Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 311

Internationale Wettbewerbspolitik

Von

Michael Baron, Rainer Bechtold, Ulf Böge, Oliver Budzinski,
Josef Drexl, Wolfgang Kerber, Andreas Strohm

Herausgegeben von

Peter Oberender

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 311

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 311

Internationale Wettbewerbspolitik

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Internationale Wettbewerbspolitik

Von

Michael Baron, Rainer Bechtold, Ulf Böge, Oliver Budzinski,
Josef Drexl, Wolfgang Kerber, Andreas Strohm

Herausgegeben von

Peter Oberender

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0505-2777
ISBN 3-428-12128-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

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

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Die fortschreitende Globalisierung und Öffnung der Märkte verändert nicht nur die Rahmenbedingungen für Unternehmen, sondern stellt auch die Wettbewerbspolitik vor neue, internationale Herausforderungen. Die Globalisierung macht es erforderlich, dass Unternehmen, die bislang nur auf örtlich begrenzten Märkten agiert haben, sich dem weltweiten Wettbewerb stellen. Diese Internationalisierungsbewegung erhöht aber nicht nur den Wettbewerbsdruck, sondern bietet zugleich die Chance, neue, weltweite Marktpotentiale zu erschließen und dadurch mögliche Effizienzvorteile und Rationalisierungsvorteile zu nutzen. Gleichzeitig besteht aber die Gefahr, dass sich hier unkontrollierte Machtpotentiale in weltweitem Maßstab aufbauen. Die Wettbewerbspolitik muss daher die Internationalisierung der Wirtschaft nachvollziehen, will sie nicht an Bedeutung und Wirksamkeit verlieren. Wie dies im einzelnen geschehen sollte, ist aber in hohem Maße umstritten. Die *Arbeitsgruppe Wettbewerb im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Vereins für Socialpolitik* hat sich daher bei ihrer Jahrestagung 2005 in Marburg mit dem Themenfeld der internationalen Wettbewerbspolitik auseinandergesetzt. Die Ergebnisse dieser Tagung finden sich in diesem Band.

Aus wissenschaftlicher Sicht analysieren Prof. Dr. *Wolfgang Kerber* und sein Mitarbeiter Dr. *Oliver Budzinski* (beide Philipps-Universität Marburg) das Themenfeld der Tagung. Sie nutzen ihre theoretischen Erkenntnisse, um einen eigenständigen Vorschlag zur Gestaltung einer internationalen Wettbewerbspolitik zu präsentieren.

Komplementär dazu ist der Beitrag von Prof. Dr. *Josef Drexl* LL.M. (Ludwig-Maximilians-Universität München) zu sehen. Aus der Perspektive des Juristen beleuchtet er Gestaltungsansätze zu einer internationalen Wettbewerbspolitik und präsentiert ebenfalls Handlungsvorschläge für das weitere Vorgehen.

Die Sicht des Praktikers nimmt hingegen Dr. *Ulf Böge* (Präsident des Bundeskartellamtes und Vorsitzender der Steering Group des International Competition Network) ein. Er berichtet über die bisherigen Erfahrungen mit dem International Competition Network und entwickelt daraus Zukunftsperspektiven.

Ein Ergebnis der Ausführungen von Dr. *Andreas Strohm* (Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Brüssel) ist, dass es bei der Interpretation von Wettbewerbsverstößen international zahlreiche Ermessensspielräume und unterschiedliche Auffassungen gibt. Strohm befasst sich mit unterschiedlichen Eingreifkriterien im Wettbewerbsrecht – insbesondere im europäischen und amerikanischen – und beleuchtet die ökonomischen Konsequenzen hiervon.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mehrere praktische Anwendungsfälle greifen die beiden folgenden Referenten auf. Aus Sicht der Politik berichtet *Michael Baron* (Referatsleiter für Wettbewerbspolitik im Bundeswirtschaftsministerium). Sein Schwerpunkt ist die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, deren Hintergründe und politischen Konsequenzen er erläutert.

Die Rechtspraxis vertritt Prof. Dr. *Rainer Bechtold* (Rechtsanwalt bei der Sozietät Gleiss Lutz, Stuttgart). Anhand internationaler Fusionskontrollfälle zeigt er die für Unternehmen erwachsenden Probleme auf.

Der Herausgeber dankt den Referenten und seinen Kollegen für ihre Teilnahme sowie ihre Diskussionsbeiträge. Seinem Mitarbeiter, Herrn Diplom-Volkswirt *Jochen Fleischmann*, dankt er für die engagierte Unterstützung bei der Vorbereitung und der Durchführung der Tagung sowie bei der Herausgabe des Tagungsbandes. Für die Korrektur der Druckfahnen ist Frau cand. rer. pol. *Claudia Nowitzki* und Herrn Diplom-Volkswirt *Christoph Reiß* für die Endredaktion zu danken. Der Dank des Herausgebers gilt nicht zuletzt seinen Marburger Kollegen *Alfred Schüller* und *Wolfgang Kerber* sowie ihren Mitarbeitern für die vorbildliche örtliche Organisation der Tagung und die Gastfreundschaft an der Universität Marburg.

Bayreuth, im November 2005 Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Peter Oberender*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

Internationale Wettbewerbspolitik aus ökonomischer Perspektive

Von *Oliver Budzinski* und *Wolfgang Kerber,* Marburg 9

Gestaltungsansätze zu einer internationalen Wettbewerbspolitik – Handlungsanregungen für das weitere Vorgehen

Von *Josef Drexl,* München 41

Das International Competition Network als Ansatz einer internationalen Wettbewerbspolitik

Von *Ulf Böge,* Bonn 73

International unterschiedliche Eingreifkriterien im Wettbewerbsrecht und ökonomische Konsequenzen

Von *Andreas Strohm,* Brüssel 87

Politische Perspektiven einer internationalen Wettbewerbsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Empagran-Entscheidung des US Supreme Court

Von *Michael Baron,* Berlin 111

Internationale Wettbewerbspolitik aus Sicht der Rechtspraxis unter besonderer Berücksichtigung von internationalen Fusionskontrollfällen

Von *Rainer Bechtold,* Stuttgart 129

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Internationale Wettbewerbspolitik aus ökonomischer Perspektive

Von *Oliver Budzinski* und *Wolfgang Kerber*, Marburg

A. Internationalisierung des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkungen

Die Globalisierung der Märkte und des Wettbewerbs sowie die damit einhergehenden Herausforderungen für die nationalstaatliche Wirtschaftspolitik werden seit einer Reihe von Jahren in der Wissenschaft wie in Politik und Gesellschaft intensiv diskutiert. Als Triebkräfte des ökonomischen Internationalisierungsprozesses werden üblicherweise die Erfolge in der Handelsliberalisierung (insbesondere im Kontext von GATT und WTO), die in den letzten Dekaden fortschreitende Deregulierung der Volkswirtschaften (inklusive der nahezu weltweiten Implementation marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnungen) sowie wesentliche Innovationen in der Transport- und Kommunikationstechnologie identifiziert. Es ist dabei zu betonen, dass die Internationalisierung der Märkte und des Wettbewerbs grundsätzlich die Wettbewerbsintensität auf den meisten Märkten erhöht und damit bestehende nationale Wettbewerbsbeschränkungen und Marktverkrustungen neuen Wettbewerbskräften ausgesetzt werden.

Im Zuge der Internationalisierung der Wettbewerbsbeziehungen entstehen allerdings auch verstärkt Anreize und Möglichkeiten für die Bildung grenzüberschreitender privater Wettbewerbsbeschränkungen. So wird seit den 1990er Jahren eine signifikante Zunahme internationaler Kartelle[1] ebenso beobachtet wie eine Verstärkung der grenzüberschreitenden Übernahme- und Zusammenschlussaktivitäten der international agierenden Unternehmen.[2] Die Fusionsaktivität unterliegt dabei Wellenbewegungen, die mit der generellen Entwicklung der Börsen und der Weltkonjunktur zusammenhängen. Nach der stärksten globalen Zusammenschlussdynamik aller Zeiten im Jahre 2000 (mit einem Gesamttransaktionsvolumen von ca. 3500

---

[1] *Evenett / Levenstein / Suslow* (2001) und *Levenstein / Suslow* (2004) berichten von insgesamt mehr als 150 internationalen Kartellen zwischen 1990 und 2003, davon ca. 40 horizontale Preis-, Mengen- und Marktaufteilungskartelle, unter Beteiligung von Unternehmen aus etwa 30 Nationen. Hinzu kommt, dass eine gewisse Dunkelziffer anzunehmen ist. Vgl. auch *Hüschelrath* (2002) und *Connor* (2004).

[2] Vgl. hierzu *Kleinert / Klodt* (2000), *Pryor* (2001), *Budzinski / Kerber* (2003, S. 9 – 16) und *Budzinski* (2004b, S. 64 – 69).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mrd. US$) kam es im Zuge der rezessiven Entwicklung nach dem sogenannten New-Economy-Boom zunächst zu einem deutlichen Rückgang auch grenzüberschreitender Fusionen (bspw. 2003 ca. 1300 Mrd. US$). Spätestens seit Mitte 2004 ist hier jedoch wieder eine deutliche Zunahme zu beobachten und für das Jahr 2005 kann auf der Basis der ersten Quartalsdaten das vierthöchste Transaktionsvolumen aller Zeiten erwartet werden (ca. 2000 Mrd. US$).[3] Schließlich mehren sich auch die Klagen über internationale Missbrauchs- und Verdrängungsstrategien, wobei der Microsoft-Fall[4] sicher ein herausragendes Beispiel darstellt.

Den skizzierten Internationalisierungstendenzen von pro- und antiwettbewerblicher Geschäftstätigkeit stehen weiterhin überwiegend nationale Wettbewerbspolitikregimes gegenüber. Die wohl einzige umfassende und funktionsfähige supranationale Wettbewerbspolitik findet sich in der Europäischen Union; aber auch diese ist räumlich begrenzt, nämlich auf das Territorium der EU fokussiert.[5] Insgesamt hat sich die Anzahl der Staaten, die mehr oder minder aktiv Wettbewerbspolitik betreiben, in der letzten Dekade nahezu verdoppelt auf mehr als 90 Nationalstaaten, die immerhin etwa 90% des Welthandels abdecken.[6] Dabei dominieren die USA und die EU diesen „Markt für Wettbewerbspolitik", wobei mit den zunehmenden wettbewerbspolitischen Aktivitäten von zukünftigen Schwergewichten wie China[7], Russland[8] und Indien[9] dem etablierten „marktbeherrschenden Duopol" neue Konkurrenz droht.[10]

Ohne eine Wettbewerbspolitik, die auch den internationalen Wettbewerb effektiv schützt, droht der Abbau staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen im Zeitablauf durch eine Zunahme privater Wettbewerbsbeschränkungen kompensiert zu werden. Angesichts der Vielzahl und Ausbreitung nationaler Wettbewerbspolitiken stellt sich die Frage, ob eine in diesem Sinne effektive Wettbewerbspolitik national bereit gestellt werden kann oder ob es originärer wettbewerbspolitischer Kompetenzen auf der globalen Ebene bedarf. Abschnitt B. widmet sich zunächst den ökonomischen Problemen, die aus den nicht-koordinierten nationalen Wettbewerbspolitiken[11] für den internationalen Wettbewerb und die globale Wohlfahrt

---

3 Daten über die globale Zusammenschluss- und Übernahmeaktivität liefern www.thomson.com und www.m-and-a.de.

4 Vgl. *Fisher / Rubinfeld* (2001), *Gilbert / Katz* (2001) und *Grimes* (2003).

5 Rudimentäre Ansätze zu regional begrenzten supranationalen Wettbewerbspolitiken finden sich bspw. auch in der Andean Community und der UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest Africaine), die auch bereits über (freilich wenig effektive) supranationale Institutionen verfügen, sowie in den meisten Freihandelsabkommen.

6 Vgl. *Palim* (1998) und *Basedow* (2004).

7 Vgl. *Owen / Sun / Zheng* (2005) und *Williams* (2005).

8 Vgl. *Reynolds* (2004).

9 Vgl. *Bhattacharjea / Nanda* (2005).

10 Siehe auch den Beitrag von *Drexl* (2006) in diesem Band.

11 Dabei wird der Einfachheit halber die supranationale Wettbewerbspolitik der EU wegen ihres im globalen Kontext begrenzten Territoriums wie eine nationale Wettbewerbspolitik behandelt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

folgen. Es zeigt sich dabei, dass ohne eine internationale Wettbewerbspolitik Wohlfahrtsverluste hinzunehmen sind. Abschnitt C. beschäftigt sich daran anschließend mit der Frage, welche Ausgestaltungsmöglichkeiten für eine internationale Wettbewerbspolitik diskutiert werden und inwiefern diese die Probleme des nicht-koordinierten Regimes mildern können. Schließlich schlagen wir in Abschnitt D. einen systematischen theoriegeleiteten Zugang zur Frage einer internationalen Wettbewerbspolitik vor, indem wir es als Teilproblem der umfassenderen Fragestellung nach der adäquaten Ausgestaltung eines globalen Mehr-Ebenen-Systems von Wettbewerbspolitiken sehen. In Abschnitt E. wird ein kurzes Fazit gezogen.

B. Ökonomische Probleme nicht-koordinierter nationaler Wettbewerbspolitiken

I. Internationale Externalitäten nationaler Wettbewerbspolitiken

Werden Wettbewerbsbeschränkungen auf internationalen Märkten durch nationale Wettbewerbsbehörden kontrolliert, so besteht eine Inkongruenz zwischen der räumlichen Ausdehnung des relevanten Marktes und dem Territorium der zuständigen Jurisdiktion(en). Genauer formuliert umfasst der relevante Markt (bzw. die Summe der betroffenen Märkte) die Territorien mehrerer Jurisdiktionen. Hierdurch kommt es zum einen zu dem Problem, dass im Ausland bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen sich negativ auf den Wettbewerb im Inland auswirken können. Zwar haben die nationalen Wettbewerbspolitiken durch Einführung des Auswirkungsprinzip versucht, ihr Wettbewerbsrecht auch auf solche im Ausland stattfindenden Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden. Allerdings bleibt die Wirksamkeit einer solchen extraterritorialen Anwendung des Wettbewerbsrechts oftmals sehr begrenzt. Da gleichzeitig die ausländischen Wettbewerbsbehörden keine Anreize haben, von ihrem Territorium ausgehende Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen, die sich nur auf das Ausland auswirken, entsteht die erhebliche Gefahr, dass der Wettbewerb auf internationalen Märkten nicht in ausreichendem Maße geschützt wird.[12]

Zum anderen kann diese Inkongruenz von Markt- und Jurisdiktionsgröße aber auch zu weiteren systematischen Auswirkungen führen: So kann ein und dieselbe potenzielle Wettbewerbsbeschränkung von mehreren Wettbewerbspolitikregimes verfolgt werden. Des Weiteren können sich die Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden auch auf andere Jurisdiktionen auswirken. Ökonomisch gesehen kann damit die nationale Wettbewerbspolitik gegenüber internationalen

[12] Das Auswirkungsprinzip im Wettbewerbsrecht besagt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung unter das heimische Wettbewerbsrecht fällt, sobald sie sich auf den Wettbewerb im Inland auswirkt, unabhängig davon, wo sie oder die teilnehmenden Akteure verortet ist bzw. sind. Vgl. umfassend *Basedow* (1998).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wettbewerbsbeschränkungen mit ihren extraterritorialen Wirkungen selbst Externalitäten produzieren. Hierbei kann es sich um positive Externalitäten handeln, wenn nationale Wettbewerbspolitiken den Wettbewerb auf internationalen Märkten mitschützen. Diese Jurisdiktionen erbringen damit eine unentgeltliche Leistung für andere, ebenfalls von diesen Wettbewerbsbeschränkungen betroffene Jurisdiktionen. Allerdings können auch negative Externalitäten auftreten, wenn nationale Wettbewerbspolitiken den Wettbewerb auf Märkten außerhalb des eigenen Territoriums beeinträchtigen.

Zunächst sei die Problematik positiver Externalitäten betrachtet: Hier kann argumentiert werden, dass wenige große Jurisdiktionen (oder sogar ein einzelner Hegemon[13]), die wie das oben erwähnte „Duopol" USA-EU gegenwärtig sozusagen den „Markt für Wettbewerbspolitiken" (noch) beherrschen, den weltweiten Wettbewerb weitestgehend effektiv schützen können.[14] Dafür spricht, dass diese Länder über das Auswirkungsprinzip ihre inländische Wettbewerbspolitik weitgehend effektiv extraterritorial durchsetzen können, da international agierende Unternehmen oft auf die großen Binnenmärkte dieser Länder angewiesen sind. Aus ökonomischer Sicht ist jedoch zu bezweifeln, ob dies wohlfahrtsoptimal geschehen wird, da diese Länder und ihre Wettbewerbsbehörden keine Anreize für die Bereitstellung solcher positiver Externalitäten haben, so dass es zu der oben bereits angesprochenen Gefahr eines zu geringen Schutzes des Wettbewerbs auf internationalen Märkten kommt. Praktische Erfahrungen unterstützen die Befürchtung auftretender Schutzlücken, insbesondere im Hinblick auf Schwellen- und Entwicklungsländer sowie kleine Volkswirtschaften, die nicht über so bedeutende Binnenmärkte verfügen, als dass international agierende Unternehmen nicht notfalls auf einen ungehinderten Marktzugang verzichten könnten.[15]

Insgesamt stellen aber wohl negative Externalitäten das größere Problem nichtkoordinierter nationaler Wettbewerbspolitiken in internationalen Märkten dar. Sie entstehen in der Theorie bereits unter vergleichsweise restriktiven Annahmen. Wenn nationale wettbewerbspolitische Entscheidungen ausschließlich gemäß inländischer Wohlfahrtsmaximierung (also unter Vernachlässigung ausländischer Effekte) getroffen werden, führt bereits eine asymmetrische Verteilung von Konsumenten und Produzenten zu divergierenden und inkompatiblen Entscheidungen durch die konkurrierend kompetenten, rationalen Jurisdiktionen.[16] Wohlfahrtstheo-

---

13 Im Rahmen der Diskussion um den letztlich erfolglosen Empagran-Fall (vgl. zu der kontroversen Diskussion *Buxbaum* (2004), *Körber* (2004) und *Baron* (2006) wurde verstärkt die Auffassung vertreten, dass der internationale Wettbewerb am besten dadurch zu schützen sei, dass allen Teilnehmern der Weg vor US-amerikanische Gerichte offen stehe.

14 Vgl. insgesamt *Möschel* (2005).

15 Vgl. jeweils mit einer Vielzahl von Beispielen *Jacquemin* (1995), *Fox* (2000, 2003a), *Jenny* (2003a, 2003b) und *Levenstein / Suslow* (2004). Ein durchaus typisches Beispiel ist das „heavy electrical equipment cartel": „… first, that even though it was publicly documented, it was never prosecuted and, second, that […] it applied worldwide except in the United States and in the European Union (which is probably the reason why it was never prosecuted in these jurisdictions)." *Jenny* (2003a, p. 613).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

retische Analysen zeigen, dass hierdurch die Weltwohlfahrt im Vergleich zu einer an globalen Effekten orientierten internationalen Wettbewerbspolitik sinkt[17], ohne dass strategische Intentionen vorliegen müssen. Spieltheoretisch formuliert entsteht eine Gefangenendilemmaproblematik, da durch Koordination ein überlegenes Gleichgewicht erreicht werden könnte, jedoch die Anreize für eine wohlfahrtssteigernde Koordination fehlen.[18]

Darüber hinaus resultieren negative Externalitäten aus intendierten strategischen Wettbewerbspolitiken, bei denen Renten vom Ausland ins Inland umgeleitet werden (sollen). Ausprägungen solcher Wettbewerbspolitikstrategien können die bewusste Zulassung oder Förderung inländischer Wettbewerbsbeschränkungen sein, mit dem Ziel, den inländischen Marktteilnehmern Vorteile gegenüber ausländischen Wettbewerbern zu verschaffen. Beispielsweise sei hier auf die weit verbreitete Befreiung reiner Exportkartelle vom allgemeinen Kartellverbot, die Zulassung von Fusionen, die zu (inländischer) Marktmacht führen („national champions"), oder die selektive (Nicht-) Anwendung sonstiger Wettbewerbsregeln zur Begünstigung inländischer und Benachteiligung ausländischer Marktteilnehmer verwiesen. Es geht hierbei im Wesentlichen um eine Verquickung der nationalen Wettbewerbspolitik mit industriepolitischen Argumenten, die – in Analogie zu strategischer Handelspolitik – die Möglichkeit einer strategischen Wohlfahrtsverlagerung vom Ausland ins Inland behaupten. Mit anderen Worten, die internationale Wettbewerbsfähigkeit heimischer Unternehmen wird zum Gegenstand der nationalen wettbewerbspolitischen Strategie in internationalen Märkten.[19]

Allerdings kann eine Maximierung der inländischen Wohlfahrt zu Lasten des Auslands über solche strategischen Wettbewerbspolitiken nur in Ausnahmefällen gelingen, weswegen diese aus der Perspektive der nationalen Wohlfahrt selten rational sind.[20] In der Praxis dominieren deshalb strategische Wettbewerbspolitiken,

---

16 Siehe die Oligopolmodellanalysen von *Barros / Cabral* (1994) und *Head / Ries* (1997). *Haucap / Müller / Wey* (2005) zeigen, dass das Ausmaß der Divergenzen auch davon abhängt, dass eine Abwägung von Änderungen der Produzenten- und Konsumentenrente zugelassen wird („total welfare standard"), während eine Fokussierung auf die Änderung der Konsumentenrente („consumer welfare standard") den Spielraum für negative Externalitäten dieser Art reduziert. *Neven / Röller* (2000, 2003) verweisen zudem darauf, dass im Zuge der Globalisierung durch die zunehmende ökonomische Integration die Divergenzen abnehmen, da die Auswirkungen von internationalen privaten Wettbewerbsbeschränkungen auf die interagierenden Volkswirtschaften symmetrischer werden müssten.

17 Vgl. *Barros / Cabral* (1994), *Head / Ries* (1997), *Falvey / Lloyd* (1999), *Sykes* (1999), *Kaiser / Vosgerau* (2000), *Haucap / Müller / Wey* (2005), *Klodt* (2005) und *Tay / Willmann* (2005).

18 Dies ist streng genommen nur für Ein-Runden-Spiele zutreffend. Vgl. *Cabral* (2003, 2004) für ein Mehr-Runden-Spiel, in dem das superiore Nash-Gleichgewicht erreicht wird. Ob von den bei Mehr-Runden-Spielen schnell entstehenden multiplen Gleichgewichtstrajektorien jedoch die kooperative oder die nicht-koordinierte eintritt, hängt sensitiv von der Spielkonstruktion ab.

19 Vgl. *Gröner / Knorr* (1996), *Fox* (2000), *Kerber / Budzinski* (2003) und *Guzman* (2004).

20 Vgl. *Kerber / Budzinski* (2003) und *Monopolkommission* (2005).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die auf politökonomische Ursachen zurückzuführen sind. Interessengruppen können über Lobbyismus wettbewerbspolitische Entscheidungen zu ihrem eigenen Vorteil beeinflussen, die durch ihre wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen sich auf andere (aus- und inländische) Gruppen (Produzenten und Konsumenten) negativ auswirken. Damit kommt es zu einem Missbrauch der Wettbewerbspolitik durch Interessengruppen, der regelmäßig sowohl die inländische als auch die globale Wohlfahrt mindert.[21]

Beide Varianten strategischer Wettbewerbspolitik bedienen sich desselben Instrumentariums und bewirken im Ergebnis vergleichbare internationale negative Externalitäten. Dabei führen strategisch divergierende Entscheidungen in einem verstärkten Maße zu interjurisdiktionellen Konflikten, welche zusätzlich zur ohnehin resultierenden internationalen Allokationsineffizienz wohlfahrtsmindernd wirken, da sie weitere politische und ökonomische Kosten verursachen. Ein herausragendes Beispiel bleibt hierbei der Konflikt um die Boeing-McDonnell Douglas-Fusion, der fast in einen transatlantischen Handelskrieg mündete.[22] Hinzu kommen allerdings eine Vielzahl weiterer, zwar weniger spektakulärer aber trotzdem wohlfahrtsmindernder Konflikte[23], deren Anzahl angesichts der weltweit wachsenden Antitrustaktivitäten im „Regime“ unkoordinierter nationaler Wettbewerbspolitiken eher noch zunehmen dürfte. In beiden Fällen entstehen im nicht-koordinierten Regime Gefangenendilemma-Problematiken, wobei bei explizit strategischer Wettbewerbspolitik (im Sinne einer beabsichtigten Schädigung der ausländischen Wohlfahrt) die Anreize für die Defektionsstrategie eher noch gestärkt werden.

Das oben erwähnte Auswirkungsprinzip kann dabei das Auftreten strategischer Wettbewerbspolitiken nicht umfassend verhindern, da es (i) nicht perfekt durchsetzbar ist und (ii) – wie oben ausgeführt – erhebliche interjurisdiktionelle Asymmetrien bei der Durchsetzbarkeit bestehen. Im Gegenteil kann das Auswirkungsprinzip von mächtigen Jurisdiktionen selbst als Instrument einer strategischen Wettbewerbspolitik missbraucht werden, indem beispielsweise damit eine effizienzsteigernde ausländische Fusion verhindert wird, um die weniger effizienten inländischen Konkurrenten zu schützen oder anderweitige politische Interessen zu bedienen.[24]

---

21 Vgl. zur politökonomischen Beeinflussbarkeit von Wettbewerbspolitik *Shughart* (1990) und *Gal* (2002).

22 Vgl. *Fox* (1998), *Kovacic* (2001) und *Budzinski / Kerber* (2003, S. 17 – 19, 93 – 96, 102 – 105).

23 Vgl. die beeindruckenden, nur exemplarischen Auflistungen in *Griffin* (1999), *Fox* (2003a) und *Klodt* (2005, S. 45 – 65).

24 Beispielsweise hat die Untersagung des geplanten Siemens-InterRos Silovyje Maschiny Zusammenschlusses durch den Russian Federal Anti-Monopoly Service im April 2005 in der Presse einen vergleichbaren Verdacht ausgelöst.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Kosteneffizienzprobleme bei der parallelen Anwendung nationaler Wettbewerbspolitiken

Nicht-koordinierte nationale Wettbewerbspolitiken in internationalen Märkten verursachen auch Ineffizienzen aufgrund der parallelen Zuständigkeit mehrerer Jurisdiktionen für ein und denselben Wettbewerbsfall. Wollen beispielsweise zwei international tätige Unternehmen fusionieren, so müssen sie gemäß dem Auswirkungsprinzip ihren Zusammenschluss in allen Jurisdiktionen prüfen lassen, deren Märkte betroffen sind – auch dann, wenn es sich letztendlich um eine wettbewerbskonforme Fusion handelt. Dies gilt analog für Unternehmenskooperationen.

Durch multiple Verfahren entstehen zwei Arten von zusätzlichen Kosten. Zum einen untersuchen mehrere Wettbewerbsbehörden denselben Fall, was im nicht-koordinierten Fall zu einem mehrfachen Verfahrensaufwand (Beweisermittlung, Unterlagenprüfung, ökonomische Analysen usw.) und damit zu steigenden „Produktionskosten" der Wettbewerbspolitik (administrative Kosten) führt. Zum anderen vervielfachen sich die Kosten für die fusionierenden oder kooperierenden Unternehmen (Transaktionskosten)[25] – und zwar auch in wettbewerbspolitisch unproblematischen Fällen.

Exemplarisch kann die Aluminiumfusion Alcan (Kanada) – Pechinery (Frankreich) – APA Algroup (Schweiz) angeführt werden, die in mehr als 40 Jurisdiktionen notifiziert werden musste, wovon wiederum 16 ein formales Verfahren eingeleitet haben. Damit mussten alle Dokumente in 8 verschiedene Sprachen übersetzt werden, und die Dienste von insgesamt 35 Rechtanwaltskanzleien wurden benötigt, um den lokalen Wettbewerbsrechten gerecht zu werden. Die Gebühren nur für die Wettbewerbsbehörden beliefen sich letztendlich auf mehr als 100 000 US$. Alleine Alcan musste schriftliches Material im Umfang von mehr 400 Boxen bedrucktes Papier und ca. 1 Mio. Seiten Emails (im Speicherumfang von 11 CD-ROMs) liefern – alleine für die US-Behörden. Die direkten Transaktionskosten für Alcan beliefen sich auf mehr als 10 Mio. US$.[26]

Hinzu kommen noch kumulative oder gar widersprüchliche Auflagen, die entweder weitere Kosten verursachen oder eine ansonsten effiziente Kooperation eventuell zu Fall bringen können. Insgesamt entstehen negative Wohlfahrtseffekte durch diese Zusatzkosten internationalen Wirtschaftens, die mit *Trebilcock / Iacobucci* (2004, S. 153) auch als „Strafsteuer" verstanden werden können. Erste empirische Studien weisen darauf hin, dass dies eine effiziente internationale Kombination von Produktionsfaktoren behindert.[27] Dies ist bei wettbewerbskonformen Arrangements besonders problematisch; darüber hinaus können aber auch bei der Bekämpfung von antiwettbewerblichem Unternehmensverhalten Effizienzprobleme durch eine übermäßige Häufung von Strafen und Sanktionen auftreten.

---

25 Vgl. *Rowley / Wakil / Campbell* (2000) und *ICN* (2002).

26 Vgl. *Chenard* (2002, S. 34 – 35).

27 Vgl. in aller Vorläufigkeit *Evenett* (2002).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Divergierende Ziele, Theorien und Methoden nationaler Wettbewerbspolitiken

Die nationalen Wettbewerbspolitikregime weisen teilweise erhebliche Unterschiede bezüglich der rechtlichen Wettbewerbsregeln, der verwendeten Theorien sowie der konkreten wettbewerbspolitischen Anwendungspraktiken und Methoden auf. Aus den unterschiedlichen Ausgestaltungen der jeweiligen Wettbewerbsregime können interjurisdiktionelle Inkompatibilitäten und Konflikte resultieren.

Dies ist besonders augenfällig, wenn unterschiedliche Ziele der Wettbewerbspolitik verfolgt werden. Neben der mehr aus der ökonomischen Theorie stammenden Unterscheidung zwischen dem Gesamtwohlfahrtsstandard („total welfare standard"; Summe der Änderungen von Produzenten- und Konsumentenrente unabhängig von Umverteilungen zwischen beiden Gruppen) und dem Konsumentenwohlfahrtsstandard („consumer welfare standard"; Änderung der Konsumentenrente) umfasst das empirisch beobachtbare Spektrum wettbewerbspolitischer Ziele verschiedene Arten von Effizienzzielen (allokativ, technisch, dynamisch), Marktstrukturziele, Fairness (in verschiedenen Interpretationen), Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen, internationale Wettbewerbsfähigkeit, Innovationsförderung, Wettbewerbsfreiheit, Chancengleichheit, Beschäftigungssicherung oder -steigerung, und vieles anderes mehr.[28] Aus ökonomischer Perspektive sind verschiedene Ziele der Wettbewerbspolitik dann legitim, wenn sie auf unterschiedliche Präferenzen und Werte der Bürger in den einzelnen Ländern zurückführbar sind und bspw. nicht auf der unterschiedlichen politökonomischen Macht von Interessengruppen beruhen. Eine Gesellschaft kann sehr wohl bereit sein, in einem gewissen Umfang auf ökonomische Effizienz zu verzichten, um beispielsweise ein höheres Maß an präferenzkonformer Fairness oder Wettbewerbsfreiheit zu erreichen. Insofern ist normativ ein gewisses Maß an Heterogenität von wettbewerbspolitischen Zielen zu akzeptieren. Gleichzeitig aber können verschiedene Ziele der Wettbewerbspolitik dazu führen, dass dieselben Wettbewerbsfälle von verschiedenen Wettbewerbsregimen unterschiedlich beurteilt werden, woraus unter Umständen inkompatible Entscheidungen und damit Konflikte zwischen den Jurisdiktionen resultieren.

Ähnliche Probleme ergeben sich dadurch, dass von verschiedenen Wettbewerbsregimen unterschiedliche Theorien (bspw. über die Wirkung von Unternehmenszusammenschlüssen oder vertikalen Vereinbarungen) und Methoden (bspw. zur Marktabgrenzung) zur wettbewerbspolitischen Beurteilung herangezogen werden. Dies ist gleichfalls legitim, da weder empirisch[29] noch theoretisch[30] ein vollständi-

---

[28] Vgl. bspw. *Ullrich* (1998), *Fox* (2003b), *Immenga* (2004) und *Kerber / Schwalbe* (2005, Rdnr. 93 ff.). Mangelnder Konsens innerhalb der Industrieökonomik wird empirisch von *Aiginger / Mueller / Weiss* (1998) und *Aiginger / McCabe / Mueller / Weiss* (2001) belegt.

[29] Vgl. für Analysen konkurrierender ökonomischer Wettbewerbstheorien und Leitbilder der Wettbewerbspolitik bspw. *Burton* (1994), *Budzinski* (2003), *Fox* (2003b) und *Kerber / Schwalbe* (2005, Rdnr. 32 ff.).

[30] Vgl. die wissenschaftstheoretische Analyse von *Budzinski* (2003).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ger wissenschaftlicher Konsens vorliegt. Eine beschränkte Heterogenität der Wettbewerbspolitiken kann sogar unter Innovationsgesichtspunkten positiv bewertet werden, da so ein wettbewerbspolitisches Experimentieren mit wechselseitigen Lernmöglichkeiten stattfinden kann. Denn wird Wettbewerbspolitik unabhängig voneinander in verschiedenen Jurisdiktionen betrieben und werden dabei verschiedene Theorien, Konzepte, Methoden und Praktiken verwendet, so können aus den verschiedenen Erfahrungen Folgerungen über die relative Leistungsfähigkeit dieser Theorien, Konzepte, Methoden und Praktiken gezogen werden. Jurisdiktionen können so innovativ neue Lösungen zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen ausprobieren und über Imitation wechselseitig voneinander lernen (institutioneller Innovations- und Imitationswettbewerb).[31] Diese einem Yardstick-Wettbewerb (oder Benchmarkwettbewerb) gleichende Form des institutionellen Wettbewerbs ist gleichzeitig die einzige Variante eines „Wettbewerbs der Wettbewerbsregeln", die nicht die Gefahr systematischer Defizienzen beinhaltet.[32]

IV. Zwischenfazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass die nicht-koordinierte Koexistenz nationaler Wettbewerbspolitiken mit überlappenden Zuständigkeiten eine Reihe von Problemen aufwirft. Dazu gehören vor allem Lücken bezüglich des Schutzes des Wettbewerbs auf internationalen Märkten, wohlfahrtsmindernde negative Externalitäten durch strategische Wettbewerbspolitiken, Kostenineffizienzen aufgrund paralleler, sich kumulierender Verfahren und Konflikte aufgrund (institutioneller) Inkompatibilitäten zwischen den Regimes. Somit erscheint es aus ökonomischer Sicht sinnvoll, über irgendeine Form der „Internationalisierung" der Wettbewerbspolitik nachzudenken. Im folgenden Abschnitt werden drei verschiedene Grundstrategien der Internationalisierung von Wettbewerbspolitik auf ihre Eignung zur Lösung dieser Probleme untersucht.

C. Prinzipielle Ansätze internationaler Wettbewerbspolitik und ihre ökonomische Bewertung

I. Kooperation zwischen nationalen Wettbewerbspolitiken

Der erste Grundansatz setzt auf die interjurisdiktionelle Kooperation zwischen weiterhin nationalen Wettbewerbsbehörden. Seine Vertreter argumentieren, dass zumindest der größte Teil der praktischen Probleme des nicht-koordinierten Re-

[31] Vgl. *Vanberg / Kerber* (1994), *Kerber* (2003, S. 292 – 294), *Kerber / Budzinski* (2003, S. 417 – 424); zur Vorteilhaftigkeit institutioneller Vielfalt im Hinblick auf die Offenheit des US-Antitrustsystems vgl. auch *Kovacic* (1992).

[32] Vgl. dazu ausführlich *Kerber / Budzinski* (2003).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gimes im Rahmen der bisherigen nationalen Wettbewerbsrechte grundsätzlich lösbar ist.[33] Dabei wird regelmäßig auf die in der Praxis seit Mitte der 1970er Jahre entstandene Vielzahl an bilateralen Kooperationsabkommen zwischen Wettbewerbsbehörden verwiesen[34] und auf einen Ausbau dieser Kooperationsformen in multilateraler Hinsicht gesetzt. Ausdruck dieser Strategie ist letztlich auch die Implementierung des International Competition Network (ICN, seit 2001) als multilaterales kooperatives Netzwerk zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden.

Im Regime der kooperativen Wettbewerbspolitiken sind es weiterhin die existierenden nationalen (und regional-supranationalen) Jurisdiktionen, die die Wettbewerbspolitik materiell und verfahrensbezogen durchführen. Betrifft ein konkreter Wettbewerbsfall allerdings mehrere Jurisdiktionen, so kooperieren diese – auf freiwilliger Basis oder vertraglich gebunden – bei der Behandlung dieses Falles. Dabei können unterschiedliche Arten der Kooperation unterschieden werden:[35]

– *Notifizierung und Konsultation:* Im einfachsten Fall unterrichten die betroffenen Wettbewerbsbehörden einander vorab über anstehende Untersuchungen sowie fallweise über wettbewerbspolitische Entscheidungen. Zusätzlich tauschen sie allgemeine Informationen aus bzw. weiterreichend auch spezielle Informationen über die Faktenlage in konkreten Wettbewerbsfällen (bspw. Fragen der Marktabgrenzung, Marktanteile usw.). Grenzen findet dies jedoch regelmäßig bei vertraulichen Informationen („Geschäftsgeheimnisse“) der beteiligten Unternehmen. Darüber hinaus findet ein Meinungsaustausch und eine Diskussion eventuell divergierender Interessenlagen der beteiligten Wettbewerbsbehörden statt, ohne dass jedoch deren Autonomie der Entscheidungsfindung beeinträchtigt wird.

– *Negative Comity:* Dieses traditionelle Comity-Prinzip beinhaltet die Verpflichtung zu einer wechselseitigen Berücksichtigung der wesentlichen Anliegen und Interessen anderer betroffener Jurisdiktionen sowie eine Respektierung der völkerrechtlichen Souveränität. Insbesondere impliziert dies den Verzicht auf eine „unfreundliche“ extraterritoriale Durchsetzung nationaler Wettbewerbsregeln.

– *Positive Comity:* Dieses weitreichende Kooperationsprinzip sieht vor, dass eine Jurisdiktion auf Aufforderung gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Inland vorgeht, welche die auffordernde Jurisdiktion betreffen.

– *Koordinierende Leitjurisdiktion*: Die betroffenen Jurisdiktionen einigen sich auf freiwilliger Basis auf eine Leitjurisdiktion, die verfahrensführend tätig wird. Sie koordiniert die Ermittlungen und Verfahren der anderen involvierten Jurisdiktionen und macht unverbindliche Vorschläge für kompatible Auflagen und Sanktionen.[36]

---

33 Vgl. bspw. *First* (2003) und *Möschel* (2005).

34 Vgl. für eine umfassende Analyse *Zanettin* (2002).

35 Vgl. *Budzinski* (2002, S. 241 – 243).

36 Vgl. zusätzlich *Campbell / Trebilcock* (1993, S. 149 – 150) und *Rowley / Wakil / Campbell* (2000, S. 27 – 28).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die oben erwähnten existierenden bilateralen Abkommen sehen jedoch regelmäßig nur Notifizierungs- und Konsultationspflichten vor und beschränken sich zudem häufig auf horizontale Hardcorekartelle. Nur wenige ambitionierte Abkommen wie das 1998 erneuerte USA-EU-Abkommen enthalten weitreichende Comity-Prinzipien. Allerdings brachten sie in der Praxis bisher keine nennenswerten Fortschritte. So wurde von dem Positive Comity-Prinzip zwischen den USA und der EU bisher nur einmal Gebrauch gemacht, und die Verweisung des Amadeus-Falls (1997) an die EU durch die USA führte nur zu einer sehr zurückhaltenden Reaktion seitens der Kommission.[37] Die (potenziell konfliktträchtigere) Fusionskontrolle ist allerdings ohnehin ausgenommen. Unverbindliche Leitjurisdiktionsvereinbarungen existieren bisher in der Praxis nicht.[38]

Das 2001 gegründete International Competition Network, das in gewisser Weise als eine multilaterale Erweiterung der bisherigen bilateralen Kooperationen zwischen den Wettbewerbsbehörden verstanden werden kann, geht insofern weiter, als hier „best practices" für wettbewerbspolitische Regeln, Verfahren und Praktiken entwickelt werden sollen, deren Adoption dann den teilnehmenden Wettbewerbsbehörden freigestellt ist. Damit soll über die Schaffung von Transparenz und einer gemeinsamen Problemsicht die einzelfallbezogene Kooperation erleichtert und zumindest eine verfahrensmäßige (freiwillige) Konvergenz erzielt werden. Darüber hinaus steht der Auf- und Ausbau wettbewerbspolitischer Kapazitäten in Entwicklungsländern im Mittelpunkt der Arbeit.[39]

Inwieweit können mit Hilfe kooperativer nationaler Wettbewerbspolitiken nun die Probleme des nicht-koordinierten Regimes gelöst oder zumindest gemildert werden?[40] Im Hinblick auf Externalitäten bestehen Potenziale für Verbesserungen. So können vor allem solche Konflikte entschärft oder vermieden werden, die auf Missverständnissen und divergierenden Tatsachenermittlungen beruhen. Eine gemeinsame Entscheidungsgrundlage sollte auch bei autonomen Entscheidungen die Häufigkeit divergierender oder gar inkompatibler Entscheidungen reduzieren. Freilich bleiben die Verbesserungspotenziale begrenzt. Insbesondere bei negativen Externalitäten aufgrund strategischer Intentionen nationaler Wettbewerbspolitik dürften unverbindliche Kooperationen zu schwach sein, um den Einfluss der dahinter stehenden Interessengruppen auszugleichen. Nicht zufällig kann seit der verstärk-

---

37 Es handelt sich um die Beschwerde des US-Anbieters von computergestützten Flugreservierungssystemen SABRE über diskriminierende Benachteiligung auf dem europäischen Markt durch den europäischen Konkurrenten Amadeus (bzw. die ihn tragenden europäischen Fluglinien). Vgl. *Zanettin* (2002, S. 188 – 189).

38 In der Form verbindlicher Leitjurisdiktionen wird dieses Konzept in Abschnitt 3.3 jedoch wieder aufgegriffen.

39 Vgl. ausführlicher zum ICN *Finckenstein* (2003), *Budzinski* (2004a, 2004c) und *Böge* (2005).

40 Vgl. zu Chancen und Grenzen kooperativer Lösungen auch *Zanettin* (2002), *First* (2003), *Fox* (2003a), *Jenny* (2003b), *Podszun* (2003, S. 72 – 117) und *Canenbley / Rosenthal* (2005).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten Implementierung der Kooperationsabkommen keine wesentliche Abnahme divergierender und konfligierender Entscheidungen beobachtet werden, wie die Beispiele Boeing-MDD, Air Liquide-BOC, GE-Honeywell oder Microsoft aus den letzten 10 Jahren belegen.[41] Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Probleme vor allem bei der Fusionskontrolle und bei missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht auftreten, während die bilaterale und multilaterale Kooperation bei der Verfolgung schwerwiegender internationaler Kartelle spürbare Fortschritte gemacht hat.[42]

In Bezug auf die Problematik unterschiedlicher Ziele, Theorien und Methoden ist die bilaterale Kooperation wenig erfolgversprechend, aber dafür zielt die multilaterale Kooperation im Rahmen des ICN explizit auf diese Problematik, ohne jedoch bisher solche ambitionierten Fragestellungen durch die Identifikation aussagekräftiger Best-Practices gelöst zu haben. Dabei ist herauszustellen, dass neben diesen Divergenzen auch oftmals andere rechtliche Inkompatibilitäten die Kooperationsbemühungen in der Praxis stark behindern.

Nicht zu vernachlässigende Potenziale bietet das ICN hingegen hinsichtlich der Kostenineffizienz multipler Verfahren. Zwar wird die Anzahl der (unabhängigen) Verfahren weder durch die bilaterale noch die multilaterale Kooperation reduziert, aber ein Standardisierungsprozess im Notifizierungs- und Verfahrensprozedere (ICN) sowie ein verbesserter Informationsaustausch zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden (bilaterale und multilaterale Kooperation) helfen, die Transaktions- und Administrationskosten im Vergleich zum nicht-koordinierten Regime zu senken. Weiterreichende Effizienzpotenziale durch die Reduzierung der parallelen Verfahren bleiben freilich unausgeschöpft.

Ein weiterer Schwachpunkt ist in der mangelnden Beteiligung kleiner Länder jenseits der mächtigen Jurisdiktionen wie USA und EU zu sehen. Einerseits sind diese Jurisdiktionen in den existierenden bilateralen Kooperationen unterrepräsentiert[43], andererseits wird die Machtasymmetrie zwischen ökonomisch bedeutenden und weniger bedeutenden Jurisdiktionen nicht verringert, so dass sowohl bei der Aushandlung als auch bei der Anwendung der Kooperationsvereinbarungen strategische Verhaltensspielräume entstehen und sich Kooperationen nur zu Gunsten der dominanten Jurisdiktionen durchsetzen lassen.[44]

---

41 Vgl. bspw. *Griffin* (1999), *Fox* (2003a) und *Klodt* (2005); vgl. zu den US-EU-Konflikten im Fall GE-Honeywell *Gerber* (2003) und im Microsoft-Fall *Heyer* (2005) und insbesondere *Müller* (2005).

42 So gilt die Aufdeckung und Sanktionierung der weltumspannenden Vitaminkartelle gemeinhin als Musterbeispiel. Vgl. bspw. *First* (2001). „Where no industrial policy at the source is concerned, cartel enforcement at the national level with deep cooperation of sister agencies is the success story (in progress) of international antitrust. Where industrial policy intervenes, however, the gap is great, as in the case of OPEC, marketing boards and commodity cartels.“ *Fox* (2003a, S. 373).

43 Es sei jedoch auch erwähnt, dass das ICN dieser Tendenz entgegen wirken will.

44 Vgl. ausführlicher *Fox* (2000, 2003a) und *Jenny* (2003a, 2003b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Insgesamt ist festzuhalten, dass ein Regime kooperativer nationaler Wettbewerbspolitiken nur begrenzte Erfolgspotenziale beinhaltet. Es stellt zwar eine Verbesserung gegenüber der unkoordinierten Variante dar, aber aus ökonomischer Perspektive verbleiben erhebliche Mängel.

II. Globales supranationales Wettbewerbsrecht

Eine extreme Gegenlösung stellt ein einheitliches globales Wettbewerbsrecht dar, welches entweder sogar nationale Wettbewerbsrechte ersetzt oder aber in der Zuständigkeit klar von diesen getrennt ist. Dabei würde das supranationale Recht durch eine Weltwettbewerbsbehörde und eine entsprechende gerichtsähnliche Instanz durchgesetzt werden. Wesentliches Merkmal dieses Ansatzes ist das Vorhandensein supranationaler materiell-rechtlicher Wettbewerbsregeln. In der Literatur wird eine solche Lösung in der dargestellten Radikalität kaum jemals vertreten, obwohl nicht auszuschließen ist, dass etwas Vergleichbares mitunter als implizites Ziel anfangs milderer Lösungen angesehen werden muss. Oftmals wird dies in den Kontext einer (langfristigen) Ansiedlung globaler Wettbewerbsregeln und -politik unter dem Dach der Welthandelsorganisation (WTO) gestellt.[45]

Der Charme eines globalen supranationalen Wettbewerbsrechtes liegt darin, dass damit – zumindest theoretisch – alle Koordinationsprobleme vollständig gelöst werden könnten. Dies betrifft sowohl die Externalitätenproblematik in ihren diversen Facetten als auch die Kosten multipler Verfahren und die Inkompatibilitätsprobleme aufgrund unterschiedlicher Ziele, Theorien und Methoden. Dennoch gibt es gute Gründe dafür, dass eine vollständige Verlagerung der Wettbewerbspolitik auf internationale Institutionen und Organisationen in der Literatur nicht nur nicht explizit befürwortet, sondern oftmals umfassend abgelehnt wird. Die grundsätzliche Skepsis gegenüber einer verbindlichen internationalen Wettbewerbspolitik, insbesondere gegenüber globalen Wettbewerbsregeln und / oder Wettbewerbsbehörden, gründet sich dabei vor allem auf vier Argumente:

(1) Insbesondere wird darauf verwiesen, dass der mit einer substanziellen Internationalisierung verbundene Souveränitätsverzicht der Nationalstaaten auf absehbare Zeit unrealistisch sei. Dies wird realpolitisch in erster Linie begründet mit der mangelnden Bereitschaft der USA, ihr als überlegen empfundenes Wettbewerbsrecht einer internationalen Autorität zu unterstellen, und der Befürchtung von Entwicklungsländern, internationale Wettbewerbsregeln könnten die Entstehung eige-

[45] Vgl. (mit und ohne WTO-Bezug und in unterschiedlicher Ausprägung) bspw. *Scherer* (1994), *Jacquemin* (1995), *Nicolaides* (1996), *Fox* (2003c), *Guzman* (2004), *Haucap / Müller / Wey* (2005) und *Klodt* (2005). Dabei wird regelmäßig für einen zurückhaltenden Einstieg und eine stetige graduelle Ausweitung des Umfanges internationaler Wettbewerbspolitik argumentiert. Diesbezüglich lassen sich die genannten Quellen tendenziell und in ihren kurzfristigen Empfehlungen meist auch (oder sogar eher) der Konvergenz- und Mindestharmonisierungsstrategie (siehe Abschnitt 3.3) zuordnen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ner international konkurrenzfähiger Unternehmensgrößen und Industriestrukturen behindern.[46] Politökonomisch wird argumentiert, dass die bereits recht weit fortgeschrittene faktische Internationalisierung der Handelspolitik bei der WTO dazu führen könne, dass strategische Wettbewerbspolitik als Ersatz für strategische Handelspolitik wichtiger wird, so dass politökonomisch-rationale nationale Entscheidungsträger sich wettbewerbspolitische Kompetenzen nicht aus der Hand nehmen lassen wollen.[47]

(2) Eine umfassende Harmonisierungslösung setzt einen weitgehenden Konsens über gemeinsame wettbewerbsrechtliche Regeln voraus, der angesichts der bestehenden Divergenz in Bezug auf Ziele, Theorien und Methoden kaum zustande kommen dürfte.

(3) Die Kosteneinsparungen aufgrund der Verringerung multipler Verfahren könnten durch die Bürokratiekosten einer internationalen Mammutbehörde mit all ihren internen Verwaltungs- und Ablaufineffizienzen, steigenden Agenturkosten und einer wachsenden Schwerfälligkeit überkompensiert werden.[48]

(4) Weiterhin würde durch eine vollständige Harmonisierung jede Art von institutionellem (Imitations- und Innovations-) Wettbewerb in der Wettbewerbspolitik unterbunden, mit der Folge einer Eliminierung der Möglichkeiten zu Experimenten und wechselseitigem Lernen.[49]

Auch wenn ein globales supranationales Wettbewerbsrecht oder ein diesem nahe kommendes Regime zur Zeit als politisch völlig unrealistisch anzusehen ist, könnte es trotzdem als möglicher Endzustand einer langen Entwicklung gesehen werden. Als mögliches Vorbild bietet sich die europäische Wettbewerbspolitik mit ihren erheblichen Zentralisierungstendenzen an.[50] Aufgrund der oben angeführten Argumente ist ein solcher Lösungsansatz jedoch abzulehnen.

III. Konvergenz nationaler Wettbewerbsrechte und internationale Verfahrensregeln

Ein dritter Lösungsansatz beschreitet einen Mittelweg zwischen dem Verzicht auf Harmonisierung und originär internationalem Recht und einer umfassenden

---

46 Vgl. zur traditionellen US-Position *Klein* (1996) sowie zum aktuellen, etwas moderateren Stand *Epstein / Greve* (2004) und *Wood* (2004); zur Kontroverse um Wettbewerbspolitik in Entwicklungsländern vgl. ausführlicher *Correa* (1999), *Hoekman / Saggi* (2004) und *Owen* (2004).

47 „In other words, trade liberalization may create a ‚policy vacuum' fitted by strategically complacent competition policy" *Cadot / Grether / De Melo* (2000, p. 7). Siehe ebenda (S. 7 – 12) für eine ausführliche Analyse dieser Argumentationslinie.

48 Vgl. *Smets / Van Cayseele* (1995), *McGinnis* (2004) und *Stephan* (2004).

49 Vgl. *Hauser / Schöne* (1994), *Freytag / Zimmermann* (1998), *Meessen* (2000) und *Kerber / Budzinski* (2003).

50 Vgl. *Budzinski / Christiansen* (2005).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Harmonisierung bzw. Verlagerung der Wettbewerbspolitik auf die internationale Ebene. Dabei wird einerseits auf eine Schaffung globaler Wettbewerbsregeln in einem materiell-rechtlichen Sinn verzichtet und die Durchsetzung der Wettbewerbspolitik bei den vorhandenen nationalen (oder regional-supranationalen) Regimen belassen. Andererseits werden aber verbindliche Elemente einer internationalen Koordinierung nationaler Wettbewerbspolitiken eingeführt, so dass der Anspruch nur freiwilliger Koordination deutlich überschritten wird.

