

Thomas Kapp
Sebastian Janka
Guido Jansen

Kartellrecht in der Unternehmens- praxis

Was Management, Compliance
und Rechtsberater wissen
müssen

4. Auflage

Inklusive
SN Flashcards
Lern-App

MOREMEDIA



Springer Gabler



Kartellrecht in der Unternehmenspraxis

Thomas Kapp • Sebastian Janka
Guido Jansen

Kartellrecht in der Unternehmenspraxis

Was Management, Compliance und
Rechtsberater wissen müssen

4., vollständig überarbeitete Auflage

Thomas Kapp
Stuttgart, Deutschland

Sebastian Janka
München, Deutschland

Guido Jansen
Düsseldorf, Deutschland

ISBN 978-3-658-34979-0 ISBN 978-3-658-34980-6 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-658-34980-6>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Gabler

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert durch Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2004, 2014, 2018, 2021

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der Verlage. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung: Catarina Gomes de Almeida

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort zur 4. Auflage

In den letzten 25 Jahren hat sich das Kartellrecht zu einem der wichtigsten Gebiete des Wirtschaftsrechts entwickelt. Auch wenn sich der mediale Fokus im Zusammenhang mit dem Kartellrecht häufig auf Großkonzerne und zuletzt insbesondere die „Big Five“ der Digitalwirtschaft richtet, betrifft das Kartellrecht Unternehmen aller Größenordnungen und Branchen gleichermaßen. Gerade auch mittelständische Unternehmen sind in teilweise existenzieller Weise betroffen. Dies haben u. a. die Bußgeldverfahren in eher mittelständisch geprägten Branchen wie Spanplatten, Mehl, Bier, Wurst, Süßwaren, Sanitär-großhandel, Automobilzulieferer, Pflanzenschutzmittel, Technische Gebäudeausstattung etc. deutlich gezeigt. Tatsächlich ist die Geschäftspraxis fast aller Unternehmen in vielfältiger Weise vom Kartellrecht berührt. Dies gilt nicht nur bei Unternehmenszusammenschlüssen oder Kooperationen mit Wettbewerbern sowie im Rahmen der Verbandsarbeit, sondern gerade auch im Einkauf und Vertrieb bzw. beim Umgang mit Lieferanten und Kunden. Ebenso wichtig wie das eigene kartellrechtskonforme Verhalten ist es dabei, mögliche Kartellrechtsverstöße der Marktgegenseite zu erkennen und sich angemessen zur Wehr zu setzen.

Dieses Buch ist für den Praktiker im Unternehmen geschrieben, und zwar sowohl in der Geschäftsleitung als auch in der Rechts- oder Complianceabteilung. Es dient als Leitfaden, um kartellrechtliche Probleme zu erkennen, zu analysieren und praxisnahe Lösungen zu finden. Mit diesem Ansatz schließt das Buch eine Lücke in der Kartellrechtsliteratur, welche sich meist an den bereits spezialisierten Juristen wendet oder einen primär akademischen Fokus hat. An diesem Ansatz hat sich gegenüber den Voraufagen nichts geändert.

Mit der 4. Auflage wurde der Kreis der Autoren mit Herrn Dr. Sebastian Janka und Herrn Dr. Guido Jansen um zwei erfahrene Kollegen erweitert, die das Werk auch in Zukunft fortführen werden. Die bewährte Gliederung und die weitestgehend gemeinsame Behandlung des deutschen und europäischen Rechts wurden beibehalten und der Inhalt entsprechend aktualisiert. Hinzugekommen sind elektronische Flashcards, die einerseits eine Lernkontrolle ermöglichen, andererseits in Teilen aber auch als Vorlage für ein Frage-Antwort-Spiel oder als Kontrollfragen im Rahmen von Compliance-Schulungen dienen können.

Inhaltlich wurden neben der Weiterentwicklung der Kartellrechtspraxis in den letzten 4 Jahren insbesondere die Änderungen durch die 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) umfassend berücksichtigt, die neben den namensgebenden zusätzlichen Regeln zur Missbrauchsaufsicht im Bereich der Digitalwirtschaft insbesondere auch sehr praxisrelevante Änderungen im Bereich der Fusionskontrolle und der Kartellbußgeldverfahren gebracht hat.

Wir danken Frau Carolin Goldbeck, die uns als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Materialrecherche und der Erstellung der Flashcards für die 4. Auflage nachhaltig unterstützt hat.

Stuttgart, Deutschland
München, Deutschland
Düsseldorf, Deutschland
Mai 2021

Thomas Kapp
Sebastian Janka
Guido Jansen

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Für wen ist dieses Buch gedacht und wie wird es genutzt?	1
1.2	Kartellrecht erfasst alle Unternehmen	2
1.3	Kartellrecht erfasst alle Lebensbereiche	4
1.4	Kartellrecht erfasst alle Verfahrensarten	5
1.5	Kartellrecht erfasst alle Personen im Unternehmen	6
1.6	Wo treten kartellrechtliche Fragen in der Unternehmenspraxis auf? – Die fünf Einfallstore in der Praxis	7
1.6.1	Vertragsrecht	7
1.6.2	Vertriebsrecht	8
1.6.3	Mergers & Acquisitions/Fusionskontrolle	9
1.6.4	Missbrauchskontrolle	10
1.6.5	Bußgeldverfahren	11
1.7	Chancen des Kartellrechts	12
	Literatur	13
2	Überblick über das Kartellrecht	15
2.1	Was ist „Wettbewerb“?	15
2.2	Begriff der Wettbewerbsbeschränkung	20
2.3	Die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen	21
2.4	Europäisches Kartellrecht	22
2.5	Deutsches Kartellrecht	25
2.6	Ausländisches Recht	26
2.7	Abgrenzung und Konkurrenz der drei Regelungsebenen des Kartellrechts	27
2.7.1	Die drei Ebenen in der Zusammenschlusskontrolle	28
2.7.2	Die drei Ebenen außerhalb der Zusammenschlusskontrolle	28

3	Vorfragen der kartellrechtlichen Prüfung	31
3.1	Bedeutung der Vorfragen	31
3.2	Beteiligung eines „Unternehmens“	31
3.3	Konzerninterne Beschränkungen	33
3.4	Einschränkung des Kartellrechts aufgrund der so genannten Immanenztheorie	34
3.4.1	Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen	34
3.4.2	Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen	35
3.4.3	Kundenschutzklauseln	37
3.4.4	Einschränkung des Kartellverbots aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsgedankens	38
3.5	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	40
3.6	Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung	42
3.7	Wirkungen lediglich außerhalb der EU	43
	Literatur	45
4	Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarung, Beschluss und abgestimmtes Verhalten	47
4.1	Vereinbarung, Beschluss und abgestimmtes Verhalten	48
4.1.1	Vereinbarung	48
4.1.2	Beschlüsse	51
4.1.3	Abgestimmtes Verhalten	52
4.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	55
4.3	Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen	56
4.3.1	Beispiele und allgemeine Bewertung	56
4.3.2	Hardcore-Kartelle	57
4.3.3	Informationsaustausch, Marktinformationsverfahren	58
4.3.4	Verbandsarbeit	62
4.3.5	Einkaufskooperationen	66
4.3.6	Vermarktungsvereinbarungen	67
4.3.7	Internetportale	69
4.3.8	Forschungs- und Entwicklungskooperationen („F&E-GVO“)	71
4.3.9	Normenkartelle	73
4.3.10	Produktionsvereinbarungen	75
4.3.11	Spezialisierungsvereinbarungen („Spezialisierungs-GVO“)	76
4.3.12	Rationalisierungskartelle	77
4.3.13	Strukturkrisenkartelle	77
4.3.14	Mittelstandskartelle	78
4.4	Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	79
4.4.1	Beispiele und allgemeine Bewertung	79
4.4.2	Die Vertikal-GVO	81
4.4.3	Vertikale Preisbindung/Preisempfehlung	84

