen.³⁴ Und auch wenn die einzelnen vertretenen Konzepte von Land zu Land variieren mögen,³⁵ kann doch davon ausgegangen werden, dass etwa das materielle Fusionskontrollrecht zumindest dem theoretischen Ansatz nach vergleichbar ist.³⁶

Die Zulässigkeit von Fusionen und Übernahmen bestimmt sich im US-amerikanischen Recht etwa nach Section 7 des Clayton Acts.³⁷ Die Norm untersagt einer Kapital- oder Personengesellschaft die Übernahme von Anteilen oder Wirtschaftsgütern einer anderen Gesellschaft,³⁸ wenn infolge des Erwerbs die Gefahr besteht, dass der „Wettbewerb auf den relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wird“ oder wenn der Transaktion die Tendenz zur Begründung eines Monopols innewohnt.³⁹

In der bis 1. Mai 2004 geltenden Fassung der EU-Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (sogenannte „Fusionskontrollverordnung“)⁴⁰ war dagegen in Artikel 2 (3) normiert, dass nach europäischem

³⁴ *Opgenhoff*, Die europäische Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik, S. 27 (2000); zum US-Federal Law: *Gifford/Rahkind*, Federal Antitrust Law: Cases and Materials, 1998, S. 461.

³⁵ *Basedow*, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 56.

³⁶ *Synder*, Mergers and Acquisitions in the European Community and the United States: A Movement Toward an Uniform Enforcement Body, 29 Law & Pol'y Int'l Bus 115, (1997), S. 135.

³⁷ *Bowman Rutledge*, A Brief Review of Merger Control in the United States, 13-Int'l L.Practicum S. 8, 9 (2000).

³⁸ *United States v. Philadelphia National Bank* 374 US 321, 335/336; 83 S. Ct. 1715; 10 L. Ed. 2d 915 (1963): “By its terms, the present § 7 reaches acquisitions of corporate stock or share capital by any corporation engaged in commerce, but it reaches acquisitions of corporate assets only by corporations subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission.”, *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Nr. 859; hinsichtlich eines generellen Überblicks über das US-amerikanische Gesellschaftsrecht sei verwiesen auf: *Lundmark/Carroll*, Business Associations in the Common Law World.

³⁹ Clayton Act, October 15, 1914, ch.323, 38 Stat.730, 15 USC.A. §§ 12 –27 (1997): “No person engaged in commerce or any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged in commerce or in any affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly.”

⁴⁰ VO Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 1, geändert durch VO (EG) Nr. 1310/97, ABl. Nr. L 180 v. 9.7.1997 und angepasst durch Beschluss 95/1/EG, Euratom, EGKS des Rates, ABl. Nr. L 1 v. 1.1.1995, S. 1, berichtigt durch ABl. Nr. L 73 v. 20.3.1990, S. 34, ABl. Nr. L 257 v. 21.9.1990, S. 13, ABl. Nr. L 3 v. 7.1.1998, S. 16 sowie durch ABl. Nr. L 40 v. 13.2.1998, S. 17.

Recht Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und daher unzulässig sind. Dieser Unterschied zwischen „erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ im Vergleich zu „marktbeherrschende Stellung“ wurde in der Vergangenheit allerdings bereits als rein semantischer Natur verstanden, der in der praktischen Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen keine Entscheidungsrelevanz besitze.⁴¹

Die ab dem 1. Mai 2004 geltende Version der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen stellt daher auch in Art. 2 (3) fest, dass Zusammenschlüsse, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind.⁴²

Gerade nach der Neufassung der europäischen Fusionskontrollverordnung kann daher davon ausgegangen werden, dass die Kernbestimmung des US-amerikanischen und des europäischen Fusionskontrollrechts identische Tatbestandsvoraussetzungen für ein Verbot des jeweiligen Zusammenschlusses und ein Eingreifen der (supra-) national zuständigen Behörden aufstellen.⁴³ Bei einer Abgrenzung der relevanten Märkte gehen sowohl der US-amerikanische⁴⁴ als auch der europäische Ansatz⁴⁵ zudem übereinstimmend von dem Bedarfsmarktkonzept aus: Es wird auf die Reaktion der Marktgegenseite auf mögliche Preisänderungen abgestellt. Entscheidungserheblich ist, wie schnell und einfach die Abnehmer der betreffenden

⁴¹ *Scheidgen/Sturhahn*, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?, WuW 2002, S. 31.

⁴² Zur Kritik an der Neufassung: *Bergmann/Burbolt*, Nicht Fisch und nicht Fleisch – Zur Änderung des materiellen Prüfkriteriums in der Europäischen Fusionskontrollverordnung, EuZW 2004, S. 161.

