

JAPANISCHES KARTELLRECHT – VON AUSSEN GESEHEN

Wernhard Möschel

Abstract: The common opinion about Japanese antitrust law is that its similarity to western antitrust laws is only superficial. The practice is said to be ruled by different cultural traditions of the country. The author shows that this practice can be explained by traditional concepts of antitrust theory.

The purpose of Japanese antitrust law is, in contrast to monistic theories, defined by a pluralistic approach. This is in unison with most modern antitrust law systems. A rule of law is not as well developed as a rule of authority. This is the practice of some of the other western merger control systems as well (e.g. France and Great Britain). Japan adopted the American pattern of an independent competition agency. The purpose is to shield the application of the law from political influence. The Japanese Fair Trade Commission does not act in a political vacuum. But it has the possibility to protect itself against opportunistic political influence. The main difference between Japanese and western practice of antitrust law may be the different understanding of the concept of law. Law is understood as a pragmatic tool for the resolution of presently existing conflicts, rather than as a general principle which is to be applied consistently and which is achieved by a separation of state and society and by abstract and general criteria.

1. EINFÜHRUNG

Dieser Beitrag konzentriert sich nicht auf technische Details einer Rechtsvergleichung.¹ Er fragt von einem allgemeineren Erkenntnisinteresse her, ob das Beispiel Japan innerhalb des Rechts der Wettbewerbsbeschränkun-

¹ Hierzu Iyori, Hiroshi: A Comparative Analysis on Japanese Competition Law: An Attempt to Identify German and American Influences. In: Coing, Helmut *et al.* (Hg.): *Die Japanisierung des westlichen Rechts*. Tübingen: Mohr, 1990, S. 227ff.; Möschel, Wernhard: Japanisches, deutsches und europäisches Kartellrecht im Querschnitt. In: *Festschrift für Ulrich Everling*. Bd. I. Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 841ff.; Haley, John Owen: Error, Irony, and Convergence: A comparative study of the origin and development of competition policy in postwar Germany and Japan. In: *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*. Tübingen: Mohr, 1998, S. 876ff.; ders.: Culture, Competition and Deregulation: Japan's Challenge to International Harmonization of Competition Law. In: *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 93ff.; umfassend Iyori, Hiroshi, Akinori Uesugi, Christopher Heath: *Das japanische Kartellrecht*. 2. Aufl. Köln u. a.: Heymanns, 1994.

gen einen Beitrag zur wissenschaftlichen Theoriebildung geleistet hat. Zwei Warntafeln seien vorweg errichtet:

- Theorien mit universellem Anspruch sind im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nur begrenzt auszumachen. Dazu ist das Ausmaß normativer Elemente und zwar durchaus unterschiedlicher normativer Elemente zu groß. Es sei nur an das Scheitern der Havanna-Charta erinnert, mit welcher die USA nach dem Zweiten Weltkrieg eine wettbewerbsorientierte Weltwirtschaftsordnung fundieren wollten. Erst heute, fünfzig Jahre später, werden diese Ansätze wieder aufgenommen.
- Die Theoriebildung wird aus zwei Gesellschaftsordnungen heraus dominiert, ja beinahe monopolisiert, nämlich den USA und der Europäischen Gemeinschaft. Die USA verfügen über die älteste Kartellgesetzgebung in einem modernen Sinne; der Sherman Act hat im Jahre 1990 bekanntlich seinen 100. Geburtstag feiern können. Die Anwendungserfahrungen sind aufgrund der Größe des Landes breit gefächert. Überdies weisen die USA eine deutliche ordnungspolitische Kontinuität auf. Nicht zuletzt ist der Zugang zu diesen Erfahrungen für Nichtamerikaner relativ leicht, insbesondere bestehen keine substantiellen Sprachbarrieren. Mit Ausnahme der Anciennität trifft weitgehend Vergleichbares für die Praxis der Europäischen Gemeinschaft zu. Unterhalb dieses europäischen Daches ist ein deutlicher Einfluß des deutschen und des englischen Kartellrechts feststellbar. Den Rest, so meinte ein früherer Chef der zuständigen Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel, könne man vergessen.

