

Am 28. und 29. November 2005 veranstaltete die Akademie für Politische Bildung Tutzing eine Tagung zum Thema »Macht und Verantwortung: Zu den Strategien und Einflussmöglichkeiten globaler Unternehmen«. In seinem dort vorgestellten Referat beschäftigt sich Prof. Dr. Wernhard Möschel mit der Frage, ob man es – angesichts der Zunahme des Wettbewerbs als Folge der Globalisierung – bei dem gegenwärtigen Nebenher verschiedener Kartellrechtsordnungen belassen sollte oder ob eine Harmonisierung der Rechte sinnvoll sei.

Wettbewerb und freie Wirtschaftsordnung

Wettbewerb erwächst aus der Wahrnehmung individueller Handlungsfreiheiten. Er ist – in der berühmten Formulierung *Friedrich August von Hayeks* – Ergebnis nicht menschlichen Entwurfs, sondern menschlichen Handelns. Diese spontane Ordnung kann nicht auf vorgegebene Ziele ausgerichtet sein. Der wissenschaftstheoretische Grund dafür liegt darin, dass man Freiheitspositionen aufheben würde, wenn man sie inhaltlich vorgehend definieren wollte. Das schließt nicht allgemeine Aussagen über die Wirkungen des Gesamtsystems aus wie Allokationseffizienz, Induzierung und Entfaltung technischen Fortschritts usw. (vgl. Möschel 2005a). Zentrale Funktionsbedingung ist die Erhaltung der Teilnahmefreiheit des Einzelnen, auf dass Verträge nicht vom Instrument der Selbstbestimmung zum Instrument der Herrschaft entarten. Marktteilnehmer verlassen die Legitimationsbasis ihrer wirtschaftlichen Freiheitsrechte, wenn die Wirkungen ihres freien Handelns die Funktionsbedingungen der Freiheitsrechte selbst zerstören. Das zu verhindern ist eine der Aufgaben von Wettbewerb. *Franz Böhm* konnte ihn deshalb zu Recht als das »genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte« bezeichnen. Ihn vor Beschränkungen zu schützen, ist aufgrund des Öffentlichen Gut-Charakters dieses Wettbewerbschutzes Aufgabe des Staates, der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen. An dieser Stelle entsteht ein Problem bei global tätigen Unternehmen: Können sich diese den Anforderungen des Wettbewerbschutzes nicht entziehen, soweit sie außerhalb der nationalen staatlichen Einheiten tätig werden, in denen sich Menschen organisieren und bis zu deren Grenzen staatliche Macht reicht?

Zunahme des Wettbewerbs als Folge einer Globalisierung der Wirtschaftstätigkeit

Wirft man zunächst einen Blick auf die Fakten, so lässt sich insgesamt eine Zunahme des Wettbewerbs als Folge einer Globalisierung der Wirtschaftstätigkeit feststellen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Märkte geographisch größer geworden sind: Die Zahl der Anbieter wie der Umfang der Nachfrage nehmen zu. Beides führt zu einer Intensivierung, nicht zu einer Abschwächung des Wettbewerbs. Die wesentlichen Ursachen für solche Marktausdehnung dürften die folgenden vier sein:

1. Drastisch zurückgehende Transport- und Kommunikationskosten haben früher getrennte Märkte zueinander gebracht. Elektronische Instrumente aus Singapur werden heute kostengünstig per Flugzeug nach Frankfurt gebracht. Der Transport eines Liters Rohöl vom Persischen Golf nach Rotterdam kostet nicht mehr als der Transport eines Liters Heizöl von einem Händler in Köln-Nippes zum Endabnehmer. Kostenrückgänge in der elektronischen Kommunikation erleichtern heute nicht nur die grenzüberschreitende Leitung von Tochtergesellschaften im Ausland, sie haben auch das Wartungsgeschäft revolutioniert: Ein Webautomat, meist Schweizer Provenienz, der in Bangladesch aufgestellt ist, wird über Telefon- oder Datenleitung von einer Niederlassung in Europa aus kontrolliert und gewartet, nicht anders, als wenn er bei Lörach in Südbaden stünde.

* Prof. Dr. Wernhard Möschel ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Tübingen.

