
Internationalrechtliche Aspekte des Wettbewerbsrechts am Beispiel des Boeing-Falles

Evelyne Tichadou*

Inhalt

I. Einleitung	61
II. Die EU-Kommission und außerhalb der EU vollzogene Fusionen: Grundlage und Bereich ihrer Zuständigkeit	63
1. Entstehungsgeschichte der Fusionskontroll-Verordnung	63
2. Systematik der Fusionskontroll-Verordnung	64
3. Die „extraterritoriale“ Zuständigkeit der EG-Kommission im Bereich der Fusionskontrolle	67
III. Konkurrierende Zuständigkeiten in Wettbewerbssachen: von kollidierenden nationalen Bewertungen zur internationalen Zusammenarbeit	70
IV. Perspektiven	76

I. Einleitung

In den Monaten Mai und Juni des Jahres 1997, also genau vor zwei Jahren, machten Titel wie „Sturm über dem Atlantik“¹, „Droht nun ein transatlantischer Handelskrieg?“² Schlagzeilen in der Wirtschaftspresse.

* Dr. Evelyne Tichadou, LL.M. (Tulane), Referentin am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg und Lehrbeauftragte am Europa-Institut der Universität des Saarlandes.

Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 4. Mai 1999 im Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, gehalten hat. Die Vortragsform wurde im wesentlichen beibehalten. Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasserin wieder.

¹ *De Jonquières*, Storm over the Atlantic, Financial Times v. 22.5.1997, S. 1.

² *Hort*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28.5.1997, S. 16.

Ursache dieser Aufregung war der geplante Zusammenschluß der beiden größten amerikanischen Flugzeughersteller, Boeing und McDonnell Douglas.

Entzündet hatte sich die Polemik, als die Europäische Kommission den Anspruch erhob, den geplanten Zusammenschluß anhand der europäischen Bestimmungen über die Fusionskontrolle zu prüfen.

Handelsstreitigkeiten mit den USA sind den Europäern nicht unbekannt. Der Boeing-Fall unterscheidet sich jedoch von den üblichen Auseinandersetzungen mindestens in zwei Punkten.

Bemerkenswert ist zum einen die wirtschaftliche und politische Bedeutung des Streitgegenstands. Diesmal ging es nicht um hormonbehandeltes Fleisch, um Sojabohnen oder um Bananen. Mit kaum einem anderen Exportartikel wie mit Flugzeugen werden soviel politisches und nationales Prestige, so viele militärische und industriestrategische Interessen verbunden.

Bemerkenswert ist zum anderen die Rollenverteilung zwischen den Streitparteien. Handelsstreitigkeiten mit den USA hatten sich bis dahin meist an dem Versuch der Vereinigten Staaten, amerikanisches Recht auch jenseits der eigenen Grenzen durchzusetzen, entzündet. Die 1996 verabschiedeten *Helms-Burton-* und *D'Amato-*Gesetze, die europäische Unternehmen zwingen sollten, sich dem amerikanischen Boykott gegen Kuba, Iran und den Irak anzuschließen, sind noch in Erinnerung.³ Als das für Wettbewerbspolitik zuständige Mitglied der Europäischen Kommission *Karel van Miert* Boeing offiziell eine lange Liste von Einwänden gegen den geplanten Zusammenschluß mit McDonnell schickte, fühlten sich die Amerikaner an ihre eigenen Bestrebungen erinnert, extraterritorial tätig zu werden.

Die Lage spitzte sich im Juli zu. Am 1. Juli beschloß die *Federal Trade Commission* (im folgenden *FTC*), die US-Wettbewerbsbehörde, der geplanten Fusion zuzustimmen. Doch die Europäische Kommission ließ wissen, daß diese Entscheidung keinen Einfluß auf ihr eigenes Prüfungsergebnis haben könne.

Drei Wochen lang drohte die EU-Behörde mit einem negativen Beschluß, wenn Boeing sich nicht zu gewissen Zugeständnissen bereit erklären würde. „*Threat of Trade War Over Boeing Reflects Antitrust Limitations, Clinton Hints at Retaliation as US-EU Cooperation on Probe Breaks Down*“, meldete das *Wall Street Journal*.⁴

Der Schlußakt vollzog sich am 23. Juli. Es war ein „happy end“. An jenem Tag erklärte die europäische Kommission den Zusammenschluß von Boeing und McDonnell für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar. Voraussetzung war je-

³ *Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung, *EuZW* 1997, S. 423; *Stern*, Les lois Helms-Burton et d'Amato - Une analyse politique et juridique, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, 1997, Nr. 363.

⁴ *Coleman*, *Wall Street Journal* v. 18.7.1997, S. 1.

doch, daß Boeing bestimmte Bedingungen und Auflagen, mit denen das Unternehmen sich einverstanden erklärt hatte, erfüllen würde.⁵

Der Fall hat viele Fragen rechtlicher und wirtschaftlicher Natur aufgeworfen und wird im nachhinein in unterschiedlicher Weise bewertet. Nachstehend soll auf zwei juristische Aspekte näher eingegangen werden. Zum ersten, wie kam die Europäische Kommission überhaupt dazu, sich mit einem – auf den ersten Blick – rein amerikanischen Vorgang zu befassen? Zum zweiten, wie können bei konkurrierenden Zuständigkeiten von Wettbewerbsbehörden kollidierende Entscheidungen vermieden werden?

II. Die EU-Kommission und außerhalb der EU vollzogene Fusionen: Grundlage und Bereich ihrer Zuständigkeit

Grundlage für das Tätigwerden der Europäischen Kommission war die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, vom 21. Dezember 1989, über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im folgenden Fusionskontroll-VO)⁶.

1. Entstehungsgeschichte der Fusionskontroll-Verordnung

In diesem Zusammenhang darf daran erinnert werden, daß im Gegensatz zum EGKS-Vertrag⁷ der EWG-Vertrag keine Fusionskontrollvorschriften beinhaltet und daß die Bemühungen der Kommission um die Einführung einer solchen Kontrolle jahrelang auf den hartnäckigen Widerstand der Mitgliedstaaten gestoßen sind. Diese befürchteten nämlich, daß mit der Einführung einer Gemeinschaftskontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ein wichtiger Teil ihrer eigenen wirtschaftspolitischen Autonomie verloren gehen würde.⁸

Daß die Kommission Ende der 80er Jahre Erfolge in der Fusionskontrolle verzeichnen konnte, kann auf drei wesentliche Faktoren zurückgeführt werden: erstens, auf die damals explodierende Zahl von grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen; zweitens auf eine allgemein gesteigerte Aktivität des Gemeinschaftsgesetzgebers im Hinblick auf das Binnenmarktprogramm und drittens auf eine diskrete, aber effektive Unterstützung durch den Europäischen Gerichtshof. Dieser hatte nämlich im sogenannten „Philip-Morris-Urteil“, das im

⁵ Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, ABl. Nr. L 336 v. 8.12.1997, S. 16 (*Boeing/Mc Donnell Douglas*).

