

Die Wettbewerbsverfahren und die Organisation der zuständigen Behörden in Japan, Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft*

Michiyoshi Mishiro

- I. Die Wettbewerbsverfahren
 - 1. Allgemeines, Verfahrenseinleitung
 - 2. Beschwerderecht zur Anregung des Verfahrens
 - 3. Ermittlung
 - 4. Rechtliches Gehör
 - 5. Zusammenschlußkontrolle
 - 6. Verfahrensabschluß
 - 7. Gerichtliche Kontrolle
 - 8. Einstweilige Anordnungen und die Wirkung einer Anfechtungsklage
 - 9. Dezentrale Struktur des Verfahrens
- II. Die Organisation der zuständigen Behörden
 - 1. Rechtsstellung der Wettbewerbsbehörden
 - 2. Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle
 - 3. Politik und Rechtsanwendung
 - 4. Funktionstrennung
 - 5. Parlamentarische Kontrolle

I. DAS WETTBEWERBSVERFAHREN

1. *Allgemeines, Verfahrenseinleitung*

Das Wettbewerbsverfahren in Japan, Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft untergliedert sich als Verwaltungsverfahren in Amtsverfahren und Antragsverfahren. Amtsverfahren werden von Amts wegen eingeleitet (Offizialprinzip). Hierbei steht eine Entscheidung, ob ein förmliches Verfahren eingeleitet werden soll, im Ermessen der jeweils zuständigen Wettbewerbsbehörde (Opportunitätsprinzip). Im Antragsverfahren ist es hingegen dem Antragsteller überlassen, seine Rechte durch Antragstellung durchzusetzen (Dispositionsmaxime). Wenn ein Antrag gestellt wird, müssen die Wettbewerbsbehörden das Verfahren einleiten (Legalitätsprinzip).¹ In Japan, Deutschland und

* Dieser Beitrag stellt die Dissertation des Verfassers „Die Annäherung des Wettbewerbsverfahrens an das Gerichtsverfahren – Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde und die Trennung von Ermittlungs- und Entscheidungsfunktion im Wettbewerbsrecht Japans, Deutschlands und der Europäischen Gemeinschaft“ vor, die demnächst in der Schriftenreihe der DJJV erscheint.

1 Zu Japan: Artt. 45, 46 AMG (*Shiteki dokusen no kinshi oyobi kôsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsu* [Gesetz über das Verbot privater Monopolisierung und die Sicherung des lautereren Handels, kurz: Antimonopolgesetz], Gesetz Nr. 54/1947 i.d.F d. Ges. Nr. 80/2001),

der Europäischen Gemeinschaft existieren formlose Ermittlungsverfahren, in denen der Adressat zur Beantwortung der Fragen durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet ist. Dies ist rechtlich nicht unproblematisch, aber in der Praxis unentbehrlich.² In Deutschland (§§ 40, 42 GWB) und der Gemeinschaft (Artt. 6, 8 FKVO) hat die Zusammenschlußkontrolle in Hinsicht auf Spannung und Harmonie zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik eine besondere Bedeutung erlangt. Dieses Verfahren unterscheidet sich teilweise von den übrigen Fällen der wettbewerbsrechtlichen Aufsicht. Im japanischen Wettbewerbsrecht gibt es hingegen keine abweichenden Regeln über das Verfahren der Zusammenschlußkontrolle.³

Außer dem Verwaltungsverfahren kennt das japanische Recht das Wettbewerbsstrafverfahren. Bei Verdacht einer Wettbewerbsstraftat wird im Anschluß an eine Strafanzeige durch die japanische Wettbewerbsbehörde (*Kôsei Torihiki I'in-kai*) der Fall an die Staatsanwaltschaft übergeben (Artt. 73 f. AMG). Außerdem gibt es hierneben ein gerichtliches Bußgeldverfahren (Artt. 97 f. AMG).⁴ In Deutschland (§ 81 GWB, §§ 36 I

Art. 7 VJWB (*Kôsei Torihiki I'in-kai no shinsa oyobi shinpan ni kansuru kisoku* [Verordnung der japanischen Wettbewerbsbehörde über das Verfahren der Ermittlung und der mündlichen Verhandlung], Verordnung Nr. 5/1953 i.d.F d. Verordnung Nr. 4/1996); HIRABAYASHI, in: J. ATSUYA/S. ITODA/N. MUKAIDA/T. HIENUKI/W. WADA (hiernach: ATSUYA ET AL.), *Jokai dokusen kinshi hô* [Kommentar zum Antimonopolgesetz] (1997), §§ 45, 46; C. BRUTZER, Die Praxis der Japanischen Fair Trade Commission: Wirtschaft und Wettbewerb 6 (1988) 492. Zu Deutschland: §§ 54, 57 bis 59 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), § 22 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz); SCHMIDT, in: U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage (2001) (hiernach zitiert als IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB) § 54 Rn. 1 ff. Zur EG: Artt. 2, 3, 6, 11, 14 VO 17 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG Vertrages, Kartellverordnung), Artt. 6, 8, 10 FKVO (Fusionskontrollverordnung, Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.6.1997 (ABl. EG 1990 Nr. L 257/14 ff., ABl. EG 1997 Nr. L 180/1 ff.)); RITTER, in: U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I und II (1997) (hiernach zitiert als IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR) Bd. II, VO 17, A., Rn. 32 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR, Bd. I, FKVO, C., Rn. 4 ff.

2 Zu Japan siehe SAJIMA, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 27; K. UEKI, *Shinsa tetsuzuki to shinpan shinketsu* [Ermittlungsverfahren und Beschluß der Verhandlung], in: *Keizai-hô Gakkai* [Wissenschaftliche Vereinigung für Wirtschaftsrecht] (Hrsg.), *Dokusen kinshi hô kôza VII* [Band 7 der Reihe zum Antimonopolgesetz], *Dokusen kinshi hô unyô, Kôsei Torihiki I'in-kai* [Die Anwendung des Antimonopolgesetzes, die Wettbewerbsbehörde] (1989) 192. Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) vor § 54 Rn. 14 ff. Zur EG siehe BUCHRICHTER/HAUSSCHILD, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 11 Rn. 7 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, C., Rn. 4 f., D., Art. 6 Rn. 8.

3 Zu Deutschland siehe MESTMÄCKER/VEELKEN, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 40 Rn. 1 ff., § 42 Rn. 1 ff. Zur EG siehe IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, C., Rn. 1 ff., D., Artt. 6, 8 Rn. 1 ff.

4 HIRABAYASHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 73, 74; KANEKO, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 97, 98.

