

Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und die Verbraucher

SUZUKI Takayuki
Universität Tōhoku

1. Einleitung

Können die Verbraucher zum Objekt des direkten Schutzes durch das Kartellrecht werden, oder ist ein Markt, auf dem freier Wettbewerb möglich ist, Gegenstand dieses Schutzes? Bleiben die Verbraucher nur indirekt geschützt, indem sie die sich dann aus diesem Markt ergebenden Vorteile genießen?

Um diese Frage zu beantworten, sollt man eine gedankliche Einteilung in abstrakte Verbraucher und konkrete Verbraucher vornehmen. Die abstrakten Verbraucher führen eine fiktive Existenz als ultimative Autorität bei der Entscheidung über die Produktion aller Arten von Waren und Dienstleistungen im gesamten ökonomischen System vermittelt der vom Wettbewerbsprozess getriebenen Marktmechanismen. Konkrete Verbraucher führen eine reale Existenz und beteiligen sich direkt oder indirekt an individuellen Transaktionen als Käufer von einzelnen Waren und Dienstleistungen.

Hinsichtlich der abstrakten Verbraucher stellt sich die Frage, wer ihre Meinung vertreten kann. Die konkreten Verbraucher wiederum stehen am unteren Ende des Vertriebsprozesses, und bei ihnen ist unklar, wie weit sie dort ihre Interessen nach oben behaupten können.

Aufgabe der Justiz ist es, konkrete und reale Streitigkeiten zu lösen, auf der Stufe von abstrakten Gefahren hält sie sich mit Interventionen tendenziell zurück. Auch das Kartellrecht weist eine solche Tendenz auf. Es überspringt das Objekt des direkten Schutzes, das den freien Wettbewerbsmarkt aufrechterhält, und fällt seine Urteile über die Handlungen von Geschäftsleuten nicht danach, ob sie für die Verbraucher vorteilhaft sind oder nicht. Auch bei die Marktfunktionen beeinträchtigenden Wettbewerbsbeschränkungen beschneidet es tendenziell die Möglichkeit, diese von Verbraucherseite zu verfolgen, wenn nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucher in der Realität nicht zur Kenntnis genommen werden und man bei abstrakten, indirekten Herangehensweisen verharret.

Tatsächlich kann die Beteiligung unendlich vieler Verbraucher sicherlich nicht als rechtliche Qualität gesehen werden. Heute aber, wo man wirtschaftliche Aktivitäten aufgrund regulativer Reformen stärker nach den Maßstäben einer gerechten Wettbewerbsordnung auf dem Markt beurteilt sowie mehr Eigenverantwortung von Unternehmen und Verbrauchern verlangt, ist die Notwendigkeit entsprechend groß, das Verhältnis von Wettbewerbsverletzung und Verbraucher erneut in Augenschein zu nehmen – ob die negativen Auswirkungen von horizontalen oder vertikalen Wettbewerbsverletzungen auf die Konsumenten nun konkret und direkt oder abstrakt und indirekt sind.

2. Rechtsvergleichende Übersicht

Im deutschen Kartellrecht (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) heißt es in Paragraph 33: „Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Unterlassung verpflichtet; fällt ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist er auch zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung kann auch von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden.“ Ebenso wie in Paragraph 823, Absatz 2, BGB wird dem persönlichen Schutz durch Vorschriften oder Verfügungen eindeutig Rechnung getragen. Dies bildet auch eine Voraussetzung bei der Einreichung von Unterlassungs- und Schadensersatzklagen durch die Verbraucher.

Nach dem japanischen Antimonopolgesetz haben nun auch Verbraucher nach Paragraph 24 ein Recht auf Klage, z.B. auf Unterlassung, wenn Interessenverletzungen bestehen oder die Gefahr, dass diese eintreten, oder nach Paragraph 25 auf Ausgleich von Schäden ohne Verschulden des Verursachers, d.h. es gibt nach dem Schutzabsichten des Regelwerks hier keinerlei Unterschied. Allerdings ist auch im japanischen Antimonopolgesetz eine Prüfung erforderlich, inwieweit sich die unterschiedlichen Wettbewerbsverletzungen auswirken. Genau wie im deutschen GWB, wo man die Schutzabsichten des Regelwerks über das Verbot horizontaler Wettbewerbsverletzungen zwischen konkurrierenden Unternehmen ausschließlich als institutionellen Schutz einordnet und unter den Bestimmungen zum Verbot vertikaler Wettbewerbsverletzungen zwischen miteinander in Geschäftsverkehr stehenden Unternehmen den individuellen Schutz ausmacht, sind auch im japanischen Antimonopolgesetz getrennte Untersuchungen in den beiden Bereichen der horizontalen und der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen möglich.

