

Schriften zum Völkerrecht

Band 108

**Die Begründung und Ausübung
staatlicher Zuständigkeit für das
Verbot länderübergreifender Fusionen
nach dem geltenden Völkerrecht**

Von

Karsten Kramp



Duncker & Humblot · Berlin

KARSTEN KRAMP

**Die Begründung und Ausübung staatlicher
Zuständigkeit für das Verbot länderübergreifender
Fusionen nach dem geltenden Völkerrecht**

Schriften zum Völkerrecht

Band 108

**Die Begründung und Ausübung
staatlicher Zuständigkeit für das
Verbot länderübergreifender Fusionen
nach dem geltenden Völkerrecht**

Von

Karsten Kramp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kramp, Karsten:

Die Begründung und Ausübung staatlicher Zuständigkeit für
das Verbot länderübergreifender Fusionen nach dem geltenden
Völkerrecht / von Karsten Kramp. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1993

(Schriften zum Völkerrecht ; Bd. 108)

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1991/92

ISBN 3-428-07738-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0251

ISBN 3-428-07738-5

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung hat der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin im Wintersemester 1991/92 als Dissertation vorgelegen.

Meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Albrecht Randelzhofer bin ich für die Förderung und die sorgfältige Betreuung der Arbeit zu großem Dank verpflichtet. Die hervorragenden Studien- und Forschungsbedingungen am Institut für Internationales und Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin haben mich wesentlich motiviert und dazu beigetragen, daß die Arbeit in dieser Form entstehen konnte.

Herr Professor Dr. Rudolf Bernhardt, Herr Professor Ian Brownlie und Herr Professor Dr. Luzius Wildhaber gewährten mir Einblick in ihre Rechtsgutachten, die sie im Jahre 1983 dem Berliner Kammergericht im Fall "Philip Morris/Rothmans" vorgelegt hatten. Ihnen wie auch der Auftraggeberin der Gutachten, der Philip Morris GmbH, bin ich hierfür zu besonderem Dank verpflichtet. Ferner danke ich dem kanadischen Bureau of Competition Policy und dem Department of Industry and Commerce der Republik Irland für die freundliche Unterstützung meines Vorhabens.

Schließlich bedanke ich mich bei Frau Angelika Opitz für ihre zuverlässige Hilfe bei der Anfertigung des Manuskripts.

Rostock, im Januar 1993

Karsten Kramp

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
B. Erscheinungsformen und Struktur länderübergreifender Fusionen	18
C. Die räumlichen Grenzen der staatlichen Zuständigkeit	20
I. Völkerrechtliche Regeln über die Zuständigkeit der Staaten	20
II. Inhaltliche Bestimmung staatlicher Regelungsbefugnisse	22
1. Begriff des extraterritorialen Hoheitsakts	22
2. Beeinflussung wirtschaftlicher Vorgänge im Ausland durch extraterritoriale Hoheitsakte	23
3. Klassifizierung des extraterritorialen Hoheitsakts	23
a) Regelung und zwangsweise Durchsetzung als Unterscheidungskriterien	24
b) Staatliche Teilgewalt als Unterscheidungskriterium	26
c) Art des angewandten Rechts als Unterscheidungskriterium	26
III. Regeln über die Zuständigkeit der Staaten zum Erlaß extraterritorialer Hoheitsakte	28
1. Grundlagen der Zuständigkeit zum Erlaß extraterritorialer Hoheitsakte im System des Völkerrechts	28
a) Verleiht oder begrenzt das Völkerrecht die Zuständigkeit?	28
b) Stellungnahme	31
2. Anknüpfungspunkte für die Begründung der Zuständigkeit	33
a) Anknüpfungsprinzipien des internationalen Strafrechts	34
aa) Strenges Territorialitätsprinzip	35
bb) Objektives Territorialitätsprinzip	37
cc) Subjektives Territorialitätsprinzip	37
dd) Aktives Personalprinzip	37
ee) Passives Personalprinzip	38
ff) Universalitätsprinzip	38
gg) Schutzprinzip	38
hh) Auswirkungsprinzip	39

