

Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz

Jörg Philipp Terhechte*

A. Einführung	691
I. Ausgangsperspektive	691
II. Zum Begriff des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts	694
1. Allgemeines zum Verfahrensbeginn	694
2. Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht – eine Definition	696
B. Kooperation als Leitmotiv des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts	698
I. Grundlagen der Kooperation	699
1. Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen	700
2. Globalisierung der Wettbewerbspolitik und staatliche Souveränität	702
II. Kooperationsformen	702
1. Netzwerke	703
a) Behördennetzwerke	703
b) Gerichtsnetzwerke	705
2. Klassische Verwaltungskooperationen	705
3. Kooperation jenseits der Gewaltengrenzen	706
4. Kooperation mit Privaten	706
III. Grenzen der Kooperation	707
1. Die Unterschiedlichkeit der Verfahren	707
2. Grund- und Menschenrechte	708
3. Transparenzfordernisse	709
4. Rechtsschutz	709
5. Fehlende Verbindlichkeit	710
C. Konvergenz des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts	710
I. Konvergenz als Ausgangsperspektive des materiellen Rechts	710
II. Konvergenz auch auf prozeduraler Ebene?	711
1. Pönalisierung	711
2. Effektiver Vollzug durch <i>Leniency</i> -Programme	712
3. Kartellrechtsdurchsetzung durch Private	712
4. Expansion der Behördenkooperation	713
5. Konvergenz und Divergenz der grundrechtlichen Schutzstandards	713
6. Das Auswirkungsprinzip als globales Kriterium der Jurisdiktionsausübung	714
7. Verringerung von Ausnahmereichen	714
8. Die Rolle der öffentlichen Unternehmen	714

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre der Universität Hamburg, Seminarabteilung für Europäisches Gemeinschaftsrecht. Der Beitrag geht auf ein von der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung, Köln, gefördertes und an den Universitäten Bielefeld und Hamburg sowie an der George Washington University Law School und der U.S. Federal Trade Commission, Washington, D. C., durchgeführtes Projekt zurück, aus dem das Handbuch "Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht", hrsgg. von J. P. Terhechte, Bielefeld 2008, hervorgegangen ist (hier insbesondere die §§ 1 und 90). Der Autor ist Prof. Dr. Armin Hatje, Hamburg, Hon. Commissioner William E. Kovacic, Chairman der U.S. Federal Trade Commission, Washington, D. C., und John J. Parisi, Counsel for European Affairs, U.S. Federal Trade Commission, Washington, D. C., zu besonderem Dank verpflichtet.

9. Freihandelsabkommen und regionale Wirtschaftsintegration	715
III. Rechtsquellen des konvergierenden Verfahrensrechts	717
1. Völkerrecht	717
2. Regionale Wirtschaftsintegration	719
3. Europarecht	719
4. Die Rolle der EMRK	722
5. Staatliches Recht	722
a) Verfassungsrecht	723
b) Kartellgesetze	724
c) Sektorielle Regelungen	724
d) Die Verzahnung mit anderen Gesetzen	725
e) Untergesetzliche Normen und atypische Rechtsakte	726
IV. Anwendungsbereich der nationalen Regelungen	727
1. Mögliche Anknüpfungspunkte für die räumliche Anwendung	728
2. Die gegenwärtige Dominanz des Auswirkungsprinzips	729
3. Persönlicher Anwendungsbereich der nationalen Gesetze	730
4. Ausnahmen	731
a) Ausnahmebereiche	731
b) Die Rolle der öffentlichen Unternehmen	733
c) Immunitäten	733
V. Akteure	734
1. Behördenvielfalt als Ausgangsperspektive	735
a) Single Agency Approach	735
b) Horizontal Multiagency Approach	736
c) Vertical Multiagency Approach	736
d) Wettbewerbsbehörden und sektorielle Regulierungsbehörden	736
2. Behördenunterschiedlichkeit	737
a) Finanzielle und personelle Ausstattung	737
b) Zusammensetzung der Entscheidungsebene	740
c) Unabhängigkeit	741
d) Accountability	742
3. Eine Weltkartellbehörde als Koordinationsplattform?	744
4. Die Rolle der Gerichte	745
5. Private	745
VI. Vielfalt und Einheit der Verfahren	746
1. Behördenverfahren	746
a) Einleitung	746
b) Ermittlungsbefugnisse	747
c) Der Faktor Zeit	747
d) Abschluss	748
e) Sanktionen	749
2. Gerichtsverfahren	749
a) Verhältnis von Gerichts- und Behördenverfahren	750
b) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Konkretisierung	750
c) Zuständigkeiten	751
D. Prozedurale Konvergenz durch Kooperation?	751
I. Kooperationsinhalte	752
II. Globale Enforcement-Standards?	753
1. Die Rolle des International Competition Network	753
2. Die Rolle der OECD	754
3. Die Rolle der UNCTAD	754
4. Selbstbestimmungsanspruch des nationalen Rechts als Hindernis	754
III. Weltkartellverfahrensrecht im Werden?	755
1. Der DIAC als Vorbild?	755
2. Rechtspolitische Desiderate	757

E. Fazit	758
F. Summary	760

Die internationalen Dimensionen des Wettbewerbs- und Kartellrechts werden zumeist nur auf der Ebene des materiellen Rechts wahrgenommen. Hier ist es zu gewollten und spontanen Angleichungs- und Harmonisierungstendenzen gekommen, die sich etwa in vergleichbaren Ansätzen bei der Bekämpfung von besonders schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen (sog. *Hardcore*-Kartellen) ausdrücken. Bislang weitgehend ausgeklammert wurde dagegen das unübersichtliche Terrain des Verfahrensrechts. Lassen sich auch hier gemeinsame Ansätze ausmachen? Wie sind die unterschiedlichen Kartellgesetze in prozeduraler Hinsicht miteinander verknüpft? Der nachfolgende Beitrag will das "Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht" vor dem Hintergrund dieser Fragen auf rechtsvergleichender Ebene konzeptionieren. Hierbei sollen die beiden Chiffren "Kooperation" und "Konvergenz" als Leitmotive der Untersuchung dienen. Das so vermessene Rechtsgebiet könnte darüber hinaus ein Referenzfeld eines im Entstehen begriffenen "*Global Administrative Law*" bzw. "*International Administrative Law*" sein.

A. Einführung

I. Ausgangsperspektive

Das "Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht" ist bislang keine eigenständige juristische Disziplin. Schon sein materiell-rechtlicher Anknüpfungspunkt – das Internationale Kartell- und Fusionskontrollrecht – ist nicht klar abgrenzbar, sondern setzt sich aus Regelungen staatlicher Wettbewerbs- und Kartellgesetze, den einschlägigen Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts (Art. 81-86 EG), einer Reihe internationaler Kooperationsabkommen sowie völkerrechtlichem *soft law* zusammen. Die Frage ist daher, ob aufgrund dieses Ausgangsbefundes für den Bereich des entsprechenden Verfahrensrechts überhaupt einheitliche Grundmuster identifiziert werden können, die einem Rechtsgebiet wie dem "Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht" klare Konturen und damit Systematik verleihen können. Zur Beantwortung dieser Frage bietet es sich an, auf rechtsvergleichender Ebene (wobei insbesondere das deutsche, europäische und US-amerikanische Recht im Vordergrund stehen sollen) gemeinsame Verfahrensprinzipien und Organisationsstrukturen auszumachen, die es in ihrer Gesamtschau erlauben, übergeordnete Bezüge zu beschreiben.¹

¹ Zur Rolle der Rechtsvergleichung und ihren Erkenntnismöglichkeiten allgemein K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, 12 ff., 31 ff.; H. Kötz, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257; vgl. auch B. Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, Wien/New York 2005, 19 f.: "Nach hier vertretener Auffassung ist Rechtsvergleichung aber zugleich ein eigenes Fach; [...]. Der Sprung von einer bloßen Anhäufung von Wissen zu einer eigenen Wissenschaft wird erst dadurch vollzogen, dass die durch die vergleichende Methode gewonnenen Erkenntnisse geordnet, gruppiert, klassifiziert und in

Sucht man nach Fixpunkten eines Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts, so kann man als Hauptmotive die verstärkte Kooperation der Wettbewerbsbehörden und Gerichte auf der einen Seite (s. nachfolgend B.) und – vom materiellen Recht ausgehend – den Prozess der allmählichen Konvergenz der Verfahrensregimes (dazu nachfolgend C.) auf der anderen Seite ausmachen.² Beide Motive gründen in der Rechtswirklichkeit:

1. Die *Kooperation* – im Sinne einer institutionalisierten Zusammenarbeit – war im Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts lange Zeit auf der zwischenstaatlichen Ebene angesiedelt. Heute finden sich jedoch sowohl auf nationaler als auch auf europäischer und internationaler Ebene ganz unterschiedlich angelegte Kooperationsformen, wobei die Kooperationsstränge sowohl vertikal als auch horizontal verlaufen können (s. B. II.).³ Zudem sind die an Kooperationen beteiligten Akteure inzwischen vielgestaltig: So stellt etwa das International Competition Network (ICN)⁴ eine Kooperationsplattform der nationalen und supranationalen Wettbewerbsbehörden dar. Anders wiederum stellt sich die Situation hinsichtlich der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) und ihrem Competition Committee sowie dem Global Forum on Competition dar: Hier handeln zwar auch in den meisten Fällen die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sowie private Experten, indes ist die OECD genuin eine Plattform ihrer Mitgliedstaaten. Die Kartellbehörden handeln also gewissermaßen in diesem Rah-

den Gesamtzusammenhang eingefügt werden. Darin ist die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft zu sehen. Sie versucht derart, aus der Summe der Teile zu einem Verständnis des Ganzen zu gelangen.“ Speziell zum Kartellrecht s. D. Gerber, *Comparative Antitrust Law*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, § 37; J. Drexl, *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative Competition Law to Common Competition Law*, Bern 2003; H. Ulrich (Hrsg.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Baden-Baden 1998.

² D. Wood, *Cooperation and Convergence in International Antitrust: Why the Light is Still Yellow*, in: R. A. Epstein/M. S. Greeve (Hrsg.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington D.C. 2004, 177; T. Calvani, *Conflict, Cooperation, and Convergence in International Competition*, 72 *Antitrust Law Journal* (2005), 1127; C. A. James, *International Antitrust in the 21st Century: Cooperation and Convergence*, abrufbar unter <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9330.htm>>; J. P. Terhechte, *Das internationale Kartellrecht zwischen Konvergenz und Extraterritorialität*, in: M. Bungenberg/K. M. Meessen (Hrsg.), *Das internationale Wirtschaftsrecht im Schatten des 11. September 2001*, Stuttgart 2004, 87; ders., *Die Reform des europäischen Kartellrechts – am Ende eines langen Weges?*, *EuZW* 2004, 353; C. Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford 2008.

³ Vgl. zum Begriff die Nachweise in Anm. 2. Am Beispiel der Verwaltungskooperation auf der Ebene der EG E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, *EuR* 1996, 270; J. Sommer, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im Europäischen Umweltrecht*, Berlin/Heidelberg 2003, 74 f. (insbesondere zum Begriff der Kooperation); s. auch G. Sydow, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union. Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts*, Tübingen 2004, 4 ff. (zu den Erscheinungsformen der Kooperation auf der Ebene der EG).

⁴ Im Internet unter <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>; s. auch unten B. II. 1. a) und D. II. 1. m. w. N.

men nicht im eigenen Interesse, sondern zunächst, um ihre Staaten zu vertreten.⁵ Daneben lassen sich auch neuartige Kooperationsstränge jenseits der Behörden- und Staatenkooperation beobachten, etwa zwischen Gerichten oder zwischen Behörden und Privaten.

2. Der Begriff der Konvergenz des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts – verstanden als allmähliche Angleichung der verschiedenen Verfahrensregimes⁶ – umschreibt dagegen einen Zustand und einen Prozess zugleich.⁷ Der Begriff hat sich in der wissenschaftlichen Diskussion der letzten Jahre insbesondere deshalb durchgesetzt, weil dem Begriff der “Harmonisierung” etwas Hierarchisches anhaftet.⁸ Freilich bezog sich der Begriff der Konvergenz ursprünglich nur auf das materielle Recht, doch auch für den Bereich des Verfahrensrechts – so zumindest die Vermutung – lässt sich inzwischen eine gewisse Schnittmenge global verbreiteter Ansätze feststellen.⁹ Ihre Benennung und anschließende Systematisierung ermöglicht im Kontext der Globalisierung erste Aussagen darüber, welche Strukturen das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht gegenwärtig prägen und welche Entwicklungen in diesem Gebiet zukünftig erwartet werden können.¹⁰

3. Mit diesem Ansatz könnte zugleich eine neue Richtung für das im Entstehen begriffene Forschungsfeld des “*Global Administrative Law*” (oder “*International Administrative Law*”) eingeschlagen werden. Die gegenwärtigen Debatten über das *Global Administrative Law* beschäftigen sich in erster Linie mit den Verwaltungsstrukturen internationaler Organisationen, wie z.B. den Vereinten Nationen oder der Weltbank, und setzen bei der Frage an, ob sich in “Räumen globaler Governance” Instrumente, die aus dem nationalen Verwaltungsrecht stammen, übernehmen lassen.¹¹ Freilich befindet sich hier noch vieles im Fluss; das Gebiet kann

⁵ Vgl. <http://www.oecd.org/about/0,3347,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html>; vgl. auch L. Göranson/A. Reindl, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, Bielefeld 2008, § 75 Rn. 2.

⁶ Zum Begriff s. etwa Terhechte (Anm. 2), Das internationale Kartellrecht, 87 (88).

⁷ S. allgemein dazu U. Böge, Konvergenz kartellrechtlicher Normen und deren Anwendung auf globale Sachverhalte, WuW 2001, 922; F. M. Scherer, Competition Policy Convergence – Where Next?, International Business Lawyer 1996, 485; Calvani (Anm. 2), 1127; ders., Devolution and Convergence in Competition Enforcement, ECLR 2003, 415.

⁸ R. Tritell, International Antitrust Convergence: A Positive View, 26 Antitrust (Summer 2005), 25 ff.

⁹ Zur Konvergenz des materiellen Rechts vgl. K. Kennedy, Competition Law and the World Trade Organization: The Limits of Multilateralism, London 2001, 200 ff.; Tritell (Anm. 8), 25 ff.; D. Beate, Competition Law and Perspectives for Harmonisation, Rev. dr. uniforme 2004, 501; J. Basedow, International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization, 60 La. L. Rev. (2000), 1037; siehe auch M. M. Dabab, The Internationalization of Antitrust Policy, Cambridge 2003; E. Fox, Toward World Antitrust and Market Access, 91 AJIL (1997), 1; dies., Harmonization of Law and Procedures in a Globalized World – Why, What, and How, 60 Antitrust L. J. (1992), 593.

¹⁰ Dazu unten E.

¹¹ Siehe dazu etwa C. D. Classen, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2007), 365 ff.; G. Biaggini, Die Entwicklung eines

als entwicklungs offen charakterisiert werden.¹² Im Folgenden sollen dagegen Grundzüge einer Konzeption des *Global Administrative Law* entwickelt werden, die auf rechtsvergleichender Basis versucht, gemeinsame Verwaltungsstrukturen in einem Referenzgebiet auszumachen,¹³ wobei es sich von vornherein anbietet, ein Referenzgebiet auszuwählen, das eine Mehrebenenanlage aufweist.

Ein referenzgebietsgeprägter Ansatz bietet den Vorteil, dass Bereiche, die traditionell zum Internationalen Verwaltungsrecht gezählt werden, wie z.B. das Verwaltungskollisionsrecht, ebenso in die Betrachtung integriert werden können, wie die Rolle des Völker- und Europarechts. Auch erlaubt ein solches Vorgehen, das Zusammenspiel von staatlichen, überstaatlichen und privaten Akteuren recht gut zu erfassen und ist nicht nur auf internationale Organisationen, die gleichwohl eine bedeutende Rolle spielen, limitiert. Schließlich liegt es auf der Hand, dass in vielen Rechtsgebieten Gemeinsamkeiten zu identifizieren sind, so dass globale Standards in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht benannt werden können. Die auf dieser Grundlage erarbeiteten Regelungen und Prinzipien können dann im Vergleich mit anderen Referenzgebieten zu einem Rahmen zusammengefügt werden. Insofern kann von einem Internationalen Kartell- und Fusionskontrollrecht bzw. -verfahrensrecht ebenso die Rede sein wie von einem Internationalen Zollrecht oder einem Internationalen Postrecht. Die Summe der Gemeinsamkeiten dieser Gebiete würde dann die allgemeinen Strukturen eines *Global Administrative Law* (bzw. *International Administrative Law*) abbilden.

II. Zum Begriff des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts

1. Allgemeines zum Verfahrensbegriff

a) Will man den Begriff des Verfahrens – oder speziell des Kartell- bzw. Fusionskontrollverfahrens – definieren, so fällt zunächst auf, dass es nach wie vor an einer allgemeinen Theorie des Verfahrens fehlt, auch wenn der Verfahrensgedanke nach einer gewissen Zeit des wissenschaftlichen Desinteresses in der rechtswissenschaftlichen Diskussion momentan wieder Konjunktur hat. Letzteres könnte u. a. damit zusammenhängen, dass der Gesetzgeber immer weniger die Ergebnisse der

Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, *VVDStRL* 67 (2007), 413 ff.; B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, in: *G 8 Law and Contemporary Problems* 15 (2005), 15; D. Esty, Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, 115 *Yale Law Journal* (2006); 1490; C. Harlow, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, 17 *EJIL* (2006), 187; N. Krisch, The Pluralism of Global Administrative Law, *EJIL* 17 (2006), 247 m. w. N.

¹² So auch K.-H. Ladeur, Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts: Versuch einer Synthese, in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen 2007, 375.

¹³ Einen ähnlichen Ansatz verfolgen etwa C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Anm. 12).

Rechtsanwendung vorgeben kann und dementsprechend der Verfahrensgedanke (als Weg zum Ergebnis) in vielen Fällen besondere Bedeutung erlangen muss.¹⁴

Ein Verfahren – um es etwa mit den Worten des BVerfG zu formulieren – “dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, und darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen”.¹⁵ Aufgrund der ihm zugrunde liegenden Regeln vermag ein Verfahren mithin die Legitimation einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung zu stützen und darüber hinaus auch erheblichen Einfluss auf die am Ende stehende (Sach-) Entscheidung auszuüben.¹⁶

Gerade im Bereich des Kartell- und Fusionskontrollrechts kommt dem “Verfahren als Verwirklichungsmodus des Rechts”¹⁷ eine besonders wichtige Funktion zu, arbeitet dieses Gebiet doch mit einer hohen Zahl unbestimmter Rechtsbegriffe und gerichtlich nicht weiter überprüfbarer Beurteilungsspielräumen, die den mit dem Vollzug betrauten Behörden ein ungewöhnlich hohes Maß an Einschätzungsprärogativen einräumen.¹⁸ Vor diesem Hintergrund kommt dann letztlich dem Verfahrensrecht die wichtige Rolle zu, die Gleichbehandlung vor dem Gesetz zu sichern.

b) Aufgrund dieser rudimentären Ausformung des materiellen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts könnte es zudem als “internationales Referenzgebiet” dienen, an dem der insbesondere in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft intensiv diskutierte Übergang von der “anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft” plastisch festzumachen ist.¹⁹ Im Rahmen des Wettbewerbs- und Kartellrechts reicht es nämlich selten aus, eine “reine” Interpretation der Vorschriften oder Systematisierung der Rechtsakte vorzunehmen, um ein vollständiges Bild zeichnen zu können. Vielmehr ist dieses Rechtsgebiet stark auf ökonomische und politische Einschätzungen angewiesen. Die Frage, was etwa eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Art. 81 Abs. 1 EG, § 1 GWB) ist, oder wie die Wendung “*restraints of trade*” (Sec. 1 U.S. *Sherman Act*) auszulegen ist, kann letztlich nur unter Berücksichtigung ökonomischer und auch politischer Gesichtspunkte entschieden werden. Das Verfahrensrecht entscheidet hier auch maßgeblich, wie und

¹⁴ Vgl. W. Hoffmann-Riem, “Wir stehen am Beginn eines europäischen Verwaltungsrechts” (ZRP-Rechtsgespräch), ZRP 2007, 101 (102).

¹⁵ BVerfGE 42, 72.

¹⁶ N. Lu h m a n n, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1997, 11.

¹⁷ Dazu R. W a h l, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (153); A. H a t j e, in: Terhechte (Anm. 5), § 5 Rn. 4.

¹⁸ J. P. T e r h e c h t e, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2004, 42 f.; H a t j e (Anm. 17), § 5 Rn. 4.

¹⁹ Vgl. dazu A. V o ß k u h l e, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006, § 1 Rn. 15 ff.; s. auch M. E i f e r t, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2007), 286 ff.; I. S p i e c k e r g e n. D ö h m a n n, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, DVBl. 2007, 1074.

wann solche Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften in den Rechtsdiskurs einfließen, und ist schon deshalb von enormer Bedeutung.

2. Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht – eine Definition

a) Unter dem Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht ist die Summe der positivgesetzlichen und der im Wege richterlicher Rechtsfortbildung gefundenen Normen zu verstehen, die den Vollzug von Regeln, die:

- horizontale und vertikale Vereinbarungen oder vergleichbare Maßnahmen, die den Wettbewerb beeinträchtigen (*horizontal and vertical restraints of competition*),
- den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (*abuse of dominant position*) sowie

- die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (*merger control*)

auf nationaler, supranationaler oder internationaler Ebene zum Gegenstand haben, behandeln. Dieser weite Fokus ist schon deshalb zu wählen, weil in der Praxis der Anwendung kartellrechtlicher Regelungen gewöhnlich nicht zwischen Sachverhalten mit Auslandsbezug und rein inländischen Sachverhalten unterschieden wird, was auf die Zugrundelegung des Auswirkungsprinzips zurückzuführen ist (s. dazu ausführlich C. II. 6. sowie C. IV. 2.). Eben diese Tatsache erlaubt es auch, von einem “Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht” zu sprechen, obwohl Gegenstand dieses Rechtsgebiets in vielen Bereichen zunächst das nationale Recht ist.²⁰ Ein vollständiges Bild kann vor diesem Hintergrund daher nur gezeichnet werden, wenn man den Versuch unternimmt, die Gesamtheit aller verfahrensrechtlichen Bestimmungen auf allen relevanten Regelungsebenen in den Blick zu nehmen.

b) Zudem kann man sich bei einer solchen Betrachtung nicht nur auf das “reine” Verfahrensrecht zurückziehen, sondern muss auch die das Verfahren durchführenden Behörden und sonstigen Akteure beleuchten. Der funktionalen Einheit dieser Regelungen soll im vorliegenden Beitrag dadurch entsprochen werden, dass er nicht nur das eigentliche Verfahrensrecht (etwa Vorschriften über die Einleitung, Durchführung und den Abschluss eines Verfahrens) in den Blick nimmt, sondern darüber hinaus auch den Aufbau der vollziehenden Behörden und Gerichte.²¹ Nur durch eine Gesamtbetrachtung von Verfahren, Institutionen und weiteren Akteuren können verlässliche Aussagen über den Stand des Verfahrensrechts getroffen

²⁰ Gewöhnlich wird unter einem “internationalen Kartellrecht” oder einem “internationalen Verwaltungsrecht” zunächst die Summe der Regelungen verstanden, die über die Ausübung der eigenen Jurisdiktion entscheiden, also in erster Linie das jeweilige rechtsgebietspezifische Kollisionsrecht, s. dazu etwa Biaggini (Anm. 11), 417; C. E. Linke, Europäisches Internationales Verwaltungsrecht, Frankfurt a. M. 2001, 23 ff.

²¹ S. unten C. V.

werden.²² Diese Zusammenhänge sind in den letzten Jahren u. a. mit dem Stichwort *“institution building”* belegt und rege diskutiert worden.²³

c) Das Verfahren kann jedoch naturgemäß nicht vom materiellen Recht getrennt werden. Herrschte früher häufig die Ansicht vor, dass das materielle Recht das Verfahren hinter sich herziehe wie der Genuss von Salz dem Durst (*ubi ius ibi remedium*), bahnt sich heute mehr und mehr die Erkenntnis den Weg, dass das Verhältnis von Verfahren und materiellem Recht durchaus komplexer ist. Insbesondere im Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht mit seinen überaus komplizierten und z. T. langatmigen Abläufen ist zu beobachten, dass das (formelle und materielle) Recht im Verfahren nicht nur besteht, sondern in vielen Fällen erst entsteht²⁴ und darüber hinaus Gerichte diese *“Schaffung von Recht im/durch Verfahren”* der richterlichen Prüfung nicht immer unterwerfen (*“Beurteilungsspielraum”*).²⁵ Deshalb ist es an verschiedenen Stellen unumgänglich, auch materielle Aspekte des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollrechts zu beleuchten, da dieses zuweilen außergewöhnlich eng mit dem Verfahrensrecht verknüpft ist.

d) Der so definierte Ansatz nimmt schließlich bewusst keine Rücksicht auf die insbesondere in der deutschen Rechtswissenschaft geführte Debatte über die Natur des Kartellrechts, das zwar einerseits als klassische Materie des Privatrechts,²⁶ andererseits aber auch als besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht²⁷ klassifiziert wird. Überlagert wird dies auf der Ebene der Sanktionierung noch durch strafrechtliche Aspekte. Eine eindeutige Zuordnung ist schon angesichts dieses janusköpfigen Ansatzes des deutschen Rechts nicht möglich²⁸ – und letztlich aus der Perspektive des Postulats der Einheit der Rechtsordnung auch nicht nötig. Vielmehr zeigen sowohl das materielle Kartellrecht als auch das Verfahrensrecht auf, dass eine *“Gesamtbetrachtung”* die einzige Möglichkeit darstellt, ein vollständiges

²² Dazu I. Schmidt/S. Binder, Wettbewerbspolitik im internationalen Vergleich, Heidelberg 1996, 26 f.; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, 165 f.

²³ Dazu M. J. Trebilcock/E. M. Iacobucci, Designing Competition Law Institutions, *World Competition* 25 (2002), 349.

²⁴ Vgl. zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht am Beispiel des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden 2002, Rn. 8 m. w. N.; zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht vgl. auch J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, Berlin 1974.

²⁵ Terhechte (Anm. 18), 42 f.

²⁶ Vgl. K. Schmidt, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, *AcP* 206 (2006), 167 (172 ff.); ders., Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, Köln 1977, 88 ff.

²⁷ So etwa E. Forsthoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., München 1973, 66 f.; K.-H. von Köhler, Das Kartellverwaltungsverfahren ist öffentliches Recht!, *VerwArch* 54 (1963), 262; H. Ullrich, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit, Berlin 1972, 322.

²⁸ E.-J. Mestmäcker, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 3. Aufl., München 2001, Einleitung Rn. 59 ff., der allerdings einen funktionalen Zusammenhang zwischen dem Kartellrecht und dem Privatrecht sieht.

Bild dieser hybriden Rechtsmaterie zu zeichnen.²⁹ Dieser Befund kann letztlich auf alle nationalen Wettbewerbs- und Kartellgesetze sowie auf das supranationale europäische Recht übertragen werden.

B. Kooperation als Leitmotiv des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts

Die Kooperation der Wettbewerbsbehörden stellt aus der Perspektive des internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts das zentrale Leitmotiv dar.³⁰ Entscheidungen mit internationalen Bezügen werden in zunehmendem Maße nicht mehr "autonom" von der zuständigen Behörde oder einem Gericht gefällt, sondern zunehmend in Kooperation oder auf der Grundlage von Kooperationen mit allen Akteuren auf staatlicher oder privater Ebene, die von einer Entscheidung im In- oder Ausland potentiell betroffen sind. Auf der internationalen Ebene ist diese zunehmende Kooperation zumindest auch Ergebnis der Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen (dazu B. I. 1.) und der damit notwendig verbundenen Globalisierung der Wettbewerbspolitik (B. I. 2.).

Letztlich können ganz unterschiedliche Kooperationsformen unterschieden werden (s. B. II.): So verhält sich das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht etwa recht fortschrittlich in Bezug auf die Kooperation innerhalb von Netzwerken. Vieles, was in der Rechtswissenschaft in den nächsten Jahren unter der Chiffre des Netzwerks diskutiert werden könnte, ist im Kartellrecht schon Realität.³¹ Verwiesen sei nur auf das ICN und das European Competition Net-

²⁹ Deshalb kann auch nur schwerlich davon die Rede sein, dass das Kartellrecht durch eine Reihe von Reformen auf der Ebene der EG endgültig dem Zivilrecht zugeschlagen wurde (so aber Schmidt [Anm. 26], 167), denn bei der Überlagerung des nationalen Rechts durch das Europarecht und das Völkerrecht gewinnen wiederum übergeordnete Integrationsziele an Bedeutung, die letztlich mit privatrechtlichen Kategorien nicht viel gemein haben, vgl. dazu Terhechte (Anm. 18), 366 f.; ders., Die Wettbewerbspolitik und der Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, ZUR 2002, 274.

³⁰ Dazu etwa E. Buchmann, Positive Comity im internationalen Kartellrecht, Frankfurt a. M./München 2004; T. Lampert, International Cooperation Among Competition Authorities, ECLR 1999, 214; P. Mozet, Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden, Heidelberg 1991; J. Parisi, Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities, ECLR 1993, 133; A. Petersen, Die Internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden, Münster 2005; B. Zanettin, Cooperation between Antitrust Agencies at the International Level, Oxford 2002.

