

## Inhalt

	Seite
Angelika VIETS	
Vorwort .....	5
Herber SAUTER	
Vorwort .....	7
SHÔDA Akira	
Kartellrecht und Verbraucher – Eine Einführung .....	9
Wolfgang JAKOBI	
Wettbewerbsbeschränkungen und Verbraucher .....	19
SUZUKI Takayuki	
Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und die Verbraucher .....	27
Hans-W. MICKLITZ	
Europäisches Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation .....	34
SHÔDA Akira	
Warenkennzeichnung und die Rechte des Verbrauchers .....	55
Roland STUHR	
Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklage durch Verbraucher in der 7. GWB-Novelle .....	64
SUZUKI Takayuki	
Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklagen durch die Verbraucher .....	74
Michael KUXENKO	
Verbraucherschutz im deutschen Energiewirtschaftsrecht .....	81
SHÔDA Akira	
Die Regulierung der Stromwirtschaft und die Verbraucher .....	87
Helmut SCHADOW	
Deregulierung und Privatisierung als Instrumente des Verbraucherschutzes im Telekommunikationssektor .....	95
Hans LEISTER	
Deregulierung und Privatisierung als Instrumente des Verbraucherschutzes am Beispiel öffentlicher Verkehr und Eisenbahn .....	105
Liste der Abkürzungen .....	111
Programm des Symposiums .....	112
Liste der Teilnehmer .....	113

## Vorwort

Deutschland und Japan als zwei der führenden Marktwirtschaften räumen dem Schutz des Wettbewerbs als zentrale ordnungspolitische Aufgabe einen hohen Stellenwert ein. Hohe Wettbewerbsintensität und hoher Verbraucherschutz gehören dabei untrennbar zusammen.

Das JDZB hat daher in der Vergangenheit eine Reihe von Veranstaltungen zu diesem Themenkomplex durchgeführt, so zuletzt im Sommer 2002 in Berlin ein Symposium zu Verbraucherschutz, im Februar 2004 eine Follow-up Veranstaltung gemeinsam mit der Friedrich-Ebert-Stiftung in Tôkyô und vor zwei Wochen eine Fachkonferenz zum Thema: „Changes of Governance in Europe, Japan, and the U.S. – Corporations, State, Markets, and Intermediaries“ gemeinsam mit dem Hamburger MPI für ausländisches Privatrecht.

Dabei sind Kartellrecht und Verbraucherschutz für Deutschland heute, das haben auch diese Veranstaltungen dem Publikum gezeigt, fest im europäischen Rahmen und Regelwerk verankert. Die Kommission ist wohl ebenso rigoros in ihrer Wettbewerbspolitik wie einst die Amerikaner, die nach Kriegsende sowohl in Japan als auch in Deutschland das Kartellrecht beim wirtschaftlichen Wiederaufbau etabliert haben.

Dabei gab es jedoch Unterschiede, wie der anregenden Lektüre des Buchs „Anti-trust in Germany and Japan – the First 50 Years“ von John Haley, der bei der Konferenz vor zwei Wochen dabei war, zu entnehmen ist. Er kommt bei seiner Analyse der amerikanischen Anti-Kartellpolitik während der Besatzungszeit in Deutschland und Japan zu interessanten Schlussfolgerungen, die sich zum Teil wie ein Krimi lesen. In Kürze: Was die Amerikaner in Deutschland nicht wollten, haben sie in Japan zunächst gebilligt. Ironie der Geschichte: Durch Veränderungen und Praxis haben sich beide Systeme weitgehend angenähert, trotz unterschiedlicher Politik, die sich immer im Spannungsfeld der Frage nach erwünschter Zerschlagung von Monopolen vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Zweiten Weltkrieg und erwünschtem wirtschaftlichen Wiederaufbau befand.

Unser Dank gilt dem Freundeskreis des JDZB, der diese Veranstaltung unterstützt hat, ebenso wie die Fluggesellschaft All Nippon Airways (ANA) und vor allem Herrn Dr. Sauter und Herrn Professor Shôda für ihr beharrliches Festhalten an dieser Projektidee.

Angelika VIETS  
Generalsekretärin  
Japanisch-Deutsches Zentrum Berlin

## Vorwort

Das Japanisch-Deutsche Zentrum Berlin hat schon bald nach seiner Gründung vor nunmehr zwanzig Jahren einem Symposium über ein wettbewerbspolitisches Thema ein willkommenes Forum geboten (Juli 1988). Schon damals trafen sich in den renovierten Räumen der ehemaligen japanischen Botschaft in Berlin hochrangige Vertreter des Bundesministeriums für Wirtschaft, der japanischen Fair Trade Commission und des Bundeskartellamtes und namhafte Kartellrechtswissenschaftler beider Länder, um über die Frage zu diskutieren, ob und wie industriepolitisch unerwünschte Strukturkrisen mit dem kartellrechtlichen Instrument eines Strukturkrisenkartells gelöst werden können. Das JDZB hat über dieses Symposium einen Bericht vorgelegt (Strukturanpassung und Wettbewerbsrecht. Veröffentlichungen des Japanisch-Deutschen Zentrums Berlin, Bd. 2, 1989). Die über Jahrzehnte gepflegten und traditionell persönlich geprägten engen Kontakte zwischen der Fair Trade Commission und dem Bundeskartellamt fanden in diesem Symposium den von beiden Seiten geschätzten Ausdruck.

Nach wie vor ist das gegenseitige Interesse an der wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Entwicklung in beiden Ländern groß. Auf der japanischen Seite stehen dabei die grundlegenden, insbesondere verfahrensrechtlichen Änderungen im Europäischen Kartellrecht, die mit Blick auf die Erweiterung der Europäischen Union um zehn neue Mitgliedsstaaten vorgenommen wurden und am 1. Mai 2004 in Kraft getreten sind, und die sich daraus ergebenden Folgerungen für das deutsche Kartellrecht, wie sie in der 7. GWB-Novelle Gestalt gewonnen haben, im Mittelpunkt. Das persönliche Engagement und die gegenseitige Wertschätzung sind dabei eine wesentliche Voraussetzung für die konstant vertrauensvollen und fruchtbaren Beziehungen.

Das Symposium „Kartellrecht und Verbraucherschutz“, das in dem vorliegenden Band des JDZB dokumentiert ist, steht in dieser Tradition. Das Kartellrecht ist in sich schon ein Verbraucherschutzrecht, und eine konsequente Anwendung durch die Kartellbehörden dient vorrangig den Verbrauchern. Sie werden vor Preisabsprachen zwischen Unternehmen und der Ausbeutung durch missbräuchlich überhöhte Preise oder nachteilige Bedingungen marktbeherrschender Unternehmen geschützt. Daneben gibt es zahlreiche Gesetze mit unterschiedlichen Zielsetzungen, die ebenfalls unmittelbar oder mittelbar dem Verbraucherschutz dienen, wie zum Beispiel Informations- und Kennzeichnungspflichten der Anbieter von Waren und Dienstleistungen. Die Gestaltung des Verbraucherschutzes in den Bereichen der sogenannten „natürlichen Monopole“ wegen der Zeitungs- und Streckennetzgebundenheit bildete einen thematischen Schwerpunkt des Symposiums. Der vorgelegte Bericht konserviert dankenswerterweise das allzu flüchtige Wort des Vortrags und lässt den Leser am Gedankenreichtum des Symposiums teilnehmen.

Dem Freundeskreis des Japanisch-Deutschen Zentrums Berlin gilt ein besonderer Dank für die großzügige finanzielle Unterstützung.

Herbert SAUTER  
ehem. Bundeskartellamt

# Kartellrecht und Verbraucher – Eine Einführung

SHÔDA Akira

## 1. Der Charakter des Verbrauchers und die Wettbewerbsordnung

### 1.1 Wettbewerbsordnung und Vertragsfreiheit

Die Entstehung von Wirtschafts- und Kartellrecht beruht auf den gesellschaftlichen Verhältnissen in der modernen Wirtschaft, charakterisiert durch die Herausbildung marktbeherrschender Kräfte und mit ihnen verbundener Wettbewerbsbeschränkungen. Die Gesetzgebung ist erforderlich, weil der Wettbewerb auf dem nach dem zivilrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit zwischen gleichberechtigten Individuen aufgebauten Markt nicht mehr effektiv funktioniert. Gewiss hat sich das der bürgerlichen Gesellschaft entsprechende Wirtschaftssystem grundsätzlich nach dem Prinzip der Wahrung der Wettbewerbsordnung entwickelt, im Verlauf dieser Entwicklung kam es jedoch aufgrund vieler Faktoren zur Herausbildung marktbeherrschender oder relativ dominierender Kräfte, die eng mit Wettbewerbsbeschränkungen oder -hemmnissen verbundenen war.

Zivilrechtliche Grundsätze verlieren durch eine solche Entwicklung ihre dem Wirtschaftssystem gemäße Funktion. Mit der Durchsetzung dieser Grundsätze, vor allem dem der Vertragsfreiheit, wird nämlich die Aufrechterhaltung der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse, d.h. der Kräfteverhältnisse sichergestellt und es kommt zu einem Zustand, welcher der Garantie der substantiell-konkreten Freiheit entgegensteht. Um mit diesem Zustand umzugehen, sind dann gesetzliche Maßnahmen erforderlich, die dem Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt entgegenstehen. Die Herausbildung des Kartellrechts im Sinne von Wirtschafts- und besonders Wettbewerbsrecht muss in diesen Zusammenhängen verstanden werden.

Der Wettbewerb auf dem Markt ist von Anfang an die wichtigste Prämisse für die zivilrechtliche Ordnung, speziell für das Prinzip der Vertragsfreiheit. Das rührt daher, dass durch ihn Freiheit und Gleichberechtigung im Wirtschaftssystem substantiell-konkret garantiert werden. Über das Marktprinzip etabliert die geschäftliche Vertragsfreiheit den substantiell-konkreten Inhalt des Wettbewerbs.

Ursprünglich hatte die Vertragsfreiheit lediglich formale Bedeutung. Alle Bürger schlossen frei Verträge, und alle Verträge wurden von gleichrangigen Parteien frei geschlossen. Dies beruhte darauf, dass alle Bürger als gleichberechtigte juristische Personen behandelt wurden. Solange die Wettbewerbsordnung auf dem Markt normal funktionierte, konnten die als freie und gleichberechtigte Menschen angesehenen Geschäftssubjekte ihre substantiell-konkrete Freiheit und Gleichberechtigung sichern. Dies ist der fundamentale Grund dafür, dass das zivilrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit zwischen gleichberechtigten Geschäftsparteien bis heute im Wesentlichen erhalten geblieben ist. Die Bürger sind nun augenscheinlich zu der Überzeugung gelangt, dass die Vertragsfreiheit nicht einfach eine formale Angelegenheit ist, sondern allen Geschäftsparteien eine substantiell-konkrete Freiheit

und eine gleichwertige Stellung auf dem Markt garantiert. Man kann sagen, dass die Vertragsfreiheit aufgrund dieser Entwicklung, insbesondere ihrer substantiell-konkreten Realisierung im Wirtschaftssystem, mit der ökonomischen Entfaltung im Bewusstsein der Bürger einen substantiell-konkreten Inhalt gewonnen hat.

## 1.2 Der Charakter des Verbrauchers als Geschäftssubjekt und das Wettbewerbsrecht

Im modernen Wirtschaftssystem ist der Bürger Käufer auf dem Markt für Konsum- und Existenzgüter. Der Bürger als Verbraucher erwirbt diverse Waren und Dienstleistungen, um sein Dasein zu sichern und zu entfalten. Vertrauen und Bewusstsein der Bürger hinsichtlich des Prinzips der Vertragsfreiheit beruhen auf Erfahrungen, die über die Wettbewerbsordnung bei diesem Erwerb gewonnen wurden. Die Vertragsfreiheit ist untrennbar mit der existentiellen Freiheit als Verbraucher und Mensch verbunden.

Untersucht man den Charakter des Verbrauchers als Geschäftssubjekt, so lässt sich zunächst feststellen, dass der Verbraucher mit vielen der auf dem Markt erworbenen Waren und Dienstleistungen sein Leben bewerkstelligt, sie für seine Existenz selbst verwendet. Waren und Dienstleistungen sind mit dem menschlichen Dasein des Verbrauchers unmittelbar verbunden.

Auch die Art der Waren und Dienstleistungen sowie die mit ihnen verbundenen Geschäftsbedingungen beeinflussen das Leben der Verbraucher vielseitig und unmittelbar. Nicht selten wird das menschliche Leben unter dem Aspekt von Gesundheit und Sicherheit auch durch Waren und Dienstleistungen beeinträchtigt. Verbraucher sind reale Menschen, sie sind die einzige Geschäftspartei, deren Leben und Existenz von Waren und Dienstleistungen direkt positiv oder negativ beeinflusst werden. Die ungünstigen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen und -hemmnissen auf den Verbraucher als Geschäftssubjekt werden als Verletzung des grundlegenden Menschenrechts der Bürger auf Leben und Existenz charakterisiert. Ein Wettbewerbsrecht, das die Wahrung einer gerechten Wettbewerbsordnung beinhaltet, steht in direktem Zusammenhang mit der Sicherung von Leben und Existenz des Menschen.

Als charakteristische Eigenschaften auf der geschäftlichen Seite lässt sich Folgendes anführen. Der Verbraucher erwirbt vielfältige Arten von Waren und Dienstleistungen in geringen Mengen. D.h. er ist in diesen Situationen kein Fachmann. Er ist ein Geschäftssubjekt, für das es schwierig oder unmöglich ist, Substanz und Qualität der einzelnen Waren und Dienstleistungen mit den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu erkennen. Der wissenschaftlich-technische Fortschritt, einschließlich der bei Transportmitteln und Konservierung, wirkt sich hier entscheidend aus. Der Verbraucher ist daher auf die Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen angewiesen, um diese beim Erwerb voneinander zu unterscheiden. Insbesondere im Falle von Industrieerzeugnissen hat er keine andere Unterscheidungsmöglichkeit als die mittels der vom Hersteller, Großhändler oder Einzelhändler usw. angebrachten Kennzeichnung. D.h. der Verbraucher ist hinsichtlich der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen vom Unternehmer abhängig. Im Zusammenhang mit dem Kaufverhalten des Verbrauchers wird hier die Frage der präzisen und für die Unterscheidung der Waren und Dienstleistungen seitens des Verbrauchers notwendigen Kennzeichnung durch den Unternehmer aufgeworfen.

Die Forderung nach einer notwendigen und präzisen Kennzeichnung wird außerdem im Zusammenhang mit bestimmten Handlungen – sprich Verkaufsmethoden

– von Unternehmern anerkannt, welche die Schwächen des Verbrauchers ausnutzen, oder solche, die mit Täuschung oder Schein arbeiten und so die ungenügende Unterscheidungsfähigkeit des Verbrauchers ausnutzen.

So ist die Geschäftsabwicklung auf der Grundlage eines genauen Verständnisses der Verbraucher für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen eine unabdingbare Voraussetzung für die Herausbildung einer gerechten Wettbewerbsordnung. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Kennzeichnung der an die Verbraucher zu veräußernden Waren und Dienstleistungen sind daher für das Wettbewerbsrecht unentbehrlich. Trotz verschiedener denkbarer Varianten für die konkrete Gestaltung gelten Gesetze zur Kennzeichnungskontrolle als ein Glied des Wettbewerbsrechts, das sich aus dem Charakter des Verbrauchers herleitet, bzw. als eine unabdingbare Voraussetzung für dieses Recht.

### 1.3 Die Stellung der Verbraucher im Wirtschaftssystem und das Wettbewerbsrecht

Für die Verbraucher spielt die durch den Wettbewerb kontrollierte Vertragsfreiheit eine wichtige Rolle. Der Verbraucher kann auf der Grundlage des Wettbewerbs auf dem Markt über die Wahl von Waren und Dienstleistungen das substantiell-konkrete Recht der Vertragsfreiheit realisieren. Das Rechtsvertrauen in die Vertragsfreiheit (Vertrauen in das Verhältnis von langfristigen Erfahrungen der Verbraucher und der mit dem Wettbewerb verbundenen Vertragsfreiheit als substantiell-konkrete Freiheit) bildet die wichtigste Grundlage für eine Gesetzesordnung, welche die substantiell-konkrete Vertragsfreiheit zwischen gleichberechtigten Geschäftsparteien garantiert.

Der Verbraucher hat die wichtigste Stellung im wirtschaftlichen System inne. Die Volkswirtschaft muss auf der Grundlage des Lebens der Bürger, d.h. der Verbraucher gestaltet werden und stets das grundlegende Ziel der Sicherung eines menschenwürdigen Lebens der Verbraucher verfolgen. Wenn sich Wettbewerbsbeschränkungen oder -hemmnisse gesamtwirtschaftlich ausbreiten und verabsolutieren und die Vertragsfreiheit dadurch ihre substantiell-konkrete Funktion verliert, gewinnen Abhängigkeitsverhältnisse oder ungleiche Beziehungen zwischen Geschäftsparteien eine dominierende Rolle im Wirtschaftssystem. Der Verbraucher ist das schwächste Glied in diesem System und wird auf dem Markt direkt oder indirekt zunehmend von unbestimmten ökonomischen Kräften beherrscht. Die geschäftliche Freiheit und Gleichberechtigung der Verbraucher im substantiell-konkreten Sinn wird in bislang kaum gekanntem Umfang eingeschränkt.

Anders als ein Unternehmer, der anderen Unternehmern nachgeordnet und von ihnen abhängig ist, kann der Verbraucher die durch eine solche untergeordnete und abhängige Position erlittenen Nachteile nicht auf andere Geschäftsobjekte abwälzen. Setzt sich das Wirtschaftssystem aus Abhängigkeits- und Ungleichheitsverhältnissen zusammen, so tragen die Verbraucher am Ende die daraus resultierenden Nachteile, denn sie stehen in der ökonomischen Herrschaftsstruktur ganz unten.

Bei einem Unternehmer führen diese Nachteile außerdem nicht zu einer Beeinträchtigung des persönlichen Lebens, sondern beschränken sich auf unternehmerische Beeinträchtigungen. Der Verbraucher hingegen erwirbt die Ware nicht für den Weiterverkauf sondern für seine Lebensführung und ihre Bezahlung erfolgt mit Mitteln aus den für den Lebensunterhalt bestimmten Haushaltsfinanzen. Die ihm vom Unternehmer aufgezwungenen Nachteile belasten den Verbraucher persönlich und setzen sein Leben

unter Druck. Diese Nachteile werden also am Ende vom Verbraucher getragen, und die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf sein Leben zeigen seine direkte und konkrete Beziehung zur Wettbewerbsordnung. Die Aufrechterhaltung einer gerechten Wettbewerbsordnung auf dem Markt ist daher mit dem Schutz und der Sicherung des Lebens des Verbrauchers verbunden.

Der Verbraucher wählt Waren und Dienstleistungen nach ihrem Inhalt und nach Transaktionsbedingungen aus, wie sie sich über den Wettbewerb darstellen. Dadurch werden Freiheit und Gleichberechtigung bei den Transaktionen für den Verbraucher sichergestellt. Man kann diese Freiheit, die mit der Gleichrangigkeit der Geschäftspositionen verbunden ist, als Recht des Verbrauchers auf Beteiligung an den Bestimmungen der Geschäftsbedingungen begreifen. Er ist nicht auf Geschäfte angewiesen, die von den Unternehmern diktiert werden, sondern kann das besagte Recht über den Wettbewerb auf dem Markt realisieren.

Das Gesagte steht nicht nur mit dem Wettbewerb auf dem Markt in Beziehung, wo der Verbraucher als direkter Abnehmer auftritt, sondern auch mit der Wettbewerbsordnung im wirtschaftlichen System insgesamt. Jeder einzelne Markt steht notwendigerweise mit anderen Märkten in Verbindung, anders ausgedrückt, alle Märkte sind funktionell miteinander verbunden, was sich auf die gesamte Volkswirtschaft erstreckt. Nicht nur im Bereich der Konsum- und Existenzgüter, auch in Branchen ohne unmittelbare Beziehung zu den Verbrauchern, wie z.B. die Eisen- und Stahlindustrie, gibt es bei Wettbewerbsbeschränkungen auf dem jeweiligen Markt in den meisten Fällen indirekt auch Auswirkungen auf die Verbraucher. Auch Einflüsse von Rohstoffpreisen und Kartellen in Märkten ohne direkten Bezug zum Verbraucher werden für ihn spürbar. Die gesamte Wettbewerbsordnung muss die Rechte der Verbraucher direkt und indirekt zur Grundlage haben und einheitlich verstanden werden. Die Wettbewerbsordnung kann man als Träger grundsätzlicher Rechte des Menschen bezeichnen.

Speziell bei den Konsumgütern hat der Verbraucher eine direkte Beziehung zur Wettbewerbsordnung. Auch bezüglich der Herstellung dieser Güter besitzt er sicherlich ein Recht auf die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung, da sich Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Bereich durch Übertragungs- oder Erweiterungseffekte auf ihn auswirken. Besonders offensichtlich wird dies, wo z.B. der Vertrieb entsprechend der Politik der Hersteller festgelegt ist.

## 2. Die Rechte des Verbrauchers als Grundlage des Wettbewerbsrechts (Kartellrecht)

Die Entwicklung des bürgerlichen Wirtschaftssystems hat die Situation des Verbrauchers in diesem System verändert. Als die zivilrechtlichen Grundprinzipien festgelegt wurden, spielte der Wettbewerb die Rolle eines Vermittlers zwischen den zivilrechtlichen Prinzipien und den gesellschaftlichen Konsequenzen der Wettbewerbsordnung. Die Entwicklung des wirtschaftlichen Systems behinderte diese Vermittlungsfunktion der Wettbewerbsordnung und schränkte sie ein. Die Garantie der Geschäftsfreiheit zwischen als gleichberechtigt angesehenen Parteien war nun nicht mehr mit den erwarteten Ergebnissen verbunden. Sie hatte negative Auswirkungen durch Einschränkungen und Behinderungen des Wettbewerbs. Um diese negativen Auswirkungen abzustellen, wurde das Wirtschafts- bzw. Wettbewerbsrecht verabschiedet.

Die Anfänge der wettbewerbsrechtlichen Systeme liegen in den USA, wo das Bewusstsein für die staatsbürgerlichen Freiheiten gegen Ende des 19. Jahrhunderts sehr ausgeprägt war. Das dortige Wettbewerbsrecht wurde auf der Grundlage dieses bürgerlichen Bewusstseins sowie darauf beruhender Forderungen erlassen. Anfangs war es bei den Großunternehmern nicht erwünscht, wurde im Ergebnis seiner Inkraftsetzung aber schließlich anerkannt. Dies zeigt, dass es aufgrund von Forderungen bürgerlicher Schichten und unter passiver Akzeptanz der wirtschaftlich Mächtigen zustande kam.

An dieser Stelle muss das Objekt des Schutzes durch das Gesamtsystem des Wettbewerbsrechts im Zusammenhang mit seinen Zielen und seinem gesellschaftlichen Zustandekommen geklärt werden. Es ist nicht zu leugnen, dass das Wettbewerbsrecht in seiner Gesamtheit auf die Realisierung und Etablierung einer freien Wettbewerbsordnung ausgerichtet ist. Sämtliche Vorschriften des Wettbewerbsrechts rücken die Wettbewerbsordnung ins Zentrum des Wirtschaftssystems und dienen der marktwirtschaftlichen Organisation dieses Systems.

Es gibt zahlreiche wirtschaftswissenschaftliche Theorien zu der Frage, ob eine Wettbewerbsordnung zu volkswirtschaftlich wünschenswerten Ergebnissen führen kann. Im Mittelpunkt all dieser Herangehensweisen steht das Marktprinzip. Die Meinungsunterschiede unter den Wissenschaftlern kreisen darum, wie die Funktion des Marktprinzips in Verbindung mit einem konkreten Wirtschaftssystem praktisch umgesetzt wird und in welchem Rahmen sie zur Anwendung kommen sollte oder anwendbar ist. Stets wird dabei vorausgesetzt, dass das durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigte Marktprinzip durch Intervention des Staates wiederhergestellt und gesichert werden muss. In diesem Sinn ist die auf dem Marktprinzip beruhende Wettbewerbsordnung selbst bei allen rechtlichen Untersuchungen als gegebene Tatsache anzusehen und kann als erstes und direktes Objekt des Schutzes durch das Wettbewerbsrecht bezeichnet werden.

Vom juristischen Standpunkt besitzen der Wettbewerb und das Marktprinzip selbst allerdings keinerlei rechtlichen Wert. Sie werden im Zusammenhang mit ihren Ergebnissen gewürdigt und auf der Grundlage dieser Bewertung erfolgt ihre Positionierung in der wirtschaftsrechtlichen Ordnung. Daher muss verdeutlicht werden, was als Basis für die Sicherung des Wettbewerbs auf dem Markt heranzuziehen ist.

Wenn eine wirtschaftswissenschaftliche Theorie auf der Grundlage der ökonomischen Effekte des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt die Aufrechterhaltung dieses Wettbewerbs als wünschenswert oder als nicht wünschenswert bezeichnet, wird allein damit nicht gleich die Angemessenheit des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung bewertet. Um dies zu beurteilen ist eine gesetzliche Basis erforderlich, die nicht unbedingt immer mit den wirtschaftswissenschaftlichen Begründungen übereinstimmt. Die wirtschaftswissenschaftlichen Überlegungen beschränken sich auf die Darstellung, ob etwas für die Volkswirtschaft günstig ist, sie zeigen nicht, ob etwas eine gesetzwidrige Handlung darstellt.

Das Wettbewerbsrecht schränkt die private Autonomie und die wirtschaftlichen Grundrechte der Geschäftssubjekte, insbesondere derjenigen, die eine beherrschende oder überlegene Stellung auf dem Markt besitzen, ein. Diese Rechte sollen ursprünglich durch das zivilrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit geschützt werden. Ihre gesetzliche Einschränkung allein auf der Grundlage von wirtschaftspolitischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Erwägungen wird rechtstheoretisch nicht direkt anerkannt. Für diese Anerkennung muss es eine rechtstheoretische Basis auf der Grundlage der Rechte der

Geschäftssubjekte im Zusammenhang mit den konkreten gesellschaftlichen Verhältnissen geben.

Um die Objekte des Schutzes durch das Gesamtsystem des Wettbewerbsrechts auszumachen, ist also der Aufbau eines Wettbewerbsrechts auf der Grundlage rechtlicher Prinzipien erforderlich, die mit den konkreten gesellschaftlich-ökonomischen Erscheinungen der heutigen Zeit übereinstimmen. Das heisst, die durch Wettbewerbsbeschränkungen und Wettbewerbshemmnisse verursachten Schädigungen müssen als Rechtsverletzungen von Geschäftssubjekten in beherrschender Stellung angesehen werden, insbesondere von marktbeherrschenden oder relativ dominierenden Kräften im Verhältnis zu den Verbraucherrechten.

Um die Verletzung der Rechte von Geschäftssubjekten durch Wettbewerbsbeschränkungen und Wettbewerbshemmnisse auszuschalten, muss die Gleichberechtigung unter diesen Subjekten sichergestellt werden. Dies ist eine Frage des Freiheitsprinzips. Die Freiheit der Menschen, die Freiheit der Bürger soweit wie möglich zu garantieren, ist einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze unserer Gesellschaft. Die Mittel dazu liefert das Wettbewerbsrecht. Durch die Wiederherstellung der Funktion des Marktprinzips wird nämlich die Geschäftsfreiheit zwischen gleichberechtigten Geschäftssubjekten im wirtschaftlichen System substantiell-konkret realisiert, und die Gleichberechtigung sowie das Recht auf Geschäftsfreiheit von Geschäftssubjekten, die von marktbeherrschenden oder relativ dominierenden Kräften abhängig sind, kann sichergestellt werden. Nach diesem Gedanken werden das Recht auf substantiell-konkrete Gleichberechtigung sowie das Recht auf Geschäftsfreiheit von untergeordneten oder relativ schwachen Geschäftssubjekten, insbesondere Verbrauchern, zum Objekt des Schutzes durch das Gesamtsystem des Wettbewerbsrechts.

Lassen Sie mich hier auf die grundlegenden Unterschiede zwischen den Rechten von kleinen und mittleren Unternehmern einerseits und Verbrauchern andererseits eingehen. Diese Frage hängt mit den ungleichen Positionen im Wirtschaftssystem und den Differenzen im Verhältnis zum Lebensunterhalt zusammen. Kleine und mittlere Unternehmer, die marktbeherrschenden oder relativ dominierenden Unternehmern nachgeordnet oder von ihnen abhängig sind, treten als Unternehmer auf dem Markt auf. Allerdings spielt meist auch die Unternehmensgröße eine Rolle, was, von Ausnahmen abgesehen, einen gleichberechtigten Wettbewerb oder Handel mit marktbeherrschenden oder relativ dominierenden Unternehmern schwierig macht. Daher ist die Wahrscheinlichkeit sehr groß, dass ihre Rechte auf substantiell-konkrete Gleichberechtigung und auf Geschäftsfreiheit verletzt werden. Solche Rechtsverletzungen werden durch die Sicherung der Wettbewerbsordnung eliminiert.

Die kleinen und mittleren Unternehmer haben aber ihrerseits die Möglichkeit, andere Geschäftssubjekte zu beherrschen oder mit ihnen als relativ Schwächere von überlegener Position aus Geschäfte zu machen. Wenn sie z.B. Kartellverträge mit schwächeren Geschäftssubjekten abschließen oder ihre Nachteile über Vertriebsketten auf die nächste Geschäftsstufe abwälzen, sichern sie sich in ihren Beziehungen mit diesen Geschäftspartnern eine beherrschende Stellung. In solchen Fällen können selbst kleine und mittlere Unternehmer als marktbeherrschende oder relativ dominierende Kräfte definiert und dann natürlich zum Objekt wettbewerbsrechtlicher Maßnahmen werden. Ferner können kleine und mittlere Unternehmer erfahrene Nachteile auch an die von ihnen beschäftigten Arbeiter weitergeben.

Dem Verbraucher hingegen kommt eine völlig andere Position zu als den kleinen und mittleren Unternehmern, sie sind am Ende die Betroffenen der durch die

Herrschaftsverhältnisse erzeugten Nachteile im Wirtschaftssystem. Man darf nicht vergessen, dass das Recht der Verbraucher auf substantiell-konkrete Gleichberechtigung sowie ihr Recht auf Geschäftsfreiheit eng mit ihrem Leben und ihrer Existenz verbunden sind. Geht man davon aus, dass Leben und Existenz des Menschen als wichtigste bzw. grundlegende Prinzipien bei der Untersuchung rechtlicher Fragen anzusehen sind, so bildet der Schutz der Verbraucherrechte im Wirtschaftssystem den elementarsten Zweck des Wettbewerbsrechts und das Objekt seiner Garantien.

### 3. Verbraucherrechte im japanischen Antimonopolgesetz

Das Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit den Rechten der Verbraucher zu begreifen, gilt nicht nur für das japanische Antimonopolgesetz, sondern für Kartell-, Wettbewerbs- und Antimonopolgesetze allgemein. Das hat nichts damit zu tun, ob dieser Gedanke in irgendeiner Form in die Bestimmungen der einzelnen Wettbewerbsgesetze Eingang gefunden hat.

#### 3.1 Antimonopolgesetz und Verbraucher

Es folgen Beispiele von konkreten Bestimmungen des japanischen Antimonopolgesetzes in Bezug auf die Rechte (Vorteile) der Verbraucher.

(a) Zum Ziel des japanischen Antimonopolgesetzes heißt es: „... den Grad der Beschäftigung und das Niveau des Volksrealeinkommens zu erhöhen und damit zur Sicherung der Interessen der Verbraucher im Allgemeinen die demokratische und gesunde Entwicklung der Volkswirtschaft zu fördern.“ (§ 1). Besonders zu beachten ist, dass zur Sicherung der Vorteile der allgemeinen Verbraucher die Förderung die gesunde demokratische Entwicklung der Volkswirtschaft fixiert ist. Damit spricht man sich für die Realisierung des Antimonopolgesetzes auf der Grundlage eines freien Wirtschaftssystems aus und erklärt wirtschaftliche Demokratie zum Ziel.

Gemeint ist, dass wirtschaftliche Demokratie in der modernen Ökonomie über die Sicherung der Gleichberechtigung der Geschäftssubjekte, ihrer substantiell-konkreten Freiheit, realisiert werden sollte. Das ist in der „demokratischen Entwicklung der Volkswirtschaft“ enthalten. Das Gesetz verweist eindeutig auf die Rechte der Verbraucher als letzte Betroffene der im Wirtschaftssystem generierten Nachteile. Das japanische Antimonopolgesetz erkennt also die Verbraucherrechte im modernen Wirtschaftssystem an, bestätigt sie als gesetzliches Ziel und stellt die Gesetze dadurch auf die Grundlage der Rechte der Menschen in diesem System.

Das Kartellrecht zielt über die Stufe der Sicherung einer freien Wettbewerbsordnung direkt auf die Realisierung dieser Rechte. Um wirtschaftliche Demokratie zu realisieren, wenden die Gesetze das konkrete Verfahren der Eliminierung von Wettbewerbsbeschränkungen und Wettbewerbshemmnissen an. Sie können als Bestimmungen des Kartellrechts zur Sicherung der Rechte der Abhängigen und relativ Schwachen, besonders der Verbraucher betrachtet werden.

(b) Die Entwicklung des japanischen Antimonopolgesetzes in Hinsicht auf die Verbraucher zeigt sich deutlich darin, dass die Verbraucher Schadensersatzklagen gegen Hersteller von Konsum- und Existenzgütern führen, die gegen das Antimonopolgesetz verstoßen haben, und ihre verfahrensrechtliche Position von den Gerichten ausdrücklich anerkannt worden ist.

Das Antimonopolgesetz erkennt bei Schadensersatzforderungen nach entsprechenden Gesetzesverletzungen allgemein eine Haftung bezüglich des Ausgleichs von Schäden ohne Verschulden des Verursachers (*no-fault liability for compensation*) an und besitzt ein System für Schadensersatzklagen unter Voraussetzung einer Rücknahmeanordnung seitens der Japan Fair Trade Commission – JFTC (§§ 25 und 26). Das System der allgemeinen Schadensersatzforderungen auf der Grundlage von Paragraph 709 Zivilgesetz ist vervollständigt worden, was aber Klagen nach dem Zivilgesetz nicht ausschließt.

Schadensersatzklagen von Verbrauchern bei Verstößen gegen das Antimonopolgesetz werden sowohl nach den Bestimmungen des Antimonopolgesetzes als auch dem allgemeinen Zivilgesetz verfolgt. Die Qualifikation der Verbraucher als Kläger bei Schadensersatzforderungen aufgrund von Verletzungen des Antimonopolgesetzes durch Hersteller von Konsum- und Existenzgütern ist bis hin zum Obersten Gericht anerkannt worden.

(c) Als Ergänzung zum Antimonopolgesetz ist das „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ (Act Against Unjustifiable Premiums And Misleading Representations) verabschiedet worden. Ziel dieses Gesetzes ist es, „einen gerechten Wettbewerb zu sichern und die Rechte der allgemeinen Verbraucher besser zu schützen.“ Es bezieht sich also auf die Verwendung von Prämien und irreführenden Kennzeichnungen gegenüber allgemeinen Verbrauchern. Schadensersatzforderungen von Verbrauchern, die durch die Verletzung dieses Gesetzes geschädigt wurden, an Unternehmer, die diese Gesetzesübertretung begangen haben, sind mit denen nach dem Antimonopolgesetz identisch. Ein Prozess, der von Verbrauchern geführt wurde, die sich gegen die auf der Grundlage dieses Gesetzes erfolgte Genehmigung eines „Abkommens für fairen Wettbewerb“ (Fair Competition Code) durch die JFTC wandten, ging deshalb verloren, weil man den Verbrauchern ihre Qualifikation als Kläger absprach. Bezüglich dieser Frage gibt es häufig Kritik von Fachleuten, aber in ähnlichen Fällen sind von den Verbrauchern im Anschluss keine Einwände erhoben worden, so dass noch keine endgültige Klärung vorliegt.

(d) Für Japan ist es typisch, dass Verbraucher und Verbrauchergruppen ein großes Interesse für das Antimonopolgesetz als Mittel zur Verteidigung ihrer Rechte hegen. Dieses Bewusstsein der Verbraucher und Verbrauchergruppen bildet sicherlich eine wichtige Stütze bei der Entwicklung des Antimonopolgesetzes.

### 3.2 Verletzungen des Antimonopolgesetzes und Schadensersatzforderungen seitens der Verbraucher

In Japan werden keine Diskussionen über den Charakter der einzelnen Bestimmungen des Antimonopolgesetzes geführt. In solchen Diskussionen geht es um die Unterscheidung von individuellem und strukturellem Schutz, und es stellt sich die Frage, ob eine

solche Unterscheidung unter wirtschafts- oder kartellrechtlichen Gesichtspunkten wichtig oder sogar unerlässlich ist. Insbesondere sieht man generell keine Notwendigkeit, eine Unterscheidung nach der Methode der Vorschriften treffen. Wie bereits erwähnt, dient das Antimonopolgesetz unmittelbar der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung auf dem Markt. Es basiert aber auch auf dem Ziel, die Grundrechte der Geschäftssubjekte zu schützen, d.h. die geschäftliche Freiheit und substantiell-konkrete Gleichberechtigung zwischen ebenbürtigen Geschäftssubjekten. Daher können prinzipiell bei sämtlichen Verletzungen von Verbotsklauseln des Antimonopolgesetzes Schadensersatzforderungen gestellt werden.

Bezüglich der Schadensersatzforderungen durch Opfer von Kartellrechtsverletzungen weist das Antimonopolgesetz, wie oben dargestellt, Systeme auf, die den Sondergesetzen im Zivilgesetz entsprechen. Das heißt, zu Schadensersatz gegenüber den Geschädigten verpflichtet sind nach Paragraph 3 des Antimonopolgesetzes Ausführende von den Wettbewerb substantiell einschränkenden Handlungen und privaten Monopolisierungen sowie von unbilligen Geschäftsbeschränkungen; nach Paragraph 8, Absatz 1, Nummer 1 Ausführende von Handlungen, die den Wettbewerb durch Unternehmergruppen substantiell einschränken; sowie nach Paragraph 19 Ausführende von Handlungen, die unlautere Geschäftsmethoden anwenden und den fairen Wettbewerb behindern (auch Handlungen, die ungerechten Geschäftsbeschränkungen und unfairen Geschäftsmethoden nach Paragraph 6 entsprechen). Dabei handelt es sich um eine sogenannte Haftung bezüglich des Ausgleichs von Schäden ohne Verschulden des Verursachers (*no-fault liability for compensation*), d.h. man kann sich ihr nicht entziehen, auch wenn nachweislich ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehandelt wurde (§ 25). Weiterhin ist festgelegt, dass die Schadensersatzforderung erst nach einer Rücknahmeanordnung der JFTC bezüglich der betreffenden Verletzung des Antimonopolgesetzes gestellt werden kann (§ 26). Ist die Schadensersatzklage eingereicht worden, muss das Gericht bezüglich der durch die Gesetzesverletzung entstandenen Schadenssumme umgehend die Meinung der JFTC einholen (§ 84).

Dieses System vereinfacht die Erhebung von Schadensersatzforderungen seitens der Geschädigten. Das gilt für die folgenden beiden Punkte.

Erstens erleichtert es den Geschädigten die Beweisführung bezüglich der Verletzung des Antimonopolgesetzes. Indem man eine Rücknahmeanordnung der JFTC zur Vorbedingung macht, erübrigt sich praktisch eine erneute Beweisführung seitens der Geschädigten, dass die betreffende Handlung eine Verletzung des Antimonopolgesetzes darstellt. Für Geschädigte, vor allem für Verbraucher, ist der Nachweis einer Verletzung des Antimonopolgesetzes durch Hersteller in den meisten Fällen sehr kompliziert bzw. nahezu unmöglich. Die genannte Entscheidung der JFTC, die eine administrative Verordnung (*gyôsei meirei*) ist, gilt daher als Nachweis für das Vorliegen einer Gesetzesverletzung. Die rechtliche Würdigung einer solchen JFTC-Entscheidung gilt nicht nur für Schadensersatzklagen auf der Grundlage des Antimonopolgesetzes, sondern auch für solche auf der Grundlage von Paragraph 709 des Zivilgesetzes, und ihre Behandlung durch die Gerichte ist entsprechend.

Zweitens sind die Gerichte bei Schadensersatzklagen auf der Grundlage des Antimonopolgesetzes verpflichtet, die Meinung der JFTC bezüglich der Schadenssumme einzuholen. In jüngster Zeit hat man zwar in Fällen mit schwer zu beweisenden Schadenssummen im Ermessen des Gerichts liegende Bewertungen anerkannt, aber für Geschädigte bzw. Verbraucher als deren typische Verkörperung, erleichtert die

Meinung der JFTC – auch unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung der Kausalität von unbestreitbarem Schaden und Gesetzesverletzung – den Schadensbeweis.

Das Vorliegen einer Entscheidung der JFTC ist nicht nur bei Schadensersatzforderungen auf der Grundlage von Paragraph 25 des Antimonopolgesetzes eine Prämisse, sondern faktisch auch bei solchen auf der Grundlage des Zivilgesetzes. Auch hier spielt sie für die Geschädigten eine wichtige Rolle beim Nachweis der Gesetzesverletzung.

Die Möglichkeit der Führung von Schadensersatzklagen durch Verbraucher in Zusammenhang mit Verletzungen des Antimonopolgesetzes ist anerkannt, u.a. auch vom Obersten Gericht. Diesbezügliche Urteile betrafen Preisabsprachen sowie Preisbindungen der zweiten Hand durch Hersteller. Dabei werden die Schadensersatzforderungen anerkannt, wenn man einen Kausalzusammenhang zwischen einer Verletzung des Antimonopolgesetzes durch den Angeklagten und dem dadurch entstandenen Schaden sieht.

