

Fengliang Jin

Aufgreifkriterien in der Fusionskontrolle

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
des europäischen (Art. 3 FKVO),
deutschen (§ 37 GWB), taiwanesischen (§ 6 FHG)
und festlandchinesischen (§ 20 AMG) Rechts

Teil 1: Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

I. Globalisierung und Zusammenschlusskontrolle

Einhergehend mit der Liberalisierung und Globalisierung der internationalen Wirtschaft muss ein „übermäßiger“ Unternehmenszusammenschluss eine wettbewerbsschädigende Auswirkung auf die nationale Markt – bzw. die Weltmarktstruktur haben⁷. Sowohl das internationale als auch das nationale Kartellrecht haben darauf bereits reagiert: Auf jeweils nationaler Ebene ist die Fusionskontrolle in die deutsche, die europäische, die taiwanesisch und die festlandchinesische Rechtsordnung eingeführt und dieses sog. Auswirkungsprinzip ist ohne Ausnahme auch im europäischen⁸, im deutschen⁹, im taiwanesischen¹⁰ sowie im festlandchinesischen¹¹ Kartellrecht verankert worden. Auf internationaler Ebene ergibt sich die Konkurrentenklage¹² und die Kooperationsbedürftigkeit¹³ und man bemüht sich mit Beharrlichkeit um eine internationale Vereinheitlichung des Kartellrechts¹⁴.

Das europäische Kartellrecht bzw. die eigentliche Fusionskontrolle stellt das bei weitem wichtigste Beispiel für eine internationale, wenn auch regional begrenzte Wettbewerbsordnung dar und setzt gleichzeitig wichtige Impulse für ein weltweites Kartellrecht¹⁵. Eine ähnliche Entwicklung scheint auch in den Großchina¹⁶ in der Entstehung zu sein. Anfang 2001 führte der taiwanesisch

7 Brendan J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, 2010.

8 Vgl. Art. 3 FKVO i.V.m. § 1 FKVO; Erwägungsgrund 10; KOMM. 7.3.1991, M.69, Rn. 4, „Kyowa/Saitama Banks“. EuGH slg. 1988, 1593- Zellstoff.

9 § 130 II GWB.

10 „Anleitung über die ausländischen Zusammenschlüssen“, dazu Hasse, *Zusammenschlusskontrolle Taiwan*, S. 327.

11 § 2 II AMG.

12 Dazu Körber, *Die Konkurrentenklage*, 1996.

13 Glöckner, *Kartellrecht*, S. 104 ff.

14 Fikentscher/Drexler, *RIW* 1994, 93–99; Basedow, S. 241; Giradet, Florens, *Internationales Fusionskontrollrecht*.

15 Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, S. 11 ff.

16 Der Begriff des Großchinas umfasst China, Taiwan, Hong Kong und Macau. Vgl. Williams, *Competition Policy and law*, S. 1 ff.

Politiker Vincent Siew¹⁷ das Konzept des „Cross-Strait Common Market“¹⁸ ein, dem zufolge Taiwan, Festlandchina, Hongkong und Macau, angelehnt an die erfolgreiche europäische Integrationserfahrung, in erster Linie ein gemeinsames Freihandelsabkommen unterzeichnen sollten, um einen großchinesischen Gemeinschaftsmarkt aufzubauen. Dieses Konzept hat sich praktisch überall durchgesetzt: Festlandchina hat im Jahr 2003 bereits jeweils mit Hongkong und Macau das CEPA¹⁹ und 2010 mit Taiwan das ECFA²⁰ abgeschlossen. Am 01.08.2008 ist das AMG in Festlandchina in Kraft getreten. Nach einer mehr als zehn Jahre andauernden Diskussion²¹ wurde das erste umfassende Kartellgesetz „Competition Ordinance“ am 14.06.2012 in Hong Kong erlassen²². Damit einher geht aufgrund der Notwendigkeit der Harmonisierung der Wettbewerbspolitik bzw. des Kartellrechts auch die Frage nach einer einheitlichen Regelung innerhalb Großchinas. Am 05.09.2000 fand eine erste bilaterale Tagung zum Wettbewerbsrecht in Beijing statt, an der taiwanesischen und festlandchinesischen Professoren und Beamte der FTC²³ teilnahmen. Zwei Jahre nach dem Erlass des AMG im Jahr 2007 veranstalteten die taiwanesischen Kartellbehörde und die AMG-Vollzugsgorganen erstmals eine erste offizielle Zusammenkunft in Beijing. Auf einer Sitzung erklärte

17 Er war Vizepräsident der Republik China (Taiwan) zwischen 2008 und 2012.

18 Dieses Konzept lässt sich in vier Ablaufschritte unterteilen. Die erste Phase sollte zwecks Wiederherstellung des gegenseitigen Vertrauens die Normalisierung der bilateralen Wirtschafts- und Handelsbeziehungen u.a. durch Durchführung direkter Transport-, Handels- und Postverbindungen umfassen. Diese zweite Phase dann sollte die Liberalisierung der bilateralen Wirtschafts- und Handelsbeziehungen voran bringen sowie eine Reihe von Maßnahmen zur Schaffung einer Freihandelszone und ein Rahmenabkommen zum bilateralen Markt umfassen. In der dritten Phase sollte es zur umfassenden wirtschaftlichen Integration, einschließlich einer einheitlichen Währung, einer koordinierten Arbeitspolitik sowie steuerrechtlicher Zusammenarbeit kommen. Als letzter Schritt war eine politische Integration geplant.

