

Wettbewerbsrecht

Kommentar

von

Ernst-Joachim Mestmäcker, Ulrich Immenga

5. Auflage

Wettbewerbsrecht – Mestmäcker / Immenga

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Kartellrecht



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62760 6

lich darauf berufen muss, dass sie die betreffende „existente“ Maßnahme als „wichtigen Belang“ ansieht.

Nach Art. VI Abs. 2 des EU-US Abkommens 1991 wiegen „wichtige Belange“ grundsätzlich im **Ermittlungsstadium** weniger schwer als beim Ausspruch von Verboten, Sanktions- oder Abhilfemaßnahmen. Anders als manche nationale „blocking statutes“¹⁰⁵ zeigt das Abkommen damit, dass es extraterritoriale Ermittlungsmaßnahmen nicht grundsätzlich verurteilt. Bedeutung hat Art. VI Abs. 2 darüber hinaus auch bei der Frage, ob bestimmte Verfahrensschritte eingeleitet werden sollen, etwa der Eintritt in die zweite Phase im Rahmen der EU-Fusionskontrolle.

Art. VI Abs. 3 des EU-US Abkommens 1991 enthält darüber hinaus weitere **detaillierte Kriterien für die Abwägung von Durchsetzungsinteressen und wichtigen Belangen**, namentlich (a) in wessen Territorium der Schwerpunkt des wettbewerbsschädigenden Verhaltens liegt; (b) Bestehen und Ausmaß einer Absicht der betroffenen Unternehmen, Kunden, Lieferanten oder Wettbewerber im Territorium der durchsetzenden Partei zu schädigen; (c) die relative Bedeutung der Auswirkungen des betroffenen Unternehmensverhaltens einerseits, und der wichtigen Belange der anderen Partei andererseits; (d) das Ausmaß etwaiger berechtigter Erwartungen der betroffenen Unternehmen; (e) der Grad des Konflikts zwischen der Rechtsdurchsetzung einer Partei und den wichtigen Belangen der anderen; und (f) mögliche Widersprüche zwischen den Abhilfemaßnahmen der einen und dem Recht der anderen Partei.¹⁰⁶ Interessanterweise enthält Art. VI Abs. 3 des EU-US Abkommens anders als Art. II zur Frage der Mitteilungspflichten keinerlei Hinweis auf die „Nationalität“ der betroffenen Unternehmen. Es spielt daher für die Grundsätze der Konfliktvermeidung nach dem Abkommen keine entscheidende Rolle, ob etwa die vom Verfahren hauptsächlich betroffenen Unternehmen ihren Sitz im Gebiet der jeweils anderen Partei haben.

e) Ersuchen um eigenständige Maßnahmen zur Rechtsverfolgung: Prinzip der „Positive Comity“. Art. V des EU-US Abkommens 1991 enthielt bereits eine „Positive Comity“-Regelung, wonach die Behörde einer Partei die Behörde der anderen bitten kann, auf der Grundlage ihres eigenen, nationalen Kartellrechts tätig zu werden. Vorher hatte bereits die OECD ähnliche Regelungen in ihre Empfehlungen aufgenommen.¹⁰⁷ Die *Positive Comity*-Prinzipien sind im EU-US Abkommen 1998 näher ausgestaltet worden. Insbesondere enthält Artikel IV des EU-US Abkommens 1998 einen Katalog von Bedingungen, unter denen die ersuchende Partei auf eine Anwendung ihres eigenen Kartellrechts normalerweise verzichtet, insbesondere wenn die ersuchte Partei das Verfahren angemessen und im Rahmen bestimmter Fristen betreibt. Eine eigenständige Verpflichtung der ersuchten Wettbewerbsbehörde zur Durchsetzung ihres Rechtes gibt es dagegen nicht. Daran zeigt sich, dass es beim *Positive Comity* Gedanken nicht primär um die Festschreibung einer gegenseitigen Pflicht zur Amtshilfe geht, sondern um die **Beschränkung der extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts durch die ersuchende Behörde**. Die Begründung des Kommissionsvorschlages zum EU-US Abkommen 1998 macht besonders deutlich, dass die Kommission den Vorteil der *Positive Comity* Regelungen vor allem darin sieht, dass sie dazu beitragen, die extraterritoriale Anwendung des US-Kartellrechts zu begrenzen bzw. zu kanalisieren.¹⁰⁸

aa) Positive Comity Regelungen der Abkommen von 1991 und 1998. Die Abkommen enthalten folgende Pflichten bzw. Obliegenheiten für die ersuchende bzw. die ersuchte Partei, wobei diese sehr weich formuliert sind.

¹⁰⁵ Vgl. etwa zur französischen Regelung *Haagsma*, in: Slot/McDonnell, 229, 237.