4.4.4	Kunden- und Gebietsbeschränkungen	87
4.4.5	Selektiver Vertrieb	91
4.4.6	Internetvertrieb	97
4.4.7	Ausschließlichkeitsbindungen	101
4.4.8	Zuliefervereinbarungen/OEM-Verträge	108
4.4.9	Franchiseverträge	110
4.4.10	Handelsvertreter, Kommissionäre	112
4.4.11	Lizenzverträge – Technologietransferverordnung („TT-GVO“)	116
	Literatur	118
5	Missbrauchskontrolle und sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	121
5.1	Missbrauchsverbot	122
5.2	Marktabgrenzung	123
5.3	Marktbeherrschende Stellung	126
5.3.1	Marktanteil	128
5.3.2	Gemeinsame Marktbeherrschung/Oligopol	129
5.4	Missbrauchstatbestände	131
5.4.1	Übersicht	131
5.4.2	Behinderungsmisbrauch	131
5.4.3	Diskriminierung ohne sachlich gerechtfertigten Grund	139
5.4.4	Ausbeutungsmisbrauch	145
5.4.5	Strukturmissbrauch	146
5.4.6	Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung (Essential-Facilities-Doktrin)	147
5.4.7	Aufforderung zur Vorteilsgewährung	150
5.5	Missbrauchsverbot für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung	151
5.6	Missbrauchsverbot für Unternehmen mit relativer und überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)	152
5.6.1	Adressatenkreis	152
5.6.2	Missbrauchsverbot	154
5.6.3	Behinderungsverbot für Unternehmen mit überlegener Marktmacht	154
5.7	Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, insbesondere Boykott	156
	Literatur	158
6	Fusionskontrolle	159
6.1	Einleitung und Überblick	160
6.2	Deutsches Recht	162
6.2.1	Einführung	162
6.2.2	Anwendungsbereich	163

6.2.3	Aufforderung zur Anmeldung zukünftiger Zusammenschlüsse . . .	169
6.2.4	Ausnahmen von der Anmeldepflicht	169
6.2.5	Zusammenschlusstatbestände	170
6.2.6	Gemeinschaftsunternehmen (GU)	177
6.2.7	Vollzugsverbot und Folgen der Nichtanmeldung.	181
6.2.8	Verfahren	184
6.2.9	Rechtsschutz	189
6.2.10	Strategie der Anmeldung	190
6.2.11	Materielles Recht	195
6.3	Europäisches Recht	202
6.3.1	Allgemein.	202
6.3.2	Anwendungsbereich.	203
6.3.3	Zusammenschlusstatbestände	206
6.3.4	Folgen der Nichtanmeldung.	208
6.3.5	Verfahren	208
6.3.6	Rechtsschutz	213
6.3.7	Strategie der Anmeldung	214
6.3.8	Materielles Recht	215
6.3.9	Nebenabreden	222
6.4	Besonderheiten bei Anmeldungen im Ausland	224
6.4.1	Auswahl der Länder für ein Anmeldeverfahren.	224
6.4.2	Folgen der Nichtanmeldung.	225
6.4.3	Formaler Aufwand	227
6.4.4	Sprachliche Probleme	227
6.4.5	Einschaltung lokaler Anwälte	228
6.4.6	Zeitfaktor	228
6.4.7	Kosten	229
	Literatur.	229
7	Kartellbehördliche Sanktionen von Kartellverstößen	231
7.1	Verwaltungsrechtliche Sanktionen.	232
7.1.1	Deutsche Kartellbehörden	232
7.1.2	Kommission.	237
7.2	Bußgeldverfahren	240
7.2.1	Überblick	240
7.2.2	Persönliche Bußgelder	243
7.2.3	Bußgelder für Unternehmen	244
7.2.4	Bußgelder für Aufsichtspflichtverletzung	247
7.2.5	Verfahrensablauf	248
7.2.6	Durchsuchung von Geschäftsräumen und anderen Räumen	249
7.2.7	Kronzeugenregelung/Bonusregelung	253
7.2.8	Interne Compliance-Programme	256

7.2.9	Erstattung von Bußgeldern	261
7.2.10	Erstattung von Verteidigerkosten	262
	Literatur	263
8	Zivilrechtliche Sanktionen von Kartellrechtsverstößen	265
8.1	Nichtigkeit von Verträgen	266
8.2	Schadensersatzanspruch	268
8.2.1	Übersicht	268
8.2.2	Anspruchsberechtigung	269
8.2.3	Passivlegitimation	270
8.2.4	Schadensberechnung	273
8.2.5	Akteneinsicht des Geschädigten	276
8.2.6	Verjährung von Schadensersatzansprüchen	278
8.2.7	Gerichtsstand und anwendbares Recht	279
8.3	Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	280
	Literatur	280
9	Anhang	283
9.1	Gesetzestexte	283
9.1.1	Deutsches Kartellrecht	284
9.1.2	Europäisches Kartellrecht	288
9.1.3	Vertikal-GVO (Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010)	290
9.2	Anschriften der Kartellbehörden	296
9.2.1	Bundeskartellamt	296
9.2.2	Europäische Kommission	297
9.3	Hinweise auf Informationsquellen	298
9.3.1	Ausgewählte kartellrechtliche Literatur	298
9.3.2	Zeitschriften	298
9.3.3	Weblinks	299
9.4	Compliance-Checkliste Kartellrecht	299
9.4.1	Vorbemerkung	299
9.4.2	Definitionen	299
9.4.3	Abgrenzung des relevanten Marktes und Feststellung der Marktbeherrschung	302
9.4.4	Wettbewerbsbeschränkende Absprachen	303
9.4.5	Unternehmenszusammenschlüsse	305
9.4.6	Einseitige Verhaltensweisen (Diskriminierung, Behinderung, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)	306
9.5	Checkliste Kartellrecht in der Verbandsarbeit	307
9.6	Notwendige Angaben zur Erstellung einer Fusionskontrollanmeldung beim Bundeskartellamt	308
9.7	Fusionskontrollrechts-Klausel – Anmeldung zum Bundeskartellamt	310

9.8	Fusionskontrollrechts-Klausel – Anmeldung zur Kommission	311
9.9	Die wichtigsten Verhaltensregeln bei Durchsuchungen durch eine Kartellbehörde (Bundeskartellamt oder Kommission)	311
9.10	Goldene Regeln des Umgangs mit kartellrechtlichen Fragen in der Praxis	313
	Stichwortverzeichnis	317



Zusammenfassung

Das Kartellrecht ist nach wie vor und zunehmend auf dem Vormarsch: Es erfasst heute alle Unternehmen (gleich welcher Größe), alle Lebensbereiche, alle Verfahrensarten (Verwaltungsverfahren, Fusionskontrolle, Bußgeldverfahren, Zivilrecht) und alle (leitenden) Personen im Unternehmen.