19 “Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement” und “Mainland and Macao Closer Economic Partnership Arrangement”.

20 Economic Cooperation Framework Agreement.

21 Moritz Lorenz/Wolfgang Sturm, GRUR Int 2008, S. 113.

22 Das Competition Ordinance regelt lediglich die Fusionskontrolle zur Telekommunikation.

23 Diese Tagung betraf die Entwicklung des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik, der Rechtsvollzugsorgane sowie die Koordinierung zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik Taiwans.

der Vorsitzende der FTC, Prof. Dr. Hsu, Huoo-ming²⁴, die FTC sei bereit, mit den festlandchinesischen Antimonopol-Organen zusammen zu arbeiten.²⁵

II. Zielsetzung der Untersuchung

Die Aufgreifkriterien, d.h. Zusammenschlussbegriff²⁶, ist ebenso wie der Begriff der Eingreifkriterien innerhalb der präventiven Fusionskontrolle ein „zentrales Element einer wettbewerblichen Strukturkontrolle“²⁷. Diese befinden sich auch – jeweils versehen mit einem unterschiedlichen Zusammenschlusskatalog – in der europäischen, der deutschen, der taiwanesischen und der festlandchinesischen Fusionskontrolle. Die Bedeutung der Aufgreifkriterien ergibt sich aus ihrer Funktion²⁸: Lediglich solche Zusammenschluss Sachverhalte, die sich unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale subsumieren lassen, dürfen – vorbehaltlich der Umsatzschwelle²⁹ – von der jeweiligen Fusionskontrolle geregelt werden³⁰. Zudem haben die Aufgreifkriterien eine „weiterreichende Funktion“³¹ innerhalb der präventiven Fusionskontrolle, namentlich eine etwaige materielle Prüfung auslösen zu können. Unter dem Gesichtspunkt der Globalisierung der Wirtschaft kann derselbe Zusammenschluss Sachverhalt möglicherweise eine Mehrzahl von Jurisdiktion³² betreffen. Daher stellt die Rechtsvergleichung zu den Aufgreifkriterien einen wichtigen Teilbereich für eine internationale Kooperation und Vereinheitlichung der Fusionskontrolle dar. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung besteht mithin auch darin, durch eine Rechtsvergleichung zwischen den europäischen, den deutschen, den taiwanesischen und den chinesischen

24 Prof. Dr. Hsu, Huoo-ming promovierte bei Prof. Dr. Friedrich-Karl Beier im Jahr 1982 mit dieser Dissertation „Der marken- und wettbewerbsrechtliche Schutz gegen Nachahmung in Taiwan mit Hinweisen auf das deutsche Recht“.

25 Hsu, Huoo-ming, Eröffnungsansprache zur Sitzung über „Rückblick und Zukunft der zwanzigjährigen Durchsetzung des FHG“. Siehe: FTC, Rückblick und Zukunft der zwanzigjährigen Durchsetzung des FHG, S. 2.

26 Paschke, Zusammenschlussbegriff, S. 14; Spangler, Zusammenschluss, S. 15; Landzettel, Unterschiede und Gemeinsamkeiten, S. 29; Glöckner, Kartellrecht, Rn. 641 ff.; Röhling, DB (1973), S. 1585, 1586; Vabender, Das europäische Konzept der Nebenabreden, S. 21.

27 Immenga/Mestmäcker/Körber, Art. 3 FKVO, Rn. 1.

28 Vgl. Paschke, Zusammenschlussbegriff, S. 15.

29 Art. 1 II und III FKVO, § 36 I GWB, § 11 FHG.

30 Vgl. Paschke, Zusammenschlussbegriff, S. 14.

31 Rittner, FS Luther, S. 147.

32 Giradet, Florens, Internationales Fusionskontrollrecht, S. 79 ff.

Aufgreifkriterien deren „Gleichheiten und Verschiedenheiten, die Konsonanzen und Dissonanzen“³³ zu ermitteln.

B. Aufgreifkriterien in den jeweiligen Normtexten

I. Art. 3 FKVO

1. Normtext

Art. 3 FKVO lautet:

- „(1) Ein Zusammenschluss wird dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass
 - a) zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensteile fusionieren oder dass
 - b) eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben.
- (2) Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch:
 - a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
 - b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.
- (3) Die Kontrolle wird für die Personen oder Unternehmen begründet,
 - a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind oder
 - b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.
- (4) Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar.“
- (5) (Ausnahmebestimmung für wettbewerbsneutrale Transaktion).“

33 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 24 f.

2. Tatbestandsstruktur

Der in § 66 I EGKSV³⁴ wurzelte Art. 3 FKVO unterscheidet grundsätzlich zwischen der Fusion und dem Kontrollerwerb. Während Fusionen in der Praxis eine nur untergeordnete Rolle³⁵ spielen, stellt der Kontrollerwerb „die bei weitem häufigste Art des Zusammenschlusses“³⁶ dar. Der Unterschied liegt darin, dass eine Fusion Zusammenschlussverhalte auf gleichgeordneter Ebene betrifft, der Kontrollerwerb demgegenüber grundsätzlich nur Fälle der Über- bzw. Unterordnung erfasst³⁷. Dennoch kann der gleiche Zusammenschluss Sachverhalt in bestimmten Fällen sowohl unter den Tatbestand der Fusion und als auch den des Kontrollerwerbs subsumiert werden³⁸.