⁶ ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 1. Berichtigte Fassung ABl. Nr. L 257 v. 21.9.1990, S. 13.

⁷ Hierzu *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, 1992, S. 120 ff.

⁸ *Caspari/Schwarz*, Europäische Fusionskontrolle – Ein Historienspiel, in: Wettbewerb als Herausforderung und Chance, Festschrift für Benisch, 1989, S. 383.

Jahre 1987 gefällt wurde, Art. 85 (jetzt Art. 81) des EG-Vertrages (das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen, sogenanntes Kartellverbot) im Fall des Erwerbes einer Minderheitsbeteiligung für anwendbar gehalten, was daraufhin für heftige Diskussionen sorgte.⁹ Nach dieser *landmark decision* konnte die Kommission in ihren informellen Kontakten mit Unternehmen diese Rechtsprechungsansätze als eine Art Drohung benutzen, nach dem Motto „wenn ihr eure Vorhaben nicht dahin und dahin ändert, dann werden wir eure Pläne an Art. 85 messen“.¹⁰

Die Angst vor einer sich frei entwickelnden richterlichen Fusionskontrolle hat somit entscheidend dazu beigetragen, daß sich die EG-Mitgliedstaaten am 21. Dezember 1989 auf die bereits erwähnte Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen geeinigt haben. Seit der Vorlage des ersten Entwurfes der Kommission waren immerhin 13 ½ Jahre vergangen.¹¹

2. Systematik der Fusionskontroll-Verordnung

In dem von der Fusionskontroll-VO geschaffenen System¹² besitzt die Kommission die alleinige Zuständigkeit für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung (sogenannter „one stop shop“ oder „guichet unique“).¹³

⁹ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Rdnr. 37 ff. (*BAT und Reynolds*). Hierzu: *Riesenkampf*, Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 17.11.1987 (»Philip Morris«), WuW 1988, S. 465; *Schödermeier*, Auf dem Weg zur europäischen Fusionskontrolle, WuW 1988, S. 185; *Steindorff*, Kooperativer Unternehmenszusammenschluß und Kartellverbot - Erste Bemerkung zum Rothmans-Morris-Urteil des EuGH, ZHR 1988, S. 57; *von Winterfeld*, EG-Fusionskontrolle durch Richterrecht?, RIW 1988, S. 958. Adde: *Brown*, The Philip Morris Case, The Journal of Business Law 1988, S. 351 ff., 432 ff., 514 ff.; *Friend*, Controlling Mergers, European Law Review 1988, S. 189; *Korah/Lasok*, Philip Morris and its Aftermath - Merger Control?, Common Market Law Review 1988, S. 333.

¹⁰ So das damals für Wettbewerbspolitik zuständige Mitglied der Europäischen Kommission *Sutherland*, Wall Street Journal v. 8.11.1987, zitiert nach *Krimphove*, (Fn. 7), S. 159.

¹¹ *Ruppelt*, Der Verordnungsentwurf für eine europäische Fusionskontrolle im EG-Ministerrat, WuW 1989, S. 187; *Sauter*, Ein Nachwort zur europäischen Fusionskontrolle, in: Festschrift für Quack, 1991, S. 657.

¹² Hierzu allgemein: *Feldmann*, Die europäische Fusionskontrolle - Ein Überblick für die Praxis, WRP 1990, S. 577; *Heitzer*, Die europäische Fusionskontrollverordnung: der Schlußstein einer europäischen Wettbewerbsordnung?, in: Festgabe für Lemper, 1994, S. 213; *Hölzer*, EG-Fusionskontrolle: Konzepte und Konsequenzen, WM 1990, S. 489; *Kirchhoff*, Europäische Fusionskontrolle, BB 1990, Beilage 14, S. 1; *Koch*, Die neuen Befugnisse der EG zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, EWS 1990, S. 65; *Niederleithinger*, Grundfragen der neuen europäischen Zusammenschlußkontrolle, EWS 1990, S. 73; *Tilmann*, Zur EG-Fusionskontroll-VO 1989, in: Festschrift für von Gamm, 1990, S. 663; *Weitbrecht*, Zusammenschlußkontrolle im europäischen Binnenmarkt, EuZW 1990, S. 18. Adde: *Fédération internationale pour le droit européen*, Le contrôle des concentrations, Rapports pour le 14ème congrès, 1990, volume III.

¹³ Der Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Interessen wird jedoch durch verschiedene Vorschriften der Verordnung Rechnung getragen. Gemäß Art. 9 - der auf Wunsch der deutschen Delegation aufgenommen wurde - kann z.B. die Kommission unter bestimmten Umständen einen angemeldeten

Der Begriff Zusammenschluß wird in Art. 3 der Verordnung definiert: Er umfaßt Verschmelzungen (Fusionen), Übernahmen und Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen.¹⁴

Die Fusionskontroll-VO sieht ein zweistufiges Verfahren vor, das in einer durch die Kommission erlassenen Durchführungsverordnung näher geregelt ist.¹⁵

Geplante Zusammenschlüsse, die in den Anwendungsbereich der Fusionskontroll-VO fallen, müssen bei der Kommission angemeldet werden.¹⁶ Die Kommission muß sodann nach einer ersten Prüfung, die innerhalb eines Monats zu erfolgen hat, eine erste Beurteilung vornehmen. Dabei kann sie feststellen:

- daß kein gemeinschaftsrechtlicher Bezug gegeben ist (das Vorhaben fällt nicht in den Bereich der Verordnung)
- oder daß der Zusammenschluß genehmigt wird
- oder daß sie ernsthafte Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt hegt.¹⁷

Im letzteren Fall muß die Kommission umgehend ein Verfahren eröffnen, das dann in weiteren vier Monaten abgeschlossen sein muß. Die Schlußentscheidung kann eine Genehmigung, eine Genehmigung unter Auflagen oder Bedingungen

Unternehmenszusammenschluß an die zuständige Behörde eines Mitgliedstaates zurückverweisen. Umgekehrt kann gemäß Art. 22 ein Zusammenschluß, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, auf Antrag eines Mitgliedstaates bzw. auf gemeinsamen Antrag mehrerer Mitgliedstaaten, ebenfalls unter bestimmten Bedingungen der europäischen Fusionskontrolle unterzogen werden. Vgl. *Heidenbain*, Europäische Fusionskontrolle für Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung, EuZW 1990, S. 84.