Dieses Buch hat das Ziel, Praktikern möglichst rasch einen fundierten Überblick über das Kartellrecht zu geben. Dabei kann es in zweifacher Weise genutzt werden: Zum einen als „Lesebuch“, um einen Gesamtüberblick zu erhalten. Zum andern kann es ad hoc die Lösung konkreter Fragestellungen mit kartellrechtlicher Prägung unterstützen. Für die Praxis ist es wichtig, sich die klassischen fünf „Einfallstore des Kartellrechts“ in die Unternehmenspraxis zu vergegenwärtigen: Vertragsrecht, Vertriebsrecht, M&A/Fusionskontrolle, Missbrauchskontrolle und Bußgeldverfahren. Allerdings bietet das Kartellrecht für ein Unternehmen nicht nur Risiken, sondern auch Chancen, die wirtschaftlich von großer Bedeutung sein können, wie etwa die Möglichkeit, sich mit Blick auf die kartellrechtliche Unzulässigkeit von bestehenden (ungünstigen) Verträgen zu lösen, oder als Kartellgeschädigter Schadenersatz zu fordern.

1.1 Für wen ist dieses Buch gedacht und wie wird es genutzt?

Dieses Buch ist für den Praktiker als Einstieg ins Kartellrecht gedacht. Es ist ein Leitfaden für Unternehmer, Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte, Justitiare, Compliance-Verantwortliche, Controller, M&A-Abteilungen und alle anderen Personen, die Führungsverantwortung in Unternehmen tragen (z. B. in Einkauf und Vertrieb). Dieser Leitfaden soll darüber hinaus auch allen – kartellrechtlich nicht spezialisierten – Beratern (Rechts-

anwälten, Notaren, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Unternehmensberatern etc.) einen schnellen Überblick über die praktisch relevanten Fragen des Kartellrechts vermitteln. Der Leser erhält neben grundsätzlichen Erläuterungen auch Hilfen für die Praxis (wie z. B. Hinweise, Checklisten, Informationsquellen etc.).

Das Buch ist *themenorientiert* aufgebaut und verzichtet nicht nur auf eine an Paragrafen ausgerichtete Darstellung des Kartellrechts, sondern auch auf die übliche separate Behandlung von deutschem und europäischem Kartellrecht (die einzige Ausnahme stellt die Fusionskontrolle dar). Eine solche Trennung ist nach der weitgehenden Angleichung des deutschen Rechts an die europäischen Regelungen entbehrlich. Aufgrund des Vorrangs des europäischen Rechts im zwischenstaatlichen Handel werden daher die einzelnen Bereiche zunächst aus Sicht des europäischen Rechts analysiert und ggf. noch bestehende Besonderheiten des deutschen Rechts erläutert.

Der Leser kann das Buch in *zweifacher* Weise benutzen: Er kann es einmal als „Lesebuch“ benutzen und sich so einen „Panoramablick“ über das geltende Recht verschaffen. Das Buch kann aber auch als praktischer Ratgeber in der täglichen Praxis dienen: Sobald in der täglichen Arbeit ein Problem mit Berührung zum Kartellrecht erkannt ist, findet man hier eine erste Orientierung. Der Zugang zu den einschlägigen Themen wird über das Inhalts- bzw. Stichwortverzeichnis schnell eröffnet. In vielen Fällen ist durch die Lektüre des Buches schon eine grobe Einschätzung der kartellrechtlichen Relevanz eines Sachverhalts möglich. Falls eine tiefergehende Analyse erforderlich wird, empfiehlt sich der Rückgriff auf die im Kap. 9 verzeichnete Spezialliteratur oder einen kartellrechtlich versierten Berater.

Auf einen umfangreichen Nachweis in den *Fußnoten* wurde bewusst verzichtet. Soweit dennoch Fußnoten vorhanden sind, wird dort auf aktuelle Rechtsentwicklungen hingewiesen. Außerdem werden Referenzen zu noch nicht geklärten Streitfragen gegeben.

1.2 Kartellrecht erfasst alle Unternehmen

Selbst heutzutage gehen nicht Wenige – insbesondere in Kreisen der mittelständischen Unternehmen – noch davon aus, dass das Kartellrecht nur Großunternehmen und Konzerne betreffe. Mittelständische Unternehmen fühlen sich häufig vom Kartellrecht gar nicht angesprochen und ignorieren dieses Rechtsgebiet in ihrer täglichen Praxis in oft grob fahrlässiger Weise. Die z. T. zu beobachtenden Verdrängungsmechanismen mancher Unternehmensleiter („Ach, das betrifft uns doch nicht“) führen später oft zu einem bösen Erwachen. Die Zeiten, in denen eine derartige Ahnungslosigkeit noch zu verantworten war, sind jedoch endgültig vorbei. Das Kartellrecht ist auf dem Vormarsch: Es gibt heute fast kein Unternehmen mehr, welches eine Berührung mit dem Kartellrecht grundsätzlich ausschließen kann. Dabei können auch die verantwortlichen natürlichen Personen unmittelbar und ganz persönlich betroffen sein und für Kartellrechtsverstöße verantwortlich gemacht werden, was ebenfalls oftmals verdrängt wird. Die folgenden – zunächst harmlos

erscheinenden – Beispiele zeigen, wie tief das Kartellrecht in den Alltag des Wirtschaftslebens eindringt:

Beispiel 1

Ein Landkreis beabsichtigte, eine Mülldeponie zu errichten, die sich auch auf das Grundeigentum einiger Landwirte erstrecken sollte. Um die Errichtung der Mülldeponie zu verhindern, schlossen die Landwirte und weitere Eigentümer einen notariellen (!) Vertrag, in dem sie sich verpflichteten, ihr Grundeigentum nicht an den abfallbeseitigungspflichtigen Landkreis zu veräußern oder zu vermieten. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen wurde mit einer Vertragsstrafe gesichert.

Einer der Vertragspartner veräußerte später doch sein Grundeigentum an den Landkreis. In dem sich daran anschließenden Klageverfahren der anderen Vertragspartner wurde vom veräußernden Landwirt eingewandt, die Vertragsstrafe sei nach § 1 GWB unwirksam. Das Gericht gab ihm Recht.¹ ◀

Beispiel 2

Gebäudereiniger A war zeitweise als Subunternehmer für den Gebäudereiniger B tätig. Dabei unterwarf sich der Gebäudereiniger A einer Kundenschutzklausel (auch für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung des Vertrags). In einem späteren Rechtsstreit zwischen den Parteien ging es u. a. auch um die Frage, ob die Kundenschutzklausel nach § 1 GWB wirksam sei oder nicht. Die Frage wurde bejaht.² ◀

Beispiel 3

Ein Start-up-Unternehmen im Technologiebereich erzielte zwei Jahre nach seiner Gründung einen Umsatz von 1 Mio. Euro. An dem Unternehmen waren verschiedene Venture-Capital-Unternehmen (u. a. auch eine Tochtergesellschaft eines großen Kreditinstituts) beteiligt. Im Rahmen einer weiteren Finanzierungsrunde war eine Kapitalerhöhung vorgesehen, an der sich auch eine Tochtergesellschaft eines bekannten deutschen Großkonzerns beteiligen sollte. Aufgrund der von den großen Venture-Capital-Partnern erzielten Umsätze und der im speziellen Fall gewählten Gesellschafterkonstruktion musste die zweite Finanzierungsrunde als Zusammenschluss bei der Europäischen Kommission (!) angemeldet werden, obwohl das operative Unternehmen nur Minimalumsätze erzielte. ◀

¹Vgl. LG Dortmund, NJW-RR 1997, 108.

