

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 313

**Globalisierung und multijurisdiktionelle
Zusammenschlussfälle –
Der Ruf nach einem internationalen
Fusionskontrollregime?**

**Zugleich eine kritische Beurteilung der extraterritorialen
Reichweite der Verordnung (EG) Nr. 139/2004**

Von

Nesrin Suleiman



Duncker & Humblot · Berlin

NESRIN SULEIMAN

Globalisierung und multijurisdiktionelle
Zusammenschlussfälle – Der Ruf nach einem
internationalen Fusionskontrollregime?

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 313

Globalisierung und multijurisdiktionelle Zusammenschlussfälle – Der Ruf nach einem internationalen Fusionskontrollregime?

Zugleich eine kritische Beurteilung der extraterritorialen
Reichweite der Verordnung (EG) Nr. 139/2004

Von

Nesrin Suleiman



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D30

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-15775-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55775-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85775-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern
Lubna und Nasser Suleiman*

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Sie entstand größtenteils während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht der Goethe-Universität Frankfurt am Main sowie am hiesigen Wilhelm Merton-Zentrum für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende November 2017 berücksichtigt werden.

Die Erstellung dieser Arbeit war für mich eine persönlich bereichernde, aber doch zugleich eine an meine Grenzen bringende Erfahrung. Danken möchte ich an dieser Stelle den zahlreichen Personen, die mich auf diesem Weg in vielfältiger Art und Weise unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herr Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M., für seine Betreuung, seinen Zuspruch und seine stetige Unterstützung, nicht nur während der Promotionszeit, sondern auch schon während des Studiums. Ich danke ihm für das Vertrauen, das er mir entgegengebracht und mir zugleich die notwendigen Freiräume geschenkt hat. Als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl habe ich fachlich und persönlich sehr viel lernen dürfen. Herrn Prof. Dr. Joachim Zekoll, LL.M., danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden Gutachtern und dem Prüfungsvorsitzenden Herrn Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M., danke ich für ihr Interesse an meiner Arbeit und das angenehme und freundliche Mitwirken an der Disputation.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinen ehemaligen Kollegen am Institut für Öffentliches Recht der Goethe-Universität, allen voran Dr. Lisa Müller, Fatima-Zahra Zaatani, Dr. Mohamed Assakkali, Christina Henrich und Christoph Hettinger für die interessanten Gespräche und die willkommenen Ablenkungen. Auch dem übrigen Lehrstuhlteam von Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M., sei für die angenehme Arbeitsatmosphäre und die große Hilfsbereitschaft gedankt.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen meine geschätzten Freundinnen Frau Dr. Sura Ahmad, Catharina Wolf und Tamimount El Ouali, die alle Höhen und Tiefen der letzten Jahre miterlebt und mich auch aufgebaut haben, wenn es nötig war. Ihnen danke ich für ihr offenes Ohr und ihre Ratschläge in allen Lebenslagen.

Für die jeweils gewährten Druckkostenzuschüsse möchte ich mich bedanken sowohl bei der FAZIT-Stiftung (Frankfurt a.M.) als auch bei der Wilhelm Hahn und Erben-Stiftung (Bad Homburg).

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie, insbesondere meinen Eltern – Lubna und Nasser Suleiman –, denen mein unendlicher Dank gilt. Ohne deren fortwährende Unterstützung und liebevolle Fürsorge wäre ich nie so weit gekommen. Meinen Eltern schulde ich nicht nur großen Dank für die Zuwendung, die Ermunterung und die Geduld in den Jahren meines Studiums, sondern auch während der Promotion. Auf meinem langen Bildungsweg haben sie mich vorbehaltlos und unermüdlich unterstützt und mir Rückhalt gegeben. Ich kann ihnen dafür nicht genug danken. Ohne sie wäre ich nicht dort, wo ich heute bin. Ganz besonders danken möchte ich meinem Vater, Nasser Suleiman, für seinen Zuspruch und den Glauben an mich. Er hatte mich bereits während der Promotion liebevoll „Daktora Nesrin“ genannt.