Diese beiden Warntafeln fest im Blick, ist von einem japanischen Einfluß auf die allgemeine wissenschaftliche Theoriebildung wenig bis nichts zu spüren. Im Gegenteil: Die japanische Kartellrechtspraxis steht ein wenig in dem Ruch, auf dem Papier über ein handwerkliches Instrumentarium zu verfügen, wie es international verbreitet ist, zum Teil noch darüber hinausgehend. Hinter der Oberfläche gehe diese Praxis indessen eigene Wege, die mit mehr oder minder tief verwurzelten Traditionen des Landes zusammenhängen. Auf solcher Linie hat Wolfgang Pape Mutter-Kind-Beziehungen und die „jahrtausendalte Erfahrung der Naßreiskultur im Terrassenanbau“ (Pape 1994: 378) beschworen.² Akira Shoda (1994), in etwas nüchterner Sprache, erinnerte an verbreitete Vertikalstrukturen innerhalb der japanischen Gesellschaft. Über solche Hintergründe ist hier nicht zu spekulieren. Die These lautet vielmehr: Die japanische Kartellrechtspraxis läßt sich in wichtigen Bezügen mit durchaus konventionellen Instrumenten der allgemeinen Kartellrechtstheorie analysieren. Insoweit ist jene Pra-

² Zu Recht stärker differenzierend First (1995/96: 137ff.).

xis schlichter Sachverhalt der Theorie und stabilisiert diese letztlich. An vier Facetten sei dies näher dargetan.

2. ZU DEN SCHUTZZWECKEN

Als erstes sei auf den Streit um die angemessenen Schutzzwecke eines Kartellrechts eingegangen (hierzu Möschel 1991). Monistische Lehren kämpfen gegen pluralistische, überwiegend in der Ausprägung, ob ein Kartellrecht sich auf den Schutz unverfälschter Wettbewerbsprozesse beschränken solle oder ob es wettbewerbstranszendierende Aspekte, vornehmlich solche industriepolitischer Art, mit aufnehmen solle.

In den USA dominiert die erstere Sicht; alles andere sei „pure intellectual mush“ (Bork 1981: 238). Doch orientiert sich die Wirtschaftspolitik in den USA keineswegs ausschließlich an einem Referenzsystem Wettbewerb. Es gibt staatliche Korrekturen von Marktergebnissen durch Umverteilungen, durch Subventionen – etwa in der Landwirtschaft. Small business wird geschützt durch mancherlei bevorzugte Beteiligung an öffentlicher Auftragsvergabe. Beschäftigungspolitische, regionalpolitische, industriepolitische Zielsetzungen können sich in protektionistischen Praktiken niederschlagen. Staatlich initiierte Selbstbeschränkungsabkommen sind ein Beispiel dafür. Auch der Trade Act des Jahres 1988 läßt sich dafür aktivieren. Nun kann man dies alles aus der Sicht eines Wettbewerbsrechts in die sonstigen Rahmenbedingungen abschieben. Doch muß man sehen, daß der Streit um die Schutzzwecke eines Wettbewerbsrechts dadurch an Rang verliert. Aus einem gesamtpolitischen Blickwinkel betrachtet mutiert der genannte Streit eher dahin, wer für die Verfolgung welcher Einzelziele zuständig ist.

Das Europäische Gemeinschaftsrecht folgt einem pluralistischen Ansatz. Besonders deutlich wird dies am generalklauselartigen Erlaubnistatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag. Er gilt für horizontale wie vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in gleicher Weise. Als die gemeinsame Produktion einer Großraumlimousine durch Ford/Deutschland und Volkswagen in Nordportugal unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag fiel, konnte die Kommission nach Abs. 3 freistellen (ABl. EG L 20 vom 28.1.1993, S. 14). Es ging um Förderung einer strukturschwachen Region. Eine andere Generaldirektion der Gemeinschaft hatte das Vorhaben gleichzeitig durch Beihilfen unterstützt. Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag soll nach Auffassung der Kommission möglich machen, komplexe und divergierende Zielsetzungen des EG-Vertrages zu einem Ausgleich zu bringen. Darin liegt der Grund für das Anwendungsmonopol, über das die Kommission bei dieser Vorschrift verfügt (Art. 9 Abs. 1 Verordnung/EWG Nr.

17). Doch soll kein falscher Eindruck entstehen: Industriepolitische Relativierungen des Wettbewerbsrechts sind auf EG-Ebene bislang selten. Das Potential dazu ist aber vorhanden. Namentlich Art. 157 EG-Vertrag, der in Maastricht I der Gemeinschaft eine industriepolitische Kompetenz eingeräumt hat, ließe sich in dieser Richtung aktivieren.

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist demgegenüber auf den Schutz freier Wettbewerbsprozesse ausgerichtet. Bei einem eventuellen Konflikt mit dem Schutz anderer Güter wie Umwelt, Gesundheit, Soziales u.ä. ist nicht eine administrative Instanz, die Kartellbehörde, sondern eine politische, nämlich der Bundeswirtschaftsminister, zu einer Entscheidung berufen. Die Regelung bezüglich Kartellen, sog. Ministerkartellen nach § 8 GWB, ist in der Praxis völlig obsolet. Sog. Ministererlaubnisse von untersagten Unternehmenszusammenschlüssen nach § 42 GWB, die bei überragenden Gemeinwohlgründen möglich sind, haben eine größere, letztlich aber nur bescheidene Bedeutung.

