

Holger Fleischer / Torsten Körber, Göttingen\*)

## Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht

### I. Einleitung

Das Europäische Wettbewerbsrecht hat sich im Verlaufe der vergangenen vier Jahrzehnte in Austausch und Berührung mit fremden Rechtsordnungen entwickelt. Bei seiner allmählichen Ausformung zu einem feingliedrig verästelten System von Rechtssätzen stand vielfach das US-amerikanische Antitrustrecht mit seinem reichhaltigen Erfahrungsschatz Pate: Dort haben Kommission und Gerichtshof bei neuartigen Fragestellungen immer wieder nach Orientierung gesucht, und nicht selten sind sie seiner Wegleitung ganz oder teilweise gefolgt. Man möchte meinen, dass dieser außerordentlich bedeutsame Rezeptionsvorgang längst die Aufmerksamkeit der europäischen Kartellrechtswissenschaft auf sich gezogen hat, doch liegen gründlichere Untersuchungen bislang nur zu Einzelfragen vor. Eine umfassende theoretische Aufarbeitung steht noch aus. Hierüber eine breitere Debatte anzustoßen, ist das Anliegen dieses Beitrages. Er macht es sich zur Aufgabe, den Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht großflächig auszumessen. Dazu werden in einem ersten Teil jene Problembereiche vorgestellt, bei denen man einen Rückgriff auf transatlantische Rechtsfiguren erwogen und entweder befürwortet oder verworfen hat. Als Anschauungsmaterial dienen nahezu ausnahmslos Einzelbeispiele, in denen die jeweiligen Verbindungslinien von Kommission, Generalanwalt oder Gerichtshof selbst explizit gezogen worden sind. Der sich anschließende zweite Teil strebt nach theoretischer Vertiefung: Er fragt anhand der erörterten Beispielfälle nach den Kennzeichen geglückter Rezeptionsvorgänge im Kartellrecht und zeigt zugleich die Sachgrenzen einer Übernahme ausländischer Rechtssätze auf.

### II. Praktische Beispiele der Rezeption US-amerikanischer Rechtsfiguren

Für eine geordnete Gesamtdarstellung empfiehlt es sich, dem Grundmuster des Europäischen Wettbewerbsrechts zu folgen und nacheinander dem Phänomen der Übernahme fremder Rechtsfiguren auf den Feldern des Kartell- und Missbrauchsverbots, der Fusionskontrolle, des Kartellverfahrensrechts sowie des Internationalen Kartellrechts nachzuspüren.

#### 1. Kartellverbot

Was die horizontalen Absprachen unter Marktteilnehmern anlangt, konzentriert sich das rechtsvergleichende Interesse vornehmlich auf die Reichweite des Kartellverbots, wie es gleichermaßen in Art. 81 EG und Sec. 1 Sherman Act festgeschrieben ist.

##### a) Tarifverträge

Das aktuellste Beispiel eines Herüberwirkens US-amerikanischen Gedankenguts in das Gemeinschaftsrecht bilden die kartellrechtlichen Grenzen von Tarifverträgen.<sup>1)</sup> Wieweit Absprachen über Arbeitsverhältnisse dem Geltungsbereich der Art. 81 und 82 EG entzogen sind, war bis zuletzt gänzlich ungeklärt.<sup>2)</sup> Ins juristische Rampenlicht getreten ist die Frage kürzlich durch das Vorabentscheidungsersuchen eines niederländischen Gerichts über die Pflichtmitgliedschaft von Arbeitgebern in einem Betriebsrentenfonds. Weil es sich hierbei um ein vom Gerichtshof noch nicht entschiedenes Problem handelte, wandte sich Generalan-

walt Jacobs in seinen Schlussanträgen unter anderem den Lösungsansätzen im Recht der Vereinigten Staaten zu.<sup>3)</sup> Seine weit ausgreifende Analyse führte ihn zu einer begrenzten Bereichsausnahme für Tarifverträge, die sich in ihren Voraussetzungen eng an amerikanische Leitentscheidungen zur *nonstatutory labor exemption* anlehnt.<sup>4)</sup> Der Gerichtshof hat sich diesem differenzierten Denkansatz indes nicht angeschlossen, sondern ohne nähere Begründung einen allgemeineren Lösungsweg gewählt.<sup>5)</sup>

##### b) Absprachen im Profisport

Ausführliche Bezugnahmen auf das US-amerikanische Antitrustrecht finden sich weiter in der vielbeachteten Bosman-Entscheidung des EuGH zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Ablösesummen und Ausländerklauseln im Berufsfußball.<sup>6)</sup> Hier war es Generalanwalt Lenz, der in seinen Schlussanträgen das reichhaltige Fallmaterial amerikanischer Gerichte erschlossen und ausgewertet hat.<sup>7)</sup> Der EuGH ließ die Vereinbarkeit der betreffenden Regelungen mit dem Kartellrecht dahinstehen und stützte seine Entscheidung auf einen Verstoß gegen die Freizügigkeit.<sup>8)</sup> Im deutschen und europäischen Schrifttum hat man die breite Fallgruppenauffächerung, die das amerikanische Kartellrecht insoweit bietet, allerdings rasch aufgegriffen und die verschiedensten Absprachen im Profisport auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 81 EG durchgemustert.<sup>9)</sup>

##### c) Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen

Gleichen Schrittes marschieren das europäische und amerikanische Wettbewerbsrecht neuerdings auch bei der Behandlung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>10)</sup> Auf dem Prüfstand stehen hier vor allem Absprachen zwischen verbundenen Unternehmen über die Aufteilung von Absatzmärkten. In den Vereinigten Staaten hat man derartige Vereinbarungen lange Zeit unter das Kartellverbot von Sec. 1 Sherman Act subsumiert,<sup>11)</sup> diese sog. *intra enterprise conspiracy-Doktrin* aber in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1984 zugunsten einer kollektivistischen Konzernsicht aufgegeben.<sup>12)</sup> Die gemeinschaftsrechtliche Spruchpraxis präsentierte sich bis zur Viho-Entscheidung aus dem Jahre 1996 uneinheitlich: Vorbereitet durch die sorgfältigen Schlussanträge seines Generalanwalts Lenz, in denen die amerikanische Judikatur zur Lösungsfindung ausdrücklich herangezogen wurde,<sup>13)</sup> urteilte der EuGH dort in Übereinstimmung mit der Copperweld-Entscheidung des U.S. Supreme Court, dass innerkonzernliche Gebietsaufteilungen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren 100%igen Tochtergesellschaften dem Anwendungsbereich des Art. 81 EG entrückt sind.<sup>14)</sup>

##### d) Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften

Eine zeitlich parallele, aber inhaltlich weitgehend voneinander unabhängige Entwicklung nahmen US-amerikanisches und europäisches Kartellrecht auf dem Gebiet der Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften.<sup>15)</sup> Die ersten europäi-

3) Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge zu EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Tz. 80–127.

4) Vgl. Generalanwalt Jacobs, a.a.O. (Fn. 3), Tz. 190–194 unter weitgehender Übernahme der Entscheidungsformel in Mackey v. NFL, 543 F. 2d 606, 614 (8th Cir. 1976), cert. dismissed, 434 U.S. 801 (1977).

5) Vgl. EuGH, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 54–60; dazu ausführlich und rechtsvergleichend Fleischer, DB 2000, 821, 823 ff.; ferner Blanke, AuR 2000, 34; Büdenbender, ZIP 2000, 34.

6) Vgl. EuGH, 15. 12. 1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman.

7) Vgl. Generalanwalt Lenz, Schlussanträge zu EuGH, a.a.O. (Fn. 6), Tz. 273–274.

8) Vgl. EuGH, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 138.

9) Monographisch Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997; ausführlich auch Fleischer, WuW 1995, 473 ff.

10) Vgl. EuGH, 24. 10. 1996, Rs. C-73/95 P, Slg. 1996, I-5457 – Viho; monographisch zuvor Potrafke, Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen und darauf beruhende Verhaltensweisen, 1991.

11) Grundlegend United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947).

12) Vgl. Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

13) Vgl. Generalanwalt Lenz, Schlussanträge zu EuGH, a.a.O. (Fn. 10), Tz. 73.