Ein wesentliches Element einer solchen Strategie kann in einer stärkeren, aber unvollständigen Konvergenz der nationalen Wettbewerbsrechte gesehen werden. Hierzu trägt die Einführung verbindlicher Mindeststandards (bspw. innerhalb der WTO) bei, welche eine Mindestharmonisierung der praktizierten Wettbewerbspolitiken bewirkt, aber gleichzeitig Ausgestaltungsspielräume oberhalb der Mindeststandards bewahrt bzw. schafft.[51] Somit wird weder ein globales Wettbewerbsrecht noch eine supranationale Wettbewerbsbehörde konstituiert, sondern es werden Mindestanforderungen an die nationalen Wettbewerbsrechte definiert. Damit soll ein Mindestschutz von Wettbewerb in möglichst vielen Ländern sichergestellt und eine spürbare Reduktion von Konflikten durch die Konvergenz der nationalen Regeln erreicht werden.

Da die konkrete Ausgestaltung einer solchen Konvergenzlösung eine sehr große Bandbreite konkreter Lösungselemente und ihrer Kombination umfasst, ist eine pauschale Beurteilung kaum möglich. Beispielsweise hängen die Wirkungen von Mindeststandards stark davon ab, wie hoch diese sind. Sehr niedrige Mindeststandards werden divergierende Ziele und Leitbilder kaum harmonisieren und nur wenige Fortschritte in Bezug auf Externalitäten und Kosteneffizienz mit sich bringen. Hohe Mindeststandards hingegen können dem Gestaltungsansatz „supranationales Recht“ nahe kommen und werden damit auch für die demgegenüber geäußerte Kritik anfällig (siehe Abschnitt C.II). Insbesondere ist der Trade-off zu betonen zwischen der Höhe der Mindeststandards und ihrer (politischen) Akzeptanz: niedrige Standards sind eher zu erreichen, aber nur von begrenzter Wirkung, hohe Standards stoßen demgegenüber auf vermehrte Widerstände. Allerdings können die ökonomischen Probleme, die aus multiplen Verfahren resultieren (Externalitäten, Kostenineffizienzen), durch Mindeststandards allein ohnehin nicht gelöst werden, da die Zuständigkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden nicht koordiniert werden (sondern der Inhalt der Wettbewerbsregeln). Kaum gelöst werden durch die Konvergenzstrategie auch die Probleme internationaler Externalitäten, d. h. das Problem eines mangelnden Schutzes internationalen Wettbewerbs aufgrund mangelnder Anreize sowie die aus strategischen Wettbewerbspolitiken resultierenden Probleme.

---

[51] Vgl. *Fikentscher / Immenga* (1995), *Wins* (2000), *Fox* (2003c) und *Drexl,* in diesem Band. Eine Abgrenzung zu ambitionierteren Harmonisierungsansätzen, die Mindeststandards als Einstieg in eine tiefergehende Entwicklung betrachten, ist oftmals schwierig.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Insofern sind solche Konvergenzlösungen gerne mit der Einführung von international verbindlichen Verfahrensregeln verknüpft worden.[52] Dazu können international verbindliche Regeln zur Berücksichtigung von Auslandswirkungen inländischer Wettbewerbsbeschränkungen (Inländerprinzip)[53] und / oder zur Hilfe bei der extraterritorialen Durchsetzung nationalen Wettbewerbsrechts ebenso gehören wie eine Einigung auf Regeln, die bei multipler Zuständigkeit einer Wettbewerbsbehörde im Auftrag aller betroffenen Länder den Wettbewerbsfall zur Prüfung und Entscheidung überträgt (verbindliches Leitjurisdiktionsmodell).[54] Allerdings ist zur Überwachung der Einhaltung dieser Regeln durch die nationalen Wettbewerbsbehörden sowie zur verbindlichen Streitschlichtung dann irgendeine Art von internationaler Institution (Wettbewerbsbehörde und / oder eine gerichtsähnliche Instanz) notwendig. Außerdem setzen solche Lösungen eine gewisse Mindestkompatibilität der nationalen Wettbewerbsrechte voraus, weshalb sie gut mit Konvergenzlösungen im Sinne von Mindeststandards kombiniert werden können.

Mit der Schwerpunktverlagerung von den materiell-rechtlichen Wettbewerbsregeln zu Verfahrensregeln weisen diese Lösungen darauf hin, dass das Problem einer internationalen Wettbewerbsordnung auch in Richtung auf die Etablierung einer internationalen Verfahrensordnung gelöst werden kann. Im Mittelpunkt stehen dann eben nicht primär die inhaltlichen Wettbewerbsregeln selbst, sondern die Gestaltung verbindlicher Regeln über die Zuweisung und Abgrenzung von Kompetenzen der Wettbewerbsrechte verschiedener Staaten. Die Frage der Kompetenzallokation und -abgrenzung zwischen Wettbewerbsrechten (sowie die Lösung auftretender Konflikte) tritt aber nicht nur horizontal zwischen verschiedenen nationalen Wettbewerbsrechten, sondern auch vertikal auf, bspw. zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht und dem Wettbewerbsrecht der EU-Mitgliedstaaten. In gleicher Weise kann auch die Frage der Notwendigkeit und Ausgestaltung einer internationalen Wettbewerbspolitik als Frage nach einer vertikalen Allokation von Kompetenzen zwischen einer globalen und nationalen wettbewerbspolitischen Ebene verstanden werden. Im Folgenden wird daher ein wesentlich systematischerer, ökonomischer Analyseansatz zur Ableitung von allgemeinen Kriterien für die Gestaltung eines Mehr-Ebenen-Systems von Wettbewerbsrechten in knapper Form vorgestellt. Hierbei werden wir auf die angesprochenen Verfahrensregeln (Inländerprinzip, verbindliches Leitjurisdiktionsmodell) als Lösungsmöglichkeiten für internationale Wettbewerbsprobleme zurückkommen.

---

52 Vgl. explizit *Kerber* (1999, 2003) und *Podszun* (2003).

53 Vgl. bspw. *Fox / Ordover* (1995), *Fox* (1997), *Basedow* (1998), *Wins* (2000) und *Durand / Galarza / Mehta* (2004).

54 Vgl. *Campbell / Trebilcock* (1993, S. 150 – 153, 1997, S. 110 – 112).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Mehr-Ebenen-System der Wettbewerbspolitiken als Analyserahmen

I. Grundlagen

Realistischerweise wird ein internationales Wettbewerbspolitiksystem ein komplexes institutionelles Arrangement darstellen, in welchem Wettbewerbspolitik in verschiedenen (nationalen und supranationalen) Jurisdiktionen auf der Basis unterschiedlicher Wettbewerbsrechte betrieben wird. Um einen systematischen Zugang und eine theoriegeleitete Analyse eines solchen komplexen Systems der Wettbewerbspolitiken zu ermöglichen, schlagen wir vor, die Problematik der Einführung einer internationalen Wettbewerbspolitik als Teil der adäquaten Ausgestaltung eines Mehr-Ebenen-Systems von Wettbewerbsrechten zu verstehen.[55] In einem solchen Mehr-Ebenen-System können Institutionen und Organe auf verschiedenen, vertikal verknüpften Ebenen angesiedelt sein. Auf jeder Ebene können zudem prinzipiell mehrere Institutionen und Organe horizontal miteinander verbunden sein (siehe Abb. 1).

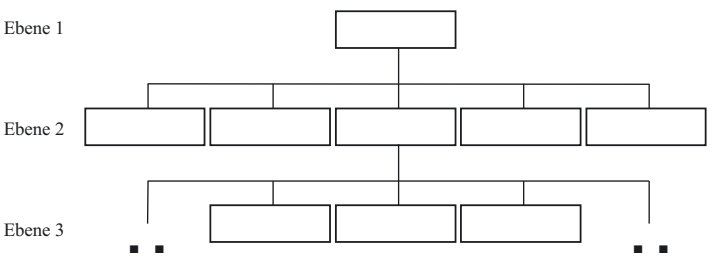

Abb. 1: Stilisiertes Mehr-Ebenen-System von Wettbewerbsrechten

Ebene 1 würde hier die globale Ebene repräsentieren und Ebene 2 könnte die nationalstaatlichen (inklusive der regionalen supranationalen) Regime darstellen (bspw. die EU, die USA, Australien, Japan usw.). Manche dieser Regime verfügen über weiter regionalisierte Jurisdiktionen mit wettbewerbspolitischen Kompetenzen, wie beispielsweise die Antitrustregime der US-Bundesstaaten. Eine regional-supranationale Wettbewerbsordnung wie jene der EU besitzt zudem vertikale Beziehungen zu den nationalen Wettbewerbsregimen ihrer Mitgliedstaaten. Mitunter können wettbewerbspolitische Kompetenzen noch tiefer angesiedelt sein wie bspw. bei den deutschen Landeskartellämtern.[56] Allerdings müssen die vertikal verbun-

[55] Vgl. *Kerber* (1999, 2003), *Kerber / Budzinski* (2003, S. 443 – 447), *Budzinski* (2004b, S. 79 – 84) und *Budzinski / Christiansen* (2005).

[56] Eine andere Art der „Dezentralität“ liegt bei der privaten Rechtsdurchsetzung (private litigation) vor.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denen Ebenen keinesfalls immer über ein vollständiges Wettbewerbsregime verfügen. So ist es mit dem Modell eines Mehr-Ebenen-Systems problemlos kompatibel, die globale Ebene als eine internationale Verfahrensordnung mit einem Forum für Konfliktlösung zu denken, in welcher die unteren Ebenen mit ihren materiellrechtlichen Regeln und ihrer konkreten Anwendungspraxis nur koordiniert werden. Es ist ein wesentliches Leistungsmerkmal eines solchen Mehr-Ebenen-Ansatzes als Analyserahmen, dass mit ihm sehr unterschiedliche und komplexe Regimeausprägungen systematisch untersucht werden können. Alle in Abschnitt C vorgestellten Strategien und speziellen Lösungsversuche können in diesem Rahmen analysiert werden, insbesondere auch die in Abschnitt C.III angesprochenen besonders interessanten Koordinierungsstrategien.

Innerhalb eines solchen Mehr-Ebenen-Rechtssystems kommt der Allokation und Abgrenzung von Kompetenzen auf die einzelnen Jurisdiktionen und damit der Problematik der *institutionellen Schnittstellen* zwischen den Systemelementen eine herausragende Bedeutung für die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Gesamtregimes zu. Hierbei geht es um die Allokation und Abgrenzung wettbewerbspolitischer Kompetenzen sowohl zwischen den Ebenen des Systems (*vertikale Schnittstellen*) als auch zwischen Jurisdiktionen auf den gleichen Ebenen (*horizontale Schnittstellen*). Die Bedeutung von Kompetenzallokation und Schnittstellenproblematik resultiert aus der Notwendigkeit der Schaffung eines gleichzeitig kohärenten und vielfältigen Systems der Wettbewerbspolitiken, das erstens fähig ist, einen effektiven Schutz internationaler Wettbewerbsprozesse zu gewährleisten, und zweitens eine konfliktminimale und möglichst effiziente Interaktion der verschiedenen Teilregime sicherstellt.

II. Zentralisierung und Dezentralisierung wettbewerbspolitischer Kompetenzen aus ökonomischer Perspektive

Die Fokussierung auf die Allokation von Kompetenz innerhalb eines Mehr-Ebenen-Systems bedeutet eine Verlagerung der Diskussion um eine internationale Wettbewerbspolitik von der Frage der Harmonisierung zu der Frage des optimalen Ausmaßes von Zentralität und Dezentralität wettbewerbspolitischer Kompetenzen.[57] Dies ermöglicht zum einen eine disaggregierte Betrachtung im Sinne eines Herunterbrechens von einer Gesamtentscheidung auf die einzelnen Systemelemente. Wettbewerbspolitische Kompetenzen müssen nicht in einem Bündel alloziiert

[57] Nicht zufällig kommen Fragen der Kompetenzallokation und -abgrenzung regelmäßig eine hohe Bedeutung innerhalb der bereits existierenden Mehr-Ebenen-Systeme von Wettbewerbspolitiken in der EU und in den USA zu. Die Kompetenzallokation und -abgrenzung zwischen der EU-Ebene und der Ebene der Nationalstaaten war eines der wichtigsten Themen im jüngsten Reform- und Modernisierungsprozess der EU-Wettbewerbsordnung. Vgl. *Budzinski / Christiansen* (2005) und *Wilks* (2005). In den USA entzündet sich seit Jahren eine Kontroverse um Ausmaß und Grenzen der Antitrustpolitik der US-Bundesstaaten. Vgl. *Grimes* (2003), *Epstein / Greve* (2004), *Kovacic* (2004) und *Posner* (2004).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sein, sondern können aufgespalten werden. Folglich können Regelsetzungs-, Regelanwendungs- und Regeldurchsetzungskompetenzen verschiedenen Jurisdiktionen (sowohl auf der gleichen als auch auf unterschiedlichen Ebenen) zugeordnet werden. Damit wird es möglich, durch komplexe institutionelle Arrangements in gewissem Umfang die Vor- und Nachteile von Zentralität und Dezentralität zu kombinieren. Über eine komparative Analyse können jene institutionellen Strukturen identifiziert werden, die die Probleme internationaler Wettbewerbspolitik vergleichsweise am besten lösen.

Für die Fragestellung nach dem optimalen Grad von Zentralität und Dezentralität kann auf die ökonomische Föderalismustheorie zurückgegriffen werden. Diese hat sich aufbauend auf dem Konzept des Fiskalföderalismus zu einer allgemeineren Theorie der Zentralisierung und Dezentralisierung von Staatsaufgaben entwickelt.[58] Insbesondere wurden hier Kriterien dafür entwickelt, welche Staatsaufgaben wohlfahrtsfördernd zu zentralisieren und welche zu dezentralisieren sind. Aufbauend hierauf sind auch spezielle Kriterien entwickelt worden für die Frage der Zentralität und Dezentralität von Rechtsetzungs- und Regulierungskompetenzen (Rechtsföderalismus).[59]

Insbesondere lassen sich die folgenden vier Gruppen von Kriterien identifizieren: (1) *Minimierung räumlicher externer Effekte*: Ein Grundprinzip der ökonomischen Föderalismustheorie liegt darin, dass staatliche Aufgaben prinzipiell auf der niedrigsten (d. h. möglichst dezentralen) Ebene angesiedelt werden sollten, welche die relevanten Wirkungen und Kosten gerade noch umfasst (Subsidiaritätsprinzip als bedingtes Dezentralisierungsprinzip).[60] Ist eine dezentrale Anwendung der Wettbewerbspolitik mit der Erzeugung von räumlichen Externalitäten verbunden, stellt dies ein Argument für Zentralisierung dar. Die in Abschnitt B.I. angesprochenen Probleme der internationalen Externalitäten von Wettbewerbspolitik sind hier relevant. (2) *Kosteneffizienz*: Darüber hinaus sind aber auch die Kosten der „Produktion“ und „Anwendung“ einer Politik einzubeziehen (Problem der Kostenineffizienz der parallelen Anwendung nationaler Wettbewerbspolitiken; Abschnitt B.II.). (3) *Präferenzkonformität*: Bestehen heterogene Präferenzen bei den Bürgern verschiedener Jurisdiktionen, d. h. in unserem Beispiel mit der Folge unterschiedlicher Ziele der Wettbewerbspolitik (Abschnitt B.III.), so verweist dies darauf, dass eher eine Dezentralisierung der Kompetenzen ökonomisch vorteilhaft ist. (4) *Evolutionsfähigkeit*: Eine stärkere Dezentralität von Kompetenzen erlaubt institutionelles Lernen über geeignete Theorien und Methoden durch begrenztes Experimentieren (laboratory federalism)[61] und damit ein stärkeres Offenhalten des

---

58 Vgl. *Breton* (1996), *Inman / Rubinfeld* (1997), *Pitlik* (1997), *Apolte* (1999), *Oates* (1999) und *Feld / Zimmermann / Döring* (2004).

59 Vgl. zu allgemeinen Kriterien für die vertikale Allokation von Rechtsetzungskompetenzen in Mehr-Ebenen-Rechtssystemen *Kerber / Heine* (2002) und *Kerber / Grundmann* (2005).

60 Vgl. *Oates* (1999, S. 1122).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Systems für zukünftige Herausforderungen, bspw. durch neue Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, und für das Einbringen von Erfahrungen mit Wettbewerbspolitiken sowie neuen theoretischen und empirischen Erkenntnissen der Industrieökonomik.[62] Diese Kriterien weisen somit auch direkte Bezüge zu den in Abschnitt B. herausgearbeiteten ökonomischen Problemen international nichtkoordinierter nationaler Wettbewerbspolitiken auf.

III. Zwei Beispiele von Kompetenzallokationsregeln: Inländerprinzip und das verbindliche Leitjurisdiktionsmodell

Auf Basis dieser ökonomischen Kriterien können nun systematisch verschiedene Koordinationsprinzipien einer vergleichenden Analyse bezüglich ihrer Leistungsfähigkeit als Kompetenzallokationsregel unterzogen werden. Im Prinzip gibt es eine Vielzahl solcher Koordinationsprinzipien oder Kompetenzallokationsregeln, die außerdem unterschiedlich miteinander kombiniert werden können. Der theoretische Lösungsraum für die konkrete Kompetenzgestaltung eines internationalen Mehr-Ebenen-Regimes der Wettbewerbspolitiken ist folglich ausgesprochen umfangreich. Hier kann nur anhand der Analyse zweier Kompetenzallokationsregeln beispielhaft skizziert werden, wie ein solch allgemeiner Analyserahmen angewendet werden kann. Unsere beiden (bereits in Abschnitt C.III angeführten) Beispiele sind (1) die Verpflichtung zur Einbeziehung von Auslandswirkungen (Inländerprinzip) und (2) das verbindliche Leitjurisdiktionsmodell.[63]

Unter dem Inländerprinzip ist zu verstehen, dass jedes Wettbewerbsregime prinzipiell Jurisdiktion über alle Fälle erhält, auf deren Territorium die beteiligten Firmen (Kartellmitglieder, Fusionspartner usw.) ansässig sind. Entscheidend ist, dass dabei die zuständige Wettbewerbsbehörde nicht nur die Auswirkungen auf den inländischen Wettbewerb prüft, sondern – im Gegensatz zur bisherigen Praxis – zusätzlich auch die Wirkungen auf ausländische und internationale Märkte einbezieht. Damit wird eine horizontale Allokation und Abgrenzung der Kompetenzen bewirkt, denn Wettbewerbsregime, in denen keiner der Verursacher einer Wettbewerbsbeschränkung ansässig ist, dürfen ihr Wettbewerbsrecht nicht anwenden, und zwar auch dann nicht, wenn deren inländische Märkte von den Auswirkungen betroffen sind. Allerdings können aus dem Inländerprinzip zunächst keine Aussagen für die vertikale Kompetenzabgrenzung abgeleitet werden.

---

61 Vgl. *Oates* (1999, S. 1131 – 1134), *Feld / Zimmermann / Döring* (2004, S. 8 – 9) und *Kerber* (2005).

62 Vgl. auch *Budzinski* (2003, 2004a, 2005).

63 Für eine umfassende Untersuchung der hier nur andiskutierten Kompetenzallokationsregeln vgl. *Budzinski* (2005). Dort werden mit dem vorgestellten Analyserahmen wesentlich tiefgehender zusätzlich auch das Auswirkungsprinzip, Umsatzschwellenwerte, Nicht-Diskriminierung, Benchmarking, die Relevante-Märkte-Regel, Xplus-Regeln und das freiwillige Leitjurisdiktionsmodell systematisch untersucht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das verbindliche Leitjurisdiktionsmodell ordnet nur die Kompetenz zur Bestimmung der Leitjurisdiktion der internationalen Ebene zu, belässt aber alle anderen Kompetenzen prinzipiell bei den unteren Ebenen. Das globale Regime behandelt Wettbewerbsfälle mit jurisdiktionsübergreifender Bedeutung also nicht selbst, sondern weist sie exklusiv jener vertikal verbundenen Jurisdiktion zu, welche die höchste Eignung zur Behandlung des Falles aufweist. Als Kriterien hierfür bieten sich die relative Betroffenheit (Auswirkungsschwerpunkt) und die wettbewerbspolitische Erfahrung und Zuverlässigkeit der Jurisdiktion an. Die Leitjurisdiktion prüft den Fall stellvertretend für alle umfassend, wobei sie auf die Unterstützung anderer Wettbewerbsbehörden zurückgreifen kann, und entscheidet ihn abschließend.

Wie ist die Eignung dieser beiden Kompetenzallokationsregeln als Elemente eines internationalen Mehr-Ebenen-Systems der Wettbewerbspolitiken aus ökonomischer Sicht zu beurteilen?

– *Minimierung räumlicher externer Effekte*: Zu den wichtigsten Aspekten eines internationalen Systems der Wettbewerbspolitiken gehört die Reduktion negativer Externalitäten, welche durch (i) die ausschließliche Sicht auf inländische Märkte und (ii) durch strategische Wettbewerbspolitiken entstehen (siehe Abschnitt B.I). Beide Kompetenzallokationsregeln zielen explizit auf den ersten Fall. Sowohl die Heimatjurisdiktion wettbewerbswidriger Handlungen (Inländerprinzip) als auch die ausgewählte Leitjurisdiktion prüfen nicht nur auf Inlandswirkungen, sondern auch auf Auslandswirkungen. Damit würde einerseits die Schutzlücke für den internationalen Wettbewerb vermindert, da auch Auslandswirkungen miteinbezogen würden und damit positive Externalitäten bereitgestellt werden. Andererseits könnten auch negative Externalitäten, die aus der asymmetrischen Verteilung von Produzenten und Konsumenten bzw. allgemeiner aus differierenden Marktbedingungen, resultieren, spürbar reduziert werden. Hierbei ist auch wichtig, ob die jeweilige Heimat- bzw. Leitjurisdiktion die Auslandswirkungen nach dem Heimatlandrecht oder dem Recht der ausländischen betroffenen Märkte prüft.[64] Ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Kompetenzallokationsregeln ist, dass die Leitjurisdiktion exklusiv zuständig ist, während es bei wettbewerbswidrigen Absprachen oder Fusionen zwischen Unternehmen aus unterschiedlichen Ländern bei dem Inländerprinzip durchaus mehrere Heimatjurisdiktionen geben kann, so dass konfligierende und inkompatible Entscheidungen parallel zuständiger Jurisdiktionen nicht ausgeschlossen sind. Allerdings dürften diese Probleme deutlich seltener auftreten als bei dem bisherigen Auswirkungsprinzip, da regelmäßig mehr Märkte betroffen sein werden als Unternehmen aus verschiedenen Ländern beteiligt sind. Hinsichtlich strategischer Wettbewerbspolitiken tritt aus ökonomischer Perspektive

[64] Bei ersterem entsteht das Problem einer Ungleichbehandlung von heimischen und ausländischen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Zielmarkt. Hingegen sollte die Anwendung ausländischer Wettbewerbsregeln für die verfahrensführende Jurisdiktion kein unüberwindbares Problem sein, da sie in der Regel auf die kooperative Unterstützung der Ziellandsbehörde wird zurückgreifen können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

das Anreizproblem in den Vordergrund. Beim Inländerprinzip kontrastiert hier die Zielsetzung, Außenwirkungen einzubeziehen, mit der Möglichkeit, dies strategisch zu tun. Auch besteht das Problem der Anreize der Heimatbehörde, ein effizientes Maß an externem Wettbewerbsschutz bereitzustellen (jenseits der auch im nicht-koordinierten System verfügbaren Reziprozitätsüberlegungen; siehe Abschnitt B. I). Abhilfe könnte hier die zusätzliche Schaffung supranationaler Überwachungs- oder Revisionskompetenzen leisten, die die Einhaltung der Regeln kontrolliert. Dies ist im Leitjurisdiktionsmodell bereits stärker verankert. Da das Praktizieren strategischer Wettbewerbspolitik die Aussicht einer Jurisdiktion, auch zukünftig als Leitjurisdiktion ernannt zu werden, schmälert, ist ein zusätzlicher Anreiz für zielkonformes Verhalten vorhanden. Da hier ohnehin supranationale Kompetenzen (und entsprechende Organe) existieren, ist eine Ergänzung um Überwachungs- und Revisionskompetenzen leicht möglich.

– *Kosteneffizienz*: Multiple Verfahren und die mit ihnen einhergehenden Ineffizienzen (siehe Abschnitt B.II) werden im Leitjurisdiktionsmodell umfassend verhindert. Beim Inländerprinzip findet zwar eine Verbesserung gegenüber dem Auswirkungsprinzip statt, da die Anzahl der Heimatjurisdiktionen kooperierender oder fusionierender Unternehmen kleiner ist als die Anzahl der von den Auswirkungen betroffenen Jurisdiktionen, aber es verbleibt ein nicht zu vernachlässigender Umfang an multiplen Verfahren, insbesondere wenn sich der in Abschnitt 1 skizzierte Internationalisierungstrend bei Kartellen, Zusammenschlüssen und Behinderungsstrategien fortsetzt.

– *Präferenzkonformität*: Das Ausmaß der Präferenzkonformität ist bei beiden Regeln stark davon abhängig, ob das Wettbewerbsrecht der zuständigen Wettbewerbsbehörde (Heimatland- oder Leitjurisdiktion) oder des Landes angewendet wird, für die die Auslandswirkungen geprüft werden. Hieraus ergeben sich inhärente Grenzen der Präferenzkonformität. Allerdings dürfte das Inländerprinzip mit seinen dezentralisierten Kompetenzen tendenziell zu einer hohen Präferenzkonformität beitragen. Diese wird allerdings auch dann beeinträchtigt, wenn ausländische Wettbewerbsbeschränkungen mit Inlandswirkungen vom Ausland unzureichend (bzw. strategisch) bekämpft werden, und das Inland dagegen nicht effektiv vorgehen kann. Zwar fällt letzteres Problem beim Leitjurisdiktionsmodell aus den oben geschilderten Gründen geringer aus, aber dafür tritt ein anderes Problem auf. Nicht alle Jurisdiktionen werden gleichmäßig oft als Leitjurisdiktion dienen. Die sinnvollen Auswahlkriterien „Auswirkungsschwerpunkt“ und „Eignung“ sprechen dafür, dass vor allem ökonomisch bedeutsame Jurisdiktionen, wie in der gegenwärtigen Antitrustwelt insbesondere die USA und die EU, die Leitjurisdiktionsfunktion ausüben werden. Kleinere Jurisdiktionen werden dagegen ihr eigenes, nach ihren Präferenzen gestaltetes Wettbewerbsrecht selten zur Anwendung bringen können. Im Vergleich zur Schaffung von originär globalem Wettbewerbsrecht wird das Kriterium der Präferenzkonformität bei beiden Kompetenzallokationsregeln allerdings wesentlich besser erfüllt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– *Evolutionsfähigkeit*: Auch hier weisen beide Kompetenzallokationsregeln grundsätzlich eine gute Eignung auf. Beim Inländerprinzip wird Wettbewerbspolitik stark dezentralisiert betrieben, so dass die für wechselseitige Lernprozesse und Innovationsoffenheit notwendige Regimevielfalt erhalten bleibt. Dies gilt ebenso für das Leitjurisdiktionsmodell, in welchem das Vorhandensein einer effektiven und mit verbindlichen Kompetenzen ausgestatteten globalen Ebene nicht einschränkend wirkt. Dies gilt allerdings uneingeschränkt nur, solange der „Markt für Leitjurisdiktionen" nicht zu eng wird. Hinsichtlich der Voraussetzungen zu wechselseitigem Lernen – Transparenz über unterschiedliche Lösungen und deren komparative Leistungsfähigkeit – ist auf die systematische Interaktion zwischen der jeweiligen Leitjurisdiktion und den ebenfalls von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Wettbewerbsbehörden zu verweisen. Letztere werden von der Leitjurisdiktion systematisch in die Ermittlungs- und Beurteilungsprozesse eingebunden, wodurch die geforderte Transparenz in beiden Dimensionen gestärkt wird. Prinzipiell ist dies auch beim Inländerprinzip möglich, allerdings ist es dort nicht derart systematisch verankert.

Insgesamt erscheint somit das verbindliche Leitjurisdiktionsmodell bezüglich der Kriterien Minimierung räumlicher externer Effekte, Kosteneffizienz und Evolutionsfähigkeit überlegen, während das Inländerprinzip bezüglich der Präferenzkonformität besser abschneidet. Beide Kompetenzallokationsregeln könnten zudem durch supranationale Überwachungs- und Revisionskompetenzen gestärkt werden, wobei sich letztere im Leitjurisdiktionsmodell auf die Jurisdiktionsentscheidung der supranationalen Ebene beschränken könnten. Bei der Suche nach geeigneten institutionellen Arrangements ist es folglich im Vergleich mit dem Inländerprinzip vorteilhafter, vom verbindlichen Leitjurisdiktionsmodell auszugehen.

Es ist aber an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass eine umfassende Schlussfolgerung nicht auf der Basis der isolierten Analyse nur dieser beiden Kompetenzallokationsregeln erfolgen kann. Durch geschickte Weiterentwicklungen und Differenzierungen dieser Regeln sowie durch Kombinationen mit anderen Kompetenzabgrenzungsregeln und Systemelementen eines umfassenden Mehr-Ebenen-Systems von Wettbewerbspolitiken lassen sich die Ergebnisse weiter verbessern. In diesem Abschnitt D konnte nur die prinzipielle Vorgehensweise eines solchen Konzeptes zur systematischen Analyse von Kompetenzallokation und -abgrenzung in einem Mehr-Ebenen-System der Wettbewerbspolitiken vorgestellt und kurz exemplifiziert werden.[65] Dabei zeigte sich, dass sich aus diesem allgemeinen Ansatz (auf ökonomischer Theorie basierende) Kriterien ableiten lassen, in welchem Umfang und in welcher Form eine zusätzliche internationale Ebene der Wettbewerbspolitik innerhalb eines solchen Mehr-Ebenen-Systems erforderlich ist.

---

[65] Für eine umfassendere Analyse entlang der hier skizzierten Methoden vgl. *Budzinski* (2005).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

E. Fazit und Ausblick

Die steigende Internationalisierung der Märkte aufgrund der fortschreitenden Globalisierung hat seit den 1990er Jahren zu Recht die Frage nach dem adäquaten Schutz dieses Wettbewerbs aufkommen lassen. Hiermit wurde das Problem der Notwendigkeit einer internationalen Wettbewerbspolitik auf die wirtschaftspolitische Agenda gebracht. In Abschnitt B. konnte gezeigt werden, dass sowohl die signifikante Zunahme internationaler Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse als auch die zunehmende extraterritoriale Anwendung nationaler Wettbewerbspolitiken aus ökonomischer Sicht zu erheblichen Problemen führen, die sich teils in spürbaren Schutzlücken in Bezug auf Wettbewerb auf internationalen Märkten, teils im (die globale Wohlfahrt vermindernden) strategischen Einsatz nationaler Wettbewerbspolitiken sowie in übermäßigen Kosten aufgrund paralleler Wettbewerbsverfahren und einer Anzahl von gravierenden Konflikten durch sich widersprechende Entscheidungen verschiedener Wettbewerbsbehörden niederschlagen. Eine sorgsame Analyse der verschiedenen Problemlösungsstrategien macht deutlich, dass weder die bisher verfolgte Strategie der unverbindlichen bilateralen Kooperation der Wettbewerbsbehörden (trotz der vermutlich fruchtbaren Erweiterung durch die Etablierung des „International Competition Networks“) noch der radikale Gegenentwurf der Einführung globaler Wettbewerbsregeln mit einer globalen Wettbewerbsbehörde eine längerfristig zweckmäßige Lösung darstellt (Abschnitt C.).

Im Gegensatz zu der bisherigen Diskussion wird in diesem Beitrag die Auffassung vertreten, dass die Debatte über die internationale Wettbewerbspolitik nicht isoliert geführt werden sollte, sondern als Teil des allgemeineren Problems des richtigen Ausmaßes von Zentralität und Dezentralität der Wettbewerbspolitik verstanden werden sollte. Im Bereich der Wettbewerbspolitik wird sowohl innerhalb der EU als auch in den USA eine intensive Diskussion über die Verteilung der Kompetenzen für die Regelsetzung und die Regeldurchsetzung auf verschiedene Ebenen geführt. Eine internationale Wettbewerbspolitik stellt dabei nur eine weitere Ebene in einem solchen Mehr-Ebenen-System von Wettbewerbspolitiken dar. In Abschnitt D. haben wir dafür plädiert, mit klaren, insbesondere auf der Föderalismustheorie basierenden allgemeinen Kriterien für Zentralität und Dezentralität die Problematik der Zweckmäßigkeit der Einführung internationaler Wettbewerbsregeln zu untersuchen.

Dabei zeigte sich als Ergebnis, dass das Problem des Schutzes internationalen Wettbewerbs sich vielleicht am besten durch die Etablierung von verbindlichen internationalen Verfahrensregeln (wie bspw. das verbindliche Leitjurisdiktionsmodell) lösen lässt, während die materiell-rechtlichen Wettbewerbsregeln und die Durchsetzungsorgane möglichst dezentral bleiben sollten. Insofern lässt sich für die zukünftige Gestaltung einer internationalen Wettbewerbspolitik am ehesten an den Vorschlägen zur Einführung internationaler Verfahrensregeln, insbesondere zur Kompetenzallokation und -abgrenzung, anknüpfen (Abschnitt C.III.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literatur

Aiginger, Karl / *McCabe,* Mark / *Mueller,* Dennis C. / *Weiss,* Christopher (2001), Do American and European Industrial Organization Economists Differ?, in: Review of Industrial Organization, Vol. 19 (4), S. 383 – 405.

Aiginger, Karl / *Mueller,* Dennis C. / *Weiss,* Christoph (1998), Objectives, Topics and Methods in Industrial Organization during the Nineties: Results from a Survey, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 16 (6), S. 799 – 830.

Apolte, Thomas (1999), Die ökonomische Konstitution eines föderalen Systems: dezentrale Wirtschaftspolitik zwischen Kooperation und institutionellem Wettbewerb, Tübingen: Mohr Siebeck.

Baron, Michael (2006), Politische Perspektiven einer internationalen Wettbewerbsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, in diesem Band.

Barros, Pedro P. / *Cabral,* Luís M. (1994), Merger Policy in Open Economies, in: European Economic Review, Vol. 38 (5), S. 1041 – 1055.

Basedow, Jürgen (1998), Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen: Mohr Siebeck.

Basedow, Jürgen (2004), Competition Policy in a Globalized Economy: From Extraterritorial Application to Harmonization, in: Manfred Neumann und Jürgen Weigand (Hrsg.), The International Handbook of Competition, Cheltenham: Elgar, S. 321 – 338.

Bhattacharjea, Aditya / *Nanda,* Nitya (2005), Cross-Border Competition Issues, in: Pradeep S. Mehta (Hrsg.), Towards a Functional Competition Policy for India, New Delhi: Academic Foundation, erscheint.

Böge, Ulf, Das International Competition Network als Ansatz einer internationalen Wettbewerbspolitik, in diesem Band.

Breton, Albert (1996), Competitive Governments: An Economic Theory of Politics and Public Finance, Cambridge: Cambridge University Press.

Budzinski, Oliver (2002), Perspektiven einer internationalen Politik gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik, Vol. 28 (3), S. 233 – 252.

Budzinski, Oliver (2003), Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity, Philipps-Universität Marburg, Volkswirtschaftliche Beiträge No. 14 / 2003, http: //ssrn.com/abstract=452900.

Budzinski, Oliver (2004a), Die Evolution des internationalen Systems der Wettbewerbspolitiken, in: Oliver Budzinski und Jörg Jasper (Hrsg.), Wettbewerb, Wirtschaftsordnung und Umwelt, Frankfurt a.M.: Lang, S. 81 – 100.

Budzinski, Oliver (2004b), The International Competition Network as an International Merger Control Institution, in: John-ren Chen (Hrsg.), International Institutions and Multinational Enterprises, Cheltenham: Elgar, S. 64 – 90.

Budzinski, Oliver (2004c), The International Competition Network: Prospects and Limits on the Road towards International Competition Governance, in: Competition and Change, Vol. 8 (3), S. 223 – 242.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Budzinski, Oliver (2005), The Governance of Global Competition: The Problem of Competence Allocation in an International Multilevel Competition Policy System (Habilitationsschrift, Marburg, erscheint).

Budzinski, Oliver / *Christiansen,* Arndt (2005), Competence Allocation in EU Competition Policy as an Interest-Driven Process, in: Journal of Public Policy, Vol. 25 (3), erscheint.

Budzinski, Oliver / *Kerber,* Wolfgang (2003), Megafusionen, Wettbewerb und Globalisierung, Stuttgart: Lucius & Lucius.

Burton, John (1994), Competition over Competition Analysis: A Guide to some Contemporary Economics Disputes, in: Julian Lonbay (Hrsg.), Frontiers of Competition Law, London: Wiley, S. 1 – 23.

Buxbaum, Hannah L. (2004), National Courts, Global Cartels: F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran, S.A., in: German Law Journal, Vol. 5 (9), S. 1095 – 1106.

Cabral, Luís M. (2003), International Merger Policy Coordination, in: Japan and the World Economy, Vol. 15 (1), S. 21 – 30.

Cabral, Luís M. (2004), An Equilibrium Approach to International Merger Policy, Discussion Paper, New York: New York University.

Cadot, Olivier / *Grether,* Jean-Marie / *De Melo,* Jaime (2000), Trade and Competition Policy: Where Do We Stand?, in: Journal of World Trade, Vol. 34 (3), S. 1 – 20.

Campbell, Neil / *Trebilcock,* Michael J. (1993), International Merger Review – Problems of Multi-Jurisdictional Conflict, in: Erhard Kantzenbach, Hans-Eckart Scharrer und Leonard Waverman (Hrsg.), Competition Policy in an Interdependent World Economy, Baden-Baden: Nomos, S. 129 – 163.

Campbell, Neil / *Trebilcock,* Michael J. (1997), Interjurisdictional Conflict in Merger Review, in: Leonard Waverman, William S. Comanor und Akira Goto (Hrsg.), Competition Policy in the Global Economy, London: Routledge, S. 89 – 126.

Canenbley, Cornelis / *Rosenthal,* Michael (2005), Co-operation Between Antitrust Authorities In- and Outside the EU: What Does it Mean for Multinational Corporations?, in: European Competition Law Review, Vol. 26 (3), S. 178 – 187.

Chenard, Pierre D. (2002), Transatlantic Non-Convergence – the Cost of Failing to Change, in: J. William Rowley (Hrsg.), International Merger Control: Prescriptions for Convergence, London: International Bar Association, S. 33 – 38.

Connor, John M. (2004), Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels, in: Journal of Industry, Competition, and Trade, Vol. 4 (3), S. 239 – 267.

Correa, Carlos M. (1999), Competition Law and Development Policies, in: Roger Zäch (Hrsg.), Towards WTO Competition Rules, Bern: Staempfli / Kluwer, S. 361 – 393.

Drexl, Josef (2006), Gestaltungsansätze zu einer internationalen Wettbewerbspolitik – Handlungsanregungen für das weitere Vorgehen, in diesem Band.

Durand, Benoît / *Galarza,* Andrés F. / *Mehta,* Kirtikumar (2004), The Interface Between Competition Policy and International Trade Liberalisation – Looking into the Future: Applying a New Virtual Anti-Trust Standard, in: World Competition, Vol. 27 (1), S. 3 – 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Epstein, Richard A. / *Greve,* Michael S. (2004), In Defense of Small Steps, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 333 – 352.

Evenett, Simon J. (2002), How Much Have Merger Review Laws Reduced Cross-Border Mergers and Acquisitions?, in: J. William Rowley (Hrsg.), International Merger Control: Prescriptions for Convergence, London: International Bar Association, S. 39 – 55.

Evenett, Simon J. / *Levenstein,* Margaret C. / *Suslow,* Valerie Y. (2001), International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s, in: The World Economy, Vol. 24 (9), S. 1221 – 1245.

Falvey, Rod E. / *Lloyd,* Peter J. (1999), An Economic Analysis of Extraterritoriality, GLM Research Paper 99 / 3, Nottingham.

Feld, Lars P. / *Zimmermann,* Horst / *Döring,* Thomas (2004), Federalism, Decentralization, and Economic Growth, Marburg Papers on Economics 30 / 2004, Marburg: Philipps-Universität.

Fikentscher, Wolfgang / *Immenga,* Ulrich (1995, Hrsg.), Draft International Antitrust Code, Baden-Baden: Nomos.

Finckenstein, Konrad von (2003), International Antitrust Policy and the International Competition Network, in: Barry E. Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute Conference on International Antitrust Law & Policy, New York: Juris, S. 37 – 46.

First, Harry (2001), The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law, in: Antitrust Law Journal, Vol. 68 (3), S. 711 – 734.

First, Harry (2003), Evolving Toward What? – The Development of International Antitrust, in: Josef Drexl (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust: From Comparative to Common Competition Law, Bern: Staempfli / Kluwer, S. 23 – 51.

Fisher, Franklin M. / *Rubinfeld,* Daniel L. (2001), U.S. v. Microsoft: An Economic Analysis, in: The Antitrust Bulletin, Vol. 46 (1), S. 1 – 69.

Fox, Eleanor M. (1997), Toward World Antitrust and Market Access, in: The American Journal of International Law, Vol. 91 (1), S. 2 – 25.

Fox, Eleanor M. (1998), Antitrust Regulation Across National Borders – The United States of Boeing versus the European Union of Airbus, in: The Brookings Review, Vol. 16 (1), S. 30 – 32.

Fox, Eleanor M. (2000), Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways, in: New York University Law Review, Vol. 75 (6), S. 1781 – 1807.

Fox, Eleanor M. (2003a), Can We Solve the Antitrust Problems by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy, in: The Antitrust Bulletin, Vol. 48 (2), S. 355 – 376.

Fox, Eleanor M. (2003b), We Protect Competition, You Protect Competitors, in: World Competition, Vol. 26 (2), S. 149 – 165.

Fox, Eleanor M. (2003c), International Antitrust and the Doha Dome, in: Virginia Journal of International Law, Vol. 43 (4), S. 911 – 932.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fox, Eleanor M. / *Ordover,* Janusz A. (1995), The Harmonization of Competition and Trade Law, in: World Competition, Vol. 19 (2), S. 5 – 34.

Freytag, Andreas / *Zimmermann,* Ralf (1998), Muß die internationale Handelsordnung um ine Wettbewerbsordnung erweitert werden?, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Vol. 62 (1), S. 38 – 58.

Gal, Michal (2002), Reality Bits (or Bites): The Political Economy of Competition Policy in Small Economies, in: Barry Hawk (Hrsg.), International Antitrust Law & Policy, New York: Juris Publishing, 605 – 616.

Gerber, David J. (2003), The European Commission's GE / Honeywell Decision: US responses and their implications, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht / Journal of Competition Law, Vol. 1 (1), S. 87 – 95.

Gilbert, Richard J. / *Katz,* Michael (2001), An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft, in: Journal of Economic Perspectives, Vol. 15 (2), S. 25 – 44.

Griffin, Joseph P. (1999), Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement, in: Antitrust Law Journal, Vol. 67 (1), S. 159 – 199.

Grimes, Warren S. (2003), The Microsoft Litigation and Federalism in U.S. Antitrust Enforcement: Implications for International Competition Law, in: Josef Drexl (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust: From Comparative to Common Competition Law, Bern: Staempfli / Kluwer, S. 237 – 258.

Gröner, Helmut / *Knorr,* Andreas (1996), Internationalisierung der Wettbewerbspolitik, in: Ulrich Immenga, Wernhard Möschel und Dieter Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden: Nomos, S. 579 – 591.

Guzman, Andrew T. (2004), The Case for International Antitrust, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 99 – 125.

Haucap, Justus / *Müller,* Florian / *Wey,* Christian (2005), Do We Need an International Competition Court?, in: Conferences on New Political Economy, Vol. 23, erscheint.

Hauser, Heinz / *Schoene,* Rainer E. (1994), Is There a Need for International Competition Rules?, in: Aussenwirtschaft, Vol. 49 (2 – 3), S. 205 – 222.

Head, Keith / *Ries,* John (1997), International Mergers and Welfare Under Decentralized Competition Policy, in: Canadian Journal of Economics, Vol. 30 (4), S. 1104 – 1123.

Heyer, Ken (2005), A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, in: Antitrust Law Journal, Vol. 72 (2), S. 375 – 422.

Hoekman, Bernard / *Saggi,* Kamal (2004), International Cooperation on Domestic Policies: Lessons from the WTO Competition Policy Debate, DP4693, London: Centre for Economic Policy Research.

Hüschelrath, Kai (2002), International Cartels and Competition Policy – What's Behind the Recent Success?, in: Clemens Esser und Michael H. Stierle (Hrsg.), Current Issues in Competition Theory and Policy, Berlin: VWF, S. 133 – 153.

ICN (2002), Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, Napoli, http: //www.internationalcompetitionnetwork.org/costburd.doc (heruntergeladen im Januar 2004).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Immenga, Ulrich (2004), Internationalization of Competition Laws: Levels of Diversities, in: Tzong-Leh Hwang und Chiyuan Chen (Hrsg.), The Future Development of Competition Framework, Den Haag: Kluwer, S. 3 – 10.

Inman, Robert P. / *Rubinfeld,* Daniel P. (1997), Rethinking Federalism, in: Journal of Economic Perspectives, Vol. 11 (4), S. 43 – 64.

Jacquemin, Alexis (1995), Towards an Internationalisation of Competition Policy, in: The World Economy, Vol. 18 (6), S. 781 – 789.

Jenny, Frédéric (2003a), Competition Law and Policy: Global Governance Issues, in: World Competition, Vol. 26 (4), S. 609 – 624.

Jenny, Frédéric (2003b), International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective, in: The Antitrust Bulletin, Vol. 48 (4), S. 973 – 1003.

Kaiser, Bruno / *Vosgerau,* Hans-Jürgen (2000), Global Harmonisation of National Competition Policies, in: Hans-Jürgen Vosgerau (Hrsg.), Institutional Arrangements for Global Economic Integration, Houndmills: Macmillan, S. 35 – 59.

Kerber, Wolfgang (1999), Wettbewerbspolitik als nationale und internationale Aufgabe, in: Thomas Apolte, Rolf Caspers und Paul J. J. Welfens (Hrsg.), Standortwettbewerb: Wirtschaftspolitische Rationalität und internationale Ordnungspolitik, Baden-Baden: Nomos, S. 241 – 269.

Kerber, Wolfgang (2003), International Multi-Level System of Competition Laws: Federalism in Antitrust, in: Josef Drexl (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust: From Comparative to Common Competition Law, Bern: Staempfli / Kluwer, S. 269 – 300.

Kerber, Wolfgang (2005), Applying Evolutionary Economics to Economic Policy: the Example of Competitive Federalism, in: Kurt Dopfer (Hrsg.), Economics, Evolution and the State: The Complexity of Governance, Cheltenham: Edward Elgar (erscheint).

Kerber, Wolfgang / *Budzinski,* Oliver (2003), Towards a Differentiated Analysis of Competition of Competition Laws, in: Journal of Competition Law (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht), Vol. 1 (4), S. 411 – 448.

Kerber, Wolfgang / *Grundmann,* Stefan (2005), An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages (Manuskript).

Kerber, Wolfgang / *Heine,* Klaus (2002), Zur Gestaltung von Mehr-Ebenen-Rechtssystemen aus ökonomischer Sicht, in: Claus Ott und Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 167 – 194.

Kerber, Wolfgang / *Schwalbe,* Ulrich (2005), Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Franz Jürgen Säcker und Frank Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. I: Europäisches Wettbewerbsrecht, München: Beck, erscheint.

Klein, Joel I. (1996), A Note of Caution with Respect to a WTO Agenda on Competition Policy, http: //www.usdoj.gov/atr/public/speeches/0998.pdf (heruntergeladen im Juli 2005).

Kleinert, Jörn / *Klodt,* Henning (2000), Megafusionen: Trends, Ursachen und Implikationen, Tübingen: Mohr Siebeck.

Klodt, Henning (2005), Towards a Global Competition Order, Berlin: Liberal.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Körber, Torsten (2004), Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht / Journal of Competition Law, Vol. 2 (4), S. 591 – 603.

Kovacic, William E. (1992), The Influence of Economics on Antitrust Law, in: Economic Inquiry, Vol. 30 (2), S. 294 – 306.

Kovacic, William E. (2001), Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy, in: Antitrust Law Journal, Vol. 69 (2), S. 805 – 874.

Kovacic, William E. (2004), Toward a Domestic Competition Network, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 316 – 332.

Levenstein, Margaret C. / *Suslow,* Valerie Y. (2004), Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy, in: Antitrust Law Journal, Vol. 71 (2), S. 801 – 852.

McGinnis, John O. (2004), The Political Economy of International Antitrust Harmonization, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 126 – 151.

Meessen, Karl M. (2000), Das Für und Wider eines Weltkartellrechts, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Vol. 50 (1), S. 5 – 16.

Monopolkommission (2005), Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“: Hauptgutachten 2002 / 2003, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

Möschel, Wernhard (2005), Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Vol. 55 (6), S. 599 – 605.

Müller, Markus (2005), The European Commission’s Decision Against Microsoft: A Violation of the Antitrust Agreements Between the United States and the European Union?, in: European Competition Law Review, Vol. 26 (6), S. 309 – 315.

Neven, Damien J. / *Röller,* Lars-Hendrik (2000), The Allocation of Jurisdiction in International Antitrust, in: European Economic Review, Vol. 44 (4 – 6), S. 845 – 855.

Neven, Damien J. / *Röller,* Lars-Hendrik (2003), On the Scope of Conflict in International Merger Control, in: Journal of Industry, Competition and Trade, Vol. 3 (4), S. 235 – 249.

Nicolaides, Phedon (1996), For a World Competition Authority, in: Journal of World Trade, Vol. 30 (4), S. 131 – 145.

Oates, Wallace E. (1999), An Essay on Fiscal Federalism, in: Journal of Economic Literature, Vol. 37 (3), S. 1120 – 1149.

Owen, Bruce M. (2004), Imported Antitrust, Olin Working Paper No. 281, Stanford: Stanford University.

Owen, Bruce M. / *Sun,* Su / *Zheng,* Wentong (2005), Antitrust in China: The Problem of Incentive Compatibility, in: Journal of Competition Law and Economics, Vol. 1 (1), S. 123 – 148.

Palim, Mark R. A. (1998), The Worldwide Growth of Competition Law: An Empirical Analysis, in: The Antitrust Bulletin, Vol. 41 (3), S. 105 – 145.

Pitlik, Hans (1997), Politische Ökonomie des Föderalismus. Föderative Kompetenzverteilung im Lichte der konstitutionellen Ökonomik, Franfurt a.M.: Lang.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Podszun, Rupprecht (2003), Internationales Kartellverfahrensrecht, Bern: Staempfli.

Posner, Richard A. (2004), Federalism and the Enforcement of Antitrust Laws by State Attorneys General, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 252 – 266.

Pryor, Frederic L. (2001), Dimensions of the Worldwide Merger Boom, in: Journal of Economic Issues, Vol. 35 (4), S. 825 – 840.

Reynolds, Sarah J. (2004), Competition Law and Policy in Russia, in: OECD Journal of Competition Law and Policy, Vol. 6 (3), S. 7 – 86.

Rowley, J. William / *Wakil,* Omar K. / *Campbell,* A. Neil (2000), Streamlining International Merger Control, in: International Bar Association (Hrsg.), EC Merger Control: Ten Years On, New York: IBA, S. 15 – 37.

Scherer, Frederic M. (1994), Competition Policies for an Integrated World Economy, Washington, D.C.: The Brookings Institution.

Shughart, William F. (1990), Antitrust Policy and Interest-Group Politics, New York: Quorum Books.

Smets, Hilde / *Van Cayseele,* Patrick (1995), Competing Merger Policies in a Common Agency Framework, in: International Review of Law and Economics, Vol. 15 (4), S. 425 – 441.

Stephan, Paul B. (2004), Against International Cooperation, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 66 – 98.

Sykes, Alan O. (1999), Externalities in Open Economy Antitrust and their Implications for International Competition Policy, in: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), S. 89 – 96.

Tay, Abigail / *Willmann,* Gerald (2005), Why (no) Global Competition Policy is a Tough Choice, in: The Quarterly Review of Economics and Finance, Vol. 45 (2 – 3), S. 312 – 324.

Trebilcock, Michael J. / *Iacobucci,* Edward (2004), National Treatment and Extraterritoriality: Defining the Domains of Trade and Antitrust Policy, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 152 – 176.

Ullrich, Hanns (1998), International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept, in: Hanns Ullrich (Hrsg.), Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, Baden-Baden: Nomos, S. 43 – 74.

Vanberg, Viktor / *Kerber,* Wolfgang (1994), Institutional Competition among Jurisdictions: An Evolutionary Approach, in: Constitutional Political Economy, Vol. 5 (2), S. 193 – 219.

Wilks, Stephen (2005), Agency Escape: Decentralisation or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?, in: Governance, Vol. 18 (3), S. 431 – 452.

Williams, Mark (2005), Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan, Cambridge: Cambridge University Press (erscheint).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wins, Henning (2000), Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT, Baden-Baden: Nomos.

Wood, Diane P. (2004), Cooperation and Convergence in International Antitrust: Why The Light Is Still Yellow, in: Richard A. Epstein und Michael S. Greve (Hrsg.), Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, D.C.: AEI Press, S. 177 – 188.