¹⁰⁶ Kritisch zu lit. (f) *Haagsma*, in: Slot/McDonnell, 229, 237 f., demzufolge es sinnvoller gewesen wäre, einen allgemeinen Grundsatz der Vermeidung widersprüchlicher Anordnungen aufzunehmen.

¹⁰⁷ OECD, Committee on Competition Law and Policy, Report on Positive Comity, DAFNE/CLP (99) 19, 10. 6. 1999, 8 ff.

¹⁰⁸ KOM (97) 233 endg., 18. 6. 1997, 2–4.

- 50 Für die **ersuchende Partei** ist insbesondere von Bedeutung, dass das Abkommen von 1998 eine Reihe von kumulativen Bedingungen aufstellt, bei deren Erfüllung ihre Wettbewerbsbehörden „normalerweise“ auf eigene Durchsetzungsmaßnahmen verzichten (Art. IV Abs. 2 des EU-US Abkommens 1998). Die **Regel der Aussetzung eigener Maßnahmen** greift dann, wenn a) die betreffenden Verhaltensweisen keine direkten, spürbaren und normalerweise vorhersehbaren Auswirkungen auf die Verbraucher im Gebiet der ersuchenden Partei haben, oder diese Verhaltensweisen vor allem im Gebiet der anderen Partei praktiziert werden und sich vor allem gegen dieses Gebiet wenden; b) die Beeinträchtigung der Belange der ersuchenden Partei von der ersuchten Partei voraussichtlich in angemessener Weise untersucht und ggf. beseitigt oder in geeigneter Weise abgestellt werden; und c) die ersuchte Behörde sich bereit erklärt, das Verfahren angemessen und insbesondere zügig zu betreiben (siehe dazu sogleich unten). Auch bei Vorliegen dieser Bedingungen kann die ersuchende Partei jedoch ihr eigenes Verfahren weiter betreiben. Sie unterliegt in diesem Fall lediglich einer **Begründungspflicht** (Art. IV Abs. 2 aE des EU-US Abkommens 1998). Darüber hinaus stellt es Art. V Abs. 4 des EU-US Abkommens 1998 der ersuchenden Partei frei, ihr Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt einzuleiten oder wieder aufzunehmen. In diesem Fall greifen lediglich Konsultationspflichten.
- 51 Die **ersuchte Partei** hat nach Art. V Abs. 3 des EU-US Abkommens 1991 lediglich die Pflicht, bei einem *Positive Comity* Gesuch der anderen Partei zu erwägen, *ob* sie ein eigenes Ermittlungsverfahren hinsichtlich der von der ersuchten Partei spezifizierten Verhaltensweisen einleiten oder ausweiten sollte, und der ersuchten Partei ihre Entscheidung mitzuteilen.¹⁰⁹ Leitet die ersuchte Partei ein Verfahren ein, ist sie gehalten, die ersuchende Partei über den Ausgang des Verfahrens bzw. „so weit wie möglich“ über wichtige Verfahrensschritte zu unterrichten (Art. V Abs. 3 Satz des EU-US Abkommens 1991). Darüber hinaus enthält Art. IV Abs. 2 c) des EU-US Abkommens 1998 eine Reihe von **Obliegenheiten hinsichtlich der Verfahrensführung** der ersuchten Partei, um die „Regel“ der Verfahrensaussetzung durch die ersuchende Partei auszulösen. Hierzu gehören insbesondere die Bereitschaft, die nötigen Mittel für das Verfahren aufzuwenden, die Behörden der ersuchenden Partei zeitnah über alle Ermittlungsschritte zu informieren und sie diesbezüglich zu konsultieren, sie über jede Änderung ihrer Absichten in Bezug auf die Untersuchung oder Durchführung unverzüglich zu unterrichten, und das Verfahren zügig (in der Regel innerhalb von sechs Monaten nach Aussetzung des Verfahrens durch die ersuchende Behörde) abzuschließen und ggf. entsprechende Abhilfemaßnahmen zu ergreifen oder ein Verfahren einzuleiten.
- 52 **bb) Anwendungsfälle.** Der einzige bekannte Fall, in dem sich die US-Behörden formal¹¹⁰ auf die *Positive Comity* Grundsätze der EU-US Abkommen berufen haben, war der Fall **SABRE/Amadeus**, in dem es um die Behinderung des US-Computerreservierungssystems SABRE durch europäische Fluggesellschaften ging, die ihrerseits am konkurrierenden Computerreservierungssystem Amadeus beteiligt waren. Am 28. 4. 1997 gab das US Justizministerium bekannt, dass es bei der Kommission einen betreffenden Antrag gestellt habe, da ungeachtet des „starken Interesses“ des Vereinigten Staaten an der Verhinderung der

¹⁰⁹ Die bloße Pflicht zur Prüfung eines solchen Ersuchens dürfte keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 17/62 (jetzt Art. 7 Abs. 2 der VO 1/2003) darstellen, der lediglich Mitgliedstaaten sowie natürlichen oder juristischen Personen mit berechtigtem Interesse ein Antragsrecht gewährt, a. A. GA Tesaro, Schlussanträge in Rs. C-327/91, Slg. 1994, I-3641, Rz. 41, *Torremans*, 21 *European Law Review*, 280, 289 ff.