Das japanische Antimonopolgesetz (AMG) fügt sich diesem Rahmen ein. Es folgt klar einem pluralistischen Konzept. Die grundlegende Vorschrift des § 1 stellt zwar auf den Zweck ab, den freien und lautereren Wettbewerb zu fördern; die sonstigen dort genannten Ziele sind nur von derivativer Art. Auch § 2 Abs. 5 und 6 AMG, private Monopolisierung und unbillige Handelsbeschränkungen betreffend, wurden – soweit ersichtlich – immer so ausgelegt, daß jeder inkriminierte Wettbewerbsverstoß gleichzeitig im Widerspruch zum dort genannten „öffentlichen Interesse“ steht; es bedarf keiner zusätzlichen Wertung. Doch dies ist nur scheinbar eine monistische Orientierung. Das AMG selbst enthält eine Fülle von Ausnahmetatbeständen. Eine noch größere Zahl von sondergesetzlich geregelten Ausnahmen tritt hinzu; diese beziehen sich z. B. auf Export-/Importkartelle, freiwillige Exportbeschränkungen, Mittelstandskartelle, Transportkartelle, einzelne Vereinbarungen im Versicherungs- und Kapitalmarktbereich, den Agrarmarkt. Grosso modo sind dies Bereiche, wo sich auch in anderen Rechtsordnungen vielfach spezielle Regulierungen finden. Entlastungsschritte wurden in Japan indessen durch eine hochintelligente Privatisierungs-, z. T. auch Deregulierungspolitik im Eisenbahnwesen und in der Telekommunikation erreicht. Ein japanisches Sonderproblem stellt das Verhältnis von AMG und Maßnahmen der informellen Verwaltungslenkung dar (*gyōsei shidō*) (Negishi 1985: 277ff.; Matsushita 1993: 59ff.). Andere staatliche Stellen außerhalb der japanischen Fair Trade Commission (FTC) können durch eine Art „moral suasion“ eine kartellähnliche Verhaltensgleichschaltung bei Wirtschaftsunternehmen herbeiführen. Soweit die Initiative zu solchen Maßnahmen von den Unternehmen selbst ausgeht, liegen gar Kartelle in einem technischen Sinne vor. All

dies hat innerhalb der verschiedenen Entwicklungsphasen japanischer Wettbewerbspolitik namentlich im Zeitraum von 1953 bis 1973, d.h. von der ersten Novellierung des ursprünglich von der amerikanischen Besatzungsmacht aufoktroierten AMG bis zum ersten Ölpreisschock reichend, zu einem Verständnis des AMG als einer Art legislativen Maskerade geführt. D.h. freilich nicht notwendig, daß das Wettbewerbsrecht in jener Zeit sein primäres Ziel, Aufrechterhaltung eines freien und fairen Wettbewerbs, verfehlt hätte. Es war dies gleichzeitig eine Phase stürmischen Wachstums nahezu in allen Bereichen. Unter solchen Verhältnissen verliert ein Wettbewerbsrecht an praktischer Bedeutung. Franz Waldenberger (1994) kennzeichnete in einer gründlichen Untersuchung diese Periode von 1953 bis 1973 treffend als „competition without competition policy“.

Sondergesetzliche Ausnahmen vom AMG gab es im Jahre 1997 47 nach 28 verschiedenen Gesetzen. Bei 35 davon, geregelt in 20 Gesetzen, wurde eine Abschaffung ins Auge gefaßt. Von den sieben Ausnahmereichen nach dem AMG selbst sollten vier, von den 33 nach dem Act Regarding Exemptions from the Antimonopoly Act 21 beseitigt werden.³ Die praktischen Ergebnisse des Jahres 2000 sind bescheidener.⁴ Von den AMA-Ausnahmen wurden immerhin die Ausnahmen für Depressionskartelle und für Rationalisierungskartelle aufgehoben. Der AMA Exemption Act selbst wurde beseitigt, mit ihm – jedenfalls im Prinzip – auch die darin enthaltenen Ausnahmetatbestände.

3. RULE OF LAW

Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ist ein politikanfälliges Gebiet. Es läßt sich für vielfältige Zwecke instrumentalisieren. Mit Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Kosten lassen sich mehr oder minder unsichtbar auf eine breite Öffentlichkeit weiterwälzen, ohne daß der einzelne spürbar betroffen wird und von daher politischer Widerstand entsteht. Auch außerhalb solcher politökonomischer Überlegungen herrscht im Normativen vielfach Streit, der an politische Grundüberzeugungen rühren kann. Dies ist einer der Gründe, weshalb hier internationale Harmonisierung bis heute bescheiden geblieben ist, verglichen etwa mit dem ebenfalls politisch-sensitiven Sektor des Bankenaufsichtsrechts.