Alzenau, im März 2019

Nesrin Suleiman

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
------------------	----

Internationaler Teil

Teil 1

Globalisierung und Fusionskontrolle	29
--	----

Kapitel 1

Globalisierung der Wirtschaft	31
A. Die wettbewerbliche Problematik der Konzentration	32
I. Definition des Begriffs „Konzentration“	34
II. Ursachen von Unternehmenszusammenschlüssen	34
III. Arten von Unternehmenszusammenschlüssen und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb	37
IV. Zusammenschlusskontrolle	39
B. Internationalisierung der Wettbewerbspolitik und sich daraus ergebende Probleme für grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse	39
I. Bestandsaufnahme der praktischen Probleme	41
1. Unterschiedliche wettbewerbspolitische Leitbilder	41
2. Ineffizienzen des Auswirkungsprinzips als Rechtsanwendungsgrundlage ..	41
3. Aufgreifkriterien	43
4. Anmeldefristen	44
5. Anmeldegebühren	45
6. Unterschiedliche Überprüfungszeiträume	45
II. Kosten der multijurisdiktionellen Zusammenschlüsse	46
C. Zwischenfazit	48

Kapitel 2

Die völkerrechtlichen Grundlagen staatlicher Jurisdiktion	49
A. Der räumliche Geltungsbereich staatlicher Jurisdiktion	51

B. Der sachliche Anwendungsbereich staatlicher Jurisdiktion	51
I. Die dogmatische Ausgangslage: Die Lehre der sinnvollen Anknüpfung	51
1. Konkretisierung sinnvoller Anknüpfungspunkte	52
a) Prinzipien des internationalen Strafrechts	52
aa) Das Territorialitätsprinzip	53
bb) Das aktive Personalitätsprinzip	53
cc) Das Schutzprinzip	54
dd) Die Kritik der Übertragung der völkerrechtlichen Grundsätze des internationalen Strafrechts auf wettbewerbsrechtliche Sachverhalte	54
b) Das Auswirkungsprinzip	55
2. Zwischenergebnis	56
II. Kriterien zur Einschränkung der extraterritorialen Rechtsanwendung	56
1. Auswirkungsprinzip: Konkretisierte Anforderungen an die Auswirkungen	56
2. Das Einmischungsverbot	57
3. Das Rechtsmissbrauchsverbot	58
4. <i>Comity of nations</i> und Interessenabwägung	58
C. Zusammenfassung	60

Teil 2

Die fünf „Cs“ der internationalen Fusionskontrolle: From Conflict to Coexistence, Comity, Cooperation and Convergence	62
--	----

Kapitel 1

Reaktionen auf die extraterritoriale Wirkung nationalen Rechts: Konflikte und <i>Comity</i>-Klauseln	63
---	----

Kapitel 2

Bilaterale Kooperationen	66
A. Bilaterale Vereinbarungen	67
I. Kooperationsabkommen	68
1. EU-USA	68
a) Abkommen über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln	69
b) Abkommen über die Anwendung der „Positive Comity“-Grundsätze bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln	70
c) Best Practices on Cooperation in Merger Investigations	71
d) Einblick in die Praxis	71

2. USA-Kanada	75
3. Australien-Neuseeland	75
4. Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde als besondere Form der Kooperation	76
5. Andere Kooperationsabkommen und Memorandum of Understandings	78
II. Abkommen mit dem Ziel der Angleichung von materiellem Wettbewerbsrecht	79
B. Fazit	80

Kapitel 3

Internationale Koordinierungsbestrebungen	82
A. Harmonisierungsvorschläge	83
I. Havanna Charta	83
II. WTO	84
1. Wettbewerbsregulierende Bestimmungen in GATT, GATS und TRIPS	84
2. WTO-Arbeitsgruppe über das Zusammenwirken von Handels- und Wettbewerbspolitik	85
B. Politikkoordination	87
I. OECD	87
1. Empfehlungen zur internationalen Zusammenarbeit	89
2. Bericht über Zusammenschlüsse und Wettbewerbspolitik	90
3. Whish/Wood-Bericht	91
4. Bericht über die Anmeldung von transnationalen Zusammenschlüssen	92
5. Empfehlungen des BIAC/ICC	93
6. Empfehlung über die Prüfung von Zusammenschlüssen	93
7. Policy Roundtables	94
8. Zwischenergebnis in Bezug auf die Arbeit der OECD	96
II. UNCTAD	97
III. International Competition Network	99
1. Guiding Principles and Recommendations	101
2. Recommended Practices for Merger Notification Procedures	101
a) Eine ausreichende Verbindung mit dem Rechtssystem, in dessen Zuständigkeit die Prüfung des Zusammenschlusses erfolgt	102
b) Klare und objektive Anmeldeschwellen	103
c) Die zeitlichen Vorgaben für die Anmeldung einer Fusion	104
d) Überprüfungszeiträume	104
e) Anforderungen, die bei der Erstanmeldung zu beachten sind	104
f) Zusammenarbeit der Behörden	105
g) Umsetzung der MNP-Empfehlungen in der Praxis	106
3. Recommended Practices for Merger Analysis	107