2. Im Vergleich zu früheren Dekaden beobachten wir einen deutlichen Trend zum Abbau von Marktzutrittschranken. Dies begann mit den segensreichen Bemühungen des GATT bzw. heute der WTO im Bereich des internationalen Handels schon nach Ende des Zweiten Weltkrieges. Die Zuwachsraten des internationalen Güteraustausches in den vergangenen 50 Jahren haben die Zuwachsraten des Bruttoinlandproduktes der beteiligten Länder noch immer übertroffen. Als ein besonders weitreichendes Konzept ist in diesem Zusammenhang das Binnenmarktprojekt der Europäischen Union zu nennen. Es umfasst heute rund 450 Mill. Menschen. In jüngerer Zeit ist eine Liberalisierungsbewegung in zahlreichen Volkswirtschaften hinzugetreten, die früher häufig staatlich dominierte Märkte dem Wettbewerb geöffnet haben. Zu nennen sind die Telekommunikation, die Medien, die leitungsgebundene Energieversorgung, der Luftverkehr, die Bank- und die Versicherungswirtschaft, sonstige Finanzdienstleister. Dies hat vielfach zu Neupositionierungen in einem weltweiten Wettbewerb geführt, Megafusionen eingeschlossen wie z.B. das Aufgehen der früheren Schweizer Bankgesellschaft und des Bankvereins in die neue Einheit UBS.
3. Unternehmen haben auf diese Veränderungen durch Anstieg von Direktinvestitionen im Ausland reagiert. Überwiegend sind dies horizontale Direktinvestitionen, mit deren Hilfe man die Nähe zu neuen Kunden sucht. Zum Teil sind es sog. vertikale Direktinvestitionen. Hier sucht man kostengünstigere Produktionsstätten; aus europäischer Perspektive im Vordergrund steht dabei der Produktionsfaktor Arbeit. Gegenwärtig tritt mit China und Indien die Integration zweier Schwerstgewichte in die Weltwirtschaft, sprich in die internationale Arbeitsteilung hinzu. All dies intensiviert den Wettbewerb, teilweise in einem Tempo, dass der Ruf nach einer Abfederung der Entwicklung laut wird, wie jüngst etwa bei der Aufhebung der letzten Kontingente in der Textilwirtschaft auf der Ebene der WTO, oder beim Ruf nach einem »Globalisierungsfonds« auf Ebene der Europäischen Union.
4. All dies ist begleitet von einer sich zunehmend globalisierenden Finanzwirtschaft, die sich als besonders innovativ erwiesen hat und in Zeiten niedriger Zinsen und boomender Börsen nachgerade jeden marktfähigen Bedarf befriedigt.

Gegenläufige Bewegungen haben demgegenüber geringeres Gewicht.

Die genannten Neupositionierungen im Wettbewerb haben gelegentlich zu Umstrukturierungen ganzer Industrien im globalen Maßstab geführt (vgl. Möschel 2002). Ein Beispiel ist die Aluminiumindustrie. Als der kanadische Alcan, die französische Pechiney-Gruppe und die Schweizer Algroup fusionieren wollten – dies waren der zweit-, der dritt- und der

siebtgrößte Hersteller –, ließ sich das Vorhaben aus kartellrechtlichen Gründen so nicht verwirklichen. Alcan schluckte daraufhin Pechiney. Bald darauf fusionierte in den USA Alcoa mit Reynolds. Das war ein Zusammenschluss zwischen dem größten und dem fünftgrößten Aluminiumhersteller. Dies sind Entwicklungen hin zu einem engeren Oligopol, die man wettbewerbsrechtlich mit kritischer Aufmerksamkeit beobachten muss.

Weltumspannende Kartelle waren ein Kennzeichen der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg. Man hielt sie später für tot aufgrund des scharfen Zugriffs des US-amerikanischen Rechts. Ohne Einbeziehung des amerikanischen Marktes, regelmäßig die Hälfte dessen umfassend, was man Weltmarkt zu nennen pflegt, machten solche globalen Kartelle nicht viel Sinn. In den letzten Jahren hat sich herausgestellt, dass diese Todeserklärungen verfrüht waren. Das bekannteste der aufgedeckten Kartelle war das sog. Vitamin-Kartell, an dem alle wesentlichen Hersteller beteiligt waren, darunter so noble Adressen wie Hoffmann-LaRoche und die BASF. Die Beteiligten mussten Geldbußen in Milliardenhöhe zahlen. Hinzu kam der private Schadenersatz von Unternehmen der Lebensmittelindustrie, die Opfer dieses Kartells geworden waren. In den USA kann man in solchen Fällen das Dreifache des eingetretenen Schadens verlangen.