Die einschlägigen Voraussetzungen für eine Rückverweisung an einen Mitgliedstaat bzw. für eine Verweisung an die Kommission sind durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 v. 30.6.1997 zur Änderung der Fusionskontroll-VO (ABl. Nr. L 180 v. 9.7.1997, S.1) gelockert worden. Vgl. *Baron*, Die neuen Bestimmungen der europäischen Fusionskontrolle, WuW 1997, S. 579; *Hirsbrunner*, Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung, EuZW 1998, S. 69.

¹⁴ Vgl. die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Fusionskontroll-VO, ABl. Nr. C 66 v. 2.3.1998, S. 5. Hierzu *Hirsbrunner*, Neue Durchführungsbestimmungen und Mitteilungen zur EG-Fusionskontrolle, EuZW 1998, S. 613 (616).

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1.3.1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 61 v. 2.3.1998, S. 1. Hierzu *Hitzler*, Die europäische Fusionskontrolle kann beginnen, EuZW 1990, S. 369.

¹⁶ Art. 4. Vgl. *Drauz/Schroeder*, Praxis der europäischen Fusionskontrolle, 3. Aufl. 1995, S. 188 ff.; *Gugerbauer*, Handbuch der Fusionskontrolle, 1995, S. 151 ff.; *Cook/Kerse*, EC Merger Control, 2. Aufl. 1996, S. 93 ff.; *Cohen-Tanugi/Encaoua/Winckler/Siragusa/Brunet*, La pratique communautaire du contrôle des concentrations, 1995, S. 39 ff.

¹⁷ Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1. Beim Eingreifen eines Mitgliedstaates gemäß Art. 9 verlängert sich die Frist auf sechs Wochen. Vgl. *Drauz/Schroeder*, (Fn. 16), S. 201 ff.; *Gugerbauer*, (Fn. 16), S. 162 ff.; *Cook/Kerse*, (Fn. 16), S. 114 ff., 181 ff.

oder eine Untersagung sein.¹⁸ Die Entscheidung kann vor dem Europäischen Gerichtshof bzw. vor dem Gericht erster Instanz angefochten werden.¹⁹

Der Anwendungsbereich der Fusionskontroll-VO, und somit der Zuständigkeitsbereich der Kommission, wird in Art. 1 der Verordnung abgegrenzt. Gemäß Art. 1 i.V.m. Art. 4 der Verordnung sind alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung bei der Kommission anzumelden. Für die Frage der gemeinschaftsweiten Bedeutung kommt es auf die Umsätze der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen an. So hat gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung ein Zusammenschluß gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt werden:

- der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen beträgt mehr als 5 Mrd. Euro (ca. 10,4 Mrd. DM),
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen haben einen Gesamtumsatz von jeweils 250 Mio. Euro in der Union (ca. 520 Mio. DM), und
- nicht alle beteiligten Unternehmen erzielen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat.²⁰

Den 1996 von der Kommission unterbreiteten Vorschlag, diese Schwellenwerte zu senken und somit ihre Zuständigkeit zu erweitern, hat der Rat in der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Fusionskontroll-VO abgelehnt.²¹

Die in Art. 1 der Verordnung aufgestellten Kriterien entfalten ihre Wirkung gleichzeitig innerhalb und außerhalb der Union:

- innerhalb der Union, indem sie die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission begründen und die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden ausschließen;
- außerhalb der Union, indem sie die konkurrierende Zuständigkeit der Kommission gegenüber nicht europäischen Wettbewerbsbehörden begründen.

Diese Kriterien orientieren sich ausschließlich am Umsatz. Andere Kriterien, wie z.B. der Sitz der beteiligten Unternehmen oder der Abschlußort des dem Zusammenschluß zugrunde liegenden Vertrages, spielen keine Rolle.

¹⁸ Art. 8 i.V.m. Art. 10 Abs. 2. Vgl. *Drauz/Schroeder*, (Fn. 16), S. 206 ff.; *Gugerbauer*, (Fn. 16), S. 167 ff.; *Cook/Kerse*, (Fn. 16), S. 183 ff.

¹⁹ Vgl. *Krimphove*, (Fn. 7), S. 333 ff.; *Gugerbauer*, (Fn. 16), S. 200 ff.; *Cook/Kerse*, (Fn. 16), S. 197 ff.

²⁰ Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Fusionskontroll-VO, ABl. Nr. C 66 v. 2.3.1998, S. 25. Hierzu *Hirsbrunner*, (Fn. 14), S. 617.

²¹ Unter den ablehnenden Delegationen befand sich die deutsche. Vgl. *Baron*, (Fn. 13), S. 579; *Hirsbrunner*, (Fn. 13), S. 69.

Demzufolge kann die Kommission auch dann tätig werden, wenn die beteiligten Unternehmen ihren Sitz außerhalb der Union haben, ihren Fusions- oder Übernahmevertrag außerhalb der Union unterzeichnet haben und einen großen Teil ihrer Aktivitäten ebenfalls außerhalb der Union entfalten.²²

3. Die „extraterritoriale“ Zuständigkeit der EG-Kommission im Bereich der Fusionskontrolle

In Anwendung der oben genannten Kriterien konnte die Europäische Kommission ihre Zuständigkeit im Boeing-Fall behaupten.

Beide Unternehmen, Boeing und McDonnell Douglas, haben zwar ihren Sitz in den USA. Die Verhandlungen, die zur Übernahme von McDonnell Douglas durch Boeing führen sollten, waren ebenfalls in den USA geführt worden, wo der „Deal“ auch abgeschlossen wurde. Aber beide Unternehmen erzielten weltweit Umsätze, die weit über den Grenzen der Fusionskontroll-VO lagen. Auch wenn sie ihren größten Umsatz auf dem amerikanischen Markt erzielten, so entfiel doch ein bedeutender Teil ihrer Aktivitäten auf den europäischen Markt, und somit waren alle drei der von Art. 1 Abs. 2 der Verordnung vorgesehenen Kriterien erfüllt.²³

Diese Rechtslage – die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts auf Unternehmen aus Drittstaaten – ist kein Novum.

Einen Präzedenzfall bildet in gewisser Weise das 1988 vom EuGH verkündete sogenannte „Zellstoff-Urteil“²⁴. Dieser Fall betraf das in Art. 85 (jetzt Art. 81) des EG-Vertrages verankerte Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, das sogenannte Kartellverbot. Konkret ging es um Preisabsprachen von amerikanischen, kanadischen und skandinavischen Zellstoffherstellern, also von – damals – Drittstaatenunternehmen.