³ Detaillierte Auflistung aller Sachverhalte in *FTC/Japan Views: Information and Opinions from the Fair Trade Commission of Japan* 28 (June 1997), S. 52–66.

⁴ Zum jüngsten Stand siehe <http://www.jftc.go.jp/e-page/recent/recent200106.pdf>.

Ein extraterritorialer Geltungsanspruch, wie ihn z. B. sowohl das amerikanische Antitrustrecht wie die Wettbewerbsregeln der EG und auch das deutsche GWB erheben, blieb von daher umstritten bis hin zu Abwehrge-
setzgebungen (*blocking statutes*), die sich in einzelnen Ländern finden. Ein
traditionelles Instrument, solche Politikanfälligkeit zu begrenzen, ist die
Überantwortung dieser Materie an ein *rule of law*-System. Dabei gerät man
rasch in ein Dilemma: Angesichts der Dynamik des Regelungsgegenstan-
des, einer sich im permanenten Wandel befindlichen Wirtschaft, nehmen
Gesetzgeber in aller Regel Zuflucht zu Generalklauseln. Deren Konkreti-
sierung und Fortentwicklung wird dann zur Aufgabe der Rechtspre-
chung. In den Worten des Senators Sherman aus dem Jahre 1889:

It is difficult to define in legal language the precise line between law-
ful and unlawful combinations. This must be left for the courts to de-
termine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do, is
to declare general principles, and we can be assured that the courts
will apply them so as to carry out the meaning of the law, as the courts
of England and the United States have done for centuries. (21 Cong.
Rec. 2460 [1889])

In den USA ist dies mittlerweile ganz ausgeprägt. Die Antitrust Division
als Teil des Justizministeriums und die Federal Trade Commission als spe-
zielle Agency sind heute nicht mehr die primär Verantwortlichen für eine
Durchsetzung des Antitrustrechts. Über neunzig Prozent aller Fälle wer-
den in Zivilklagen verfolgt. Dem Instrument der *treble damages* kommt
hierbei eine nicht unwesentliche Anreizfunktion zu. Auf EG-Ebene und in
Deutschland gilt Ähnliches, was die justizielle Seite anbelangt. Die Über-
antwortung des Feldes der Wettbewerbsbeschränkungen an eine *rule of
law* gilt als eine der großen Errungenschaften der 1950er Jahre, als beide
Rechtssysteme geschaffen wurden. Die europäisch-amerikanische Paralle-
le trifft dagegen nicht für die privatrechtliche Durchsetzung zu. Sie hat bei
den Artt. 81 ff. EG-Vertrag ebenso wie innerhalb des GWB nur nachrangige
Bedeutung. Privatrechtsschutz nach dem GWB kommt am ehesten
noch bei Belieferungsklagen eines Händlers bestimmter Betriebsformen,
z. B. Discounter, gegen Hersteller berühmter Markenartikel vor. Wieder-
um anders ist es bei der Durchsetzung des deutschen UWG, des Gesetzes
gegen den unlauteren Wettbewerb. Anders als in Japan, wo man insoweit
dem Modell der amerikanischen Federal Trade Commission folgte, gehört
dies nicht zum Zuständigkeitsbereich von Kartellbehörden. Hier greifen
in Deutschland neben peripheren Straftatbeständen nahezu ausschließ-
lich Privatrechtsmechanismen und dies in hocheffizienter Weise. Es hängt
mit einer Klagebefugnis von Verbänden zur Förderung gewerblicher In-
teressen zusammen; diese nehmen dem einzelnen die Kostenrisiken einer

Klage ab. Und es liegt am Verfahren der einstweiligen Verfügung, welches Rechtsschutz in kurzer Frist sicherstellt.