Nr. 1, 46 OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)) und der Europäischen Gemeinschaft (Artt. 15, 16 VO 17, Artt. 14, 15 FKVO) werden wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen den Ordnungswidrigkeiten zugeordnet, die in Bußgeld- und Verwaltungserfahren verfolgt werden können. Die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten und die Zumessung der Geldbuße stehen dort im Ermessen der Wettbewerbsbehörden (Opportunitätsgrundsatz). Im Gegensatz zu Japan bleiben dort die Wettbewerbsbehörden weiterhin als Verfolgungsbehörden zuständig, und es besteht keine klare, organinterne Trennung zwischen dem Verfahren der Ermittlung und der Entscheidungsfindung.⁵

2. *Beschwerderecht zur Anregung des Verfahrens*

Eine zu betonende Differenz zwischen dem japanischen, deutschen und EG-Wettbewerbsverfahren liegt darin, daß das europäische Wettbewerbsrecht dem Kreis der Betroffenen ein Beschwerderecht eingeräumt hat (Art. 3 II VO 17). Wenn die Beschwerde von der Kommission endgültig abgelehnt wird, kann diese Entscheidung Gegenstand einer Klage vor dem Gericht erster Instanz und dem Europäischen Gerichtshof sein. Der Beschwerdeführer, der ein berechtigtes Interesse geltend macht, kann durch dieses Instrumentarium am Schutz der marktwirtschaftlichen, wettbewerbsorientierten Rahmenbedingungen stärker als in Japan und Deutschland mitwirken. Durch Zulassung von Anfechtungs- und Untätigkeitsklage verwandelt sich das Beschwerderecht Dritter in ein echtes Recht auf Einschreiten der Kommission. Das EG-Recht erkennt hier zutreffend zwei Aufgaben des Wettbewerbsrechts an: Dieses schützt nämlich nicht nur das Interesse der Allgemeinheit, den freien Wettbewerb aufrechtzuerhalten, sondern auch das Individualinteresse, das durch eine Wettbewerbsbeschränkung verletzt würde.⁶ Andererseits ist nicht zu übersehen, daß es hier auch um rechtspolitische Überlegungen zwischen den Institutionen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten um die Kompetenz hinsichtlich der unmittelbaren Anwendung des eigenen Wettbewerbsrechts auf unternehmerische Aktivitäten auf dem europäischen Binnenmarkt geht.⁷ Ein solches Beschwerderecht ist weder im japanischen noch im deutschen Wettbewerbsrecht zu finden.

5 Zu Deutschland siehe DANNECKER / BIERMANN, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *GWB* (Fn. 1) Vor § 81 Rn. 1 ff., § 81 Rn. 1 ff. Zur EG siehe DANNECKER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Vor Art. 15 Rn. 53, Artt. 15, 16 Rn. 1 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. I, FKVO, D., Artt. 14, 15 Rn. 1 ff. Zur organinternen Funktionstrennung s.u. II. 4.

6 Zur Beschwerdeberechtigung siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 3 Rn. 1 f., 7 ff. Zur Anfechtungsklage (Art. 230 IV EGV) gegen die endgültige Beschwerdeablehnung siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 3 Rn. 22 ff. Zur Untätigkeitsklage bei Nichtreagieren auf die Anregung siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 3 Rn. 15.

7 IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, *EG-WbR* (Fn. 1) Bd. I, FKVO, A., Rn. 19 ff.

3. Ermittlung

Im Ermittlungsverfahren haben die zuständigen Behörden von Amts wegen alle erforderlichen Tatsachen und Beweismittel heranzuziehen und zu prüfen, um den Sachverhalt lückenlos aufzuklären (Untersuchungsgrundsatz). Geltung haben in den Rechtsordnungen Japans, Deutschlands und der Europäischen Gemeinschaft der Erforderlichkeitsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die japanische Wettbewerbsbehörde, die Kartellbehörden in Deutschland und die Europäische Kommission haben Ermittlungsbefugnisse in Form des Auskunftersuchens, sie haben Einsichts- und Prüfungsrechte, ein Recht auf Erteilung der gewünschten Auskünfte und ein Recht zum Betreten der Geschäftsräume (Art. 46 I Nr. 3, 4 AMG, § 59 GWB, Artt. 11, 14 VO 17 und Artt. 11, 13 FKVO). Im japanischen und deutschen Wettbewerbsrecht ist ferner das Einholen von Gutachten sowie die Ladung von Zeugen und Sachverständigen vorgeschrieben (Art. 46 I Nr. 1, 2 AMG, § 57 II GWB). In Japan ist darüber hinaus das Kreuzverhör unter Beteiligung von Zeugen, Sachverständigen und Betroffenen zulässig (Art. 72 VJWB). Dies ist in Deutschland nicht gestattet. Das EG-Recht hat keine entsprechenden Vorschriften, aber in der Praxis bietet die Kommission ohne Zwangsmaßnahmen dem Betroffenen eine solche Gelegenheit an. Im Gegensatz zum japanischen und deutschen Recht kennt das EG-Wettbewerbsrecht keine Zeugenvernehmung. Die Kommission kann zwar Beweisgegenstände in Augenschein nehmen und Sachverständigenbeweis erheben, hat dabei allerdings keine Zwangsbefugnisse gegenüber den Parteien oder Dritten. Im deutschen Recht sind den zuständigen Wettbewerbsbehörden zusätzlich ein Durchsuchungs- und ein Beschlagnahmerecht eingeräumt (§ 59 IV GWB). Daher haben die deutschen Wettbewerbsbehörden die stärkste Position im Rahmen der Ermittlung. Solche unmittelbaren Zwangsbefugnisse zum Zweck der Nachprüfung stehen der japanischen Wettbewerbsbehörde und der Europäischen Kommission nicht zu. Sie können den Betroffenen nur durch die Androhung von Strafe oder Geldbuße im Falle des Nichtnachkommens einer Anordnung mittelbar zwingen, an der Nachprüfung mitzuwirken (Artt. 94, 94-2 AMG, Art. 16 I Buchst. d VO 17, Art. 15 I Buchst. d FKVO). Das deutsche Wettbewerbsrecht kennt zum Schutz natürlicher Personen vor Selbstbezeichnung ein allgemeines Auskunftsverweigerungsrecht, falls die Kartellbehörden Ermittlungen gegen sie durchführen. Ob dieser Grundsatz auch für Unternehmen gilt oder ob ein Vorlageverweigerungsrecht besteht, ist umstritten. Im Gemeinschaftsrecht gibt es lediglich das Recht, ein Geständnis zu verweigern. Dieses Recht steht sowohl einer natürlichen Person als auch einem Unternehmen zu, jedoch nicht nur beim Auskunftsverlangen, sondern auch bei der Nachprüfung. In Japan hat der Grundsatz des Schutzes vor Selbstbezeichnung Geltung in der wettbewerbsrechtlichen Strafverfolgung (Art. 198 II StrPG⁸), aber nicht im wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren. Allerdings werden in der Praxis die während der Ermittlung des Verwaltungsverfahrens durch die japanische

8 Strafprozeßgesetz (*Keiji soshō-hō*), Gesetz Nr. 131/1948 i.d.F d. Ges. Nr. 41/2001.

Wettbewerbsbehörde erlangten Beweise nicht an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet. Die Staatsanwaltschaft muß ihrerseits selbständig nach Vorschriften des japanischen Strafprozeßgesetzes zur Verfolgung einer Wettbewerbsstraftat Ermittlungen anstellen.⁹

4. *Rechtliches Gehör*

In jedem Wettbewerbsverfahren wird rechtliches Gehör gewährt. In Japan wird rechtliches Gehör vor allem durch eine Verhandlung erteilt. Dort herrscht der Mündlichkeitsgrundsatz. Ein förmlicher Beschluß der japanischen Wettbewerbsbehörde ohne mündliche Verhandlung ist unzulässig (Artt. 49 ff. AMG). Außer unbestrittenen und öffentlichen Tatsachen darf nur das mündlich Verhandelte einer Entscheidung zugrundegelegt werden (Art. 54-3 AMG). Das Verfahren ist kontradiktorisch ausgestaltet und findet grundsätzlich öffentlich und in der Regel an mehreren Terminen statt (Artt. 51-2, 53 AMG, 30 ff. VJWB). Es trägt zwar auf der einen Seite zum besseren Schutz der grundsätzlichen Rechte des Betroffenen bei, auf der anderen Seite kann sich aber dessen Schwerfälligkeit nachteilig auswirken. Hierdurch soll versucht werden, einen Ausgleich zwischen den Vor- und Nachteilen des Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatzes einerseits und der Inquisitionsmaxime und dem Anklageprinzip andererseits herbeizuführen. So einen hohen Stellenwert hat die mündliche Verhandlung im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht nicht. In Deutschland ist die mündliche Verhandlung grundsätzlich nur fakultativ. In den Fällen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sowie der Zusammenschlußkontrolle ist eine öffentliche mündliche Verhandlung grundsätzlich zwar vorgesehen, jedoch ist es möglich, mit Einverständnis der Beteiligten auch ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden oder die Öffentlichkeit auszuschließen (§ 56 GWB). Im EG-Wettbewerbsrecht ist eine mündliche Anhörung nur dann möglich, wenn ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird, während sie im Bußgeldverfahren obligatorisch ist. Nach Auffassung der Kommission ist eine mündliche Anhörung sogar dann nicht mehr angebracht, wenn die Beteiligten ausreichend Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme gehabt haben (Art. 19 VO 17, Art. 18 FKVO). Im Gegensatz zum japanischen Wettbewerbsrecht spielt die Mündlichkeit des Verfahrens in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft daher eher eine die schriftliche Stellungnahme nur ergänzende und zweitrangige Rolle. Die Verfahren sind dort überwiegend schriftlich.