⁴³ A.A. *Staebe/Denzel*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004) EWS 2004, S. 194 (201), die auf vermeintlich „unterschiedliche Wettbewerbsphilosophien und Zielvorstellungen“ in den USA und der EU verweisen, ohne dies näher auszuführen. Insbesondere die Diskussion um die Frage, ab welchem Konzentrationsgrad von einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist, ist in den USA unter dem Begriff „battle for the soul of antitrust“ (vgl. etwa *Fox*, Anticipating Antitrust’s Centennial: The Battle for the Soul of Antitrust. 75 Calif. L. Rev. 917 [1987]) und der deutschen Literatur als die „Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse“ mit ähnlichen Ergebnissen diskutiert worden. Siehe: *Kerber*, Europäische Fusionskontrolle: Entwicklungslinien und Perspektiven, in: Cahill, et al., Die Europäische Fusionskontrolle, S. 69 (81).

⁴⁴ *Brown Shoe Co. v. United States* 370 US 294, 325 82 S.Ct. 1502, 1523/1524 (1962), „The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it.“ und Section 1.1 Horizontal Merger Guidelines 1992 des US Dep. of Justice/Fed. Trade Commission.

⁴⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 v. 9.12.1997 S. 5, Nr. 8.

Produkte auf andere Güter ausweichen würden, falls der Preis für das betreffende Produkt sich erheblich erhöhen würde.

Die materiell-rechtlichen Grundlagen der wichtigsten weltweit mit fusionskontrollrechtlichen Verfahren betrauten Einrichtungen (der EU-Kommission und der US Federal Trade Commission bzw. dem US Department of Justice) sind damit im Kern identisch. Dies ist auch vor dem Hintergrund erklärbar, dass die einschlägigen kartellrechtlichen Bestimmungen im US-Federal Antitrust Law bereits sehr viel älter sind als die parallelen europäischen Regelungen: US-amerikanische Erfahrungen in der praktischen Anwendung der kartellrechtlichen Regelungen konnten daher auf europäischer Seite berücksichtigt werden.⁴⁶

2. Industriepolitische „Zweckentfremdung“ von Fusionskontrollverfahren

In der amerikanischen – wie auch der europäischen – Verfahrenspraxis findet das jeweils eigene nationale Recht relativ zwanglos auf Fälle mit Auslandsbezug Anwendung, wenn von den Zusammenschlüssen potentiell Auswirkungen im Inland zu erwarten sind (sogenannte *effects doctrine*).⁴⁷ Die europäischen Behörden gehen grundsätzlich davon aus, dass derartige Auswirkungen vorliegen, wenn die Umsatzgrenzen der europäischen Fusionskontrollverordnung erreicht werden.⁴⁸ Es ist demnach davon auszugehen, dass die angenommene Doppelzuständigkeit etwa in der alltäglichen Verwaltungspraxis der EU-Kommission bzw. der Federal Trade Commission und des US Department of Justice keine Ausnahmeerscheinung, sondern vielmehr die Regel ist.

Obwohl bereits vor der Neufassung der europäischen Fusionskontrollverordnung davon ausgegangen werden konnte, dass sich die Kernbestimmungen der fusionskontrollrechtlichen Regelungen der USA und der EU in einem Maße gleichen, dass zumindest nach der Theorie praktische Unterschiede in der Anwendung der Bestimmungen ausgeschlossen sein sollten, kam es doch in der Vergangenheit immer wieder zu stark abweichenden Entscheidungen der US-amerikanischen und der europäischen Behörden.

Insbesondere der Zusammenschluss der amerikanischen Flugzeughersteller Boeing und McDonnell Douglas ist hier als ein besonders illustratives Beispiel für recht-

⁴⁶ Siehe hierzu allgemein: *Fleischer/Körber*, Der Einfluß des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, WuW 2001, S. 6.

⁴⁷ *US v. Aluminium Co. of America (Alcoa)* 148 F.2d 416 (2d Cir.1945); *Hartford Fire Insurance Co. v. California* 509 US 764 (1993), *Hoffmann-La Roche v. Empagran S.A.*, Urt. d. US Supreme Court v. 14.7.2004, zur Veröffentlichung in 542 US (2004) vorgesehen; zu den Grenzen der Anwendung etwa: *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des Internationalen Kartellrechts.