Japan ist hier anders. Gerichtsverfahren als Konkretisierungsinstrument haben kaum praktische Bedeutung, Privatklagen noch weniger. 1993 formulierte Christopher Heath, ein intimer Kenner des japanischen Kartellrechts:

Möglich ist indessen nach § 25 AMG wie auch nach allgemeinem Deliktsrecht ein privater Schadensersatzanspruch von durch kartellrechtswidrige Handlungen Geschädigten gegen die Schädiger. Bislang sind insgesamt 15 solcher Schadensersatzklagen erhoben worden, elf wegen unlauterer Handelsmethoden, drei wegen unbilliger Handelsbeschränkungen und eine wegen beidem. Zwölf dieser Klagen wurden abgewiesen, eine zurückgenommen und zwei verglichen, was zu der Feststellung berechtigt, daß dem Handeln Privater für die Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften keine Bedeutung zukommt. (Heath 1993: 130)⁵

In jüngster Zeit ist hier juristisch einiges in Bewegung gekommen, ohne freilich eine klare Kontur erlangt zu haben (Heath 1995: 93ff.). In Japan setzt man eher auf eine technokratisch oder expertokratisch beherrschte Verwaltung von Wettbewerb. Neben den erwähnten zahlreichen Ausnahmemöglichkeiten und der Praxis der Verwaltungslenkung ist hier weiter auf eine ausgedehnte Richtlinienpraxis der FTC selbst zu verweisen. Informellen Vorgehensweisen wie etwa Warnungen wird auch dort der Vorzug gegeben, wo förmliches Einschreiten möglich wäre. Insoweit mag man weniger von *rule of law* als von *rule of authority* sprechen. Doch auch dies ist weniger singulär, als es auf den ersten Blick scheinen mag. So herrscht z. B. in Frankreich wie in Großbritannien innerhalb der Fusionskontrolle, also bei den wirtschaftlich gewichtigsten Sachverhalten des Wettbewerbsrechts, ein System politisch zu verantwortender Entscheidungsfindung. In Frankreich ist eine Fusionskontrolle nur möglich, wenn der Wirtschaftsminister dem Conseil de la Concurrence einen entsprechenden Auftrag erteilt. Ebenso ist der Minister frei, ob er nach einem Gutachten des Conseil im Einvernehmen mit dem ggf. für die betroffene Branche zuständigen Fachminister eine Entscheidung trifft. Fusionskontrolle gilt als Gegenstand politischer Verantwortung. In der Praxis wird sie vornehmlich dann eingesetzt, wenn es unerwünschte Übernahmen aus dem Ausland abzuwehren gilt. Auch in Großbritannien kann nur ein Minister, der Secretary of State des Departments of Trade and Industry, einen Untersuchungsauftrag an die Competition Commission erteilen und ggf. Maßnahmen

⁵ Siehe auch First (1995/96: 168–169, 179–180).

durchsetzen. Die Rechtfertigung für diese Zuständigkeit wird gerade darin gesehen, daß es sich dabei in aller Regel um die Entscheidung politischer Zielkonflikte handele. Das materielle Eingriffskriterium ist ein Verstoß gegen das „öffentliche Interesse“. Section 84 des Fair Trading Act von 1973 konkretisiert diesen extrem unbestimmten Rechtsbegriff zwar auch im Sinne eines Wettbewerbsschutzes, aber eben nicht ausschließlich. Beschäftigungs- und regionalpolitische Aspekte können hier ebenso erheblich werden wie militärpolitische.⁶ Letzteres spielte z.B. eine Rolle beim Erwerb des englischen Elektronikunternehmens Plessey durch die deutsche Siemens AG. Folgerichtig lehnen in Großbritannien die Gerichte es ab, Empfehlungen der Monopolies and Mergers Commission oder Entscheidungen des Department of Trade and Industry nach Maßstäben des Rechts zu kontrollieren (vgl. Whish 2001: 803, 835–836).

Kurz: Wo eine Bindung der Politik an das Recht am ehesten schmerzt, wird sie flugs verworfen.

4. UNABHÄNGIGKEIT VON KARTELLBEHÖRDEN

Eine andere Technik, die Politikferne von administrativen Organen zu gewährleisten, ist eine ihnen eingeräumte Unabhängigkeit. Genauer: Es gibt keine Anweisungen einer politisch legitimierten übergeordneten Instanz, wie ein Einzelfall zu entscheiden ist. Verbreitet ist solche Technik in den USA in dem Institut der unabhängigen Agencies. Dahinter stehen Vorstellungen der Gewaltenteilung. Die Federal Trade Commission ist eine solche Agency. Die zweite Kartellbehörde auf Bundesebene, die Antitrust Division, wird als Abteilung des Justizministeriums geführt, kann dafür aber keine Entscheidungen mit Außenwirkungen erlassen. Sie muß ein Gericht einschalten.