³¹ Ausführlich zum Begriff des Netzwerks und den damit verbundenen Problemen A.-M. Slaughter/D. Zaring, Networking Goes International, 2 Annual Review of Law and Social Science (2006), 211; A.-M. Slaughter, Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy, 24 Michigan Journal of International Law (2003), 1041; A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt a. M. 2006, 57 ff.; K.-H. Ladeur, Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept, 3 ELJ (1997), 33; C. Möllers, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts. Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: J. Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, Stuttgart 2005, 285; G. Teubner, Das Recht hybrider Netzwerke, ZHR 165 (2001), 550; kritisch J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl.,

work (ECN). Beide Netzwerke verkörpern eine Form der nicht oder nur wenig hierarchischen Koordination der beteiligten Behörden (s. B. II. 1.). Demgegenüber sind die Netzwerke der Judikative weniger im Blickpunkt (z. B. die Association of European Competition Judges [AECLJ]).³² Freilich kennt die Kooperation der beteiligten Akteure Grenzen, die insbesondere auf die Unterschiedlichkeit der Verfahren, die Beachtung divergierender Grund- und Menschenrechtsstandards sowie Transparenzfordernisse zurückgehen können (B. III.).

I. Grundlagen der Kooperation

Die Kooperation der Wettbewerbsbehörden und -gerichte ist kein neu aufkommendes Phänomen. Vielmehr gab es schon recht früh erste Bestrebungen, durch bilaterale Abkommen zwischen den Staaten ein gemeinsames Vorgehen gegen internationale Kartelle und eine besser koordinierte Abstimmung bei der Bearbeitung von grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen zu gewährleisten. Ein Beispiel für diese Entwicklung stellt das zwischen den USA und Deutschland im Jahre 1976 unterzeichnete Kooperationsabkommen dar,³³ dessen praktische Relevanz indes gering geblieben ist. Trotzdem spiegelt dieses Beispiel die grundlegende Erkenntnis wider, dass mit der zunehmenden Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen eine globale Wettbewerbspolitik einhergehen muss, wenn das nationale und supranationale Kartell- und Fusionskontrollrecht effektiv vollzogen werden soll.

Unmittelbar damit verbunden ist die Einsicht, dass die Kooperation der unterschiedlichen Akteure und die damit einhergehende Verknüpfung der jeweiligen Verfahren die einzige Form der Koordinierung darstellt, die derzeit realisierbar ist. Zwar ist der "Traum" eines einheitlichen, weltweit anzuwendenden Kartellrechts oft thematisiert worden, doch bislang sind alle Anläufe, begonnen mit der Havana Charta im Jahre 1948³⁴ bis hin zur Erarbeitung des Draft International Antitrust Code (DIAC) in den Jahren 1991-1993,³⁵ gescheitert. Die Idee der "Einheit" des internationalen Rechts³⁶ – in Form eines internationalen Wettbewerbsabkommens – scheint damit vorläufig nicht umsetzbar zu sein. Die Realisierung eines solchen

Baden-Baden 2005, CIX: "Schon jetzt zeichnet sich allerdings ab, dass sich mit dem Zauberwort des 'Netzwerks' nicht alle Probleme des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden lösen lassen."

³² Grundlegend zur "Netzwerkidee" für den Bereich der Judikative A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004, 65 ff.

³³ BGBl. II 1976, 1711. Zum Ganzen auch Buchmann (Anm. 30), 121 ff.

³⁴ S. dazu R. Stödter, *Völkerrecht und Weltwirtschaft*, 13 ZaöRV (1950/1951), 67 (83); M o z e t (Anm. 30), 16 ff.

³⁵ S. dazu unten D. III. 1.; vgl. auch J. Basedow, *Weltkartellrecht*, Tübingen 1998, 70 ff.

³⁶ Vgl. dazu ausführlich für den Bereich des Verfahrensrechts S. Oeter, *Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?*, in: *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft – Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?*, BerDtGeVR 2007, 149.

Abkommens dürfte schon angesichts immer neuer Akteure auf dem Feld des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollrechts und den fortwährenden Bedenken der USA schwer fallen.³⁷ Vielleicht – dies sei als Verdacht geäußert – war es auch ein grundlegender Fehler, überwiegend mit Konzepten zu arbeiten, die ein Wettbewerbsabkommen in das Regelwerk des GATT bzw. der WTO einflechten wollten.³⁸ Hier stießen nicht nur in rechtlicher Hinsicht wenig aufeinander abgestimmte Ansätze aufeinander, sondern auch Personen und Institutionen, die bis dahin nie etwas miteinander zu tun hatten.³⁹

Um aber die Gefahren einer völlig ungestimmten Anwendung der nationalen Gesetze zu bannen, ist insbesondere von US-amerikanischer Seite und später auch von der Seite der EU die Initiative zur Herausbildung eigenständiger Koordinationsstrukturen (seien es Netzwerke oder bilaterale Abkommen) ausgegangen.

1. Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkungen weisen immer öfter globale Dimensionen auf: Beispielhaft sei hier der *Microsoft*-Fall erwähnt, der sowohl in den USA als auch in der EU von den Wettbewerbsbehörden – mit unterschiedlichem Ausgang – verfolgt wurde.⁴⁰ Daneben wurden aber auch in Südkorea und Japan Ermittlungen

³⁷ Die US-amerikanischen Vorbehalte werden namentlich in dem bekannten Final Report des International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) aus dem Jahre 2000 benannt, abrufbar unter <<http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>>; vgl. zur amerikanischen Position auch D. K. Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 AJIL (2000), 478; K. Stockmann, Die neuen globalen Initiativen (Global Competition Network), in: FIW (Hrsg.), Konvergenz der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht, Köln/Berlin etc. 2002, 57 (59).

³⁸ International Economic Relations, Aussenwirtschaft 49 (1994), 177 (191); E.-U. Petersmann, Proposals for Negotiating International Competition Rules in the GATT/WTO World Trade and Legal System, Aussenwirtschaft 49 (1994), 231 ff.; K. M. Meessen, Das Für und Wider eines Weltkartellrechts, WuW 2000, 5 ff.; E. Fox, Toward World Antitrust and Market Access, 91 AJIL (1997), 1; J. Drexl, WTO und Kartellrecht – Zum Warum und Wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung, ZWeR 2004, 191; ders., Perspektiven eines Weltkartellrechts, Bonn 1998; R. Anderson/F. Jenny, Current Developments on Competition Policy in the World Trade Organization, Antitrust (Spring 2001), 40; E. Lenski, Die WTO auf dem Weg zur Weltwirtschaftsorganisation?, in: Bungenberg/Meessen (Anm. 2), 115.

³⁹ Vgl. D. K. Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 AJIL (2000), 478. Diese Ausgangslage hat u. a. auch dazu beigetragen, dass etwa der DIAC von der U.S.-amerikanischen Seite nicht akzeptiert wurde.

⁴⁰ Siehe dazu Urteil des EuG Rs. T 201/04 v. 17.09.2007 – *Microsoft* (noch nicht in Slg.); s. auch Entscheidung der Europäischen Kommission v. 24.03.2004, (COMP /C-3/37.792 – *Microsoft*) KOM(2004)900 endg.; vgl. auch Entscheidung v. 24.05.2004, ABl. EG 2007, Nr. L 32/23 – *Microsoft*; kritisch dazu R. Pardolesi/A. Renda, The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?, 27 World Competition (2004), 513; ausführlich zum Fall A. Gavil/H. First, Microsoft and the Globalization of Competition Policy: A Study in Antitrust Institutions, Boston 2006; V. Korah, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 8. Aufl., Oxford 2004, 175 f.; K.-W. Lange/T. Pries, Möglichkeiten und Grenzen der Missbrauchskontrolle von Kopplungsgeschäften: Der Fall Microsoft, EWS 2008, 1; T. Körber, Machtmissbrauch durch Multimedia? – Der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmisbrauch, RIW 2004, 568; M. Motta, Competition Policy, Cambridge 2004, 511 ff.; T. Takigawa, A Comparative Analysis of U.S., EU,

aufgenommen.⁴¹ Ähnliche Entwicklungen lassen sich für den Bereich der Fusionskontrolle ausmachen, wie die Fälle *GE/Honeywell*⁴² und *Boeing/McDonnell-Douglas*⁴³ zeigen. Nicht zuletzt belegen die "internationalen Kartelle", wie etwa die Vitaminkartelle⁴⁴, den Trend zur Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁵

Gleichwohl ist das Phänomen der "internationalen Wettbewerbsbeschränkungen" nicht erst in den letzten Jahren entstanden, sondern wurde schon vor 50 Jahren intensiv diskutiert.⁴⁶ Schon damals wurde als Ausgangspunkt dieser Entwicklung die umfassende Liberalisierung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen im Zuge des GATT angesehen.⁴⁷ Seit dem Zusammenbruch vieler ehemals planwirtschaftlich ausgerichteter Volkswirtschaften in Osteuropa, Asien und Afrika und der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks für den internationalen Handel mit Waren und Dienstleistungen unter dem Dach der WTO sind staatliche Handelsbeschränkungen, wie z. B. Zölle, Kontingente und sonstige Beschränkungen des Handels, stetig abgebaut worden.⁴⁸ Damit wurde auch der Spielraum der Unternehmen zur Verabredung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen immer größer. Die Ausgangssituation lässt sich daher folgendermaßen zusammenfassen:

- Mit der Zunahme des internationalen Handels und der weltweiten Zugrundelegung des Auswirkungsprinzips wird es immer wahrscheinlicher, dass Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur einen Staat betreffen, sondern eine Vielzahl von Staaten.
- Insbesondere Unternehmenszusammenschlüsse sind heute in vielen Fällen grenzüberschreitend. Damit steigt die Wahrscheinlichkeit, dass es irgendwo zu übermäßiger Marktmacht bzw. zu Einflüssen auf den Wettbewerbsprozess kommt.

and Japanese Microsoft Cases: How to Regulate Exclusionary Conduct by a Dominant Firm in a Network Industry, 50 Antitrust Bulletin (2005), 237.

⁴¹ Siehe die Pressemitteilungen zur Entscheidung der koreanischen Wettbewerbsbehörde KFTC im Fall *Microsoft v. 07.12.2005* und der darauf folgenden Berufung des Unternehmens, beides abrufbar unter <<http://ftc.go.kr/eng/>> (Rubrik "News", Stichwort "Microsoft"), sowie die Pressemitteilung bezüglich der Empfehlung der japanischen Wettbewerbsbehörde JFTC an die Microsoft Corp. vom 13.07.2004, abrufbar unter <<http://www.jftc.go.jp/e-page/pressreleases/2004/july/040713.pdf>>.

⁴² Entscheidung der Kommission v. 03.07.2001, ABl. EG 2004, Nr. L 48/1 – *General Electric/Honeywell*.

⁴³ Entscheidung der Kommission v. 30.07.1997, ABl. EG 1997 Nr. L 336/16 – *Boeing/McDonnell-Douglas*; dazu W. E. K o v a c i c, Transatlantic Turbulence – The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy, 68 Antitrust L. J. (2001), 805.

⁴⁴ Entscheidung der Kommission v. 22.11.2001, ABl. EG 2003, Nr. L 6/1 – *Hoffmann-La Roche & Co AG (Vitaminkartell)*.

⁴⁵ Vgl. dazu auch Y. A k b a r, Grabbing Victory from the Jaws of Defeat: Can the GE/Honeywell Merger Facilitate International Antitrust Policy Co-operation?, 25 World Competition (2002), 403; U. B ö g e, Die Herausforderungen einer internationalen Wettbewerbspolitik in Zeiten globalisierter Märkte, WuW 2005, 590; C. A. C o n r a d, Die Notwendigkeit, die Möglichkeit und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung, Berlin 2005; D a b b a h (Anm. 9).

⁴⁶ Vgl. etwa J. W o l a n y, Internationale Kartellpolitik, in: G. Jahn/K. Junckerstorff (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958, 515 ff. m. w. N.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Vgl. C. H e r r m a n n/W. W e i ß/C. O h l e r, Welthandelsrecht, 2. Aufl., München 2007, Rn. 97 ff. am Beispiel der Zollsenkungsrunden im Rahmen des GATT.

- Insgesamt ist es zu starken Konzentrationen in einigen Industriebereichen gekommen. So ist z. B. der Weltmarkt für Rohöl in den Händen einiger weniger privater Konzerne und der OPEC.⁴⁹ Ähnliches gilt auch für andere verwandte Energiemärkte.

2. Globalisierung der Wettbewerbspolitik und staatliche Souveränität

Mit der Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen konnte die Globalisierung der Wettbewerbspolitik nicht Schritt halten. Aus historischer Perspektive hat man es mit einer Geschichte des Scheiterns und der Rückschläge zu tun, obwohl die Notwendigkeit internationaler Strukturen schon früh erkannt wurde.⁵⁰ Erst heute bilden sich Foren der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden heraus. Trotzdem – und dies zeigt auch ein näherer Blick auf die tägliche Zusammenarbeit der Kartellbehörden – offenbart sich hier der Grundkonflikt zwischen staatlicher Souveränität einerseits und den Herausforderungen einer globalisierten Weltwirtschaft mit offenen Märkten andererseits.⁵¹ Die Staatengemeinschaft setzt dem Phänomen “Globalisierung” bislang kein einheitliches Regelwerk entgegen; es kollidieren hier Einheitsvorstellungen mit Souveränitätsvorbehalten. Zudem ist fraglich, ob es überhaupt “ein” Regelwerk geben kann oder ob es stärker auf die Vernetzung mehrerer Regelwerke ankommen wird.⁵² Gerade die Entwicklung des Kartellrechts deutet auf Letzteres hin.⁵³ Insofern wird es künftig in einem besonderen Maße auf Instrumente der Koordination der verschiedenen Akteure ankommen.

II. Kooperationsformen

Soweit die Entwicklung des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts mit den Chiffren Kooperation und Konvergenz beschrieben werden kann, so ist es in einem weiteren Schritt erforderlich, die verschiedenen Formen der Kooperation der Kartellbehörden zu beleuchten. Hierzu sei angemerkt, dass Kooperation nicht nur auf Behörden untereinander beschränkt ist. Vielmehr ist hier auch an die Kooperation der Behörden mit Privaten (z. B. Unternehmen) sowie an Kooperationen innerhalb der Judikative zu denken. Insoweit lassen sich

⁴⁹ Dazu ausführlich J. P. Terhechte, OPEC und europäisches Wettbewerbsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Phänomen der Fragmentierung des internationalen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2008, 38 ff.

⁵⁰ Vgl. etwa W. Dörinkel, Internationales Kartellrecht, Berlin 1932; R. Wolff, Die Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle, Berlin 1929; Wolany (Anm. 46), 515 ff. m. w. N.

⁵¹ Dazu Basedow (Anm. 35), 111; E.-J. Mestmäcker, Staatliche Souveränität und offene Märkte, RabelsZ 52 (1988), 205 ff.

⁵² Dazu nur Fischer-Lescano/Teubner (Anm. 31).

⁵³ Diskutiert wird dieser Aspekt auch oft unter Wettbewerbsgesichtspunkten; zum “Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen” vgl. etwa W. Möschel, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, WuW 2005, 599.

heute Netzwerke, verschiedene Formen der Verwaltungskooperation, die Zusammenarbeit im europäischen Verwaltungsverbund und verschiedene Kooperationsformen mit Privaten unterscheiden.⁵⁴

1. Netzwerke

Eine Besonderheit des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts besteht darin, dass es nicht nur durch oder in "Netzwerken" agiert, sondern diesen Begriff z. T. auch ausdrücklich verwendet.⁵⁵ Hier sei etwa auf das ICN, das ECN oder das East Asia Competition Policy Forum⁵⁶ verwiesen. Doch auch die OECD wird oft als Netzwerk bezeichnet. Der Begriff des Netzwerks umschreibt zunächst nicht (oder wenig) hierarchische Kooperationsformen, die jenseits der klassischen Verwaltungskooperation zu verorten sind. Letztlich hat man es hier mit einer neuen Form "verdichteter und verstetigter Zusammenarbeit" (*E. Schmidt-Aßmann*) zu tun.⁵⁷ Freilich bereitet der Begriff der Rechtswissenschaft einige Probleme, was nicht zuletzt damit zusammenhängt, dass es sich um einen echten "Trendterminus" handelt.⁵⁸ Gleichwohl belegen insbesondere die Entwicklungen im Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, dass der Begriff mitunter hilfreich sein kann, schon weil er eine recht hohe Bandbreite an Phänomenen zu erfassen imstande ist.

a) Behördennetzwerke

ICN und ECN stellen Netzwerke der Wettbewerbsbehörden untereinander dar. Freilich gibt es hier Unterschiede in den Tätigkeitsschwerpunkten: Das Ziel des ICN ist es, eine Informationsplattform für alle Kartellbehörden weltweit zu schaffen. Zu diesem Zweck werden jährliche Konferenzen abgehalten und im Rahmen von Arbeitsgruppen gemeinsame Standpunkte und Diskussionspapiere erarbeitet.

⁵⁴ Zum Ganzen auch C. Möllers, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), 351; E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 19), § 5 Rn. 41 ff.

⁵⁵ Andere Beispiele auf europäischer Ebene sind etwa das Subsidiarity Monitoring Network des Ausschusses der Regionen, erreichbar unter <<http://www.cor.europa.eu/subsidinet/en/sublibrary.htm>> oder das European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL), erreichbar unter <<http://ec.europa.eu/environment/impel/index.htm>>; vgl. allgemein dazu J. Martínez Soria, Administrative Netzwerke im Lichte europäischer Verwaltungsrechtstraditionen, 2006, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 47, abrufbar unter <<http://www.europarecht.uni-goettingen.de/>>; s. zur Problematik des Begriffs "Netzwerk" E. Frenzel, Vom Verbund zum Netzwerk. Die Musik des Zufalls als Erkenntnisquelle, in: S. Boysen *et al.* (Hrsg.), *Netzwerke*. 47. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2007, 247 ff.

⁵⁶ Dazu J. P. Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 77 Rn. 3.

⁵⁷ E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 19), § 5 Rn. 26.

⁵⁸ Schwarze (Anm. 31), CIX.

Ein Austausch von Informationen über konkrete Fälle etc. findet hingegen nicht statt.⁵⁹

Dagegen dient das ECN in erster Linie der Koordinierung des Vollzugs der europäischen Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003⁶⁰ und soll helfen, die Tätigkeiten der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbs- und Kartellbehörden aufeinander abzustimmen.⁶¹ Das ECN ist deshalb ein gutes Beispiel für die Verfestigung der Verwaltungsstrukturen in der EG, die deshalb häufig auch als *Verwaltungsverbund* charakterisiert wird⁶²: „Er zeigt sich in einer wachsenden Zahl von Verwaltungsinstanzen der Union, in dezentral oder zentral organisierten Netzwerken, in einem vielgestaltigen europäischen Ausschusswesen und in der praktischen Zusammenarbeit nationaler und unionaler Verwaltungsstellen. Die Verwaltung des Unionsraums vollzieht sich in einem Informations-, Entscheidungs- und Kontrollverbund zwischen mitgliedstaatlichen und unionseigenen Exekutiven.“⁶³ Im Gegensatz zu den eher lose organisierten Netzwerken auf internationaler Ebene (wie z. B. ICN, OECD, UNCTAD) ist das ECN in feste rechtliche Strukturen eingebettet. Dies drückt sich auch in der Mehrdimensionalität seiner Aufgaben aus: Es geht zwar auch hier um den Austausch von Informationen, aber auch um grundsätzliche Zuständigkeiten, die Ausführung von Ermittlungen für andere Wettbewerbsbehörden innerhalb des Verbundes und die Kontrolle dieser Vorgänge durch die Kommission.⁶⁴

Gemeinsam ist ICN und ECN jedoch, dass in ihnen zunächst die jeweiligen nationalen bzw. supranationalen Behörden und nicht die Staaten, denen sie angehören, agieren. Freilich beschränkt sich insbesondere das ICN nicht ausschließlich auf die behördliche Perspektive, sondern bindet regelmäßig auch Wissenschaftler und Rechtsanwaltskanzleien in seine Aktivitäten ein.⁶⁵ Auch kann für das ECN eine nicht hierarchische Struktur nur bedingt festgestellt werden, was in erster Linie mit der Rolle der Europäischen Kommission als „Spinne im Netz“ zusammenhängt. Schon hier zeigt sich, dass unter den Begriff „Netzwerk“ im Kontext des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts ganz unterschiedliche Phänomene fallen können.

⁵⁹ S. dazu A. Rasek, in: Terhechte (Anm. 5), § 83 Rn. 10 ff.

⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003, Nr. L 1/1.

⁶¹ S. Hossenfelder, in: Terhechte (Anm. 5), § 84 Rn. 3 ff.

⁶² Siehe dazu nur E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen 2005.

⁶³ E. Schmidt-Aßmann, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 19), § 5 Rn. 17.

⁶⁴ Ausführlich dazu S. Hossenfelder, in: Terhechte (Anm. 5), § 84 Rn. 7 f.

⁶⁵ Vgl. A. Rasek, in: Terhechte (Anm. 5), § 83 Rn. 9.

b) Gerichtsnetzwerke

Die "Netzwerkidee" ist nicht nur auf Behördennetzwerke beschränkt, sondern kann auch auf "Gerichtsnetzwerke" übertragen werden.⁶⁶ Tatsächlich lassen sich auch für den Bereich der Justiz gewisse Netzwerkbildungen ausmachen, wie etwa die Gründung der AECLJ belegt. Hierbei handelt es sich um den Versuch, eine stete Grundlage für den Austausch gemeinsamer Erfahrungen zu schaffen und die Organisation von europaweiten Fortbildungsangeboten zu realisieren.

Problematisch bei Gerichtsnetzwerken ist offensichtlich ihre Finanzierung. So ist die AECLJ auf Gelder der Europäischen Kommission oder anderer Geber angewiesen, um ihre Aktivitäten durchführen zu können. Freilich verkörpert diese Vereinigung keine gänzlich neue Entwicklung, die nur im Kartellrecht zu verzeichnen ist. Auch in anderen Bereichen ist es zur Etablierung von Gerichtsnetzwerken gekommen.⁶⁷ Hervorzuheben ist auf internationaler Ebene etwa die International Association of Judges (IAJ)⁶⁸ oder in den USA die American Judges Association.⁶⁹

Neben gemeinsamen Organisationen und Fortbildungen findet aber auch zunehmend eine Zusammenarbeit zwischen den Gerichten auf internationaler Ebene statt. In diesem Zusammenhang kommt den verschiedenen Rechtshilfeabkommen als rechtliche Basis justizieller Kooperation zumindest potentiell eine wichtige Funktion zu. So hat die Bundesrepublik Deutschland solche Abkommen mit verschiedenen Staaten weltweit geschlossen, die sich auf die Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen beziehen und auch kartellrechtliche Fragestellungen zum Gegenstand haben können. Praktisch relevant wurde dies bislang aber nur im Rahmen von Strafverfahren.⁷⁰

2. Klassische Verwaltungskooperationen

Die Kooperation der Verwaltungsträger auf internationaler Ebene findet heute noch zum überwiegenden Teil in klassischen Kooperationsformen wie der Amts-

⁶⁶ A.-M. Slaughter, A Global Community of Courts, 44 Harvard International Law Journal (2003), 191; dies., A New World Order, Princeton 2004, 65 ff.; dies., Judicial Globalization, 40 Virginia Journal of International Law (2000), 1103 ff.

⁶⁷ Eine Übersicht über die europäischen Richtervereinigungen ist unter <<http://www.richtervereinigung.at/links6a.htm>> abrufbar.

⁶⁸ <http://www.iaj-uim.org/ENG/frameset_ENG.html>.

⁶⁹ <<http://aja.ncsc.dni.us/>>.

⁷⁰ S. R. Podszun, in: Terhechte (Anm. 5), § 85 Rn. 13, 18 ff.; vgl. allgemein zur internationalen Rechtshilfe etwa K. Siehr, Grundfragen der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, RIW 2007, 321; W. Schomburg, Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen, NJW 2005, 3262; T. von Danwitz, Verfassungsfragen des deutsch-amerikanischen Rechtshilfeverkehrs, DÖV 2004, 501.

hilfe statt, die z. T. in einzelnen völkerrechtlichen Abkommen geregelt ist.⁷¹ Insofern hat man es hier aus dogmatischer Perspektive häufig mit Fragen des "klassischen" Internationalen Verwaltungsrechts zu tun, das gewissermaßen als Gegenstück zum Internationalen Privatrecht traditionell Kollisionsfragen und ihre Lösung behandelt.⁷² Dass diese Sichtweise des Internationalen Verwaltungsrechts als reines Verwaltungskollisionsrecht heute im Wandel begriffen ist, kann man insbesondere auch am Beispiel des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts festmachen. Hier geht es mittlerweile weniger um die Lösung von Kollisionskonflikten, sondern eher um die Herausarbeitung gemeinsamer Standards und Grundprinzipien sowie um die Vernetzung der Verwaltungsträger untereinander. Das internationale Verwaltungsrecht (*International Administrative Law* oder *Global Administrative Law*) gründet so inzwischen offenbar mehr im Völkerrecht als im nationalen Recht. Erste Untersuchungen, die sich ausdrücklich auch auf das Kartellrecht beziehen, versuchen ebenfalls auf dieser Grundlage das "*Global Administrative Law*" zu etablieren.⁷³

3. Kooperation jenseits der Gewaltengrenzen

Kooperation erfolgt nicht nur innerhalb der jeweiligen Kernbereiche, sondern mitunter auch jenseits der Gewaltengrenzen. Dies hängt schon damit zusammen, dass der Justiz in den meisten Fällen die finanziellen Mittel fehlen, um in Netzwerken etc. zu kooperieren. Hier werden etwa durch die Europäische Kommission, private Stiftungen und die OECD Mittel zur Verfügung gestellt. Förmlicher wird die Kooperation, soweit Gerichte innerhalb anhängiger Verfahren um Beweise und sonstige Informationen im Rahmen förmlicher Rechtshilfe nachsuchen. Eine noch größere Rolle spielt freilich die Kooperation der Behörden mit Gerichten und Privatpersonen und -unternehmen.

4. Kooperation mit Privaten

Bislang wenig erforscht ist die Rolle der Kooperation der Kartellbehörden (bzw. der zuständigen Gerichte) mit Privatpersonen.⁷⁴ Die Rolle Privater wurde in Europa lange Zeit tendenziell ausgeblendet und beschränkte sich oft nur auf Schadensersatzklagen, die aufgrund hoher Hürden selten angestrengt wurden. So hat sich

⁷¹ Vgl. dazu etwa F. Wettner, Amtshilfe im Europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2005; B. Kastner, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2006, § 4 VwVfG Rn. 11 m. w. N.

⁷² Dazu eingehend C. Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Tübingen 2005, 2 ff.

⁷³ S. dazu schon oben A. I. 3.; siehe auch Kingsbury/Krisch/Stewart (Anm. 11), 15 (16); Krisch (Anm. 11), 247 und oben Anm. 11 m. w. N.

⁷⁴ Vgl. dazu W. E. Kovacic, Private Participation in the Enforcement of Public Competition Law, abrufbar unter <<http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.shtm>>.

hier in Deutschland erst im Zuge der 7. GWB-Novelle einiges verändert (vgl. § 33 GWB). Trotzdem spielt die private Durchsetzung des Kartellrechts in Europa nach wie vor eine untergeordnete Rolle.⁷⁵ Im Gegensatz dazu gehen in den USA ca. 90 % aller Verfahren auf private Initiative zurück. Im Bereich der internationalen Kooperation werden Private in internationale Netzwerke wie das ICN eingebunden, um externen Sachverstand verfügbar zu machen.⁷⁶ Teilweise haben ihre Beiträge grundsätzliche Reformprozesse und neue Initiativen ausgelöst. In diesem Zusammenhang sei etwa auf den *Whish/Wood-Report*⁷⁷ innerhalb der OECD verwiesen, der starke Impulse für die Reform des Fusionskontrollrechts weltweit gegeben hat.⁷⁸

III. Grenzen der Kooperation

Es wäre ein Trugschluss, davon auszugehen, dass die Kooperation der Akteure des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts alle Probleme dieses Rechtsgebiets beseitigen könnte. Kooperation kann nur bestimmte Bereiche erfassen. Sie stößt schon bei der Unterschiedlichkeit der Ausgestaltung der verschiedenen Verfahren an Grenzen (B. III. 1.). Zudem sind die Schutzstandards (z. B. durch die Grundrechte) teilweise recht unterschiedlich ausgestaltet, so dass hier immer das Problem im Raum steht, ob nationale Kartellbehörden überhaupt befugt sind, Informationen weiterzugeben (vgl. dazu etwa Art. 12, 28 VO 1/2003,⁷⁹ vgl. B. III. 2.). Zudem ist die Kooperation der Kartellbehörden in vielen Fällen nach außen wenig transparent (s. B. III. 3.).

1. Die Unterschiedlichkeit der Verfahren

Viele Beobachter charakterisieren das Verfahrensrecht bislang als Dschungel.⁸⁰ In der Tat ist das Dickicht hier nur schwer zu durchbrechen. Die Verfahrensabläufe als solche sind oftmals ebenso wenig homogen oder einheitlich wie der Aufbau der vollziehenden Behörden. Auch wenn sich hier bestimmte Gemeinsamkeiten und Prinzipien herausarbeiten lassen, so muss doch die Unterschiedlichkeit der Verfahren in vielen Fällen als wesentliches Hindernis bei der grenzüberschreitenden Kooperation identifiziert werden.

⁷⁵ S. dazu M. Gebauer/A. Staudinger, in: Terhechte (Anm. 5), § 7 Rn. 6; G. Mäsch, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot, EuR 2003, 825 (828 ff.).

⁷⁶ Vgl. Nachw. in Anm. 59.

⁷⁷ R. Whish/D. Wood, Merger Cases in the Real World – A Study of Merger Control Procedures, OECD 1994.

⁷⁸ Göranson/Reindl (Anm. 5), § 75 Rn. 26.

⁷⁹ S. Anm. 60.