⁴⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission v. 11.10.2000, 301D0718 (2001/718/EC), (No COMP/M.1845 – AOL/Time Warner) (bekanntgegeben unter C(2000) 3009), ABl. Nr. L 268 v. 9.10.2001, S. 28 ff.; Entscheidung der Europäischen Kommission v. 24.4.1996 (Gencor/Lonrho – IV/M.619), ABl. Nr. L 11 v. 14.1.1997, S. 30 ff.

liche Unstimmigkeiten und politische Verwerfungen in fusionskontrollrechtlichen Verfahren zu nennen: Im Jahre 1996 unterrichteten die genannten amerikanischen Flugzeughersteller in Erfüllung bestimmter Notifikationserfordernisse die europäischen und die US-amerikanischen Fusionskontrollbehörden von ihren Fusionsplänen. Obwohl die Praxis der Rechtsanwendung nach oben Gesagtem nahe gelegt hätte, dass beide Behörden zu einem identischen Prüfergebnis gekommen wären, hätten die Reaktionen der US-amerikanischen bzw. europäischen Fusionskontrollbehörden unterschiedlicher nicht sein können: Die amerikanischen Behörden genehmigten den Zusammenschluss am 1. Juli 1997 ohne weitere Bedingungen zu stellen, während die Europäische Kommission dem Vorhaben äußerst skeptisch gegenüber stand – und das, obwohl der relevante Markt übereinstimmend als der Weltmarkt definiert wurde. Die Europäische Kommission bestand auf der Erfüllung von Auflagen, die erhebliche Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen mit sich brachten.⁴⁹

Derart abweichende Einschätzungen sind nur vor dem Hintergrund der (industrie-)politischen Rahmenbedingungen der Transaktion erklärbar.⁵⁰ Die Regierung der USA vertrat der Europäischen Kommission gegenüber die Ansicht, dass bedeutende nationale Interessen der USA beeinträchtigt würden, wenn die EU-Kommission den geplanten Zusammenschluss nicht genehmigte: „Das US-Verteidigungsministerium und das US-Justizministerium teilten der Europäischen Kommission am 13. Juli 1997 [...] im Namen der US-Regierung mit: i) Ein Verbot des Zusammenschlussvorhabens könnte bedeutenden US-Rüstungsinteressen schaden; ii) [...] eine Veräußerung der Douglas Aircraft Company (DAC) bei der Aufrechterhaltung der DAC als selbständigen Hersteller neuer Flugzeuge [würde] wahrscheinlich nicht den gewünschten Erfolg mit sich bringen, was zur Folge hätte, dass Betriebsteile der DAC-Flugzeugproduktion, die Boeing retten könnte, auf ineffiziente Weise abgestoßen werden müssten und in den Vereinigten Staaten Arbeitsplätze verloren gingen; iii) jede Veräußerung der DAC an einen Dritten, der DAC nicht als Unternehmen zur Produktion neuer Flugzeuge betreiben würde, wäre dem Wettbewerb insofern abträglich, als auf diese Weise ein Unternehmen entstehen würde, das nicht nur den Anreiz, sondern auch die Möglichkeit hätte, für die Ersatzteile und den Kundendienst der in Betrieb befindlichen DAC-Flotte, von der ein großer Teil US-Fluggesellschaften gehört, die Preise zu erhöhen und die Dienstleistungen zu vermindern“.⁵¹

⁴⁹ 397D0816 - 97/816/EC: Entscheidung der Kommission v. 30.7.1997 (No IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas), ABl. Nr. L 336 v. 8.12.1997, S. 16 ff.

⁵⁰ Siehe hierzu insbesondere die eingehende Analyse von *Kovacic*, Transatlantic Turbulence: The Boeing/McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy, 68 Antitrust L.J., S. 805 (2001), der in den Verfahren auf Seiten von McDonnell Douglas rechtsberatend tätig war.

⁵¹ Entscheidung der Kommission v. 30.7.1997 (No IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas), (Fn. 49), Nr. 12.

Auf der anderen Seite verfolgte die EU in dem Fusionskontrollverfahren wohl auch das Interesse, Airbus Industries, Boeings europäischen Wettbewerber, zu schützen.⁵² Maßgeblich war die Erwägung, dass – wenn man es zulasse, dass Boeing seine Marktposition stärke – dies zu Wettbewerbsnachteilen für Airbus führen werde. Airbus stellt kein am Markt entstandenes Unternehmen dar, sondern ist „im Zuge eines staatlichen [EU] Projekts“⁵³ mit hohen Zuschüssen aus dem EU-Haushalt gegründet worden. Der Fall Airbus wird als Musterbeispiel für eine erfolgreiche Industriepolitik der EU angeführt.⁵⁴ Die EU hat(te) daher ein großes (politisches) Interesse am wirtschaftlichen Wohlergehen der Firma Airbus.⁵⁵