Unabhängigkeit genießt ferner auf europäischer Ebene die Kommission in Brüssel. Das hat weniger mit der Politikanfälligkeit einer speziellen Materie wie etwa des Kartellrechts zu tun. Es ist dies Folge der verfassungsmäßigen Rolle, welche die Kommission innerhalb der Europäischen Gemeinschaft spielt, namentlich ihrer Aufgabe, Hüterin des Gemeinschaftsrechts und zugleich Motor der Integrationsentwicklung zu sein. Die Kommission selbst versteht sich eher als ein politisches denn als ein schlicht administratives Organ. Das hat bei der Kartellrechtsanwendung zu dem Argwohn geführt, in einzelne Entscheidungen seien sachfremde

⁶ Der am 01.03.2000 in Kraft getretene Competition Act ließ die Regelung von Unternehmenszusammenschlüssen nach dem Fair Trading Act unberührt; siehe dazu Mehta und Dahl (2000: 1074 ff.).

Rücksichtnahmen auf die Interessen involvierter Mitgliedstaaten eingeflossen. Dies löste in Deutschland ein politisches Bemühen aus, auf EG-Ebene ein verselbständigtes, unabhängiges Kartellamt zu schaffen (umfassend Bartodziej 1994). Das Vorhaben ließ sich nicht realisieren.

In Deutschland geht die überwiegende Meinung davon aus, daß das Bundeswirtschaftsministerium als übergeordnete Behörde dem Bundeskartellamt keine Einzelfallweisungen erteilen darf (Möschel 1997: 241 ff.). Die Praxis entspricht dem. Das Selbstverständnis der einzelnen Beschlussabteilungen innerhalb der Kartellbehörde ist ein richterähnliches. Dies führt gelegentlich zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Politik und Behörde. Im Einzelfall werden sie öffentlich und lautstark artikuliert (Kartellbeamte als Vertreter der „reinen Lehre“, als eine Truppe „ewig Gestriger“). Unabhängige Verwaltungsorgane, wie man sie neben den Kartellbehörden auch bei den Rechnungshöfen und namentlich bei den Notenbanken vorfinden kann, lassen sich als Stabilisierungsfaktoren innerhalb eines demokratisch legitimierten Gemeinwesens begreifen (Möschel 1995: 76–77). Solche Strukturen sind in Europa im Zusammenhang der Europäischen Währungsunion und der nach dem EG-Vertrag als unabhängig konzipierten Europäischen Zentralbank in eine fundamentalistische Kritik geraten. Besonders stark ist diese in Frankreich.

Die japanische FTC ist dem amerikanischen Agency-Modell nachgeformt. Es war von der seinerzeitigen Besatzungsmacht nach Japan gebracht worden. Der Vorsitzende wie die vier Beisitzer an der Spitze der Behörde sind unabhängig, während der Dauer ihrer fünfjährigen Amtszeit nicht absetzbar und müssen auf Vorschlag des Premierministers von beiden Häusern des Parlaments gewählt werden. Als nach dem Friedensvertrag von San Francisco 1952 sonstige Agencies in Japan abgeschafft, d. h. in die zugeordneten Ministerien eingegliedert wurden, konnte die FTC ihre Unabhängigkeit wahren. Vielleicht lag es nur daran, daß man diese Behörde nach Beendigung der Besatzungszeit für eher bedeutungslos hielt. Die Kommissionsmitglieder innerhalb der FTC rekrutieren sich traditionell aus der hohen Ministerialverwaltung. Man mag von daher eine gewisse Ähnlichkeit im Denken vermuten, welche die Frage einer juristischen Unabhängigkeit als möglicherweise zweitrangig erscheinen läßt. Doch auch anderswo agieren unabhängige Agencies nicht in einem politischen Vakuum. In jedem Fall steckt in solcher Unabhängigkeit ein Potential zu Entscheidungen, die sich von politischer Opportunität leichter freimachen können, als dies für jene Kräfte zutrifft, die den Sachgesetzmäßigkeiten beim Kampf um Wählerstimmen unterworfen sind. Umgekehrt besteht ein Sachzusammenhang zwischen Unabhängigkeit und übertragener Aufgabe. Unabhängige Verwaltungsorgane sind in einem parlamentarischen System atypisch. Sie lassen sich legitimieren, solange sie auf die Wahrneh-

mung *einer* Zielsetzung beschränkt sind. Bei der Kartellbehörde ist dies der Schutz des Wettbewerbs, bei den Notenbanken die Gewährleistung der Geldwertstabilität. Wird ihnen die Berücksichtigung konkurrierender Zielsetzungen mitübertragen, muß es zu Abwägungskonflikten kommen. Diese sind nicht mehr rechtlich, sondern nur noch politisch-diskretionär entscheidbar. Notwendig gerät dann die Legitimität solcher Unabhängigkeit ins Zwielficht.⁷ Auch von daher lassen sich monistische Konzepte bei den Schutzzwecken eines Wettbewerbsrechts begründen.

