

Verbot Privater Monopolisierung im Antimonopolgesetz

—Eine Vorstudie zum Vergleich des japanischen und
deutschen Kartellrechts—

Hiroaki Tanaka

Vorwort

§3 erste Alt. des japanischen Antimonopolgesetzes ⁽¹⁾ (im folgenden zit. AMG) verbietet die private Monopolisierung. Und §2 Abs. 5 AMG definiert „Private Monopolisierung“: „Private Monopolisierung“ im Sinne dieses Gesetzes bedeutet, dass ein Unternehmer, **gleichgültig** ob allein oder durch Zusammenschluss, in geheimer Abrede oder auf irgendeine sonstige Weise zusammen mit anderen Unternehmen, die **Unternehmenstätigkeit** anderer Unternehmer ausschließt oder beherrscht und dadurch im Widerspruch zum **öffentlichen Interesse** auf einem bestimmten Handelsgebiet dem Wettbewerb ⁽²⁾ wesentlich beschränkt.

Handlungstatbestand ins Auge gefasst, „Ausschließung“ oder „Beherr-

(1) Das japanische Gesetz über das Verbot privater Monopolisierung und die Sicherung des lautereren Handels von 1947 (Shiteki dokusen no kinshi oyobi kôsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsu).

(2) Die vorliegende deutsche Übersetzung basiert auf der Übersetzung von Wolfgang Pape, Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan, Köln u. a. 1980, S. 101 ff.

schung“ von Unternehmen mit Marktbeherrschungsmacht wird als „private Monopolisierung“ verboten. „Ausschließung“ oder „Beherrschung“ ist daher die Erscheinungsform der Ausübung von Marktbeherrschungsmacht: Das ist „Missbrauch“.

Übrigens wird Antimonopolgesetz generell im Kontrollprinzip zwischen „Verbotprinzip“ und „Missbrauchsprinzip“ unterschieden. AMG nimmt „Verbotprinzip“ an. Aber AMG kontrolliert das Verhalten- „Ausschließung“ oder „Beherrschung“- , verbietet nicht die Existenz von Monopolmacht: Das ist Verhaltenskontrolle. Darin besteht der gemeinsame Punkt mit Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im folgenden zit. GWB).

In Europa akzeptierte man auch die **Anhäufung** von wirtschaftlicher Macht als etwas **Natürliches** und Richtiges. Macht als solche wurde nicht gleichgesetzt mit schlechten Wirkungen. Deshalb wählte man auch im Kartellrecht den Weg, die Marktmacht gewissen Verhaltensregelungen zu unterstellen, anstelle sie selbst zu beseitigen.⁽³⁾

Das Hauptziel dieser Arbeit ist, die Auslegungstheorie zum Begriff der Marktbeherrschung zwischen AMG und GWB zu skizzieren.

I. Japanisches Recht

a) Was ist Marktbeherrschung? AMG hat keine Bestimmung der Marktbeherrschung. Die herrschenden Meinungen und Rechtsprechung in Japan legen die Marktbeherrschung für wesentliche Beschränkung des

(3) W. Wiedmann, Der Begriff des „Monopolizing“, in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München 1982, S. 230. Und noch vgl. H. Tanaka, Looking at the European Competition Law Story and Some German Law's Roles, Kobe Gakuin Hogaku [The Law and Politics Review], Vol. 34 No. 4 (2005), S. 58 ff.

Wettbewerb aus. Im Fall der Tōhō Co. gegen Fair Trade Commission,⁽⁴⁾ „Das Tatbestandsmerkmal wesentliche Beschränkung des Wettbewerb meint ……eine solche Wirtschaftslage, in der bestimmte Unternehmen oder bestimmte Gruppen von Unternehmen frei nach ihrem eigenen Willen durch die Kontrolle von Preisen, Qualität, Mengen und anderen Handelsbedingungen bis zu einem gewissen Ausmaß den Markt beherrschen können, oder zumindest eine solche Marktsituation, in der Unternehmen die soeben beschriebene Wirtschaftslage herbeiführen können“.