¹¹⁰ In anderen Fällen entschlossen sich dem Vernehmen nach die US-Kartellbehörden, nicht weiter aktiv zu werden. Stattdessen sahen sie es als sinnvoller an, die Rechtsverfolgung der Kommission nach den Prinzipien der *Positive Comity* zu überlassen, allerdings ohne in diesen Fällen ein förmliches Ersuchen an die Kommission zu richten, vgl. *Klein*, *The Internationalization of Antitrust: Bilateral and Multilateral Responses*, 14. Auch umgekehrt dürfte es Konstellationen gegeben haben, in denen die Kommission den Wettbewerbsbehörden der USA die Verfahrensführung überlassen hat.

Benachteiligung von US-Gesellschaften und der möglichen Beeinträchtigung von US-Märkten die Kommission besser zu einer Untersuchung in der Lage sei. Die fraglichen Maßnahmen seien im Zuständigkeitsbereich der Kommission erfolgt und europäische Verbraucher seien zuvörderst von einer etwaigen Wettbewerbsbeeinträchtigung betroffen.¹¹¹ Es dauerte dann allerdings mehr als zwei Jahre, bevor die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Air France sandte.¹¹² Nachdem sich Sabre mit mehreren europäischen Fluggesellschaften, einschließlich Air France, über die Übermittlung von Reservierungsdaten im Vergleichswege geeinigt hatte, stellte die Kommission ihr Verfahren ein.¹¹³ In den USA wurde das Verfahren wegen seiner Dauer stark kritisiert.¹¹⁴

Ein viel zitierter Fall der informellen Anwendung der Positive Comity Grundsätze betrifft die Untersuchungen gegen **AC Nielsen** Mitte der 90iger Jahre. Das US-Justizministerium hatte gegen das Unternehmen wegen dessen Vertragspraktiken ermittelt. Nachdem das US-Justizministerium von einer parallelen Untersuchung der Kommission erfahren hatte, überließ es der Kommission die Führung des Verfahrens, da die betreffenden Verhaltensweisen überwiegend in Europa stattfanden. Die enge Zusammenarbeit zwischen Kommission und US-Justizministerium war allerdings vor allem auch deshalb möglich, weil das Unternehmen es den Behörden erlaubt hatte, vertrauliche Daten auszutauschen.¹¹⁵

Eine weitere Konstellationen, die für die Anwendung der Positive Comity Grundsätze prädestiniert ist, sind vertragliche **Beschränkungen des Marktzugangs** für Unternehmen des ersuchenden Staates. Solche Beschränkungen treffen die Exporteure des ersuchenden Staates, aber auch die Verbraucher des ersuchten Staates. Auf solche Beschränkungen zielt Art. IV Abs. 2a)i) des EU-US Abkommens von 1998 („keine direkten, spürbaren und normalerweise voraussehbaren Auswirkungen für die Verbraucher im Gebiet der ersuchenden Partei“). Der Bericht des US-amerikanischen International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) enthält hierzu eine instruktive Aufzählung von Streitfällen, in denen sich US-Unternehmen über auf vertragliche Beschränkungen zurückzuführende Marktzutrittschranken beschwert haben, etwa über den Abschluss des japanischen Marktes für Photo-Filmmaterial aufgrund der Tolerierung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen von Fuji, oder die angebliche Benachteiligung US-amerikanischer Telekommunikationsunternehmen durch europäische ETSI-Standards.¹¹⁶

Ein *Positive Comity* Ersuchen kommt auch dann in Betracht, wenn der **Schwerpunkt des wettbewerbswidrigen Verhaltens eindeutig im Gebiet des ersuchten Staates** liegt. Die US-Internationalen Antitrust Leitlinien nennen hier beispielhaft den Fall, dass eine Zuständigkeit der US-Behörden fraglich ist, weil ein internationales Kartell beschließt, den Vertrieb in den US von den Kartellabsprachen auszunehmen, es dann aber doch zu „indirekten“ Auswirkungen auf den US-amerikanischen Handel kommt.¹¹⁷

¹¹¹ Department of Justice, „Justice Department asks European Communities to investigate possible anticompetitive conduct affecting US Airlines' Computer Reservation Systems“, Pressemitteilung vom 28. 4. 1997.

¹¹² KOMM., „Kommission eröffnet wegen Begünstigung des Reservierungssystems Amadeus Verfahren gegen Air France“, Pressemitteilung IP/99/171 v. 15. 3. 1999.

¹¹³ KOMM., „Kommission gewährleistet Gleichbehandlung von computergestützten Flugreservierungssystemen“, Presseerklärung IP/00/835 v. 25. 7. 2000.