Bis dahin hatte der EuGH in solchen Fällen gern auf die Theorie der Unternehmenseinheit zurückgegriffen. Bei dieser Theorie wurde das kartellrechtswidrige Verhalten der europäischen Tochtergesellschaft der ausländischen Muttergesellschaft kraft konzernbedingter Unternehmenseinheit zugerechnet.²⁵ Im „Zellstoff-

²² EuG, Urteil v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rdnrn. 78 ff. (*Gencor*). Das Urteil ist im Internet abrufbar unter: <http://curia.eu.int/de/jurisp/index.htm>. Dazu *Idot*, Le Tribunal et le contrôle des concentrations: à propos des arrêts Gencor et Generali de mars 1999, Europe 1999, Chronique Nr. 6, S. 4.

²³ Entscheidung IV/M.877 v. 30. 7. 1997, (Fn. 5), Rdnrn. 7-10.

²⁴ EuGH, Urteil v. 27.9.1988, verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117 und 125-129/85, Slg. 1988, 5193 (*Ahlström*).

²⁵ EuGH, Urteil v. 14.7.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 (*ICI*). Hierzu: *Frisinger*, Die Anwendung des EWG-Wettbewerbsrechts auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten – Der „Teerfarben-Fall“: Konsequenzen und Fragen, ADW/RIW 1972, S. 553; *Meesen*, Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht – Zugleich eine Stellungnahme zu den international-kartellrechtlichen Aspekten der Farbstoffe-Urteile des EuGH, Europarecht 1973, S. 18. Adde:

Fall“ gab es aber keine Tochtergesellschaft in der Gemeinschaft. Der EuGH mußte also einen anderen Weg gehen.

Dies tat er, in dem er feststellte, daß ein Verstoß gegen Art. 85 (jetzt Art. 81) EGV zwei Verhaltensmerkmale aufweisen müsse: einerseits die Bildung eines Kartells, andererseits dessen Durchführung. Würde man die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften vom Ort der Bildung des Kartells abhängig machen, so gäbe dies den Unternehmen eine einfache Möglichkeit, sich dem Kartellverbot zu entziehen. Entscheidend müsse somit, so der EuGH, der Ort der Durchführung des Kartells sein.²⁶

Will man diese Lösung auf den Fall eines Unternehmenszusammenschlusses übertragen, so kann man sagen, daß Art. 1 der Fusionskontroll-VO eine unwiderlegbare Vermutung aufstellt, daß ein Zusammenschluß im gemeinsamen Markt durchgeführt wird, wenn er gemeinschaftsweite Bedeutung hat.²⁷

Das „Zellstoff-Urteil“ wurde vielfach kommentiert. Besonders heftig wurde die Frage diskutiert, ob die Bedeutung, die der EuGH auf den Ort der Durchführung des Kartells gelegt hatte – von manchen Autoren als „Durchführungsprinzip“ bezeichnet – dem bereits im amerikanischen Kartellrecht entwickelten „Wirkungsprinzip“ entsprach.²⁸

Auf der anderen Seite des Atlantiks hatte nämlich bereits 1945 der *US Supreme Court* im Kartellfall *US v. Aluminum Co. of America* (sogenannte „Alcoa-Entscheidung“) ausgesprochen, daß „*any State may impose liabilities, even on persons not within its allegiance, for conduct outside its borders which has consequences within its bor-*

Howell, Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market, *Columbia Journal of Transnational Law* 1973, S. 169; *Mann*, The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities, *International and Comparative Law Quarterly* 1973, S. 35; *Ullmer Bailly*, Interpretation of Concerted Practices within Meaning of Article 85 – Extraterritorial Jurisdiction of the European Commission, *Harvard International Law Journal* 1973, S. 621. Der EuGH wandte die Theorie der Unternehmenseinheit u.a. auch in seinem Urteil v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (*Europemballage und Continental Can*) an, in dem er ferner die Möglichkeit einer Fusionskontrolle auf der Grundlage des Art. 86 EG-Vertrages (a.F.) in Betracht zog. Hierzu: *Gleiss*, Fusionskontrolle im EWG-Kartellrecht? Zum *Continental-Can-Urteil* des EuGH, *AWD/RIW* 1973, S. 268; *Heynen*, Konzentrationskontrolle für die EWG – Folgerungen aus dem *Continental Can Urteil*, *NJW* 1973, S. 1526.

²⁶ EuGH, (Fn. 24), Rdnr. 16.

²⁷ *Bavasso*, *Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High?*, *European Competition Law Review* 1998, S. 243 (245).

²⁸ Vgl. *Beck*, Extraterritoriale Anwendung des EG-Kartellrechts. Rechtsvergleichende Anmerkungen zum „Zellstoff“-Urteil des europäischen Gerichtshofs, *RIW* 1990, S. 91; *Martinek*, Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln, *IPRax* 1989, S. 347; *Schödermeier*, Die vermiedene Auswirkung: Anmerkung zum Papierstoff-Urteil des EuGH, *WuW* 1989, S. 21. Adde: *Lange/Sandage*, The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law, *Common Market Law Review* 1989, S. 137; *Jeffrey*, The Implications of the Wood Pulp Case for the European Communities, *Leiden Journal of International Law* 1991, S. 75.

ders“²⁹. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß US-Kartellrecht anwendbar ist, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: einerseits muß die Durchführung des Kartells Auswirkungen auf den amerikanischen Markt haben; andererseits müssen diese Auswirkungen beabsichtigt gewesen sein. Spätere Urteile und Änderungen der Gesetzgebung haben ein drittes Element hinzugefügt: das kartellrechtswidrige Verhalten muß einen „*direct, substantial and reasonably foreseeable effect*“ auf den amerikanischen Markt haben.³⁰

Ob „Durchführungsprinzip“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung oder „Wirkungsprinzip“ im Sinne der amerikanischen Rechtsprechung, beide Lösungsansätze führen dazu, daß eine staatliche Kartellbehörde sich mit Auslandstatbeständen befassen darf.³¹ Insofern wird von einer extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts gesprochen. Dieser Eingriff in die völkerrechtliche Souveränität eines anderen Hoheitsträgers wird jedoch dadurch gerechtfertigt, daß diese Auslandstatbestände eine Auswirkung auf den internen Wettbewerb haben.³²

Somit war die vorher erwähnte amerikanische Verwunderung über das europäische Vorgehen im Boeing-Fall zum großen Teil gespielt.³³

Diese parallele Haltung der Wettbewerbsbehörden auf beiden Seiten des Atlantiks ist ein weiteres Zeichen dafür, daß im Zeitalter des globalen Marktes, wo Unternehmen grenzüberschreitend tätig sind, die Nationalität und der Sitz der Wirtschaftsteilnehmer immer mehr an Bedeutung verlieren.