Inhaltsverzeichnis

b) Anwendbarkeit der strafrechtlichen Anknüpfungsprinzipien im Kartellrecht	40
aa) Schutz-, Universalitäts-, subjektives Territorialitätsprinzip und passives Personalprinzip	42
bb) Aktives Personalprinzip	43
cc) Strenges Territorialitätsprinzip	45
(1) Das strenge Territorialitätsprinzip in den Beratungen der ILA	45
(2) Anwendbarkeit des strengen Territorialitätsprinzip im internationalen Kartellrecht	46
(3) Lokalisierung des wettbewerbswidrigen Verhaltens	47
(4) Die einem Unternehmen zurechenbaren Handlungen und die Reichweite des Handlungsbegriffs	49
dd) Objektives Territorialitätsprinzip	50
ee) Auswirkungsprinzip	51
ff) Entbehrlichkeit des Auswirkungsprinzips bei Fusionskontrollfällen	57
(1) Struktur der Fusionstatbestände	58
(2) Anforderungen an die Verwirklichung des Zusammenschlusses im Inland	63
3. Ausweitung des Zuständigkeitsbereichs durch das Prinzip der Unternehmens- einheit	65
IV. Das Auswirkungsprinzip in der Staatenpraxis unter besonderer Berücksichtigung von Unternehmenszusammenschlüssen	67
1. Das Auswirkungsprinzip in der Praxis der Staaten mit Vorschriften zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	71
a) USA	71
aa) Gesetzgebung	71
bb) Rechtsprechung	73
cc) Exekutive	76
dd) Fusionskontrolle	78
(1) Haltung des Gesetzgebers	78
(2) Haltung der Exekutive	80
(3) Ein entschiedener Fusionsfall	82
(4) Haltung der Rechtsprechung	82
(5) Anwendung der Premerger-Notification-Rules	84
b) Europäische Gemeinschaften	85
aa) EWG-Vertrag	85
(1) Europäischer Gerichtshof	86
(2) Europäische Kommission	91

(3) Fusionskontrolle	95
bb) EGKS-Vertrag	98
c) Bundesrepublik Deutschland	99
aa) Rechtsprechung	101
bb) Bundeskartellamt	107
(1) Allgemeine Wettbewerbsverstöße	107
(2) Grundsätze für die internationale Fusionskontrolle	108
(3) Praxis der internationalen Fusionskontrolle	111
d) Vereinigtes Königreich	115
aa) Wettbewerbsgesetze	115
(1) Fair Trading Act 1973 und Competition Act 1980	115
(2) Restrictive Trade Practices Act 1976	119
(3) Resale Prices Act 1976	120
(4) Protection of Trading Interests Act 1980	121
(5) Zusammenfassung	124
bb) Anwendungspraxis	124
e) Frankreich	129
aa) Gesetzgebung	129
bb) Anwendungspraxis	133
cc) Fusionskontrolle	134
f) Schweden	137
aa) Anwendung der Wettbewerbsgesetze	137
bb) Fusionskontrolle	139
g) Irland	140
h) Polen	141
i) Portugal	142
j) Kanada	143
aa) Gesetzgebung	143
bb) Anwendungspraxis	145
cc) Fusionskontrolle	148
dd) Abwehrgesetze	149
k) Japan	150
aa) Gesetzgebung	150
bb) Anwendungspraxis	151
cc) Fusionskontrolle	152