¹¹⁴ Vgl. International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and the Assistant Attorney General – Final Report 2000 (ICPAC Report), verfügbar unter <http://www.usdoj.gov.atr>, Kapitel 5.

¹¹⁵ Pressemitteilung des US-Justizministeriums v. 3. 12. 1996 („Justice Department Closes Investigation Into the Way AC Nielsen Co. Contracts its Services for Tracking Retail Sales“; Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 4. 12. 1996, „Following an Undertaking by AC Nielsen to Change its Contractual Practices, the European Commission Suspends its Action for Breach of the Competition Rules“).

¹¹⁶ International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and the Assistant Attorney General – Final Report 2000 (ICPAC Report), verfügbar unter <http://www.usdoj.gov.atr>, Kapitel 5.

¹¹⁷ Internationale Antitrust Richtlinien, Abschnitt 3.121, Fallbeisp. C und Fn. 59.

- 56 Schwieriger dürfte indes die Anwendung des Positive Comity Gedankens auf **Exportkartelle** sein. Die *Positive Comity* Regelungen in den Abkommen helfen nicht über das Problem hinweg, dass „reine“ Exportkartelle entweder durch gesetzliche Regelungen (wie etwa durch den US-amerikanischen Webb-Pomerene Act oder § 6 GWB a.F. bis 1998), oder durch behördliche oder gerichtliche Auslegung¹¹⁸ dem jeweils anwendbaren nationalen Kartellrecht in der Regel entzogen sind. Ist aber eine Verfolgung von Exportkartellen der ersuchten Behörde auf der Grundlage ihres eigenen Rechts nicht möglich, läuft der Positive Comity Gedanken leer.
- 57 Auch im Bereich der **Fusionskontrolle** dürften zumindest förmliche *Positive Comity* Anträge nur geringe Bedeutung haben. Art. II Nr. 4a) und b) des EU-US Abkommens 1998 klammern die Fusionskontrolle ausdrücklich aus, da nach Auffassung der Parteien die strengen Fristenregelungen in der EU und den USA einen Aufschub bzw. Aussetzung des Verfahrens durch eine nicht Behörde erlauben.¹¹⁹ Das EU-US Abkommen 1991 und damit auch dessen Positive Comity Regelung in Artikel V enthält allerdings keine entsprechende Ausnahme.¹²⁰ In der Praxis kommt es allerdings in Einzelfällen durchaus zu einem arbeitsteiligen Zusammenwirken der Behörden, die dem Positive Comity Gedanken Rechnung trägt. So stütze sich die Kommission bei ihrer Genehmigungsentscheidung im Fall *Dresser/Halliburton* auf bereits mit dem US-Justizministerium verhandelte Zusagen, obwohl diese im relevanten Zeitpunkt noch nicht umgesetzt waren; hierzu hatten die Parteien die förmliche Anmeldung offenbar im Einvernehmen mit der Kommission zunächst ausgesetzt.¹²¹ Umgekehrt gab im Fall *Cisco/Tandberg* das US-Justizministerium den Zusammenschluss unter Verweis auf die der Kommission verhandelten, weltweit anwendbaren Zusagen zeitgleich mit der Kommission frei.¹²² Ein ungewöhnlicher Fall ist das Verfahren *Oracle/PeopleSoft*, in dem das US-Justizministerium eine Untersagung des Zusammenschlusses zweier US-Unternehmen vor einem US-Bundesgericht anstrebte, während die Kommission über den Fall in den zweiten Phase im Verwaltungsverfahren zu entscheiden hatte. Noch nach der Anhörung der Parteien erließ die Kommission ein umfangreiches Auskunftersuchen, dessen Beantwortung so viel Zeit in Anspruch nahm, dass die Kommission zum Zeitpunkt ihrer endgültigen Entscheidung sowohl die Entscheidung des US-Bundesgerichts, den Zusammenschluss nicht zu untersagen,¹²³ als auch die Entscheidung des US-Justizministeriums zum Rechtsmittelverzicht¹²⁴ zurückgreifen konnte. Die Kommission genehmigte den Zusammenschluss schließlich ohne Auflagen,¹²⁵ wenn auch mit einer vom US-Urteil abweichenden Begründung.¹²⁶
- 58 **f) Konsultierung.** Art. VII des EU-US Abkommens 1991 sieht eine Verpflichtung der Parteien zur förmlichen Konsultierung vor, wenn die andere Partei dies wünscht. Diese soll „frühzeitig“ und „auf angemessener Ebene“ stattfinden, einschließlich der Behördenleitung (Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission, Assistant Attorney General (Antitrust) des Justizministeriums oder der Chairman der Federal Trade Commission). Ein Ersuchen um Konsultierung ist zu begründen; ggf. sind etwaige Verfahrensfristen oder sonstige Sachzwänge anzugeben, die eine besondere Beschleunigung der Konsultationen erforderlich machen. In der Praxis hat sich die Zusammenarbeit der Behörden aller-

¹¹⁸ Vgl. etwa KOMM. 25. 6. 1969, ABl. 1969 Nr. L 168/22 „V/VF“; KOMM. 28. 7. 1978, ABl. 1978 L 238/28 „UCRO“.