Zum effektiven Schutz des rechtlichen Gehörs ist in jedem Wettbewerbsverfahren das Akteneinsichtsrecht gewährleistet. Hinsichtlich der Rechtsträger und des Gegen-

9 Zu Japan siehe HIRABAYASHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 46, 59. Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 57 Rn. 1 ff. KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 59 Rn. 1 ff. Zur EG s. BURRICHTER / HAUSSCHILD, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II., VO 17, B., Art. 11, Art. 14 Rn. 1 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, D., Artt. 11, 13 Rn. 1 ff.

standes ist dieses Recht allerdings unterschiedlich ausgestaltet. In Japan wird dieses Recht dem Beschuldigten, dem Beigeladenen und demjenigen, der durch eine gerügte Zuwiderhandlung einen Schaden erlitten hat, gewährt (Art. 69 AMG). In Deutschland sind Rechtsträger in § 54 II GWB genannte bestimmte Verfahrensbeteiligte (§ 29 I 1 VwVfG). Im EG-Wettbewerbsrecht steht dem Adressat der Mitteilung das Recht auf Akteneinsicht zu. Die Kommission hat zusätzlich dem Beschwerdeführer ein eingeschränktes Akteneinsichtsrecht zugebilligt (Mitteilung vom 23.1.1997, ABl. 1997 C 23/3). Gegenstände des Akteneinsichtsrechts sind in Japan nur Akten, die in der mündlichen Verhandlung offengelegt worden sind, in Deutschland aber alle Akten, die mit dem Gegenstand des Verfahrens in Zusammenhang stehen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können. In der Europäischen Gemeinschaft sind es alle Unterlagen, auf die die Kommission ihre Entscheidung zu stützen beabsichtigt. Als Gegenstück des Rechts auf Akteneinsicht kommt der Geheimnisschutz in Betracht. Im deutschen und europäischen Wettbewerbsverfahren ist dieser Geheimnisschutz konkret anerkannt, während er in Japan von dem allgemeinen Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Grundes“ mitumfaßt wird, bei dessen Vorliegen die japanische Wettbewerbsbehörde die Akteneinsicht verweigern kann.¹⁰

5. *Zusammenschlußkontrolle*

Zusammenschlüsse werden in jedem der untersuchten Wettbewerbsverfahren grundsätzlich in Antragsverfahren geprüft. Vor der Verfahrenseinleitung spielen informelle Vorverfahren eine unentbehrliche Rolle. In Japan gilt seit der Novelle von 1998 eine grundsätzlich präventive Fusionskontrolle, aber nur Zusammenschlußvorhaben von großer Bedeutung sind vorher bei der japanischen Wettbewerbsbehörde anzumelden (Art. 15 AMG). Für die Zusammenschlußkontrolle gilt hier im Grunde die allgemeine Verfahrensregelung des Antimonopolgesetzes. Für die Zusammenschlußkontrolle ist die japanische Wettbewerbsbehörde ausschließlich zuständig. Bei der deutschen und EG-Zusammenschlußkontrolle gelten von der allgemeinen Verfahrensregelung abweichende Verfahrensvorschriften. Die deutsche Fusionskontrolle ist seit der 6. Novelle von 1998 generell präventiv ausgestaltet (§ 39 GWB). Nach dem Vorbild der EG-Zusammenschlußkontrolle ist das Verfahren vor dem Bundeskartellamt in ein Vor- und Hauptprüfverfahren getrennt worden (§ 40 GWB). In Hinblick auf die Entscheidungsträger

10 (Einzelheiten zum rechtlichen Gehör) Zu Japan siehe SUZUKI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 49, 51-2 AMG. Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 56 Rn. 1 ff. Zur Regelung in der EG siehe RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 19 Rn. 1 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, D., Art. 18 Rn. 1 ff. (Zur Akteneinsicht und zum Geheimnisschutz) Zu Japan siehe HIRABAYASHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 69. Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 56 Rn. 11 ff. Zur EG s. RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 19 Rn. 12 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, D., Art. 18 Rn. 11.

kann das deutsche Verfahren als zweistufig betrachtet werden, da zuerst das Bundeskartellamt und dann der Bundesminister für Wirtschaft nach unterschiedlichen Prüfungskriterien entscheiden. Die Trennung des Verfahrens beim Bundeskartellamt und die Aufteilung der Zuständigkeit zwischen dem Bundeskartellamt und dem Bundeswirtschaftsminister sollen der Transparenz des Verfahrens dienen (§ 42 GWB). Die europäische Zusammenschlußkontrolle ist ebenso präventiv. Alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftlicher Bedeutung sind vorher bei der Kommission anzumelden (Art. 4 FKVO). In der Gemeinschaft besteht die Prüfung zwar aus zwei Phasen, Vor- und Hauptverfahren (mit steigender Prüfungsintensität), aber vor dem gleichen Organ, der Kommission. In dieser Trennung von Vor- und Hauptverfahren, die jeweils nach vorgeschriebenen Prüfungskriterien durchgeführt werden, zeigt sich eine Tendenz der Vorverlagerung des Verfahrens, die zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, Entlastung der Kommission, aber gleichzeitig auch zur Wahrung der Rechtssicherheit beitragen soll (Artt. 6, 8 FKVO). In der deutschen und der EG-Fusionskontrolle bestehen Prüfungsfristen, innerhalb derer das Prüfungsverfahren abgeschlossen werden muß. Nach dem Ablauf dieser Fristen ohne Untersagung gilt der Zusammenschluß im deutschen und EG-Recht als freigegeben und wirksam. Vor Ablauf dieser Fristen ist der Vollzug eines Zusammenschlusses verboten (§ 40 GWB, Artt. 7, 10 FKVO). In Japan ist eine Mitteilungsfrist vorgesehen, aber die Prüfung der japanischen Wettbewerbsbehörde kann diese Frist überschreiten (Art. 15 V AMG). Nach Ablauf dieser Frist ist der Vollzug des Zusammenschlusses automatisch zulässig. Um dies zu verhindern, kann die FTC einen Antrag auf einstweilige Anordnung bei Gericht stellen (Art. 67 I AMG). Eine Verlängerung oder Hemmung der Prüfungsfristen ist in jeder Rechtsordnung vorgesehen. Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind im deutschen und EG-Wettbewerbsrecht bis zur endgültigen Entscheidung der Wettbewerbsbehörden schwebend unwirksam (§ 41 I 2 GWB, Art. 7 V FKVO). In Japan muß die Wettbewerbsbehörde zur Klarstellung der Wirksamkeit solcher Rechtsakte ein gerichtliches Urteil erwirken (Art. 18 AMG). Ein im Zeitpunkt der Untersagung bereits vollzogener Zusammenschluß ist durch die Wettbewerbsbehörden nach den Vorschriften einer jeden Rechtsordnung aufzulösen (Art. 17-2 I AMG, § 41 III 1 GWB, Art. 8 IV FKVO). Die Erlaubnis eines Zusammenschlusses kann in jeder Wettbewerbsordnung unter einer Auflage der Modifizierungerteilt werden (Art. 15 V 1 AMG, § 40 III 1 GWB, Art. 8 II FKVO).¹¹

11 Zu Japan siehe NEGISHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 15. Zu Deutschland siehe MESTMÄCKER / VEELKEN, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 39 Rn. 1 ff., § 40 Rn. 1 ff., § 41 Rn. 1 ff., § 42 Rn. 1 ff. Zur EG siehe IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, C., Rn. 4 ff., D., Art. 4 Rn. 1 ff., Art. 6 Rn. 1 ff., Art. 7 Rn. 1 ff., Art. 8 Rn. 1 ff., Art. 10 Rn. 1 ff.