14) Vgl. EuGH, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 16–17; Rezensionenabhandlung bei Fleischer, AG 1997, 491.

15) Monographisch Ullrich, Kooperative Forschung und Kartellrecht, 1988; Fuchs, Kartellrechtliche Grenzen der Forschungskoooperation, 1989; Ziegler, Die Zulässigkeit der Forschungskoooperation im Kartellrecht der EG und der USA, 1991.

\*) Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung der Universität Göttingen.

1) EuGH, 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 – Albany.

2) Monographisch v. Wallwitz, Tarifverträge und Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1997.

schen Ansätze zu einer besonderen Behandlung derartiger Kooperationsformen können in der Kooperationsbekanntmachung von 1968 gesehen werden und gehen damit entsprechenden Überlegungen in den USA voraus. Dann kam es fast zeitgleich zu konkreten Regelungen im US-National Cooperative Research Act (NCRA) vom 11. 10. 1984<sup>16)</sup> und in der EWG-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 415/85 für F&E-Gemeinschaften vom 19. 12. 1984. Zwar verfolgen beide Regelungen das Ziel, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Wirtschaft gegenüber ausländischer Konkurrenz zu erhalten, doch weist bereits ihre grundsätzliche Ausrichtung beträchtliche Unterschiede auf: Während die GFVO Nr. 415/85 deutliche industriepolitische Züge trägt, ist der Grundsatz des NCRA ordnungspolitisch Natur.<sup>17)</sup> Auch die Regelungsmethode des NCRA ist wesentlich zurückhaltender. Während die GFVO Nr. 415/85 ganze Gruppen von Vereinbarungen vom Kartellverbot freistellt und damit einen verallgemeinernden Ansatz verfolgt, geht der NCRA genau umgekehrt vor, indem er lediglich eine Einzelfallprüfung von Forschungsgemeinschaften anhand der *rule of reason* anordnet und damit die generalisierende Aufstellung von *per se*-Regeln ausschließt. Daher verwundert es nicht, dass sich wechselseitige Einflüsse der beiden Regelungen, soweit ersichtlich, darauf beschränken, die Maßnahmen der „Gegenseite“ als Rechtfertigung für die eigenen – industriepolitisch motivierten oder jedenfalls im Ergebnis industriepolitisch wirkenden – Maßnahmen heranzuziehen.<sup>18)</sup>

#### e) *Rule of Reason*

Der *rule of reason*-Ansatz des US-Antitrustrechts ist uns bereits im Zusammenhang mit den Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften begegnet. Während eine *per se*-Regel bestimmte, offensichtlich wettbewerbschädliche Verhaltensweisen als solche für kartellrechtswidrig erklärt,<sup>19)</sup> sind nach dem *rule of reason*-Ansatz bei der kartellrechtlichen Würdigung unternehmerischen Verhaltens nicht nur dessen wettbewerbschädliche Wirkungen, sondern auch die mit diesem Verhalten verfolgten wirtschaftlichen Zwecke und wettbewerbsfördernden Auswirkungen zu berücksichtigen. Eine Verhaltensweise verstößt nach diesem Ansatz nur dann gegen das Kartellrecht, wenn sie nicht erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen bzw. wenn die von ihr ausgehenden wettbewerbschädlichen Nachteile die mit ihr verbundenen wettbewerbschädlichen Vorteile überwiegen.<sup>20)</sup> Außerwettbewerbliche Aspekte, etwa wirtschafts-, sozial- oder allgemeinpolitische Erwägungen, bleiben bei diesem Abwägungsprozess außer Betracht.<sup>21)</sup> Mit Blick auf das US-Recht betonte schon Generalanwalt Roemer in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Consten und Grundig, es könne auch bei der Beurteilung einer Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 1 EG nicht von konkreten Marktbeobachtungen abgesehen werden. Zwar sollte man die Grundsätze des US-Rechts schon mit Blick auf die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG nicht in vollem Umfang nachahmen. Doch erschiene es „unnatürlich“, Art. 81 Abs. 1 EG auf Sachverhalte anzuwenden, die bei näherer Betrachtung „keine nennenswerte Wettbewerbsbeeinträchtigung“ aufwiesen.<sup>22)</sup> Auch die Klägerinnen und die deutsche Regierung hatten argumentiert, die Kommission dürfe Art. 81 Abs. 1 EG nicht für anwendbar erklären, ohne zuvor anhand einer „vernünftigen Auslegung („rule of reason“ die wirtschaftlichen Auswirkungen des streitigen Vertrages auf

16) 15 U.S.C.A. §§ 4301–4304 (1999).

17) Vgl. Ziegler, a.a.O. (Fn. 15), S. 29 ff.; Fuchs, a.a.O. (Fn. 15), S. 160 ff.

18) Vgl. dazu Fuchs, a.a.O. (Fn. 15), S. 93 Fn. 49, 160; Ziegler, a.a.O. (Fn. 15), S. 34, 43 f. 49.

19) Z. B. Preiskartelle in den Fällen United States v. Trenton Pottery Co., 273 U.S. 392 (1927); United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

20) Monographisch Ackermann, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, 1997, S. 11 f. und passim.

21) Vgl. National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978); anders noch Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918) (Schutz der Kleinunternehmer) und Appalachian Coals v. United States, 288 U.S. 344 (1933) (Strukturkrisenkartell).

22) Generalanwalt Roemer, Schlussanträge zu EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 322 – Consten und Grundig, S. 411.

den Wettbewerb zu prüfen. Der EuGH nahm diese Anregungen jedoch nicht auf und hielt eine Berücksichtigung der tatsächlichen wettbewerbschädlichen Auswirkungen einer Vereinbarung jedenfalls dann für entbehrlich, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung wie im vorliegenden Fall bezwecke.<sup>23)</sup>

Auch in der Folgezeit hat der EuGH den *rule of reason*-Ansatz in Bezug auf Art. 81 Abs. 1 EG niemals ausdrücklich rezipiert, wenngleich sich in der Rechtsprechung durchaus Fälle finden, in denen er einen Verstoß gegen das Kartellverbot verneinte, obwohl die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG an sich gegeben waren.<sup>24)</sup> Abgesehen von der Spruchpraxis zum Spürbarkeitskriterium<sup>25)</sup> wird in der Literatur auf die Entscheidungen zur wettbewerbsfördernden Wirkung von Vereinbarungen zur Verminderung von Markterschließungsrisiken verwiesen.<sup>26)</sup> Parallelen zum *rule of reason*-Ansatz werden aber insbesondere mit Blick auf die Beurteilung sog. „ancillary restraints“ deutlich. Nach der *ancillary restraints*-Doktrin des US-Antitrustrechts sind wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden zulässig, wenn sie einem legitimen Hauptzweck untergeordnet und für die Erreichung dieses Zweckes erforderlich sind.<sup>27)</sup> Zwar ist diese Doktrin älter als die *rule of reason*, doch wird sie zu Recht als einer ihrer Fälle bezeichnet.<sup>28)</sup> Ein ähnlicher Ansatz liegt der EuGH-Entscheidung Remia zu einem Wettbewerbsverbot in einem Unternehmensveräußerungsvertrag zugrunde.<sup>29)</sup>

## 2. Missbrauchsverbot

Allgegenwärtig ist das US-amerikanische Fallmaterial weiter bei der Entfaltung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots für marktbeherrschende Unternehmen. In den Einzelergebnissen sind hier Konsonanzen und Dissonanzen zwischen beiden Wettbewerbsordnungen zu verzeichnen.