Zanettin, Bruno (2002), Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level, Oxford: Hart.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gestaltungsansätze zu einer internationalen Wettbewerbspolitik – Handlungsanregungen für das weitere Vorgehen

Von *Josef Drexl*, München*

A. Einführung

Bis zum heutigen Tage fehlt es an einem multilateralen und völkerrechtlich verbindlichen Instrument zum Schutze des Wettbewerbs auf internationalen Märkten. In den vergangenen Jahren wurde vor allem diskutiert, ob im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) ein solches Kartellrechtsabkommen ausgehandelt werden sollte. Die Europäische Gemeinschaft galt seit ihrer Initiative[1] anlässlich der WTO-Ministerkonferenz 1996 in Singapur[2] als der Fürsprecher eines solchen Abkommens. Anlässlich der Doha-Konferenz im Jahre 2001 konnte die Europäische Gemeinschaft noch einen Teilerfolg erzielen, soweit die WTO-Mitglieder ihre Bereitschaft bekundeten, den Vorschlägen der Europäer entsprechend,[3] nach der Folgekonferenz des Jahres 2003 Gespräche zu einem Multilateral Framework Agreement on Competition Policy zu beginnen.[4] Im Jahre 2003 brachten aber die Entwicklungsländer die WTO-Ministerkonferenz von Cancún insgesamt zum Scheitern, nachdem sie Verhandlungen auch nur zu einem der sog. Singapur-Themen, zu denen auch die Wettbewerbspolitik gehört, kategorisch ablehnten.[5] Die

* Prof. Dr., LL.M. (Berkeley); o. Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität München; Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (München).

1 Siehe *Sir Leon Brittan & Karel Van Miert,* Towards an International Framework for Competition Policy, 1996 Int'l Bus. Law. 454.

2 Siehe No. 20 Ministerial Declaration of 13th December 1996, WTO Focus No. 15 (January 1997), S. 7, 10. Die Ministererklärung führte zur Einsetzung einer „Working Group on the Interaction between Trade and Competition", deren Aufgabe es ihrer Bezeichnung entsprechend sein sollte, den Zusammenhang von Handel und Wettbewerb zu analysieren.

3 Zu den europäischen Vorschlägen *Josef Drexl,* WTO und Kartellrecht – Zum Warum und Wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung, ZWeR 2004, 191, 210 ff.; *ders.*, International Competition Policy after Cancún: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda, World Competition 27 (2004), 419, 431 ff.

4 Siehe No. 23 – 25 Ministerial Declaration of 20th November 2001, WTO-Doc. WT / MIN(01) / DEC1 = <http: //www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mindecl_e.htm'interaction>.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Blockade von Cancún ist inzwischen überwunden. Freilich soll nach der Entscheidung des WTO-Rates vom 1. August 2004 die Wettbewerbspolitik nicht Gegenstand der laufenden Doha-Runde sein.[6] Diese Entscheidung schließt zwar nicht aus, dass nach Abschluss der Doha-Runde die Wettbewerbspolitik erneut im Rahmen der WTO thematisiert wird.[7] Dennoch wird es einstweilen keine multilaterale völkerrechtliche Grundlage für eine internationale Wettbewerbspolitik geben.

Die gegenwärtige Situation kontrastiert mit dem Entwicklungsstand der Weltwirtschaft. Mit fortschreitender Globalisierung der Unternehmenstätigkeit sowie der Kapital- und Produktmärkte bleibt es bis auf weiteres den nationalen und supranationalen Trägern der Wettbewerbspolitik überlassen, das Handeln von Unternehmen auf internationalen Märkten zu kontrollieren. Gleichzeitig herrscht auf diplomatischer Ebene ein großes Maß an Desorientierung. Die Europäische Gemeinschaft scheint zunehmend das Interesse an ihrem ursprünglichen Projekt und auch den Glauben an Sinn und Zweck eines WTO-Abkommens zu verlieren. Auf Seiten der Entwicklungsländer ist allenthalben widersprüchliches Verhalten feststellbar. Einerseits sperren sie sich gegen Verhandlungen über ein internationales Kartellrecht; andererseits sind die Entwicklungsländer bemüht, möglichst schnell nationale Systeme des nationalen Wettbewerbsschutzes aufzubauen, um die eigenen Märkte effektiv gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nicht zuletzt gegen jene, die von multinationalen Unternehmen veranlasst werden, schützen zu können. Das WTO-Recht setzt für das Entstehen von immer mehr nationalen Kartellrechtsordnungen eine wichtige Ursache. Soweit Entwicklungsländer, die überwiegend auch Transformationsländer sind, durch die WTO zur Marktöffnung und zum Schutz geistigen Eigentums verpflichtet werden, wächst die Gefahr, dass vor allem Verbraucher in den Entwicklungsländern Opfer von grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen werden. Wenn es den Entwicklungsländer nicht gelingt, selbst den Wettbewerb auf ihren nationalen Märkten zu schützen, droht ein Transfer der Wohlstandsgewinne aus der Handelsliberalisierung von den Verbrauchern der ärmeren Länder zu Unternehmen, die oft in den entwickelten Staaten niedergelassen sind und von dort aus den Wettbewerb auf internationalen Märkten beschränken.

Angesichts der gegenwärtigen Situation soll in diesem Beitrag gerade nicht über mögliche Vorschriften für ein internationales Kartellrecht nachgedacht werden. Entsprechende Vorschläge, die den Schutz des Wettbewerbs auf internationalen Märkten als öffentliches Gut verfolgen, wurden bereits an anderer Stelle unterbreitet.[8] Die folgenden Ausführungen sollen vielmehr dazu dienen, im Lichte einer

---

5 Siehe dazu *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419 ff.

6 Decision adopted by the General Council on 1 August 2004, <http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm>.

7 *Klodt,* Towards a Global Competition Order, 2005, S. 70, argumentiert, dass die WTO der Frage nach dem Kartellrecht nicht wird ausweichen können.

8 *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 234 ff.; *ders.* (Fußn. 3), 27 World Competition 419, 447 ff. (2004).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Analyse der Interessen der verschiedenen Akteure auf internationaler Ebene Strategien für das weitere Vorgehen zu entwickeln.

Dazu werden zunächst die historischen Etappen der Diskussion um ein internationales Kartellrecht (B.) sowie unterschiedliche Regelungsansätze der letzten Jahre (C.) als Hintergrund der weiteren Überlegungen dargestellt. Die internationale Entwicklung wird aber nicht nur geprägt von den Debatten auf der Ebene des Völkerrechts. Eine nicht zu unterschätzende Rolle kommt der praktischen Wettbewerbspolitik in den beiden großen Kartellrechtsordnungen der USA und der Europäischen Gemeinschaft zu. Diese Rechtsordnungen befinden sich seit einigen Jahren in einem erstaunlichen Prozess der Konvergenz (D.). Der Situation in den USA und Europa lässt sich die Entwicklung in den Transformations- und Entwicklungsländern gegenüberstellen (E.). Ermöglicht wird so eine Analyse der vorhandenen Interessenkonflikte im Dreieck USA, Europa und Entwicklungsländer (F.). Vorgeschlagen wird eine Strategie des dreistufigen Vorgehens. Diese vermeidet eine ausschließliche Fokusierung auf die kontrovers diskutierte Frage, ob denn die WTO das passende Forum für das internationale Kartellrecht sei, zugunsten einer vorrangigen Identifikation zu lösender Wettbewerbsprobleme und der adäquaten Instrumente zu ihrer Lösung (G.). Am Ende stehen einige Gedanken zum weiteren Vorgehen im Rahmen der WTO und dem International Competition Network (ICN) (H.).

B. Bisherige Etappen der Diskussion um ein internationales Kartellrecht

Die Entwicklung der Diskussion um ein internationales Kartellrecht lässt sich in vier Etappen einteilen:

I. Die Havanna-Charta von 1948 und der Versuch zur Begründung einer Wettbewerbsordnung als Grundlage einer zukünftigen Weltwirtschaft

Die *erste Etappe* kennzeichnet sich durch die Aufnahme kartellrechtlicher Bestimmungen in Kapitel V der *Havanna-Charta* zur Gründung der Internationalen Handelsorganisation (ITO)[9] im Jahre 1948. Ausgehend vom Zustand der Weltwirtschaft unmittelbar nach dem Ende des 2. Weltkriegs, sollte die Charta über die Errichtung einer Welthandelsordnung die national abgeschotteten Volkswirtschaften aufbrechen und hierdurch Wohlstand und Friede in der Welt sichern. Im Unterschied zu heute ging es nicht darum, mit Hilfe eines internationalen Kartellrechts

[9] Havana Charter for an International Trade Organization, von 54 Staaten am 24. März 1948 unterzeichnet. Der Text ist abrufbar unter: <http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf>.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wettbewerbsbeschränkungen als Folge einer zunehmend globalisierten Wirtschaft zu bekämpfen, sondern umgekehrt darum, eine internationale Wettbewerbsordnung als Motor einer wünschenswerten, aber noch in den Kinderschuhen steckenden Weltwirtschaft zu etablieren. Die Annahme der Havanna-Charta musste scheitern, nachdem sich deutlicher Widerstand in den USA formiert hatte. Als Elemente des ursprünglich geplanten Systems ließen sich für die folgenden Jahrzehnte lediglich das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) über die Liberalisierung des Warenhandels, der Weltwährungsfonds (Internationational Monetary Fund – IMF) und die Weltbank (Worldbank) als multilateraler völkerrechtlicher Rahmen der Weltwirtschaft nutzen. Vor allem nicht in Kraft getreten ist Kapitel V der Havanna-Charta. Damit war die erste Chance zur Entwicklung eines internationalen Kartellrechts erst einmal verpasst.

II. Getrennte Wege der Entwicklungsländer und Industriestaaten: Das Kartellrecht in der OECD und der UNCTAD

Die *zweite Phase* der Entwicklung beginnt mit den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts und charakterisiert sich durch die Spaltung der Welt in Industriestaaten einerseits und der Entwicklungsländer andererseits auch, soweit es um das Kartellrecht geht.

Die *Industrieländer* fanden in ihrer Wirtschaftsorganisation, der in Paris ansässigen *OECD* (Organization for Economic Cooperation and Development) ein Forum der Kooperation im Bereich der Wettbewerbspolitik. Zahlreiche sog. Empfehlungen (*recommendations*), denen die völkerrechtliche Verbindlichkeit fehlt, beschäftigen sich mit dem Thema.[10] Erwähnung verdient vor allem die Empfehlung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet wettbewerbsbeschränkender Praktiken mit Auswirkungen auf den internationalen Handel aus dem Jahre 1986[11] sowie die Empfehlung zu den Hard-Core-Kartellen aus dem Jahre 1998[12]. Erstere hat zur Schaffung eines dichten Netzes bilateraler Kooperationsabkommen zwischen verschiedenen Staaten geführt, über die die verschiedenen Kartellämter die Lösung schwieriger Fälle im bilateralen Verhältnis anstreben können.

Das besondere Interesse der *Entwicklungsländer* wird dagegen in den Arbeiten der UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) berück-

[10] Siehe die komplette Auflistung <http://www.oecd.org/document/59/0,2340,en_2649_37463_4599739_1_1_1_37463,00.html>.

[11] Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, of July 27, 1995, OECD-Doc. C(95)130 / Final = <http://webdomino1.oecd.org/horizontal%5Coecdacts.nsf/Display/A752C917810AB1EDC12570140050 7AE5?OpenDocument> (deutsche Übersetzung des BKartA abgedruckt in WuW 1987, 214.

[12] Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, of May 25, 1998, OECD-Doc. C(98)35 / Final = <http://webdomino1.oecd.org/horizontal%5Coecdacts.nsf/Display/B72A5251853D9A73C12570140050417B?OpenDocument>.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sichtigt. Diese gehen auf eine Resolution der Vollversammlung der Vereinten Nationen aus dem Jahre 1974 über eine *Neue Weltwirtschaftsordnung* (New International Economic Order, NIEO) zurück.[13] Ausgehend von einem „Recht auf Entwicklung" der überwiegend jungen Entwicklungsländer setzte man sich unter Bezugnahme auf den Grundgedanken des Menschenrechtsschutzes die Entwicklung einer gerechteren Weltwirtschaftsordnung zum Ziel. Die Debatte dieser Zeit ist der jüngeren Globalisierungsdebatte nicht unähnlich. Auf die Arbeiten der UNCTAD im Bereich des Kartellrechts gehen einige sog. Kodizes zurück, die im Wege von UN-Resolutionen als *soft law* verabschiedet wurden. Zu erwähnen ist vor allem der Code on Restrictive Business Practices (RBP) von 1980.[14] Der RBP-Code bildet das einzige bis heute in Kraft getretene multilaterale völkerrechtliche Instrument im Bereich des Kartellrechts. Weitere Arbeiten der UNCTAD führten zu einem Modell-Gesetz, das speziell auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer zugeschnitten ist.[15]

In jüngster Zeit ist diese institutionelle Trennung zwischen industrialisierten Staaten und Entwicklungsländer in Bewegung geraten. Zum einen ist mit der WTO im Jahre 1995 eine neue internationale Organisation entstanden, die die OECD und die UNCTAD nicht nur an Bedeutung für das internationale Wirtschaftsrecht weit übertrifft, sondern vor allem ein Forum aller Staaten bildet, die gewillt sind an der Weltwirtschaft teilzunehmen. Zum anderen hat die OECD im Jahre 2001 im Rahmen des OECD Global Competition Forum eine Kooperation mit Entwicklungsländer begonnen, in die auch die UNCTAD einbezogen wird[16]. Im Zentrum dieser Kooperation steht die Hilfeleistung beim Aufbau von funktionierenden Wettbewerbsordnungen in Entwicklungsländern (sog. *capacity building*) sowie das sog. *peer review*, im Rahmen dessen die Wettbewerbspolitik und die Wettbewerbsbehörden von Staaten mit wenig Tradition auf dem Gebiet des Kartellrechts durch Partnerbehörden der entwickelten Staaten evaluiert werden. Schließlich wird die traditionelle Abgrenzung zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern infolge der rasanten ökonomischen Entwicklung vor allem in Asien, aber auch in Lateinamerika immer mehr in Frage gestellt.

---

[13] Declaration of the Establishment of a New International Economic Order, Resolution 3201 (F-VI) of May 1, 1974, 13 International Legal Materials 715 (1974).

[14] Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, U.N.-Doc. A / Res. / 35 / 63 of Dec. 5, 180; abgedruckt in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 1982, 642 = <http: //r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/cpsetp4.htm>; siehe dazu *Fikentscher,* Unitied Nations Codes of Conduct: New Paths in International Law, 30 Am. J. Comp. L. 577, 578 ff. (1982); *ders.*, Wirtschaftsrecht, Band I, 1982, S. 216 ff.

[15] See Model Law on Competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, UNCAD-Doc. TD / RBP / CONF.5 / 7 / Rev.2 – E.04.II.D.26, 1 August 2004, <http: //www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev2_en.pdf >.

[16] Siehe dazu *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 214 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Das Entstehen der Welthandelsorganisation (WTO)

Einen tiefen Einschnitt bildet die Gründung der Welthandelsorganisation im Jahre 1994. Damit gibt es nun erstmalig eine Internationale Organisation, die einen regulativen Ordnungsrahmen für die Weltwirtschaft bildet. Freilich hat das WTO-Recht den handelspolitischen Ansatz des GATT 1947 beibehalten, der darauf ausgerichtet ist, durch gegenseitiges Nachgeben der einzelnen Handelsnationen progressiv Fortschritte bei der Liberalisierung der Weltwirtschaft sowie nun auch in Bezug auf den Ausbau des internationalen Schutzes geistigen Eigentums zu erreichen. Das WTO-Recht ist damit nach wie vor ein Instrument der Marktöffnung, welches das Tätigwerden von Unternehmen auf Auslandsmärkten erleichtern soll. Das WTO-Recht ist daher gerade nicht Antwort auf das Globalisierungsphänomen, sondern eher eine ihrer Ursachen, soweit sie zur Marktöffnung beiträgt.

Die Initiative der Europäischen Gemeinschaft, im Rahmen der WTO auch ein Kartellrecht zu verhandeln, knüpft unmittelbar an dieser handelspolitischen Vorstellung an. Wenn das WTO-Recht ausländische Märkte öffnet, indem es staatliche Marktzutrittsbarrieren zurückdrängt und den Schutz geistigen Eigentums für ausländische Inhaber von Immaterialgüterrechten verbessert, schafft es die Voraussetzungen für das Entstehen internationaler (= grenzüberschreitender) Märkte. In dem Maße wie staatlich veranlasste Marktzutrittsschranken fallen, entsteht aber die Gefahr, dass Unternehmen die erzielten Fortschritte durch privat veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen unterlaufen. Die Schaffung eines WTO-Kartellrechts, das die zwischen Staaten ausgehandelten Zugeständnisse an Marktöffnung gegen Wettbewerbsbeschränkungen Privater absichert,[17] liegt deshalb in der Logik der Entwicklung. Freilich reduziert eine solche, ausschließlich handelspolitische Konzeption ein WTO-Kartellrecht auf eine bloß dienende Funktion. Der Schutz des Wettbewerbs wäre lediglich Mittel zur Erreichung des Ziels, das erreichte Maß an Marktöffnung abzusichern. Entsprechend dieser handelspolitischen Logik wäre zudem zu befürchten, dass auch das WTO-Kartellrecht selbst nicht als Instrument zum Schutze des Wettbewerbs, sondern als Recht zur Absicherung des Marktzutritts von Unternehmen gegen eine illegitime Ausgestaltung und Anwendung von Kartellrecht auf Auslandsmärkten ausgestaltet würde. Entsprechend sind auch die Vorschläge der Europäischen Gemeinschaft stets ambivalent geblieben. Zum einen unterstrich die Gemeinschaft das gemeinsame Interesse an der weltweiten Einführung nationaler Wettbewerbsordnungen. Gleichzeitig bestand aber die Besorgnis, nationales Kartellrecht könne in diskriminierender, nicht rechtsstaatlicher Weise zulasten ausländischer Unternehmen angewendet werden und damit den Marktzutritt europäischer Unternehmen auf Auslandsmärkten behindern. Entsprechend schlug die EG eine Übernahme des allgemeinen WTO-Grundsatzes der Nichtdiskriminierung für das internationale Kartellrecht sowie die Anwendbarkeit des WTO-Streitbeilegungsverfahrens vor.[18]

---

[17] So auch die handelspolitische Konzeption eines WTO-Kartellrechts, wie sie etwa von *Marsden,* A Competition Policy for the WTO, 2003, S. 159 f., vertreten wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Wohin führt die Globalisierung das nationale und internationale Kartellrecht?

Das geltende WTO-Recht ist das Kind der Uruguay-Runde des GATT, die 1986 begann. Es beruht damit auf Gegebenheiten, die gut 20 Jahre zurückliegen. In den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts war die Weltwirtschaft durch zwei Entwicklungen gekennzeichnet. Zum einen hatte eine Verlagerung von industrieller Produktion von den früheren Industriestaaten in die Schwellenländer begonnen. Die Industriestaaten verwandelten sich immer mehr zu Dienstleistungsökonomien, was sich etwa in einem steigenden Handelsbilanzdefizit der USA niederschlug. Zum anderen wurden sich die früheren Industriestaaten bewusst, dass ihre Stärke in der Produktion von „Wissen" als Grundlage industrieller Produktion lag, was zur Forderung führen musste, den rechtlichen Schutz dieses Wissens auf globaler Ebene nachhaltig zu verbessern. Entsprechend dieser beiden bedeutsamen ökonomischen Entwicklungen besteht der materiellrechtliche Wandel des GATT zur WTO im Abschluss des GATS über die Liberalisierung des Dienstleistungshandels und des TRIPS-Abkommens über den Schutz des geistigen Eigentums.

Zehn Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Rechts entspricht die Weltwirtschaft aber schon längst nicht mehr der Situation der Weltwirtschaft vor 20 Jahren, wie sie den Anstoß für dieses WTO-Recht gab. Deshalb stellt sich die Frage nach der Angemessenheit des WTO-Rechts für die globalisierte Wirtschaft am Anfang des neuen Jahrhunderts.

Das Entstehen internationaler – grenzüberschreitender – Märkte wird durch das WTO-Recht wesentlich befördert. Unternehmen können heute die aus der Marktöffnung und dem weltweiten Schutz geistigen Eigentums entstehenden Vorteile optimal nutzen. Als Folge dieser Entwicklung befürchten heute entwickelte Staaten, die sich im Rahmen der Uruguay-Runde noch für „ihre" Unternehmen eingesetzt haben, wegen niedrigerer Produktionskosten in den Entwicklungs- und Schwellenländern vor allem den Verlust von Arbeitsplätzen. Während „ihre" Unternehmen prosperieren, beginnen staatliche Sozialsysteme zu leiden. Gleichzeitig hat sich nicht nur, aber auch wegen des TRIPS-Abkommens das technologische Gefälle zwischen den reichen und armen Ländern verringert. Auch China und Indien können heute als Hochtechnologieländer gelten. In dem Maße wie sich Unternehmen vom nationalen Raum abkoppeln, geht der Sinn der bislang verfolgten Strategie der Staaten, wirtschaftliche Interessen „ihrer" Unternehmen im Rahmen der WTO zu vertreten, verloren. Die Staaten treten in einen Standortwertbewerb um Investitionsentscheidungen unabhängig agierender Unternehmen. Im Lichte der gewandelten Situation wird ein gemeinsames Interesse aller Staaten an der Sicherung der

[18] Im Rahmen der Streitbeilegung sollte aber nicht die Vereinbarkeit der Kartellrechtsanwendung im Einzelfall, sondern nur des geschriebenen Kartellrechts mit den Anforderungen eines WTO-Kartellrechts überprüfbar sein. Siehe zu den europäischen Vorschlägen vor Cancún insgesamt *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 210 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 431 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Funktionsbedingungen ihres Standortwettbewerbs und des Wettbewerbs zwischen Unternehmen auf internationalen Märkten sichtbar und angesichts des rasanten Anstiegs von Wettbewerbsbeschränkungen mit internationaler Dimension[19] zu einer unabdingbaren Forderung. Gleichzeitig wird die handelspolitische Konzeption des geltenden WTO-Rechts in Frage gestellt. Die notwendige Reform kann nur in einer wettbewerbspolitischen Neuausrichtung der WTO liegen. Diese Reform entspräche auch dem Interesse der Entwicklungsländer, die angesichts ihrer strukturellen Probleme bei der Durchsetzung ihres noch jungen nationalen Kartellrechts ganz besonders von Wettbewerbsbeschränkungen international agierender Unternehmen betroffen sind.

C. Regelungsansätze der letzten Jahre

In den letzten Jahren haben sich verschiedene Ansätze in Bezug auf das internationale Kartellrecht entwickelt. Im Einzelnen sind die Zusammenarbeit der Kartellämter auf der Grundlage bilateraler Kooperationsabkommen, die Initiative zur Schaffung eines WTO-Kartellrechts, das Entstehen des International Competition Network als Netzwerk der Kartellämter sowie die Tätigkeit verschiedener Organisationen (UNCTAD, OECD, WTO und ICN) im Bereich des Capacity Buidling und des Peer Review zu erwähnen.

I. Bilaterale Kooperationsabkommen

Mit den *bilateralen Kooperationsabkommen*[20] reagieren die Staaten auf die steigende Zahl von Kartellrechtsordnungen, die zu einem beachtlichen Teil ihr Recht, der *effects doctine* (Auswirkungsprinzip) folgend, auch extraterritorial anwenden, und damit auf die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.[21]

Die bilateralen Kooperationsabkommen beruhen auf sog. *comity*-Regeln. Nach der *negative comity rule* ist die Behörde eines jeden Staates auf der Grundlage von Freiwilligkeit aufgefordert, im Rahmen ihrer kartellrechtlichen Entscheidungen wichtige Interessen des anderen Staates wohlwollend zu berücksichtigen. Nach der

---

[19] Siehe dazu *Böge,* Die Herausforderungen einer internationalen Wettbewerbspolitik in Zeiten globalisierter Märkte, WuW 2005, 590, 592.

[20] Siehe dazu die ausführliche Untersuchung solcher Abkommen bei *Kennedy,* Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism, 2001, S. 40 ff.; *Podszun,* Internationales Kartellverfahrensrecht – Ein Beitrag zur Konstitutionalisierung des Wirtschaftsvölkerrechts, 2003, S. 72 ff.

[21] Siehe auch die interessante Analyse der Folgen des Auswirkungsprinzips in 20 Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen, die von mehreren Behörden gleichzeitig behandelt wurden, bei *Klodt,* Conflicts and Conflict Resolution in International Anti-trust: Do We Need International Competition Rules?, The World Economy 24 (2001), 877.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

weiter gehenden *positive comity rule* wird die Behörde eines Staates auf Ersuchen einer Behörde eines anderen Staates auf der Grundlage eigenen Rechts kartellrechtliche Maßnahmen ergreifen, um gegen Verhalten vorzugehen, dass die Interessen des anderen Staates wesentlich beeinträchtigt. Damit bleiben die bilateralen Kooperationsabkommen auf der Stufe einer bloßen Behördenkooperation stehen; eine Angleichung nationalen Rechts verfolgen sie nicht.

Die bilateralen Abkommen tragen nur sehr ungenügend zur Lösung der Probleme des internationalen Kartellrechts bei. Sie können zwar zu einer Koordinierung von Entscheidungen und zum Austausch von Auffassungen zwischen den Behörden führen und damit die Wahrscheinlichkeit konsistenter Entscheidungen erhöhen. Da sie aber bewusst auf eine Angleichung materieller Standards verzichten, können sie widersprüchliche Entscheidungen nie ganz ausschließen.[22]

Schließlich wohnt den bilateralen Abkommen eine diskriminierende Wirkung bei. Sie werden nur abgeschlossen, wenn auf beiden Seiten ein Interesse an der Kooperation besteht und sich der Verhandlungsaufwand lohnt. Vor allem Entwicklungsländer laufen Gefahr, übersehen zu werden. Deren Ämter wären zwar häufig auf die Kooperation mit den Ämtern aus den entwickelten Staaten angewiesen, da sie selbst kaum in der Lage sind, gegen im Ausland niedergelassene Unternehmen zu ermitteln, die den Wettbewerb auf ihren Märkte beschränken. Umgekehrt fehlt es aber auf der Seite der Behörden aus entwickelten Staaten regelmäßig an einem Kooperationsbedürfnis, da der Auftritt von Unternehmen aus den Entwicklungsländern auf den Märkten der entwickelten Staaten bislang noch eine Randerscheinung bleibt. Ganz allgemein stößt der bilaterale Ansatz wegen des ungeheuren Anwachsens der Zahl von Kartellrechtsordnungen schon längst an seine Grenzen.[23] Zu fordern wäre zumindest eine Multilateralisierung dieser Form der Kooperation.

II. Initiative zur Schaffung eines WTO-Kartellrechts

Die vor allem von der Europäischen Gemeinschaft getragene Initiative zur Schaffung eines WTO-Kartellrechts hat bereits Erwähnung gefunden.[24] Ihr Inhalt soll hier angesichts des Scheiterns der Initiative auf der WTO-Ministerkonferenz von Cancún im Jahre 2003 nicht mehr ausführlich erörtert werden.[25]

---

22 So könnte das Abkommen zwischen der EG und den USA das Verbot des Zusammenschlusses durch die Kommission im Fall *GE / Honeywell* nach vorheriger Erlaubnis in den USA nicht verhindern; siehe Kommission v. 3. 7. 2001, COMP.M.2220 – General Electric / Honeywell = <http: //europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf>; siehe dazu auch *Gerber,* The Commission's GE / Honeywell Decision: US Responses and their Implications, ZWeR 2003, 87.

23 So auch *Pons,* Is It Time for an International Agreement on Antitrust?, in: Drexl (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust Law – From Comparative to Common Competition Law, 2003, S. 349, 351 (aus der Sicht eines Vertreters der Europäischen Kommission).

24 Oben II. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für den WTO-Ansatz spricht ein wesentlicher Vorteil. Die WTO ist bislang die einzige Internationale Organisation, die als Forum für den Abschluss eines völkerrechtlich verbindlichen Kartellrechtsabkommens zur Verfügung steht und gleichzeitig ein funktionierendes Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung stellt. Unsicherheit besteht jedoch dahin gehend, ob überhaupt Bedarf für ein solches Abkommen besteht[26], welche Regeln vereinbart werden sollen und welche Regeln dem spezifischen Interesse einzelner Staaten entsprechen.[27]

Ein Nachteil des WTO-Ansatzes besteht in der Rückbindung an das internationale Handelsrecht. Möglicherweise ließe sich ein WTO-Kartellrecht nicht – wie hier bereits gefordert – aus der Zwangsjacke eines bloßen Instruments der Marktöffnung befreien.[28] Hinzu kommt, dass ein solches Abkommen wesentlich durch Handelspolitiker und Diplomaten und nicht durch die Wettbewerbspolitiker ausgehandelt würde.

III. Das International Competition Network (ICN)

Inzwischen hat sich das im Jahre 2001 gegründete International Competition Network als funktionierender Verband aller kooperationswilligen Kartellämter der Welt etabliert.[29] Das ICN begründet keine Internationale Organisation, sondern, wie der Name schon sagt, ein bloßes Netzwerk von Kartellämtern. Mittlerweile gehören dem ICN Behörden aus 82 Rechtsordnungen an[30].

Der Netzwerkcharakter erlaubt dem ICN größere Flexibilität. Freilich verfügt das ICN nicht über die Möglichkeit zur Setzung völkerrechtlich verbindlicher Normen. Eine solche Normsetzungskompetenz ist auch gar nicht das Ziel des ICN. Das Netzwerk geht zurück auf den Bericht des sog. International Competition Poli-

---

25 Siehe weiterführend *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 210 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 431 ff.; *Garcia Bercero / Amarasinha,* Moving the Trade and Competition Debate Forward, J. Int'l Econ. L. 4 (2002), 481 (aus der Sicht von Mitarbeitern der Kommission); *Matsushita,* Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy, J. World Investment 3 (2002), 567.

26 Dies mit überzeugenden Gründen bejahend *Fox,* International Antitrust and the Doha Dome, Virginia J. Int'l L. 43 (2003), 911.

27 Mit Vorschlägen für ein WTO-Kartellrechtsabkommen, das spezifisch auf die Probleme der jungen Kartellrechtsordnungen in den Entwicklungsländern reagiert, *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 217 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 444 ff.

28 Dazu schon oben II. 2.

29 Siehe dazu jüngst *Böge* (Fußn. 19), WuW 2005, 590, 593 ff.; Das ICN veranstaltet einmal jährlich eine Konferenz, die von einem der teilnehmenden Kartellämter ausgerichtet wird. Im Juni 2004 hat die 4. Jahrestagung in Bonn stattgefunden; siehe dazu *Drexl / Schröder,* A Report on the Forth Annual Conference of the International Competition Network, im Erscheinen auf der Webseite des ICN <http: //www.internationalcompetitionnetwork.org.>

30 Die Mitgliedsbehörden sind auf der Website des ICN <http: //www.internationalcompetitionnetwork.org> aufgelistet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cy Advisory Committee (ICPAC) vom Frühjahr 2000.[31] Dieses Gremium war von der U.S.-Regierung eingesetzt worden, um Vorschläge für das weitere Vorgehen im Bereich des internationalen Kartellrechts zu unterbreiten. Der Bericht kam zu dem Ergebnis, dass ein internationales Kartellrechtsabkommen unrealistisch sei, aber gleichwohl der bisherige, nur bilaterale Kooperationsansatz nicht mehr überzeugen könne. Entsprechend schlug der Bericht der U.S.-Regierung eine sog. *Global Competition Initiative* vor, was schließlich in die Gründung des ICN mündete.

Trotz Fehlens der völkerrechtlichen Verbindlichkeit nehmen die Arbeiten Einfluss auf das Kartellrecht in den einzelnen Staaten. Anstelle des „top-down"-Ansatzes des Völkerrechts verfolgt das ICN einen „bottom-up approach". Im Jargon des ICN wird hierfür das Stichwort der *soft convergence* (weichen Konvergenz) gebraucht. Danach strebt das ICN über einzelne Arbeitsgruppen zu verschiedenen Themen der Wettbewerbspolitik, die mittlerweile von der Fusionskontrolle, über die Förderung einer Wettbewerbskultur (sog. *competition advocacy*), die Wettbewerbspolitik in regulierten Wirtschaftssektoren zur Behandlung von internationalen Kartellen reichen,[32] eine möglichst weit reichende Beachtung der entwickelten Grundsätze in den nationalen Rechtsordnungen an. Besonders weit fortgeschritten sind die Arbeiten im Bereich der Fusionskontrolle. Das ICN hat hierzu sehr konkrete Empfehlungen für das Anmeldeverfahren und in Bezug auf die Prinzipien der Zusammenschlussprüfung entwickelt, die schon mehrfach in die Gesetzgebung vor allem in Staaten eingeflossen sind, die sich gerade eine Fusionskontrolle geben. Gegenwärtig arbeitet das ICN an einer sog. Merger Guideline Checklist. Diese Checkliste behandelt zentrale Fragen der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Zusammenschlüssen, wie etwa die Definition des relevanten Marktes, die Berücksichtigung von Marktzutrittsschranken, unilaterale und koordinierte Effekte im Oligopol, die Berücksichtigung von Effizienzen sowie der Failing Firm Defence. Diese Checkliste soll einmal als gemeinsame Position der Kartellbehörden von den Ämtern als Referenz und Leitlinie der Zusammenschlusskontrolle benutzt werden.[33]

Im Vergleich zum WTO-Ansatz wird im ICN das wettbewerbspolitische Anliegen durch die kooperierenden Kartellämter in den Mittelpunkt der Arbeit gestellt. Handelspolitische Interessen verstellen nicht den Blick auf die praktischen Probleme der Kartellrechtsdurchsetzung. Mag auch die schleichende Rechtsangleichung unter Umgehung des Völkerrechts und z.T. auch des nationalen Gesetzgebers nicht unproblematisch sein,[34] gibt doch der praktische Erfolg im Hinblick auf die Förde-

---

31 Siehe International Competition Policy Advisory Committee to the General and Assistant Attorney General for Antitrust, Final Report, 2000, <http: //www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>.

32 Die Dokumente der Arbeitsgruppen sind allesamt über die Website des ICN erhältlich: <http: //www.internationalcompetitionnetwork.org>.

33 Siehe das Dokument der *ICN Merger Working Group – Analytical Framework Subgroup,* Merger Guideline Checklist Project – Proposed Project Outline, <http: //www. internationalcompetitionnetwork.org/afsg_checklist.pdf>.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rung nationaler Wettbewerbsordnungen den Initiatoren Recht. Ob man jedoch auf Dauer ohne völkerrechtlich verbindliche Regelungen auskommen wird, bleibt abzuwarten. *Eleanor M. Fox* hat als Mitglied des ICPAC in der einzigen abweichenden Stellungnahme eine Ergänzung der Kooperation der Kartellämter „von unten" durch den Blick „von oben" (*top down*) gefordert.[35] Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die an effektiven Wettbewerbsschutz interessierten Kartellämter in ihren Arbeiten im Rahmen des ICN die Grenzen des „bottom up"-Ansatzes und die Notwendigkeit völkerrechtlich verbindlicher Normen mittelfristig erkennen werden. Auch hierin läge ein wesentlicher Erfolg des Netzwerks.

IV. Capacity Building und Peer Review

Die enorme Entwicklung nationalen Wettbewerbsordnungen in den letzten Jahren wurde von verschiedenen Internationalen Organisationen (UNCTAD, OECD, WTO und ICN) durch unterstützende Maßnahmen begleitet. Dabei lassen sich als zwei Grundformen das *capacity building* und das *peer review* unterscheiden. Beim *capacity building* geht es vor allem um den Aufbau funktionierender Wettbewerbsbehörden durch Unterstützung von außen, zum Großteil auch durch Hilfestellung erfahrener Partnerbehörden aus den entwickelten Staaten, wobei diese Hilfe durch Internationale Organisationen unterstützt wird. Beim *peer review* erfolgt eine Evaluation der Wettbewerbsordnungen und das Funktionieren jüngerer Wettbewerbsbehörden durch ausländische Partnerbehörden (*peers*) mit dem Ziel, Schwachstellen aufzudecken und das Erreichte zu verbessern.

Für die UNCTAD gehört die praktische Förderung von Wettbewerbsordnungen in den Entwicklungsländern zum klassischen Aufgabenbereich. Das Mandat der UNCTAD für die Förderung des Kartellrechts in den Entwicklungsländern ist anlässlich der 10. Konferenz der UN zu Handel und Entwicklung, die im Jahre 2000 in Bangkok stattfand, erneuert worden. Zu den vier genannten Aufgaben in diesem Gebiet zählt – an erster Stelle – auch das *capacity building*.[36] Nach Auffassung der UNCAD hat das Fehlen von Kartellrecht in vielen Fällen wesentlich dazu beigetragen, dass die Vorteile der weltweiten Liberalisierung und Privatisierung der Wirtschaft nicht in den Entwicklungsländern angekommen sind.[37] Entsprechende Programme, vor allem des *peer review*, werden im Rahmen des sog. Global Competition Forum auch von der OECD unterhalten[38]. Maßnahmen des *capacity building* gehörten zu den WTO-Vorschlägen der Europäischen Gemeinschaft für ein WTO

34 Verhalten kritisch schon *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 205 f.

35 Fox, Separate Statement, ICPAC, Report, 2000 (Fußn. 31), Annex 1-A.

36 UNCTAD X, Plan of Action, para. 140 – 143.

37 Siehe UNCTAD, The Relationship Between Competition, Competitiveness and Development, 30th May 2002, UNCTAD-Doc. TD / B / Com.2 / CLP30 = <http: //www.unctad.org/en/docs/c2clp30.en.pdf>.

38 Dazu schon oben II. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Multilateral Framework Agreement on Competition Policy[39] und fanden Eingang in die WTO Ministererklärung von Doha aus dem Jahre 2001.[40] Das *capacity building* bildet schließlich einen Schwerpunkt der Arbeiten des ICN.[41]

D. Entwicklung der Wettbewerbspolitik in den USA und der EU in den letzten Jahren

Die Zukunft der internationalen Wettbewerbspolitik steht in Abhängigkeit von der Entwicklung in den USA und der EU, den bedeutendsten Kartellrechtsordnungen der Welt. Diese Entwicklung wurde in den letzten Jahren durch drei Phänomene gekennzeichnet: (I.) eine faktische Konvergenz der amerikanischen und der europäischen Wettbewerbspolitik, (II.) eine Stärkung der Rechtsdurchsetzung, vor allem durch *Leniency*-Programme und im Bereich privater Schadensersatzklagen sowie (III.) ein Wiedererstarken der Industriepolitik zulasten der Wettbewerbspolitik.

I. Faktische Konvergenz durch Ökonomisierung

Das Stichwort der „Ökonomisierung" charakterisiert vor allem die jüngste Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik, die sich damit der amerikanischen annähert.

Nach der Harvard School und der Chicago School ist die wettbewerbspolitische Diskussion in den USA inzwischen bei der sog. Post-Chicago School angekommen.[42] Die Post-Chicago School bewirkt in den USA eine Abwehr vom vereinfachenden Modelldenken der Chicago School und damit tendenziell eine wünschenswerte Stärkung des Kartellrechts. Wenn heute vor allem die Europäische Kommission den „neuen ökonomischen Ansatz" propagiert, nach dem sich die Wettbewerbsbeschränkung nicht schlechterdings aus dem Verhalten an sich, sondern aus den Auswirkungen solchen Verhaltens im jeweiligen relevanten Markt ergibt,[43] mag man darin eine in Europa praktizierte Post-Chicago School erkennen.

---

39 Siehe hierzu *Garcia Bercero / Amarasinha* (Fußn. 25), J. Int. Econ. L. 4 (2001), 481, 491 ff.

40 Para. 25 Ministerial Declaration of 20th November 2001, WTO-Doc. WT / MIN(01) / DEC / 1 = <http: //www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>.

41 Siehe oben 3.

42 Zu den ökonomischen Grundüberlegungen der Post-Chicago School, siehe *Jacobs,* An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, 74 N.C. L. Rev. 74 (1995), 219.

43 Siehe dazu beispielshaft *Hildebrand,* Der „more economic approach" in der Wettbewerbspolitik, WuW 2005, 513: „Im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht sollte das beurteilt

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mit der stärkeren ökonomischen Ausrichtung nähert sich das europäische Wettbewerbsrecht unverkennbar dem US-Antitrust-Recht an.

In ihren Auswirkungen auf die Entwicklung einer internationalen Wettbewerbspolitik bleibt die Ökonomisierung des europäischen Kartellrechts ambivalent. Eigentlich verbände sich mit der Stärkung des Grundkonsenses von US-Amerikanern und Europäern die Hoffnung auf eine verbesserte Ausgangslage für eine Einigung auf einheitliche Grundsätze eines internationalen Kartellrechts.[44]

Freilich zeigt die Entwicklung des europäischen Kartellrechts auf, mit welchen Schwierigkeiten die Durchsetzung einer ökonomischen Ausrichtung der Wettbewerbspolitik im Rahmen eines – neuerdings im Rahmen der VO 1 / 2003 – dezentralisierten Systems verbunden ist. Die Ökonomisierung, nach der sich die Wettbewerbsbeschränkung nicht isoliert aus der Betrachtung einer bestimmten Vereinbarung oder eines bestimmten Verhaltens, sondern im Grundsatz nur anhand der Auswirkungen auf den relevanten Markt ermitteln lässt, führt zu mehr Rechtsunsicherheit. In einem dezentralen Durchsetzungssystem bedroht damit die Ökonomisierung die Einheitlichkeit der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. Die Kommission greift deshalb auf ein umfangreiches, kaum mehr überschaubares und von ökonomischen Begriffen geprägtes Regelwerk – vor allem in Form unverbindlicher Leitlinien – mit der vagen Hoffnung zurück, dass sich die Behörden und Gerichte in den Mitgliedstaaten schon daran halten werden.

Im Lichte dieser Erfahrung erscheint ein heute aus ökonomischer Sicht für richtig befundenes Kartellrecht à la Post-Chicago erst recht für ein völkerrechtlich verbindliches internationales Kartellrecht als ungeeignet. Ein internationales Kartellrecht wäre besonders auf klare rechtliche Verpflichtungen angewiesen, die sich in einem Streitbeilegungsverfahren überwachen lassen. Im Lichte der ökonomischen Ausrichtung der beiden wichtigsten Wettbewerbsordnungen wäre daher allenfalls eine Verpflichtung zum Verbot der Hardcore-Kartelle möglich, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen sich aus der Vereinbarung selbst und nicht erst aus den Auswirkungen auf einem Markt ergeben.[45] Darüber hinaus ließe sich international wohl allenfalls – etwa entsprechend dem Wortlaut von Art. 81 und 82 EG – eine pauschale Verpflichtung zum Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung statuieren.[46]

---

werden, was eigentlich beurteilt werden soll: die Marktauswirkungen; siehe auch *Böge,* Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, WuW 2004, 727.

44 Vgl. *Stennbergen,* Legal Issues of Economic Integration – Modernisation and International Competition Law, Legal Issues of Economic Integration 32 (2005), 219, 228, der argumentiert, die Ausgangslage für das internationaler Kartellrecht habe sich mit dieser Annäherung des europäischen Wettbewerbsrechts an das US-Recht verbessert.

45 Zum internationalen Begriff der Hardcore-Kartelle siehe OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 March 1998, OECD-Doc. C(98)35 / FINAL = <http: //webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/4285C1FD78F5D22FC1257048004444E2? OpenDocument>.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die „ökonomische Lücke“ ließe sich vielleicht durch andere, wenn auch komplementäre Ansätze schließen. Zu denken wäre vor allem an die im Rahmen des ICN verfolgte „weiche Konvergenz“ (*soft convergence*),[47] die einen allgemeinen Grundkonsens möglichst unabhängig von der Politik des jeweiligen Landes agierender Kartellämter über die richtige Wettbewerbspolitik erzeugen kann.

II. Private Rechtsdurchsetzung und Leniency

Die Gegenwart der Wettbewerbspolitik in den verschiedensten Rechtsordnungen ist schließlich von einer Stärkung der Durchsetzungsmechanismen geprägt. Die Ausarbeitung von Bonus- oder Kronzeugenregelungen (*leniency*) hat wesentlich zum Aufdecken bedeutsamer, auch internationaler Hardcore-Kartelle geführt. Die Dezentralisierung der Kartellrechtsanwendung in Europa im Zuge der VO 1 / 2003 gab den Anstoß zum Nachdenken über weitere Maßnahmen des europäischen Gesetzgebers zur privaten Rechtsdurchsetzung im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts.[48] Die *Leniency*-Programme wiederum fördern die private Rechtsdurchsetzung. Das auf sich alleine gestellte Opfer eines Hardcore-Kartells ist in aller Regel nicht in der Lage, die Existenz eines solchen Kartells aufzudecken und gerichtsfest nachzuweisen. Ist aber dank der *Leniency*-Programme erst einmal das Kartell ermittelt und von der zuständigen Wettbewerbsbehörde nachgewiesen worden, kann sich daran ohne weiteres die private Schadensersatzklage „anhängen“.[49] So hat beispielsweise das Aufdecken des weltweiten Vitaminkartells zu bislang in der Praxis nicht bekannten Schadensersatzklagen der Erstabnehmer in Millionenhöhe vor deutschen Gerichten geführt.[50]

---

46 Nur schwer zu erfassen wären daher insbesondere vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Da sich solche Vereinbarungen von Unternehmen mit dem Ziel nutzen lassen, den Marktzutritt zu nationalen Märkten zu beschränken, besteht für deren Regelung sogar ein handelspolitisches Anliegen. Siehe hierzu *Jofer,* Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, 2004, mit Vorschlägen für internationale Regeln in diesem Bereich.

47 Siehe oben C.III.

48 Nach der sog., von der Kommission in Auftrag gegebenen Ashurst-Studie (*Waelbrock / Slatter / Even-Shoshan,* Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, 20 August 2004, <http: //europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_repor t_clean_en.pdf>), die die Instrumente der privaten Rechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten untersucht, plant die Kommission bis Ende 2005 ein Grünbuch zur privaten Rechtsdurchsetzung zu veröffentlichen; siehe <http: //europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en. html>.

49 § 33 Abs. 4 GWB in der im Juni 2005 verabschiedeten Fassung der 7. GWB-Novelle fördert den Erfolg solcher „Follow-on“-Klagen, indem das Gericht, das über einen Schadensersatzanspruch zu entscheiden hat, die bestandskräftige Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes durch die Kommission oder einer Wettbewerbsbehörde Deutschland oder eines anderen Mitgliedstaates der EU nicht mehr in Frage stellen darf; siehe zu den Vorschlägen für § 33 Abs. 4 GWB n.F. *Hempel,* Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Entwicklungen haben wesentliche Auswirkungen auf der internationalen Ebene. Die Voraussetzungen der einzelnen *Leniency*-Programme sind denkbar unterschiedlich. Bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsbeschränkungen entsteht ein beachtlicher Abstimmungsbedarf.[51] Muss ein durch ein nationales Programm begünstigter Kartellteilnehmer weiterhin mit Verfolgung durch die Behörden anderer Staaten rechnen, wird dieser vielleicht gleich von der Mitteilung an einzelne Behörden im Rahmen von Leniency-Programmen absehen. Entsprechendes gilt, wenn der „Kronzeuge" weiterhin Schadensersatzklagen von Opfern des Kartells fürchten muss. Mangelnde internationale Koordination und Kooperation untergräbt damit die Effektivität der nationalen *Leniency*-Programme und schwächt die Verfolgbarkeit internationaler Kartelle im Vergleich zu den national begrenzten.

Im Bereich privater Schadensersatzklagen hat schließlich die *Empagran*-Entscheidung des U.S. Supreme Court aus dem Jahre 2004[52] die Grenzen der extraterritorialen Anwendung nationalen Kartellrechts bei Privatklagen aufgezeigt. Danach sind für Klagen ausländischer Geschädigter eines Kartells – im konkreten Fall des weltweiten Vitaminkartells – gegen ausschließlich ausländische Kartellbeteiligte US-Gerichte nicht zuständig. Dies soll auch dann gelten, wenn sich das Kartell sehr wohl auch auf den Markt der USA ausgewirkt hat. Unabhängig von ihrer Richtigkeit[53] verweist die Entscheidung des Supreme Court auf neue Fragen im Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht. Das an sich anerkannte Auswirkungsprinzip bedarf jedenfalls der Konkretisierung. Zieht man die Anwendbarkeit

---

50 OLG Karlsruhe vom 28. 1. 2004, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 2004, 883 (die Klage abweisend); LG Dortmund vom 1. 4. 2004, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2004, 434 – *Vitaminkartell* (der Klage stattgebend). Siehe zu den genannten Verfahren *von Wiese,* Private Actions, Vitamins and the Passing-On Defence, Competition Law Journal 2004, 247; zu entsprechenden Schadensersatzklagen in Großbritannien, siehe *Kennelly,* Damages Actions before the CAT and the Passing On Defence, Competition Law Journal 2004, 238. Die rechtsdogmatische Frage, ob sich der Kartellbeteiligte nach frühem deutschen Recht auf die Weitergabe des Schadens an nachfolgende Handelsstufen berufen konnte (sog. *passing-on defence*), ist hier nicht zu erörtern; dazu grundlegend *Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 2004, 99.* Nach § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB (Fassung der 7. GWB-Novelle) ist dieser Einwand inzwischen ausdrücklich ausgeschlossen.

51 Schwierigkeiten bestehen auch gerade innerhalb des Europäischen Competition Network (ECN), siehe *Soltész,* Der „Kronzeuge" im Labyrinth des ECN – Zur Behandlung von Leniency-Anträgen im Netzwerk der Kartellbehörden, WuW 2005, 616. Anlässlich der ICN-Jahreskonferenz im Juni 2005 in Bonn wurde von der Cartels Working Groups die Probleme bei der Verfolgung internationaler Kartelle deutlich aufgezeigt; siehe *Drexl / Schröder* (Fußn. 29), Part II. B.

52 *F. Hoffmann-La Roche v. Empagran S.A.* (Entscheidung vom 14. 6. 2004), <http: //straylight.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sherman&url=/supct/html/03-724.ZS.html>.

53 Siehe die zustimmenden Stellungnahmen bei *Baudenbacher / Behn,* Back to „Betsy": Zur Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 604; Böge (Fußn. 19), WuW 2005, 590, 591; dagegen kritisch *Rezzouk,* Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran?, Revue Internationale de Droit Economique 2005, 51.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nationalen Rechts zu weit, droht ein Export eigener Rechtsvorstellungen bei nur im Ausland gelegenem Schaden. Entsprechend hat der Supreme Court seine Entscheidung wesentlich auf das Prinzip der völkerrechtlichen Rücksichtnahme (*comity*) gestützt. Zieht man dagegen den Anwendungsbereich zu eng, droht eine Schwächung des Schutzes des Wettbewerbs auf dem eigenen Markt bei Wettbewerbsordnungen, die die staatliche Durchsetzung zugunsten der privaten zurückdrängen.[54] Vor allem aber offenbart *Empagran* bestehende Lücken im internationalen Schutzsystem. Ohne Chance auf privaten Rechtsschutz geblieben sind im *Empagran*-Fall jene Kläger, die aus Staaten kommen, die über kein effektives Wettbewerbsrecht verfügen und erst recht keine private Rechtsdurchsetzung kennen.[55] Das Beispiel zeigt, dass in einer Weltwirtschaft, die durch die Öffnung nationaler Märkte durch das WTO-Recht geprägt ist, kein gleichmäßiger Wettbewerbsschutz von Unternehmen und Verbrauchern als Opfer von Kartellrechtsverstößen allein auf der Grundlage nationalen Kartellrechts zu erreichen ist.

III. Industriepolitik kontra Wettbewerbspolitik

Das ungeheure Anwachsen der Zahl von Wettbewerbsordnungen in der Welt lässt sich als konsequente Folge der Öffnung der Märkte sowie der Transformation von nationalen Planwirtschaften zu Marktwirtschaften in den Entwicklungs- und Schwellenländern begreifen. In dem Maße wie die eigenen Märkte geöffnet werden und auch als Ergebnis der WTO-Mitgliedschaft zu öffnen sind, entsteht das Bedürfnis, die eigenen Unternehmen und Verbraucher gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowohl inländischer wie ausländischer Unternehmen zu schützen. Die Globalisierung führt damit zu einer augenfälligen Bewusstwerdung der Politik und der Öffentlichkeit in den Entwicklungsländern im Hinblick auf die Vorteile und Notwendigkeit einer funktionierenden Wettbewerbspolitik.

Dagegen scheint die Globalisierung gerade zu einer Entwicklung mit umgekehrten Vorzeichen in den Staaten mit einer etablierten Wettbewerbspolitik zu führen. Die Globalisierung wird als Bedrohung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit auf internationalen Märkten empfunden. Dieser soll vor allem durch den Aufbau nationaler Champions ohne Rücksicht auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen geschehen. Das industriepolitische Denken gewinnt die Oberhand über die Wettbe-

---

54 Diese Gefahr bestand für die USA im zu entscheidenden Fall nicht. Das weltweite Vitaminkartell war von den US-Wettbewerbsbehörden mit großer Vehemenz, u. a. unter Ausnutzung aller strafrechtlichen Mittel, verfolgt worden.