Daß diese Entwicklung von den betroffenen Unternehmen durchaus akzeptiert worden ist, zeigt die Tatsache, daß Boeing von sich aus seine Fusionspläne nicht nur bei der amerikanischen Wettbewerbsbehörde, der *Federal Trade Commission*, sondern auch bei der europäischen Kommission angemeldet hatte, was als eine Anerkennung ihrer Zuständigkeit gewertet werden kann.³⁴

²⁹ 148 F. 2d 416, 444 (2nd Cir. 1945) (*United States v. Aluminium Co. of America*).

³⁰ *ABA Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, 4. Aufl. 1997, Bd. II, S. 992 ff.

³¹ *Banks*, The Development of the Concept of Extraterritoriality under European Merger Law and its Effectiveness under the Merger Regulation following the Boeing/Mc Donnell Douglas Decision 1997, *European Competition Law Review* 1998, S. 306 (307); *Bavasso*, (Fn. 27), S. 243 ff.

³² *Christoforou*, *European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law*, *Harvard International Law Journal* 1989, S. 195; *Dutheil de la Rochère*, *Réflexions sur l'application „extra-territoriale“ du droit communautaire*, in: *Mélanges Virally*, 1991, S. 281; *Friend*, *The Long Arm of Community Law*, S. 169; *Lowe*, *International Law and the Effects Doctrine in the European Court of Justice*, *The Cambridge Law Journal* 1989, S. 9; *Mann*, *The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice*, *International and Comparative Law Quarterly* 1989, S. 375.

³³ Mit einem gewissen Schmunzeln nimmt der EU-Wettbewerbsrechtler zur Kenntnis, daß im Dezember 1999 die Europäische Kommission beabsichtigte, ein Verfahren betreffend die Übernahme des US-Stahlproduzenten Reynolds Metals durch Alcoa zu eröffnen (*Horgreaves/Tait*, *Alcoa Facing European Probe*, *Financial Times* v. 20.12.1999).

³⁴ Eine Anmeldung allein könnte jedoch nicht eine sonst fehlende Zuständigkeit begründen. Siehe EuG, Urteil v. 25.3.1999, (Fn. 22), Rdnr. 76; *Idot*, (Fn. 22), S. 5.

III. Konkurrerende Zuständigkeiten in Wettbewerbssachen: von kollidierenden nationalen Bewertungen zur internationalen Zusammenarbeit

Im Zeitalter der Globalisierung, wo „global players“ weltweit tätig sind und „Mega-Fusionen“ – i.e. Fusionen von Großunternehmen³⁵ – immer häufiger werden, treten konkurrierende Zuständigkeiten von verschiedenen Wettbewerbsbehörden, wie es sich im Boeing-Fall ergeben hat, ebenfalls häufiger auf. Es stellt sich daher mit Dringlichkeit die Frage der Zusammenarbeit der betroffenen Behörden. Eine solche Zusammenarbeit ist unerlässlich, um divergierende Entscheidungen nach Möglichkeit zu vermeiden und eine effiziente Durchsetzung der Wettbewerbspolitik sicherzustellen.

Zu diesem Zweck hat die Europäische Gemeinschaft 1990 ein Abkommen mit den USA über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln abgeschlossen.³⁶

Dieses Abkommen beinhaltet Bestimmungen über gegenseitige Unterrichtung, Informationsaustausch sowie Zusammenarbeit und Koordination bei der Durchführung ihrer Wettbewerbsverfahren.³⁷

Von besonderem Interesse waren die Regeln bezüglich der sogenannten „*international comity*“ (was in etwa als „internationale Höflichkeit“ übersetzt werden kann).

In Art. V des Abkommens wird das Prinzip der „*positive comity*“ niedergelegt. Ausgangssituation ist, daß ein wettbewerbswidriges Verhalten auf dem Gebiet einer Vertragspartei stattfindet und daß die andere Partei meint, dieses Verhalten berühre ihre wichtigen Interessen. Letztere Partei kann dann die erste Partei ersuchen, geeignete Maßnahmen nach ihrem nationalen Recht zu ergreifen.

³⁵ Hierzu allgemein *Siegevaert/Neugebauer* (Hrsg.), *Mega-Fusionen*, 1998; *Kantzenbach/Scharrer/Waverman* (Hrsg.), *Competition Policy in an Interdependent World Economy*, 1993.

³⁶ Beschluss 95/145/EG, EGKS des Rates und der Kommission v. 10.4.1995 über den Abschluß des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 95 v. 27.4.1995, S. 45.

Durch diesen Beschluß wurde das bereits am 23.9.1991 von der EG-Kommission mit der Regierung der Vereinigten Staaten geschlossene Abkommen genehmigt und rückwirkend seit dem 23.9.1991 für wirksam erklärt. Auf Klage Frankreichs hin hatte der EuGH mit Urteil v. 9.8.1994 entschieden, daß die Kommission für den Abschluß eines solchen Rechtsaktes nicht zuständig sei, Rs. C-327/91, Slg. 1994, 3641; hierzu *Hummer*, *Enge und Weite der „Treaty making power“ der Kommission der EG nach dem EWG-Vertrag*, in: *Gedächtnisschrift für Grabitz*, 1995, S. 195).

³⁷ *Mozet*, *Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, *EuZW* 1992, S. 201; *v. Wallwitz*, *Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA*, *EuZW* 1997, S. 525; *Campell/Grundmann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. II, 1997, S. 1972 ff. Adde: *Haagsma*, *International Competition Policy Issues: The EC - US Agreement of September 23, 1991*, in: *Slot/McDonnell* (Hrsg.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, 1993, S. 229.

Diese Bestimmung kam im Boeing-Fall nicht zur Anwendung, weil die *FTC* und die EU-Kommission die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses über den Wettbewerb unterschiedlich bewerteten.³⁸

Beachtet wurden aber die in Art. VI des Abkommens niedergelegten Regeln der „*traditional comity*“, wonach sich jede Vertragspartei verpflichtet, die wichtigen Interessen der anderen Partei zu berücksichtigen, wenn sie ihre Wettbewerbsregeln anwendet.