¹¹⁹ KOM(97) 233 endg., 4.

¹²⁰ Dazu näher *Haagsma* in: Slot/McDonnell, 229, 236 f.

¹²¹ KOMM. 6. 7. 1998, *Dresser/Halliburton*, Rz. 7.

¹²² KOMM. 29. 3. 2010, *Cisco/Tandberg*, s. Presseerklärung des US Justizministeriums v. 29. 3. 2010 („Justice Department Will Not Challenge Cisco’s Acquisition of Tandberg – Justice Department and European Commission Cooperate Closely to Resolve Competition Issues“).

¹²³ *United States v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2nd 1098.

¹²⁴ Vgl. *Levy* § 22.02[2].

¹²⁵ KOMM. 8. 11. 2004 = WuW/E E-V1068 „*Oracle/PeopleSoft*“.

¹²⁶ Vgl. dazu *Völcker*, C.M.L. Rev. 2005, 1691, 1729 f.

dings so entwickelt, dass in Fällen von gemeinsamem Interesse die Zusammenarbeit sehr frühzeitig beginnt und so intensiv geführt wird, dass **förmliche Konsultationen selten erforderlich** sind.¹²⁷ Eine Ausnahme bildet etwa der Fall *Boeing/McDonnell Douglas*.¹²⁸

III. Multilaterale Kooperationsansätze

1. Frühe multilaterale Ansätze: OECD und UNCTAD. Parallel zur Entwicklung 59 der bilateralen Ansätze bei der Zusammenarbeit von Wettbewerbsbehörden ergriff auch die **OECD** die Initiative, um die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden ihrer Mitgliedsstaaten zu verbessern. 1967 wurde das OECD Competition Law and Policy Committee (heute: Competition Committee) gegründet, und die erste **Empfehlung für die Zusammenarbeit** verabschiedet, die seither mehrfach modifiziert wurde, zuletzt 1995.¹²⁹ Die Empfehlung enthält viele Grundsätze, die später in das EU-US-Abkommen 1991 und andere bilaterale Abkommen übernommen wurden, namentlich die Mitteilung, wenn Verfahren „wichtige Belange“ der anderen Partei betreffen, den Austausch (nicht vertraulicher) Informationen, die Koordinierung bei Parallelverfahren; die Unterstützung bei der Beschaffung von Informationen, und erste Ansätze des *Positive Comity* Prinzips. Zu letzterem veröffentlichte das OECD Competition Law and Policy Committee 1999 einen separaten Bericht.¹³⁰ Darüber hinaus verabschiedete die OECD 1995 eine Empfehlung zur Bekämpfung von „Hardcore“-Kartellen,¹³¹ die 2005 durch „vorbildliche Verhaltensweisen“ zum Informationsaustausch in solchen Verfahren ergänzt wurde.¹³² 2001 richtete die OECD als Teil ihres Dialoges mit Nichtmitgliedern ihr Global Forum on Competition (GFC) ein.¹³³

Auch für die **UNCTAD** ist das Kartellrecht ein wichtiges Tätigkeitsfeld. Der von der 60 UNCTAD ausgearbeitete und 1980 von der UN-Vollversammlung als unverbindliches Völkerrecht mit empfehlenden Charakter angenommene so genannte RPB („**Restrictive Business-Practices**“)-Code¹³⁴ ist nach wie vor das einzige multilaterale völkerrechtliche Instrument auf dem Gebiet des Kartellrechts. 2007 hat UNCTAD darüber hinaus ein „Model Law of Competition“ erarbeitet.¹³⁵ Insbesondere die erfolgreiche Arbeit im Rahmen des International Competition Networks (siehe unten Rz. 62 ff.), in dem Behörden aus Entwicklungsländern ebenso wie aus entwickelten Ländern vertreten sind, und dass sich ganz auf kartellrechtliche Fragen konzentriert, stellt die Relevanz der UNCTAD Aktivitäten in diesem Bereich zunehmend in Frage.¹³⁶

2. WTO. Insbesondere die Europäische Union hat sich seit langem¹³⁷ dafür eingesetzt, 61 ein **multilaterales Rahmenabkommen zum Wettbewerbsrecht** unter dem Dach der

¹²⁷ Vgl. dazu etwa die Beschreibung bei *Parisi*, Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities, 13 ff.

¹²⁸ KOMM. 30. 7. 1997, ABl. 1997 Nr. L 336/16 „*Boeing/McDonnell Douglas*“ = WuW/E EU-V 7, Tz. 12.