6. *Verfahrensabschluß*

In den Rechtsordnung von Japan (Artt. 54, 54-2 AMG), Deutschland (§ 51 II, III GWB) und der Europäischen Gemeinschaft (Art. 249 IV EGV, Art. 2, 3, 6 VO 17, Artt. 6, 8 FKVO) sind jeweils zwei Arten von Verfahrensabschlüssen vorgesehen, förmliche und nicht förmliche. Im Rahmen des förmlichen Verfahrensabschlusses kennt das japanische Wettbewerbsrecht neben dem förmlichen Beschluß (§ 54 AMG) noch zwei andere Arten, den sogenannten Empfehlungsbeschluß (Art. 48 AMG) und den Zustimmungsbeschluß (Art. 53-3 AMG). Sie unterscheiden sich dadurch, daß der erste vor der Einleitung der mündlichen Verhandlung und der zweite während ihrer Durchführung gefaßt wird. Beide Beschlußarten basieren darauf, daß der Beschuldigte wegen unwiderlegbarer Beweise zugesteht, daß er eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung begangen hat, und sich daher bereit erklärt, selbst Maßnahmen zu ihrer Abstellung zu ergreifen. Die Beschlüsse erlangen Wirksamkeit, wenn die Wettbewerbsbehörde förmliche Beschlüsse gleichen Inhalts faßt. Der Adressat dieser Beschlüsse ist dann dazu verpflichtet, die Zuwiderhandlung einzustellen. Diese Möglichkeiten zum Verfahrensabschluß tragen zur schnellen und gütlichen Erledigung des Falles bei. Eine vergleichbare Möglichkeit existiert weder im deutschen noch im EG-Wettbewerbsrecht.¹²

7. *Gerichtliche Kontrolle*

Sowohl in Japan als auch in Deutschland sind zentrale Zuständigkeiten von Gerichten hinsichtlich Anfechtungs- bzw. Untätigkeitsklage oder Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsbeschwerde im Wettbewerbsverfahren bei einem oder einigen Gericht(en) vorgesehen. In Japan ist ausschließlich das Obergericht Tokyo dafür zuständig (Art. 85 Nr. 1 AMG). Gegen eine Entscheidung des Obergerichts in Tokyo ist nur ein einziges letztes Rechtsmittel zulässig, das beim Obersten Gerichtshof eingelegt werden muß (Art. 7 VwPG¹³, Art. 311 I ZPG¹⁴). In Deutschland ist die Rechtsprechung dezentral aufgebaut. Zum einen existieren die verschiedenen Gerichtsbarkeiten, zum anderen teilen sich Bundesgerichte und die Gerichte der Länder die gerichtliche Zuständigkeit. Obwohl die Verfahren im Wettbewerbsrecht eher verwaltungsrechtlicher Natur sind, liegt die Zuständigkeit hierfür nicht bei den Verwaltungsgerichten, sondern bei den ordentlichen Gerichten. Trotz dieser dezentralen Struktur besteht die Möglichkeit, die Zuständigkeit für Wettbewerbssachen bei einigen ordentlichen Gerichten zu konzentrieren. Auf der

12 Zu Japan siehe HIRABAYASHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1), § 48; SUZUKI, in: ATSUYA ET AL., § 53-3, 54. Zu Deutschland siehe KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 51 Rn. 5 ff. Zur EG siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, A., Rn. 29 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, C., Rn. 21 ff., 29 ff.

13 Verwaltungsprozeßgesetz (*Gyôsei jiken soshô-hô*), Gesetz Nr. 139/1962 i.d.F. des Gesetzes Nr. 110/1996.

14 Zivilprozeßgesetz (*Minji shoshô-hô*), Gesetz Nr. 109/1996, i.d.F. d. Ges. Nr. 96/2001.

Landesebene ist es für die Landesregierungen möglich, die gerichtliche Zuständigkeit für Kartellverwaltungs- und Kartellbußgeldsachen durch Rechtsverordnung einem oder einigen der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zuzuweisen (§ 92 I GWB). Von dieser Möglichkeit ist in mehreren Bundesländern Gebrauch gemacht worden. Auf der Bundesebene entscheidet über die Anfechtungs- oder Verpflichtungsbeschwerde sowohl gegen das Bundeskartellamt als auch (bezüglich der Ministererlaubnis) gegen den Bundesminister für Wirtschaft ausschließlich das für den Sitz des Bundeskartellamtes zuständige Oberlandesgericht (§§ 63 IV GWB). Zusätzlich werden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Landesregierungen ermächtigt, die Zuständigkeit durch Rechtsordnung einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen (§ 89 I GWB). Von dieser Ermächtigung ist ebenso in mehreren Bundesländern Gebrauch gemacht worden. Darüber hinaus kann durch Staatsverträge die Zuständigkeit eines Landgerichts (§ 89 II GWB) oder die Zuständigkeit eines Oberlandesgerichts oder Obersten Landesgerichts (§ 92 II GWB) für ein Gebiet, das in mehrere Länder hineinreicht, begründet werden. Die letzte Instanz ist der Bundesgerichtshof (§ 74 GWB). In der Europäischen Gemeinschaft bestehen nur das Gericht erster Instanz und der Europäische Gerichtshof als rechtsprechende Organe für Anfechtungs- und Untätigkeitsklagen gegen Handlungen der Kommission (Artt. 225, 230, 232 EGV). Zwischen diesen beiden und den nationalen Gerichten besteht eine Zuständigkeitsaufteilung. Zur Wahrung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsordnung wird bei Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von EG-Recht das nationale Verfahren für die Dauer des Kommissionsverfahrens oder des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EGV ausgesetzt. Im Hinblick auf die Reichweite der Anfechtungsklagebefugnis enthält das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich zu den anderen zwei Rechtsordnungen eine weitere Regelung (s.o. I. 2.).

Das japanische und deutsche Wettbewerbsrecht sehen jeweils nur ein Rechtsmittel bezüglich Klage und Beschwerde im Rahmen der Wettbewerbsverwaltungs-, Wettbewerbsstraf- und Bußgeldverfahren vor. Im EG-Wettbewerbsrecht bestehen ohnehin lediglich zwei Gerichte. Die japanische Wettbewerbsbehörde, das Bundeskartellamt und die Kommission spielen also jeweils die Rolle einer „ersten Instanz“. Die Konzentration der Zuständigkeit der Gerichte und die Gewährung der zwei Instanzenzüge in den drei Rechtsordnungen sollen der einheitlichen, beschleunigten und effektiven Rechtsprechung dienen.