4. Bewertung der Arbeit des ICN und Ausblick über die Entwicklung des ICN	107
C. Bilanz und Grenzen der bi- und multilateralen Kooperation	113

Teil 3

Zeit für ein internationales Fusionskontrollregime – ja oder nein?	119
---	-----

Kapitel 1

Lösungsansätze	120
A. Beibehaltung des Status quo	120
B. Materiell-rechtliche Harmonisierungsvorschläge	121
I. Supranationales Modell	121
II. Mindestharmonisierung: Draft International Antitrust Code	122
III. Kritische Bewertung	124
C. Leitjurisdiktionsmodell	125
I. Leitjurisdiktion als eine Koordinationsstelle ohne Prüfungscompetenz	126
II. Leitjurisdiktion, welche die Staaten untereinander bestimmen	128
III. Leitjurisdiktion, welche durch eine internationale Behörde bestimmt wird	129
IV. Zusammenfassung und allgemeine Kritik	129
D. Verfahrensrechtliche Harmonisierung	131
I. Verfahrensrechtliche Vorschläge	131
II. Speziell: die Schaffung eines gemeinsamen Anmeldeformulars für internationale Zusammenschlüsse	133
III. Zwischenfazit	134
E. Die Berücksichtigung von Wohlfahrtseffekten in anderen Staaten	135
F. Zusammenfassung	135

Kapitel 2

Eigener Vorschlag	136
--------------------------	-----

Europäischer Teil

Teil 1

**Die extraterritoriale Rechtsanwendung
der Verordnung (EG) Nr. 139/2004** 143

Kapitel 1

Kontrolle durch die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 144

A. Die historische Entwicklung der EG-Fusionskontrolle	144
B. Formelles Fusionskontrollrecht: Aufgreifkriterien	147
I. Unternehmenszusammenschluss	148
1. Fusion, Kontrollerwerb	148
2. Gemeinschaftsunternehmen	149
3. Ausnahmetatbestände des Art. 3 Abs. 5 FKVO	150
II. Unionsweite Bedeutung	150
1. Umsatzschwellen	150
a) Generalschwellen, Art. 1 Abs. 2 FKVO	151
b) Alternative Schwellen, Art. 1 Abs. 3 FKVO	151
2. Beteiligte Unternehmen	151
3. Berechnung des Umsatzes	152
C. Materielles Fusionskontrollrecht: Eingreifkriterien	153
I. Marktabgrenzung	154
II. Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs	155
D. Verfahren	157
E. Zusammenfassung und Untersuchungsgegenstand	159

Kapitel 2

Die extraterritoriale Rechtsanwendung im europäischen Kartellrecht 161

A. Die Praxis der Kommission	162
B. Die Konzepte des EuGH: Das Prinzip der Unternehmenseinheit und das Durchführungsprinzip	164
I. Das Prinzip der Unternehmenseinheit	164
II. Das Durchführungsprinzip	165
C. EuG: Präzisierung des Auswirkungsprinzips	165
D. Würdigung und Folgerungen für den Gang der Untersuchung	166

Kapitel 3

**Entscheidungspraxis der Kommission: Anwendung der FKVO
auf Drittstaatenunternehmenszusammenschlüsse** 168

A.	Anwendung der FKVO auf Unternehmenszusammenschlüsse in Drittstaaten mit Auswirkungen in der Union	169
B.	Anwendung der FKVO auf Unternehmenszusammenschlüsse in Drittstaaten ohne Auswirkungen in der Union	170
	I. Drittstaatenunternehmenszusammenschlüsse	170
	II. Die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in Drittstaaten	172
C.	Würdigung	175