### a) *Kampfpreisunterbietung*

Einen Brennpunkt der neueren Diskussion bilden die kartellrechtlichen Grenzen des Preiswettbewerbs, die durch die Masushita-Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten<sup>30)</sup> und das Akzo-Urteil des Europäischen Gerichtshofs<sup>31)</sup> rechtsgrundsätzlich abgesteckt wurden. In der Folge hat der Supreme Court seine eigene Spruchpraxis durch die Brooke Groupe-Entscheidung aus dem Jahre 1994 weiter verfeinert: Danach bildet der Verkauf unter Selbstkosten nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung einer gezielten Kampfpreisunterbietung; hinzukommen muss eine auf bestimmte Tatsachen gegründete Wahrscheinlichkeit, dass der Preisbrecher die zunächst in Kauf genommenen Verluste durch suprakompetitive Gewinne später wieder ausgleichen kann.<sup>32)</sup> Ebendiese zweigliedrige Formel wollte das marktbeherrschende Unternehmen in der Tetra Pak-Entscheidung auch im Rahmen des Art. 82 EG angewendet wissen.<sup>33)</sup> Das Gericht erster Instanz vermied indes jede Auseinandersetzung mit dem rechtsvergleichenden Argument und beließ es bei der allge-

23) EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 322, 390 – Consten und Grundig.

24) Vgl. Übersichten bei Ackermann, a.a.O. (Fn. 20), S. 171 ff.; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, S. 420 ff.

25) Z. B. EuGH, 18. 2. 1971, Rs. 40/70, Slg. 1971, 69 Rn. 13 – Sirena; dazu Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, EG-WbR (1997 ff.), Art. 85 Abs. 1, S. 175 ff.

26) Siehe schon EuGH, 30. 6. 1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 304 – Maschinenbau Ulm; dazu Ackermann, a.a.O. (Fn. 20), S. 167 f.; weitere Rechtsprechungsnachweise ebenda auf S. 177 ff.

27) Vgl. United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85, F. 271, 282 (6th Cir. 1899), affirmed 175 U.S. 211 (1899).

28) Ackermann, a.a.O. (Fn. 20), S. 23.

29) EuGH, 11. 7. 1985, Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 – Remia; dazu kritisch Ackermann, a.a.O. (Fn. 20), S. 190; zur Beurteilung von *ancillary restraints* im Gemeinschaftskartellrecht auch Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, EG-WbR, Art. 85 Abs. 1, S. 193 ff. Für das deutsche Kartellrecht wird dieser Aspekt unter dem Stichwort „Immanenztheorie“ diskutiert; zur Anwendung der *rule of reason* im internationalen Kartellrecht siehe noch unten II. 5.

30) Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

31) EuGH, 3. 7. 1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359 – Akzo.

32) Brooke Groupe Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 113, Ct. 2578 (1993).

33) Vgl. EuG, 6. 10. 1994, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-762 Rn. 143 – Tetra Pak.

meinen Bemerkung, dass Verlustkäufe gegen Art. 82 EG verstoßen, wenn sie als Verdrängungspraktiken anzusehen sind.<sup>34)</sup>

#### b) Sekundäre Produktmärkte

Größeren Anklang fand das amerikanische Vorbild dagegen bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung des Behinderungsmissbrauchs auf sekundären Produktmärkten. Angesprochen sind damit Fallgestaltungen, in denen der Hersteller eines Haupterzeugnisses den nachgelagerten Markt für Ersatzteile, Betriebsmittel oder Wartungsdienste zu monopolisieren sucht. Der EuGH hatte hierzu in einem frühen Urteil aus dem Jahre 1979 Stellung bezogen,<sup>35)</sup> ohne den juristischen und ökonomischen Argumentationshaushalt freilich auszuschöpfen. Erstmals ausführlicher aufgegriffen wurde die Fragestellung im 25. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 1995, in dem die Kommission nach sachgerechten Lösungen für sekundäre Produktmärkte Ausschau hielt.<sup>36)</sup> Unter ausdrücklichem Rückgriff auf die Kodak-Entscheidung des Supreme Court<sup>37)</sup> entwickelte sie dort ein ausdifferenziertes Prüfungsschema, das den wirtschaftlichen Besonderheiten verbundener Märkte besser Rechnung trägt. Eine kürzlich ergangene Beschwerdeentscheidung der Kommission hat diese Spruchpraxis fortgeführt und die Verbindungslinien zum amerikanischen Wettbewerbsrecht abermals betont.<sup>38)</sup>

#### c) Essential facilities-Doktrin

Endlich hat das U.S.-amerikanische Kartellrecht eine Vorreiterrolle bei der Ausarbeitung der *essential facilities*-Doktrin im Rahmen des Art. 82 EG gespielt. Angeregt durch das transatlantische Vor- und Leitbild hat die Kommission in ihren Seehafen-Entscheidungen aus dem Jahre 1990 Sonderregeln für die Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen entwickelt.<sup>39)</sup> Diese Spruchpraxis hat im Schrifttum einen enormen Widerhall gefunden<sup>40)</sup> und in der Magill-Entscheidung des EuGH erste Spuren hinterlassen.<sup>41)</sup> Gelegenheit zur weiteren tatbestandlichen Konturierung der *essential facilities*-Doktrin bot dann im vergangenen Jahr die Bronner-Entscheidung. In mustergültiger rechtsvergleichender Analyse zeichnete Generalanwalt *Jacobs* dort die Ursprünge dieser Rechtsfigur im US-amerikanischen Antitrustrecht nach und trat unter Hinweis auf wohlfahrtsökonomische und rechtsvergleichende Argumente für ihre restriktive Handhabung ein.<sup>42)</sup> Der EuGH hat sich dem im Ergebnis weithin angeschlossen und dem Anwendungsbeereich der *essential facilities*-Doktrin – in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Auffassung in den Vereinigten Staaten<sup>43)</sup> – vergleichsweise enge Grenzen gezogen.<sup>44)</sup>

### 3. Fusionskontrolle

Ein Beispiel für die erfolgreiche, wenn auch modifizierende Rezeption einer US-rechtlichen Doktrin in das Gemeinschaftskartellrecht bildet die sog. *failing com-*

34) Vgl. EuG, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 147, kritisch dazu *Fleischer*, Behinderungswettbewerb durch Produktinnovation, 1997, S. 137.

35) Vgl. EuGH, 31.5.1979, Rs.- 22/78, Slg. 1979, 1869 – Hugin.

36) Vgl. Kommission, 25. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1995, Tz. 86–87; fortgeführt durch die Bekanntmachung v. 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Gemeinschaftsrecht, ABIEG 1997 Nr. C 372/5 Tz. 56; ferner die sorgfältige Problemaufbereitung bei *Chevalier*, Competition Policy Newsletter 1998, 26.

37) Vgl. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Serv., Inc., 112 S.Ct. 2072 (1992).

38) Vgl. die Entscheidung Info-Lab/Ricoh vom 7.1.1999, dokumentiert und erläutert von *E. Fischer*, Competition Policy Newsletter 1999, 35; ausführlich und rechtsvergleichend *Fleischer*, RIW 2000, 22 ff.

39) Vgl. Kommission, EG-Bulletin Nr. 6, 1992, Tz. 13.30 = 22. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Tz. 219 – Sealink I; ABIEG 1994 Nr. L 15, S. 8 – Sealink II; ABIEG 1994 Nr. L 55, S. 52 – Hafen von Rødby.

40) Zusammenfassend *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 24), S. 461 f.

41) Vgl. EuGH, 6.4.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 RTE und ITP (Magill).

42) Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner, Tz. 35–53.

43) Zusammenfassend und vertiefend *Lipsky/Sidak*, 51 Stanford L. Rev. 1187 (1999).

44) Vgl. EuGH a.a.O. (Fn. 42) – Bronner; dazu der Besprechungsaufsatz von *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350 ff.

*pany defence*. Dieser Ansatz wurde von der US-Rechtsprechung entwickelt<sup>45)</sup> und auch von den Kartellbehörden in ihren Horizontal Merger Guidelines aufgegriffen.<sup>46)</sup> Nach Sec. 7 Clayton Act ist ein Zusammenschluss verboten, wenn er zu einer substanziellen Wettbewerbsverminderung führt oder Ausdruck einer Monopolisierungstendenz ist.<sup>47)</sup> Dies wiederum ist der Fall, wenn er zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt oder deren Ausübung erleichtert.<sup>48)</sup> Eine für ein Zusammenschlussverbot hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Voraussetzung ist nach der *failing company defence* unter vier Voraussetzungen zu verneinen: Das Unternehmen muss *erstens* auf absehbare Zeit zahlungsunfähig sein. Es darf *zweitens* keine konkursrechtliche Sanierung in Betracht kommen. *Drittens* muss es in gutem Glauben nach alternativen Veräußerungsmöglichkeiten gesucht haben, die das Unternehmen auf dem Markt gehalten, den Wettbewerb aber weniger gefährdet hätten als der vorgesehene Zusammenschluss. *Schließlich* muss feststehen, dass das Unternehmen ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde.