⁸⁰ K. Stockmann, in: Terhechte (Anm. 5), S. VII.

2. Grund- und Menschenrechte

Unterschiedliche Standards hinsichtlich der Grund- und Menschenrechte können ein nicht zu unterschätzendes Hindernis bei der Kooperation von Behörden oder Gerichten darstellen. Hier ist etwa an die Folgen des Informationsaustausches im ECN oder zwischen Behörden auf der internationalen Ebene zu denken. Sind Beweise, die nicht nach deutschen Standards erlangt werden (etwa bei einem Verstoß gegen Beweiserhebungsverbote) trotzdem verwertbar, sofern ausländische Behörden sie zur Verfügung stellen? Problematisch ist auch der Fall, dass vertrauliche Informationen weitergegeben werden, z.B. Geschäftsgeheimnisse, interne Dokumente oder persönliche Informationen über Zeugen. Die Weitergabe solcher Informationen wird von den meisten Rechtsordnungen zumindest im internationalen Kontext – als Konkretisierung einzelner Grundrechtspositionen – ausdrücklich untersagt.⁸¹ Zwar haben die Parteien eines Verfahrens grundsätzlich die Möglichkeit, durch eine Verzichtserklärung den Schutz ihrer Informationen selbst aufzuheben. Indes besteht ein grundsätzliches Verbot der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen, soweit eine solche Erklärung nicht vorliegt. Anders ist die Situation nur bei der Weitergabe allgemeiner Informationen einzuschätzen, wie z. B. der Information, dass ein Verfahren eingeleitet wurde, oder der allgemeinen Charakterisierung eines Marktes, die grundsätzlich ohne Zustimmung der Parteien weitergegeben werden dürfen.

Auch die Zugrundelegung des Auswirkungsprinzips, wonach für die Anknüpfung der eigenen Jurisdiktion allein auf die Auswirkungen eines Verhaltens abgestellt wird, kann grundrechtliche Dimensionen aufweisen.⁸² Hier besteht u. U. die Gefahr der Doppel- und Mehrfachbestrafung, weil sich in einer globalisierten Welt wettbewerbsbeschränkendes Verhalten an vielen Orten auswirken kann.⁸³ Im Extremfall ist es sogar denkbar, dass es zu sich widersprechenden Sanktionen kommt, indem ein Unternehmen im Staat X gesetzlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, das aber in Staat Y verboten ist.⁸⁴ Diese Problematik könnte gelöst werden, wenn man grundsätzlich der Kartellbehörde den Vortritt lässt, innerhalb deren Jurisdiktion sich der Schwerpunkt des fraglichen Verhaltens auswirkt.⁸⁵

⁸¹ Vgl. § 50 b Abs. 2 GWB, siehe dazu C. Becker, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2 (GWB), München 2006, § 50 b Rn. 2; für die europäische Ebene siehe Art. 12 Abs. 2, 3, Art. 28 VO 1/2003, siehe dazu auch B. Frieß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1 (Europäisches Recht), München 2005, Einführung VerfVO Rn. 18, Art. 28 Rn. 11 f.; Art. 17 FKVO, siehe dazu auch J. Hecker, *ibid.*, FKVO Art. 17 Rn. 1 f.; oder für das US-Recht im FTC Act (15 U.S.C. § 46 (f), vgl. E. Buchmann (Anm. 30), 71 m. w. N.

⁸² Ausführlich dazu C. II. 6. und C. IV.2.

⁸³ Zum Verbot der Doppelbestrafung W. Schild/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 8 Rn. 28 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu H.-W. Keibel, Die Extraterritorialität des europäischen Kartellrechts, EuZW 1991, 265 (273).

⁸⁵ J. Parisi/R. Podszun, in: Terhechte (Anm. 5), § 87 Rn. 30 f.

Des Weiteren ist die im globalen Vergleich unterschiedliche Reichweite des sog. Legal Professional Privilege, das die anwaltliche Korrespondenz schützen soll, eine grundsätzliche Frage, die die Grundrechte berührt.⁸⁶ Im Wesentlichen kreist hier die Diskussion um die Frage, ob sich auch Syndikusanwälte auf dieses Legal Privilege berufen können oder nicht. Die Diskussion zu dieser Frage ist im Gemeinschaftsrecht durch das EuG jüngst wieder angefeuert worden.⁸⁷

Insgesamt vermögen grundrechtliche Fragestellungen – insbesondere die Divergenz der grundrechtlichen Schutzstandards – daher eine wichtige Grenze der Kooperation der Kartellbehörden darzustellen. Dies gilt prinzipiell auch für Kooperationen innerhalb der Judikative, die in der Regel ebenso an die Grund- und Menschenrechte gebunden ist.

3. Transparenzfordernisse

Internationale Verwaltungskooperation ist mitunter von außen kaum zu überblicken, weil sich viele Prozesse auf informeller Ebene abspielen.⁸⁸ Zu denken ist hier etwa an einen rein informellen Informationsaustausch (z. B. am Telefon), der in der Praxis einen recht wichtigen Baustein der Behördenkooperation verkörpert. Den betroffenen Unternehmen ist es oft nicht möglich, in Erfahrung zu bringen, welche Informationen hier ausgetauscht werden. Dies muss insbesondere auf Skepsis stoßen, weil hohe Transparenzstandards immer mehr auch im Kartell- und Fusionskontrollverfahren eine große Rolle spielen.⁸⁹ Freilich ist zu beachten, dass Unternehmen im Bereich des Fusionskontrollverfahrens häufig auf die Geheimhaltung der Informationen ausdrücklich verzichten, was das Verfahren in vielen Fällen beschleunigen kann.

4. Rechtsschutz

Eine weitere wichtige Frage ist, wie Unternehmen und Private effektiven Rechtsschutz für den Fall erlangen können, dass Informationen weitergegeben werden, die etwa der Vertraulichkeit unterliegen. Auch die Verteilung der Fälle im

⁸⁶ Dazu ausführlich W. Weiß, in: Terhechte (Anm. 5), § 6 Rn. 53.

⁸⁷ EuG Rs. T-125/03 und T-253/03, Urteil v. 17. September 2007 – *Akzo u. a.*, EuR 2008, 514; s. dazu auch W. Weiß, Neues zum Legal Professional Privilege – Eine Anmerkung zum Akzo Urteil des EuG, EuR 2008, 546.

⁸⁸ Dazu P. Mozet, Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden, 88 ff. m. w. N.

⁸⁹ Allgemein dazu etwa B. Bjurulf/O. Elgström, Negotiating Transparency: The Role of Institutions, JCMS 2004, 249 ff.; S. Prechal/M. de Leeuw, Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?, Review of European Administrative Law 2007, 51; Schwarze (Anm. 31), S. CXV; ders., Formen, Standards und Zukunftsperspektiven des europäischen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 2008, 11 (22 f.).

ECN kann hier Probleme aufwerfen, die bislang wenig diskutiert wurden.⁹⁰ Sicher ist aber, dass je informeller die Behördenzusammenarbeit ist, es desto schwieriger wird, für die betroffenen Unternehmen und Privaten ihre Rechte auch vor Gerichten durchzusetzen. Soweit dies aber gelingt, können der Kooperation der Behörden eindeutige Grenzen gesetzt werden.

5. Fehlende Verbindlichkeit

Schließlich ist noch auf die fehlende Rechtsverbindlichkeit der meisten Kooperationsabkommen hinzuweisen. Die Parteien der Abkommen können, müssen aber nicht zusammenarbeiten. Diese Konstruktion hängt maßgeblich mit dem *Comity*-Gedanken zusammen, der den Kooperationsabkommen zugrunde liegt.⁹¹ Insofern sind der Kooperation von vornherein Grenzen gesetzt, die spätestens dann eine Rolle spielen dürften, soweit bestimmte Vorgänge die nationalen Interessen eines Staates berühren. Dieser Fall hat sich in der Praxis allerdings noch nicht häufig ereignet.

C. Konvergenz des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts

I. Konvergenz als Ausgangsperspektive des materiellen Rechts

Die Konvergenz des materiellen Kartell- und Fusionskontrollrechts ist die Grundlage, auf der die Idee einer zunehmenden Konvergenz auch des Verfahrensrechts (dazu C. II.) entwickelt werden kann. Wie bereits angedeutet, ist insbesondere im Bereich der besonders schweren Formen horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen ein weltweit einheitlicher Ansatz festzustellen. Diese sog. *Hardcore*-Kartelle (z. B. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die Märkte aufteilen oder Preise festlegen) sind nahezu weltweit verboten.⁹² Doch auch im Bereich der vertikalen Vereinbarungen, also Vereinbarungen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Handelsstufen, wie z. B. Preisbindungen etc., lassen sich "Konvergenztrends" ausmachen, obwohl hier in einigen Fragen noch deutliche Unterschiede zu verzeichnen sind. Nicht zuletzt ist die Fusionskontrolle in den Blickpunkt geraten. In diesem Feld ist z. B. durch die Änderung des

⁹⁰ S. aber J. Schwarze, Anfechtung der Fallverteilung im europäischen Netzwerk der Wettbewerbsbehörden, in: I. Brinker/D. Scheuing/K. Stockmann (Hrsg.), FS Bechtold, München 2006, 483.

⁹¹ Ausführlich Buchmann (Anm. 30), 104 ff.

⁹² Dazu etwa Kennedy (Anm. 9), 204 ff.

materiellen Prüfkriteriums der europäischen Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 ein Schritt in die Richtung des US-Rechts vollzogen worden.⁹³

II. Konvergenz auch auf prozeduraler Ebene?

Im Gegensatz zum materiellen Recht gibt es bislang so gut wie keine Forschungsarbeiten, die sich mit einer möglichen Konvergenz des Verfahrensrechts auseinandersetzen. Ein genauerer Blick auf diesen Bereich zeigt jedoch, dass sich auch hier Annäherungstendenzen ausmachen lassen. So werden bestimmte Verfahrensinstrumente in nahezu allen Kartellrechtsordnungen weltweit eingesetzt, die Anknüpfung der Jurisdiktion beruht zumeist auf dem Auswirkungsprinzip und die nationalen Gesetzeswerke werden in vielen Fällen durch regionales Recht überlagert, das wiederum einen Anpassungsdruck entfaltet. Diesen Entwicklungen soll im Folgenden nachgegangen werden.

1. Pönalisierung

Das Kartell- und Fusionskontrollrecht weist einen deutlichen Trend zur Pönalisierung auf, d. h., dass die Staaten im Falle der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften verstärkt über Haft- und hohe Geldstrafen eine Präventionswirkung entfalten wollen. Eine Ausnahme bilden hier die EU und Deutschland. Die EU verfügt über keine strafrechtlichen Rechtsetzungskompetenzen und Deutschland ordnet Verstöße gegen das GWB bzw. Art. 81 ff. EG als Ordnungswidrigkeiten ein,⁹⁴ woran sich auch künftig aller Voraussicht nach nichts ändern wird. Eine Änderung im deutschen Recht würde für den Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts letztlich erhebliche Probleme aufwerfen, so würden die Verfahren an die Staatsanwaltschaft abzugeben sein, die über das Anklagemonopol verfügt.

In anderen Staaten verspricht man sich dagegen einen effektiveren Vollzug des Kartellrechts, soweit für besonders schwere Verstöße gegen das Kartellrecht auch Freiheitsstrafen verhängt werden können. In diesem Lichte haben in den letzten Jahren viele Staaten spezielle kartellrechtliche Straftatbestände (*cartel offences*) geschaffen. Zu nennen sind hier etwa Singapur,⁹⁵ Indonesien,⁹⁶ das Vereinigte Königreich⁹⁷ und Irland⁹⁸. Die USA haben darüber hinaus den Strafraum des maßgeb-

⁹³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 Nr. L 24/1; s. auch J. Hoffmann/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 4 Rn. 12.

⁹⁴ Dazu W. Schild/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 8 Rn. 14 f.

⁹⁵ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 63 Rn. 46.

⁹⁶ *Ibid.*, § 8 Rn. 14 f.

⁹⁷ K. Ziegler, in: Terhechte (Anm. 5), § 13 Rn. 71.

⁹⁸ H. Kelly, in: Terhechte (Anm. 5), § 14 Rn. 32.

lichen Kartellgesetzes (vgl. Sec. 1 und Sec. 2 *Sherman Act*) über die Jahre hinweg verschärft.⁹⁹

2. Effektiver Vollzug durch *Leniency*-Programme

Ein weiterer global auszumachender Trend ist zudem der Ansatz, mittels *Leniency*-Programmen oder Kronzeugenregelungen eine bessere Ermittlung und Aufklärung von Kartellen zu ermöglichen.¹⁰⁰ Diese Programme, die unter bestimmten Voraussetzungen Kartellmitgliedern völlige Straffreiheit versprechen, haben einen globalen Siegeszug angetreten und sind aus der alltäglichen Praxis der Kartellbehörden nicht mehr wegzudenken. Nicht unproblematisch ist hier in vielen Fällen, dass diese Programme von den Kartellbehörden eingeführt werden, ohne dass die entsprechenden Gesetze hierzu eine Ermächtigung vorsehen.¹⁰¹ Dies war z. B. in Deutschland lange Zeit der Fall. Einige Staaten sehen dagegen in ihren Kartellgesetzen ausdrückliche Möglichkeiten der Reduzierung oder Freistellung von Strafe vor, soweit Unternehmen Informationen zur Aufdeckung eines Kartells zur Verfügung stellen, so z. B. Südkorea.¹⁰²

3. Kartellrechtsdurchsetzung durch Private

Eine weitere wichtige Entwicklung des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollrechts besteht in der Stärkung der privaten Verfolgung von Kartellverstößen durch die Konkurrenten, Verbraucher und Verbraucherverbände (sog. *private enforcement*).¹⁰³ Insbesondere im Rahmen der EU verspricht man sich über dieses

⁹⁹ S. unten Anm. 282; vgl. auch W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 94; W. Schild/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 8 Rn. 12.

¹⁰⁰ Vgl. dazu M. Motta/M. Polo, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, 21 Int. J. Indust. Org. (2003), 347; P. Hetzel, *Kronzeugenregelungen im Kartellrecht – Anwendung und Auslegung von Vorschriften über den Erlass von Geldbußen im Lichte elementarer Rechtsgrundsätze*, Baden-Baden 2004; M. Klusmann, *Internationale Kartelle und das Europäische Leniency-Programm aus der Sicht der Verteidigung*, WuW 2001, 820.

¹⁰¹ Im deutschen Recht hat erst die 7. GWB-Novelle mit § 81 Abs. 7 GWB eine ad quate Rechtsgrundlage für den Erlass der Bonusregelung des Bundeskartellamtes mit sich gebracht, vgl. dazu R. Bechtold, *GWB Kommentar*, 4. Aufl., München 2006, § 81 Rn. 41; P. Cramer/P. Pananis, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Anm. 81), Bd. 2 (GWB), § 81 Rn. 84 f.; F. Engelsing, *Die neue Bonusregelung des Bundeskartellamtes*, ZWeR 2006, 179.

¹⁰² Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 60 Rn. 18.

¹⁰³ Dazu W. Möschel, *Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?*, WuW 2007, 483; J. Basedow, *Perspektiven des Kartelldeliktsrechts*, ZWeR 2006, 294; D. H. Ginsburg, *Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe*, 1 *Journal of Competition Law and Economics* (2005), 427; C. A. Jones, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, 27 *World Competition* (2004), 13; ders., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999; J. Ke ler, *Private Enforcement – Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes*, WRP 2006, 1061; T. L bbig/M. LeBell, *Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen*,

Instrument einen weitaus effektiveren Vollzug des Kartellrechts¹⁰⁴ und blickt dabei auf das Vorbild der USA, wo ca. 90 % aller Kartellverfahren auf private Klagen zurückgehen. Freilich setzt dies ein funktionierendes Justizwesen voraus, so dass dieses Modell in vielen Schwellen- und Entwicklungsländern gar nicht erst zum Tragen kommen kann. In diesen Staaten kommt es vielmehr entscheidend auf die vollziehenden Behörden an.¹⁰⁵

4. Expansion der Behördenkooperation

Die Kooperation der Behörden und sonstiger Stellen, die für den Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts verantwortlich sind, ist ein weiteres Charakteristikum, das die Konvergenz auf prozeduraler Ebene vorantreibt. Hierbei ist die Kooperation Ursache und zugleich Ausdruck der zunehmenden Konvergenz (s. dazu oben B.).

5. Konvergenz und Divergenz der grundrechtlichen Schutzstandards

Des Weiteren lässt sich eine Tendenz zur Vereinheitlichung der Verteidigungsrechte und Schutzstandards für die Unternehmen im Kartell- und Fusionskontrollverfahren, insbesondere im Bereich der Grundrechte, feststellen.¹⁰⁶ Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass grundrechtlichen Verbürgungen in supranationalen und internationalen Zusammenhängen immer größere Bedeutung zukommt. Hier ist etwa auf die zukünftige Rolle der EU-Grundrechtecharta und die EMRK zu verweisen. Die Grundrechtsfrage hängt eng mit dem stetigen Ausbau der Befugnisse der Kartellbehörden zusammen.¹⁰⁷

WRP 2006, 1209; J. Rüggeberg/M. P. Schinkel, Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement, 29 *World Competition* (2006), 395; K. Schmidt, "Privatisierung" des Europakartellrechts – Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003, ZEuP 2004, 881; M. Debroux/E. Tricot, Competition – EU Competition Law Enforcement: Towards a US Style Private Antitrust Action?, 27 *Business Law Review* (2006), 256; vgl. auch M. Gebauer/A. Staudinger, in: Terhechte (Anm. 5), § 7 Rn. 5.

¹⁰⁴ Grünbuch – Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19. Dezember 2005, KOM (2005)672; vgl. dazu auch T. Eilmansberger, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action, 44 *CMLRev.* (2007), 431.

¹⁰⁵ Siehe dazu W. E. Kovacic, Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement, 77 *Chicago-Kent Law Review* (2001), 265.

¹⁰⁶ W. Weiß, in: Terhechte (Anm. 5), § 6 Rn. 7.

¹⁰⁷ Vgl. zu diesen Fragen etwa F. Montag, The Case for Radical Reform of the Infringement Procedure and Regulation, ECLR 1996, 428; U. Sotész/C. Steinele/H. Bieleš, Rekordgeldbußen versus Bestimmtheitsgebot – Die Kartellverordnung auf dem Prüfstand höherrangigen Gemeinschaftsrechts, EuZW 2003, 202.

6. Das Auswirkungsprinzip als globales Kriterium der Jurisdiktionsausübung

Bezüglich der extraterritorialen Anwendung der nationalen Kartellgesetze (und auch im Rahmen regionaler Regimes, wie der EU und dem MERCOSUR) hat das Auswirkungsprinzip unbestreitbar einen Siegeszug angetreten (dazu ausführlich C. IV.2.). Diese Entwicklung ist folgerichtig, eben weil es an globalen "Moderationsordnungen" fehlt. Es bleibt abzuwarten, ob erste informelle Regelungen, die dazu führen, dass nationale Kartellbehörden ihre Ermittlungen zurückstellen, weil sich das Gravitationszentrum einer wettbewerbswidrigen Maßnahme in einem anderen Staat befindet und auch hier ein Verfahren durchgeführt wird (solche Fälle gibt es derzeit zwischen Kanada und den USA), weitere Verbreitung finden werden.¹⁰⁸ Hier könnte es in der Zukunft zu erheblichen Modifikationen des Auswirkungsprinzips kommen.

7. Verringerung von Ausnahmereichen

Ein wesentlicher Fortschritt in der Entwicklung vieler nationaler und regionaler Kartellregimes ist die Verringerung der sektoriellen Ausnahmereiche, die zugleich auch Indiz eines umfassenden Liberalisierungsprozesses ist. Beispielhaft sei auf die Streichung der Ausnahmereiche aus dem GWB verwiesen.¹⁰⁹ Trotz dieser Tendenz ist festzuhalten, dass es nach wie vor ein wesentliches Problem des Vollzugs des Kartell- und Fusionskontrollrechts ist, dass ganze Sektoren von der Anwendung suspendiert sind.

8. Die Rolle der öffentlichen Unternehmen

Problematisch ist in vielen Staaten zudem die Rolle der öffentlichen Unternehmen, die nicht selten mit besonderen Vorrechten ausgestattet sind und häufig Marktpositionen innehaben, die sie ohne ihre öffentlich-rechtlichen Ausgestaltungen und Verbindungen nicht einnehmen könnten. Generelles Anliegen vieler Regimes ist zwar eine grundsätzliche Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen (vgl. § 130 Abs. 1 GWB, Art. 86 Abs. 1 EG), dieses Ideal ist aber so gut wie nirgendwo konsequent umgesetzt worden. Vielmehr sind Verfahren, in denen öffentliche Unternehmen eine Rolle spielen, in vielen Fällen noch komplizierter als "normale" Verfahren.

¹⁰⁸ Vgl. dazu T. Eilmansberger, "Ne bis in idem" und kartellrechtliche Drittstaatssanktionen, EWS 2004, 49; J. Schwarze/A. Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Baden-Baden 2004, § 7 Rn. 24 ff.

¹⁰⁹ Dazu Bechtold (Anm. 101), vor § 28 Rn. 1 ff.; V. Emmerich, Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, 470 ff.

9. Freihandelsabkommen und regionale Wirtschaftsintegration

Ein Befund, der sicherlich dazu herausfordert, über materielle wie prozedurale Konvergenz im nationalen, supranationalen und internationalen Recht nachzudenken, ist die unverkennbare Zunahme der Freihandelsabkommen¹¹⁰ und regionalen Regimes, die in vielen Fällen auch kartell- und fusionskontrollrechtliche Bestimmungen enthalten.

a) In diesem Zusammenhang sei etwa auf eine Vielzahl von Freihandelsabkommen verwiesen, die die USA in den letzten Jahren mit asiatischen Staaten abgeschlossen haben (so etwa mit Singapur und China) und die teilweise wettbewerbsrechtlich relevante Vorschriften enthalten. So sieht das zwischen den USA und Singapur im Jahre 2003 abgeschlossene Freihandelsabkommen ausdrücklich vor, dass Singapur ein Wettbewerbs- und Kartellgesetz erlassen wird.¹¹¹

b) Aber auch regionale Entwicklungen sind hier von einigem Interesse: So wurde etwa im Rahmen des Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) im Jahre 2003 erstmals ein recht detaillierter Entwurf für ein gemeinsames kartellrechtliches Regime auf Grundlage des Art. 55 COMESA-Treaty vorgelegt.¹¹² Der Entwurf geht auf eine Zusammenarbeit mit UNCTAD und der sambischen Wettbewerbskommission ZCC zurück und enthält im Wesentlichen alle Bausteine eines regionalen Wettbewerbs- und Kartellrechts.¹¹³ Die Idee des Entwurfs besteht darin, durch die Einrichtung einer gemeinsamen Wettbewerbsbehörde (COMESA Competition Commission) ein ähnliches kartellrechtliches Umfeld zu etablieren wie die EU. Dieser Ansatz wird schon anhand des Wortlauts der Vorschriften deutlich, der bisweilen sehr eng an die Terminologie des EG-Vertrages angelehnt ist. Freilich verfügen die wenigsten COMESA-Staaten über Erfahrungen bei der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften – nur vier Mitgliedstaaten haben derzeit ein eigenes Wettbewerbs- und Kartellgesetz (Ägypten seit 2005,¹¹⁴ Sambia seit 1995,¹¹⁵ Kenia seit 1989¹¹⁶ und Simbabwe seit 1996) –, während sich andere Mitgliedstaaten noch im Gesetzgebungsprozess befinden (so etwa Malawi) oder kein eigenes Kartellrecht haben (Mauritius, Uganda und Swasiland). Ob wettbewerbsrechtliche Regelungen vor diesem Hintergrund im Rahmen der COMESA überhaupt erfolgreich sein können, darf bezweifelt werden.

¹¹⁰ Vgl. dazu Herrmann/Weiß/Ohler (Anm. 48), Rn. 601 ff.; M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 7. Aufl., München 2008, § 11 Rn. 1 ff.

¹¹¹ Die Abkommen der USA sind abrufbar unter <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html>; zum Abkommen zwischen den USA und Singapur auch Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 63 Rn. 1 (dort insbes. Fn. 2).

¹¹² Abrufbar unter <<http://www.comesa.org/>>.

¹¹³ So ein Verbot von *restrictive business practices* (Art. 16), ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 17 f.), Vorschriften für die Zusammenschlusskontrolle (Art. 23 ff.) sowie Vorschriften zum Schutze vor unlauterem Wettbewerb (Art. 27-39).

¹¹⁴ Dazu S. Paucke, in: Terhechte (Anm. 5), § 69 Rn. 1 ff.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 71 Rn. 1 ff.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 70 Rn. 1 ff.

Indes ist die COMESA nicht die einzige regionale Wirtschaftsorganisation in Afrika, von der derartige Impulse ausgehen. Auch im Rahmen der Southern African Development Community (SADC)¹¹⁷ oder der Economic Community of West African States (ECOWAS)¹¹⁸ lassen sich erste Bestrebungen ausmachen, die darauf hindeuten, dass es einmal zu regionalen Wettbewerbsregimes kommen könnte. Hier kommt es entscheidend darauf an, dass es zur Einrichtung von funktionsfähigen Institutionen kommt, denen ausreichende Befugnisse, institutionelle Unabhängigkeit wie auch ausreichende Personal- und Sachmittel zur Verfügung gestellt werden.

Der Trend zur Regionalisierung des Kartellrechts ist in nahezu allen Erdteilen anzutreffen: In Asien ist insbesondere auf die Entwicklungen innerhalb der Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC)¹¹⁹ und der Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)¹²⁰ hinzuweisen. Insbesondere die koreanische und japanische Wettbewerbsbehörde haben hier in vielen Punkten Vorreiterrollen bei der Koordinierung und dem Aufbau von Netzwerken eingenommen. Doch auch die sehr enge Zusammenarbeit von Australien und Neuseeland im Rahmen des Australia-New Zealand Closer Economics Relations Trade Agreement (ANCERTA),¹²¹ die in einigen Punkten einen echten Vorbildcharakter besitzt, spielt eine große Rolle. In Amerika spielen zudem die Kooperationen im Rahmen des North American Free Trade Agreement (NAFTA)¹²², des Andenpakts¹²³ und des Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹²⁴ eine große Rolle. Diese Entwicklungen könnten zukünftig noch durch die in erster Linie von den USA verfolgte Gründung der Free Trade Area of the Americas (FTAA)¹²⁵ überlagert werden, innerhalb derer auch eigene kartellrechtliche Vorschriften in Kraft gesetzt werden sollen. Innerhalb Europas ist noch auf die Wirkung der Assoziierungsverträge der EG und die Rolle des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR)¹²⁶ hinzuweisen. Insbesondere die Assoziierungsverträge mit den Mittel- und Osteuropäischen Ländern (MOEL, sog. Europaabkommen) haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass die entsprechenden Länder die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sehr detailge-

¹¹⁷ Vgl. <<http://www.sadc.int/>>; vgl. dazu J. Vogt, Die regionale Integration des südlichen Afrikas. Unter besonderer Berücksichtigung der Southern African Development Community (SADC), Baden-Baden 2007.

¹¹⁸ Vgl. <<http://www.ecowas.int/>>.

¹¹⁹ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 77 Rn. 7.

¹²⁰ *Ibid.*, § 77 Rn. 5.

¹²¹ Dazu etwa R. Podszun, in: Terhechte (Anm. 5), § 88 Rn. 2.

¹²² R. Damtoft, in: Terhechte (Anm. 5), § 81 Rn. 21.

¹²³ P. Bischoff-Everding/T. Schreiber, in: Terhechte (Anm. 5), § 79 Rn. 1 ff.

¹²⁴ *Ibid.*, § 78 Rn. 27.

¹²⁵ Dazu ABA Section of Antitrust, Competition Law Outside the United States, First Supplement, 2005, Overview, 36 f.; R. Tritell/R. Damtoft, The Role of Antitrust in the Free Trade of America, 16 Antitrust (Fall 2001), 37.

¹²⁶ M. Bungenberg, in: Terhechte (Anm. 5), § 82 Rn. 1.

treu umgesetzt haben, was auch für die Verfahrensregelungen gilt (so etwa in Polen, Ungarn und Tschechien).¹²⁷

III. Rechtsquellen des konvergierenden Verfahrensrechts

Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht speist sich aus einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen. Dies ist zunächst auf die „Mehrebenenanlage“ dieses Rechtsgebiets zurückzuführen. So ist bei der näheren Betrachtung eines „grenzüberschreitenden“ Falles in aller Regel eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsregimes und Rechtsquellen näher zu beleuchten: Auf der vertikalen Ebene bezieht sich dies auf völkerrechtliche, europarechtliche und nationalstaatliche Regelungen und auf der horizontalen Ebene insbesondere auf unterschiedliche Gesetze, so z. B. das Verhältnis „allgemeiner“ Kartell- und Wettbewerbsgesetze zu sektoriellen Regelungen.