Bei Schädigungen von Verbrauchern durch Verletzungen des Antimonopolgesetzes durch Hersteller gestaltet sich der Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Gesetzesübertretung und Schaden sich besonders deshalb schwierig, weil Vertriebsunternehmer zwischengeschaltet sind. Im Fall eines Erdölkartells erkannte die zweite Instanz des Obergerichts bezüglich des den Verbrauchern entstandenen Kaufpreisanstiegs der betreffenden Produkte nach der Kartellbildung einen Kausalzusammenhang mit letzterer an. Zusammen mit der Tatsache, dass keine anderweitigen Ursachen für den Preisanstieg nachgewiesen wurden, führte dies zur Bestätigung des genannten Zusammenhangs zwischen der Handlung der Hersteller und dem Kaufpreisanstieg für die Verbraucher.

Beachtenswert ist, dass diese Schadensersatzklage auf der Grundlage des allgemeinen Zivilgesetzes mit einem Erdölkartell in Zusammenhang stand und von Verbrauchern eingereicht wurde. Vor dem Obergericht als zweiter Instanz errangen sie einen vollständigen Sieg. Das Urteil ist wegen formaler Problempunkte in der Begründung zwar vom Obersten Gericht kassiert worden, aber die meisten Fachleute bewerten diese Entscheidung als unangemessen und sehen sie generell nicht als Präzedenzfall. Das Verfahren wurde von mehr als 1.600 Verbrauchern angestrengt, die vor dem Obergericht einen umfassenden Sieg errangen. Es ist schließlich hier zu einer sehr vernünftigen Entscheidung gekommen, bei der es zwar um eine allgemeine Schadensersatzklage auf der Grundlage des Zivilgesetzes ging, man aber eine Entscheidung der JFTC anführte, deren Meinung bei der Anerkennung des Vorliegens einer Gesetzesverletzung heranzog, den Preisunterschied vor und nach der Kartellbildung als Schaden für die Verbraucher anerkannte usw.

Für Japan ist es typisch, dass Verbraucher und Verbrauchergruppen großes Interesse für das Antimonopolgesetz als Mittel zur Verteidigung ihrer Rechte hegen. Dieses Bewusstsein der Verbraucher und Verbrauchergruppen bildet sicherlich eine wichtige Stütze bei der Entwicklung des Antimonopolgesetzes.

Aus dem Japanischen übersetzt von Bernd Rießland.

## Wettbewerbsbeschränkungen und Verbraucher

Wolfgang JAKOBI\*  
Bundeskartellamt

### Einleitung

In der Diskussion um ökonomische Konzepte, die dem Wettbewerbsrecht zu Grunde liegen, nimmt die Ausrichtung der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden an den Auswirkungen für die Nachfrager – so zum Beispiel nach der Novelle der Europäischen Fusionskontrollverordnung – einen immer gewichtigeren Stellenwert ein.

In meinen Ausführungen werde ich mich mit der Beziehung von Wettbewerbschutz und dem Schutz von Verbraucherinteressen befassen. Nach ein paar Gedanken zur Einordnung des Verbraucherbegriffs im Wettbewerbsrecht und im Verbraucherschutz und einer kurzen Darstellung der Zielsetzung des Wettbewerbsrechts, möchte ich anschließend anhand der Fusionskontrolle, der Kartell- und der Missbrauchsaufsicht näher erläutern, inwieweit Verbraucherinteressen Berücksichtigung in den Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden finden.

### Verbraucher und Nachfrager

Es erscheint ganz hilfreich, zunächst die Frage zu stellen, welchen Personenkreis Kartellrecht und Verbraucherschutz eigentlich unter dem Begriff der Verbraucher erfassen.

Der Blick in die Rechtsnormen zeigt, dass in den Rechtswissenschaften verschiedene Definitionen für den Begriff „Verbraucher“ existieren:

Das deutsche und das europäische Kartellrecht erfassen unter dem Begriff der „Verbraucher“ alle unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen. Hierin eingeschlossen sind z.B. industrielle Weiterverkäufer, handwerkliche Weiterverarbeiter, Benutzer oder Endverbraucher.

Demnach bezeichnet das Kartellrecht die gesamte Nachfrageseite als „Verbraucher“.

Das GWB geht also über den Begriff des Verbrauchers, wie er sich beispielsweise aus § 13 BGB oder dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) ergibt, hinaus. Diese Vorschriften nehmen Bezug auf einen „Verbraucher“ im Sinne eines *privaten Endverbrauchers*.

Die verschiedenen Definitionen, wer als „Verbraucher“ anzusehen ist, überschneiden sich damit zumindest teilweise. Auch der private Endverbraucher tritt immer als Nachfrager im Sinne des Kartellrechts auf. Der private Endverbraucher hat darüber hinaus aber immer noch das Interesse, dass seine wirtschaftlich schwächere Position durch entsprechende Rechte ausgeglichen wird. Hier setzt der Verbraucherschutz an.

---

\* Referent im Bundeskartellamt, Bonn, Mitarbeiter im Grundsatzreferat Deutsche und Europäische Fusionskontrolle. Der Vortrag gibt lediglich die persönliche Auffassung des Referenten wieder.

Die unterschiedliche Definition des Begriffs des „Verbrauchers“ ist auf die unterschiedlichen Zielsetzungen der Gesetze zurückzuführen. Gemäß dem im Kartellrecht maßgeblichen Verbraucherbegriff wird auf die Belange der als mehr oder weniger Gleichberechtigten in einer Produktionskette abgestellt. Hingegen findet hier kein genereller Ausgleich zu Gunsten eines schwächeren Marktteilnehmers statt. Das Kartellrecht ist auf Maßnahmen ausgerichtet, die das *wettbewerbliche System als Ganzes* schützen sollen.

Beispielsweise ist zu Gunsten des privaten Endverbrauchers eine Nachahmung von Waren durch Mitbewerber verboten, wenn hierbei eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft der Waren stattfindet. Im Wettbewerb als Entdeckungsverfahren könnte man hingegen argumentieren, dass die Bedürfnisse der Abnehmer nur dann ausreichend erfüllt werden, wenn eine möglichst ungehinderte Nachahmung der im Wettbewerb erfolgreichen Produkte möglich ist.

## Fusionskontrolle

Ich möchte mit der Fusionskontrolle beginnen und darstellen, inwieweit hier Verbraucherinteressen berücksichtigt werden.

Schutzobjekt der Fusionskontrolle ist nach deutschem Verständnis der (wirksame) Wettbewerb als Institution, durch dessen Aufrechterhaltung zugleich auch ein bestmöglicher Schutz der Verbraucherinteressen – durch die Sicherung gleicher Marktchancen – gewährleistet wird.

Wenn von einem Zusammenschluss zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, so ist er nach deutschem Recht zu untersagen. In § 19 Abs. 2 GWB wird Marktbeherrschung als ein Zustand definiert, bei dem das betreffende Unternehmen entweder ohne Wettbewerber auftritt bzw. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Diese liegt dann vor, wenn Unternehmen einen vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensfreiraum haben. Dies wird anhand eines umfassenden Kriterienkataloges ermittelt, der für die deutsche Fusionskontrolle – wenn auch nicht abschließend – im GWB aufgeführt wird.

Die Existenz rivalisierender Unternehmens- und Verbraucherinteressen auf Märkten und die Tendenz des Wettbewerbs, Konzentrationsanreize zu erhöhen und damit den Zwang zur Weitergabe beispielsweise von Kostensenkungen an die Nachfrager zu verringern, führt zu Regulierungsbedarf. Diesen wahrzunehmen ist Aufgabe der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle. Sie soll Gefährdungslagen für die Struktur des Wettbewerbs verhindern. Im Idealfall gelingt es der Fusionskontrolle, einen weitgehenden Interessenausgleich im Sinne sowohl der Unternehmen als auch der Nachfrager herbeizuführen.

Im Rahmen des deutschen Wettbewerbsrechts kommt der Fusionskontrolle damit die Aufgabe zu, die Entstehung solcher Marktstrukturen zu verhindern, die darauf hinauslaufen, dass Nachfrager ihre Interessen dauerhaft den Interessen der Unternehmen unterordnen müssen und unter höheren Preisen und/oder geringerer Produktauswahl zu leiden haben.

## Kartelle

Nach dem Verständnis des Wettbewerbsrechts sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, grundsätzlich verboten. Im Zuge der anstehenden GWB-Novelle soll § 1 GWB, der bislang lediglich horizontale Vereinbarungen erfasst, an den Artikel 81 EG-Vertrag angepasst werden und zukünftig auch vertikale Vereinbarungen erfassen. Bislang sind in Deutschland Regelungen hierzu im § 14 GWB enthalten.

Zu den grundsätzlich verbotenen Vereinbarungen zwischen Unternehmen zählen insbesondere Preis- und Mengenabsprachen, so genannte Hardcore-Kartelle. Horizontale Preisabsprachen werden von Unternehmen getroffen, um ein Preisniveau oberhalb des Wettbewerbspreises zu erreichen, ohne dabei Gefahr zu laufen, dass Konkurrenzunternehmen durch niedrigere Preise Nachfrager an sich ziehen können. Mengenabsprachen gehen oftmals einher mit einer räumlichen oder sachlichen Marktaufteilung und sollen verhindern, dass die an der Absprache beteiligten Unternehmen in einem räumlich abgegrenzten Markt zueinander in Wettbewerb treten.

Beide Absprachen verfolgen damit das Ziel, die Wettbewerbsintensität zu reduzieren und ein höheres Preisniveau durchzusetzen.

Ein überhöhter Preis stellt nicht nur die Nachfrager kurzfristig schlechter, sondern führt auch langfristig, durch die verringerte Wettbewerbsintensität, zu weiteren negativen Auswirkungen. Durch die Absprachen entfallen für Unternehmen die Anreize, neue Produkte zu entwickeln oder die eigenen Kosten zu reduzieren.

Aus Sicht der Nachfrager werden sowohl die kurz- als auch die langfristigen Folgen der Kartellvereinbarungen generell als negativ angesehen, weil diese unter einem erhöhten Preisniveau und einer beschränkten Produktvielfalt leiden. Das wettbewerbspolitische Ziel einer Unterbindung von Kartellvereinbarungen ist somit im Sinne des Verbraucherschutzes und der Verbraucher.

Neben dieser regelmäßig anzutreffenden Übereinstimmung zwischen Wettbewerbsschutz und den Interessen der Nachfrager bezüglich Preis- und Mengenabsprachen ist es jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Einschätzung einer unternehmerischen Verhaltensweise aus wettbewerbsrechtlicher Sicht von der Einschätzung der Nachfrager abweicht. Dies kann z.B. bei Niedrigpreisstrategien der Fall sein.

Wenn ein Händler eine Niedrigpreisgarantie ausspricht, dann zahlt ein Kunde, der bei dem betreffenden Händler ein Produkt erwerben möchte, das bei einem konkurrierenden Händler zu einem niedrigeren Preis angeboten wird, nur den niedrigeren Konkurrenzpreis. Jedoch muss der Kunde angeben, bei welchem konkurrierenden Händler das Produkt billiger angeboten wird.

Solche Niedrigpreisgarantien, die häufig im Einzelhandel anzutreffen sind, werden von Endverbrauchern regelmäßig positiv bewertet, weil hierdurch nur der günstigste Produktpreis gezahlt werden muss.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht können Niedrigpreisgarantien jedoch als Vehikel für eine Preisabsprache genutzt werden, da die Niedrigpreisgarantie als Sanktionsmechanismus eine glaubwürdige Drohung für den Fall eines Abweichens vom vereinbarten Preis darstellt, die dann gewährleistet, dass sich alle Händler an die Preisabspra-

che – also die künstlich angehobenen Preise – halten. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht können solche Garantien durchaus problematisch sein.

### Freigestellte Kartellvereinbarungen

Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81 Abs. 1 EG bzw. § 1 GWB-Entwurf bezwecken oder bewirken, können durch ihre Effizienzgewinne aber auch wettbewerbsfördernde Wirkungen entfalten. In diesem Fall können die betreffenden Vereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt werden, wenn es sich nicht um Preis- oder Mengenabsprachen handelt. Voraussetzung hierfür ist, dass die Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung beitragen und für die Verwirklichung dieses Zieles unerlässlich sind sowie den Wettbewerb nicht ausschalten und die Nachfrager an den entstehenden Vorteilen beteiligt werden.

Die angemessene Beteiligung der Marktgegenseite an den durch die Vereinbarungen erzielten Effizienzgewinnen bezieht die Nachfrager explizit in die wettbewerbliche Beurteilung der Kartellvereinbarung ein. So müssen die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen mindestens ausgeglichen werden, d.h. die Nettowirkung der Vereinbarungen muss für den betroffenen Nachfrager mindestens neutral sein. Die Beteiligung der Nachfrager kann sowohl durch die zumindest teilweise Weitergabe von Kosteneinsparungen als auch durch die Weitergabe weiterer Arten von Effizienzgewinnen erfolgen. Zu solchen weiteren Vorteilen zählen vor allem die Verfügbarkeit neuer oder verbesserter Produkte, die als Quelle für den Wohlstand der Nachfrager angesehen werden können.

Die explizite Beachtung der Nachfrager sorgt im Ergebnis dafür, dass der Wettbewerbsschutz bei freigestellten Vereinbarungen in Einklang mit den Interessen der Nachfrager steht.

### Missbrauchsaufsicht

Ich komme nun zum dritten Tätigkeitsfeld von Wettbewerbsbehörden, der Missbrauchsaufsicht. Sowohl das nach deutschem Recht als auch das nach europäischem Recht normierte Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zielt auf den Schutz des Wettbewerbs ab, ohne unmittelbar auf die Interessen der Nachfrager einzugehen.

Die Nachfrager sind jedoch regelmäßig von missbräuchlichen Verhaltensweisen zumindest mittelbar betroffen, so dass zu klären ist, in welchem Maße die Missbrauchskontrolle geeignet ist, die Interessen der Nachfrager zu schützen.

### Missbräuchliche Verhaltensweise im Rahmen der Preispolitik

Zunächst können Missbräuche z.B. im Rahmen der Preispolitik von Unternehmen vorliegen. Der Produktpreis ist ein zentraler Wettbewerbsparameter. Für Konsumenten stellt der Produktpreis regelmäßig ein herausragendes Kriterium der Kaufentscheidung dar. Aus Sicht der Unternehmen erfüllt der Produktpreis – insbesondere bei homogenen Gütern – gleichfalls eine wichtige Aufgabe.

So bilden die erzielten Verkaufserlöse die Basis für die Unternehmensgewinne, so dass die Preisstrategie ein Wettbewerbsinstrument darstellt, das benutzt wird, sei es, um neue Konsumenten zu gewinnen oder um Konsumenten von Konkurrenten abzuwerben. Die Preisgestaltung übt regelmäßig auch eine Signalwirkung auf die Konkurrenzunternehmen aus, auf rentablen Märkten tätig zu werden. Für Unternehmen besteht somit die Möglichkeit, die eigene Position im Markt durch eine strategische Preispolitik zu beeinflussen.

Die Preispolitik eines Unternehmens wird durch die eigene Kostensituation, das Nachfrageverhalten der Konsumenten und das Verhalten der Konkurrenten determiniert. Während die Kostensituation des Unternehmens primär den kurzfristigen Mindestpreis beeinflusst, begrenzen die Verhaltensweisen der Nachfrager und der Konkurrenten die Preisgestaltung nach oben.

Unangemessen hohe Preise lassen sich von einem Unternehmen nur dann erfolgreich durchsetzen, wenn für konkurrierende Unternehmen keine Möglichkeit besteht, mit niedrigeren Preisen in den Markt zu gehen und durch einen niedrigeren Preis Nachfrager zu gewinnen.

Zur Durchsetzung unangemessen hoher Preise ist es auch erforderlich, dass die Nachfrage nach dem betrachteten Produkt hinreichend unelastisch ist, das heißt, dass bei Preisveränderungen nur wenige Nachfrager ihr Nachfrageverhalten verändern, beispielsweise durch Konsumverzicht.

Aus den ökonomischen Rahmenbedingungen ergibt sich bereits, dass der Spielraum für Preishöhenmissbrauch durch ein einzelnes Unternehmen eingeschränkt ist, weil die Durchsetzbarkeit hoher Preise an die genannten strukturellen Bedingung geknüpft ist.

Bei der ökonomischen Bewertung hoher Preise muss man zwischen der kurz- und langfristigen Wohlfahrtswirkungen unterscheiden. Kurzfristig reduzieren überhöhte Preise die gesellschaftliche Wohlfahrt, weil durch den überhöhten Preis Angebot und Nachfrage nicht ausgeglichen werden können und deswegen ineffizient wenig von dem betrachteten Produkt gehandelt wird. Langfristig geht jedoch von der Aussicht auf hohe bzw. überhöhte Preise ein gewisser Anreiz für Unternehmen aus, auf dem betrachteten Markt tätig zu bleiben oder zu werden. Diese dynamische Anreizwirkung kann mithin dazu führen, dass Investitionen – zum Beispiel in Forschung und Entwicklung – durchgeführt werden, die bei geringeren Preisen für das Unternehmen nicht profitabel wären.

Preishöhenmissbrauch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen verstößt sowohl gegen § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB als auch gegen Artikel 82 Satz 2 Buchstabe a) EG. In beiden Fällen zielt das Verbot zu hoher Preise darauf ab, dass vom Wettbewerb nicht kontrollierte Handlungsspielräume nicht zu Lasten der Marktgegenseite ausgenutzt werden dürfen.

Die Zielsetzungen des Wettbewerbsschutzes und die Interessen der Nachfrager stimmen also zunächst überein. Wie sich aus der ökonomischen Betrachtung ergibt, gehen von höheren Preisen jedoch auch dynamische Anreizwirkungen aus, die geeignet sind, Investitionen und Innovationen zu fördern. Während der Wettbewerbsschutz

diesen langfristigen Effekt berücksichtigen muss und deswegen insbesondere bei den durch Patente und Urheberrechte geschützten Produkten größere Sicherheitszuschläge beachtet, würdigt der Nachfrager die dargestellte langfristige Wirkung nicht in gleicher Weise. Vor diesem Hintergrund ist es also denkbar, dass ein vermeintlich überhöhter Preis aufgrund der Intensität des vorherrschenden Wettbewerbs und aufgrund der langfristig positiven Anreizwirkung vom Standpunkt des Wettbewerbsschutzes nicht als überhöht angesehen wird, jedoch vom Nachfrager als nicht angemessen empfunden wird.

## Kampfpreise

Lassen Sie mich zu einem weiteren problematischen Fall kommen, der im Wettbewerbsrecht unter dem Begriff der „Kampfpreise“ gefasst wird. Nach der mikroökonomischen Theorie begrenzen die durchschnittlichen variablen Kosten den Produktpreis nach unten. Liegt der tatsächliche Produktpreis unter den durchschnittlichen variablen Kosten, so würde es im Zeitverlauf zum Marktaustritt des Unternehmens kommen müssen, weil das Unternehmen nicht in der Lage wäre, die mit der Produktion verbundenen Kosten durch die Erlöse zu decken, von den fixen Kosten, die unabhängig von der produzierten Menge anfallen, mal ganz abgesehen. Die beschriebene statische Sichtweise ist jedoch nicht hinreichend geeignet, den strategischen Einsatz der Preispolitik abzubilden. Da die Gewinnsituation eines Unternehmens durch die Wettbewerbssituation beeinflusst wird, geht von der Preispolitik immer auch eine strategische Wirkung aus. Insbesondere kann die Preispolitik strategisch eingesetzt werden, um potentielle Wettbewerber abzuschrecken und auf diesem Wege deren Markteintritt zu verhindern oder sie zum Marktaustritt zu bewegen. Dem Preis kommt somit auch hier die erwähnte Signalfunktion zu, die von Unternehmen gezielt eingesetzt werden kann, um beispielsweise einem potentiellen Markeindringling klar zu machen, dass man es auf einen Preiskampf ankommen lassen werde. In Anbetracht der strategischen Möglichkeiten der Preispolitik kann es für ein Unternehmen durchaus rational sein, zumindest temporär einen nicht Kosten deckenden Preis zu fordern, um langfristig die eigene Marktstellung zu schützen oder auszubauen und die entgangenen Gewinne später überproportional auszugleichen.

Kampfpreise können ebenfalls eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellen und sind deswegen marktbeherrschenden Unternehmen verboten, weil Kampfpreise nicht aus sachlichen Gründen, sondern aufgrund einer Verdrängungsabsicht gewählt werden.

Auch hier gilt, dass niedrige Preise von Nachfragern regelmäßig als positiv eingeschätzt werden. Der Nachfrager interessiert sich hierbei normalerweise nicht für die Hintergründe bzw. strategische Überlegungen der Unternehmen, die zu niedrigen Preisen führen. Ebenso wenig spielen die mit Kampfpreisen einhergehenden Probleme für Konkurrenzunternehmen bei kurzfristiger Betrachtung eine Rolle für Konsumenten. Es ist daher nicht leicht zu vermitteln, warum aus wettbewerbsrechtlichen Gründen niedrige Preise untersagt bzw. höhere Preise verlangt werden. Regelmäßig stoßen Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich auf das Unverständnis der Konsumenten.

Jedoch sind zumindest einem Teil der Nachfrager die längerfristigen negativen wettbewerblichen Wirkungen von Kampfpreisen durchaus bewusst. So wird die Verhinderung von Marktzutritten infolge niedriger Preise von Konsumenten als negativ eingeschätzt, insbesondere wenn gewünschte Produktinnovationen mangels Marktzutritten ausbleiben.

### Missbräuchliche Verhaltensweise außerhalb der Preispolitik

Im folgenden Abschnitt möchte ich nun kurz auf missbräuchliche Verhaltensweisen eingehen, die sich auf andere Wettbewerbsparameter als den Produktpreis beziehen. Exemplarisch für die große Menge an nicht Preis bezogenen Verhaltensweisen möchte ich die Koppelung von Produkten vom Standpunkt des Wettbewerbsschutzes und der Verbraucher näher betrachten.

Unter der Kopplung von Produkten wird das Angebot von Produktbündeln verstanden, die mindestens zwei komplementäre Produkte – das koppelnde und das gekoppelte Produkt – umfassen. Aus Sicht eines Unternehmens kann die Produktkopplung vorteilhaft sein, um eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des koppelnden Produktes zu nutzen, um die Marktposition auf dem Markt des gekoppelten Produktes zu verbessern. Die Produktkopplung fungiert als eine Art Hebel, um die starke Stellung auf einem Markt auf weitere Märkte auszudehnen.

Die Produktkopplung kann eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellen, die marktbeherrschenden Unternehmen untersagt ist.

In dem kürzlich von der Europäischen Kommission entschiedenen Microsoft-Fall wurde die Koppelung des „Windows Media Players“ an das „Windows-Betriebssystem“ als missbräuchlich angesehen, weil Microsoft durch die Koppelung versuche, die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme als Hebel zu nutzen, um die Stellung auf dem Markt für Media Player zu verbessern.

Aus Sicht der Nachfrager werden Koppelungsgeschäfte wohl nicht generell als negativ eingeschätzt. Für Konsumenten kann die Koppelung von Produkten durchaus Vorzüge bringen, die ihnen ansonsten nicht oder nur zu höheren Kosten zugekommen wären. Wenn zur Nutzung eines Produktes ein komplementäres Produkt erforderlich ist, ist der Erwerb des Koppelproduktes zumeist die bequemere und eventuell auch günstigere Variante als der getrennte Erwerb der beiden benötigten Komplementärprodukte.

So rief die oben genannte Microsoft-Entscheidung auf Seiten der Nachfrager ein geteiltes Echo hervor, denn in der Koppelung wurde auch der Vorteil der einfachen Handhabbarkeit vor allem für unerfahrene PC-Benutzer gesehen.

Daneben wird von Unternehmen, die Koppelprodukte anbieten, häufig argumentiert, dass nur durch den gemeinsamen Verkauf der Komplementärprodukte die Sicherheit der Produktes gewahrt werde. Außerdem würden mögliche Probleme der Garantieabwicklung ausgeräumt, da nicht geklärt werden muss, ob eine Fehlfunktion durch das koppelnde oder das gekoppelte Produkt verursacht wurde. Inwiefern diese Argumentation tatsächlich zutrifft, muss immer im Einzelfall entschieden werden, jedoch können die genannten Vorzüge von Konsumenten durchaus als positiv angesehen werden.

Zumindest kurzfristig ist folglich ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsschutz und den Interessen der Nachfrager nicht ausgeschlossen, falls die aufgezeigten Vorteile

der Koppelung vorgebracht werden. Betrachtet man jedoch die langfristige Wirkung von Koppelungsgeschäften, so ergeben sich auch aus Nachfragersicht negative Wirkungsmuster. Durch die Koppelung kann es dem betreffenden Unternehmen gelingen, seine Stellung auf dem Markt des gekoppelten Produktes auszubauen und Konkurrenten zurückzudrängen oder sogar vollständig vom Markt zu verdrängen. Dies reduziert jedoch die Wahlmöglichkeiten derjenigen Konsumenten, die eben nicht das gekoppelte Produkt, sondern ein alternatives Produkt einsetzen wollen und fördert die Abhängigkeit der Nachfrager von dem koppelnden Unternehmen, das wiederum mangels wettbewerblichem Druck die Produktvielfalt reduzieren kann sowie einen geringen Anreiz zu Kostensenkungen und Produktinnovationen hat.

### Zusammenfassung

Ich habe versucht darzustellen, dass Wettbewerbsrecht bei einer kurzfristigen Betrachtung nicht zwangsläufig unmittelbar deckungsgleich mit den Bedürfnissen der Endverbraucher als Nachfrager sein muss, dass es hier durchaus zu abweichenden Bewertungen kommen kann. Zumindest mittelfristig wirkt die Anwendung des Wettbewerbsrechts jedoch in die gleiche Richtung wie die Interessen der Verbraucher.

Die Anwendung des Wettbewerbsrechts könnte man als wirtschaftlichen Verbraucherschutz beschreiben, der darauf ausgerichtet ist, das marktwirtschaftliche System funktionsfähig zu erhalten und insbesondere den Interessenausgleich von Anbietern und Nachfragern sicherzustellen.

Das Wettbewerbsrecht wirkt dabei nicht allein auf die Sicherstellung eines wettbewerblichen Preisniveaus hin. Wo das genau liegt, lässt sich ohnehin nur schwer beurteilen. Da jedoch die Preise für Waren und Dienstleistungen eine besondere Relevanz für alle Wirtschaftsteilnehmer haben, stehen Preise eben doch immer wieder im Zentrum der Beurteilung.

Aus Sicht einer Kartellbehörde ist es unerlässlich, dass daneben aber auch die Produktauswahl und -qualität sowie der Service auch zukünftig auf den Märkten sichergestellt sein müssen. Nur wenn die Nachfrager neben angemessenen Preisen eine Auswahl aus einer möglichst großen Palette hochwertiger Waren und Dienstleistungen treffen können, erreicht das Wettbewerbsrecht sein Ziel und bewirkt so den Schutz der Verbraucher.

# 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.<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> § 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.

# Europäisches Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation

Hans-W. MICKLITZ  
Universität Bamberg

## Inhalt

1. Vom Recht des Unlauteren Wettbewerbs zur normativen Verfassung der Marktkommunikation
  - 1.1 Anstoß zur Wandlung des Selbstverständnisses durch das Gemeinschaftsrecht
  - 1.2 Kompetitive Ausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechts
  - 1.3 „Vorpreschen“ des deutschen Gesetzgebers mit der Verabschiedung des UWG 2004
  - 1.4 „Handlungsprärogative“ des Gemeinschaftsgesetzgebers
  - 1.5 Leitthese – Vom Sonderdeliktsrecht zum Recht der Marktkommunikation
2. Funktionsfähiger Wettbewerb und Lauterkeitsrecht
  - 2.1 Funktionsfähiger Wettbewerb, Information und Binnenmarkt
  - 2.2 Anforderungen an die Qualität funktionaler Marktkommunikation
  - 2.3 Unerwünschter Wettbewerb – Grenzen des kommunikationstheoretischen Konzepts
  - 2.4 Funktionaler Wettbewerb als einheitliches Konzept für das Lauterkeits- und Kartellrecht
  - 2.5 Lauterkeitsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, insbesondere Markenrecht
  - 2.6 Konsequenzen des Wandels für die Systematisierung des sekundärrechtlich fundierten europäischen Lauterkeitsrechts
3. Normenbestand und Gegenstand des europäischen Sekundärrechts

## 1. Vom Recht des Unlauteren Wettbewerbs zur normativen Verfassung der Marktkommunikation

Dass sich der über lange Jahrzehnte als gesichert geltende Bestand des deutschen Lauterkeitsrechts unter dem Einfluss der zunehmend globalisierten Märkte gegenwärtig einem grundlegenden Wandel unterzieht, gilt weithin als Gemeinplatz, der kaum mehr Widerspruch auslöst. Dies betrifft vor allem die empirische Verankerung des normativen Referenzmodells. So rückt unversehens der lang vernachlässigte Verbraucherschutz ins Zentrum der Auseinandersetzung. Nicht mehr der per se unerfahrene Verbraucher gilt als das Maß der Dinge, an dem sich die Maßstäbe des Lauterkeitsrechts auszurichten haben. Vielmehr orientieren sich Legislative und Judikative zunehmend am Leitbild eines verständigen, verantwortlich handelnden Konsumenten, der in aktiver Weise Marktinformationen nachfragt und diese – zumindest in begrenztem Umfang – kritisch reflektiert. Mehr und mehr mutiert der Verbraucher vom Objekt manipulativer Kommunikationsstrategien der Anbieter zum agierenden Subjekt des Marktgeschehens. Die entsprechenden Hinweise finden sich allenthalben: Der Gesetzgeber schafft Rabattgesetz und Zugabeverordnung ab, mit dem UWG 2004 auch die Regeln über Schlussverkäufe, und trotz gelegentlich gegenteiliger Impulse der Instanzgerichte widersteht der BGH der Versuchung, die den bisherigen Partialregelungen zugrunde liegenden Wertmaßstäbe gleichsam durch die Hintertür erneut in den dogmatischen Kontext der

wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zu integrieren. Stattdessen sucht er eine neue Balance zwischen den überkommenen Strategien des Handels, mittels Geschenken und Zugaben die Verbraucher zum Vertragsschluss zu bewegen, und dem Interesse der Konsumenten, über die wahren Kosten des so beworbenen Angebotes informiert zu werden.<sup>1</sup> Die Liberalisierung der Werbung strebt zügig voran.

Die hier sichtbar werdende Tendenz, die tradierte Ausprägung des lauterkeitsrechtlichen „case law“ im Lichte einer am Paradigma funktionaler Marktkommunikation orientierten Betrachtungsweise zu überwinden, spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG wider, wenn diese die Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen unter den Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit stellt, und damit dem allzu häufig vernachlässigten Zusammenhang zwischen demokratischem Diskurs und Marktparadigma signifikanten Ausdruck verleiht.<sup>2</sup> De facto und de jure verlangt das BVerfGE nach einer Neubestimmung der Aufgabenfelder des Wettbewerbsrechts. Die klagebefugten Verbände hatten mit Unterstützung der Gerichte das UWG zur Kontrolle von relativen Randbereichen des Lauterkeitsrechts immer stärker in die Pflicht genommen. Teilweise diente die Unterlassungsklage als Ersatz für nicht existente Kontrolltätigkeiten der Gewerbeaufsichtsämter. „Sittenwidrige“ Werbepraktiken müssen von unlauteren geschieden werden. Erstere fallen zunehmend aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts heraus, für letztere existiert noch kein in sich konsistenter Maßstab.

Das Lauterkeitsrecht befindet sich ganz offensichtlich im Umbruch. Zentrale Kategorien und nicht zuletzt sein tradiertes Selbstverständnis in Praxis und Wissenschaft stehen auf dem Prüfstand. Die Entwicklung kommt nicht von ungefähr, sie trifft die deutsche Rechtslandschaft gleichwohl relativ unvorbereitet. Urheber der Entwicklung ist die Europäische Gemeinschaft, die das Lauterkeitsrecht für das oberste Ziel, die Verwirklichung des Binnenmarktes instrumentalisiert. Damit verschieben sich die Parameter. Insofern vollzieht der deutsche Gesetzgeber nur eine Entwicklung nach, die auf europäischer Ebene längst stattgefunden hat.

### 1.1 Anstoß zur Wandlung des Selbstverständnisses durch das Gemeinschaftsrecht

Fragt man nämlich nach den Ursachen der sich abzeichnenden Veränderung, so gründet deren Genese nur zu einem geringen Teil in der kritischen Selbstreflexion des deutschen Wettbewerbsrechts. Der Anstoß zur Wandlung ist im Kern heteronomer Natur und findet seinen Ursprung weitgehend in den rechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Noch 1982 hatte der Gesetzgeber in das UWG zum Schutz des deutschen Mittelstandes den „Horror katalog“ der § 6 d) und e) UWG eingeführt. Der Europäische Gerichtshof musste dem deutschen Gesetzgeber erst die Grenzen aufzeigen, die das Gemeinschaftsrecht einer einseitigen Instrumentierung des Lauterkeitsrechts für Partialisinteressen setzt. Doch von *GB-Inno* bis zu *Yves Rocher* war es ein weiter Weg.<sup>3</sup> Und als der Gesetzgeber sich im Nachklang zu Yves Rocher anschickte, das Rabattgesetz abzuschaffen, trat der EuGH in *Keck* den Rückzug an, was prompt den deutschen

<sup>1</sup> BGH 13.6.2002, Az.: I ZR 71/01, I ZR 72/01 und I ZR 173/01 = WRP 2002, 1256 ff.

<sup>2</sup> BGH 12.12.2000, 1 BVR 1762/95 = WRP 2001, 129 – *Benetton*, dazu FEZER NJW 2001, 580, vgl. auch KEBLER WRP 1987, 75 ff., 80 ff.

<sup>3</sup> SCHIRMBACHER, in: Micklitz (Hrsg.), Europarecht, S. 186 ff.

Gesetzgeber in Agonie versetzte. Es bedurfte erst der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG, bevor dieser Liberalisierungsschritt gelang.

Kaum anders verhielt sich der deutsche Gesetzgeber in Bezug die Rechtsakte, die den Kernbereich des UWG berührte. So wurde die 1984 verabschiedete Irreführungsrichtlinie durchgängig als Festschreibung des status quo ante begriffen, ohne den von einer Mindermeinung in der Literatur formulierten Anpassungsbedarf je ernsthaft zu diskutieren. Als 1997 die Richtlinie 97/55/EG die vergleichende Werbung legalisierte, kam bekanntlich der BGH der Umsetzungsgesetzgebung zuvor. Dem waren jedoch Jahre intensiver Auseinandersetzung um den des Referenzverbrauchers vorausgegangen. Die in der Literatur breit ausdifferenzierte Leitbilddiskussion als manifester Ausdruck dogmatischer Neuausrichtung erscheint in ihrer Wirkungsgeschichte eher als Legende.<sup>4</sup> Der BGH hat sein bevorzugtes Konzept des „flüchtigen Durchschnittsverbrauchers“ bekanntlich nicht ganz freiwillig preisgegeben, sondern die wettbewerbsrechtliche Judikatur mehr oder weniger notgedrungen der dogmatischen Ausrichtung des EuGH angepasst. Gleichzeitig haben die obersten deutschen Gerichte, in concreto das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH in *Gut Springheide* das Zugeständnis abgetrotzt, dass die mögliche Irreführung gegebenenfalls im Wege einer Umfrage zu ermitteln ist. Der europäische Gesetzgeber will in der Lauterkeitsrichtlinie dieser Variante der Verteidigung des „hohen deutschen Verbraucherschutzniveaus“ eher durch die Hintertür den Garaus machen.

Schon dieser knappe Abriss europäischer Wirkungsgeschichte mag verdeutlichen, dass das deutsche Lauterkeitsrecht immer stärker europäisch geprägt wird. Dies gilt um so mehr, als der EuGH die dispersen Regeln des Primär- und Sekundärrechts zum Leiden seiner Kritiker in einem einheitlichen Konzept zusammenfügt. Europäisches Lauterkeitsrecht wächst von den Randbereichen des Lauterkeitsrechts, des Lebensmittelrechts und des Kosmetikrechts, zum Kernbereich vor. Das liegt zum großen Teil daran, dass im Mittelpunkt dieser Nebengebiete der Begriff der Irreführung steht, der sich auch in der Zentralnorm der Richtlinie 84/450/EWG wieder findet. Mit der gerade verabschiedeten Lauterkeitsrichtlinie rückt nun das Herzstück des kontinentalen Lauterkeitsrechts in den Mittelpunkt möglicher Konflikte zwischen nationalen und europäischen Gerichten. Nur dort, wo die Europäische Gemeinschaft keine Aktivitäten entfaltet hat, wie in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes, fehlt der Anstoß zur Wandlung. Hier hätten die Mitgliedstaaten theoretisch Entfaltungsspielraum, um neue Wege zu gehen. Der deutsche Gesetzgeber hat im UWG 2004 bekanntlich den Gewinnabschöpfungsanspruch kreiert, dem einzelnen Verbraucher jedoch individuelle Ansprüche verwehrt. Im vergleichenden Maßstab bleibt das UWG weit hinter einer Vielzahl von Mitgliedstaaten zurück, die gerade im kollektiven Rechtsschutz neue Wege gegangen sind. Mag die Verankerung der Unterlassungsklage im EG-Recht noch als deutsches Erbe zu qualifizieren sein, so hat das UWG im Bereich der kollektiven Rechtsdurchsetzung seine Vorrangstellung in Europa eingebüßt, vgl. dazu genauer § 10 UWG.

---

<sup>4</sup> NIEMÖLLER, Verbraucherleitbild.

## 1.2 Kompetitive Ausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechts

Das europäische Lauterkeitsrecht ist stärker kompetitiv ausgerichtet als das traditionell eher statisch-schutzbezogene Konzept des UWG. Hinter diesen Unterschieden verbergen sich unterschiedliche Vorverständnisse über die Rolle und Funktion des Lauterkeitsrechts. Während das deutsche Recht bis heute seine Herkunft aus dem Deliktsrecht nicht leugnen kann, steht doch immer der Schutz einer wie immer verstandenen, aber einmal erworbenen Rechtsposition im Raum, so nimmt das europäische Recht das Lauterkeitsrecht in die Pflicht, um den Binnenmarkt zu verwirklichen. Diesem übergeordneten Ziel wird das gesamte Lauterkeitsrecht unterworfen und findet seinen Niederschlag in einer Vielzahl von Einwirkungsformen, die von der Leitbilddiskussion – nicht nur des Verbrauchers, sondern auch des Unternehmers, über den Kontrollmaßstab – Lauterkeit und Irreführung reichen. Konstitutiv für diese Umpolung ist die Stärkung der Autonomie aller am Markt auftretenden Akteure, um sie für den Leistungs- bzw. Parallelwettbewerb zu rüsten.

Das UWG tritt sukzessive in die Fußstapfen des EG-Rechts. Die sich allmählich abzeichnende stärkere kompetitive Ausrichtung des UWG, die inhaltliche Neubestimmung und Konkretisierung der weitgehend diffusen Allgemeininteressen als Kern des bisherigen Blankett-Tatbestands der „Guten Sitten“, fügt sich in die Prämissen des Gemeinschaftsrechts ein, welches den in der deutschen Tradition sozioethisch geprägten Begriff der „public interests“ vorzugsweise eng definiert, um so Raum zu lassen für das mikroökonomische Austarieren des Verhältnisses von Konkurrenten- und Verbraucherschutz im Interesse einer kompetitiven Durchdringung des „Binnenmarktes“. Der überkommene Nationalstaat mit seinen an vielfältigen Partialinteressen orientierten Schutzanliegen erfährt im Bereich wirtschaftlicher Entfaltung gemeinschaftsrechtliche Restriktionen zugunsten eines normativ-ökonomischen Konzepts, welches den europäischen Binnenmarkt – als Markt ohne Staat<sup>5</sup> – über den Interessenausgleich der Marktakteure neu organisiert.<sup>6</sup>

## 1.3 „Vorpreschen“ des deutschen Gesetzgebers mit der Verabschiedung des UWG 2004

Der zu verzeichnende Wandel hatte zwischenzeitlich Dimensionen erreicht, die – angesichts des Primats der Legislative – ein Agieren des Gesetzgebers erforderlich zu machen schienen. So hatte das Bundeswirtschaftsministerium zwei Gutachten in Auftrag gegeben, um die Notwendigkeit und den Umfang einer Reform des Lauterkeitsrechts zu ermitteln. Die Vorschläge von Fezer<sup>7</sup> stellten dabei die Modernisierung des UWG auf der Grundlage des autonomen Bestands des nationalen Lauterkeitsrechts, wie er in den „offenen Tatbeständen“ der wettbewerblichen Generalklauseln und deren Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung des I. Zivilsenats zu Tage tritt, in den Vordergrund, während Henning-Bodewig/Schricker<sup>8</sup> ihre Konzepte primär an den Zielprojektionen des Gemeinschaftsrechts orientierten. Ungeachtet der divergierenden

---

<sup>5</sup> So die Formulierung von JOERGES, Market Without a State?

<sup>6</sup> Dieser Prozess wird unter dem Stichwort deliberativer Supranationalismus oder deliberative Demokratie im *European Law Journal* 2002 intensiv diskutiert.

<sup>7</sup> WRP 2001, 989.

<sup>8</sup> HENNING-BODEWIG/SCHRICKER WRP 2001, 1367.

methodischen Ansätze resultieren beide Untersuchungen im Kern in einem weitgehend gleich gelagerten Befund und gelangen im Ergebnis zu parallelen Vorschlägen.