Im Verfahren Kali + Salz machten sich die Zusammenschlussbeteiligten die *failing company defence* zu eigen. Sie argumentierten, dass das von Kali + Salz erworbene Unternehmen ohne den Zusammenschluss kurzfristig aus dem Markt ausscheiden müsse und dessen Marktanteile in diesem Fall im Wesentlichen der Kali + Salz zuwachsen würden. Folglich müsse die durch den Zusammenschluss eintretende Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hingenommen werden.<sup>49)</sup> Die Kommission bestätigte, dass eine derartige Argumentation nach Art. 2 Abs. 2 FKVO unter dem Gesichtspunkt der Kausalität des Zusammenschlusses für die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Stellung berücksichtigt werden könne, und stellte dafür drei Voraussetzungen auf: Es müsse *erstens* feststehen, dass das erworbene Unternehmen ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde; *zweitens*, dass die Marktposition dieses Unternehmens in diesem Fall dem Erwerber zuwachsen würde und *drittens*, dass es keine weniger wettbewerbschädliche Erwerbsalternative gebe.<sup>50)</sup> Die französische Regierung griff die letztlich positive Entscheidung der Kommission über den Zusammenschluss mit einer Nichtigkeitsklage an, die sie u.a. mit der angeblich unrichtigen Anwendung der amerikanischen *failing company defence* durch die Kommission begründete.<sup>51)</sup> So habe die Kommission die ersten beiden Kriterien des US-amerikanischen Tests nicht berücksichtigt und ihm dafür mit ihrer zweiten Voraussetzung der Marktabsorption willkürlich ein weiteres Kriterium hinzugefügt.<sup>52)</sup> Die Kommission räumte ein, dass sie sich die amerikanische Doktrin nicht vollständig zu eigen gemacht habe, doch ändere dies nichts an der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung.<sup>53)</sup> Der EuGH gab ihr Recht: Die unvollständige Übereinstimmung des Tests der Kommission mit demjenigen des US-Antitrustrechts sei für sich genommen kein Grund für die Ungültigkeit der Entscheidung. Dies sei vielmehr erst dann der Fall, wenn die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen nicht geeignet wären, die Ursächlichkeit eines Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes auszuschließen.<sup>54)</sup> Das Kriterium der Marktabsorption solle insoweit gewähr-

45) International Shoe Co. v. F.T.C., 280 U.S. 291 (1930); Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 319 (1962); United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).

46) Horizontal Merger Guidelines des U.S. Department of Justice und der Federal Trade Commission vom 2.4.1992, in der Fassung vom 8.4.1997, [http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/hmg1.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html).

47) 15 U.S.C.A. § 18 (1999).

48) Horizontal Merger Guidelines, a.a.O. (Fn. 46), Tz. 0.2.

49) Kommission, 14.12.1993, Fall IV/M.308, ABIEG 1994 Nr. L 186/38 – Kali + Salz, Tz. 70.

50) Kommission, a.a.O. (Fn. 49), S. 49 Tz. 71.

51) Siehe EuGH, 18.2.1994, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 Rn. 90 ff. – Frankreich, SCPA und EMC/Kommission.

52) Siehe EuGH a.a.O. (Fn. 51) Rn. 93 f.

53) Siehe EuGH a.a.O. (Fn. 51) Rn. 100.

54) EuGH a.a.O. (Fn. 51) Rn. 112.

leisten, dass das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes nur dann ausgeschlossen werden könne, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, zu der es nach dem Zusammenschluss komme, auch ohne diesen *in gleicher Weise* eintreten würde.<sup>55)</sup>

#### 4. Kartellverfahrensrecht

Ein Einfluss des US-amerikanischen auf das europäische Kartellverfahrensrecht i.w.S. liegt auf den ersten Blick auch auf dem Gebiet des gerichtlichen Drittschutzes nahe. Hier kann das US-Antitrustrecht auf eine lange Tradition zurückblicken. Bereits der Sherman Act von 1890 sah in seiner Sec. 7 die Möglichkeit zur Erhebung von privaten Schadensersatzklagen gegen Antitrustrechtsverletzer vor. Heute ermöglichen Sec. 4 Clayton Act Klagen auf dreifachen Schadensersatz (*treble-damage action*) und Sec. 16 Clayton Act Klagen auf Unterlassung (*injunctive relief*). Nach anfänglicher Skepsis in der Literatur fanden Drittklagemöglichkeiten auch auf europäischer Ebene zunehmend Anerkennung,<sup>56)</sup> namentlich auf dem Gebiet der Fusionskontrolle.<sup>57)</sup> Gleichwohl sind konkrete Einflüsse des US-Rechts auf die europäische Praxis nicht zu erkennen.<sup>58)</sup>

#### 5. Internationales Kartellrecht

Eine ausführliche Analyse US-amerikanischer Ansätze zum Internationalen Kartellrecht findet sich schließlich in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Darmon* zur Zellstoff-Entscheidung des EuGH.<sup>59)</sup> Zur Diskussion stand die Frage, ob Preisabsprachen innerhalb der Zellstoffindustrie, an denen ausschließlich außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen beteiligt waren, allein aufgrund ihrer Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt an Art. 81 EG zu messen seien, d.h. ob auch das Internationale Kartellrecht der Gemeinschaft dem von der US-Rechtsprechung entwickelten und von der Kommission praktizierten „reinen Auswirkungsprinzip“ folgen sollte.<sup>60)</sup> Generalanwalt *Darmon* fasste die damalige amerikanische Position in zwei Grundsätzen zusammen: Nach dem *ersten* war das US-Antitrustrecht auf Verhaltensweisen anwendbar, die sich auf den Handel der USA unmittelbar, wesentlich und vorhersehbar auswirkten (sog. „qualifizierte Auswirkung“); nach dem *zweiten* durfte diese Zuständigkeit aber nur nach Maßgabe der *rule of reason* ausgeübt werden, d.h. nach Abwägung der amerikanischen Interessen an der Anwendung des US-Rechts mit den ausländischen an dessen Nichtanwendung (sog. „*judicial interest balancing*“).<sup>61)</sup> Zur Übernahme in das Internationale Gemeinschaftskartellrecht empfahl Generalanwalt *Darmon* nur den ersten Grundsatz;<sup>62)</sup> hinsichtlich des „*judicial interest balancing*“ lehnte er dies ab, weil das amerikanische Recht keine Zuständigkeitskriterien zur Verfügung stellen könne, die hinreichend klar und erprobt wären, um ohne weiteres angewendet werden zu können.<sup>63)</sup> Der EuGH vertrat, ohne auf die Ausführungen

55) EuGH a.a.O. (Fn. 51) Rn. 115. Auf den Einwand der fehlenden Prüfung der ersten beiden Kriterien des US-amerikanischen Tests geht der EuGH zu Recht nicht ein, weil diese letztlich vom Kriterium des feststehenden Ausscheidens aus dem Markt umfasst werden.

56) Monographisch *Körber*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996.

57) Grundlegend EuC, 24.3.1994, Rs. T-3/93, Slg. 1994, II-121, 135 f. Rn. 55 ff. – Air France I; dazu ausführlich *Körber*, EuZW 1996, 267; *ders.*, RW 1998, 910 ff.

58) Eine Bezugnahme auf die US-Rechtsprechung zur Klagebefugnis Einzelner ist, soweit ersichtlich, nur im Parteivortrag zur Entscheidung EuGH, 2.4.1998, Rs. C-321/95, Slg. 1998, I-1651 Rn. 20 ff. – Greenpeace zu finden. Der EuGH ging in dieser Entscheidung auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts nicht auf die – hier im Gegensatz zum Kartellrecht großzügigeren – Maßstäbe des US-Rechts ein.

59) EuGH, 25.5.1988, verb. Rs. 89/85, 104/85 u.a. Slg. 1988, 5193 – Ahlström (Zellstoff).