l) Australien	153
m) Zusammenfassung	156
2. Praxis der Staaten ohne Fusionskontrollvorschriften, internationale Vertragspraxis und Staatenpraxis innerhalb der Vereinten Nationen	157
a) Niederlande	158
b) Belgien	161
c) Dänemark	161
d) Norwegen	163
e) Schweiz	164
aa) Rechtsprechung	165
bb) Behördliche Praxis	167
f) Österreich	168
g) Spanien	170
aa) Gesetzgebung	170
bb) Anwendungspraxis	172
h) Griechenland	174
i) Vertragspraxis	175
j) Vereinte Nationen	175
k) Zusammenfassung	177
3. Die Abwegesetzgebungen und ihr Verhältnis zum Auswirkungsprinzip	178
V. Auswertung der Praxis	180
VI. Rezeption von Anknüpfungsverboten durch das Völkergewohnheitsrecht	182
1. Exkurs: Beteiligung der Europäischen Gemeinschaften an der Bildung von Völkergewohnheitsrecht	182
2. Elemente der Praxis	183
3. Entstehen von Völkergewohnheitsrecht durch Unterlassen	184
4. Einheitlichkeit der Praxis	185
5. Allgemeinheit der Praxis	185
6. Dauer der Übung	186
7. <i>Opinio iuris</i>	186
8. Ergebnis	188
VII. Staatliche Praxis der Anordnung von Entflechtungsmaßnahmen im Ausland	189
D. Völkerrechtliche Schranken der Ausübung staatlicher Zuständigkeit	194
I. Interventionsverbot	194
1. Vorbehaltener Bereich	195

Inhaltsverzeichnis

11

2. Eingriffsakt	198
3. Anwendung von Zwang	198
4. Das Interventionsverbot als Beschränkung der Ausübung der Zuständigkeit in der Literatur	199
a) Die Lehre Meessens	200
b) Die Lehre Mengs	203
5. Zusammenfassung	204
II. Die Abwägung staatlicher Interessen als Maßstab	204
III. Notwendigkeit der Regelung eines Auslandssachverhaltes	211
IV. Verbot des Rechtsmißbrauchs	214
V. Comity	214
VI. Par in parem non habet iurisdictionem	215
VII. Verbot von Akten, die ein Individuum zum Gesetzesverstoß im Ausland ver- pflichten	217
E. Stellungnahme	221
F. Zusammenfassung	223
G. Anhang	226
I. Literaturverzeichnis	226
II. Abkürzungsverzeichnis	241

A. Einführung

Die Entwicklung der internationalen Wirtschafts- und Handelsbeziehungen hat zu einer vor einigen Jahrzehnten noch nicht gekannten Verflechtung der nationalen Volkswirtschaften geführt. Diese Entwicklung läßt sich aus der Tatsache erklären, daß produzierende Unternehmen, Handelsunternehmen und zunehmend auch solche des Dienstleistungsbereichs, in sehr kostspielige Ausrüstungen, Technologien oder Forschungsvorhaben investieren, um ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen oder sie zu erhalten. Die Investitionen lohnen sich für die Unternehmen häufig nur, wenn sie größere Märkte bedienen als bisher. Sie wachsen auf diese Weise aus regionalen und nationalen Märkten heraus. In der Regel beginnt die Internationalisierung ihrer Tätigkeit im Vertrieb, mit dem Export von Produkten, dem Aufbau von Verkaufs- und Beratungsorganisationen und setzt sich fort mit der Gründung von Vertriebsgesellschaften in erfolgversprechenden Auslandsmärkten¹. Im nächsten Schritt werden diesen Gesellschaften häufig Servicezentralen, Montageanlagen oder Entwicklungslabors angegliedert, und je nach der Bedeutung des ausländischen Marktes wachsen die Tochtergesellschaften – oft zu einem Geschäftsvolumen, das größer ist, als das der Muttergesellschaften.

Im Laufe dieser Entwicklung haben sich Unternehmensgruppen herausgebildet, die durch eine zentrale Leitung und einen Verbund rechtlich selbständiger Einzel-Unternehmen gekennzeichnet sind. Ihre Zentralen sorgen für eine mehr oder weniger starke Koordination der Aktivitäten der international verstreuten, zur Gruppe gehörigen Firmen. Die Unternehmensgruppen werden häufig als trans- oder multinationale Unternehmen bezeichnet². In dem Maße, in dem multinationale Unternehmen auf einem für sie neuen nationalen Markt Fuß fassen, wächst auch der Anreiz für sie, dort mit anderen Unternehmen zu kooperieren, und es stellt sich ihnen die Frage nach der Ausweitung ihrer geschäftlichen Tätigkeit durch Kauf fremder Unternehmen und Fusion³ bestehender Gesellschaften.