1. Völkerrecht

Zwar gibt es bislang keinen völkerrechtlichen Vertrag, der auf globaler Ebene kartell- oder fusionskontrollrechtliche Vorschriften enthält, trotzdem bilden eine Reihe völkerrechtlicher Regimes mit Bezugspunkten zum Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht die Grundlage dafür, dieses Rechtsgebiet als Referenzordnung für die Entstehung eines *Global Administrative Law* zu betrachten.¹²⁸

Hier kann in erster Linie das Völkervertragsrecht von Bedeutung sein, etwa wenn in zwischenstaatlichen Abkommen auch wettbewerbs- und kartellrechtliche Bestimmungen vorgesehen sind. Dies ist, wie bereits angeklungen, in zahlreichen bilateralen Freihandelsabkommen der Fall, in denen die beteiligten Staaten sich gegenseitig verpflichten, kartellrechtliche Vorschriften zu erlassen. Auch in zahlreichen regionalen Freihandelszonen bzw. Gemeinsamen Märkten, die ihre Wurzeln im Völkerrecht finden, wie z. B. dem NAFTA oder dem MERCOSUR, gibt es wettbewerbs- und kartellrechtliche Bestimmungen. Weiterhin ist hier auf die zahlreichen Kooperationsabkommen der verschiedenen Staaten auf dem Gebiet des Kartell- und Fusionskontrollrechts hinzuweisen. Schließlich bildet das Völkervertragsrecht – insbesondere die Abkommen unter dem Dach der WTO (ÜWTO, GATT, GATS und TRIPS) – den Hintergrund für Überlegungen, ein „Weltkartellrecht“ als multi- oder plurilaterale Vereinbarung zu etablieren.¹²⁹

¹²⁷ Dazu J. P. Terhechte, Die Ausstrahlung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Beitrittskandidaten am Beispiel des Wettbewerbsrechts EWS 2002, 560 ff.

¹²⁸ Zur Verbindung des Global Administrative Law mit dem Völkerrecht vgl. etwa E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Anm. 19), § 5 Rn. 48; Biagini (Anm. 11), 439.

¹²⁹ Dazu nur E. Fox, Toward World Antitrust and Market Access, 91 AJIL (1997), 1; C. Herrmann, in: Terhechte (Anm. 5), § 74 Rn. 24 f.

Daneben können einzelne Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts als Rechtsquelle im Sinne des Art. 38 IGH-Statut für das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht eine gewisse Rolle spielen.¹³⁰ Hier sind z. B. die Regeln über staatliche Immunitäten zu nennen, die sich bislang nur teilweise im Völkervertragsrecht niedergeschlagen haben (diese Grundsätze stehen freilich aktuell mit der UN-Konvention über Staatenimmunität an der Grenze zur vollständigen Überführung in den Bereich des Völkervertragsrechts).¹³¹ Staatliche Immunitäten vermögen insbesondere der Anwendung des Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts Grenzen zu setzen. Soweit hoheitliche Maßnahmen (*acta iure imperii*) wettbewerbswidrig sein sollten, kommt eine Anwendung staatlichen Rechts auf sie gleichwohl nicht in Betracht, weil hoheitliche Maßnahmen allgemein nicht unter das Kartellrecht fallen. Nur bei wirtschaftlichem Handeln (*acta iure gestionis*) kommt eine Erstreckung der eigenen Jurisdiktion eines Staates auf einen anderen Staat in Betracht. Zudem ist in diesem Zusammenhang auf das allgemeine Interventionsverbot hinzuweisen¹³², das letztlich auf völkerrechtliches Gewohnheitsrecht zurückgeht und das unmittelbar mit der Frage der extraterritorialen Anwendung des Kartell- und Fusionskontrollrechts zusammenhängt.¹³³

Eine herausragende Stellung als Rechtserkenntnisquelle kann darüber hinaus richterlichen Entscheidungen zukommen.¹³⁴ Zwar können internationale Gerichte selbst kein allgemein verbindliches Völkerrecht (als "Völkerrichterrecht") schaffen, weil ihre Urteile in den meisten Fällen *inter partes* wirken und deshalb nicht verallgemeinerungsfähig sind. Im Lichte der stetigen Zunahme internationaler Gerichtshöfe könnte aber die Frage gestellt werden, ob eine "Weltkartellgerichtsbarkeit", die etwa bei widersprechenden Entscheidungen der Staaten eingreifen könnte, eine Option für die Zukunft verkörpert. Eine andere Rolle vermögen dagegen nationale Gerichte wie der U.S. Supreme Court bzw. supranationale Gerichte wie das EuG und der EuGH als oberste "Weltkartellgerichte" zu spielen, deren Entscheidungen oft Vorbildcharakter für viele andere Staaten haben.

Von großer Bedeutung für das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht ist schließlich auch das völkerrechtliche "*soft law*".¹³⁵ So umstritten dieser Begriff sein mag, so wenig kann man den Einfluss der hierunter zu verbuchenden Phänomene für das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht bestreiten. Mit dem Begriff *soft law* ist eine schwer zu fassende Kategorie umschrieben, die sich auf der Schwelle von nicht bestehendem zu bestehendem Völkerrecht befindet.¹³⁶ Teilweise wird dem *soft law* deshalb die "Rechtsqualität"

¹³⁰ Vgl. dazu S. W. Waller, An International Common Law of Antitrust, 34 New Eng. L. Review (1999), 163 ff.

¹³¹ Dazu C. IV. 4. c).

¹³² Vgl. S. Hobe/O. Kimminich, Völkerrecht, 8. Aufl., Tübingen/Basel 2004, 343.

¹³³ Dazu C. IV. 2.

¹³⁴ So auch W. Graf Vitzthum, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin 2007, 1. Abschn. Rn. 147 m. w. N.

¹³⁵ Basedow (Anm. 35), 67 ff.

¹³⁶ K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2004, Rn. 744.

abgesprochen.¹³⁷ Jenseits dieser Diskussion ist aber nicht zu verkennen, dass zahlreiche Empfehlungen, Modellgesetze und von internationalen Organisationen, wie z. B. der OECD oder UNCTAD, ausgearbeitete vergleichende Darstellungen einen erheblichen Einfluss in Ländern haben, deren Kartellgesetzgebung noch im Aufbau befindlich ist.¹³⁸

2. Regionale Wirtschaftsintegration

Der ungebrochene Trend zur regionalen Wirtschaftsintegration hat auch dazu geführt, dass das regionale Kartell- und Wettbewerbsrecht enorm an Bedeutung gewinnen konnte.¹³⁹ Dies gilt etwa für den MERCOSUR, der über ein eigenes Wettbewerbsprotokoll verfügt, die Nordamerikanische Freihandelszone (NAFTA) sowie potentiell für eine Reihe von regionalen Integrationsprojekten in Afrika (COMESA/SADC/ECOWAS) und Asien (ASEAN/APEC).¹⁴⁰ Das hier anwendbare Recht ist freilich zunächst der Ebene des Völkerrechts zuzurechnen.¹⁴¹ Durch die Koordination der jeweiligen Mitgliedstaaten, die durch regionale Kartellrechtsregimes regelmäßig notwendig wird, sind sie ein wichtiger Baustein des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts, ermöglichen sie doch eine stärkere Vernetzung der jeweiligen Verfahren, als dies auf der Ebene des ICN etc. möglich wäre. Wie erfolgreich solche regionalen Ansätze letztlich sein können, lässt sich am europäischen Gemeinschaftsrecht festmachen.

3. Europarecht

In der Europäischen Gemeinschaft hat sich ein weltweit einzigartiges supranationales Kartell- und Fusionskontrollregime entwickelt, das in seiner ausdifferenzierten Anlage,¹⁴² Anwendungsrelevanz und praktischen Wirksamkeit nationalen Regelungen in keiner Weise nachsteht. Vielmehr verkörpert es einen Archetyp übernationaler kartellrechtlicher Regelungen und weist in vielen Punkten gar den Weg in die Zukunft, so etwa hinsichtlich der Verfestigung von Koordinationsstrukturen. Daneben vermag auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als weiterer Baustein der Rechtsmaterie "Europarecht" aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes einige Bedeutung zu entfalten.

¹³⁷ So etwa Graf Vitzthum, in: ders. (Anm. 134), 1. Abschn. Rn. 152 m. w. N.

¹³⁸ S. dazu D. II. 1.-3.

¹³⁹ S. dazu C. II. 9.

¹⁴⁰ S. Nachw. oben Anm. 119 f.

¹⁴¹ Zum Ganzen P. Hilpold, *International Competition Law and Regional Trade Agreements*, 2 *Manchester Journal of International Economic Law* (3/2005), 78.

¹⁴² Zum Begriff der Ausdifferenzierung im europäischen Gemeinschaftsrecht demnächst J. P. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union – Zur Ausdifferenzierung und Globalisierung der europäischen Verwaltungsrechtsordnung*, Baden-Baden 2008/2009.

Eine Besonderheit des europäischen Gemeinschaftsrechts ist die Verankerung der maßgeblichen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften auf der Verfassungsebene, so man das europäische Primärrecht als Verfassungsrecht qualifiziert (s. Art. 3 *lit.* g, Art. 81-89 EG).¹⁴³ Hierin drückt sich die zentrale Rolle des europäischen Wettbewerbsrechts für den Gesamtprozess der europäischen Integration aus. Aus der primärrechtlichen Verankerung folgen bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts eine Reihe von Besonderheiten: Das Wettbewerbsrecht muss im Lichte der allgemeinen Integrationsziele und insbesondere auch im Lichte der nicht primär wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Integrationsziele, wie z. B. dem Umweltschutz (Art. 6 EG), ausgelegt werden.¹⁴⁴ Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zwischen dem US-Antitrustrecht und dem europäischen Wettbewerbsrecht, denn das US-Recht stand bei seiner Schaffung 1890 nicht in einem Integrationskontext, sondern sollte Konzentrationen in einem Wirtschaftsraum mit einer Währung bekämpfen.¹⁴⁵ Diese Besonderheiten spielen auch für den Bereich des Verfahrensrechts eine große Rolle, so ist etwa die Ausgestaltung des Kartellverfahrens in groben Zügen in Art. 83 ff. EG vorgegeben und damit auf der Verfassungsebene in seiner grundsätzlichen Ausrichtung festgehalten; dies gilt – dies sei am Rande erwähnt – auch für das Verfahren in Beihilfesachen (vgl. Art. 88 f. EG).

Doch auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht hat für das europäische Wettbewerbsrecht – und hier insbesondere für das Verfahrensrecht – eine überragende Bedeutung. Mit der auf Art. 83 und Art. 308 EG gestützten Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004)¹⁴⁶ und der auf Art. 83 EG allein gestützten Kartellverfahrensverordnung (VO 1/2003)¹⁴⁷ werden die maßgeblichen verfahrensrechtlichen Gehalte des Gemeinschaftsrechts zu einem aufeinander abgestimmten Verfahrensregime konstituiert, das durch weitere Verordnungen und atypische Handlungsformen weiter konkretisiert wird. Eine besondere Rolle spielen hier die Gruppenfreistellungsverordnungen, die sich auf Art. 81 Abs. 3 EG stützen und mit denen bestimmte Typen von Vereinbarungen, die an sich unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, von der Anwendung dieser Vorschrift freigestellt werden.¹⁴⁸

Lange Zeit vernachlässigt wurde dagegen die Bedeutung der atypischen Handlungsformen für das europäische Wettbewerbsrecht und hier insbeson-

¹⁴³ Vgl. dazu J. Drexler, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin/New York 2003, 747; J. P. Terhechte, *Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung*, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, EuR-Beiheft 3/2004, 137; zur Verfassungsqualität des europäischen Primärrechts ders., *Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag*, EuR 2008, 143 (178 ff.).

¹⁴⁴ S. dazu J. P. Terhechte, *Der Umweltschutz und die Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft*, ZUR 2002, 274.

¹⁴⁵ Siehe dazu V. Korah/D. O'Sullivan, *Distribution Agreements under EC Competition Rules*, Oxford 2003, 21.

¹⁴⁶ Nachw. in Anm. 93.

¹⁴⁷ Nachw. in Anm. 60.

¹⁴⁸ Dazu im Einzelnen Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 3 Rn. 82.

dere auch für den Bereich des Verfahrensrechts.¹⁴⁹ Art. 249 EG ist nicht abschließend. Deshalb hat sich schon früh gezeigt, dass neben dem in Art. 249 EG erwähnten klassischen Quintett der Handlungsformen noch Bedarf nach weiteren abstrakt-generellen Handlungsformen bestand, die in erster Linie durch die Praxis der Kommission geformt wurden. Genannt seien hier etwa Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen. Daneben werden im europäischen Beihilfenrecht (Art. 87-89 EG) noch weitere atypische Handlungsformen wie z. B. das Vademecum oder der Gemeinschaftsrahmen verwendet.¹⁵⁰ In der praktischen Rechtsanwendung sind diese atypischen Handlungsformen von höchster Bedeutung, man denke etwa an die *de-minimis*-Bekanntmachung der Kommission, nach der sich beurteilt, ob ein Verhalten unter Art. 81 EG fällt oder nicht.¹⁵¹ Hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Ziele kann unterschieden werden zwischen 1. solchen atypischen Handlungsformen, die aufzeigen, wie die Kommission ein ihr durch den EG-Vertrag eingeräumtes Ermessen ausüben wird (zumeist als Leitlinien bezeichnet) und 2. solchen, mit denen die Kommission ihre Ansicht über die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm darlegt (zumeist als Mitteilung oder Bekanntmachung bezeichnet).

Bislang nicht abschließend geklärt ist die Frage der Verbindlichkeit dieser atypischen Handlungsformen. Während sie offenbar in gewissem Umfang eine Selbstbindung der Kommission erzeugen können, ist die Existenz darüber hinausreichender Rechtswirkungen bislang ungewiss.¹⁵² Die Bedeutung der atypischen Handlungsformen ist jedoch für den Bereich des Verfahrensrechts immens: So wird die Funktionsweise des ECN in der sog. Netzwerkbekanntmachung näher erläutert¹⁵³, das europäische *Leniency*-Programm beruht auf einer dementsprechenden Mitteilung.¹⁵⁴ Dies gilt auch für die Leitlinien zur Bemessung von Bußgeldern auf der Grundlage der VO 1/2003.¹⁵⁵ Mittels der atypischen Handlungsformen ist es der Europäischen Kommission möglich, eine Steuerung des Vollzugs des

¹⁴⁹ Vgl. aber J. Schwarz e, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1976, 64 ff.

¹⁵⁰ Ausführlich dazu M. Schweda, Administrative Normsetzung und Verwaltungsverfahren in der europäischen Beihilfenaufsicht, Osnabrück 2000; L. Senden, Soft Law in European Community Law, Oxford 2004.

¹⁵¹ Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de-minimis*), ABl. 2001 Nr. C 368, 13; dazu Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 3 Rn. 63 ff.; ders., Die Revision der Bagatellbekanntmachung der europäischen Kommission, EWS 2002, 66; ders. (Anm. 18), 166 ff.

¹⁵² Ausführlich dazu Senden (Anm. 150), 235 ff.; C. Cron es, Selbstbindungen der Verwaltung im Europäischen Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1997; Terhechte (Anm. 18), 130 ff.

¹⁵³ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. Nr. C 101/43.

¹⁵⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 Nr. C 298/17.

¹⁵⁵ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006, Nr. C 210/2.

europäischen Wettbewerbsrechts zu gewährleisten, die nicht auf Rechtsakten basiert, die der EG-Vertrag vorsieht, und im Ergebnis deutlich flexibler ist. Freilich wirft diese Form der Verfahrensrationalisierung eine Reihe von Fragen auf: Unter welchen Voraussetzungen kann die Kommission ihre Praxis im Lichte der atypischen Handlungsformen ändern? Wie kann diese Form der abstrahierenden Gesetzesanwendung mehr demokratische Legitimation erlangen? Abschließende Antworten auf diese Fragen sind noch nicht in Sicht, was aus der Perspektive der Rechtssicherheit nicht unproblematisch ist.

4. Die Rolle der EMRK

Auch die Garantien der EMRK können Bedeutung für das Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht erlangen, etwa hinsichtlich des Schutzes der Wohnung bzw. der Geschäftsräume (Art. 8 Abs. 1 EMRK) bei Hausdurchsuchungen.¹⁵⁶ Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass es sich bei dem nationalen und supranationalen Kartell- und Fusionskontrollrecht mitunter um "eingriffsintensives Recht" handelt.¹⁵⁷ Zu beachten ist, dass der Status der EMRK in den Konventionsstaaten nicht einheitlich ist. So kommt ihr in Österreich Verfassungsrang zu, in einigen Konventionsstaaten Übergesetzesrang (z. B. Frankreich) und in Deutschland Gesetzesrang.¹⁵⁸ Die EU ist bislang nicht der EMRK beigetreten, so dass sie nicht an die jeweiligen Garantien der EMRK gebunden ist. Innergemeinschaftlich hat die EMRK damit "nur" den Status einer Rechtserkenntnisquelle, was sich aber durch einen Beitritt der Union zur EMRK sehr stark ändern könnte.

5. Staatliches Recht

Das Kartell- und Fusionskontrollrecht findet seinen Ursprung nach wie vor überwiegend im nationalen Recht. Gerade auf dieser Ebene ist es seit dem Zusammenbruch der ehemaligen sozialistischen Staaten zu einer explosionsartigen Vermehrung der Kartell- und Wettbewerbsgesetzgebungen gekommen. Ebenso wie auf der Ebene des Völkerrechts oder des Europarechts ist auch im Bereich des nationalen Rechts ein "Rechtsquellenmix" anzutreffen, bei dem nicht immer auf den ersten Blick auszumachen ist, welche Normenebene die "entscheidende" ist. Dieses Phänomen wird recht gut mit dem Begriff der "Hybridisierung" umschrieben.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Dazu W. Weiß, in: Terhechte (Anm. 5), § 6 Rn. 11.

¹⁵⁷ A. von Bogdandy, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, 357 (362); J. Schwarze, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, 261 (263); ders. (Anm. 31), 811.

¹⁵⁸ Dazu D. Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, § 2 Rn. 6.

¹⁵⁹ Zum Begriff des "hybriden Rechts" und den damit verbundenen methodischen Konsequenzen vgl. H. Willke, Global Governance, Bielefeld 2006, 56 ff.; G. Teubner, Hybrid Laws: Constituti-

Auffällig ist aber, dass im Gegensatz zum europäischen Gemeinschaftsrecht auf der Verfassungsebene der meisten Staaten das Kartell- und Fusionskontrollrecht so gut wie nie eine Rolle spielt.

a) Verfassungsrecht

Auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts spielen kartell- und wettbewerbsrechtliche Normen in der Regel eine untergeordnete Rolle; dementsprechend fehlen in den meisten Staaten verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Kartell- und Wettbewerbsgesetze und insbesondere hinsichtlich des zugrunde zu legenden Verfahrens. Eine Ausnahme bildet hier etwa die mexikanische Verfassung von 1917, die eine ausführliche Bestimmung über Monopolmacht enthält.¹⁶⁰ Einige Verfassungen enthalten indes ein pauschales Bekenntnis zur "Marktwirtschaft" und damit indirekt auch ein Bekenntnis zu wettbewerblichen Strukturen, die durch Kartell- und Wettbewerbsgesetze aufgebaut bzw. erhalten werden sollen.¹⁶¹ Neben diesen zumeist recht allgemeinen Bestimmungen spielen die in den meisten Verfassungen verbürgten Grund- und Menschenrechte eine erhebliche Rolle für das Kartell- und Fusionskontrollverfahren.¹⁶² Aus der Perspektive der Regelungskompetenz enthalten etwa das GG (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16) oder die U.S. Constitution (auf Grundlage der *commerce clause* des Art. 1 Sec. 8 [3]¹⁶³) eigene Kompetenztitel. So hat in Deutschland der Bund die Kompetenz für die konkurrierende Gesetzgebung zur "Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung". Diese Kompetenz umfasst nach allgemeiner Ansicht nicht nur die Befugnis, die entsprechenden Verbotstatbestände etc. auf Bundesebene zu erlassen, sondern auch das entsprechende Verfahrensrecht.¹⁶⁴

Erhebliche Ingerenzpotentiale vermögen Zielkonflikte auf der Ebene des Verfassungsrechts zu entfalten. Hier ist etwa an das Verhältnis der "Daseinsvorsorge" auf der einen Seite und wettbewerblicher Marktstrukturen auf der anderen Seite zu denken, oder an das Verhältnis des Umweltschutzes als "Staatsziel" (Art. 20 a GG, Art. 6 EG) zum Wettbewerbsrecht.¹⁶⁵ Die Abwägung zwischen den einzelnen Staatszielen kann sich recht schwierig gestalten und verlangt insbesondere von den

onalizing Private Governance Networks, in: Robert Kagan/Kenneth Winston (Hrsg.), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Berkeley 2002, 311.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 28 der mexikanischen Verfassung.

¹⁶¹ Siehe dazu etwa A. H a t j e, *Wirtschaftsverfassung*, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg/Berlin 2003, 683 (733).

¹⁶² Vgl. dazu W e i ß, in: Terhechte (Anm. 5), § 6 Rn. 1.

¹⁶³ Dazu ausführlich J. E. N o w a k/R. D. R o t u n d a, *Constitutional Law*, 7 ed., St. Paul 2004, 157 ff.

¹⁶⁴ S. O e t e r, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2 (Art. 20-82), 5. Aufl., München 2005, Art. 74 Rn. 128.

¹⁶⁵ Ausführlich dazu J. P. T e r h e c h t e, *Der Umweltschutz und die Wettbewerbspolitik in der Europäischen Gemeinschaft*, ZUR 2002, 274 ff.

Kartellbehörden im Rahmen der Verfahrensführung und hinsichtlich der Begründung von Entscheidungen mitunter viel Fingerspitzengefühl.

b) Kartellgesetze

Der Erlass von nationalen Kartell- und Fusionskontrollgesetzen ist offenbar ein Zug unserer Zeit. Momentan hat man es weltweit mit über 100 solcher Gesetze zu tun, wobei zunächst eine Reihe von Unterschieden beobachtet werden kann: So wird in vielen Ländern ein recht weiter Ansatz verfolgt, werden Aspekte des Rechts des unlauteren Wettbewerbs genauso in Kartell- und Wettbewerbsgesetze einbezogen wie Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge (vgl. §§ 97 ff. GWB) oder über die Kontrolle von Beihilfen (etwa in Estland¹⁶⁶). Dazu kommt in einigen Staaten eine Tendenz zu "überlappenden" Regelungen, d. h. wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten wird von mehreren Gesetzen gleichzeitig erfasst. So ist etwa im US-Recht denkbar, dass sowohl Sec. 1 *Sherman Act* als auch Sec. 5 *FTC-Act* auf dieselbe Verhaltensweise angewendet werden. Hier kommt es bei der Abgrenzung wiederum oft darauf an, welche Behörde das Verfahren leitet (die FTC ist nicht befugt, den *Sherman Act* anzuwenden). Die Ausgestaltung der Kartellgesetze hat unmittelbaren Einfluss auf die entsprechenden Verfahren: Teilweise müssen recht kleine Kartellbehörden aufgrund der umfangreichen Aufgabenzuweisungen schlicht überfordert sein; überlappende Zuständigkeiten sind insbesondere für die Anmeldung eine Schwierigkeit, weil nicht immer von außen beurteilt werden kann, welche Behörde zuständig ist.

c) Sektorielle Regelungen

Neben den Kartell- und Wettbewerbsgesetzen im engeren Sinne finden sich in vielen Staaten sektorielle Regelungen über Kartelle und Unternehmenszusammenschlüsse, etwa in Gesetzen betreffend die Telekommunikation, Energie oder Presse. Hiermit sind keine Ausnahmebestimmungen gemeint, sondern eigenständige sektorspezifische Kartellverbote etc. Beispiele hierfür finden sich etwa in Singapur,¹⁶⁷ was damit zusammenhängt, dass die sektorspezifischen Regelungen hier z. T. deutlich älter sind als die allgemeinen Bestimmungen des Kartellgesetzes. Die besondere Interessenlage in einigen Sektoren erfordert letztlich in vielen Fällen eigenständige Regelungen und Regulierungsbehörden, was sich beispielsweise im deutschen EnWG ausdrückt, das ebenfalls spezielle Tatbestände enthält (vgl. z. B. § 30 Abs. 1 EnWG).¹⁶⁸ Diese Entwicklungen können in letzter Konsequenz zu einer Herausbildung verschiedener "Kartellverfahrensrechte" führen, weil in vielen sektoriellen Bereichen recht spezielle Verfahrensregelungen entstehen können.

¹⁶⁶ Vgl. Sec. 30 ff. des estnischen Kartell- und Wettbewerbsgesetzes, s. dazu allgemein auch J. Rapp, *State Aid in the Accession Countries – Sorting through the Confusion*, ECLR 2005, 410 ff.

¹⁶⁷ Terhechte, in: ders. (Anm 5), § 63 Rn. 6.

¹⁶⁸ Ausführlich dazu Emmerich (Anm. 109), § 39 Rn. 30 ff.

Mit den speziellen sektoriellen Regelungen einher geht in vielen Fällen die Befugnis der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde, ein Kartell oder eine missbräuchliche Handhabung von Marktmacht zu verbieten bzw. über die Zulässigkeit eines Unternehmenszusammenschlusses zu befinden. Problematisch ist jedoch häufig das Verhältnis der sektoriellen Regelungen zu den "allgemeinen" Kartellgesetzen sowie auch das Verhältnis der verschiedenen Behörden untereinander. Durch die Vielzahl unterschiedlicher Behörden, die mit dem Vollzug kartellrechtlicher Regelungen betraut sind, kann es dazu kommen, dass in der täglichen Praxis nur noch schwer zu bestimmen ist, welche Behörde im konkreten Fall zuständig ist.¹⁶⁹ Hier wurde bereits in einigen Staaten – wie z. B. den USA – der Ruf nach einem Domestic Competition Network laut, das eine bessere Koordination der verschiedenen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden erlauben würde.¹⁷⁰

Indes gibt es – trotz der zunehmenden Kodifikation des Kartell- und Fusionskontrollrechts weltweit – auch eine Reihe von Staaten, die bislang kein allgemein anwendbares Wettbewerbs- oder Kartellgesetz verabschiedet haben. Gleichwohl lässt sich aber auch hier oft ein Corpus von kartellrechtlichen Regelungen in sektoriellen Regulierungskodifikationen ausfindig machen. So verfügt beispielsweise Malaysia – trotz erster Bemühungen – über kein "eigenes" Wettbewerbs- und Kartellgesetz. Dennoch gibt es hier eine Reihe gesetzlicher Regelungen, die im Kern wettbewerbs- und kartellrechtlicher Natur sind, wie etwa Sec. 133 des *Communications and Multimedia Act* von 1998¹⁷¹. Insoweit sind wiederum Verfahrensregelungen zu beobachten, die in erster Linie an der speziellen Ausrichtung sektorieller Regulierungsgesetze orientiert sind.

d) Die Verzahnung mit anderen Gesetzen

Das Kartell- und Fusionskontrollrecht ist in vielen Bereichen eng mit anderen Gesetzen verzahnt; auch hier drückt sich sein hybrider Charakter aus. Das Verfahrensrecht ist zumeist in die allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechte eingeflochten bzw. verweist ergänzend auf sie. So findet im Behördenverfahren des Bundeskartellamtes (BKartA) ergänzend das VwVfG Anwendung, soweit das GWB keine speziellen Regelungen bereithält.¹⁷² Doch auch das Zusammenspiel mit dem OWiG, der StPO, der ZPO, dem BGB und letztlich auch dem GG (Art. 12, 9,

¹⁶⁹ T. Rosch, The Three Cs: Convergence, Comity, and Coordination, Vortrag v. 10. Mai 2007, abrufbar unter <<http://www.ftc.gov/speeches/rosch/070510stgallen.pdf>>.

¹⁷⁰ W. E. Kovacic, Towards a Domestic Competition Network, in: R. Epstein/M. S. Greve (Hrsg.), *Competition Law in Conflict – Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington D.C. 2004, 316 ff.

¹⁷¹ Act No. 588; abrufbar auf der Homepage der Malaysian Communications and Multimedia Commission unter: <http://mcmc.gov.my/the_law/ViewAct.asp?cc=31478525&lg=e&arid=900722>; s. dazu auch Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 77 Rn. 11.

¹⁷² H.-H. Schneider, in: Terhechte (Anm. 5), § 12 Rn. 52 ff.

2 sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG¹⁷³) sind für das deutsche Recht von entscheidender Bedeutung. Dazu kommt das Verhältnis des deutschen Rechts zum EG-Recht (Art. 81 und 82 EG) sowie zur sekundärrechtlich geregelten Fusionskontrollverordnung. Schon diese – unvollständige – Aufzählung belegt die (potentielle) Komplexität und Unübersichtlichkeit wettbewerbs- und kartellrechtlicher Verfahren.

Ein solches Zusammenspiel mehrerer Gesetze ist in nahezu allen Kartell- und Fusionskontrollregimes, die im Rahmen dieses Beitrags in den Blick genommen wurden, zu beobachten. Gerade im Bereich des Verfahrensrechts, in dem Fragen des zulässigen Informationsaustauschs, der Ermächtigung und der Grenzen internationaler Kooperationen sowie Fragen der fortschreitenden Angleichung an europäische und internationale Vorgaben immer bedeutsamer werden, sind der beachtliche Einfluss anderer gesetzlicher Regelungen und die durch sie mitunter formulierten Grenzen stets zu beachten (etwa hinsichtlich der Rolle der Grundrechte und Verfahrensmaximen).

e) Untergesetzliche Normen und atypische Rechtsakte

Wie für den Bereich der EU (s. o. C. III. 3.) nimmt auch für den Vollzug des nationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts die Bedeutung “atypischer Rechtsakte” stetig zu. Hierbei handelt es sich um ein weltweit verbreitetes Phänomen, das offenbar damit zusammenhängt, dass die vollziehenden Behörden flexible Instrumente benötigen, die aber abstrakt-generelle Vorgaben für den Gesetzesvollzug zur Verfügung stellen können müssen. Man denke etwa an die “*Guidelines*”, die von der U.S. Federal Trade Commission (FTC) und der Antitrust Division des Department of Justice (DOJ) für viele Bereiche erarbeitet wurden und die in der praktischen Bedeutung dem eigentlichen Gesetzesrecht in keiner Weise nachstehen.¹⁷⁴ Auch das BKartA macht Gebrauch von solchen flexiblen Instrumenten, etwa in Form von “Bekanntmachungen” und “Merkblättern”. So ist die deutsche Bonusregelung hinsichtlich der Aufdeckung von *Hardcore*-Kartellen in einer “Bekanntmachung” niedergelegt.¹⁷⁵ Die im Internet veröffentlichten “Merkblätter” des BKartA beziehen sich auf die Kooperationsmöglichkeiten kleinerer und mittlerer Unternehmen.¹⁷⁶ Hier zeigt sich, dass die Steuerung des Verfahrens auf nahezu allen Ebenen in einem erheblichen Maße von förmlichen Rechtsakten transzendiert, was einerseits eine flexiblere Handhabung der Verfahren ermöglicht, zugleich aber

¹⁷³ Zur Bedeutung verfassungsrechtlicher Maßstäbe für das Kartell- und Fusionskontrollrecht vgl. etwa P. Selmer, Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts, Köln/Bonn 1977; W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin 1983, § 1 Rn. 6 ff.; K. M. Meessen, Die 7. GWB-Novelle verfassungsrechtlich gesehen, WUW 2004, 733.