²Vgl. BGH, WuW/E DE-R, 131 – „Eintritt in Gebäudereinigerungsvertrag“ (=WUW0199268).

Beispiel 4

Mehrere Führungspersonen von Süßwarenherstellern treffen sich über Jahre regelmäßig bei Verbandssitzungen. Das Bundeskartellamt sieht in den Gesprächen einen unzulässigen Informationsaustausch und verhängt im Jahr 2013 Bußgelder in Höhe von insgesamt knapp 20 Millionen Euro gegen die Unternehmen der Süßwarenbranche (neben weiteren Bußgeldern in Höhe von ca. 40 Millionen Euro gegen andere Süßwarenhersteller wegen unzulässigen Preisabsprachen). Dabei werden Bußgelder auch gegen den Verband und eine Vielzahl von natürlichen Personen verhängt. Es folgt ein jahrelanges Gerichtsverfahren durch alle Instanzen, das auch im Jahr 2021 noch nicht abgeschlossen ist.³ ◀

Diese Beispiele belegen: Kartellrecht kann je nach Fallgestaltung für *alle Unternehmen* und auch für *natürliche Personen* relevant werden.

1.3 Kartellrecht erfasst alle Lebensbereiche

Während das Kartellrecht früher als eine Angelegenheit der privaten Wirtschaft angesehen wurde, gibt es heutzutage nur noch wenige Bereiche, auf die das Kartellrecht insgesamt keine Anwendung findet. Insbesondere werden immer mehr Betätigungsfelder, welche früher als „staatlich“ oder „öffentlich“ betrachtet wurden oder aufgrund gesetzlicher Regelung von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen worden waren, in den Bannkreis des Kartellrechts gezogen. Folgende Beispiele, die heute dem Kartellrecht unterworfen sind, mögen dies verdeutlichen: Bahn, Post, Telekommunikation, Rundfunk, Daseinsvorsorge, Energiewirtschaft, Wasserwirtschaft, Kredit- und Versicherungswirtschaft, Gesundheitswesen, Krankenkassen, Krankenhäuser und Universitätskliniken, öffentlicher Personennahverkehr (ÖPNV), Abfallwirtschaft (Grüner Punkt, Dosenpfand etc.), Sportindustrie und Sportverbände, öffentliches Beschaffungswesen, Outsourcing öffentlicher Teilbereiche (z. B. BwConsulting GmbH (vormals: g.e.b.b.)), Public Private Partnership (PPP) etc.

³ Siehe dazu den (aktualisierten) Fallbericht des Bundeskartellamts, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B11-11-08.pdf?__blob=publicationFile&v=6, zuletzt zugegriffen am: 01.03.2021.

Für bestimmte Wirtschaftsbereiche wie z. B. Landwirtschaft, Energiewirtschaft, Preswesen und Wasserwirtschaft gibt es bestimmte (erleichternde oder verschärfende) Sonderregeln in den §§ 28 ff. GWB, auf welche in diesem Buch nicht näher eingegangen wird.⁴

Kartellrecht erfasst daher heute – vorbehaltlich der vorstehend genannten Ausnahmen – *alle Lebensbereiche*.

1.4 Kartellrecht erfasst alle Verfahrensarten

Das Kartellrecht findet nicht nur hinsichtlich der betroffenen Branchen und Unternehmen eine breitere Anwendung, es wird auch in seiner Anwendungsform offensiver. Bis in die 80er-Jahre des letzten Jahrhunderts wurde das Kartellrecht eher als öffentliches *Wirtschaftsverwaltungsrecht* verstanden. 1973 kam dann in Deutschland (in der EU erst 1990) die Fusionskontrolle hinzu. Auch diese war letztendlich Verwaltungsrecht in dem Sinne, dass bei einem Unternehmenszusammenschluss eine kartellbehördliche Genehmigung eingeholt werden musste.

Heute spielt die *Bußgeldpraxis* der Kartellbehörden eine herausragende Rolle (vgl. dazu die Beispiele in Abschn. 7.2.1). In zahlreichen Branchen (z. B. Automobilzulieferer, Bier, Brillengläser, Containertransporte, Drogerieartikel, Bildschirme, Kaffeeröster, Lebensmittelhandel, Lkw, Mehl, Matratzen, Müllentsorgung, Papiergroßhandel, Pharmahersteller, Sanitärbranche, Spediteure, Süßwaren, Transportbeton, Versicherungen, Zement, Zucker etc.) leiteten die Kartellbehörden in den letzten Jahren Bußgeldverfahren ein. Auch im Kleinen ist die Arbeit des Bundeskartellamts beeindruckend: Im Hydrantenkartell hatte das kleinste beteiligte Unternehmen gerade einmal 30 Mitarbeiter!

Die letzte hier zu nennende Verfahrensart ist das *Zivilrecht*. Während im letzten Jahrhundert das Kartellrecht im Zivilrecht hauptsächlich für Unterlassungs- und Schadensersatzklagen bei Lieferverweigerung fruchtbar gemacht worden war, rücken nun verstärkt Schadensersatzklagen von Kartellgeschädigten im Nachgang zu Bußgeldverfahren in den Vordergrund (so genannte Follow-on-Klagen). Angesichts der in diesem Bereich noch zahlreichen ungeklärten Rechtsfragen und dem weiteren Schub durch die 10. GWB-Novelle wird auf diesem Feld in den nächsten Jahren auch weiterhin ein Schwerpunkt der zivilrechtlichen Auseinandersetzungen im Kartellrecht liegen.

Das Kartellrecht hat nunmehr seine volle Entfaltung erfahren und betrifft *alle Verfahrensarten* (Verwaltungsrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht, Zivilrecht mit Schwerpunkt Schadensersatzklagen).

⁴Vgl. hierzu etwa von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl., 2015, Rz. 86 ff., insb. auch mit Hinweisen zu den in Gesetzen außerhalb des GWB geregelten Sonderbereichen Telekommunikation, Post und Verkehr; Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2. Auflage 2015, S. 499 ff., zum Kartellrecht in der Energiewirtschaft.

1.5 Kartellrecht erfasst alle Personen im Unternehmen

Kartellrecht ist längst keine Angelegenheit mehr für einen kleinen auserwählten Kreis von Kartellrechtsanwälten. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle muss sich im Grunde jeder Anwalt und auch fast jeder andere Berater von Wirtschaftsunternehmen mit dem Kartellrecht auseinandersetzen. Im oben angesprochenen Mülldeponiefall (vgl. Abschn. 1.2, Beispiel 1) war der zwischen den Landwirten geschlossene Vertrag bezeichnenderweise notariell beurkundet worden. Dem beurkundenden Notar (!) war offenbar die Anwendbarkeit des Kartellrechts überhaupt nicht bewusst. Nicht nur die juristischen Berater müssen sich mit dem Kartellrecht auseinandersetzen. Auch ein Steuerberater muss sich vor der Entwicklung eines komplexen Akquisitionskonzeptes überlegen, ob seine steuerlichen Überlegungen angesichts der kartellrechtlichen Vorgaben überhaupt in die Praxis umgesetzt werden können. Ein Mandant wird wenig erbaut sein, wenn er von seinem Steuerberater ein „geniales“ Akquisitionskonzept präsentiert bekommt, bei welchem sich später die mangelnde Umsetzbarkeit aufgrund kartellrechtlicher Schranken herausstellt. Dies bedeutet, dass sich auch ein Steuerberater frühzeitig mit kartellrechtlichen Beschränkungen beschäftigen muss. Ebenso muss ein Wirtschaftsprüfer im Rahmen seiner Tätigkeit die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen beachten. So hat dieser bei einem Bewertungsgutachten oder bei der Abschlussprüfung z. B. in Betracht zu ziehen, inwieweit bestimmte (langfristige) Verträge kartellrechtlich wirksam sind oder ob ein Unternehmenserwerb vielleicht gegen die Fusionskontrollvorschriften verstößt und damit unwirksam ist. Im Rahmen der Überprüfung des Risk Managements der Unternehmensleitung (vgl. § 91 Abs. 2 Aktiengesetz) wird sich der Wirtschaftsprüfer auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob der Vorstand hinreichend Vorsorge hinsichtlich möglicher Kartellrechtsverstöße (z. B. durch Einrichtung eines Compliance-Programms) getroffen hat (vgl. § 317 Abs. 4 Handelsgesetzbuch).