II. § 37 GWB

1. Normtext

§ 37 GWB lautet:

„Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

1. Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch
 - a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
 - b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren,

34 Der am 18. April 1951 zu erlassende EGKSV ist mit Wirkung zum 23.7.2002 ausgelaufen und alle Unternehmenszusammenschlüsse unterliegen entweder dem europäischen Recht, besonders der FKVO, oder dem entsprechenden einzelstaatlichen Gesetzen.

35 Mestmäcker/Schweitzer, § 24, Rn. 7; vgl. Schulte/Henschen, Rn. 947.

36 Hirsch/Montag/Säcker/Wessely/Wegner, Art. 3 FKVO, Rn. 14.

37 Immenga/Mestmäcker/Körber, Art. 3 FKVO, Rn. 14; Hirsch/Montag/Säcker/Wessely/Wegner, Art. 3 FKVO, Rn. 14.

38 Vgl. hierzu auch Hirsch/Montag/Säcker/Wessely/Wegner, Art. 3 FKVO, Rn. 14; Immenga/Mestmäcker/Körber, Art. 3 FKVO, Rn. 14 ff.

3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen
 - a) 50 vom Hundert oder
 - b) 25 vom Hundertdes Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstigen Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;
4. Jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund der ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.
 - (2) Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.
 - (3) (Banken-Klausel).“

2. Tatbestandsstruktur

Die nunmehr geltenden Aufgreifkriterien des § 37 GWB sind durch die am 1.1.1999 in Kraft getretene 6. GWB-Novelle neu gefasst worden und haben formell keine wesentliche Änderung in der 7. und 8. GWB-Novelle erfahren. § 37 I GWB ist gekennzeichnet durch die Kombination einer Generalklausel in Nr. 2 und einem Auffangtatbestand in Nr. 4. Daneben bestehen die Einzeltatbestände in Nr. 1 und Nr. 3³⁹. § 37 II GWB normiert eine Einschränkung auf den Zusammenschlussbegriff.

III. § 6 FHG

1. Normtext

§ 6 FHG lautet:

„Die Erfüllung eines der folgenden Tatbestände durch ein Unternehmen gilt als Zusammenschluss im Sinne dieses Gesetzes:

³⁹ Mestmäcker/Veelken, § 37 GWB, Rn. 2.

1. Verschmelzung (Fusion) mit einem anderen Unternehmen
2. Erhaltung oder Erwerb von Anteilen oder Einlagen an einem anderen Unternehmen, wenn dadurch die Anteile oder Einlagen mehr als ein Drittel sämtlicher stimmberechtigter Anteile oder des Gesamtkapitals des anderen Unternehmens erreichen;
3. Übernahme oder Pacht des Betriebs oder des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
4. ständig gemeinsamer Betrieb mit einem anderen Unternehmen oder Übernahme der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens unter dem Auftrag des Letztgenannten;
5. unmittelbare oder mittelbare Kontrolle des Betriebs des Geschäftsbereichs oder der Personalentscheidungen eines anderen Unternehmens.⁴⁰

2. Tatbestandsstruktur

Der FHG-Gesetzgeber verwendet ebenfalls ein Kombinationsmodell, in welchem Einzeltatbestände und Generalklausel nebeneinander stehen⁴¹. Dies ähnelt durchaus z.T. der Vorschrift des § 23 II GWB in der Fassung von 1957⁴².

IV. § 20 AMG

1. Normtext

„Mit Unternehmenszusammenschluss ist gemeint:

- (1) die Fusion von Unternehmen;
- (2) dass Unternehmen mit dem Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögen die Kontrolle über andere Unternehmen erlangen;
- (3) dass Unternehmen durch Verträge oder auf andere Weise die Kontrolle über andere Unternehmen erlangen oder auf andere Unternehmen einen bestimmenden Einfluss ausüben können.“

2. Tatbestandsstruktur

Die Tatbestandsstruktur des § 20 AMG lässt sich in Fusion (Nr. 1), Kontrollerwerb durch Vermögenserwerb und Anteilsrechteerwerb (Nr. 2) Kontrollerwerb bzw. Erwerb eines bestimmenden Einflusses auf ein anderes Unternehmen durch Verträge oder auf andere Weise (Nr. 3) unterteilen. Bei der Ausgestaltung der Aufgreifkriterien i.S.v. § 20 AMG spielte die europäische Erfahrung

40 Vgl. Hasse, Zusammenschlusskontrolle Taiwan, S. 402; Kuo-Ching Wang, Gründung einer Tochtergesellschaft in Taiwan, S. 839.