Für Wettbewerbssachen werden wegen Besonderheiten und Schwierigkeiten des Wettbewerbsrechts spezielle Senate eingerichtet: in Japan beim Obergericht Tokyo (Art. 87 AMG), in Deutschland sowohl bei den zuständigen Oberlandesgerichten (oder Obersten Landesgerichten) (§ 91 GWB) als auch beim Bundesgerichtshof (§ 94 GWB). Dies soll aufgrund der Fachkenntnisse der Spezialsenate zum effektiven Institutions- und Individualschutz beitragen.¹⁵

15 Zu Japan siehe BRUTZER (Fn. 1) 493; KOJÔ, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 77. Zu Deutschland

Wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen können in Japan und Deutschland zusätzlich durch die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche des einzelnen im Rahmen von bürgerlichen Streitigkeiten jeweils nach den Vorschriften der Wettbewerbsgesetze (Artt. 24, 25 AMG, § 33 GWB) und der Zivilgesetze (Art. 709 ZG¹⁶, §§ 823, 826 BGB) vor Gericht sanktioniert werden. In der Europäischen Gemeinschaft ist die Geltendmachung solcher Ansprüche nur nach dem nationalen Recht vor Gerichten der Mitgliedstaaten, also z.B. vor deutschen Gerichten möglich. Für diesen Rechtsweg sind drei Instanzenzüge vorgesehen.¹⁷

8. *Einstweilige Anordnungen und die Wirkung einer Anfechtungsklage*

In Japan hat an Stelle der Wettbewerbsbehörde das Obergericht Tokyo die Befugnis, eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Diese erläßt es auf Antrag der Wettbewerbsbehörde, wenn es sie für nötig hält (Art. 67 AMG). Gegen diese Entscheidung ist eine Sonderbeschwerde zum Obersten Gerichtshof statthaft (Art. 336 ZPG). Der Adressat kann die Aussetzung der Vollstreckung der einstweiligen Anordnung durch Sicherheitsleistung von Geld bzw. Wertpapieren erwirken (Art. 68 AMG). Nach dem deutschen GWB hat die Kartellbehörde die Befugnis, eine einstweilige Anordnung selbst zu erlassen (§ 60 GWB). Gegen diese einstweilige Anordnung ist eine Beschwerde vor dem zuständigen Gericht möglich (§ 63 GWB). Im EG-Recht ist eine solche Kompetenz der Kommission nicht vorgesehen. Der EuGH hat sie jedoch in seiner Rechtsprechung aus dem Sinn und Zweck des Art. 3 VO 17 abgeleitet. Die einstweilige Anordnung ist vor dem Europäischen Gerichtshof einschließlich des Gerichts erster Instanz anfechtbar. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die einstweiligen Anordnungen sind in jeder Rechtsordnung das öffentliche Interesse, das Interesse des Adressaten sowie das der Marktbeteiligten abzuwägen.¹⁸

Im japanischen Wettbewerbsrecht und im EG-Wettbewerbsrecht haben Klagen gegen förmliche und endgültige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 25 I VwPG). Das Gericht kann ausnahmsweise in bestimmten Fällen eine aufschiebende Wirkung herbeiführen (Art. 25 II VwPG).

siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) §§ 63, 74 Rn. 1 ff. Zur EG siehe RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, Verfahren, A., Rn. 1 ff.

16 *Minpô*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F. d. Ges. Nr. 41/2001.

17 Zu Japan siehe SANEKATA, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 25; SHÔJI, in: ATSUYA ET AL. § 26. Zu Deutschland siehe EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 33 Rn. 1 ff. Zur EG siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, Verfahren, B., Rn. 1 ff.; SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB § 96 Rn. 1 ff.

18 Zu Japan siehe HIRABAYASHI, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 67, 68. Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 60 Rn. 1 ff. Zur EG siehe RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, B., Art. 3 Rn. 52 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, FKVO, D., Art. 7 Rn. 6 f.

Auch im deutschen Recht hat eine Beschwerde außer in den in § 64 GWB ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen keine aufschiebende Wirkung. Diese schematische Regelung in Deutschland trägt zwar zur Rechtssicherheit bei, es fehlt aber an der für jeden Einzelfall nötigen Flexibilität. Zum Ausgleich können die Kartellbehörden ihrerseits nach dem § 65 GWB unter noch allgemeineren Voraussetzungen als denen des § 64 GWB im Einzelfall die sofortige Vollziehung anordnen oder umgekehrt die Vollziehung aussetzen. Das Beschwerdegericht seinerseits kann auf Antrag die aufschiebende Wirkung wiederherstellen oder unabhängig von der sofortigen Vollziehung durch die Kartellbehörde die aufschiebende Wirkung anordnen. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die aufschiebende Wirkung einer Klage oder Beschwerde sind in jeder Rechtsordnung das öffentliche Interesse, das Interesse des Adressaten sowie das der Marktbeteiligten abzuwägen.¹⁹

9. *Dezentrale Struktur des Verfahrens*

Deutschland und die Europäische Gemeinschaft sind föderalistisch aufgebaut. Dies spiegelt sich auch in der dezentralen Struktur des jeweiligen Wettbewerbsverfahrens wider. Vorgesehen ist in diesem Zusammenhang die Zuständigkeitsverteilung und Zusammenarbeit zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft, dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden im deutschen Wettbewerbsrecht (§ 48 GWB) einerseits und der Kommission und dem Bundeskartellamt im EG-Recht (§ 50 GWB) andererseits.

Während die Zuständigkeitsverteilung im deutschen Wettbewerbsrecht bindend ist, ist im EG-Recht im Falle von Verstößen gegen Artt. 81 und 82 EGV wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes (Art. 5 EGV) eine Überschneidung der Zuständigkeiten zwischen dem Bundeskartellamt und der Kommission möglich. Trotz des Ausschließlichkeitsprinzips in der EG-Zusammenschlußkontrolle kann ein Fall nach der sog. deutschen Klausel an das Bundeskartellamt verwiesen werden (Art. 9 FKVO). Nach der niederländischen Klausel ist umgekehrt eine Verweisung von nationalen Wettbewerbsbehörden an die Kommission möglich (Art. 22 III FKVO), was in bezug auf Deutschland wegen der Aktivität des Bundeskartellamts faktisch ausgeschlossen ist. In Deutschland sind das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden nach § 49 II GWB gegenseitig verpflichtet, das Verfahren an die zuständige Behörde zu verweisen.

Zur Zusammenarbeit gehört eine gegenseitige Benachrichtigung zwischen den Wettbewerbsbehörden sowohl im deutschen als auch im EG-Wettbewerbsverfahren. In Deutschland ist das Bundeskartellamt an allen Verfahren der Landeskartellbehörden beteiligt (§ 54 III GWB). Umgekehrt können die Landeskartellbehörden, in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, vor der Untersagung eines Zusammen-

19 Zu Deutschland siehe SCHMIDT, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) §§ 64, 65 Rn. 1 ff. Zur EG siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn.1) Bd. II, Verfahren, A., Rn. 48, 77 ff.

schlusses durch das Bundeskartellamt Stellung nehmen (§ 40 IV GWB). Im EG-Recht erfolgt die Einflußnahme Deutschlands als Mitgliedstaat insbesondere durch die Zusammensetzung des Beratenden Ausschusses und Stellungnahmen des Bundeskartellamtes (Art. 10 III, IV VO 17; Art. 19 III, IV FKVO). Die VO 17 und die FKVO schreiben hierzu eine gegenseitige Mitwirkungspflicht vor (Artt. 10, 13, 14 VO 17; Artt. 9, 11, 12, 13, 19 FKVO). Föderalistische Überlegungen bestehen ebenso im Verhältnis zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission einerseits sowie zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof einschließlich des Gerichts erster Instanz andererseits. Durch Aussetzung des Prozesses vor den nationalen Gerichten für die Dauer des Kommissionsverfahrens oder des Verfahrens der Vorabentscheidung durch europäische Gerichte kann einer uneinheitlichen Rechtsprechung vorgebeugt werden (Art. 234 EGV). Die Struktur des japanischen Wettbewerbsverfahrens ist im Gegensatz hierzu zentralistisch.²⁰