Selbst angesichts der sorgfältigen Vorbereitung überrascht doch die Schnelligkeit, mit der der Gesetzgeber das UWG durch die parlamentarischen Gremien geschleust hat. Ganz explizit wollte der Gesetzgeber in der angelaufenen Diskussion um die europäische Lauterkeitsrichtlinie ein modernes UWG als Modell für eine europäische Regelung präsentieren. Der von der Gemeinschaft angestoßene „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, der schon bei der Diskussion um die Schuldrechtsreform prägend wirkte, zeigte auch in der UWG-Reformdebatte Wirkungen. Die beiden tragenden Säulen des reformierten UWG bilden die Liberalisierung der Werbestandards bei gleichzeitiger Verbesserung des Verbraucherschutzes. Vordergründig scheint das UWG 2004 damit auf der Linie des europäischen Lauterkeitsrechts zu liegen. So gibt es denn auch Stimmen in der Literatur, die keinen Umsetzungsbedarf in Deutschland erkennen können, weil sich beide Regelwerke jedenfalls „im Geiste“ entsprächen. An dieser Parallelisierung sind jedoch schon deswegen Zweifel angebracht, weil das UWG 2004 das das EG-Recht beherrschende Informationsparadigma nur unzureichend verwirklicht hat. Dieses Paradigma gehört zum Kernbestand des europäischen Verbraucherrechts *de lege lata*.<sup>9</sup> Die Lauterkeitsrichtlinie weist also konzeptionell über das UWG hinaus, womit schon für sich gesehen die Frage auftaucht, ob der deutsche Gesetzgeber nicht besser beraten gewesen wäre, vor einer Reform des UWG die Verabschiedung der Richtlinie abzuwarten. So steht er vor der Notwendigkeit, das UWG innerhalb einer Dekade gleich zweimal substantiell ändern zu müssen.

Dabei wäre es allzu vordergründig, die Normen des UWG und der Lauterkeitsrichtlinie einander gegenüberzustellen, um dann in einem Detailvergleich herauszufinden, ob und inwieweit das UWG 2004 mit den einzelnen Regeln der Richtlinie kompatibel ist. Nicht harmonisieren und nicht gesetzlich verordnen lässt sich der unterschiedliche Geist, der die beiden Regelwerke – immer noch – beherrscht. Ruft man sich den mühsamen Anpassungsprozess der letzten Jahrzehnte ins Gedächtnis, so ist nur begrenzter Optimismus angesagt. Schon jetzt ist die Diskussion in Deutschland um die Integration der Lauterkeitsrichtlinie stark von dem Denken beherrscht, dass das UWG 2004 vor dem Gemeinschaftsrecht Bestand haben kann, ohne wirklich in die Diskussion um die konzeptionellen Unterschiede der beiden Regelwerke einzutauchen.

#### 1.4 „Handlungsprärogative“ des Gemeinschaftsgesetzgebers

Das europäische Lauterkeitsrecht besteht aus einer Vielzahl disparater Regeln, die sich über den gesamten Bestand des Gemeinschaftsrechts verstreuen. Eine umfassende Zusammenschau ist nur möglich, wenn man sich die vielfältigen Politikbereiche vergegenwärtigt, auf denen die Europäische Gemeinschaft agiert. Typisch für die Entwicklung des Lauterkeitsrechts ist die kontextuelle Vergemeinschaftung relevanter Sachkomplexe. Die lauterkeitsrechtliche Problematik steht regelmäßig nicht im Mittelpunkt des jeweiligen Regulierungsfeldes. So mag es im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes vorrangig um die Harmonisierung des Kapital-, Kredit- oder Versicherungsmarktes gehen. Lauterkeitsrechtlich relevante Teilfragen werden „nebenbei“ miterledigt. Deshalb finden sich einschlägige Bestimmungen nicht nur in den etablierten

---

<sup>9</sup> KEßLER/MICKLITZ, Harmonisierung, und jetzt insbesondere RADEIDEH, Fair Trading in EC Law.

Randbereichen des Gemeinschaftsrechts, dort, wo das Lauterkeitsrecht und etablierte Politikziele einander berühren, wie das im Lebensmittel-, Arzneimittel- oder im Kosmetikrecht der Fall ist. Die drei zentralen Richtlinien 84/450/EWG irreführende Werbung, 97/55/EWG vergleichende Werbung und die Lauterkeitsrichtlinie 2005/29/EG decken insofern gerade nicht das gesamte europäische Lauterkeitsrecht ab.

Sieht man hiervon ab, so hat das im Vertragsrecht entwickelte Gebot innerer Konsistenz und Kohärenz gemeinschaftsrechtlicher Regeln – mit einiger Verzögerung – auch das europäische Lauterkeitsrecht erreicht. Mit dem Grünbuch zum Verbraucherschutz vom 5.10.2001,<sup>10</sup> das zur Lauterkeitsrichtlinie führte und dem am gleichen Tag präsentierten Vorschlag für eine Verordnung zu den verkaufsfördernden Praktiken<sup>11</sup> unternahm die Kommission erstmals den Versuch, einen einheitlichen und in sich geschlossenen Rahmen für die rechtliche Behandlung von Werbung und sonstigen Marketingpraktiken im Spiegel des Gemeinschaftsrechts zu entwickeln. Gleichwohl ist die Ankündigung vollmundiger als das tatsächlich in Angriff genommene Problem. Denn beide Projekte zusammengenommen haben, selbst wenn sie beide im vollen Umfang verwirklicht werden, keine wirkliche Vereinheitlichung zur Folge. Erst einmal sind diese beiden Projekte schon nicht wirklich aufeinander abgestimmt, sodann lassen beide Projekte die so eminent wichtigen Randbereiche des Lauterkeitsrechts vollständig außer Acht. Die Folge ist ein System von Ausnahmeregelungen, das bestenfalls zu einem Nebeneinander, tatsächlich aber zu Überlappungen und neuen Inkonsistenzen führt.

Dennoch liegt die Handlungsprärogative de jure und de facto in den Händen des Gemeinschaftsgesetzgebers. Formal resultiert sie aus einer Zuständigkeitsverlagerung der Gesetzgebungskompetenzen. Den Mitgliedstaaten verbleibt angesichts der harmonisierten Bereiche des Lauterkeitsrechts nur noch ein schmaler Handlungsbereich entweder dort, wo die Gemeinschaft noch nicht tätig geworden ist, oder wo die Regelungen lediglich eine Minimalharmonisierung vorsehen. Doch selbst diese Betrachtung ist trügerisch, weil alle gesetzgeberischen Aktivitäten der Mitgliedstaaten an den Art. 28 und 30 zu messen sind und weil sich hinter der Minimalharmonisierung oftmals eine Vollharmonisierung verbirgt. Immerhin sind den Mitgliedstaaten Residualkompetenzen verblieben, die im Detail, wie im UWG 2004 dokumentiert, durchaus beachtlich sein können. Die wirkliche Reichweite der Zuständigkeitsverschiebung von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Kommission, die nach wie vor das Initiativrecht in Händen hält, resultiert jedoch aus dem Prozess der europäischen Integration selbst. Die Dynamik der Entwicklung rührt nicht von ungefähr aus dem Projekt des Binnenmarktes her. 1986 haben die Mitgliedstaaten eine Weichenstellung vorgenommen, deren Reichweite damals wohl kaum jemand erkannte. Das gilt vor allem für die Zentralbereiche des Wirtschaftsrechts.

### 1.5 Leitthese – Vom Sonderdeliktsrecht zum Recht der Marktkommunikation

Der konstatierte Wandel ist – so scheint es – allgegenwärtig und konfrontiert Rechtsanwender und Wissenschaft mit einer Vielzahl sich gegenseitig bedingender, eng verflochtener Problemstellungen, die angesichts der berührten wirtschaftlichen Interes-

---

<sup>10</sup> KOM (2001) 531 endg., 2.10.2001.

<sup>11</sup> KOM (2001) 546 endg., 2.10.2001.

sen einer alsbaldigen Lösung harren. Ungeachtet der Tatsache, dass das Zusammenspiel von nationalem und europäischem Lauterkeitsrecht in seiner wechselseitigen Bedingtheit und Abhängigkeit letztlich ungeklärt ist, stellt sich die Frage nach den originären Funktionsbedingungen sowie der Zielorientierung, d.h. der immanenten Teleologie des Veränderungsprozesses. Die (von Jürgen Keßler und Hans-W. Micklitz gemeinsam entwickelte) These<sup>12</sup> lautet, dass sich die bisher an den subjektiven Positionen der Marktakteure – vorwiegend den Belangen der Anbieterseite – orientierte „deliktsrechtliche“ Verankerung des Wettbewerbsrechts<sup>13</sup> mehr und mehr in ein – mikroökonomisch fundiertes – „Recht der Marktkommunikation“ transformiert, ohne dabei die im Deliktsrecht gründende Rechtsfolgeorientierung gänzlich aufzugeben oder gar in Gänze in den Bestimmungen des Kartellrechts – sei es nationaler oder europäischer Provenienz – aufzugehen. Die Lauterkeitsrichtlinie vereint paradigmatisch beide Seiten der Entwicklung.<sup>14</sup>

Im Mittelpunkt des Wandels steht eine durchgängige Harmonisierung des Lauterkeitsrechts mit den ökonomischen und normativen Erfordernissen des Beschränkungsrechts und damit letztlich dem Referenzmodell einer „workable competition“. Fragt man in diesem Kontext nach dem Behufe der Wissenschaft, so geht es zunächst um eine theoretische Fundierung der dogmatischen Neuausrichtung, um dergestalt dem Veränderungsprozess Orientierung zu verleihen und damit Leitlinien für die Auslegung und Behandlung zukünftiger Konfliktfelder aufzuzeigen. Zunächst gilt es, die theoretischen Grundlagen eines „Rechts der Marktkommunikation“ zu skizzieren, um sodann die sich abzeichnenden Entwicklungen unter dieser Prämisse widerzuspiegeln. Die dabei zugrunde gelegte Perspektive ist notwendig an den Vorgaben und politischen Zielen der Gemeinschaft auszurichten.<sup>15</sup> Das UWG erweist sich insofern lediglich als Bezugsobjekt, nicht als Orientierungsmaßstab des anstehenden Transformationsaktes.<sup>16</sup>

## 2. Funktionsfähiger Wettbewerb und Lauterkeitsrecht

Die Notwendigkeit einer theoretischen Verankerung des Lauterkeitsrechts ist allgemein konsentiert. Jenseits dieses Grundkonsenses gehen die Meinungen jedoch erheblich darüber auseinander, welches ökonomie-theoretische Modell für das Lauterkeitsrecht Pate stehen soll. Schönemann setzt auf das Hayek'sche Modell des Entdeckungsverfahrens Wettbewerb, um das Lauterkeitsrecht von der Überfrachtung mit sozialstaatlich geprägten Wertvorstellungen zu entrümpeln. So sympathisch dieser Ansatz ist, weil er eine innere Konsistenz in sich trägt, so beruht er doch auf einer problematischen Prämisse. Auch dem Hoppmann'schen Konzept des Entdeckungsverfahrens Rechtspre-

---

<sup>12</sup> Die theoretische Verankerung beruht auf Vorarbeiten, die Jürgen Keßler und Hans-W. Micklitz gemeinsam geleistet haben, vgl. MICKLITZ/KEßLER GRUR Int. 2002, 885; DIES. WRP 2003, 919 sowie KEßLER/MICKLITZ, Harmonisierung.

<sup>13</sup> Bestätigend LETTL, Der lauterkeitsrechtliche Schutz, S. 302.

<sup>14</sup> Dazu APOSTOLOPOULOS WRP 2004, 841, 856, der die Frage bejaht.

<sup>15</sup> Vgl. BEATER ZEuP 2003, 11.

<sup>16</sup> Deshalb soll der Referentenentwurf des BMJ ebenso wenig einer näheren Analyse unterzogen werden wie der Entwurf der Reformkommission, KÖHLER/BORNKAMM/HENNING-BODEWIG WRP 2002, 1317.

chung liegen mit der Freiheits- und Verantwortungsethik gesellschaftliche Werte zugrunde, die die Auslegung des Lauterkeitsrechts anleiten sollen. Fezer erteilt neoklassischen Konzepten eine deutliche Absage.<sup>17</sup> Seine Sichtweise ist stark von Hefermehls Überlegungen getragen, der sozialrechtlichen Dimension des Lauterkeitsrechts zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>18</sup> Insofern dominiert bei Fezer eben jene Verknüpfung von Wettbewerbstheorie mit Sozialstaatstheorien. Auffällig ist, dass selbst diejenigen Kommentatoren, die den neoklassischen Kontext des Lauterkeitsrechts betonen, vor dem entscheidenden konzeptionellen Schritt zurückweichen, der für die Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs nötig ist, nämlich der Postulierung einer allgemeinen Informationsverpflichtung.<sup>19</sup> Hier wird ein anderer Ansatz versucht, der sich an die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb anlehnt und das Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation begreift, in dem das Informationsparadigma zum zentralen Parameter aufgewertet wird.

## 2.1 Funktionsfähiger Wettbewerb, Information und Binnenmarkt

Ansätze einer möglichen ökonomischen Rückbindung und Fundierung des Lauterkeitsrechts sind primär im Konzept der „workable competition“, d.h. des funktionsfähigen Wettbewerbs zu finden.<sup>20</sup> Danach hängt die Funktionsfähigkeit und Effizienz kompetitiver Marktprozesse in erster Linie von der Marktstruktur und dem Verhalten der Marktteilnehmer ab. Untersucht man die Realstruktur von Wettbewerbsprozessen, so zeigt sich alsbald, dass die Art und Weise und die Intensität, in der die Anbieter miteinander um die Verbraucher konkurrieren, in erheblichem Umfang vom Informationsaustausch zwischen den Marktteilnehmern abhängt, und dabei insbesondere im Informationsaustausch zwischen Anbietern und privaten Verbrauchern gründet. Insofern lässt sich eine Verbindungslinie zwischen dem Konzept der „workable competition“ und der neueren Informationsökonomie herstellen.<sup>21</sup> Ohne Kommunikation zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite und das hieraus folgende Wissen um die Beschaffenheit des Angebots und der Bedarfe ist Wettbewerb weder theoretisch noch praktisch vorstellbar. Insofern erweist sich das kompetitive Geschehen in seinem Kern als institutionalisierter Kommunikationsprozess, dessen Resultate sich in der realen Erscheinungsform des Marktes widerspiegeln.

Allerdings besagt die – bei Lichte besehen triviale – Erkenntnis der kommunikativen Struktur wettbewerblcher Prozesse noch wenig über die normative Ausgestaltung des marktbezogenen Informationsaustausches. Dessen prägende Vorgaben offenbaren sich erst im Lichte der teleologischen Orientierung des Wettbewerbsprozesses selbst, wie sie dem vorherrschenden – jedoch keineswegs unbestrittenen – Modell des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ zugrunde liegt. Die divergierenden Konzepte wettbewerbstheoretischer Analyse zwischen den Vertretern einer „workable competition“ und den

---

<sup>17</sup> Fezer/FEZER § 1 Rn. 49.

<sup>18</sup> Fezer/FEZER § 3 Rn. 72 dort zu Hefermehls Lehre vom Interessenschutz im Wettbewerbsrecht, wonach Kennzeichen des Wettbewerbsrechts nicht in die Verletzung eines subjektiven Rechts sei, sondern der Verstoß gegen objektive Verhaltensnormen.

<sup>19</sup> Harte/Henning/SCHÜNEMANN § 1 Rn. 50.

<sup>20</sup> Vgl. aus der deutschen Literatur zum Wettbewerbsrecht KEßLER WRP 1990, 73; DERS., Konsumgüterwerbung, S. 6; DERS. WRP 1988, 714.

<sup>21</sup> STIGLITZ 92 *The American Economic Review* (2002), 460; OEHLER ÖBA 48, 2000, 978.

Anhängern des „Freiheitskonzepts“, insbesondere den Protagonisten der „Chicago School“, konvergieren in der zentralen Funktionszuweisung, wie sie im Konzept einer – notwendig beschränkten – Konsumentensouveränität zutage tritt. So besteht denn durchweg Einigkeit, dass die Bewertung des marktbezogenen Leistungsangebots im Spiegel der Konsumententscheidung der Verbraucher zu erfolgen hat. Folgt man dieser – weitgehend unbestrittenen – Hypothese, so postuliert deren Geltung zweierlei: ein hinreichendes Wissen der Konsumenten hinsichtlich der quantitativen und qualitativen Aspekte des konkurrierenden Angebots, kurzum all dessen, was aus mikroökonomischer Sicht dem Aspekt der Markttransparenz zugeordnet ist, und die Fähigkeit der Verbraucher, soweit als möglich frei von heteronomer „Fremdsteuerung“ seitens der Anbieter zwischen den offerierten Alternativen nach Maßgabe eigener Präferenzen eine Auswahl zu treffen.<sup>22</sup>

Versucht man die telekratischen Vorgaben der Marktverfassung empirisch zu verankern, so muss die Marktkommunikation in erheblichem Umfange den Bedürfnissen der Verbraucher gerecht werden. Dies bedingt zunächst ein ausreichendes Maß an verfügbarer Produkt- und Anbieterinformation. Darüber hinaus darf der Verbraucher nicht durch manipulative Marketingpraktiken dazu gebracht werden, aus seiner Sicht unvernünftige und wirtschaftlich dysfunktionale Entscheidungen zu treffen. Um drohende Missverständnisse zu vermeiden: Die Frage, welche Teile des Angebots den Bedürfnissen der Verbrauchsdiskonten am weitesten entsprechen, bestimmt sich ausschließlich im Spiegel der subjektiv wahrgenommenen Konsumpräferenzen der Abnehmer. Es ist folglich nicht darum zu tun, im Sinne paternalistischer Vorgaben „vernünftige“ und „unvernünftige“ Konsumententscheidungen mithilfe des Lauterkeitsrechts normativ zu differenzieren. Dies gilt notwendig auch und gerade für die Fälle „emotional“ argumentierender Werbeaussagen. Soweit die Anbieter im Rahmen des Marketing-Mix ihre Erzeugnisse – sei es zum Zwecke der sozialen Rollendifferenzierung, sei es aus anderen Gründen – mit einem psychologischen „Zusatznutzen“ versehen, ist dies ohne weiteres zulässig, solange der Unterschied zwischen objektivem Grundnutzen und emotionalem „enrichment“ aus Sicht des Werbeadressaten erkennbar bleibt.<sup>23</sup> Auch sachliche Informationen erreichen den Verbraucher oftmals nur in emotional aufgeladener Form. Deshalb kann und darf gefühlsbetonte Werbung nicht mit einem per-se-Verdikt der Unlauterkeit belegt werden.<sup>24</sup> Das Gemeinschaftsrecht will Werbung nicht in dem Sinne verobjektivieren, dass sie, soweit sie Informationen transportiert, den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen annimmt.<sup>25</sup> Die Grenze ist nur dort erreicht, wo Strategien der emotionalen Produktdifferenzierung und Beeinflussung gezielt zur Trübung von Markttransparenz oder zur Begründung psychologischer Zwangslagen eingesetzt werden.<sup>26</sup>

Eine an den Interessen des Verbrauchers orientierte Markttransparenz ist somit eine unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass die Konsumenten frei und unabhängig

---

<sup>22</sup> Zum Autonomiekonzept Harte/Henning/GLÖCKNER Einl. B Rn. 137; vor allem DREXL, Selbstbestimmung.

<sup>23</sup> Siehe hierzu die Entscheidung des OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 347 – Werbung für feuchtes Toilettenpapier – Vergleich mit Stachelschwein, wo das Gericht einen humorvollen Vergleich für zulässig erklärt, solange damit keine Abwertung des konkurrierenden Angebotes verbunden ist.

<sup>24</sup> Siehe zur Bedeutung des § 4 Nr. 1 Harte/Henning/STUCKEL § 4 Nr. 1 Rn. 99 ff.; Fezer/STEINBECK § 4 Rn. 352 ff.; Baumbach/Hefermehl/KÖHLER § 4 Nr. 1 Rn. 138 ff.

<sup>25</sup> Zur Problematik, Fezer/STEINBECK § 4-1 Rn. 56.

<sup>26</sup> KEBLER WRP 2005, 264, 270.

entscheiden können und damit ihrerseits zur Stabilisierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs beitragen. Berücksichtigt man diese Zusammenhänge, so lässt sich eine fast nahtlose Verbindung zum Konzept des europäischen Binnenmarktes herstellen und zudem erklären, weshalb den Belangen des Verbraucherschutzes auf europäischer Ebene eine so signifikante Bedeutung zukommt. In diesem Sinne wird der Verbraucher als „souveräner Marktbürger“ im Interesse der Vollendung des Binnenmarktes seitens des Gemeinschaftsrechts instrumentalisiert.<sup>27</sup> Dies prägt zwangsläufig die normative Ausgestaltung der Marktkommunikation: Nur ein informierter und aufgeklärter Verbraucher, dem die erforderlichen Kommunikationsstrukturen zur Verfügung stehen, kann seine Aufgabe als Souverän des Binnenmarktes erfüllen. Gilt es doch, ihm den Zugang zu solchen Angeboten zu eröffnen, die ihren Ursprung in anderen Mitgliedstaaten finden, um auf diese Weise die Entstehung und Festigung des Binnenmarktes zu bewirken. Insofern bilden das Konzept der „workable competition“ und das Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes<sup>28</sup> die theoretischen Eckpunkte für die Formulierung des Lauterkeitsrechts als Medium der Marktgewährleistung und Marktdurchdringung. Nahezu der gesamte Bestand des europäischen Lauterkeitsrechts datiert aus der Nachbinnenmarktära. So sind die zahllosen Verordnungen und Richtlinien durchweg geprägt von der konzeptionellen Doppelspurigkeit der Vollendung des Binnenmarktes und der Aufwertung des Verbraucherschutzes. Gerade die mit für die konzeptionelle Grundlegung des Gemeinschaftsrechts zentrale Lauterkeitsrichtlinie ist als Bestätigung des Konzepts der „workable competition“ zu begreifen.<sup>29</sup>

## 2.2 Anforderungen an die Qualität funktionaler Marktkommunikation

Im Lichte der ökonomischen Funktionsbedingungen marktbezogener Kommunikationsprozesse erscheint es wenig sinnvoll, deren Effizienz vor allem vom Umfang der zur Verfügung stehenden Informationsmenge abhängig zu machen. Die Empirie der Marktkommunikation ist mehr und mehr vom Phänomen des „information overload“ geprägt. Die wahre Herausforderung für den aufgeklärten Bürger besteht angesichts dessen in der Informationsselektion und Informationsverarbeitung. Soweit notwendig folgt die Informationspräzisierung. Diese Einschätzung trifft *cum grano salis* auch für informationsorientierte Werbemaßnahmen zu. Das Konzept der „workable competition“ hält keine Aussage darüber bereit, wie und von wem die Informationsgewährleistung zu leisten ist. Prinzipiell liegt die Informationsbeschaffungslast beim Verbraucher. Dieser Grundsatz ist jedoch seit dem Vordringen der Verbraucherpolitik vielfältig gesetzgeberisch korrigiert worden. Für die konzeptionelle Grundlegung des Lauterkeitsrechts erweist sich die Verknüpfung der „workable competition“ mit der Informationsökonomie als sehr bedeutsam. Denn diese liefert die volkswirtschaftlich-theoretische Rechtfertigung für ein Informationsmodell, das sich an den Realitäten des Verbraucherverhaltens orientiert. Nun redet die Informationsökonomie keiner Politik das Wort, die das reale (Nicht-)Verhalten des Verbrauchers am Markt zum Maß der Dinge erhebt. Umgekehrt brachte die Informationsökonomie jedoch die Erkenntnis, dass die Kommu-

---

<sup>27</sup> Diese Stoßrichtung ist in dem sog. Sutherland Report bereits angelegt, SUTHERLAND, *The Internal Market After 1992*; dazu EWS 1993, 279.

<sup>28</sup> KOM (1985) 310 endg., 14.6.1985.

<sup>29</sup> So dezidiert APOSTOLOPOULOS WRP 2004, 841, 854, 856.

nikationsprozesse auf dem Markt nur wirklich dem Wettbewerb dienen, wenn sie so organisiert werden, dass das erstrebte rationale Entscheidungsverhalten der Marktteilnehmer nicht nur Modell bleibt, sondern dass Voraussetzungen geschaffen werden, unter denen das Modell auch eine Chance auf Realisierung hat. Normative Postulate an das Verbraucherverhalten schaffen noch keinen funktionsfähigen Wettbewerb.

Diese Einsicht zwingt zu der Schlussfolgerung, dass die Freiheit und Unabhängigkeit des Verbrauchers angesichts ihrer materiellen Orientierung nicht nur an formalen Anforderungen festgemacht werden darf. Der Prozess funktionaler Marktkommunikation weist im Kern eine zutiefst qualitative Dimension auf. Ein Überfluss an Informationen kann aus Sicht der Konsumenten, unter dem Aspekt einer möglichen Informationsüberlastung, die gleichen – nachteiligen – Wirkungen zeitigen, wie das Verschweigen erforderlicher Informationen. Die Eignung des europäischen Lauterkeitsrechts als Möglichkeit und Chance eines effektiven Verbraucherschutzes hängt folglich im Wesentlichen davon ab, in welchem Maße wettbewerbliche Normen eine hinreichende Qualität der Marktinformationen durch die Schaffung von anbieterorientierten Anreizen gewährleisten, diejenigen Informationen bereitzustellen, denen die wesentlichen Merkmale des Angebots zu entnehmen sind. Der qualitative Informationsgehalt von Werbemaßnahmen steht somit notwendig im Mittelpunkt des Lauterkeitsrechts. Die im Rahmen des europäischen Lauterkeitskonzepts vorgenommene Verknüpfung der Marktintegration mit dem System eines funktionsfähigen und effektiven Wettbewerbs rückt notwendig die Wahlmöglichkeit und Autonomie der Entscheidungsfindung privater Verbraucher in den Vordergrund. Beide Aspekte bilden den Ausgangspunkt für die Formulierung eines schlüssigen und tragfähigen Modells einer kommunikativen Strukturierung des Lauterkeitsrechts.

Lauterkeitsrecht verstanden als Recht der Marktkommunikation folgt einer Logik, die sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsaktivitäten herauslesen lässt. Insofern ist es möglich, den normativen Regelungsbestand im Lichte der Realstruktur marktbezogener Kommunikationsprozesse eigenständig zu systematisieren.<sup>30</sup> Die einzelnen Bausteine folgen quasi aus der Logik des funktionsfähigen und effektiven Wettbewerbs. Deutlich zutage treten die Unterschiede in dem allgemeinen Kontrollmaßstab, an dem das Gemeinschaftsrecht die Qualität der Kommunikationsbeziehungen misst. Das Verdikt unfairer Geschäftspraktiken ist nicht mit moralisch-ethisierenden Sittennormen gleichzusetzen. Wie ein roter Faden durchzieht das gesamte Sekundärrecht die Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts und dessen Umpolung auf die Ausbalancierung eines Ausgleichs rationaler Entscheidungsparameter. In den nahezu ausnahmslos auf englisch geführten Vorarbeiten zur Lauterkeitsrichtlinie stand von vornherein fest, dass lediglich faire Marktpraktiken rechtlich Bestand haben können. Soweit ersichtlich wurde diese Zentralkategorie zu keinem Zeitpunkt konzeptionell in Frage gestellt. In der deutschen Rechtspolitik und Rechtswissenschaft wurde „fair“ mit „lauter“ gleichgesetzt, ohne denkbare konzeptionelle Unterschiede zu thematisieren, vgl. dazu noch näher. Das zweite konzeptionelle Bein des europäischen Rechts der Marktkommunikation bildet die Verknüpfung der Lauterkeit von Werbung mit mehr oder weniger ausgeprägten Informationsgeboten. Die für das Lauterkeitsrecht zentrale Irreführungsproblematik erhält im Lichte des europäischen Rechts eine ganz spezifische

---

<sup>30</sup> Zu dem Versuch einer Umsetzung in ein in sich geschlossenes Regelungskonzept sozusagen als systematisch geronnener „*acquis communautaire*“ vgl. MICKLITZ/KEBLER GRUR Int. 2002, 885; KEBLER/MICKLITZ, Harmonisierung.

Konnotation. Die Wertungsmaßstäbe verschieben sich tendenziell vom Irreführungsverbot zu einem in der Entwicklung begriffenen Informationsgebot. Die Vielzahl, vielleicht Unzahl gemeinschaftsrechtlicher Informationsregeln, die sich über die in den Mitgliedstaaten traditionell begründeten Grenzen von Lauterkeits- und Vertragsrecht hinwegsetzen, legen Zeugnis für die konzeptionelle Stringenz des europäischen Regulierungsmodells ab, das für die Realisierung der „workable competition“ auf Informationen aufbaut, die sich die Marktteilnehmer zu eigen machen müssen. Jenseits von Fairness und Information richtet sich das Augenmerk auf die Art und Weise, in der der Kommunikationsaustausch organisiert wird, sei es im Wege der Fern-, sei es im Wege der Direktkommunikation. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat, insoweit angestoßen durch die Informationsgesellschaft, Regulationsinitiativen ergriffen, die sich umfänglich mit den Anforderungen beschäftigen, die medienspezifisch an informationsbeladene Werbemaßnahmen zu stellen sind. Mit der Art und Weise der Kommunikation verknüpft ist die Form, in der die Kommunikation angegangen wird. Jeder Ansprache mittels Werbemaßnahmen – etwa besonders aggressive Werbemethoden – sind immanente Grenzen gesetzt, die aus der Notwendigkeit folgen, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu bewahren. Den eigentlichen Gegenstand der Kommunikation bildet jenseits von gefühlsbetonter Imagewerbung oder bildhaft assoziativer Werbung der Preis oder die Qualität der beworbenen Waren und Dienstleistungen. Die Europäische Gemeinschaft verfügt auf den divergierenden Ebenen über einen weit ausdifferenzierten Normenbestand, der jedoch eine unterschiedliche Regelungsdichte und -tiefe aufweist. Zwar liegen den bereichsspezifischen Bestimmungen zum Teil abweichende Intentionen und Partialzwecke zugrunde, doch manifestiert sich in ihnen – cum grano salis – als gleichsam „gemeinsamer Nenner“ das hier zugrunde gelegte Verständnis lauterkeitsrechtlicher Regelungen als Teile eines umgreifenden „Rechts der Marktkommunikation“, vgl. noch näher zu den Folgen dieser Strukturierung für die Darstellung und Kommentierung des EG-Rechts.

### 2.3 Unerwünschter Wettbewerb – Grenzen des kommunikationstheoretischen Konzepts

Das aus der „workable competition“ abgeleitete kommunikationstheoretische Konzept eignet sich nicht zur Klärung und Erklärung sämtlicher regulatorischer Eingriffe in den Wettbewerb. Tatsächlich gibt es einzelne Markttätigkeiten, die sich nicht ohne weiteres in ein kommunikationstheoretisch fundiertes Konzept des Lauterkeitsrechts einbinden lassen. So werden bestimmte Werbemaßnahmen und Absatzstrategien einer – mitunter produktspezifischen – Regulierung unterworfen, weil sie aus politischen Erwägungen als „unerwünscht“ gelten. Dies betrifft beispielsweise die Werbung für bestimmte Produkte, wie Tabakerzeugnisse, alkoholische Getränke, Arzneimittel, oder die Verwendung bestimmter Kommunikationsmedien, wie des Rundfunks oder des Fernsehens, sowie von Absatzkonzepten, die auf bestimmte Verbrauchergruppen wie Kinder, Migranten oder ältere Menschen abzielen. Derartige Sonderregeln finden sich weniger in den zentralen Regelungen zur Gestaltung der wettbewerblichen Kommunikation als in Nebenverordnungen bzw. Richtlinien sowie in bereichsspezifischen Vermarktungs- und Werberegulungen. Gerade die Europäische Gemeinschaft hat in den letzten Jahren vermehrt Richtlinien und Verordnungen verabschiedet und Empfehlun-

gen erlassen, um dergestalt „unerwünschte“ Markpraktiken einzuschränken.<sup>31</sup> Manchmal finden sich Hinweise auf die Unerwünschtheit eines Wettbewerbs. So heißt es im 54. Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 1493/1999 über die Marktorganisation von Wein, dass die Verwendung geographischer Herkunftsangaben geschützt werden müsse, damit ein *gerechter* Wettbewerb gewährleistet ist und der Verbraucher nicht irreführt wird.

Sucht man nach einer Erklärung für die Aktivitäten des Gemeinschaftsgesetzgebers, so stößt man auf ein regelungstechnisches Paradoxon. Die innere Übereinstimmung der „workable competition“ mit dem Programm zur Vollendung des Binnenmarktes legitimiert die Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts, d.h. dessen Befreiung von moralisch-ethisierenden Maßstäben. Die insoweit erhöhte Rationalität der Kontrolle wird nun konterkariert durch Vermarktungs- und Werbebeschränkungen, hinter denen gesellschaftspolitische Wertentscheidungen stehen, die mit der Marktkommunikation bestenfalls in einem indirekten Zusammenhang stehen. Im europäischen Kontext haben drei Bereiche besondere Aufmerksamkeit gefunden: das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, die Möglichkeit der Beschränkung diskriminierender Werbung und der Schutz besonders sensibler Verbrauchergruppen. Die vehement geführte Auseinandersetzung um das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse erschöpft sich nicht in der strittigen Bewertung der gesundheitlichen Risiken des Genusses von Tabakerzeugnissen. Mit dem Zurückdrängen der Raucher aus den öffentlichen Räumen verändert sich die Gesellschaft selbst. Mag die Beurteilung der gesundheitlichen Risiken noch eine rationale Komponente in sich tragen, die Bezüge zum kommunikationstheoretischen Konzept aufweist, so wird dieser Bezugsrahmen verlassen, wenn die rechtliche Auseinandersetzung in einen „Glaubenskampf“ einmündet. Ähnlich liegen die Dinge in Bezug auf Maßnahmen zum Schutz bestimmter besonders sensibler Verbrauchergruppen. Potenziell sind die insoweit betroffenen Verkehrskreise Marktteilnehmer. Sie sind mit erheblichen finanziellen Ressourcen ausgestattet, auf die sich nicht zuletzt das Interesse der werbenden Wirtschaft richtet. Insofern gehören Regelungen jedweder Natur zum Kernbestand des Rechts auf Marktkommunikation im hier verstandenen Sinne. Der gesellschaftspolitische Bereich ist dort tangiert, wo Werbebeschränkungen oder Werbeverbote bestimmte Adressaten grundsätzlich aus der Marktkommunikation ausgliedern sollen und wollen. Dies mag gesellschaftspolitisch wünschenswert sein, mit Lauterkeit im Geschäftsverkehr haben derartige Werbebeschränkungen aber nichts mehr zu tun. Vielleicht noch schärfer stellt sich der Konflikt in Bezug auf Formen diskriminierender, d.h. vor allem sexistischer Werbung dar. Wenige Bereiche der Gesellschaft dürften einem ähnlich rigiden Wandel ausgesetzt sein, wie der Einsatz von Sexuelsymbolen zu Werbezwecken. Was noch vor 30 Jahren gesellschaftlich konsentiert als Pornographie galt, gehört heute zum Normalfall der Marktkommunikation. Der Versuch, das Lauterkeitsrecht einzusetzen, um gerade die Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, dürfte weitgehend als gescheitert anzusehen sein. Das gilt vor allem für die juristische Bestimmung der Grenzlinien. Die diversen Verfahren vor den verschiedenen gerichtlichen Foren der Mitgliedstaaten legen hierfür Zeugnis ab. Anders sieht es dagegen in Bezug auf Kontrollmaßnahmen aus, die von den Gremien der freiwilligen Werbekontrolle ergriffen werden, um die schlimmsten Auswüchse sexistischer Werbemaßnahmen aus der Werbung zu eliminieren. Überraschen kann dieser Befund nicht wirklich, weil derartige Gremien viel offener gesellschaftspolitische Bezüge in die Bewer-

---

<sup>31</sup> Vgl. REICH/MICKLITZ, Europäisches Verbraucherrecht, §§ 6–11.

tung der Lauterkeit aufnehmen können als streng juristisch argumentierende Organe der Rechtspflege. Die Beurteilung von sexuell aufgeladener Werbung ist ein eminent gesellschaftspolitisches Thema, für das sich das Lauterkeitsrecht offensichtlich nur sehr bedingt eignet.

Angesichts der auftretenden Abgrenzungsfragen gilt es aus rechtssystematisch-methodischer Sicht deutlich zwischen „unlauteren“ und „unerwünschten“ Marketingmaßnahmen zu unterscheiden, da die jeweils in Bezug genommenen Begründungsmuster differieren. Eingriffe in den Wettbewerb, um gesellschaftspolitisch nicht erwünschte Werbung zu unterbinden, folgen einer eigenen, auch rechtlichen Logik. Deshalb nimmt es auch nicht Wunder, dass sich derartige Werbebeschränkungen regelmäßig in Sonderregeln finden, die einen je produkt-, medien- oder verwendungsspezifischen Kontext aufweisen. Nur in der Lauterkeitsrichtlinie ist diese Trennlinie erstmals durchbrochen. Denn der Schutz bestimmter besonders sensibler Verbrauchergruppen ist in die Beurteilung der Lauterkeit integriert. Die Werbewirtschaft hat vergeblich versucht, diese Passage aus den Entwürfen zu streichen, womit der puristische Ansatz der Lauterkeitsrichtlinie erhalten geblieben wäre. Letztendlich zeigt die nun verbliebene Bestimmung in aller Deutlichkeit die Grenzen eines auf Lauterkeit gegründeten Rechts der Marktkommunikation auf. Die aufgezeigten Grauzonen, in denen die Grenzen zwischen unlauterem und unerwünschtem Wettbewerb verwischen und in denen Verbraucherschutz mit dem Schutz (sonstiger) öffentlicher Belange eng und kaum entwirrbar verwoben ist, lassen sich mit Hilfe des kommunikationstheoretischen Modells nicht wirklich erhellen. Für den Kontext eines funktionalen, d.h. wettbewerbsorientierten Lauterkeitsrechts erweisen sich nur die Regelungsbereiche als relevant, in denen der Verbraucherbezug deutlich zu Tage tritt. Das heißt nun nicht, dass Maßnahmen zur Beschränkung des unerwünschten Wettbewerbs aus dem europäischen Lauterkeitsrecht ausgliedern sind. Nur ist mit aller Deutlichkeit offen zu legen, dass insoweit nicht die Beurteilung „unlauteren“ sondern „unerwünschten“ Wettbewerbs in Rede steht. Eine solche Grenzziehung erhöht die Rationalität der Entscheidungsfindung und leistet der drohenden Überfrachtung des Lauterkeitsrechts als Recht der Marktkommunikation Vorschub.

#### 2.4 Funktionaler Wettbewerb als einheitliches Konzept für das Lauterkeits- und Kartellrecht

Lauterkeitsrecht verstanden als Recht der Marktkommunikation sprengt den Rahmen tradierten Rechtsverständnisses nur insoweit, als neben den Werbetreibenden nun auch die Verbraucher offen in den zu balancierenden Abwägungsprozess eintreten. Im nationalen Kontext ist allgemein konsentiert, dass die Anbieter als Träger subjektiver Rechte sich gegen unlautere Werbemaßnahmen von Konkurrenten schützen können. Ganz anders verhält es sich mit der rechtlichen Ausstattung der Verbraucher. Der deutsche Gesetzgeber hat im UWG 2004 noch einmal bekräftigt, dass Verbrauchern aus dem Lauterkeitsrecht keine individuellen Ansprüche zur Verteidigung ihrer Rechtsposition erwachsen können. Säcker<sup>32</sup> und ihm folgend Keßler<sup>33</sup> haben überzeugend dargelegt, dass eine solche Rechtsauffassung schon angesichts der expliziten Aufnahme des

---

<sup>32</sup> SÄCKER WRP 2004, 1199, 1219.

<sup>33</sup> WRP 2005, 264, 272.

Verbraucherschutzes in § 1 UWG nicht haltbar ist. Noch viel weniger überzeugt die Rechtsposition im Lichte des Gemeinschaftsrechts. Die offene Instrumentalisierung der Verbraucher für die Vollendung des Binnenmarktes hat die Aufwertung der Rechtsposition des Verbrauchers im Gemeinschaftsrecht gefördert. Das am Informationsparadigma ausgerichtete europäische Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation setzt voraus, dass die Verbraucher die ihnen aktiv zugedachte Rolle auch rechtlich ausfüllen können. Das kann nur gelingen, wenn die Verbraucher als Träger subjektiver Rechte zu verstehen sind.

Das Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Kartellrecht gerät dort ins Visier, wo das Lauterkeitsrecht für sich reklamiert, die Institution Wettbewerb zu schützen. Hier geht es nicht mehr um individuelle Rechte, die gegeneinander auszubalancieren sind, sondern um die Ergebnisse, die der Abwägungsprozess für den Wettbewerb produziert. Als Prämisse gilt, das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht in ein einheitliches Wettbewerbskonzept einzubetten, weil sich nur so die Institution Wettbewerb als Ganzes schützen lässt.<sup>34</sup> Dazu ist zunächst Voraussetzung, dass das Lauterkeitsrecht seiner ethisch-moralischen Implikationen entkleidet wird. Dies gelingt konzeptionell in der Abkehr bzw. dem Umpolen des Lauterkeitsrechts auf ein wettbewerbliches Wertekonzept. Nur insoweit ist die jeweils gewählte Begrifflichkeit im gemeinschaftsrechtlichen Kontext ohne Bedeutung. Entscheidend ist negativ gesprochen, die Vermeidung von wertebeladenen und rechtskulturell besetzten Begrifflichkeiten, wie dies eben typischerweise der Begriff der guten Sitten ist und positiv die Bezugnahme auf das kompetitive Geschehen am Markt. Beides findet sich in aller Deutlichkeit in der Lauterkeitsrichtlinie. Man mag darüber streiten, ob es möglich ist, „fair“ bzw. „unfair“ mit „lauter“ bzw. „unlauter“ zu übersetzen. Deutlich ist mit dem Hinweis auf die Geschäftspraktiken jedenfalls der Bezug zu Handlungen im Wettbewerb. Damit ist gleich eine doppelte konzeptionelle Ausgrenzung verbunden: ethisch-moralische Handlungen bleiben ebenso außerhalb der Beurteilung des Lauterkeitsrechts wie Handlungen, denen der Wettbewerbsbezug fehlt.