¹²⁹ OECD, Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, OECD Doc. C (95)130 final (1995), verfügbar auf der Webseite der OECD, www.oecd.org.

¹³⁰ OECD, CLP Report on Positive Comity, 10. 6. 1999, DAFNE/CLP (99) 19, verfügbar auf der Webseite der OECD.

¹³¹ OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25. 3. 1998, C(98)35 final, verfügbar auf der Webseite der OECD.

¹³² OECD Competition Committee, Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations, Oktober 2005, verfügbar auf der Webseite der OECD.

¹³³ Siehe hierzu etwa *Drexel* ZWeR 2004, 191, 217.

¹³⁴ Resolution 35/63 v. 5. 12. 1980, zuletzt bekräftigt in 2000. Verfügbar unter <http://www.unctad.org>.

¹³⁵ Verfügbar unter <http://www.unctad.org>.

¹³⁶ *Sokol*, 4 Berkeley Bus. L.J. (2007), 37, 105.

¹³⁷ Siehe etwa KOMM., „Kommission schlägt internationales Wettbewerbsinstrument vor“, Presseerklärung IP/96/523 v. 18. 6. 1996.

WTO zu schaffen. Bei der WTO-Ministerkonferenz in Singapur 1996 wurde dementsprechend die „Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy“ (Singapore Working Group) eingerichtet.¹³⁸ Die sog. **Doha-Erklärung** der WTO-Ministerkonferenz vom November 2001¹³⁹ übernahm dann auch die wesentlichen Grundsätze des EU-Vorschlages,¹⁴⁰ einschließlich der Festlegung von **Kernprinzipien** (core principles) für das jeweilige nationale Kartellrecht. Zu diesen Kernprinzipien gehören unter anderem ausreichende Durchsetzungsmechanismen, Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung, der Verfahrensgerechtigkeit sowie materiellrechtlich das Verbot von Hardcore-Kartellen. Im Laufe der weiteren Verhandlungen entzündete sich der Streit insbesondere an der Frage, inwieweit die Einhaltung der Kernprinzipien im Wege des Streitbeilegungsverfahrens überprüfbar sein sollte, und ob nach dem von der EU vorgeschlagenen „progressiven Ansatz“ möglicherweise über echte Hardcore-Kartelle hinaus ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen als Mindeststandard verbindlich festgeschrieben werden sollte.¹⁴¹ Letztlich war es jedoch grundsätzlicher Widerstand der Entwicklungsländer gegen die sog. „Singapur Themen“,¹⁴² die den europäische Handelskommissar Pascal Lamy bei der WTO-Ministerkonferenz in Cancún im September 2003 zwangen, zur (versuchten) Rettung der Konferenz gänzlich auf die Wettbewerbspolitik als Teil der WTO-Verhandlungsagenda zu verzichten.¹⁴³ Seither wird die Verankerung des Kartellrechts im Regelungswerk der WTO im Rahmen der Doha-Runde nicht mehr aktiv weiter verfolgt.

- 62 **3. International Competition Network (ICN). a) Entstehungsgeschichte.** Keimzelle des ICN war der Anfang 2000 vorgelegte Bericht einer US-amerikanischen Expertengruppe, des sogenannten **International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)**.¹⁴⁴ Der Bericht empfahl, die identifizierten Probleme im Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenschlüsse, bei der Verfolgung internationaler Kartelle und im Grenzbereich zwischen Handels- und Wettbewerbspolitik nicht im Rahmen der WTO zu lösen, sondern eine unverbindlichere und praxisnahe Form der Zusammenarbeit im Rahmen eines Forums zum internationalen Gedankenaustausch über Wettbewerbsfragen zu finden. Diese Bemühungen wurden nachdrücklich von der International Bar Association (IBA) unterstützt, die im Februar 2001 zu einem Treffen in Ditchley Park (Großbritannien) einlud, auf dem sich rasch ein weitgehend an den ICPAC-Vorschlägen orientierter Konsens abzeichnete.¹⁴⁵ Am 25. 10. 2001 wurde dann anlässlich einer Konferenz in New York die Gründung des ICN von den Vorsitzenden von 14 Wettbewerbsbehörden, einschließlich der Behörden der USA, der Kommission, und des Bundeskartellamtes, verkündet.¹⁴⁶
- 63 **b) Strukturmerkmale.** Anders als in anderen multilateralen Organisationen sind nicht Staaten, sondern deren **Wettbewerbsbehörden** Mitglieder des ICN. Die Mitgliedschaft steht jeder Wettbewerbsbehörde offen. Die Einbeziehung der Entwicklungs- und Transformationsländer war den Gründern der ICN von Anfang an ein wichtiges Anliegen.¹⁴⁷

¹³⁸ WTO Singapore Ministerial Declaration, 13. 12. 1996, WT/MIN(96)/DEC, Ziff. 20.

¹³⁹ No. 23–25 Ministerial Declaration of 20th November 2001, WTO-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1.