Kapitel 4

Der (extra-)territoriale Anwendungsbereich der FKVO 177

A.	(Extra-)territorialer Anwendungsbereich: Ermittlung des extraterritorialen Anwendungsbereichs der FKVO	179
	I. Erwägungsgrund Nr. 10 zur FKVO	179
	II. Das Merkmal der unionsweiten Bedeutung	179
	III. Die kollisionsrechtliche Funktion des unionsbezogenen Umsatzerfordernisses in Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO	180
B.	Rechtsfolgen bei Erfüllung der Aufgreifkriterien	182
	I. Anmeldepflicht, Art. 4 FKVO	182
	II. Vollzugsverbot, Art. 7 FKVO	182
	III. Ggf. Untersagung, Art. 8 Abs. 3 FKVO	183
C.	Zusammenfassung	183

Kapitel 5

**Umsatzschwellenwerte als sinnvolle Anknüpfung
für die (extraterritoriale) Anwendbarkeit
der FKVO?** 184

A.	Können anhand der bestehenden Umsatzschwellen die Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung festgestellt werden?	184
B.	Normative Anforderungen an die Aufgreifkriterien der Zusammenschlusskontrolle	186
C.	Verwendung anderer Kriterien zur Bestimmung der Jurisdiktion	187
	I. Bestimmung der unionsweiten Bedeutung anhand des Kriteriums der Beeinträchtigung der Zwischenstaatlichkeitsklausel	187
	II. Bestimmung der unionsweiten Bedeutung anhand Marktanteilschwellen (relative Aufgreifkriterien)	188
	III. Differenzierte Schwellenwerte auf einer sektoralen Basis	189
	IV. Umsatzschwellenwerte mit einer Indexklausel	190

V. Gesamtwert der Transaktion	191
VI. Stellungnahme zu den Alternativen	191
D. Explizite Verwendung des Auswirkungsprinzips als Kollisionsnorm in der FKVO	192
E. Einführung eines Gefahrforschungseingriffs zusätzlich zu den Umsatzschwellenwerten	192
F. Entkoppelung der Untersagungsbefugnis von der Anmeldepflicht und dem Vollzugsverbot	193
G. Andere Berechnung des Umsatzes bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	193
H. Befreiung von der Anmeldepflicht für Drittstaatenzusammenschlüsse, die keine oder geringe Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben	194
I. Anzeigeklausel	195
J. Zusammenfassung der Erkenntnisse, Würdigung und Perspektiven	196

Teil 2

Extraterritoriale Durchsetzungskompetenz und bestimmte verfahrensrechtliche Problematiken	200
--	-----

Kapitel 1

Verfahrensbezogene Schwierigkeiten anhand der FKVO	200
A. Die informellen Pränotifizierungsgespräche mit der Kommission	201
B. Auskunfts- und Vorlageverlangen, Art. 11 FKVO	201
I. Auskunftsverlangen	201
II. Grenzen des Auskunftsverlangens	202
1. Auskunftsverweigerungsrecht	202
2. Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich des Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung nach Art. 6 EMRK	203
C. Bekanntgabe im Ausland	206
D. Nachprüfungsbefugnisse, Art. 13 FKVO	207
E. Festsetzung von Geldbußen, Art. 14 FKVO	208
I. Verfahren	208
II. Extraterritoriale Anwendung von Art. 14 FKVO?	210
III. Das FKVO-Bußgeldverfahren im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze, der EMRK und der GR-Charta	211
1. Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes unter der Berücksichtigung, dass Geldbußen Sanktionen ohne strafrechtlichen Charakter sind	212
2. Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes unter der Annahme, dass Geldbußen als strafrechtsähnliche Maßnahmen anzusehen sind	213
3. Gerichtliche Kontrolle von Kommissionsentscheidungen	214

4. Selbstbelastungsfreiheit	216
5. Zusammenfassung	216
F. Vollstreckung	217
G. Bewertung der verfahrensrechtlichen Problematiken	217
Zusammenfassung und Ausblick	219
Literaturverzeichnis	224
Stichwortverzeichnis	254