5. TRENNUNG VON STAAT UND GESELLSCHAFT

Fragen nach den Schutzzwecken eines Wettbewerbsrechts, nach der Herrschaft des Gesetzes oder gar nach einer institutionellen Unabhängigkeit einzelner Verwaltungsorgane entfalten ihren vollen Sinn erst von einem bestimmten Verständnis des Rechtssatzbegriffes her, man kann auch sagen, des Rechtsstaatsbegriffes. Dieses Verständnis gründet auf einer Trennung von Staat und Gesellschaft, welche abstrakt-generelle Normen und damit die Gleichmäßigkeit ihrer Anwendung möglich macht. Wiederum ist ein Element der Gewaltenteilung darin mitenthalten. Die alten Griechen sprachen von *isonomia*, nach Demosthenes das schönste Wort der griechischen Sprache. Ähnliches ist mit dem Spruch über dem Eingang zum amerikanischen Supreme Court gemeint: EQUAL JUSTICE UNDER LAW. Dies verbindet sich mit einem idealistischen Verständnis von individueller Freiheit. Gemeint ist damit in erster Linie Gleichheit vor dem Gesetz, nicht etwa Gleichheit in der Ausstattung mit materiellen Ressourcen. Kant sprach von der größtmöglichen Freiheit unter der Herrschaft allgemeiner Gesetze.

Diese Zusammenhänge verändern sich, wenn man in einem Rechtssatz ein Handlungsinstrument unter vielen sieht, ggf. austauschbar, in jedem Falle wandelbar, eine pragmatische Option zur Lösung realer Konflikte. Hier kann das japanische Bild für einen außenstehenden Betrachter etwas diffus wirken. Der Gedanke soll zunächst an einem nichtkartellrechtlichen Sachverhalt verdeutlicht werden: Der US-amerikanische Kongreß hat in den letzten Jahren die Steuergesetzgebung bezüglich des Transfer Pricing bei multinationalen Gesellschaften wesentlich verschärft (Hammer 1993: 335ff.). Anlaß war für ihn die Praxis japanischer Tochtergesellschaften, Gewinne aus den USA zu den Muttergesellschaften nach Japan zu verla-

⁷ Hierzu Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft: *Anpassung des deutschen Kartellgesetzes an das europäische Recht?* BMWi-Studienreihe, 93. Bonn: 1996, S. 9.

gern. Solche Praxis schien paradox, da es ein Transfer von Gewinnen aus einem Niedrigsteuerland, den USA, in ein Hochsteuerland, Japan, gewesen wäre. Das Bild verändert sich, wenn in Japan nicht von einer gleichmäßigen Anwendung des Körperschaftsteuerrechts auszugehen ist, die tatsächliche Besteuerung vielmehr Gegenstand von Verhandlungen zwischen der Steuerverwaltung einerseits und den betroffenen Unternehmen andererseits wäre.

Innerhalb des Kartellrechts vollzieht sich Vergleichbares, wenn im Wege der Verwaltungslenkung seitens anderer staatlicher Stellen kartellgleiche Wirkungen erzielt werden. Dabei kann es vielfältige Formen der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft geben, wobei dann häufig gar nicht mehr auszumachen ist, wer hier wen wirklich am Händchen führt. Ein anderes Beispiel sind Submissionsabsprachen innerhalb einer kleinen Gruppe hochspezialisierter Bauunternehmen, die von öffentlichen Infrastrukturaufträgen leben. Es wird behauptet, diese Gruppe wurde phasenweise kartellrechtlich „pflöglich“ behandelt, da sie zugleich größter Zahler von Parteispenden ist (Heath 1993: 121; First 1995/96: 164ff. [zum Fall Kanemaru]). Im wirtschaftlichen Ergebnis sind es die Steuerzahler oder Verbraucher, denen zwar nicht die Zahllast, aber die Traglast für solche Spenden zufällt. Dies ist nicht sehr verschieden von der Praxis beispielsweise in Deutschland. Dort bedienen sich die Parteien aufgrund einer entsprechenden Gesetzgebung direkt aus dem Steuersäckel, einigermaßen schamlos, wie man hinzufügen kann. Der im Sinne des Rechtssatzbegriffes entscheidende Unterschied liegt freilich darin: Die Finanzierung erfolgt offen, ist politisch entsprechend zu verantworten und sie begünstigt gleichmäßig alle Parteien und nicht nur diejenige, welche gegenwärtig die Regierung stellt und die Verwaltung dirigiert. Man erkennt: Kartellrecht, ob in Japan oder sonstwo, sollte nicht eine Materie nur für Spezialisten sein.