Im Boeing-Fall führten die Regeln der „*traditional comity*“ zu einer Zurückhaltung der europäischen Kommission in der Anwendung der Fusionskontroll-VO.

Dies ist gut erkennbar, wenn man die Beschwerdepunkte, die die europäische Kommission bei der Verfahrenseröffnung Boeing mitteilte, mit den in der endgültigen Entscheidung in Betracht gezogenen Punkten vergleicht.

Nachdem die Kommission nach einer ersten Prüfung der bei ihr eingegangenen Anmeldung zu dem Ergebnis gekommen war, das Verfahren nach Art. 6 der Fusionskontroll-VO einzuleiten, faßte sie ihre Einwände gemäß Art. 18 derselben Verordnung in Beschwerdepunkten zusammen und teilte sie den betroffenen Unternehmen mit.

Drei Punkte dieser Mitteilung waren besonders bedeutend:

- Erstens wurde festgestellt, daß Boeing zum Zeitpunkt der Fusion schon weltweit und in Europa marktbeherrschend sei und daß diese marktbeherrschende Position durch die Übernahme von McDonnell Douglas weiter verstärkt würde.
- Zweitens wurde darauf hingewiesen, daß Boeing mit einer Reihe von amerikanischen Fluggesellschaften langfristige (20jährige) exklusive Liefer- und Wartungsverträge abgeschlossen habe, also dabei sei den Markt abzuschotten.
- Drittens wurde befürchtet, daß Boeing mit der Übernahme des im Rüstungsgeschäft stark engagierten McDonnell Douglas Zugang zu umfangreichen US-amerikanischen Militärforschungsprogrammen bekommen würde, mit denen der zivile Flugzeugbau quersubventioniert werden könnte.³⁹

Als das Verfahren bei der Kommission im Gange war, ließ die amerikanische Regierung durch Schreiben ihrer Verteidigungs- und Justizministerien vom 13.7.1997 wissen, daß ein Verbot des Zusammenschlußvorhabens wichtige Ver-

³⁸ *Romano*, The Boeing/MDD Merger and the EC/US Agreement on the Application of their Antitrust Rules, *Revue du droit des affaires internationales/International Business Law Journal* 1998, S. 509 (516).

Zu den konkreten Unterschieden in der Bewertung der geplanten Fusion, s. *Mannin*, A Propos of the Merger of Boeing and McDonnell Douglas - Differences of Antitrust Principle and Practice, *Air and Space Law* 1998, S. 118.

³⁹ Vgl. die Zusammenfassung von *Skapinker*, *Financial Times* v. 12.6.1997, S. 1.

teidigungsinteressen der Vereinigten Staaten beeinträchtigen könnte.⁴⁰ Wie sich aus der endgültigen Entscheidung der Kommission ergibt, hat diese den von der amerikanischen Regierung geäußerten Bedenken in einem (so die Entscheidung) „mit dem Gemeinschaftsrecht verantwortlichen Umfang Rechnung getragen“⁴¹. Angesichts des geltend gemachten Verteidigungsinteresses hat die Kommission ihre Untersuchungen auf den Bereich des zivilen Flugzeugbaus beschränkt. Sie hat auch darauf verzichtet, den Bedenken, die sie in ihren Beschwerdepunkten hinsichtlich der Auswirkungen des Vorhabens auf den internationalen Markt der Kampfflugzeuge geäußert hatte, nachzugehen.⁴²

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, daß die Kommission ihrerseits, per Schreiben vom 26. Juni 1997, gemäß Art. VI des Kooperationsabkommens die *FTC* ersuchte, den wichtigen Interessen der europäischen Union betreffend der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs am Markt für große Verkehrsflugzeuge Rechnung zu tragen. Der *Chairman* der *FTC* erklärte am gleichen Tag, daß die *FTC* in ihrer Entscheidung die europäischen Interessen durchaus berücksichtigen würde.⁴³ In der Entscheidung der Kommission steht hierzu lapidar: „Die Federal Trade Commission beschloß am 1. Juli 1997 mehrheitlich, keinen Einwand gegen den Zusammenschluß zu erheben“.⁴⁴

Daß es bei der Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden einiger Verbesserungen bedarf, liegt auf die Hand. Die Lehre aus einer siebenjährigen Praxis ziehend, haben europäische und amerikanische Stellen 1998 ein neues Abkommen geschlossen.⁴⁵ Dieses soll das Kooperationsabkommen von 1991 im Hinblick auf die Anwendung der „*positive comity*“ Grundsätze ergänzen.⁴⁶ Kernpunkt des neuen Abkommens ist Art. III. Danach können die Wettbewerbsbehörden der ersuchenden Partei im Fall wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bei den Wettbewerbsbe-

⁴⁰ *Romano*, (Fn. 38), S. 516.

⁴¹ Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, (Fn. 5), Rdnr. 12.

⁴² Vgl. den Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze vom 1.1. bis 31.12.1997, KOM (1998) 510 endg.

⁴³ *Romano*, (Fn. 38), S. 515, 517 ff.

⁴⁴ Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, (Fn. 5), Rdnr. 11.

Das Votum fiel mit vier gegen eine Stimme aus, wobei die *FTC* offen einräumte, daß auch sie die exklusiven Lieferverträge von Boeing mit mehreren amerikanischen Luftgesellschaften als potentiell besorgniserregend erachte. Vgl. *Bergius*, Zum transatlantischen Handelskrieg muß es nicht kommen, Handelsblatt v. 11.7.1997, S. 1.

⁴⁵ Beschluß 98/386/EG, EGKS des Rates und der Kommission v. 29.5.1998 über den Abschluß des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der *Positive Comity*-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 173 v. 18.6.1998, S. 26.

⁴⁶ *Kiriakis*, *Positive Comity in EU/US Cooperation in Competition Matters*, Competition Policy Newsletter 1998, Nr. 3, S. 12.

hörden der ersuchten Partei eine Untersuchung und gegebenenfalls Amtshilfe in Übereinstimmung mit den Wettbewerbsregeln der ersuchten Partei beantragen. Daß der Weg in diese Richtung lang und schwierig ist, beweist schon die Tatsache, daß Zusammenschlußverfahren von der Vereinbarung ausgenommen sind.⁴⁷

Trotz intensiver Kontakte sind im Boeing-Fall die europäische und die amerikanische Wettbewerbsbehörde von unterschiedlichen Bewertungen ausgegangen und zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Zwar haben sowohl die *FTC* am 1. Juli als auch die europäische Kommission am 23. Juli 1997 grünes Licht für die Übernahme von McDonnell Douglas durch Boeing gegeben. Anders als die *FTC* hat die Europäische Kommission dieses grüne Licht jedoch von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht.