¹⁷⁴ Dazu mit zahlreichen Beispielen Terhechte (Anm. 18), 123 ff.

¹⁷⁵ Bekanntmachung des Bundeskartellamtes Nr. 9/2006 vom 07.03.2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen (Bonusregelung), abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/06_Bonusregelung.pdf>.

¹⁷⁶ Abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07KMU-Merkblatt.pdf>.

aus der Perspektive der demokratischen Legitimation und Vorhersehbarkeit kritisch zu verfolgen ist.

IV. Anwendungsbereich der nationalen Regelungen

Die nationalen Wettbewerbs- und Kartellgesetze sowie das supranationale europäische Recht bestimmen ihren Anwendungsbereich zumeist nach Maßgabe des sog. Auswirkungsprinzips (s. dazu C. IV. 2.), das inzwischen einen nahezu globalen Siegeszug angetreten hat. Nach diesem Prinzip ist danach zu fragen, ob sich ein wettbewerbsrechtlich bedenkliches Verhalten im Inland "auswirkt". Es kommt also im Grundsatz weder auf den Begehungsort noch auf den Sitz der "Täter" an, was in vielen Fällen die Anwendung des nationalen Rechts auf Personen und Unternehmen außerhalb der eigenen Jurisdiktion zur Folge haben kann. Dieses Prinzip spielt schon deshalb eine wichtige Rolle für das Kartell- und Fusionskontrollverfahren, weil es die Zahl der einzuleitenden Verfahren zu potenzieren vermag. Zudem verkörpert die einseitige extraterritoriale Erstreckung des Anwendungsbereichs des nationalen Rechts gewissermaßen den Gegenpol zu koordinationsrechtlichen Ansätzen und hat schon deshalb in der Vergangenheit für viel Wirbel gesorgt.¹⁷⁷ Mittlerweile sind die mit dem Auswirkungsprinzip einhergehenden Fragen vielfach erörtert worden, ohne dass hier schon in allen Punkten Einigkeit herrschen würde.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Dazu Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 1 Rn. 12.

¹⁷⁸ Die Literatur zur extraterritorialen Anwendung des nationalen und supranationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts ist Legion, vgl. etwa R. P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*, 33 *Va. J. Int. L.* (1992), 1; J. Basedow, *Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts*, *NJW* 1989, 627; B. Beck, *Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen*, Baden-Baden 1986; E. Buchmann, *Positive Comity im internationalen Kartellrecht*, Frankfurt a. M./München 2004; A. Dlouhy, *Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht*, Baden-Baden 2003; J. P. Griffin, *Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement*, 67 *Antitrust Law Journal* (1999), 159; U. Huber, *Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht*, *ZGR* 1981, 511; J. McNeill, *Extraterritorial Antitrust Jurisdiction: Continuing the Confusion in Policy, Law, and Jurisdiction*, 28 *California Western International Law Journal* (1998), 425; K. M. Meessen, *Kollisionsrecht der Zusammenschlusskontrolle*, Baden-Baden 1984; ders., *Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law*, 78 *AJIL* (1984), 783; W. Meng, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Berlin/Heidelberg 1994; ders., *Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen*, *ZaöRV* 41 (1981), 469; C. J. Olmstead (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford 1984; V. Pavic, *Extraterritoriality in the Matters of Antitrust*, Fucecchio 2001; J. Schwarze, *Die Jurisdiktionsabgrenzung im Völkerrecht*, Baden-Baden 1994; ders. (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, Baden-Baden 2002; R. Taylor, *The Extraterritoriality of the Australian Antitrust Law*, 13 *Journal of International Law and Economics* (1979), 273; W. Veelken, *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden 1988.

1. Mögliche Anknüpfungspunkte für die räumliche Anwendung

In der Vergangenheit wurde im Wesentlichen zwischen dem Territorialitätsprinzip, dem Personalitätsprinzip und dem Auswirkungsprinzip unterschieden, wobei diese Prinzipien jeweils in unterschiedlichen Modulationen anzutreffen sind. Das Territorialitätsprinzip besagt, dass ein Staat alle innerhalb des eigenen Territoriums befindlichen Personen und Handlungen seiner öffentlichen Gewalt unterwerfen kann.¹⁷⁹ Man kann hier zwischen subjektiver und objektiver Territorialität unterscheiden: Während die subjektive Territorialität an das handelnde Subjekt anknüpft, das innerhalb des Staates die wettbewerbsrechtlich relevanten Handlungen vollzieht, knüpft der Grundsatz der objektiven Territorialität an das Ziel und den Gegenstand der fraglichen Handlungen an. Soweit diese dem jeweiligen Territorium zuzuordnen sind, besitzt der Staat Jurisdiktionshoheit über sie.¹⁸⁰ Es kommt beim Grundsatz der objektiven Territorialität damit entweder auf den Ort der Tatbestandserfüllung oder den Ort des tatbestandmäßigen Erfolgseintritts an.¹⁸¹

Eine rechtsvergleichende Umschau zeigt indes, dass lediglich eine Mischung aus objektivem und subjektivem Territorialitätsprinzip im Rahmen des Kartell- und Fusionskontrollverfahrens früher eine gewisse Rolle zu spielen vermochte, so bis 2002 im Vereinigten Königreich und einigen anderen Staaten, die in der Tradition des *common law* stehen.¹⁸² Heute lassen sich noch Anknüpfungspunkte in Australien¹⁸³ und Pakistan¹⁸⁴ nachweisen.¹⁸⁵ Die Kombination subjektiver und objektiver Elemente ist letztlich darauf gerichtet, dass die entsprechende Handlung in dem fraglichen Staat vorgenommen wird und sich auf einen Markt innerhalb dieses Staates bezieht (*carry on business*-Kriterium).¹⁸⁶

Neben dem Territorialitätsprinzip, sind noch weitere Anknüpfungsprinzipien für die Ausübung der eigenen Jurisdiktion eines Staates denkbar: Zu nennen sind hier insbesondere das Personalitätsprinzip, nach dem es auf die Nationalität der handelnden Akteure ankommt. Theoretisch kann man hier auch an ihren Sitz, das Zentrum ihrer Tätigkeit oder das Recht, nach dem sie gegründet wurden, anknüpfen.

¹⁷⁹ Dazu A. Dlouhy, Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 2003, 34; Schwarze, Die Jurisdiktionsabgrenzung, (Anm. 178), 21; W. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Berlin/Heidelberg 1994, 500 ff.

¹⁸⁰ Basedow (Anm. 35), 12.

¹⁸¹ Buchmann (Anm. 30), 12 m. w. N.

¹⁸² Seit dem Erlass des Competition Act 2002 wird auch im Vereinigten Königreich das Auswirkungsprinzip zugrunde gelegt, vgl. K. Ziegler, in: Terhechte (Anm. 5), § 13 Rn. 24 m. w. N.

¹⁸³ W. Hellmann, in: Terhechte (Anm. 5), § 55 Rn. 8 ff.

¹⁸⁴ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 66 Rn. 4.

¹⁸⁵ So auch Basedow (Anm. 35), 13 f.

¹⁸⁶ *Ibid.*, 13.

fen.¹⁸⁷ Praktische Bedeutung hat dieses Prinzip – soweit ersichtlich – aber im Bereich des Kartell- und Fusionskontrollrechts nicht mehr,¹⁸⁸ was auch für das sog. Schutzprinzip sowie das Weltrechtsprinzip gilt.¹⁸⁹

2. Die gegenwärtige Dominanz des Auswirkungsprinzips

a) Aufgrund der Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen ist es heute unbestritten, dass einzig das Auswirkungsprinzip alle Verhaltensweisen, die nationale Wettbewerbs- und Kartellgesetze zu verletzen geeignet sind, erfassen kann. Nach dem Auswirkungsprinzip kommt es, wie bereits erwähnt, darauf an, dass sich eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme im Hoheitsbereich des Staates auswirkt, der seine Jurisdiktion auf diese Maßnahme erstrecken will. Es spielt also zunächst keine Rolle, von wo oder von wem diese Maßnahme ausgeht. Das Auswirkungsprinzip liegt fast allen Wettbewerbs- und Kartellgesetzen weltweit zugrunde. Dies gilt für das GWB (§ 130 Abs. 2), das US-Antitrustrecht,¹⁹⁰ das EU-Recht¹⁹¹, sämtliche nationalen Gesetze der EU-Mitgliedstaaten, aber auch für Asien (Indonesien, Singapur, Südkorea und wohl auch Japan¹⁹²) sowie Südafrika¹⁹³.

b) Traditionell rege diskutiert werden indes die Grenzen des Auswirkungsprinzips.¹⁹⁴ So wirkt sich in einer globalisierten Weltwirtschaft mit offenen Märkten jedes erdenkliche wirtschaftliche Verhalten irgendwie irgendwo aus, so dass letztlich immer ein Anknüpfungspunkt für die eigene Jurisdiktion ausgemacht werden kann. Während etwa § 130 Abs. 2 GWB hier offen formuliert ist (“alle

¹⁸⁷ J. S c h w a r z e, Die extraterritoriale Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts – Vom Durchführungsprinzip zum Prinzip der qualifizierten Auswirkung, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, 37 (40); B u c h m a n n (Anm. 30), 8 f.

¹⁸⁸ So liefe die Anwendung des Personalitätsprinzips im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts auf eine Verletzung des gemeinschaftlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung von Gemeinschaftsinländern und -ausländern heraus, vgl. H. S c h r ö t e r, in: H. von der Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2004, Vorbem. zu den Art. 81-85 EG Rn. 80.

¹⁸⁹ Dazu B u c h m a n n (Anm. 30), 9.

¹⁹⁰ W.E. K o v a c i c / S. C a l k i n s / D. L u d w i n / B. B ä r - B o u y s s i è r e, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 64.

¹⁹¹ Freilich ist im EG-Recht die Rechtslage nicht ganz eindeutig. Während die Kommission und das EuG offensichtlich vom Auswirkungsprinzip ausgehen, verlangt der EuGH, dass die betreffende Maßnahme auch im Geltungsbereich des EG “durchgeführt” wird, vgl. EuGH U. v. 27.09.1988, Rs 89/85, Slg. 1988, 5193 Rn. 12 – *Ablström (Zellstoff I)*. Freilich hat diese scheinbare Einschränkung heute kaum praktische Relevanz. Vgl. zum Ganzen ausführlich E m m e r i c h (Anm. 109), § 3 Rn. 14 f.; E.-J. M e s t m ä c k e r / H. S c h w e i t z e r, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004, § 6 Rn. 34 f.; W. W e i ß, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 81 EGV Rn. 8 f. m. w. N.

¹⁹² Dazu C. H e a t h, in: Terhechte (Anm. 5), § 59 Rn. 12; vgl. auch Y. O h a r a, International Application of the Japanese Antimonopoly Law, *Swiss Review of International Competition Law* 1986, 5 ff.

¹⁹³ P a u t k e, in: Terhechte (Anm. 5), § 67 Rn. 12.

¹⁹⁴ Dazu ausführlich W. M e n g, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 556 ff.; S c h w a r z e, Die Jurisdiktionsabgrenzung, (Anm. 178), 43 ff.

Wettbewerbsbeschränkungen“) und zunächst lediglich ein richterrechtlich fundiertes Spürbarkeitskriterium der näheren Eingrenzung des Anwendungsbereichs dient,¹⁹⁵ sieht z. B. Sec. 7 *Sherman Act* vor, dass nur solche Maßnahmen in den Anwendungsbereich des *Sherman Act* fallen, die eine unmittelbare, erhebliche und voraussehbare Auswirkung (*direct, substantial, and reasonably foreseeable effect*) haben.¹⁹⁶ Welche dieser Voraussetzungen auch im deutschen Recht eine Rolle spielen können und ob es sich hierbei schon um einen internationalen Standard handelt, ist jedoch umstritten.

c) Die Grenzen der Ausübung der eigenen Jurisdiktion können sich aber nicht nur aus dem inländischen Recht, sondern auch aus dem Völkerrecht ergeben. Hier ist insbesondere auf das Interventionsverbot sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs und den damit zusammenhängenden Grundsatz der *Comity* abzustellen.¹⁹⁷ Teilweise wird auch vorgeschlagen, ein Abwägungsgebot zu statuieren, nach dem der Staat, der seine Jurisdiktion bejahen will, zuvor seine Interessen mit denen eines anderen betroffenen Staates abzuwägen hat.¹⁹⁸ Dieses Gebot gehe, so dieser Ansatz, auf das völkerrechtliche Interventionsverbot zurück. Offen ist aber, wer diese Abwägung vornehmen soll, wie dabei “fremde” Interessen sachgerecht einbezogen werden können und was der konkrete rechtliche Maßstab einer solchen Abwägung sein soll.¹⁹⁹ Auch dass es sich hierbei um einen Satz des Völkergewohnheitsrechts handeln soll, kann mit einigem Recht bestritten werden.²⁰⁰ Aus alledem kann nur gefolgert werden, dass die Grenzen des Auswirkungsprinzips bislang – trotz aller Bemühungen der Wissenschaft – nicht trennscharf formuliert sind. Die daraus potentiell resultierenden Konflikte lassen sich aber mitunter durch bessere Kooperationsmechanismen der Kartellbehörden adäquat lösen.

3. Persönlicher Anwendungsbereich der nationalen Gesetze

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs der nationalen Wettbewerbs- und Kartellgesetze sowie des supranationalen europäischen Wettbewerbsrechts lässt sich festhalten, dass nahezu alle Gesetze darum bemüht sind, durch einen möglichst weit gehaltenen Adressatenkreis eine umfassende Anwendung si-

¹⁹⁵ Vgl. BGHZ 74, 322 (325) – *Organische Pigmente*; Bechtold (Anm. 101), § 130 Rn. 18; K. Stockmann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 2 (GWB), § 130 Rn. 41 f.

¹⁹⁶ Diese Vorschrift wurde erst 1982 durch den Foreign Trade Antitrust Improvements Act in den *Sherman Act* eingeführt, vgl. dazu W.E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 65.

¹⁹⁷ Ausführlich Terhechte (Anm. 49), 72 ff.

¹⁹⁸ K. M. Meessen, *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, 78 AJIL (1984), 783 (804); ders., *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden 1975, 231 f.

¹⁹⁹ So auch E. Rehlinger, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Kartellrecht*, Bd. 1/1, 4. Aufl., München 2007, IntWbR Rn. 20.

²⁰⁰ Mestmäcker/Schweitzer (Anm. 191), § 6 Rn. 55 ff.; Basedow (Anm. 35), 25 ff.; J. Schwarze, *Jurisdiktionsabgrenzung im Völkerrecht*, 52 ff.

cherzustellen. So richten sich viele Gesetze pauschal an “*business actors*” (so in Israel und Indien)²⁰¹ oder “Unternehmen” (Art. 81 Abs. 1 EG, Art. 82 EG oder § 1 GWB)²⁰² sowie allgemein an “*economic entities*” (etwa in Russland).²⁰³ Letztlich geht es hier darum, sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen in den Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes zu bringen, wobei der persönliche Anwendungsbereich zumeist funktional bestimmt wird.²⁰⁴ Problematisch ist hierbei in vielen Fällen die Behandlung öffentlicher Unternehmen und die Anwendung auf den jeweiligen Staat selbst bzw. auf ausländische Staaten. Hier stoßen Kartell- und Fusionskontrollverfahren oft an Grenzen, die nicht zuletzt Ausdruck politischen Einflusses sind.

4. Ausnahmen

Für die Anwendung des Kartellrechts und damit auch für die Durchführung der entsprechenden Verfahren spielen Ausnahmeregelungen aller Art zuweilen eine große Rolle. Hierbei ist zunächst an sektorielle Ausnahmen zu denken, die ganze Industrie- oder Produktionszweige dem Kartellrecht zu entziehen vermögen (dazu a). Zudem sind oftmals Regelungen auszumachen, die eine besondere Behandlung von öffentlichen Unternehmen ermöglichen. Dies geht z. T. so weit, dass öffentliche Unternehmen ganz von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen werden (dazu b). Schließlich sind bestimmte verfahrensrechtliche Immunitätsregelungen zu beachten, die bestimmte Akteure von der Einleitung eines Verfahrens von vornherein ausnehmen können (dazu c).

a) Ausnahmebereiche

Ein nicht unerhebliches Problem für die effiziente Anwendung des Kartell- und Fusionskontrollrechts stellt nach wie vor die Tatsache dar, dass viele Gesetze ganze Sektoren von der Wettbewerbskontrolle ausnehmen. Die “Durchlöcherung” vieler Gesetze hat in der Vergangenheit in einigen Staaten zu Problemen geführt. Ein gutes Beispiel für diesen Befund ist Japan,²⁰⁵ wo das einst als recht umfassend angelegte Wettbewerbsgesetz (AMG) durch zahlreiche Ausnahmevorschriften ausgehöhlt

²⁰¹ S. Art. 2 des israelischen WettbG (“*persons conducting business*”) oder Art. 1 Nr. 5 des indonesischen KartG (“*business actors*”).

²⁰² S. dazu Mestmäcker/Schweitzer (Anm. 191), § 8 Rn. 1 ff.; V. Louri, “Undertaking” as a Jurisdictional Element in EC Competition Rules, Legal Issues of European Integration, 29 (2002), 143; Terhechte (Anm. 49), 54 ff. m. w. N.

²⁰³ So z.B. Art. 4 des russischen WettbG.

²⁰⁴ Zur funktionalen Bestimmung des Unternehmensbegriffs im Europäischen Wettbewerbsrecht siehe E. Gippini-Fournier, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 1 (Europäisches Recht), Art. 81 EG Rn. 35 f.; vgl. auch EuGH Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 – *Höfner und Elser/Macroton GmbH* (“jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung”).

²⁰⁵ Dazu C. Heath, in: Terhechte (Anm. 5), § 59 Rn. 5.

wurde, die zudem oft in anderen Gesetzen niedergelegt waren. Solche "versteckten Ausnahmen" erschweren auch für die Praxis den Zugang zum Kartellrecht.

Im deutschen Recht sind die Ausnahmen dagegen mittlerweile rar gesät: So findet das GWB gem. § 130 Abs. 1 S. 2 keine Anwendung auf die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau. Daneben enthält das GWB einige Sonderregelungen für die Bereiche Landwirtschaft (§ 28 GWB) und für die Preisbindung für Verlagserzeugnisse (§ 30 GWB). Alle sonstigen Ausnahmen sind im Zuge der 7. GWB-Novelle gestrichen worden, insbesondere deshalb, weil das EG-Recht kaum mit Bereichsausnahmen arbeitet.²⁰⁶ Hiermit ist zumindest auch für das europäische Recht der Trend aufgezeigt, Ausnahmereiche nur in begrenztem Maße zuzulassen. Dies folgt schon aus Art. 3 *lit. g* EG, der ein System mit unverfälschtem Wettbewerb als einen der Grundpfeiler der europäischen Wirtschaftsverfassung etabliert. Freilich sieht der EG-Vertrag selbst gewisse Ausnahmen von diesem Grundprinzip vor, so z. B. für die Landwirtschaft gem. Art. 32 Abs. 2, 36 EG und der darauf beruhenden VO (EG) Nr. 1184/2006²⁰⁷ (etwa das sog. Erzeugerprivileg). Gleichwohl liegt dem europäischen Recht zunächst das Prinzip der universellen Geltung zugrunde.²⁰⁸

In den USA bestehen insbesondere Ausnahmen für die Versicherungswirtschaft (*insurance exception*)²⁰⁹ und für den Bereich der Organisation der Arbeit (*labor exception*),²¹⁰ die durch die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und teilweise durch spezielle Regelungen geschaffen wurden, wie dem *Sports Broadcasting Act*²¹¹ und dem *McCarran-Ferguson Act*²¹². Insgesamt lassen sich spezielle Regelungen für eine Reihe von Branchen ausmachen, so im Transportwesen, in der Landwirtschaft und im Energiesektor.

²⁰⁶ Ausführlich dazu Bechtold (Anm. 101), Vor § 28 Rn. 1 ff.

²⁰⁷ ABl. 2006, Nr. L 214/7; vgl. dazu G. Thiele, in: Calliess/Ruffert (Anm. 191), Art. 36 EGV Rn. 3.

²⁰⁸ I. Brinker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 81 EGV Rn. 7.

²⁰⁹ *SEC v. Variable Annuity Life Ins. Co.*, 359 U.S. 65 (1959); *St. Paul Fire & Marine Ins. v. Barry*, 438 U.S. 531 (1978); dazu L. A. Sullivan/W. S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2. Aufl., St Paul 2006, 727 ff.

²¹⁰ *United States v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941); *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965); *Brown v. Pro Football Inc.*, 518 U.S. 231 (1996); dazu auch D. Gifford, *Redefining the Antitrust Labor Exemption*, 72 *Minnesota Law Review* (1988), 1379; E. Gellhorn/W.E. Kovacic/S. Calkins, *Antitrust Law and Economics*, 5 ed., St. Paul 2004, 572 ff.

²¹¹ 15 U.S.C. §§ 1291-1295; dazu W.E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 70.

²¹² 15 U.S.C.A. §§ 1011-1015. Die gesetzliche Fixierung dieser Ausnahme von den bundesstaatlichen Antitrust-Gesetzen hängt u. a. damit zusammen, dass der U.S. Supreme Court erstmals 1944 feststellte, dass die Versicherungswirtschaft unter die *commerce clause* der U.S. Constitution fällt, vgl. *United States v. South-Eastern Underwriters Ass'n*, 322 U.S. 533 (1944).

b) Die Rolle der öffentlichen Unternehmen

Besonders schwierig ist das Verhältnis des Kartell- und Fusionskontrollrechts zu öffentlichen Unternehmen zu bestimmen. Eine Analyse der Wettbewerbs- und Kartellgesetze weltweit fördert hier vollkommen unterschiedliche Ansätze zu Tage: Während einige Jurisdiktionen bestrebt sind, öffentliche Unternehmen von der Anwendung des Kartellrechts auszunehmen, gibt es in einigen Ländern keine speziellen Ausnahmen. Auch in diesem Bereich ist die bestehende Doktrin in einigen Staaten offenbar im Wandel begriffen: So galt etwa in Australien bis 1996 der Grundsatz der *Crown Immunity*, wonach der Staat und alle Staatsunternehmen von der Anwendung des *Trade Practices Act* (TPA) ausgenommen waren. Diesen Grundsatz hat der australische Gesetzgeber durch eine Änderung des TPA gewissermaßen „umgedreht“²¹³: Soweit der Staat selbst oder staatliche Unternehmen wirtschaftlichen Aktivitäten nachgehen, kann er sich nicht mehr auf das Immunitätsprinzip berufen, d. h. seine Aktivitäten müssen sich am Maßstab der Kartellgesetze messen lassen.²¹⁴

Freilich können solche Beispiele nicht darüber hinwegtäuschen, dass dem Verhältnis des Wettbewerbs- und Kartellrechts zu öffentlichen Unternehmen bzw. Unternehmen, die mit besonderen Aufgaben betraut sind, nach wie vor ein stetiges Konfliktpotential inhärent ist.²¹⁵ In diesem Zusammenhang sei etwa auf Art. 86 EG verwiesen, der eine ausgesprochene Kompromissformel verkörpert und dessen Durchsetzung durch die Europäische Kommission mitunter auf erheblichen Widerstand der Mitgliedstaaten stößt.²¹⁶

c) Immunitäten

Für die Effektivität der Anwendung des Kartellrechts von entscheidender Bedeutung ist nach wie vor die Frage, in welcher Weise Staaten selbst als Urheber von Wettbewerbsbeschränkungen zu behandeln sind.²¹⁷ Hier sind die Antworten der unterschiedlichen Regimes durchaus verschieden.²¹⁸ Zu beobachten ist aber ei-

²¹³ W. Hellmann, in: Terhechte (Anm. 5), § 55 Rn. 12.

²¹⁴ *Ibid.* mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung australischer Gerichte.

²¹⁵ Siehe dazu etwa für die Ebene des EGV Mestmäcker/Schweitzer (Anm. 191), § 33 ff.; J. Schwarze (Hrsg.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, Baden-Baden 2001; M. Burgi, *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1998, 261; W. Weiß, *Öffentliche Unternehmen und EG*, EuR 2003, 166.

²¹⁶ Ausführlich dazu Terhechte (Anm. 18), 312 ff.

²¹⁷ Dazu etwa am Beispiel des europäischen Rechts A. Bach, *Wettbewerbsrechtliche Schranken für nationales Handeln nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1992; U. Ehrlicke, *Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb*, Baden-Baden 1994; L. Gyselen, *State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions*, CMLRev 1989, 33 ff.; T. Hassel, *Hoheitliches Handeln als Verstoß gegen EU-Kartellrecht*, Hamburg 2006; M. Klasse, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen*, Baden-Baden 2006; K.-W. Lange, *Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen*, EuR 2008, 3.

²¹⁸ Vgl. dazu ausführlich Terhechte (Anm. 49), 75 ff.

ne klare Tendenz dahingehend, dass auch für den Bereich des Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts die Bereitschaft abnimmt, Staaten Immunitäten zu gewähren, soweit sie selbst am Wirtschaftsverkehr teilnehmen (sog. *commercial exception*).²¹⁹ Hierbei kommt es entweder auf die Natur der Aktivitäten an oder auf ihren Zweck.

Auf der Ebene des Völkerrechts beanspruchen die Regeln über die Immunität von Staaten bislang den Status des Gewohnheitsrechts. Diese Entwicklung wird seit 2007 durch die "United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property" überlagert.²²⁰ Zahlreiche Staaten – insbesondere aus dem Rechtskreis des *common law* – haben zur Konkretisierung dieser völkerrechtlichen Grundsätze zudem eigene Gesetze erlassen, die die Immunitäten von Drittstaaten regeln, so z. B. die USA (*Foreign Sovereign Immunities Act*), das Vereinigte Königreich (*State Immunity Act*), Kanada (*State Immunity Act*), Australien (*State Immunity Act*) sowie Argentinien (*Immunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*).²²¹ Die EU ist an diese Grundsätze nach der Rechtsprechung des EuGH²²² und der Praxis der Europäischen Kommission²²³ ebenfalls gebunden; dies gilt auch für die Bundesrepublik Deutschland (s. Art. 25 GG). Für das Verfahrensrecht verkörpern Immunitätsregeln klare Grenzen, die schlicht nicht überschritten werden können. Freilich ist aber hier im internationalen Vergleich festzustellen, dass die Bereitschaft, uneingeschränkte Immunität zu gewähren, in den letzten Jahren stark abgenommen hat. Dementsprechend könnte die Anwendung von Kartellgesetzen auf Hoheitsträger zukünftig ein wichtiges Thema werden.

V. Akteure

Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht wird inhaltlich und in seiner täglichen Anwendung maßgeblich durch die Kartellbehörden welt-

²¹⁹ Vgl. dazu H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2002, 273 ff.

²²⁰ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property v. 02.12.2004, General Assembly resolution 59/38, Official Records of the General Assembly, 59. Session, Supplement No. 49, (A/59/49). Die Konvention ist abrufbar unter <http://www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf>. Vgl. dazu auch R. Gardiner, *UN Convention on State Immunity: Form and Function* (April 2006), *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Issue 2, 407; J. Fokes/E. Wilmhurst, *State Immunity: The United Nations Convention and Its Effect*, Chatham House International Law Programme, May 2005 (ILP BP 05/01), abrufbar unter <<http://www.chathamhouse.org.uk>>; G. Hafner, *Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit*, 61 ZÖR (2006), 381.

²²¹ Die Gesetze sind in englischer Sprache abgedruckt bei A. Dickinson/R. Lindsay/J. P. Loo Nam, *State Immunity, Selected Materials and Commentary*, Oxford 2004.

²²² Vgl. EuGH Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 ff. – *Eurocontrol*.

²²³ Entscheidung der Kommission v. 19. Dezember 1984, ABl. EWG v. 30.03.1985 Nr. L 92/1 – *Aluminiumeinfuhren*.

weit geprägt (s. dazu C. V. 1.). Daneben spielt auch die Anwendung durch die Gerichte sowie insbesondere in den USA der private Vollzug (*private enforcement*) des Kartell- und Fusionskontrollrechts eine überragende Rolle. Ein näherer Blick zeigt insgesamt, dass das Verfahrensrecht hier erst am Anfang einer großen Umwälzung stehen könnte. Künftig wird es zum einen darauf ankommen, die verschiedenen Akteure sowohl auf der staatlichen als auch auf der internationalen Ebene besser zu koordinieren und zum anderen die Möglichkeiten, die etwa in der privaten Verfolgung von Kartellverstößen liegen, weiter auszuloten (dazu unten C. V. 5.).