6. ZUSAMMENFASSUNG

Nach verbreiteter Auffassung ähnelt das japanische Kartellrecht westlichen Mustern nur an der Oberfläche. Die Praxis werde von andersartigen kulturellen Traditionen des Landes bestimmt. Der Verfasser zeigt, daß diese Praxis mit durchaus traditionellen Instrumenten der Kartellrechtstheorie erklärt werden kann.

Was den Schutzzweck des japanischen Kartellrechts anbelangt, so verfolgt dieses Recht einen pluralistischen Ansatz im Gegensatz zu monistischen Lehren. Dies steht im Einklang mit den meisten modernen Kartellrechtsordnungen. Eine Herrschaft des Rechts (*rule of law*) ist weniger

ausgeprägt als eine *rule of authority*. In einzelnen westlichen Ländern verfährt man im praktisch wichtigsten Anwendungsbereich eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich innerhalb der Fusionskontrolle, auch nicht anders (Frankreich, Großbritannien). Japan hat das amerikanische Modell einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde übernommen. Damit wird eine Politikferne in der Anwendung des Rechts erstrebt. Ähnlich zu anderen Ländern handelt die japanische Fair Trade Commission nicht in einem politischen Vakuum. Sie hat aber die Möglichkeit, sich gegenüber Einflüssen politischer Opportunität abzusichern. Der wichtigste Unterschied zwischen japanischer und westlicher Kartellrechtspraxis dürfte in einem unterschiedlichen Verständnis des Rechtssatzbegriffes liegen. Recht wird eher als eine pragmatische Option zur Lösung realer Konflikte verstanden. Es geht nicht so sehr um eine Gleichmäßigkeit der Anwendung, welche durch eine Trennung von Staat und Gesellschaft und durch abstrakt-generelle Kriterien erreicht wird.

LITERATURVERZEICHNIS

- Bartodziej, Peter (1994): *Reform der EG-Wettbewerbsaufsicht und Gemeinschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Bork, Robert (1981): Panel Discussion: Merger Enforcement and Practice. In: 50 *Antitrust L.J.*, S. 238ff.
- First, Harry (1995/96): Antitrust Enforcement in Japan. In: 64 *Antitrust L.J.*, S. 137ff.
- Hammer, Richard M. (1993): Transfer Pricing – The Issue of the 1990's: A U.S. Historical Perspective. In: *Festschrift für Karl Beusch*. Berlin, New York: de Gruyter, S. 335ff.
- Heath, Christopher (1993): Kartelle, Kartellbehörden und Kartellaufsicht in Japan. In: Pohl, Manfred (Hg.): *Japan 1992/93: Politik und Wirtschaft*. Hamburg: Institut für Asienkunde, 1993, S. 117ff.
- Heath, Christopher (1995): Bürgerliches Recht, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht in Japan. In: *WuW* 45, S. 93ff.
- Matsushita, Mitsuo (1993): *International Trade and Competition Law in Japan*. Oxford: Oxford University Press.
- Mehta, Cyrus, Michael Dahl (2000): Das neue Kartellrecht in Großbritannien. In: *WuW* 50, S. 1074ff.
- Möschel, Wernhard (1991): The Goals of Antitrust Revisited. In: *JITE-ZgS* 147, S. 7ff. = Schutzziele eines Wettbewerbsrechts. In: *Festschrift für Fritz Rittner*. München: Beck, S. 405ff.

- Möschel, Wernhard (1995): *Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat*. Bad Homburg: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik.
- Möschel, Wernhard (1997): Die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes. In: *ORDO* 48, S. 241 ff.
- Negishi, Akira (1985): Administrative Guidance and the Japanese Anti-monopoly Law. In: *RebelsZ* 49, S. 277 ff.
- Pape, Wolfgang (1994): Das Japanische im japanischen Kartellrecht. In: Menkhaus, Heinrich (Hg.): *Das Japanische im japanischen Recht*. Monographien aus dem Deutschen Institut für Japanstudien der Philipp-Franz-von-Siebold-Stiftung, 5. München: Iudicium, S. 373–388 = *WuW* 42 (1992), S. 482 ff.
- Shoda, Akira (1994): Das Japanische im japanischen Kartellrecht. In: Menkhaus, Heinrich (Hg.): *Das Japanische im japanischen Recht*. Monographien aus dem Deutschen Institut für Japanstudien der Philipp-Franz-von-Siebold-Stiftung, 5. München: Iudicium, S. 389–395.
- Waldenberger, Franz (1994): *The Changing Role of Competition Policy in Japan*. Arbeitspapier 94/4. Tōkyō: Deutsches Institut für Japanstudien.
- Whish, Richard (2001): *Competition Law*. 4. Aufl. London, Edinburgh: Butterworths.