¹⁴⁰ Communication of 21st September 2000 from the European Community and its Member States to the WTO Working Group, WTO-Doc. WT/WGTCP/W/152 of 25th September 2000.

¹⁴¹ Dazu ausführlich *Drexel*, ZWeR 2004, 191, 210 ff.

¹⁴² Zu den Singapur Themen gehören nach dem WTO-Fachjargon neben der Wettbewerbspolitik der Investitionsschutz, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, und Handelserleichterungen.

¹⁴³ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Drexel*, ZWeR 2004, 191, 192 ff.

¹⁴⁴ International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and the Assistant Attorney General – Final Report 2000 (ICPAC Report), verfügbar unter <http://www.usdoj.gov.atr>.

¹⁴⁵ Böge, WuW 2005, 590, 594.

¹⁴⁶ Memorandum on the Establishment and Operation of the International Competition Network, verfügbar unter <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mou.pdf>.

¹⁴⁷ Böge, WuW 2005, 590, 594. Inwieweit das ICN in der praktischen Arbeit dem Anspruch gerecht wird, auch diesen Behörden eine angemessene Teilhabe zu bieten, wird allerdings vielfach in Frage gestellt, vgl. etwa *Todino*, World Competition 2003, 283, 301 f.

Die ICN ist eine „**virtuelle Organisation**“ ohne eigenes Sekretariat. Sie steht unter Führung einer alle zwei Jahre gewählten „Steering Group“. Die inhaltliche Arbeit wird im wesentlichen von sich selbständig organisierenden **Arbeitsgruppen** geleistet, denen neben Vertretern der Wettbewerbsbehörden auch Vertreter der Anwaltschaft, Wissenschaft und anderer Organisationen (sog. *Non Governmental Advisors* (NGAs)) angehören. Derzeit gibt es bei der ICN fünf Arbeitsgruppen, die sich mit inhaltlichen Themen beschäftigen, namentlich zur Fusionskontrolle (*Mergers Working Group*), zur Kartellbekämpfung (*Cartels Working Group*), zur Missbrauchskontrolle (*Unilateral Conduct Working Group*), zur Leistung von Aufbauhilfe für Wettbewerbsbehörden in Entwicklungs- und Transformationsländern (*Agency Effectiveness Working Group*), sowie zur Förderung des Wettbewerbsprinzips im Rahmen nationaler Gesetzgebung (*Advocacy*). Die Arbeitsgruppen arbeiten unverbindliche Empfehlungen aus, die auf den jährlich stattfinden ICN-Konferenzen präsentiert werden.

c) Zielsetzung. Die Zielsetzung des ICN lässt sich als „**Konvergenz von unten**“ beschreiben.¹⁴⁸ Der ständige Meinungsaustausch zwischen führenden Beamten innerhalb der Arbeitsgruppen soll zu einer „kognitiven Konvergenz“ führen, d.h. einem gemeinsam gewachsenen Wettbewerbsverständnis.¹⁴⁹ Gleichzeitig wird durch die Institutionalisierung der Kontakte zwischen den Wettbewerbsbehörden ein Anreiz geschaffen, den unverbindlichen Empfehlungen der Arbeitsgruppen zu entsprechen, um längerfristig zum Kreis der innerhalb der ICN anerkannten Wettbewerbsbehörden zu gehören („*peer pressure*“).¹⁵⁰ Eine **Angleichung des materiellen Wettbewerbs- bzw. des Verfahrensrechts** kann die ICN als Organisation der Wettbewerbsbehörden naturgemäß nur bedingt leisten. Gleichwohl gibt es zunehmend Beispiele dafür, dass die Arbeit der ICN Arbeitsgruppen auch für Gesetzgebung als Katalysator gewirkt hat. So wurde etwa die Flexibilisierung des Zeitpunkts der Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Reform der EU-Fusionskontrollverordnung ausdrücklich damit begründet, dass dies im Sinne der entsprechenden ICN-Empfehlung sei.¹⁵¹

d) Inhaltliche Arbeit der Arbeitsgruppen. Von der größten praktischen Bedeutung für die Rechtsdurchsetzung sind die Arbeitsgruppen für Fusionskontrolle und Kartellbekämpfung. Die bereits bei Gründung der ICN eingesetzte Arbeitsgruppe für **Fusionskontrolle** hat bereits zahlreiche Empfehlungen ausgearbeitet, wobei der Schwerpunkt bisher auf Verfahrensfragen lag. Im Jahr 2002 verabschiedete die Arbeitsgruppe Leitprinzipien sowie „vorbildliche Verhaltensweisen“ für Anmeldungen und Durchführung von Fusionskontrollverfahren, die jedes Jahr fortgeschrieben werden.¹⁵² Diese Empfehlungen fordern unter anderem klare und transparente Aufgreifkriterien, Flexibilität hinsichtlich des Zeitpunktes der Anmeldung, eine angemessene Verfahrensdauer, und ein Mindestmaß von Verfahrensgarantien für die beteiligten Unternehmen. Darüber hinaus hat die Arbeitsgruppe ein Handbuch für Untersuchungsmethoden im Bereich der Fusionskontrolle, eine vergleichende Zusammenfassung der Leitlinien für die materiellrechtliche Prüfung von Zusammenschlussvorhaben, Empfehlungen für die fusionskontrollrechtliche Analyse („*recommended practices for merger analysis*“), eine strukturierte Übersicht über wichtige Aspekte der Fusionskontrollsysteme aller ICN-Mitglieder (sog. „*templates*“), sowie einen Bericht über Abhilfemaßnahmen erarbeitet.¹⁵³