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Die sieben Fusionswellen und „ihre“ volkswirtschaftlichen Rezessionen	36
Abbildung 2: Untersagungen von Zusammenschlüssen durch Drittlandswettbewerbsbehörden	42
Abbildung 3: Die Struktur des ICN	99
Abbildung 4: Übersicht über das Verfahren der FKVO	158
Abbildung 5: Aufgreifschwelle nach Art. 1 FKVO	178

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. U. L. Rev.	The American University Law Review
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
ANZCERTA	Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
Berkeley Bus. L.J.	Berkeley Business Law Journal
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIAC	Business and Industry Advisory Committee to the OECD
BNE	Bruttonationaleinkommen
Brit. Y.B. Int'l L.	British Yearbook of International Law
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum L. Rev.	Columbia Law Review
Comp. L. Y.B. Int'l Bus.	The Comparative Law Yearbook of International Business
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Denv. J. Int'l L. & Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
DG COMP	Generaldirektion Wettbewerb
d. h.	das heißt
DIAC	Draft International Antitrust Code
DoJ	Department of Justice
DVO	Durchführungsverordnung
EBR	European Business Review
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
ECU	European Currency Unit
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft

EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELRev	European Law Review
	Emory International Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Eur. Competition J.	European Competition Journal
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FATF	Financial Action Taskforce
FIW e.V.	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“)
Fn.	Fußnote
Fordham Corp. L. Inst	Fordham Corporate Law Institute
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
Ga. St. U. L. Rev.	Georgia State University Law Review
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Geo. Wash. Int'l L. Rev.	George Washington International Law Review
GR-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GU	Gemeinschaftsunternehmen
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev	Harvard Law Review
HBÜ	Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen von 1970
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
IAA	International Antitrust Authority
IAIS	Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICN	International Competition Network
ICPAC	International Competition Policy Advisory Committee
IMCF	International Framework for the regulation of transnational mergers
Int'l Bus. Law.	International Business Lawyer
Int'l Bus. L.J.	International Business Law Journal
Int Trade L & Regul	International Trade Law & Regulation
IOSCO	Internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörde
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
JEPP	Journal of European Public Policy
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
MA-Empfehlungen	Recommended Practices for Mergers Analysis
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. J. Int'l L.	Minnesota Journal of International Law
Mio.	Million
MNP-Empfehlungen	Recommended Practices for Merger Notification Procedures
MNU	Multinationale Unternehmen
Nordic J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.	New York University Annual Survey of American Law
N.Y.U. J. Int'l L. & P.	New York University Journal of International Law and Politics
N.Y.U. L Rev.	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
Pac. Rim L. & Pol'y J.	Pacific Rim Law & Policy Journal
PCIJ	Publications of the Permanent Court of International Justice
PwC	PriceWaterhouseCoopers
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBP Set	Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules Having Adverse Effects on International Trade
RdC	Recueil des Cours
RE	Rechnungseinheiten
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung der EuGH oder des EuG
SME	Small and Medium Enterprise
s. o.	siehe oben
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
Syracuse J. Int'l L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul. J. Int'l & Comp. L. u. a.	Tulane Journal of International and Comparative Law unter anderem
UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.	UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs
UN	United Nations

UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
US	United States
USA	United States of America
v. a.	vor allem
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

„Merger control is out of control. It is an example of regulation that is excessively burdensome in proportion to its benefits.“¹