60) Näher dazu *Basedow*, Weltkartellrecht, 1998, S. 19 ff.; monographisch *Schirmer*, Die Konkretisierung des Auswirkungsprinzips im internationalen Kartellrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts der Vereinigten Staaten von Amerika, 1997.

61) Vgl. Generalanwalt *Darmon*, a.a.O. (Fn. 59), Tz. 40 f.

62) Generalanwalt *Darmon*, a.a.O. (Fn. 59), Tz. 50 ff. und 82.

63) Generalanwalt *Darmon*, a.a.O. (Fn. 59), Tz. 46.

des Generalanwalts einzugehen, einen vermittelnden Ansatz und stellte auf den Ort ab, an dem das Kartell durchgeführt wird.<sup>64)</sup>

### III. Theoretische Grundlagen der Rezeption ausländischer Kartellrechtssätze

Das Panorama der vorgestellten Beispiele zeigt eindrucksvoll, dass kartellrechtliche Lösungen stets *sachgebunden* sind, d.h. Antworten auf ganz bestimmte Fragen der Wettbewerbsordnung geben, die inhaltlich von den wirtschaftlichen Gegebenheiten und Sachgesetzlichkeiten weithin vorbestimmt und infolgedessen nicht beliebig gestaltbar sind. Damit ist freilich noch nicht dargetan, wann sich die Übernahme anderwärts vorgefundener Kartellrechtssätze in das Gemeinschaftsrecht empfiehlt und wer als Motor einer solchen Rezeption anzusehen ist. Von beidem ist nacheinander zu handeln.

#### 1. Träger der Rezeption

Als Träger der Rezeption ausländischer Kartellrechtssätze kommen insbesondere die Europäische Kommission und die Generalanwälte am EuGH sowie der Gerichtshof, aber auch Kartellanwälte und Kartellrechtswissenschaft in Betracht.

##### a) Kommission

Eine herausragende Rolle bei der Rezeption ausländischer Rechtssätze spielt die Kommission. Im Vergleich zu den anderen potenziellen Rezeptionsträgern verfügt sie nicht nur über größere Ressourcen,<sup>65)</sup> sondern kann auch auf vielfältige Weise anregend und steuernd Einfluss auf die Entwicklung des Gemeinschaftskartellrechts nehmen. Zentrale Bedeutung kommt ihr als *Exekutivorgan* zu: Sie ist nach Art. 9 der VO Nr. 17/62 für die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und nach Art. 21 FKVO für die europäische Fusionskontrolle zuständig. Andere gemeineuropäische Kartellbehörden gibt es nicht. In Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts kann die Kommission diesem rechtsvergleichend neue Felder erschließen, wie die oben beschriebenen Beispiele der *essential facilities*-Doktrin oder der *failing company defence* zeigen.<sup>66)</sup> Während der Gerichtshof über die ihm vorgelegten Fälle entscheiden *mus*s, aber auch nur über diese Fälle entscheiden *kann*, wird das Verfahren nach der VO Nr. 17/62 vom Opportunitätsprinzip beherrscht.<sup>67)</sup> Für die Kommission ergibt sich daraus die Möglichkeit, systematisch die von ihr für besonders wichtig erachteten Fälle auszuwählen und mit besonderer Sorgfalt zu betrachten. Im Gegensatz zum Gerichtshof kann sie sogar völlig unabhängig vom Vorliegen aktueller Kartellrechtsverstöße aus der Rechtsvergleichung gewonnene Perspektiven in das Gemeinschaftskartellrecht einbringen. Die oben beschriebene Suche der Kommission nach Lösungen für sekundäre Produktmärkte im 25. Wettbewerbsbericht legt hiervon Zeugnis ab.<sup>68)</sup> Darüber hinaus nimmt sie durch den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Gemeinschaftskartellrechts.<sup>69)</sup>

Auf der Ebene der *Legislative* ist die Kommission durch ihr Vorschlagsrecht nach Art. 87 EG maßgeblich an der Setzung und Reform sekundären Gemeinschaftsrechts beteiligt. Schon im Vorbereitungsstadium, in dem sie ihre Position in Grün- und Weißbüchern zur Diskussion stellt, kommt ihr eine herausragende Rolle zu. Besonders prominent sind aus der letzten Zeit das Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>70)</sup> und das Weißbuch über die Modernisierung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag<sup>71)</sup> zu nen-

64) EuGH, 25.5.1988, verb. Rs. 89/85, 104/85 u.a., Slg. 1988, 5139 Rn. 16 – Ahlström.

65) Zur Organisation der Kommission vgl. etwa *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, § 6 Rn. 244 ff.

66) Siehe oben II.2c und II.3.

67) Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 24), S. 469.

68) Siehe oben II.2b.

69) Vgl. oben II.1d.

70) KOM (96) 721.

71) KOM (99) 101.

nen. Das Grünbuch enthält ausführliche rechtsvergleichende Betrachtungen zum Recht der Mitgliedstaaten, aber auch zum US-Antitrustrecht.<sup>72)</sup>

Gegenüber der *Judikative* kann die Kommission schließlich indirekt über ihre allgemeinen Publikationen (Wettbewerbsberichte, Bagatellbekanntmachung<sup>73)</sup> etc.) oder direkt als Prozesspartei aus der Rechtsvergleichung gewonnene Argumente vortragen und dadurch die Fortentwicklung der Rechtsprechung von EuG und EuGH anregen. Die oben beschriebenen Fallbeispiele belegen, dass die Kommission in weitem Umfang von der Möglichkeit Gebrauch macht, rechtsvergleichende Erkenntnisse aus dem US-Antitrustrecht zu gewinnen. Wie die EuGH-Entscheidung Kali + Salz deutlich macht, ist die Kommission dabei keineswegs verpflichtet, einen von ihr aufgegriffenen US-amerikanischen Denkansatz bis ins Detail zu übernehmen.<sup>74)</sup> Das ist zu begrüßen. Die Möglichkeit, ausländische Ansätze flexibel aufzugreifen und ins Gemeinschaftsrecht einzupassen, regt das Streben nach rechtsvergleichenden Einsichten an; eine entgegengesetzte Entscheidung des EuGH hätte davon abgeschreckt und diese wichtige Erkenntnisquelle möglicherweise für die Zukunft verschlossen. Zu wünschen bleibt gleichwohl ein genauerer Nachweisapparat. Wenn die Kommission in ihren Entscheidungen auf amerikanische Ansätze zurückgreift, sollte sie nicht nur pauschal auf deren Herkunft aus dem US-Recht verweisen, sondern ihre Quellen – wie in ihren Publikationen – exakt belegen.

#### b) Kartellanwälte

Die Funktion, US-amerikanische Kartellrechtssätze in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren einzubringen, teilt die Kommission mit den Kartellanwälten. Die in den großen Brüsseler Anwaltsbüros tätigen Anwälte stammen oft aus den USA oder haben dort jedenfalls einen Teil ihrer juristischen Ausbildung absolviert. War der Erwerb eines „Masters of Laws (LL.M.)“-Grades für deutsche Juristen noch vor zehn oder fünfzehn Jahren vergleichsweise selten, so gehört er heute fast schon zur üblichen Berufsausbildung wirtschaftsrechtlich orientierter Anwälte. Viele Großkanzleien bestehen auf dem Erwerb eines LL.M.-Grades, zumindest aber auf der Absolvierung einer Referendarstation in den USA. Das juristische Denken der in Europa tätigen Kartellanwälte wird daher in zunehmendem Maße durch das US-Antitrustrecht beeinflusst und geprägt. Verhandeln in den USA ausgebildete Kartellanwälte Fälle gegenüber der Kommission oder vor dem EuGH, so fließen angesichts ihres Hintergrundes geradezu selbstverständlich Denkansätze des US-Antitrustrechts in ihre Argumentation ein. Dies gilt insbesondere bei für das europäische Recht neuen Problemen, wie etwa das oben beschriebene Beispiel der *failing company defence* veranschaulicht.<sup>75)</sup> Eine Grenze ist der Bedeutung der Kartellanwälte als Rezeptionsträgern freilich durch ihre notwendige Parteilichkeit gesetzt.