II. DIE ORGANISATION DER ZUSTÄNDIGEN BEHÖRDEN

1. *Rechtsstellung der Wettbewerbsbehörden*

Was die Rechtsstellung der Wettbewerbsbehörde angeht, so ist die japanische Wettbewerbsbehörde mit ihrem kollegialen Entscheidungsgremium, außer in den Sonderfällen nach Artt. 21 ff. AMG, allein für Wettbewerbsachen zuständig (Artt. 27 I, 27-2 AMG). Sie ist von anderen Ministerien und Stellen unabhängig und nur dem Minister für allgemeine Angelegenheiten unterstellt (Artt. 27 II, 28 AMG), der nach h. M. jedoch kein Recht hat, ihr Weisungen zu erteilen.²¹ In der Europäischen Gemeinschaft sind die Kommission, die Hüterin der europäischen Integration, und die Generaldirektion IV, die die Entscheidungen der Kommission vorbereitet und der die Aufgaben des EG-Wettbewerbsrechts zum Großteil von den Kommissionsmitgliedern übertragen ist, für die wettbewerbsrechtlichen Fragen auf Gemeinschaftsebene zuständig (Artt. 211, 213 II EGV). Da die Generaldirektion in die Struktur der Kommission völlig eingegliedert ist, kann die Kommission sowohl allgemeine Anweisungen als auch Einzelanweisungen an die Generaldirektion IV erteilen. Da auch die Kommissionsmitglieder, die mit einer der Wettbewerbspolitik entgegengesetzten Politik befaßt sind, der förmlichen Entscheidung zustimmen müssen und dabei auch nicht im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht stehende, vor allem industriepolitische Gesichtspunkte in die Entscheidung einfließen

20 Zu Deutschland siehe KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 48 Rn. 1 ff., § 50 Rn. 1 ff. Zur EG siehe RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, A., Rn. 27, B., Art. 10 Rn. 1 ff.; BURRICHTER / HAUSCHILD, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR Bd. II, VO 17, B., Art. 14 Rn. 18 ff., 28 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR Bd. I, FKVO, C., Rn. 53, D., Art. 9 Rn. 1 ff., Art. 11 Rn. 1 ff., Art. 12 Rn. 1 f., Art. 13 Rn. 4, Art. 19 Rn. 1 ff.

21 SAJIMA, in: ATSUYA et al. (Fn. 1) §§ 27, 28.

können (vor allem im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe), besteht im EG-Wettbewerbsrecht die Gefahr der politischen Einflußnahme auf einzelne Fälle, was mitunter einer sachgerechten Klärung des Falles entgegensteht.²² Hingegen ist in Deutschland die Zuständigkeit für Wettbewerbsfragen zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft, dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden aufgeteilt. Der föderalistischen Struktur der BRD entsprechend sind in den jeweiligen Bundesländern die Landeskartellbehörden und auf der Bundesebene das Bundeskartellamt für Wettbewerbssachen zuständig (§ 48 GWB); es besteht kein über- bzw. nachgeordnetes Verhältnis zwischen dem Bundeswirtschaftsminister und dem Bundeskartellamt einerseits und den Landeskartellbehörden andererseits.²³ Der Bundeswirtschaftsminister schreitet ein, wenn es insbesondere um sog. „*political questions*“ geht. Er berücksichtigt auch Gesichtspunkte, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht stehen (§§ 8 I, 42 I GWB).²⁴ Das Bundeskartellamt ist zwar organisatorisch und in bezug auf seinen Haushalt aus dem Bundeswirtschaftsministerium ausgegliedert, jedoch im Gegensatz zum Verhältnis zwischen dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden dem Bundesminister für Wirtschaft unterstellt (§ 51 I 2 GWB) und nach h. M. sowohl an allgemeine als auch an einzelne Weisungen des Bundeswirtschaftsministers gebunden, von denen dieser bislang allerdings nur selten Gebrauch gemacht hat.²⁵ Die Monopolkommission übt zwar nach ausführlicher Analyse der volkswirtschaftlichen Lage einen Einfluß auf die drei Kartellbehörden durch die Veröffentlichung ihrer Haupt- und Sondergutachten aus, hat jedoch rechtlich nur eine beratende Funktion inne (§§ 44 bis 46 GWB).²⁶ Im Ergebnis sind das Bundeskartellamt und die Generaldirektion IV nicht wie ein Gericht unabhängig organisiert, während die japanische Wettbewerbsbehörde eine weiter reichende gerichtsähnliche Unabhängigkeit besitzt. Das Bundeskartellamt genießt jedoch dank der Zurückhaltung des Bundeswirtschaftsministeriums eine faktische Unabhängigkeit.²⁷

Bisher hat es immer wieder Forderungen sowohl nach einer organisationsrechtlichen Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes als auch nach der Errichtung einer selbständigen EG-Wettbewerbsbehörde gegeben. Diese Forderung ist in Deutschland insbesondere an dem Lehrsatz gescheitert, daß die Handlung eines Verwaltungsorgans in der repräsentativen Demokratie der Gegenwart dem parlamentarisch-verantwortlichen Minister unterstellt sein muß, damit die Verwaltung der parlamentarischen Kontrolle untersteht und die Einheitlichkeit der Verwaltung im Ministerialsystem erhalten bleibt. Diese Prämisse erweist sich aber als nicht haltbar, da es in der Tat ministerialfreie

22 RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, A., Rn. 17 f.

23 KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 48 Rn. 1 ff.

24 IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 8 Rn. 1 ff.; MESTMÄCKER / VEELKEN, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB § 42 Rn. 1 ff.

25 KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 51 Rn. 1 ff.

26 IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 46 Rn. 1 ff.

27 KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 51 Rn. 11 ff., § 52 Rn. 1 ff.

Räume wie etwa die unabhängige Deutsche Bundesbank (Art. 88 GG) gibt, und es durchaus möglich ist, durch eine Verpflichtung von Behörden, die Politik der Bundesregierung zu unterstützen, und durch die Förderung der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Institutionen eine einheitliche Verwaltung zu gewährleisten, wie es auch bei der Bundesbank der Fall ist.²⁸ In der Europäischen Gemeinschaft hat die Forderung ebenso wenig Erfolg. Das wichtigste Argument ihrer Gegner, die Gründung einer unabhängigen EG-Wettbewerbsbehörde verstoße gegen das institutionelle Gleichgewicht der Gemeinschaft, ist im Hinblick auf die bisherige dynamische Entwicklung der Institutionen der Gemeinschaft unhaltbar. Die parlamentarische Kontrolle ist als Argument gegen die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde eher fehl am Platz, da das Demokratieprinzip im eigentlichen Sinne aufgrund der Beibehaltung der Souveränität der Mitgliedstaaten nicht vorhanden ist und die Kompetenz des Europäischen Parlaments im Vergleich zu den nationalen Parlamenten trotz der vollzogenen Erweiterung immer noch sehr begrenzt ist (Artt. 250 bis 252 EGV).²⁹