41 Sanktionsentscheidung der FTC gegen NCP von 14.09.2007.

42 Kuo-Ching Wang, Gründung einer Tochtergesellschaft in Taiwan, S. 839.

für die Bezeichnung ebenso wie für die Tatbestandsstruktur eine entscheidende Rolle⁴³. In dem AMG-Entwurf im Jahr 2003 verwendete man statt des Begriffs der Fusion (Chinesisch: he bing 合并) den „im chinesischen Sprachgebrauch bis dato ganz ungebräuchlichen Begriff der „Unternehmenskonzentration“. Dieser stammt sprachlich betrachtet aus dem europäischen Fusionskontrollrecht, und zwar dessen englischer Fassung. Diese verwendet den Begriff „concentration between undertakings“⁴⁴. Bei ergebnisorientierter Betrachtung hat die Trennung zwischen Nr. 2 und Nr. 3 lediglich formale Bedeutung, weil Vermögenserwerb und Anteilserwerb (Nr. 2) bzw. Verträge oder „in sonstige Weise“ (Nr. 3) als Unterfall des Kontrollerwerbs behandelt werden. Der Tatbestand übernimmt mithin diese Unterfälle wörtlich: „durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise“, vgl. Art. 3 I lit. b) FKVO. Eine weitere formale Abgrenzung ist bedeutungslos; in der Verwaltungspraxis überschneiden sich § 20 Nr. 2 und Nr. 3 AMG immer, so etwa in den Rechtsfällen Youyi/Bailian⁴⁵, Advics/Aisin Seiki⁴⁶, Heihua/Xianglu⁴⁷ und Exxaro/ Tronox⁴⁸.

C. Funktionale Rechtsvergleichung zu den Aufgreifkriterien

I. Funktionalitätsprinzip als Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung

Der o.g. Vergleich ergab, dass Art. 3 FKVO und § 20 AMG größtenteils übereinstimmen, während andererseits § 6 I FHG und § 37 I GWB große Ähnlichkeit haben. Die Gegenüberstellung der einzelnen dargestellten Rechtssätze kann allerdings lediglich als „deskriptive Rechtsvergleichung“⁴⁹ bezeichnet werden, die so auch überall in den chinesischen Kommentaren zum AMG⁵⁰ und z.T. auch in

43 Meery/Chen, RIW 2009 (5), S. 265, 266; Xiaomin Fang, ZWeR 4/2008, S. 385, 394; Xiaofei Mao/Tobias Glass, ZWeR 1/2008, S. 89, 101.

44 Wang Xiaoye, (2011), S. 262; Mao Xiaofei,/Tobias Glass, ZWeR 1/2008, S. 89, 93; Maseli, Handbuch, S. 85.

45 Freigabe-Auflistung Nr. 154.

46 Freigabe-Auflistung Nr. 74.

47 Freigabe-Auflistung Nr. 288.

48 Freigabe-Auflistung Nr. 364.

49 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 6.

50 Im von der Gesetzesabteilung des MOFCOM herausgegebenen Kommentar werden die Zusammenschlusstatbestände der europäischen, deutschen, taiwanesischen, japanischen, koreanischen, finnischen, polnischen, schwedischen, russischen, ungarischen sowie kanadischen Regelungen einander gegenübergestellt, vgl. dort S. 176–183. Vgl. auch, Shi Jianzhong, Shi Jianzhong, Kommentar zum AMG, S. 257ff.

anderen rechtsvergleichenden Untersuchungen zum FHG⁵¹ verwendet werden. Die Rechtssätze als solche ergeben kein eindeutiges Ergebnis bei der Ermittlung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten hinsichtlich der Aufgreifkriterien bzw. hinsichtlich der Anmeldung eines zu überprüfenden Zusammenschlussvorhabens.

Die eigentliche Rechtsvergleichung, die die Funktionalität als das methodische Grundprinzip⁵² ansieht, „geht nicht von einem einheimischen Rechtssatz, von einem einheimischen Normenkomplex, etwa einer Rechtsinstitution, oder von einem geschlossenen einheimischen Rechtsgebiet aus und stellt diesen Dingen die entsprechenden fremden Rechtssätze, Normenkomplex, Rechtsinstitution oder Rechtsgebiete gegenüber“, sondern „nimmt auf einen konkreten Lebenssachverhalt oder auf ein konkretes Rechtsproblem Bezug und fragt, welche materielle Lösung für diesen Sachverhalt oder für dieses Rechtsproblem in den verschiedenen Rechtsordnungen vorgesehen ist.“⁵³ Hinsichtlich der Aufgreifkriterien sollen die Zusammenschluss-sachverhalte der Anknüpfungspunkt⁵⁴ sein.

II. Makrovergleich: Kartellbehörde und Konkretisierungsmethode

Nach der Auffassung von Zweigert/Kötz lässt sich die Rechtsvergleichung zwischen Makro- und Mikrovergleichung⁵⁵ unterteilen, wobei die Grenze zwischen beiden durchaus „fließend (ist), und (es) vielfach für die vergleichende Arbeit auf diese Form nicht ankommt, weil die eine ohne die andere praktisch nicht durchgeführt werden kann. Denn dass ein bestimmtes Einzelproblem in einer ausländischen Rechtsordnung so und nicht anderes gelöst wird, lässt sich oft nur dann verstehen, wenn man auch die Verfahren mit bedenkt, in denen die maßgeblichen Regeln in der Praxis durchgesetzt werden müssen.“⁵⁶ Die Rechtsvergleichung der Aufgreifkriterien als Mikrovergleichung bedarf mithin u.a. wegen der generalklauselartigen Aufgreifkriterien der über das jeweilige Einzelproblem

51 Hasse hat einen „direkten Vergleich“ zwischen taiwanesischen und deutschen Zusammenschlusstatbeständen gemäß dem Zusammenschlusskatalog vorgenommen. Hasse, Zusammenschlusskontrolle Taiwan, S. 102 ff.