#### c) Generalanwalt

Durch völlige Unabhängigkeit und Überparteilichkeit zeichnet sich demgegenüber nach Art. 222 Abs. 2 EG der Generalanwalt am Europäischen Gerichtshof aus.<sup>76)</sup> Den acht Generalanwälten kommt neben der Kommission eine herausragende Rolle für die Rezeption des US-Antitrustrechts zu.<sup>77)</sup> Die Generalanwälte bereiten durch ihre Schlussanträge die richterliche Entscheidungsfindung vor. Die Schlussanträge können als Rechtsgutachten angesehen werden, in denen der

72) Ebenda, Tz. 203 ff.

73) KOM (96) 722.

74) Siehe oben II.3

75) Siehe oben II.3.

76) Monographisch *Pichler*, Der Generalanwalt beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1983, S. 61 ff.; *Gaissert*, Der Generalanwalt – eine unabhängige Institution am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1987, S. 8 ff.

77) Ab dem 6. 10. 2000 gibt es nach Maßgabe des Art. 222 EG acht, vorher waren es neun Generalanwälte. Jeder Generalanwalt wird durch zwei juristische Mitarbeiter unterstützt, vgl. *Pichler* (a.a.O. Fn. 76), S. 88.

für eine Rechtssache zuständige Generalanwalt nach Darstellung des Sachverhalts die Rechtslage in umfassender Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Lehre ermittelt.<sup>78)</sup> Sie schließen mit einem nicht verbindlichen Entscheidungsvorschlag ab, dem der Gerichtshof aber in den meisten Fällen folgt.<sup>79)</sup> Die Schlussanträge werden zusammen mit den Urteilen des EuGH veröffentlicht. Angesichts der Knappheit der EuGH-Entscheidungen bieten die Schlussanträge wichtige Anhaltspunkte für deren Interpretation.<sup>80)</sup> Darüber hinaus haben sie auch aus sich heraus hohen wissenschaftlichen Wert. Von zentraler Bedeutung für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch die Generalanwälte ist die vorausgehende Rechtsprechung des EuGH. Wo es daran fehlt, wächst das Gewicht rechtsvergleichender Einsichten. Im Mittelpunkt der komparativen Arbeiten der Generalanwälte stehen dabei naturgemäß die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.<sup>81)</sup> Gerade auf dem Gebiet des Kartellrechts kommt aber auch dem US-Antitrustrecht eine wichtige Rolle zu, wie die eingangs beschriebenen Beispiele belegen. Wie Kommission und Kartellanwälte können die Generalanwälte den EuGH durch ihre Schlussanträge auf neue Lösungswege aufmerksam machen oder eine Korrektur überkommener Ansätze anregen. Ihre politische Unabhängigkeit und Überparteilichkeit ermöglichen es ihnen anders als jenen sogar, kontroverse Lösungsansätze zur Diskussion zu stellen und objektiv zu würdigen. Zugleich verleiht die neutrale Stellung der Generalanwälte ihren Schlussanträgen ein besonderes Gewicht.

Soweit die Generalanwälte rechtsvergleichende Erwägungen anstellen, sind die Länderberichte in aller Regel sorgfältig dokumentiert. Allerdings wird dies nicht immer durchgehalten. In den nachfolgenden Erörterungen und Entscheidungsvorschlägen kommt die US-rechtliche Herkunft der Lösungsansätze nicht immer mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck. Dadurch entsteht leicht der unzutreffende Anschein einer unabhängigen europäischen Kartellrechtsentwicklung, wo diese in Wirklichkeit aus dem US-Recht schöpft.<sup>82)</sup>

#### d) Gerichtshof

Die Ermittlung der Rolle des EuGH bei der Rezeption US-amerikanischer Kartellrechtssätze bereitet mit Blick auf seinen apodiktischen Urteilsstil erhebliche Schwierigkeiten. Folgt der Generalanwalt einem US-rechtlichen Ansatz und schließt sich der EuGH seinerseits dem Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts an, so ist die US-rechtliche Herkunft der Kriterien der Entscheidungsgründen regelmäßig nicht mehr anzusehen. Der EuGH zitiert nur sich selbst. Entscheidungen anderer Gerichte, selbst des US Supreme Court, werden als *persuasive authority* selbst dann nicht erwähnt, wenn der EuGH ihnen in der Sache folgt.<sup>83)</sup> Verwirft der EuGH einen US-rechtlichen Ansatz, dem der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zugeneigt hatte, so geht er darauf regelmäßig erst recht mit keinem Wort ein.<sup>84)</sup> Auch vorbereitende rechtsvergleichende Arbeiten des Gerichtshofs sind in den Entscheidungsgründen regelmäßig nicht dokumentiert.<sup>85)</sup>

Liest man die Entscheidungen des EuGH in Zusammenschau mit den Schlussanträgen der Generalanwälte, so sind gleichwohl vielfältige Einflüsse des US-Rechts erkennbar,<sup>86)</sup> die allerdings im Entscheidungstext nicht deutlich genug hervortre-

78) Vgl. *Bleckmann*, Europarecht, § 6 Rn. 339f.

79) Für den Zeitraum von 1970 bis 1980 ermittelte *Pichler* (a.a.O. Fn. 76), S. 118 eine Abweichung in durchschnittlich nur 11,2% der Fälle. Nach *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, § 4 Rn. 270 Fn. 223 ist dieser Anteil etwa gleich geblieben. Eingehend zu den Divergenzen zwischen Schlussanträgen und Urteilen *Gaissert* (a.a.O. Fn. 76), S. 129 ff.

80) *Bleckmann*, Europarecht, § 6 Rn. 340.

81) Vgl. *Gaissert* (a.a.O. Fn. 76), S. 360 ff.

82) Vgl. oben II.1a.

83) Vgl. oben II.1c und II.2c.

84) Vgl. oben II.1a und II.5.

85) *Everling* weist darauf hin, dass solche Arbeiten durchaus im Hintergrund in größerem Umfang stattfinden, vgl. *Everling*, Der Gerichtshof als Entscheidungsinstanz, in: *Schwarze* (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, S. 137, 147.

86) Vgl. oben II.1c und II.2c.

ten. Wünschenswert wäre insoweit eine klare Bezugnahme des EuGH auf die ausländische Rechtsprechung, mindestens aber Hinweise auf die diesen Bezug herstellenden Schlussanträge des Generalanwalts. Dies gilt umso mehr, als der Rezeptionsvorgang erst mit der Anerkennung ausländischer Rechtssätze durch den EuGH seinen Abschluss findet.

#### e) Kartellrechtswissenschaft

Nicht vernachlässigt werden darf schließlich die Rolle der Kartellrechtswissenschaft. Die bereits für die Kartellanwälte beschriebene Tendenz, einen Ausbildungsabschnitt in den USA zu absolvieren, trägt auch auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft Früchte.<sup>87)</sup> Dies wird in einer Vielzahl rechtsvergleichend ausgerichteter Monographien deutlich. Beispielhaft sei auf die oben zitierten Dissertationen zu konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen,<sup>88)</sup> Absprachen im Profisport,<sup>89)</sup> Forschungs- und Entwicklungskooperationen,<sup>90)</sup> zur *rule of reason*<sup>91)</sup> und zu Konkurrentenklagen in der Fusionskontrolle<sup>92)</sup> verwiesen. Diesen Arbeiten ist das Bemühen gemeinsam, den reichen Erfahrungsschatz des auf eine lange Tradition zurückblickenden US-Antitrustrechts zu systematisieren und für das vergleichsweise junge Gemeinschaftskartellrecht fruchtbar zu machen. Dabei kann die Kartellrechtswissenschaft die „Startvorteile“ der Kartellrechtspraxis mit denen der Rechtsprechung verbinden, ohne deren jeweiligen Begrenzungen unterworfen zu sein: In noch stärkerem Maße als die Kartellrechtspraxis ist die Wissenschaft frei in der Auswahl der aufgegriffenen kartellrechtlichen Problemfelder; mit Gerichtshof und Generalanwalt teilt sie politische Unabhängigkeit, Überparteilichkeit und Ergebnisoffenheit. Der Kartellrechtswissenschaft kommt daher im Verhältnis zu den übrigen Rezeptionsträgern eine wichtige Brückenfunktion zu. Über die wissenschaftlichen Dienste von Kommission und Gerichtshof, die Schlussanträge der Generalanwälte und die kartellanwaltliche Argumentation fließen ihre Erkenntnisse auch in die Kartellrechtspraxis ein.