Selbst mit dieser, gemessen am deutschen Recht erzwungenen Umpolung des Lauterkeitsrechts ist aber noch kein Gleichklang mit dem Kartellrecht hergestellt. Hierzu bedarf es eines weiteren Schrittes, den das Gemeinschaftsrecht mit großer Konsequenz gegangen ist. Das Lauterkeitsrecht muss seiner eindimensional individualrechtlichen Komponente entkleidet werden, einer Komponente, die das deutsche UWG seit seiner Entstehung begleitet. Gemeint ist der „deliktsrechtliche“ oder „sonderdeliktsrechtliche Charakter“ des Lauterkeitsrechts, der auch noch heute die Diskussion um die Funktion des Lauterkeitsrechts dominiert. Zwar findet sich auch in der deutschen Diskussion, sei es in der Rechtsprechung sei es in der Kommentierung, der Hinweis auf die institutionelle Komponente des Lauterkeitsrechts, also auf dessen wettbewerbs-sichernde Funktion. Jedoch bleibt diese Dimension des Lauterkeitsrechts in der praktischen Bedeutung bislang weitgehend außen vor. Das liegt nicht so sehr an der Uneinigkeit über die Gewährleistungsfunktion des Wettbewerbs, sondern vor allem an der fehlenden Verknüpfung des Lauterkeitsrechts mit dem Kartellrecht. Als Minimalkonsens lässt sich jenseits divergierender Wettbewerbskonzepte festhalten, dass die Entfaltung der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs in bestimmtem Umfang staatlicher und

---

<sup>34</sup> Siehe hierzu die Vorarbeiten, MICKLITZ/KEBLER GRUR Int. 2002, 885; DIES. WRP 2003, 919 und jetzt KEBLER WRP 2005, 264.

normativer Gewährleistung bedarf.<sup>35</sup> Inhaltlich steht die freiheitssichernde Funktion des Kartellrechts ebenso wie die des Lauterkeitsrechts im Vordergrund.

Was in Bezug auf das Kartellrecht als selbstverständlich gelten kann, muss für das Lauterkeitsrecht erst noch entwickelt werden. Hier hat das EG-Recht Geburtshilfe für das Verständnis des Lauterkeitsrechts insgesamt geleistet. Für die Marktteilnehmer, Unternehmer wie Verbraucher, geht es um die Bestimmung der normativen Voraussetzungen am Wettbewerb. Nimmt man diese Maxime ernst, ergeben sich Veränderungen nicht nur für die Verbraucher, denen mit Hilfe des Rechts eine gleichberechtigte Wettbewerbsteilhabe zu garantieren ist. Sicher hat das EG-Recht gerade insoweit das Verständnis des Lauterkeitsrechts verändert und geprägt. Die noch vor dreißig Jahren virulent geführte Diskussion um das Verhältnis von Leistungsprozess und Austauschprozess ist – jedenfalls rhetorisch – weitgehend obsolet geworden.<sup>36</sup> Dagegen fehlt es an der praktischen Umsetzung und Durchsetzung des Verbraucherschutzgedankens gerade auch in Bezug auf die freiheitssichernde Funktion des Lauterkeitsrechts. Unmittelbar Ausfluss des nach wie vor defizitären deutschen Rechts ist die Vernachlässigung des Informationsparadigmas, das nicht nur eine individualrechtliche Schutzkomponente in sich trägt, sondern dem eine freiheitssichernde institutionelle Komponente zukommt.<sup>37</sup> Spiegelbildlich zeigen sich die identischen Phänomene auf der Seite der Unternehmer. Eine Reduktion des Lauterkeitsrechts auf den Schutz vor Konkurrenten wird der Konzeption des Lauterkeitsrechts als eines Rechts auf Marktkommunikation, das den Wettbewerb sichert, nicht gerecht. So ist der Unternehmer im Binnenmarkt in weitaus stärkerem Maße der Kritik seitens potenzieller Konkurrenten ausgesetzt. Das Gemeinschaftsrecht hat mit der – in Deutschland nur zögerlich praktizierten – vergleichenden Werbung wesentliche Akzente gesetzt, um den kompetitiven Charakter des Lauterkeitsrechts zu stärken. Genau das ist mit freiheitssichernder Funktion des Lauterkeitsrechts gemeint. Das berühmte Bonmot, das Wettbewerbsrecht solle verhindern, dass die Unternehmer untereinander zu „nice“ seien, das Lauterkeitsrecht, dass sie zu „aggressive“ miteinander umgehen, bedarf der Korrektur.

## 2.5 Lauterkeitsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, insbesondere Markenrecht

Das europäische Lauterkeitsrecht ist nach wie vor eng mit dem internationalen Lauterkeitsrecht verzahnt. Insofern verwundert es nicht, dass Rechtsfragen des Lauterkeitsrechts in das Immaterialgüterrecht hineinverlagert wurden.<sup>38</sup> Besonders markant sind die Überlappungen des Lauterkeitsrechts zum gewerblichen Rechtsschutz auf dem Gebiet des Markenrechts. Sie zeigen sich in einer Vielzahl von Abgrenzungsproblemen, die aus den divergierenden Interessen des Markeninhabers, des Markenbenutzers und

---

<sup>35</sup> KEBLER WRP 2005, 264, 267.

<sup>36</sup> Kritisch EPPE WRP 2004, 153, der den Leistungswettbewerb generell eliminieren will, weil er sich historisch als untaugliches Kriterium erwiesen hat; vgl. auch Harte/Henning/SCHÜNEMANN § 3 Rn. 136. Anders das Bundesverfassungsgericht, das in seiner Rechtsprechung zu § 1 UWG Bezug auf den Leistungswettbewerb nimmt. Ohne Nachweis einer konkreten Gefährdung des Leistungswettbewerbs sei ein Werbeverbot nicht zu legitimieren, BVerfGE WRP 2003, 636, ebenso bereits BVerfGE NJW 2002, 1187, 1188; SÄCKER WRP 2004, 1199, 1201

<sup>37</sup> So auch Fezer/FEZER Einl. E Rn. 97–98, sowie 104 ff.

<sup>38</sup> KUR GRUR Int. 1998, 771, 773, DIES., in: Schrickler/Henning-Bodewig, Neuordnung Wettbewerbsrecht, S. 16.

nicht zuletzt des Verbrauchers herrühren. Das Konzept der „workable competition“ bietet gerade in seiner tiefen Verschränkung mit dem Programm zur Vollendung des Binnenmarktes einen Erklärungsansatz, um das Markenrecht, zumindest in Bezug auf die lauterkeitsrechtlich besonders relevante Thematik der Irreführungsgefahr – markenrechtlich gesprochen der Verwechslungsgefahr – als integralen Bestandteil eines europäischen Rechts auf Kommunikation zu begreifen.<sup>39</sup> Als paradigmatisch können folgende Konstellationen gelten: (1) Nach Art. 5 Abs. 5 der Markenrichtlinie bleiben die in den Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen über den Schutz gegenüber der Verwendung eines Zeichens zu anderen Zwecken als der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen unberührt, wenn die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt; (2) Art. 3 Abs. 4 lit a, 5 Abs. 2 gestattet den Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen die Gewährung eines Schutzes bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs – vom EuGH anerkannt in *Davidoff*; (3) noch weiter geht Art. 9 Abs. 1 lit c) der Gemeinschaftsmarkenverordnung, welcher dem Inhaber einer bekannten Gemeinschaftsmarke Schutz außerhalb des Warenähnlichkeitsrechts gewährt, wenn die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund *in unlauterer Weise* ausnutzt oder beeinträchtigt, vgl. Art. 4 Abs. 3.

Mit einiger Verzögerung ist auch im europäischen Markenrecht die Bedeutung des Informationsparadigmas zutage getreten. Nicht enden wollende Konflikte um den Parallelimport markenrechtlicher geschützter Produkte, um den Wettbewerb zwischen Marken- und mehr oder weniger qualitativ identischen No-Name- oder Low-Name-Produkten gerade auch unter Einsatz vergleichender Werbung belegen die Bandbreite des Spannungsfelds zwischen Kartellrecht, Markenrecht, Freiem Waren- sowie Dienstleistungsverkehr, Lauterkeitsrecht und dem Verbraucherschutz. Funktionsfähiger Wettbewerb verlangt die Ermöglichung der Kommunikation über den Inhalt und die Reichweite der Marke unter Einschluss der Verbraucher als Marktteilnehmer. Das setzt auf dem Markt verfügbare Informationen über die Marke selbst und die gegebenenfalls mit ihr konkurrierenden No-Name- und Low-Name-Produkte voraus. Dabei divergieren die Informationsinteressen erheblich. Der Markeninhaber hat ein Interesse an weitgehender Offenlegung aller relevanten Informationsparameter einschließlich qualitativer Aussagen über die Herkunft der Produkte. Das gilt umso mehr, wenn der Markeninhaber sich einem direkten Vergleich ausgesetzt sieht. Der Konkurrent, der das Markenprodukt mit seinen No-Name- oder Low-Name-Produkten attackiert, will zwar die Vergleichbarkeit herausstreichen, aber nicht durch „diskriminierende“ Informationen über den „geringeren“ qualitativen Standard seiner Produkte behindert werden. Will er gar die Marke nutzen, um eigene gar nicht konkurrierende Produkte zu fördern, ist es ihm um die Verheimlichung zu tun. Die Verbraucherinteressen laufen in Bezug auf die mit der Verwechslung verbundenen Risiken weitgehend mit denen der Markeninhaber parallel. Eine informierte Entscheidung setzt voraus, dass der Verbraucher das Markenprodukt eindeutig identifizieren kann und vor der Verwechslungsgefahr durch umfassende Informationen geschützt wird. Probleme stellen sich jedoch in Bezug auf die Empirie des Marktes. Die Erkenntnismöglichkeiten sind an das zugrunde liegende Leitbild gebunden. Noch stärker konfliktieren die Interessen in Bezug auf den Inhalt und die Reichweite der vergleichenden Werbung. Das Interesse des Markeninhabers ist darauf

---

<sup>39</sup> Grundsätzlich Harte/Henning/AHRENS Einl. F Rn. 185 ff.; GK/SCHÜNEMANN Einl. Rn. E 28 ff.

gerichtet, den Schutz seiner Marke auszudehnen, um so einen möglichen Vergleich zu verhindern. Dem Verbraucher wiederum ist an einem Vergleich von Marken mit No-Name- und Low-Name-Produkten gelegen. Doch kann er das nur, wenn er alle Informationen in Händen hält, die einen Preis- und Qualitätsvergleich ermöglichen, was zwar im Interesse des Markeninhabers sein, aber einen marktschließenden Effekt zu Lasten der Konkurrenten produzieren kann. Der Gemeinschaft ist es erst 1997 nach jahrzehntelanger Auseinandersetzung gelungen, die vergleichende Werbung gerade auch in Bezug auf die Nutzung der Marke zu liberalisieren. Das im Vordringen begriffene Informationsparadigma hat in der Sache zu einem Ausbau des Verbraucherschutzes zu Lasten des Markeninhabers geführt.

## 2.6 Konsequenzen des Wandels für die Systematisierung des sekundärrechtlich fundierten europäischen Lauterkeitsrechts.

Aus dem Verständnis des europäischen Lauterkeitsrechts als eines Rechts der Marktkommunikation ergeben sich für dessen Darstellung, aber auch für den die Darstellung anleitenden Analyserahmen bedeutsame Schlussfolgerung. Das europäische Lauterkeitsrecht ruht auf zwei Säulen, den Begriff der „unlauteren/unfairen Geschäftspraktiken“ und dem Irreführungsverbot bzw. Informationsgebot. Das Spannungsfeld gerade zum deutschen Recht folgt in Bezug auf den Begriff der Lauterkeit aus der Entmoralisierung, in Bezug auf die Irreführung aus der Stärkung der Verbraucherinformation. Hierher gehört auch die Sonderproblematik des Markenschutzes. Die Regeln, nach denen lautere Marktkommunikation abzulaufen hat, lassen sich unterteilen in die Art und Weise der Marktkommunikation: Direktkommunikation (Haustürgeschäfte, Schneeballsysteme, Pyramidengeschäfte, Multi-Level-Marketing) und Distanzkommunikation (Fernabsatz, Telefonmarketing, E-Commerce, Teleshopping); den Gegenstand Preis (verkaufsfördernde Maßnahmen, Sonderverkaufsveranstaltungen, Rabatte, Zugaben, Gewinnspiele, Verkauf unter Einstandspreis) und Qualitätsanforderungen. Davon zu trennen sind der Schutz der Allgemeinheit und der Verbraucherschutz vor gesellschaftlich unerwünschter Werbung (Tabakwerbung, Alkoholwerbung, Lebensmittel- und Arzneimittelwerbung, Werbung mit und für Kinder, diskriminierende Werbung).

Dabei erweist sich die systematische Unterteilung keineswegs als „alter Wein in neuen Schläuchen“; vielmehr kommt der Zuordnung einzelner Marktkommunikationsformen eine für die Entwicklung und Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts nicht zu unterschätzende materielle Qualität zu. Ungemein hilfreich sind schon die Möglichkeiten, den überbordenden Regelungsbestand des Gemeinschaftsrechts anhand der hier vorgenommenen Unterteilung zu systematisieren. Gleichzeitig verbindet sich mit der von der überkommenen Kategorienbildung abweichenden Systematisierung aber auch eine neue Bewertung einzelner Marktkommunikationsmaßnahmen, die so weit wie möglich den Funktionsbedingungen der jeweiligen Fallgruppen Rechnung trägt. Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation eröffnet eine neue Sichtweise von Randbereichen unlauterer Werbung, die in den Bereich des Verstoßes gegen die guten Sitten hineinragen, erlaubt die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Informationsparadigmas in den Begriff der Irreführung zu integrieren; gestattet eine Neubewertung besonders umstrittener Formen der werblichen Kontaktaufnahme im Wege unerbetener Telefon-

anrufe<sup>40</sup> bzw. des Einsatzes von verkaufsfördernden Maßnahmen. In jeder dieser Untergruppen, lautere Werbung, irreführende Werbung, Distanz- und Direktkommunikation, Preiswerbung und Qualitätswerbung unter Einschluss verkaufsfördernder Maßnahmen werden die heterogenen gemeinschaftsrechtlichen Regeln geschlossen erörtert. Dasselbe gilt für die Fallgruppe der unerwünschten Werbung (Tabak-, Alkohol-, Lebensmittel-, Arzneimittel-, Gesundheits- und Umweltwerbung) sowie für personenbezogene Regeln zum Schutze Minderjähriger und zum Schutz vor Rassen- und Geschlechterdiskriminierung.

### 3. Normenbestand und Gegenstand des europäischen Sekundärrechts

Das europäische Lauterkeitsrecht setzt sich aus einer Vielzahl heterogener Regelungen zusammen, die sich je nach Bezugspunkt unterschiedlich ordnen lassen. Keine der neueren Arbeiten zur Kommentierung des UWG, die sich durchgängig mit dem Gemeinschaftsrecht befassen, versucht den „acquis“ des europäischen Lauterkeitsrechts zu entwickeln. Die bisherigen Darstellungen rücken die beiden Richtlinien 84/450/EWG irreführende Werbung und 97/55/EG vergleichende Werbung in den Vordergrund und verarbeiten auch in Ansätzen die zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Werke noch nicht verabschiedete Lauterkeitsrichtlinie. Durchweg folgen sie einem einheitlichen Muster. Deutsches und europäisches Lauterkeitsrecht werden als zwei getrennte Materien behandelt, die jedoch ineinander verschränkt sind, was in einer selektiven Vertiefung im jeweiligen deutschrechtlichen Kontext zum Ausdruck kommt. Das macht das Auffinden der relevanten europarechtlichen Fragen nicht immer einfach.<sup>41</sup>

Die für das Verständnis des europäischen Lauterkeitsrechts so eminent wichtigen „Randbereiche“ des Verbraucher- bzw. Telekommunikations- und des Verwaltungsrechts werden in unterschiedlichem Umfang behandelt. Harte/Henning integrieren die einschlägigen Richtlinien in zwei separate Kapitel G. Medienspezifische und Produktspezifische Besonderheiten. Der breite Strom wettbewerblicher Regeln jenseits der das UWG unmittelbar betreffenden Richtlinien ist im Fezer in das nahezu 1000 Seiten umfassende Kapitel – „Wettbewerbliche Spezialthemen“ – integriert, u.a. Umweltwerbung, Lebensmittel- und Heilmittelwerbung, Werbung in Film und Fernsehen, Selektiver Vertrieb und Vertikale Gruppenfreistellungsverordnungen, Geographische Herkunftsangaben, Domainrecht, Wettbewerbsrecht im Internet, Informationspflichten im Internet. Dort werden die jeweils einschlägigen Richtlinien separat vorgestellt. Beaters Monographie ist stark auf eine lehrbuchartige Darstellung ausgerichtet, d.h. Beater ist bemüht, dem Leser den Stand der Diskussion zu vermitteln. Das umschließt auch die unterschiedlichen Vorstellungen über die Wettbewerbsmodelle, die das UWG anleiten. Dem europäischen Wettbewerbsrecht widmet er insgesamt drei Kapitel, eines befasst sich mit dem Sekundärrecht, jedoch nur cursorisch. Dabei geht er von der problematischen Prämisse aus, dass das Sekundärrecht „prinzipiell denselben Fragestellung und Maßstäben wie die nationalen Rechte“ folgt.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Vgl. REICH/MICKLITZ, Europäisches Verbraucherrecht, § 7 mit Nachw.

<sup>41</sup> So findet sich der Inhalt der Lauterkeitsrichtlinie im Fezer/STEINBECK bei § 4-1 Rn. 42 ff. wieder.

<sup>42</sup> BEATER, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 18.

Die theoretische Verankerung des europäischen Lauterkeitsrechts im Recht der Marktkommunikation macht es möglich und notwendig, die Leitlinien dieses Rechtsgebietes herauszuarbeiten. Darin liegt die große Herausforderung unserer Zeit. Nur mit einem solchen Schritt lässt sich das disperse Recht der Marktkommunikation auf einheitliche Entscheidungsparameter zurückführen.

## Literatur

- APOSTOLOPOULOS: Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge. WRP 2004, 841
- BAUMBACH/HEFERMEHL: Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, 2004 (zitiert Baumbach/Hefermehl/BEARBEITER)
- BEATER: Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit. ZEuP 2003, 11
- DERS.: Unlauterer Wettbewerb. 2002
- DREXL: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Habilitation, 1998
- EPPE: Der lauterkeitsrechtliche Tatbestand des übertriebenen Anlockens im Wandel – am Beispiel der Wertreklame. WRP 2004, 153
- FEZER: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2005 (zitiert: Fezer/BEARBEITER); DERS.: Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen im Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit. NJW 2001, 580
- DERS.: Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage der Europäisierung des Wettbewerbsrechts. WRP 2001, 989
- HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2004 (zitiert als Harte/Henning/Bearbeiter)
- HENNING-BODEWIG/SCHRICKER: Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union. WRP 2001, 1367
- JOERGES: The Market without a State? States without Markets? Two Essays on the Law of the European Economy. EUI Working Paper Law 1/96, (<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019> and -020.htm). Revised version of “States without a Market. Comments on the German Constitutional Court’s Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses.” NISER Working-Paper, 1996
- KEBLER: UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation. WRP 2005, 264
- DERS.: Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbots. WRP 1990, 73
- DERS.: Das ökologische Argument in der Konsumgüterwerbung. 1988
- DERS.: Die umweltbezogenen Aussagen in der Produktwerbung – dogmatische und wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbots. WRP 1988, 714
- DERS.: Marktordnung, Wettbewerb und Meinungsfreiheit – wettbewerbstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte des § 6e UWG. WRP 1987, 75
- KEBLER/MICKLITZ: Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG. 2003
- KÖHLER/BORNKAMM/HENNING-BODEWIG: Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform. WRP 2002, 1317
- KUR: Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts durch Angleichungsmaßnahmen in angrenzenden Bereichen. In: Schricker/Henning-Bodewig, (Hrsg.): Neuordnung des Wettbewerbsrechts. 1998/99, 116
- DIES.: Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des Leistungsschutzes. GRUR Int. 1998, 771
- LETTL: Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa. 2004
- MICKLITZ/KEBLER: Funktionswandel des UWG. WRP 2003, 919
- DIES.: Europäisches Lauterkeitsrecht – Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltens im europäischen Binnenmarkt. GRUR Int. 2002, 885

- NIEMÖLLER: Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, Verhandlungs- und Vertragsparität als Regelungsgehalt des § 3 UWG. 1999
- OEHLER: Behavioural Finance. Theoretische, empirische und experimentelle Befunde unter Marktrelevanz. ÖBA 48, 2000, 978
- RADEIDEH: Fair Trading in EC Law, Information and Consumer Choice in the Internal Market. 2005
- REICH/MICKLITZ: Europäisches Verbraucherrecht. 4. Auflage 2003
- SÄCKER: Das UWG zwischen den Mühlsteinen europäischer Harmonisierung und grundrechtsgebotener Liberalisierung. WRP 2004, 1199
- SCHIRMBACHER: Fall 8: Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH. In: Micklitz (Hrsg.): Europarecht – Case by Case. Fallbuch UTB, 2004, S. 186
- STIGLITZ: Information and the Change in the Paradigm in Economics. 92 *The American Economic Review* 460, 2002
- SUTHERLAND: The Internal Market After 1992, Meeting the Challenge. (The Sutherland Report), Dok. Sek (92) 2277
- ULMER: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. 1965

## Warenkennzeichnung und die Rechte des Verbrauchers

SHÔDA Akira

### 1. Die Bedeutung der Regelung von Warenkennzeichnungen im Wettbewerbsrecht

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, dass rechtstheoretische Rahmensezung des Wettbewerbsrechts im grundsätzlichen Recht des Geschäftspartners liegt, der durch die vorherrschenden oder überlegenen Kräfte der heutigen Wirtschaftsgesellschaft beherrscht wird. Um in der Wirtschaftsgesellschaft zu vermeiden, dass die Rechte des Wirtschaftssubjekts auf Handelsfreiheit und auf reale und konkrete Gleichstellung nicht eingehalten werden (trotz untergeordneter Position bzw. Position des relativ Schwächeren), hat man Maßnahmen ergriffen, die Marktprinzipien durch die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung wiederherzustellen; dabei ist vor allem der Verbraucher als Basis des Wirtschaftspartners gemeint, dessen Rechte geschützt und wiederhergestellt werden müssen – auch dies war schon Gegenstand vieler Studien. In diesem Zusammenhang ist die Forderung nach Schutz der Grundrechte der Bürger im bezüglich ihrer Konsumtion auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts zu sehen.

Grundsätzlich wird das Wettbewerbsrecht nach den gesetzlichen Prinzipien strukturiert, die mit den Erscheinungen der konkreten Gegenwart der Wirtschaftsgesellschaft konform gehen. Denn der Missbrauch, der durch Wettbewerbsbeschränkungen und Behinderungen zustande kommt, muss als Verletzung der Rechte des untergeordneten Wirtschaftssubjekts, insbesondere des Konsumenten, durch eine marktbeherrschende Macht angesehen werden.

Vom rechtlichen Standpunkt aus muss der Missbrauch (Verletzung der Rechte), der in der heutigen Wirtschaftsgesellschaft durch die Relationen von Unterlegenheit und Ungleichheit entsteht, als Beschränkung und Behinderung von Wettbewerb ins Visier genommen werden. Denn dadurch werden die Prinzipien der Vertragsfreiheit im freien Wirtschaftssubjekt zu abstrakten formalen Prinzipien verkürzt und die qualitativen und konkreten Inhalte, die durch die Einbeziehung des wirtschaftlichen Handelns ins zivilrechtliche System garantiert wurden, kommen abhanden.

Um also die Verletzung der Rechte des Wirtschaftssubjektes durch Wettbewerbsbeschränkung und Behinderung zu vermeiden, muss die Gleichstellung zwischen den Wirtschaftssubjekten sichergestellt werden. Hier geht es um Grundregeln der Freiheit. Die weitest mögliche Garantierung der Freiheit des Menschen und des Bürgers ist in unserer Gesellschaft eines der wichtigsten gesetzlichen Prinzipien. Das Wettbewerbsrecht trägt dazu bei. Durch die Wiederherstellung der Marktprinzipien und ihrer Wirkungsweisen kann in der Wirtschaftsgesellschaft die qualitative und konkrete Handelsfreiheit der gleichrangigen Wirtschaftssubjekte verwirklicht werden, bzw. die Gleichstellung des Wirtschaftssubjektes, das marktbeherrschenden Kräften bzw. relativen Marktmächten untergeordnet bzw. von diesen abhängig ist, und das Recht auf Handelsfreiheit geschützt. So aufgefasst, ist der Gegenstand des Schutzes des gesamten Systems des Wettbewerbsrechts letztendlich das Wirtschaftssubjekt, das wirtschaftlichen Kräften untergeordnet ist oder sich in einer schwächeren Position befindet,

insbesondere also das Recht auf qualitative und konkrete Freiheit als Verbraucher und das Recht auf Handelsfreiheit.

Um eine Wettbewerbsordnung zu verfechten, die auf diese Weise die qualitativen und konkreten Rechte des Verbrauchers sichert, muss man das Problem verstehen, das in der untergeordneten bzw. abhängigen Position liegt. Damit hängt auch zusammen, dass Waren und Dienstleistungen, die der Verbraucher erwirbt, durch den Unternehmer gekennzeichnet werden.

Der in der heutigen Wirtschaftsgesellschaft lebende Bürger ist ein Verbraucher auf dem Markt von Konsumgütern. Er erwirbt vielfältige Waren und Dienstleistungen, die er zum Leben braucht. Bewusstsein und Vertrauen gegenüber den Freiheitsprinzipien des Gesellschaftsvertrags basieren auf der Erfahrung, die sich durch das Wettbewerbssystem im Kauf der für das Leben notwendigen Waren und Dienstleistungen ergeben.

Diesbezüglich sollen hier die Charakteristika des Verbrauchers als Wirtschaftssubjekt dargestellt werden.

Der Verbraucher ist auf den Erwerb von Waren und Dienstleistungen angewiesen. Diese sind also für den Verbraucher zuerst und direkt mit seinem Leben verbunden. Darüber hinaus haben aber die Waren und Dienstleistungen bzw. deren Handelsbedingungen in vielerlei Hinsicht Einfluss auf das Leben des Verbrauchers. Es ist gar nicht so selten, dass er durch sie z.B. in Bezug auf Gesundheit und Sicherheit Schaden erleidet.

Folgende Charakteristika von Verbrauchern in Bezug auf ihre Geschäfte lassen sich aufzählen. Der Verbraucher erwirbt vielfältige, aber zumeist kleine Mengen von Waren und Dienstleistungen. Demzufolge ist er kein Fachmann für irgendeine Ware oder Dienstleistung. Er ist ein Geschäftssubjekt, das aus eigener Kraft Inhalt und Qualität der unterschiedlichen Waren oder Dienstleistungen kaum oder gar nicht überprüfen kann. Darauf haben auch Transporte und der Fortschritt wissenschaftlicher Techniken, z.B. der Konservierung, großen Einfluss. Um differenzieren zu können, ist der Verbraucher auf die Kennzeichnungen angewiesen, denn gerade bei Industrieprodukten hat er keine andere Möglichkeit der Überprüfung als die Kennzeichnung durch Hersteller, Großhändler und Endverkäufer. Darin ist der Verbraucher vom Unternehmer abhängig. Dieser wiederum, auch wenn er Kleinunternehmer ist, betreibt den Handel mit Waren und Dienstleistungen als Unternehmensaktivität zum Zwecke der Erwirtschaftung von Gewinn und somit effizienzorientiert. Der Verbraucher hingegen betreibt kein Unternehmen, sondern er erwirbt Waren und Dienstleistungen für den privaten Lebensunterhalt. Er bewegt sich auf dem Markt als ein mit menschlichen Schwächen ausgestattetes Individuum. Wollte ein Unternehmer diese Schwäche des Verbrauchers ausnutzen, wäre es kein Problem, den Verbraucher zu manipulieren. Durch missverständliche Werbung und Kennzeichnung kann man den Verbraucher einfach betrügen, oder man kann Illusionen erzeugen etc., es gibt zahlreiche Verführungen, die die menschlichen Schwächen nutzen.

Der hinlänglich einsichtige Unternehmer muss einsehen, dass es notwendig ist, dem Verbraucher eine Differenzierung der Waren und Dienstleistungen durch Warenkennzeichnung zu ermöglichen. Voraussetzung des fairen Wettbewerbs auf dem Markt ist, dass beide Geschäftsteilnehmer bezüglich der gehandelten Waren und Dienstleistungen ein vergleichbares Wissen besitzen. Wenn der Unternehmer einem Verbraucher Waren und Dienstleistungen verkaufen will, muss er korrekte und ausreichende Infor-

mationen anbieten. Es reicht nicht, Handlungen zu unterlassen, die vom Verbraucher missverstanden werden können; er muss zu einer Kennzeichnung verpflichtet werden, die dem Verbraucher ein korrektes Wissen über Waren und Dienstleistungen gibt. Am Recht des Verbrauchers auf korrekte Warenkennzeichnung lässt sich dies gut darstellen.

Ein System, das das Recht des Verbrauchers auf korrekte Warenkennzeichnung schützt, kann zum einen als Teil eines Wettbewerbsgesetzes verstanden werden. Die Verpflichtung basiert darauf, dass sie als unerlässliche Voraussetzung für die Verfechtung eines Wettbewerbssystems gedacht werden muss. Es kann aber auch als unfairer Wettbewerb oder als Vertragsproblem aufgefasst werden. Es lassen sich landesspezifisch verschiedene gesetzliche Entwicklungen über die konkrete Gestaltung der Wettbewerbskontrolle denken; in jedem Fall muss sie als ein Teil des Wettbewerbsrechts und als notwendige Voraussetzung gesehen werden.

## 2. Konkrete Inhalte der Bestimmungen der Kennzeichnung im japanischen Wettbewerbsrecht

### 2.1 Irreführende Kennzeichnung

Die Paragraphen, die im Antimonopolgesetz mit der Regelung von Kennzeichnungen zu tun haben, werden im Zusammenhang mit rechtswidrigen (falschen) Verführungsakten von Klienten aufgefasst, die unter § 19 des Antimonopolgesetzes (Verbot unlauterer Handelsmethoden) fallen. In § 2 (9) 3 werden „Unbilliges Verleiten oder Zwingen eines Kunden eines Mitbewerbers zum Geschäftsabschluss mit sich selbst“ als „Unlautere Handelsmethoden“ gekennzeichnet.<sup>1</sup> Auch das diese Regelungen konkretisierende „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ (Act against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations), das zur ergänzenden Gesetzgebung des Anti-Monopol-Gesetzes gehört, verbietet gemäß dieser Konzeption nachfolgende Kennzeichnungen, als Falschkennzeichnungen: 1. Jede Kennzeichnung, durch die Qualität, Standard oder irgendeine andere Sache bezüglich der Substanz einer Dienstleistung oder Ware den Verbrauchern im Allgemeinen suggerieren, dass sie besser seien als sie tatsächlich sind oder besser als die von anderen Unternehmern, die mit dem Unternehmer, um den es geht, im Wettbewerb stehen, und die deshalb dazu angetan sind, den Verbraucher ungerechtfertigterweise zu verleiten und einen fairen Wettbewerb zu behindern; 2. jede Kennzeichnung, durch die der Preis oder andere Bedingungen von Transaktionen von Waren oder Dienstleistungen durch die Konsumenten im Allgemeinen dahingehend missverstanden werden könnten, dass sie sehr viel günstiger für den Konsumenten sind, als sie tatsächlich sind oder diejenigen von anderen Unternehmern, die mit dem Unternehmer, um den es geht, im Wettbewerb stehen, und die deshalb dazu angetan sind, den Verbraucher ungerechtfertigterweise zu verleiten und somit den fairen Wettbewerb zu behindern; 3. zusätzlich zu den beiden vorher genannten jede Kennzeichnung, durch die irgendein Punkt bezüglich der Transaktion von Waren oder Dienstleistungen vom Konsumenten im Allgemeinen missverstanden werden könnte und die von der JFTC als solche gekennzeichnet wurde, weil sie

---

<sup>1</sup> zitiert nach Wolfgang Pape: Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan. Japanisches Recht Bd. 7, 1980, S. 103 (d. Red.)

nach ihrer Ansicht dazu angetan ist, Konsumenten zu verleiten und den fairen Wettbewerb zu unterlaufen.

Es ist wohl allgemein anerkannt, dass die rechtswidrige Verführung von Kunden als irreführende Kennzeichnung gilt. Doch wenn man davon ausgeht, dass die Position des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer unterlegen oder er von diesem abhängig ist, und dass der Unternehmer diese übergeordnete Position rechtswidrig ausnutzt, dann kommt man zu dem Ergebnis, dass Verführung von Kunden bereits in der irreführenden Kennzeichnung selbst enthalten ist. Genauer gesagt, wenn der Unternehmer Qualität, Standard von Waren, Dienstleistungen und dergleichen Aspekte nicht korrekt bezeichnet, hat der Verbraucher keine Handhabe, um Waren und Dienstleistungen, die er erwerben möchte, richtig zu beurteilen, so dass er ein Geschäft durchführen muss, bei dem die Unternehmenseite in jeder Hinsicht die überlegene Position einnimmt. Falls der Unternehmer die für eine Differenzierung und ein richtiges Verständnis von Waren und Dienstleistungen durch den Verbraucher notwendigen Sachverhalte nicht beschreibt, muss man davon ausgehen, dass er seine überlegene Geschäftsposition missbraucht. Inklusiv der Unterlassung notwendiger Kennzeichnung fallen solche Fälle als unlautere Handelsmethoden, die vom Antimonopolgesetz verboten sind, unter das Verbot des „rechtswidrigen Gebrauchs von überlegenen Geschäftspositionen“ (§ 19 und § 2, 9).

So verstanden, kann die nicht durchgeführte Kennzeichnung, wie sie für die Verfechtung einer Wettbewerbsordnung geboten ist, ebenfalls als Aspekt der irreführenden Kennzeichnung begriffen werden. Es mag Fälle geben, in denen die Kennzeichnungspflicht zur Sicherheit des Verbrauchers modellhaft durch ein Gesetzssystem jenseits des Wettbewerbsrechts festgelegt wurde; aber unzweifelhaft ist, dass gleichzeitig mit der Regulierung, was als rechtswidrige Verführung von Kunden anzusehen ist, eine konkrete Kennzeichnungspflicht niedergelegt werden muss, wie sie dem Verbraucher für ein richtiges Verstehen und Differenzieren von Waren und Dienstleistungen notwendig ist.

## 2.2 Die Regelung von Kennzeichnungen im „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“

Die Regulierung von Kennzeichnungen im Antimonopolgesetz – nimmt man einmal die Bestimmungen zu besonderen unrechtmäßigen Geschäftspraktiken in der Industrie für Lebensmitteln in Konserven und Gläsern aus, wie sie im Vorfall der Dosen mit gefälschtem Rindfleisch zum Problem geworden sind –, ist keine direkte Regulierung, durch das Antimonopolgesetz als vielmehr eine, die sich über Anwendung und Gebrauch des Gesetzes zur Kennzeichnung von Werbegeschenken, eine ergänzende Gesetzgebung ergibt.

Die Regulierung von Warenkennzeichnungen durch das „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“, betrifft die im Gesetzestext dargelegte irreführende Kennzeichnungen. Darüber hinaus definiert die Fair Trade Commission (JFTC) Maßnahmen, die als irreführende Kennzeichnung gelten. In den Verlautbarungen zu besonderen irreführenden Kennzeichnungen sind konkrete Inhalte von Kennzeichnungen als rechtswidrig bestimmt, z.B. irreführende Kennzeichnung

- zum Herkunftsland der Ware
- von Erfrischungsgetränken ohne Saft
- die das Vertrauen des Verbrauchers ausnutzen

- bei Lockvogelwerbung
- bei Lockvogelwerbung bei Immobilien
- bei kostenpflichtigen Altersheimen usw.

Ein Verstoß gegen das „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ entspricht den darin unter Paragraph 4 ff. definierten irreführenden Kennzeichnungen. Diesbezüglich ordnet die JFTC deren Unterlassung an. Ein Unternehmer, der zur Unterlassung (solcher Praktiken) aufgefordert wird, muss im Falle eines Widerspruch innerhalb von dreißig Tagen bei der JFTC die Anhörung eines Schiedsgerichts verlangen. Die Anordnung auf Unterlassung durch die JFTC wird nach dreißig Tagen beschlossen und besitzt dieselbe Wirkung wie ein Schiedsurteil aufgrund des Antimonopolgesetzes. Von 2001 bis 2004 sind durch die JFTC in 37 Fällen Anordnung auf Unterlassung ergangen, in 2 Fällen sind gegen diese Anordnungen Widerspruch eingelegt und Schiedsurteile gefällt worden; bis vor Gericht ist ein Fall gegangen. Über diese formale Maßnahme hinaus spricht die JFTC Verwarnungen aus, die als Gyôseishidô (administrative Empfehlung) gelten. Ob dies bereits formale Verstöße waren, bleibt offen, aber die Zahl der Verstöße, in denen Verdachtsmomente angezeigt wurden, belief sich von 1997 bis 2002 auf 1234 Fälle.

Die aus diesen Gesetzen folgende Amtsbefugnis liegt bei den öffentlichen Institutionen der Präfekturen und Städte, die die Kontrolle in Form von Anweisungen und Verwarnungen durchführen. Dass formale Anweisungen vorgenommen werden, ist äußerst selten, doch von 1997 bis 2002 wurden in 2134 Fällen Verwarnungen ausgesprochen. Zusammen mit der Anwendung des noch darzustellenden Systems des Abkommens für lauterer Wettbewerb (Fair Competition Code, seitens der Unternehmer) hat die Verbesserung von Warenkennzeichnungen aufgrund des „Gesetzes gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ einen hohen Grad der Realisierung erreicht.

Das „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ legt ein System hinsichtlich der Vereinbarungen für fairen Wettbewerb fest (§ 10). Die Unternehmer und ihre Verbände werden von der Kommission anerkannt (autorisiert) und vermeiden – gemäß der von der Kommission festgelegten Regeln hinsichtlich Werbegeschenke und Warenkennzeichnungen – rechtswidrige Verführung von Kunden, sie können Abkommen und Vereinbarungen schließen oder etablieren, die dem Schutz des fairen Wettbewerbs dienen. Es ist festgelegt, dass die JFTC 1. rechtswidrige Verführungen von Kunden verhindert; 2. dafür sorgt, dass den Interessen des allgemeinen Verbrauchers und involvierten Unternehmern zuwider gehandelt wird; 3. sie nicht rechtswidrig diskriminiert werden; 4. den Vereinbarungen für fairen Wettbewerb beiträgt und nicht rechtswidrig den Austritt von den Vereinbarungen für fairen Wettbewerb begrenzt; sollten diese Bedingungen nicht erfüllt sein, darf dies nicht als eine Vereinbarung für fairen Handel anerkannt werden.

Diese Vereinbarungen für fairen Wettbewerb wurden besonders bei Lebensmitteln in großem Umfang durchgesetzt. Es sind für Lebensmittel im Allgemeinen 31, für Alkoholika 7, Fleisch 1, körpernahe Waren 3, Haushaltsgegenstände 2, Kosmetika 5, Autos und dergleichen 4, Immobilien 1 und für anderes 9, also insgesamt 62 Vereinbarungen geschlossen worden. Einige dieser Vereinbarungen sind ihrem Inhalt nach sehr differenziert. Am Beispiel von Trinkmilch sollen hier die Vereinbarungen dargestellt werden. Folgend auf die Definition der jeweiligen Terminologie, müssen folgende Sachverhalte gut sichtbar auf Japanisch beschrieben sein: Klassifikationsname, Instruk-

tionen bei Waren, die bei Zimmertemperatur aufbewahrt werden können, Warenname, Hauptbestandteil, Name der Rohstoffe, Zeitpunkt und Temperatur der Sterilisierung, Menge des Inhalts, Haltbarkeit (bzw. zeitliche Begrenzung des Verzehrs), Anleitung zur Aufbewahrung, Gebrauch nach Öffnen der Verpackung, Ort der Milchverarbeitung, Ort der Herstellung, Name des Produzenten und des verarbeitenden Herstellers der Milch sowie die Kennzeichnung des Warennamens sind anzugeben. Durch Ausführungsregeln der Vereinbarung sind die konkreten Inhalte festgelegt. Darüber hinaus wird bestimmt, wann die Aufdrucke „Milch“ (*gyûnyû*) „Milk“ (*miruku*), „fettarme Milch“, „fettlose Milch“ nicht gebraucht werden dürfen, so dass die Kennzeichnung der Trinkmilch inhaltlich ausreichend festgelegt ist. Auch für andere Vereinbarungen des fairen Wettbewerbs kann die Richtigkeit der Inhaltsstoffe anerkannt werden.

Trotzdem sind Vereinbarungen für fairen Wettbewerb letztendlich nur selbst verpflichtende Kontrollen der Unternehmer; und da der Beitritt zu einer Vereinbarung freiwillig ist, bzw. deren Anwendung sich auf die den Vertrag abschließenden Verbandsmitglieder beschränkt, kommt es nicht selten zu dem Problem, dass mächtige Unternehmer die Vereinbarungen nicht zur Anwendung bringen. Dadurch dass es sich um freie Vereinbarungen zwischen Unternehmern handelt, so können, selbst wenn sie die Bestimmungen der JFTC annehmen, die Vorstellungen über Standard oder Kriterien von Kennzeichnungen auseinander gehen. Sicherlich sind Vereinbarungen für fairen Wettbewerb in bestimmter Hinsicht positiv zu bewerten, trotzdem sollte das grundlegende Prinzip in einer gesetzlichen Verpflichtung zur Warenkennzeichnung bestehen.