Ein weiterer zu untersuchender Punkt ist die Beziehung zwischen Geschäften, die zum Gegenstand von Wettbewerbsbeschränkungen werden und Verbrauchern. Sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen zwischen Unternehmen, und die Geschäfte, die ihren Gegenstand bilden, sind fast immer Geschäfte zwischen Unternehmern. Deshalb existieren in den meisten Fällen keine direkten Geschäftsbeziehungen zwischen Delinquenten und Verbrauchern. Es geht also darum, wie die Stellung der Verbraucher in einer solchen indirekten Beziehung rechtlich zu würdigen ist.

Nun möchte ich die Beziehung zwischen den horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und den Verbrauchern, das Thema dieser Sitzung, genauer betrachten.

3. Kartelle

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen wie Kartelle beschneiden die Konkurrenz auf dem Markt, weil die Wettbewerber Absprachen bezüglich ihrer Geschäftsaktivitäten treffen. Typisch sind Preis- und Kontingentkartelle, Vereinbarungen über Marktanteile, Gebietsaufteilungen sowie Ausschreibungsabsprachen.

Nach Schätzungen der Japan Fair Trade Commission (JFTC) vom April 2004 führten insgesamt vierzehn Fälle von Preis- und Kontingentkartellen, Absprachen über Marktanteile sowie Gebietsaufteilungen, zu denen in den davor liegenden zwölf Jahren Entscheidungen gefällt worden waren, zu Preissteigerung von durchschnittlich 12,1 %. Nicht berücksichtigt sind dabei die Fälle, bei denen eine Bewertung aufgrund gleichzeitig gestiegener Rohstoffpreise schwierig ist. Desgleichen fielen die Zuschlagpreise nach der Aufdeckung von insgesamt zweiundzwanzig Fällen von Ausschreibungsabsprachen in den vorangegangenen sieben Jahren um 18,6 %

Diese Zahlen zeigen, dass durch Kartelle ganz reale Schäden entstehen. Kartelle werden weniger bei Konsumgütern als bei Produktions- und Kapitalgütern angewandt. Der Verbraucher besitzt einzeln keine starke Preisverhandlungsposition, aus Sicht des Unternehmers lassen sich Kosten leicht auf ihn abwälzen. Meist ist es so, dass eher Kartelle für Produktions- und Kapitalgüter gebildet werden, bei denen Unternehmer mit Fachwissen und starker Preisverhandlungsposition als Abnehmer zu Partnern werden, was manchmal auch notwendig ist. Von den genannten vierzehn Kartellen betrafen zwölf im Produktions- und Kapitalgüter und zwei Konsumgüter. Eines davon war wiederum ein Preiskartell von drei Dosenherstellern für Corned Beef, das aber nicht unmittelbar auf die Verbraucher gerichtet war, sondern auf sogenannte *volume seller* (Supermärkte), Convenience Stores u.a. größere Einzelhändler. Das andere betraf die Verbraucher direkt. Es ging dabei um Dienstleistungsgüter – ein Gebührenkartell von Fahrschulen. Der größte Teil der Ausschreibungsabsprachen bezog sich auf Kapitalgüter, die von Verwaltungsorganen bestellt und angeschafft wurden. Indirekt geschädigt wurden hier die Interessen der Steuerzahler, nicht unbedingt die der Verbraucher.

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen betrafen also de facto weniger Konsumgüter sondern zumeist Produktions- und Kapitalgüter, d.h. zum größten Teil bestand nur ein indirektes Verhältnis zu den Verbrauchern. Bei den Kartellen in diesen Bereichen verkörperte zwar ein Teil der Produktions- und Kapitalgüter für Verbraucher bestimmte Waren oder Dienstleistungen, doch lässt sich nur schwer klären, inwieweit es nachteilige Auswirkungen für diese Verbraucher gab. Auch wenn es direkt um Konsumgüter geht, ist es bei Herstellerkartellen nicht immer leicht, den durch das gesetzwidrige Handeln verursachten Schaden für den Verbraucher zu berechnen, wenn der Erwerb über mehrere Händler erfolgte.