Auch im Fall der Tōhō Co. und Shin-Tōhō Co. gegen Fair Trade Commission,⁽⁵⁾ die gleiche Auffassung wurde zitiert. Aber in diesem Fall, das Gericht sprach weiter folgenderweise: „Das meint, mit anderen Worten, eine solche Wirtschaftslage, in der andere Wettbewerber von der Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen nicht mehr, trotz ihrer Willen, nach eigener freier Wahl Preise, Qualität, Mengen usw. entscheiden und Unternehmung durchführen können“. Der letzte Teil erfasst wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs nicht von der Handlungssubjektsseite der Marktbeherrschung, von der Seite, die dem Einfluss der Marktbeherrschung unterliegt.⁽⁶⁾ Zu diesem Urteil kritisiert viele Lehren dass das Urteil wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs unfair engt ein und es nicht geeignet ist.⁽⁷⁾

(4) Oberlandesgericht Tokyo, Urteil vom 19. 9. 1951, Entscheidungen zum Verwaltungsrecht, 2, Nr. 9, S. 1562.

(5) Oberlandesgericht Tokyo, Urteil vom 7. 12. 1953, Entscheidungen zum Verwaltungsrecht, 4, Nr. 12, S. 3215.

(6) A. Negishi/M. Funada, Dokusen Kinshi-hō Gaisetsu [Grundriss des Antimonopolgesetzes] (4. Aufl., Tokyo 2010), S. 49.

(7) Vgl. K. Kubo, Dokusen Kinshi-hō Tsūron [Grundzüge des Antimonopolgesetzes] (Tokyo 1994) S. 101; H. Tanaka, Über die Diskussion um die marktbeherrschende Macht, Hitotsubashi Ronsō [The Hitotsubashi Review], Vol. 125 No. 1 (2001), S. 3.

Auch wenn der Begriff „wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs“ gleich ist, scheint es, dass es einen Unterschied auf die Weise gibt, neben Seite, die Einfluss der Marktbeherrschung erhält, zartfühlend zu fangen, die Seite, die auf von Marktbeherrschung einen Einfluss hat.⁽⁸⁾

Als Auslegungstheorie soll die Auffassung im Fall der Tōhō Co. gegen Fair Trade Commission unterstützt werden.

Der Oberste Gerichtshof versteht auch wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs, dass sich Marktbeherrschungsmacht bildete, beibehielt oder stärkt.⁽⁹⁾ Weiterhin urteilt der Oberste Gerichtshof, dass „wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Handelsgebiet“ die Konkurrenzfunktion, die ein Markt, der Unternehmen beeinflusst, betrifft, zu verlieren zeigt.⁽¹⁰⁾ Jener heißt herrschende Lehre, dieser nimmt die Auffassung im Fall der Tōhō Co. gegen Fair Trade Commission auf.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Marktbeherrschung wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet, d. h. Bildung, Beibehaltung oder Stärkung von Marktbeherrschungsmacht.⁽¹¹⁾

b) Tatbestand „Private Monopolisierung“ setzt „Ausschließung“ oder „Beherrschung“ von Unternehmen voraus. Ausschließung umfasst dass es schwierig für die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit der anderer Unternehmer oder den Eintritt macht.⁽¹²⁾ Ausschließung ist beispielsweise

(8) H. Tanaka, a. a. O (Anm. 7).

(9) NTT Higashi-Nihon-Fall, Oberster Gerichtshof v. 17. 12. 2010, Entscheidungen der FTC, 57, S. 215.

(10) Tama-Dangō (Araigumi)-Fall, Oberster Gerichtshof, Urteil vom 20. 2. 2012, Entscheidungen zum Zivilrecht, 66, Nr. 2, S. 796.

(11) Vgl. T. Kanai/N. Kawahama/F. Sensui (Hrsg.), Dokusen Kinshi-hō [Antimonopolgesetz] (4. Aufl., Tokyo 2013), S. 30 f.

(12) T. Kanai/N. Kawahama/F. Sensui (Hrsg.), a. a. O., S. 154 f.

erfüllt: Bezugs- oder Liefersperren, Preisdiskriminierung oder unbillige Koppelungsverträge. Aber, die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung (essential facility) stellt in der Regel keinen Ausschließung dar.⁽¹³⁾ Nach Ausschließungsmonopole-Richtungslinie⁽¹⁴⁾ sind Schwellenwerte im allgemeinen mehr als 50% Marktanteil von Waren. Das ist Aufgreifartbestand und Indiz für Abgrenzung zu rechtmäßigem Verhalten.