Die Übernahmen von Unternehmen durch multinationale Konzerne haben Konzentrationen wirtschaftlicher Macht und damit auch Gefahren für das Be-

¹ v. Hahn, S. 450; Autenrieth, Fusionskontrolle, S. 17; Kevekordes, S. 29, Fn. 84; zu den Motiven der Fusionsaktivitäten s.a. Donovan, Part I, S. 528; eine tabellarische Übersicht über Zahl und Arten der Unternehmenszusammenschlüsse findet sich bei Kevekordes, S. 20.

² Eine befriedigende, allgemein anerkannte Definition des multinationalen Unternehmens fehlt bislang, vgl. Rohnke, S. 1f.; vgl. auch die *résolution concernant les entreprises multinationales*, Institut de droit international, session d'Oslo, septembre 1977, abgedruckt in: *Revue critique de droit international privé*, Bd. 7 (1978), S. 226, 227.

³ Zum Begriff der Fusion siehe unten, S. 18.

stehen eines funktionierenden Wettbewerbs hervorgerufen. Länderübergreifende Unternehmenszusammenschlüsse sind meist wegen ihrer Dimension und wegen einer möglichen externen Beeinflussung der wirtschaftlichen Vorgänge eines Landes von hoher wettbewerbspolitischer Bedeutung, die wegen der steigenden Anzahl solcher Fusionen weiter zunimmt. Die Zahl der grenzüberschreitenden Erwerbe von Mehrheitsbeteiligungen (einschließlich der Übernahmen und Fusionen), an denen aktiv oder passiv mindestens ein EG-Unternehmen beteiligt war, erhöhte sich beispielsweise nach einer Untersuchung der EG-Kommission von 58 im Berichtszeitraum 1982/83 auf 314 im Berichtszeitraum 1988/89⁴. Sie hat sich demnach in etwa verfünffacht.

Diese Entwicklung wirft die Frage nach einer wirksamen Kontrolle des Konzentrationsprozesses auf, die mangels einer internationalen Aufsichtsbehörde mit weltweiten Kompetenzen heute vornehmlich in den Händen der Nationalstaaten liegt. Eine supranationale Kontrolle wird zwar von den Europäischen Gemeinschaften ausgeübt. Ihre Regelungsbefugnisse sind aber auf das Gebiet ihrer Mitgliedsstaaten beschränkt und stellen also nichts wesentlich anderes als eine nationale Fusionskontrolle dar. Die Fusionskontrolle der EG soll deshalb im folgenden nicht von der Kontrolle eines Einzelstaates unterschieden werden. Eine nationale Fusionskontrolle ist so lange unproblematisch, als der Unternehmenszusammenschluß innerhalb der Grenzen desjenigen Staates stattfindet, dessen Marktordnung von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. Hier ist der Staat ohne weiteres dafür zuständig, das wettbewerbswidrige Verhalten zu untersagen und die Befolgung seiner Rechtsvorschriften durchzusetzen. Sind aber Personen beteiligt, die nicht auf seinem Gebiet tätig sind und ihm auch nicht angehören, oder spielen Handlungen eine Rolle, die außerhalb des an einer Regelung des Unternehmenszusammenschlusses interessierten Staates stattfinden, und wird die Fusion dennoch von den Geboten und Verboten der nationalen Fusionskontrollvorschriften erfaßt, so entsteht die Gefahr internationaler Konflikte. Hier stellt sich die rechtliche Frage nach den Grenzen der Zuständigkeit des Staates. Der Grund dafür, daß in internationalen Zusammenschlußfällen oft mehrere Staaten den Anspruch erheben, die Fusion ihrem Recht zu unterwerfen, besteht darin, daß auch in denjenigen Fällen ein Bedürfnis für die Regelung eines Zusammenschlusses bestehen kann, in denen der Sitz eines der beteiligten Unternehmen im Ausland liegt, unter Umständen sogar, wenn der Zusammenschluß im Ausland vollzogen wird, seine Wirkungen aber auf das Inland ausstrahlen. Die inländische Wirtschaftsordnung kann hierdurch ebenso nachhaltig beeinträchtigt werden wie durch ein Verhalten, das innerhalb der Grenzen des betreffenden Staates zu lokalisieren ist.