Allgemein gesprochen ist demnach davon auszugehen, dass auch andere Erwägungen als der reine Schutz des Wettbewerbs in Fusionskontrollverfahren entscheidungserheblich sein können.⁵⁶ Zu denken ist insbesondere an fiskalische (z.B. Furcht vor Steuerausfällen) und (wirtschafts- und arbeitsmarkt-) politische Überlegungen (z.B. Furcht vor negativen Konsequenzen für den Arbeitsmarkt). Diese eher (industrie-) politisch motivierten Ansätze erschweren einen internationalen Entscheidungseinklang in internationalen fusionskontrollrechtlichen Verfahren erheblich.⁵⁷ In diesem Lichte mag man auch die Entscheidungen über die Notifizierung der letzten Vivendi-Übernahme, die durch die EU Kommission erlaubt wurde und gegen den die US Federal Trade Commission und das US Department of Justice eingeschritten sind, betrachten. Ein anderes Beispiel ist die zuvor erfolgte Untersagung des General Electric/Honeywell-Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission, der bereits von den amerikanischen Behörden für unbedenklich erklärt worden war.

3. Spieltheoretische Analyse

Die Situation, in der sich Staaten in fusionskontrollrechtlichen Verfahren gegenüberstehen, entspricht demnach der aus der Spieltheorie bekannten „Gefangenendilemmasituation“:⁵⁸ Zwei Untersuchungsgefangene – A und B – werden festge-

⁵² Aruli, Strategische Handelspolitik der Europäischen Union in der Hochtechnologieindustrie seit Maastricht 1992 – Airbus-Industrie als Mustererfolg, Dissertation, Freie Universität Berlin.

⁵³ Aruli, (Fn. 52), S. 110.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Mestmäcker, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, S. 459, Neuen/ Röller, The Scope of Conflict in International Merger Control, Discussion Paper FS IV 00-14, Wissenschaftszentrum Berlin.

⁵⁷ Siehe hierzu: Opgenhoff, Die europäische Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik, z.B. S. 230.

⁵⁸ Zu der Konstellation des Gefangenendilemmas jüngst: Krimphove, Spieltheoretische Aspekte des Rechts: Ein Beitrag zur Analyse und Gestaltung von Recht mit Hilfe objektiv quantifizierbarer Metho-

nommen und einzeln dem Richter vorgeführt. Der Richter konfrontiert sie mit der Entscheidung, eine ihnen zur Last gelegte Straftat entweder zu gestehen oder abzustreiten. Gestehen beide, so werden sie zu acht Jahren, leugnen sie, so werden sie auf Grund eines nachweisbareren geringfügigeren Delikts zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Treffen die beiden Gefangenen jedoch unterschiedliche Entscheidungen, so greift eine „Kronzeugenregelung“: Wer gesteht, kommt frei; wer leugnet, erhält die Höchststrafe von zehn Jahren. Mit diesen Informationen werden die Gefangenen in zwei getrennte Zellen geführt. Da die Gefangenen nicht die Möglichkeit haben, vor der individuellen Entscheidung miteinander zu kommunizieren, wird es den Gefangenen unmöglich gemacht, ihr Verhalten miteinander abzustimmen. Sie müssen ihre eigenen Entscheidungen bekannt geben, ohne zu wissen, wie der jeweils andere entschieden hat.

Bei einer theoretischen Betrachtung der Anreizsituation zieht hier jeder Spieler die gegenseitige Kooperation („gestehen“) einem gegenseitigen Versagen der Zusammenarbeit vor, steht aber eindeutig besser da, wenn er von der Kooperation des Gegenübers profitieren kann („Kronzeugenregelung“), ohne selbst zu kooperieren.⁵⁹ Auf der anderen Seite erzielt der Spieler, der sich kooperativ zeigt, ohne dass sein Gegenüber die Kooperation erwidert, das am wenigsten wünschenswerte Ergebnis. Es wird deutlich, dass beide Spieler im Grunde genommen ein gemeinsames Interesse an einer möglichst geringen Haftstrafe haben. Sie könnten dieses Interesse eigentlich dadurch realisieren, dass sie beide leugnen. Daran werden sie allerdings durch die Struktur der Situation faktisch gehindert, die so gestaltet ist, dass die kollektiv beste Lösung aus individueller Sicht nur die zweitbeste und umgekehrt die kollektiv schlechteste Lösung nur die zweitschlechteste Lösung ist.⁶⁰