Die 2004 ins Leben gerufene Arbeitsgruppe zur **Kartellbekämpfung** hat ihre ersten Arbeitsergebnisse auf der ICN-Konferenz 2005 in Bonn vorgestellt. Zwischenzeitlich hat

¹⁴⁸ Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, 16.

¹⁴⁹ Böge, WuW 2005, 590, 596.

¹⁵⁰ Böge aaO.

¹⁵¹ Dittert, WuW 2004, 148, 151.

¹⁵² ICN, Guiding Principles for Merger Notification and Review Procedures, und Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, erhältlich auf der ICN-Webseite.

¹⁵³ Allesamt erhältlich auf der ICN-Webseite.

die Arbeitsgruppe ein umfassendes Handbuch für Kartelluntersuchungen („Anti-Cartel Enforcement Manual“) erarbeitet. Weitere Berichte betreffen die Themenbereiche wirksame effektive Institutionen und Sanktionen, Maßnahmen gegen Justizbehinderungen, die Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des Kartellrechts, Vergleichsverfahren (settlements), und der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden in Kartellverfahren.¹⁵⁴

Die 2007 eingerichtete Arbeitsgruppe zum **Marktmachtmissbrauch** hat in relativ kurzer Zeit Berichte zu den Themen Marktbeherrschung/erhebliche Marktmacht, Ausschließlichkeitsbindungen (single-branding/exclusive dealing), Kampfpreise (predatory pricing), Kopplungsverträgen (tying/bundled discounting), Treuerabatte (loyalty rebates and discounts), und Liefer- bzw. Zugangsverweigerungen (refusals to deal) verfasst.¹⁵⁵

- 67 **e) Bewertung und Ausblick.** Die Bewertungen der bisherigen Arbeit der ICN fallen überwiegend positiv aus.¹⁵⁶ Anzuerkennen ist, dass der pragmatische Ansatz der ICN nicht nur in kürzester Zeit nachweisbare Ergebnisse erzielt hat, sondern auch zu einer Verbreitung des Wettbewerbsgedankens geführt hat, die schwerfällige intergouvernementale Prozesse mit der unausweichlichen Verquickung mit vielfältigen Handelsinteressen niemals erlaubt hätten. Zugegebenermaßen kann die in der ICN erstrebte „soft convergence“ ebenso wenig wie die relativ unverbindlichen Kooperationspflichten des EU-US Abkommens und vergleichbarer bilateraler Abkommen divergierende Entscheidungen der Kartellbehörden in Einzelfällen nicht vermeiden. Letztlich ist die völlige Vermeidung solcher Entwicklungen aufgrund der Sachverhaltsspezifität des Kartellrechts nicht durch eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts, sondern nur durch Schaffung einer ausschließlichen Behördenzuständigkeit möglich, sei es durch Einrichtung einer „Weltkartellbehörde“ oder eines bindenden Zuweisungssystems an die für den jeweiligen Sachverhalt best platzierte Behörde. Die Verständigung der internationalen Staatengemeinschaft auf ein solches System scheint jedoch – wenn man es überhaupt als erstrebenswert ansieht – auf absehbare Zeit unrealistisch, so dass eine weitere Verbesserung der bi- und multilateralen Kooperationsmechanismen wie dem EU-US Abkommen und dem ICN mittelfristig der einzig gangbare Weg zur Herstellung größerer Harmonie bei der internationalen Kartellrechtsdurchsetzung darstellt.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Allesamt erhältlich auf der ICN-Webseite.

¹⁵⁵ Allesamt erhältlich auf der ICN-Webseite.

¹⁵⁶ Siehe etwa *Lipsky*, 75 Antitrust L.J. (2009), 965, *Sokol*, 4 Berkeley Bus. L.J. (2007), 37, 121 f.; *Fingleton*, 6 Comp L. Int'l (2010), 5; *Böge*, WuW 2005, 590, 599. Kritisch wegen der vermeintlichen Ausgrenzung von Entwicklungsländern ohne spezifisches Kartellrecht *Martin*, 7 Rich. J. Global L. & Bus. (2008) 297, 306.

¹⁵⁷ Ebenso *Möschel*, WuW 2005, 479.