2. *Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle*

Institutionell ist die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde in Japan erstens durch die Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit (Art. 81 AMG) nach dem Grundsatz des „*substantial evidence*“ des US-amerikanischen Vorbilds und zweitens durch die Einschränkung des Schadensersatzanspruches nach Artt. 25, 26 AMG in Zivilklagen gekennzeichnet. Durch diese institutionelle Garantie der Unabhängigkeit wird die Position der Wettbewerbsbehörde gegenüber den Gerichten gestärkt. Diese umfangreiche Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle über Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde führte angesichts des Gewaltenteilungsprinzips zu Diskussionen um die Verfassungsmäßigkeit einer derartigen Einschränkung. Die h.M. hält sie für nicht verfassungswidrig. Die Rechtsprechung versucht allerdings, den Umfang der rechtlichen Fragen, die nicht unter den Grundsatz des *substantial evidence* fallen, zu erweitern. Sie trennt die grundsätzlichen Tatsachen von den davon abzuleitenden abstrakteren Tatsachen und unterwirft die Tatsachenfeststellung letzterer Art der vollständigen Kontrolle durch die Gerichte.³⁰ In Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft wurde zwar das US-amerikanische Prinzip des *substantial evidence* nicht eingeführt, es existieren jedoch gewisse Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle von Handlungen der Wettbewerbsbehörden. Entscheidungen der Kartellbehörden sind in Deutschland zwar in größerem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen als normale Verwaltungsakte. Die gerichtliche Nachprüfung erstreckt sich nämlich bei ersteren nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Ermessensentscheidung (§ 71 V 1

28 MISHIRO, Dissertation, Kap. II. B. 3.

29 MISHIRO, Dissertation, Kap. II. C. 3. (a).

30 SANEKATA, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 25; SHŌJI, in: ATSUYA ET AL. § 26; KOJŌ, in: ATSUYA ET AL. § 80.

GWB). Aber eine bemerkenswerte Ausnahme bildet die gesetzliche Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung nach § 71 V 2 GWB. Das Gericht hat danach zu prüfen, ob die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung durch die Kartellbehörde die von ihr getroffene Entscheidung trägt. Der gerichtlichen Kontrolle ist jedoch die Würdigung selbst entzogen. Die der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung zugrundezulegenden Tatsachen und die Subsumtion sind von § 71 V 2 GWB nicht erfaßt. Fragwürdig ist hier die Trennbarkeit von unter § 71 V 2 GWB fallenden wirtschaftspolitischen Wertungen und der der gerichtlichen Kontrolle unterworfenen Rechtsanwendung.³¹ In der Gemeinschaft ist die gerichtliche Prüfung nach Art. 230 EGV grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit beschränkt. Bei der Prüfung der Tatsachenwürdigung beschränkt sich die Nachprüfung zumeist darauf, ob ein offensichtlicher Fehler vorliegt oder ob die Kommission willkürlich gehandelt hat. Bei der Nachprüfung von wirtschaftlichen Wertungen beschränkt sich die Rechtmäßigkeitskontrolle vor allem auf die Richtigkeit der zugrundegelegten Tatsachenfeststellungen und die Subsumtion unter die Norm.³² Im Ergebnis besteht damit in Japan die umfangreichste gesetzliche Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfung der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde, was daher eine weitgehende gerichtsähnliche Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde erfordert.

3. *Politik und Rechtsanwendung*

Der Versuch von außen, auf die japanische Wettbewerbsbehörde aus anderen als wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten Einfluß zu nehmen, ist nicht zu leugnen. Jedoch besteht in Japan keine Möglichkeit für andere Stellen, im Rahmen der Anwendung des AMG in Einzelentscheidungen der Wettbewerbsbehörde einzugreifen (Artt. 27, 28 AMG). Für einzelne Entscheidungen, die neben wettbewerbsrechtlichen auch wirtschaftspolitische Aspekte berücksichtigen, ist die Wettbewerbsbehörde gleichwohl außer im Sonderfall der Artt. 21 ff. AMG allein zuständig und verantwortlich.³³ Hingegen ist dem Bundeskartellamt die wirtschafts- oder wettbewerbspolitische Entscheidung, mit anderen Worten die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, entzogen. Hierfür ist der Bundesminister für Wirtschaft allein und als letzte Instanz zuständig und verantwortlich (§§ 8 I, 42 I GWB). Derartige Entscheidungen des Bundeswirtschaftsministers sind auch der gerichtlichen Nachprüfung entzogen (§ 71 V 2 GWB). Andererseits ist das Bundeskartellamt in diesem Fall von der Verantwortung für wirtschaftspolitische Entscheidungen entbunden. Zusätzlich ist das Bundeskartellamt nicht nur an allgemeine Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft § 52 GWB, sondern nach h.M. auch an seine Einzelweisungen gebunden. Das deutsche Wettbewerbsverfahren, das mit

31 SCHMIDT, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 71 Rn. 35 ff.

32 RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, Verfahren, A. Rn. 46 f.

33 S.o. II. 1; SAJIMA, in: ATSUYA ET AL., §§ 27, 28.

der Institution der Ministererlaubnis zur Bildung von Kartellen (§ 8 I GWB) und Zusammenschlüssen (§ 42 I GWB) die wirtschaftspolitische Entscheidung grundsätzlich dem Bundesminister für Wirtschaft überläßt, ist zwar transparenter, jedoch besteht hier die Gefahr der größeren Einflußnahme der Interessengruppen auf den Bundeswirtschaftsminister, der neben der Wettbewerbspolitik noch weiteren politischen Umständen ausgesetzt ist.³⁴ In der Europäischen Gemeinschaft ist die Kommission für die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts allein zuständig und bedarf sogar zu allen das Wettbewerbsverfahren förmlich abschließenden Entscheidungen der Zustimmung der Kommissionsmitglieder, die mit zahlreichen, unter Umständen der Wettbewerbspolitik gegenläufigen politischen Fragen befaßt sind (Art. 219 II EGV, 6 III KGO). Dort ist die Berücksichtigung anderer als wettbewerbsrechtlicher Umstände aufgrund der Klausel der EG-Industriepolitik und der materiellen Voraussetzung „wirtschaftlicher und technischer Entwicklung“ Bestandteil des einzelnen Verfahrens (Art. 2 I U Abs. 2 Buchst. b FKVO). Der Versuch der Fremdeinwirkung erfolgt in der Gemeinschaft nicht nur durch den Betroffenen, sondern auch durch die Mitgliedstaaten, die im Wettbewerbsrecht unterschiedliche Zielsetzungen haben und im eigenen nationalen Interesse die Durchführung des Wettbewerbsrechts durch die Kommission beeinflussen wollen; dies geschieht sowohl auf politischem Wege bei der Rechtssetzung (Art. 205, 249 f., 308 EGV) als auch im einzelnen Verfahren (Art. 10 III, IV VO 17, 19 III, IV FKVO).³⁵ In Deutschland und in der Gemeinschaft ist man überwiegend der Meinung, daß wirtschafts- und wettbewerbspolitische Überlegungen auch in Einzelfällen von der Politik angestellt werden sollen. Dies wird damit begründet, daß die Entscheidungen wirtschaftspolitischer Art dem parlamentarisch verantwortlichen Minister oder Kommissar obliegen. Fraglich ist dabei aber, ob die wirtschaftspolitischen Entscheidungen von den rein wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen klar abgegrenzt werden können. Die Einwirkungsmöglichkeit seitens der Politik hat zur Folge, daß das wirtschaftsrechtliche Kontrollverfahren in wirtschaftspolitisch wichtigen Fällen von politischen Auseinandersetzungen überlagert werden kann. Angesichts der notwendigen Entpolitisierung des einzelnen Verfahrens sind das deutsche System und das System der Gemeinschaft daher nicht unbedenklich. Außerdem ist die Wettbewerbsbehörde kein Gericht, sondern ein Verwaltungsorgan. Wenn sich eine Entscheidung der Wettbewerbsbehörde auf die reine Rechtsanwendung beschränkte, sollte hierneben besser nur das Gericht damit befaßt werden.³⁶

34 S.o. I. 5.; II. 1.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 8 Rn. 1 ff.; MESTMÄCKER / VEELKEN, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB § 42 Rn. 1 ff.; KLAUE, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB § 51 Rn. 11 ff., 52 Rn. 1 ff.; SCHMIDT, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, GWB § 71 Rn. 35 ff.