Das alles bedeutet aber nicht, dass unklar wäre, ob die Verbraucher durch die horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen geschädigt wurden. Wie aus der oben genannten, mehr als 10%igen Steigerungsrate der Verkaufspreise und den niedrigeren Zuschlagpreisen ersichtlich, ist die Entstehung eines wirtschaftlichen Schadens eindeutig. Und diesen Schaden erleidet der Verbraucher als Endabnehmer. Es bedeutet lediglich, dass sich die Berechnung des individuellen, konkreten Schadens schwierig gestaltet.

Folglich müssen bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen die den Verbrauchern entstehenden Schäden offen gelegt und rechtliche Mechanismen geschaffen werden, um aus den abstrakten Verbrauchern konkrete zu machen.

Dazu muss es den Gerichten bei Schadensersatzklagen möglich sein, Schätzungen bezüglich der Schadenshöhe anzustellen. Dies ist in Japan bei der Revision der Zivilprozessordnung 1996 verwirklicht worden. In Paragraph 248 heißt es dort: „Falls der Eintritt eines Schadens festgestellt wird und wenn sich die Verifizierung der Schadenssumme wegen des Charakters des Schadens sehr schwierig gestaltet, kann das Gericht

auf der Grundlage des Gesamtverlaufs der mündlichen Verhandlung und der Ergebnisse der Beweisfindung eine angemessene Schadenssumme bestätigen.“

Ein weiteres Mittel sind Sammelklagen. Selbst wenn eine Schadenssumme vom Gericht bestätigt wird und selbst wenn der vom Kartell verursachte Gesamtschaden eine beachtliche Summe ausmacht, bleibt der Anreiz für die Verbraucher gering, eine Klage einzureichen, weil die Summe auf der Stufe der Verbraucher aufgespalten und so für den einzelnen Verbraucher uninteressant wird. Paragraph 30 der japanischen Zivilprozessordnung gestattet zwar die Klage durch eine bestellte Partei, diese muss aber von den Betroffenen bestellt werden.¹ Deshalb ist die Sammelklage nach dem Verfahren der Negativoption, die alle Mitglieder außer eventuell ausgeschlossenen umfasst, sicherlich das geeignete System, um abstrakte Verbraucher in konkrete zu verwandeln. Aber auch für Personen, die das individuell autorisierte Klagefolgerecht nicht in Anspruch genommen haben, hat es Rechtskraft. Sie sind noch nicht realisiert und es besteht auch keine Aussicht auf Realisierung.

4. Vertriebssysteme

Die bisher behandelten horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen wirken auf die Verbraucher mehr oder weniger indirekt und erfolgen außerdem im Verborgenen. Vertikale Wettbewerbsverletzungen dagegen stehen ihnen näher und rufen ihr Interesse hervor. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen werden zwar auch auf Produktions- und Kapitalgüter angewandt, treten aber ebenso häufig bei Konsumgütern auf. Für Konsumgüterhersteller ist die Beschaffenheit der Vertriebssysteme für ihre Erzeugnisse von großem Belang, und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sind ein Mittel zur Kontrolle dieser Systeme.

Zur Produktdifferenzierung nutzen moderne Konsumgüterhersteller die Massenmedien und entfalten gegenüber den Verbrauchern gewaltige Werbekampagnen und Verkaufsförderaktionen, auch um die eigene Marke zu stärken. Sie versuchen, den Verbrauchern eine Präferenz für die eigene Marke einzupflanzen, und konkurrieren so mit anderen Anbietern. Sie konzentrieren ihre Unternehmensanstrengungen auf den Markenwettbewerb (*inter-brand competition*), der markeninterne Wettbewerb (*intra-brand competition*) soll möglichst vermieden werden. Der markeninterne Wettbewerb realisiert sich über die Vertreiber. Seitens des Herstellers erfolgt nun eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung gegenüber dem Verteiler, wodurch der markeninterne Wettbewerb beschnitten wird. Dem hält man entgegen, der Markenwettbewerb würde dadurch befördert.

Bequemlichkeit und Nutzen, die der Verbraucher vom Vertriebssystem erwartet, beziehen sich auf die Sicherstellung der Vielfalt der Auswahl, d.h. auf möglichst zahlreiche Bezugsorte und Möglichkeiten des Vergleichs für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen. Dagegen behaupten die Hersteller, dass sich die Bereitschaft zu

¹ § 30 (1) Verfolgen mehrere Personen ein gemeinsames Interesse, so können sie eine oder mehrere Personen von ihnen bestellen, die als Kläger oder Beklagter für die Gesamtheit auftreten. Sie können eine derartige Bestellung abändern, sofern nicht ein Fall des § 29 vorliegt. (zit. nach Wolfgang Pape: Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan. Reihe Japanisches Recht Bd. 7, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980, S. 530; Anm. der Red.)