55 So stammte das u. a. klagende Unternehmen Empagran S.A. aus Ecuador, das überhaupt kein Kartellrecht kennt. An dem Verfahren beteiligt hatten sich verschiedene ausländische Regierungen, die sich in Amicus Curiae Briefen auf das Gebot der völkerrechtlichen Rücksichtnahme beriefen. Dabei handelte es sich aber ausschließlich um solche Regierungen aus Ländern, u. a. auch Deutschland, in denen die verklagten Kartellmitglieder niedergelassen waren. Siehe hierzu vor allem die kritischen Anmerkungen bei *Rezzouk* (Fußn. 53), Revue Internationale de Droit Economique 2005, 51, 71 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbspolitik. Verloren geht das Bewusstsein, dass die internationale Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Unternehmen langfristig nur durch Wettbewerb auf in- und ausländischen Märkten gesichert werden kann.[56]

Damit sind in der gegenwärtigen Situation gegenläufige Tendenzen in der Wirtschaftspolitik verschiedener Staaten feststellbar. Die früher staatlich geführten Wirtschaften der Entwicklungsländer entdecken die Vorteile der Wettbewerbspolitik; die entwickelten Staaten laufen aus Angst vor der Globalisierung Gefahr, die Vorteile der Wettbewerbspolitik zu vergessen. Dies bedeutet nicht, dass die Entwicklungsländer die alten Wettbewerbsnationen in der Wettbewerbspolitik überholt hätten. Auch in ersteren gibt es natürlich weiterhin eine Industriepolitik. Tendenzen verraten aber oft mehr über den Zustand einer Gesellschaft als eine punktuelle Bestandaufnahme. Es zeigt sich, dass in den entwickelten Staaten die Wettbewerbspolitik eben doch nicht endgültig gesichert ist und dass deren Volkswirtschaften deshalb sehr wohl von internationalen Verpflichtungen im Bereich des Kartellrechts profitieren könnten.[57]

E. Entwicklung in Transformations- und Entwicklungsländern

Die Entwicklung einer Wettbewerbspolitik fällt in den früheren – denn nominell immer noch – sozialistischen Staaten sowie in den meisten Entwicklungsländern mit dem Übergang von einer mehr oder weniger staatlich gelenkten oder geplanten Wirtschaft zur Marktwirtschaft zusammen. Die Mitgliedschaft in der WTO und die Globalisierung der Wirtschaft wirken dabei als Reformmotor. Entsprechend ist die Zahl nationaler Kartellrechte in den letzten Jahren rasant angestiegen, wenngleich der Wirkungsgrad dieser Rechte recht unterschiedlich bleibt.

Die Gründe für die Entwicklung nationaler Wettbewerbspolitiken in den Transformations- und Entwicklungsländern sind im Einzelnen vielschichtig. Zu kurz gedacht wäre das Argument, die Entwicklungsländer fänden sich nur auf Druck der entwickelten Staaten zu Zugeständnissen bereit; der Erlass nationaler Kartellgeset-

---

56 Symptomatisch für die deutsche Diskussion zwischen Industrie- und Wettbewerbspolitikern war das Symposium zum 30jährigen Bestehen der Monopolkommission, das im November 2004 in Berlin stattfand; siehe den Tagungsbereicht bei *Würmnest,* Wettbewerbspolitik, Industriepolitik und der „more economic approach“, ZWeR 2005, 111.

57 Solche Vorteile völkerrechtlicher Verpflichtungen lassen sich deutlich am Vorschlag der Bundesregierung für die Freistellung von Anzeigenkooperationen vom Kartellverbot im Rahmen der 7. GWB-Novelle illustrieren. Der Vorschlag, der sich schließlich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen ließ, hätte auch Preiskartelle in Bezug auf Anzeigen erlaubt, was in eklatanter Weise internationalen Standards, nämlich der OECD-Empfehlung über Hardcore-Kartelle (Fußn. 45), widersprochen hätte. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zum Verbot von Hardcore-Kartellen hätte entsprechenden, wettbewerbspolitisch nicht tragbaren Überlegungen von Anfang an einen Riegel vorgeschoben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ze in den Entwicklungsländern beruhe also gar nicht auf Freiwilligkeit. Zwar ist es richtig, dass einige Staaten sich vor allem gegenüber den USA und der Europäischen Gemeinschaft zur Einführung einer nationalen Wettbewerbsordnung verpflichtet haben. Grundlage hierfür sind bilaterale Freihandelsabkommen der USA[58] sowie vor allem die sog. Nachbarschaftspolitik der Europäischen Gemeinschaft.[59] Solche Verpflichtungen bedeuten aber nicht, dass Entwicklungsländer nicht ihr eigenes Interesse an funktionierenden Wettbewerbsordnungen erkennen.

So zeigt sich, dass Entwicklungsländer auch ohne eine Verpflichtung gegenüber entwickelten Staaten Kartellgesetze erlassen. Besonders erwähnenswert ist hier die Entwicklung von supranationalen Wettbewerbsordnungen im Rahmen von regionalen Integrationssystemen. Zu nennen ist z. B. das Kartellrecht der Andengemeinschaft (*Comunidad Andina*)[60] und der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (Union économique et monétaire ouest-africaine, UEMOA)[61]. Für den Gemeinsamen Markt für Ost- und Südafrika (Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA) hat man im Jahre 2004 im Prinzip ein supranationales Wettbewerbsrecht beschlossen, das jedoch noch implementiert werden muss.[62]

---

58 So hat kürzlich Singapur nach langem Zögern auf der Grundlage des Freihandelsabkommens mit den USA ein nationales Kartellgesetz verabschiedet und folgte damit anderen Staaten im südostasiatischen Raum; siehe Art. 12.2 United States-Singapore Free Trade Agreement, May 6th, 2003, <http://www.fta.gov.sg/fta/pdf/FTA_USSFTA_Agreement_Final.pdf>. Eine Fußnote zu der erwähnten Vorschrift verpflichtete Singapur zur Einführung eines Kartellrechts bis Januar 2005.

59 Die Europäische Gemeinschaft spielt gegenwärtig eine bedeutende Rolle bei der Förderung des Kartellrechts in den arabischen Staaten Nordafrikas und des Nahen Ostens. So soll etwa gemäß Art. 53 des Assoziierungsabkommens mit Jordanien (ABl. EG v. 15. 5. 2002 Nr. L 129/3) ein wettbewerbsrechtlicher Schutz des Handels zwischen der EG und Jordanien entsprechend Art. 81 und 82 EG gewährt werden. Die Vorschrift sieht eine Umsetzung binnen 5 Jahren vor. Jordanien verfügt seit 2004 über ein Kartellrecht und steht damit, zusammen mit Tunesien an der Spitze der kartellrechtlichen Entwicklung in arabischen Ländern; siehe die Website des jordanischen Kartellamtes <http://www.competition.gov.jo/eng/index.html>.

60 Siehe Decisión 605 (vom 29. 3. 2005), <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>. Die Decisión führt zur Errichtung eines Andinischen Komitees zur Verteidigung des Wettbewerbs. Die Andengemeinschaft stellt neben der EG-Kommission und der EFTA-Überwachugnsbehörde die dritte supranationale Behörde, die Mitglied des ICN ist. Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft sind Bolivien, Ecuador, Kolumbien, Peru und Venezuela, wobei Bolivien und Ecuador über kein nationales Kartellrecht verfügen.

61 Siehe Règlement N°2/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002, das die kartellrechtlichen Bestimmungen des Unionsvertrages umsetzt, <http://www.uemoa.int/actes/2002/reglement_2_2002_CM_UEMOA.htm>. Mitgliedstaaten sind Benin, Burkina Faso, die Elfenbeinküste, Guinea-Bissau, Mali, Niger und Togo. Siehe hierzu auch *Heinemann,* La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, Revue Internationale de Droit Economique 2004, 293, 319 f. ; und vor allem *Bakhoum,* Répartition et exercice des compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), Revue Internationale de Droit Economique 2005 (im Erscheinen).

62 Siehe die Draft COMESA Competition Rules, <http://www.comesa.int/trade/issues/policy/COMESA%20Competition%20Rules/en>, die die Einrichtung eines COMESA Competition Commission vorsehen. COMESA gehören 19 Staaten an: Ägypten, Angola, Äthio-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auf eigene Initiative hat sich schließlich Indien im Jahre 2002 ein neues, modernisiertes Kartellgesetz gegeben.[63] Die Volksrepublik China wird höchstwahrscheinlich noch im Jahre 2005 ein zusammenfassendes Kartellgesetz erlassen.[64] In diesen beiden Staaten sind das Bestreben, die Liberalisierung der eigenen Wirtschaft gegen Wettbewerbsbeschränkungen in- und ausländischer Unternehmen abzusichern, wichtigste Triebfeder der Entwicklung.[65] China versucht schließlich, durch sein zukünftiges Kartellgesetz wettbewerbsverzerrendes Handeln staatlicher Stellen, die als Verwaltungsmonopole bezeichnet werden, zu verhindern.

F. Analyse unterschiedlicher Interessen

Erfolg versprechende Wege zu einer internationalen Wettbewerbspolitik lassen sich nicht entwickeln, ohne die Interessen verschiedener Staaten zur Kenntnis zu nehmen. Im Folgenden sollen daher die jeweils bilateralen „Interessenbeziehungen" im Dreieck der Entwicklungsländer, der USA und Europas näher betrachtet werden. Mit „Europa" ist dabei vereinfachend die Gruppe der EG und jener Staaten, zu der auch Japan und Südkorea gehörten, gemeint, die stets ein WTO-Kartellrecht unterstützt haben. Nicht vergessen werden dürfen die Interessen der Unternehmen, die international wie national operieren. An diese Interessen denken, wie sich gleich zeigen wird, auch die Staaten im Rahmen der Diskussion um ein internationales Kartellrecht.

I. Interessen im Verhältnis Europa – USA

Der Schwerpunkt des Diskurses speziell zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der USA wurde in der jüngsten Vergangenheit vor allem durch die An-

---

pien, Burundi, Djibouti, Eritrea, Kenia, die Komoren, die Demokratische Republik Kongo, Madagaskar, Malawi, Mauritius, Ruanda, Sambia, die Seychellen, Simbabwe, Sudan, Swaziland und Uganda.

63 Siehe *Mehta* (Hrsg.), Towards A Functional Competition Policy For India, 2005, mit Beiträgen vor allem indischer Ökonomen, die für einzelne Wirtschaftsbereiche deutlich aufzeigen, wie wichtig die Wettbewerbspolitik mittlerweile für Indien geworden ist.

64 Der Autor dieses Beitrags war im Mai 2005 als ausländischer Experte vom chinesischen Staatsrat für ein Seminar nach Peking geladen worden, auf dem der Entwurf ausführlich diskutiert wurde. Von chinesischer Seite wurde es mehrfach als sicher dargestellt, dass das Gesetz noch 2005 verabschiedet würde. Siehe allgemein zur chinesischen Entwicklung *Wang,* The Prospect of Antimonopoly Legislation in China, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 1 (2002), 201; *dies.*, The Impacts of the WTO Competition Policy Negotiations in China, ZWeR 2004, 411, die argumentiert, China solle WTO-Verhandlungen über die Wettbewerbspolitik unterstützen.

65 China verfügt bereits heute über Bestimmungen zur Kontrolle von Investitionen ausländischer Unternehmen, die diese einer kartellrechtlichen Kontrolle unterwerfen. Deshalb kann der Erlass eines chinesischen Kartellgesetzes nicht allein durch das Bestreben zur Kontrolle ausländischer Unternehmen erklärt werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendung des bilateralen Kooperationsabkommens geprägt.[66] Der gescheiterte Zusammenschlussfall *GE / Honeywell*[67] fokusierte die wettbewerbspolitische Debatte im bilateralen Verhältnis über geraume Zeit vor allem auf das Thema der Zusammenschlusskontrolle und beeinflusste ganz wesentlich das Arbeitsprogramm des ICN zu Beginn seines Bestehens.[68] In Bezug auf den zu verfolgenden Ansatz für das internationale Kartellrecht bestehen auf den beiden Seiten des Atlantiks recht unterschiedliche Präferenzen. Dem multilateralen Regelungsansatz der Europäer standen die USA stets skeptisch gegenüber. Zu den Vorschlägen für ein WTO Multilateral Framework Agreement haben sie sich nie umfassend geäußert.[69] Der Gedanke an völkerrechtlich verbindliche Regelungen im Rahmen der WTO stieß in den USA auf Widerstand, fürchtete man doch, durch solche Regeln, die eine Rechtsangleichung verfolgen, die hoch geschätzte Flexibilität in der Anwendung des eigenen Antitrust-Rechts eines Tages aufgeben zu müssen.

Im Verhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den USA werden die zu lösenden Probleme der internationalen Wettbewerbspolitik vor allem als Koordinationsprobleme aufgefasst. Beide Blöcke verfügen über ein durchsetzungsfähiges Kartellrecht. Zu verhindern sind daher vor allem widersprüchliche Entscheidungen. Das Scheitern des Zusammenschlusses in *GE / Honeywell* hat der Gemeinschaft und den USA vor Augen geführt, dass solche Konflikte nicht in allen Fällen durch bloße Kooperation verhindert werden können. In *GE / Honeywell* kam es vor allem wegen Unterschieden in den wettbewerbspolitische Grundüberzeugungen zum Schwur,[70] die sich auch durch eine Rechtsangleichung kaum ausräumen lassen.

Grundsätzlich falsch wäre es, die Probleme des internationalen Kartellrechts auf eine rein europäisch-amerikanische Angelegenheit zu reduzieren. Mit der Einordnung dieser Probleme als Koordinationsprobleme wird man nämlich den spezifischen Interessen der Transformations- und Entwicklungsländer gerade nicht gerecht.

---

66 Siehe Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln; ABl. EG 1995 Nr. 95 / 47.

67 Oben Fußn. 22.

68 Zu den Arbeiten des ICN, siehe oben C. III.

69 Siehe dazu *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 212.

70 Anschaulich *Fox,* „We Protect Competition, You Protect Competitors“,World Competition 26 (2003),149; *Gerber* (Fußn. 22), ZWeR 2003, 87; *Ghidini,* A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic, IIC 35 (2004), 521.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Interessen im Verhältnis Europäische Gemeinschaft – Entwicklungsländer

Sowohl die Haltung der Europäischen Gemeinschaft als auch jene der Entwicklungsländer zeichnet sich durch eine unverkennbare Ambivalenz aus.

Die Vorschläge der Europäischen Gemeinschaft für ein WTO-Kartellrecht hielten sich weitgehend an die Prinzipien des WTO-Abkommens. Vor allem auf den vorgeschlagenen Grundsatz der Nichtdiskriminierung hätten sich Unternehmen aus den entwickelten Staaten berufen können, die sich in Entwicklungsländern kartellrechtlichen Sanktionen ausgesetzt gesehen hätten.[71] Damit löste sich die Europäische Gemeinschaft nicht hinreichend von der Konzeption eines WTO-Kartellrechts als handelspolitisches, d. h. Markt öffnendes Instrument, was notwendig das Misstrauen der Entwicklungsländer erregen musste. Wenig glaubwürdig erschien den Entwicklungsländern das Argument der Europäer, mit dem Vorschlag zu einer WTO-Verpflichtung zur Einführung nationalen Kartellrechts und insbesondere eines Verbots der Hardcore-Kartelle die Entwicklung des Kartellrechts zum Wohle auch der Entwicklungsländer zu fördern. Wieso die Entwicklungsländer durch eine WTO-Verpflichtung zu ihrem Glück gezwungen werden sollten und diese Verpflichtung bei Nichteinhaltung im WTO-Streitbeilegungsverfahren durchgesetzt werden sollte, war nicht verständlich und musste die Entwicklungsländer in ihrer Vermutung bestärken, wonach es der Europäischen Gemeinschaft nur auf die Durchsetzung eigener Interessen und der Interessen europäischer Unternehmen ging.[72]

Aber auch die absolute Verweigerung der Entwicklungsländer gegenüber einem WTO-Kartellrecht bleibt widersprüchlich. Mittlerweile werden sich auch die Entwicklungsländer zunehmend bewusst, dass die Schäden die Ihnen als mittelbare Folge der Marktöffnung aufgrund internationaler Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, gewaltig sind. Eine von der Weltbank in Auftrag gegebene und 2001 vorgelegte Studie[73] hat gezeigt, dass internationale Hardcore-Kartelle zwar ganz überwiegend von Unternehmen aus den entwickelten Ländern ausgehen, aber beson-

---

71 Siehe die ausführliche Diskussion dieses Prinzips bei *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 237 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 449 f., dort auch mit dem Vorschlag, dem Verbot der Diskriminierung ausländischer Unternehmen ein Verbot der Diskriminierung des Wettbewerbs auf Auslandsmärkten bei der Anwendung eigenen Kartellrechts zur Seite zu stellen.

72 Ausführlicher zur Motivation der Entwicklungsländer im Hinblick auf Ihre Weigerung, im Rahmen der WTO ein Kartellrechtsabkommen zu verhandeln, *Drexl* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 435 ff.

73 *Levenstein / Suslow / Oswald,* International Price-Fixing Cartels and Developing Countries: A Discussion of Effects and Policy Remedies, Working Paper Series, No. 53, <http: //www.umass.edu/peri/pdfs/WP53.pdf>. Siehe auch die nachfolgende Veröffentlichung der Autoren der Studie *Levenstein / Suslow,* Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Indications for Competition Policy, Antitrust L.J. 71 (2004), 801.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ders Verbraucher in den Entwicklungsländern ohne Kartellrecht schädigen. Im Rahmen dieser Studie wurden 42 in den letzten Jahren von den US-amerikanischen und europäischen Behörden erfolgreich verfolgte Preiskartelle untersucht[74]. Dabei ergab sich, dass allein im Jahre 1997 diese Kartelle Importe der Entwicklungsländer im Umfang von 54,7 Mrd. US$ betrafen. Nur zu verständlich ist daher das Bemühen der Entwicklungsländer, möglichst schnell eigene funktionstüchtige Wettbewerbsordnungen aufzubauen. Aber selbst soweit ihnen dieses gelingen sollte, beeinträchtigen strukturelle Gründe die Verfolgbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, die im Ausland veranlasst wurden, durch Behörden in den Entwicklungsländern. Ungeachtet dieser Problemlage hat beispielsweise Indien in den WTO-Verhandlungen im Widerspruch zu den Vorschlägen der Europäischen Gemeinschaft darauf beharrt, bei der Anwendung eigenen Kartellrechts gegenüber ausländischen Unternehmen strengere Vorschriften anwenden zu können.[75]

Die Entwicklungsländer haben in den WTO-Verhandlungen stets nur eine defensive Haltung eingenommen. Richtig ist wohl, dass die Vorschläge der Europäischen Gemeinschaft kaum den Interessen der Entwicklungsländer dienen würden. Dies bedeutet aber nicht, dass die Entwicklungsländer kein Interesse an völkerrechtlichen Verpflichtungen im Bereich des Kartellrechts haben. Die Frage ist nur, welche Verpflichtungen ihren Interessen entsprechen und in welchem Forum sie verhandelt werden sollten. Im eigenen Interesse müssten daher die Entwicklungsländer den entscheidenden Schritt von einer defensiven zu einer aktiven Politik unternehmen.[76]

III. Interessen im Verhältnis USA – Entwicklungsländer

In der bisherigen Debatte um eine internationale Wettbewerbspolitik hat das Interessenverhältnis zwischen den USA und den Entwicklungsländern kaum Beach-

---

74 Der nachfolgende Schadensbetrag bezeichnet also keineswegs den Gesamtschaden von Entwicklungsländern aufgrund von internationalen Kartellen. Unberücksichtigt geblieben sind die nicht entdeckten Kartelle sowie jene, die sich nicht auf die Märkte der entwickelten Staaten, für die die Ämter der Studie zuständig sind, auswirken und daher dort gar nicht verfolgt wurden.

75 Communication from India, WTO-Doc. WT / WGTCP / W / 216 of 26 September 2002, para. 10. Der indische Competition Act 2002 enthält durchaus diskriminierende Vorschriften. So erlaubt Sec. 33(2) der indischen Kartellkommission – Competition Commission of India (CCI) – den Import von Waren zu untersagen, wenn dieser in Widerspruch zu wesentlichen Vorschriften des Competition Act steht. Die Vorschrift wird auch von Wissenschaftlern in Indien problematisch eingeschätzt; siehe *Bhattacharjea / Nanda,* Crossborder Competition Issues, in: *P.S. Mehta* (Hrsg.), Towards a Functional Competition Policy for India, 2005, S. 74, 80. Ebenso kritisch gegenüber solchen Wünschen nach Diskriminierung *Stewart,* The Fate of Competition Policy in Cancun: Politics or Substance?, Legal Issues Econ. Integr. 31 (2004), 7., 9 ff. (die Autorin stammt aus Trinidad und Tobago).

76 Siehe dazu auch den aus der indischen Wissenschaft kommenden Vorschlag, der Vereinbarung eines multilateralen Abkommens außerhalb der WTO: Bhattacharjea / Nanda (Fußn. 75).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tung gefunden. Im Rahmen der WTO nahmen die Entwicklungsländer vor allem die Europäische Gemeinschaft als Gesprächspartner, ja Kontrahenten wahr. Die USA ihrerseits haben sich in den letzten Jahren vor allem auf das Verhältnis zu anderen entwickelten Staaten, vor allem die Europäische Gemeinschaft konzentriert. Von der internationalen Gemeinschaft relativ unbemerkt, schlossen die USA aber auch bilaterale Abkommen mit Schwellen- und Entwicklungsländern ab, die Verpflichtungen im Bereich des Kartellrechts enthalten.[77]

Trotzdem lassen sich auch im Verhältnis zwischen den USA und den Entwicklungsländern ebenfalls einige Problemfelder identifizieren: Der von den USA bevorzugte unilaterale Ansatz in Bezug auf völkerrechtliche Verpflichtungen im Bereich des Kartellrechts sowie die in jüngster Zeit – vor allem als Folge der *Empagran*-Entscheidung des US-Supreme Court[78] – erfolgte Begrenzung der Anwendbarkeit des US-Antitrust-Rechts auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen verringert die positiven Externalitäten des US-Rechts im Hinblick auf den Wettbewerbsschutz in anderen Staaten.[79] Besonders hinzuweisen ist jedoch auf das Bestreben der USA, in anderen Staaten ein rein am Effizienzdenken orientiertes Kartellrecht durchzusetzen. So besteht nach dem bereits erwähnten Freihandelsabkommen mit Singapur eine Verpflichtung beider Parteien zur Einführung eines Kartellrechts, das ausschließlich dem Ziel der ökonomischen Effizienz und dem Konzept der *consumer welfare* verpflichtet ist.[80] Dieser ökonomische Ansatz verspricht mit rechtlich nicht hinreichend fassbaren Termini eine Wissenschaftlichkeit, die bloße Scheinwissenschaft bleibt und die Augen vor den kulturellen, politischen, ökonomischen und sozialen Besonderheiten des Partnerlandes verschließt. Es geht allein um den Export einer bestimmten und nicht einmal in den USA allgemein konsentierten Konzeption des eigenen Antitrust-Rechts.

G. Dreistufenplan zur Entwicklung einer internationalen Wettbewerbspolitik

Jedes Nachdenken über das weitere Vorgehen zur Entwicklung einer internationalen Wettbewerbspolitik muss das Gesamtgeflecht der vorgehend identifizierten Interessen zur Kenntnis zu nehmen.

---

77 Siehe nur beispielhaft das Freihandelsabkommen mit Singapur (oben Fußn. 58).

78 Ausführlich oben D.II.

79 Jedenfalls vor der Empagran-Entscheidung hat beispielsweise *First,* The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law, Antitrust L.J. 68 (2001), 711; *ders.*, Evolving toward What? The Development of International Antitrust, in: Drexl (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust, 2003, S. 23, 42 ff., die Notwendigkeit eines internationalen Kartellrechts bestritten, da dass durchsetzungsstarke amerikanische Antitrust-Recht faktisch den Wettbewerb auf internationalen Märkten schützen würde.

80 Art. 12.1 der Abkommens (Fußn. 58) lautet: „Each Party shall adopt and maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct with the objective of promoting economic efficiency and consumer welfare (. . .)“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Plädoyer für ein dreistufiges Vorgehen

Während heute die WTO aus der Sicht der Entwicklungsländer diskreditiert und als Regelungsforum von Hause aus nicht mehr in Betracht zu kommen erscheint, ist hier ein dreistufiges Vorgehen vorzuschlagen: Auf einer *ersten Stufe* wären jene Probleme zu identifizieren, die durch das nationale Kartellrecht nicht angemessen gelöst werden können. Auf der *zweiten Stufe* wären jene Instrumente, eventuell auch völkerrechtlich verbindliche Normen zu bestimmen, die die identifizierten Probleme einer angemessenen Lösung zuführen können. Erst auf der *dritten Stufe* ginge es um die Identifikation des Forums, das am besten zur Implementierung der auf der zweiten Stufe ermittelten Instrumente geeignet erscheint.

Dieser Dreistufenansatz lässt sich vor allem von Entwicklungsländern nutzen, um aus ihrer Sicht zu angemessenen Lösungen zu kommen. Letztlich geht es aber insgesamt um das Erreichen eines effektiven Schutzes des Wettbewerbs auf grenzüberschreitenden (internationalen) Märkten.

II. „Erste Stufe“: Zu lösende Probleme

Auf der ersten Stufe ist zunächst festzuhalten, dass sich die Probleme des internationalen Wettbewerbsrechts keineswegs auf die zwischen den USA und der EG festgestellten Koordinationsprobleme beschränken. Als weitere Grundprobleme sind ein grundsätzlicher Konflikt zwischen dem Auswirkungsprinzip zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs nationaler Kartellrechte und der Internationalität der Märkte sowie Grenzen der Durchsetzungsfähigkeit des Kartellrechts in den Entwicklungsländern zu nennen.

Die Begrenzung der Anwendbarkeit des nationalen oder supranationalen Kartellrechts führt zu Lücken in Bezug auf den Schutz des Wettbewerbs auf grenzüberschreitenden Märkten.[81] Das jeweilige Kartellrecht kommt nicht zur Anwendung, wenn lediglich der Wettbewerb auf ausländischen Märkten beschränkt wird. Nicht erfasst werden damit Ausfuhrkartelle und andere sich nicht im Inland auswirkende Beschränkungen, die von inländischen Unternehmen veranlasst werden.[82] Möglich wird ein *targeting* der Märkte in Staaten, in denen kein wirksames Kartellrecht besteht oder keine wirksame Durchsetzung möglich ist.[83] Gerade Ent-

---

[81] Insgesamt sehr instruktiv zu diesen *„gaps“ Fox* (Fußn. 26), Virginia J. Int'l Law 43 (2003), 911. Dagegen bestreitet *Möschel,* Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, WuW 2005, 599, 604, die Existenz solcher Lücken. Sein Argument beruht darauf, dass jeder Staat auf Grund des Auswirkungsprinzip selbst in der Lage sei, seinen Markt zu schützen.

[82] Gegen die Legitimität einer solchen „outbound restraint exemption“ *Fox* (Fußn. 26), Virginia J. Int'l L. 43 (2003), 911, 920.

[83] So auch *Fox* (Fußn. 26), Virginia J. Int'l L. 43 (2003), 911, 916 f.; *Jenny,* Globalization, Competition and Trade Policy: Convergence, Divergence and Cooperation, in: *Jones / Matsushita* (Hrsg.), Competition Policy in the Global Trading System, 2002, S. 295, 306.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wicklungsländer werden so zu willkommenen Opfern internationaler Kartelle. Dass ein solches *targeting* auch tatsächlich stattfindet, lässt sich kaum bestreiten. So wird von US-amerikanischen Kartellamtsvertretern berichtet, dass in jüngerer Zeit Kartellanten aus Angst vor strafrechtlicher Verfolgung in den USA den an sich sehr lukrativen US-amerikanischen Markt von der Kartellierung bewusst ausnehmen.[84] So führt die Verstärkung der Kartellrechtsdurchsetzung in den USA im Zusammenspiel mit dem Auswirkungsprinzip zu einer faktischen und ganz und gar ungewollten Schwächung des internationalen Wettbewerbs. Schließlich ist die Beschränkung der Zulässigkeit von Privatklagen in den USA als Folge der *Empagran*-Entscheidung[85] nicht unproblematisch. Können nur Schäden, die in einigen Staaten entstanden sind, effektiv eingeklagt werden, besteht die Gefahr einer nur unzureichenden Sanktionierung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen. Internationale Kartelle können trotz ihrer Entdeckung rentabel bleiben.

Vor allem die Wettbewerbsbehörden in den Entwicklungsländern sind nur unzureichend in der Lage, ihr Recht auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung zu bringen. Dies liegt nicht nur an mangelnder Erfahrung und unzureichenden Ressourcen. Vor allem stoßen diese Behörden auf das Problem, bei vermuteten Wettbewerbsbeschränkungen von im Ausland niedergelassenen Unternehmen kaum ermitteln zu können. Schließlich leiden Entwicklungsländer im Verhältnis zu großen multinationalen Unternehmen unter einem Machtungleichgewicht, das ebenfalls strukturell bedingt ist. Während solche Unternehmen durchaus in der Lage sein können, auf Geschäftstätigkeit in einzelnen Staaten zu verzichten, sind die Volkswirtschaften von Entwicklungsländern sehr viel eher als entwickelte Staaten von solchen Unternehmen ökonomisch abhängig.

III. „Zweite Stufe“: Instrumente

Für die zukünftige Gestaltung einer internationalen Wettbewerbspolitik lässt sich grundsätzlich an unterschiedliche Ansätze denken. Die bisherigen Erörterungen begründen die Ablehnung des handelspolitischen Ansatzes sowie des Koordinationsansatzes. Zu bevorzugen ist ein „konstitutioneller“ Ansatz.

Nach dem handelspolitischen Ansatz ginge es alleine um Absicherung des im Rahmen der WTO zwischen Staaten vereinbarten Maßes an Marktöffnung gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen. Der Koordinationsansatz führt lediglich zu einer Abstimmung der nationalen Wettbewerbsordnungen, soweit dies erforderlich ist, um sich widersprechende Entscheidungen nationaler und supranationaler Wettbewerbsbehörden auszuschließen. Nach diesen beiden, hier abzulehnenden Ansätzen wäre eine inhaltliche Angleichung nicht nur der kartellrecht-

[84] So nach *Scott Hammond,* U.S. Department of Justice, berichtet bei *Drexl / Schröder* (Fußn. 29), S. 8.

[85] Oben Fußn. 52.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lichen Vorschriften, sondern auch der praktischen Wettbewerbspolitik erforderlich. Trotzdem bietet keiner der beiden Ansätze eine Lösung der oben identifizierten Probleme.

Anders liegt es beim konstitutionellen Ansatz.[86] Zu fordern wären danach Regeln, die sicherstellen, dass Wettbewerbsbeschränkungen auf grenzüberschreitenden Märkten effektiv verfolgt werden. Eine Angleichung der nationalen Kartellrechte oder gar der Wettbewerbspolitiken erscheint dafür nicht unbedingt erforderlich. Anzuerkennen wäre der Schutz des internationalen Wettbewerbs als gemeinsames Anliegen der Staatengemeinschaft. Als zentrales Instrument zur Verwirklichung dieser Aufgabe auf der Grundlage nationalen Kartellrechts ließe sich an die Einführung eines an die einzelnen Staaten gerichteten Verbots denken, bei der Anwendung eigenen Rechts den Wettbewerb auf Auslandsmärkten weniger zu schützen als auf dem Inlandsmarkt.[87] Schutzgut nach dem konstitutionellen Ansatz wäre also nicht der freie Zugang von Unternehmen zu ausländischen Märkten, sondern der Schutz des Wettbewerbs auf grenzüberschreitenden Märkten.[88]

IV. „Dritte Stufe“: Mögliche Regelungsforen

Als mögliche Regelungsforen lassen sich vor allem die WTO und das ICN diskutieren.

1. WTO

Die Aussichten, den konstitutionellen Ansatz im Rahmen der WTO erfolgreich verwirklichen zu können, erscheinen eher düster. Tatsächlich wäre ein grundsätzliches Umdenken für das bislang auf das Ziel der Marktöffnung fokusierte Welthandelsrecht notwendig. Besonders wenig geeignet erscheint das klassische Instrumentarium des Welthandelsrechts zum Aushandeln von Abkommen. Ausgegangen wird dort von „gegenseitigen Zugeständnissen“ (*mutual concessions*). Dieses handelspolitische Denken in den Kategorien eines *do ut des* passt, soweit es um den Abbau von staatlich veranlassten Barrieren für den Zutritt zu nationalen Märkten geht, aber nicht mehr für den Schutz des Wettbewerbs auf grenzüberschreitenden

---

86 Siehe auch *Podszun* (Fußn. 20), der einen konstitutionellen Ansatz für ein zukünftiges internationales Kartellverfahrensrecht entwickelt.

87 Ausführlicher *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 238 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 450 f.

88 Zur theoretischen Herleitung eines solchen Schutzes des internationalen Wettbewerbs als „Global Public Good“ *Drexl* (Fußn. 3), ZWeR 2004, 191, 221 ff.; *ders.* (Fußn. 3), World Competition 27 (2004), 419, 437 ff.. Ähnlich *Klodt* (Fußn. 7), S. 76, der die Freiheit der Unternehmen, auf Weltmärkten miteinander in Wettbewerb zu treten, ebenfalls als öffentliches Gut einstuft.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Märkten in Zeiten der Globalisierung. Die Staaten sollten vielmehr ihr gemeinsames Interesse am Schutz auf internationalen Märkten erkennen. Ob ein solches Umdenken im Rahmen der von Handelsdiplomaten verwalteten WTO gelingen kann, erscheint zweifelhaft.

Andererseits bildet die WTO die heutige Rahmenordnung für internationale Märkte. Sollte der konstitutionelle Ansatz im Rahmen der WTO durchgesetzt werden können, könnte sich das WTO-Kartellrecht zum Motor einer wettbewerbsorientierten Reform verschiedenster Bereiche des Welthandelsrechts entwickeln.

Ambivalent bliebe die Anwendbarkeit des WTO-Streitbeilegungsverfahrens auf ein dem konstitutionellen Ansatz verpflichtetes WTO-Kartellrecht. Einerseits spricht nichts gegen die Nutzung des Streitbeilegungsverfahrens, soweit WTO-Mitglieder völkerrechtliche Verpflichtungen im konstitutionellen System, insbesondere das Verbot der Diskriminierung des Schutzes des internationalen Wettbewerbs, verletzen. Andererseits erscheint eine Koppelung mit anderen Bereichen des WTO-Rechts zum Zwecke der Sanktionierung als unangemessen. Handelt es sich, wie hier vertreten, beim WTO-Kartellrecht nicht mehr um Handelszugeständnisse zwischen Staaten, sondern um die Grundordnung der globalisierten Wirtschaft, darf die Anwendung der Bestimmungen der WTO nicht mehr unter dem Vorbehalt der Einhaltung anderer Bestimmungen des WTO-Rechts stehen.

2. ICN

Im Rahmen des International Competition Networks erscheinen die Erfolgsaussichten der Verwirklichung des konstitutionellen Systems schon deshalb höher, weil die im ICN kooperierenden Wettbewerbsbehörden als bessere Garanten des Schutzes des internationalen Wettbewerbs erscheinen als die im Rahmen der WTO agierenden Handelspolitiker.

Freilich hat die bislang starke Fokusierung des ICN auf Probleme des Kartellrechts im Verhältnis zwischen entwickelten Staaten eine umfassende Problemanalyse unter Einschluss der Lage in den Entwicklungsländern verhindert. Freilich hat die ICN-Jahreskonferenz im Juni 2005 in Bonn Schritte in die richtige Richtung unternommen, indem erstmalig auf einem Panel Vertreter von Behörden aus Transformations- und Entwicklungsländer über ihre Erwartungen an das ICN diskutierten.[89] Die in Seoul im Jahre 2004 eingesetzte Cartels Working Group beschäftigt sich mit jener Form von Wettbewerbsbeschränkungen, die vor allem Verbraucher in Entwicklungsländern schädigt. Für die Zukunft ist es nicht ausgeschlossen, dass sich das ICN auch mit der Kontrolle des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung beschäftigen wird. An diesem Thema haben erneut die Entwicklungsländer ein besonderes Interesse, da sie ihr Recht vor allem auf das

[89] Siehe *Drexl / Schröder* (Fußn. 29), S. 41 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verhalten großer ausländischer Unternehmen in ihrem Staatsgebiet zur Anwendung bringen möchten. Die Ausrichtung der nächsten Jahreskonferenz des ICN in Kapstadt stellt sicher, dass die Entwicklungsländerperspektive nicht wieder verloren geht.

Allerdings verfügt das ICN, das lediglich eine „weiche Konvergenz" der nationalen Rechtsordnungen anstreben kann,[90] nicht über das notwendige Instrumentarium zur Umsetzung des konstitutionellen Systems.

H. Weiteres Vorgehen

Aus dem Gesagten lassen sich Schlussfolgerungen für das weitere Vorgehen in verschiedenen Organisationen, vor allem im Rahmen der WTO und dem ICN, ziehen. Vorgeschlagen wird ein paralleles Vorgehen in den bestehenden Organisationen, die das festgestellte Potential jeder einzelnen Organisationsform optimal nutzt.

I. Weiteres Vorgehen innerhalb der WTO

Kurz- und mittelfristig sollten die Verhandlungen über die Doha Development Agenda als erste Stufe der Reform der WTO unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der Entwicklungsländer zum Abschluss gebracht werden.

Langfristig erschiene – in einer zweiten Reformstufe – der Ausbau der WTO als zentrale Regelungsinstanz zur rechtlichen Ordnung der globalisierten Wirtschaft notwendig. Zu schaffen wäre ein WTO-Kartellrecht im beschriebenen konstitutionellen Sinne als Grundordnung der Weltwirtschaft. Abschied zu nehmen wäre vom bisherigen WTO-Modell der „gegenseitigen Zugeständnisse".

II. Weiteres Vorgehen innerhalb des ICN

Das International Competition Network sollte sich in den nächsten Arbeiten vor allem um die Identifikation und Lösung von Problemen in Bezug auf den effektiven Schutz des Wettbewerbs auf grenzüberschreitenden Märkten bemühen. Die im ICN kooperierenden Wettbewerbsbehörden sind aufgrund ihres Erfahrungsschatzes am besten für die Erfüllung dieser Aufgabe geeignet.

Langfristig kommt ein Ausbau des ICN zu einer Weltwettbewerbsorganisation in Betracht. Im gegenwärtigen Stadium lehnen die Wettbewerbsbehörden die Überführung des ICN in die Rechtsform einer Internationalen Organisation noch ab.

---

90 Dazu oben III. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies ist verständlich und wohl auch richtig, solange man im ICN das Bedürfnis nach Schaffung völkerrechtlich verbindlicher Normen nicht für nötig hält. Die Situation mag sich freilich in dem Maße ändern, in dem die Behörden aus den Entwicklungsländern auf ihre strukturellen Vollzugsdefizite aufmerksam machen und Reaktionen des ICN einfordern. Ein Nachdenken über ein System der multilateralen Kooperation und Koordination sowie über die Behandlung von Exportkartellen und damit über die Regeln des anwendbaren Rechts erschiene in der Folge unausweichlich. Die Evolution des unverbindlichen Netzwerks zu einer Weltwettbewerbsorganisation hätte den besonderen Vorteil, dass die nicht so sehr von nationalstaatlichen Eigeninteressen geleiteten Wettbewerbsbehörden auch im Rahmen der neuen Organisation die Verantwortung für den Schutz des internationalen Wettbewerbs zugewiesen bekämen. Überdies würde eine von den nationalen Behörden getragene, in der Tradition des ICN stehende Organisation auch der Versuchung unnötiger Harmonisierung durch Völkerrecht widerstehen. Die Angleichung der praktischen Wettbewerbspolitik durch Konvergenz von unten scheint allemal erfolgreicher und schneller geeignet, zukünftige Entscheidungskonflikte zu vermeiden, als eine Rechtsangleichung von oben.

Sicherzustellen wäre eine gleichberechtigte Beteiligung und Trägerschaft der nationalen Kartellämter im Rahmen der internationalen Wettbewerbsorganisation. Letzteres erfordert auch ein völkerrechtliches Umdenken, wird doch mit diesem Vorschlag eine Entmachtung der Außen- und Handelsministerien zugunsten der Wettbewerbsbehörden gefordert. Undenkbar erschiene eine solche internationale Wettbewerbsorganisation dennoch nicht. Die Kartellämter erhielten als Träger der internationalen Organisation und Vertreter ihrer nationalen Regierungen das Initiativrecht für die Ausarbeitung von verbindlichen Normen des internationalen Kartellrechts. Es bliebe den einzelnen Staaten überlassen, ob sie den Abkommen auch beitreten wollen.

III. Zukünftige Rolle der UNCTAD

Der UNCTAD kann angesichts ihrer Kenntnisse über die Situation in den Entwicklungsländern eine wichtige, u.U. entscheidende Rolle bei der Identifikation zu lösender Probleme und der anzuwendenden Instrumente übernehmen.

Als zentrales Forum zur Implementierung solcher Instrumente kommt dagegen die UNCTAD als Organisation, die nur über ein Mandat zur Förderung der wirtschaftspolitischen Interessen der Entwicklungsländer verfügt, nicht in Betracht. Dessen ungeachtet sollte die UNCTAD stärker in die Arbeiten der WTO und des ICN einbezogen werden. Sie könnte in beiden Foren als glaubwürdiger Makler der Interessen der Entwicklungsländer auftreten. Zu warnen wäre dagegen vor einer Verschmelzung der UNCTAD mit der WTO. Das Ziel einer verbesserten Wahrung der Entwicklungsländerinteressen wäre damit nicht erreichbar. Wie auch bei unter-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schiedlich starken Unternehmen würde die Fusion auf Dauer nur zum Verschwinden des schwächeren Partners führen.

I. Schlusswort

Die Zukunft einer internationalen Wettbewerbspolitik liegt im Ungewissen. Gewiss sind jedoch das Fortschreiten der Globalisierung der Weltwirtschaft, die zunehmende Abkoppelung der Unternehmen von ihren Herkunftsstaaten durch geographische Streuung der Produktionsstandorte sowie durch internationale Zusammenschlüsse und schließlich das Bestreben der Unternehmen, auch auf den neuen internationalen Märkten den Wettbewerb zu beschränken. Deshalb wird weiterhin über Wege, Ziele und die Instrumente einer internationalen Wettbewerbspolitik diskutiert werden.

Mit dem Scheitern der WTO-Vorschläge der Europäischen Gemeinschaft ist eine Denkpause eingekehrt, während sich das International Competition Network immer mehr zu dem maßgeblichen multilateralen Forum der Wettbewerbspolitik entwickelt. Der vorgelegte Beitrag hat bewusst auf eine vertiefte Analyse zu regelnder Probleme und eine umfassende Darstellung von Vorschlägen für ein internationales Kartellrecht verzichtet. Wichtiger erschien es, den Beteiligten Anregungen für ihr weiteres Vorgehen zu geben.

Die Staaten sollten sich über ihre eigenen Interessen in Bezug auf eine internationale Wettbewerbspolitik bewusst werden und diese in transparenter Weise im Rahmen möglicher Verhandlungen aktiv vertreten. Dies gelingt durch das vorgeschlagene dreistufige Vorgehen, das den Blick vorrangig auf die Identifikation von Problemen der internationalen Wettbewerbspolitik und die Entwicklung adäquater Lösungen richtet. Beseitigt werden soll so der unglückliche Fokus der Diskussion auf die Frage des adäquaten Regelungsforums und der emotional aufgeladenen Ablehnung einer WTO-Lösung durch die Entwicklungsländer.

Als zukünftiges Forum einer internationalen Wettbewerbspolitik kommen gegenwärtig die WTO und das ICN in Betracht. Für die WTO spricht weiterhin die Verbindung zu anderen Regelungsbereichen des Welthandelsrechts die zahlreiche Bezüge zur Wettbewerbspolitik aufweisen oder auch gerade einer wettbewerbspolitischen Reform bedürften. Das größere Potenzial steckt gegenwärtig jedoch in dem von den Wettbewerbsbehörden getragenen ICN, dessen Ergebnisse sich unmittelbar im Wege der „weichen Konvergenz“ in die nationale Wettbewerbspolitik übertragen lassen. Es wird wesentlich von der Identifikation der zu lösenden Probleme abhängen, ob die bisherigen Instrumente des ICN zur Problemlösung ausreichen. In einem ersten Schritt ist das ICN bestens geeignet, zu dieser Problemidentifikation beizutragen. Es sollte dabei auch ganz besonders auf die strukturellen Probleme der Kartellrechtsdurchsetzung in Entwicklungsländern Rücksicht nehmen. Sofern danach völkerrechtlich verbindliche Normen erforderlich würden,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

müsste sich das ICN entweder selbst reformieren, sich vielleicht sogar zu einer internationalen Wettbewerbsorganisation wandeln, oder mit der geleisteten Vorarbeit den Ball wieder der WTO oder einem anderen, noch zu schaffenden Regelungsforum zuspielen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das International Competition Network als Ansatz einer internationalen Wettbewerbspolitik

Von *Ulf Böge*, Bonn

A. Vorbemerkungen

1. Lassen Sie mich ein paar Vorbemerkungen machen, bevor ich mich der eigentlichen Themenstellung zuwende. Wettbewerbspolitik hat in Deutschland heutzutage keine Hochkonjunktur. Weltweit sieht das ganz anders aus, vor allem in den nach vorne strebenden Ländern, wie insbesondere China, die sich von einem marktwirtschaftlich orientierten System mehr Wohlstand versprechen. Hierzulande aber scheinen Politik und offenbar auch viele Unternehmen den Marktkräften weniger zuzutrauen als der Regulierung. Dabei verstoßen vor allem die Unternehmen mit solchen Forderungen gegen das eigene mittel- und längerfristige Interesse.

Die Energiewirtschaft liefert ein beredtes Beispiel: Mangelnde Kompromissfähigkeit bei den Verhandlungen wettbewerbskonformer Verbändevereinbarungen und eine über die Politik durchgesetzte Konzentration haben eine Regulierungsspirale in Gang gesetzt.

Dazu stellte der Vorstandsvorsitzende von RWE, Herr Roels, Mitte Februar d.J. auf einer Kartellrechtstagung in Innsbruck fest:

> „Nachdem es mit der Marktliberalisierung vor einigen Jahren gar nicht schnell genug gehen konnte, gibt es inzwischen klare Indizien dafür, dass die Politik eine Gegenbewegung eingeleitet hat, die uns wieder vom Wettbewerb entfernt.
>
> Die wachsende politische Reglementierung insbesondere des deutschen Strommarktes führt zu erheblichen Nachteilen im internationalen Wettbewerb – und zwar nicht nur für die Stromversorger selbst, sondern auch und insbesondere für die deutsche Industrie.
>
> Statt die Reglementierungsschraube weiter anzuziehen, brauchen wir einen Abbau von Marktinterventionismus.“

Vielleicht gibt es ja doch noch Hoffnung, diese Entwicklung wieder zugunsten des Wettbewerbsprinzips zu verändern. Vielleicht trägt die Globalisierung und der von ihr ausgehende Wettbewerbsdruck dazu bei.

Die internationale Wettbewerbspolitik sendet jedenfalls deutliche Signale für die Notwendigkeit, in eine neue Dimension von Multilateralität vorzustoßen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Ich begrüße es daher sehr, dass die Arbeitsgruppe Wettbewerb des wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik sich in einer zweitägigen Sitzung ausschließlich mit diesem Thema beschäftigt. Der Bitte, Ihnen heute das International Competition Network, kurz *ICN*, vorzustellen, komme ich außerordentlich gerne nach.

In Kurzfassung lässt sich sagen: Das ICN hat sich seit seiner Gründung vor knapp vier Jahren zu *dem* internationalen Forum für eine ergebnisorientierte, informelle Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden entwickelt.

Aus deutscher Sicht ist dabei erfreulich, dass wir sowohl durch den Vorsitz des ICN als auch durch intensive Mitarbeit in den einzelnen Arbeitsgruppen wesentlichen Anteil an der Entwicklung dieser „Organisation" nehmen können.

Daneben können wir die Beziehungen zu anderen Wettbewerbsbehörden auch auf Arbeitsebene ständig verbessern. Und nicht zuletzt hilft uns der internationale Vergleich im ICN dazu, unsere eigenen Ansichten zu reflektieren und gegebenenfalls im Sinne der internationalen Konvergenz des Kartellrechts zu überdenken.

3. Ich möchte meinen heutigen Vortrag in fünf Teile gliedern.

– Zunächst werde ich auf die Triebfedern der internationalen Zusammenarbeit eingehen und damit die Frage beantworten: Warum ist diese Zusammenarbeit in zunehmendem Maße notwendig?
– Dann werde ich kurz verschiedene Wege zur Internationalisierung der Wettbewerbspolitik aufzeigen. Mein Ziel ist dabei, den grundlegenden Ansatz von ICN im Vergleich zu anderen denkbaren Wegen zu verdeutlichen.
– Als drittes werde ich kurz auf die Entstehungsgeschichte von ICN sowie die Unterscheidungsmerkmale von ICN gegenüber anderen Foren eingehen.
– Den wichtigsten Teil bildet dann eine Darstellung des bisher im ICN Erreichten.
– Schließlich möchte ich noch einen Ausblick auf die weitere Entwicklung des ICN geben.

B. Zur Notwendigkeit einer internationalen Zusammenarbeit in der Wettbewerbspolitik

1. Die weltweite Öffnung der Märkte, oft kurz als Globalisierung bezeichnet, ist eine große Chance für eine weltweite Wohlfahrtssteigerung. Chancen bergen immer zugleich Risiken. Das gilt auch für das Wettbewerbsprinzip. Denn mit der Marktöffnung einher entwickelten sich zusehends grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen. Ich erinnere nur beispielhaft an das weltumspannende Vitaminkartell. Daraus resultiert die Notwendigkeit zur internationalen Zusammenarbeit auf politischer Ebene, aber vor allem zu einer praktischen Zusammenarbeit der vorwiegend national ausgerichteten Wettbewerbsbehörden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Ich möchte diese generellen Feststellungen etwas strukturieren.

Wir können grundsätzlich vier Fallgruppen grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen unterscheiden, wobei Einzelfälle durchaus Merkmale mehrerer Kategorien aufweisen können.

a) Zum *ersten* bedarf es einer vertieften Kooperation der Wettbewerbsbehörden, wenn Vorgänge und Verhaltensweisen von Unternehmen aufgrund ihrer internationalen Auswirkung von *mehreren Rechtsordnungen* erfasst werden. Dazu zählen insbesondere internationale Kartelle, supranationaler Missbrauch von Marktmacht und unter bestimmten Bedingungen größere Fusionen.

In den letzten Jahren wurden vermehrt international agierende Kartelle wie z. B. das Graphitelektrodenkartell oder das erst kürzlich bekannt gewordene Arbeitsspeicherkartell aufgedeckt, also nicht nur das Vitamin-Kartell.

Auch Fusionen fallen immer häufiger unter die Kontrollpflicht mehrerer Rechtsordnungen.

Inwieweit kann hier die Kooperation den Wettbewerbsbehörden helfen?

Zum einen hat sich in der Praxis gezeigt, dass international agierende Kartelle oft ihre Treffen und Steuerungsgremien in Staaten verlegen, die allenfalls geringe Sanktionen gegen Kartellverstöße vorsehen. Für eine effektive Verfolgung müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden daher vom jeweiligen Ausland über die dortigen Wettbewerbsbehörden effektive Rechtshilfe erhalten können.

Was vor einem Jahr noch erhebliche Rechtsfragen aufgeworfen hätte, ist seit Mai 2004 mit der VO 1 / 2003 *in der EU* kein Problem mehr. Hierzu möchte ich Ihnen ein Beispiel geben:

Im vergangenen Jahr ist das Bundeskartellamt mit einer Durchsuchungsaktion dem Verdacht nachgegangen, dass sich Papierhersteller beim Einkauf von *Altpapier* abgesprochen haben, um die Einkaufspreise zu drücken. Das Altpapier-Angebot stammt vorwiegend aus Deutschland. Die unter Abspracheverdacht stehenden Nachfrager haben ihren Sitz jedoch zum Teil im europäischen Ausland. Die Durchsuchungen des Bundeskartellamtes in Deutschland erstreckten sich auf neun Objekte. Die Ermittlungen des Amtes wurden durch zeitgleiche Ermittlungen der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde unterstützt. Die Europäische Kommission hat ebenfalls gleichzeitig in mehreren europäischen Staaten Nachprüfungen durchgeführt.

Das außerhalb Deutschlands sichergestellte Beweismaterial kann – soweit es das deutsche Verfahren betrifft – auf Basis der seit Mai 2004 geltenden europäischen Kartellverfahrensverordnung (VO 1 / 2003) zur Auswertung an das Bundeskartellamt weitergeleitet werden. Ohne diese Befugnisse hätten wir, wenn überhaupt, die beweisrelevanten Dokumente aus dem Ausland nur mit ungleich höherem Aufwand erlangen können. Möglicherweise hätte das Bundeskartellamt sogar aus ver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fahrensökonomischen Gründen auf eine Verfolgung solcher Absprachen verzichten müssen.

Die Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Bekämpfung von Kartellen in der EU werden also durch die VO 1 / 2003 deutlich gestärkt. Kartellanten sollten also gewarnt sein.