Ob *Vodafone-Mannesmann*, *AOL-Time-Warner*, *Royal Dutch Petroleum/Shell Transport & Trading* oder *ThyssenKrupp*, Fusionen stehen in vielen Branchen auf der Tagesordnung. Sowohl die Globalisierung als auch die Öffnung der Märkte sind für den sprunghaften Anstieg von internationalen Unternehmenszusammenschlüssen verantwortlich, welcher sich anhand der angemeldeten Fusionsfälle in Brüssel gut veranschaulichen lässt: Während die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse in Brüssel 1990 bei elf lag, ist 2017 hingegen ein Zuwachs auf 6.794 Anmeldungen zu verzeichnen.² Seit Anfang der 1970er Jahre haben viele Staaten Wettbewerbsgesetze, einschließlich Fusionskontrollgesetze, erlassen, mit der Folge, dass Unternehmen bei Zusammenschlussvorhaben, die einer Genehmigung in mehreren Staaten bedürfen, mit höheren Transaktionskosten, zeitlichen Verzögerungen und größerer Rechtsunsicherheit rechnen müssen. Problematisch ist, dass grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse oft Auswirkungen auf mehrere Jurisdiktionen haben und da es kein internationales Fusionskontrollrecht gibt, wenden die Staaten auf diese Vorhaben nach wie vor ihre eigenen nationalen Rechtsordnungen an. Als Anknüpfungspunkt für die Jurisdiktionsanwendung ziehen viele Staaten das Auswirkungsprinzip heran, welches besagt, dass ein Staat ein legitimes Jurisdiktionsinteresse hat, auch Marktstörungen zu regeln, die zwar im Ausland veranlasst werden, sich aber im Inland auswirken. So kann es schnell passieren, dass Unternehmen ihr Zusammenschlussvorhaben, welches in mehreren Jurisdiktionen Auswirkungen hat bzw. haben könnte, bei mehreren Wettbewerbsbehörden parallel anmelden müssen. Ein Zusammenschluss, welcher bei mehreren Jurisdiktionen angemeldet werden muss, wird als „multijurisdiktionelles Vorhaben“ bezeichnet. So musste beispielsweise der Zusammenschluss zwischen Alcan, Oechinery und APA Algroup in mehr als 40 Staaten angemeldet werden.³ Diese Anmeldung bei zahlreichen Wettbewerbsbehörden und damit zugleich die parallele Zuständigkeit

¹ Fox, Can We Control Merger Control? – An Experiment, in: Policy Directions for Global Merger Review 1999. A Special Report of the Global Competition Review by the Global Forum for Competition and Trade Policy 1999, 79 (79).

² Siehe: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>; Stand: 12/2017 (zuletzt aufgerufen am 27.01.2018).

³ Rowley/Wakil, International Mergers: The Problem of Proliferation, S. 8; abrufbar unter: http://www.mcmillan.ca/Files/JRowley_International_Mergers_Fordham%20Conference.pdf (zuletzt aufgerufen am 03.08.2016); Bougie, Reflections on the Merger Task Force at the Turn of the Millennium, in: IBA (Hrsg.), EC Merger Control: Ten Years On, S. 73 (74 ff).

von verschiedenen Jurisdiktionen birgt in sich die Gefahr divergierender Entscheidungen und damit auch Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten. Deshalb stellt sich die zentrale Frage, wie mit solchen multijurisdiktionellen Zusammenschlüssen umgegangen wird und zukünftig umzugehen ist.

Diese Problematik wird in der vorliegenden Arbeit im internationalen Teil beantwortet und ist in drei Teile gegliedert: In Teil 1 werden sowohl die internationale Verflechtung der Weltwirtschaft und die Rolle der (multinationalen) Unternehmen hierin als auch das Ausmaß, die Struktur und die Motive der grenzüberschreitenden Fusionsaktivitäten dargestellt. Daraufhin wird die theoretisch fundierte Erklärung der extraterritorialen Rechtsanwendung nationalen Rechts dargestellt. Zurzeit zeichnet sich der internationale Rechtsrahmen des Fusionskontrollrechts durch ein Netzwerk überlappender nationalstaatlicher Regelungen mit extraterritorialer Wirkung aus, die zusätzlich durch eine Reihe von *soft law* Instrumenten der OECD, der UNCTAD, des ICN und bilateralen Kooperationsabkommen begleitet wird.

Diese verschiedenen Kooperations- und Koordinierungsbestrebungen auf internationaler Ebene gilt es in Teil 2 zu skizzieren, um anschließend die entscheidende Frage zu beantworten, ob es eines internationalen Fusionskontrollregimes bedarf, welches Jurisdiktionskonflikte, die die extraterritoriale Rechtsanwendung verschiedener Jurisdiktionen mit sich bringt, lösen könnte. In der Literatur wurden verschiedene Ansätze entwickelt, wie mit multijurisdiktionellen Zusammenschlüssen und den sich daraus ergebenden Problemen umgegangen werden kann: a) die Beibehaltung der extraterritorialen Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts, b) Kooperations- und Koordinierungsmöglichkeiten zwischen den einzelnen Wettbewerbsbehörden und schließlich c) Versuche, internationale Wettbewerbsregeln, gleichgültig ob verfahrens- oder materiell-rechtlicher Art, einzuführen.