### 2.3 Die Kontrolle der Qualität der Klassifizierung von Waren

Die Kontrolle von Falschkennzeichnungen aufgrund des „Gesetzes gegen ungerechtfertigte Geschenkzugaben und irreführende Angaben“, die alle Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand hat, wird inklusive der Verpflichtung zu regulären Warenkennzeichnungen durchgeführt; parallel dazu gibt es eine Regelung der Warenklassifizierung, hauptsächlich zu Kennzeichnungen von Warenqualität. Dies schließt eine Regelung von Warenkennzeichnungen zum Schutz des Verbrauchers wie auch das Angebot von für den Verbraucher notwendiger Information ein.

#### a) Kennzeichnungen von Lebensmitteln

Zunächst soll ein Überblick über die Regelungen von Warenkennzeichnungen bei Lebensmitteln gegeben werden. Dies sind Waren, die für den Verbraucher mit am wichtigsten sind.

Regelungen der Warenkennzeichnungen von Lebensmitteln bezüglich der Sicherheit des Verbrauchers werden auf der Grundlage des „Lebensmittelhygienegesetzes“ (§ 19) durchgeführt. Für die Kennzeichnung unverpackter Lebensmittel, die im Gesetz genannt sind, gelten folgende Inhalte und Standards: Warenname, Name des Herstellers etc., Haltbarkeitsdatum, Zeitraum des Verzehrs, Lebensmittelzusatzstoffe, Aufbewahrungsmethoden (diese sind vorgeschrieben), Angaben dazu, ob es sich um bestrahlte (außer bei Kartoffeln), um genetisch veränderte oder um Lebensmittel mit allergenen Inhaltsstoffen handelt. Wird gegen diese Regeln verstoßen, kommt es über administrative Strafmaßnahmen hinaus zu einer Bestrafung (administrative Strafen § 55, Strafbestimmungen § 72).

Durch das „Gesetz zur Standardisierung und angemessenen Kennzeichnung von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft“ (Law Concerning Standardization and Proper Labelling of Agricultural and Forestry Products; JAS-Gesetz) hat das Ministerium für Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft bezüglich der Lebensmittel aus der Landwirtschaft sowie als Beitrag zur Wahlmöglichkeit des Verbrauchers zur Verbesserung von Warenschreibungen – jeweils unterschieden nach verarbeiteten und frischen Lebensmitteln – folgende von Herstellern und vom Handel einzuhaltenden Standards festgelegt: 1. Warenname, Rohstoffe, Bestandteile, Aufbewahrungsart, Herstellungsort, etc.; und 2. Methoden der Kennzeichnung und die über 1. hinaus zu nennenden Kennzeichnungsinhalte. Zwecks Unterstützung der Auswahl und Differenzierung durch den Verbraucher sind dementsprechend folgende Kennzeichnungssachverhalte festgelegt:

Kennzeichnung von verarbeiteten Lebensmitteln:

1. Warenname
2. Name der Rohstoffe und Bestandteile
3. Menge
4. Haltbarkeitsdatum (Ablaufdatum)
5. Aufbewahrungsart
6. Name und Adresse des Herstellers
7. bei Importprodukten das Ursprungsland
8. Ursprungsland der Rohstoffe (falls das Land der Verarbeitung Japan ist)

Kennzeichnung von frischen Lebensmitteln

1. Warenname
2. Ursprungsland oder Anbau-/Herkunftsgebiet

Zusätzliche Kennzeichnung

1. bei aufgetauten Lebensmitteln „aufgetaut“
2. bei gezüchteten Lebensmitteln „gezüchtet“ (Fischfarm etc.)

So ist für die jeweiligen Lebensmittel ein enges Netz von Kennzeichnungskriterien von Kennzeichnungen etabliert und entsprechend der Auffassung, dass Warenkennzeichnungen der Wahlmöglichkeit des Verbrauchers dienen, weitgehend umgesetzt. Dass durch das Gesetz die Pflicht besteht, dem Verbraucher durch Kennzeichnung bezüglich der Inhalte von Waren und ihrer Qualität ein angemessenes Verständnis zu ermöglichen, bildet einerseits eine Grundbedingung dafür, dass der Verbraucher oben genannte Lebensmittel aus einer Position der Ebenbürtigkeit erwirbt und ist andererseits die Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb.

b) Die Kennzeichnung von Haushaltsgegenständen

Mit dem „Gesetz zur Kennzeichnung der Warenqualität von Haushaltsgütern“ (Household Goods Quality Labeling Law) ist es für die Verbraucher äußerst schwierig, eine Differenzierung von Faserstoffprodukten, Produkten aus Kunstharz, Teilen elektrischer Geräte und anderen Industrieprodukten vorzunehmen. Deshalb wurde eine amtliche

Verordnung vereinbart für die Identifizierung der Qualität, wo dies besonders notwendig ist und diesbezüglich ein System zur Festlegung eines Kennzeichnungsstandards begründet (§ 2 und § 3). Bei Faserstoffprodukten sind das die Kennzeichnungsinhalte der Roherzeugnisse von Faserstoffen, Gebrauchsanweisung zum Reinigen (definierte Piktogramme zeigen an, was unbedingt zu beachten ist), Verhalten des Stoffes, wenn er nass wird, etc.

Trotzdem ist die Differenzierung von Waren durch den Verbraucher äußerst schwierig, so dass, obwohl eine Kennzeichnungspflicht zur Warendifferenzierung in den besonders notwendigen Fällen durchgeführt wurde, Differenzen zu dem eingestanden werden, was eine Kennzeichnungspflicht zum Zwecke eines angemessenen Verständnisses bzw. Differenzierung von Ware erfordert. Es gibt Probleme hinsichtlich des Umfangs der mit einer Kennzeichnungspflicht zu versehenen Waren und der diesbezüglichen Urteilskriterien.

c) Kennzeichnung von Medikamenten, Pflegemitteln etc., Kosmetik und Geräten zur medizinischen Behandlung

Das „Pharmaziegesetz“ (Pharmaceutical Affairs Law) legt fest, was auf direkten Trägern, Verpackungen und in Verpackungsbeilagen stehen darf und was nicht. Die dagegen verstößenden Produkte werden mit Verkaufsverbot belegt, ihre Vernichtung und Rücknahme wird angeordnet und eine Strafe auferlegt. Seit 2001 müssen für Kosmetika alle Bestandteile ausgewiesen sein.

Die Kennzeichnungsregelung von Lebensmitteln und medizinischen Produkten ist etabliert, da die Kennzeichnungssachverhalte, die für Verständnis und Differenzierung der betreffenden Ware für den Verbraucher notwendig sind, festgelegt sind. Auch in Bezug zur Wettbewerbsordnung gibt es keine Probleme. Demgegenüber ist bei der Kennzeichnung von Haushaltsgegenständen die Kennzeichnungsverpflichtung beim Kauf ungenügend; es fehlt das Verständnis dafür, dass prinzipiell die Pflicht auf eine dem Verbraucher Verständnis und Differenzierung der Ware ermöglichende Kennzeichnung durchgesetzt wird. Hier müssen schon bei der Konzeption von Gesetzen Änderungen vorgenommen werden.

Wird die Regelung von Kennzeichnungen wie im Fall von Lebensmitteln und medizinischen Produkten strikt durchgeführt, übernimmt sie die Rolle, die sonst die Regelung durch das „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ auf diesem Gebiet innehat; die dem Gesetz entsprechenden Regelungen lassen sich hauptsächlich über Falschkennzeichnungen begründen, unter die auch die rechtswidrige Verführung von Kunden fällt.

### 3. Schlussbemerkung

Im Handel mit Konsumgütern und Dienstleistungen muss der Verbraucher die Möglichkeit haben, Waren und Dienstleistungen zu beurteilen; nur unter dieser Voraussetzung ist eine faire Wettbewerbsordnung möglich, deshalb darf es nicht nur bei einer Kontrolle von Handlungen bleiben, die das positive Verbraucherrecht durch

missverständliche Kennzeichnung und Werbung beeinträchtigen, sondern es muss eine konkrete Kennzeichnungspflicht bezüglich der diversen Waren und Dienstleistungen durchgesetzt werden, die dem Verbraucher ein korrektes Verständnis und eine Differenzierung der gewünschten Waren und Dienstleistungen erlaubt.

Ein entsprechendes Gesetzssystem muss nicht notwendigerweise Teil des Antimonopolgesetzes sein. Wie anhand der Gesetze zur Kennzeichnung von Lebensmitteln (Lebensmittelhygienegesetz und Gesetz zur Standardisierung und angemessenen Kennzeichnung von Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft) gezeigt wurde, kann zum Zwecke der Verbrauchersicherheit schon die Festlegung einer akkuraten Kennzeichnungspflicht von Waren und Produktqualität ausreichend und angemessen sein. In diesem Fall muss die entsprechende Gesetzgebung dem Verbraucher korrektes Verständnis und Differenzierung der Waren und Dienstleistungen ermöglichen; und entsprechend dem Standpunkt, dass dazu die Verfechtung eines fairen Wettbewerbssystems im Markt eine grundlegende Rolle spielt, ist eine akkurate Anwendung des Gesetzes erforderlich.

Bei den Waren und Dienstleistungen, die nichts mit Lebensmitteln zu tun haben, z.B. im „Gesetz zur Kennzeichnung der Warenqualität von Haushaltsgütern“, wo die Einsicht fehlt, dass für eine Wettbewerbsordnung Voraussetzungen zu schaffen sind, mit denen dem Verbraucher ein korrektes Verständnis bzw. eine Differenzierung von Waren möglich ist, oder in dem Fall, wo die Kennzeichnungsstandards nur Vereinbarungen zu fairem Wettbewerb anvertraut werden, kommt es zu Problemen.

Insofern ist zu betonen, dass nicht die Regelung von Warenkennzeichnungen aufgrund von bestehenden Vereinbarungen über fairen Wettbewerb zum Prinzip erhoben werden sollte, sondern grundsätzlich die Kennzeichnungspflicht aufgrund eines Gesetzes.

Aus dem Japanischen übersetzt von Bernd Rießland.

## **Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklage durch Verbraucher in der 7. GWB-Novelle**

Roland STUHR  
Verbraucherzentrale Bundesverband

Ich freue mich, dass mir als Verbrauchervertreter die Gelegenheit gegeben wurde, über das Kartellrecht zu sprechen. Das ist nicht selbstverständlich, wenn man sich die Entwicklung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von Novelle zu Novelle anschaut. Mit der aktuellen 7. GWB-Novelle wird die verbraucherschützende Funktion des Wettbewerbsrechts durch Einführung von Verbandsklagerechten voraussichtlich erstmals deutlich im Gesetz verankert. Ich möchte in meinem Beitrag im Wesentlichen auf diese neuen Anspruchsgrundlagen eingehen, zuvor aber kurz die Dimension der prozessualen Verbraucherrechte darstellen.

Klagerechte und Maßnahmen des kollektiven Rechtsschutzes zugunsten der Verbraucher wurden auf deutscher und europäischer Ebene in den letzten Jahren kontinuierlich ausgebaut. Mit dem Unterlassungsklagegesetz (beruhend auf der Unterlassungsklage-RL der EU) wurden Verbandsklagerechte gebündelt. Obwohl es Unterlassungsklagen bereits in den Gesetzen über Allgemeine Geschäftsbedingungen und Unlauteren Wettbewerb gab, hat sich diese Bündelung in nunmehr einem Unterlassungsklagegesetz bewährt. Die eindeutige und transparente Regelung der Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden ist damit für weitere Rechtsbereiche offen und die Attraktivität für den Gesetzgeber, dieses Instrument zu nutzen, offenbar gewachsen. Das zeigt sich bereits an der Reform des Urheberrechtsgesetzes, welches neuerdings ebenfalls die Verbandsklage unter Verweis auf das Unterlassungsklagegesetz kennt.

Von dieser Entwicklung weitgehend „verschont“ geblieben ist bislang das Recht zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, im Folgenden „Kartellrecht“ genannt. Warum die private Rechtsdurchsetzung im Verbraucherinteresse gerade in diesem Bereich vernachlässigt wurde, mag verschiedene Gründe haben. In der Sache ist dieses Versäumnis jedenfalls kaum zu rechtfertigen.

Die Aufsicht über Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht allein den Kartellbehörden übertragen, sondern grundsätzlich auch den Betroffenen selbst. Es ist weitgehend anerkannt, dass die Interessenwahrnehmung durch Betroffene und deren Wachsamkeit über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln in den Dienst einer wirksamen Wettbewerbsaufsicht zu integrieren ist. Das muss auch für Verbraucher gelten.

Erinnern wir uns an Adam Smith, der erkannte, dass jede Produktion letztlich für den Verbrauch bestimmt ist. Verbraucher sind die Nutznießer von Wettbewerb auf jeder Stufe der Wertschöpfungskette einschließlich des Handels. Damit ist unbestreitbar, dass Verbraucher durch das Kartellrecht geschützt werden, weil sie durch eine funktionierende Wettbewerbswirtschaft effizienter, sicherer und preisgünstiger versorgt werden als in einer Wirtschaft ohne oder mit nur eingeschränktem Wettbewerb.

Dennoch würde ich untertreiben, würde ich sagen, dass die Einflussmöglichkeiten von Verbrauchern und Verbraucherverbänden im Kartellrecht begrenzt sind. Das wird sich zumindest ansatzweise mit der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ändern. Im gegenwärtig diskutierten Regierungsentwurf vorgesehen sind

- ein Unterlassungsanspruch und
- ein Vorteilsabschöpfungsanspruch zugunsten von Verbraucherverbänden sowie
- ein Schadensersatzanspruch für Betroffene.

Bevor ich auf diese neuen Anspruchsgrundlagen im Einzelnen eingehe, möchte ich noch ein Thema ansprechen, das bei der juristischen Diskussion um Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig nicht die ihm gebührende Beachtung findet: Information und Angebotstransparenz.

Die Segnungen des Wettbewerbs – niedrige Preise bei hoher Qualität – treten nur ein, wenn die Abnahmeseite ausreichend informiert ist.

- Der Verbraucher ist Schiedsrichter im Wettbewerb. Er entscheidet über Erfolg und Misserfolg.
- Der Verbraucher ist Generalist und gleichsam „nebenberuflich“ tätig, denn er ist auch Arbeitnehmer und vieles mehr. Der Verbraucher ist infolgedessen regelmäßig wesentlich schlechter informiert als der Anbieter.

Denken Sie hier etwa an die gegenwärtige Entwicklung der Privatisierung: Aus Gebührenzahlern für Strom und Telefon werden Jongleure im Tarifdschungel der Telekommunikationsanbieter und hoffentlich in Zukunft auch der Energieanbieter. Aus staatlichen Rentenempfängern werden Finanzexperten für die private Altersvorsorge.

Verbraucher sind deshalb mehr als je zuvor auf Transparenz und schnell verfügbare Information angewiesen. Mangelhafte Information führt zu zufälligen Auswahlentscheidungen. Fehlerhafte Information verunsichert Verbraucher; sie fühlen sich nicht selten überfordert. Und überforderte Verbraucher können ihre Aufgabe als Schiedsrichter im Wettbewerb nicht hinreichend wahrnehmen.

Deshalb lohnt es sich meines Erachtens, darüber nachzudenken, ob wir die Beseitigung von Informationsasymmetrien nicht ebenfalls als eine Aufgabe des Wettbewerbschutzes betrachten müssen. Wenn wir über Beschwerdemöglichkeiten und Klagerechte sprechen, sollten auch Informationsansprüche gegenüber Behörden und Unternehmen in Bezug auf die dort verfügbaren Informationen nicht unerwähnt bleiben. Die Bundesregierung prüft gegenwärtig, in welchem Umfang solche Informationsansprüche in einem Verbraucherinformationsgesetz zu verankern sind. Ein entsprechender Gesetzentwurf ist bereits vor zwei Jahren im Bundesrat gescheitert.

Aber vielleicht sollten auch Wettbewerbshüter Verbraucherinformation und Markttransparenz bei ihren wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen stärker berücksichtigen. Ich möchte deshalb die Frage aufwerfen, ob die bewusste Zurückhaltung verbraucherrelevanter Informationen nicht auch als Missbrauch von Marktmacht oder unbillige Behinderung von Verbrauchern geahndet werden könnte. In Bezug auf Verstöße gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) durch marktbeherrschende Unternehmen wird diese Ansicht bereits diskutiert. Im Angebotswettbewerb gegenüber dem Verbraucher könnte die Zurückhaltung wesentlicher Information ein ebenso guter Grund für ein Einschreiten von Wettbewerbsbehörden sein.

Damit kein Missverständnis aufkommt: Als Verbraucherverband fördern wir die Entstehung von Märkten, wo vor kurzem noch staatliche Monopole das Sagen hatten. Wir fördern die Entstehung von Märkten aber nicht um der Privatisierung willen, sondern mit dem Ziel eines funktionierenden Wettbewerbs.

Und Wettbewerb braucht Regeln. Deren Einhaltung müssen Behörden und Akteure innerhalb des Wettbewerbs gleichermaßen gewährleisten. Mit dem Wegfall der Anmelde- und Genehmigungspflicht im europäischen und künftig auch im deutschen Wettbewerbsrecht sollen Kartellbehörden entlastet werden. Damit kommt der privaten Wettbewerbskontrolle eine höhere Bedeutung und Verantwortung zu. Um dieser gerecht zu werden, bedarf es erweiterter Rechte – auch und gerade für Verbraucherverbände.

Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle enthält einige solcher Rechte und Beschwerdemöglichkeiten für Verbraucher, auf die ich im Folgenden eingehen werde.

### Unterlassungsanspruch

§ 33 Abs. der 7. GWB-Novelle sieht vor, dass im Falle des Verstoßes gegen das GWB, gegen europäisches Wettbewerbsrecht oder eine Verfügung der Kartellbehörde, der Verstößende auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Dieses Recht soll aber nur demjenigen zustehen, dessen Schutz das Gesetz bezweckt, gegen das verstoßen wurde.

Für Verbraucherverbände enthält § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E insofern eine besondere Klagebefugnis. Der Unterlassungsanspruch „aus Absatz 1“ steht auch Verbraucherverbänden zu. Zumindest unklar ist dabei aber, ob auch das Schutzzweckerfordernis erfüllt sein muss. Vermutlich wird dies der Fall sein, da in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E selbst gar keine Voraussetzungen für den Unterlassungsanspruch geregelt sind. Man wird deshalb auf die Voraussetzungen von § 33 Abs. 1 zurückgreifen müssen.

§ 33 in der vorliegenden Form dürfte damit wenig geeignet sein, die private Rechtsdurchsetzung bei Wettbewerbsbeschränkungen zu erleichtern. Warum das meines Erachtens der Fall ist, möchte ich kurz erläutern.

Im deutschen Kartellrecht gibt es das Schutzzweckerfordernis bereits heute im Tatbestand des Schadensersatzanspruchs gemäß § 33 GWB. Für Verbraucherverbände war der Schutzzweck aber bislang keine unmittelbare Hürde, da sie im Rahmen des Schadensersatzanspruches ohnehin nicht klagebefugt waren.

Dennoch dürfte in dem Schutzzweckerfordernis eine entscheidende Barriere für die künftige private Rechtsdurchsetzung zu sehen sein. Denn was ein Schutzgesetz ist und wer in den Schutzbereich fällt, gehört traditionell zu den umstrittensten Fragen im Kartellrecht. Die Rechtsprechung konnte diese Frage bis heute nicht praktikabel lösen und knüpft den Schadensersatzanspruch stattdessen an eine weitere Voraussetzung: Schadensersatz soll bislang nur demjenigen zustehen, gegen den sich der Kartellverstoß *gezielt* richtet.

*Gezielt* in diesem Sinne ist ein Verstoß nur, wenn er sich gezielt gegen bestimmte Personen (Mitbewerber, Lieferanten und Abnehmer) richtet. *Gezielt* ist er demgegenüber nicht, wenn er sich nur *allgemein* kostentreibend oder auch qualitätsmindernd auf den Wettbewerb auswirkt. Nutznießer dieses *allgemeinen* Wettbewerbs sind aber vor allem die Verbraucher. Wettbewerbsverstöße betreffen Verbraucher demnach, obwohl sich Verstöße nicht – wie die Rechtsprechung bislang fordert – gezielt gegen Verbraucher richten.

Die Bundesregierung hat dieses Problem erkannt und beabsichtigt offenbar eine Korrektur dieser Rechtsprechung herbeizuführen. § 33 Abs. 1 des Regierungsentwurfs schreibt deshalb den Gerichten vor, dass „andere Marktbeteiligte“ – wie z.B. Verbraucher – künftig auch dann in den Schutzbereich einbezogen werden sollen, wenn das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes nicht erfüllt ist.

Es handelt sich also gewissermaßen um eine „negative Legaldefinition“ oder präziser um die Legaldefinition des Schutzzwecks mittels eines negativen Tatbestandsmerkmals, das nach dem Willen des Gesetzgebers kein Argument gegen die Annahme eines Schutzgesetzes sein soll. Wir müssen abwarten, wie die Rechtsprechung mit dieser Konstruktion verfahren wird!

Die Zielrichtung des Verstoßes ist aber nur eine Hürde, die Verbrauchern den Zugang zu Schadensersatzansprüchen versperrt. Selbst wenn auf das Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes verzichtet wird, ist immer noch der Nachweis erforderlich, dass die verletzte Vorschrift den Schutz eines bestimmten Marktteilnehmers, insbesondere der Verbraucher, bezweckt.

Wie in § 33 Abs. 1 Satz 1 des Regierungsentwurfs zum Ausdruck gebracht wird, kommen das gesamte materielle Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen des ersten und zweiten Abschnitts sowie Art. 81 und 82 EGV als Schutzgesetze in Frage. Diese Feststellung wird aber nur ganz allgemein getroffen und nicht im Hinblick auf Verbraucher. Die zu beantwortende Frage lautet demnach in jedem Einzelfall, wessen Schutz die jeweiligen Vorschriften bezwecken und ob Verbraucher von diesem Schutzzweck erfasst werden.

Diese juristische Hürde entspricht in keiner Weise der wirtschaftlich engen Verknüpfung zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen. Wirtschaftlich betrachtet wird mit Wettbewerb ein höheres Leistungsniveau bei niedrigeren Kosten auf der Angebotsseite zum Vorteil der Nachfrageseite – also letztlich der Verbraucher – „bezweckt“. Demnach würde jede Vorschrift zum Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher sein. Wo ist hier also die Grenze zu ziehen?

Das Tatbestandsmerkmal des Schutzzwecks ist überaus unscharf. Wer in den Schutzzweck einer Vorschrift fällt, wird die Rechtsprechung erneut für jede einzelne Norm entscheiden müssen. Die bisherige Rechtspraxis wird hierbei nur wenig Orientierung bieten können, da ein *gezielter* Verstoß als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal entfällt.

Diese Regelung wird erneut zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Für Verbraucher wird es nicht ausreichen, dass diese – wie ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen – als Marktteilnehmer „betroffen“ sind. Verbraucher und Verbraucherverbände müssen vielmehr bei jedem einzelnen Verstoß darlegen und begründen, warum die verletzte Vorschrift auch ihren Schutz bezweckt.

Erschwerend kommt hinzu, dass das federführende Ministerium es bislang ablehnt, eine ausdrückliche Zweckbestimmung des Wettbewerbsrechts zugunsten der Verbraucher einzuführen. Das schafft Argumentationsspielraum dahingehend, dass das Kartellrecht zumindest nicht unmittelbar dem Schutz der Verbraucher dient. Die Neuregelung bewirkt somit Rechtsunsicherheit und damit verbunden auch eine höhere Belastung der Gerichte.

Ich möchte in diesem Zusammenhang auch auf die Stellungnahme der Monopolkommission hinweisen, die den früheren Vorschlag im Referentenentwurf vom 17.12.2003, auf das Erfordernis der Schutzgesetzverletzung zu verzichten, ausdrücklich

befürwortet hat. Die Monopolkommission hat hierzu ausgeführt: „Dieses Erfordernis [die Schutzgesetzverletzung] und seine enge Interpretation durch die Gerichte bilden einen Grund für die geringe praktische Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung in Deutschland. Die Unsicherheit darüber, ob ein Geschädigter vom Schutzbereich der Norm erfasst war und einen Anspruch erfolgreich geltend machen konnte, dürfte die Klageerhebung insbesondere bei Verstößen gegen § 1 GWB häufig verhindert haben“ (Sondergutachten der Monopolkommission zur 7. GWB-Novelle Rn. 38).

Die sachgerechte Einschätzung der Monopolkommission macht deutlich, dass die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen bei Aufrechterhaltung der Schutzgesetzverletzung als Voraussetzung für einen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch auch künftig ein Schattendasein führen soll und wird. Obwohl der privaten Rechtsdurchsetzung im System der Legalausnahmen zweifellos eine wachsende Bedeutung zukommen müsste, beabsichtigt die Bundesregierung bislang an der restriktiven und in der Praxis vermutlich wenig brauchbaren Regelung festzuhalten.

Unseres Erachtens wäre es deshalb sinnvoller, den Unterlassungsanspruch allen von einem Verstoß Betroffenen einzuräumen und dabei ausdrücklich festzuhalten, dass auch Verbraucher Betroffene sein können.

Diese Argumentation hat im Übrigen auch die Monopolkommission vertreten, indem sie eine „grundsätzliche Einbeziehung der Endverbraucher in den Betroffenenbegriff“ und eine „umfassende Legitimation der Konsumenten“ fordert (Sondergutachten Rn. 39).

Die Problematik des Schutzzweckerfordernisses möchte ich an einem Beispiel erläutern:

Im Januar letzten Jahres kritisierte die Bundesministerin für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft den erheblichen Preisdruck auf Hersteller von Lebensmitteln. Das derzeitige Preisdumping von Lebensmittelketten stehe einer qualitativ hochwertigen Produktion in der Landwirtschaft entgegen. In Pressemeldungen wurde anschließend darauf hingewiesen, dass das genannte Ministerium an einer Reform des Wettbewerbsrechts arbeite. Ziel sei es, im Interesse einer qualitativ hochwertigen Lebensmittelversorgung der Verbraucher effektiver gegen den Verkauf unter Einstandspreis vorzugehen.

Hier wird deutlich, dass auch der Verkauf unter Einstandspreis einer qualitativ hochwertigen Lebensmittelproduktion entgegenstehen kann und damit eine erhebliche verbraucherpolitische Dimension hat. Es geht nicht nur um das Wohl kleiner und mittelständischer Wettbewerber, sondern um Lebensmittelsicherheit für die Verbraucher.

Für Verbraucherverbände, die gegen Preisdumping vorgehen möchten, kommt es allein darauf an, welche Möglichkeiten Verbraucherverbände im Rahmen des GWB haben, von den jeweiligen Unternehmen die Unterlassung derartiger Verhaltensweisen zu verlangen. Der Unterlassungsanspruch im GWB-Regierungsentwurf steht Verbraucherverbänden aber nur zu, wenn die jeweiligen verletzten Vorschriften dem Schutz der Verbraucher dienen. Es kommt also auf den Schutzzweck der Norm – hier § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB – an.

Und in der Bekanntmachung des Bundeskartellamts zum Verkauf unter Einstandspreis<sup>1</sup> wird der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen als Ziel der Vorschrift genannt. Es liegt deshalb nahe, bei der Rechtsauslegung den Schutzzweck

---

<sup>1</sup> Bekanntmachung des Bundeskartellamts vom 12. Oktober 2000

der Norm auf Mitbewerber zu beschränken. In der Konsequenz versagt der Regierungsentwurf Verbraucherverbänden damit im genannten Fall einen Unterlassungsanspruch.

### Einführung einer Zweckbestimmung

Vor dem Hintergrund der Beibehaltung des Schutzzweckerfordernisses wird deutlich, dass auch auf die Einführung einer allgemeinen Zweckbestimmung zugunsten des Verbraucherschutzes nicht verzichtet werden kann. Solange wesentliche Verbraucherrechte davon abhängig gemacht werden, dass die Rechtsprechung einzelne Verbotstatbestände des GWB als verbraucherschützend einstuft, müssen wir auf der Klarstellung bestehen, dass Wettbewerbsschutz im Regelfall immer auch Verbraucherschutz ist.

Die verbraucherschützende Funktion des Wettbewerbs wurde bereits mehrfach hervorgehoben. Die Verankerung dieses Schutzzwecks im GWB würde der grundsätzlichen Zielrichtung und Systematik des GWB demzufolge nicht widersprechen.

Demgegenüber wird diese Erkenntnis durch die Beibehaltung des Schutzzweckerfordernisses bei Verbraucherklagen zumindest in Frage gestellt. Denn mit dem einschränkenden Schutzzweckerfordernis bringt der Gesetzgeber weiterhin zum Ausdruck, dass der Schutz des Wettbewerbs durch Verbotstatbestände des GWB und der Schutz einzelner Marktteilnehmer – einschließlich der Verbraucher – zweierlei Dinge sind.

Mit einer ausdrücklichen Zweckbestimmung zugunsten des Verbraucherschutzes würde demgegenüber die volkswirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs für den Verbraucher auch juristisch verankert und gleichzeitig ein Beitrag für mehr Auslegungs- und Rechtssicherheit geleistet.

Der Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen kommt letztlich den gleichen Akteuren zugute wie der Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Vorbild für das GWB sollte deshalb die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sein, die in § 1 die sogenannte Schutzzwecktrias ausdrücklich anerkennt:

§ 1 des UWG lautet:

„Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb.“

Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch im Energiewirtschaftsgesetz, welches – zumindest in der Theorie – für Wettbewerb in den Energiemärkten sorgen sollte:

„Der Wettbewerb wird im Interesse einer effizienten, sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit geschützt.“

### Schadensersatzanspruch

Einen Schadensersatzanspruch gibt es bereits heute im GWB in § 33. Die Neufassung dürfte sich inhaltlich kaum von der gegenwärtigen Fassung unterscheiden.

In Bezug auf Verbraucher und Verbraucherverbände wird dieser Anspruch vermutlich keine große Rolle spielen. Theoretisch denkbar wäre es, dass Verbraucher einen Schaden geltend machen, den sie infolge eines Wettbewerbsverstoßes erlitten haben.

Einen solchen Schadensersatzanspruch hätten Verbraucher bereits nach altem Recht geltend machen können; ein entsprechender Fall ist mir allerdings nicht bekannt. Der Grund dafür, dass Verbraucher derartige Schäden nicht einklagen, liegt auf der Hand. Der Schaden infolge von Wettbewerbsverstößen wird regelmäßig vom einzelnen Verbraucher nicht wahrgenommen. Kartellrechtliche Verbraucherinteressen können deshalb zivilrechtlich nur im Wege des Kollektiv- oder Musterrechtsschutzes gewahrt werden.

Eine mögliche Konstruktion wäre deshalb die Verbandsklage der Verbraucherzentralen nach dem Rechtsberatungsgesetz (§ 3 Nr. 8). Das Rechtsberatungsgesetz gestattet den Verbraucherzentralen die gerichtliche Einziehung fremder abgetretener Forderungen. Von dieser noch sehr jungen Vorschrift wurde bislang zwar durchaus Gebrauch gemacht, nicht aber in dem für Verbraucherzentralen naturgemäß schwer zugänglichen Bereich des Kartellrechts.

Aufgrund der regelmäßig niedrigen Schadenshöhe beim einzelnen Verbraucher ist der Schadensersatzanspruch auch kein geeignetes Instrument zur Kompensation.

Die typische Konstellation solcher Streuschäden besteht eben darin, dass einem oft erheblichen Gewinn auf Unternehmensseite eine Vielzahl betroffener Verbraucher mit geringem Individualschaden gegenüberstehen.

Ein geeignetes Instrument kann deshalb nicht am individuellen Schaden ansetzen, sondern am rechtswidrigen Gewinn, den es abzuschöpfen gilt. Im UWG gibt es einen solchen Gewinnabschöpfungsanspruch seit zwei Monaten. Im Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle heißt das gleiche Instrument Vorteilsabschöpfung.

## Vorteilsabschöpfung

Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung soll vorzugsweise den Kartellbehörden zustehen. Unternehmen können zur Zahlung eines Geldbetrags in der Höhe ihres rechtswidrig erlangten Gewinns angewiesen werden. Einen ähnlichen Anspruch – allerdings unter erheblich schärferen Voraussetzungen – gibt es bereits im gegenwärtigen GWB (§ 34).

Verbraucherverbände sollen die Herausgabe dieses Gewinns ebenfalls verlangen dürfen, allerdings nur unter erschwerten Voraussetzungen:

- der Verstoß muss vorsätzlich begangen worden sein;
- der Gewinn muss zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern erwirtschaftet worden sein;
- soweit der Gewinn bereits durch Zahlung an Dritte abgeschöpft wurde, entfällt der Anspruch; in Frage kommen beispielsweise Abschöpfungen durch die Kartellbehörden oder andere Verbände;
- der Gewinn muss an den Bundeshaushalt abgeführt werden.

Diese weiteren Voraussetzungen sind – mit Ausnahme des Vorsatzerfordernisses – von uns akzeptiert worden. In der Vielzahl der betroffenen Verbraucher kommt das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Verbraucherverbands zum Ausdruck. Legitim ist es auch, wenn sichergestellt wird, dass der Gewinn nur einmal und nur in der Höhe, in der er erwirtschaftet wurde, abgeschöpft wird. Auch die Abführung an den Bundeshaushalt wird von uns nicht beanstandet, denn die Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände geschieht im öffentlichen Interesse und dient nicht der eigenen Bereicherung.

Inakzeptabel ist demgegenüber das Vorsatzerfordernis.

Verschuldensabhängige Ansprüche sind unseres Erachtens für Außenstehende kaum durchsetzbar. Denkbar erscheint hier zwar noch der Nachweis eines fahrlässigen Verschuldens in Form einer Verkennung der Rechtslage auf Seiten der kartellrechtswidrig handelnden Unternehmen. Aber der Nachweis, dass Führungskräfte vorsätzlich gehandelt haben, wird demgegenüber zumindest für Verbraucherverbände kaum zu führen sein.

Der Anwendungsbereich wird damit auf die Fälle von offensichtlichem Verschulden beschränkt sein. Bei solchen besonders schwerwiegenden Verstößen wird jedoch bereits das Bundeskartellamt von seinem Abschöpfungsanspruch Gebrauch machen, so dass der entsprechende Anspruch der Verbraucherverbände vermutlich leer laufen wird.

Nicht nachvollziehbar ist die Voraussetzung des vorsätzlichen Verstoßes auch im Vergleich mit dem entsprechenden Anspruch des Bundeskartellamtes. Wie es in der Begründung zum Referentenentwurf vom 17.12.2003 zutreffend heißt, ist ein Verzicht auf jedes Verschulden „gerechtfertigt, weil der Täter auf keinen Fall, auch wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat, einen Vorteil aus dem Kartellrechtsverstoß behalten soll“ (Begründung zum Ref-E, Seite 25).

Diese Feststellung gilt auch dann, wenn das Bundeskartellamt von seinem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung keinen Gebrauch macht. Dass in diesem Fall Verbände lediglich mit dem stumpfen Schwert einer auf Vorsatz beschränkten Vorteilsabschöpfung ausgestattet werden sollen, entbehrt damit jeder rechtspolitischen Grundlage und entschärft die Vorschrift einschließlich ihres generalpräventiven Charakters bis hin zur Bedeutungslosigkeit. Denn bei offensichtlichen Verstößen, bei denen sich Vorsatz geradezu aufdrängt, ist nicht ersichtlich, warum das Bundeskartellamt auf seine Befugnisse gemäß § 34 Ref-E verzichten sollte.

## Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren

Zwingende Voraussetzung für eine Beiladung ist bislang, dass die Interessen des Verbraucherverbandes oder seiner Mitglieder durch die Entscheidung über den Zusammenschluss „erheblich berührt“ werden (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB).

Insbesondere im Zusammenhang mit der Ministererlaubnis für den Zusammenschluss von E.ON und Ruhrgas ist die Beteiligung von Verbraucherverbänden an Fusionsverfahren in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Der Nachweis der erheblichen Interessenberührung ist für die Verbraucherverbände in der Praxis oft mit Schwierigkeiten verbunden. So hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf in seiner aktuellen Entscheidung über die unterbliebene Beiladung eines Verbraucherverbandes eine erhebliche Interessenberührung noch nicht als ge-

ben angesehen, wenn ein Zusammenschluss zu einer durchschnittlichen Mehrbelastung von 5 Euro bzw. sogar 10 Euro pro Monat für den einzelnen Verbraucher führt.<sup>2</sup> Auch wenn es grundsätzlich kritikwürdig ist, dass – auf das Jahr gerechnet – Beträge von 60 Euro bzw. 120 Euro als „nicht erheblich“ eingestuft werden, so ist trotzdem als Ergebnis festzuhalten, dass die Rechtsprechung an die Erheblichkeit der Interessenberührung sehr hohe Ansprüche stellt.

Neben der Betrachtung der Erheblichkeit für den einzelnen Verbraucher sollte bei der Bewertung der Erheblichkeit eine Berücksichtigung der Anzahl der betroffenen Verbraucher erfolgen. Sofern in dem zuvor genannten Referenzfall des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas 10 Millionen Verbraucher oder mehr einer Mehrbelastung von 60 Euro pro Jahr ausgesetzt sind, ergibt sich ein Gesamtzuwachs der Belastung der Verbraucher von 600 Millionen Euro.

Sofern ein Verband die Interessen dieser Verbraucher vertritt, kann die Erheblichkeit eigentlich nicht mehr bestritten werden. Diese Betrachtungsweise hat jedoch bislang weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung einen Niederschlag gefunden.

Unabhängig von der Frage, ab welchen wirtschaftlichen Auswirkungen eine Belastung für den einzelnen Verbraucher als erheblich einzustufen ist, sollte bei der Betroffenheit einer bestimmten Anzahl von Verbandsmitgliedern die Erheblichkeit der Interessenberührung gesetzlich vermutet werden.

Insoweit kommt uns der Gesetzgeber im *Regierungsentwurf* entgegen. Verbraucherverbände können künftig zu Kartellverwaltungsverfahren beigeladen werden, wenn sich die Entscheidung auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und damit die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden.

Damit dürfte eine Beteiligung der Verbraucherverbände bei den genannten Streuschäden regelmäßig unproblematisch sein.

Problematisch ist demgegenüber die Beschwerdebefugnis zu dem in Deutschland zuständigen Oberlandesgericht Düsseldorf. Die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kartellbehörden (einschließlich der Ministererlaubnis) steht nur demjenigen zu, der formell und materiell durch die Entscheidung beschwert ist.

Die *formelle* Beschwerde ergibt sich zumindest für gemäß § 54 Abs. 2 Ziff. 3 GWB beigeladene Prozessbeteiligte aus der von ihrem Antrag abweichenden angefochtenen Entscheidung (Fusionserlaubnis) im Verwaltungsverfahren. Ob darüber hinaus eine *materielle* Beschwerde erforderlich ist, ist unklar.<sup>3</sup>

Das insoweit maßgebliche Oberlandesgericht Düsseldorf fordert eine solche materielle Beschwerde des Beigeladenen. Die Zulässigkeit der Beschwerde soll davon abhängig sein, dass der Beigeladene „als Träger eigener Interessen in seinem unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld und Gestaltungsspielraum auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht, betroffen ist.“<sup>4</sup>

Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung die Zulässigkeit der Beschwerde damit begründet, dass beide Beschwerdeführer auf dem Gasmarkt tätig sind. Auch das

---

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02. September 2002, Az.: Kart 27/02 (V), S. 5.

<sup>3</sup> Vgl. Bechthold, GWB, 2. Auflage 1999, § 63 Rn. 5 am Ende.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. Juli 2002, Az.: Kart 25/02 (V), Seite 5.

führende Schrifttum fordert hier ausdrücklich *wirtschaftliche* Nachteile für den Beschwerdeführer.<sup>5</sup>

Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, sind regelmäßig nicht in ihrem eigenen wettbewerblichen Betätigungsfeld betroffen. In Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung gegenüber nicht gewerblich betroffenen Wettbewerbern, bestehen auch weiterhin begründete Zweifel an einer künftigen Beschwerdebefugnis von Verbraucherverbänden. Um diese Unklarheit zu beseitigen, wäre eine eindeutige Regelung in Bezug auf Verbände erforderlich.

Um sicherzustellen, dass Verbände nicht nur zum Zweck der Einlegung solcher Beschwerden gegründet werden, möchten wir eine ähnlich restriktive Regelung, wie sie im Regierungsentwurf für die Unterlassungsklage gemäß § 33 Abs. 2 GWB-E vorgesehen ist, anregen. Eine weitere Voraussetzung könnte die Beteiligung am Kartellverfahren sein. Damit wäre der Gefahr eines Missbrauchs der Verbandsbeschwerde ausreichend begegnet.

#### Aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen im Verfahren der Ministererlaubnis gemäß § 65 GWB-E

Etwas komplizierter gestaltet sich der vorläufige Rechtsschutz gegen Fusionsentscheidungen. Da bereits vollzogene Fusionen regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden (können), können Verbraucherverbände nur wirksam tätig werden, wenn sie die Interessen der Verbraucher auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vertreten können, um Fusionsvorhaben einer effektiven Kontrolle durch die Rechtsprechung zu unterziehen.

In der gegenwärtigen Fassung des Referentenentwurfs wird die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes durch Verbraucherverbände faktisch ausgeschaltet. Denn zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E eine Verletzung des Antragstellers in *eigenen Rechten* (nicht lediglich eine erhebliche Interessenberührung). Da aber eine Verletzung verbandseigener Rechte infolge von Fusionsentscheidungen ausgeschlossen sein dürfte, sollte zumindest im Hinblick auf die Zulässigkeit des Antrags durch Verbraucherverbände die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen genügen.

Erforderlich wäre deshalb eine dem Beteiligungsrecht gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB-E entsprechende Regelung, die auf die *Interessenlage* – nicht aber auf die *Rechtsverletzung* – abstellt. Die gegenwärtig beabsichtigte Ausweitung der Beteiligungsrechte Dritter bei gleichzeitiger Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes Dritter wird der Rolle von Verbraucherverbänden als unabhängige Sachwalter von Verbraucherinteressen demgegenüber nicht gerecht.

Wir hoffen, dass der Gesetzgeber in den hier angesprochenen Punkten noch nachbessern wird.

---

<sup>5</sup> Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 63 Rn. 27.

# Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklagen durch die Verbraucher

SUZUKI Takayuki  
Universität Tōhoku

## 1. Einleitung

In der Marktwirtschaft werden alle Produktions- und Verkaufsaktivitäten in letzter Konsequenz von den Konsumenten bestimmt, weshalb man auch vom Primat des Verbrauchers spricht. Sicherlich machen Unternehmen, die das Vertrauen der Konsumenten verloren haben, faktisch keine Geschäfte mehr. Aber im japanischen Antimonopolgesetz sind die rechtlichen Mittel, mit denen die Verbraucher Wettbewerbsverletzungen unmittelbar verfolgen, bisher nicht immer zweckdienlich gehandhabt worden, obgleich die Sicherung der allgemeinen Interessen der Konsumenten als Zielstellung (§ 1) proklamiert ist.

Dafür gibt es mehrere Gründe. Vergleicht man die Situation der Unternehmen, die eine Wettbewerbsverletzung begehen, mit der der durch sie geschädigten Verbraucher, so findet man insofern eine Asymmetrie, als dass die Unternehmen den Verbrauchern in Bezug auf Fachwissen, Informationen und Ressourcen weit überlegen sind. Im traditionellen Privatrecht, in dem der Grundsatz der Gleichstellung der beteiligten Parteien gilt, waren bei der Rechtsanwendung keine Ausnahmeregelungen zur Korrektur dieser Asymmetrie erlaubt.

Ein weiterer Grund besteht darin, dass die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung mit dem Gemeinnutz in Zusammenhang steht. Beim abstrakten Gesamtinteresse der Konsumenten im Allgemeinen kann man zwar von Gemeinnutz sprechen, sobald aber individuelle Verbraucher ins Spiel kommen, geht es um Privatinteressen. So waren die Verwaltungsorgane, die dem Gemeinnutz verpflichtet und für das Kartellrecht zuständig sind, bei einer weitergehenden Einbeziehung der einzelnen Verbraucher bei der Beachtung der Wettbewerbsordnung tendenziell eher zögerlich.

Heutzutage, wo die wirtschaftlichen Aktivitäten durch eine von Marktgerechtigkeit gekennzeichnete Wettbewerbsordnung entsprechend den regulativen Reformen gesetzlich fixiert sind und das Prinzip der Eigenverantwortung sowohl von Unternehmen als auch Verbrauchern in größerem Umfang gefordert wird, muss aber die rechtliche Möglichkeit der Verbraucher, bei Wettbewerbsverletzungen selbst aktiv zu werden, garantiert werden. Dies erscheint jedoch angesichts der bisherigen passiven Positionierung der Verbraucher zweifelhaft. Dies soll der Ausgangspunkt meiner Betrachtungen über „Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklagen seitens der Verbraucher“ sein.

## 2. Nachforschungsanträge bei der Japan Fair Trade Commission (JFTC)

Bei der JFTC, die in Japan das Antimonopolgesetz beaufsichtigt, werden jährlich über 2.000 Ermittlungsanträge von Normalbürgern gestellt. Allerdings handelte es sich z.B. im Fiskaljahr 2003 bei 1.835 der 2.395 Gesuche um Fälle von Dumpingverkauf. Die Zahl der übrigen hat sich in den letzten fünf Jahren jeweils um die 600 bewegt, wobei nicht bekannt ist, wie viele davon von Verbrauchern gestellt wurden. Im Kartellrecht gibt es zwar eine Bestimmung, wonach Normalbürger Ermittlungen bei der JFTC beantragen können, aber diese Bestimmung ist durch einen Präzedenzfall beim Obersten Gericht (Urteil des Obersten Gerichts vom 16.11.1972, „Fall des Ebisu-Lebensmittelsyndikats“, *Minshû* 26, Nr. 9, S. 1573) so interpretiert worden, dass sich aus ihr kein konkreter Anspruch gegenüber der JFTC herleitet.

Daraus ergibt sich somit keine Möglichkeit, gegen Maßnahmen der JFTC Beschwerde einzulegen. Bedenkt man, dass die JFTC in Japan das einzige für das Kartellrecht zuständige administrative Organ ist, so müsste es zur Kontrolle ihrer Maßnahmen einen externen Prüfungsausschuss geben, zu der auch Verbrauchervertreter gehören. Wenn jemand, der einen Ermittlungsantrag gestellt hat mit den Maßnahmen der JFTC unzufrieden ist, könnte er Beschwerde einlegen und eine Überprüfung erwirken. Zwar hat die JFTC seit 2000 solche Beschwerden angenommen, die Überprüfung erfolgte jedoch durch einen eigenen internen Ausschuss.

## 3. Unterlassungsklagen

In Japan ist die Institution der Unterlassungsklagen im Jahr 2000 in das Antimonopolgesetz aufgenommen worden. Hatte zuvor nur die JFTC die Kompetenz, Wettbewerbsverstöße zu unterbinden, so wurde nun auch für die Verbraucher bei einer Schädigung oder befürchteten Schädigung die Möglichkeit einer direkten Beteiligung eröffnet, indem der Geschädigte unter Umgehung der JFTC seine Forderung über ein Gericht direkt an den Verantwortlichen für den Verstoß richten kann. Allerdings bestehen bei der Einreichung einer Unterlassungsklage zwei Einschränkungen.

Die erste besteht darin, dass nicht bei allen Wettbewerbsverletzungen Unterlassungsklagen geführt werden können, sondern nur bei unfairen Geschäftspraktiken. Unterlassungsklagen in Bezug auf Kartelle und Fusionen sind damit ausgeschlossen.

Die zweite Einschränkung beinhaltet, dass für den Geschädigten ein beträchtlicher Schaden entstanden oder zu befürchten sein muss. Mit der Festlegung auf „beträchtliche Schäden“ stellte man eine Korrelation zur Schadensersatzklage her. Hinsichtlich der Hilfe für den Geschädigten wurde damit das Gewicht auf das zivilrechtliche Prinzip der geldlichen Kompensation gelegt. Da nach dieser Auslegung für die Anerkennung einer Unterlassungsforderung eine hochgradigere Gesetzeswidrigkeit vorliegen muss als bei einer Schadensersatzforderung, wird ersterer dann stattgegeben, wenn einer größere Schädigung sowie eine höhere Vorsätzlichkeit der Rechtsverletzung vorliegen. Ob dieser Punkt eine Hürde für Unterlassungsforderungen darstellt, ist gegenwärtig noch nicht abzusehen und wird sich mit der zunehmenden Zahl von Präzedenzfällen bei Gericht erweisen.

Der reale Grund für diese Einschränkungen lag in der Befürchtung der Wirtschaft, dass es zu einer Prozessflut infolge der Anerkennung privater Unterlassungsklagen kommen könnte. Die Zahl derartiger Klagen, die in den etwa drei Jahren von April 2001, als das System in Kraft trat, bis Juni 2004 eingereicht wurden, beläuft sich jedoch nur auf 26 und liegt damit unter jener der Schadensersatzklagen. In 16 Fällen sind die Urteile bereits gesprochen, von denen freilich keines einer Unterlassungsforderung stattgab. Die meisten der Kläger sind Unternehmer, es finden sich aber auch Verbraucher. In jedem Fall lässt sich feststellen, dass die Sorgen der Wirtschaft bezüglich einer Prozesslawine übertrieben waren.

Zwar hat noch kein Urteil den Klageforderungen stattgegeben, dennoch gibt es Anzeichen dafür, dass die Zulassung von Unterlassungsklagen verschiedene positive Wirkungen zeitigt. Einmal waren Interpretation und Anwendung des Antimonopolgesetzes bis dato überwiegend durch die JFTC sowie das Obergericht Tôkyô und den Obersten Gerichtshof erfolgt, welche die JFTC-Urteile überprüfen. Demgegenüber sind nun bei den Unterlassungsklagen die Landgerichte beteiligt. Folglich können Personen, die sich durch Wettbewerbsverletzungen geschädigt glauben, seit 2001 wählen, ob sie die JFTC um eine Prüfung ersuchen oder eine Klage bei Gericht einreichen. Selbstverständlich sind auch beide Wege möglich. Man kann jetzt ausprobieren, welches Organ am aufgeschlossensten für den betreffenden Fall ist. Ironischerweise hat das den Wettbewerb fördernde, für das Antimonopolgesetz zuständige Organ, das bis dahin konkurrenzlos gewesen war, nun Rivalen bekommen. Dennoch bleibt es dabei, dass die JFTC unangefochten die zentrale Rolle bei der praktischen Anwendung des Antimonopolgesetzes spielt. Sich an die JFTC zu wenden ist verfahrenstechnisch einfacher und kostengünstiger als vor Gericht zu ziehen. Vor allem ist es so, dass die JFTC als administratives Organ ihre Kompetenzen auf der Grundlage einer eigenen Politik aktiv zur Geltung bringen kann, während Gerichte in einer passiven Position verharren. Die Möglichkeit, Unterlassungsforderungen auch vor Gericht geltend zu machen, wirkt aber mit Sicherheit stimulierend auf die JFTC.

Eine weitere positive Wirkung besteht interessanterweise darin, dass aufgrund der individuellen Urteilsfindung der Landgerichte auch uneinheitliche Ansichten vorkommen. In Fällen von unfairen Störungen der Geschäfte von Konkurrenten bzw. von Behinderungen des Zustandekommens von Geschäften von Konkurrenten wird z.B. der Effekt der Minderung der Geschäftschancen dieser Gegenspieler gewöhnlich als rechtswidrige Wettbewerbsverletzung angesehen. Es gibt aber auch Urteile, die davon ausgehen, dass die Unlauterkeit danach bewertet werden sollte, ob die in der Kundenwerbung für das Nichtzustandekommen von Geschäften der Konkurrenz eingesetzten Mittel objektiv dazu angetan sind, die freie Entscheidungsfindung der Kunden zu beeinträchtigen. Eine Wettbewerbsverletzung von den Optionen der Kunden her zu fassen bedeutet, die Entscheidung danach zu fällen, ob die Wahlfreiheit der Kunden verletzt wird oder nicht. Dieser Standpunkt hat eine Debatte darüber ausgelöst, ob die Funktion des Verbraucherschutzes im Kartellrecht originären oder reflexiven Charakter besitzt.

Natürlich wäre es nicht besser, wenn die Gerichte stark voneinander abweichende Urteile fällen würden. Offenbar ist weniger eine Situation mit zwangsläufig einheitlichen Urteilen zu erwarten, sondern eine ebenfalls von Wettbewerb getragene Entwicklung, bei der nach und nach unterschiedliche Denkweisen hervortreten und die besseren von ihnen evaluiert und übernommen werden. Gewünscht sind vorteilhafte Synergieeffekte mit neuen Impulsen für die Arbeit der JFTC.

#### 4. Schadensersatzklagen

Schadensersatzklagen bilden für die Verbraucher die wichtigste Handhabe, um Unternehmer zu belangen, die sich Wettbewerbsverletzungen zuschulden kommen lassen. In einem Präzedenzfall vor dem Obersten Gerichtshof wurde 1989 anerkannt, dass Verbraucher als Kläger qualifiziert sind, auch wenn kein unmittelbares Geschäftsverhältnis zu dem betreffenden Unternehmer besteht (Urteil des Obersten Gerichts vom 08.12.1989, Fall Tsuruoka Heizöl-Kartell, *Minshû* 43, Nr. 11, S. 1259). Dort heißt es: „In Bezug auf unerlaubte Handlungen, deren Haftungsursache eine Verletzung des Wettbewerbsrechts sind, gibt es keinen Grund dafür, dass nur solche Personen Schadensersatz fordern können, die direkte Geschäftsbeteiligte des Unternehmers, der die Wettbewerbseinschränkung zu verantworten hat, sind. Solange ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Gesetzesverstoß und Schaden besteht, muss, wie in anderen Fällen auch, Schadensersatz verlangt werden können, unabhängig davon, ob es sich um einen direkten oder indirekten Geschäftsbeteiligten des Unternehmers handelt, also z.B. jemand, der mit einem direkt Beteiligten wiederum einen Handel eingegangen ist.“

Von Unternehmenszusammenschlüssen abgesehen sind Schadensersatzklagen, anders als Unterlassungsklagen, nicht auf unfaire Geschäftspraktiken beschränkt, sondern können bei jeder Wettbewerbsverletzung erhoben werden, einschließlich Kartellen. Weiterhin können Schadensersatzklagen auch gegenüber einem Wirtschaftsverband geltend gemacht werden, wenn dieser den Verstoß begangen hat.

Schadensersatzklagen werden durch drei grundlegende Rechtsvorschriften ermöglicht. Erstens handelt es sich dabei um Klagen zum Ausgleich von Schäden ohne Verschulden des Verursachers auf Grundlage des § 25 Antimonopolgesetzes. Danach kann ein Geschädigter, bei Vorliegen einer endgültigen Entscheidung der JFTC als Voraussetzung, Klage beim Oberlandesgericht Tôkyô einreichen. Wenn der beklagte Unternehmer oder der beklagte Wirtschaftsverband nachweislich ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehandelt hat und sich der Haftungspflicht nicht entziehen kann, handelt es sich hier um eine Sonderregelung des § 709 Zivilgesetz. Dieses System besteht seit dem Erlass des Antimonopolgesetzes im Jahr 1947, aber Klagen auf der Grundlage des § 25 war in den seither vergangenen 57 Jahren mit 20 Fällen sehr selten. Um die Anwendung zu beleben, stellt die JFTC seit 1991 Material über Verstöße zur Verfügung, zu denen sie Entscheidungen vorgelegt hat, einschließlich Schadensersatzklagen auf der Grundlage von § 709 Zivilgesetz. Für die Berechnung der Schadenssumme muss das Gericht nach § 84 Antimonopolgesetz die Meinung der JFTC einholen.

In Präzedenzfällen von Schadensersatzklagen durch Verbraucher wurde die Wiedergutmachung von Schäden für den Endkäufer gefordert, wie z.B. durch eine Preisbindung der zweiten Hand bei Farbfernsehgeräten (Urteil des Oberlandesgerichts Tôkyô vom 19.09.1977, „Fall der Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.“, *Minshû* 30, Nr. 3, S. 247) oder ein Preiskartell für Erdölprodukte (Urteil des Obersten Gerichts vom 02.07.1987, „Fall der Schadensersatzforderung an Erdölpreiskartell, *Minshû* 41, Nr. 5, S. 785). Allerdings handelt es sich bei letzterem um ein Urteil des Obersten Gerichtshofs von 1987, das die Klage wie folgt zurückwies: „Damit der Verbraucher Schadensersatz verlangen kann, trägt er als vermeintlich Geschädigter die Beweislast für den Zusammenhang, dass das betreffende Preiskartell zu einem Anstieg der realen Einzelverkaufspreise geführt hat und sich ein niedrigerer Einzelverkaufspreis als der bestehende gebildet hätte, wenn die Preisabsprache nicht realisiert worden wäre. Da sich im

vorliegenden Fall nicht mit Bestimmtheit klären lässt, dass sich ein niedrigerer Einzelverkaufspreis als der bestehende gebildet hätte, wenn die Preisabsprache nicht realisiert worden wäre, kann auch nicht festgestellt werden, dass der Verbraucher einen Schaden erlitten hat.“

Da in reale Preisfluktuationen zusammen mit einem eventuellen Preiskartell auch diverse Rohstoffpreise, Produktionskosten, Löhne, Transportgebühren und andere Belastungen eingehen, ist die Berechnung eines hypothetischen Preises ohne das besagte Preiskartell schwierig. Fest steht, dass es für die beteiligten Unternehmer eine günstige Veränderung der Marktbedingungen gab, und laut Urteil wäre ein Vergleich der Preise vor und nach dem Kartell unter der Prämisse anzustellen, dass die neben dem Faktor der kartellabhängigen Veränderung existierenden Marktbedingungen in beiden Fällen identisch sind. Weiterhin müsste die Schadenssumme gegenwärtig wohl auf der Grundlage von § 248 der 1996 revidierten Zivilprozessordnung bestätigt werden. Daher erwartet man, dass bisherige Präzedenzfälle bei künftigen Schadensersatzklagen modifiziert werden.

Die zweiten Schadensersatzklagen gründen sich auf die allgemeinen Bestimmungen zu Schadensersatzforderungen bei ungesetzlichen Handlungen nach § 709 Zivilgesetz. In Bezug auf Verstöße gegen das Kartellrecht ist die Möglichkeit der zivilrechtlichen Schadensersatzforderung durch ein Urteil des Obersten Gerichts im Jahr 1989 (der besagte Fall des Tsuruoka Heizölkartells) anerkannt worden: „Solange eine Verletzung des Kartellrechts unter die zivilrechtlich unerlaubten Handlungen fällt, darf eine Forderung nach Schadensersatz wie in anderen, gewöhnlichen Fällen nicht behindert werden, unabhängig vom Vorliegen einer entsprechenden Entscheidung [seitens der JFTC].“

Gegenüber Schadensersatzklagen auf der Grundlage von § 25 Antimonopolgesetz sind solche, die auf § 709 Zivilgesetz basieren, dadurch gekennzeichnet, dass (1) sie auch möglich sind, wenn die Entscheidung der JFTC noch nicht endgültig ist oder gar nicht vorliegt und (2) die Klage nicht nur beim Oberlandesgericht Tôkyô, sondern auch bei anderen Landgerichten eingereicht werden kann. Bis heute hat es mehr als 60 Klageerhebungen gegeben, von denen allerdings die meisten von Unternehmern und nur wenige von Verbrauchern eingereicht wurden. In diesem Punkt verhält es sich genauso wie bei den erwähnten Klagen auf der Grundlage von § 25 Antimonopolgesetz.

Die dritte Art von Schadensersatzklagen haben in den letzten Jahren zugenommen und liegen in einem besonderen, eng begrenzten Bereich. Es handelt sich dabei um Fälle von Ausschreibungsabsprachen, zu denen die JFTC eine Entscheidung getroffen hat und die mit Leistungsgegenständen in Zusammenhang stehen, welche von lokalen öffentlichen Körperschaften geordert werden. Die Schadensersatzklagen Einwohnerklagen werden eingereicht, nachdem eine Überprüfung erfolgt ist, welche die durch die lokale öffentliche Körperschaft vertretenen Einwohner auf der Grundlage von § 242, Absatz 2 des Gesetzes über die lokale Selbstverwaltung erwirkt haben. Bislang hat es hier mehr als 30 Klageeinreichungen gegeben.

Insgesamt ist die Zahl der Schadensersatzklagen durch Verbraucher nicht groß, die Entwicklung in diesem Bereich nicht sehr lebhaft. Die von Verbrauchern erlittenen Schäden sind gestreut, es sind viele Fälle mit geringen Schadenssummen, und der Zugang zum System der hauptsächlich auf den Schutz individueller Rechte gerichteten, traditionellen Schadensersatzklagen hat sich zum Teil als schwierig erwiesen. Zur Hintergrundsituation gehört aber auch, dass die Gerichte sich nicht adäquat auf die von

Verbrauchern eingebrachten Schadensersatzforderungen eingestellt haben und konservativen Herangehensweisen verhaftet blieben.

Weil die Gerichte nun aber anerkannt haben, dass Verbraucher als indirekte Beteiligte in diesen Fällen als Kläger qualifiziert sind und eine Schadensersatzklage einreichen können, besteht natürlich die Notwendigkeit eines Prozesssystems, das auf viele Fälle mit geringen Schadenssummen eingerichtet ist und z.B. auch Verbands- und Sammelklagen umfasst. Dies gilt sicherlich auch für Verbraucherprobleme außerhalb des Kartellrechts, wie Betrug und Umweltverschmutzung. Ein Problem, das eher für das Verhältnis von Kartellrecht und Verbraucher charakteristisch ist, sollte indessen noch einmal überdacht werden, nämlich ob die Forderung der Gerichte nach dem angesichts der sich ständig ändernden wirtschaftlichen Situation schwierig zu erbringenden Nachweis eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Verstoß und Schaden angemessen ist.

## 5. Beschwerdemöglichkeiten

Haben Verbraucher nun die Möglichkeit der Beschwerdeführung, wenn sie nicht als konkrete Geschädigte auftreten, sondern als abstrakte „allgemeine Konsumenten“? Im ersten Fall wurden die persönlichen Interessen von Verbrauchern verletzt, im zweiten Fall ihre allgemeinen Interessen.

Ein Prozess um diese Frage wurde in Japan in Zusammenhang mit dem „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkzugaben und irreführende Angaben“ (Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations) geführt. Die JFTC hatte ein „Abkommen für lauterer Wettbewerb“ (Fair Competition Code) hinsichtlich der Angaben auf Fruchtsaftgetränken etc. genehmigt. Eine Verbrauchergruppe, die sich inhaltlich dagegen aussprach und behauptete, es gebe eine geeignetere Methode der Warenkennzeichnung, legte Beschwerde ein. Die JFTC fasste einen Beschluss, wonach Beschwerde nur jemand einlegen könne, dessen konkrete individuelle Rechte oder gesetzlich geschützte Interessen unmittelbar oder zumindest notwendigerweise verletzt wurden, und wies die Beschwerde ab (Entscheidung der Fair Trade Commission vom 14.03.1973, „Fall der Fruchtsaftkennzeichnung, Japanischer Hausfrauenverband“, *Shinketsushû* 19, S. 159).

Die Verbrauchergruppe forderte die Revision dieser Entscheidung und reichte Klage ein, aber der Oberste Gerichtshof hielt den Schiedsspruch des JFTC im Urteil von 1978 aufrecht (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 14.03.1978, gleicher Fall, *Minshû* 32, Nr. 2, S. 211). Die Begründung lautete wie folgt: „Gesetzlich geschützte Interessen werden dadurch garantiert, dass der Ausübung der administrativen Gewalt Beschränkungen auferlegt sind, um die individuellen Interessen von Privatpersonen u.a. Rechtssubjekten durch die Verwaltungsgesetzgebung zu schützen ..., man unterscheidet sie von reflexiven Vorteilen, die bestimmte Personen zufällig im Ergebnis davon erlangen, dass der Ausübung der administrativen Gewalt Beschränkungen auferlegt sind, um das Gemeinwohl zu realisieren. Die Vorteile, die die Konsumenten im Allgemeinen durch die Bestimmungen des ‚Gesetzes gegen ungerechtfertigte Geschenkzugaben und irreführende Angaben‘ erlangen, sind abstrakte, durchschnittliche und allgemeine Interessen, welche die Bürger im Allgemeinen über den Schutz des Allgemeinwohls durch die

geeignete Anwendung dieses Gesetzes seitens der JFTC kollektiv innehaben. Sie lassen sich nicht als gesetzlich geschützte Interessen bezeichnen, welche durch Gesetze und Verordnungen zum Schutz der eigentlichen individuellen Interessen von Privatpersonen u.a. Rechtssubjekten garantiert werden.“ Anders als bei Schadensersatzklagen wurde damit die Qualifikation der Verbraucher als Kläger nicht anerkannt.

Dieser Präzedenzfall ist häufig kritisiert worden. Dabei spielen zwei Probleme eine Rolle. Zum einen werden gesetzlich geschützte Interessen nur dann anerkannt, wenn sie als individuelle Interessen der Verbraucher durch substantielle Vorschriften, welche die Grundlage der Maßnahmen der Verwaltungsbehörden bilden, geschützt sind. Alle anderen gelten als reflexive Interessen. Zweitens werden allgemeine Interessen, welche die Verbraucher kollektiv innehaben, nicht als gesetzlich geschützte individuelle Interessen behandelt.

Was das erste Problem angeht, so ist der Schutz der Verbraucherinteressen eine der eigentlichen Funktionen des Antimonopolgesetzes und damit auch des „Gesetzes gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“. Dies steht nicht im Widerspruch zu ihrem unmittelbaren Zweck, der Regulierung von Wettbewerbs-einschränkungen zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung.

Das zweite Problem ist, dass allgemeine Interessen nach der hier angewandten These der Trennung von Allgemeinwohl und individuellen Interessen das Allgemeinwohl bilden und damit nicht zu individuellen Interessen werden können. Im Antimonopolgesetz und im „Gesetz gegen ungerechtfertigte Geschenkgaben und irreführende Angaben“ gibt es jedoch genug Spielraum, allgemeine Interessen auch als individuelle Interessen anzusehen, etwa bei den Methoden der Warenkennzeichnung, die mit der Wahlfreiheit, einem originären Recht des Verbrauchers, in Zusammenhang stehen.

## 6. Zusammenfassung

Es erfolgte eine Darstellung der gegenwärtigen Situation und der Problempunkte bezüglich der Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklagen seitens der Verbraucher bei Verstößen gegen das Kartellrecht in Japan. Unser Land befindet sich gegenwärtig in einer Umbruchsphase, von der auch das Rechtssystem betroffen ist. Man hat die Notwendigkeit einer neuen Positionierung der Verbraucher im fortschreitenden Reformprozess der Regulierungsmechanismen erkannt. So ist zu erwarten, dass herkömmliche Ansätze künftig in eine positive Richtung modifiziert werden.

Aus dem Japanischen übersetzt von Bernd Rießland.

## Verbraucherschutz im deutschen Energiewirtschaftsrecht

Michael KUXENKO  
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Thema meines Vortrags ist der Verbraucherschutz im deutschen Energiewirtschaftsrecht. Das Energiewirtschaftsrecht umfasst in Deutschland das Recht der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas.<sup>1</sup> Nicht umfasst sind die Versorgung mit Fernwärme und mit sonstigen Energieträgern (z.B. Mineralöl oder Flüssiggas).

Das Thema Verbraucherschutz kann nicht losgelöst von den aktuellen Entwicklungen im Energiesektor betrachtet werden. Der Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft hat in den letzten Jahren eine grundlegende Umwälzung erfahren. Die deutschen Strom- und Gasmärkte sind im Jahre 1998 in Vorgriff auf entsprechende europäische Vorgaben vollständig für den freien Wettbewerb geöffnet worden.<sup>2</sup> Dies bedeutete vor allem, dass die bis dahin bestehenden Gebietsmonopole der etablierten Energieversorgungsunternehmen ersatzlos aufgehoben und die Möglichkeit des freien Netzzugangs für alle Lieferanten geschaffen wurde.

Die Liberalisierung der Energiemärkte hat auch den Energieverbrauchern vollkommen neue Konsumerfahrungen gebracht. Bis dahin wurden Energieversorgungsunternehmen angesichts der bestehenden Monopole und der Tatsache, dass die Versorger meist (zumindest zu großen Teilen) im Eigentum des Bundes, der Länder oder der Kommunen standen, oftmals als Träger hoheitlicher Aufgaben angesehen. Nach diesem Verständnis nahmen diese Unternehmen mit der Energieversorgung Aufgaben der sogenannten Daseinsvorsorge für die Bürger wahr.

Dies hat sich mit der Marktöffnung im Jahre 1998 grundlegend geändert. Strom und Gas waren plötzlich nur noch Konsumgüter wie andere auch. Erstmals in Deutschland gab es breit angelegte Werbekampagnen für Stromlieferanten, neue unabhängige Anbieter umwarben die Kunden und auch etablierte Energieversorgungsunternehmen versuchten Kunden in den ehemals geschlossenen Versorgungsgebieten der Konkurrenz zu akquirieren.

Während im Großkundenbereich die neue Möglichkeit des Lieferantenwechsels sofort nach der Marktöffnung dankbar angenommen wurde und die Preise seit 1998 stark fielen, war im Kleinkundenbereich, d.h. bei den Haushalts- und kleineren Gewerbetunden, eine gewisse Zurückhaltung beim Versorgerwechsel zu konstatieren.<sup>3</sup>

Dies hing zum einen sicher damit zusammen, dass die rechtlich bestehende Marktöffnung in der Praxis noch vielen Schwierigkeiten begegnete. Bei Stromlieferungen an Kleinverbraucher waren diese Schwierigkeiten besonders groß, weil von Hochspannung oder Hochdruck bis in das Niederspannungs- oder Niederdrucknetz in der Regel alle Netzebenen genutzt und in der Anfangsphase Verträge mit den entsprechenden Netzbetreibern abgeschlossen werden mussten.

---

<sup>1</sup> § 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730.

<sup>2</sup> Grundlage bildete das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730.

<sup>3</sup> Hierzu siehe auch den Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen vom 31.08.2003 (Monitoring-Bericht des BMWA), Bundestagsdrucksache 15/1510, S. 27 ff.

Zum anderen fiel es dem Kleinverbraucher aber einfach nur schwer, sich von seinen herkömmlichen Gewohnheiten zu trennen. Er war es gewohnt, dass Strom und Gas von seinem örtlichen Versorger bereitgestellt wurden. Hierfür zahlte er jeden Monat „Gebühren“ – eigentlich ein Begriff für Entgelte, die für ein hoheitliches Handeln erhoben werden.

Nur ca. 5 bis 7 % der Kleinkunden haben in Deutschland in den letzten sechs Jahren den Energielieferanten gewechselt; bei den Großkunden waren es ca. 35 %. Immerhin sind ca. 25 bis 50 % der Kleinverbraucher bei ihrem alten Lieferanten in einen günstigeren Wettbewerbsstarif gewechselt.<sup>4</sup>

Bereits dieser kurze Überblick über die Entwicklung der Energielandschaft in Deutschland zeigt, dass der Verbraucher seit der Liberalisierung mit völlig neuen Marktverhältnissen zurechtkommen muss. Dabei zeigt sich, dass es ihm bei der Versorgung mit Energie offensichtlich nicht nur auf den Preis ankommt (denn dann hätten seit 1998 mit Sicherheit mehr Kunden den Lieferanten gewechselt). Im Folgenden will ich näher auf die Interessenlage der Energieverbraucher und auf die Frage eingehen, wie das deutsche Energierecht den Schutz dieser Interessen gewährleistet.

Was sind die schützenswerten Interessen der Energieverbraucher?

In § 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)<sup>5</sup> heißt es, dass der Zweck des Gesetzes eine „möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit“ ist. Mit diesen drei Gesetzeszielen dürften im Wesentlichen auch die Interessen der Energieverbraucher umschrieben sein: Sicherheit, Preisgünstigkeit, Umweltverträglichkeit.<sup>6</sup>

Die Versorgung muss *sicher* sein, d.h. sie soll ohne technische Störungen oder Unterbrechungen verlaufen. Hierzu gehört auch, dass die Versorgung mittel- bis langfristig gesichert ist, z.B. durch die Bereithaltung ausreichender Reserven an Primärenergieträgern, die Vermeidung einseitiger Abhängigkeit von einzelnen Förderregionen von Primärenergieträgern oder die Sicherstellung ausreichender Investitionen in die Netze zur Vermeidung von Black-outs wie jüngst in den USA oder in Italien.

Weiterhin soll die Versorgung natürlich möglichst *preisgünstig* sein. Dies bedeutet nicht, dass sie immer möglichst billig sein muss. Jedoch muss das Preis-Leistungs-Verhältnis stimmen und die lebensnotwendige Energie muss zumindest bezahlbar sein.

Schließlich legen die Verbraucher angesichts von Klimawandel und der Endlichkeit fossiler Energieressourcen zunehmend Wert darauf, dass die Energie *umweltverträglich*, d.h. in einer nachhaltigen Art und Weise zur Verfügung gestellt wird.

Diese Ziele des deutschen Energierechts dienen den Interessen aller Energieverbraucher, vom Großunternehmen bis zum Ein-Personen-Haushalt oder kleinen

---

<sup>4</sup> Monitoring-Bericht des BMWA vom 31.08.2003, Bundestagsdrucksache 15/1510, S. 27 ff.; bei kleinen Gewerbekunden war die Wechselrate größer als bei Haushaltskunden.

<sup>5</sup> Siehe oben Fußnote 1. Die zitierten Normen beziehen sich auf das derzeit noch geltende EnWG. Im Grundsatz werden sie weitgehend inhaltsgleich in das derzeit in der Novellierung befindliche EnWG übernommen.

<sup>6</sup> Im Einzelnen zum Inhalt der drei Gesetzesziele Kuxenko, Umweltverträgliche Energieversorgung, Baden-Baden 2004, S. 50 ff. und S. 80 ff.

Handwerksbetrieb. Insofern ist das gesamte Energierecht immer auch Verbraucherschutzrecht.

Zudem sind alle Energieverbraucher auch deshalb schützenswert, weil ihnen mit den Energieversorgern regelmäßig marktstarke oder marktbeherrschende Unternehmen, im Bereich des Netzbetriebs sogar Monopolisten gegenüberstehen. Deshalb ist es auch eines der wichtigsten Ziele des neueren Energierechts, den Wettbewerb zum Vorteil aller Verbraucher zu fördern.<sup>7</sup>

Darüber hinaus gab es im Energierecht aber auch immer Regelungen, die im Besonderen den Schutz der *Kleinverbraucher*, d.h. der Haushalts- und kleinen Gewerbetreibenden zum Inhalt hatten. Diese Kunden werden vom Gesetzgeber als besonders schützenswert eingestuft, weil es ihnen in der Regel an den im Geschäftsverkehr notwendigen Spezialkenntnissen und vor allem an wirtschaftlichem Gewicht und Verhandlungsmacht gegenüber der Energieversorgern fehlt. Dem Schutz dieser Kundengruppe sollen sich deshalb meine folgenden Ausführungen im Besonderen widmen.

### Verbraucherschutz im geltenden Energierecht

Drei grundlegende Aspekte müssen zum Schutz der kleineren Energieverbraucher gewährleistet sein:

1. Es muss einen allgemeinen Anspruch auf Versorgung für alle Verbraucher geben.
2. Die Verbraucher müssen vor unbilliger Vertragsgestaltung geschützt werden, welche die Energieversorgungsunternehmen anderenfalls aufgrund ihrer ungleich größeren Verhandlungsmacht durchsetzen könnten.
3. Es müssen angemessene Preise auch für die kleineren Verbraucher gewährleistet sein.

Der erste Punkt, der Anspruch auf allgemeine Versorgung, ist durch die *Anschluss- und Versorgungspflicht* der Energieversorgungsunternehmen sichergestellt. Die Energieversorgungsunternehmen sind gem. § 10 EnWG verpflichtet, in ihrem Versorgungsgebiet jedermann in Niederspannung oder Niederdruck zu allgemein gültigen Bedingungen und Tarifen an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen. Die zu diesen allgemeinen Bedingungen versorgten kleineren Kunden bilden die große Gruppe der sogenannten Tarifkunden.

Die Energieversorgungsunternehmen (EVU) unterliegen insoweit einem gesetzlichen Kontrahierungszwang. Dieser wurde früher als Ausgleich für ihre privilegierte Monopolstellung angesehen. Im liberalisierten Markt lässt sich dieser Zwang mit der faktisch noch immer bestehenden marktbeherrschenden Stellung der EVU in ihren Netzgebieten begründen.

Der *Schutz der Verbraucher vor unbilliger Vertragsgestaltung* durch das Versorgungsunternehmen wird in Deutschland durch die sogenannten Allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB), gewährleistet. Diese sind in zwei Rechtsverordnungen für

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu die Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, Bundesratsdrucksache 613/04, S. 75 ff.

Strom und für Gas kodifiziert.<sup>8</sup> Sie werden Kraft Gesetzes Bestandteil der Versorgungsverträge zwischen Versorger und Tarifkunden. Es handelt sich somit um gesetzlich vorgegebene Allgemeine Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus entfalten die AVB auch Rechtswirkungen bei der Belieferung von nicht-Tarifkunden, den sogenannten Sonderkunden. In der Regel werden die AVB als Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Bestandteil auch von Sonderkundenverträgen gemacht.

Die AVB regeln zahlreiche Details der Vertragsgestaltung, etwa Kündigung, Fälligkeit oder Vorauszahlungen, aber auch technische Fragen (Erstellung des Hausanschlusses, der Messeinrichtungen etc.). Als besonders augenfälliges Beispiel für ihren verbraucherschützerischen Charakter seien die Vorschriften zur Versorgungseinstellung genannt (§ 33 AVBEltV/AVBGasV). Voraussetzung für die Versorgungseinstellung ist zunächst, dass der Kunde nicht zahlt, das EVU den Kunden erfolglos mahnt und außerdem die Versorgungseinstellung zwei Wochen vorher androht. Auch unter diesen Voraussetzungen bleibt die Einstellung der Versorgung jedoch unzulässig, wenn die Folgen der Einstellung außer Verhältnis zur Verfehlung des Kunden stehen (z.B. wenn einer kinderreichen Familie wegen geringer Schulden sofort der Strom gesperrt werden soll) und wenn hinreichende Aussicht besteht, dass der Kunde seinen Verpflichtungen doch noch nachkommt (z.B. wenn ein sozial schwacher Kunde regelmäßig Sozialhilfe erhält und diese zur Bezahlung seiner Schulden verwenden kann). Ebenso strenge Voraussetzungen gelten für die fristlose Kündigung des Versorgungsvertrages durch das EVU.

Schließlich gibt es im Energierecht auch *Regelungen zur Sicherung angemessener Preise* im Kleinkundenbereich. Die allgemeinen Stromtarife müssen durch die zuständigen Energiebehörden der Länder nach den Regelungen der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt)<sup>9</sup> genehmigt werden. Preiserhöhungen werden erst nach Genehmigung wirksam. In der Gasversorgung gibt es allerdings keine Genehmigungspflicht für die Tarife. Dies hängt u.a. damit zusammen, dass in den letzten Jahren der Großteil der Gaslieferungsverträge als Sonderkundenverträge ausgestaltet worden ist. Sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gasbereich unterliegen die Preise jedoch der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.

## Ausblick in das neue Energierecht

Seit Juli diesen Jahres liegt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein novelliertes Energiewirtschaftsgesetz (EnWG-E)<sup>10</sup> vor. Die Gesetzesnovelle war notwendig geworden, um die Vorgaben der EU-Binnenmarkts-Richtlinien Elektrizität und Gas aus dem Jahre 2003 umzusetzen.

---

<sup>8</sup> Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden vom 21. Juni 1979, BGBl. I 1979 S. 684 (AVBEltV) und Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden vom 21. Juni 1979, BGBl. I 1979 S. 676 (AVBGasV).

<sup>9</sup> Bundestarifordnung Elektrizität vom 18. Dezember 1989 (BGBl. I 1989 S. 2255).

<sup>10</sup> Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 13.08.2004, Bundesratsdrucksache 613/04.

Die wichtigsten Neuerungen gegenüber dem geltenden Energierecht sind:

1. Der Zugang zu den Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen wird zukünftig staatlich reguliert. Insbesondere wird es enge Vorgaben für die Kalkulation der Entgelte und für die Ausgestaltung der vertraglichen Bedingungen des Netzzugangs geben.
2. Für die Wahrnehmung dieser Aufgaben wird erstmals in Deutschland eine *Regulierungsbehörde* für den Energiesektor eingerichtet.
3. Die Energieversorgungsunternehmen erhalten strenge Vorgaben zur Trennung ihres Netzbetriebs von den anderen Unternehmenssparten (insbesondere der Energieerzeugung und dem Vertrieb, sogenannte *Entflechtung*).

All diese neuen Regelungen sollen den Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energieversorgung intensivieren und damit allen Verbrauchern zugute kommen. Im Übrigen wird aber auch der spezielle Verbraucherschutz durch das neue Gesetz weiter ausgebaut.

Zukünftig soll es nach dem Gesetzesentwurf statt der bisherigen allgemeinen Versorgung eine sogenannte *Grundversorgung* für Haushaltskunden geben (§ 36 EnWG-E). Diese Kunden haben weiterhin einen Anspruch, in Niederspannung oder Niederdruck zu allgemeinen Tarifen versorgt zu werden. Diese Tarife sind vom Grundversorger zu veröffentlichen und werden von den Landesenergiebehörden überwacht.

Weiterhin hat jeder Verbraucher Anspruch auf Anschluss an das allgemeine Versorgungsnetz (§ 18 EnWG-E). Die Pflicht zum Anschluss trifft den örtlichen Netzbetreiber. Die frühere *allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht* wird somit – entsprechend der Regelungen zur Entflechtung der Unternehmensbereiche – aufgeteilt in eine Anschlusspflicht des Netzbetreibers und eine Versorgungspflicht des Grundversorgers.

Im Übrigen wird es auch zukünftig die *Allgemeinen Versorgungsbedingungen* geben, welche die Verbraucher vor unbilligen Vertragsklauseln schützen.

Neu eingeführt werden weitreichende *Stromkennzeichnungspflichten* (§ 42 EnWG-E). Danach sind die Stromlieferanten verpflichtet, in ihren Rechnungen und im Werbematerial den Anteil der einzelnen Energieträger (Kohle, Kernkraft, regenerative Energieträger etc.) am Gesamtenergieträgermix anzugeben. Außerdem müssen sie Informationen über Umweltauswirkungen, insbesondere in Bezug auf CO<sub>2</sub>-Emissionen und auf radioaktiven Abfall angeben. Dadurch hat der Verbraucher die Möglichkeit, seinen Lieferanten auch unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit auszuwählen.

Schließlich seien noch die weitreichenden *Einflussmöglichkeiten der Verbraucher auf die Tätigkeit der Regulierungsbehörde* erwähnt. Nach dem Gesetzesentwurf kann jede Person oder Personenvereinigung, deren Interessen durch das Verhalten eines Netzbetreibers erheblich berührt wird, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen (§ 31 Abs. 1 EnWG-E). Meint ein Verbraucher also z. B., dass die Netznutzungsentgelte zu hoch sind oder dass der Netzbetreiber Kapazitäten in diskriminierender Weise vergibt, so kann er Beschwerde bei der Regulierungsbehörde einlegen. Dieses Antragsrecht steht überdies auch den *Verbraucherverbänden* zu. Diese können somit im Interesse ihrer Mitglieder und aller Verbraucher Musterverfahren vor der Regulierungsbehörde führen.

Gegen Entscheidungen der Behörde gibt es die Möglichkeit der Beschwerde vor den ordentlichen Gerichten. Wird ein missbräuchliches oder diskriminierendes Verhal-

ten eines Netzbetreibers festgestellt, so haftet er den Betroffenen auf Schadensersatz. Darüber hinaus gibt es das Recht für die Regulierungsbehörde und die Verbraucherverbände, den unberechtigten Vorteil, den der Netzbetreiber z.B. durch überhöhte Netznutzungsentgelte erlangt hat, abzuschöpfen.