Zum anderen sollten – wie besonders an der Fusionskontrolle deutlich wird – international abweichende Entscheidungen der Behörden und sich in ihrer Wirkung duplizierende oder sogar widersprechende Auflagen und damit verbundene Kosten so weit wie möglich vermieden werden. Auch dies möchte ich an einem Fallbeispiel illustrieren, das sogar über den EU-Raum hinausreicht:

Vor einigen Monaten hat das Bundeskartellamt den Erwerb des Unternehmens *InVision* durch *General Electric* in enger Kooperation mit der US-amerikanischen Federal Trade Commission geprüft. Dieser Fall warf wettbewerbliche Probleme im Bereich Röntgengeräte zur zerstörungsfreien Prüfung auf. Diese Geräte werden eingesetzt, um Materialdefekte in verschiedensten Produkten zu erkennen, ohne das zu untersuchende Produkt zu zerstören oder in seiner Qualität zu beeinträchtigen.

Das Bundeskartellamt konnte das Vorhaben nur mit der Auflage freigegeben, die in diesem Bereich tätigen Tochterunternehmen von *InVision* zu veräußern. Auch im amerikanischen Fusionskontrollverfahren hatten die Parteien eine Weiterveräußerung der entsprechenden InVision-Töchter angeboten. Das Bundeskartellamt und die FTC hatten in enger Zusammenarbeit die Auflageninhalte, den Fristenlauf und die Auswahl eines Sicherungstreuhänders zur Überwachung der Auflagenumsetzung abgestimmt. Damit konnte dem Interesse der Unternehmen an in den USA und in Deutschland einheitlichen Auflagen, Fristen und Überwachungsinstrumenten sehr weitgehend Rechnung getragen werden.

b) Die *zweite* Fallgruppe betrifft grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen, die an der Schnittstelle von Handels- und Wettbewerbspolitik angesiedelt sind. Solche Beschränkungen sind letztlich aber nur zu praktizieren, wenn im „Verursacherstaat“ das Verhalten zumindest geduldet oder politisch sogar gedeckt wird.

Im Gegensatz zu Parallelverfahren werden diese Fälle nicht von mehreren Rechtsordnungen, sondern manchmal weder vom „verursachenden“ Staat noch vom betroffenen Staat wirkungsvoll erfasst. Diese Wettbewerbsbeschränkungen können einerseits zu einer Marktzugangsschranke für ausländische Wettbewerber zum inländischen Markt führen. Dazu zählen vor allem bestimmte Formen vertikaler Marktzugangsbeschränkungen oder auch (Staats)monopole. Besonderes Merkmal solcher Verhaltensweisen ist, dass durch die Zugangsschranken für ausländische Konkurrenz regelmäßig der Wettbewerb im Inland behindert wird und nicht derjenige im Ausland. Oftmals erfolgt jedoch kein Eingreifen von Seiten des „Verursacherstaates“, da die Beschränkung im Sinne eines versteckten Protektionismus

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gewollt ist. Oder aber der Sachverhalt wird im „Verursacherstaat“ günstiger bewertet als im betroffenen Land.

Andererseits können private Wettbewerbsbeschränkungen im Inland verursacht werden und hohe Wohlfahrtsverluste im Ausland bewirken. Dazu gehören z. B. Exportkartelle und bestimmte Formen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Da Wettbewerbsbeschränkungen dieser Gruppe weitestgehend zu Lasten des Auslandes erfolgen, greift die Wettbewerbsbehörde im „Verursacherstaat“ unter Umständen nicht ein bzw. hat dafür keine Handhabe wie bei gesetzlich zulässigen Exportkartellen. Der Zugriff der ausländischen Behörde kann dagegen begrenzt sein auf ausschließlich im Ausland verursachte Wettbewerbsbeschränkungen.

c) Die *dritte* Fallgruppe von grenzüberschreitenden Wettbewerbsbeschränkungen betrifft *staatliche Maßnahmen*, die den Wettbewerb beeinträchtigen bzw. verzerren. Zum Teil betreffen diese gleichermaßen inländische wie ausländische Unternehmen, wie z. B. Ausnahmebereiche vom Kartellrecht.

Andere staatliche Wettbewerbsbeschränkungen zielen im Wesentlichen auf eine Behinderung der ausländischen Konkurrenz ab, wie z. B. die Einführung besonderer nationaler technischer Standards, die Förderung sogenannter „nationaler Champions“ oder die Subventionierung inländischer Industrien. Ein erhebliches Problem nicht nur für EU-Beitrittsländer.

Auch eine Bevorzugung energieintensiver Industrien bei der Erhebung von Netznutzungsentgelten beim Bezug von Strom oder Gas gehört in diese Fallgruppe.

d) Der extremste Fall, der sich nur im Ausland auswirkt – und das wäre die vierte Fallgruppe –, sind *Kartelle von Staaten***,** wie z. B. das OPEC-Kartell.

Während in der ersten Fallgruppe positive Ergebnisse einer engeren Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden erwartet werden können, nehmen die unmittelbaren Aktionsmöglichkeiten nationaler Wettbewerbsbehörden auf Einzelfallebene von der zweiten Fallgruppe hin zur dritten Fallgruppe ab. Deshalb wird das öffentliche aktive Eintreten, das Werben für das Wettbewerbsprinzip – das sog. *Competition Advocacy* – um so wichtiger, je stärker wir uns von der Fallgruppe 1 hin zur Fallgruppe 3 bewegen.

In der vierten Fallgruppe schließlich würde sich jede Wettbewerbsbehörde, ob einzeln oder im Verbund, überheben. D. h. mit anderen Worten: Die umfassende Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips geht hier nicht ohne politisches Handeln.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Wege zur Internationalisierung der Wettbewerbspolitik

1. Diesen internationalen Handlungsbedarf erkannten bereits 1947 die Väter der später nicht verabschiedeten *Havanna-Charta*. Sie enthielt neben den handelspolitischen Bestimmungen (die späteren *GATT-Abkommen*) auch internationale Regelungen zur Wettbewerbspolitik, insbesondere zur Bekämpfung von Monopolen.

Von Seiten der *OECD*, innerhalb derer sich das „Competition Committee" mit Fragen der Wettbewerbspolitik beschäftigt, wurde das Thema im Jahre 1967 zum ersten Mal durch eine an die OECD-Mitgliedstaaten und deren Kartellbehörden gerichtete Empfehlung zur Zusammenarbeit aufgenommen. Sie wurde in den Folgejahren ergänzt bzw. modifiziert.

Auch die *UNCTAD* wurde auf diesem Gebiet tätig. Sie entwarf den sog. „Restrictive-Business-Practices-Codex", in dem die Mitglieder unverbindlich zur Einführung nationalen Wettbewerbsrechts aufgerufen wurden. Der Kodex wurde 1980 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet.

1996 schuf die WTO-Ministerkonferenz in Singapur die Arbeitsgruppe Handel und Wettbewerb.

Flankiert wurden alle diese Bemühungen durch zahlreiche bilaterale und regionale Abkommen zwischen verschiedenen Ländern.

2. Grundsätzlich kann man *zwei verschiedene Wege* der internationalen Zusammenarbeit einschlagen. Sie unterscheiden sich vor allem durch den Grad an Verbindlichkeit der Kooperation oder Koordination.

a) Der eine Weg zielt auf ein umfassendes internationales Kartellrecht, dessen Regelwerk primär durch ein Weltkartellamt durchzusetzen wäre. Diese Vorstellung stellt sozusagen eine „harte" Harmonisierung von oben nach unten ("*top down*") dar. Ich halte diesen Weg weder für gangbar noch für wünschenswert.

b) Der *„bottom up"-Ansatz* schlägt den umgekehrten Weg ein. Statt einer Harmonisierung von oben, zielt er auf eine Entwicklung hin zu mehr Konvergenz im Wege gegenseitiger Verständigung. Diskussionen und Kooperationen der Wettbewerbsbehörden sollen in mehr Konvergenz münden. Unterschiedliche Bestimmungen sollen schrittweise unter Berücksichtigung des tatsächlich Notwendigen sowie des wirtschaftlich, politisch oder rechtlich Machbaren angeglichen werden. Beispiele für einen Bottom-Up-Ansatz sind die Zusammenarbeit im Rahmen der OECD und auch des ICN.

c) Aus den skizzierten Ansätzen können sich aber verschiedene Mischformen entwickeln. So können zum Beispiel gemeinsame Grundsätze zunächst unverbindlich und in einem späteren Schritt verbindlich festgelegt werden. Die Zusammenarbeit im Rahmen des „European Competition Network" (*ECN*) sowie mögliche

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vereinbarungen im Rahmen der WTO sind durchaus als Beispiele für Mischformen der beiden Ansätze zu bewerten.

Nun detaillierter zum ICN.

D. ICN – Entstehungsgeschichte und besondere Merkmale

1. Das ICN geht auf den Anfang 2000 vorgelegten Bericht einer 1997 eingesetzten US-amerikanischen Expertengruppe, des sog. „International Competition Policy Advisory Committee (*ICPAC*)“ zurück. Anlass war, dass die Arbeiten in der WTO aus amerikanischer Sicht in die falsche Richtung zu laufen drohten, es aber nach Meinung der Initiatoren identifizierbare und gravierende Probleme in der internationalen Wettbewerbspolitik gab. Gesehen wurden diese vor allem in den ersten beiden eingangs beschriebenen Fallgruppen. Vorgeschlagen wurde in dem Bericht ein in erster Linie dem weltweiten Gedankenaustausch dienendes Forum für Staaten mit geltender oder geplanter Wettbewerbsgesetzgebung über praxisnahe, projektbezogene Wettbewerbsfragen. Der Arbeitstitel hieß „Global Competition Initiative“.

Private Organisationen und natürliche Personen sollten Zugang haben. Die Kooperation der Behörden und eine Konvergenz in Wettbewerbsfragen sollte zwanglos über den Austausch von Informationen und Erfahrungen gefördert werden. Man ging auch davon aus, dass es zur Formulierung von „best practices“ oder Empfehlungen kommen könnte und das Forum zu einem späteren Zeitpunkt als Basis zur Koordinierung und Verbesserung der technischen Unterstützung von Staaten dienen könnte, die dabei sind, sich eine Wettbewerbsordnung zu geben.

Die Empfehlungen des ICPAC-Reports wurden international intensiv diskutiert. Schon bald zeichnete sich ein Konsens ab, der sich – mit einigen Modifikationen – weitgehend an den ICPAC-Vorschlägen orientierte. Im Frühjahr 2001 und am Rande der IKK in Berlin kam es zu ersten Verständigungen. Im Oktober 2001 wurde das ICN von den Vorsitzenden der Wettbewerbsbehörden von Australien, Deutschland, EU, Frankreich, Großbritannien, Israel, Italien, Japan, Kanada, Korea, Mexiko, Sambia, Südafrika und den USA gegründet.

Dabei war eine primäre Zielsetzung unbestritten: die aktive Einbeziehung gerade junger Wettbewerbsbehörden vor allem aus Entwicklungsländern.

2. Im Unterschied zu anderen internationalen Foren sind bei ICN die einzelnen Wettbewerbsbehörden Mitglieder, nicht die jeweiligen Staaten. Zur Zeit umfasst das ICN bereits 89 Wettbewerbsbehörden aus 79 Ländern.

Der Netzwerkgedanke kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass ICN über keine eigenen Mitarbeiter verfügt. Das kanadische Competition Bureau nimmt allerdings in einigen zentralen Koordinierungsfragen eine sekretariatsähnliche Funktion wahr. Die Jahreskonferenzen und Workshops werden durch die Mitglieder an

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wechselnden Orten ausgerichtet. Die jeweiligen Arbeitsgruppen organisieren sich in Eigenregie. Das ICN ist sozusagen eine „virtuelle Organisation“.

Eine weitere Besonderheit ist die direkte Einbindung von Non-Governmental Advisors (*NGAs*), d. h. Rechtsanwälten, Wissenschaftlern und Nichtregulierungs-Organisationen (NGOs), die in den einzelnen Arbeitsgruppen aktiv mitarbeiten. In diesem Zusammenhang ist es mir eine besondere Freude, Ihnen mitzuteilen, dass – Herr Professor Drexl – die Aufgabe eines Berichterstatters der 4. ICN Jahreskonferenz vom 6. bis 8. Juni in Bonn übernommen hat.

Kennzeichnend für ICN ist die gleichberechtigte Teilnahme der Entwicklungs- und Transformationsländer. Das besondere Bemühen um die Einbindung der Entwicklungsländer trägt einerseits dem Umstand Rechnung, dass letztlich die Vorteile der Globalisierung nur bei einer weltweiten Umsetzung des Wettbewerbsprinzips voll genutzt werden können. Andererseits bietet ICN gerade den Ländern, die sich in den letzten Jahren zu einem an der Marktwirtschaft orientierten Gesellschaftssystem entschlossen haben, die Gelegenheit, in der Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips zu den Industrieländern schneller aufzuschließen. Obwohl einige Entwicklungsländer als Mitglieder und z.T. auch als Vorsitzende in den einzelnen Gruppen vertreten sind, kann von einer umfassenden aktiven Mitwirkung und Mitgestaltung noch keine Rede sein.

E. Bilanz des ICN von 2001 – 2004

1. Die inhaltliche Arbeit des ICN wird zur Zeit von *vier Arbeitsgruppen* geleistet. Jede dieser Arbeitsgruppen besteht aus einer Reihe von Unterarbeitsgruppen.

Arbeitsgruppen	**Unterarbeitsgruppen**
Mergers	– Notification Procedures – Analytical Framework – Investigative Techniques
Competition Policy Implementation	– Technical Assistance – Interrelations with Consumers – Advocacy
Antitrust Enforcement in Regulated Sectors	– Enforcement Experience – Interrelations with Regulators
Cartels	– General Framework – Enforcement

Nach Gründung des ICN lag der Schwerpunkt zunächst auf den Arbeitsgruppen zur Fusionskontrolle, der sog. „Mergers Working Group“, sowie zur praktischen Umsetzung des Kartellrechts, der sog. „Competition Policy Implementation Working Group“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Seit der 2. Jahreskonferenz in Mexiko (Mérida) 2003 besteht die Arbeitsgruppe „Antitrust Enforcement in Regulated Sectors“. Ein weiterer Meilenstein wurde mit der Arbeitsgruppe *Kartellbekämpfung*, die in Korea (Seoul) 2004 ins Leben gerufen wurde, erreicht. Diese Arbeitsgruppe wird auf der 4. Jahreskonferenz in Bonn im Juni 2005 ihre ersten Arbeitsergebnisse vorstellen.

Die hier dargestellte Arbeitsgruppenstruktur ist lediglich eine aktuelle Momentaufnahme. Das ICN versteht sich als ergebnisorientiertes und projektbezogenes Netzwerk. D. h.: Die jeweiligen Arbeitsgruppen lösen sich nach Abschluss einzelner Projekte auf oder bearbeiten neue Fragen.

2. Ich möchte Ihnen nun einen kurzen Überblick über einige der in den letzten drei Jahren von den Arbeitsgruppen bearbeiteten Themen geben. Damit möchte ich gleichzeitig die Breite und Tiefe der ICN-Arbeit illustrieren.

Erlauben Sie mir jedoch vorab einige alle Arbeitsgruppen angehende Beobachtungen:

– Sowohl Intensität als auch Qualität der inhaltlichen Arbeit des ICN haben stetig zugenommen, und inzwischen sind sehr beachtliche Erfolge erreicht.

Die Arbeitsergebnisse, die jeweils in den Jahreskonferenzen in Neapel (2002), Mérida (2003) und Seoul (2004) vorgestellt, diskutiert und verabschiedet wurden, kann ich Ihnen natürlich nur ausschnittsweise darstellen. Die folgende Übersicht ist also eher als Beispielskatalog denn als Ergebnisbilanz zu verstehen.

– Die einzelnen Arbeitsergebnisse reichen von Empfehlungen – sogenannte „Recommended Practices“ – über Studien, Leitfäden und Praxishandbücher bis hin zu verschiedenen Workshops.

Alle Arbeitsergebnisse werden auf der ICN-Webseite veröffentlicht und sind frei zugänglich. Die verschiedenen Zielgruppen, insbesondere auch die jüngeren Wettbewerbsbehörden, können dadurch die Arbeitsergebnisse direkt für ihre eigene Arbeit verwerten.

Arbeitsergebnisse		
Mergers WG	**CP Implementation WG**	**AERS WG**
11 Recommended Practices 2 Investigative Techniques Workshops Merger Templates Investigative Techniques Handbook Comparative Study on Merger Guidelines	Advocacy Report Toolkit for Effective Advocacy Workshop Cooperation With Donor Bodies Report on Success Stories of Advocacy in Regulated Sectors Inventory of Technical Assistance	Report on Interrelations Between Antitrust and Regulatory Authorities Report on Limits and Constraints Facing Antitrust Authorities Intervening in Regulated Sectors Study on Enforcement Experience in Regulated Sectors

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Zunächst zu einigen Beispielen aus der *Mergers* Working Group:

– Die elf „Recommended Practices for Merger Notification Procedures“ sind ehrgeizige Standards für Fusionskontrollverfahren. Sie dienen inzwischen vielen Ländern als Vorbild für Gesetzesanpassungen oder zur Verbesserung der Verwaltungspraxis.

– Zwei „Investigative Techniques Workshops“ wurden im November 2002 in Washington und zuletzt im Oktober 2004 in Brüssel mit über 120 Teilnehmern aus mehr als 50 Ländern abgehalten. In diesen Workshops wurden anhand von Fallbeispielen die Ermittlungen in Fusionsfällen simuliert.

– Auf der ICN-Webseite sind sogenannte „Merger Templates“ von derzeit bereits 58 Rechtsordnungen eingestellt. Die Templates geben einen Überblick, ob, wann und wie Fusionen in dem betroffenen Land angemeldet werden müssen. Die ICN-Mitglieder aktualisieren diese laufend. Die Templates dienen Unternehmen und Rechtsanwälten zur schnellen und einfachen Beurteilung der Anmeldepflichten bei internationalen Fusionen in den jeweiligen Ländern.

– Das „Investigative Techniques Handbook“ dient vielen Wettbewerbsbehörden als Leitfaden für Ermittlungen in der Fusionskontrolle.

– Eine umfassende Vergleichsstudie über die Auslegungsgrundsätze in der Fusionskontrolle in zwölf verschiedenen Rechtsordnungen analysiert die heute bestehenden Unterschiede in der materiellen Bewertung von Fusionen. Im einzelnen werden die Aspekte Marktabgrenzung, unilaterale und koordinierte Effekte, Markteintrittsbarrieren und Effizienzen näher beleuchtet.

4. Auch die *„Competition Policy Implementation Working Group„* bzw. ihre Vorgängerarbeitsgruppen – „Advocacy Working Group“ und „Capacity Building and Competition Policy Implementation“ – haben sehr wertvolle Arbeitsergebnisse erreicht:

– Mit einem umfassenden „Advocacy Report“ wurde ein konzeptionelles Advocacy Framework erarbeitet. Der Report enthält darüber hinaus empirische Grundlagen über die Advocacy Arbeit der Wettbewerbsbehörden.

– Das „Toolkit for Effective Advocacy“ gibt Wettbewerbsbehörden umfangreiche Hinweise für ihre Advocacy-Arbeit. Diese reichen von der Zusammenarbeit mit anderen staatlichen Institutionen bis hin zur allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit.

– Im Februar 2004 wurde in Paris ein Workshop über die Stärkung der Zusammenarbeit mit Geberorganisationen gehalten. An diesem Workshop nahmen 65 Teilnehmer sowohl von Wettbewerbsbehörden als auch von Geberorganisationen teil.

– Eine Studie über Erfolgsbeispiele von Competition Advocacy in regulierten Sektoren mit besonderem Fokus auf Entwicklungs- und Transformationsländern wertet Antworten von über dreißig befragten Ländern mit neun konkreten Erfolgsfällen aus.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– Das „Inventory of Technical Assistance Program“ stellt für Wettbewerbsbehörden und Geberorganisationen einen wertvollen Überblick über die Vielzahl der Programme in der wettbewerbspolitischen Entwicklungszusammenarbeit bereit.

5. Die Arbeitsgruppe *„Antitrust Enforcement in Regulated Sectors„* befasst sich mit den schwierigen Fragen der Schnittstelle von Wettbewerbsrecht und Regulierung. Auch hier einige Beispiele der Arbeitsergebnisse:

– Die Studie über „Interrelations between Antitrust and Regulatory Authorities“ befasst sich eingehend mit der praktischen Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden. Die Studie umfasst auch acht Länderbeiträge, in denen die Erfahrungen mit den jeweiligen Kooperationsmodellen vertieft dargestellt werden.

– Ein weiterer Report über „Limits and Constraints Facing Antitrust Authorities Intervening in Regulated Sectors“ befasst sich mit den Grenzen der Durchsetzung von Kartellrecht in regulierten Sektoren.

– Schließlich widmet sich eine weitere Studie den Erfahrungen der Kartellrechtsanwendung in regulierten Sektoren.

6. Sowohl diese Beispiele als auch die nicht von mir erwähnten weiteren Arbeitsergebnisse haben bereits heute einen ganz erheblichen Beitrag zur Konvergenz der Kartellrechtssysteme und zur besseren Kooperation der Wettbewerbsbehörden geleistet. Auch wenn ein Gutteil der in den letzten Jahren geleisteten Grundsatzarbeit erst in den kommenden Jahren sichtbar Früchte tragen wird, sind bereits heute erste Umsetzungserfolge zu verzeichnen.

Auch diesen zentralen Punkt möchte ich mit *einem Beispiel* illustrieren. Es betrifft eines der Ergebnisse aus der Arbeitsgruppe Fusionskontrolle.

Wie bereits erwähnt sind die „Recommended Practices for Merger Notification Procedures“ ehrgeizige Standards für Fusionskontrollverfahren. Die Gruppe hat den Empfehlungskatalog über die letzten Jahre sukzessive auf elf Empfehlungen erweitert. Sie dienen inzwischen vielen Ländern als Vorbild für Gesetzesanpassungen oder zur Verbesserung der Verwaltungspraxis.

Eines dieser Länder ist *Brasilien*. Bei internationalen Fusionen galt Brasilien bisher als ein Land, in dem Fusionen besonders häufig unter die Anmeldepflicht fielen. Gleichzeitig dauerte das brasilianische Fusionskontrollverfahren relativ lange. Die brasilianischen Wettbewerbsbehörden haben in den vergangenen beiden Jahren erhebliche Verbesserungen an ihrem Fusionskontrollverfahren nach Vorbild der ICN Empfehlungen erreichen können. Unter anderem wurde ein vereinfachtes und beschleunigtes Kontrollverfahren für wettbewerblich unbedenkliche Fusionen eingeführt. Dadurch konnte die Gesamtverfahrensdauer um 86 Tage gesenkt werden. Inzwischen werden bereits 50% der Fälle im beschleunigten Verfahren freigegeben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erst vor wenigen Wochen hat die brasilianische Wettbewerbsbehörde CADE eine neue Auslegung des nationalen Fusionskontrollrechts vorgenommen. Die im Gesetz genannte Umsatzschwelle, die die Anmeldepflicht auslöst, ließ vom Wortlaut her offen, ob sie sich auf den weltweiten oder aber den brasilianischen Umsatz bezog. Bisher hatte CADE die gesetzliche Schwelle als den weltweiten Umsatz interpretiert. Daneben gab es keinen inländischen Mindestumsatz, so dass auch internationale Fusionen ohne Bezug zu Brasilien der Anmeldepflicht unterlagen. Nach der neuen Auslegung durch CADE bezieht sich die Umsatzschwelle nun auch auf die brasilianischen Umsätze. Es ist zu erwarten, dass durch die neue Auslegung künftig internationale Fusionen mit geringem oder ohne brasilianischen Bezug nicht mehr in Brasilien angemeldet werden müssen.

Brasilien hat damit in wichtigen Punkten Konsistenz mit den ICN Empfehlungen erreicht. Die Unternehmen werden auf diese Weise bei internationalen Fusionen von unnötigen Kosten entlastet. Gleichzeitig kann sich die Wettbewerbsbehörde so auf die wettbewerblich problematischen Fälle konzentrieren.

7. Brasilien ist lediglich ein Beispiel unter vielen. Auch andere Staaten und Wettbewerbsbehörden beziehen die ICN Recommended Practices nach eigener Aussage in ihre Überlegungen zur Überarbeitung der Fusionskontrollvorschriften ein, unter anderem die Europäische Kommission, Belgien und Südafrika. Daneben beschäftigen sich einige private Initiativen mit dem Monitoring, d. h. inwieweit die Staaten beziehungsweise die Wettbewerbsbehörden Konsistenz mit den ICN Recommended Practices erreicht haben. Eine dieser privaten Initiativen ist die sogenannte „Merger Streamlining Group“, die aus neun Unternehmen – einigen multinationalen Konzernen sowie Beratungsunternehmen – besteht.

Deutschland hat in zwei Monitoring-Berichten dieser Gruppe unterschiedlich abgeschnitten: Hinsichtlich der Recommended Practices aus 2002 wurden noch einige Inkonsistenzen bemängelt, insbesondere bei den deutschen Aufgreifschwellen. Hinsichtlich der Recommended Practices aus 2003 wurde Deutschland mit 98 % Konsistenz der international vergleichsweise höchste Konsistenzgrad bescheinigt. In diesem Bericht wurde die Europäische Kommission mit 91 % Konsistenz bewertet, USA mit 79 %, während der internationale Durchschnitt bei 63 % lag. Bereits diese Zahlen zeigen, dass es nicht darum gehen kann, in jeder Hinsicht 100 %-ige Konsistenz mit den ICN Empfehlungen zu erreichen. Vielmehr sollen die Empfehlungen Ansporn sein, das eigene Fusionskontrollverfahren relativ zum derzeitigen Stand zu verbessern.

Ich möchte betonen, dass dies nur *ein* Beispiel aus der praktischen Verwertung der Vielzahl der ICN-Arbeitsergebnisse ist. Ähnliche Umsetzungsbeispiele ließen sich auch für viele andere ICN-Arbeitsergebnisse anführen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

F. Ausblick

1. Die Arbeitsgruppen haben sich für die Zeit bis zur 4. Jahreskonferenz vom 6. bis 8. Juni 2005 in Bonn ein sehr ehrgeiziges Arbeitsprogramm vorgenommen. Es übertrifft erneut das Pensum der vorhergehenden Jahre. Besonderes Augenmerk liegt auf der neuen Arbeitsgruppe Kartellbekämpfung. Nach den ermutigenden Erfahrungen der drei „alten" Working Groups sind auch mit der „Cartels Working Group" große Erwartungen verbunden. Der erste ICN Cartels Workshop am 19.-23. November 2004 in Sydney stellt bereits jetzt einen Meilenstein für die immer intensivere Kooperation in der Kartellverfolgung dar. Die beiden Kartell-Unterarbeitsgruppen – „General Framework" und „Enforcement Techniques" – haben seit der Seoul-Konferenz sehr gute Fortschritte gemacht und werden im Juni 2005 erste Ergebnisse präsentieren.

2. ICN ist nach wie vor eine sehr junge internationale Organisation. Aber es hat sich seit seiner Gründung in 2001 insbesondere aufgrund der hervorragenden Arbeitsergebnisse sehr schnell einen festen Platz in der weltweiten Wettbewerbsfamilie erarbeitet. Es gilt, die für diesen Erfolg entscheidenden Faktoren beizubehalten und weiter zu stärken. Dabei denke ich insbesondere an die informelle Arbeitsweise, den Netzwerkgedanken und die Zusammenarbeit mit NGAs.

3. Wie die Aufnahme weiterer Mitgliedsbehörden oder auch das Beispiel der Kartellarbeitsgruppe zeigen, ist ICN konstant im Ausbau und Umbau seiner Themen und Strukturen begriffen. Der schnelle Anstieg der ICN Mitgliederzahlen hat die ursprünglichen Erwartungen deutlich übertroffen. Gleichzeitig tritt ICN in eine erste Reifungsphase ein. In einigen älteren Arbeitsgruppen ist schon absehbar, wie sich der Charakter der Arbeit verändern wird. So wird sich zum Beispiel in einigen Arbeitsgruppen nach anfänglicher Grundsatzarbeit nun der Fokus stärker auf die Implementierung der Arbeitsergebnisse richten. Andere Arbeitsgruppen werden sich aufgrund der Erfüllung ihres Mandats auflösen und auf diese Weise Raum für neue Themen und Projekte schaffen. So war zum Beispiel das Mandat der Arbeitsgruppe „Antitrust Enforcement in Regulated Sectors" zunächst auf den Zeitraum bis 2005 begrenzt. Gleichzeitig sehen einige ICN-Mitglieder den Bedarf, das Thema Missbrauch im ICN intensiv zu behandeln. Bisher hatte ICN das Thema aufgrund seiner Komplexität und der bereits hohen Arbeitsbelastung in anderen Arbeitsgruppen noch nicht fokussiert aufgegriffen.

4. Die Intensität der internationalen Kooperation der Wettbewerbsbehörden hat durch ICN eine neue Ebene erreicht. Aus dieser Kooperationsintensität folgt auch eine entsprechende Zunahme der Ressourcen, die die Wettbewerbsbehörden hierfür aufwenden müssen. Die Zusammenarbeit noch weiter zu verbessern, ist das erklärte Ziel von ICN. Beispiele aus anderen Netzwerken – wie zum Beispiel dem European Competition Network – sind zwar nicht übertragbar auf ICN, zeigen aber, welcher Grad an Konvergenz und Kooperation zwischen verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden letztlich möglich ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Eine Schwachstelle ist bislang der Grad an Aktivität – nicht an Teilnahme – der jüngeren Wettbewerbsbehörden aus den Entwicklungsländern. Von der Konferenz in Bonn im Juni soll ein neues Signal ausgehen. Deutschland ermöglicht durch finanzielle Unterstützung die Teilnahme von Vertretern aus über dreißig Entwicklungsländern. Entscheidend ist aber, dass wir erstmals ein Panel einsetzen werden, das ausschließlich aus Vertretern dieser Gruppe besteht. Es wird Fragen diskutieren wie:

– Welche Vorteile bietet die Arbeit von ICN gerade jüngeren Wettbewerbsbehörden?
– Wie können sich jüngere Wettbewerbsbehörden aktiver in die ICN-Arbeit einbringen? Welche Hindernisse / Hemmnisse gibt es?
– Welche Themen sind gerade für jüngere Wettbewerbsbehörden von praktischem Interesse?

G. Fazit

Die Globalisierung der Wirtschaft hat ihr Pendant in der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden gefunden. Mit ICN ist die multilaterale Kooperation auf die Schiene gesetzt. Der Zug wird – das ist mein Ziel – mit der Bonner Konferenz weiter Fahrt aufnehmen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

International unterschiedliche Eingreifkriterien im Wettbewerbsrecht und ökonomische Konsequenzen

Von *Andreas Strohm*, Brüssel

A. Hintergrund

Große Unternehmen sind heute international tätig. Infolgedessen sind sie unterschiedlichen Rechtssystemen unterworfen. So lange das Wettbewerbsrecht international nicht harmonisiert ist und / oder keine einheitlichen Bewertungsstandards zur Anwendung kommen, können bestimmte Verhaltensweisen oder Unternehmenszusammenschlüsse von einer Behörde genehmigt, von der anderen aber untersagt werden. Wenn eine Wettbewerbsbehörde die Auswirkungen etwa einer Fusion auf ihrem Hoheitsgebiet zu untersuchen hat, mag dies normal sein, denn Marktbedingungen und Marktstruktur sind ja nicht überall gleich. Spektakulär waren insofern nur Fälle wie *Boeing / Mc Donnell Douglas* oder *General Electric / Honeywell,* wo die vom Zusammenschluss betroffenen Produkte auf Weltmärkten gehandelt wurden.

Es soll hier jedoch nicht der Frage nachgegangen werden, ob und in welchem Ausmaß aufgrund der zurückliegenden unterschiedlichen Beurteilungen dieser Fälle durch die EU Kommission und die amerikanischen Behörden und angesichts der laut vernehmbaren Dissonanzen eine Harmonisierung des Wettbewerbsrechts geboten sein mag. Im Mittelpunkt steht ein Überblick über zwei wichtige Bereiche der Wettbewerbspolitik in den Vereinigten Staaten und der EU: Der Missbrauch von Marktmacht und die Fusionskontrolle. Von dort ausgehend wird sich der Beitrag mit der Verwirklichung der aus Amerika kommenden ökonomischen Ansätze im EU-Recht auseinandersetzen und, wenn man so will, derzeit eher „unpopuläre" Thesen aufstellen. Es ist schon allein von daher heilige Pflicht des Autors darauf hinzuweisen, dass er in diesem Beitrag nur seine eigene Meinung und nicht die der Europäischen Kommission vertritt.

Das Kapitel über Missbrauch von Marktmacht beginnt mit einer kurzen Darstellung der Grundzüge des Europäischen und Amerikanischen Rechts, gefolgt von zwei Fallbeispielen, die auf die wesentlichen, grundsätzlichen Unterschiede hinweisen. Diese Unterschiede sollen zu einigen Fragen führen, die im Zuge der geplanten EU-Leitlinien zu Art 82 EUV eine wichtige Rolle spielen.

Die Europäischen Fusionskontrolle wurde mit Wirkung vom 1. 5. 2004 reformiert. Im Folgenden werden die Hintergründe der Änderung des materiellen Unter-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sagungskriteriums in der Fusionskontrolle auch aus der Perspektive einer internationalen Angleichung erläutert. Im Hinblick auf die künftige Beurteilung von Fällen ist jedoch auch die Methode der ökonomischen Analyse ausschlaggebend. Die künftig angewendeten Bewertungsmaßstäbe wurden in Form von Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse ebenfalls zum 1. 5. 2004 in Kraft gesetzt. Sie sind in Form und Inhalt weitestgehend mit den US- Merger Guidelines konvergent. Der Beitrag analysiert den dahinter stehenden wohlfahrtstheoretischen Ansatz und erörtert die Frage, welche Probleme noch gelöst werden müssen, wenn wohlfahrtstheoretische Beurteilungsmaßstäbe im Rahmen einer Strukturkontrolle angewendet werden sollen.

„Words can mean different things", sagte weiland Humpty Dumpty zu der etwas verwirrten Alice hinter den Spiegeln. Im Wunderland unterschiedlicher Rechtssysteme ist das nicht viel anders. So muss eine Behörde, beispielsweise wenn sie wohlfahrtstheoretische Konzepte anwenden will, stets auch Rechtsrisiken beachten, denn schließlich will man ja nicht gern verlieren vor Gericht. Wenn nun die Risiken bei der wohlfahrtstheoretischen Analyse von Effizienzen in den US etwa gleich Null, in der EU aber dagegen sehr hoch sind, dann hätte Humpty Dumpty, wenn er inzwischen nicht von seiner Mauer gefallen ist, hier sicher allen Grund zur Freude.

B. Kontrolle von Marktmacht

I. Art 82 EUV und Sektion 2 Sherman Akt

1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82

Der Besitz einer marktbeherrschenden Stellung wird von Art. 82 EUV nicht beanstandet, die Vorschrift richtet sich nur gegen den Missbrauch einer solchen Stellung. Dabei enthält Art. 82 keine Hinweise darauf, welche Verhaltensweisen als missbräuchlich anzusehen sind. Art. 82 Abs. 2 nennt bestimmte Missbrauchstatbestände, die Vorschrift gibt somit aber lediglich Beispiele und enthält damit keine abschließende Umschreibung der von ihr verbotenen Verhaltensweisen. Der Anwendungsbereich wird daher durch die Fallpraxis und in letzter Instanz durch die Gerichte definiert. Durch das Fallrecht ist seit einiger Zeit gesichert, dass der Missbrauchstatbestand zwei Kategorien umfasst, und zwar „Ausbeutungsmissbrauch" (exploitative abuse) und „Behinderungsmissbrauch" (exclusionary abuse).

Unter Ausbeutungsmissbrauch werden Praktiken verstanden, die geeignet sind, dem Verbraucher (etwa durch überhöhte Preise) direkt zu schaden. Hingegen kann Behinderungsmissbrauch dem Verbraucher zumindest kurzfristig Vorteile bringen, denn hier zielt das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zunächst darauf ab, die Wettbewerbsposition der Konkurrenten zu beeinträchtigen. Gelingt

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dies, so kann das marktbeherrschende Unternehmen die durch die Behinderung der Konkurrenten geschaffene Möglichkeit später zur Ausbeutung der Konsumenten ausnutzen. Ein Beispiel ist das im ökonomischen Sprachgebrauch so genannte „predatory pricing“: Ein Unternehmen verdrängt mit Preisen, die unterhalb der eigenen Kosten liegen, die Konkurrenten vom Markt, um anschließend die Preise über das Wettbewerbsniveau anheben zu können.

Nach allgemeiner Auffassung ist das in Art. 82 verankerte Verbot des Behinderungsmissbrauchs „grundsätzlich eher horizontal auf die Wettbewerber gerichtet“.[1] Nach Art. 66 des inzwischen ausgelaufenen EGKS-Vertrages handelt ein Unternehmen missbräuchlich, wenn es seine beherrschende Stellung „zu mit diesem Vertrag in Widerspruch stehenden Zwecken verwendet“. Davon ausgehend hat die Kommission gefolgt vom EUGH Missbrauch angenommen, wenn sich das Verhalten des Unternehmens im Hinblick auf die im Vertrag festgelegten Zielsetzungen objektiv als Fehlverhalten darstellt. Leitbild des Vertrages ist der freie, redliche, unverfälschte und wirksame Wettbewerb. Art. 82 schützt damit den Wettbewerb als Institution, aber auch die Freiheit der Marktteilnehmer, sich unter den Bedingungen eines redlichen, unverfälschten Wettbewerbs zu betätigen.[2]

Unzulässiger Behinderungsmissbrauch muss insofern von unverfälschtem Wettbewerb abgegrenzt werden. In *Hoffmann- La Roche*[3] hat der Europäische Gerichtshof eine Definition für Behinderungsmissbrauch gegeben. Missbrauch kann danach nur angenommen werden, wenn Praktiken angewendet werden, die einem Verhalten unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht entsprechen. Zweitens, so der Gerichtshof, muss dieses Verhalten die Wirkung haben, die Intensität des noch bestehenden Wettbewerbs zu vermindern.

Dabei wird davon ausgegangen, dass marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich über einen Verhaltensspielraum verfügen, der vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird. Nach der Rechtsprechung des EUGH obliegt einem beherrschenden Unternehmen somit eine besondere Verantwortung, dass durch sein Verhalten wirksamer und unverfälschter Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht zusätzlich beeinträchtigt wird.[4] Übertragen in das Fallrecht zeigt sich die vom EuGH erkannte Verantwortung am deutlichsten in der Anwendung so genannter per se Regeln, die marktbeherrschenden Unternehmen – und nur diesen – ein bestimmtes Verhalten generell verbieten. Es wird also – und das ist ein Unterschied zur Rechtsprechung in den USA – generell davon ausgegangen, dass dieses Verhalten des Marktbeherrschers (wie etwa die Anwendung bestimmter Rabatt-

---

1 Vgl. Bundeskartellamt: „Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden“, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht (2004), S. 19.

2 Vgl. *Schröter,* H. (2003) in: Schröter / Jakob / Mederer: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82, Rz. 161.

3 EuGH – Hoffmann-La Roche (1979) E.C.R., 91.

4 322 / 81, Nederlandsche Baden-Industrie Michelin NV, 1983 E.C.R. 3461.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

systeme) den Wettbewerb beeinträchtigt, ohne dass die ökonomischen Wirkungen im Einzelfall nachgewiesen werden müssen. Beispiele hierfür ist das Verbot der Anwendung bestimmter Rabattsysteme und von Predatory Pricing, auf das weiter unten noch eingegangen wird.

Die intellektuellen Wurzeln für die heutige Politik im Bereich der Missbrauchskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen finden sich bereits bei den Ordoliberalen der Freiburger Schule[5]. Für die Ordoliberalen war Wettbewerbspolitik ein zentrales Element der Wirtschaftsverfassung der Gesellschaft, um die Ausübung staatlicher und wirtschaftlicher Macht zu begrenzen: Wenn wirtschaftliche Macht nicht zu beseitigen ist, dann sollten sich dominante Firmen wenigstens so verhalten, als ob sie im Wettbewerb ständen. Der Wettbewerbspolitik kam insofern die Aufgabe zu, den so genannten Leistungswettbewerb zu sichern, was gleichfalls der verbreiteten Vorstellung von Fairness entsprach. Kleine und mittlere Unternehmen, in Deutschland als Stützpfeiler der Wirtschaft angesehen, sollten vor der Macht großer Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Autonomie geschützt werden. Die daraus resultierende Konsequenz, dass der Wettbewerb, der durch das Vorhandensein eines Marktbeherrschers bereits vermindert ist, nicht noch zusätzlich geschwächt werden dürfe, hat der EUGH am deutlichsten in seinem Urteil *Hoffmann La Roche* ausgedrückt. Dort stellt der Gerichtshof klar: … „any further weakening of the structure of competition may constitute an abuse of a dominant position“[6] .

2. Monopolisierung gem. Art. 2 des Sherman Akts

Eine spezielle Verantwortung marktstarker Unternehmen für den Wettbewerb wird in der US-Rechtsprechung nicht erkannt. Grundsätzlich sind die Gerichte in ihrer Rechtsprechung zu Sektion 2 des Sherman Akts der Auffassung, dass es auch marktstarken Unternehmen erlaubt sein soll, im Wettbewerb aggressiv zu agieren. Der Supreme Court machte in *Aluminium Co.* deutlich, dass Unternehmen grundsätzlich nicht allein aufgrund ihrer Marktstellung staatlicher Intervention ausgesetzt sein dürfen und befand: „The successful competitor, having urged to compete, must not be turned upon when he wins“[7].

Hier wird mitunter ein grundlegender Unterschied in Bezug auf das Wettbewerbsverständnis zum europäischen Recht gesehen. W. Kolasky führt ihn auf die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Entwicklung in Europa und Amerika zurück. Während in den U.S. marktbeherrschende Unternehmen meist durch Innovation,

---

[5] Vgl. *Gerber,* D. (1998): Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford; vgl. aber auch schon *Möschel,* W. (1982): „Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht“, Festschrift für Gerd Pfeiffer, S. 707.

[6] Siehe Fußnote 3.

[7] United States v. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (1945).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

überlegenes Management oder Produktdifferenzierung entstanden seien, sei dies, so Kolasky, in Europa meist anders gewesen. Dort hätten einige Unternehmen ihre Monopolstellungen der Marktabschottung durch interne Handelsbarrieren zu verdanken und es gäbe in Europa auch wesentlich mehr Staatsmonopole. Im Ergebnis sei die Zahl von marktbeherrschenden Firmen, die nicht auf der Basis vorstoßenden, dynamischen Wettbewerbs zu ihrer Marktposition gelangt seien, in Europa höher als in Amerika. Vor diesem Hintergrund sei erklärbar, dass die Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf marktbeherrschende Unternehmen anders reagieren. Kolasky meint: „(in Europe) … *greater vigilance by competition authorities may well be warranted to assure that the competitive process can operate freely to restore or create competitive conditions"*.[8]

Doch gibt es auch viele Übereinstimmungen zwischen amerikanischem und europäischem Recht. Gemeinsam ist jedenfalls das Problem, die für die Abgrenzung missbräuchlichen Verhaltens von normalem Wettbewerbsverhalten richtigen „Tests" finden zu müssen. Was hier mit „Leistungswettbewerb" beschrieben wird, heißt in den USA „competition on the merits", und die Unterscheidung ist hier wie da schwierig und umstritten. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache: Hier wie da weiß man, dass man sich mit einer Intervention gegen ein aggressiv am Markt agierendes Unternehmen grundsätzlich in die Gefahr begibt, dass bei einem Fehler der Wettbewerb gerade dann von den Behörden gebremst wird, wenn er dem Verbraucher die größten Vorteile bringt.

In den Vereinigten Staaten existiert allerdings eine erheblich längere Rechtspraxis in allen Bereichen des Wettbewerbsrechts. Der Sherman Act von 1890 verbietet es *„(to) monopolize, or attempt to monopolize or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations"*. Nach der Rechtsprechung beinhaltet „Monopolisierung" zwei Elemente. Einerseits ist der Besitz von Monopolmacht erforderlich. Wie im Europäischen Recht erfasst also auch das amerikanische Recht nur das Verhalten marktstarker Unternehmen. Darüber hinaus erfasst der Sherman Act nur eine gewollte Erlangung oder Erhaltung dieser Macht, nicht aber die Entstehung einer Markstellung, die aus dem Wettbewerb resultiert. Ungesetzlich ist also nur: *„the wilful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident"*[9].

Insoweit kommt es also entscheidend darauf an, „exclusionary acts" eines Unternehmens von normalem Wettbewerbsverhalten zu unterscheiden[10]. Dabei verlangt die Rechtsprechung eine kausale Verbindung zwischen dem Verhalten und der Marktmacht des Unternehmens, d. h. ein Verhalten, das nicht zur Erlangung

---

8 *Kolasky,* W. (2004): „What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives", in: The Antitrust Bulletin, Vol. XLIX, S. 29, 41.

9 United States v. Grinell Corporation, 384 U.S. 563, 570 – 571 (1966).

10 United States v. Microsoft Corporation, 253 F. 3d 34, 58 (D.C. Cir.) (2001).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder Erhaltung von Marktmacht führt, wird nicht beanstandet. Die schiere Ausnutzung einer Marktposition, etwa durch überhöhte Preise (im europäischen Recht: Ausbeutungsmissbrauch), verstößt somit nicht gegen den Sherman Akt.

Hier besteht also ein weiterer Unterschied zum Europäischen Recht. Allerdings haben Fälle von Ausbeutungsmissbrauch im Europäischen Recht bisher nur eine untergeordnete Rolle gespielt[11].

Die Abgrenzung einer wettbewerbswidrigen Behinderung eines Konkurrenten von wettbewerbskonformem Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens wird, wie G. Werden ausführt, vom U.S. Department of Justice (DOJ) in der Regel mit einem so genannten „no economic sense Test" (auch „but for" Test) vorgenommen. Hier wird geprüft, ob das Verhalten des beklagten Unternehmens auch unabhängig von einer Verringerung oder dem Ausschluss von Wettbewerb noch ökonomischen Sinn ergibt. Ist dies nicht der Fall, macht also das Verhalten unabhängig von der Behinderung des Wettbewerbs keinen ökonomischen Sinn („but for"), so wird „exclusion" angenommen[12]. Dieser Test ist vom DOJ in einigen Fällen explizit formuliert worden:

– In *Microsoft* argumentierte das Department, dass das Verhalten von Microsoft keinen anderen ökonomischen Sinn hatte als dessen Monopol im Bereich operativer Systeme zu schützen: (It) „. . . would not make economic sense unless it eliminated or softened competition".
– In *American Airlines* kam das Department zum Ergebnis, dass die Fluggesellschaft neue Kapazitäten auf den Markt gebracht hatte, um den Konkurrenten ihre Kunden abzuwerben und sie vom Markt zu verdrängen und unterschied legitimes Wettbewerbsverhalten von verbotener Unterbietung anhand der Frage, ob das Verhalten von American Airlines auch ohne den auf Behinderung abzielenden Effekt profitabel wäre: „distinguishing legitimate competition from unlawful predation requires a common sense business inquiry: whether the conduct would be profitable, apart from any exclusionary effects".
– In *Dentsply* befand das DOJ, dass Dentsplys Weigerung, solche Händler zu beliefern, die ihrerseits auch Produkte von Wettbewerbern verkauften, keinen anderen ökonomischen Sinn ergab als Konkurrenten Schaden zuzufügen: „It made no economic sense but for their tendency to harm rivals".

Umgekehrt gelesen enthält der Test eine business defence. Ein bestimmtes Verhalten eines Marktbeherrschers ist insofern keinesfalls *per se* missbräuchlich, d. h. es muss immer im Einzelfall bewiesen werden können, dass das Verhalten in der konkreten ökonomischen Situation behindernde Wirkung hat. Das ist, wie oben erläutert, bei einigen Tatbeständen nach der EU-Rechtsprechung anders.

---

[11] Vgl. *Vickers,* J. (2004): „Abuse of Market Power", Rede vom 03. 09. 2004 bei der „31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics" in Berlin.

[12] Vgl. *Werden,* G. (2005): „The ‚No Economic Sense' Test for Exclusionary Conduct", S. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einige interessante Beiträge zum Antitrust haben sich in letzter Zeit um die Entwicklung von ökonomisch fundierten Tests für die Feststellung von „no economic sense“ bemüht. In erster Linie steht hier die Frage zur Debatte, an welchen Kriterien das vom marktbeherrschenden Unternehmen mit seinem Verhalten (kurzfristig) getragene Opfer („sacrifice“) ermittelt werden soll. Doch geht es auch um grundsätzliche Fragen, z. B. ob der Test allein zur Feststellung der Absicht (wilfulness) des marktstarken Unternehmens zur Monopolisierung oder aber ein objektiver Standard zu interpretieren sei oder ein Opfer als eine notwendige oder hinreichende Bedingung für die Feststellung behindernden Verhaltens sein soll. Diese Sachverhalte werden in der Literatur sehr kontrovers diskutiert[13], und es würde über den Rahmen dieses Beitrages hinaus führen, im einzelnen darauf einzugehen.

Der nachfolgende Vergleich der amerikanischen und europäischen Ansätze im Bereich des „predatory pricing“ weist auf einige der Schwierigkeiten hin, die bei der Anwendung der Grundsätze auf einen konkreten Fall gelöst werden müssen.

II. „Predation“ unter Art. 82 und Sektion 2 Sherman Akt

1. Anwendung des Art. 82: Der Fall AKZO

Die bisherige Praxis unter Art. 82 EUV im Hinblick auf „predatory pricing“ wird durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall AKZO aus dem Jahr 1985 markiert.[14]

ECS war ein Wettbewerber von AKZO im Verkauf von organischen Peroxiden an Mehlerzeuger im Vereinigten Königreich und in Irland. Anders als AKZO lieferte ECS seine Produkte nur an Abnehmer aus der Mehlindustrie, begann jedoch im Jahr 1979 auch die Plastikindustrie zu beliefern. Als ECS die Drohung von AKZO ignorierte, bei einer Weiterführung dieser Geschäftstätigkeit ECS vom Markt zu drängen, bot AKZO den Kunden von ECS organische Peroxide weit unter den Preisen an, die den eigenen Kunden offeriert wurden. In der Folge kam es zu einem erheblichen Rückgang des Marktanteils von ECS. Bei einer überraschenden Inspektion der Kommission vor Ort wurden interne Dokumente sicher gestellt, die zu beweisen schienen, dass AKZO die Preise gezielt unterhalb der eigenen Kosten gesetzt hatte, um ECS aus dem Markt zu drängen.

In ihrer Entscheidung stellte die Kommission fest, dass AKZO seine marktbeherrschende Stellung missbraucht hatte. Dabei hielt sie die Tatsache, dass AKZO Verkäufe unterhalb der eigenen Kosten getätigt hatte, nicht für ausreichend. Sie stellte für die Annahme von Missbrauch auf ein zweites Kriterium ab, nämlich auf das erkennbare Ziel von AKZO, mit diesem Verhalten gezielt einem Konkurrenten schaden zu wollen.

---

13 Vgl. *Vickers,* J., Fußnote 11.

14 Vgl. *Faull,* J. / *Nikpay,* A. (1999): The EC Law of Competition, Rz. 3.218.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Gerichtshof bestätigte zwar im Ergebnis die Entscheidung der Kommission, wies den von der Kommission verwendeten Rechtstest jedoch zurück und entwickelte für bestimmte Fallgruppen eine per se Regel. Der vom Gerichtshof entwickelte Test unterscheidet zwei verschiedene ökonomische Sachverhalte:

(1) die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens liegen *unter den durchschnittlichen variablen Kosten.*

In diesem Fall gilt nach der Entscheidung des Gerichtshofs *per se* die Annahme missbräuchlichen Verhaltens. Ein Preis unter den variablen Durchschnittskosten impliziert, dass das marktbeherrschende Unternehmen Verluste in Höhe seiner Fixkosten und zumindest eines Teils der variablen Kosten in Kauf nimmt. Auf die Motive des Marktbeherrschers für die Preissetzung, so der Gerichtshof kommt es in *diesen* Fällen nicht mehr an. Das Verhalten ist *per se* unzulässig

(2) das marktbeherrschende Unternehmen setzt die Preise *unter das Niveau der totalen Durchschnittskosten aber oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten.*

Auch für diesen Fall nahm der Gerichthof an, dass diese Preissetzung missbräuchlich ist, hier aber nur dann, wenn bewiesen werden kann, dass das marktbeherrschende Unternehmen mit diesem Verhalten beabsichtigt, seine Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Im konkreten Fall stellte der Gerichtshof fest, dass fast alle Preise, die AKZO den Kunden von ECS angeboten hatte, zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten lagen. Im vorliegenden Fall zeigte sich nach Ansicht des Gerichtshofs das Vorliegen einer beabsichtigten Verdrängungsstrategie besonders in der Tatsache, dass die niedrigen Preise von AKZO nur den Kunden von ECS, nicht aber den eigenen Kunden angeboten wurden.

2. Anwendung von Sektion 2 Sherman Akt: Der Fall American Airlines

American Airlines („AA“) war die beherrschende Fluglinie am Dallas-Fort Worth International Airport (DFW). In den Jahren von 1995 bis 1997 drangen einige kleinere Niedrigpreis-Fluglinien (Vanguard, Western Pacific und SunJet) von DFW aus in den Markt ein und schafften eine neue Marktdynamik. Die Preise sanken erheblich und führten gleichzeitig zu einer Erhöhung der Passagierzahlen.