Diese drei Ansätze und ihre Herausforderungen werden in Teil 3 vorgestellt und diskutiert, um anschließend die gegenwärtigen Möglichkeiten und Grenzen der Regelung von multijurisdiktionellen Zusammenschlüssen zu verdeutlichen. Folgende These soll hierbei vertreten werden: Die Schaffung einer einzigen globalen Wettbewerbsbehörde, die sich mit der Prüfung von internationalen Unternehmenszusammenschlüssen beschäftigt, ist weder realistisch noch wünschenswert. Stattdessen werden die hohen Transaktionskosten durch vertiefte Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden und *soft law* Instrumente minimiert. Diese These wird anhand eines eigenen Vorschlags veranschaulicht (Teil 3, Kapitel 2).

Für die Europäische Union wurde das Problem der multijurisdiktionellen Zusammenschlussanmeldungen mit der Einführung des *one stop shop*-Prinzips in der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (FKVO) gelöst. Mit dieser Verordnung soll gewährleistet werden, dass der Umstrukturierungsprozess durch Unternehmenszusammenschlüsse keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursacht.⁴

⁴ Siehe: Erwägungsgrund Nr. 5 der FKVO.

Nach Art. 1, 21 FKVO ist ausschließlich die Europäische Kommission⁵ für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben von unionsweiter Bedeutung zuständig. Das Kriterium der unionsweiten Bedeutung wird durch die Umsatzschwellen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen definiert, welches nach Art. 1 Abs. 2 FKVO gegeben ist, wenn alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 5 Mrd. Euro haben und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen unionsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Mio. Euro erzielen; es sei denn, die beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat. Demnach werden die Umsatzschwellenwerte als Aufgreifkriterien herangezogen, sodass es nicht erforderlich ist, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ihren Sitz in der Union haben müssen oder dass sich der Unternehmenszusammenschluss in der EU vollzieht. So ist es nicht ungewöhnlich, dass vier japanische Unternehmen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das Telekommunikationsdienstleistungen ausschließlich in Japan anbieten wird, bei der Kommission anmelden müssen.⁶

Es ist nicht nachvollziehbar, dass Unternehmenszusammenschlüsse, die keine Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, bei der Kommission angemeldet werden müssen. Kann dies wirklich der Fall sein? Schaut man sich die unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften an, stößt dies auf Widerspruch zur Praxis der Art. 101 und 102 AEUV, wonach die Kommission die (extraterritoriale) Anwendung dieser beiden Normen explizit mittels des Auswirkungsprinzips bestimmt. Vor dem Hintergrund, dass die extraterritoriale Rechtsanwendung oft als Verletzung der Souveränität anderer Staaten verstanden wird, stellt sich in diesem Zusammenhang die zentrale Frage, ob Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO eine ausreichende Grundlage für die Anwendbarkeit der FKVO auf grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse bildet, vor allem auf die, die offensichtlich keine Auswirkungen in der Union haben. Trotz einer Reihe von Monographien und zahlloser kleinerer Beiträge fehlt es an einer systematischen Gesamtdarstellung, die sich auf die Praxis der Kommission und des EuG und EuGH stützt. Deshalb liegt das Hauptaugenmerk des europäischen Teils dieser Arbeit darauf, wie die Kommission ihre Zuständigkeit, vor allem hinsichtlich außereuropäischer Unternehmenszusammenschlüsse mit und ohne Auswirkungen auf den europäischen Binnenmarkt mit den völkerrechtlichen Prinzipien begründet, und ob die gegenwärtige Verordnung den globalen Herausforderungen gewachsen ist. Ersteres wird mithilfe einer empirischen Analyse untersucht, welche die Fusionskontrollentscheidungen der Kommission und des EuG und EuGH einem bestimmten Erklärungsmuster zuordnet. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden folgende Fragen im Vordergrund stehen: a) Wie sieht die extraterritoriale Anwendbarkeit der FKVO aus? b) Wie soll eine extraterritoriale Rechtsanwendung in Bezug auf grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse

⁵ Im Folgenden nur noch als Kommission bezeichnet.

⁶ Siehe: *Kommission*, Entscheidung v. 30.06.1993 (IV/M.346 – JCSAT/SAJAC), ABl. 1993 C 219/14.