Investitionen in Vertriebssysteme bis zu den Verbrauchern vermindern und der von letzteren erwartete Nutzen, d.h. die vielfältigen Wahlmöglichkeiten, sogar beeinträchtigt würde, wenn man trotz der in den Aufbau eines guten Markenimages und die Entwicklung der Vertriebssysteme investierten Mittel die Existenz von „schwarzfahrenden“ Vertreibern (*free-rider*) zuließe.

Wie soll nun auf einen Ausgleich zwischen der Forderung der Verbraucherseite nach Schutz der Vielfalt und jener der Unternehmerseite nach Aufrechterhaltung von Vertriebssystemen, welche die Markenstärke bewahren, hingearbeitet werden?

Im modernen Wirtschaftssystem mit seiner breiten Nutzung des Internets es wie bei den BtoB-Prozessen (*business-to-business*) auch eine erstaunliche Entwicklung von direkten Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (BtoC – *business-to-consumer*). Der Neueintritt in den Vertrieb ist leicht, außerdem gibt es günstige Bedingungen für die Erfüllung der Verbraucherforderung nach Schutz der Vielfalt. Hinsichtlich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen geht man folglich davon aus, dass markeninterne Preiskämpfe aussterben und – solange strikte Beschränkungen ausbleiben, welche die Eintrittschancen anderer Marken völlig ausschließen – sowohl der Schutz der Vielfalt für die Verbraucher gewährleistet als auch die Aufrechterhaltung der Vertriebssysteme für die Unternehmer toleriert werden.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich grob in preisliche Beschränkungen (*price restraints*) und nichtpreisliche Beschränkungen (*non-price restraints*) unterteilen. Preisliche Beschränkungen sind solche des Wiederverkaufspreises sowie Geschäftsverweigerungen gegenüber Billighändlern zur Realisierung einer Preisbindung der zweiten Hand. Nichtpreisliche Beschränkungen umfassen u.a. Ausschließlichkeitsbindungen (*exclusive dealings*), ausschließliche Gebiete (*exclusive territories*), Kopplungsverkäufe (*tie-ins*) und das Verbot von Parallelimporten.

Nach den 1991 von der JFTC veröffentlichten „Richtlinien in Bezug auf Vertriebssysteme und Geschäftspraktiken unter dem Kartellrecht“ (Guidelines Concerning Distribution Systems And Business Practices Under The Antimonopoly Act) sind preisliche Beschränkungen grundsätzlich gesetzwidrig und nichtpreisliche Beschränkungen dann, „wenn eine Aufrechterhaltung des Preisniveaus des Erzeugnisses wahrscheinlich ist“, sowie in Fällen wo die Beschränkung „es Neueintretenden oder Konkurrenten schwer machen würde, sich auf einfache Weise alternative Vertriebskanäle zu sichern“.

In einem Fall, der 2001 von der JFTC entschieden wurde, verhandelte man gegen die unter dem Markennamen „Panasonic“ bekannte Nummer 1 in Herstellung und Verkauf von elektrischen Haushaltsgeräten, die Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. (Empfehlungsentscheidung der JFTC vom 27.07.2001, „Fall der Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.“, *Shinketsushû* 48, S. 187). Dabei ging es um Folgendes. Matsushita hatte untersucht, woher Einzelhändler, die außerhalb des von dem Konzern aufgebauten Vertriebssystems arbeiteten, Matsushita-Produkte bezogen hatten, wenn sie diese billig verkauften. Als sich herausgestellt hatte, dass sie von Agenturen oder Zweiggeschäften innerhalb des Matsushita-Vertriebssystems beliefert worden waren, forderte man die betreffenden Agenturen oder Zweiggeschäfte auf, keine Matsushita-Produkte mehr an die Billighändler zu verkaufen. Falls sie dieser Forderung nicht nachkämen, wollte man (1) die Liefermengen an Matsushita-Produkten einschränken, (2) gewährte Rabatte reduzieren und (3) die Verkaufspreise von Matsushita-Produkten erhöhen. Diese Maßnahmen wertete die JFTC als Verstoß gegen das Kartellrecht, da sie „eine Aufrechterhaltung des Preisniveaus des Erzeugnisses wahrscheinlich“ machten.