Die Anwendung des Kartellrechts wird auch insofern strenger, als es zunehmend Personen erfasst, welche nicht selbst gehandelt haben. Gerade im Bußgeldverfahren versuchen die Kartellbehörden regelmäßig, auch die Unternehmensspitze mit einem Bußgeld zu belegen. Grundsätzlich werden heute sehr viel schärfere Maßstäbe an die Aufsichtsobliegenheiten von Vorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat etc. angelegt, sodass die frühere Standardentschuldigung („Davon habe ich ja gar nichts gewusst“) heute nicht mehr ausreichen wird.

Damit ist festzuhalten: Kartellrecht *betrifft alle Personen im Unternehmen und deren Berater.*

1.6 Wo treten kartellrechtliche Fragen in der Unternehmenspraxis auf? – Die fünf Einfallstore in der Praxis⁵

Kartellrechtliche Fragestellungen sollten ein Unternehmen bei etwas Achtsamkeit nicht völlig überraschend treffen. Die Orientierung in der Unternehmenspraxis wird erleichtert, wenn man sich vor Augen führt, dass typischerweise *fünf* Einfallstore existieren, über welche Unternehmen mit dem Kartellrecht in Berührung kommen können.

- ▶ **Hinweis** Wenn man sich diese fünf Standardsituationen vor Augen hält, wird man in der Praxis relativ bald eine Sensibilität für kartellrechtliche Fragestellungen entwickeln. Entscheidend ist zunächst nicht, sämtliche kartellrechtliche Probleme auf einen Schlag zu lösen, sondern überhaupt zu erkennen, dass in einem bestimmten Themenbereich auch ein kartellrechtliches Problem liegen könnte. Die Detailarbeit kann dann durchaus dem Spezialisten überlassen werden. Die Einschaltung des Spezialisten setzt jedoch voraus, dass man überhaupt für kartellrechtliche Fragestellungen ein Gespür entwickelt hat.

1.6.1 Vertragsrecht

Zunächst ist das weite Feld des Vertragsrechts zu nennen. Hierunter fallen alle Vertragsklauseln, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Vertragspartners beschränken oder beseitigen können. Typischerweise betroffen sind z. B. Gesellschaftsverträge, Konsortialverträge, Kaufverträge, „Kooperationsverträge“ aller Art (insb. „Spezialisierungsvereinbarungen“), Arbeitsgemeinschaften, Forschungsk Kooperationen etc. Dort sind vielfach Klauseln wie Wettbewerbsverbote, Kundenschutzklauseln, Exklusivitätsklauseln, Vereinbarungen mit Wettbewerbern zur gegenseitigen Abgrenzung der Marktbearbeitung oder technologischen Weiterentwicklung, Abreden über Preisfestsetzung etc. enthalten. Auf die Bezeichnung im Einzelfall kommt es nicht an, entscheidend ist stets die Frage, ob die wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Marktteilnehmers (und ggf. indirekt auch Dritter) rechtlich oder faktisch beschränkt und dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellrechts bezweckt oder bewirkt wird.

Beispiel 1

Zwei Unternehmen produzieren Sägen. Da das Unternehmen A sich mehr auf die Produktion von Sägen zur Metallbearbeitung und das Unternehmen B mehr auf die Pro-

⁵Vgl. vertiefend Kapp, CCZ, 2008, 11.

duktion von Sägen zur Holzbearbeitung spezialisiert hat, wird in einem „Kooperationsvertrag“ vereinbart, dass A künftig nur noch Sägen zur Metallbearbeitung, B nur noch Sägen zur Holzbearbeitung produziert. Im Übrigen wird vereinbart, dass man sich gegenseitige exklusive Vertriebsrechte für die Produkte des jeweiligen anderen Unternehmens einräumt. Diese kaufmännisch vielleicht durchaus sinnvoll erscheinende Regelung kann erhebliche kartellrechtliche Probleme aufwerfen. ◀

Beispiel 2

Die Unternehmer A und B vereinbaren, trotz der vorherrschenden Konjunkturflaute die Preise nicht zu senken. Außerdem verständigen sie sich darüber, eine bestimmte technologische Weiterentwicklung bei der Produktion zunächst nicht einzusetzen, sondern weitere Prüfungsergebnisse der eingeschalteten Verbandsprüfungsstelle abzuwarten, welche die Einsatztauglichkeit testen soll. Während die erste Vereinbarung auch dem Laien als problematisch erscheinen mag, wird er bei der zweiten Absprache vielleicht nicht auf den ersten Blick ein kartellrechtliches Problem erkennen. Damit liegt er aber falsch. ◀

1.6.2 Vertriebsrecht

Das gesamte Vertriebsrecht eröffnet regelmäßig eine Plattform für die Anwendung des Kartellrechts. Meist geht es um die Verhaltenskoordination von Unternehmen auf verschiedenen Produktions- bzw. Vertriebsstufen (sog. Vertikalverhältnis). Folgende Verträge sind daher stets latent mit kartellrechtlichen Fragen belastet: Handelsvertreter- und Kommissionärsverträge, Vertragshändlerverträge, Selektiver Vertrieb, Alleinvertriebsverträge, Alleinbezugsverträge, Franchise-Verträge, Zulieferverträge, OEM-Verträge, Lizenzverträge etc. In all diesen Verträgen sind meist Beschränkungen des einen oder/und des anderen Vertragspartners hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit enthalten. Gerade Fragen der Zulässigkeit von Preisempfehlungen, die Vereinbarung von Preisgarantien (u. a. sog. best price-Klauseln) und von Beschränkungen im Internetvertrieb spielen in jüngster Zeit eine herausragende Rolle. Oft sind die Beschränkungen auch völlig unbedenklich. Ohne Verprobung im Einzelfall wird jedoch die Unternehmenspraxis zum Blindflug.