35 IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. I, Einl., A. Rn. 10 f.; RITTER, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR Bd. II., VO 17, B. Art. 10 Rn. 21 ff.; IMMENGA, in: IMMENGA / MESTMÄCKER, EG-WbR Bd. I, FKVO, A. 19 ff. D. Art. 19 Rn. 9 ff.

36 MISHIRO, Dissertation, Kap. II, B. 3. (a) (8), C. 3. (a) (11).

4. Funktionstrennung

Im japanischen Wettbewerbsverfahren ist nach dem Vorbild des US-amerikanischen „*Hearing Examiners*“ (jetzt „*Administrative Law Judge*“) 1952 das Amt des „Leiters der mündlichen Verhandlung“ eingeführt worden. Dadurch sind die Leitung der mündlichen Verhandlung und die Fassung des Entscheidungsentwurfes von der Ermittlungsabteilung getrennt worden. Trotz der unvollständigen Unabhängigkeit des Leiters der mündlichen Verhandlung im Vergleich zum Amt des *Administrative Law Judge* besteht eine behördeninterne Trennung zwischen der Verfolgungs- und der Entscheidungsfunktion (Art. 51-2 AMG).³⁷ In Deutschland hingegen gibt es keine Funktionstrennung. Die abschließend die Entscheidung treffende Abteilung des Bundeskartellamtes leitet bei einem Verdacht der Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des GWB auch die Ermittlung ein (§§ 48, 5 II, 57 GWB). An der Entscheidung sind der Vorsitzende, ein mit dem Fall befaßter Beisitzer (Berichterstatter) und ein weiterer Beisitzer beteiligt (§ 51 III GWB). Die Entscheidung wird zwar kollegial getroffen, jedoch gehören sie alle zur gleichen Abteilung und stehen vom Anfang der Ermittlungen bis zum Abschluß des Verfahrens in engem Kontakt miteinander. Die Konzentration der Verfolgungs- und Entscheidungsfunktion in einer Person ist in Deutschland hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens bislang nicht in Frage gestellt worden. Die Übertragung der Quasi-Strafgewalt auf das Bundeskartellamt, das die Befugnisse der Verfolgung, Entscheidung und Verhängung einer Geldbuße in sich vereint, wird als verfassungsmäßig angesehen, da die verhängte Geldbuße keine eigentliche (Kriminal-)Strafe und das Bußgeldverfahren kein Strafverfahren sei.³⁸ In der Europäischen Gemeinschaft greift den Fall das zuständige Referat der Generaldirektion IV auf, würdigt den Sachverhalt und arbeitet bei Bedarf einen Entscheidungsentwurf aus, der über den die Generaldirektion IV leitenden Wettbewerbskommissar sodann der Kommission vorgelegt wird. Innerhalb der Generaldirektion IV gibt es keine organinterne Funktionstrennung. Das aufgrund der Kritik an der Konzentration der Funktion vor allem seitens der Briten eingeführte Amt des Anhörungsbeauftragten dient zwar einer sachgerechteren Anhörung, jedoch bleibt die Gefahr der Befangenheit des Entscheidungsträgers bestehen, da der Anhörungsbeauftragte nicht mehr als eine beratende Funktion innehat und das Wettbewerbsverfahren zum großen Teil schriftlich durchgeführt wird (Artt. 1, 8 bis 10 BKM³⁹). Eine Funktionstrennung besteht gewissermaßen zwischen der Generaldirektion IV und der Kommission als kollegialem Entscheidungsorgan, und zwar in dem Sinne, daß die das

37 MISHIRO, Dissertation, Kap. II, A. 5. (d); SAJIMA, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) § 35; SUZUKI, in: ATSUYA ET AL. § 51-2.

38 MISHIRO, Dissertation, Kap. II, B. 3. (b); KLAUE, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 48 Rn. 1 ff., § 51 Rn. 1 ff.; SCHMIDT, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB § 57 Rn. 1 ff.; DANNECKER/BIERMANN, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB § 81 Rn. 417.

39 Beschluß der Kommission von 1994 über das Mandat des Anhörungsbeauftragten im Wettbewerbsverfahren vor der Kommission (ABl. 1994 L 330/67)

Verfahren abschließende Entscheidung durch Abstimmung der Kommissionsmitglieder, die die einzelnen Fälle nicht selbst ermitteln, getroffen wird. Der die Generaldirektion IV leitende Wettbewerbskommissar wirkt an der Kommissionsentscheidung jedoch mit einer Stimme mit.⁴⁰

5. *Parlamentarische Kontrolle*

In Japan ist die Wettbewerbsbehörde unmittelbar der parlamentarischen Kontrolle dadurch unterworfen, daß es zu der alle fünf Jahre stattfindenden Ernennung und Wiederernennung der Kommissare für jeweils fünf Jahre der Zustimmung von Ober- und Unterhaus bedarf (Artt. 29 II und 30 II AMG) und die Behörde ihren Jahresbericht durch den Premierminister dem Parlament vorzulegen hat (Art. 44 I AMG).⁴¹ Die parlamentarische Kontrolle über das Bundeskartellamt erfolgt hingegen mittelbar, nämlich erstens durch die parlamentarische Verantwortlichkeit des Bundesministers für Wirtschaft (Art. 65 GG), zu dessen Geschäftsbereich das Bundeskartellamt gehört (§ 51 I 2 GWB), und zweitens dadurch, daß der Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes durch die Bundesregierung mitsamt einer Stellungnahme dem Bundestag vorgelegt wird (§ 53 II GWB). Die beiden Behörden stehen zudem unter der allgemeinen Kontrolle der Volksvertretung in Gestalt von Gesetzgebung und Prüfung des Haushaltsplans der Regierung.⁴² Im Hinblick auf die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unterliegen die Kommission und ihre Generaldirektion IV neben der allgemeinen Haushaltskontrolle nach Artt. 272 und 276 EGV auch der spezifischen Kontrolle des Europäischen Parlaments, das der Ernennung und Wiederernennung der Kommissionsmitglieder zustimmen muß (Art. 214 II U Abs. 3 EGV), der Kommission ihr Mißtrauen aussprechen kann (Art. 201 EGV) und den Bericht über die Wettbewerbspolitik erörtert, der im Zusammenhang mit dem Gesamtbericht (Wettbewerbsbericht) veröffentlicht wird (Art. 200 EGV). Jeweilige Jahres-, Tätigkeits- und Wettbewerbsberichte bieten den Abgeordneten eine Gesamtinformation über jene Wettbewerbsfragen, die die Basisdaten für eine Aufsicht darstellen.

40 MISHIRO, Dissertation, Kap. II. C. 3. (b); RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR (Fn. 1) Bd. II, VO 17, A., Rn. 17, B., Art. 19 Rn. 27; IMMENGA, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR Bd. I, FKVO, D., Art. 18 Rn. 10.

41 SAJIMA, in: ATSUYA ET AL. (Fn. 1) §§ 29, 30, 44.

42 MISHIRO, Dissertation, Kap. II, B. 3. (a) (6); KLAUE, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB (Fn. 1) § 53 Rn. 1 ff.