Interessant an diesem Fall ist, dass der Hersteller durch den Unmut der Zweiggeschäfte seines Vertriebssystems gezwungen wurde, sich um dieses zu erhalten um Einzelhändler zu kümmern, die dem Vertriebssystem nicht angehörten. Es kann vorkommen, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen durch einen Hersteller in horizontale Wettbewerbsbeschränkungen unter den Einzelhändlern umgewandelt werden. Man spricht dann von vertikalen Kartellen (*tate no karuteru*).

Aus der Sicht der Verbraucher können folglich sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Kartelle gelten, die sich lediglich in der Geschäftsstufe unterscheiden. Allerdings sind die wirtschaftlichen Nachteile, die vertikale Wettbewerbsbeschränkungen den Verbrauchern bringen, im Vergleich zu horizontalen ziemlich unbestimmt und schwer zu fassen. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen erstrecken sich auf den Markenwettbewerb, wohingegen die Wirkungen der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nur auf den markeninternen Wettbewerb gerichtet sind. Selbst wenn also eine Angleichung der Verkaufspreise bei den Einzelhändlern zu erkennen ist, die die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher bei der betreffenden Marke einengt, gibt es – solange es sich nicht um einen Hersteller mit Monopolstellung handelt – immer noch den Wettbewerb mit anderen Marken, wodurch extrem verschleiert wird, um wie viel höhere Preise der besagte Hersteller aufgrund der Wettbewerbsbeschränkungen realisieren konnte.

Aus dieser Perspektive sieht man es bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in Bezug auf die Unternehmer als Problem, dass die Geschäftschancen der Konkurrenten vermindert und die Unternehmensaktivitäten von kleinen und mittleren Firmen sowie Händlern eingeengt werden, was insgesamt den freien Wettbewerb auf dem Markt schmälert. Bezieht man sich aber mehr auf die Verbraucher, so gilt es vor allem, die Vielfalt der auf sie gerichteten Vertriebsportale zu sichern, wofür Unterlassungsklagen gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen effektiv sind. In diesem Sinne ist es bis zu einem gewissen Grad auch sinnvoll, dass das japanische Antimonopolgesetz seit 2000 Unterlassungsklagen gegen die zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zählenden unfairen Geschäftsmethoden zulässt. Damit Unterlassungsklagen durch Verbraucher aber richtig zum Tragen kommen, wäre die Einführung des Verbandsklagerechts wünschenswert, das bislang im japanischen Rechtssystem nicht vorgesehen ist, jetzt jedoch von einem Untersuchungsausschuss für Verbraucherverbandsklagen im Social Policy Council des Cabinet Office beraten wird. In Anbetracht der oben genannten Tatsache, dass die wirtschaftlichen Nachteile, die vertikale Wettbewerbsbeschränkungen den Verbrauchern bringen, sehr unbestimmt sind, würde Verbraucherverbänden die Qualifikation als Kläger erteilt, ungeachtet dessen, ob es eine Verletzung der Interessen der einzelnen Verbraucher gegeben hat oder nicht.

5. Zusammenfassung

Untersucht wurde das Verhältnis von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und Verbrauchern. Letztendlich schaden beide Beschränkungsarten dem Interesse der Verbraucher, über den Wettbewerb unter Produkten und Dienstleistungen wählen zu können. Das Recht der Verbraucher auf freie Auswahl existiert in einer demokratischen Marktwirtschaft nicht als reflexives, einer den Wettbewerb

fördernden Wirtschaftspolitik entsprungenes Interesse, sondern leitet sich aus einem ursprünglichen Recht der Verbraucher bzw. aller Bürger her, das für ihr Leben, ihr Dasein erforderlich ist.

Aus diesem Gedanken ergibt sich die Notwendigkeit eines juristisch auch im Kartellrecht integrierten Systems, mit dem Verbraucher sich Wettbewerbsverletzungen direkt wehren können. Gegenwärtig gibt es in Japan jedoch ein Tauziehen zwischen denen, die die Verbraucher weiter in einer abstrakten Existenz halten möchten, und jenen, welche den Verbrauchern ihre gesetzlichen Rechte aus dem Fortschritt der regulativen Reformen aufzeigen und ihnen eine konkrete Existenz verschaffen wollen.

Aus dem Japanischen übersetzt von Bernd Rießland.