Für dieses abweichende Ergebnis sind zahlreiche juristische, wirtschaftliche und nicht zuletzt politische Erklärungen gegeben worden.⁴⁸

Zu bedenken ist auf jeden Fall, daß die Europäische Kommission bei ihrer Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses einzig und allein seine Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt zu prüfen hatte. Dies ergibt sich aus Art. 2 der Fusionskontroll-VO, wonach „Zusammenschlüsse im Sinne dieser Verordnung [...] nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt zu prüfen“ sind.

Bei dieser Prüfung hat die Kommission unter anderem folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- die Notwendigkeit, im gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln,
- die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen.⁴⁹

Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die aber wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, hat die Kommission gemäß Art. 2 Abs. 2 der Verordnung für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären. Umgekehrt sind Zusammenschlüsse, die eine solche hindernde Auswirkung hätten, für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

Eine solche Beurteilung setzt eine Abgrenzung des relevanten Marktes voraus.⁵⁰

⁴⁷ Art. II Abs. 4 Buchstabe a) des Abkommens. Hierzu *Plaidy*, L'accord entre les Communautés européennes et les Etats-Unis concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active: une étape vers l'internationalisation du droit de la concurrence, *Contrats-Concurrence-Consommation* 1999, Nr. 11, S. 4 (5).

⁴⁸ Vgl. *Mannin*, (Fn. 38), S. 118 ff.

⁴⁹ Hierzu *Krimphove*, (Fn. 7), S. 277 ff.; *Drauz/Schroeder*, (Fn. 16), S. 68 ff.; *Cook/Kerse*, (Fn. 16), S. 126 ff.; *Cohen-Tanugi/Encaoua/Winckler/Siragusa/Brunet*, (Fn. 16), S. 77 ff.

⁵⁰ Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, *ABl. Nr. C 372 v. 9.12.1997*, S. 5.

Im Boeing-Fall hat die Kommission, wie wir bereits gesehen haben, ihr Aktionsfeld auf den zivilen Sektor des Vorhabens beschränkt und den sachlich relevanten Markt als den Markt für große düsengetriebene Verkehrsflugzeuge definiert. Räumlich relevanter Markt für solche „Produkte“ ist sozusagen naturgemäß der Weltmarkt.⁵¹

Nach viermonatiger Prüfung kam die Kommission zu der Feststellung, daß die geplante Fusion zu einer erheblichen Verstärkung der bereits beherrschenden Stellung von Boeing auf dem Weltmarkt führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt erheblich behindert würde.

Die festgestellte Verstärkung würde sich natürlich aus der Addition des Wettbewerbspotentials von McDonnell Douglas auf dem Markt für große Verkehrsflugzeuge und der beherrschenden Stellung von Boeing auf diesem Markt ergeben. Zu dieser Verstärkung würden aber auch die sogenannten „Spillover-Effekte“, in der Gestalt von öffentlichen Finanzierungen und Technologietransfers, beitragen, die sich aus dem Zugang von Boeing zu den bis dahin von McDonnell Douglas betriebenen Rüstungs- und Raumfahrttätigkeiten ergeben würden.⁵²

Um die von der Kommission festgestellte Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs im gemeinsamen Markt auszuräumen, ist Boeing nach langen, zähen Verhandlungen, in denen Politiker höchster Ebene eingegriffen haben sollen, eine Reihe von Verpflichtungen eingegangen.

Boeing hat sich unter anderem dazu verpflichtet:

- während einer Dauer von zehn Jahren McDonnell als getrennte Rechtseinheit aufrechtzuerhalten und der Kommission einen jährlichen Bericht über die Betriebsergebnisse von McDonnell zu unterbreiten;
- die bereits mit amerikanischen Fluggesellschaften wie Delta und American Airlines abgeschlossenen exklusiven Liefer- und Wartungsverträge aufzuheben und keine neuen Verträge dieser Art bis zum Jahre 2007 abzuschließen;
- während einer Dauer von zehn Jahren der Kommission einen jährlichen Bericht über die öffentlich geförderten Forschungs- und Entwicklungsprojekte im Bereich der Militär- und Zivilluftfahrt zu übermitteln.⁵³

⁵¹ Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, (Fn. 5), Rdnrn. 13-20. S. hierzu den XXVII. Bericht der Europäischen Kommission über die Wettbewerbspolitik, 1997, S. 72 ff.

⁵² Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, (Fn. 5), Rdnrn. 53-113. S. auch den Bericht über die Anwendung der Wettbewerbsregeln in der Europäischen Union (Bericht der GD IV mit dem XXVII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik), 1997, S. 218 ff.; *Banks*, (Fn. 31), S. 309 ff.; *Pommera*, La décision Boeing/McDonnell Douglas: un exemple du fonctionnement des institutions européennes, *Revue de la concurrence et de la consommation* 1998, Nr. 104, S. 5 (7 ff.); *Romano*, (Fn. 38), S. 512.

⁵³ Entscheidung IV/M.877 v. 30.7.1997, (Fn. 5), Rdnrn. 114-123. Hierzu *Banks*, (Fn. 31), S. 310; *Pommera*, (Fn. 38), S. 10 ff.; *Berlin/Vallette Viillard*, Concentrations (1.1.1997-31.12.1997), *Revue trimestrielle de droit européen* 1998, S. 365 (407 ff.). Zu dieser Praxis allgemein *Harmjan*, Auflagen und

Die Wirtschaftspresse hat diese Zusagen, die mehr Verhaltens- als strukturelle Zusagen sind, auf verschiedene Weise kommentiert. Manche kritische Kommentatoren hatten schon vorausgesagt, daß die Kommission zwar „ihre Zähne medienwirksam“ zeigen würde, doch keine echten substantiellen Zugeständnisse von Boeing erreichen würde.⁵⁴

Über die wirtschaftliche Würdigung dieser Auflagen und Bedingungen hinaus wurde mehrfach die Frage der Durchsetzung der von Boeing eingegangenen Verpflichtungen aufgeworfen. Wie könnten eventuelle Verstöße des neuen Großkonzerns gegebenenfalls geahndet werden?