Beispiel 1

Der mittelständische Spielzeugwarenhersteller X beliefert im Regelfall nur Fachhändler. Ein besonderes Vertriebskonzept zur Einrichtung eines selektiven Vertriebs hat er nicht erstellt. Nunmehr begehrt der Nichtfachhändler Y Belieferung. Kann X die Belieferung verweigern? ◀

Beispiel 2

Wie Beispiel 1, jedoch beliefert das Unternehmen X zu Beginn den Nichtfachhändler Y. Da Y jedoch regelmäßig die Preise des Fachhandels unterbietet, stellt X nach einem halben Jahr die Belieferung ein. Y beschwert sich beim Bundeskartellamt. Hat X sich rechtmäßig verhalten? ◀

1.6.3 Mergers & Acquisitions/Fusionskontrolle

Der Erwerb von Beteiligungen und Unternehmen oder die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen werfen regelmäßig kartellrechtlich relevante Fragen auf. Im Vordergrund stehen dabei die *formelle* und die *materielle* Zusammenschlusskontrolle (in der Praxis vielfach – dem englischen „merger control“ folgend – „Fusionskontrolle“ bezeichnet). Im Rahmen der *formellen* Zusammenschlusskontrolle ist stets zu prüfen, ob der „Zusammenschluss“ bei einer oder mehreren Kartellbehörden zur Freigabe anzumelden ist. Sollte dies der Fall sein, kann im Regelfall vor Erteilung der Freigabe kein Vollzug des Zusammenschlusses erfolgen. Im Rahmen der *materiellen* Zusammenschlusskontrolle ist dann zu prüfen, ob der Zusammenschluss wettbewerbliche Bedenken aufwirft und ggf. zu untersagen ist. Eine *formelle* Anmeldepflicht sagt damit noch nichts darüber aus, ob ein Zusammenschlussvorhaben *materiell* problematisch ist, etwa weil die beiden Marktführer mit großer Marktmacht fusionieren wollen. Gleichwohl drohen hohe Geldbußen auch bei materiell vollkommen unproblematischen Zusammenschlüssen, wenn diese trotz formeller Anmeldepflicht ohne behördliche Freigabe vollzogen werden.

Beispiel 1

Großkonzern A erwirbt von Großkonzern B eine Konzerngesellschaft mit einem deutschen Jahresumsatz von 22 Mio. Euro. Trotz des relativ geringen Umsatzes der Konzerngesellschaft muss dieser Zusammenschluss ggf. beim Bundeskartellamt angemeldet werden, wenn die Umsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle überschritten sind. Zwar gibt es seit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle am 19.01.2021 eine zweite, höhere Inlandsumsatzschwelle von 17,5 Mio. Euro für die Anmeldepflicht. Diese ist jedoch im Beispielfall überschritten. ◀

Beispiel 2

Der Großkonzern A erwirbt die einzige GmbH der Familie B. Eine Anmeldung beim Bundeskartellamt ist nicht erforderlich, wenn die GmbH weniger als 17,5 Mio. Euro Umsatz erzielt. ◀

Beispiel 3

Die Großkonzerne A und B möchten sich jeweils mit 25,1 % an dem Startup C beteiligen, das einen Umsatz von 100.000 Euro erzielt. Eine Anmeldung in Deutschland kann trotz der geringen Umsätze von C erforderlich sein, da A und B als Beteiligte an der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens betrachtet werden und die relevanten Umsatzschwellen bereits durch diese beiden Unternehmen überschritten werden können.⁶ ◀

1.6.4 Missbrauchskontrolle

Kartellrecht wird stets dann zu beachten sein, wenn *marktbeherrschende Unternehmen* (vgl. Abschn. 5.1, 5.2, 5.3 und 5.4), *Unternehmen mit relativer Marktmacht* (vgl. Abschn. 5.5) oder *Unternehmen mit überlegener Marktmacht* (vgl. Abschn. 5.5) auf einem Markt vorhanden sind. Diese Unternehmen werden in diesem Buch zusammen als *marktmächtige Unternehmen* bezeichnet. Marktmächtig sein können – insbesondere auf Märkten, die räumlich eng abzugrenzen sind – auch kleine Unternehmen. Zwar ist Marktmacht als solche nicht verboten, jedoch unterliegen marktmächtige Unternehmen einer besonderen Missbrauchskontrolle. Dies bedeutet in der Praxis, dass Verhaltensweisen, die einem „einfachen“ Unternehmen möglich sind, einem marktmächtigen Unternehmen untersagt sein können. Hier spielen Bezugsbindungen, Lieferverweigerungen, Preisdiskriminierung, Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen, Rabattstaffeln, Kundenbindungssysteme etc. eine zentrale Rolle.

Beispiel 1

Ein marktbeherrschendes Unternehmen A gewährt seinen Abnehmern so genannte Treuerabatte. Dies bedeutet, dass den Abnehmern ein besonderer Rabatt gewährt wird, wenn sie in einer bestimmten Referenzperiode ihre Produkte nur bei A beziehen. Solche zunächst harmlos erscheinenden Treuerabatte werden in der Hand von marktbeherrschenden Unternehmen zum Missbrauchstatbestand und sind im Regelfall verboten. ◀

Beispiel 2

Wie Beispiel 1, A belohnt jedoch nicht die ausschließliche Treue, sondern gewährt in Abhängigkeit der bei A abgenommenen Gesamtliefermenge einen gestaffelten Rabattsatz, welcher dann auf die Gesamtmenge angewandt wird. Kartellrechtlich zulässig? ◀

⁶Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB gilt der gleichzeitige oder nacheinander erfolgende Erwerb von Anteilen durch mehrere Unternehmen auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander.

1.6.5 Bußgeldverfahren

Die unerfreulichste Berührung mit dem Kartellrecht machen Unternehmer, deren Geschäftsräume oder gar Privatwohnungen von einer Kartellbehörde und der Polizei durchsucht werden. Oft folgt auf eine derartige Durchsuchung ein Bußgeldbescheid. Da ein Kartellrechtsverstoß kein Kavaliersdelikt ist, erreichen die Bußgeldbescheide neuerdings Beträge, die vor wenigen Jahren noch unvorstellbar waren. Auch im mittelständischen Bereich werden durchaus Bußgelder in zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe verhängt und beigetrieben. Dem Einwand unzumutbarer wirtschaftlicher Belastung wird seitens der Kartellbehörden oft nur mit der Einräumung einer Ratenzahlung begegnet (es gab Fälle, in welchen das Bundeskartellamt durch die Bußgeldbemessung erreichen wollte, dass die Kartellsünder langfristig (z. B. zehn Jahre) sämtliche Gewinne im Wege des Bußgelds abführen sollten!).

In allen oben genannten Beispielfällen (vgl. Abschn. 1.4) droht potenziell immer auch die Verhängung eines Bußgeldes. Dies gilt gleichermaßen für die vertikalen Bindungen. Ein Bußgeld kann im Übrigen auch verhängt werden, wenn ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss nicht oder nicht richtig bei der zuständigen Kartellbehörde angemeldet oder vor Freigabe vollzogen wird. Nachdem es grundsätzlich kein kartellamtliches Freistellungsverfahren mehr gibt, kann auch nicht mehr auf die frühere Praxis, eine zweifelhafte Vereinbarung bei der Kartellbehörde anzumelden und damit das Bußgeldrisiko auszuschließen, zurückgegriffen werden. Vielmehr bleibt es jetzt bei der „Selbstveranlagung“ der Unternehmen, die nach geltendem Recht ein erheblich höheres Risiko als früher verantworten müssen. Diese Herausforderung wird eher größer, nachdem die Kartellbehörden in jüngster Zeit zunehmend auch den vertikalen Bereich unter die Lupe nehmen (z. B. Preisbindung/Preisempfehlung, Internetvertrieb). Im Zweifelfall kann aber eine Kontaktaufnahme mit dem Bundeskartellamt empfehlenswert sein, um Rechtssicherheit zu erlangen. Abgesehen von seit der 10. GWB-Novelle gesetzlich geregelten Fällen (Unternehmen haben unter gewissen Voraussetzungen gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf eine Entscheidung),⁷ bleibt die Letztverantwortung aber bei den Unternehmen.