Das theoretische Konzept des Gefangenendilemmas lässt sich zwanglos auf fusionskontrollrechtliche Vorgänge der beschriebenen Art übertragen: Jeder Staat hat per se betrachtet ein Interesse daran, effektive Wettbewerbsbedingungen herzustellen und so der gemeinwohlfördernden Funktion des Wettbewerbs zu ihrer vollen Wirkung zu verhelfen. Zumindest auf dieser abstrakten Ebene sind die Interessen der beteiligten Staaten identisch. Zur gleichen Zeit besteht allerdings auch ein Interesse daran, möglichst umfassend von den beteiligten Unternehmen zu profitieren: Jeder einzelne Staat hat ein Interesse daran, Standort für wirtschaftliche Aktivitäten transnationaler Unternehmen zu werden oder zu bleiben, um so mittelbar über Steuern, Arbeitsplätze etc. an dem Erfolg des Unternehmens zu partizipieren. Wenn derartige industriepolitische Erwägungen den Ausschlag bei fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen geben, wird allerdings potentiell das

dik, Rechtstheorie 2004, S. 19 (29); *Stumpf/Stumpf*, Kartellrecht und Spieltheorie: Abgestimmte Verhaltensweisen in Oligopolen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, Rechtstheorie 2004, S. 57 (64 u. 65); *Homann/Blome-Drees*, (Fn. 16), S. 29 ff.

⁵⁹ *Homann/Blome-Drees*, (Fn. 16), S. 32.

⁶⁰ *Homann/Blome-Drees*, (Fn. 16), S. 31 und 32.

identische Ziel der Staaten („Schaffen effektiver Wettbewerbsstrukturen“) konterkariert.

Auf der theoretischen Ebene wird aus der Gefangenendilemmasituation das Fazit gezogen, dass erst das Vorhandensein rechtlicher Rahmenbedingungen (von „Institutionen“⁶¹) unter einem kooperativen Spiel – namentlich dem freien Aushandeln von Absprachen – effiziente Lösungen ermögliche und damit Antworten auf die sich stellenden Fragen, die allen Mitspielern am ehesten gerecht werden.⁶²

Übertragen auf die Interaktionsstruktur, wie sie sich in fusionskontrollrechtlichen Verfahren darstellt, ist demnach festzustellen, dass eine zu schaffende Fusionskontrollinstitution einen wichtigen Beitrag dazu leisten könnte, den Einfluss industriepolitischer Erwägungen in den Verfahren zurück zu drängen und so ein Mittel darstellen könnte, um der gemeinwohlfördernden Funktion des Wettbewerbs dauerhaft zu ihrer vollen Entfaltung zu verhelfen.

In der vorliegenden Situation ist auch nicht davon auszugehen, dass ein „Wettbewerb der (fusionskontrollrechtlichen) Systeme“ positive gesamtwirtschaftliche oder gesamtgesellschaftliche Ergebnisse bringen würde: Nach dem oben Gesagten ist davon auszugehen, dass der Schutz des Wettbewerbs im gemeinsamen Interesse aller Staaten ist: Die effektive Durchsetzung gerade fusionskontrollrechtlicher Regelungen ist von zentraler Bedeutung, wenn der Wettbewerb seine gemeinwohlfördernde Funktion erfüllen soll. Ein „Wettbewerb der Systeme“, der auf eine Reduzierung wettbewerbsrechtlicher Kontrollstandards gerichtet wäre, ist diesem Ziel abträglich. Das Kartellrecht stellt kein taugliches Instrumentarium dar, um industriepolitische Interessen der einzelnen beteiligten Staaten zu befördern. Auf die lange Sicht betrachtet schadet ein derartiges Vorgehen den Interessen der jeweiligen Abnehmer der Produkte, die höhere Preise für Produkte zahlen müssten als an sich erforderlich.

Abschließend ist festzustellen, dass gerade im Bereich der Fusionskontrolle eine Verpflichtung der Gemeinschaft besteht, auf eine „sozialverträgliche“ Gestaltung der internationalrechtlichen Rahmenbedingungen globaler Wirtschaftsprozesse hinzuwirken. Diese ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 131 EGV, nach dem die Organe der Union einen Beitrag zum Abbau der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr zu leisten haben, sondern wohl auch aus Art. 136 EGV, nach dem die Gemeinschaft und ihre Mitgliedsstaaten allgemein das Ziel verfolgen, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen hinzuwirken.

⁶¹ Snidal, The Politics of Scope: Endogenous Actors, Heterogeneity and Institutions, in: Keohane/Ostrom (Hrsg.), Local Commons and Global Interdependences, London 1995, S. 47 (67); Axelrod/Keohane, Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions in: Oye, Cooperation under Anarchy, Princeton, NJ (1986), S. 249.

⁶² Krimphove, (Fn. 58), S. 31.