1. Behördenvielfalt als Ausgangsperspektive

Die Verschiedenartigkeit der das Kartell- und Fusionskontrollrecht vollziehenden Behörden kann als eine wesentliche Ursache unterschiedlicher Verfahrensausgestaltungen angesehen werden. Soweit in einem Staat mehrere Behörden für den Vollzug des Kartellrechts verantwortlich sind, ergibt sich schon aus der erforderlichen Abgrenzung der Zuständigkeiten – und zwar sowohl auf der horizontalen als auch auf der vertikalen Ebene – ein dauerhaftes Problem. Dazu kommt in der Regel das bislang wenig erforschte Verhältnis der “allgemeinen” Kartellbehörden zu sektoriellen Regulierungsbehörden (etwa in den Bereichen Post, Telekommunikation und Energie). Aufgrund dieser Behördenvielfalt liegt es nahe, eine Systematisierung anhand der Ebenen, auf denen die Behörden tätig sind, vorzunehmen.

a) *Single Agency Approach*

Nur wenige Staaten legen den Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts in die Hand einer einzigen Vollzugsbehörde. Dies mag seine Ursache darin finden, dass es einer einzelnen Stelle kaum möglich ist, die vielgestaltigen Aufgaben, die die Wettbewerbsaufsicht mit sich bringt, zu erfüllen. Das Nebeneinander verschiedener Behörden ist aber oft auch historisch bedingt. Ein Beispiel für den “*Single Agency Approach*” ist etwa Indonesien, wo ausschließlich die indonesische Kartellbehörde KPPU mit der Anwendung des indonesischen Wettbewerbs- und Kartellgesetzes betraut ist.²²⁴ Dieser Ansatz erfordert bestimmte Ausdifferenzierungen in der Organisation der Behörde. Insbesondere in großen Territorialstaaten ist es kaum möglich, von einem Standort aus alle anfallenden Aufgaben zu erfüllen. Hier kommt es i. d. R. zur Gründung von regionalen Außenstellen (so z. B. in Indonesien²²⁵ oder Russland²²⁶).

²²⁴ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 64 Rn. 13 f.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ I. Gritsenko/S. Ritz, in: Terhechte (Anm. 5), § 45 Rn. 24.

b) *Horizontal Multiagency Approach*

Dagegen ist der “*Horizontal Multiagency Approach*” öfter anzutreffen. Dieser Ansatz legt die Überwachung des Wettbewerbs in die Hand mehrerer Behörden, die gleichberechtigt nebeneinander nach bestimmten Abgrenzungskriterien die Fälle bearbeiten. Ein Beispiel hierfür ist etwa das Nebeneinander von DOJ und FTC in den USA. Während die FTC zunächst “nur” den *FTC-Act* und den *Clayton-Act* anzuwenden berechtigt ist, wendet das DOJ auch den *Sherman Act* an und ist insbesondere für die strafrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zuständig. Gleichwohl gibt es Schnittfelder in den Tätigkeiten beider Behörden, die dazu führen, dass nicht immer von vornherein klar ist, wer ein Verfahren führen wird. Dieses Problem ist zwar schon erkannt, harrt aber noch einer Lösung.²²⁷

c) *Vertical Multiagency Approach*

Hinsichtlich der institutionellen Ausgestaltung des Vollzugs der Art. 81 ff. EG im europäischen Verwaltungsverbund lässt sich von einem “*Vertical Multiagency Approach*” sprechen, was insbesondere das Verhältnis der Europäischen Kommission zu den 25 nationalen Wettbewerbsbehörden treffend charakterisiert. Doch auch das nationale Recht arbeitet bisweilen mit diesem Organisationsschema. Hier sei beispielsweise in Deutschland auf das Verhältnis der Landeskartellbehörden zum BKartA verwiesen, das z.T. auch vertikal ausgestaltet ist (vgl. § 49 GWB).

Im Rahmen des *Vertical Multiagency Approach* liegen die Probleme bisweilen bei der exakten Abgrenzung der jeweiligen Zuständigkeiten. Auf europäischer Ebene ist dieses Problem im Rahmen der VO 1/2003 mit einem grundsätzlichen Vorrang des Kommissionsvollzugs (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003) gelöst worden. Freilich kann diese Lösung nicht auf alle vertikal organisierten Behördenstrukturen übertragen werden, entspringt dieser Ansatz doch letztlich dem besonderen Charakter des supranationalen europäischen Rechts, das Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt.²²⁸ Eine solche Lösung wäre etwa in den USA nicht ohne weiteres denkbar.

d) Wettbewerbsbehörden und sektorielle Regulierungsbehörden

Im Einzelfall besonders problematisch kann sich die Situation gestalten, wenn neben den “eigentlichen” Kartellbehörden weitere sektorielle Regulierungsbehörden “eigenes” Kartell- und Fusionskontrollrecht zu vollziehen haben. Im Zuge der Liberalisierung vieler ehemaliger Staatsmonopole ist es weltweit notwendig geworden, die Märkte zunächst weiter zu regulieren (so etwa in den Bereichen Ver-

²²⁷ S. E. Gellhorn, *Two’s a Crowd: The FTC’s Redundant Antitrust Powers*, 5 Regulation (1981), 32; zu den Zuständigkeiten s. auch W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 75 f.

²²⁸ S. dazu EuGH Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 – *Costa/ENEL*; kurzer Überblick bei J. P. Terhechte, *Der Vorrang des Unionsrechts*, JuS 2008, 403.

kehr, Telekommunikation oder Post), so dass ein Reihe von Regulierungsbehörden eingerichtet wurden. Das hieraus resultierende Zusammenspiel der verschiedenen Behörden lässt sich nahezu überall in Europa, in den USA, aber auch in Asien (z. B. in Singapur²²⁹) beobachten. Dieses Nebeneinander – so zeigt sich immer mehr – stellt eine Gefahr für den einheitlichen Vollzug der jeweiligen Wettbewerbs- und Kartellgesetze dar, weil Regulierungsbehörden nicht immer dieselben Standards zugrunde legen wie Kartellbehörden.

2. Behördenunterschiedlichkeit

Großen Einfluss auf das Verfahren hat in vielen Fällen die Struktur und Zusammensetzung einer Kartellbehörde. Aspekte dieser Art wurden bislang nur selten näher beleuchtet. Doch die personelle und finanzielle Ausstattung von Kartellbehörden (dazu nachfolgend a) ist ein ebenso wichtiger Faktor bei der Durchführung der entsprechenden Verfahren wie Fragen ihrer Zusammensetzung (b), Unabhängigkeit (c) und *Accountability* (d).

a) Finanzielle und personelle Ausstattung

aa) Aus der Perspektive der vollziehenden Behörden stellt die finanzielle Ausstattung einen wichtigen Faktor für den effektiven Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts dar. Hierzu ist anzumerken, dass eine ausreichende Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln aus der globalen Perspektive keine Selbstverständlichkeit darstellt.²³⁰ Dies gilt nicht nur in Ländern, die der kartellrechtlichen Peripherie zuzuordnen sind, sondern beispielsweise auch in Europa.²³¹

Diesen elementaren Zusammenhang hat beispielsweise die FTC früh erkannt und nicht ohne Grund ein Office for Congressional Relations eingerichtet.²³² Das Budget der FTC betrug im Jahre 2007 ca. 223 Mio. US-\$. Zu bedenken ist hierbei freilich, dass sich diese Summe auf zwei Aktionsbereiche bezieht, nämlich einmal das Bureau of Competition (ca. 96 Mio. US-\$) und das Bureau of Consumer Protection (ca. 126 Mio. US-\$). Diese Summe wird sich für das Jahr 2008 auf 240 Mio. US-\$ steigern. Dazu kommen in den USA noch die Kosten für die Antitrust Division des DOJ sowie die bundesstaatlichen Kartellbehörden und sektoriellen Regulierungsbehörden. Letztlich summiert sich der Gesamtfinanzbedarf damit erheblich. Nach Aussagen aus der FTC ist die Commission soweit "zufrieden" mit der finanziellen Ausstattung.

²²⁹ S. dazu Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 63 Rn. 6 ff.

²³⁰ Vgl. dazu erstmals ausführlich Ky P. Ewing, *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience*, Amsterdam 2003.

²³¹ Allgemein dazu S. Gal, *Reality Bites (or Bits): The Political Economy of Antitrust Enforcement*, 2001 *Fordham Corp. L. Inst.*, 605 (611).

²³² Im Internet unter <<http://www.ftc.gov/ocr/about.shtm>> zu erreichen.

Dagegen nimmt sich der Jahreshaushalt des BKartA eher bescheiden aus. Ihm stehen jährlich ca. 17 Mio. € Sachmittel zur Verfügung. Hinzu kommen noch die Personalmittel, die deutlich höher liegen. Doch auch hier reichen die Mittel aus, um die durch das GWB und Art. 81 ff. EG übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Künftig dürfte für das BKartA die Frage spannend werden, ob sich der Trend zur Umstellung auf eine Nutzerfinanzierung auch für den Bereich des deutschen Kartell- und Fusionskontrollrechts weiter fortsetzt. Das Modell der Nutzerfinanzierung hat weltweite Verbreitung gefunden und hat in diesem Zuge auch gezeigt, dass es gehöriges Missbrauchspotential zu entfalten vermag: So ist etwa in Brasilien bei der Anmeldung von Unternehmenszusammenschlüssen pauschal eine Verwaltungsgebühr von 45.000 BRL (ca. 17.000 €) zu entrichten.²³³ Ähnliches gilt für Südafrika (zwischen 10.000 € und 30.000 €)²³⁴ oder Mexiko (ca. 10.000 €).²³⁵ Freilich ist eine völlige Umstellung und die Einführung von Umlagefinanzierungen, wie sie im deutschen Recht durch § 16 FinDAG, § 143 f. TKG bzw. § 92 EnWG ermöglicht werden, für den Bereich des Kartell- und Fusionskontrollrechts derzeit nicht denkbar, weil der Kreis der Akteure hier zu heterogen ist und zudem die Interessenlage eine andere ist als in vielen sektoriellen Bereichen.²³⁶ Das BKartA erhebt jedoch bereits jetzt nach Maßgabe des § 80 GWB Gebühren für Amtshandlungen.²³⁷ Zusammen mit den Bußgeldern, die das BKartA verhängt, und die jährlich eine beträchtliche Höhe erreichen (so im Jahre 2003 etwa 717 Mio. € und im Jahre 2004 insgesamt 58 Mio. €), kann man also davon sprechen, dass das BKartA äußerst profitabel arbeitet. Die Einnahmen aus Geldbußen und die Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, fließen gem. § 82 a Abs. 2 S. 2 GWB der Bundeskasse zu.²³⁸

Nach dem Management-Plan der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission für das Jahr 2007²³⁹ verfügt die GD über Sachmittel in Höhe von ca. 8, 29 Mio. €. Weitaus größer sind aber die Ausgaben der insgesamt 782 Beschäftigten in der GD Wettbewerb. Die Sachmittel werden insbesondere für extern Beschäftigte (3, 8 Mio. €), Studien (1, 75 Mio. €), IT-Systeme (635.000 €), Meetings

²³³ T. Schreiber, in: Terhechte (Anm. 5), § 48 Rn. 43.

²³⁴ Pautke, in: Terhechte (Anm. 5), § 67 Rn. 57.

²³⁵ Vgl. W. Heckenberger, Probleme der globalisierten Fusionskontrolle aus der Sicht eines Unternehmensjuristen, in: J. Schwarze (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung, Baden-Baden 2002, 89 (94).

²³⁶ Dazu allgemein R. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl., Stuttgart 2006, 293 f.

²³⁷ Dazu Bechtold (Anm. 101), § 80 Rn. 1 ff.; H.-K. Mees, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 2 (GWB), § 80 Rn. 2 f.

²³⁸ Dies gilt vorerst nicht für den Fall, dass auf eine Entscheidung des BKartA das Bußgeld oder die Anordnung des Verfalls des Vermögens gerichtlich durch das OLG Düsseldorf bestätigt wird. In diesem Fall fließt der Betrag bis zum 30. Juni 2009 der Landeskasse des Landes NRW zu (vgl. § 131 Abs. 5 S. 2 i. V. m. § 82 a Abs. 2 GWB). Die alte Regelung – auch die Übergangsregelung – ist freilich zweifelhaft, vgl. dazu auch Bechtold (Anm. 101), § 131 Rn. 10: "materiell völlig unberechtigt".

²³⁹ Der Management Plan 2007 der GD Wettbewerb ist abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/annual_management_plan/amp_2007_en.pdf>.

und Repräsentation (1, 85 Mio. €) sowie interne Fortbildungen und Trainingsveranstaltungen (232.000 €) verwendet. In Anbetracht des enormen "Bußgeldaufkommens" der Kommission ist aber auch hier von einer profitablen Tätigkeit auszugehen, auch wenn das EG-Recht der Kommission keine Handhabe bietet, Gebühren für ihre Amtshandlungen zu erheben bzw. die Erstattung von Auslagen zu verlangen. Pläne, Gebührenregelungen im Zusammenhang mit der FKVO zu erlassen, wurden bislang nicht umgesetzt.²⁴⁰

Ein Negativbeispiel hinsichtlich der Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln stellt etwa die argentinische Wettbewerbsbehörde, die Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), dar.²⁴¹ Aufgrund ihrer strikten Eingliederung in das argentinische Wirtschaftsministerium und der darauf zurückzuführenden fehlenden Autonomie hinsichtlich der Verwendung und Höhe des Budgets schätzt sie ihre Arbeit selbst als wesentlich erschwert ein.²⁴² Die Unterfinanzierung ist ein wesentliches Problem für den Aufbau globaler Netzwerke, die letztlich von der Partizipation aller Wettbewerbsbehörden abhängig sind. Innerhalb des ICN ist diese Problematik erkannt worden und die Wettbewerbsbehörden der Industrienationen übernehmen im Rahmen der ICN-*Support Cooperation* die Kosten der Anreise etc. der Vertreter der Wettbewerbs- und Kartellbehörden aus Schwellen- und Entwicklungsländern.²⁴³

bb) Hinsichtlich der personellen Ausstattung kommt es insbesondere in Ländern, die erst wenig bzw. gar keine Erfahrung mit der Anwendung von kartell- oder fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen haben, in vielen Fällen auf die Unterstützung der globalen Netzwerke an. Hier ziehen das BKartA, die US-amerikanische FTC und das U.S. DOJ, die europäische Generaldirektion Wettbewerb, aber auch die japanische Fair Trade Commission sowie die südkoreanische Fair Trade Commission, die hier insgesamt eine Vorreiterrolle einnehmen, nicht immer an einem Strang. Dennoch kommt Fortbildungsmaßnahmen vor Ort und der Bereitstellung von IT-Systemen etc. ("*Technical Assistance*") bzw. Einladungen nach Europa oder in die USA eine wichtige Funktion zu.²⁴⁴

Entscheidend ist letztlich gerade in Ländern, die noch Erfahrungen mit dem Vollzug von Kartell- und Fusionskontrollgesetzen sammeln, auch die Aufgabenzuweisung durch die nationalen Wettbewerbs- und Kartellgesetze. So können komplexe Fusionskontrollverfahren unerfahrene Kartellbehörden vor unüberwindliche Hürden stellen, so dass hier oft der Rat erteilt wird, gänzlich von solchen Bestimmungen abzusehen (diesen Rat hat etwa Indonesien befolgt; Singapur hat nach der Einführung des *Competition Act* im Jahre 2004 die Anwendbarkeit

²⁴⁰ Bechtold (Anm. 101), § 80 Rn. 14.

²⁴¹ Dazu T. Schreiber, in: Terhechte (Anm. 5), § 49 Rn. 13.

²⁴² Vgl. OECD Policy Brief October 2006, Competition Law and Policy in Argentina, 6.

²⁴³ A. Rasek, in: Terhechte (Anm. 5), § 83 Rn. 9.

²⁴⁴ *Ibid.*, § 83 Rn. 23; dazu auch R. Tritell, Testimony before the Antitrust Modernization Commission v. 15. Januar 2006, wonach die FTC im Jahre 2005 mit 18 Ländern weltweit zusammengearbeitet hat (dies betraf etwa Schulungen etc.), abrufbar unter <http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Statement_Tritell.pdf>.

der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften um drei Jahre nach hinten verschoben).²⁴⁵

b) Zusammensetzung der Entscheidungsebene

Die Zusammensetzung und personelle Stabilität der Kartellbehörden, aber auch der zuständigen Gerichte ist ebenfalls eine Säule des effektiven Vollzugs des internationalen Kartell- und Fusionskontrollrechts. Im Rahmen des behördlichen Vollzugs des Kartellrechts hat man es weltweit im Wesentlichen mit zwei unterschiedlichen Systemen zu tun: In den Behörden, die der jeweiligen Ministerialebene zugeordnet sind bzw. die Teil eines Ministeriums sind (BKartA, DOJ, DG Comp, argent. CNDC), bestehen u. a. Weisungsmöglichkeiten und letztlich auch die „Gefahr“ der politischen Einflussnahme. Andere Staaten setzen dagegen auf ein „Kommissionsmodell“, in dem die Entscheidungen durch mehrere unabhängige *Commissioner* getroffen werden. Beide Modelle sind oft nur dann erfolgreich, wenn der Grad der Unabhängigkeit der Entscheidungsträger (Beschlussabteilungen, *Commission* etc.) hoch ist (dazu nachfolgend c).

Daneben kommt es entscheidend auf die Ausstattung der Behörden mit Personalmitteln an. Kartell- und Fusionskontrollverfahren sind Verfahren, die mit einer erheblichen verfahrensrechtlichen Komplexität behaftet sind.²⁴⁶ Sie können nur erfolgreich durchgeführt werden, soweit die zuständigen Instanzen über ausreichend „*manpower*“ verfügen. Hierbei sind auf der Entscheidungsebene überwiegend Ökonomen und Juristen tätig. Viele Kartellgesetze sehen entsprechende Voraussetzungen hinsichtlich der erforderlichen Qualifikationen ihrer Bediensteten vor (vgl. § 51 Abs. 4 GWB, Art. 213 Abs. 1 EG).

Angesichts der recht „dünnen Personaldecke“ mancher Behörden sind aber Zweifel angebracht, ob sie ihre vielfältigen Aufgaben überhaupt erfüllen können. Dies gilt insbesondere für „kleine“ Wettbewerbsbehörden, die aufgrund fehlender Personalressourcen oft Schwierigkeiten haben, sich in den europäischen und internationalen Netzwerken selbst zu repräsentieren – in Anbetracht der Vielzahl der internationalen Anlässe wird sich dieses Problem eher verschärfen.

So wird etwa die Situation in Sri Lanka von Pubudini Wickramaratne Rupasinghe folgendermaßen charakterisiert:

“Although wide investigative powers are given to the FTC, it has failed to actively perform its functions and exercise its powers. This dormancy on the part of the FTC could be attributed to the lack of staff and financial resources. Statistics show that FTC

²⁴⁵ Vgl. zu diesem Aspekt allgemein W. E. Kovacic, Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement, 77 Chicago-Kent Law Review (2001), 265 (285).

²⁴⁶ Vgl. etwa J. Shelton, Competition Policy: What Chance for International Rules, 4 ff. (abrufbar unter <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/39/1919969.pdf>>); speziell flächenmäßig große Staaten benötigen eine ausreichende (dezentral organisierte) personelle Ausstattung, vgl. zur Situation in Russland (75 Territorialabteilungen mit ca. 1.400 Mitarbeitern) I. Gritsenko/S. Ritz, in: Terhechte (Anm. 5), § 45 Rn. 24.

has been equipped with its full cadre of 27 persons only in its year of inception, with vacant positions gradually increasing and only about 13 positions being filled over the past four years. The high number of vacancies is a result of the low priority the FTC is given by the Ministry and the difficulties in recruitment due to the poor salaries and other benefits paid to the FTC staff compared to that of the private sector. The lack of adequate financial resources has hampered the investigations of the FTC, as it is one of the key factors considered before a decision is made to investigate into a complaint.²⁴⁷

c) Unabhängigkeit

Die Effektivität der Anwendung des Kartell- und Fusionskontrollrechts hängt in einem nicht unerheblichen Maße mit der Unabhängigkeit der vollziehenden Instanzen zusammen.²⁴⁸ Während es beim privaten Vollzug im Rahmen von Gerichtsverfahren insbesondere auf die Unabhängigkeit der Richter ankommt, die als verfassungsrechtlich garantiertes Prinzip (vgl. etwa Art. 97 GG, § 64 der dänischen Verfassung, Art. 87 der griechischen Verfassung, Art. 35 Abs. 2 der irischen Verfassung, Art. 117 Abs. 1 der spanischen Verfassung) weltweit an Bedeutung zunimmt,²⁴⁹ lassen sich im Rahmen des Behördenverfahrens ganz unterschiedliche Modelle beobachten. Während einige Staaten den Vollzug der Wettbewerbs- und Kartellgesetze in die Hände der Ministerialverwaltung gelegt haben (und damit erhebliche Einflussnahme durch die Politik vorprogrammiert ist), haben andere Staaten eine recht weitgehende Unabhängigkeit der zur Entscheidung berufenen Instanzen statuiert.

Hier kann als Beispiel die Stellung der Beschlussabteilungen des BKartA herangezogen werden: Gem. § 51 GWB sind die Beschlussabteilungen autonom, d. h. der Präsident des BKartA kann nicht durch Weisungen o. ä. ihre Entscheidungen vorgeben oder beeinflussen.²⁵⁰ Die persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder einer Beschlussabteilung und des gesamten BKartA soll zudem durch § 51 Abs. 5 GWB sichergestellt werden, der bestimmte Inkompatibilitätsvorschriften enthält. Gleichwohl hat der Präsident des BKartA stets die Möglichkeit, Einfluss auf die Zusammensetzung der Beschlussabteilungen zu nehmen. Kürzlich hat ein diesbezüglicher Fall für aufgeregte Diskussionen gesorgt, bei dem der Leiter der Sonderkommission Kartellbekämpfung in einem laufenden Verfahren versetzt wurde. Insbesondere der Personalrat des BKartA hat hier ungewöhnlich harte – und öffentliche – Kritik geübt.

Auf europäischer Ebene sind die Mitglieder der Europäischen Kommission, und damit auch der zuständige Kommissar bzw. die zuständige Kommissarin für die

²⁴⁷ P. Wickramaratne Rupesinghe, Competition Law in Sri Lanka, abrufbar unter <http://www.lawnet.lk/docs/articles/sri_lankan/HTML/CV39.html>.

²⁴⁸ Dazu nun erstmals grundsätzlich J. van de Gronden/S. de Vries, Independent Competition Authorities in the EU, 2 Utrecht Law Review (2006), 32 ff.; B. Duijm, Die Unabhängigkeit von Kartellbehörden, ORDO 50 (1999), 323 ff.

²⁴⁹ Siehe dazu Wieser (Anm. 1), 132 f.

²⁵⁰ C. Becker, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 2 (GWB), § 51 Rn. 6.

GD Wettbewerb, unabhängig (vgl. Art. 213 Abs. 1 EG). Die Unabhängigkeit der Commissioner der U.S. FTC wiederum ergibt sich indirekt aus Sec. 1 *FTC Act*,²⁵¹ wonach nur der Präsident der Vereinigten Staaten die *Commissioner* bei bestimmten Vergehen entlassen kann. Auch Sec. 1 *FTC Act* enthält Regelungen über persönliche Inkompatibilitäten sowie Bestimmungen über die Zugehörigkeit zu politischen Parteien.

Die Unabhängigkeit von Kartellbehörden ist aber keine Selbstverständlichkeit. Insbesondere bei direkten Weisungsbefugnissen durch Minister oder Präsidenten, der Möglichkeit, Entscheidungsträger ohne Begründung zu entlassen, und der Besetzung nach "Parteienproporz" ist die Unabhängigkeit der Kartellbehörden gefährdet.²⁵² Diesen Zusammenhängen wird mehr Beachtung zu schenken sein, denn viele Staaten sammeln noch Erfahrungen bei der Etablierung von Kartellbehörden. Fehlentwicklungen können hier mitunter dazu führen, dass überhaupt keine Aktivitäten mehr von den Behörden ausgehen.

d) *Accountability*

Die mittlerweile intensiv geführte *Accountability*-Debatte, bei der es um die Summe der Kontroll- und Aufsichtsinstrumente geht, der die Ausübung öffentlicher Gewalt unterworfen ist, vermag auch Anstöße für die Kontrolle und Verantwortlichkeit der Kartellbehörden im Zusammenhang mit dem Vollzug des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts zu geben.²⁵³

aa) Die Untersuchung von Verantwortlichkeitsstrukturen fördert etwa für den Bereich des EG-Rechts einen recht merkwürdigen Befund zu Tage: Hier wird offensichtlich der Versuch unternommen, die fehlende demokratische Legitimation der Rechtsetzung (insbesondere auf der Ebene des formalen europäischen Sekundärrechts und der atypischen Rechtsakte)²⁵⁴ durch eine sehr intensive Rechtskontrolle durch den Europäischen Gerichtshof auszugleichen. Der Aspekt der fehlenden demokratischen Legitimation der europäischen Rechtsetzung im Bereich des Wettbewerbsrechts stützt sich zunächst auf die begrenzten Aktionsmöglichkeiten des Europäischen Parlaments gegenüber dem Rat und der Kommission (lediglich Stellungnahmen, Entschlüsse zu den Jahresberichten über die Wettbewerbs-

²⁵¹ 15 U.S.C. § 41.

²⁵² Dazu etwa I. Yuzhanov, *Competition Law and Policy – The Role of Political Influence*, in: B. Hawk (Hrsg.), *International Antitrust Law and Policy*, New York 2002, 623 ff.; M. Gal, *The Ecology of Antitrust – Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, in: UNCTAD, *Competition, Competitiveness and Development*, New York 2004, 20 ff.

²⁵³ Zum Begriff der *Accountability* vgl. etwa C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford 2002, 6 ff.; P. Dann, *Accountability in International Development Aid Law*, 44 AVR (2006), 381 (382 ff.).

²⁵⁴ Vgl. J. Bast, *Einheit und Differenzierung der europäischen Verfassung – der Verfassungsvertrag als reflexive Verfassung*, in: J. P. Terhechte *et al.* (Hrsg.), *Die europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, Baden-Baden 2005, 34 (44).

politik und informelle Konsultationen).²⁵⁵ Einzig die Möglichkeit des Europäischen Parlaments, der Kommission das Misstrauen auszusprechen (vgl. Art. 201 EG), mag einen Aspekt von Kontrolle ihrer Tätigkeit verkörpern. Aufgrund der Gesamtanlage dieses Instruments (geschlossener Rücktritt der gesamten Kommission gem. Art. 201 Abs. 2 EG) ist es praktisch aber ausgeschlossen, dass das Parlament wegen Fragen der Wettbewerbspolitik darauf zurückgreift.²⁵⁶

Schon vor diesem Hintergrund kommt der Rechtskontrolle durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit eine ungemein wichtige Rolle zu, die von ihr umfangreich wahrgenommen wird.²⁵⁷ So wird geschätzt, dass allein in den Jahren zwischen 1958 und 1998 mehr als 500 Urteile der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit zu den Wettbewerbsregeln ergingen.²⁵⁸ Inzwischen stellt es eine gängige Praxis dar, dass Unternehmen gegen Entscheidungen der Kommission den Rechtsweg beschreiten. Diese Vorgehensweise wird auch in vielen Fällen belohnt, so musste die Kommission auf dem Gebiet des Fusionskontrollrechts bereits mehrere schwere Niederlagen hinnehmen.²⁵⁹ Dazu kommt, dass die von ihr verhängten Bußgelder regelmäßig durch das EuG und den EuGH reduziert werden. Allein durch diese Vorgehensweise sorgt die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit selbst dafür, dass sie in viele Verfahren einbezogen wird, und kann so ihre Kontroll- und Konkretisierungsfunktion hinsichtlich des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllen.²⁶⁰

Die gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen von Kartellbehörden spielt aber nicht nur im europäischen Recht eine überragende Rolle, sondern ist weltweit von immenser Bedeutung. Hier hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass es gerade in Ländern, die noch über wenig Erfahrung mit der Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellgesetzen verfügen, zu Schwierigkeiten kam, insbesondere weil das Verhältnis zu den Behörden unklar war. Auch in diesem Bereich kann der Kooperationsgedanke fruchtbar gemacht werden, um Konflikte zu lösen. So gab es beispielsweise in Indonesien einen lang anhaltenden Konflikt zwischen dem

²⁵⁵ Dazu T. Jakob, in: von der Groeben/Schwarze (Anm. 188), Vorbem. zu den Art. 81-89 Rn. 85.

²⁵⁶ Vgl. dazu auch L. Schoo, in: Schwarze (Anm. 208), Art. 201 EGV Rn. 1 ff.

²⁵⁷ Siehe dazu etwa J. Schwarze (Hrsg.), Die rechtsstaatliche Einbindung der Wirtschaftsverwaltung, EuR-Beiheft 2/2002; ders., Die gerichtliche Kontrolle der europäischen Wirtschaftsverwaltung, in: J. Schwarze/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Baden-Baden 1992, 302 ff.

²⁵⁸ Dazu T. Jakob, in: von der Groeben/Schwarze (Anm. 188), Vorbem. zu den Art. 81-89 Rn. 83 Fn. 273.

²⁵⁹ EuG Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 – *Airtours*; EuG Rs. T-05/02, Slg. 2002, II-4389 – *Tetra Laval/Sidel*; EuG Rs. T-310, Slg. 2002, II-4075 – *Schneider/Legrand*; dazu auch J. Hoffmann/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 4 Rn. 32; dies., Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Fusionskontrollverordnung, AG 2003, 415; G. Schöhe, Aufhebung einer Untersagungsverfügung der Kommission durch das Gericht erster Instanz, WuW 2002, 841.

²⁶⁰ Zur Rechtskontrolle im europäischen Wettbewerbsrecht M. Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl., Tübingen 2007, Rn. 492 ff.; K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, Procedural Law of the European Union, 2. Aufl., London 2006, 216 ff.