## Fazit

Das deutsche Energierecht enthält zahlreiche Sonderbestimmungen zum Schutz von Kleinverbrauchern von Elektrizität und Gas. Diese Bestimmungen bleiben auch nach der Liberalisierung der Energiemärkte weitgehend relevant.

Auch in das vor seiner erneuten Novellierung stehende Energiewirtschaftsrecht werden bewährte Instrumente des Verbraucherschutzes aus dem bestehenden Rechtsrahmen übernommen und weiterentwickelt. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht, die allgemeinen Versorgungsbedingungen und die Aufsicht über die Preise des Grundversorgers.

Durch neue Regelungen im Energiewirtschaftsgesetz wird der Verbraucherschutz zudem weiter ausgebaut, so durch die Stromkennzeichnungspflichten und die zahlreichen Beteiligungs- und Antragsrechte der Verbraucher und Verbraucherverbände vor der neuen Regulierungsbehörde für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft.

## Die Regulierung der Stromwirtschaft und die Verbraucher

SHÔDA Akira

### 1. Die historische Entwicklung der Stromgesetzgebung in Japan

#### 1.1 Entwicklung bis zum Zweiten Weltkrieg

Die Regulierung der Stromwirtschaft begann in Japan mit dem Inkrafttreten der „Kontrollrichtlinien für die Elektrizitätswirtschaft“ (Denki jigyô torishimari kisoku) im Jahr 1896. Zu diesem Zeitpunkt gab es neunundzwanzig Unternehmen dieser Art. Ihre Regulierung erstreckte sich größtenteils auf Sicherheitsbestimmungen mit entsprechenden Standards sowie auf die Notwendigkeit einer Genehmigung seitens eines Ministers oder Gouverneurs für die Gründung eines Unternehmens.

Die Zahl der Elektrizitätsunternehmen wuchs drastisch an, und im Jahr 1910 gab es bereits 165. Die Anzahl der Stromkunden stieg auf 576.000, weshalb im Jahr 1911 das Elektrizitätsunternehmensgesetz (Denki jigyô-hô, Electricity Enterprises Act) erlassen wurde. Damit löste man sich von der bisherigen Orientierung auf Sicherheitsbestimmungen, machte Anordnungen hinsichtlich der Tarifregelung und anderer Angebotsbedingungen zum Gegenstand und förderte den Wettbewerb zur Verbreitung der Elektrizität. Zu diesem Zeitpunkt überflügelte die hydroelektrische die thermische Stromgewinnung.

In der folgenden Zeit breitete sich die Energiewirtschaft weiter aus, und es gab nicht nur einen zahlenmäßigen Zuwachs der Stromunternehmen, einige Unternehmen wurden auch viel größer. Die Menge des erzeugten Stroms, die 1911 noch 300.000 Kilowatt betragen hatte, betrug im Jahr 1919 mit mehr als 1.000.000 Kilowatt bereits mehr als das Dreifache, und der Wettbewerb zwischen den Unternehmen verschärfte sich. Angesichts dessen wurden Modelle der Kontrolle und der Selbstkontrolle der Elektroindustrie diskutiert.

Mit der Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes 1932 wurden die Regulierungskriterien bei der Zulassung als gemeinnützige oder patentgeschützte Unternehmung verdeutlicht. 1938 wurden mehrere Gesetze erlassen, welche die staatliche Verwaltung der Elektroindustrie förderten. Gleichzeitig mit einer gesetzlich erzwungenen Zusammenführung der Energiewirtschaft wurde ein System der staatlichen Verwaltung der Stromerzeugung und -übertragung geschaffen. Gesetze, die im selben Jahr in Bezug auf die staatliche Verwaltung der Energiewirtschaft in Kraft traten, waren u.a. das „Elektrizitätsverwaltungsgesetz“ (Denryoku Kanri-hô) und das „Nihon Hassôden Kabushikigaisha-Gesetz“ (Japanische Elektrizitäts-Erzeugungs- und -Übertragungs AG).

Durch das Elektrizitätsverwaltungsgesetz wurde ein System der staatlichen Verwaltung geschaffen, welche die Nihon Hassôden KK übernahm. In wichtigen Angelegenheiten erkannte man aber nicht das unparteiische Urteil dieses Unternehmens an, sie wurden vielmehr alle durch die Regierung entschieden. Festgelegt wurde auch eine Weisungsbefugnis der Regierung gegenüber den Elektrizitätsunternehmen. Damals

überließ die Nihon Hassôden KK die hydroelektrische Stromerzeugung zum großen Teil unabhängigen Elektrizitätsunternehmen, kaufte den Strom von ihnen an und an die Stromversorger weiter. 1940 wurden durch die Revision des Nihon Hassôden KK-Gesetzes die bereits in Betrieb sowie die im Bau befindlichen hydroelektrischen Stromerzeugungsanlagen und die Versorgungsleitungen im Vermögen der Aktiengesellschaft zusammengeführt.

1941 wurde die Integration der Stromversorgung durch die „Verordnung zur Kontrolle der Stromverteilung“ (Haiden tôsei-rei) realisiert. Durch Fusion bzw. Geschäftsübertragung bestehender Versorger entstanden neun regionale Stromverteiler.

Durch die Gründung der staatseigenen monopolistischen Nihon Hassôden KK, die Schaffung der neun Stromverteiler, die die regionale Stromversorgung beherrschten, und durch die staatliche Verwaltung wurde in Japan die Struktur der Stromwirtschaft sowie das System ihrer staatlichen Verwaltung geschaffen. Diese Situation dauerte über die japanische Kriegsniederlage im Jahr 1945 hinaus an, bis man 1950 eine Reorganisation der Gesetzgebung bezüglich der Stromwirtschaft durchführte.

## 1.2 Die Verhältnisse nach 1950

Verschiedene Umstände führten unter der Besatzung zur Verabschiedung der „Verordnung über die Reorganisation der Stromwirtschaft“ (Denki jigyô saihensei-rei) und der „Verordnung über gemeinnützige Unternehmen“ (Kôeki jigyô-rei), durch die die Struktur der Stromwirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg festgelegt wurde. Um die staatliche Elektrizitätsverwaltung abzuschaffen und ein System unabhängiger Unternehmen zur Stromerzeugung, -übertragung und -versorgung in einem durchgehenden Prozess zu etablieren, wurden durch die Verordnung über die Reorganisation der Stromwirtschaft einerseits die Nihon Hassôden KK und die neun Stromverteiler aufgelöst, andererseits die Versorgungsbezirke festgelegt, indem man in den neun Bezirken jeweils eigene Unternehmen zur integrierten Stromerzeugung, -übertragung und -versorgung gründete.

Außerdem wurden die Stromunternehmen durch die „Verordnung über gemeinnützige Unternehmen“ in allgemeine Anbieter (*ippankyôkyû*) und Großanbieter (*oroshi-kyôkyû*; Unternehmen, die die allgemeinen Anbieter mit Strom beliefern) unterschieden. Durch das Verbot einer Überlappung von Versorgungsbezirken wurden regionale Monopole gesetzlich fixiert. Die Geschäftsaktivitäten der Elektrizitätsunternehmen unterlagen wie früher der staatlichen Kontrolle. Es gab ein Genehmigungssystem für die Versorgungsbedingungen, und es wurde den allgemeinen Anbietern prinzipiell untersagt, Strom zu Konditionen oder Tarifen anzubieten, die von den Vorschriften abwichen. Gleichzeitig wurde ihnen eine Anschluss- und Versorgungspflicht auferlegt.

Diese Situation, in der man regionale Monopole garantierte und die neun Stromversorger gleichzeitig ihre Unternehmensaktivitäten unter der Kontrolle des Staates entfalteten, blieb im Wesentlichen bis zur Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes im Jahr 1995 bestehen, als man den Stromgroßhandelsunternehmen in einem bestimmten Umfang eine Liberalisierung gewährte.

Auf institutioneller Ebene traten im Zuge des Friedensvertragsschlusses und der Potsdamer Beschlüsse die „Verordnung über die Reorganisation der Stromwirtschaft“ (Denki jigyô saihensei-rei) und die Verordnung über gemeinnützige Unternehmen außer Kraft, und auch ihre Verlängerungsperioden endeten. Im Dezember 1952 wurde ein „Gesetz über vorläufige Maßnahmen zu Elektrizität und Gas“ (Denki oyobi gasu ni

kansuru rinji sochi-hô) verabschiedet. Bis zur geplanten Verabschiedung einer neuen Gesetzgebung arbeitete man weiter auf der Grundlage der beiden alten Verordnungen, so dass diese faktisch unverändert weiter bestanden. Außerdem wurde im selben Jahr das „Gesetz über die Aktiengesellschaft zur Erschließung elektrischer Energiequellen“ (Dengen kaihatsu kabushikigaisha-hô) verabschiedet und es kam zu der Gründung von Stromgroßhandelsunternehmen. Manche sehen diese Vorgänge auch als eine Revision des „Systems der neun Stromunternehmen“.

Mit der Verabschiedung eines neuen Elektrizitätsunternehmensgesetzes im Jahr 1964 gab es wieder ein Regulierungsgesetz für die Stromwirtschaft. Darin wurden die Anschluss- und Versorgungspflicht, ein Genehmigungssystem für die Versorgungsvorschriften und das Prinzip des Selbstkostenpreises sowie ein Verbot der Versorgung zu nicht autorisierten Bedingungen, ein Genehmigungssystem für Darlehensgebühren und das Prinzip der Selbstkostenpreisabsicherung usw. festgesetzt. Die Stromwirtschaft entwickelte sich nun also auf der Grundlage eines umfassenden Regelwerks.

### 1.3 Die Einführung der Liberalisierung in der Stromwirtschaft

Durch die Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes wurde 1995 der erste Schritt zu einer Liberalisierung in der Stromwirtschaft getan.

Sie beinhaltet eine Teilanerkennung neuer Markteintritte auf dem Stromerzeugungssektor. Das heißt, man schaffte das Lizenzierungssystem für Markteintritte von Großhandelsstromunternehmen ab. Für die Akquisition von Stromquellen durch allgemeine Stromanbieter (die neun Stromanbieter) wurde ein Ausschreibungssystem eingeführt, an dem sich alle Stromerzeuger beteiligen können. Gleichzeitig wurde ein System von „kleine Stromanbieter“ (*tokuteidenkijigyô*) eingerichtet, nach dem alle zum Betreiben von Stromeinzelhandel fähigen Unternehmen zur Befriedigung der Nachfrage an speziellen Versorgungspunkten in den Markt eintreten können. Gleichzeitig wurde im Rahmen einer Revision des Tarifsystems eine Wahlklausel eingeführt, um den Stromkunden ein breiteres Spektrum an Auswahlmöglichkeiten zu eröffnen.

Die Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes im Jahr 2000 führte die eingeleitete Liberalisierung der Stromwirtschaft dann weiter.

Mit ihr wurde eine Teilliberalisierung auf dem Sektor des Stromeinzelhandels durchgeführt. Das „System der Stromunternehmen mit spezifiziertem Geschäftsumfang“ erlaubten den allgemeinen Stromhandel auch mit Kunden, die mehr als 2.000 kW verbrauchen, auch für nicht zu den neun Stromversorgern gehörende, allgemeine Stromunternehmer geöffnet wurde. Gleichzeitig wurden die Gebührenregelungen revidiert, wobei man das Genehmigungssystem für Tarifsenkungen in ein Meldesystem umwandelte. So wurden die liberalisierten Bereiche in der Stromwirtschaft allmählich erweitert.

Unter der Bedingung einer störungsfreien Systemstabilität wurde mit der Einführung des „Systems der Stromunternehmen mit spezifiziertem Geschäftsumfang“ den allgemeinen Stromunternehmern eine „Endabsicherungspflicht“ gegenüber den Hochspannungsbeziehern, die über Preisverhandlungsstärke verfügen und etwa 30 % aller Verbraucher ausmachen, auferlegt, die Versorgungspflicht ansonsten aufgehoben und der Einzelhandel liberalisiert (Wettbewerbseinführung im Einzelhandelssektor). Damit die Öffnung des Stromversorgungsnetzes die Versorgungsverlässlichkeit nicht beeinträchtigt, wurde der Liberalisierungsrahmen auf die Hochspannungsbezieher begrenzt,

für die bereits ein individuelles Versorgungsmanagement besteht. In die Verbindungs- und Versorgungsklauseln wurden außerdem Mechanismen für eine stabile Stromerzeugung mittels Kernkraft, Wasserkraft etc. im Falle eines allgemeinen Rückgangs der Nachfrage eingebaut, wodurch auf der Systemseite Vorkehrungen zur Realisierung von Energiesicherheit und Umweltschutz getroffen sind.

Dieser Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes entsprechen Veränderungen im Verhältnis zum Antimonopolgesetz.

Im Antimonopolgesetz galt seit seiner Verabschiedung 1947, dass es auf die Elektrizitätswirtschaft genau wie auf andere als gemeinnützig klassifizierte Unternehmen nicht anwendbar sei (§ 21 Antimonopolgesetz). Diese Regelung wurde durch die Revision des Antimonopolgesetzes im Jahr 2000 aufgehoben, und die Stromwirtschaft fällt nun vollständig in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Außerdem haben die Fair Trade Commission und das METI in der Folge der Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes gemeinsam den „Leitfaden für einen gerechten Stromhandel“ (Tekisei na denryoku torihiki ni tsuite no shishin) beschlossen und veröffentlicht, in dem sie Richtlinien zur Regulierung der Stromwirtschaft durch das Elektrizitätsunternehmensgesetz und das Antimonopolgesetz darlegen.

#### 1.4 Die Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes (verabschiedet im Juli 2003, in Kraft gesetzt 2005)

Die Revision des Elektrizitätsunternehmensgesetzes im Jahr 2003 hatte die weitere Liberalisierung der Stromwirtschaft zum Gegenstand. Im Folgenden sind die in dieser Revision angestrebten Ziele aufgeführt.

1. **Bewahrung des integrierten Systems von Stromerzeugung und -übertragung**  
Derzeit wird die Stromversorgung durch das System der allgemeinen Stromunternehmer so realisiert, dass alle Schritte, von der Stromerzeugung bis zum Einzelhandel, in einer Hand liegen. Diese Organisationsform wird in der jetzigen Reform bewahrt und die Wettbewerbsneutralität im System gesichert.
2. **Sicherstellung von Fairness und Transparenz bei der Netznutzung**  
Um den Übertragungs- und Versorgungsnetzen der Stromversorger (der allgemeinen Stromunternehmer) stärker den Charakter einer von vielen Unternehmen genutzten, „öffentlichen Infrastruktur“ zu verleihen, wird unter dem Aspekt der Sicherung des fairen Wettbewerbs zwischen den Nutzern eine neutrale Institution zur Beaufsichtigung der Abläufe im Bereich der genannten Netze gegründet. Zwischen den Übertragungs- und Versorgungsabteilungen der Elektrizitätsgesellschaften und den anderen Geschäftsbereichen fließen keine Informationen, und es gibt eine getrennte Rechnungsführung.
3. **Harmonisierung der überregionalen Versorgung**  
Um Bedingungen für eine effektive Nutzung der Versorgungskapazitäten der Kraftwerke im ganzen Land zu schaffen, wird das sogenannte „Eierkuchen-Problem“ gelöst (Erhebung von Gebühren, immer wenn der Strom auf dem Weg vom Kraftwerk zum Verbraucher den Versorgungsbereich einer Elektrizitätsgesellschaft [eines allgemeinen Stromunternehmers] passiert).

4. Förderung dezentraler Stromquellen  
Für die Stromversorgung der Verbraucher wird die Versorgung über eigenfinanzierte Übertragungsleitungen ermöglicht.
5. Einrichtung von Stromgroßhandelsbörsen  
Schaffung eines Markts für den landesweiten, privaten und freien Handel mit Großhandelsstrom.
6. Erweiterung des Liberalisierungsrahmens  
Im April 2004 wurde die Einzelhandelsliberalisierung für Abnehmer mit einem Verbrauch über 500 kW genehmigt und im April 2005 für solche mit über 50 kW. Für eine vollständige Liberalisierung bis zum April 2007 haben u.a. Untersuchungen auf der Grundlage des erreichten Standes bei der Sicherstellung von Wahlmöglichkeiten für die Stromkunden durch die aktuelle Revision begonnen.

Außerdem sind verschiedene Grundregeln aufgestellt worden, wie z.B. das Verbot einer zweckentfremdeten Verwendung von im Netzbereich gewonnenen Informationen (Informationsblockade), das Verbot interner Quersubventionen oder das Verbot diskriminierender Behandlung. Hier kommen die Regulierungsregeln von Elektrizitätsunternehmensgesetz und Antimonopolgesetz deutlich zum Ausdruck.

## 2. Status und Rechte des Verbrauchers bei der Stromversorgung

### 2.1 Regulierungsinhalte der gegenwärtigen Gesetzgebung

Wie beschrieben ist seit 1995 die Liberalisierung der Stromindustrie in Teilgebieten vorangetrieben worden, und insbesondere für die Beziehung zwischen Großabnehmern und Marktneulingen gibt es beträchtliche Fortschritte. Dennoch hat sich das bisherige System der Erzeugung, Übertragung und Versorgung durch die neun Stromversorger (allgemeine Stromunternehmer) erhalten, die damit das Monopol für die Stromversorgung der Verbraucher haben. Das heißt, dem Verbraucher wird die Möglichkeit der Wahl des Stromversorgers noch immer vorenthalten und im Grunde besteht noch immer die allseitige Regulierung durch den Staat.

Die Regulierung der Stromversorgung der Verbraucher erfolgt weiterhin ausschließlich durch das Elektrizitätsunternehmensgesetz. Den allgemeinen Stromunternehmern erlegt es zunächst eine Versorgungspflicht auf, d.h. sie können sich nicht weigern, Elektrizität zur Deckung des allgemeinen Bedarfs in ihrem Versorgungsbezirk (außer Großverbrauch) zu liefern (Versorgung mit notwendigem Strom; § 18 Absatz 1 Elektrizitätsunternehmensgesetz). Gleichzeitig ist festgelegt, dass sie den allgemeinen Bedarf in Gebieten außerhalb ihres Versorgungsbezirkes nicht befriedigen dürfen (§ 18 Absatz 5), was den Status dieser allgemeinen Stromunternehmer als monopolistische Versorger der Verbraucher deutlich zeigt. So hat sich für die Verbraucher das bisherige Elektrizitätsversorgungssystem überhaupt nicht geändert.

Das Elektrizitätsunternehmensgesetz schreibt den allgemeinen Stromunternehmern hinsichtlich ihrer Tarife und anderer Versorgungskonditionen, die sie im Rahmen

der Versorgung des allgemeinen Bedarfs anwenden, nach einer Verordnung des METI das Einholen einer ministeriellen Genehmigung bei der Festsetzung der entsprechenden Klauseln vor. Gleiches gilt für eine Änderung der Klauseln (§ 19 Absatz 1 Elektrizitätsunternehmensgesetz). Eine solche Genehmigung muss erteilt werden, wenn die Erfüllung der folgenden vier Anforderungen festgestellt wurde: 1. Die Gebühren sind so gestaltet, dass einem angemessenen Selbstkostenpreis bei effizientem Management eine angemessener Gewinn aufgeschlagen ist. 2. Die Gebühren weisen deutlich eine feste Rate oder einen niedrigen Betrag in Abhängigkeit von der Art des Bedarfs auf. 3. Die Pflichten der allgemeinen Stromunternehmer und der Stromnutzer sowie das Verfahren der Kostenzuteilung für Stromzähler und andere Geräte sowie für das Verlegen von Leitungen und andere Arbeiten sind angemessen und überdies genau festgelegt. 4. Es gibt keine ungerechte und diskriminierende Behandlung bestimmter Personen. Damit werden Mechanismen geschaffen, die sicherstellen, dass die Stromversorgung nach angemessenen Versorgungsklauseln erfolgt (§ 19 Absatz 2).

Im Hinblick auf eine Änderung dieser Stromversorgungsklauseln sind Ausnahmen vorgesehen. Tarife und andere Versorgungskonditionen, die durch genehmigte Versorgungsklauseln bestimmt sind, können geändert werden, wenn bei einer Tarifsenkung nach einem Erlass des METI keine Beeinträchtigung der Interessen anderer Stromverbraucher zu befürchten ist. In dem Erlass werden dafür verschiedene konkrete Fälle aufgeführt. Die Regelung ist danach anwendbar, wenn sich die Gesamtsumme der von den Stromverbrauchern zu zahlenden Gebühren usw. nicht erhöht, wenn ihre Belastungen nicht zunehmen, wenn sich keinerlei nachteilige Umstände für sie ergeben und wenn Punkte hinzukommen, durch die sich ihre Auswahlmöglichkeiten vergrößern (§ 24 Absatz 2 der Ausführungsverordnung zum Elektrizitätsunternehmensgesetz). Hat ein allgemeiner Stromanbieter eine solche Änderung vorgenommen, muss er die neuen Versorgungsklauseln nach Maßgabe des Regierungserlasses dem Minister vorlegen. Dem betreffenden allgemeinen Stromanbieter kann unter Festsetzung einer angemessenen Frist die Änderung seiner Versorgungsklauseln unter nahezu den gleichen Bedingungen wie bei der Genehmigung auferlegt werden, wenn der Minister feststellt, dass die gemeldeten Versorgungsklauseln einem der folgenden Punkte nicht entsprechen: 1. Die Gebühren weisen deutlich eine feste Rate oder einen niedrigen Betrag in Abhängigkeit von der Art des Bedarfs auf. 2. Die Pflichten der allgemeinen Stromunternehmer und der Stromkunden sowie das Verfahren der Kostenzuteilung für Stromzähler und andere Geräte sowie für das Verlegen von Leitungen und andere Arbeiten sind angemessen und überdies genau festgelegt. 3. Es gibt keine ungerechte und diskriminierende Behandlung bestimmter Personen (§ 19 Absatz 3–5 Elektrizitätsunternehmensgesetz).

Für den Fall, dass es zwischen Stromkunden, einschließlich Verbrauchern, und einem Elektrizitätsunternehmen zu Streitigkeiten kommt, weil der regulierte und der freie Tarif deutlich voneinander abweichen und dies als ungerecht empfunden wird, strebt die Administration die Beilegung in einem Schlichtungsprozess an. Wenn die Festsetzung des regulierten Tarifs nicht angemessen war und eine Schädigung der Interessen der Stromkunden im regulierten Bereich droht, wird die Einreichung eines Antrags zur Genehmigung von Versorgungsklauseln oder eine Anordnung zur Änderung der Auswahlklauseln auf der Grundlage des Elektrizitätsunternehmensgesetzes verfügt (§ 19 Absatz 8 oder 23 Elektrizitätsunternehmensgesetz).

Durch diese Vorschriften des Elektrizitätsunternehmensgesetzes erfolgt eine direkte Regulierung der Transaktionen zwischen Versorger und Stromkunden. Dadurch

werden die Interessen der Verbraucher mit Hilfe der Vorschriften der Verwaltungsbehörden zunächst geschützt

## 2.2 Untersuchung der Rechte der Verbraucher als Stromkunden

Der Status der Verbraucher als Stromkunden wird in Japan von umfassenden staatlichen Regulierungen bestimmt. Ihre Versorgung mit Elektrizität erfolgt auf der Grundlage gesetzlich garantierter Bedingungen durch allgemeine Stromanbieter, in deren Händen die Stromerzeugung, -übertragung und -versorgung liegt. Diese allgemeinen Stromanbieter besitzen in ihren festgelegten Bezirken nahezu das gesamte Stromnetz und den größten Teil der Stromerzeugungsanlagen, was sie de facto zu regionalen Monopolisten macht. Die Verbraucher befinden sich sozusagen in einer passiven Position, in der sie unter der öffentlichen Verantwortung des Staates von diesen Unternehmen zu angemessenen Konditionen mit Strom versorgt werden.

Andererseits sind für große Stromkunden Voraussetzungen geschaffen worden, die eine Wahl des Geschäftspartners unter neuen Marktteilnehmern und den allgemeinen Stromanbietern ermöglichen. Durch diesen Markteintritt von Stromgroßanbietern und die Wahlmöglichkeit der großen Stromkunden entsteht Wettbewerb, der auch die allgemeinen Stromanbieter umfasst. Das heißt, es bildet sich ein bestimmter Geschäftsbereich (Markt), auf dem das Antimonopolgesetz mit seinem Ziel der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung umfassend Anwendung findet. Die Dominanz der zehn allgemeinen Stromanbieter ist nicht zu leugnen. Aber in Kombination mit dem nach dem Elektrizitätsunternehmensgesetz verbindlichen Verbot der diskriminierenden Behandlung von Nutzern des für die Stromversorgung unverzichtbaren Leitungsnetzes und durch Einrichtung strenger Informationsschranken zwischen den internen Netzbereichen und anderen Betriebszweigen kann eine Funktionieren als Markt unter Einschluss der einflussreichen Unternehmen erwartet werden. Es ist vorgesehen, diese Richtung 2005 weiter zu verfolgen und den Liberalisierungsrahmen auf alle Hochspannungsbezieher auszudehnen.

Es heißt, man plane eine vollständige Liberalisierung, wenn künftig die entsprechenden Bedingungen geschaffen würden. Es sollen Untersuchungen zur Liberalisierung der Stromversorgung für die Verbraucher durchgeführt, und es geht um die Möglichkeit einer Garantie der freien Geschäftspartnerwahl durch die Verbraucher.

Zumindest in der derzeitigen Situation bleibt den Verbrauchern in ihrer Rolle als Stromkunden die Freiheit der Wahl des Geschäftspartners weiter verwehrt. Jetzt ist zu prüfen, wie eine Garantie dieser Freiheit für die Verbraucher eingeschätzt wird.

Selbstverständlich ist Elektrizität für das Leben der Verbraucher unverzichtbar. Es lässt sich auch nicht bestreiten, dass der von den Verbrauchern benötigte Strom qualitativ einheitlich sein muss, weshalb de facto ein Wettbewerb zwischen den Stromversorgungsunternehmen über die Produktqualität nicht vorstellbar ist. Allerdings kann es durch das Verhältnis von Preis und kontinuierlicher Versorgung die Möglichkeit eines Versorgungswettbewerbs gegenüber den Verbrauchern geben. Für die Versorgungsunternehmen muss es wohl mengenmäßig einen bestimmten Strombedarf in einem bestimmten Gebiet geben, um wirtschaftlich hinreichend rentabel zu sein. Eine weitere Vorbedingung für die Geschäftstätigkeit eines neuen Stromversorgers ist die ständige Verknüpfung mit dem Reservehaltungs-System (Pflicht) eines Elektrizitätsunternehmens. Die Möglichkeiten zur Überwindung dieser Situation sind eher gering.

Unter diesen Umständen und angesichts der Tatsache, dass sich bestimmte Stromunternehmer im Grunde regional eine quasimonopolistische Position oder zumindest eine dominierende Stellung auf dem Markt gesichert haben, wird eine Anerkennung der Freiheit der Geschäftspartnerwahl für die Verbraucher, von Ausnahmen abgesehen, wohl kaum zu Vorteilen durch die Nutzung dieser Freiheit führen. Bei einem über den Preis geführten Wettbewerb halte ich die Möglichkeit, dass dies bei Endverbrauchern zu einem Anreiz für einen Versorgerwechsel wird, für außerordentlich gering. Solange die gegenwärtigen Strukturen in der Stromindustrie bestehen, macht es für mich wenig Sinn, den Verbrauchern als Stromabnehmer die Freiheit der Wahl ihrer Geschäftspartner einzuräumen.

Nach meiner Ansicht gehört die Sicherstellung der für das Leben der Bevölkerung unverzichtbaren Stromversorgung als Teil der allgemeinen Politik zur öffentlichen Verantwortung. Angesichts der Stellung der Verbraucher im Handel ist es auch unbedingt notwendig, einen Teil der Geschäftskonditionen gesetzlich zu regeln. Überdenkt man das systemimmanente Problem, dass bestimmte Stromunternehmer durch die Bündelung von Erzeugung, Übertragung und Verteilung in einer Hand fast wie regionale Monopole arbeiten, so scheint mir das gegenwärtige System, das die Versorgungsbedingungen, einschließlich der Preise, reguliert und bestimmten Stromunternehmern eine Versorgungspflicht auferlegt, für die Erfüllung der staatlichen Pflicht zum Schutz der Rechte der allgemeinen Verbraucher eher vorteilhaft.

Problematisch ist hierbei, dass dem Verbraucher keine Gelegenheit eingeräumt wird, bei der Festlegung des Stromtarifs oder der Versorgungskonditionen mitzuwirken. Dies ist eine Frage des Mitspracherechts der Verbraucher beim Schutz ihrer Rechte durch den Staat. Dieser Anspruch entspricht dem Recht der Verbraucher auf gleichberechtigten Handel, das nach dem Prinzip der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung zu gewährleisten ist, und muss garantiert werden.

Die allgemeinen Stromanbieter gelten prinzipiell als Stromversorger der Verbraucher. Daher müssen bei der Genehmigung der Versorgungskonditionen dieser Unternehmen vor allem Prüfungsmöglichkeiten in Gremien geschaffen werden, in denen Verbraucher vertreten sind. Erforderlich ist die Schaffung von Organen, die eine gewissen Überprüfungsfunktion bei der Genehmigung durch die Administration wahrnehmen, sowie Mechanismen, welche die Ansichten der Verbraucher als Stromkunden reflektieren. Es muss geprüft werden, ob auf diese Art die Gerechtigkeit der öffentlichen Politik gesichert werden kann.

Aus dem Japanischen übersetzt von Bernd Rießland.

## **Deregulierung und Privatisierung als Instrumente des Verbraucherschutzes im Telekommunikationssektor**

Helmut SCHADOW  
Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

### Einleitung

Nach Ausführungen über Deregulierung und Privatisierung als Instrumente des Verbraucherschutzes für den Eisenbahn- und Energiesektor (siehe die Beiträge von Hans Leister bzw. Michael Kuxenko und Shôda Akira in diesem Band), möchte ich nunmehr Ihr Augenmerk auf den Telekommunikationssektor lenken. Im Unterschied zum Energiesektor – für den meine Behörde in naher Zukunft ebenfalls zuständig sein wird – können wir aus Sicht der Regulierungsbehörde für die Telekommunikationsmärkte bereits auf einige Jahre an Erfahrungen – um nicht zu sagen Erfolge – verweisen. Diese fließen auch in die gegenwärtig anstehende Novellierung des Kundenschutzes im Telekommunikationssektor ein.

Bevor ich im Einzelnen hierauf eingehe, möchte ich in knappen Ausführungen den Liberalisierungsprozess für die Telekommunikationsbranche nachzeichnen. Sodann werde ich den kürzlich reformierten Telekommunikationsrechtsrahmen erläutern, um zum Schluss meines Beitrags die Kernpunkte der aktuellen Diskussion im Bereich des Verbraucherschutzes im Telekommunikationssektor darzustellen.

### Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte

Wenn wir heute von Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte sprechen, ist zu bedenken, dass die Liberalisierung ein Prozess über viele Jahre hinweg war, der streng genommen noch andauert. Aufbauend auf einem historischen Recht der Deutschen Monarchen, dem sogenannten Postregal, bestand von Anfang an ein staatliches Monopol für das Fernmeldewesen, das mittlerweile Telekommunikation genannt wird. Mitte der 1980er Jahre reifte die Erkenntnis heran, dass eine staatliche Verwaltung nicht flexibel genug ist, um auf die sich rasant entwickelnden Innovationen der Telekommunikationstechnik adäquat und zügig reagieren zu können. Als Lösung wurde die Privatisierung und Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte identifiziert.

### Europäischer Impuls

Angetrieben wurde diese Entwicklung 1985 durch ein Grünbuch der Europäischen Kommission, in dem unter anderem das Problem beschrieben wurde, dass die europäischen Telekommunikationsfirmen auf den liberalisierten Märkten nicht Fuß fassen konnten. Diese Abwehrhaltung von Ländern mit bereits liberalisierten Märkten in Asien und Amerika beruhte berechtigterweise auf dem Umstand, dass eine im Zuge von

Gegenseitigkeitsvereinbarungen geforderte Marktöffnung für außereuropäische privatisierte Telekommunikationsfirmen in Europa noch ausstand. Nicht zuletzt die Aufhebung der Monopole der Kokusai Denshin Denwa (KDD) und Nippon Telegraph and Telephone Public Corporation (NTT) in Japan und die daran anschließenden Joint Ventures mit amerikanischen Unternehmen waren also mitursächlich für die hiernach erfolgte Liberalisierung in Europa.

### Nationale Umsetzung

Die Aufhebung des staatlichen Telekommunikationsmonopols vollzog der deutsche Gesetzgeber in drei Schritten:

Im Jahr 1989 wurde mit der sogenannten Postreform I die Deutsche Bundespost in drei Teile untergliedert, nämlich die Deutsche Bundespost POSTDIENST, die Deutsche Bundespost POSTBANK und die Deutsche Bundespost TELEKOM. Während diese nunmehr als öffentliche Unternehmen die betrieblichen Aufgaben des ehemaligen Staatsbetriebes weiterführten, wurden fortan die politischen und hoheitlichen Aufgaben vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation ausgeübt. Eine weitere wichtige Änderung war, dass die Dauerrechtsverhältnisse für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten nicht mehr als dem öffentlichen Recht zuzuordnende Verwaltungsakte mit dem hierfür prägenden Kriterium eines Über-/Unterordnungsverhältnisses des Staates gegenüber dem Bürger bei der Gewährung von Rechtspositionen ausgestaltet, sondern als Verträge rein privatrechtlicher Natur einzuordnen waren.

Mit Beginn des Jahres 1995 trat die sogenannte Postreform II in Kraft. Die drei Unternehmen der Deutschen Bundespost wurden gesellschaftsrechtlich in Aktiengesellschaften umgewandelt. Darüber hinaus wurde der Gesetzgeber mit Neueinfügung des Artikels 87 f. in das Grundgesetz verfassungsrechtlich zur Zulassung und Förderung von Wettbewerb verpflichtet. Danach hat der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Telekommunikations- und Postdienstleistungen zu gewährleisten, die als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Deutsche Telekom AG als Nachfolgerin des bisherigen Staatsunternehmens und andere private Anbieter erbracht werden sollen. Des Weiteren wurde die Bundesregierung ermächtigt, zum Schutze der Verbraucher eine Rechtsverordnung zu erlassen. Die daraufhin erlassene Telekommunikations-Kundenschutzverordnung 1995 enthielt Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme von Monopol- und Pflichtleistungen der Deutschen Telekom AG, also insbesondere die Rechte und Pflichten der Kunden. Die Verordnung beinhaltete also Regelungen, die sonst üblicherweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens niedergeschrieben sind.

Am 1. Januar 1998 wurden die letzten staatlichen Monopole für den Sprachtelefondienst und für den Betrieb und die Nutzung von Telekommunikationsnetzen aufgehoben. Dieser Schritt beinhaltete die vollständige Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte und damit endlich Wettbewerb als ordnungspolitische Normalität, weshalb diese Stufe geläufig als Postreform III bezeichnet wird. Dieser weitere Liberalisierungsschritt machte eine neue Kundenschutzverordnung notwendig, durch welche die spezifischen Regelungen zum Kundenschutz auf den gesamten Telekommunikationsmarkt erstreckt wurden. Der Ordnungsgeber musste hierbei europarechtliche Vorgaben umsetzen. Einige Vorschriften gingen sogar noch über die Mindestanforderungen der europäischen Richtlinien hinaus, indem zum Beispiel in Anbetracht der Konvergenz

von festen und mobilen Telekommunikationsdiensten diverse Kundenschutzbestimmungen auf den Mobilfunk ausgedehnt wurden.

Bereits im Jahr 1999 hat die EU-Kommission den geltenden Europarechtsrahmen einer Nachbetrachtung unterzogen. Ergebnis dieser Revision war ein neuer Rechtsrahmen, der Mitte 2002 bekannt gegeben wurde. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen rechtlichen Rahmen durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) in nationales Recht umgesetzt. Mit Fug und Recht könnte man diese Fortentwicklung des Telekommunikationsrechts als vierten Liberalisierungsschritt bezeichnen.

## Rechtlicher Rahmen

Das deutsche Telekommunikationsregime muss daher im Lichte des Europäischen Rechtsrahmens aus dem Jahr 2002 betrachtet werden. Dieser Rechtsrahmen besteht aus einem Paket mit fünf Richtlinien, wozu die Zugangsrichtlinie, die Genehmigungsrichtlinie, die Universaldienstrichtlinie, die Datenschutzrichtlinie sowie eine die Einzelrichtlinien übergreifende Rahmenrichtlinie gehört. Ziel dieses neuen Rechtsrahmens ist entsprechend der Tatsache, dass viele Telekommunikationsmärkte grenzüberschreitend sind, eine europaweit harmonisierte Regulierung zu gewährleisten. Für den hier besonders interessierenden Kundenschutz ist vor allem die Universaldienstrichtlinie von Bedeutung. Diese enthält unter anderem Bestimmungen über die Mindestbestandteile eines Vertrages beim Zugang eines Verbrauchers zum öffentlichen Telefonnetz, über Transparenz und Veröffentlichung von Informationen für Verbraucher, insbesondere über die Qualität eines Telekommunikationsdienstes.

Wie gesagt hat der nationale Gesetzgeber die EU-Richtlinien mittlerweile umgesetzt und das TKG am 22. Juni 2004 beschlossen. Ein Schwerpunkt dieser Gesetzesnovelle ist die Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Wettbewerbsrecht. Dementsprechend sind Lizenzen, die eine Prüfung subjektiver Genehmigungsvoraussetzungen in Form von Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde des Antragstellers durch die Regulierungsbehörde erfordert, keine Voraussetzung mehr für den Marktzutritt. Einem Unternehmen obliegt vielmehr nur noch die Pflicht, die Aufnahme der Tätigkeit bei der Regulierungsbehörde anzumelden. Wenn die Regulierungsbehörde Verstöße gegen das TKG oder eine darauf beruhende Verpflichtung feststellt, hat sie Untersagungsbefugnisse und kann zur Durchsetzung ihrer Anordnungen Zwangsgelder festsetzen. Diese Aufsichtsmittel können auch bei Verstößen gegen Pflichten zum Schutze der Kunden angewendet werden.

Ein weiterer Schwerpunkt des novellierten TKG bildet die Regulierung der Telekommunikationsmärkte. Diese setzt ein Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahren voraus, nach welchem die für eine Regulierung relevanten Märkte zu ermitteln sind. Das geschieht derzeit auf der Grundlage einer Empfehlung der Europäischen Kommission, in der 18 Märkte vorgegeben wurden. Die vorgenommenen Marktdefinitionen der Regulierungsbehörde werden in einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden sowie der Europäischen Kommission abgestimmt. Erst im Anschluss daran kann die Marktregulierung im eigentlichen Sinne erfolgen, also die Auferlegung von Zugangspflichten und damit korrespondierenden

Entgeltverpflichtungen gegenüber den vermittels der Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahren ermittelten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Wege einer sogenannten Regulierungsverfügung der Regulierungsbehörde. Hierbei ist die Ex-post-Kontrolle der Marktteilnehmer in Angleichung an das allgemeine Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen inzwischen der Regelfall.

## Kundenschutz

Dem Kundenschutz wurde in dem nationalen Telekommunikationsgesetz ein eigener Teil gewidmet. Sicherlich stellt sich nun die Frage, warum dieser Teil die Überschrift „Kundenschutz“ und nicht „Verbraucherschutz“ trägt. Dies liegt daran, dass besonders schutzwürdige Kunden eines Telekommunikationsanbieters nicht nur private Endverbraucher sind, sondern nach der Entscheidung des Gesetzgebers jeder sogenannte Endnutzer von Telekommunikationsdiensten. „Endnutzer“ beziehungsweise Kunde im Sinne des Telekommunikationsrechts ist jede „natürliche oder juristische Person, die weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt“ (vgl. § 3 Nr. 8 TKG). Daraus ergibt sich, dass Wettbewerber, die Leistungen von anderen Anbietern als Vorprodukte für eigene Leistungen beziehen, sowohl Anbieter als auch zugleich Kunden sein können. Der Begriff des Kunden ist also weiter gefasst als der des Verbrauchers im Privatrecht (vgl. zur Legaldefinition des Verbrauchers § 13 Bürgerliches Gesetzbuch).

## Kundenschutz im TKG

Das TKG enthält einige unmittelbar geltende Bestimmungen zum Schutze der Endnutzer. In § 44 TKG ist ein spezieller Anspruch der Kunden auf Unterlassung sowie auf Schadensersatz vorgesehen. Verstößt ein Unternehmen gegen eine kundenschützende Vorschrift des TKG oder gegen eine kundenschützende Verpflichtung, die aufgrund des TKG auferlegt wurde, kann der Kunde Schadensersatzansprüche und Unterlassungen geltend machen. Der Anspruch besteht übrigens bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht, also unmittelbar bevorsteht.

Unter den in § 46 TKG genannten Voraussetzungen kann der Kunde von seinem bisherigen Telekommunikationsanbieter verlangen, dass er seine Rufnummer bei einem Anbieterwechsel zu einem Wettbewerber mitnehmen darf. Hierdurch soll der Wettbewerb zwischen den Betreibern öffentlicher Netze gefördert werden, denn es würde für den Kunden eine mit Kosten und erheblichem Aufwand verbundene Belastung darstellen, wenn er bei jedem Anbieterwechsel eine neue Rufnummer zugeteilt bekäme. Schließlich müsste ansonsten der Kunde über die neue Rufnummer sowohl seinen Bekanntenkreis als auch seine Geschäftspartner informieren.