V. Verfassungsrechtliche Implikationen

Die Schaffung einer derartigen globalen Fusionskontrollinstitution wäre nach oben Gesagtem sinnvoll, um der Gefahr einer industriepolitischen Zweckentfremdung des Fusionskontrollrechts zu begegnen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gründung einer derartigen internationalen Behörde verfassungsrechtlich zulässig wäre. Der von dem Europäischen Konvent vorgelegte Entwurf einer Europäischen Verfassung sieht in seinem Art. I-12 Abs. 1 vor, der Union die ausschließliche Zuständigkeit für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln einzuräumen.⁶³ Sollte der Entwurf in dieser Form rechtliche Verbindlichkeit erlangen, stellte sich hier die Frage, ob bzw. unter welchen Bedingungen die Europäische Union ihr auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zustehende („ausschließliche“) Kompetenzen auf eine internationale Institution, die mit der Entscheidung etwa fusionskontrollrechtlicher Verfahren auf internationaler Ebene betraut wäre, (weiter-)übertragen könnte. Da der vorliegende Verfassungsentwurf allerdings bis dato nicht in Kraft getreten ist, soll die Frage der verfassungsrechtlichen Implikationen der Schaffung einer internationalen Fusionskontrollbehörde hier vorrangig aus dem nationalen („deutschen“) Blickwinkel betrachtet werden.

In den Mitgliedsstaaten der europäischen Union hat die Übertragung von Hoheitsgewalt auf (supra-) bzw. internationale Institutionen – anders als auf Ebene der Union selbst – eine gewisse „Tradition“. Das deutsche Grundgesetz enthält mit Art. 24 GG eine Bestimmung, auf Grund derer die Bundesrepublik Deutschland in die Lage versetzt wird, Hoheitsgewalt auf multilaterale Institutionen zu übertragen. Die Norm ist als eine „Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit“ zu verstehen.⁶⁴ Die deutsche Verfassung steht einer intensiven Kooperation von Staaten daher prinzipiell positiv gegenüber. Die Übertragung von Hoheitsrechten ist aber nicht schrankenlos möglich.⁶⁵ In seiner „Solange II“-Entscheidung⁶⁶ zeigt das Bundesverfassungsgericht die Grenzen auf, die die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland der Übertragung von Hoheitsgewalt auf internationale Institutionen setzt. Es führt aus: „Die Ermächtigung auf Grund des Art. 24 Abs. 1 GG ist [...] nicht ohne verfassungsrechtliche Grenzen. Die Vorschrift ermächtigt nicht dazu, im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden

⁶³ *Schwarze*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, *EuZW* 2004, S. 135 (137).

⁶⁴ BVerfG, Beschluss v. 23.6.1981 - 2 BvR 1107, 1124/77 und 195/79, BVerfGE 58, 1 („Eurocontrol I“); *Rojahn* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar zu Art. 24, Rdnrn. 1, 6, 19.

⁶⁵ *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 7. Aufl., zu Art. 24, Rdnr. 9 ff.

⁶⁶ BVerfG, Beschluss v. 22.11.1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339 („Solange II“).

Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben. [...] Dies gilt namentlich für Rechtssetzungsakte der zwischenstaatlichen Einrichtung, die [...] wesentliche Strukturen des Grundgesetzes aushöhlten. [...] Sofern und soweit mithin einer zwischenstaatlichen Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsgewalt eingeräumt wird, die im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland den Wesensgehalt der vom Grundgesetz anerkannten Grundrechte zu beeinträchtigen in der Lage ist, muß, wenn damit der nach Maßgabe des Grundgesetzes bestehende Rechtsschutz entfallen soll, statt dessen eine Grundrechtsgeltung gewährleistet sein, die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt. Dies wird in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte gebieten [...].“

Insbesondere der Erlass einer für die Unternehmen negativen („ablehnenden“) Verwaltungsentscheidung und die zwangsweise Durchsetzung einer derartigen Entscheidung birgt demnach verfassungsrechtliche Probleme. Durch derartige Entscheidungen werden wesentliche grundrechtlich geschützte Rechtspositionen Privater berührt, die nach dem Grundgesetz besonders zu schützen sind. Eingriffe in diese Positionen sind – zumindest wenn die deutsche, durch das Grundgesetz verfasste Staatsgewalt diese vornimmt – nur auf eindeutiger gesetzlicher Grundlage und insbesondere unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips möglich. Sollte eine derartige Entscheidungskompetenz auf eine internationale Ebene transferiert werden, wäre in jedem Falle sicherzustellen, dass hierdurch die betroffenen Unternehmen nicht rechtlos gestellt würden: Es wäre auf internationaler Ebene ein Grundrechtsschutz zu garantieren, der dem Schutzniveau des deutschen Grundgesetzes gleichkommt. Die Sicherstellung eines derartigen effektiven Rechtsschutzes würde in der Praxis nicht unerhebliche Probleme bereiten.