Obersten Gerichtshof und der Kartellbehörde (KPPU) um die Frage, ob die KPPU überhaupt vor den Gerichten postulationsfähig ist.²⁶¹

bb) Jenseits der gerichtlichen Kontrolle gibt es aber auch in vielen Staaten Transparenzfordernisse, die das Handeln der Wettbewerbsbehörden nach außen transparenter machen sollen. Ein gutes Beispiel hierfür ist der *Sunshine Act* in den USA, der zu weiten Teilen Treffen unabhängiger Kommissionen wie der FTC der Öffentlichkeit zugänglich macht und strikte Transparenzfordernisse formuliert.²⁶² Ähnliches gilt auch für die Ebene der EU, wo die Art. 253-255 EG Begründungspflichten, Informationsansprüche und Transparenzfordernisse niederlegen. Ein wichtiger Baustein ist auch hier die Selbstkontrolle der Kartellbehörden (etwa im Rahmen von Evaluationen), die zukünftig mehr Beachtung finden wird.²⁶³

Schließlich sei noch auf die Korruptionsproblematik hingewiesen. Hier befindet sich das Kartell- und Fusionskontrollrecht erst am Anfang einer wichtigen Debatte. Kartellrecht und Antikorruptionsrecht weisen eine gewisse sachliche Nähe auf, z. B. bei Submissionsstraftaten.²⁶⁴ Doch die Korruptionsproblematik stellt sich mitunter auch unmittelbar für die Kartellbehörden. Insbesondere in einigen Entwicklungs- und Schwellenländern muss hier ein Umdenken erfolgen, damit es überhaupt zu einem effektiven Vollzug der entsprechenden gesetzlichen Regelungen kommen kann. Durch klare Inkompatibilitätsregelungen, angemessene Vergütung, klare Verantwortungsstrukturen sowie einen eindeutigen Sanktionsmechanismus werden sich Korruptionsfälle vielleicht besser in den Griff kriegen lassen als bislang.²⁶⁵

3. Eine Weltkartellbehörde als Koordinationsplattform?

Die heterogene Grundlage, die ein Blick auf die "Behördenlandschaft" im Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht offenbart, hat in der Vergangenheit bereits den Ruf nach einer "Weltkartellbehörde" bzw. einer "Weltkartellagentur" laut werden lassen.²⁶⁶ Sicherlich könnte eine solche Institution helfen, die zahlreichen Regimes besser zu koordinieren, und würde insbesondere bei Fu-

²⁶¹ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 64 Rn. 27.

²⁶² 5 U. S. C. 552 b (*Government in the Sunshine Act*).

²⁶³ W. E. Kovacic, Using Evaluation to Promote the Performance of Competition Policy Authorities, in: OECD (Hrsg.), *Evaluation of the Actions and Resources of Competition Authorities*, DAF/COMP(2005)30, 19 ff.; ders., *Evaluating Antitrust Experiments: Using Ex Post Assessments of Government Enforcement Decisions to Inform Competition Policy*, 9 *George Mason Law Review* (2001), 843.

²⁶⁴ Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 3 Rn. 24, 28.

²⁶⁵ Siehe dazu D. Lederman/N. V. Loayza/R. R. Soares, *Accountability and Corruption: Political Institutions*, 17 *Economics & Politics* (2005), 1; Gal (Anm. 252), 20 ff.

²⁶⁶ So erstmals W. Kartte, *Internationale Instrumente zur Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen nach 1992*, WuW 1990, 748 (752); vgl. auch P. Mozet, *Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, 116 f.; Basedow (Anm. 35), 102 ff.; Buchmann (Anm. 30), 132 ff.; J. Sedemund, *Zur Notwendigkeit einer einheitlichen Aufsichtsbehörde für globale Fusionen*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung*, Baden-Baden 2002, 107 ff.

sionskontrollverfahren zahlreiche Erleichterungen bringen. Dennoch ist gegenwärtig kein Impuls erkennbar, der in Richtung der Etablierung einer solchen "Mammutinstitution" weist.²⁶⁷ Freilich sind auch Zweifel angebracht, ob eine solche Institution überhaupt funktionsfähig sein kann. Vielmehr scheint es so zu sein, dass inzwischen die Entwicklung hin zu Kooperationen in Netzwerken die Idee einer Weltkartellbehörde ausgehöhlt hat.

4. Die Rolle der Gerichte

In Europa noch mit wenig Tradition bedacht, spielt die private Durchsetzung des Kartellrechts vor Gerichten im internationalen Vergleich oft eine überragende Rolle. Gerichte dienen nicht nur der Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern setzen im Rahmen von Strafverfahren und Schadensersatzprozessen die kartellrechtlichen Vorgaben aktiv um. Damit ist eine Reihe von Problemen verbunden, die mit dem Spezialisierungsgrad der einzelnen Richter oder, daran anknüpfend, mit der Frage, ob eine Zuweisung der Streitigkeiten an allgemeine Gerichte sinnvoll ist, zusammenhängen.

5. Private

Eine – auch in Europa – immer wichtigere Säule des Vollzugs von Kartell- und Fusionskontrollgesetzen ist die Einschaltung Privater.²⁶⁸ Sie spielen nicht nur auf der Adressatenseite des Kartellrechts eine große Rolle, sondern auch für den Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts. Der Bogen ist hier mittlerweile weit gespannt: Unternehmen melden Zusammenschlüsse an, tragen im Rahmen der *Leniency*-Programme zur Einleitung von Verfahren bei und versuchen ihre Rechte mittels Konkurrentenklagen zu verteidigen. Daneben sind private Klagen, die Möglichkeit der Beschwerdeerhebung bei Behörden etc. zu nennen.²⁶⁹ Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass der Vollzug des Kartell- und Fusionskontrollrechts nicht ausschließlich in der Hand der Staaten liegt, sondern auch hier ein zunehmend schwer zu systematisierendes Geflecht staatlicher und privater Initiativ- und Kontrollrechte anzutreffen ist.

²⁶⁷ Kritisch A. Freytag/R. Zimmermann, Muss die internationale Handelsordnung um eine Wettbewerbsordnung erweitert werden?, *RabelsZ* 62 (1998), 38 (50).

²⁶⁸ M. Debroux/E. Tricot, Competition – EU Competition Law Enforcement: Towards a US Style Private Antitrust Action?, 27 *Business Law Review* (2006), 256; W. E. Kovacic, Private Participation in the Enforcement of Public Competition Law, abrufbar unter <<http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.shtm>>.

²⁶⁹ Dazu ausführlich Kovacic, *ibid.*

VI. Vielfalt und Einheit der Verfahren

Auch wenn Kartell- und Fusionskontrollverfahren im Detail oft beträchtliche Unterschiede aufweisen, so lassen sich doch Gemeinsamkeiten benennen. Zunächst lässt sich eine grobe Zweiteilung zwischen Behörden- und Gerichtsverfahren vornehmen. Beide Verfahren sind schon aufgrund der handelnden Akteure unterschiedlich, was etwa für die zu beachtenden Beweislastregeln, die Einleitung des Verfahrens, die zugrunde liegenden Verfahrensmaximen, die Bindungswirkung der Entscheidung und (mitunter) den Status der das Verfahren durchführenden Institution (etwa hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit und Kontrolle) gilt.²⁷⁰

1. Behördenverfahren

Weltweit liegt der Vollzug der Wettbewerbs- und Kartellgesetze in vielen Fällen in der Hand der zuständigen Behörden. Ihr Aufbau, der Ablauf des jeweiligen Behördenverfahrens und sein Abschluss sind zwar oftmals recht unterschiedlich. Trotzdem ist es möglich, „den“ Verfahrensablauf holzschnittartig zu skizzieren:

a) Einleitung

Die Einleitung eines Behördenverfahrens kann durch unterschiedliche Ereignisse eintreten. Im Vordergrund steht hier die Einleitung *ex officio*, d. h. die Behörde wird aufgrund bestimmter Informationen (etwa aus Zeitungen) auf ein bestimmtes Geschehen aufmerksam und beschließt, ein Verfahren einzuleiten. Daneben stellen Beschwerden von betroffenen Konkurrenten oder durch Verbraucher eine weitere Säule dar. Schon hier wird deutlich, dass es im Wesentlichen auf die Informationslage ankommt. Hier können Netzwerke sowie die Kooperation zwischen den Behörden helfen, für ein hohes Informationsniveau zu sorgen. In der Zusammenschau mit den zahlreichen Notifizierungserfordernissen (etwa im Bereich der Fusionskontrolle) führt diese Entwicklung aber auch dazu, dass die Kartellbehörden weltweit jährlich immer mehr Fälle zu bearbeiten haben. An diesem Punkt hat deshalb auch die Reform des europäischen Kartellrechts durch die VO 1/2003 angesetzt: Durch die Dezentralisierung der Anwendung der Art. 81 und 82 EG sowie die Umstellung auf ein System der Legalausnahme sollte die Flut der Anmeldungen eingedämmt und die Europäische Kommission entlastet werden.²⁷¹

²⁷⁰ Zum Ganzen ABA Section of Antitrust, Competition Law Outside the United States, First Supplement, 2005; T. Kuhmann, Das Ermittlungsverfahren im Internationalen Kartellrecht der USA, Baden-Baden 1988; J. W. Rowley/D. I. Baker, International Mergers. The Antitrust Process, Loseblatt, London; P. J. Slot/A. McDonnell (Hrsg.), Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law, London 1993; Wish/Wood (Anm. 77).

²⁷¹ Siehe dazu J. P. Terhechte, EuZW 2004, 353; ders. (Anm. 18), 387 ff.

b) Ermittlungsbefugnisse

Auslöser anhaltender Diskussionen sind die Ermittlungsbefugnisse der jeweiligen Behörden im Kartell- und Fusionskontrollverfahren. Hier lassen sich im globalen Vergleich zahlreiche Unterschiede ausmachen: So steht in Europa eindeutig die Vorstellung im Vordergrund, dass Kartellbehörden (inklusive der Europäischen Kommission) mit weit reichenden Befugnissen ausgestattet sein müssen, damit die entsprechenden Gesetze auch effektiv vollzogen werden können. Beispielsweise hat die Reform der VO 1/2003 die Stellung der Kommission hinsichtlich ihrer investigativen Befugnisse nachhaltig gestärkt.²⁷² Dagegen ist etwa das DOJ im Rahmen eines Strafverfahrens auf die Mitwirkung der zuständigen *Grand Jury* angewiesen. Dies gilt etwa für Vorladungen und für die Anordnung zur Vorlage von Dokumenten. Soweit die FTC im zivilrechtlichen Verfahren selbst tätig wird, klärt sie den Sachverhalt mittels sog. *Civil Investigative Demands*. Schärfere Geschütze sind in der Praxis selten notwendig.

Versucht man trotz aller Unterschiede einen Kanon der Ermittlungsbefugnisse auszumachen, so gehören jedenfalls Anhörungs- und Befragungsrechte, die Sicherstellung von Dokumenten und das Anfertigen von Kopien sowie teilweise Durchsuchungsbefugnisse (bzw. "Nachprüfungen", vgl. Art. 21 f. VO 1/2003) dazu.²⁷³

c) Der Faktor Zeit

Auch im Kartell- und Fusionskontrollverfahren kommt dem "Faktor Zeit" eine überragende Bedeutung zu. Nahezu alle Wettbewerbs- und Kartellgesetze arbeiten mit engen Zeitvorgaben, die Termine und Fristen häufig detailliert regeln.²⁷⁴ Besondere Bedeutung hat dies im Fusionskontrollverfahren, in dem es für die Beteiligten in einem besonderen Maße auf Rechtssicherheit ankommt. Besonders kurze Anmeldefristen sind hier seit Jahren einer berechtigten Kritik ausgesetzt.²⁷⁵ Die detaillierten zeitlichen Vorgaben zahlreicher Wettbewerbs- und Kartellgesetze (vgl. etwa § 40 GWB für das deutsche Verfahren der Fusionskontrolle oder Art. 10 der VO 139/2004 für das europäische Fusionskontrollverfahren) können hier durchaus Vorbildfunktion für andere Verfahrenstypen erfüllen, ist doch die überlange Dauer von Verfahren immer wieder ein großes Problem komplexer Verfahren. Diese kla-

²⁷² Dazu J. P. Terhechte, Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung, in: Hatje/Terhechte (Anm. 143), 107 m. w. N.

²⁷³ Vgl. zum europäischen Recht W. Weiß, in: Terhechte (Anm. 5), § 72 Rn. 89 ff.; M. Schriefer, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission in Kartellverfahren, WuW 1993, 98; F. Gillmeister, Ermittlungsrechte im deutschen und europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 1985; A. Tissot-Favre, The Investigative Powers of the European Commission, ICCLR 2003, 319; zum US-amerikanischen Recht siehe auch W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 86 ff.; T. Kuhmann, Das Ermittlungsverfahren im Internationalen Kartellrecht der USA, Baden-Baden 1988.

²⁷⁴ Terhechte (Anm. 18), 387 ff.

²⁷⁵ Siehe nur F. Montag, Konvergenz bei internationalen Fusionen, in: FIW (Hrsg.), Konvergenz der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht, Köln/Berlin etc. 2002, 39 (42).

ren zeitlichen Vorgaben können jedoch einer internationalen Kooperation mitunter im Wege stehen, denn angesichts der recht kurzen Fristen ist es vielen Behörden kaum möglich, langwierige und komplizierte Amtshilfeverfahren durchzuführen.

d) Abschluss

Die behördlichen Verfahren können auf unterschiedliche Weise abgeschlossen werden: In der Praxis stellt die formgebundene (vgl. etwa § 61 Abs. 2 GWB) bzw. formlose Einstellung des Verfahrens eine bedeutende Variante dar. Vor der Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts schloss die Europäische Kommission gut 90 % aller eingeleiteten Verfahren durch sog. *comfort letters* ab, die – rechtlich unverbindlich – die Vereinbarkeit der fraglichen Maßnahme mit den Wettbewerbsregeln festhielten.²⁷⁶ Diese Möglichkeit hat die Kommission aufgrund der neuen Verteilung der Zuständigkeiten durch die VO 1/2003 heute nicht mehr. Soweit ein Verfahren durch die zuständige Behörde aber nicht eingestellt wird, sind die prozeduralen Ansätze recht unterschiedlich: Im europäischen Recht kann die Kommission gem. Art. 7 VO 1/2003 die Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EG feststellen und die beteiligten Unternehmen verpflichten, sie abzustellen. Art. 8 VO 1/2003 ermächtigt die Kommission, einstweilige Maßnahmen anzuordnen. Daneben besteht die Möglichkeit der Unternehmen, eine solche Entscheidung im Vorfeld durch eine Verpflichtungszusage zu umgehen, die die Kommission durch eine Entscheidung i. S. d. Art. 249 EG für bindend für die Unternehmen erklären kann. Schließlich kann die Kommission auch gem. Art. 10 VO 1/2003 die Nichtanwendbarkeit von Art. 81, 82 EG feststellen. Dies soll aber keinen Regelfall darstellen, sondern nur aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen.²⁷⁷

Im deutschen Recht endet das Verfahren durch die abschließende Verfügung (soweit keine Einstellung erfolgt). Dies ist i. d. R. eine Abstellungsverfügung gem. § 32 GWB. Zudem ist das BKartA ermächtigt, einstweilige Maßnahmen zu erlassen (§ 32 a GWB). Fusionskontrollverfahren enden gem. § 40 GWB mit der Freigabe- oder Untersagungsverfügung.²⁷⁸

Dagegen beschränken sich die Möglichkeiten vieler Behörden in der Einlegung einer Klage: Die US-amerikanische FTC ist beispielsweise nicht ermächtigt, selbst eine Abstellungsverfügung zu erlassen. Vielmehr wird die Entscheidung ggf. durch einen *Administrative Judge* erlassen. Hiergegen können die Beteiligten Berufung bei den jeweils zuständigen Gerichten einlegen.²⁷⁹ Die latente Unsicherheit, wie diese Verfahren letztlich ausgehen, erklärt auch die im US-Recht vorhandene Möglichkeit der Behörden, die Verfahren durch Vergleiche (*settlements*) zu beenden.

²⁷⁶ Schwarze/Weitbrecht (Anm. 108), § 6 Rn. 4.

²⁷⁷ Zum Ganzen ausführlich *ibid.*, § 6.

²⁷⁸ Ausführlich Emmerich (Anm. 109), § 13 Rn 1 f., § 36 Rn. 22 f.

²⁷⁹ W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 90.

e) Sanktionen

Am Ende des Kartell- und Fusionskontrollverfahrens können unterschiedliche Sanktionen stehen. Hier ist regelmäßig zwischen Sanktionen, die sich auf das Verwaltungsverfahren beziehen, und Sanktionen, die auf die Ahndung der Verstöße gegen die Verbotstatbestände der jeweiligen Gesetze abzielen, zu unterscheiden. Die erste Kategorie (vgl. dazu etwa Art. 23 Abs. 1, 24 VO 1/2003) bezweckt die Sicherung der Funktionsfähigkeit der behördlichen Ermittlungen etc., während die Sanktion am Schluss des Verfahrens insbesondere als Verwaltungsstrafe der Prävention dient.²⁸⁰ Zu beachten ist, dass die Wertungen der nationalen Gesetze hierbei vollkommen unterschiedlich sind. Während das deutsche Recht Verstöße gegen das GWB etwa als "ethisch-neutral" einstuft und ihnen recht milde begegnet, neigt inzwischen die Mehrzahl der Wettbewerbs- und Kartellgesetze im globalen Vergleich dazu, Verstöße ab einer bestimmten Schwere mit hohen Geld- oder Freiheitsstrafen zu ahnden.²⁸¹ Die Pönalisierung des Kartell- und Fusionskontrollrechts ist ein wesentlicher Zug dieses Rechtsgebietes. Hier ist zudem ein latenter Trend zur Anhebung der Strafraumen zu beobachten, so etwa in den USA durch den *Antitrust Improvement Act of 2004*, der sowohl den Strafraumen für Geld- als auch den für Freiheitsstrafen erheblich ausgeweitet hat.²⁸²

2. Gerichtsverfahren

Neben dem Behördenverfahren spielen im Bereich des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts auch die Gerichtsverfahren eine – zunehmend – große Rolle. Durch die angestrebte Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung in Europa und ihre immense Bedeutung in den USA steht zu vermuten, dass das Verfahrensrecht seine Behördenfokussierung in den nächsten Jahren zumindest teilweise umstellen und sich stärker auf Gerichtsverfahren konzentrieren wird (was für den Bereich des Kartellrechts im engeren Sinne stärker gelten dürfte als für das Fusionskontrollrecht). Freilich ist offen, ob diese Entwicklung wirklich zu einer effektiveren Umsetzung der rechtlichen Vorgaben führt, was nicht zuletzt mit der justiziellen Infrastruktur und der spezifischen Sachkompetenz der Gerichte zusammenhängt. Hinzu kommt, dass die private Verfolgung von Kartelldelikten ein funktionierendes Justizwesen voraussetzt, das sicherlich noch schwieriger zu etablieren ist als ein spezifisch ausgerichteter Behördenapparat. Insofern kann die private Durchsetzung nur Prototyp in bestimmten Rechtskulturen sein, nicht aber ein universeller Ansatz.

²⁸⁰ Dazu ausführlich Schwarze/Weitbrecht (Anm. 108), § 7.

²⁸¹ Ausführlich dazu W. Schild/J. P. Terhechte, in: Terhechte (Anm. 5), § 8 Rn. 1 f.

²⁸² Sec. 1 *Sherman Act* sieht die Möglichkeit vor, Verstöße gegen das Kartellverbot mit Gefängnisstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe bis zu US-\$ 1 Mio. (bei natürlichen Personen) oder US-\$ 100 Mio. (bei juristischen Personen) zu ahnden, zum Strafraumen bei Verstößen gegen das US-Wettbewerbsrecht vgl. auch W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouyssière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 94.

a) Verhältnis von Gerichts- und Behördenverfahren

Gerichts- und Behördenverfahren stehen nicht etwa in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander, vielmehr gibt es hier zahlreiche Berührungspunkte. In Europa ist das Risiko einer Zivilschadensersatzklage nach wie vor recht hoch, insbesondere weil es in vielen Bereichen noch an Erfahrung fehlt, so dass Schadensersatzklagen gegen die jeweiligen Kartellanten bislang fast immer einem Behördenverfahren nachgeschaltet werden. Hier bleibt abzuwarten, ob nach und nach eine eigene, von den Behördenverfahren unabhängige Kultur der privaten Rechtsverfolgung entstehen wird.²⁸³ Die Probleme, die das Neben- bzw. Nacheinander dieser beiden Verfahrenstypen bereiten können, werden anhand des Verhältnisses der *Leniency*-Programme zu privaten Schadensersatzklagen deutlich: Solange Unternehmen in Europa befürchten müssen, dass sie nach der Selbstaufdeckung ihrer Beteiligung an einem Kartell zwar in den Genuss einer Bonusregelung kommen, jedoch dem Risiko einer Schadensersatzklage ausgeliefert sind, werden sie sich gut überlegen, ob sie den "Kronzeugenpfad" beschreiten. Dieses Problem ist inzwischen in den USA identifiziert worden²⁸⁴ und auch das Grünbuch der Europäischen Kommission über private Schadensersatzklagen befasst sich ausführlich mit dieser Problematik.²⁸⁵

b) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Konkretisierung

Wie bereits erwähnt, spielen die Gerichte nicht nur bei der Streitentscheidung eine wesentliche Rolle, sondern insbesondere auch bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und damit letztlich für die Standards, die der Anwendung des Kartellrechts zugrunde gelegt werden.²⁸⁶ Das Kartell- und Fusionskontrollrecht arbeitet weltweit mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die ihrerseits schon auf beträchtliche "interpretatorische Karrieren" durch die zuständigen Gerichte zurückblicken können. Hier ist in einigen Jurisdiktionen ein ausgeprägter Trend zu beobachten, dass die Kartellbehörden durch Leitlinien, *Guidelines* etc. versuchen, die abstrakten Begriffe zu konkretisieren und so den Gerichten die "Lufthoheit" in diesem Bereich streitig machen.²⁸⁷ Auch halten sich die Obergerichte bisweilen im Rahmen dieser Konkretisierungsfunktion zurück, so ist etwa die letzte Entscheidung des U.S. Supreme Court zum Fusionskontrollrecht in den 70er Jahren des

²⁸³ Dazu W. Möschel, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483.

²⁸⁴ W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouysière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 98 m. w. N.

²⁸⁵ Vgl. Grünbuch – Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19. Dezember 2005, KOM (2005)672 v. 19. Dezember 2005.

²⁸⁶ Für den Stellenwert der Rechtsprechung im Bereich der US-amerikanischen Fusionskontrolle siehe W. E. Kovacic/S. Calkins/D. Ludwin/B. Bär-Bouysière, in: Terhechte (Anm. 5), § 46 Rn. 181 f.

²⁸⁷ Dazu C. III. 2. am Beispiel des europäischen Rechts.

letzten Jahrhunderts ergangen.²⁸⁸ Dennoch kann kein Zweifel an der besonderen Rolle einiger Obergerichte im weltweiten Vergleich bestehen. Der U.S. Supreme Court und der EuGH (bzw. das EuG), die schon aufgrund ihrer Letztentscheidungsbefugnis bezüglich des US-Antitrustrechts²⁸⁹ bzw. des europäischen Wettbewerbsrechts²⁹⁰ einen enormen Einfluss ausüben können, haben die kartellrechtlichen Doktrinen in den vergangenen Jahrzehnten entscheidend geprägt.

c) Zuständigkeiten

Auch hinsichtlich der zuständigen Gerichte sind im globalen Vergleich große Unterschiede zu verzeichnen. So wurden im Zuge einiger Wettbewerbs- und Kartellgesetze eigene Kartellgerichtsbarkeiten eingeführt, denen die ausschließliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus den betreffenden Gesetzen zugewiesen wurde. Ein gutes Beispiel ist etwa das Competition Appeal Tribunal (CAT) im Vereinigten Königreich oder das Competition Tribunal in Südafrika. Daneben arbeitet eine Reihe von Jurisdiktionen mit Spezialzuweisungen an bestimmte Instanzgerichte. In Deutschland ist nach § 63 Abs. 4 GWB für Beschwerden gegen Verfügungen des BKartA erstinstanzlich das OLG Düsseldorf ausschließlich zuständig, das im Gegensatz zu den anderen Oberlandesgerichten über drei eigene Kartellsenate verfügt. In Frankreich sind alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Entscheidung des Wettbewerbsrates (*Conseil de la Concurrence*) ausschließlich dem Berufungsgericht (*Court d'appel*) in Paris zugewiesen.²⁹¹ Der Sinn solcher Zuweisung liegt in der Kompetenzbündelung. Komplexe Kartellverfahren erfordern Erfahrung, die nicht immer gegeben ist, wenn vor jedem Gericht geklagt werden kann.²⁹²

D. Prozedurale Konvergenz durch Kooperation?

Angesichts der aufgezeigten Konvergenzentwicklungen, die weltweit hinsichtlich der prozeduralen Ausgestaltung der jeweiligen Wettbewerbs- und Kartellgesetze anzutreffen sind, ist abschließend der Frage nachzugehen, ob sich durch die sich abzeichnende Bestrebung zur Kooperation auch eine größere Einheitlichkeit bzw. Konvergenz der Verfahren herstellen lässt. Dies hängt zunächst davon ab, worauf sich Kooperationen *in concreto* beziehen können (dazu D. I.), welche Gestalt "globale *Enforcement-Standards*" haben sollten und welche internationalen

²⁸⁸ W. E. K o v a c i c, Antitrust in the O'Connor-Rehnquist Era: A View from Inside the Supreme Court, Antitrust 30/3 (2006), 21 ff.

²⁸⁹ Dazu W. E. K o v a c i c, Antitrust Decision Making and the Supreme Court: Perspectives from the Thurgood Marshall Papers, 42 Antitrust Bulletin (1997), 93 ff.; d e r s. (Anm. 288), 21 ff.

²⁹⁰ T e r h e c h t e (Anm. 18), 67 f.

²⁹¹ Siehe dazu L. V o g e l, in: Terhechte (Anm. 5), § 17 Rn. 28.

²⁹² Zu diesem Aspekt D. W o o d, Generalist Judges in a Specialized World, 50 SMU L. Rev. (1997), 1755; d i e s., The Role of the Judge in Competition Enforcement, in: Robert Schuman Centre Annual on European Competition Law 1996 (1997), 359.

Akteure und Netzwerke u. a. zu ihrer Konkretisierung beitragen (D. II.). Letztlich zielen diese Überlegungen auf die Frage nach einer Leitordnung, einem "Weltkartellverfahrensrecht im Werden" (D. III.). Auch hier ist zu klären, ob die gegenwärtig verfügbaren Regelungen die Abgrenzung eines solchen Rechtsgebiets erlauben, auf welche Vorgänger es sich stützen kann und welche rechtspolitischen Desiderate seine Umsetzung fordern.

I. Kooperationsinhalte

Bei der Kooperation zwischen den Kartellbehörden geht es in erster Linie um den Austausch von Informationen.²⁹³ Schon vor dem Hintergrund, dass Kartell- und Fusionskontrollverfahren äußerst "*fact-intensive*" sind (etwa in Bezug auf Markt- und Unternehmensstrukturen), sind die Behörden auf diese Art der Kooperation angewiesen. Folgerichtig enthält etwa § 50 b GWB die Befugnis des BKartA, mit ausländischen Behörden zusammenzuarbeiten.²⁹⁴

Neben der Behördenkooperation im engeren Sinne, die sich zunächst auf den Austausch konkreter Fallinformationen bezieht, haben sich vielfältige Bezugspunkte für Behörden- und Gerichtskooperationen ergeben. Hier sei etwa auf die *Technical Assistance* der Kartellbehörden und *Outreach*-Programme der OECD verwiesen, die insbesondere die Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter von Behörden zur Aufgabe haben.²⁹⁵ Diese Maßnahmen führen auch dazu, dass einheitliche rechtliche Sichtweisen, ökonomische Grundüberzeugungen und Ermittlungstechniken in den jeweiligen Verfahren zugrunde gelegt werden, was unmittelbaren Einfluss auf den Prozess der Konvergenz der nationalen Kartellgesetze haben dürfte. Diese Form der Weiterbildung wird von den USA mit Hilfe von US-Aid, der Europäischen Kommission, dem BKartA, aber auch von der japanischen FTC aktiv unterstützt. Ein weiteres Beispiel für diese Entwicklung sind auch die im Rahmen der europäischen Erweiterung 2004 eingegangenen finanziellen Kooperationen zwischen den Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten und denen der Beitrittsstaaten, die es Mitarbeitern von Behörden aus Beitrittsstaaten erlaubten, an Fortbildungen und Konferenzen in Europa und Nordamerika teilzunehmen.

Die Möglichkeiten der Kooperation und des Austausches werden maßgeblich durch das Internet beeinflusst. Durch das Internet sind bislang ungeahnte Mög-

²⁹³ Vgl. z.B. §§ 50 a-c GWB; für den Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts S. Hossfelder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 1 (Europäisches Recht), Art. 11 VerfVO Rn. 1 f.; hinsichtlich der bilateralen Kooperation zwischen den EU/US-Wettbewerbsbehörden vgl. Mestmäcker/Schweitzer (Anm. 191), § 6 Rn. 96 f.

²⁹⁴ Siehe dazu C. Becker, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Anm. 81), Bd. 2 (GWB), § 50 b GWB Rn. 1 f.