⁷Nach § 32c Abs. 4 S. 1 GWB haben Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auf Antrag gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB (Entscheidung, dass kein Anlass für das Amt besteht, tätig zu werden), wenn im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht. Das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über einen solchen Antrag entscheiden.

Einem Bußgeldverfahren lässt sich am besten dadurch vorbeugen, dass das Unternehmen ein aktives und funktionsfähiges Compliance-Programm unterhält und Unternehmensmitarbeiter hinsichtlich der relevanten kartellrechtlichen Vorschriften geschult werden. Dies gilt umso mehr als seit der 10. GWB-Novelle Compliance-Maßnahmen bei der Verhängung einer Geldbuße gewürdigt werden (sog. Compliance Defense).⁸

1.7 Chancen des Kartellrechts

Während bisher nur die Risiken des Kartellrechts aufgezeigt wurden, birgt dieses auch Chancen für die Unternehmen in sich. Unternehmen sollten diese aktiv nutzen.

Beispiel 1

Hersteller A hat mit dem Vertragshändler B einen Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen. Drei Monate nach Vertragsabschluss stellt sich für A heraus, dass der Vertrag kaufmännisch nachteilig ist, da sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verändert haben (oder A das Vertriebspotenzial von B falsch eingeschätzt hat). Der Alleinvertriebsvertrag ist aber auf fünf Jahre abgeschlossen. Sollte der Alleinvertriebsvertrag jedoch kartellrechtswidrige Klauseln enthalten, bestehen durchaus gute Chancen, den gesamten Vertrag aus den Angeln zu heben. Bezeichnenderweise liegen den meisten von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen Auseinandersetzungen zwischen Vertragsparteien zugrunde. ◀

Beispiel 2

In einem langfristigen Stromliefervertrag hatte sich ein Stadtwerk verpflichtet, seinen gesamten Bedarf beim Lieferanten X zu decken. Im Gegenzug hatte sich Lieferant X verpflichtet, keine Kunden im Versorgungsgebiet des Stadtwerks zu beliefern. Das Stadtwerk möchte sich aus kaufmännischen Gründen aus dem Vertrag lösen, weil es zwischenzeitlich günstigere Bezugsquellen gibt. Es beruft sich – mit Erfolg – auf die Unwirksamkeit des Vertrags nach § 1 GWB.⁹ ◀

⁸Nach § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB werden als vom Bundeskartellamt bei der Festsetzung der Geldbuße abzuwägender Umstand die vor der Zuwiderhandlung getroffenen, angemessenen und wirksamen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen genannt.

⁹Vgl. LG Mannheim, WuW/E DE-R, 298 – „Stromversorgung“ (=WUW0199536).

Beispiel 3

Hersteller A hat Schwierigkeiten mit seinem marktbeherrschenden Lieferanten B. B beliefert A mit bestimmten Produkten gar nicht, bei anderen Produkten muss A wesentlich mehr bezahlen als seine Konkurrenten. Eine kartellrechtliche Prüfung ergibt, dass das Verhalten von B wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen unzulässig ist: B ist demnach zur Belieferung von A zu diskriminierungsfreien Konditionen verpflichtet. ◀

Literatur

1. Kapp, Die Einfallstore des Kartellrechts in die Unternehmenspraxis – wie man sie erkennen und wieder schließen kann, CCZ 2008, 11
2. von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl., München, 2015



Zusammenfassung

Was ist Wettbewerb? Diese Frage ist nicht ganz einfach zu beantworten. Hier werden die in den Wirtschaftswissenschaften vertretenen Definitionsansätze im Überblick dargestellt. Die Rechtsprechungspraxis befasst sich jedoch traditionell weniger mit wirtschaftstheoretischen Überlegungen, sondern vielmehr mit der praktischen Frage, wann eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dabei ist in der Praxis wichtig, zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden, weil sie grundsätzlich unterschiedliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Für die Lösung kartellrechtlicher Fragen ist europäisches und deutsches Kartellrecht sowie oft auch ausländisches Kartellrecht zu beachten, was bei internationalen Sachverhalten die Prüfung regelmäßig umfangreicher gestaltet.

2.1 Was ist „Wettbewerb“?

Kartellrecht befasst sich mit der Beschränkung von „Wettbewerb“. Es ist für die Kartellrechtspraxis daher von elementarer Bedeutung, sich einen Begriff vom Wettbewerb zu verschaffen. Es ist allerdings bis heute umstritten, wie Wettbewerb definiert werden soll. Manche sind sogar der Auffassung, dass eine Definition des Wettbewerbs überhaupt nicht möglich sei. Eine allgemeinverbindliche Wettbewerbsdefinition konnte bis heute nicht gefunden werden. Verschiedene Wettbewerbskonzepte konkurrieren nach wie vor miteinander. Letztendlich stehen *fünf* Ansätze in der Diskussion, ohne dass sich hieraus schon ein geschlossenes Konzept ergäbe:

- Wettbewerb = Rivalität
Dies wirft allerdings die Frage auf, ob Rivalität stets wünschenswerte Ergebnisse hervorbringt. Jedes Unternehmen schaltet die Rivalität innerhalb des Unternehmens aus. Jede Unternehmenskooperation sowie jeder Unternehmenszusammenschluss schließen Rivalität aus. Soll das alles unzulässig sein?
- Wettbewerb = Abwesenheit der Beschränkung von Handlungsfreiheit
Auch diese Definition ist problematisch: Jeder Vertrag eines Unternehmens beschränkt seine Handlungsfreiheit: Wenn A sich verpflichtet hat, zehn Tonnen Kohle an B zu verkaufen, kann er diese zehn Tonnen nicht an C verkaufen. Umgekehrt wird B von D und E gar keine oder zumindest weniger Kohle einkaufen, da sein Bedarf schon (ganz oder teilweise) gedeckt ist. Dieses Konzept würde bei strenger Auslegung zumindest unser gesamtes Konzept der Vertragsfreiheit infrage stellen. Hier wird bereits deutlich, dass die Abgrenzung zwischen erwünschtem Wettbewerb und unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig mit einer Wertung verbunden ist.
- Wettbewerb = Zustand des Marktes, in welchem weder Käufer noch Verkäufer den Preis beeinflussen können
Dies ist das Modell der perfekten Konkurrenz. Es setzt jedoch einige Bedingungen voraus: perfekte Markttransparenz, Produkthomogenität, Produktteilbarkeit, totale Faktormobilität, unendliche Anpassungsgeschwindigkeit. Diese Bedingungen werden in der Praxis nie erfüllt sein. Außerdem ist dies eine sehr statische Betrachtung. Jegliche Dynamik des Wettbewerbsgeschehens und die damit einhergehende qualitative und technologische Weiterentwicklung würden ignoriert werden.
- Wettbewerb = Existenz von fragmentierten Märkten durch Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen
Dieser Ansatz folgt der Idee „Small is beautiful“. Die Praxis lehrt jedoch, dass vielfach nur große und starke Unternehmen zu bestimmten Marktleistungen befähigt sind. Z. T. ist auch eine bestimmte Marktstellung erforderlich, um gewisse (technologische) Entwicklungen voranzutreiben oder bestimmte Produkte herzustellen (z. B. Automobilindustrie, Luft- und Raumfahrt, Energieversorgung, Anlagenbau).
- Wettbewerb = Konsumentenwohlfahrt (Consumer Welfare)
Dieser Ansatz geht davon aus, dass Wettbewerb allein an der Konsumentenwohlfahrt zu messen ist, und zieht zu deren Beurteilung das Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz heran. Die wettbewerbliche Handlungsfreiheit spielt für diese Theorie keine Rolle.¹ Es stellt sich allerdings das Problem, wie wirtschaftliche Effizienz zu messen ist. Außerdem ist auch dieser Ansatz letztlich statisch, da Effizienz immer nur eine relative Größe ist („Das Bessere ist der Feind des Guten“).