52 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33.

53 Sandrock, Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, S. 67. Auch Vgl. Yeong-Chin Su, Sozialer Hintergrund der Verfassungskontrolle, S. 11; Zweigert/ Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33; Rösler, JuS 1999, S. 1186.

54 Vgl. Kögel, Die Angleichung, S. 56 ff.

55 Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 4.

56 Zweigert/ Kötz, Rechtsvergleichung, S. 5.

hinausgehenden Makro⁵⁷. Dort stehen ein Konkretisierungsmechanismus und die Konkretisierungsmethoden wegen der generalklauselartigen und daher ausfüllungsbedürftigen Aufgreifkriterien im Mittelpunkt (Teil 2).

1. Konkretisierungsmechanismus

(1) Konkretisierungsträger

a. Rechtsprechung als „endgültige Konkretisierungsträger“

Das verwirklichte Recht ist immer „eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht“⁵⁸. Das sich durch Gesetzesauslegung oder Rechtsfortbildung herausbildende Richterrecht, insbesondere „landmark decisions“, trägt von Gerichten zur Konkretisierung bzw. Rechtssicherheit im Sinne von Vorherbarkeit bei.⁵⁹ Etwa seit der grundlegenden Höfner-Entscheidung vom EuGH⁶⁰ wird ein Unternehmen im Rahmen des Wettbewerbsrechts als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“⁶¹, definiert. In diesem „Grundsatzurteil“⁶² des BGH „Mischwerke“⁶³ vom 01.10.1985 hat der BGH festgestellt, dass Gemeinschaftsunternehmen zugleich als Kartell und Zusammenschluss angesehen werden. Rechtsprechung als letztendgültiger Konkretisierungsträger kann durch Nachprüfung zur Verwaltungsentscheidung der Kartellbehörde die „ungerechte“ Konkretisierung der Verwaltungsentscheidung modifizieren⁶⁴ oder die gerechte Konkretisierung verstärken oder ein neues „gerechtes“ Konkretisierungsergebnis schaffen. Diese Befugnis geschieht insbesondre

57 Etwa die drei Kartellbehörde Chinas, das MOFCOM, die NCDR, SAIC erschwert das Abgrenzungsproblem zwischen Zusammenschlusskontrolle und Kartellverbot bei der Gründung eines GU usw.

58 Säcker/ Rixecker /Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB (Bd. I), Einleitng, Rn. 76.

59 Rauschenbach, Verwaltungsermessen und richterliche Kontrolle, S. 63 ff.

60 EuGH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, 2016 Rn. 21-Hönfer.

61 EuGH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, 2016 Rn. 21-Hönfer; EuGH, C-159/91, Slg. 1993, I-637, 669 Rn. 17-Poucet und Pistre; EuGH, C-364/92, Slg. 1994, I-43, 61 Rn. 18-„Eurokontrol“. EuGH, C-244/94, Slg. 1995, I-4013, 4028 Rn. 14-Fédération française des sociétés d'assurance; EuGH, C-55/96, Slg. 1997, I-7119, 7147 Rn. 21-Job Centre.

62 Immenga, ZHR 150(1986), S. 366 – 373.

63 BGH WuW/E 2169 „Mischwerke“ = BGHZ 96, 69 ff.

64 Diese „ungerechte“ oder „gerecht“ ist unter dem gerichtlichen Aspekt zu betrachten.

darin, ob die Verwaltungsentscheidung der Gesetzmäßigkeit unterliegt oder ihre „Selbstbindung“ eingehalten hat⁶⁵.

b. Verwaltungsbehörde als hauptsächliche Konkretisierungsträger

Die Verwaltungsbehörde steht als wichtigster Konkretisierungsträger im Mittelpunkt und wird bei der Erörterung der Karllbehörde eingegangen. Zum einen ist die Verwaltungspraxis gewissermaßen „Auslöser“ bzw. „Pionier“ der Konkretisierung; ohne sie kommt die Rechtsprechung selten direkt zur Anwendung. Zum anderen ist die Kontrolle der Verwaltungspraxis durch die Rechtsprechung in den meisten Fällen lediglich potentieller bzw. präventiver Natur⁶⁶, denn die Anwendung der gerichtlichen Leitsätze, insbesondere von sog. „landmark decisions“ durch die Verwaltung reduzieren ihrerseits die Notwendigkeit der Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit.⁶⁷ Insoweit verwundert es in der deutschen Rechtsprechung nicht, dass im Kartellsenat seit jeher weit weniger Sachen zur Entscheidung anstehen als in einem vergleichbaren Zivil- und Strafsenat⁶⁸.

Bis heute wird keine Verwaltungsklage gegen Entscheidung der Fusionskontrolle des MOFCOM vor Gericht Chinas erhoben. Einerseits muss gemäß § 53 I AMG der Klageweg gegen Verwaltungsentscheidung des MOFCOM vor allem durch die antragsbedürftige Verwaltungsprüfung beim MOFCOM erfolgen; wenn der Kläger der erneuten Verwaltungsentscheidung nicht unterwerfen will, danach kann die Verwaltungsklage vor Gericht erhoben werden. Andererseits ist die gerichtliche Kontrolle zur Verwaltungshandeln allerdings wegen der überwiegenden Stellung des Verwaltungssystems zur Gerichtbarkeit in der Machtstruktur gescheitert.