²⁹⁵ Göranson/Reindl (Anm. 5), § 75 Rn. 18 und 23; vgl. allgemein zu Problemen "junger" Wettbewerbsbehörden T. Serebrisky, What Do We Know about Competition Agencies in Emerging and Transition Countries? Evidence on Workload, Personnel, Priority Sectors and Training Needs, 27 World Competition (2004), 651.

lichkeiten der Recherche und Ressourcenauffindung entstanden. Hier kommt es auch zu einem globalen Diskurs über wettbewerbspolitische Maßnahmen und Fälle, etwa in verschiedenen wirtschaftsrechtlichen *Blogs*.²⁹⁶ Daneben spielen spezielle *Research Tools* und Datenbanken²⁹⁷ eine große Rolle, z. B. die der Weltbank,²⁹⁸ der OECD²⁹⁹ oder einzelner Universitäten.³⁰⁰

II. Globale Enforcement-Standards?

Letztlich muss danach gefragt werden, ob es zu einheitlichen Regelungen (auch für den Bereich des Verfahrens kommen wird oder mit der hier geleisteten Systematisierung der Rechtsprinzipien schon eine Art “Endzustand” der Entwicklung dieses Rechtsgebiets eingetreten ist. Mit anderen Worten: Ist in absehbarer Zeit mit “globalen *Enforcement-Standards*” zu rechnen?

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass es entscheidend auf die Perspektive ankommt. Nähme man “nur” kollisionsrechtliche Regelungen in den Blick oder “nur” die völkerrechtlichen oder supranationalen Regelungen, so wäre das Bild sicherlich unvollständig. Der Schlüssel liegt hier in einer Art “Gesamtbetrachtung”, die nur in und von Netzwerken geleistet werden kann. Die globalen Netzwerke und ihre Verbindung untereinander haben das Potential, zu einem Mindestmaß an Konvergenz auch hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Regelungen zu führen – und haben dies auch schon ein Stück weit getan. Insofern spielen etwa das ICN, die OECD und UNCTAD eine wichtige Rolle, wenn von globalen *Enforcement-Standards* die Rede sein soll.

1. Die Rolle des International Competition Network

Das International Competition Network (ICN) hat sich seit seiner Gründung intensiv mit Fragen des Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts befasst.³⁰¹ Insbesondere durch die Kooperation mit den Schwellen- und Entwicklungsländern konnte eine Reihe von *Guidelines* und *Manuals* erstellt werden, deren Anwendung zu einer konvergierenden Rechtsanwendung führen kann. Indes darf man die Möglichkeiten dieses informellen Netzwerkes nicht überschätzen. Durch den be-

²⁹⁶ Siehe etwa <<http://www.antitrustreview.com/>>.

²⁹⁷ <<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/at-source.html>>.

²⁹⁸ <<http://www-wds.worldbank.org/>>.

²⁹⁹ <<http://www.oecd.org/publications/>>.

³⁰⁰ Z.B. Datenbank der Oxford University zum Wettbewerbsrecht, zu erreichen unter <<http://www.competition-law.ox.ac.uk/competition/portal.php>>; Datenbank der Miami University Law Library, zu erreichen unter <<http://library.law.miami.edu/databas.html>>; Linksammlung der Princeton University Library (International and Foreign Legal Research), erreichbar unter <<http://firestone.princeton.edu/law/intlforrg.php>>.

³⁰¹ Bezüglich der Arbeitsergebnisse des ICN vgl. A. R a s e k, in: Terhechte (Anm. 5), § 83 Rn. 10.

tont informellen Charakter wird es zukünftig schwierig sein, Einigkeit zu erzielen.³⁰²

2. Die Rolle der OECD

Neben dem ICN verkörpert auch die OECD ein Netzwerk, das sich zum Ziel gesetzt hat, die grundlegenden Standards, die ihre Mitgliedstaaten der Anwendung ihrer Kartell- und Fusionskontrollgesetze zugrunde legen, zu evaluieren und neue Tendenzen aufzuzeigen. Auch kommt im Rahmen der *Outreach*-Programme der Fortbildung und Unterstützung "junger" Kartellbehörden eine große Bedeutung zu.³⁰³

3. Die Rolle der UNCTAD

Die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) bietet neben dem ICN eines der wenigen Foren, in dem die Entwicklungsländer mit den Industrienationen gleichberechtigt verhandeln können.³⁰⁴ Dementsprechend sind die von UNCTAD vorgeschlagenen Modellgesetze, wie z. B. der UN-RBP Code (*UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Business Practices*) aus dem Jahre 1980,³⁰⁵ in vielen Bereichen von unterschiedlichen Interessenlagen gekennzeichnet, sie zeigen aber auch Kompromisslösungen auf.³⁰⁶

4. Selbstbestimmungsanspruch des nationalen Rechts als Hindernis

Die Internationalisierung des Kartell- und Fusionskontrollverfahrens wird in vielen Fällen durch den Selbstbestimmungsanspruch der nationalen Rechtsordnungen gebremst. Insbesondere in Europa und den USA gibt es inzwischen ein ausgeprägtes Bewusstsein für die eigene Rechtsordnung, das oftmals Konvergenz- und Harmonisierungsvorstellungen entgegenstehen kann. J. Basedow spricht hier plastisch von einer "anachronistischen Kirchturmperspektive des nationalen Rechts".³⁰⁷ Die Praxis zeigt, dass eben diese Perspektive des nationalen Rechts es

³⁰² Hinsichtlich der sich aus der Umsetzung der Arbeitsergebnisse ergebenden Konvergenzen vgl. A. Rasek, in: Terhechte (Anm. 5), § 83 Rn. 24.

³⁰³ Göranson/Reindl (Anm. 5), § 75 Rn. 18.

³⁰⁴ S. Weisweiler, in: Terhechte (Anm. 5), § 76 Rn. 1.

³⁰⁵ Resolution 35/62 vom 05.12.1980, abrufbar unter <www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>; dazu S. Weisweiler, in: Terhechte (Anm. 5), § 76 Rn. 19 ff.; J. Basedow (Anm. 35), 65 ff.; W. Fikentscher/W. Straub, Der RBP-Kodex der Vereinten Nationen: Weltkartellrechtsrichtlinien, GRUR Int. 1982, 637 ff., 727 ff.

³⁰⁶ Dazu Terhechte (Anm. 2), 87 (102) m. w. N.

³⁰⁷ Basedow (Anm. 35), 111.

innerhalb der globalen Netzwerke schwierig macht, einheitliche Standards festzulegen bzw. ein Vorgehen abzustimmen.³⁰⁸

III. Weltkartellverfahrensrecht im Werden?

Die Herausbildung eines Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts steht schließlich vor der Frage, welche Struktur dieses Rechtsgebiet künftig annehmen wird. Ist etwa ein "Einheitsrecht" im Sinne einer zusammenhängenden globalen Kodifikation vorstellbar? Oder wird es künftig maßgeblich auf die Beobachtung der verschiedenen Regimes in diesem Gebiet und ihre Vernetzung untereinander ankommen?

1. Der DIAC als Vorbild?

Ein prominentes Beispiel für den Versuch "ein Weltkartellrecht" (inklusive verfahrensrechtlicher Regelungen) zu etablieren, ist der *Draft International Antitrust Code* (DIAC), der eine Art Modellgesetz darstellt, das von einer Gruppe bekannter, vorrangig europäischer Kartellrechtler zwischen 1991 und 1993 ausgearbeitet wurde.³⁰⁹ Die Grundidee war hier, das Regelwerk der WTO (damals noch als MTO bezeichnet) um ein Wettbewerbsabkommen zu erweitern. Der Entwurf wurde auch dem ersten Generaldirektor der WTO übergeben. Seitdem konnte aber keine Einigung erreicht werden. Zwar spielte der Bereich Wettbewerb und Handel eine gewisse Rolle im Rahmen der WTO, indes ist seit dem Scheitern der Ministerkonferenz von Cancún ein wenig Ruhe in diese Debatte eingekehrt.³¹⁰

Der DIAC kann aufgrund dieser Vorgeschichte nur noch Vorbildcharakter für sich beanspruchen, auch weil sich das Umfeld seitdem grundlegend gewandelt hat. Ausgangspunkt des DIAC ist ein für alle Vertragsparteien verbindlicher materiellrechtlicher Standard, der sowohl ein allgemeines Kartellverbot (Art. 4 und 5), Vorschriften über die Fusionskontrolle (Art. 8-13) als auch ein Missbrauchsverbot (Art. 14) enthält. In verfahrensrechtlicher Hinsicht kann hier zwischen der institutionellen Perspektive und dem eigentlichen *Procedere* unterschieden werden. Der DIAC sieht zunächst in Art. 17 Sec. 1 *lit. a* die Pflicht aller Staaten vor, Kartellbehörden einzurichten. Dies war zum Zeitpunkt seiner Erarbeitung alles andere als

³⁰⁸ Dazu aus der US-Perspektive S. W. Waller, *Comparative Competition Law as a Form of Empiricism*, 23 *Brook. J. Int'l L.* (1997), 455; E. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, 91 *AJIL* (1997), 1 (10).

³⁰⁹ Abgedruckt in WuW 1994, 128 und bei W. Fikentscher/U. Immenga (Hrsg.), *Der Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden 1995, 53 ff. sowie bei Basedow (Anm. 35), 142 ff.; vgl. dazu W. Fikentscher/J. Drexler, *Der Draft International Antitrust Code*, RIW 1994, 93 ff.; W. Fikentscher, *Der Draft International Antitrust Code in der Diskussion*, GRUR Int. 1996, 543 ff.; ders./A. Heinemann/H. P. Kunz-Hallstein, *Das Kartellrecht des Immaterialgüterschutzes im Draft International Antitrust Code*, GRUR Int. 1995, 757 ff.

³¹⁰ Zum Ganzen C. Herrmann, in: Terhechte (Anm. 5), § 74 Rn. 45 m. w. N.

selbstverständlich. Hierbei wurde weitsichtig sowohl auf die Unabhängigkeit der Behörden (Art. 17 Sec. 1 *lit.* b) als auch auf eine ausreichende finanzielle Ausstattung (Art. 17 Sec. 1 *lit.* c) Wert gelegt. Zudem sind die Ermittlungsbefugnisse etc. ausführlich niedergelegt (Art. 18 f.). Der DIAC ist aber von der Erkenntnis geleitet, dass internationales Recht, das ausschließlich in der Hand von nationalen Behörden liegt, selten effizient angewendet wird. Deshalb sieht er auch die Errichtung einer internationalen Kartellbehörde (International Antitrust Authority) vor,³¹¹ die von einem International Antitrust Council unterstützt werden soll. Die Behörde soll nach dem Entwurf eigene Partizipationsrechte innerhalb der staatlichen Verfahren haben, insbesondere das Recht, ein Verfahren vor den zuständigen staatlichen Gerichten einzuleiten, soweit sich die vertragsstaatlichen Instanzen weigern, ein Verfahren zu eröffnen (Art. 19 Sec. 2 *lit.* b). Diese Art der Partizipation ist vollkommen neuartig.³¹² Ein einzurichtendes International Antitrust Panel wäre nach Art. 20 DIAC zuständig für Streitigkeiten zwischen den Vertragsstaaten bezüglich des DIAC.

Der DIAC ist insbesondere in Europa auf einige Resonanz gestoßen und darf als Initialzündung für eine Reihe von Publikationen zum Internationalen Kartellrecht gelten.³¹³ Dennoch ist er teilweise auch scharfer Kritik unterzogen worden. Moniert wurde etwa die Einrichtung einer "Superbehörde", die mehr Bürokratie als Nutzen bringe.³¹⁴ Auch die Einbeziehung fusionskontrollrechtlicher Vorschriften und die Thematisierung öffentlicher Unternehmen wurden kritisiert.³¹⁵ Ein Hauptproblem dieser Ansätze stellt aber offenbar die Koppelung von Welthandelsrecht und Wettbewerbs- und Kartellrecht mit völlig unterschiedlichen Ansätzen, Institutionen und Bürokratien dar.³¹⁶ Aus der Ablehnung des DIAC kann

³¹¹ Zum Konzept des DIAC und seinen Grundprinzipien, zu denen u. a. die Errichtung besonderer internationaler Kartellaufsichtsorgane gehört, W. Fikentscher/A. Heinemann, Der Draft International Antitrust Code – Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT, WuW 1994, 97; speziell zu den institutionellen Fragen eines möglichen Weltkartellrechts siehe auch W. Kerber, An International Multi-Level System of Competition Laws: Federalism and Antitrust, in: J. Drexel (Hrsg.), The Future of Transnational Antitrust, Bern 2003, 269 f.

³¹² So auch Basedow (Anm. 35), 77 f.

³¹³ Vgl. nur J. Basedow (Hrsg.), Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization, Den Haag 2002; A. K. Bingaman, Internationales Antitrustrecht und gegenwärtige Rechtsanwendung, WuW 1995, 304; C. A. Conrad, Die Notwendigkeit, die Möglichkeiten und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung, Berlin 2005; Drexel (Anm. 1), The Future of Transnational Antitrust. From Comparative to Common Competition Law, Bern 2003; ders., Perspektiven eines Weltkartellrechts, Bonn 1998; K.-M. Karl, Auf dem Weg zu einer globalen Kartellrechtsordnung, RIW 1996, 633; Kennedy (Anm. 9); Meessen (Anm. 38), 5; R. Podszun, Internationales Kartellverfahrensrecht, Bern 2003; R. J. Weintraub, Globalization's Effect on Antitrust Law, 34 New Eng. L. Rev. (1999), 27.

³¹⁴ Freytag/Zimmermann (Anm. 267), (50); die übrigen Kritikpunkte führt etwa W. Fikentscher, Entwürfe auf dem Wege zu einem transnationalen Wirtschaftsrecht, in: V. Beuthien *et al.* (Hrsg.), FS Medicus, Köln 1999, 109 (115) auf.

³¹⁵ Vgl. allgemein zur Kritik Meessen (Anm. 38), 14; B. J. Phillips, Comments on the Draft International Antitrust Code, Aussenwirtschaft 49 (1994), 327.

³¹⁶ Dazu ausführlich D. K. Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 AJIL (2000), 478; C. D. Ehlermann, WTO-Wettbewerbsregeln: Lehren aus den bestehenden

man so lernen, dass eine neue globale Initiative diese höchst kontroversen Bereiche besser meiden sollte.

2. Rechtspolitische Desiderate

Freilich ist momentan keine Initiative auszumachen, die die Schlagkraft hat, ein einheitliches globales Verfahrensregelwerk zu initiieren. Insoweit kommt es darauf an, die bestehenden Mängel des internationalen Systems zu identifizieren und auf dieser Grundlage Lösungsvorschläge zu erarbeiten:

Im Bereich des Kartellverfahrensrechts liegen die Hauptprobleme nach wie vor bei der Abstimmung der Behörden untereinander sowie auch bei der Konsensbildung darüber, welche Maßstäbe den Verfahren zugrunde zu legen sind. Verunsicherung wird schon durch die Unklarheit des Normmaterials verursacht und durch den Umstand, dass es keine globale Festlegung gibt, wozu Wettbewerbs- und Kartellgesetze überhaupt dienen sollen (Zielproblematik).³¹⁷ Von Seiten der Behörden wird es darum gehen, die Aufdeckung von Kartellen noch effektiver zu gestalten und die Kooperation weiter zu festigen. Im Kontext der Kooperation wird es auch auf Instrumente ankommen, die angesichts der Proliferation der Regimes und zuständigen Behörden die einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen vermögen.

Auch im Bereich der Fusionskontrolle sind viele Punkte problematisch und umstritten: In der Praxis hat man es oft mit zahlreichen Jurisdiktionen zu tun, die teilweise mit völlig unterschiedlichen Vorgaben arbeiten. Dies fängt schon damit an, dass insbesondere bei komplexen Verfahren mehrere Monate benötigt werden, um den Status eines Zusammenschlusses zu klären. Zudem besteht hinsichtlich vieler Staaten eine gehörige Unsicherheit, ob und wann ein Zusammenschluss überhaupt anmeldepflichtig ist. Viele Regimes arbeiten zudem mit extrem umfangreichen Informationspflichten. Dazu kommt, dass die Zusagenpraxis durch die Behörden nicht immer eindeutig ist, so dass die Anmelder häufig nicht wissen, wie zu verfahren ist.³¹⁸ Diese Gesamtsituation erhöht die ohnehin recht hohen Transaktionskosten.³¹⁹ In allen Punkten kann eine Zusammenarbeit der Behörden und eine Anpassung der Gesetze zu mehr Transparenz und Einheitlichkeit führen. Diese

Streitbeilegungsverfahren, in: FIW (Hrsg.), Konvergenz der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht, Köln 2002, 93 (98).

³¹⁷ Dazu Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 3 Rn. 6.

³¹⁸ Vgl. F. Montag, Konvergenz bei internationalen Fusionen, in: FIW (Hrsg.), Konvergenz der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht, Köln/Berlin etc. 2002, 39 (41); W. Heckenberger, Probleme der globalisierten Fusionskontrolle aus der Sicht eines Unternehmensjuristen, in: Schwarze (Anm. 235.), 89 ff.

³¹⁹ Dazu Terhechte, in: ders. (Anm. 5), § 1 Rn. 14.

Probleme sind identifiziert und im Rahmen der verschiedenen Netzwerke wird an Lösungsvorschlägen gearbeitet.³²⁰

E. Fazit

Aus der Bestandsaufnahme wird deutlich, dass in absehbarer Zeit die Vorstellung von einem Einheitsrecht (i. S. e. "Weltkartellrechts" bzw. "Weltkartellverfahrensrechts" auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags) zumindest vorläufig wenig Chancen besitzt, umgesetzt zu werden. Offensichtlich hat sich das Internationale Kartell- und Fusionskontrollrecht wie auch andere Bereiche des internationalen Rechts vom Einheitspostulat verabschiedet – wenn es ihm je verpflichtet war – und versucht nun, durch verschiedene Ansätze die Nachteile seines fragmentarischen Charakters zu überwinden. Im Bereich des Verfahrens wird diese Entwicklung durch die Pfeiler "Kooperation" und "Konvergenz" getragen.

Auf dieser Grundlage lässt sich die Gesamtanlage dieses neuen Rechtsgebiets einigermaßen klar umreißen: Ihren Ausgangspunkt findet die Entwicklung bei der Globalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen. Dieses Phänomen machte es erst notwendig, über Instrumente nachzudenken, die eine Verfolgung jenseits der eigenen Grenzen ermöglichen. Eine erste Antwort haben viele Regimes durch die extensive Anwendung des eigenen Rechts (insbesondere durch die Zugrundelegung des Auswirkungsprinzips) gegeben. Doch dieser Ansatz stößt auf Grenzen. Dies hat die Etablierung neuartiger Strukturen notwendig gemacht: Durch bilaterale und multilaterale Verträge sind Kooperationsstrukturen entstanden, die es den Wettbewerbsbehörden zunehmend erlauben, Informationen auszutauschen, und aus der Perspektive der Unternehmen Verfahren verkürzen und übersichtlicher gestalten können.³²¹

Jenseits der "klassischen Verwaltungskooperation" ist insbesondere die Zusammenarbeit in Netzwerken ein wesentlicher Charakterzug des internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts. Hier geht es auf globaler Ebene – etwa im Rahmen des ICN oder der OECD – weniger darum, konkrete Fälle gemeinsam zu bearbeiten, sondern zunächst darum, eine gemeinsame Basis zu schaffen. Dagegen dient insbesondere das ECN der konkreten Abstimmungen der Tätigkeiten und klaren Zuweisung der Fälle bzw. der Sicherstellung gemeinsamer Standards. Die Netzwerkkategorie ist nicht nur auf die Behördenzusammenarbeit beschränkt – auch die Judikative ist offenbar bemüht, Netzwerke zu etablieren, die einen internationalen Austausch ermöglichen sollen. Zudem wird die Rolle von *Professional Communities*, *Blogs* und sonstigen Internetforen steigen, die für eine Allverfüg-

³²⁰ Vgl. etwa den Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review (2004) der Mergers Working Group (Notification and Procedures Subgroup) des ICN, abrufbar unter <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>.

³²¹ Dies hängt freilich in vielen Fällen auch von der Mitwirkung der Unternehmen ab, die einem Austausch vertraulicher Informationen zustimmen müssen.

barkeit wichtiger Informationen sorgen. Freilich steht dieser Gesamtprozess der "Kooperation in und durch Netzwerke" erst am Anfang. Zudem sind der Kooperation Grenzen gesetzt, etwa durch die grundlegende Verschiedenheit vieler Verfahren, die unterschiedlichen Grund- und Menschenrechtsstandards sowie verschieden ausgeprägte Transparenzerfordernisse.

Die Rechtsquellen des Internationalen Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrechts finden sich auf allen Ebenen (Völker-, Europa- und nationales Recht) und spiegeln seine ausdifferenzierte Gesamtanlage wider. Hier wird es in Zukunft darauf ankommen, Teilbereiche dieses Rechtsgebiets stärker zu systematisieren (Welche völkerrechtlichen Normen beziehen sich originär auf das Kartell- und Fusionskontrollrecht? Sind diese Normen und atypische Rechtsakte im europäischen Gemeinschaftsrecht und nationalen Recht verbindlich?). Gerade das Verfahrensrecht speist sich aus verschiedenen (nationalen) Rechtsquellen und ist deshalb in vielen Fällen ein gutes Beispiel für hybride Strukturen, die sich adäquat nur durch eine Gesamtbetrachtung erfassen lassen. Trotzdem kann die traditionelle Rechtsquellenlehre die meisten Erscheinungsformen erfassen und systematisieren. Probleme bereiten hier indes atypische Handlungsformen und Rechtsakte (Mitteilungen, Bekanntmachungen und *Guidelines*), die eine wichtige Rolle bei der Verfahrenssteuerung der Behörden spielen. Hier transzendiert das Verfahrensrecht über die klassischen Rechtsquellen hinaus, ohne dass immer Ermächtigungen für den Erlass dieser atypischen "Rechts"-akte vorliegen. Sie sind damit weder einwandfrei demokratisch legitimiert noch ist immer klar, wie der Rechtsschutz hier ausgestaltet werden kann.

Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher Akteure aus. Neben den nationalen Wettbewerbsbehörden, seien sie vertikal oder horizontal angeordnet, haben die sektoriellen Regulierungsbehörden ebenso die Aufgabe, kartellrechtliche Normen zu vollziehen, wie Gerichte, Verbraucherverbände und Private. Auch hier besteht Kooperationsbedarf: So hat W. E. Kovacic das Verhältnis der amerikanischen Behörden untereinander folgendermaßen charakterisiert: "*We have an archipelago of policy makers with very inadequate ferry service between the islands*".³²² Bei der Anwendung des Kartell- und Fusionskontrollrechts wird es auf eine Abstimmung der verschiedenen Anwender und eine Auslotung der Instrumente, die für die Anwendung zur Verfügung stehen, ankommen. Von entscheidender Bedeutung ist auch hier die Frage, in welchem Verhältnis die Unabhängigkeit der vollziehenden Instanzen, ihre finanzielle Ausstattung und Fortbildungsmöglichkeiten zu einem effektiven Vollzug des entsprechenden Normmaterials stehen. Dieser Aspekt spielt insbesondere bei neu eingerichteten Kartellbehörden in Entwicklungs- und Schwellenländern eine große Rolle.³²³

³²² Dow Jones Newswires v. 29. Januar 2007; zu dem Problem der parallelen Kompetenzen von DOJ und FTC im US-Recht und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit vgl. Gellhorn (Anm. 227), 32.

³²³ Vgl. M. Gal, *The Ecology of Antitrust – Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, in: UNCTAD, *Competition, Competitiveness and Development*, 2004, 20 ff.

“Ein” Internationales Kartell- und Fusionskontrollrecht konstituiert sich damit aus einer Vielzahl nationaler Regimes, dem Recht ihrer Kooperation und übergeordneten Rechtsprinzipien, die sich auf der Ebene des Völkerrechts (z. B. dem Interventionsverbot und dem Grundsatz der Staatenimmunität), des Europarechts (z. B. dem Effektivitätsprinzip und dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts) und weiterer regionaler Rechtsordnungen (MERCOSUR, NAFTA, ASEAN, APEC, COMESA) ergeben. Auf dieser Grundlage ist es auch im Verfahrensrecht in einem erheblichen Maße zu Konvergenzprozessen gekommen, wie aus der zunehmenden Pönalisierung des Kartellrechts, der Einführung von *Leniency*-Programmen oder der verstärkten Anwendung durch Private ersichtlich wird.

Die dem Vollzug zugrunde liegenden Prinzipien sind nicht nur für das Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht von Bedeutung, sondern liefern darüber hinaus auch Bausteine für neue Systemisierungsansätze. Dies kann sowohl für die Verwaltung in und durch Netzwerke gelten wie auch für referenzgebietsgeprägte Ansätze eines “*Global Administrative Law*” bzw. “*International Administrative Law*”. Eine Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht künftig auch darin, im Vergleich mit anderen Gebieten (z. B. im Bereich des Zoll- und Steuerrechts, im Bankenrecht oder im Umweltrecht) gemeinsame globale Strukturen nachzuweisen³²⁴ und so Bausteine für ein neues, globales Forschungsfeld zusammenzufügen.

F. Summary³²⁵

International Cartel and Merger Enforcement Law between Cooperation and Convergence

This article considers whether it is possible to establish standardized enforcement provisions in this field of law or whether the accomplished systematisation of enforcement regimes is already a type of final condition regarding the development in this field of law. In other words: is it possible to establish global enforcement standards in the foreseeable future or will cartel and merger enforcement law continue to preserve its “jungle-like” character? The crux of the matter is the perspective taken: the picture is surely incomplete if one only considers conflict of law issues, public international law provisions or the problem of supranational law. What is required is a comprehensive survey of the current regimes in force today.

A preliminary review makes it apparent that, presently, there is little chance of attaining the concept of harmonized laws in the foreseeable future (in terms of “global cartel law”, or

³²⁴ Siehe dazu etwa D. C. Esty/D. Geradin (Hrsg.), *Regulatory Competition and Economic Integration – Comparative Perspectives*, Oxford 2001; C. Ohler, *Die Zukunft des Wirtschaftsverwaltungsrechts unter den Bedingungen globaler Märkte*, in: M. Bungenberg *et al.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, München 2004, 309 ff.; W. Junge, *Die Macht des Marktes – Globalisierung und Wirtschaftsrecht*, in: I. Schwenzler/G. Hager, (Hrsg.), *FS Schlechtriem*, Tübingen 2003, 817 ff.

³²⁵ Summary by the author.

“global cartel enforcement law”). It is evident that international cartel and merger control law – like different human rights standards in other fields of international law – has departed from the postulate of unity and is now attempting, by various means, to resolve the disadvantages of its fragmentary character. This development has taken the form of the principles of “Cooperation” and “Convergence”.

On this basis the overall structure of this area of law can be clearly outlined: the origins can be found in the development of global restraints of trade. This conclusion makes it all the more necessary to consider options enabling authorities to prosecute conduct restricting competition beyond the borders of their own state. Many regimes have confronted this issue by extending the scope of application of their laws (in particular, based on the effects doctrine). However, this approach has its limitations and, furthermore, it requires the establishment of new networks. Cooperation networks have emerged by means of bilateral and multilateral agreements, which enable competition authorities to exchange information and to shorten proceedings and make them clearer for businesses.

Cooperation between networks going beyond the classical “administrative cooperation” is a significant characteristic of international cartel and merger control law; it concerns, on a global level – for instance in the context of ICN or OECD – the ability to work together on cases with the aim of reaching a common ground. In contrast, the ECN focuses, in particular, on coordinating the activities of enforcement authorities and clear allocation of cases and ensuring common standards respectively. The concept of a network is not solely limited to the cooperation of authorities – for instance, judges are increasingly called upon to establish networks which provide a platform for the international exchange of information. Moreover, the function of professional communities, blogs and other internet platforms catering for availability of important information will become more significant. Admittedly, the process of “cooperation in and through networks” is still in initial stages; furthermore, the barriers to cooperation are set to some extent by fundamental differences in procedure, general principles, human rights and requirements of transparency.

The origins of international cartel and merger enforcement law are found at all levels of public international law, European law and national law and reflect even further the complex structure of international cartel and merger enforcement law. On this point it will become increasingly necessary to clearly delineate the sub-areas in this field of law (for example, which public international law provisions refer originally to cartel and merger enforcement law? Are such provisions and atypical legal instruments binding under European Community law and national law?). Enforcement law is based on many differing (national) sources of law and is, therefore, in many cases a good example for hybrid structures, the adequacy of which can only be ascertained by means of a comprehensive survey. Nevertheless, traditional legal doctrines are able to measure and arrange all structures, whatever their manifestation.

International cartel and merger enforcement law is characterized by a multitude of different players. In addition to national competition authorities (whether vertically or horizontally arranged), sectoral regulatory authorities are authorized to enforce cartel provisions as well as courts, consumer associations and private individuals. Even this requires cooperation: W. E. Kovacic characterised the relationship between the American authorities as follows, “We have an archipelago of policy makers with very inadequate ferry service between the islands.” The application of cartel and merger control law will aim towards a reconciliation of the different users and instruments. This poses the question as to how the ex-

ecutive authorities will commit their financial and training resources towards achieving an effective execution of the corresponding standards. This issue will play an increasingly larger role for newly established competition authorities in developing and emerging markets.

International cartel and merger enforcement law is based on a host of national regimes, cooperation and overriding legal principles, stemming from public international law (e. g. prohibition of intervention and the principle of State immunity), European law (e. g. direct effect and the principle of a harmonised application of Community law) and further regional legal systems (MERCOSUR, NAFTA, ASEAN, APEC, COMESA etc.). Against this background, significant convergence in procedural law has taken place, as shown by the increase in penal sanctions under cartel law, the establishment of leniency programs or the increase in private enforcement actions. These underlying principles are not only relevant to international cartel and merger enforcement law, but also provide the foundation for new harmonized approaches concerning administration via networks as well as the application of a “Global Administrative Law” or “International Administrative Law”. Jurisprudence is tasked with identifying consolidated global structures to help formulate a more unified and transparent application of the law, by comparing it against other areas of law such as customs, trade and payment law.