## 2. Sachvoraussetzungen geglückter Rezeptionsvorgänge

Neben den personellen Trägern eines Rezeptionsvorgangs sind es vor allem seine sachlichen Voraussetzungen, die unsere Aufmerksamkeit verdienen: Wovon hängt es ab, ob sich eine Regel des US-amerikanischen Antitrustrechts zur Übernahme in das Gemeinschaftsrecht empfiehlt, wann kann man von einem geglückten Rezeptionsvorgang sprechen? Vieles spricht hier für eine dreistufige Prüfungsreihenfolge, bei der nacheinander die wettbewerbspolitische, gesetzssystematische und rechtsdogmatische Vereinbarkeit der betreffenden Rechtsfiguren mit den Art. 81 ff. EG in den Blick genommen wird.

#### a) Wettbewerbspolitische Leitbilder

Einzelne kartellrechtliche Begründungsmuster sind zumeist in einen größeren wettbewerbspolitischen Gesamtzusammenhang eingeordnet und nur aus ihm heraus vollends verständlich. Ihre Teilrezeption durch eine andere Rechtsordnung setzt daher zunächst voraus, dass die jeweiligen Wettbewerbsleitbilder und der methodische Grundansatz miteinander vereinbar sind. Trefflich veranschaulichen lässt sich dies an der Spruchpraxis zum Missbrauchsverbot: Hier dürfte die Zurückhaltung des EuGH gegenüber der US-amerikanischen Rechtsprechung zur gezielten Kampfpfeisunterbietung vor allem darauf beruhen, dass diese ganz dem Effizienzgedanken verpflichtet ist, während der EuGH im Rahmen des Art. 82 EG

87) Dies gilt natürlich auch für die Angehörigen der Gemeinschaftsorgane. So weist beispielsweise die rechtsvergleichende Schrift „The Rule of Reason in Antitrust Law“ (1967) den früheren EuGH-Richter *Joliet* als exzellenten Kenner US-rechtlicher Ansätze aus.

88) S.o. Fn. 10.

89) S.o. Fn. 9.

90) S.o. Fn. 15.

91) S.o. Fn. 20.

92) S.o. Fn. 56.

– offen oder verdeckt – stets auch außerökonomische Gerechtigkeitserwägungen zur Geltung gebracht hat.<sup>93)</sup> Umgekehrt nimmt es vor dem nämlichen Hintergrund nicht wunder, dass die *essential facilities*-Doktrin, die sich auch und gerade den Schutz kleiner Wettbewerber angeeignet lässt, im Gemeinschaftsrecht auf fruchtbaren Boden gefallen ist. Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der „Politik des Gesetzes“<sup>94)</sup> kennzeichnen auch den Bereich des Kartellverbots: Bei den konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen hat sich diesseits und jenseits des Atlantiks der Gedanke durchgesetzt, dass verbundene Unternehmen, die einheitliche Wirtschaftspläne verfolgen, auch wettbewerbsrechtlich als Aktionseinheit anzusehen sind. Anders als die amerikanischen Gerichte wertet der EuGH demgegenüber bei der wettbewerbsrechtlichen Einordnung von Tarifverträgen, indem er die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zur Förderung von Kollektivvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern weitaus stärker gewichtet als die amerikanischen Gerichte – wiederum ein Beleg für die polyvalente Zielstruktur des Gemeinschaftskartellrechts.<sup>95)</sup> Bei alledem dürften neben der nationalen „Gaugansprägung“ der EuGH-Richter, die als Hintergrundwertung gerade in Wettbewerbsfällen eine nachhaltige Wirkung entfaltet, auch institutionelle Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts eine Rolle spielen.<sup>96)</sup> Die Wettbewerbsicherung liegt in erster Linie in den Händen der Kommission: Alle kartellrechtlichen Entscheidungen, wiewohl von der besonders sachkundigen Generaldirektion IV vorbereitet, müssen formell auf Kommissionsebene beschlossen und von einer Mehrheit der Kommissionsmitglieder getragen werden. Infolgedessen fließen zuweilen industriepolitische Zielvorstellungen anderer Generaldirektionen und wettbewerbsfremde Gesichtspunkte in den Entscheidungsprozess ein. Eine Wettbewerbspolitik aus einem Guss, wie sie die Antitrust Division des US-amerikanischen Justizministeriums betreiben kann, ist auf diese Weise nur schwerlich möglich. All das mag schließlich auch erklären, warum das Gedankengut der Chicago School in Europa bislang kaum Resonanz gefunden hat.<sup>97)</sup>

#### b) Gesetzliche Grundstruktur

Zur wettbewerbspolitischen Vereinbarkeit der ausländischen Kartellrechtssätze mit dem Gemeinschaftsrecht muss zweitens ihre Systemverträglichkeit hinzutreten. Grundlegende Abweichungen in der Gesetzesarchitektur können eine Rezeption erschweren oder gänzlich ausschließen. Das bekannteste Beispiel für solche systematisch bedingten Einpassungsschwierigkeiten bildet die *rule of reason*. Hier steht im Gemeinschaftsrecht mit der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG ein dem US-Antitrustrecht unbekanntes Korrektiv zur Verfügung, zu dessen Anwendung allein die Kommission berufen ist. Die *unreflektierte* Anwendung der *rule of reason* schon im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EG könnte daher in systemwidriger Weise das – freilich in Auflösung begriffene<sup>98)</sup> – Freistellungsmonopol der Kommission aushöhlen; ihre *reflektierte* Übernahme in abgewandelter

93) Vgl. etwa die Entscheidungsreihe EuGH, 6.3.1974, Rs. 6/73, Sig. 1974, 223 – Commercial Solvents; EuGH, 14.2.1978, Rs-27/76, Sig. 1978, 207 – United Brands; EuGH, a.a.O. (Fn. 35) – Hugin, bei der jeweils ein Missbrauch in Fällen bejaht wird, in denen marktbeherrschende Unternehmen langjährige Geschäftsbeziehungen zu kleineren Wettbewerbern abgebrochen haben. Zu diesem Gesichtspunkt auch *Kauper*, 59 Antitrust L.J. 441, 450f. (1991).

94) Vgl. *Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973), S. 217ff.

95) Kritisch dazu unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit *Jebesen/Stevens*, 64 Antitrust L.J. 443, 460 (1996): „unpredictable development of the law“.

96) Dazu auch *Hawk*, United States, Common Market and International Antitrust. A Comparative Guide, Vol. II (1993), S. 5 ff. und 12 ff.

97) Dazu aus der Binnensicht des EuGH *Everling*, WuW 1990, 995, 997: „Entgegen Auffassungen, die teilweise mit der Theorie der so genannten ‚ökonomischen Analyse des Rechts‘ begründet werden, kann Recht nicht und jedenfalls nicht ausschließlich oder in erster Linie als Instrument zu einer optimalen Allokation im Sinne wohlfahrtsökonomischer Theorien angesehen werden.“

98) Vgl. Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (Fn. 71), S. 26; *Bartosch*, WuW 2000, 462ff.

Form bleibt indes möglich, wie sogleich näher zu begründen ist.<sup>99)</sup> Gelegentlich sind die Bruchstellen zwischen beiden Systemen aber so groß, dass sie sich von vornherein nicht überbrücken lassen. Ein Beispiel dafür bilden die unterschiedlichen Regelungen, durch die US-amerikanisches und europäisches Kartellrecht dem Schutz von Drittinteressen im Kartellverfahren Rechnung zu tragen suchen. Jenes stellt Kartellverwaltungsverfahren und privatrechtlichen Drittschutz weitgehend unabhängig nebeneinander,<sup>100)</sup> dieses versucht den Interessen Dritter durch Beteiligung am behördlichen Verfahren und gerichtliche Absicherung dieser Verfahrensbeteiligung gerecht zu werden.<sup>101)</sup> Es verwundert daher im Ergebnis nicht, dass konkrete US-rechtliche Einflüsse auf das europäische Recht insoweit fehlen.