65 In den Fällen *Airtours/First Choice*, *Schneider Electric/Kommission* und *Tetra Laval/Sidel* übten die Richter des Europäischen Gerichts Erster Instanz auch eine Fundamentalkritik gegen die Kommission aus, dass die Verbotsentscheidungen der Kommission keinen Bestand haben, und warfen der Kommission in allen zitierten Entscheidungen vor, unsystematisch mit der empirischen Evidenz umgegangen zu sein und vor allem die ökonomische Theorie nicht konsistent angewandt zu haben. Dazu Voigt/ Schimdt, WuW 9/2003, 897, 897.

66 Ein auffälliger Beispielfall ist die Zuständigkeitsmitteilung der Europäischen Kommission. Dazu siehe Teil 2 A I 3.

67 Rauschenbach, *Verwaltungsermessens und dessen richterliche Kontrolle*, S. 61, S. 64.

68 Hill, *Zur Rechtsprechung des Kartellsenats*, S. 173, 174.

(2) Unabhängigkeit und Transparenz

Das Kartell- bzw. Fusionskontrollrecht richtet sich gegen eine zu große wirtschaftliche Machtkonzentration, insbesondere gegen potenziell monopolistische Unternehmen. Solche verfügen in der Regel über einen hohen Einfluss auf weitere am Markt tätige Unternehmen, Behörden, Abnehmer, Angestellte usw. bzw. z.T. sogar diverse soziale Beziehungen, die über die genannten privatrechtlichen hinausgehen⁶⁹. Insbesondere bei der Fusionskontrolle handelt es sich um eine Kombination von wirtschaftlichen und politischen Interessen. Dabei versteht sich von selbst, dass wirtschaftliche letztlich auch politische Macht bedeutet⁷⁰ und sich negativ auf das politische Gemeinwesen, auf Gesetzgeber und Legislative⁷¹ sowie auf Verwaltungsbehörden auswirken kann. Beim Kartellrecht spricht man daher innerhalb der Gesamtrechtsordnung oft offen von „Politikaffinität“⁷² oder auch von „einem ausgesprochen politischen Recht“⁷³. Die Unabhängigkeit und die Transparenz der Entscheidung bringen eine Selbstbindung mit sich und müssen daher in der jeweiligen Jurisdiktion erörtert.

2. Konkretisierungsmethoden

(1) Begriff der Auslegung

a. Auslegung als Konkretisierung

Eine Auffassung vertritt, Konkretisierung sei also etwas anderes als Auslegung⁷⁴ oder „weniger Analyse, Reproduktion, Explizitmachen‘ einer schon „implizit‘ vorgegebenen Rechtssubstanz, ‚Erkennen des Erkannten‘, vielmehr „Synthese, Produktion, rechtsgestaltende Neubildung, Neuerkennen des Unerkannten“⁷⁵. Diese Auffassung findet keine Mehrheit. Nach überwiegender Meinung⁷⁶ können Auslegung

69 Homburger, Wirtschaftsmacht, S. 29.

70 Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 17 sowie S. 332; Emmerich, Kartellrecht, S. 3; Glöckner, Kartellrecht, S. 27; Grosser, D., in: Der Bürger im Staat 4/1973, S. 233.

71 Immenga, Marktrecht, in: Walter Hadding (Hrsg), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, S. 228. Vgl. Jäckering, Die politischen Auseinandersetzungen; Rieder, Die Vierte Kartellgesetznovelle.

72 Nolte, Beurteilungsspielräume, S. 10.

73 Rauschenbach, Verwaltungsermessens und dessen richterlicher Kontrolle, S. 61.

74 J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 73.

75 D. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, S. 100 f.

76 F. Bydliniski unterscheidet nicht zwischen Konkretisierung und Auslegung und spricht davon: „Im Rahmen der Auslegung, besser Konkretisierung von Generalklauseln...“; F. Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 583. Dirk Ehlers vertritt, „Rechtauslegung, Konkretisierung und -anwendung lassen sich oftmals nicht eindeutig

und Konkretisierung synonym verwendet werden und Konkretisierung ist als eine „Art der Auslegung“⁷⁷ bzw. als „unmittelbare Erstkonkretisierung“⁷⁸ anzusehen. Das europäische Primärrecht differenziert auch nicht zwischen Auslegung und Konkretisierung. Der Begriff „Auslegung“ i.S.v. Art. 267 I AEUV⁷⁹ wird als Oberbegriff für die Rechtsprechung bezeichnet.⁸⁰ und beim EuGH ist die Rede von „Auslegung“. In den deutschen Rechten hatte sich das BVerfG im Lüth-Urteil⁸¹ mit der „Auslegung und Anwendung“ zivilrechtlicher Generalklauseln auseinandergesetzt und war auch dem BGH gefolgt⁸².

b. Einzelfallbezogenheit der Auslegung

In dem deutschen⁸³ und taiwanesischen⁸⁴ Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass die Gesetzesauslegung in einem wesentlichen Zusammenhang mit dem Charakter der Fallbezogenheit steht. Neben der einzelfallbezogene Auslegung existieren nach GGG und BBGA im Festlandchina eine nicht einzelfallbezogene, aber gesetzgebende Auslegung: nämlich Gesetzgebungsauslegung und Justizauslegung

auseinanderhalten. Ferner enthält fast jede Rechtsauslegung ein schöpferisches Moment, was es schwermacht, Auslegung und Konkretisierung voneinander zu trennen“; Erichsen/Ehlers/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 2, Rn. 16; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 67 ff.; Heiderhoff, Grundstrukturen, S. 125 ff.; Schmidt, Konkretisierung von Generalklauseln, S. 30.