Unternehmen, die weltweit marktbeherrschend sind, sehen sich gelegentlich mit Vorwürfen weltweiten Missbrauchs konfrontiert. Ein Beispiel ist Microsoft mit einer beherrschenden Stellung bei seinem Betriebssystem Windows. Man warf dem Unternehmen eine missbräuchliche Koppelung vor, als es den Internetbrowser und den Multimediaplayer technisch in dieses Betriebssystem integrierte. Das führte zu Verfahren in den USA, mittlerweile im Vergleichswege beigelegt, in Brüssel – dort gibt es vorläufige, aber noch keine endgültigen Gerichtsentscheidungen – und schließlich in Japan. Wenn als Abhilfemaßnahme u.a. eine Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstellen verfügt wird, wie das die Kommission in Brüssel getan hat, so lässt sich die Wirkung dieser Maßnahme nicht auf den Wirtschafts- und Rechtsraum der EU beschränken. Die Abhilfemaßnahme hat notwendig globale Wirkung. Das hat es in den achtziger Jahren schon einmal gegeben, als IBM gezwungen wurde, alljährlich die Schnittstellen seiner Zentralrecheninheit für die Hersteller von Peripheriegeräten offenzulegen. Davon profitierten in erster Linie japanische Anbieter, die mit dem ganzen Verfahren nichts zu tun hatten.

Keine Exit-Möglichkeit aufgrund des Auswirkungsprinzips

Können sich global tätige Unternehmen der Kontrolle durch die Wettbewerbsgesetze, welche den Wettbewerb vor Beschränkungen schützen, entziehen? Die prinzipielle Ant-

wort lautet nein. Es hängt dies mit einer Eigenart des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zusammen. In allen wesentlichen Wettbewerbsordnungen dieser Erde, USA, die EG, auch Deutschland, gilt ein sog. Auswirkungsprinzip (vgl. Basedow 1998, 19 ff.). Gleichgültig wo und von welchen Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt wurde, werden alle Rechtsordnungen anwendbar, die von den Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Es ist dies ein Ausfluss des öffentlichen Interesses am Schutz des Wettbewerbs innerhalb der eigenen Rechts- und Wirtschaftsordnung. Man könnte auch von einer Art Bestimmungslandprinzip sprechen. Dies ist anders als in Materien wie dem Steuerrecht, dem Arbeitsrecht, dem Sozialrecht und dergleichen, wo wir eine personale oder subjektiv-territoriale Anknüpfung des geltenden Rechts haben. Hier können sich Unternehmen durch Exit dem Geltungsanspruch eines Rechts entziehen. Im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen geht das nicht. Hier entfällt auch das Risiko eines race to the bottom, eines ruinösen Wettbewerbs zwischen verschiedenen Rechtsordnungen. So werden z.B. Fusionen zwischen US-amerikanischen Unternehmen, die sich auf Europa auswirken, durchaus brav in Brüssel angemeldet. Dies gilt auch im Konfliktfall, wenn die amerikanischen Antitrustbehörden einen Zusammenschluss akzeptiert haben. Die Zusammenschlüsse Boeing/McDonnell Douglas und GE/Honeywell sind Beispiele dafür. In solchen Sachverhalten macht es für die Unternehmen keinen Sinn, auf juristischen Konfrontationskurs zu gehen. Die involvierten Geldbeträge sind viel zu hoch, der Zeitfaktor ist viel zu wichtig, als dass längere Verzögerungen in Kauf genommen werden könnten. Im Gegenteil, die Unternehmen sind an jeder Beschleunigung interessiert. Sollen an sich geheime Unterlagen von der Kartellbehörde in den USA an die Kommission in Brüssel weitergeleitet werden, so erteilen die Unternehmen einen sog. waiver, der das möglich macht.

Wenn ein Unternehmen z.B. in den USA mit einer eigenen Tochtergesellschaft vertreten ist, was im Zuge der Globalisierung immer häufiger zutrifft, so entfallen ohnehin die Probleme: Kartellbehördliche Verfügungen können dieser Tochter zugestellt werden. Sie kann ebenso Adressatin der Sanktionen sein.