AA antwortete mit einer Reduzierung einiger eigener Tarife und einer Ausweitung des Angebots auf den jeweiligen Strecken. In allen diesen Fällen gelang es den Niedrigpreisfluglinien nicht, die Marktpräsenz in DFW dauerhaft zu etablieren und so gaben sie die von DFW ausgehenden Stecken wieder auf. Nach dem Marktaustritt kehrte AA zu seiner alten Marktstrategie zurück, indem auf einigen Strecken die Preise wieder auf das alte Niveau erhöht und auch die Kapazitäten reduziert wurden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das DOJ verklagte AA gem. Sektion 2 des Sherman Akts wegen Monopolisierung oder dem Versuch der Monopolisierung von vier von DFW ausgehenden Strecken. Dabei bewertete das DOJ die Gesamtheit des Verhaltens von AA als missbräuchlich, insbesondere die ständig gesteigerte Ausweitung der Anzahl von verfügbaren Niedrigflugpreisen und der gesamten Kapazität. Das Department war der Auffassung, dass diese Erweiterung keinen ökonomischen Sinn ergeben habe, außer, dass mit ihr die Niedrigfluglinien zur Aufgabe gezwungen oder von aggressivem Wettbewerb abgeschreckt wurden.

Im Zentrum der Entscheidung des District Courts, bei dem der Fall behandelt wurde, stand dann auch die Frage, ob das Verhalten des Marktbeherrschers unabhängig von der Behinderung von Konkurrenten Sinn macht („no business sense but for exclusion"), d. h. ob American Airlines mit seinem Verhalten Geld verloren hat („sacrifice")[15]. Ist dies nicht der Fall, so wird in der Regel angenommen, dass keine Beseitigung des Wettbewerbs vorliegt.

Im konkreten Fall hatte der District Court die Frage aufgeworfen, aufgrund welchen Maßstabs die von der dominanten Firma in Kauf genommenen Verluste ermittelt werden sollen. Während das DOJ gestützt auf einen Experten behauptete, dass AA durch die nach dem Markteintritt der Newcomer vorgenommene Kapazitätserweiterung 41 Millionen Dollar verloren hatte, verteidigte sich AA mit dem Einwand, dass es allein darauf ankommen könne, ob auf einer der relevanten Strecken *insgesamt* ein Verlust entstanden sei. Im Zuge dessen stellte das Gericht die Frage nach dem richtigen Vergleichsmaßstab („sacrifice benchmark"). Theoretisch ist es möglich, bei der Feststellung eines Opfers von einer Situation im Gewinnmaximum, den erzielbaren Gewinnen nach dem Markteintritt der Niedrigpreislinien oder aber auch der Aufgabe einer Strecke durch den Incumbent auszugehen[16]. Daran anknüpfend warf der District Court die Frage auf, ob und wie sich diese Maßstäbe verändern sollen, wenn der Marktbeherrscher nicht in erster Linie mit niedrigeren Preisen sondern, wie hier, mit der Ausweitung von Kapazitäten reagiert.

Daneben hatte das Gericht die Wahrscheinlichkeit eines „recoupment" zu prüfen, d. h. die Frage, ob AA in die Lage gesetzt war, die (kurzfristig) durch das Verhalten erlittenen Verluste wieder auszugleichen. Dies ist anders als in der europäischen Rechtsprechung, wo der europäische Gerichtshof einen solchen Test nicht für erforderlich hält. Der Grund für diesen Unterschied wird im Zusammenhang mit dem Ziel des Antitrust erklärt, sich stärker an der Konsumentenwohlfahrt auszurichten. Auch Preisreduzierungen werden infolgedessen nur dann geahndet, wenn sie negative Auswirkungen auf den Verbraucher haben, was nur dann der Fall sei, wenn ihnen ein „recoupment" folgt: „U.S. antitrust law does not condemn competitive behavior unless it is likely to harm consumer welfare. Without recoup-

---

15 Vgl. *Edlin,* A. / *Farrell,* J. (2003): „The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy", The Antitrust Evolution, 4. Ausgabe, S. 503.

16 Ebenda, S. 509.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ment, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced."[17]

III. Exkurs: Leitlinien für die Anwendung von Art. 82

Die Diskussion um adäquate Standards, mit deren Hilfe eine Unterscheidung von wettbewerbskonformen zu wettbewerbwidrigem Verhalten ökonomisch sinnvoll getroffen werden kann, wird sowohl in Amerika als auch in Europa geführt. Das Problem taucht in verschiedenen Varianten auf und die Antworten können – hier wie dort – von den Gerichten nur in relativ kleinen Schritten gegeben werden. In der EU darf im Zuge der kommenden Leitlinien für die Anwendung des Art. 82 eine breite Diskussion darüber erwartet werden, welche „Tests" und Kriterien für die Feststellung missbräuchlichen Verhaltens angewendet werden sollen.

Es zeichnet sich jedoch bereits ab, dass diese Diskussion in einen breiten, grundsätzlichen Zusammenhang gestellt werden wird. John Vickers, Chairman des Office of Fair Trading, hat bereits darauf hingewiesen, dass nach der 2004 wirksam gewordenen stärkeren Orientierung der Anwendung der Fusionskontrolle und des Art. 81 EUV an ökonomischen Kriterien von großen Teilen der Fachwelt gefordert wird, auch im Anwendungsbereich des Art. 82 einen „more economic approach" zu wählen[18].

1. „More economic approach" und die Wohlfahrt des Konsumenten

Forderungen nach einer grundsätzlichen Reform des Art. 82 kommen besonders akzentuiert aus dem angelsächsischen Sprachraum. Mit einem more economic approach, so die Begründung, sollen die ökonomischen Wirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb effektiver erfasst und somit gewährleistet werden, dass die Konsumentenwohlfahrt maximiert wird. So fordert das British Institute of International and Comparative Law: *„. . . the effectiveness, efficiency and coherence of European competition policy requires a modernised approach to the application of Article 82, involving an analysis of the economic effects of conduct on competition on the market, and in particular on consumer welfare"*.

In praktischer Konsequenz würde dies in erster Linie eine Aufgabe von per se Regeln zugunsten einer Analyse der tatsächlichen Wirkungen eines bestimmten Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens bedeuten. Allgemeine Begründungen etwa in der Form, dass Treue- und Zielrabatte „letztlich regelmäßig zu einem Nachlassen der Wettbewerbsintensität führen" und sich damit auch „negativ auf die Verbraucherinteressen auswirken, weil durch eine Erschwerung der Wettbe-

17 Vgl. *Kolasky,* W., Fußnote 8.

18 *Vickers,* J., Fußnote 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werbsmöglichkeiten der Konkurrenten die Produktvielfalt sinken und das Preisniveau sinken *kann*"[19] müssten hiernach durch die Ermittlung und Bewertung der ökonomischen Wirkungen des Verhaltens im Einzelfall ersetzt werden.

Gleichzeitig bedarf es einer Präzisierung, welche ökonomischen Wirkungen konkret gemeint sein sollen. Quasi im Gleichschritt wird mit der Forderung nach einer „ökonomischeren Ausrichtung" oft die Forderung nach einer Orientierung der Wettbewerbspolitik im Hinblick auf Ziele der Konsumentenwohlfahrt verbunden, ähnlich wie dies bereits in den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse innerhalb der Europäischen Fusionskontrolle umgesetzt wird[20]. Dort zeigt sich die Ausrichtung der fusionskontrollrechtlichen Prüfung an den Wirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt in erster Linie in der Erfassung von negativen Effekten (Preiserhöhungen) eines Zusammenschlusses unterhalb der Grenze der Marktbeherrschung (unilaterale Effekte) und in der explizit geschaffenen Möglichkeit, Effizienzgewinne als ausgleichenden Faktor im Verfahren zu berücksichtigen. Darauf wird später noch zurückgekommen.

Im Bereich der Anwendung von Art. 82 würde die Orientierung an Kriterien der Verbraucherwohlfahrt entsprechende Tests erfordern. Im Predation- Beispiel wurde dies bereits deutlich: Das US Antitrust richtet sich nicht gegen das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens, solange es nicht als wahrscheinlich erachtet werden kann, dass es zu einer Schädigung der Konsumenten führt. Ohne ein späteres Hereinholen anfänglich durch eine Unterbietungsstrategie erlittener Verluste führt Predation zu einer Absenkung des Preisniveaus und damit zu einer Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt. Aus diesem Grund[21] verlangt das U.S. Antitrustrecht einen „recoupment"-Test, den der EuGH im Fall Tetra Pak nicht für erforderlich gehalten hat[22].

Art. 82 selbst kann nur durch die Änderung des EU-Vertrages geändert werden. Infolgedessen müsste der nun geforderte ökonomischere Ansatz mit Zielrichtung einer Berücksichtigung der Wirkungen eines bestimmten Verhaltens auf die Konsumentenwohlfahrt innerhalb des bestehenden Rechts durchgesetzt werden. Damit stellt sich die Frage, inwieweit es für die Kommission möglich wäre, Zielen der Konsumentenwohlfahrt innerhalb der Anwendung von Art. 82 Vorrang zu geben. Die bisherige Rechtsprechung hat jedenfalls in mehreren Urteilen erkannt, dass

---

19 Bundeskartellamt, Diskussionspapier (Fußnote 1), S. 21.

20 Vgl. *Strohm,* A. (2005): „Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in Effizienz und Wettbewerb, Schriften des Vereins für Socialpolitik", Band 306, S. 113, 127.

21 Vgl. *Kolasky,* W., Fußnote 8, S. 48.

22 Das EuG berief sich in seinem Urteil darauf, dass die von TetraPak gesetzten Preise unter den direkten variablen Kosten der relevanten Produkte lagen. Bei einem derartigen Verhalten, so das EuG, müsse nicht gesondert festgestellt werden, ob das beherrschende Unternehmen vernünftigerweise damit rechnen konnte, die erlittenen Verluste wieder ausgleichen zu können, vgl. Tetra Pak / Kommission, Slg.1994 II-755, Rdnr. 150. Der EuGH bestätigte, dass ein „recoupment" unter Bezug auf die „Umstände des vorliegenden Falles" nicht überprüft werden müsste, vgl. Tetra Pak / Kommission, Slg. 1996 I-5951, Rdnr. 44.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 82 eine umfassende Schutzfunktion zukommt. Er schützt einerseits die Individualinteressen der Wettbewerber, der Handelspartner und der Verbraucher, andererseits aber auch „das allgemeine Interesse der Gemeinschaft an der Aufrechterhaltung des ungeachtet der beherrschenden Stellung noch vorhandenen und der Entwicklung von neuem, wirksamen Wettbewerb."[23]

2. Ökonomisierung und Rechtsicherheit: Fehler bei der Suche nach Fehlern?

Eine andere Frage ist, ob individuelle Fallentscheidungen nach der Maßgabe einer „rule of reason" in der Tat bessere ökonomische Ergebnisse gewährleisten als die Anwendung von per se Regeln. Aber wie lässt sich das feststellen? Es hat sich heute eingebürgert hierfür als Kriterium die Minimierung von Typ 1 und Typ 2 Fehlern anzusehen[24], wobei als Vergleichmaßstab in der Regel das theoretische Konzept der Konsumentenwohlfahrt herangezogen wird. Dies verdient einige Bemerkungen.

Die Analyse von Wohlfahrtswirkungen ist in den Fällen besonders schwierig, wo gegenläufige Effekte ermittelt und gegeneinander abgewogen werden müssen. Nehmen wir zum Beispiel ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen eingeführtes Rabattsystem, das zunächst einmal unter bestimmten Bedingungen Preisnachlässe bewirkt und von daher per se nicht verboten werden soll. Wenn man nun auf das Kriterium der Konsumentenwohlfahrt abstellen will, bedarf es anstatt dessen eines – notwendigerweise langfristigen – Marktergebnistests. Die Wettbewerbsbehörde muss dann im konkreten Fall feststellen, wie sich die Markergebnisse infolge der Anwendung des Systems entwickelt haben. Zwar ist das Rabattsystem eine Tatsache und ebenso sind es die ökonomischen Resultate eines Marktprozesses. Allerdings beantworten die tatsächlichen Resultate nicht die Frage, wie die Anwendung des Systems die Marktergebnisse beeinflusst hat. Dazu müsste die anwendende Behörde die tatsächlichen Marktergebnisse mit fiktiven, hypothetischen Marktergebnissen vergleichen. Das Abwägungsergebnis (und somit auch die Antwort, ob das Verhalten die Wohlfahrt erhöht oder nicht) hängt in der letzten Konsequenz davon ab, welche Vorstellungen man von den fiktiven Marktergebnissen hat, die man dann mit den tatsächlichen vergleicht. Daraus ergibt sich ein Spielraum für ökonomische Gutachten und selbstverständlich auch für Gegengutachten und ein erheblicher Ermessensspielraum für die anwendende Behörde.

---

23 *Schröter,* H., Fußnote 2, S. 910.

24 Vgl. *Schmidtchen,* D. (2005): „Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in: Effizienz und Wettbewerb", Schriften des Vereins für Socialpolitik, Band 306, S. 30. Ein Fehler von Typ 1 wäre demnach ein zulässiges Handeln zu untersagen und ein Fehler von Typ 2, ein unzulässiges Handeln nicht zu verfolgen. Die für die Konzeption der Wettbewerbspolitik entscheidende Frage ist dann: „Bei welchem Typ von Wettbewerbspolitik sind die Fehlerwahrscheinlichkeiten höher und wie sehen die Kosten von Entscheidungsfehlern aus – *gemessen an der verlorenen Wohlfahrt* (Hervorhebung vom Verfasser)".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies führt zu einem weiteren Gesichtspunkt, den „endogenen“ Wirkungen einer derartigen Politik. Die Rechtsanwendung kann aus der Vielfalt aller wirtschaftlich für „die“ Wohlfahrt relevanten Faktoren nur solche herausgreifen, die einer abstrakt-generellen Bewertung und einer Feststellung im Einzelfall zugänglich sind. Sie ist eine Art Entdeckungsprozess, in dem legislative Generalklauseln mehr und mehr konkretisiert werden können. Ein wichtiges Resultat dieses Prozesses besteht darin, dass die Wirtschaftsteilnehmer staatliche Interventionen vorhersehen können. Dies ist in der Regel dann nicht der Fall, wenn für Verhaltensnormen Wirkungen erheblich sein sollen, die von den Normadressaten nicht abgeschätzt werden können. Es kommt somit zu einem Verlust an Rechtssicherheit.

Komparativ-statische Wohlfahrtsvergleiche greifen damit zu kurz: Aussagen über die Auswirkungen einer Entscheidung (im Beispiel: Genehmigung oder Verbot des Rabattsystems) auf „die“ Wohlfahrt erfordern auch die Einbeziehung der Alternativen bei der Regelanwendung selbst. Wenn eine Kartellbehörde darauf abstellen soll, ob ein bestimmtes Verhalten die Konsumentenwohlfahrt erhöht (legal) oder nicht (illegal), kann ein marktbeherrschendes Unternehmen möglicherweise nicht vorhersehen, ob ein von ihm geplantes Rabattsystem rechtswidrig ist. Es wird daher möglicherweise davon absehen, dieses überhaupt anzuwenden. Wäre aber vielleicht die Konsumentenwohlfahrt mit seiner Einführung und der damit gefundener Gewährung neuer Rabatte gestiegen? Die Eigenschaften der staatlichen Intervention selbst führen also, wenn man es im Sprachgebrauch der Wohlfahrtsökonomie so ausdrücken will[25], selbst zu Wohlfahrtseffekten, denn Unsicherheit über die Wahrscheinlichkeit staatlichen Eingreifens können Innovation und aggressiven Wettbewerb behindern. Damit ist also auch im Ergebnis keineswegs sicher, ob durch eine wohlfahrtstheoretisch orientierte „rule of reason“ tatsächlich das beabsichtigte Ziel erreicht wird, „Fehler von Typ 1 und Typ 2“ zu minimieren. Die endogenen Wirkungen von „rule of reason“ Regelungen selbst – sprich der mit ihrer Anwendung verbundenen Verlust von Rechtssicherheit – müssten hierfür in Rechnung gestellt werden, und das werden sie nicht.

Das soll nicht heißen, dass die ökonomische Theorie bei der Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts keine wichtige Rolle spielen soll. Im Gegenteil. Sie sollte sich berufen fühlen, die für die Anwendung des Rechts notwendigen Standards weiter zu entwickeln und zu verbessern. Doch sollte es ein wichtiges Ziel bleiben, dass diese Standards mit vernünftigem Aufwand administrierbar und von den Betroffenen vorhersehbar sind.

[25] Zu weiteren Problemen der Anwendung der Wohlfahrtsökonomie vgl. *Strohm,* A. (2002): „The Application of Economic Theory in Practise“, INFER Research Edition, Vol. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Mehr Konvergenz in der Fusionskontrolle mit den U.S.?

I. Die Reform der EU-Fusionskontrolle

1. Das neue materielle Untersagungskriterium: ein politischer Kompromiss

Die im Mai 2004 wirksam gewordene Reform der Fusionskontrolle hatte unter anderem das Ziel, das Fusionskontrollrecht international anzugleichen. In diesem Zusammenhang sind zwei wichtige Änderungen zu unterscheiden. Einerseits die Änderung des Untersagungskriteriums vom so genannten „Marktbeherrschungstest" in „Wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs" (SIEC-Test) und andererseits die Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse.

Der Änderung des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 FKVO ging eine kontrovers geführte Debatte zwischen den Mitgliedsstaaten über die Frage voraus, ob der Marktbeherrschungstest flexibel genug sei, negative Wettbewerbswirkungen einer Fusion unterhalb der traditionellen Marktbeherrschungsschwelle und unabhängig von der Feststellung von koordinierten Effekten zu erfassen. Die Kommission sah im Hinblick auf den Rechtstest selbst keinen Reformbedarf, stand einer Debatte aber offen gegenüber. Die der Kommission zugegangenen Stellungnahmen zeigten eine deutliche Spaltung in verschiedene Lager. In der Diskussion bestand zwar zunächst verbreitet Einigkeit dahingehend, dass die Erfassung von nicht-koordinierten Effekten im Oligopol unterhalb der „Einzelmarktbeherrschungsschwelle" – wie bisher in der Fallpraxis definiert – durch die Fusionskontrolle gewährleistet werden sollte. Streitig war dagegen, ob für die Erfassung tatsächlich eine Änderung des Rechtstests erforderlich oder ihr zumindest der Vorzug zu geben sei, oder ob der Marktbeherrschungstest ausreichenden Spielraum für einen Eingriff bot.

Insbesondere das Vereinigte Königreich und Irland traten im Ministerrat für die Einführung des in den U.S. angewandten SLC-Tests in der FKVO ein. Dieses Kriterium, so wurde vorgetragen, betrachte anders als der Marktbeherrschungstest weniger die Marktstellung der beteiligten Unternehmen als vielmehr die Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss auf dem Markt insgesamt. Nur die Implementierung des SLC-Tests könne die Rechtsunsicherheit beseitigen, die bezüglich der Erfassung nicht-koordinierter Effekte im Oligopol bestünde.

Die Möglichkeit, den Tatbestand der Marktbeherrschung soweit zu dehnen, dass sämtliche wettbewerbspolitisch relevanten Fälle erfasst werden können, war für diese Fraktion keine akzeptable Alternative. Eine weitere Aufweichung des Begriffs der „beherrschenden Stellung" in der Fusionskontrolle durch eine teleologische Extension hätte, so das Hauptargument, unerwünschte Auswirkungen auf die Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 82 EG (sog. cross-contamina-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tion-Problematik). Außerdem sei der SLC-Test flexibler und somit besser in der Lage, mögliche Effizienzgesichtspunkte eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Auch die sog. Failing Firm Defence, wie sie aus dem US-amerikanischen Recht bekannt ist, füge sich in dieses Regime besser ein. Mit dem SLC-Test sei aus all diesen Gründen also insgesamt eine rundere ökonomische Gesamtbewertung der Fälle möglich und nicht zuletzt, so die Befürworter, könne mit der Übernahme des SLC-Tests eine Vereinheitlichung des internationalen Fusionskontrollrechts erwartet werden.

Insbesondere Deutschland und Italien favorisierten hingegen ein Festhalten am Marktbeherrschungstest und sahen – ebenso wie die Kommission – keinen Änderungsbedarf: Durch die dynamische Weiterentwicklung des Begriffs der Marktbeherrschung durch Kommissionspraxis und Rechtsprechung habe sich das anfänglich stark an Marktanteilen orientierte Merkmal der Marktbeherrschung als effektives und flexibles Instrument zur Erfassung aller praxisrelevanten Fälle möglicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Zusammenschlüsse erwiesen. So hatte das EuG in der Rechtssache *Gencor* ausgeführt, dass mit Marktbeherrschung die wirtschaftliche Machtstellung eines oder mehrer Unternehmen gemeint ist, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern. Diese Auslegung, die im englischen Original explizit den Ausdruck „market power“, also Marktmacht verwendet, wurde als ein Indiz dafür gewertet, dass auch die europäischen Gerichte Marktbeherrschung im ökonomischen Sinne als Marktmacht interpretieren, die wirksamen Wettbewerb verhindert und nicht notwendigerweise mit hohen Marktanteilen und der Unabhängigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern einhergeht.

Zudem wurde von dieser Seite darauf hingewiesen, dass aufgrund zahlreicher Gemeinsamkeiten bei der praktischen Anwendung der beiden Konzepte die wettbewerbsrechtliche Analyse zu gleichen Ergebnissen komme, weil beide Untersagungskriterien mit der Verhinderung wettbewerbsschädlicher Marktmacht letztlich das gleiche Ziel verfolgten.

Mitte 2003 zeichnete sich im Rat ab, dass weder der Verordnungsentwurf der Kommission mit seiner erweiterten Fassung des Marktbeherrschungstests noch der Wechsel zum SLC- Test die nötige Mehrheit finden würde. Statt dessen erfolgte der Vorschlag, einen sog. Mischtest („hybrid test“), der Elemente sowohl des Marktbeherrschungstests als auch des SLC-Tests beinhalten sollte, einzuführen. Die anfängliche Idee einer Kombination beider Modelle im Sinne eines „entweder … oder“ wurde verworfen, weil hierdurch in allen Fällen eine Doppelprüfung erforderlich geworden wäre. Auch die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests und der zusätzlichen Normierung eines eng gehaltenen SLC-Tests, der explizit allein auf die Fälle anzuwenden sein sollte, die der Marktbeherrschungstest vermeintlich nicht erfasste, wurde mit Hinblick darauf verworfen, dass hierdurch indirekt anerkannt worden wäre, dass zuvor tatsächlich eine Gesetzeslücke bestand. Auch eine solche Regelung hätte nicht die notwendige Mehrheit erlangen können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Kompromiss bestand in der Neuordnung des Wortlauts des bis dahin geltenden Art. 2 Abs. 3 FKVO, durch die das zweite Glied – die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (significant impediment to effective competition) – zum zentralen und einzigen Tatbestandsmerkmal, die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung hingegen zum Regelbeispiel umgestaltet wurde. Der neue Tatbestand soll es ermöglichen, Fusionen im Hinblick auf ihre tatsächlichen Wirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen und, das war der Ausgangspunkt der Debatte, mehr Rechtsklarheit hinsichtlich der Behandlung von unilateralen Effekten innerhalb von Oligopolen zu schaffen.

Erwägungsgrund 25 der FKVO stellt klar, dass der Begriff der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs fortan jede vermeintliche oder tatsächliche Lücke unterhalb von „Marktbeherrschung“ füllt. Auf der anderen Seite bleibt die Marktbeherrschung wichtigster Fall der erheblichen Wettbewerbsbehinderung, wie die Kommission in den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse ausdrücklich klarstellt. Durch die Beibehaltung des Wortlauts soll ermöglicht werden, die umfangreiche Fallpraxis von Kommission und europäischen Gerichten zur Marktbeherrschung auch weiterhin nutzbar zu machen. Andererseits, und dies ist ein wichtiger Gesichtspunkt, ist der europäische Test damit vom amerikanischen SLC-Test verschieden.

2. Leitlinien für horizontale Unternehmenszusammenschlüsse

Zeitgleich mit Inkrafttreten der neuen Fusionskontrollverordnung hat die Kommission Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse verabschiedet. Sie geben Auskunft über die grundsätzliche ökonomische Ausrichtung, die der materiellen Anwendung des Rechtstests zugrunde gelegt wird. Hier hat die Kommission in der Tat einige Änderungen zur bisherigen Praxis vollzogen, die sie, wohlgemerkt, in groben Zügen bereits unter dem Szenario eines unveränderten Rechtstests, also dem Marktbeherrschungs-Test, konzipiert und in den Gremien diskutiert hatte.

Eine wichtige generelle Änderung betrifft die Festlegung der Fusionskontrolle auf Ziele der Konsumentenwohlfahrt. Diese wichtige Ausrichtung liegt auch den Horizontal Merger Guidelines der Vereinigten Staaten zugrunde. Überhaupt sind die EU-Leitlinien von Inhalt und Form her sehr stark an die US-Leitlinien angepasst.

Der wohlfahrtstheoretische Ansatz geht grundsätzlich davon aus, dass Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Wohlfahrtssteigerung ist. Mit dieser Festlegung geht die Forderung einher, Fusionen stärker auf der Basis ihrer konkreten ökonomischen Wirkungen zu bewerten, weshalb die Reform der Fusionskontrolle mitunter mit „*more economic approach*“ beschrieben wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In Bezug auf diese Orientierung der Entscheidungen an konkreten Auswirkungen zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zum so genannten strukturellen Ansatz, der unter anderem dem deutschen Wettbewerbsrecht zugrunde liegt. Dort werden keine expliziten Prognosen über die Veränderung von Preisen oder Mengen nach dem Zusammenschluss erstellt, sondern es wird allein geprüft, ob der Zusammenschluss dem neuen Unternehmen einen Spielraum für Preissteigerungen schafft. Diese Unterschiede schlagen sich besonders im Hinblick auf die Bedeutung von Effizienzen als Beurteilungskriterium entscheidend nieder: Innerhalb des strukturellen Ansatzes ist eine explizite Effizienzeinrede nicht möglich, weil das Strukturkriterium eine Obergrenze festlegt, oberhalb derer Effizienzen nicht berücksichtigt werden können. Soll jedoch demgegenüber bei der Analyse von Fusionen stets auf konkrete (Wohlfahrts-) Wirkungen abgestellt werden, so müssen konsequenterweise mögliche Effizienzgewinne eines Zusammenschlusses in die Analyse einbezogen werden. Dies ist, neben der Erfassung der unilateralen Effekte, das zentrale Element der Reform.

Im Vorfeld der Reform wurde eine Diskussion geführt, die jener ähnelt, die sich nun im Bereich der Leitlinien für Art. 82 EUV abzuzeichnen beginnt. Die Verfechter des so genannten „Strukturansatzes“ gehen davon aus, dass einem durch Fusion zustande gekommenem marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund des ihm dann fehlenden Wettbewerbs mittelfristig die Anreize verloren gehen, auch in der Zukunft Effizienzgewinne zu erzielen und die Vorteile an die Verbraucher weiterzugeben. Die Veränderung der Marktstruktur soll deshalb nicht anhand kurzfristiger Einzelergebnisse beurteilt werden, sondern im Hinblick darauf, ob der Wettbewerb längerfristig seine Funktion als Anreizsystem für eine die Wohlfahrt steigernde Rivalität im Marktprozess auch nach dem Zusammenschluss behält oder eben die Gefahr besteht, dass die Entstehung von Marktbeherrschung diesen Prozess nachhaltig behindert. Daraus ergibt sich zwar noch keine per se-Regel. Es wird aber davon ausgegangen, dass das Vorliegen bestimmter ökonomischer Tatbestände (wie etwa hohe Marktanteile nach einer Fusion) generell darauf schließen lassen, dass der Wettbewerb (durch die Fusion) so geschädigt würde, dass die von ihm erwarteten Ergebnisse nicht mehr erbracht würden.

Hingegen stellt die Wohlfahrtsanalyse auf kurzfristig zu erwartende Wohlfahrtswirkungen ab. In den theoretischen Untersuchungen zu diesem Thema kommt es hier in erster Linie auf die zu erwartenden Preise an: In konsequenter Form durchgehalten würde ein Zusammenschluss – unabhängig von Strukturkriterien – also dann zu genehmigen sein, wenn er (innerhalb welchen Zeitraums bleibt offen) zu keiner Preiserhöhung führt. Die von der Industrieökonomik angebotenen preistheoretischen Modellansätze sind hier komparativ-statischer Natur.

In den Leitlinien für die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse sind die von der Kommission für maßgeblich gehaltenen Kriterien in einem eigenen Kapitel zusammengefasst. Systematisch werden Effizienzen als abmildernde Faktoren behandelt. Während Sektion III den analytischen Rahmen für die Beurteilung von möglichen den Wettbewerb behindernden Wirkungen horizontaler Zusammen-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlüsse beschreibt, behandeln die nachfolgenden Kapitel spezielle Faktoren, die in Frage kommen, um diese Wirkungen abzumildern. Im Einzelnen sind dies Gegenmacht (Sektion IV), die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritt (Sektion V), eben Effizienzen (Sektion VI) und die Bedingungen einer Sanierungsfusion (Sektion VII).

Es handelt sich also schon allein von der Systematik her – obwohl dieser Ausdruck missverständlich mitunter unisono für beide Formen der Effizienzanalyse verwendet wird – nicht um eine „efficiency defence", sondern um einen integrierten Ansatz. Auch das entspricht vom Grundsätzlichen her den amerikanischen Horizontal Merger Guidelines. Die Frage ist nun jedoch, ob mit der Konvergenz der Leitlinien auch eine Konvergenz der Entscheidungen gewährleistet wird.

II. Lücke und Tücke: Was können Leitlinien (und was nicht)?

1. Die materiellen Rechtskriterien von Art. 2 FKVO und wohlfahrtsökonomische Analyse

Das Effizienzkapitel in den Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse steht im direkten Zusammenhang mit der bekundeten Absicht der Kommission, Zusammenschlüsse innerhalb der Fusionskontrolle mehr an deren ökonomischen Wirkungen zu bewerten. Die Prüfung von Wirkungen setzt indes voraus, dass vorher festgelegt wird, was damit gemeint ist. Die zum Ziel der Fusionskontrolle erklärte Wohlfahrt der Verbraucher soll mit dem dahinter stehenden wohlfahrtstheoretischen Theoriegebäude nicht nur einen Bezugspunkt (nämlich den Preis), sondern auch ein Konzept bieten, das, wenn man einmal davon ausgeht, dass diese Theorien zuverlässig in der Praxis angewendet werden können, mit Hilfe quantitativer Analysen zu einer größeren Objektivität und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen führen können.

In vollständiger Konsequenz umgesetzt würde eine derartige Orientierung der Fusionskontrolle die Bedeutung von Marktstrukturkriterien stark zurückdrängen, denn es käme dann in allererster Linie darauf an, welcher Preis nach dem Zusammenschluss zu erwarten ist. Folgerichtig würden Zusammenschlüsse mit signifikanten Effizienzvorteilen von der Theorie her zu einer echten Bruchstelle mit dem traditionellen strukturellen Ansatz führen, da Effizienzgewinne, wenn sie groß genug sind, gerade dann in Form von sinkenden Preisen weiter gegeben werden, wenn die Parteien bereits vor dem Zusammenschluss über eine hohe Marktmacht verfügen[26]. Die in den Leitlinien genannten Kriterien knüpfen nun zwar direkt an

[26] Die Leitlinien verlangen, dass berücksichtigungsfähige Effizienzen an die Konsumenten weitergegeben werden müssen. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird indes auch die Meinung vertreten, dass dieser „consumer pass on" aber nur wahrscheinlich ist, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluss über eine relative hohe

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Preistheorie[27] an, indem sie die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen an die Blaupause der dort relevanten Parameter anlehnen. Damit wird die Effizienzanalyse zunächst einmal, von daher folgerichtig, auf den so genannten „post merger price" konzentriert.

Andererseits werden aber die Möglichkeiten, dass Effizienzgewinne für die Genehmigung eines Zusammenschlusses ausschlaggebend sein können, wiederum durch Strukturkriterien begrenzt. Denn nach den Leitlinien soll die Einbeziehung von Effizienzvorteilen ja nur dann für eine Genehmigung entscheidend sein können, wenn die zu erwartenden negativen Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses gering sind. Nimmt man hinzu, dass die Leitlinien selbst qualitativ zu prüfende Kriterien nennen, die gem. Art. 2 Abs. 1 FKVO im Hinblick auf die Struktur der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte zu bewerten sind, liegt die Frage nahe, welche praktische Bedeutung eine quantitative Effizienz-Analyse für das Gesamtergebnis letztlich haben kann. Konzeptionell führt die Integration der preistheoretischen Wohlfahrtsanalyse in einen strukturellen Ansatz zu einer Art Zwittergebilde, dessen einzelne Prinzipien grundverschieden sind[28]. Es wird von daher schwierig bleiben, sie in konsistenter Weise miteinander zu verbinden[29].

Marktmacht verfügen. Vlg. *Yde,* P. / *Vita,* M. (1996): „Merger Efficiencies: Reconsidering the „Passing-On" Requirement", Antitrust Law Journal 64, S. 735, 743.

27 Vgl. *Schwalbe,* U. (2005): „Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte", Schriften des Vereins für Socialpolitik, Band 306, S. 63; sowie *Strohm,* A., Fußnote 21, S. 122.

28 Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die in Art. 2 Abs. 1 b) FKVO geforderte Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher in einer Weise interpretiert werden kann, dass angenommene, kurzfristige Wohlfahrtseffekte (Preissenkungen) in einem Fall den Ausschlag geben können, der ohne Effizienzen verboten würde. Der in den Leitlinien verankerte integrierte Ansatz bedeutet ja, dass keine Abwägung zwischen eventuellen Wettbewerbsproblemen und Vorteilen des Zusammenschlusses erfolgt, sondern die „integrierte Effizienzanalyse" nur dann in einem konkreten Fall den entscheidenden Ausschlag zugunsten eines Zusammenschlusses geben kann, wenn er keine Wettbewerbsprobleme aufwirft. Das bedeutet, konsequent zu Ende gedacht, dass Effizienzen nur dann eine entscheidende Rolle spielen können, wenn das zugrunde gelegte partialanalytische Konzept der Preistheorie nicht nur Beurteilungsmaßstab für die Effizienzanalyse selbst, sondern auch Maßstab der Gesamtbewertung ist. Es ist aber fraglich, wie in ein bestehendes Fusionskontrollrecht (de lege lata) ein derartiger wohlfahrtstheoretischer Ansatz integriert werden kann, wenn dieses für die Bewertung von Zusammenschlüssen Marktstrukturkriterien vorgibt.

29 Rechtssicherheit darüber, ob in kurzfristigen Preisvorteilen gemessene Vorteile für Konsumenten den entscheidenden Ausschlag zugunsten einer Fusion geben können, wird letztlich nur durch Gerichtsurteile geschaffen werden können. Nach Auffassung seines Präsidenten Bo Vesterdorf ist es eine der primären Aufgaben des EuG, die korrekte rechtliche Interpretation des Art. 2 der FKVO zu überwachen: „Regarding (the correct interpretation of Art. 2 of the Merger Regulation), the CFI may be faced with a situation where the Commission is invoking a theory not previously addressed in the case law, which requires that the pertinence of the criteria used by the Commission in order to appreciate the competitive effects of a concentration be established as legal criteria". Vgl. *Vesterdorf,* B. (2004): „Standard of proof in merger cases: Reflections in the light of recent case law of community courts", Rede vom 12. 06. 2004 bei BIICL – Third Annual Merger Control Conference, S. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Rechtssystem und Konvergenz

Beide, EU Leitlinien wie auch US Guidelines, fordern einen „consumer pass on“ von Effizienzen (nur dann kommt es zu einer Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt). Sie ist nach Maßgabe der aus der Preistheorie abgeleiteten Modellvorlage dann wahrscheinlich, wenn die mit dem Zusammenschluss erzielbaren Kostenreduzierungen eine Situation herbeiführen, in der es für das fusionierte Unternehmen profitabel ist, die Preise bei gleichzeitiger Erhöhung des Outputs zu senken. Die gewinnoptimale Preis / Mengen-Konstellation hängt jedoch vom Verlauf der Nachfragekurve ab. Diese wird im preistheoretischen Modell als gegeben und stabil vorausgesetzt, das heißt die Situation wird komparativ-statisch (vor und nach dem Zusammenschluss) auf Basis ein und derselben Nachfragekurve miteinander verglichen. Ein „Fehler“ bei der Annahme über die Nachfragekurve oder über des Ausmaß der erzielbaren Kostensenkungen kann das Gesamtergebnis jedoch in sein Gegenteil verkehren, sprich das Gewinnoptimum wird bei höheren und nicht niedrigeren Preisen verwirklicht.[30] Der Nachweis sinkender Preise bei erhöhter Konzentration ist in der Praxis, wo man keine fertigen Kurven zur Verfügung hat, im Einzelfall entsprechend schwer zu führen.

Was kann dies nun im Kontext der angestrebten Konvergenz mit den USA bedeuten?

Zunächst ist wichtig, dass sich das System der Fusionskontrolle in der EU von dem in den USA erheblich unterscheidet.[31] Die EU-Fusionskontrollverordnung etabliert ein ex ante-System administrativer Kontrolle unter Einschluss weitgehender Ermittlungs- und Vollstreckungsbefugnisse. Doch sind die der Kommission verliehenen Entscheidungen gem. Art. 21 Abs. 2 FKVO ausdrücklich der Kontrolle durch den Gerichtshof unterworfen. Das Fallrecht hat bereits hinreichend geklärt, welche Art von Entscheidungen vor dem EuG angegriffen werden können, aber auch wer berechtigt ist, solche Klagen vorzutragen. Hier interessiert insbesondere, dass grundsätzlich alle Maßnahmen, die bindende Rechtswirkung entfalten und dabei die Interessen des Klägers berühren, vom Gerichtshof gem. Art 230 EUV annulliert werden können. Konkret bedeutet dies im Bereich der Fusionskontrolle vor allen Dingen, dass nicht nur Entscheidungen der Kommission gem. Art. 8 FKVO (Verbot) eines Zusammenschlusses, sondern auch Genehmigungsentscheidungen der Kommission gem. Art. 6 FKVO (etwa nach einer Konkurrentenklage) gerichtlich nachprüfbar sind[32].

---

30 Vgl. *Strohm,* A. (2005): „Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik“, S. 125.

31 Einen Vergleich des Eingriffsverhaltens der US-Behörden und der EU-Kommission unternimmt F. Lévêque. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die US-Behörden sowohl stärker intervenieren, als auch hinsichtlich des „enforcement“ rigider sind, vgl. *Lévêque,* F. (2005): „Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis: Lequel est le plus sévère? “, Concurrences N°2 2005, Droit et économie, S. 20.

32 Vgl. *Vesterdorf,* B., Fußnote 29, S. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das ist in den USA anders. Im dortigen Rechtssystem agieren die Wettbewerbsbehörden als Ankläger, und die Entscheidung über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Wettbewerbsrecht wird von den Gerichten getroffen. Infolgedessen werden Fälle, gegen die das DOJ oder FTC nichts einzuwenden haben, ohne beklagbare Entscheidung und auch ohne Begründung genehmigt[33].

Anders als die Kommission müssen die US-Behörden Genehmigungsentscheidungen also weder begründen noch vor Gericht verteidigen. Die in den US Merger Guidelines genannten Kriterien können daher nur gerichtsrelevant werden, wenn die Behörden einen Zusammenschluss untersagen wollen und ihn deshalb selbst dorthin bringen. Die bisherige Erfahrung zeigt auch, dass es in den bisherigen Fällen, in denen Effizienzgewinne eine Rolle spielten, den jeweiligen Zusammenschlussparteien nicht gelungen ist, den Gerichten zu beweisen, dass der geforderte „consumer pass on" als Kriterium für die Wohlfahrtssteigerung erfüllt ist. Man kann daher annehmen, dass Effizienzargumente nur in der Phase eine entscheidende Rolle spielen, in der die US- Behörden darüber befinden, ob sie einen Fall vor Gericht bringen oder nicht.

Eine Genehmigung ohne eine Begründung der Entscheidung und die Möglichkeit der Konkurrentenklage gibt es aber nach der Fusionskontrollverordnung nicht. Es kann also sein, dass die praktische Umsetzung der Ergebnisse einer Wohlfahrtsanalyse (Genehmigung bei Erwartung an Konsumenten weitergegebener Effizienzen) im Rahmen der administrativen Fusionskontrolle vor wesentlich höheren Hürden steht, weil eine Genehmigung innerhalb eines Effizienzszenarios angesichts der inhärenten Beweisschwierigkeiten beim geforderten „consumer pass on" für die Kommission nur unter Inkaufnahme von erheblichen Rechtsrisiken möglich sein dürfte. Das gilt dann besonders, wenn, wie es Präsident Vesterdorf vertreten hat, von den Gerichten an Genehmigungsentscheidungen gleich hohe Beweisanforderungen gestellt werden müssen wie an Verbote.[34]

D. Schlussbemerkung mit Fragezeichen

In Zeiten, in denen allerseits Optimismus über die Vorhersagemöglichkeiten und Vorteile der Industrieökonomik in allen möglichen Bereichen der Wettbewerbs-

[33] Ebenda, S. 27: „This (European Merger Control) is unlike the system in the United States where the agencies act as prosecutors and where they enjoy significant prosecutorial discretion. In a prosecutorial system, the prosecutor need only close the file without adopting any positive declaration on the compatibility of the merger with the relevant legislation".

[34] Ebenda: „The Merger Regulation thus establishes a system of positive declarations by the administrative authority in every single case falling within its scope without clear presumptions of authorisation or prohibition. This has as a consequence that not only the Commission's prohibition decisions but also authorisation decisions may be attacked before the Community courts. An appropriate standard of proof should therefore permit effective scrutiny of both types of decision by the Communnity judicature especially given that that private parties cannot attack mergers decisions in national courts".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politik eingekehrt ist, fällt es schwer, grundsätzliche ordnungspolitische Argumente einzubringen. Mit solchen Argumenten verdient man zudem in aller Regel auch nichts, und sie sind daher eher etwas für Idealisten (die sich indes, anders wie viele Industrieökonomen, die Mühen einer Reise zu den Anhörungen nach Brüssel gespart haben). Die Auseinandersetzung über Grundsatzfragen sollte dennoch geführt werden. Doch muss sie möglichst in dem Rahmen stattfinden, innerhalb dessen diese Fragen relevant sind.

Wie es scheint, beginnt sich jedoch das aus Amerika übernommene Thema „Ökonomisierung" zu verselbständigen. So mag es zwar aus wettbewerbstheoretischer Sicht durchaus interessant sein, etwa für die Fusionskontrolle Entscheidungskriterien zu entwickeln, welche an Modellen der Preistheorie oder Industrieökonomik oder an den amerikanischen Merger Guidelines angelehnt sind. Und ebenso wird, vom Grundsätzlichen her, die Frage interessant sein, ob allgemeine, negativ formulierte Regeln oder Entscheidungen auf Basis einer an Wohlfahrtskriterien orientierten „rule of reason" für die Wettbewerbspolitik besser geeignet sind. Soll die Ökonomie jedoch für die praktische Wettbewerbspolitik, also vom Standpunkt eines anzuwendenden Gesetzes (de lege lata), Handlungsempfehlungen geben, darf sie den durch Gesetz und Rechtsprechung gesetzten Rahmen nicht einfach ignorieren.

Wenn man de lege lata und de lege ferenda Argumente miteinander vermischt, kommt man manches Mal gewissermaßen intellektuell in Teufels Küche. In unserem Fallbeispiel American Airlines über Predation haben wir besonders deutlich gesehen, dass die Frage des richtigen Referenzmaßstabes, anhand dessen das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ja gemessen werden muss, nicht frei von einer gewissen Beliebigkeit zu definieren war. In diesem Fall aus der Luftfahrtindustrie gab es gleich drei unterschiedliche Möglichkeiten, die sich aus Sicht des Gerichts angeboten hätten, um einen von American Airlines nach Ansicht des DOJ in Kauf genommenen Verlust zu messen, und man muss annehmen, dass solche Fragen bei jeder Missbrauchsregelung, die antikompetitives Verhalten von „competition on the merits" unterscheiden muss, bei der Entscheidung von Einzelfällen an irgendeiner Stelle auftreten.

Wenn man nun vorhersehbare oder sogar allgemein gültige Regeln für richtig hält[35], müsste man, so gesehen, eigentlich viel radikaler argumentieren (und wahrscheinlich fordern, die Missbrauchsaufsicht abzuschaffen)[36]. Man sieht hier, dass rein ordnungspolitisch und konsequent durchgehaltene Argumente für die Frage

[35] Für einen Vergleich zu einer „rule of reason" siehe *Schmidt,* I. (1981): „Per se Rule oder Rule of Reason", Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Vol. 10 (6), S. 282.

[36] Oder, das wäre eine zwar zynische, aber gleichwohl pragmatische Variante, die Wohlfahrtsökonomen darin unterstützen, die Eingriffsvoraussetzungen bei Predation durch Einführung eines „recoupment"-Tests in solche Höhen zu schrauben, dass praktisch niemand mehr ernsthaft damit rechnen muss, von der Wettbewerbsbehörde belangt zu werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„wie“ man eine bestehende Missbrauchsregelung besser anwenden kann, nur sehr begrenzt hilfreich sind.

Andererseits wird mitunter die Frage vernachlässigt, ob das, was „ökonomisch“ als Beurteilungskriterium für richtig gehalten wird, auch ohne weiteres in das bestehende Recht integrierbar ist. In der Tat sind die Leitlinien zur Fusionskontrolle in dieser Hinsicht ein äußerst spannendes Experiment. Ich habe versucht zu zeigen, dass wohlfahrtstheoretische Beurteilungsmaßstäbe bei der konkreten Anwendung auf bestimmte Grenzen stoßen, die unmittelbar mit den Eigenschaften des anzuwendenden Rechtssystems (administratives System, Beweispflicht für positive Entscheidungen, strukturelle Beurteilungskriterien des Gesetzes) zusammenhängen[37].

Vielleicht muss die ökonomische Forschung diese Grenzen ignorieren, weil nur auf diese Weise neue grundlegende, über den bestehenden Rechtsrahmen hinausgehende Änderungen angestoßen werden können Die Kommission hingegen kann zwar in bestimmten Bereichen ihre Politik ändern (sonst fände es der Autor wahrscheinlich auch wohl langweilig dort zu arbeiten), darf dabei aber die Rechtsgrundlage, aufgrund der sie entscheidet, nicht ignorieren. Das funktioniert allenfalls bis zum nächsten Gerichtsurteil.

Literatur

Bundeskartellamt: „Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden“, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht (2004), Quelle: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/04_AKK.pdf

Christiansen, A.: „Die ‚Ökonomisierung‘ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?“, in: WuW 2005, S. 285.

Edlin, A. / *Farrell,* J.: „The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy“, in: The Antitrust Evolution, 4. Ausgabe, Oxford 2003, S. 503

Faull, J. / *Nikpay,* A.: The EC Law of Competition, Oxford 1999

Gerber, D.: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford 1998

[37] *Christiansen,* A (2005): „Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?“, WuW 2005, S. 285, bezweifelt dass eventuelle Wohlfahrtsgewinne die durch zunehmende Rechtsunsicherheit ausgelösten Kosten aufwiegen. Man kann indes auch zu der These gelangen, dass es überhaupt keine Effizienz-Fälle geben wird (weil die Zusammenschlussparteien wegen angenommener Aussichtslosigkeit einer ausschlaggebenden Berücksichtigung keine Effizienzvorteile ins Kontrollverfahren einbringen). Vgl. *Montag,* F. (2005): „Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis“, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 306, S. 95, 111. Damit wäre die „consumer welfare story“, zumindest von den ökonomischen Prinzipien her gesehen, eine Totgeburt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kolasky, W.: „What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives“, in: The Antitrust Bulletin, Vol. XLIX (2004), Nr. 1&2

Lévêque, F.: „Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis: Lequel est le plus sévère? “, Concurrences N°2 2005, Droit et économie, S. 20

Montag, F.: „Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis“, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 306 (2005), S. 95

Möschel, W.: „Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht“, in: Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln 1982, S. 707

Schmidt, I.: „Per se Rule oder Rule of Reason“, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, Vol. 10 (6), 1981, S. 282

Schmidtchen, D.: „Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in: Effizienz und Wettbewerb“, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 306 (2005), S. 30

Schröter, H. / *Jakob,* T. / *Mederer,* W.: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003

Schwalbe, U.: „Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte“, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Band 306 (2005), S. 63

Strohm, A.: „Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in Effizienz und Wettbewerb“, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 306 (2005), S. 113

Strohm, A.: „The Application of Economic Theory in Practise: The example of European Merger Control“, INFER Research Edition, Vol. 8, 2002

Vesterdorf, B.: „Standard of proof in merger cases: Reflections in the light of recent case law of community courts“, Rede vom 12. 06. 2004 bei BIICL – Third Annual Merger Control Conference, Quelle: http: //www.biicl.org/admin/files/Standard_of_proof_Bo_Vesterdorf.pdf

Vickers, J.: „Abuse of market power“, Rede vom 03. 09. 2004 bei der „31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics“ in Berlin, Quelle: http: // www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/948B9FAF-B83C-49F5-B0FA-B25214DE6199/0/spe0304.pdf

Werden, G.: „The ‚No Economic Sense‘ Test for Exclusionary Conduct“, Working Paper (2005)

Yde, P. / *Vita,* M.: „Merger Efficiencies: Reconsidering the „Passing-On“ Requirement“, Law Journal 64 (1996), S. 735

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Politische Perspektiven einer internationalen Wettbewerbsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Empagran-Entscheidung des US Supreme Court

Von *Michael Baron*, Berlin

A. Ansätze einer internationalen Wettbewerbsordnung

a) Die Schaffung einer internationalen Wettbewerbsordnung ist eine der großen ungelösten Herausforderungen der aktuellen Wettbewerbspolitik. Die Globalisierung des Marktgeschehens einerseits und eine zunehmende Zahl von nationalen Wettbewerbsordnungen andererseits machen einen verbindlichen Rahmen für das Zusammenwirken der Wettbewerbsbehörden im internationalen Bereich immer notwendiger. Das nationale Wettbewerbsrecht ist seiner Natur nach eine Regulierung. Deshalb ist *ein* Ansatz für eine internationale Wettbewerbsordnung eine Regulierung der nationalen Wettbewerbsordnungen – also eine Regulierung der Regulierungen.

Die WTO ist hierfür die Organisation, die nach Auffassung der Bundesregierung am ehesten geeignet erscheint. Handel und Wettbewerb weisen eine Reihe von Berührungspunkten auf. Vor allem aber verfügt die WTO – bei allen Schwierigkeiten, die nicht zu leugnen sind – über effektive Sanktionsinstrumentarien. Die Bundesregierung hat sich daher mit der EU-Kommission und der Mehrheit der Mitgliedstaaten seit der WTO-Ministerkonferenz in Singapur 1996 nachhaltig dafür eingesetzt, im Rahmen der WTO verbindliche Regelungen für eine internationale Wettbewerbsordnung zu entwickeln. Aus europäischer Sicht geht es dabei um ein doppeltes Ziel: einerseits um ein Verbot von Hard Core-Kartellen als erster Schritt zu einer materiellen Harmonisierung der Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts, und zum anderen um die Verankerung bestimmter verfahrensrechtlicher Mindeststandards (Grundsatz der Nicht-Diskriminierung, der Transparenz und der Verfahrensgerechtigkeit). Außerdem sollen Mechanismen für eine verbesserte internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden (jeweils mit den geeigneten Sanktionsinstrumentarien) festgelegt werden.

Trotz insgesamt erfolgreicher Beratungen in der dafür eingesetzten Arbeitsgruppe der WTO ist dieser Ansatz auf der Ministerkonferenz in Cancun gescheitert. In der Doha-Runde gibt es derzeit keine Chance, sich auf Fortschritte zu verständigen. Insbesondere wegen des Widerstands der USA und einiger Entwicklungslän-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der ist ein Verhandlungsmandat für Wettbewerbsregeln auf absehbare Zeit blockiert.

b) Deshalb rückt derzeit der andere Ansatz in den Mittelpunkt: nämlich der Versuch, auf der Basis des Status quo praktische Verbesserungen in der Zusammenarbeit zu erreichen, ohne eine vorherige Anpassung des materiellen Kartellrechts und ohne Eingriffe in die Souveränität der beteiligten Staaten. Solche best-practices-Ansätze sind vielfältig denkbar und erwünscht. Sowohl die Zahl dieser Anläufe als auch die inzwischen erreichten Fortschritte sind beeindruckend. Eingebunden in diesen Prozess sind internationale Organisationen, wie die OECD und UNCTAD, aber auch eigens für diesen Zweck geschaffene Institutionen privater Art bzw. mit privater Beteiligung. Mit in diesen Zusammenhang gehört auch eine wachsende Zahl von bilateralen oder plurilateralen Abkommen und Agreements, in denen Wettbewerbsfragen geregelt sind. Im weltweiten Rahmen ist vor allem das International Competition Network (ICN) zu erwähnen, zum einen weil Deutschland derzeit den Vorsitz in diesem Gremium hat, vor allem aber auch wegen des umfangreichen und ausgesprochen erfolgreichen Netzwerks von Arbeitsgruppen vielfältiger Art, das in diesem Rahmen tätig ist.