77 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 165.

78 H. W. Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklausel, S. 57 ff.

79 Art. 267 I AEUV lautet, „Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung a) über die Auslegung der Verträge, b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union,.....“

80 Dazu siehe Schmidt, Konkretisierung der Generalklauseln, S. 30.

81 BVerfGE 7, 198 (206)-Lüth.

82 Vgl. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, S. 131, Fn. 46.

83 Larenz hielt dafür, „Auslegen.....ist, ein vermittelndes Tun, durch das sich der Auslegende den Sinn eines Texts, der ihm Problematisch geworden ist, zum Verständnis bringt. Problematisch wird dem Anwender der Normtext im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Norm gerade auf einen derartigen Sachverhalt.“ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. S. 14 f.; darin stellt Engisch weitere ausdrücklich fest, dass „Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreteren Fall Bezug hat, am Konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat.“ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 65 ff.

84 Mao-zong Huang, Methode der Rechtswissenschaft und das mordene Zivilrecht, S. 252.

sowie Verwaltungsauslegung, deren Rechtsverbindlichkeit gleich einem Gesetz zukommt.⁸⁵ Zur „Konkretisierung“ des § 50 AMG⁸⁶ verabschiedete der Oberste Volksgerichtshof Chinas am 08.05.2012 „Einige Bestimmungen über Rechtsanwendung des aus Monopolverhalten resultierenden Zivilstreits“, in deren 16 Artikel Klageerhebung und ihre Annahme, Zuständigkeit, Beweisverantwortungsverteilung, Beweise und Zivilhaftung sowie Klageverjährungsfrist ausführlich geregelt werden⁸⁷. Seit 2008 hat das MOFCOM einschließlich des SAIC und der NCDR vielen Verwaltungsauslegungen durch Ministeriumsregelungen⁸⁸. Diese gesetzgebenden Auslegungen laufen in die Gefahr, dass die Grenzlinie insbesondere zwischen Gesetzgeber und Gericht nicht mehr festgehalten werden kann, obwohl sie teilweise die Nachfrage nach der „Konkretisierung“ der abstrakten Regelung decken. Solche „Auslegungen“ kommen in Folgend nicht in Betracht.

(2) Auslegungsmethodik

Im Weg der Begriffsbildung der Aufgreifkriterien stehen den nationalen Gesetzgebern Kasuistik und Generalklausel zur Verfügung. Engisch⁸⁹ bezeichnet „Kasuistik“ eine Ausgestaltung des gesetzlichen Tatbestands (als Inbegriff der Voraussetzungen, die die gesetzliche Rechtsfolgeanordnung bedingen), die die besondere Fallgruppe in ihrer spezifischen Eigenart umschreibt. In den Aufgreifkriterien zeichnet sich die Kasuistik durch § 37 I Nr. 3 GWB (25% oder 50%) und § 6 I Nr. 2 FHG (25%) aus. Die Generalklausel basiert hingegen im wesentlichen auf qualitativen Kriterien, insbesondere auch auf unbestimmten oder verallgemeinernden Begriffen und finden sich übergreifend den Aufgreifkriterien.⁹⁰ Generalklauseln und unbestimmte ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe machen den in Recht und Wissenschaft traditionell verwendeten Subsumtionsvorgang des „Syllogismus“ bisweilen unmöglich und überfordern das Fassungs- und Subsumtionsvermögen der Rechtsanwender⁹¹. Die Rechtsanwendung der Kartellbehörde wird allerdings von ernsthaften Warnungen vor den Gefahren

85 Yongliu Zheng, Das Wirtschaftsrecht Chinas, S. 42.

86 § 50 AMG lautet, „Verursacht ein Unternehmen durch sein Monopolverhalten die Schäden gegen anderen, muss dieses Unternehmen Zivilhaftung halten.“

87 Xiaofei Mao, ZWeR 3/2012, S. 349 ff.

88 Dazu siehe H. Stephen Harris u.a., Anti-Monopoly Law and Practice in China, S. 371 ff.

89 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., S. 213.

90 Etwa „Kontrollerwerb“ i.S.v. Art. 3 I lit. b, II und III FKVO, § 37 I Nr. 3 GWB, § 6 Nr. 5 FHG und § 20 AMG sowie der Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses i.S.v. § 37 I Nr. 4 GWB.

91 Günther, FS Hartmann, S. 123, 123.

einer Generalklausel begleitet⁹², sodass „Prognosen über die kartellrechtlichen Aussichten einer Fusion“ „häufig Hochseilakte ohne Netz“ sind⁹³. Daher ist in der vorliegenden Arbeit auch die Auslegungsmethodik zu erörtern.