Dabei ist mit zu bedenken, dass die USA und die EU als die beiden wichtigsten Kartellrechtsordnungen regelmäßig rund drei Viertel eines sog. Weltmarktes auszumachen pflegen. Dass demgegenüber z.B. Namibia möglicherweise eines funktionsfähigen Wettbewerbsrechts entbehrt, ist im Vergleich dazu eher belanglos.

Soweit die USA betroffen sind, ist ohnehin von einer stringenten Durchsetzung des Rechts auszugehen (»uncle Sam has a very long arm«). Dies nimmt im Zuge der Globalisierung weiter zu. Im erwähnten Fall des Vitamin-Kartells reis-

ten Manager von Hoffmann-LaRoche in die USA, um dort ihre persönliche Freiheitsstrafe abzusitzen. Ein Aufenthalt in einem Federal Penitentiary hat enorm abschreckende Wirkung nicht nur wegen des Freiheitsentzuges, sondern wegen des Risikos von Gewalt seitens anderer Mithäftlinge.

Im Übrigen funktioniert die Kooperation zwischen den Brüsseler Kartellbehörden und den amerikanischen Kartellbehörden ausgezeichnet. Falls beide Rechtsordnungen betroffen sind, werden sog. joint case teams gebildet. Im Einzelfall gibt es Friktionen wie z.B. beim erwähnten Zusammenschlussvorhaben zwischen GE und Honeywell. Doch dass Kartellbehörden einen Sachverhalt wettbewerbslich unterschiedlich einschätzen mögen, gehört zur condition humaine.

Dieses positive Bild der Rechtsverfolgung trifft auch für den Sachverhalt Kartelle zu. Hier geht es regelmäßig um sog. hardcore-Kartelle (Preis-, Gebiets-, Quotenabsprachen). Über deren wettbewerbspolitische Beurteilung pflegt Einigkeit zu herrschen. Schwieriger und noch in der Entwicklung begriffen ist die Verfolgung tatsächlicher oder vermeintlicher Missbräuche seitens marktbeherrschender Unternehmen. Doch ist das quantitative Gewicht dieser Fallgruppe vergleichsweise gering.

Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen oder Harmonisierung der Rechte?

In den letzten Jahren hat es eine Diskussion gegeben, ob man es bei dem gegenwärtigen Nebenher verschiedener Kartellrechtsordnungen belassen solle oder ob eine Harmonisierung der Rechte sinnvoll sei. Arbeitsgruppen auf Ebene der WTO und der EU haben sich damit befasst. Aus der akademischen Welt wurden Vorschläge entwickelt (vgl. Drexel 2004). Sie lassen sich wie folgt systematisieren:

1. Harmonisierung des materiellen Rechts

Hier gibt es wiederum verschiedene Varianten.

a) Zentralisierung des Rechts

- Schaffung von international law (»Weltkartellrecht«),
- seine Durchsetzung zentral (»Weltkartellamt«) oder dezentral oder in Zwischenformen,

b) Multilaterale Abkommen

- Diese führen zu einer Vereinheitlichung der unverändert national bleibenden Rechte. Zu denken ist an
 - Mindeststandards,
 - einen common approach, das ist die inhaltliche Angleichung der verschiedenen nationalen Rechte,
 - soft law (z.B. Empfehlungen an Staaten).

2. Harmonisierung der Verfahrensregeln

Zu denken ist z.B. an einheitliche Formblätter und Fristen innerhalb der Fusionskontrolle.

3. Kooperation

Quer zu beiden Ansätzen steht die Praxis der Kooperation bei im Übrigen selbständig bleibenden Rechtsordnungen, ggf. in Anwendung eines Auswirkungsprinzips.

4. Chancen und Risiken

Ich halte nicht viel von solchen Bemühungen (vgl. Möschel 2005b).

a) Kein Bedarf

So gibt es keinen wirklichen Bedarf an materieller Harmonisierung. Schutzlücken bestehen nicht. Das allseits praktizierte Auswirkungsprinzip verhindert das. Konflikte zwischen verschiedenen Rechtsordnungen können auftauchen. Man sollte sie in ihrem Gewicht aber nicht übertreiben. Letztlich sind sie eine Konsequenz der Tatsache, dass die entscheidenden Ordnungsfaktoren auf diesem Globus bis heute die Nationalstaaten sind.