Außerhalb des Teils zum Kundenschutz hat der Gesetzgeber in § 67 TKG die Vorschriften zum Schutz vor dem Missbrauch von sogenannten Mehrwertdienste-Rufnummern eingefügt. Diese Mehrwertdienste-Rufnummern sind in der Öffentlichkeit vertrauter unter der Bezeichnung 0190er-Nummern oder auch neuerdings 0900er-Nummern. Dieser Missbrauch wurde und wird immer wieder im Zusammenhang mit Einwählprogrammen für den Computer relevant, also sogenannten „Dialern“. Die

Regulierungsbehörde hat die Befugnis, rechtswidrig genutzte Rufnummern zu entziehen, die Abschaltung solcher Nummern anzuordnen, ein Rechnungslegungsverbot zu verhängen oder sogar bestimmte Dialer-Kategorien zu verbieten. Weitere Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Nummern wird die Telekommunikations-Nummerierungsverordnung enthalten, die sich zur Zeit im Verordnungsgebungsverfahren befindet.

#### Regelungen aufgrund der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung

In Ergänzung zu den vorgenannten Kundenschutzvorschriften des TKG wird die Bundesregierung durch § 45 TKG ermächtigt, eine Rechtsverordnung zum besonderen Schutz der Endnutzer, insbesondere der Verbraucher, zu erlassen. Nach dem in der Ermächtigungsgrundlage beispielhaft und nicht abschließend vorgegebenen Katalog der in die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung aufzunehmenden speziellen Regelungsbereiche hat der Verordnungsgeber explizit Festlegungen zu treffen über die Haftung der Unternehmen, die Form des Hinweises auf Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte und die Möglichkeit ihrer Einbeziehung sowie Informationspflichten und Regelungen bei Verletzung derselben. Ferner sind nach dem Regelungskatalog in die Rechtsverordnung aufzunehmen Vorgaben zur Kontrolle und Überwachung der Ausgaben seitens der Kunden (wie z.B. durch Einzelbindungsnachweis, kostenlose selektive Sperre abgehender Verbindungen und Vorauszahlung), Eintragung in Teilnehmerverzeichnisse und Auskunftsdienstedatenbanken, außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren und die Grundstückseigentümergeklärung, die Voraussetzung für den Anschluss der Kunden an das öffentliche Telekommunikationsnetz ist.

Diese Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) enthält demzufolge zwingend vorgegebene besondere Rechte der Kunden. Sie legt darüber hinaus die Mindestbestandteile für Verträge fest, die Telekommunikationsanbieter mit den Kunden abschließen. Vor dem Hintergrund des geänderten europäischen und nationalen Rechtsrahmens wird die zur Zeit gültige TKV aus dem Jahr 1997 (BGBl. I S. 2910) überarbeitet. Dennoch möchte ich bereits heute auf die im Referentenentwurf vorliegenden Kundenschutzbestimmungen der zukünftigen TKV eingehen, die im Jahre 2005 in Kraft treten werden, denn diese sind sicherlich von größerem Interesse. Überdies ist die grobe Richtung der wesentlichen Bestandteile bereits durch den europäischen Rechtsrahmen und die nationale Gesetzeslage aufgrund der Ermächtigungsgrundlage im neuen TKG sowie der vorhandenen novellierungsbedürftigen TKV 1997 vorgegeben. Gleichwohl wird darum gebeten, bei dem nun folgenden Teil des Referates stets zu bedenken, dass die vorgestellten Regelungen auf dem Referentenentwurf zur TKV mit Stand vom 30. Juli 2004 (TKV-E) beruhen, der auch auf der Homepage des BMWA zum Herunterladen eingestellt wurde.<sup>1</sup> Die Vorschriften können somit im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere weil es nach der Ermächtigungsgrundlage der Zustimmung des Bundesrates – also der Mitglieder der Landesregierungen als Ausdruck des Staatswillens der Länder bei der Gesetzgebung des Bundes – bedarf, durchaus noch Änderungen im Detail erfahren.

Unter dieser einschränkenden Prämisse sollen folgende für den Kunden maßgebliche Regelungen im Referentenentwurf der TKV kurz vorgestellt werden:

---

<sup>1</sup> Aktuelle Version unter:  
<http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Service/Gesetze/rechtsgrundlagen-telekommunikationspolitik.html>

a) Einzelverbindungsachweis (§ 8 TKV-E)

Der Anbieter ist verpflichtet, dem Kunden einen Nachweis über die einzelnen Verbindungen zu erbringen. Hiermit soll der Kunde in die Lage versetzt werden, die Entgeltforderung des Anbieters zu kontrollieren. Dieser Anspruch des Kunden auf das Erbringen eines Einzelverbindungsachweises, der neben Sprachkommunikationsdienstleistungen inzwischen auch auf Online-Verbindungen erweitert wurde, wird jedoch durch die Anforderungen des Datenschutzes von Mitbenutzern des Anschlusses im Haushalt, in Behörden und Betrieben begrenzt. Hiernach muss der Kunde als Teilnehmer gegenüber dem Anbieter schriftlich erklären, dass er alle Mitbenutzer seines Anschlusses über die Erstellung des Einzelverbindungsachweises informiert hat bzw. künftige Mitbenutzer unverzüglich hierüber informieren wird (vgl. § 99 TKG). Im Interesse erhöhter Kostentransparenz für den Kunden müssen auch Weitervermittlungsdienste, wie z.B. Auskunftsdienste, unter Angabe der weitervermittelten Rufnummer im Einzelverbindungsachweis separat angegeben werden. Die Standardform des Einzelverbindungsachweises, die von der Regulierungsbehörde verbindlich festgelegt wird, ist für den Kunden unentgeltlich.

b) Vorauszahlung (§ 9 TKV-E)

Der Kunde kann vom Anbieter auch verlangen, dass ihm der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz auf Vorauszahlungsbasis eröffnet wird. Dieses sogenannte Prepaid-System, das z.B. über Calling-Karten realisiert wird, ist im Mobilfunkbereich populär geworden und soll nun auch auf das Festnetz ausgeweitet werden, um das Risiko einer überhöhten Entgeltrechnung zu minimieren. Der Anbieter erfüllt dabei diese Verpflichtung durch das Angebot eines Vorauszahlungsproduktes am Markt. Die Einzelheiten dieses Entgeltverfahrens legt die Regulierungsbehörde fest.

c) Verbindungspreisberechnung (§ 10 TKV-E)

Zur Gewährleistung einer genauen und für den Kunden verlässlichen Preisberechnung bei zeit- und volumenabhängig tarifierten Verbindungen von Telekommunikationsdiensten ist der Anbieter verpflichtet, seine Systeme, Verfahren und Einrichtungen regelmäßig zu kontrollieren. Diese Kontrollen müssen dokumentiert und die Dokumentationen der Regulierungsbehörde vorgelegt werden. Wenn die Regulierungsbehörde Zweifel an der Genauigkeit der Abrechnung hat, kann sie verlangen, dass die Systeme, Verfahren und Einrichtungen von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen oder von ihr selbst geprüft werden.

d) Rechnungserstellung (§ 11 TKV-E)

Ebenfalls in der TKV vorgeschrieben sind bestimmte Bestandteile der Rechnung des Anbieters. Damit soll die Rechnung für den Kunden nachvollziehbar sein und ihm die Verfolgung seiner Rechte und Interessen erleichtert werden. Soweit der Kunde mit anderen Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit keine andere Vereinbarung getroffen hat, ist ihm von seinem Anbieter des Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz eine Gesamtrechnung zu erstellen. Aus der gewählten Gesetzesformulierung ergibt sich für den Kunden allerdings kein Anspruch auf eine einheitli-

che Rechnungsstellung. Vielmehr geben die Anbieter von Telekommunikationsdiensten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Art der Rechnungsstellung verbindlich vor. Der Kunde kann eine einheitliche Rechnungsstellung bei dem von ihm gewählten Anbieter nicht gegen die AGB des Anbieters durchsetzen, so dass in der Praxis allein der andere Anbieter über den Rechnungsweg entscheidet. Im Ergebnis gewährt daher § 11 TKV-E ausschließlich den anderen Anbietern ein Wahlrecht, die Rechnungsleistungen des Anbieters des Netzzugangs in Anspruch zu nehmen (Gesamtrechnung) oder eine eigene Rechnung auszustellen. Bei einer Gesamtrechnung des Anbieters des Netzzugangs aufgrund der Entscheidung der anderen Anbieter muss diese auch die Entgelte ausweisen, die vermittels Auswahl von Netzdienstleistungen, z. B. durch Call-by-Call Verbindungen, und telekommunikationsgestützte Dienste, z.B. durch Auskunft- und Inhaltsdienste, entstehen. Ferner muss die Rechnung eine ladungsfähige Anschrift und kostenlose Rückrufnummer eines jeden Anbieters aufweisen, der seine Dienste über die Rechnung des Netzanbieteranbieters geltend macht. Die Zahlung des Kunden an den Rechnungsersteller hat für ihn auch gegenüber den anderen Anbietern befreiende Wirkung. Das hat zur Folge, dass der Anbieter, der nicht Rechnungsersteller ist, ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Zahlung des Kunden beim Rechnungsersteller die Zahlung nicht mehr selbst vom Kunden verlangen kann. Schließlich müssen die Kunden in der Rechnung auf ihre Möglichkeiten hingewiesen werden, begründete Einwendungen gegen den Grund oder die Höhe der Rechnung einzulegen.

e) Sperre (§ 14 TKV-E)

Der Netzanbieter- und Telefondiensteanbieter an festen Standorten ist zur Sperre berechtigt, wenn der Kunde mit seinen Zahlungsverpflichtungen in Höhe von mindestens 75 Euro in Verzug geraten und eine geleistete Sicherheit verbraucht ist. Die Sperre setzt allerdings voraus, dass sie zwei Wochen zuvor schriftlich angedroht wird unter Hinweis auf die Möglichkeit des Kunden, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen. Die Androhung der Sperre kann mit der Mahnung verbunden werden. Eine Sperre ohne Ankündigung und Einhaltung der Wartefrist ist nur zulässig, wenn der Kunde Veranlassung zu einer fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gegeben hat oder eine Gefährdung von Einrichtungen des Anbieters, insbesondere des Netzes, durch Rückwirkungen von Endeinrichtungen oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit droht. Schließlich ist der Anbieter zu einer sofortigen Sperre berechtigt, wenn er ein überdurchschnittliches Entgeltaufkommen feststellt oder das Entgeltaufkommen in sehr hohem Maße – bezogen auf das bisherige Telefonverhalten des Kunden im Einzelfall – ansteigt und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Kunde bei einer späteren Durchführung der Sperre Entgelte für in der Zwischenzeit erbrachte Leistungen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig entrichten wird und geleistete Sicherheiten verbraucht sind. Die Sperre hat sich im Rahmen der technischen Möglichkeiten auf den betroffenen Dienst zu beschränken. Die Sperre ist unverzüglich aufzuheben, sobald die Gründe für ihre Durchführung entfallen sind. Sie darf nicht durchgeführt werden, wenn gegen die Rechnung substantiierte Einwendungen erhoben wurden und der Durchschnittsbetrag nach § 13 TKV-E bezahlt oder eine Stundungsvereinbarung getroffen worden ist.

f) Kurzwahl-Dienste (§ 15 TKV-E)

Bei über Kurzwahlnummern erbrachten Mehrwertdiensten – vor allem bei SMS- aber auch bei MMS-Diensten – besteht die Gefahr, dass dem Kunden erhebliche Kosten entstehen, ohne dass ihm dieser Umstand hinreichend bewusst wird. Darüber hinaus sind die Inhalte von hierüber angebotenen Abonnement-Verträgen für den Kunden häufig unklar, insbesondere wenn ihm bei Vertragsabschluss in nicht hinreichend deutlicher Form mitgeteilt wird, welche Möglichkeiten zur Beendigung des Vertrages bestehen.

Mit der zur besseren Transparenz und zum Schutz des Kunden neu geschaffenen Regelung zu Kurzwahl-Diensten wird ihm die Möglichkeit einer Sperre eröffnet. Für trotz Sperre übermittelte Kurzwahl-Dienstleistungen besteht kein Anspruch auf Entgelt. Auch kann der Kunde vom Anbieter der Kurzwahl-Dienstleistung verlangen, kostenlos einen Hinweis zu erhalten, sobald die Summe von 10 Euro monatlich überschritten wird. Der Hinweis erfolgt üblicherweise durch eine sogenannte Warn-SMS.

Bei Abonnementdiensten setzt ein Entgeltanspruch künftig voraus, dass der Diensteanbieter den Kunden deutlich über die gesetzlich vorgeschriebenen wesentlichen Inhalte des Abonnement-Vertrages informiert und der Kunde den Empfang dieser Informationen bestätigt hat. Zu den wesentlichen Vertragsinhalten zählen insbesondere der Bruttopreis je Dienstleistung, die Anzahl der Dienstleistungen im konkret benannten Bezugszeitraum und der Hinweis auf ein jederzeitiges Kündigungsrecht einschließlich der Kündigungsadresse des Diensteanbieters nebst der für die Kündigung erforderlichen Kodierung.

g) Sonstige Regelungen

Folgende Regelungen verdienen noch besonderer Erwähnung:

Es soll ein Vermittlungsdienst für gehörlose Menschen eingerichtet werden, um die besonderen Interessen behinderter Menschen auf ungehinderte Teilhabe an Telekommunikationsdiensten zu gewährleisten. Die Regulierungsbehörde soll den Umfang und Versorgungsgrad beim noch zu ermittelnden tatsächlichen Bedarf vorgeben (vgl. § 1 Abs. 2 TKV-E).

Sofern der Kunde Einwendungen innerhalb der mit dem Anbieter vereinbarten Frist gegen die Höhe der ihm in Rechnung gestellten Verbindungsentgelte erhebt, ist innerhalb eines Monats das Verbindungsaufkommen durch den Anbieter auch ohne Auftrag zur Erteilung eines Einzelverbindungsnaachweises nach den einzelnen Verkehrsdaten aufzuschlüsseln und eine technische Prüfung durchzuführen. Diese Dokumentation ist dem Kunden auf Verlangen vorzulegen. Da die Kosten einer umfassenden technischen Prüfung vielfach außer Verhältnis zum strittigen Verbindungsentgelt stehen, kann die Regulierungsbehörde Standards verbindlich festlegen (vgl. § 12 TKV-E).

Bei unklarer Forderungshöhe und bestehendem Zweifel an der berechneten Entgelthöhe wird für die Abrechnung im Regelfall die durchschnittliche Entgeltforderung des jeweiligen Anbieters aus den unbeanstandet gebliebenen sechs zurückliegenden Abrechnungszeiträumen zugrunde gelegt (vgl. § 13 TKV-E).

Die Anbieter sind zur Veröffentlichung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Amtsblatt der Regulierungsbehörde verpflichtet, um Markttransparenz zu gewährleisten. Zusätzlich kann die Regulierungsbehörde eigene und fremde Informationen mit

Kundenrelevanz veröffentlichen, damit die Kunden in voller Sachkenntnis eine Auswahl zwischen verschiedenen konkurrierenden Angeboten treffen können. Um zu gewährleisten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Informationen an den Kunden mit den Vorgaben der TKV in Einklang stehen, kann die Regulierungsbehörde mittlerweile Verfügungen treffen, deren Durchsetzung mit einem Zwangsgeld erzwungen werden kann (vgl. § 17 TKV-E).

Die Regulierungsbehörde erhält die Befugnis zur Ermittlung, ob über die Mindeststandards hinausgehende zusätzliche Informationen für den Kunden erforderlich sind. Um den Informationsbedarf zu ermitteln, sind Stellungnahmen aus der Fachöffentlichkeit im Wege von Anhörungen seitens der Regulierungsbehörde erforderlich. Die Regulierungsbehörde kann Verfügungen treffen, um sicherzustellen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Informationen an den Kunden im Einklang mit der TKV stehen. Die Durchsetzung ihrer Verfügungen kann sie gleichfalls mit einem Zwangsgeld bewirken (vgl. § 19 TKV-E).

Macht der Kunde die Verletzung eigener Rechte geltend, die ihm aufgrund der TKV zustehen, kann er die Regulierungsbehörde zum Zwecke der Streitbeilegung anrufen. Das Schlichtungsverfahren ist kein Schiedsverfahren mit entsprechender Bindungswirkung für die Parteien, sondern stellt lediglich einen Schlichtungsversuch dar mit dem Ziel, im Interesse beider Parteien eine möglichst schnelle und kostengünstige Entscheidung zu erreichen. Aus dem Prinzip der Freiwilligkeit folgt, dass ein Schlichtungsverfahren abzuschließen ist, sofern eine Partei die Bereitschaft zur Mitwirkung verweigert. Da die Regulierungsbehörde keine anerkannte Gütestelle ist, ist das Ergebnis der Schlichtung nicht vollstreckbar (vgl. § 20 TKV-E).

## Erfolge der Telekommunikationsliberalisierung und Ausblick

Jeder Telefonkunde in Deutschland hat seit Anfang 1998 mit der Aufhebung des Sprachtelefondienstmonopols die Möglichkeit, einfach durch Vorwahl einer Netzbetreiberkennziffer und völlig kostenfrei einen anderen Anbieter für sein Telefonat zu wählen. Der hierdurch ausgelöste starke Preiswettbewerb mit Preissenkungen von über 60 % hat sich für den Kunden bereits bezahlt gemacht.

Auch die Rechte der Kunden gegenüber den Anbietern von Telekommunikationsdiensten sind durch die erfolgte Liberalisierung nachhaltig gestärkt worden. Dazu zählen beispielsweise das durch die TKV verbürgte Recht auf einen unentgeltlichen Einzelverbindungs nachweis und auf eine Telefonrechnung, die neben den Leistungen des Anbieters des Netzzugangs auch diejenigen der anderen Anbieter enthält, sofern letztere eine solche Gesamtrechnung zwecks Senkung ihrer Kosten gewählt haben. Bei Einwendungen gegen die Telefonrechnung liegt die Nachweispflicht inzwischen beim Anbieter, nicht mehr beim Kunden. Die Voraussetzung der Anschlussperre ist grundsätzlich erst bei einem Zahlungsverzug von 75 Euro erfüllt. In allen Streitfällen mit seinem Telekommunikationsanbieter kann der Kunde mittlerweile die Regulierungsbehörde zur Schlichtung anrufen. Die Liberalisierung hat zu einer Vielzahl maßgeschneiderter ganz auf individuelle Kommunikationsbedürfnisse der Kunden abgestimmte Angebote, zu erheblichen Kosteneinsparungen sowie Serviceverbesserungen im Bereich Telekommunikation geführt. In vielen Fällen werden durch diese Kosten-

senkung völlig neue Geschäftsfelder eröffnet (z.B. beim Telelearning) oder es werden Serviceverbesserungen möglich (z.B. durch Einrichtung eines Call-Centers). Für alle Kundengruppen gilt, dass ihnen innovative Produkte und Dienstleistungen von den Anbietern in Anbetracht des massiven Wettbewerbsdrucks erheblich schneller verfügbar gemacht werden als vor der Liberalisierung.

Neben dem starken Preiswettbewerb, der sich zum Motor bei der Einführung neuer kostensenkender Technologien entwickelt hat, werden allerdings als weitere Wettbewerbsparameter auf lange Sicht auch Kundenfreundlichkeit, Qualität und die Verfügbarkeit innovativer Dienstleistungen eine kontinuierlich an Bedeutung zunehmende Rolle bei der Entscheidung des Kunden für einen bestimmten Anbieter bilden. Im Ergebnis werden davon alle Beteiligten profitieren, wobei in erster Linie die Kunden, die Deutsche Telekom AG als Ex-Monopolist, die neuen Anbieter als Wettbewerber sowie darüber hinaus der Standort Deutschland und die Zukunftsaussichten der deutschen Wirtschaft insgesamt anzuführen sind.

## **Deregulierung und Privatisierung als Instrumente des Verbraucherschutzes am Beispiel öffentlicher Verkehr und Eisenbahn**

Hans LEISTER  
Connex Verkehr GmbH

Connex ist die Sparte Verkehr der Aktiengesellschaft Veolia Environnement, börsennotiert in Paris und New York mit breit gestreutem Aktienbesitz und seit 150 Jahren tätig. Veolia ist weltweit der führende Umweltdienstleister mit den Tätigkeitsfeldern Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Energieversorgung, Abfallentsorgung und Verkehr, also typischen Dienstleistungen für Kommunen, Regionen, Länder oder große Industrieunternehmen. Veolia hat 30 Mrd. Euro Jahresumsatz und über 300.000 Beschäftigte in fast 100 Ländern der Erde. Connex als Verkehrssparte ist in über 20 Ländern tätig, u.a. in Frankreich, Skandinavien, Deutschland, USA, Australien und Neuseeland.

In Deutschland hat Connex 7 regionale Bahnen des Personenverkehrs, mehrere Güterverkehrsbahnen und 25 Bus- und Straßenbahnunternehmen. Im Bahnverkehr ist es das größte Unternehmen neben der DB, allerdings mit nur 2 bis 3 % Marktanteil. Im öffentlichen Personennahverkehr auf der Straße sind es rund 1 %.

Fast alle Aktivitäten der Connex Verkehr GmbH im öffentlichen Personenverkehr werden aufgrund von Verkehrsverträgen mit staatlichen Stellen und entsprechenden Zuschüssen für diese Leistungen durchgeführt. In aller Regel kommen diese Aufträge für öffentliche Dienstleistungen über Ausschreibungen, das bedeutet, dass das Kostenniveau günstiger und die Qualität höher ist als bei Wettbewerbern. Als Besonderheit fährt Connex pro Tag auch vier Züge des Fernverkehrs eigenwirtschaftlich, das sind die einzigen Fernverkehrszüge neben der DB innerhalb Deutschlands.

Zunächst sollen kurz die Rahmenbedingungen des öffentlichen Verkehrs in Deutschland und Japan umrissen werden, dann die Organisationsformen des öffentlichen Verkehrs, bevor ich zum Kernthema komme: Wo steht der Verbraucher und Fahrgast, welche Position hat er in den beiden Ländern, welche Bedeutung hat das Kartellrecht.

### **Rahmenbedingungen des öffentlichen Verkehrs in Deutschland und Japan**

In Deutschland haben ist die kostenlose Nutzung öffentlichen Straßenraums, sowohl zum Fahren als auch – und das ist häufig viel wichtiger – zum Abstellen des Autos, weit verbreitet. Einen der größten Vorteile des öffentlichen Verkehrs für Städte, die gute Ausnutzung der Fläche, kann der öffentliche Verkehr in Deutschland wirtschaftlich nicht ausspielen, weil der flächenintensiven Konkurrenz Autoverkehr die Fläche weiterhin kostenlos zur Verfügung gestellt wird. In dieses System ist auch die Privatwirtschaft einbezogen: Baugenehmigungen sind von der Vorhaltung ausreichender Parkplätze durch den Bauherrn abhängig, oder es sind entsprechende Ablösegebühren fällig, mit denen die öffentliche Hand dann Parkplätze baut. Mit jedem Kauf in einem deutschen Kaufhaus zahlt der Kunde dafür, dass Autofahren billig bleibt, auch der Kunde, der den öffentlichen Verkehr nutzt.

Demgegenüber kennt Japan sehr wohl die Maut für Pkw, vor allem aber ist das Parken in den Großstädten im öffentlichen Straßenraum in aller Regel nicht möglich, Parken in Parkhäusern extrem teuer und Arbeitgeber stellen für ihre Angestellten keine

kostenlosen Parkplätze bereit. Auch in Kaufhäusern kostet das Parken extra. Wer ein Auto anmelden will, muss einen privaten Parkplatz vorhalten, zu Mietkosten, für die man in Berlin bereits eine ganze Altbauwohnung anmieten kann.

In Deutschland kann der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) daher bei den Fahrpreisen nicht die wahren Kosten verlangen, sondern braucht zu den Einnahmen aus vergleichsweise niedrigen Tarifen zusätzlich Zuschüsse der öffentlichen Hand, um den Betrieb zu finanzieren. Ausbaumaßnahmen des öffentlichen Verkehrs müssen ohnehin aus der Staatskasse bezahlt werden, genauso wie Straßenbauten.

Dem stehen weitaus höhere Tarife für den Fahrgast in Japan gegenüber, diese sind am Markt durchsetzbar, weil der Kunde keine wirkliche Wahl hat. Wer in Tôkyô zur Schule oder ins Büro muss, ist fast immer auf den öffentlichen Verkehr angewiesen. Das heißt, in Japan kann man in den Ballungsgebieten nicht nur Busse, sondern auch U-Bahnen oder S-Bahnen profitabel betreiben. Allenfalls für große Ausbaumaßnahmen gibt der Staat Geld, der laufende Betrieb der Züge ist nicht nur von den Fahrgeldern gedeckt, sondern sogar profitabel.

Diese fundamentalen verkehrspolitischen Unterschiede muss man immer beachten, wenn man die Situation in beiden Ländern betrachtet.

## Organisation der Eisenbahnen und Verkehrsunternehmen

### Eisenbahnen in Japan

In Japan gab es neben der Staatsbahn JNR immer auch einen vielfältigen Sektor von privaten und kommunalen Eisenbahnen. Ein Teil dieser Bahnen kommt eigentlich aus der Immobilienbranche: Entwicklungsgesellschaften kauften große Ländereien am Rande der großen Städte auf, bauten Bahnlinien und zogen ihren Gewinn einerseits aus der Parzellierung der Flächen für den Wohnungsbau, andererseits aus den Fahrgeldeinnahmen und Nebeneinnahmen z.B. durch Kaufhäuser an den städtischen Endpunkten der Bahn. Seibu, Tôkyû, Hankyû, das sind Firmennamen, die auch deutschen Japanbesuchern oft begegnen. Es sind die Namen von Kaufhausketten, die aus Eisenbahnen hervorgegangen sind, die Bahnen sind ein wichtiger Teil der S-Bahn-Netze der Großstädte.

Die Staatsbahn wurde 1987 in regionale Aktiengesellschaften aufgeteilt, die drei regionalen Bahngesellschaften der Hauptinsel Honshû sind mittlerweile an der Börse.

Alle Bahnen des Personenverkehrs nutzen fast ausschließlich ihr eigenes Netz. Lediglich die Güterverkehrsgesellschaft hat kein eigenes Netz, sondern fährt auf den Netzen der Personenverkehrsbahnen. Damit kommt zum Ausdruck, dass der Güterverkehr auf der Schiene in Japan nur eine relativ geringe Rolle spielt, weil der typische bahnaffine Güterverkehr in Japan mit der Küstenschiffahrt befördert wird.

Konkurrenz zwischen Bahngesellschaften besteht nur insoweit, als in machen Relationen mehrere Netze um Nutzer konkurrieren. So hat der Kunde zwischen Kôbe, Ôsaka und Kyôto oder zwischen Tôkyô und Yokohama mehrere Bahngesellschaften auf einem jeweils eigenen Netz zur Auswahl, mit sehr unterschiedlichen Preisen und Fahrzeiten. Die Zusammenarbeit zwischen den Verkehrsunternehmen ist übrigens nicht sehr ausgeprägt. Für jede Bahn- und Busgesellschaft besteht ein eigener Tarif, bei Kombi-

tickets addieren sich die ohnehin schon hohen Tarife. So etwas wie Verkehrsverbund, also die Nutzung aller Verkehrsmittel einer Region mit einem Ticketsystem, ist weithin unbekannt.

### Eisenbahn in Europa

Europa hat nationale Bahn-Infrastrukturen, steht aber vor dem Problem, dass ein großer Teil des Verkehrs, den der Schienenverkehr übernehmen könnte, international ist. Die Zusammenarbeit von nationalen Bahngesellschaften, die bisher das Monopol des Bahnverkehrs auf ihren nationalen Netzen hatten, war und ist schwach ausgeprägt, sodass der Schienenverkehr im internationalen Verkehr nicht wirklich konkurrenzfähig ist gegenüber dem Lkw, der freizügig alle Straßen in Europa benutzen kann.

Anders als Japan hat Europa großes Potenzial im Güterverkehr auf der Schiene. Europa ist vergleichbar mit Nordamerika, doch dort hat der Güterverkehr auf der Schiene einen Marktanteil von 40 %, in Europa unter 10 %. Wenn es gelänge, europäischen Eisenbahn-Verkehrsunternehmen den freien Zugang zu den europäischen Bahnnetzen zu verschaffen, so könnte der Marktanteil des Schienenverkehrs in Europa deutlich mehr als 10 % betragen, eventuell bis 30 %.

Übrigens war Europa vor 1914 schon weiter als heute: Damals konnten private Eisenbahnunternehmen Züge quer durch Europa organisieren. Der berühmte Orientexpress ist nur ein Beispiel dafür: ein privater Zug, der die nationalen Netze in Europa nutzte, um transeuropäische Verkehrsbeziehungen herzustellen. Das ist das Ziel der Europäischen Union, heute vorrangig für den Güterverkehr, aber vielleicht auch wieder für den internationalen Personenverkehr.

Aus diesen Überlegungen kommt die Idee, das europäische Bahnsystem aufzubrechen, die Infrastruktur für die Benutzung durch alle europäischen Bahnunternehmen zu öffnen und die Bahnunternehmen in den Wettbewerb zu stellen. Dieses Ziel verfolgt die Europäische Union, um die wirtschaftliche Verflechtung Europas mit stark steigenden Güterverkehrsaufkommen möglich zu machen, ohne dass damit der eher unerwünschte Straßen-Schwerverkehr uferlos wächst.

Die Trennung von Schieneninfrastruktur und Bahnverkehr hat im Personen-Nahverkehr den Effekt, dass auch hier Wettbewerb möglich wird. Bahnunternehmen können um die öffentlichen Aufträge wetteifern, um möglichst wenig Zuschüsse für die öffentliche Hand und möglichst hohe Qualität für den Fahrgast zu erreichen.

Gegen die Intention der EU, die Schieneninfrastruktur zu öffnen und Wettbewerb einzuführen, gibt es naturgemäß viele Widerstände der etablierten staatlichen Bahnunternehmen, die sowohl Infrastrukturbetreiber als auch Verkehrsunternehmen sind. Auch in Deutschland haben wir einen heftigen Abwehrkampf der Deutschen Bahn gegen die organisatorische Trennung von Infrastruktur und Verkehr, obwohl andererseits die Deutsche Bahn sich in den europäischen Nachbarländern die Netzöffnung bereits zu Nutze macht und dort auf fremden Netzen Verkehr anbietet.

### Übriger öffentlicher Verkehr

Hier sind bei der Organisation keine so auffälligen Unterschiede zwischen Deutschland und Japan feststellbar. In beiden Ländern dominieren kommunale und regionale Gesell-

schaften, die den Bus- und U-Bahn- bzw. Straßenbahnverkehr ohne Wettbewerb im Monopol organisieren.

In Europa allerdings hat auch hier die EU das Ziel, Wettbewerb einzuführen, um damit den Marktzugang innerhalb der EU durchzusetzen. Es ist damit zu rechnen, dass mittelfristig auch in Deutschland Verkehrskonzessionen in Form von Verkehrsverträgen auf Zeit vergeben werden.

Wo steht der Verbraucher?

In Japan ist die Sache einfach: Der Kunde muss im Nahverkehr in aller Regel ein öffentliches Verkehrsunternehmen oder ein Bahnunternehmen benutzen, er hat keine andere Wahl und hat meist auch nicht die Wahl zwischen mehreren Verkehrsunternehmen, von seltenen Fällen abgesehen. Die Tarife unterliegen staatlicher Überwachung. Das Bemühen der Verkehrsgesellschaften ist es, große Massen von Passagieren in kurzer Zeit und möglichst unkompliziert abzufertigen. Das hat den Nebeneffekt, dass das System auch für den Kunden relativ einfach ist.

In Deutschland ist die Situation komplizierter: Der Kunde ist hier in ein Dreieckssystem einbezogen, bestehend aus dem Kunden, dem Staat, der den Verkehr bezuschusst und erheblichen Einfluss auf Leistung und Preis nimmt, und dem Verkehrsunternehmen, das dem Kunden unmittelbar gegenübertritt.

Es gibt also idealerweise zwei Vertragsbeziehungen, einmal den Verkehrsvertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber, dem Staat, der bei einem Verkehrsunternehmen eine öffentliche Dienstleistung über mehrere Jahre und mehr oder weniger genau festgeschrieben bestellt, und dafür öffentliche Zuschüsse auszahlt. Zum anderen den konkreten Beförderungsvertrag, den der Kunde und Fahrgast mit dem Verkehrsunternehmen abschließt, der die Beförderung von A nach B zu einem festgelegten Tarif umfasst.

Für die Vertragsbeziehung zwischen dem Staat und dem Verkehrsunternehmen haben wir inzwischen in Deutschland umfangreiche Erfahrungen gesammelt. Es gibt dafür sehr unterschiedliche Verträge: pauschale Verträge, die einen bestimmten Zuschuss mit wenig konkret beschriebener Gegenleistung vorsehen. Beispiel ist der Bus- und U-Bahn-Verkehr in Berlin, wo das öffentliche Unternehmen Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) einen Vertrag über viele Jahre abgeschlossen hat, der ganz allgemein die Verkehrsbedienung vorsieht, ohne dies an harte Bedingungen oder Sanktionen im Fall von schlechten Leistungen zu knüpfen.

Auf der anderen Seite vor allem bei Ausschreibungen von Verkehrsleistungen sehr genaue staatliche Vorgaben, wo, wann und wie gefahren werden soll, und eine äußerst komplizierte Errechnung des Zuschusses nach Qualitätskriterien oder sehr ausgefeilte Systeme von Strafabzügen im Fall von Verspätungen oder zu großer Verschmutzung der Fahrzeuge.

Die Zukunft in Deutschland und Europa ist klar: Wo staatliche Zuschüsse für den öffentlichen Verkehr bezahlt werden, muss dies in Zukunft im Wettbewerb erfolgen. Ergebnis des Wettbewerbs ist dann ein Verkehrsvertrag zwischen dem staatlichen Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen. Das Interesse der Verkehrsunternehmen ist dabei, nicht alles vorgeschrieben zu bekommen, sondern auch unternehmerische

Freiheiten bei der Gestaltung des Angebots und der Möglichkeit der Werbung von zusätzlichen Kunden für den ÖPNV zu erhalten.

Die Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Verkehrsunternehmen ist ebenso interessant. So kauft der Kunde im Nahverkehr in Deutschland in vielen Fällen nicht das Ticket eines einzelnen Verkehrsunternehmens, sondern einen „Verbundfahrchein“, z.B. des Verkehrsverbundes Berlin/Brandenburg, der in allen Verkehrsmitteln der jeweiligen Region, also in S-Bahn, Bus oder U-Bahn freizügig benutzt werden kann. Die Vertragsbeziehung ist also kompliziert, im Hintergrund müssen Ausgleichszahlungen unter den Verkehrsunternehmen dafür sorgen, dass die Unternehmen die ihnen zustehenden Zahlungen erhalten. Diese Verkehrsverbände sind übrigens klassische Kartelle, weil mehrere Unternehmen dasselbe Preissystem anwenden und die gegenseitige Anerkennung ihrer Fahrkarten vereinbaren.

Immer mehr setzen sich in Deutschland Regeln durch, nach denen der Kunde im Fall von schlechten Leistungen eine gewisse Kompensation verlangen kann. So hat die BVG, das öffentliche Verkehrsunternehmen in Berlin, ihren Fahrgästen zwei Garantien gegeben: Die Sauberkeitsgarantie, d.h. wenn sich ein Fahrgast im Fahrzeug die Kleidung beschmutzt, erhält er die Reinigungskosten. Zum anderen die Mobilitätsgarantie, d.h. wenn in den Abend- und Nachtstunden eine Fahrt ganz ausfällt oder stark verspätet ist, kann sich der Kunde ein Taxi nehmen und erhält den Taxipreis erstattet.

Ähnliche freiwillige Kompensationsleistungen setzen sich auch in anderen Regionen durch, so hat der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr eine ähnliche Mobilitätsgarantie für die Kunden des Nahverkehrs.

Die Deutsche Bahn gibt ihren Kunden im Fernverkehr freiwillig umfangreiche Kundenrechte. Bei Zugverspätungen erhält der Kunde Gutscheine über 20 oder 50 Euro, je nach Dauer der Verspätung. Wenn aufgrund von Verspätungen die letzten Anschlüsse am Abend verloren gehen, zahlt die DB sogar Taxibeförderung oder Hotelübernachtung.

Trotz der bereits umfangreichen freiwilligen Leistungen vieler Verkehrsunternehmen gibt es Absichten des Gesetzgebers auf europäischer und deutscher Ebene, solche Leistungen gesetzlich festzuschreiben. Die Verkehrsunternehmen sind naturgemäß dagegen und verweisen auf die bereits freiwillig gewährten Leistungen.

## Kartellrecht

Im Zusammenhang mit der Öffnung des Eisenbahnnetzes für Wettbewerb und mit der Einführung von Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Verkehrsbedienung ergeben sich interessante kartellrechtliche Fragen, von denen ich nur einige Beispiele erwähnen will.

Neu auf den Markt tretende Verkehrsunternehmen wie Connex haben oft das Problem, faire Ausgleichszahlungen in den Verkehrsverbänden zu erhalten, weil diese Verbundsysteme bereits zu früheren Monopolzeiten entstanden sind. Die etablierten Verkehrsunternehmen behalten mit Hinweis auf historische Verträge Fahrgeldeinnahmen, die ihnen nicht mehr zustehen.

Nach Einführung von Fernverkehrszügen von Connex hat sich die Deutsche Bahn zunächst geweigert, die Züge in das Fahrplanauskunftssystem der DB aufzunehmen.

Inzwischen hat sich die Connex GmbH hier gerichtlich durchgesetzt, die InterConnex-Züge sind wieder im deutschen Kursbuch.

Etablierte Unternehmen weigern sich, ihre Werkstätten neuen Eisenbahnunternehmen gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung zu stellen. Die Nutzungsmöglichkeiten fremder Werkstätten wird unter gewissen Bedingungen nun durch Umsetzung von EU-Recht in nationales deutsches Recht eingeführt.

Der Netzzugang zur Eisenbahninfrastruktur wird durch die Einführung genauer Regeln und einer dazu gehörigen Regulierung erleichtert. Auch wenn man den konsequenten Schritt einer organisatorischen Trennung von Infrastruktur und Verkehrsdurchführung bei der marktbeherrschenden Deutschen Bahn AG möglicherweise nicht macht, soll neuen Anbietern und ausländischen Verkehrsunternehmen trotzdem der faire Trassenzugang ermöglicht werden.

Auch wenn die Einführung von Wettbewerb offenbar mit gewaltigem Aufwand für Organisation und Regulierung erkaufte wird, ist man auf europäischer Ebene überzeugt, dass der effektivere Einsatz von öffentlichen Mitteln und Marktstrukturen die EU-Staaten im globalen Maßstab wettbewerbsfähiger macht.

Für Deutschland ist festzustellen, dass die Einführung von Wettbewerb im Verkehrswesen sehr oft nur als Erfordernis nach europäischem Recht empfunden wird und nicht als Programm zur effizienteren Gestaltung unserer Systeme.

Ist ein Know-how-Transfer möglich?

Japan ist ein Beispiel dafür, dass öffentlicher Personenverkehr sehr wohl profitabel sein kann, wenn die wahren Kosten des Straßenverkehrs auf die Nutzer umgelegt werden, zumindest unter den Bedingungen von stark besiedelten Ballungsräumen.

Bei der Einführung von Wettbewerb im öffentlichen Verkehr in Deutschland spielt das Kartellrecht eine große Rolle. Wir sind überzeugt, dass sich der juristische Aufwand lohnt, dass bessere Qualität des öffentlichen Nahverkehrs und niedrigere Kosten für die Allgemeinheit den Aufwand lohnen.

Für Japan interessant sein könnten die deutschen Verkehrsverbände, da die Nutzung einheitlicher Tickets für alle ÖPNV-Verkehrsmittel in einer Region sicher ein großer Vorteil sind. Die Abrechnung der Fahrgeldeinnahmen unter den Verkehrsunternehmen nach erbrachter Leistung ist technisch möglich, aber in Deutschland durchaus noch Gegenstand kartellrechtlicher Auseinandersetzungen.

## Abkürzungen

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BTOElt	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht – Entscheidungen (amtliche Schriftensammlung)
BVG	Berliner Verkehrsbetriebe
-E	Entwurf
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Europäischer Gemeinschaftsvertrag
EnWG	Energiewirtschaftsgesetzes
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVU	Energieversorgungsunternehmen
FTC	Fair Trade Commission (of Japan) (Kôsei torihiki iinkai); nach dem Zweiten Weltkrieg zur Durchsetzung des Kartellgesetzes eingesetzte Kommission
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Entscheidungen
JNR	Japan National Railway
JFTC	Japan Fair Trade Commission = FTC; JFTC wird zur Unterscheidung zu der US-Behörde Federal Trade Commission benutzt, die ebenfalls FTC abgekürzt wird.
METI	Ministry of Economy, Trade and Industry (seit 1.1.2001; das vormalige MITI)
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
RL	Richtlinie
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKV	Telekommunikations-Kundenschutzverordnung
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung

Programm des Symposiums

## **Kartellrecht und Verbraucherschutz**

Donnerstag, 23. September 2004

### **Begrüßung**

Angelika Viets (JDZB)  
Dr. Herbert Sauter

### **Einführung: Verbraucher und Wettbewerbsordnung**

Prof. Shôda Akira

### **Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Verbraucher Rechtsvergleichende Übersicht – Kartelle – Vertriebssysteme**

Wolfgang Jakobi (Bundeskartellamt)  
Prof. Suzuki Takayuki (Universität Tôhoku)

Diskussion

### **Kennzeichnungspflicht**

Prof. Dr. Hans-W. Micklitz (Universität Bamberg)  
Prof. Shôda Akira

### **Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklage durch Verbraucher**

Roland Stuhr (Verbraucherzentrale Bundesverband)  
Prof. Suzuki Takayuki (Universität Tôhoku)

### **Deregulierung und Privatisierung als Instrument des Verbraucherschutzes**

**Energie:** Dr. Michael Kuxenko (BMWA)  
Prof. Shôda Akira

**Telekommunikation:** Helmut Schadow (Regulierungsbehörde Telekommunikation u. Post)

**Bahn:** Hans Leister (Connex)