Wenn die Unternehmenstätigkeit der anderer Unternehmer beherrscht wird, es bedeutet grundsätzlich im irgendeinen Sinne Beschränkung der anderer Unternehmer und Wegnehmung der freier Entscheidung in der Geschäftsaktivitäten.⁽¹⁵⁾ Dies ist der Fall, wenn durch die Vorgabe von Preisen, Mengen, Technik, Produkten, Anlagen oder Kunden bestimmte unternehmerische Entscheidungen bzw. durch Aktienerwerb oder Entsendung leitender Angestellter die gesamte Unternehmensaktivität kontrolliert wird.⁽¹⁶⁾ Beherrschung durch Aktienerwerb oder Entsendung leitender Angestellter wird in der Regel von Unternehmenszusammenschlüssenkontrolle kontrolliert.⁽¹⁷⁾

Als Entscheidungen, die private Monopolisierung zum Gegenstand haben, sind Fälle der Ausschließungsmonopole mehr als diejenigen der Beherrschungsmonopole.⁽¹⁸⁾

(13) Vgl. A. Negishi/U. Eisele, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, in: H. Baum/M. Bälz (Hrsg.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Köln, u. a., 2011, S. 764.

(14) Fair Trade Commission, *Antimonopolgesetz-Richtungslinie für Ausschließungsmonopole* v. 28. 10. 2009.

(15) Nodashōyu-Fall, Oberlandesgericht Tokyo, Urteil vom 25. 12. 1957, Entscheidungen zum Zivilrecht 10, Nr. 12, S. 743.

(16) A. Negishi/U. Eisele, a. a. O.

(17) Vgl. Art. 10 und 13 AMG. (18) Vgl. H. Tanaka, Anmerkung: In Sachen Nipro AG, Entscheidung der FTC vom 5. Juni 2006, Kobe Gakuin Hogaku [The Law and Politics Review], Vol. 36 No. 2 (2006), S. 1 ff.

II. Deutsches Recht-Die 8. GWB Novelle-

a) Das GWB verbietet nicht die Marktbeherrschung als solche, es will nur den Missbrauch dieser Stellung durch ein bestimmtes Marktverhalten von Unternehmen verhindern (§§18 u. 19 GWB).

In wettbewerbsfunktionaler Hinsicht ist Marktbeherrschung einer der wichtigsten Begriffe des GWB; das Gesetz hat diesen Begriff differenziert gestaltet.

§18 Abs.1 GWB definiert das marktbeherrschende Unternehmen mit dem Satz: „soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt, ohne Wettbewerber (Nr. 1) oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Nr. 2), und wenn ihm im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine ⁽¹⁹⁾überragende Stellung am Markt zukommt (Nr. 3)“.

b) Nach einer langen politischen Diskussion oder Unterbrechung ist am 30. Juni 2013 die 8. GWB-Novelle in Kraft getreten. Durch die Novelle werden die Regelungen über die Missbrauchsaufsicht systematischer und verständlicher formuliert. Aber, durch die Novelle werden die Missbrauchstatbestände materiellrechtlich kaum geändert:

„Die Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung ⁽²⁰⁾wird von einem Drittel auf 40% angehoben“

(19) Obwohl die engen tatbestandlichen Voraussetzungen des Monopols und auch des Fehlen „wesentlichen Wettbewerbs“ infolge jener Praxis nicht so sehr hervortreten, entschloss sich der Gesetzgeber, in der 2. GWB-Novelle von 1973 den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens beträchtlich auszuweiten, und zwar durch Einfügen eines Tatbestands der „überragenden Marktstellung“. vgl. Rittner/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2008, S. 337.

Verbot Privater Monopolisierung im Antimonopolgesetz

In §18 GWB werden nunmehr zentral die bisher in §19 GWB enthaltene Definition einer marktbeherrschenden Stellung und die Vermutungsregeln zusammengefasst. Um die teilweise sehr ausführlichen Vorschriften systematisch zu vereinfachen, wurde die Definition der Marktbeherrschung in einem neuen §18 GWB vorangestellt. Es folgen die §19 GWB (Missbrauch marktbeherrschender Stellung) und §20 GWB (Missbrauch relativer Markt⁽²¹⁾macht).

Als Bewertung der 8. GWB-Novelle wird es folgend aufgewiesen:

„Hauptvorteil der 8. GWB-Novelle im Bereich der allgemeinen Missbrauchskontrolle dürfte die Neusystematisierung sein. Hauptnachteil der Novelle ist die Fortführung der Verbote für Unternehmen mit relativer oder überlegener Markt⁽²²⁾macht“.