Das Bedürfnis nach der Regelung eines Sachverhalts, der sich ganz oder zum Teil im Ausland abspielt, findet sich nicht allein im Fusionskontrollrecht, sondern auch in einer Reihe anderer Rechtsgebiete, wie etwa dem Steuerrecht⁵.

⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Sechzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1987, Ziff. 319; Neunzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1989, Ziff. 242.

⁵ Siehe Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18.12.1963, SBFH 79, S. 57, 66ff.; Rudolf, S. 24ff.; Verdross/Simma, S. 781f.; Gumpel, S. 148f. m.w.N. und Vogel, S. 105f. m. Fn. 77; einen Überblick

Namentlich auf dem Gebiet des Kartellrechts⁶ sind Hoheitsakte nicht selten, die dazu dienen sollen, die nationalen Interessen zu schützen, indem sie über die Grenzen des Staates hinausgreifen. Der Erlaß solcher Hoheitsakte hat in der jüngeren Vergangenheit zu einer Reihe von Kontroversen geführt, an denen neben den rechtsanwendenden Staaten die betroffenen multinationalen Unternehmen und auch die Heimatstaaten ihrer Obergesellschaften beteiligt waren. Es gibt im wesentlichen drei Konfliktbereiche⁷:

- Ein Staat wendet seine Gesetze auf Handlungen an, die auf dem Territorium eines anderen Staates stattfinden oder auf Personen, die dort ihren Sitz haben bzw. Angehörige dieses Staates sind;
- der handelnde Staat⁸ verbietet ein Verhalten, insbesondere ein Wettbewerbsverhalten im Ausland, das im betroffenen Staat erlaubt ist oder gar gefördert wird;
- ein Gericht verpflichtet Personen auf fremdem Territorium zur Aussage oder zur Beschaffung von Beweismitteln.

Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist insoweit die Anwendung des Kartellrechts, denn das Fusionskontrollrecht ist in allen Staaten, die heute über ein solches verfügen, aus dem Kartellrecht hervorgegangen. Zunächst regelte dieses nur das Marktverhalten selbständiger Unternehmen, wie etwa wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder Lieferboykotts. Erst später wurde die Kontrolle von Zusammenschlüssen in den einzelnen Staaten als zusätzliches Element der Kartellgesetzgebung eingeführt. Sie wird als Spezialmaterie innerhalb des Kartellrechts verstanden und ist ohne dieses nicht vorstellbar. Deshalb ist es unumgänglich, zunächst einen Blick auf die Haltung der einzelnen Staaten zum Erlaß extraterritorialer Hoheitsakte auf dem Gebiet des Kartellrechts zu richten, um die Fragestellung im Anschluß daran auf das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse zu konzentrieren.

über die völkerrechtlichen Regeln auf anderen Gebieten der Anwendung nationalen Rechts auf Auslands Sachverhalte geben Meng, *Völkerrechtliche Zulässigkeit*, S. 688ff., Lange/Born, S. 12ff., Hübner, S. 7ff. und Demaret, S. 4.

⁶ Obwohl im Begriff Kartellrecht das Wort Kartell enthalten ist, ist sein Bedeutungsgehalt nicht auf die Regelung horizontaler Vereinbarungen zur Beschränkung von Wettbewerb i.S.d. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beschränkt. Er soll vielmehr gleichbedeutend mit dem Begriff Wettbewerbsrecht verwendet werden und das gesamte Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, nicht aber des unlauteren Wettbewerbs, bezeichnen. Dieses Rechtsgebiet wird in den USA "antitrust law", in Großbritannien "law of restrictive trade practices" und in Frankreich "droit de la concurrence" genannt; vgl. auch die Definition von Riedweg, *ILA Report of the Fifty-first Conference held at Tokyo 1964*, S. 305.

⁷ Vgl. Castel, S. 105.

⁸ Im Anschluß an Meessen, *Völkerrechtliche Grundsätze*, S. 17, werden im folgenden Staaten, die Hoheitsakte zur Regelung eines Sachverhalts erlassen, der sich mindestens zum Teil im Auslandgetragen hat, als handelnde Staaten bezeichnet.