Bei Harmonisierung lassen sich Transaktionskosten einsparen. Das gilt namentlich für die Fusionskontrolle. Hier sind Anpassungen eher technischer Art wie die Vereinheitlichung von Formblättern und von Fristen sinnvoll. Das bleiben im Kern Standardisierungsaufgaben. Es gibt in der Praxis ein einziges Problem, das sind Vollzugsverbote für sich später als rechtmäßig erweisende Zusammenschlüsse bei Mehrfachberührung von Rechtsordnungen. In der Praxis werden Vollzugsverbote nach amerikanischem und europäischem Recht immer berücksichtigt. Vollzugsverbote von kleineren Staaten wie z.B. der Ukraine werden regelmäßig übergangen. Eine Lösung wäre, Vollzugsverbote nur dort eingreifen zu lassen, wo eine gesteigerte Inlandsbeziehung gegeben ist (z.B. die Präsenz einer Tochtergesellschaft im Inland).

b) Risiken

Die Risiken bei einer Strategie der Harmonisierung sind groß.

- Im Hinblick auf Entwicklungsländer, die hier gerne als Opfer von Wettbewerbsbeschränkungen zitiert werden, muss man darauf achten, nicht das Thema zu verfehlen. Die primäre Aufgabe ist dort in vielen Fällen die Errichtung rechtsstaatlicher Strukturen, letztlich die Einführung einer bürgerlichen Gesellschaft. Kartellrecht ist aus diesem Blickwinkel eher eine geringe Sorge.
- Das Risiko einer Verwässerung der Standards, gar einer Erstarrung der Regeln ist unmittelbar, wenn man die materiellen Rechte einer Vielzahl von Staaten auf einen gemeinsamen Nenner bringen will.
- Man stößt auf weitere Grenzen, welche über das Problem vereinheitlichter Standards hinausgehen. So wird das amerikanische Antitrustrecht von Privatverfahren mit der Möglichkeit dreifachen Schadenersatzes beherrscht. In Deutschland verstößt solcher Strafschadenersatz gegen den ordre pu-

blic. Entsprechende Urteile aus den USA werden nicht anerkannt. Erfolgshonorare für Anwälte spielen in den USA eine große Rolle. In Europa gelten entsprechende Vereinbarungen weithin als sittenwidrig. Das amerikanische Antitrustrecht wird in hohem Maße von Techniken der Beweisbeschaffung bestimmt wie die sog. pretrial discovery procedure. Eine solche Form eines Ausforschungsbeweises, die in letzter Analyse zur Selbstbeziehung von Prozessparteien führt, dürfte für die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verfassung verstoßen.

c) Was ist realistisch?

Die Durchsetzbarkeit der genannten Vorschläge ist weitgehend unrealistisch. Die großen Bremser sind die USA. Sie wollen sich ihr Antitrustrecht nicht verwässern lassen und zögern generell, sich einem internationalen Kontext unterzuordnen. Es gibt auch eine verhältnismäßigere Option, nämlich die bereits erwähnte Kooperation zwischen den Kartellbehörden. Im maßgeblichen Verhältnis Brüssel – USA funktioniert sie ganz ausgezeichnet.

Im Oktober 2001 haben sich die Kartellbehörden von mittlerweile 78 Ländern auf das International Competition Network verständigt (vgl. Böge 2005). Dies ist eine Plattform für einen strukturierten Dialog. Er soll vornehmlich Entwicklungsländern eine Hilfe beim Aufbau ihrer Gesetzgebungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein. Für mehr scheint die Zeit nicht reif. Die letzte große Konferenz des ICN fand im Juni 2005 in Bonn statt. Die schwierigste Frage war, wer für die Reisekosten der Vertreter aus weniger entwickelten Ländern aufkommt.

Literatur

- Basedow, J. (1998), *Weltkartellrecht, Tübingen*.
- Boege, U. (2005), »Die Herausforderungen einer internationalen Wettbewerbspolitik in Zeiten globalisierter Märkte«, *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, 590–599.
- Drexel, J. (2004), »WTO und Kartellrecht – Zum Warum und Wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung«, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2, 191–249.
- Möschel, W. (2002), »Megafusionen: Besteht ordnungspolitischer Handlungsbedarf?«, in: W. Franz, H.J. Ramser und M. Stadler (Hrsg.), *Fusionen*, Tübingen, 271–282.
- Möschel, W. (2005a), »Der Wettbewerb hat keine Lobby. Der Schutz eines gefährdeten Gutes durch den Staat und vor dem Staat«, *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 71 vom 26./27. März, 19.
- Möschel, W. (2005b), »Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen«, *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, 599–605.