III. Fazit

Nach Bundesgerichtshof ist der Begriff der überragenden Marktstellung der Verhaltensspielraum, der für das betreffende Unternehmen bei der Anwendung seiner Wettbewerbsmittel zur Verfügung steht: Hat ein Unter-

(20) Die Marktanteilsschwellen für die Vermutung einer gemeinsamen Marktbeherrschung bleiben dagegen unverändert. Danach gelten drei oder weniger Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie einen Marktanteil von 50% erreichen und fünf oder weniger Unternehmen, wenn sie einen Marktanteil von mindestens zwei Drittel erreichen.

(21) Vgl. H. Kahlenberg/K. Neuhaus, Die Achte GWB-Novelle: Reform des deutschen Kartellrechts, BB 2013, S. 131 ff.; W. Bosch/A. Fritzsche, Die 8. GWB-Novelle-Konvergenz und eigene wettbewerbspolitische Akzente, NJW 2013, S. 2225 ff.

(22) F. Wagner-von Papp, Brauchen wir eine Missbrauchskontrolle von Unternehmen mit nur relativer oder überlegener Markt⁽²²⁾macht? Novellierung der allgemeinen Missbrauchskontrolle, in: F. Bien (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, Baden-Baden, 2013, S. 154.

nehmen einen **überragenden** (einseitigen) Verhaltensspielraum bei der Gestaltung seines Marktverhaltens, liegt eine **überragende** Marktstellung vor. Ein **überragender** Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien ist gegeben, wenn ein Unternehmen im Gegensatz zu anderen Wettbewerbern weniger auf den Einsatz der Aktionsparameter Preis und Qualität angewiesen ist, sondern z.B. aufgrund seiner Finanzkraft **zusätzliche** Strategien zur Verfügung hat, also etwa durch Werbekampagnen, Vertriebsbindungen oder die Gestaltung von **Geschäftsbedingungen** die Unternehmensziele fördern kann. Entscheidend ist der Verhaltensspielraum.⁽²³⁾

Dieser Begriff „Verhaltensspielraum“ entspricht etwa wesentlicher Beschränkung des Wettbewerbs im Fall der Tōhō Co. gegen Fair Trade Commission. Wenn das betreffende Unternehmen den Verhaltensspielraum, der Beherrschungs- oder Ausschließungsverhalten ermöglicht, hat, oder das Unternehmen den Verhaltensspielraum durch Schluss eines Abkommens u. a. gewinnt, die Marktbeherrschung als Zustand wird sich gestalten.⁽²⁴⁾

Bei Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB spielt Marktanteil große Rolle. Bei Anwendung von GWB, aber, nehmen Bundeskartellamt und Bundesgerichtshof sog. „Gesamtbetrachtungsweise“, auf Marktanteil ist nur eins von **überzeugenden** Urteilsmaterialien der Marktbeherrschung.⁽²⁵⁾

Diese Tendenz im GWB ist für AMG angemessen. Der Begriff „wesentlicher Beschränkung des Wettbewerbs“ im AMG ist nicht **Quantitätsbegriff**,

(23) BGH, WuW/E BGH, S. 1435 (1439) „Vitamin-B-12“.

(24) H. Tanaka, Shijō Shihai Ryoku no Ran-yō to Kisei no Hōri [Theorie von Missbrauch und seiner Kontrolle der Marktbeherrschungsmacht], Kyoto, 2001, S. 216 f.

(25) H. Tanaka, a. a. O (Anm. 24), S. 217.

Verbot Privater Monopolisierung im Antimonopolgesetz

aber Funktionsbegriff. Die Verwendung des **Quantitätsbegriff** wird jedoch nicht ausgeschlossen. Bei Ergreifung der **Relativität** von Marktmacht ist Verwendung von Marktanteil sehr **nützlich**. Wenn verschiedene Elemente, die man Zahlenwert zeigen kann nicht, dabei in Betracht gezogen wird, man kann gesamt urteilen. Wird **Quantitätsbegriff** als Hilfe verwandt, man kann Funktionsbegriff konkretisieren.⁽²⁶⁾

Im allgemeinen, durch Vergleich des japanischen und deutschen Kartellrechts kann man die Urteilung von Marktbeherrschungsmacht bei Verbot privater Monopolisierung wie oben erwähnen.

(26) H. Tanaka, a. a. O (Anm. 24).