Eine Sonderstellung nimmt in dieser Hinsicht das European Competition Network (ECN) ein, auf das hier nur kurz eingegangen werden kann. Institutionell ist es auf der Basis einer unmittelbar rechtlich verbindlichen Verordnung – der VO 1 / 2003 – mit höchstmöglicher Verbindlichkeit ausgestattet, mit einer klaren Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Kommission gemäß Artikel 11, insbesondere Absatz 6. Für die dezentrale Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Netzwerk sind sowohl in der VO 1 / 2003 selbst als auch in den ergänzenden Texten nur wenige verbindliche Regelungen, wie z. B. Informations- und Beistandspflichten vorgesehen. Insbesondere sind die Zuständigkeiten der Behörden nicht abschließend festgelegt. Vielmehr entscheidet jede Behörde selbst, ob sie einen Fall aufgreifen will oder nicht, dies allerdings jeweils mit Wirkung nur für ihr eigenes Territorium. Parallele Verfahren durch verschiedene nationale Behörden sind daher auch im europäischen Netzwerk denkbar, was unter anderem rechtliche Probleme im Hinblick auf den Grundsatz „ne bis in idem“ aufwirft.

Die Abstimmung im Hinblick auf derartige Verfahren, vor allem aber die generelle Konsultation der Wettbewerbsbehörden untereinander beruht auf dem best-practices-Ansatz: Mitgliedstaaten und Kommission arbeiten „auf Augenhöhe“ intensiv zusammen. Dies geschieht nicht nur in der konkreten Fallbearbeitung, sondern auch in den vielfältigen Arbeitsgruppen zur Fortentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts. Ein solcher praxisorientierter Ansatz gilt erst recht für das andere europäische Netzwerk ECA (European Competition Authorities), das die anderen nicht durch die VO 1 / 2003 geregelten Bereiche abdeckt. Die Zusammenarbeit in diesem Rahmen, der vor allem die Anforderungen der unterschiedlichen nationalen Fusionskontrollordnungen einschließt, richtet sich nach den Prinzipien der Freiwilligkeit und der Gleichrangigkeit der Behörden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) So verdienstvoll und auch erfolgreich diese best-practices-Ansätze sind, so klar sind auch die Grenzen. Wegen der freiwilligen Teilnahme der Wettbewerbsbehörden gilt für alle Vereinbarungen in diesen Netzwerken das Einstimmigkeitserfordernis. Vor allem aber ist die Zusammenarbeit begrenzt durch die jeweiligen Befugnisse der Kartellbehörden. Änderungen des rechtlichen Regulierungsrahmens sind ausgeschlossen. Ebenso sind alle Fragen der gerichtlichen Kontrolle und der gerichtlichen Durchsetzung des Kartellrechts diesem best-practices-Ansatz entzogen. Die Probleme, die sich hier in der internationalen Zusammenarbeit und im Hinblick auf eine konsistente internationale Wettbewerbsordnung stellen, können nur auf anderem Weg gelöst werden. Dies soll im folgenden an dem konkreten Beispiel des Empagran-Falles verdeutlicht werden.

B. Der Fall Empagran – Ablauf und Stand

a) Der Fall Empagran ist eine Nachwirkung des weltweiten Vitaminkartells der großen Chemieproduzenten, die in den 90er Jahren die Preise für die Herstellung von Vitaminen auf den Weltmärkten abgesprochen hatten. Beteiligt waren mehrere europäische, amerikanische und japanische Firmen. Aufgedeckt wurde das Kartell durch eine Selbstanzeige einer Firma (Rhone Poulenc), die sich dadurch Straffreiheit in den USA verschaffte. Die Teilnehmer des Kartells sind inzwischen mit hohen Strafen belegt worden. In den USA wurden nach amerikanischen Angaben Geldbußen von insgesamt 900 Mio. $ gegen die Unternehmen verhängt; außerdem wurden 11 Gefängnisstrafen ausgesprochen. Ferner wurden Schadensersatzzahlungen von 2 Mrd. $ vereinbart. Die Geldbußen in Europa durch die EU-Kommission betrugen insgesamt über 800 Mio. €; davon entfielen allein mehr als 450 Mio. € auf eine einzige Firma (Hoffmann La Roche). In vielen Ländern wurden darüber hinaus weitere Schadensersatzansprüche gegen die Vitaminhersteller geltend gemacht.

Das Verfahren Empagran begann als Sammelklage von amerikanischen und ausländischen Geschädigten. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage mangels Zuständigkeit amerikanischer Gerichte im Fall der ausländischen Geschädigten ab. Daraufhin schieden die US-Kläger aus dem Verfahren aus und schlossen sich anderen class actions an. Übrig blieb eine Klägergruppe aus Ecuador, Panama, Australien und der Ukraine. Der geltend gemachte Schaden beruht ausschließlich auf Käufen in den Heimatländern der Geschädigten, Geschäfte in den USA sind nicht betroffen.

Trotzdem sah das Berufungsgericht eine Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte als gegeben an und gab der Klage statt. Dabei stützte es seine Entscheidung zwar auf ein spezielles amerikanisches Gesetz (FTAIA), letztlich ausschlaggebend war jedoch der Abschreckungsgedanke. Dieser war erstmals vom Supreme Court in der Pfizer-Entscheidung von 1978 in einem Rechtsstreit mit der Regierung von Indien herangezogen worden. Da ein ausreichender Rechtsschutz in den Heimat-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ländern nicht sichergestellt sei, werde die Abschreckung gegen internationale Kartelle erhöht, wenn eine Rechtsverfolgung in den USA ermöglicht werde. Eine ausreichende Abschreckung bei internationalen Kartellen liege zumindest immer dann im Interesse der USA, wenn von diesem Kartell auch der amerikanische Markt betroffen sei.

Mit dieser Überlegung entsprach das Berufungsgericht einer verbreiteten Tendenz amerikanischer Gerichte, sich für zuständig zu erklären, um eine ausreichende Rechtsverfolgung im weltweiten Maßstab zu gewährleisten, auch wenn kein hinreichender Bezug zum Gebiet der USA besteht. Darin liegt eine gewisse Anmaßung, da (stillschweigend oder ausdrücklich) unterstellt wird, dass die amerikanische Rechtsordnung den anderen Rechtsordnungen überlegen ist, und daher eine Zuständigkeit amerikanischer Gerichte im Interesse einer besseren internationalen Rechtdurchsetzung geboten ist. Im Verfahren Empagran hat der Supreme Court diese Haltung zu Recht als „legal imperialism" bezeichnet.

b) Nachdem ein internes Rechtsmittel beim Court of Appeals (rehearing en banc) erfolglos blieb, wandte sich ein verklagtes Unternehmen (BASF) an das Ministerium und bat um politische Unterstützung für den Antrag auf Zulassung der Revision beim Supreme Court. Die Bundesregierung entsprach dieser Bitte mit einem sog. amicus-curiae-Brief, in dem sie sich gegen die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte für Kartellschadensersatzansprüche aussprach, falls kein Bezug zum amerikanischen Markt gegeben ist. Der Supreme Court gab dem Antrag statt und nahm die Revision an. Neben der Bedeutung des vorliegenden Falles spielte wohl auch eine Rolle, dass es widerstreitende Entscheidungen der Obergerichte gab. Das Gericht für den 5. Circuit hatte die Klage einer norwegischen Ölgesellschaft wegen eines Preiskartells britischer und niederländischer Seetransportunternehmen abgewiesen, weil der Schaden ausschließlich im Ausland entstanden sei (Fall Den Norske / Statoil). Das Gericht für den 2. Circuit hatte dagegen Schadensersatzansprüche gegen die Auktionshäuser Christie's und Southeby's wegen eines Gebührenkartells zugebilligt, obwohl in den USA keinerlei Auswirkungen zu verzeichnen waren.

Das Verfahren Empagran erregte nicht nur in den USA erhebliche Aufmerksamkeit. Neben der Bundesregierung beteiligten sich verschiedene andere Regierungen (Kanada, Japan, Belgien, Großbritannien, Niederlande und Irland), das amerikanische Justizministerium und die Internationale Handelskammer als amici curiae zugunsten der beteiligten Unternehmen. Außerdem nahm eine Vielzahl von Wissenschaftlern Stellung zum Teil für, zum Teil gegen das Urteil des Berufungsgerichts.

Der Supreme Court bezog sich in seiner Entscheidung (Juni 2004) zwar ebenfalls auf das amerikanische Recht, stützte sich im Wesentlichen aber auf allgemeine Grundsätze. Er erteilte dem „legal imperialism" eine klare Absage und unterstrich stattdessen die Grundsätze der comity (Rücksichtnahme) und der reasonableness (Verhältnismäßigkeit). Das amerikanische Recht müsse so ausgelegt werden,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dass möglichst kein Konflikt mit berechtigten Interessen anderer Staaten auftrete. Eine Zuständigkeit amerikanischer Gerichte zur Beurteilung von Schadensersatzansprüchen in Kartellfällen bestehe nur, wenn und soweit ein hinreichender Bezug zum amerikanischen Markt gegeben sei.

c) Der Supreme Court ließ aber offen, ob und unter welchen Voraussetzungen im Fall Empagran der Schaden der Kläger einen solchen Zusammenhang mit den Auswirkungen auf den US-Markt aufweist, also eine Verbindung zwischen national harm und foreign harm besteht. Dies muss nun durch das Berufungsgericht geklärt werden. Die Bundesregierung hat sich entschlossen, gemeinsam mit anderen ausländischen Regierungen erneut als amicus curiae gegen eine Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte in diesem Verfahren Stellung zu nehmen. An diesem Brief haben sich Großbritannien, Japan, Schweiz und die Niederlande beteiligt. Die amerikanische und die kanadische Regierung haben eigene Stellungnahmen abgegeben.

Alle Regierungen sehen in der extraterritorialen Anwendung des amerikanischen Rechts durch US-Gerichte im Empagran-Fall einen Eingriff in die nationale Souveränität anderer Staaten. Eine umfassende Kompetenz der amerikanischen Gerichte in Kartellschadensersatzansprüchen würde eine geordnete Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden erschweren und dadurch die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im internationalen Maßstab im Ergebnis schwächen. Vor allem könnte die Wirksamkeit der leniency-Programme der verschiedenen nationalen Behörden auf diese Weise konterkariert werden, worauf auch der Supreme Court hingewiesen hatte.

Im Ergebnis folgt daraus, dass das Erfordernis eines Zusammenhangs der Schadensersatzansprüche mit dem amerikanischen Markt, also eines Nexus zwischen national und foreign harm, eng ausgelegt werden muss. Allein die Tatsache, dass bei international gehandelten Gütern die Preise auf den Weltmärkten sich gegenseitig beeinflussen, die Preise in den USA also nicht völlig unabhängig von den Preisen in anderen Ländern sind, kann nicht als ein ausreichender Zusammenhang im Sinne der Anforderungen des Supreme Court angesehen werden. Andernfalls wären bei internationalen Kartellen, insbesondere bei homogenen Massengütern, amerikanische Gerichte immer umfassend für alle Schadensersatzansprüche auf der Welt zuständig.

Im Empagran-Verfahren gibt es offensichtlich keinen spezifischen Zusammenhang der Schadensersatzansprüche mit dem amerikanischen Markt. Von allen beteiligten Regierungen wird daher eine Zuständigkeit amerikanischer Gerichte hier abgelehnt, ohne dass eine positive Aussage getroffen werden müsste, unter welchen Voraussetzungen andererseits ein ausreichender Zusammenhang zwischen national und foreign harm anzunehmen wäre. Eine solche Aussage wäre wohl auch schwierig (gewesen).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts steht noch aus. Nach Einschätzung der deutschen Botschaft besteht kaum Aussicht auf eine erneute Befassung durch den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Supreme Court. Das Berufungsgericht wird demnach abschließend und wegweisend für die extraterritoriale Anwendung des amerikanischen Rechts durch amerikanische Gerichte zumindest in Kartellstreitigkeiten entscheiden.

C. Andere wettbewerbsrechtlich relevante Verfahren

a) Die Tendenz amerikanischer Gerichte zur extraterritorialen Anwendung amerikanischen Rechts auf Sachverhalte ohne hinreichenden Bezug zum amerikanischen Markt stößt außerhalb der USA auf entschiedene Ablehnung. Dies erklärt die große Zahl von Regierungen, die sich im Verfahren Empagran beteiligt haben (einschließlich der amerikanischen Regierung, die ebenfalls wiederholt gegen eine Zuständigkeit amerikanischer Gerichte votiert hat). Dennoch ist zweifelhaft, ob amerikanische Gerichte, insbesondere nach den Einschränkungen durch den Supreme Court, in der Frage der Zuständigkeit bei extraterritorialen Auswirkungen wirklich eine Ausnahmerolle spielen.

Besonders eindringlich – und gut vergleichbar – ist in dieser Hinsicht der Fall Provimi in Großbritannien. Hier handelt es sich ebenfalls um eine Folgewirkung des Vitaminkartells, auf der beklagten Seite sind die gleichen Unternehmen betroffen. Ein englisches Gericht, bei dem eine Vielzahl von Schadensersatzklagen mit unterschiedlichen Klägern und Beklagten anhängig war, musste darüber entscheiden, ob für alle diese Klagen eine gerichtliche Zuständigkeit in Großbritannien gegeben war. Das Gericht hat dies bejaht, auch z. B. für die Klage eines deutschen Unternehmens gegen ein deutsches Unternehmen, obwohl in diesem Fall kein Bezug zum britischen Markt bestand.

Rechtsgrundlage im Fall Provimi war die Ratsverordnung Nr. 44 / 2001 über die Zuständigkeit in gerichtlichen Verfahren (EuGVVO). Danach ist gemäß Art. 6 Abs. 1 unter anderem dann eine gerichtliche Zuständigkeit gegeben, wenn ein hinreichender sachlicher Zusammenhang mit anderen Klageverfahren besteht. Das Gericht hat hier einen sachlichen Zusammenhang allein in der Tatsache gesehen, dass die geltend gemachten Schäden das gleiche Kartell betrafen. Während das betroffene Unternehmen sich mit allen Mitteln im Fall Empagran gegen die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte wehrt, hat es die Entscheidung im Provimi-Verfahren hingenommen. Der Fall ist inzwischen durch einen Vergleich erledigt.

In rechtlicher Hinsicht ist es nicht leicht, in der Frage der Zuständigkeit Unterschiede zwischen den Verfahren Empagran und Provimi festzumachen. Der einzige wesentliche Gesichtspunkt ist der, dass im Fall Provimi für Großbritannien und Deutschland eine gemeinschaftliche Rechtsgrundlage hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit, nämlich die EU-Verordnung, besteht. Amerikanische Gerichte entscheiden dagegen alleine auf der Basis amerikanischen Rechts. Provimi ist also in diesem Sinne eine „innergemeinschaftliche“ Angelegenheit, während es im

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fall Empagran um die einseitige Anwendung amerikanischen Rechts auf extraterritoriale Sachverhalte geht.

b) Dieser Unterschied mag rechtlich wenig bedeutsam erscheinen. Er spielte aber für die Bundesregierung in einem anderen Fall eine wichtige Rolle. Im Verlaufe des Empagran-Verfahrens wandte sich auch DaimlerChrysler mit der Bitte um einen amicus-curiae-Brief an die Bundesregierung. Die kanadische Tochtergesellschaft von DaimlerChrysler DCC wird wegen angeblicher Kartellabsprachen in den USA verklagt; das Verfahren ist vor einem Gericht im Bundesstaat Maine anhängig. DaimlerChrysler hält eine Zuständigkeit dieses Gerichts nicht für gegeben, da keinerlei geschäftliche Berührung mit Maine bestanden habe. Zu den USA habe es lediglich einen sehr losen Kontakt durch einen Verkaufsagenten in New York gegeben, andere Berührungspunkte mit dem amerikanischen Markt gebe es nicht. Der Kläger hatte das Gericht in Maine wohl deshalb ausgewählt, weil die dortige gerichtliche Praxis als klägerfreundlich bekannt ist. DCC sah daher in der willkürlichen Gerichtszuständigkeit in Maine einen erheblichen geschäftlichen Nachteil.

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der gerichtlichen Zuständigkeit für das Unternehmen sind auch in diesem Fall nicht zu bestreiten. Trotzdem hat die Bundesregierung hier von einem amicus-curiae-Brief abgesehen. Da ein wenn auch geringer Bezug zum amerikanischen Markt bestand und damit eine gerichtliche Zuständigkeit amerikanischer Gerichte nicht insgesamt geleugnet werden kann, ist die Frage, welches Gericht in den USA zuständig ist, eine inneramerikanische Angelegenheit. Im Hinblick auf die unterschiedliche Gerichtspraxis in den amerikanischen Bundesstaaten besteht für die Unternehmen ein großes Interesse, dass sich die inneramerikanische Gerichtszuständigkeit nach objektiven und vernünftigen Kriterien richtet. Die Souveränität ausländischer Staaten ist in diesem Fall aber weniger betroffen als in der Frage, ob überhaupt eine gerichtliche Zuständigkeit in den USA besteht. Aus diesem Grund, aber auch wegen der Nähe zu dem Provimi-Fall hat sich die Bundesregierung entschieden, nicht als amicus curiae zugunsten von DCC aufzutreten.

c) Betrachtet man das deutsche Recht, so zeigt sich im Ergebnis, dass die Grenzen für die gerichtliche Zuständigkeit ebenfalls sehr weit gezogen sind. Ausreichend ist nicht nur der Sitz des Unternehmens in Deutschland, was allgemeinen Kriterien im internationalen Vergleich entspricht. Es gibt eine Reihe weiterer Gerichtsstandsgründe, wie z. B. der Gerichtsstand der Belegenheit des Vermögens nach § 23 ZPO, die zum Teil erhebliche extraterritoriale Auswirkungen begründen können. Würde man den Empagran-Fall spiegelbildlich auf Deutschland übertragen (also ein amerikanisches Unternehmen wird in Deutschland von ausländischen Klägern wegen Kartellverstößen auf Schadensersatz verklagt), hätten deutsche Gerichte wohl vielfache Möglichkeiten gehabt, ihre Zuständigkeit zu bejahen.

Allerdings besteht ein wichtiger Unterschied im Verhältnis zur Situation in den USA. Unabhängig von der Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist die Frage des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anwendbaren Rechts gesondert zu prüfen. In dem erwähnten hypothetischen Fall von Schadensersatzansprüchen, die auf Drittmärkten begründet wären, ergibt sich aus § 130 Abs. 2 GWB klar, dass derartige Ansprüche nicht nach deutschem Wettbewerbsrecht zu beurteilen wären. Auch nach den deutschen IPR-Regeln, die auf den Marktort bzw. den Ort des Schadenseintritts abstellen, wäre deutsches Recht nicht einschlägig. In den USA dagegen bedeutet subject matter jurisdiction immer zugleich auch Anwendung des amerikanischen Rechts. Dies gilt sowohl für das Verfahrensrecht als auch für das jeweilige materielle Recht. Die gerichtliche Zuständigkeit amerikanischer Gerichte hat deshalb ungleich größere Auswirkungen als im europäischen Vergleich.

D. Die praktischen Auswirkungen – Unterschiede des Schadensersatzrechts

a) Der Fall, dass ausländische Kläger Ansprüche gegen amerikanische Unternehmen vor deutschen Gerichten geltend machen, ist rein hypothetischer Natur – und wird dies sicher auch in Zukunft bleiben. Das amerikanische Recht ist in vielfacher Hinsicht ausgesprochen klägerfreundlich, sodass Kläger keinen Anreiz haben, eine andere Zuständigkeit zu suchen. Die Besonderheiten des amerikanischen Rechtssystems, die die Kartellrechtsdurchsetzung wesentlich von dem europäischen System unterscheiden, sind bekannt. Die Durchsetzung des Kartellrechts in den USA beruht in 90% der Fälle auf Verfahren privater Kläger (private enforcement). Behördliche Sanktionen spielen dagegen im europäischen System die herausragende Rolle. Dem Geschädigten eines Kartells steht nach amerikanischem Recht zwingend ein Anspruch auf dreifachen Schadensersatz (treble damages) zu. Noch wichtiger ist das Verfahrensrecht, das einseitig den Kläger begünstigt. Er hat die Möglichkeit einer umfassenden Ausforschung des beklagten Unternehmens (pretrial discovery), die für das beklagte Unternehmen extrem kostspielig und zeitaufwendig ist, verbunden mit dem Risiko hoher Strafen bei auch versehentlich unvollständiger Auskunft. Für den Kläger ist dieses Verfahren dagegen absolut kosten- und risikolos. Das System der sog. class actions und die verbreiteten Erfolgshonorare der Anwälte haben eine ausgedehnte „Anwaltsindustrie“ begünstigt, die Geschädigte geradezu zu Klagen antreibt. Entschieden werden diese Klagen von einer Jury mit ehrenamtlichen Richtern, die häufig Sympathie für die Geschädigten haben. Erschwert wird die Rechtslage für die Unternehmen zusätzlich durch das Nebeneinander von Bundes- und Staatenrecht, das in manchen Fällen zu nicht koordinierten kumulativen Schadensersatzansprüchen bei den gleichen Sachverhalten führt.

Auch im deutschen Recht ist zwar nach § 33 GWB im Grundsatz ein Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen Kartellvorschriften vorgesehen. Dieser scheinbar weitreichende Schadensersatzanspruch ist aber in der gerichtlichen Praxis zumindest im Fall von Kartellverstößen erheblich eingeschränkt. Die Gerichte haben

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 33 GWB so restriktiv ausgelegt – wahrscheinlich sogar über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinausgehend –, dass Schadensersatzansprüche selbst bei schwersten Preiskartellen im Ergebnis keine Rolle spielen. Dies deckt sich mit der Situation, wie sie praktisch in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union besteht.

b) Die extrem unterschiedliche Rechtslage in Amerika und in Europa ist inzwischen auf beiden Seiten in Bewegung geraten. Durch ganz unterschiedliche Reformansätze kommt es in den Rechtssystemen der USA und Europas in einzelnen Punkten zu spürbaren Annäherungen. Dieser Prozess dauert an. Er kann hier nur anhand einiger Beispielsfälle kurz dargestellt werden.

– Auf amerikanischer Seite ist zunächst eine Änderung des Sherman Act von 2004 zu nennen (Criminal Penalty Enhancement and Reform Act). Hierdurch sind einerseits Strafen bei Kartellen deutlich ausgeweitet worden (die Gefängnishöchststrafe wurde z. B. von drei auf zehn Jahre heraufgesetzt). Wichtiger ist aber, dass nun in leniency-Fällen die treble damages durch single damages ersetzt sind. Außerdem wurde für das Unternehmen, dem leniency gewährt wird, die gesamtschuldnerische Haftung aufgehoben, was solche leniency-Programme erst wirklich attraktiv, weil berechenbar macht. In diesem Punkt ist das amerikanische Recht für die Kartellunternehmen inzwischen sogar teilweise günstiger als z. B. das deutsche Recht.

– Außerdem hat der Kongress vor kurzem ein Gesetz verabschiedet (Class Action Fairness Act), das dem Unwesen im Bereich der class actions entgegenwirken soll. Nach diesem Gesetz, das vor wenigen Tagen vom Präsidenten unterzeichnet wurde, sollen künftig vermehrt Bundesgerichte für solche class actions zuständig sein, von denen erwartet wird, dass sie eher als die Staatengerichte mit ihrer ehrenamtlichen Jury maßvoll mit solchen Ansprüchen umgehen. Damit ist erstmals seit Jahren ein Anlauf zur Reform des Schadensersatzrechts in den USA gelungen, auf den die Unternehmen in den USA große Hoffnung setzen.

– Damit sind jedoch noch längst nicht alle Probleme beseitigt. Deshalb ist es schon ein Erfolg, dass Sachverständigen-Kommissionen eingesetzt werden, die das Schadensersatzrecht unter verschiedenen Gesichtspunkten überprüfen sollen. Dazu gehört auch die Antitrust Modernization Commission, die eine klarstellende Überarbeitung des sog. FTAIA vornehmen soll, also des Gesetzes, das die Zuständigkeit für amerikanische Gerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten regelt.

Während also in den USA sehr deutlich ein Bedürfnis für die Einschränkung der Schadensersatzansprüche bei Kartellrechtsverstößen gesehen wird, ist eine gegenteilige Entwicklung auf der europäischen Seite des Atlantik zu verzeichnen.

– Ausgangspunkt ist die Courage-Entscheidung des EuGH, wonach jedermann bei Verletzung der Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages einen Anspruch auf Ersatz seines Schadens geltend machen kann. Rechtsgrundlage eines solchen Scha-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

densersatzanspruchs ist nicht das europäische Recht, sondern das jeweilige nationale Recht. Die effet-utile-Rechtsprechung des EuGH sorgt allerdings dafür, dass dieser Schadensersatzanspruch nicht nur, wie bisher im deutschen Recht, theoretischer Natur ist, sondern nunmehr ein wirksames Instrument der Kartellrechtsdurchsetzung sein muss. Diesen Anforderungen entsprechend wird die Schadensersatzregelung in der 7. GWB-Novelle grundlegend umgestaltet und verbessert.

– Unabhängig davon hat sich die EU-Kommission zum Ziel gesetzt, die private Rechtsverfolgung in Europa zu stärken. Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts soll dadurch effizienter, der Wettbewerbsschutz insgesamt gestärkt werden. Die Kommission hat zu diesem Zweck ein Grünbuch angekündigt, das bis Ende des Jahres vorliegen und als Basis für das weitere Vorgehen dienen soll. Die neue Kommissarin Kroes hat keinen Zweifel gelassen, dass eine verbesserte private Rechtsdurchsetzung zu den Prioritäten der Kommission auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik im Rahmen der Lissabon-Agenda zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit Europas gehören wird.

– In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gibt es vielfältige Ansätze, die in der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts eine Angleichung an das amerikanische Rechtssystem bewirken werden. In Großbritannien können nunmehr ebenfalls Gefängnisstrafen bei schweren Kartellverstößen verhängt werden. Auch für die Verfolgung von privaten Schadensersatzansprüchen sind künftig weitere gesetzliche Verbesserungen zu erwarten. In den Niederlanden werden spezielle Vorschriften für die private Rechtsdurchsetzung zurzeit geprüft. Die Regierung in Frankreich hat angekündigt, in bestimmten Bereichen class actions nach amerikanischem Vorbild einzuführen. Die 7. GWB-Novelle sieht auch für Deutschland eine Reihe von Änderungen vor, wie z. B. die Ausweitung der Verbraucherschutzrechte durch Verbandsklagen und die Gewinnabschöpfung von Kartellerlösen durch Verbraucherschutzorganisationen, mit denen Elemente des amerikanischen Rechtssystems aufgenommen werden. Dem deutschen Gesetzgeber ist deswegen vonseiten der Wirtschaft bereits der Vorwurf einer „Amerikanisierung“ des deutschen Wettbewerbsrechts gemacht worden. Dies ist sicher nur zum Teil berechtigt. Grundlegende Prinzipien des deutschen Rechts werden im Rahmen der 7. GWB-Novelle nicht angetastet. Dort, wo einzelne Elemente aus dem amerikanischen Rechtssystem aufgegriffen werden, erfolgt dies mit dem klaren Ziel, Exzesse und Auswüchse wie im amerikanischen Recht zu vermeiden.

c) Wenn es also auch einen Prozess der Annäherung gibt, werden doch wesentliche Unterschiede in den Rechtssystemen auf beiden Seiten des Atlantik bestehen bleiben. Treble damages, class actions und contingency fees sind Rechtsinstitute, die in Amerika fest verankert sind. Es gibt im politischen Raum keine Chance, diese Institutionen zu beseitigen oder auch nur erheblich einzuschränken. Das amerikanische Recht wird daher weiter seine klägerfreundliche Tendenz behalten. Da-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit werden die Anreize für Kläger bestehen bleiben, Schadensersatzansprüche nach Möglichkeit vor US-Gerichten geltend zu machen.

Das forum shopping durch Kläger – oder aus der Sicht der Beklagten der „bounty hunter approach" – wird also ein Dauerproblem bleiben. In Einzelfällen kann es sogar eine existenzbedrohende Bedeutung für das betroffene Unternehmen haben, ob eine Zuständigkeit amerikanischer Gerichte besteht oder nicht (sicher nicht im Fall Empagran). Dies ist deutlich anders als im europäischen Bereich, wo die Unterschiede in den Rechtsordnungen und Gerichtsverfahren keine derartigen existenzbedrohenden Ausmaße haben. Damit sind Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit amerikanischer Gerichte nicht nur eine Angelegenheit der Wissenschaft, sondern eine unmittelbare Aufgabe auch für die Politik der Bundesregierung.

E. Andere Bereiche extraterritorialer Rechtsanwendung in den USA

Die politischen Konsequenzen können nicht allein im Hinblick auf den Fall Empagran beurteilt werden, sondern müssen den weiteren Rahmen der extraterritorialen Rechtsanwendung durch amerikanische Gerichte mit einbeziehen. Dies ist ein weites Feld, das im Folgenden anhand von drei Beispielsfällen nur kurz erläutert werden kann.

a) Während in den vergangenen Jahren spezielle Sanktionsgesetze (gegen Libyen, Kuba, Iran etc.) den deutschen Behörden und Unternehmen die größten Sorgen bereiteten, steht in letzter Zeit vor allem ein altehrwürdiges Gesetz aus dem Jahre 1789 im Mittelpunkt: Das Alien Tort Statute (ATS). Dieses Gesetz, das nur aus einem einzigen Satz besteht, diente ursprünglich dem Schutz gegen Seepiraterie, auch sollten Diplomaten geschützt werden. Erstmals wurde das Gesetz im Jahre 1981 angewandt, als ein Oppositionspolitiker aus Paraguay gegen das Diktaturregime in Paraguay bei einem amerikanischen Gericht eine Schadensersatzklage wegen der Folterung und Tötung seines Sohnes erhob. Auch die Klagen der ehemaligen Zwangsarbeiter des NS-Regimes oder von Holocaust-Überlebenden gegen Schweizer Banken beruhten auf diesem Gesetz. Über solche moralisch kaum anfechtbaren Beistandsfälle gegen Diktaturen hinaus wird das Gesetz inzwischen vermehrt instrumentalisiert, um multinational tätige Unternehmen wegen angeblicher Völkerrechtsverletzungen (z. B. Zusammenarbeit mit dem Apartheid-Regime) haftbar zu machen.

Der US Supreme Court hat im Juni 2004 auch zu diesem Gesetz in einem sehr ungewöhnlichen Fall (Sosa ./. Alvarez-Machain) eine Entscheidung getroffen. Es handelte sich um die Entführung von Drogenfahndern: Zunächst war ein amerikanischer Drogenfahnder nach Mexiko entführt worden. Da Mexiko sich weigerte, den angeblichen Täter in die USA auszuliefern, wurde dieser seinerseits durch amerikanische Drogenfahnder in die USA entführt und dort vor Gericht gestellt. Er

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wurde jedoch mangels Beweisen freigesprochen. Daraufhin verklagte der Mexikaner seinen Landsmann, der ihn entführt hatte, in den USA auf Schadensersatz. Der US Supreme Court entschied in diesem Fall ähnlich wie im Fall Empagran: Er hat einerseits das ATS als Rechtsgrundlage bestätigt, die Anwendung dieses Gesetzes aber entsprechend den Grundsätzen der comity und reasonableness eingeschränkt. Amerikanische Gerichte müssten die legitimen Interessen dritter Staaten in Rechnung stellen und dürften das Alien Tort Statute nur bei schwerwiegenden Völkerrechtsverletzungen auf Sachverhalte außerhalb der USA anwenden. Die Furcht amerikanischer und ausländischer Unternehmen vor einer übermäßigen Inanspruchnahme auf der Basis dieses Gesetzes sind dadurch zwar nicht ganz beseitigt, aber spürbar eingeschränkt.

b) Einen engen Bezug zum Kartellrecht weist der Fall AMD (Advanced Micro Devices) ./. Intel auf, der trotzdem von allgemeiner Bedeutung ist. Das Unternehmen AMD hatte bei der Europäischen Kommission eine Beschwerde gegen Intel erhoben und behauptet, Intel würde seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzen. Um die Beschwerde zu untermauern, klagte AMD gegen Intel bei einem amerikanischen Gericht auf Herausgabe von Unterlagen, die sich in Besitz von Intel befanden. Die EU-Kommission sah keine Notwendigkeit zur Vorlage dieser Unterlagen und sprach sich im Gerichtsverfahren gegen den Klageanspruch von AMD aus. Auch wenn es in diesem Fall nur um verfahrensmäßige Rechte ging, waren die Auswirkungen doch von erheblicher Tragweite. In allen Gerichtsverfahren irgendwo in der Welt wären die Unternehmen allein dadurch, dass sie geschäftlich in den USA tätig waren, den Beweiserhebungsregeln des amerikanischen Rechts unterworfen gewesen. Die Beweiserhebungsgrundsätze in gerichtlichen Verfahren außerhalb der USA hätten somit ohne weiteres umgangen werden können, wenn amerikanische Gerichte nach US-Recht die Herausgabe von Unterlagen durchsetzen könnten. Gerade deshalb wehrte sich auch die Kommission in diesem Fall gegen die „Unterstützung“ durch amerikanische Gerichte.

Der US Supreme Court traf in diesem Fall eine ähnliche Entscheidung wie in den anderen genannten Fällen. Er bejahte die Herausgabepflicht dem Grunde nach, verlangte aber im Einzelfall eine Abwägung, inwieweit mögliche Interessen von Drittstaaten einer Herausgabeanordnung durch US-Gerichte entgegenstehen. Die Abwägung erfolgt nach Grundsätzen, die den Prinzipien der comity und reasonableness im Kartellrechtsfall vergleichbar sind. Der Supreme Court übertrug die abschließende Entscheidung dem Berufungsgericht, das nun feststellen muss, ob ein hinreichender Nexus zwischen dem geltend gemachten Anspruch und dem amerikanischen Markt besteht. Im Ergebnis ist damit auch in diesem Fall die amerikanische Zuständigkeit (subject matter jurisdiction) zwar im Grundsatz bestätigt, die extraterritoriale Ausübung aber im Einzelfall spürbar eingegrenzt (wenn auch nicht völlig beseitigt).

c) Von deutschen Unternehmen wird darüber hinaus beklagt, dass amerikanische Gerichte ihre Zuständigkeit unter Berufung auf die allgemeine doing business rule

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

übermäßig weit auslegen würden. In vielen Fällen würden bereits extrem geringfügige geschäftliche Beziehungen zu den USA als ausreichend angesehen. Allein die Tätigkeit eines Verkaufsagenten in den USA könnte schon dazu führen, dass sich amerikanische Gerichte für weitreichende Klagen gegen dieses Unternehmen für zuständig erklären würden. Die doing business rule als solche ist zwar rechtlich kaum angreifbar. Die übermäßige Anwendung dieser Regelung durch amerikanische Gerichte bereitet aber in der Tat erhebliche Probleme. Für die deutschen Unternehmen besonders nachteilig ist dabei, dass die gerichtliche Zuständigkeit (subject matter jurisdiction) immer auch die Anwendung von amerikanischem Recht, und zwar Verfahrensrecht und auch sachliches Recht, mit einschließt. Dies macht es verständlich, dass immer wieder auch nach möglichen politischen Handlungsalternativen gegenüber der extraterritorialen Anwendung von amerikanischem Recht durch US-Gerichte gesucht worden ist.

F. Politische Schlussfolgerungen im Hinblick auf den Fall Empagran

Bei der Suche nach politischen Handlungsmöglichkeiten muss man sich natürlich bewusst sein, dass der Spielraum für ausländische Regierungen, ihre Interessen bei der Anwendung amerikanischen Rechts geltend zu machen – und erst recht in einem so sensiblen Bereich wie der gerichtlichen Zuständigkeit –, äußerst begrenzt ist. Spektakuläre Erfolge sind auf diesem Weg nicht zu erwarten. Regierungen anderer Staaten haben keinen Einfluss, um durchgreifende Änderungen der amerikanischen Gerichtspraxis oder rasch wirksame gesetzliche Maßnahmen in den USA durchzusetzen oder nachhaltig zu befördern. Andererseits sind die Probleme der extraterritorialen Anwendung amerikanischen Rechts in den USA so erheblich, dass die Bundesregierung (wie auch andere europäische Regierungen) nicht untätig bleiben kann, sondern die ihr zur Verfügung stehenden begrenzten Mittel ausschöpfen will.

I. Politische Entscheidungen durch US-Kongress- und Bundesstaaten

Die wichtigsten Veränderungen, um die Risiken ausländischer Unternehmen durch Rechtsverfolgung vor amerikanischen Gerichten zu begrenzen, müssen von den USA selbst ausgehen. Dies gilt ganz besonders für die notwendige Reform des Schadensersatzrechts. Dieses System ist auch nach Angaben von Präsident Bush inzwischen „out of control“. Die Schadensersatzsummen, die von amerikanischen Gerichten gegen Unternehmen verhängt werden, sind von Jahr zu Jahr rapide angestiegen (von gut 40 Mrd. $ im Jahre 1980 auf mehr als 200 Mrd. $ im Jahre 2001). Eine einflussreiche Lobby von Anwälten, mit Unterstützung durch Verbraucher-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

organisationen und Geschädigtengruppen, hat jedoch bislang alle Reformansätze unterbinden können. Im Wettbewerbsbereich kommt hinzu, dass der Sherman Act mit seinen klägerfreundlichen Sanktionen seit über 100 Jahren in der amerikanischen Rechtstradition fest verwurzelt ist. Eine Reform des Schadensersatzrechts mit seiner „jackpot-Gerechtigkeit" stößt deshalb auf erhebliche politische Widerstände, immerhin wächst die Einsicht auch in den USA selbst. Die deutsche Regierung hat sich wiederholt bemüht, im Kongress und in der Öffentlichkeit die nachteiligen Folgen des amerikanischen Rechtssystems für deutsche Unternehmen deutlich zu machen. Sie begrüßt ausdrücklich entsprechende Eigeninitiativen der deutschen Wirtschaft, die hierfür Graf Lambsdorff gewinnen konnten, um zusammen mit amerikanischen Unternehmen auf notwendige Reformen hinzuwirken.

In Einzelbereichen sind auch bereits Erfolge zu verzeichnen. Erst kürzlich haben zwei Bundesstaaten, nämlich Mississippi und West Virginia, die als besonders klägerfreundliche „judicial hell holes" berüchtigt waren, die Möglichkeiten für Produkthaftungs- und Arzthaftungsansprüche drastisch begrenzt. Ausdrückliches Ziel war es, hiermit wieder ein geschäftsfreundlicheres Klima in diesen Bundesstaaten zu schaffen. Beispielsweise waren die Versicherungsprämien für Ärzte inzwischen so hoch, dass mehr und mehr Ärzte abwanderten und dadurch ein Zusammenbruch des Gesundheitssystems drohte. Diese Reformen sind keine durchgreifende Lösung für das Problem der Schadensersatzklagen. Sie zeigen aber die wirtschaftlichen Auswirkungen, die auf dem Spiel stehen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht unglaubwürdig, wenn deutsche Unternehmen in Einzelfällen geltend machen, ihr Überleben hänge davon ab, ob sie in den USA verklagt werden können oder nicht. Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit haben eine unmittelbare Relevanz als Standortfaktor im wirtschaftlichen globalen Wettbewerb. Dafür das Bewusstsein zu schärfen, ist eine wichtige politische Aufgabe.

II. Zusammenarbeit mit der US-Regierung in gerichtlichen Verfahren

Für die Bundesregierung war es wichtig, dass gerade in den Gerichtsverfahren zur extraterritorialen Anwendung amerikanischen Rechts eine sehr enge Zusammenarbeit mit der amerikanischen Regierung bestanden hat. Diese hat sich im Verfahren Empagran ausgesprochen bewährt. Das Department of Justice hat in allen drei Fällen parallel mit der Bundesregierung einen amicus-curiae-Brief eingereicht, was beim Supreme Court sicherlich nicht ohne Eindruck geblieben ist. Auch in den Verfahren zum Alien Tort Statute und im Fall AMD ./. Intel haben sich die Europäische Kommission und die amerikanische Regierung in ihren Stellungnahmen gegenseitig unterstützt. Die Bundesregierung wird sich deshalb bemühen, dieses gute und erfolgreiche Einvernehmen mit der amerikanischen Regierung weiterhin in möglichst vielen Fällen fruchtbar zu machen. In Deutschland gibt es daher auch keine Absicht, ähnlich wie in Großbritannien mit sog. blocking statutes

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Durchsetzung amerikanischer Ansprüche außerhalb der USA zu verhindern. Erst recht scheiden für Deutschland sog. claw back statutes aus, wie sie in Großbritannien kürzlich eingeführt worden sind, um Geschädigten eine Kompensation von (in den USA vollstreckten) Urteilen zu ermöglichen. Wir setzen unsere Hoffnung auf eine einvernehmliche Zusammenarbeit mit der amerikanischen Regierung und letztlich auf die Vernunft der amerikanischen Gerichte.

III. Stärkung der bilateralen Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich

Die Wettbewerbsbehörden in Europa und den USA, insbesondere auch das Bundeskartellamt, haben die gegenseitige Zusammenarbeit bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in den letzten Jahren intensiv ausgebaut. Inzwischen gibt es eine gut funktionierende enge transatlantische Kooperation der Wettbewerbsbehörden. Für die EU-Kommission und die amerikanischen Behörden dienen die beiden sog. comity-Abkommen als Grundlage. Dabei ist im Kartellbereich eine positive comity, d. h. nicht nur Rücksichtnahme, sondern auch gegenseitige Hilfestellung vereinbart. Auch im Verhältnis Deutschland / USA gibt es seit langer Zeit eine Verwaltungsvereinbarung über die Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich.

In der Praxis funktioniert die transatlantische Zusammenarbeit fast reibungslos, entgegen vielfachen Annahmen gibt es kaum Divergenzen zwischen europäischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden. Bei der Bekämpfung von Kartellen und bei der Kontrolle von horizontalen Fusionen haben sich die wettbewerblichen Standards in Europa und den USA weitgehend angenähert. Unterschiedliche Kriterien in der Anwendung gibt es im Wesentlichen nur noch bei der Missbrauchskontrolle von marktbeherrschenden Unternehmen. Hier weicht die amerikanische Betrachtung, die stark auf ökonomischen Kriterien und ökonometrischen Verfahren beruht, erheblich von dem eher legalistischen europäischen Ansatz ab. An den unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben bei predatory pricing oder tying bzw. bundling zeigt sich dies deutlich. Der Fall GE / Honeywell wird häufig als Beispiel für unterschiedliche Bewertungen bei konglomeraten Fusionen zitiert. Hier bleibt zunächst die Entscheidung des EuGH abzuwarten, ehe eine abschließende Bewertung möglich ist. Bis dahin sind auch die Arbeiten in der europäisch / amerikanischen Gruppe, die sich mit diesem Problemkreis befasst hat, eingestellt. Insgesamt kann festgestellt werden, dass Probleme in der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden die Ausnahme, die Übereinstimmung aber die Regel ist. Unser Ziel ist es, diese Zusammenarbeit zu stärken und soweit möglich weiter auszubauen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Internationale Regelungen für gerichtliche Zuständigkeit und Zusammenarbeit

Was im Bereich der Wettbewerbsbehörden zufrieden stellend funktioniert, gilt nicht in gleicher Weise für Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit. Im europäischen Rahmen existieren hier verbindliche Rechtsnormen durch die EuGVVO, entsprechende Regelungen fehlen aber im Verhältnis zu den USA. Auf der Haager Konferenz von 2001 zur Schaffung eines Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen blieben viele Fragen ungelöst. Eine konsistente Regelung für gerichtliche Zuständigkeiten und eine gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen sind daher in der internationalen Praxis nicht immer gewährleistet. Dies zeigt der bekannte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Fall Bertelsmann ./. Musikbörse Napster, in dem das Bundesverfassungsgericht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Zustellung einer amerikanischen Schadensersatzklage in Deutschland unterbunden hat, weil zumindest die Höhe des geltend gemachten Schadens von 17 Mrd. $ außerhalb jeden Verhältnisses stand. Dieser Fall zeigt andererseits die Problematik, da die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis durch die Zustellung an Tochterunternehmen in den USA umgangen werden konnte. Auch deswegen halten wir nichts von den im britischen Recht bekannten blocking statutes oder den claw back statutes, auf die ich bereits hingewiesen hatte. Insgesamt bleibt hier noch ein weites Feld für eine Annäherung im Verhältnis zwischen Europa und den USA. Ich will hierauf jedoch nicht näher eingehen, da diese Fragen nicht in der Kompetenz des Bundeswirtschaftsministeriums liegen.

Das Bundeswirtschaftsministerium selbst ist nur in einem kleinen Bereich, nämlich der Rechtshilfe in Kartellverfahren, unmittelbar betroffen. Wir haben uns bei Rechtshilfeersuchen amerikanischer Gerichte stets intensiv bemüht, den Bitten um Rechtshilfe (Vorlage von Dokumenten, Durchführung von Durchsuchungen, Befragung von Zeugen u. ä.) möglichst weitgehend zu entsprechen. Diese Verfahren waren zunächst sehr umständlich und langwierig, da eine Fülle ungeklärter Fragen geklärt werden musste. In einigen Fällen waren die Hauptsachenverfahren abgeschlossen, bevor über die Rechtshilfe entschieden wurde. Nach anfänglichen Schwierigkeiten funktioniert die Rechtshilfe jetzt besser, was auch von den US-Stellen ausdrücklich anerkannt wird. Umgekehrte Fälle von Rechtshilfeersuchen deutscher Gerichte an amerikanische Stellen hat es im Kartellbereich bislang noch nicht gegeben.

In den Rechtshilfeverfahren haben sich die betroffenen Unternehmen regelmäßig vehement gegen die Gewährung der Rechtshilfe gewehrt. Das Ministerium hat trotzdem die Rechtshilfe bewilligt, lediglich in Fällen der pretrial discovery ist eine Rechtshilfe grundsätzlich ausgeschlossen. Für eine effektive Rechtshilfe in einem geordneten Verfahren spricht, dass die amerikanischen Gerichte nur auf diese Weise davon abgehalten werden können, stattdessen die ihnen zur Verfügung stehenden extraterritorialen Druckmittel auszuschöpfen. Die Erfahrung in der Praxis

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zeigt, dass diese Erwartung berechtigt ist. Insgesamt liegt daher eine geordnete Rechtshilfe im Verhältnis zu den USA auch im Interesse der deutschen Wirtschaft.

V. Internationale Wettbewerbsordnung (WTO) als langfristiges Ziel

Für den Wettbewerbsbereich bleibt aus der Sicht der deutschen Regierung die Schaffung einer international verbindlichen weltweiten Wettbewerbsordnung die langfristig wichtigste Perspektive. Aus heutiger Sicht bietet sich hierfür vorzugsweise die WTO an. Auch wenn die Realisierungschancen eines solchen Projektes derzeit begrenzt sind und die Tragweite der Regelungen eingeschränkt bleiben wird, gibt es wahrscheinlich auf lange Sicht keine überzeugende Alternative zur WTO. Verbindliche internationale Regelungen zum Wettbewerbsrecht sind – wenn überhaupt – nur in der WTO denkbar. Die Gefahr, dass die notwendigerweise niedrigen Standards der WTO einen race to the bottom in den nationalen Wettbewerbsregelungen auslösen könnten, sieht die Bundesregierung nicht.

In einer künftigen internationalen Wettbewerbsordnung muss die Entwicklungsdimension ausreichend berücksichtigt werden, nicht nur wegen des zahlenmäßigen Übergewichts der Entwicklungsländer. Verbindliche Wettbewerbsstandards müssen aber nicht durch hohe Opfer zugunsten der Entwicklungsländer erkauft werden. Den Entwicklungsländern muss klar sein, dass eine funktionierende nationale Wettbewerbsordnung einen Standortvorteil im internationalen Wettbewerb um Investitionen darstellt. Zwar können einzelne Investoren durchaus mit dem Versprechen, dass sie vor Wettbewerb geschützt werden, angelockt werden. Die langfristigen Schäden für die Volkswirtschaft durch solche Exklusivrechte sind aber höher als die Vorteile. Auch wird der positive Effekt solcher Investitionen dadurch überkompensiert, dass andere Investitionen zu marktwirtschaftlichen Bedingungen verhindert werden. Für eine internationale Wettbewerbsordnung gilt ceteris paribus das Gleiche wie für eine effektive nationale Wettbewerbsregulierung: Die positiven Auswirkungen sind zwar nicht unmittelbar sichtbar, sie überwiegen aber langfristig eindeutig alle anderen Gesichtspunkte.

Das Bedürfnis nach einer konsistenten internationalen Wettbewerbsordnung wird auch durch den Fall Empagran bestätigt. Zwar besteht die Hoffnung, dass eine aus deutscher Sicht befriedigende Klärung der offenen Rechtsfragen im Rahmen des amerikanischen gerichtlichen Verfahrens erreicht werden kann. Mit glücklichen Umständen und vor allem solchen Kraftanstrengungen mehrerer ausländischer Regierungen wie in diesem Fall kann man aber nicht immer rechnen. Ohnehin ist der Ausgang des Empagran-Verfahrens letztlich noch offen. International verbindliche Regeln für die Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich unter Einschluss der gerichtlichen Verfahren zu entwickeln, bleibt also eine wichtige und lohnende Aufgabe. Dies ist die herausragende politische Schlussfolgerung, die sich aus dem Fall Empagran und seinen vielfältigen Schwierigkeiten ergibt. Für die

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

künftigen Beratungen kann man in dieser Hinsicht nur mehr Glück und Erfolg wünschen, als sie bisher dem Bemühen um eine international verbindliche Wettbewerbsordnung beschieden waren.

Literatur

Baudenbacher, Carl / *Behn,* Karsten: Back to „Betsy". Zur Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 604

Bundesverband der Deutschen Industrie, Petita zu den Deutsch-Amerikanischen Wirtschaftsbeziehungen. Vorgelegt vom US Board des BDI-Präsidiums anlässlich der Reise von Bundeskanzler Schröder vom 26. – 28. Februar 2004 in die USA (17. Februar 2004)

Gelinsky, Katja: Ein Gesetz ohne Beispiel. Die amerikanische Regierung ficht für eine Minderung des „Alien Tort Statute" von 1789, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27. Februar 2004

Griffin, James: Die extraterritoriale Anwendung des amerikanischen Zivilrechts und ihre Folgen für die deutsch-amerikanischen Beziehungen, Humboldt-Institution on Transatlantic Issues, Humboldt-Universität Berlin, Januar 2004, S. 2

Körber, Torsten: Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court. Anmerkungen zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts, ZWeR 2004, 591

Shenefield, John / *Beninca,* Jürgen: Extraterritoriale Anwendung des US-amerikanischen Kartellrechts. Zugleich eine Besprechung von Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., WuW 2004, 1276

Entscheidungen des US Supreme Court

Verfahren Empagran v. Hoffmann-La Roche , Urteil vom 14. Juni 2004, WuW / E KRInt 37

(WuW 2004, S. 849). Die amici curiae-briefs in diesem Verfahren sind zugänglich z. B. unter htpp: //supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/docket/2003/april.html 03 – 724

Verfahren AMD v. Intel, Urteil vom 21. Juni 2004, WuW / E KRInt 47 (WuW 2004, S. 1217)

Verfahren Sosa v. Alvarez Machain, Urteil vom 29. Juni 2004, 542 U.S. (2004)

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Internationale Wettbewerbspolitik aus Sicht der Rechtspraxis unter besonderer Berücksichtigung von internationalen Fusionskontrollfällen

Von *Rainer Bechtold*, Stuttgart*

A. Einführung

Die internationale Dimension der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts ist für Unternehmen, die weltweit agieren, von großer Bedeutung. Internationale Wettbewerbspolitik spielt sich auf zwei Ebenen ab. Sie wird auf der einen Ebene gestaltet von den Staaten und Kartellbehörden, die zusammenarbeiten und sich abstimmen und so das Wettbewerbsrecht weiterentwickeln und in Einzelfällen anwenden. Auf der anderen Ebene finden sich die Rechtssubjekte, also insbesondere Unternehmen, die sich an alle für sie geltenden Wettbewerbsordnungen halten müssen. Mangels eines funktionsfähigen internationalen Kollisionsrechts (II.) kommt es sowohl im Bereich der Fusionskontrolle (III.) als auch von kartellbehördlichen Geldbußenverfahren (IV.) zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Unternehmen sehen sich mit dem Risiko divergierender Entscheidungen in unterschiedlichen Staaten konfrontiert. Vor diesem Hintergrund sind Kooperation der Kartellbehörden und Harmonisierungsbestrebungen von großer Bedeutung.