III. Mikrovergleichung: Auswahl des Rechtsvergleichungspunkts

Wegen der mannigfaltigen und unübersehbaren Zusammenschlussformen ist es praktisch unmöglich und zudem auch nicht notwendig, eine komplette Rechtsvergleichung aller möglichen Zusammenschlussverhältnisse im europäischen, deutschen, taiwanesischen sowie chinesischen Fusionskontrollrecht in dieser Arbeit durchzuführen. Diese Arbeit konzentrierte sich daher nur auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ der jeweiligen Zusammenschlusskataloge, die auch in der Praxis am häufigsten vorkommen: Fusion (Teil 3), Kontrollerwerb (Teil 4), Gründung eines GU (Teil 5), Anteils- und Anteilsrechtserwerb (Teil 6) sowie Vermögenserwerb (Teil 7).

1. Fusion

Die rechtliche Fusion (Verschmelzung) führt unmittelbar zur Verminderung der Wettbewerber und stellt daher den stärksten wettbewerblichen Einfluss auf den Markt dar. Folglich findet sich die Fusion in den jeweiligen Fusionskontrollrechten an erster Stelle der Zusammenschlusskataloge, vgl. etwa Art. 3 I lit. a) FKVO, § 6 I Nr. 1 FHG, § 20 Nr. 1 FHG. Überdies wird die wirtschaftliche Fusion, etwa im sog. Gleichordnungskonzern bzw. bei der Überkreuzungsbeteiligung in Rahmen der jeweiligen Aufgreifkriterien untersucht.

2. Kontrollerwerb

Wegen der Unübersehbarkeit der Zusammenschlussformen erfasst der Kontrollerwerb als materialer Begriff alle anderen Zusammenschlussformen, die nicht Anteilserwerb, Gründung eines GU oder Vermögenserwerb umfassen.

92 Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 58. Vgl. Weber, AcP 192, S. 156, 520 ff.

93 Moosecker, GRUR 1978, 517, 517.

3. Anteils- bzw. Anteilsrechtserwerb

Der Anteilsrechtserwerb oder der Anteilserwerb ist in der europäischen⁹⁴, deutschen⁹⁵, taiwanesischen⁹⁶ und chinesischen Praxis⁹⁷ die am häufigsten vorkommende und mithin auch bedeutsamste Zusammenschlussform. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass „an der Quelle“⁹⁸ die Möglichkeit der Einwirkung auf die wettbewerblichen/strategischen Entscheidungen des Unternehmens gewährt wird.

4. Gründung von GU

Die Gründung von GU ist bereits seit langem zu den wichtigsten Organisationsformen für Unternehmensverflechtungen auf nationaler und internationaler Ebene⁹⁹. Dementsprechend kommt der Gründung von GU eine herausragende Bedeutung in der jeweiligen¹⁰⁰ Fusionskontrolle zu und die Prüfung von GU stellt immer die größte Gruppe dar. Jedoch verläuft die Gründung von GU immer in die Grauzone zwischen Struktur- und Verhaltenskontrolle. Im modernen Kartellrecht lässt sich mindestens zwischen Marktverhaltenskontrolle und Marktstrukturkontrolle unterscheiden, und dementsprechend werden erhebliche verfahrens- und materiellrechtliche Unterschiede zwischen den Regelungsbereichen der Fusionskontrolle und des Kartellverbots vorgenommen¹⁰¹. Die Rechtsfigur eines GU als klassisches Beispiel zwischen Kartellverbot und Fusionskontrolle wird in der Rechtspraxis immer als „Ewigkeitsthema“¹⁰² aber „weiterer neuralgischer Punkt“¹⁰³ bezeichnet.

94 Zuständigkeitsmitteilung, Rn. 17; Wenz, Der Begriff der Kontrolle, S. 150; Staudenmayer, Zusammenschlussbegriff, S. 87.

95 Paschke, § 37 GWB, FK, Rn. 38.

96 Hasse, Zusammenschlusskontrolle Taiwan, S. 194.

97 Nach der Statistik des MOFCOM belegte der Anteilrechtserwerb im Jahr 2010, 2011 jeweils 60% und 62%. http://www.mofcom.gov.cn/article/zt_jzzcflnh/lanmutwo/201301/20130100003607.shtml, (eingesehen am 03.11.2013).

98 Wenz, Der Begriff der Kontrolle, S. 43.

99 Mestmäcker, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, in: Mestmäcker/Blaise/Donaldson, Gemeinschaftsunternehmen im Konzern- und Kartellrecht, S. 9.

100 Etwa für Europa siehe Mäger/Mäger, S. 420; Löffler, S. 163, Rn. 31.

101 Schulte/Crede, in: Handbuch Fusionskontrolle, S. 45, Rn. 163 ff.

102 Schmidt, FS Sacker, S. 949.

103 Sacker, FS Canenbley, S. 397, 405.

5. Vermögenserwerb

Der Vermögenserwerb kann auch zur Marktstruktur führen und seit dem Celler-Kefauver Act im Jahr 1950¹⁰⁴ gilt der Vermögenserwerb als eine „klassische“¹⁰⁵ Zusammenschlussform und wird auch von der europäischen, deutschen, taiwanesischen sowie festlandchinesischen Fusionskontrolle erfasst.

104 Näher siehe Spangler, S. 97ff.

105 Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23, Rn. 21.