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Vollstreckung fusionskontrollrechtlicher Entscheidungen prinzipiell auf verschiedenen Wegen erfolgen kann: Insbesondere die vollstreckungsrechtlichen Möglichkeiten, die US-amerikanischen und europäischen Verwaltungsbehörden zur Verfügung stehen, sind vom Ansatz her verschieden. Das US-amerikanische Recht geht von dem Grundsatz aus, dass es keine verwaltungseigene Vollstreckung gebe.⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des US Supreme Court ist nur ein sachlich und örtlich zuständiges Gericht (der USA) dazu berufen, eine durch die Vereinigten Staaten auferlegte Rechtspflicht zwangsweise durchzusetzen.⁶⁸ Nach Section 15 des Clayton Act⁶⁹ verbleibt dem US De-

⁶⁷ Sieberg, Verwaltungsvollstreckung – Ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland, S. 96 ff., 275.

⁶⁸ *ICC v. Brimson*, 154 US 447, 485 (1894) *“the power to impose fine or imprisonment in order to compel the performance of a legal duty imposed by the United States, can only be exerted, under the law of the land, by a competent judicial tribunal having jurisdiction in the premises.”*, unter Verweis auf *Whitcomb’s Case*, 120 Mass. 118 (1876); Sieberg, (Fn. 67), S. 96.

⁶⁹ *Sullivan/Grimes*, in: Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice, St. Paul, Minn. (1999), S. 547.

partment of Justice in Kartellverfahren das Recht, bei Gericht eine einstweilige Verfügung („*preliminary injunction*“) gegen die Durchführung einer Transaktion zu beantragen; auch die Federal Trade Commission wird auf die Beantragung einer gerichtlichen Verfügung nach Section 13(b) des Federal Trade Commission Act verwiesen.⁷⁰

Demgegenüber weist die neue Fusionskontrollverordnung der Europäischen Union in ihrem Artikel 8 (3) der Kommission die Kompetenz zu, eine Entscheidung zu erlassen, in der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird, wenn sie zu dem Schluss kommt, dass die Transaktion materiell den in der Fusionskontrollverordnung genannten Prüfkriterien nicht entspricht. In Artikel 8 (4) der Verordnung wird der Kommission auch die Macht verliehen, eine Aufteilung der Vermögensmassen zu verfügen, wenn die Verschmelzung bereits vorgenommen wurde oder andere Maßnahmen zu ergreifen, um einen wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Die betroffenen Unternehmen sind dazu berufen, nach Art. 230 (4) des EG-Vertrages gegen die Entscheidung der Kommission gerichtlich durch Klageerhebung in den Gerichten der Europäischen Union vorzugehen. Ein Zusammenschluss, der in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung fällt, darf gemäß Art. 7 (1) Verordnung solange nicht vollzogen werden, bis er mit dem gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt worden ist. Bei Verstoß gegen dieses Vollzugsverbot kann die Kommission nach Art. 14 Abs. 2 b der Verordnung gegen die verantwortlichen Personen Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von einem Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes festsetzen. Zur Durchsetzung des Verbots können zudem nach Art. 15 der Verordnung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von fünf Prozent des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes für jeden Arbeitstag festgesetzt werden, an dem die betroffenen Unternehmen mit der ihnen auferlegten Pflicht, etwa zur Wiederentflechtung vermengter Vermögensmassen, im Verzug sind. Diese festgesetzten Zwangsgelder sind eigenständige vollstreckbare Titel, Art. 256 EGV,⁷¹ die nach den Vorschriften des Zivilprozessrechtes des Staates zu vollstrecken sind, in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung stattfindet.⁷² Nach Art. 16 der Verordnung hat der Europäische Gerichtshof die Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung der Entscheidung im Sinne von Art. 229 des Vertrages; er kann die Geldbuße oder das Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen (!).⁷³

⁷⁰ Sullivan/Grimes, (Fn. 69), S. 584.

⁷¹ Pernice, Vollstreckung gemeinschaftsrechtlicher Zahlungstitel und Grundrechtsschutz, RIW 1986, S. 353; Grill, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl., Art. 83 EGV, Rdnr. 90.

⁷² Bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel ist lediglich zu überprüfen, ob der Titel echt ist. Die nationale Behörde ist nicht zu der Prüfung berechtigt, ob die Entscheidung nationalen verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält. Schoo, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 256 EGV, Rdnr. 11.