„Wenn sich Boeing nicht an die Abmachungen hält, haben wir die Möglichkeit, Sanktionen zu ergreifen, und wir werden das dann auch unverzüglich tun“, hat Herr *van Miert* bei einer Pressekonferenz angekündigt.⁵⁵

In der Tat kann die Kommission gemäß Art. 14 der Fusionskontroll-VO über Unternehmen, die einer erteilten Auflage vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandeln, erhebliche Geldbußen verhängen. Diese Geldbußen können, je nach Art und Schwere des Verstoßes, bis zu 10 Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes betragen. Bei Boeing, dessen Umsatz mehr als 50 Mrd. Dollar beträgt, wäre somit eine Geldbuße von 5 Mrd. Dollar möglich. Darüber hinaus kann die Kommission in solchen Fällen gemäß Art. 15 der Verordnung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 25 000 Euro pro Tag (ca. 50 000 DM) festsetzen.⁵⁶

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß gemäß Art. 256 des EG-Vertrages die Entscheidungen der Kommission, die einer natürlichen oder juristischen Person eine Zahlung auferlegen, vollstreckbare Titel sind. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach den Vorschriften des Zivilprozeßrechts des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet sie stattfindet. Die Anerkennung und Vollstreckung in Drittstaaten unterliegen indessen den allgemeinen Regeln des internationalen Verfahrensrechts bzw. werden in bi- oder multilateralen Abkommen geregelt.⁵⁷

Im Boeing-Fall hat die Kommission bislang nicht mit solchen Maßnahmen drohen müssen, zumindest nicht öffentlich.

Bedingungen, Eine vergleichende Darstellung des EG-Fusionskontrollrechts und des US-amerikanischen Antitrustrechts zu consent decrees, 1999.

⁵⁴ Neue Züricher Zeitung v. 3.7.1997, Boeings Langzeitverträge als Köder für die EU? In diesem Sinne *Banks*, (Fn. 31), S. 311. Für eine positivere Würdigung, s. *Pommerer*, (Fn. 31), S. 12 ff.; *Romero*, (Fn. 36), S. 513 ff.

⁵⁵ Handelsblatt v. 24.7.1997, Boeing-Fusion im Grundsatz genehmigt.

⁵⁶ Vgl. *Gugerbauer*, (Fn. 16), S. 197 ff.

⁵⁷ *Grabitz*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zum Recht der Europäischen Union, Stand 1996, Art. 192, Rdnr. 5; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, 1999, Art. 256, Rdnr. 3; *Bockey*, Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 204 ff.

Eine andere Sanktion wäre womöglich effektiver. Schwerwiegende Verstöße gegen die in der Entscheidung der Kommission auferlegten Auflagen und Bedingungen könnten zu einer Rückname derselben führen und somit in den EU-Mitgliedstaaten zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Fusion und der darauf begründeten Rechtsgeschäfte. Kein Unternehmen kann sich ein solches Maß an Rechtsunsicherheit leisten.

IV. Perspektiven

„Das ist ein Wettbewerbsfall und sonst nichts“, „ein normaler Vorgang“, betonte mehrmals Herr *van Miert*, während das Boeing-Verfahren bei der Kommission im Gange war. Später räumte er ein, daß die Wettbewerbspolitik der Europäischen Union „nach innen und nach außen“ durch die Boeing-Entscheidung „gestärkt“ worden sei.⁵⁸

In der Tat liegt der Gewinn der Kommission im Boeing-Fall vor allem im politischen Bereich, in der Resonanz und Akzeptanz ihrer Zuständigkeit über eine „rein amerikanische“ Angelegenheit. Vom Anfang bis zum Ende hat sich Boeing den Regeln der Europäischen Kommission unterworfen.⁵⁹

Klar ist aber auch geworden, daß eine effektive Anwendung der Wettbewerbsregeln in den immer häufiger auftretenden Fällen, die Großunternehmen betreffen, ein weit größeres Maß an internationaler Zusammenarbeit erfordert. Nach dem reinen Informationsaustausch⁶⁰, dem „Export“ von EU-Wettbewerbsregeln in anderen Staaten⁶¹ und den bilateralen Regelungen⁶² ist nunmehr die Frage nach einer umfangreichen internationalen Regelung⁶³ gestellt. Gegenwärtig werden in multi-

⁵⁸ Zit. nach *Bregius*, Brüssel will Boeing-Fusion genehmigen. Ein normaler Vorgang, Handelsblatt v. 24.7.1997, S. 1.

⁵⁹ *Hirsbrunner*, Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1997 und 1998, EuZW 1999, S. 389 (390).

⁶⁰ *Jakob-Siebert*, Informationsaustausch zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden von Drittländern, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts, 1994/1995*, FIW-Schriftenreihe, Nr. 167, S. 57.

⁶¹ *Baudenbacher*, Das europäische Modell bei Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht – ein Exportartikel?, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts*, (Fn. 60), S. 9.; *Böbnel*, Die Auswirkungen der Europa-Abkommen auf das Wettbewerbsrecht der Staaten Mittel- und Osteuropas, EuZW 1998, S. 111.

⁶² Am 29.4.1999 ist ein Abkommen zwischen der Gemeinschaft und Kanada in Kraft getreten. Siehe Beschluß 99/445/EG, EGKS des Rates und der Kommission v. 29.4.1999 über den Abschluß des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung von Kanada über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 175 v. 10.7.1999, S. 49. Über ein neues EG/US Übereinkommen wird derzeit verhandelt. Hierzu *Shelton*, Competition Policy: What Chance for International Rules?, *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal* 1999, S. 457.

lateralen Gremien (WTO, OEEC) Gespräche über internationale Zusammenarbeit bei Wettbewerbsfragen geführt.⁶⁴ Manche plädieren für eine Art „Weltpolizei“⁶⁵, vor der andere warnen.⁶⁶ Der Fall Boeing/McDonnell Douglas hat klar gemacht, wie nötig Fortschritte wären.

⁶³ Mitteilung der Kommission an den Rat auf dem Weg zu einem internationalen Wettbewerbsrecht, KOM(1996) 284 endg.; *Schaub*, International Cooperation in Antitrust Matters: Making the Point in the Wake of the Boeing/MDD Proceedings, Competition Policy Newsletter 1998, Nr. 1, S. 2.

⁶⁴ Hierzu *Arbel*, Droit international de la concurrence: s'orientet-on vers des négociations?, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 1999, S. 84.

⁶⁵ *Schluep*, Das GATT und das übernationale Kartell- und Monopolrecht, in: Thüerer/Kux (Hrsg.), GATT 1994 und die Welthandelsorganisation, 1996, S. 93.

⁶⁶ Vgl. z. B. die Stellungnahme des Präsidenten des deutschen Bundeskartellamts *Wolf*; Nicht mit Mega-Behörden gegen Mega-Fusionen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 1.5.1999, S. 10; *Ligneul*, Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 1999, S. 458.