I. Kooperation der Staaten und Kartellbehörden

Staaten und Kartellbehörden arbeiten im Rahmen der WTO, mittels bilateraler Kooperationsabkommen (insbesondere mit den USA) und im Rahmen der EG zusammen und koordinieren sich sowohl im Hinblick auf die Gesetzgebung als auch im Hinblick auf die Behandlung von Einzelfällen. Für EG-Staaten wie Deutschland sind insbesondere folgende Abkommen relevant: Zum einen existieren Abkommen der EG mit Drittstaaten, zum anderen bilaterale Abkommen zwischen Staaten wie den USA und Deutschland. Zwischen der *EG und den USA* sind insbesondere zwei Abkommen über die Anwendung der Wettbewerbsregeln der bei-

---

* Dr. iur., Rechtsanwalt in Stuttgart, Honorarprofessor an der Universität Würzburg. An der Ausarbeitung des Vortrags auf der Basis der am Schluss abgedruckten „Zusammenfassenden Thesen“ hat maßgeblich mitgewirkt Frau Dr. Julia Marquier, Rechtsanwälte Gleiss Lutz in Brüssel.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Staaten und der „Positive Comity"-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln abgeschlossen worden. Dies sind die beiden Abkommen aus den Jahren 1991 / 95 sowie 1998. Durch das Abkommen aus dem Jahre 1991 / 95[1] ist eine Verpflichtung der Staaten begründet worden, die jeweils andere Partei darüber zu informieren, wenn deren Interessen im Bereich des Wettbewerbs beeinträchtigt werden könnten. Diese Notifikationspflicht betrifft auch Zusammenschlüsse. In dem Abkommen von 1991 / 95 ist außerdem geregelt, dass Informationen ausgetauscht werden sollen und Amtshilfe im Rahmen der Vollstreckung geleistet werden soll. Nach dem Abkommen von 1998[2] soll grundsätzlich die Behörde zuständig sein, auf deren Gebiet der Schwerpunkt der Zuwiderhandlung liegt. Die Kartellbehörde der anderen Vertragspartei kann dann einen Antrag auf Untersuchung des Kartellverstoßes und auf Abhilfe stellen. Hierdurch ist kein Anspruch der ersuchenden Partei begründet, dass ein Verfahren durchgeführt wird. Diese beiden Abkommen stellen einen Versuch dar, im Bereich von Kartellverfahren zusammenzuarbeiten, anstatt Kartellrecht extraterritorial anzuwenden. Im Jahre 1999 wurde zwischen der EG und Kanada ein entsprechendes Abkommen abgeschlossen.[3]

Zum anderen bestehen zwischen Staaten bilaterale Abkommen über die kartellrechtliche Zusammenarbeit. Deutschland hat etwa folgende bilaterale Kooperationsabkommen abgeschlossen:

– Deutschland – USA: „Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit in bezug auf restriktive Geschäftspraktiken" vom 23. 6. 1976.[4]
– Deutschland – Frankreich: Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über die Zusammenarbeit in bezug auf wettbewerbsbeschränkende Praktiken vom 28. 5. 1984.[5]

Ansonsten bieten die „Empfehlungen des Rates der OECD über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken mit Auswirkungen auf den internationalen Handel vom

---

1 ABl. 1995 L 95, 47. Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln – Interpretativer Briefwechsel. – Das Abkommen von 1991 war durch die Kommission geschlossen worden, die unzuständig war. Es wurde dann im Jahre 1995 von dem zuständigen Rat bekräftigt.

2 ABl. 1998, L 173 / 28. Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der „Positive Comity"-Grundsätze bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln.

3 ABl. 1999, L 175, 49 (ohne Text).

4 WuW 1976, 578 ff.

5 WuW 1985, 476 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Oktober 1979“ Leitlinien für internationale Kooperation in Kartellverfahren.[6] Darüber hinaus ist in Deutschland die Inanspruchnahme von Rechtshilfe insoweit erleichtert, als die Kartellbehörde mit der ausländischen Behörde direkt verkehren kann.[7]

II. Harmonisierungsbestrebungen

Ein international tätiges Unternehmen hat eine Vielzahl von Wettbewerbsordnungen zu beachten. Aus der Sicht der Unternehmen gibt es daher ein großes Bedürfnis nach Harmonisierung der Wettbewerbsordnungen, und zwar sowohl materiell als auch formal im Hinblick auf Anmeldevorschriften, Sanktionen usw. Die Harmonisierung der materiellen Wettbewerbsvorschriften ist innerhalb der EG relativ weit fortgeschritten; in den Verfahrens- und Sanktionssystemen gibt es aber noch große Unterschiede. Außerhalb der EG ist das in noch viel größerem Umfang der Fall.

Über allen Harmonisierungsbestrebungen schwebt die Vision eines Weltkartellrechts. Auch die Agenda der WTO beschäftigt sich seit 1996 mit dem internationalen Kartellrecht als einem der sog. „Singapore Issues“. Insbesondere sollen Kernprinzipien wie Transparenz, Nichtdiskriminierung und verfahrensrechtliche Fairness sowie Regeln zu Hardcore-Kartellen untersucht werden, des Weiteren auch die Zusammenarbeit im Bereich Wettbewerbspolitik unter den WTO-Mitgliedsstaaten sowie die Unterstützung der schrittweisen Einführung von Kartellbehörden in den Entwicklungsländern durch Capacity-Building. Im Rahmen der letzten Doha Round ist dieser Bereich jedoch nicht substantiell vorangetrieben worden. Das Mandat war nur sehr eingeschränkt. Es betrifft in einem ersten Schritt lediglich die Modalitäten der Verhandlung. Auch verliefen die Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde insgesamt sehr stockend. Es ist aber festzustellen, dass einige WTO-Mitgliedsstaaten auch im Bereich Kartellrecht ein multilaterales Abkommen zumindest in die Diskussion gebracht haben.

In der internationalen Harmonisierung der Rechtssysteme, insoweit sie durch Staaten auf nationaler Ebene erfolgt, gibt es zwei Tendenzen. Dies sind zum einen

– die Angleichung an das US-amerikanische Kartellrecht, zum anderen
– die Angleichung an das europäische System.

Nach der Wende ist das europäische System in vielen früher kommunistischen Systemen übernommen worden; in anderen Teilen der Welt herrscht ein eher US-amerikanisches System vor.

---

6 WuW 1987, 214 ff.

7 Sonderregelung Nr. 21 zwischen dem Auswärtigem Amt und dem Bundesminister für Wirtschaft, Mitteilungsblatt des Auswärtigen Amtes Nr. 3 vom 30. 4. 1965, zitiert nach *Rehbinder*, in: Immenga / Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 130 Abs. 2 Randnr. 283.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies kann jedoch nur als Grobfilterung verstanden werden. Die Grenze zwischen dem US- und dem EG-System verschwimmt in jüngerer Zeit. Die EG und europäische Staaten gleichen ihr System immer mehr dem US-System an. So hat die neue EG-Fusionskontrollverordnung VO (EG) Nr. 139 / 2004 den materiellen Test im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle dem US-amerikanischen SLC-Test (*significant lessening of competition*) angenähert.[8] Darüber hinaus gibt es in einigen Mitgliedstaaten der EG nun class actions (Schweden) bzw. bestehen Bestrebungen, solche einzuführen (Frankreich). In den USA ist ein umgekehrter Trend festzustellen. Class actions sollen eingeschränkt werden. Grund dafür ist zum einen, dass die Wirkung von Leniency-Programmen durch die Möglichkeit von *treble damages* in privaten Schadensersatzprozessen unterlaufen wird, da Schadensersatzklagen wie ein Damoklesschwert über dem einmal in Gang gesetzten kartellbehördlichen Verfahren schweben. Zum anderen wurde mit dem jüngst unterzeichneten „Class Action Fairness Act“ 2005 die Zuständigkeit der US-Bundesgerichte für class actions zu Lasten der einzelstaatlichen Gerichte ausgedehnt, um das weit verbreitete Forum-Shopping in Interstate-Fällen einzudämmen.

Das Bedürfnis nach Harmonisierung bedeutet nicht, dass die Ergebnisse der Kartellrechtsanwendung überall die gleichen sein sollten. Häufig ergeben sich Unterschiede bei identischen materiellen Vorschriften allein daraus, dass die relevanten Marktverhältnisse in den einzelnen Regionen unterschiedlich sind. Das ist besonders offensichtlich in der Fusionskontrolle.

B. Fehlen eines funktionsfähigen internationalen Kollisionsrechts

Immer wenn internationale Sachverhalte rechtlich zu prüfen sind, stellt sich die Frage, welche Rechtsordnungen anwendbar sind und wie ihre Anwendungsvoraussetzungen von einander abzugrenzen sind (Kollisionsrecht). Am weitesten verbreitet ist das Auswirkungsprinzip als Grundlage für die Anwendung eines Kartellrechtsregimes.

I. Das Auswirkungsprinzip

Das Auswirkungsprinzip hat seinen Ursprung in der US-gerichtlichen Entscheidung *United States v Aluminium Co of America (Alcoa)* aus dem Jahre 1945.[9] Auch wenn das Auswirkungsprinzip völkerrechtlich lange Zeit kritisiert worden ist, wird es jetzt weitgehend angewendet (neben den USA etwa in Deutschland und

[8] ABl. 2004 L 24 / 1.

[9] 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945); vgl. *Jones / Sufrin,* EC Competiton Law, 2. ed. 2004, p. 1236; *Carl Baudenbacher / Karsten Behn*, ZWeR 2004, 604, 607.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der EG). Vorwurf war (und ist) die Verletzung der staatlichen Souveränität. Es überschneiden sich die Anwendbarkeiten in der internationalen Wirtschaftswelt zwangsläufig, so dass die Kartellrechtsordnungen sich in vielen Fällen überlappen bzw. in Konkurrenz treten. Das Auswirkungsprinzip wird völkerrechtlich damit gerechtfertigt, dass eine *sinnvolle Anknüpfung* für die Anwendbarkeit der jeweiligen nationalen Kartellrechtsordnung gefordert wird. Durch die Anknüpfung an den Ort der Bildung und Durchführung des Kartells würde nur eine lückenhafte Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen erreicht. Der Schutz der eigenen Wettbewerbsordnung gegen Auslandsbeschränkungen, die zwar nicht im Inland durchgeführt werden, aber sich auf dieses auswirken, ist ein legitimes Anliegen des Auswirkungsstaates. Es stellt keinen Verstoß gegen das Einmischungsverbot dar, weil und soweit der Staat den eigenen Außenhandel regelt und sich einer Einwirkung auf den fremden Wirtschaftsverkehr enthält.

So ist auch im europäischen Recht das Auswirkungsprinzip anerkannt. Es wurde unter anderem im Zellstoffurteil des EuGH *de facto* eingeführt.[10] Der EuGH hält dabei (formal) an dem Territorialitätsprinzip fest. Dabei bezieht er jedoch in den Ort der Durchführung den Ort des Verkaufs an Verbraucher über gleich welchen Vertriebsweg (Tochterfirmen, Niederlassungen, Handelsvertreter oder ähnliches) ein, womit er zu gleichen Ergebnissen wie bei der Anwendung des Auswirkungsprinzips kommt. Das EuG hat sich später in der Entscheidung *Gencor / Lonrho* ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt.[11] Entscheidend sei, ob der geplante Zusammenschluss eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Auswirkung in der EG habe. Vorläuferentscheidungen dieser beiden Entscheidungen waren das *BE9guelin*-Urteil[12], in dem in einer Nebenbemerkung auf die „Wirkung" innerhalb der EG abgestellt wurde, sowie die *Teerfarben*-Entscheidung[13], in der aber letztlich das Territorialitätsprinzip angewendet worden ist, indem das verantwortliche Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat über seine Tochtergesellschaften in der EG in Anspruch genommen wurde.

Im deutschen Recht ist das Auswirkungsprinzip in § 130 Abs. 2 GWB geregelt. Danach findet das Gesetz Anwendung „auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes veranlasst werden". Diese Vorschrift wird so ausgelegt, dass das deutsche Recht nur auf „spürbare" Auswirkungen im Inland an-

---

10 EuGH, Urteil v. 27. September 1988, Rs. 89 / 85 u. a., Slg. 1988, 5193 ff. Randnr. 14 ff. – *Ahlström Osakeyhtiö u. a. („Zellstoff").*

11 EuG, Urteil v. 25. Februar 1999, Rs. T-102 / 96, Slg. 1999, II-753 ff. Randnr. 76 ff., 89 ff. – *Gencor / Lonrho.* Vgl. dazu *Jürgen Schwarze,* in: ders. (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, Seite 37 ff.

12 EuGH, Rs. 22 / 71, Urteil vom 25. November 1971, Slg. 1971, 949 ff. Randnr. 10 – 12 – *Béguelin.* Dort wurde ausgeführt, dass Art. 81 EG auch im Falle der Ansässigkeit einer Partei in einem Drittland anwendbar sein kann, *„wenn die Wirkungen* der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken".

13 EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, Rs. 48 / 69, Slg. 1972, 619, Randnr. 125 ff. – *ICI.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendbar ist. Dabei werden unter Inlandsauswirkung i.S.v. § 130 Abs. 2 GWB solche Auswirkungen verstanden, die den Schutzbereich der jeweiligen Sachnorm im Inland verletzen.[14]

Das Auswirkungsprinzip findet aber auch seine Grenzen. Dies folgt aus dem Völkerrecht und ist auch durch die nationale Entscheidungspraxis des BGH, des KG und des Bundeskartellamts zu § 130 Abs. 2 GWB bestätigt.[15] Es sind dies

– das Verbot des Rechtsmissbrauchs,
– das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines fremden Staates (Interventionsverbot),
– der Grundsatz der Interessenabwägung,
– der Grundsatz der Angemessenheit.

Dies bedeutet meiner Auffassung nach etwa im Rahmen der Fusionskontrolle, dass ein internationaler Zusammenschluss von einer nationalen Behörde nicht immer vollumfänglich untersagt werden kann. Vielmehr hat sich eine nationale Behörde darauf zu beschränken, die Auswirkungen auf ihrem Territorium zu untersuchen und nur eine entsprechende Entscheidung zu erlassen (zu denken ist etwa an eine Teiluntersagung, die nur für die Tochterfirmen im Inland gilt).

So hat auch das KG in seinem *Zigaretten*-Urteil (*Morris-Rothmans*) auf diese Einschränkung des Auswirkungsprinzips abgestellt. Man kann darin eine Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Interessenabwägung sehen. So führt das KG aus:

> „Angesichts der Unabhängigkeit und der Gleichheit der Staaten, zweier die Beziehung der Staaten bestimmender völkerrechtlicher Prinzipien, liegt es auf der Hand, dass auch völkerrechtlich anerkannte Beschränkungen dieser Prinzipien nur dann stattfinden dürfen, wenn hierfür eine Notwendigkeit besteht; denn es würde sonst eine Ausfüllung einer anderen allgemeinen Regel des Völkerrechts, des Einmischungsverbots, und damit eine nicht gerechtfertigte, uferlose Ausdehnung innerstaatlichen Rechts eintreten.“[16]

Über den Inlandsbezug des Auslandssachverhalts muss hinzukommen, dass „sich der den Inlandsbezug ergebenden Sachverhalt nicht sinnvoll ohne Einbeziehung des Auslandssachverhalts regeln lässt“[17]. Kartellbehördliche Kontrolle und Untersagungen sind auf das Erforderliche zu beschränken.

> „Ist diese Verbindung der Inlandsbezug eines im Ausland vollzogenen Zusammenschlusses herrschender Unternehmen, genügt ihre Kontrolle, und gegebenenfalls Untersagung,

---

14 BGH, Beschluß vom 12. Juli 1973, WuW / E BGH 1276, 1279 – *Ölfeldrohre;* BGH, Beschluß vom 29. Mai 1979, WuW / E BGH 1613, 1614 – *Organische Pigmente.*

15 Vgl. zum Ganzen Rehbinder, in: Immenga / Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 130 Abs. 2 Randnr. 21 ff.

16 KG, Beschluß vom 1. Juli 1983, WuW / E OLG, 3051, 3057 – *Morris-Rothmans.*

17 KG, Beschluß vom 1. Juli 1983, WuW / E OLG, 3051, 3057 – *Morris-Rothmans.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

um die Belange der innerstaatlichen Wettbewerbsordnung hinreichend zu schützen und eine Einmischung in die Angelegenheiten fremder Staaten zu vermeiden."[18]

Hierbei lässt das KG dahinstehen, ob sich diese Einschränkung des Einmischungsverbotes unter dem Gesichtspunkt der Vorrangigkeit der anderen staatlichen Rechtsordnung oder der jeweiligen Binnenbeziehung des Sachverhalts, einer Interessenabwägung oder aus dem Missbrauchsverbot ergibt.

Diesen Grundsätzen entsprechend hat auch das KG in Sachen *Synthetischer Kautschuk II* die Untersagung des gesamten Zusammenschlusses bei vergleichsweise geringfügiger Inlandsauswirkung als unzulässig angesehen.

„Da die Untersagung aber – [. . .] – das Zusammenschlußvorhaben insgesamt ergreift und damit auch für die in erster Linie betroffenen ausländischen Beteiligten nach der Vertragslage, die eine Zustimmung aller zuständigen Behörden zur Bedingung macht, die Durchführung ausschließt, bedeutet das eine Verletzung der erwähnten anerkannten Regeln des Völkerrechts [. . .]."[19]

Das EuG stellte in *Gencor / Lonrho* hinsichtlich der Grenzen der Zuständigkeit der Gemeinschaft (infolge des Auswirkungsprinzips) auf die Grundsätze der Nichtintervention und der Verhältnismäßigkeit ab, wobei die Reichweite aber ausdrücklich offen gelassen wird.[20] Die Literatur zieht ebenfalls die eingangs genannten Grundsätze als Kollisionsregelung heran.[21] Teilweise werden sie aber auch als zu unbestimmt angesehen. Nach mitunter vertretener Ansicht sollen vorrangig multi- oder bilaterale Abkommen Jurisdiktionskonflikte lösen.[22]

Im Ergebnis kann daraus die Schlussfolgerung gezogen werden, dass nur die Auswirkungen im Inland geregelt werden können. Dies bedeutet im Rahmen der Fusionskontrolle, dass der Vollzug im Ausland gerade nicht durch ein Vollzugsverbot verhindert werden darf.

---

18 KG, Beschluß vom 1. Juli 1983, WuW / E OLG, 3051, 3058 – *Morris-Rothmans.*

19 KG, Beschluß vom 26. November 1980, WuW / E OLG 2419, 2420 – *Synthetischer Kautschuk II.*

20 EuG, Urteil v. 25. Februar 1999, Rs. T-102 / 96, Slg. 1999, II-753 ff. Randnr. 102 ff. – *Gencor / Lonrho.*

21 Vgl. *Schröter,* in: Schröter / Jakob / Mederer, Vorbemerkung zu den Art. 81 bis 85, Randnr. 117 m. w. N.

22 *Schröter,* in: Schröter / Jakob / Mederer, Vorbemerkung zu den Art. 81 bis 85, Randnr. 117. – Den Grundgedanken der Interessenabwägung und der Rücksichtsnahme findet man auch in den Comity-Abkommen zwischen der EG und den USA. In diesen ist (wenn auch nicht explizit für die Fusionskontrolle) das völkerrechtliche Gebot der gegenseitigen Rücksichtsnahme unter Völkerrechtssubjekten enthalten, das im anglo-amerikanischen Rechtskreis als *comity of nations* eine besondere Rolle spielt und im europäischen Raum auch als Courtoisie bezeichnet wird. Dies führt in der Sache zu vergleichbaren Ergebnissen wie eine Interessenabwägung oder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Andere Kollisionsrechte

Dem stehen Kollisionsrechte gegenüber, die auf den Sitz eines Unternehmens, seine formale Registrierung oder auf andere Kriterien abstellen. Teilweise ist überhaupt nicht ersichtlich, dass nationale Rechtsordnungen sich irgend einem internationalen Kollisionsrecht unterwerfen.

III. Folge: Anwendbarkeit mehrerer Rechtsordnungen

Auch wenn es ein klares Kollisionsrecht gibt, führt das bei internationalen Wettbewerbsbeschränkungen nicht dazu, dass jeweils nur eine Rechtsordnung anwendbar ist. Gerade beim Auswirkungsprinzip ist eindeutig, dass alle Rechtsordnungen anwendbar sind, in denen sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Ähnlich gestreut sind die Zuständigkeiten im Zivilrecht im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen („Mosaiklösung"). Klagen sind grundsätzlich am Ort des Delikts anhängig zu machen, wobei ähnlich fraglich ist, wie der Ort des Delikts zu bestimmen ist (etwa Ort des Schadenseintritts oder Ort der Verabredung des Kartellverstoßes). Nach dem Vorschlag der Kommission für die sog. Rom-II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht soll grundsätzlich das Recht des Staates anzuwenden sein, in dem der Schaden eintritt (Art. 3 Abs. 1).[23] Wenn Kartelle Schäden in mehreren Ländern verursachen, kommt es zu einer Verteilung der Zuständigkeiten auf verschiedene Länder. Geht man von der Grundregel des internationalen Privatrechts aus, dass ein Verfahren grundsätzlich nach dem Recht des Staates zu lösen ist, zu dem es den engsten Bezug aufweist, stellt sich im Kartellrecht folgende Frage:

> „Können globale Kartelle zum einen überhaupt sinnvoll der einen oder anderen Rechtsordnung zugeordnet werden und sollten sie immer einer anderen Rechtsordnung zugewiesen werden, unabhängig davon, ob diese Rechtsordnung eine adäquate Durchsetzung des Kartellrechts gewährleisten kann?"[24]

Dies wirft zum einen die Frage auf, wie nationale Schäden voneinander abzugrenzen sind, zum anderen, wie damit umgegangen werden soll, wenn die Anwendbarkeit der nationalen Rechtsordnung zu einem mangelhaften Schutz des Wettbewerbs führt.[25] Diese Fragen tauchen im Zusammenhang mit dem Grundsatz *ne bis in idem*, der dem Schutz vor mehrfacher Verfolgung und Bestrafung dient, wieder auf (vgl. dazu unten IV.). Die rechtsstaatliche Garantie des *ne bis in idem* steht dem Wunsch nach einer gerechten und umfassenden Sanktionierung eines Kartellverstoßes gegenüber.

---

23 Vorschlag der Kommission vom 22. Juli 2003 für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2003/com2003_0427en01.pdf.

24 *Carl Baudenbacher / Karsten Behn,* ZWeR 2004, 604, 625.

25 *Carl Baudenbacher / Karsten Behn,* ZWeR 2004, 604, 625.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Fusionskontrolle

Das Bedürfnis nach Harmonisierung zeigt sich besonders deutlich im Rahmen der Fusionskontrolle. Heute ist es allgemeine Übung, dass internationale Zusammenschlüsse nach einer Vielzahl von Rechtsordnungen legalisiert werden müssen (*multijurisdictional filings*). Eine die einzelstaatlichen Fusionskontrollen überlagernde höherrangige Fusionskontrolle gibt es nur innerhalb der EG. Soweit die EG-Fusionskontrolle anwendbar ist, gelten die Fusionskontrollregime der 25 Mitgliedstaaten und (bei Anwendbarkeit des EG / EWR-Fusionskontrollregimes nach Art. 57 EWR-Vertrages) der weiteren EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein nicht.

Die Fusionskontrollregime sind materiell nicht voll harmonisiert, obwohl durch die letzte Änderung der EG-Fusionskontrollverordnung und die Aufnahme des Kriteriums der wesentlichen Wettbewerbsbehinderung tendenziell eine Angleichung an das US-amerikanische Prinzip des *significant lessening of competition* stattgefunden hat. Die materielle Angleichung garantiert aber keine einheitliche Anwendung der Fusionskontrollvorschriften, und zwar einmal im Hinblick auf die in jedem Fall auseinander laufende Auslegungs- und Anwendungspraxis, zum anderen auch auf die jeweils unterschiedlichen Marktverhältnisse. Neben der grundsätzlichen Möglichkeit von unterschiedlichen Entscheidungen (I.) sind Divergenzen und zeitliche Probleme auch bedingt durch strenge Vollzugsverbote (II.) und unterschiedliches Verfahrensrecht (III.).

I. Unterschiedliche Entscheidungen

Es ist nicht ausgeschlossen, dass es bei Anmeldung eines Zusammenschlusses in verschiedenen Ländern zu divergierenden Entscheidungen kommt. So kann etwa ein Zusammenschluss in dem einen Mitgliedsstaat erlaubt und in dem anderen Mitgliedsstaat untersagt werden, oder ein Zusammenschluss bedingungslos genehmigt bzw. nur unter Bedingung genehmigt werden.

Ein Beispiel aus der jüngeren Entscheidungspraxis ist innerhalb der EG der Zusammenschluss *SEB / Moulinex*. Hier hat die Kommission den Zusammenschluss im Bereich der EG (ausgenommen Frankreich) unter Bedingung genehmigt und an Frankreich zur Untersuchung des französischen Markts verwiesen. Frankreich hat den Zusammenschluss bedingungslos genehmigt. Hiergegen hat Royal Philips geklagt. Das Gericht erster Instanz hat die Klage in der Entscheidung *Royal Philips / Kommission (BaByliss)* jedoch abgewiesen.[26] Es sei kein Problem, dass es zu widersprüchlichen Entscheidungen komme. Dies sei so im System angelegt, sofern die Verweisungsvoraussetzungen erfüllt seien. Umgekehrt hat die Kommission in

[26] EuG, Urteil vom 3. April 2003, Rs. T-119 / 02, Slg. 2003, II-1433, Leitsätze 8 – 13, Randnr. 320 ff. – *Royal Philips.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Fall *Schlüsselverlag J.S. Moser u. a. / Kommission*[27] entschieden, dass sie nach einer Beschwerde durch Dritte vier Monate nach Freigabe durch eine nationale Kartellbehörde (hier Österreich) keine Pflicht mehr zur Überprüfung ihrer Zuständigkeit hat. Eine nationale Entscheidung entfalte zwar keine Sperrwirkung hinsichtlich der Zuständigkeit der Kommission. Ein subjektiver Anspruch Dritter auf Überprüfung der Zuständigkeit der nationalen Behörde kann jedoch nach einem bestimmten Zeitablauf verwirkt sein. Dies ist dann der Fall, wenn nicht mehr innerhalb einer angemessenen Frist Beschwerde bei der Kommission gegen den Zusammenschluss bzw. die Freigabe des Zusammenschlusses durch eine nationale Behörde eingelegt wird.

Auch im transatlantischen Verhältnis kam es in der Vergangenheit zu abweichenden Entscheidungen, so etwa in Sachen *GE / Honeywell*[28](die EG-Kommission hatte den Zusammenschluss im Gegensatz zu den amerikanischen Behörden untersagt) und im konfliktgeladenen Verfahren *Boeing / McDonnell Douglas*[29] (hier konnte eine Untersagung seitens der Kommission nur durch Verpflichtungszusagen abgewendet werden) konnte. Ähnlich haben bei dem Zusammenschlussvorhaben *Gencor / Lonrho*[30] die EG-Kommission und die südafrikanische Kartellbehörde unterschiedliche Entscheidungen getroffen. Es kann daher als Weiterentwicklung angesehen werden, dass eine der letzten komplexeren Fusionskontrollverfahren der EG im Jahre 2004 in Übereinstimmung mit der US-amerikanischen Fusionskontrollentscheidungen abgeschlossen worden ist. Im Verfahren *Oracle / Peoplesoft*[31] ist ein Gleichlauf der Entscheidungen herbeigeführt worden. Hier hat die EG-Kommission den Zusammenschluss genehmigt, nachdem die US-Behörde den Zusammenschluss freigegeben hatte. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung der Kommission stark von dem Ausgang des US-Verfahrens beeinflusst war. Darüber hinaus liegt sie wohl aber auch in einer Grauzone. Die Kommission wird diesen sehr heiklen Zusammenschluss auch deshalb genehmigt haben, weil es die letzte Entscheidung unter der alten Fusionskontrollverordnung war und sie insoweit nicht das Risiko lief, einen Präzedenzfall zu schaffen. Diese Entscheidung kann auch als (völkerrechtliche) Rücksichtsnahme auf die Praxis der US-Kartellbehörden interpretiert werden.

---

27 EuGH, Urteil v. 25.November 2003, Rs. C-170 / 02 P, Slg. 2003, I-9889, Randnr. 32 ff. – *Schlüsselverlag J. S. Moser u. a.*

28 Kommission, Entscheidung vom 3. Juli 2001, Sache Nr. COMP / M.2220 – *GE / Honeywell.*

29 Kommission, Entscheidung vom 30. Juli 1997, Sache Nr. IV / M.877, ABl. 1997 L 336 / 16 Randnr. 11 f. – *Boeing / McDonnell Douglas.*

30 Kommission, Entscheidung vom 24. April 2001, Sache Nr. IV. / M.619 – *Gencor / Lonrho.*

31 Kommission, Entscheidung vom 26. Oktober 2004, Sache Nr. COMP / M.3216 – *Oracle / Peoplesoft.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Vollzugsverbote

Große Probleme ergeben sich daraus, dass die verschiedenen Kartellrechte nicht nur unterschiedliche Anmeldevorschriften für Zusammenschlussvorhaben haben, sondern z.T. strenge Vollzugsverbote vor positivem Abschluss der jeweiligen Fusionskontrollverfahren.

Die sich daraus ergebenden Probleme können an folgendem Beispiel exemplifiziert werden: Eine internationale Fusion unterliegt wegen Nichterreichens der Umsatzschwellen nicht der EG-Fusionskontrolle, sondern potenziell den Fusionskontrollregimen der EG-Mitgliedstaaten sowie einer Mehrzahl anderer Länder, in denen sich der Zusammenschluss ebenfalls auswirkt. Wenn alle anwendbaren Fusionskontrollregime und die teilweise darin vorgesehenen Vollzugsverbote beachtet werden, kann der Zusammenschluss erst vollzogen werden, wenn er in diesen Staaten nach den dort geltenden jeweils unterschiedlichen Regeln angemeldet und von den Kartellbehörden freigegeben worden ist. Häufig ist auch im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge nicht genau identifizierbar, in welchen Ländern überhaupt angemeldet werden muss. Wenn alle diese Fusionskontrollregime beachtet werden, ist damit auch wegen der ganz unterschiedlichen Verfahren und Verfahrensdauern nicht vorher bestimmbar, wann der Vollzug des Zusammenschlusses stattfinden kann.

In der Praxis helfen sich die Unternehmen häufig dadurch, dass sie den positiven Abschluss der nationalen Fusionskontrollverfahren als Voraussetzung des Closing des Zusammenschlusses nur für die größeren Länder und die Länder vorsehen, in denen die beteiligten Unternehmen sitzen oder größere Produktionsstätten haben. Es wird dann geclosed, wenn in diesen Ländern die Verfahren abgeschlossen sind, ohne Rücksicht darauf, ob in den anderen Ländern angemeldet wurde und wie die anderen Länder den Fall materiell entscheiden. Rechtlich ist dieser pragmatische Weg kaum begründbar, weil es völkerrechtlich nicht angeht, zwischen kleinen und großen, wichtigen und unwichtigen Ländern zu differenzieren.

Erforderlich ist daher ein fusionskontrollspezifisches Kollisionsrecht, und zwar gerade im Hinblick auf die Vollzugsverbote, d. h. die regelmäßig oder jedenfalls häufig in den nationalen Rechtssystemen vorgesehenen Verbote, den Zusammenschluss vor positivem Abschluss des jeweiligen Fusionskontrollverfahrens zu vollziehen. Die damit zusammenhängenden Fragen sind in Deutschland in den achtziger Jahren im „Zigarettenfall" (*Morris-Rothmans*) intensiv diskutiert und teilweise entschieden worden.[32] Das Kammergericht hat hier die Auffassung vertreten, dass das deutsche Recht nur die Auswirkungen einer Fusion in Deutschland behandeln kann. Aus den Ausführungen des Gerichts kann daher geschlossen werden, dass der Vollzug im Ausland durch ein nationales Vollzugsverbot nicht insgesamt verhindert werden darf. Erforderlichenfalls hat sich die Kartellbehörde darauf zu

[32] Siehe dazu bereits oben unter II. KG, Beschluß vom 1. Juli 1983, WuW / E OLG, 3051 – *Morris-Rothmans.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beschränken, die Auswirkungen im Inland ggf. durch Veräußerungen zu erzwingen. Diese Grundsätze sind aus meiner Sicht – auch vor dem Hintergrund der unter II. dargelegten Überlegungen – völkerrechtlich geboten: Das nationale Recht darf Vollzugsakte, die sich ausschließlich im Ausland zwischen ausschließlich (auch in der Konzernspitze) ausländischen Unternehmen abspielen, auch dann nicht verhindern, wenn sie sich im Inland auswirken. Damit sind aber nicht alle materiellen Probleme lösbar. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen im Inland nur Vertriebsaktivitäten und keine Produktionsaktivitäten bestehen.

III. Verfahrensrecht

Die mit dem Nebeneinander verschiedener Fusionskontrollregime verbundenen Probleme ließen sich vermindern, aber nicht völlig beseitigen, wenn wenigstens die Verfahrensvorschriften und die Fristen vereinheitlicht würden.

Generell ist festzustellen, dass die Verfahrensvorschriften und teilweise auch die Fristen und deren Praktizierung durch die Kartellbehörden insbesondere dann zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen, wenn es um materiell unproblematische Zusammenschlüsse geht. Insoweit ist das deutsche Fusionskontrollverfahren vorbildlich. Andere Länder, auch die EG, zwingen häufig die Unternehmen, im Zusammenhang mit Anmeldeverfahren völlig unverhältnismäßigen Aufwand zu betreiben.

D. Kartellfälle

Auch im Bereich des Kartellverbotes und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sind bei Internationalität alle betroffenen Rechtsordnungen zu beachten. Angesichts der Tatsache, dass es sich meistens um Probleme handelt, die nachträglich von den Kartellbehörden aufgegriffen werden, gibt es nur geringere Probleme im Hinblick auf Anmeldeverfahren, Fristen und andere mehr verfahrensrechtliche Probleme (eine Ausnahme sind Probleme bei der internationalen Durchsetzung und Zustellung von Urteilen und Entscheidungen, vgl. dazu II.). Die größten Schwierigkeiten und Risiken werfen in der Praxis unterschiedliche Leniency-Programme (I.) sowie die Möglichkeit paralleler kartellbehördlicher Verfahren (III.) auf.

Innerhalb der EG ist im Bereich des Art. 81 Abs. 1 EG inzwischen eine volle materielle Koordinierung erreicht worden. Die nationalen Rechte dürfen, soweit der zwischenstaatliche Handel in irgendeiner Weise berührt ist, nur noch angewendet werden, soweit sie zu identischen Ergebnissen mit der Anwendung des Art. 81 führen; das bedeutet im Ergebnis, dass die nationalen Rechte insoweit überhaupt keine Bedeutung mehr haben. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht ist diese materielle Koordinierung nicht voll erreicht worden. Die nationalen Behörden müssen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei einem Verhalten, das potenziell von Art. 82 EG erfasst wird, diesen neben ihrem nationalen Recht anwenden. Sie dürfen es nicht mit einem milderen Ergebnis als nach Art. 82 EG anwenden; schärfere nationale Vorschriften dürfen aber weiterhin angewendet werden.

I. Leniency-Programme

Erhebliche Probleme gibt es im Bereich der Leniency-Programme. Entscheidet sich ein Unternehmen dafür, einen Kartellverstoß aus eigener Initiative zu offenbaren, muss er nach gegenwärtiger Rechtslage zu allen Behörden gehen, die sich möglicherweise mit dem Fall befassen könnten. Es reicht also für das Gebiet der EG nicht etwa aus, nur bei der Kommission einen Antrag nach der Kronzeugenregelung zu stellen. Es gibt kein Instrument, innerhalb und außerhalb der EG parallele nationale Verfahren zu verhindern. Zusätzliche Probleme ergeben sich daraus, dass bestimmte Mitgliedsstaaten über kein Leniency-Programm verfügen.[33] Wenn diese Mitgliedsstaaten bzw. ihre Kartellbehörden von dem Kartellverstoß Kenntnis erlangen, so sind sie nicht gehindert, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten und die Unternehmen voll zu bestrafen. Auch insoweit wäre eine Harmonisierung wünschenswert (sei es freiwillig oder durch eine neue Verordnung).

Auch schützt ein Leniency-Antrag nicht vor Schadensersatzklagen. Typischerweise hat eine Bußgeldentscheidung zur Folge, dass (insbesondere in den USA, zunehmend aber auch in Europa) Schadensersatzklagen anhängig gemacht werden. Das Unternehmen kann hierdurch ebenfalls sehr stark beeinträchtigt sein, insbesondere vor dem Hintergrund von *treble damages* in den USA. Entsprechend kann eine drohende hohe Schadensersatzforderungen bewirken, das ein Unternehmen sich gegen die Inanspruchnahme von Kronzeugenregelungen entscheidet. Jedes Unternehmen muss also für sich eine Abwägung treffen, ob es die strafrechtliche Amnestie wählt, dann aber mit zivilrechtlichen Ansprüchen zu rechnen hat, die von eben dieser Freistellung nicht berührt werden. Je höher die gesamten, weltweit drohenden Schadensersatzsummen, desto weniger werden die Unternehmen geneigt sein, Leniency zu beantragen und sich selbst anzuzeigen. Zivilrechtliche Klagen wiederum werden erst nach dem öffentlich-rechtlichen Verfahren anhängig gemacht, insbesondere auch, um von den Beweisen, die in diesem Verfahren erbracht worden sind, zu profitieren. In den USA entwickelt sich zunehmend die Überzeugung, dass das öffentliche Verfahren Vorrang haben sollte, wobei die Privatklagen eher eine Ergänzung darstellen sollten. Dies ist in der Praxis aber ins Gegenteil verkehrt.

In Europa wird an einer Verstärkung des *private enforcement* des Kartellrechts gearbeitet. Nach dem Urteil *Courage v. Crehan* des EuGH[34] müssen die privaten

[33] Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Länder, die Leniency-Programme anwenden: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme.pdf.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das EG-Wettbewerbsrecht auf nationaler Ebene möglich sein. Bedeutung hat der Ashurst-Report[35] *„Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules"*. In Schweden sind class actions eingeführt worden; entsprechende Pläne gibt es in Frankreich. Das deutsche Kartellschadensersatzrecht wird in der 7. GWB-Novelle deutlich verschärft. Es wird abzuwarten sein, welche Auswirkungen in der EG die mögliche Zunahme von (erfolgreichen) Schadensersatzklagen auf die Inanspruchnahme von Kronzeugen-Programmen haben wird.

II. Parallele kartellbehördliche Verfahren

Innerhalb der EG sind parallele Verfahren der EG und nationaler Kartellbehörden ausgeschlossen. Wenn die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, können die nationalen Behörden nicht mehr tätig werden. Anderes gilt, wenn die Kommission nicht tätig wird, wohl aber nationale Behörden. In diesem Fall ist zum einen fraglich, ob die Kommission das Verfahren erneut aufgreifen darf, zum anderen, ob nationale Behörden parallel tätig werden und Unternehmen mehrfach sanktionieren dürfen. Dies birgt das Risiko unterschiedlicher Entscheidungen und eine erhebliche Rechtsunsicherheit für das Unternehmen.

Von der Frage paralleler Verfahren bei der Kommission und nationalen Kartellbehörden zu trennen ist, ob die Kommission nach Abschluss eines Verfahrens durch eine nationale Behörde den Fall noch einmal aufgreifen darf. Dies ist nicht ausdrücklich in der neuen EG-Kartellverordnung VO 1 / 2003 geregelt, aber auch nicht ausgeschlossen.[36] Die Problematik stellt sich insbesondere für Fälle möglicher „Unterbestrafung", d. h., wenn eine Kartellbehörde nur die Auswirkungen des Kartellverstoßes auf ihrem Territorium bei der Bestimmung der Sanktion zugrunde legt, oder wenn das Recht des Mitgliedstaats nur niedrige Geldbußen für den Verstoß gegen Art. 81 EG vorsieht.[37] In dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 27. September 2000 ist hierzu in den Erläuterungen zu Art. 5 ausgeführt:

> „Derartige Entscheidungen binden ausschließlich die betreffende Behörde. Welche Wirkungen andere Arten von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats haben, wird in der vorgeschlagenen Verordnung nicht

---

34 EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-453 / 99, Slg. 2001, I-6297, insbesondere Randnr. 25 ff. – *Courage v. Crehan.*

35 http: //europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative _report _clean_en.pdf.

36 Wouter Wils, World Competition 2003, 131, 143.

37 Die Frage aufwerfend Wouter Wils, World Competition 2003, 131, 145. Im Ergebnis sieht Wils aber auch einen Verstoß gegen *ne bis in idem* als gegeben an. Die angemessenere Lösung wäre es seiner Meinung nach, die Koordinationsmechanismen (Art. 11, 21, 12, 11 Abs. 6 der VO 1 / 2003) im Netzwerk der NCA besser zu nutzen, um von vorneherein die best placed competition authority mit ausreichender Sanktionsgewalt auszuwählen (Seite 146).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geregelt. Dies ist Sache nationalen Rechts. Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden haben außerhalb des betreffenden Mitgliedstaats keine Rechtswirkung und binden die Kommission nicht."[38]

Darin könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* liegen, soweit Entscheidungen der Kommission nach einem nationalen Verfahren oder anderer nationaler Kartellbehörden als möglich erachtet werden. Man könnte der Ansicht sein, dass die jeweilige nationale Behörde ermächtigt worden ist, das EG-Kartellrecht für das gesamte Gebiet der EG anzuwenden, und dass die nationale Behörde von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Eine erneute Verfolgung und Sanktionierung aufgrund EG-Kartellrechts könnte gegen den Grundsatz der Doppelbestrafung verstoßen. Die nationale Kartellbehörde darf auch im Verhältnis zu den anderen Mitgliedsstaaten und deren Wettbewerbsbehörden das EG-Kartellrecht für den gesamten Bereich der EG anwenden (*„die gesamte Zuwiderhandlung wirksam beenden"*[39]). Dies folgt aus der Dezentralisierung des EG-Kartellrechts. Die Mitgliedsstaaten haben in einem ersten Schritt die Zuständigkeit für die Ahndung von Kartellverstößen auf die supranationale EG-Kommission übertragen. In einem zweiten Schritt wurde die Kompetenz der EG-Kommission auf die nationalen Wettbewerbsbehörden übertragen. Insgesamt haben die Mitgliedsstaaten also (im völkerrechtlichen Sinne) ihr Einverständnis oder ihre Zustimmung zu einer Übertragung von staatlichen Kompetenzen gegeben.

Auch wenn man nur von einer territorial eingeschränkten Wirkung einer Entscheidung (Rechtsfolgenseite) ausgeht, könnte der Grundsatz *ne bis in idem* eine erneute Sanktionierung durch die Kommission oder eine andere NCA sperren. Insbesondere gilt *ne bis in idem* auch im Wettbewerbsrecht.[40] Dem steht nicht entgegen, dass die VO 1 / 2003 in Art. 23 Abs. 5 Geldbußen wegen Kartellverstößen nicht als Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter zu bezeichnen versucht. Entscheidend ist vielmehr die materielle Natur der jeweiligen Sanktion. Das Doppelbestrafungsverbot greift ein, sobald dessen Tatbestandsseite erfüllt ist. In dem neueren Geldbußenurteil *Aalborg Portland* hat der EuGH die Voraussetzungen des *ne bis in idem*-Grundsatzes festgehalten:

„In Bezug auf die Beachtung des Grundsatzes ne bis in idem ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung dieses Grundsatzes von der dreifachen Voraussetzung der Identität des Sachverhalts, des Zuwiderhandelnden und des geschützten Rechtsguts abhängt. Dieser Grundsatz verbietet es somit, dieselbe Person mehr als einmal wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens zum Schutz desselben Rechtsguts mit einer Sanktion zu belegen."[41]

---

38 KOM 2000 / 0582 endg., ABl. 2000 C 365 / 284.

39 Punkt 8 der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. 2004 C 101 / 43 (im Folgenden: Netzwerk-Bekanntmachung).

40 EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2002, vb. Rs. C-238 / 99 P u. a., Slg. 2002, II-8375 Randnr. 59 – *Limburgse Vinyl Maatschappj („PVC II").*

41 EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004, vb. Rs. C-204 / 00 P u. a., Randnr. 338 – *Aalborg Portland u. a.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wendet die Kommission dieselbe Norm hinsichtlich desselben Täters bei gleichem Sachverhalt noch einmal an, so gilt *ne bis in idem*. Der Sachverhalt ist hier der gleiche (Verstoß gegen Art. 81 EG). Selbst, wenn man den Sachverhalt als insoweit unterschiedlich ansieht, als er die Auswirkungen nur auf dem Territorium eines Mitgliedstaates sanktioniert, so würde aus der für die Auslegung von Justizgrundrechten relevanten Rechtsprechung des EGMR und der Grundrechte-Charta nichts anderes folgen. Nach der Entscheidung *Franz Fischer v. Austria*[42] des EGMR soll ausreichen, dass die Tatbestände die gleichen wesentlichen Elemente aufweisen. Dies ist bei einem Verstoß gegen Art. 81 EG wohl der Fall. Des Weiteren verbietet Art. 50 der Grundrechte-Charta gerade eine erneute Verfolgung oder Bestrafung *„in der Union"*.

Das Problem der „Unterbestrafung" ist durch eine verbesserte Allokation im Netz der Kartellbehörden zu lösen.[43] Wendet eine Kartellbehörde immer wieder zu niedrige Sanktionen an, so wird sie auf Dauer nicht mehr als geeignetste Kartellbehörde gewählt. Es wird sich davon erhofft, dass die materiellen Sanktionen langfristig harmonisiert werden.[44]

Innerhalb der EG können Verstöße gegen Art. 81 Abs. 1 EG sowohl von der Kommission als auch von nationalen Behörden verfolgt werden. Zwar können die nationalen Behörden nicht mehr tätig werden, wenn die Kommission ein Verfahren eröffnet. Umgekehrt sollen aber parallele Verfahren mehrerer nationaler Kartellbehörden möglich sein. Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG diese Behörden nebeneinander Geldbußen verhängen können, oder ob die erste verhängte Geldbuße nach dem Grundsatz des „ne bis in idem" eine nochmalige Ahndung ausschließt.

Die VO 1 / 2003 sieht keine verbindliche Regelung bzgl. Parallelverfahren, Mehrfachsanktionen und möglicher widersprüchlicher Entscheidungen von nationalen Behörden vor. Nach Art. 13 können Kartellbehörden ein Verfahren aussetzen oder beenden, wenn eine andere Kartellbehörde den Fall behandelt (Abs. 1) oder behandelt hat (Abs. 2). Nach Erwägungsgrund 18 soll jeder Fall nur durch eine einzige Behörde untersucht werden. Gemäß Erwägungsgrund 22 zur VO 1 / 2003 sollen in einem System paralleler Zuständigkeiten im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden. Darin liegt aber nur das Ziel, jedoch keine strikte Verpflichtung. Es ist vielmehr *soft law*. Eine Verpflichtung, kein zweites Verfahren einzuleiten, könnte aber aus *ne bis in idem* folgen.

Zur Anwendbarkeit von *ne bis in idem* kommt es darauf an, dass der gleiche Sachverhalt und das gleiche Rechtsgut durch denselben Handelnden betroffen sind

---

42 EGMR, Urteil vom 29. Mai 2001, Application no. 37959 / 97, insbesondere Randnr. 25 ff., 29 – *Franz Fischer v. Austria.* Vgl. auch *Wouter Wils,* World Competition 2003, 131, 134.

43 *Wouter Wils,* World Competition 2003, 131, 146 f.

44 *Wouter Wils,* World Competition 2003, 131, 147.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(so die oben dargelegte neuere *Aalborg Portland*-Rechtsprechung). Nach der Entscheidung *Franz Fischer v. Austria*[45] EGMR soll ausreichen, dass die Tatbestände die gleichen wesentlichen Elemente aufweisen. Dies ist auch bei Verfahren vor verschiedenen nationalen Behörden der Fall. Es handelt sich immer um den gleichen Verstoß gegen Art. 81 EG. Es dürfen daher keine parallelen Verfahren bei nationalen Behörden durchgeführt werden. Denn in der Sache enthalten die geahndeten Kartellverstöße jedenfalls die gleichen wesentlichen Elemente; genauer: es handelt sich um einen Verstoß des Unternehmens gegen Art. 81 EG.

E. Resümee

Eine Harmonisierung im Bereich des internationalen Wettbewerbsrechts ist weiter erforderlich. Dies gilt insbesondere für die Bereiche Fusionskontrolle (Vollzugsverbote, Verfahren) sowie Kartellrecht (Leniency-Programme, Parallelverfahren). Auch die beginnende Harmonisierung im EG-Kartellrecht scheint mehr Fragen aufzuwerfen als zu lösen. Ist Folge der Harmonisierung, dass Verfahren parallel mit unterschiedlichen Ergebnissen durchgeführt werden können, so ist die gewünschte Rechtsvereinheitlichung gerade wieder zweifelhaft. Während das Völkerrecht und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte im Fusionskontrollrecht eine Beschränkung auf die Kontrolle der nationalen Auswirkungen (bzw. innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung) fordert, ist diese Beschränkung im EG-Kartellrecht aufgrund der Supranationalität der Rechtsordnung aufgehoben. Die Auswirkungen im Gebiet der gesamten EG können prinzipiell von einer best placed competition authority behandelt werden. Letztlich sind die Kartellbehörden auf die Kontrolle der Auswirkungen in dem Gebiet der *jeweiligen Rechtsordnung* beschränkt. Diese Rechtsordnung ist bei der Anwendung von EG-Recht dann eben das gesamte Gebiet der EG. Die Diskussionen um die neue EG-Kartellrechtsverordnung zeigen auch, dass eine Harmonisierung nicht auf halbem Wege stecken bleiben darf. Wenn eine übergeordnete Kartellrechtsordnung geschaffen werden soll, so darf dies nicht halbherzig, sondern muss mit allen Konsequenzen erfolgen. Dies bedeutet gerade auch, dass eine Behörde (und sei es eine nationale) mit Wirkung für andere Staaten – also gleich einem transnationalen Verwaltungsakt – Entscheidungen erlassen können muss.

F. Zusammenfassende Thesen

Einführung

1. Ein international tätiges Unternehmen hat eine Vielzahl von Wettbewerbsordnungen zu beachten. Aus der Sicht der Unternehmen gibt es ein großes

[45] EGMR, Urteil vom 29. 5. 2001, Application no. 37959 / 97, insbesondere Randnr. 25 ff., 29 – *Franz Fischer v. Austria.* Vgl. auch *Wouter Wils*, World Competition 2003, 131, 134.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bedürfnis nach Harmonisierung der Wettbewerbsordnungen, und zwar sowohl materiell als auch formal im Hinblick auf Anmeldevorschriften, Sanktionen usw. Dies gilt (eingeschränkt) auch weiterhin für die EG.

2. Das Bedürfnis nach Harmonisierung bedeutet nicht, dass die Ergebnisse der Kartellrechtsanwendung überall die gleichen sein sollten. Häufig ergeben sich Unterschiede schon allein daraus, dass die relevanten Marktverhältnisse in den einzelnen Regionen unterschiedlich sind. Das ist besonders offensichtlich in der Fusionskontrolle.

Fehlen eines funktionsfähigen internationalen Kollisionsrechts

3. Am weitesten verbreitet als Grundlage für die Anwendung eines Kartellrechtsregimes ist das Auswirkungsprinzip. Dem stehen Kollisionsrechte gegenüber, die auf andere Kriterien (Sitz eines Unternehmens, seine formale Registrierung o.ä.) abstellen.

4. Dieses Kollisionsrecht führt bei internationalen Wettbewerbsbeschränkungen dazu, dass oftmals mehrere Rechtsordnungen anwendbar sind. Es fehlt ein funktionsfähiges Kollisionsrecht.

Fusionskontrolle

5. Heute ist es allgemeine Übung, dass internationale Zusammenschlüsse nach einer Vielzahl von (nicht harmonisierten) Rechtsordnungen legalisiert werden müssen.

6. Die Fusionskontrollvorschriften führen wegen unterschiedlicher Auslegungs- und Anwendungspraktiken sowie wegen unterschiedlicher Marktverhältnissen nicht immer zu einheitlichen Ergebnissen.

7. Große Probleme ergeben sich daraus, dass die verschiedenen Kartellrechte nicht nur unterschiedliche Anmeldevorschriften haben, sondern z.T. strenge Vollzugsverbote vor positivem Abschluss der jeweiligen Fusionskontrollverfahren.

8. Erforderlich ist daher (insbesondere hinsichtlich der Vollzugsverbote) ein fusionskontrollspezifisches Kollisionsrecht. Teilweise zur Lösung könnte beitragen, wenn eine Rechtsordnung nur die Auswirkungen einer Fusion in ihrem Geltungsbereich behandeln kann, und dass deswegen der Vollzug im Ausland durch ein Vollzugsverbot nicht insgesamt verhindert werden darf. Dies ist völkerrechtlich begründbar (Interventionsverbot, Interessenabwägung u.ä.).

9. Auch die Verfahrensvorschriften einschließlich Fristen können zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen. Die hiermit verbundenen Probleme ließen sich vermindern, aber nicht völlig beseitigen, wenn die Verfahrensvorschriften und die Fristen vereinheitlicht würden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kartellfälle

10. Auch im Bereich von Kartellverstößen sind bei Internationalität alle betroffenen Rechtsordnungen zu beachten.
11. Innerhalb der EG ist im Bereich des Art. 81 Abs. 1 EG inzwischen eine volle materielle Koordinierung erreicht worden, nicht jedoch im Bereich der Missbrauchsaufsicht.
12. Erhebliche Probleme gibt es im Bereich der Leniency-Programme. Ein Unternehmen muss sich allen zuständigen Kartellbehörden (und in der EG nicht nur der Kommission) offenbaren. Erschwerend tritt hinzu, dass nicht alle Länder über Leniency-Programme verfügen.
13. Innerhalb der EG sind parallele Verfahren der EG und nationaler Kartellbehörden ausgeschlossen. Im Verhältnis nationaler Behörden untereinander ist eine parallele Zuständigkeit möglich; eine einzige Zuständigkeit und einheitliche Rechtsanwendung sind aber angestrebt.
14. Keine tauglichen Maßstäbe gibt es für ein Tätigwerden sowie eine Koordinierung der Sanktionen zwischen nationalen Kartellbehörden innerhalb der EG, und erst recht nicht im Verhältnis zu Drittstaaten. Denkbar sind insbesondere im Rahmen der EG eine Sperre für das zweite Verfahren (*ne bis in idem*) oder eine Anrechnung der ersten Geldbuße.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-52128-9 | Generated on 2025-10-10 06:59:08
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/