### c) Rechtsdogmatische Feinsteuerung

Wo ein Gleichklang in den Grundwertungen zu verzeichnen ist und gesetzes-systematische Rezeptionshindernisse nicht vorliegen, steht der Rechtsanwender vor einer schwierigen Schlüsselaufgabe: Er muss sich fragen, auf welche Weise sich die Lösungen des amerikanischen Antitrustrechts spannungsfrei in die tatbestandliche Feinstruktur des Gemeinschaftsrechts einfügen lassen. Das Musterbeispiel bildet die *rule of reason*: Wie soeben dargelegt, lässt sie sich im Hinblick auf Art. 81 Abs. 3 EG nicht maßstabsgetreu übertragen, doch dürfte es ebenso außer Zweifel stehen, dass zahlreiche Vereinbarungen, die in den USA durch Anwendung der *rule of reason* dem Kartellverbot entgehen, auch unter der Geltung des Gemeinschaftsrechts als zulässig angesehen werden müssen. Den methodisch richtigen Weg weist hier eine funktionale Vorgehensweise,<sup>102)</sup> die das konkrete Sachproblem frei von den Systembegriffen des Gemeinschaftsrechts formuliert. Man fragt deshalb nicht, welche Freistellungsmöglichkeiten das amerikanische Antitrustrecht für den professionellen Ligasport kennt, sondern sucht zu ermitteln, wie es dessen angebots- und nachfrageseitigen Produktionsbesonderheiten bei der Auslegung des Kartellverbots Rechnung trägt. Desgleichen ist es ein untauglicher Versuch, unselbstständige Tochtergesellschaften unter den Unternehmensbegriff von Sec. 1 Sherman Act subsumieren zu wollen.<sup>103)</sup> Sinnvoll lässt sich nur fragen, ob das dort normierte Kartellverbot nach seiner Zielrichtung auch konzerninterne Absprachen erfasst. Auf diese Weise lassen sich viele der in den Vereinigten Staaten für Teilbereiche erarbeiteten Testfragen mit Gewinn an das Gemeinschaftsrecht herantragen. Vorbildlich geschehen ist dies etwa im Bereich der Fusionskontrolle, wo die Kommission – wie ausführlich geschildert – die *failing company defence* der Sache nach aufgenommen, aber an einem systematisch anderen Ort in den Schichtenaufbau des Gemeinschaftskartellrechts eingefügt hat. Ganz das Gleiche gilt für die gemeinschaftsrechtliche Anlehnung an die amerikanische Rechtsprechung zu den sekundären Produktmärkten, bei der nicht die dogmatische Dislozierung, sondern die wirtschaftlichen Besonderheiten verbundener Märkte im Mittelpunkt standen. Schwierigkeiten bereitet dagegen nach wie vor die Rezeption der *essential facilities*-Doktrin, deren konzeptionelle Unsicherheiten und tatbestandliche Unschärfen die Kommission aus den Vereinigten Staaten gleichsam mitimportiert hat.

## IV. Schluss

Kein Recht lebt für sich allein. Es ist eingerahmt von fremden Rechtsordnungen, die es beeinflussen und deren Kenntnis für eine wissenschaftliche Pflege des

99) Vgl. unten III.2b.

100) Vgl. *Körper*, a.a.O. (Fn. 56), S. 51, 109f.

101) Dazu ausführlich *Körper*, a.a.O. (Fn. 56), S. 266ff.; *ders.*, RIW 1998, 910ff.

102) Allgemein zur Funktionalität als methodischem Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung *Zweigerl/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 33ff.

103) Sec. 1 Sherman Act formuliert das Kartellverbot, ohne den Unternehmensbegriff überhaupt zu erwähnen: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is declared to be illegal.“

eigenen Rechts unerlässlich ist. Dieser Einsicht hat sich auch das Gemeinschaftskartellrecht nicht verschlossen, wenn es trotz aller Eigenständigkeit immer wieder auf den Erfahrungsschatz und Ideenreichtum des amerikanischen Antitrustrechts zurückgegriffen hat. Wie die vorstehenden Überlegungen verdeutlichen, kann eine solche Rezeption fremder Rechtssätze freilich nur gelingen, wenn sie mit Augenmaß und Gespür für die wettbewerbspolitischen und rechtsdogmatischen Besonderheiten des eigenen Rechts erfolgt. Weiter versteht es sich angesichts globaler Herausforderungen für den Wettbewerb durch multinationale Unternehmen<sup>104)</sup> und weltumspannende Fusionen<sup>105)</sup> von selbst, dass der beschriebene Gedankenaustausch zwischen Europa und den Vereinigten Staaten keine juristische „Einbahnstraße“ darstellt. Mitunter lässt sich aus größerer Distanz sogar eher erkennen, dass eine bestimmte Rechtsregel zur Problembewältigung wenig geeignet ist, wie das Beispiel des Internationalen Kartellrechts belegt: Hier hatte Generalanwalt *Darmon* schon im Jahre 1988 von einer Übernahme des *judicial interest balancing*-Tests abgeraten.<sup>106)</sup> Fünf Jahre später hat ihn auch der US-amerikanische Supreme Court aufgegeben.<sup>107)</sup>

104) Beispielhaft neuerdings die Parallelverfahren gegen Microsoft; dazu *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705 ff.  
105) Beispielhaft die Auseinandersetzung um die Fusion Boeing-McDonald-Douglas, dazu *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook* (2000), S. 1008 ff.

106) Vgl. Generalanwalt *Darmon*, a.a.O. (Fn. 59), Tz. 46.

107) Vgl. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

Christian Theobald/Ines Zenke, Berlin\*)

## Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: Eine Rechtsprechungsübersicht

### I. Einleitung

Nachdem die Strom- und Gasversorgung als Ganzes lange Zeit entsprechend der „Besonderheitenlehre“ als natürliche Monopole angesehen wurden, ist die Sichtweise mittlerweile erheblich differenzierter. Nach überwiegender Auffassung innerhalb der Wirtschaftswissenschaften weisen innerhalb der Wertschöpfungskette die Stufen der Produktion/Förderung und Handel/Verkauf – anders als die Transport- und die Verteilungsebene – keine Charakteristika eines natürlichen Monopols auf. In der Netzökonomie sind mittlerweile unterschiedliche Wettbewerbsalternativen etabliert, die maßgeblich die EU-Binnenmarktrichtlinien Elektrizität<sup>1)</sup> und Gas<sup>2)</sup> beeinflusst haben. Dabei ist zu unterscheiden zwischen „Wettbewerb im Markt“<sup>2a)</sup> einerseits und „Wettbewerb um den Markt“ andererseits.<sup>3)</sup>

Im deutschen Energiewirtschaftsrecht hat sich der Gesetzgeber für eine Kombination der beiden grundlegenden Wettbewerbsmodelle entschieden. In Bezug auf

\*) Kanzlei Becker Büttner Held, Berlin.

1) Richtlinie 96/92/EG vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABIEG Nr. L 27 v. 30.1.1997, S. 20.

2) Richtlinie 98/30/EG vom 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABIEG Nr. L 204 v. 21.7.1998, S. 1.

2a) Hierzu ausführlich *Christian Theobald/Ines Zenke*, Aktuelle Probleme der Strom- und Gasdurchleitung (erscheint demnächst im C.H. Beck Verlag).

3) Zu Umsetzung und Wirkungen in der bundesdeutschen Energiewirtschaft vgl. das demnächst im Verlag C. H. Beck erscheinende Lehrbuch von *Christiane Nill-Theobald/Christian Theobald*, Einführung in das Recht der Energiewirtschaft; ferner *Hortwig Bartling*, Schlussfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für die Wettbewerbspolitik, WuW 1993, 16 ff. (22); *Christian Theobald*, Rechtliche Steuerung von Wettbewerb und Umweltverträglichkeit in der Elektrizitätswirtschaft, Archiv des öffentlichen Recht 1997, 373 ff., (387 ff.).