⁷³ Der Begriff „unbeschränkte Ermessensnachprüfung“ ist in Anlehnung an das französische/belgische verwaltungsrechtliche Institut der „*compétence de pleine juridiction*“ zu verstehen und umfasst neben

Die im Recht der USA geltenden vollstreckungsrechtlichen Mechanismen unterscheiden sich deutlich von den europäischen: Die US-amerikanischen *administrative agencies* wären gehalten, die zuständigen Gerichte um Mitwirkung zu ersuchen und bei Gericht vollstreckungsrechtliche Maßnahmen zu beantragen. Mit anderen Worten: Wenn die Europäische Kommission einmal entschieden hat, dass die beabsichtigte Transaktion mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, ist es den Unternehmen untersagt, ihre Fusionspläne weiterzuverfolgen und in die Tat umzusetzen. Die Position US-amerikanischer *administrative agencies* ist grundsätzlich schwächer: Auch wenn die Verwaltungsstelle bereits festgestellt hat, dass die Transaktion erhebliche Gefahren für den Wettbewerb auf den relevanten Märkten in sich birgt, sind die betroffenen Unternehmen *de iure* weiterhin in der Lage, die Transaktion legal zu vollziehen, bis ein Gericht zu einer anderen Entscheidung kommt. Allerdings reicht in der Praxis die Drohung der Behörden, gerichtliche Schritte einzuleiten, meist aus, um diese zu einem Einlenken zu bewegen; die weit- aus überwiegende Zahl der Verfahren wird in Vergleichsverhandlungen durch *consent decrees* gelöst.⁷⁴

Wenn man einer internationalen Behörde nach amerikanischem Vorbild „nur“ Klage- und Antragsrechte vor nationalen Gerichten einräumen würde, wären letztendlich nationale Institutionen (die Gerichte nämlich) zu einer abschließenden Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Zusammenschlusses berufen. Gegen diese Entscheidungen stünde der „normale“ nationale Rechtsweg zur Verfügung. Unüberwindbare verfassungsrechtliche Hürden sind bei einer Wahl dieser Alternative nicht ersichtlich. Insbesondere werden Grundsätze der „funktionellen Gewaltenteilung“ – nach der jeweils der kompetenteste Träger von Hoheitsgewalt, d.h. u.U. die Behörde – zu entscheiden hat, nicht verletzt: Eine Sachaufklärung erfolgt auf der behördlichen Ebene. Das Gericht ist vorrangig zur Entscheidung über Rechtsfragen zu berufen. Streitigkeiten über die Auslegung bestimmter rechtlicher Bestimmungen könnten von einem kompetenten Gremium auf WTO-Ebene abschließend entschieden werden, das unter Umständen in den WTO-Dispute Settlement Process zwischen Staaten einzugliedern wäre.⁷⁵ Wenn man sich vor Augen hält, dass Divergenzen zwischen Staaten in fusionskontrollrechtlichen Verfahren in der Regel einen industriepolitischen Hintergrund haben, scheint es auch als sachgerecht, eine abschließende Lösung auftretender Probleme im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsverfahrens zu suchen.

einer Rechtmäßigkeitskontrolle auch eine Überprüfung im Hinblick auf Zweckmäßigkeit und Billigkeit. *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 229 EGV, Rdnr. 4.

⁷⁴ In den vergangenen Jahren sind ca. 90 Prozent der kartellrechtlichen Fälle, die von dem US Department of Justice oder der Federal Trade Commission vor Gericht gebracht wurden, durch „*consent decree*“ beigelegt worden. Hierzu *Nannes*, Termination, Modification, and Enforcement of Antitrust Consent Decrees, 15 Antitrust 55 (2000).

⁷⁵ *Butler*, Die Beteiligung von Privatpersonen am WTO-Streitbeilegungsverfahren, S. 190 ff.

VI. Fazit

Die Schaffung einer internationalen fusionskontrollrechtlichen Rahmenordnung stellt eine wünschenswerte Weiterentwicklung der nationalen kartellrechtlichen Regulierungssysteme dar. Vor dem Hintergrund, dass Divergenzen in der Anwendung nationaler fusionskontrollrechtlicher Normen meist (industrie-)politische Gründe haben, würde sich insbesondere eine Regelung unter dem Dach der WTO anbieten. Zwischen den auf europäischer Ebene bestehenden Dezentralisierungstendenzen im Kartellverfahrensrecht und dem Ruf nach einer verstärkten internationalen Koordinierung wettbewerbsrechtlicher Verfahren ist dabei nicht zwangsläufig ein unauflöslicher Widerspruch zu erblicken: In einem dezentralisierten System auf internationaler Ebene wäre insbesondere der aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbare Rechtsschutz für betroffene Unternehmen in effektiver Weise garantierbar. Im amerikanischen Recht findet sich mit der Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen durch Gerichte ein rechtstheoretischer Ansatz, dem durchaus Modellcharakter für die internationale Ebene zugemessen werden kann: Abschließend wären nationale Gerichte mit der Durchsetzung und Vollstreckung der Entscheidungen der internationalen Behörde betraut. Der internationale Entscheidungseinklang wäre durch einen Berufungsspruchkörper, der in das Rechtsgefüge der WTO einzugliedern wäre, sicherzustellen.