¹Während in der angelsächsischen Diskussion beim Begriff „consumer welfare“ die volkswirtschaftliche Gesamtwohlfahrt im Vordergrund steht, scheint die EU-Kommission in der europäischen Diskussion zuweilen mehr den Verbraucherschutz im Auge zu haben.

Für die Klassiker der Nationalökonomie (allen voran Adam Smith mit seinem berühmten Buch „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“) war der Wettbewerb ein Verfahren herrschaftsfreier gesellschaftlicher Koordination, das eine optimale Synthese aus den Zielen Freiheit, Gleichheit und Wohlstand für alle garantiert. Die freie, von keinem Eingriff des Staats gehemmte Gesellschaft sei für die Gesamtheit förderlicher als eine gebundene Wirtschaftsverfassung. Ausgehend vom natürlichen Trieb des Menschen, seine Lage zu verbessern, würde eine „unsichtbare Hand“ jeden das tun lassen, was nicht nur seinem Wohl, sondern auch dem Wohl des Ganzen diene. Auch wenn Adam Smith unterstellte, dass der natürliche Egoismus des Einzelnen dem Gesamtwohl diene, war er sich auch der Gefährdungen eines freien Wettbewerbs wohl bewusst. So schrieb er schon 1776:

„People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.“

Es war also schon damals erkannt worden, dass es eine Notwendigkeit für ein Recht der Wettbewerbsbeschränkungen gibt. Die Klassiker hatten aber darüber hinaus bereits richtig erkannt, dass der (nach wie vor) größte Feind des Wettbewerbs der Staat ist, sodass die wichtigste Voraussetzung für möglichst viel Wettbewerb die Beseitigung zahlreicher staatlicher Wettbewerbshindernisse ist. Adam Smith war im Übrigen nicht nur, wie z. T. verkürzt dargestellt wird, der theoretische Schöpfer einer auf den Effizienzgedanken reduzierten Marktwirtschaft. Vielmehr war er ein Moralphilosoph, der erkannte, dass eine Freiheit in Ordnung einen soliden geistigen und sittlichen Unterbau benötigt. Ein heutzutage zuweilen anzutreffender schrankenloser „Raubtierkapitalismus“ („Alles ist erlaubt“) war den Klassikern fremd. Diese Erkenntnisse sind angesichts der modernen Finanz- und Staatsschuldenkrisen aktueller denn je.

Der ganzheitliche Ansatz der Klassiker ging in der Nachfolgezeit zunehmend verloren. Die Wettbewerbstheorie verengte sich auf eine statische Preistheorie mit Gleichgewichtsmodellen, die nur den Endzustand ausgereifter Märkte beschreiben. Man gelangte zu der Einsicht, dass das Monopol am schlechtesten, das Polypol (Vorhandensein vieler Anbieter und Nachfrager) am besten sei. In dieser Konsequenz wurde das Leitmodell der „vollkommenen Konkurrenz“ entwickelt.² Dieses setzt jedoch eher unrealistische Bedingungsannahmen voraus: vollkommene und transparente Information, unendliche Reaktionsgeschwindigkeit, statische Bedürfnisstrukturen etc. Es ist ein theoretisches Konstrukt und basiert auf einer statischen Grundlage. Daher ist es für die Praxis nur wenig tauglich, da es sehr selten der Wirklichkeit entsprechen wird. Aus dieser Erkenntnis heraus hat man um die Mitte des 20. Jahrhunderts davon Abstand genommen, sämtliche Marktunvollkommenheiten zu beseitigen. Vielmehr ist man seit damals nicht nur bereit, bestimmte Unvoll-

²Die vollkommene Konkurrenz hat auch in der in Deutschland sehr verbreiteten ordo-liberalen Schule und bei der Entstehung des GWB – zumindest verbaliter – eine nicht unbedeutende Rolle gespielt.

kommenheiten zu akzeptieren, sondern erkennt sogar, dass manche Unvollkommenheiten durch zusätzliche Unvollkommenheiten zu bekämpfen sind. Nicht mehr der vollkommene Wettbewerb, sondern der funktionsfähige (workable) Wettbewerb rückt in den Vordergrund wettbewerbstheoretischer und -rechtlicher Betrachtungen.

Beispiel

Auf einem oligopolistisch strukturierten Markt führt völlige Markttransparenz möglicherweise zur Erstarrung des Preisgefüges, weil jeder Preisnachlass von der Konkurrenz sofort bemerkt und durch eigene Preisnachlässe pariert werden würde: Dann würde der Preisnachlass nicht zu einer Steigerung der Absatzmenge, sondern nur zu insgesamt geringeren Umsätzen aller Unternehmen führen. Wenn alle Unternehmen im Oligopol dies antizipieren, wird ein Preisnachlass unsinnig. Wird nun die Markttransparenz eingeschränkt, werden hingegen wieder dynamische Marktprozesse möglich, da dann die Gewährung von Preisnachlässen des Unternehmens A den anderen nicht sofort transparent wird. Die anderen Unternehmen werden nicht sofort auf die Preisnachlässe von A reagieren (können), sodass es sich für A auch lohnt, Preisnachlässe zu gewähren. ◀

Zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs werden einzelne Wettbewerbskriterien betrachtet. Sie werden in die Kategorien Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis untergliedert. Der Workability-Ansatz leitet daraus ein Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis-Paradigma ab. Ihm liegt die Vorstellung zugrunde, dass zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis eine kausale Beziehungskette bestehe.

Auf dieser historischen Grundlage haben sich *drei* gegenwärtig diskutierte Wettbewerbskonzepte entwickelt. Auch sie sind nicht in sich geschlossen, sondern weisen Überschneidungen auf:

- Harvard School
Die Harvard School orientiert sich am Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (Workable Competition). Danach soll der Wettbewerb bestimmten ökonomischen Leitbildern (Verteilungsgerechtigkeit, optimale Faktorallokation, Dezentralisierung von wirtschaftlicher Macht etc.) genügen. Dieser Ansatz untersucht Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis. Anhand dieser normativen Merkmale wird beurteilt, ob bestimmte Marktverhältnisse wettbewerbspolitisch zufriedenstellend sind. Man betrachtet dabei das Marktergebnis als das kausale Resultat von Marktstruktur und Marktverhalten.
- Chicago School
Die Chicago School entstand als Gegenbewegung zur Harvard School. Sie lehnt den Denkansatz „Struktur-Verhalten-Ergebnis“ ab. Für sie ist allein die Konsumentenwohl- fahrt im Sinne von wirtschaftlicher Effizienz maßgebend. Diese Effizienz wird als

optimale Allokation der volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Ressourcen angesehen. Leitbild ist nicht die Bekämpfung wirtschaftlicher Macht, sondern die Konsumentenwohlfahrt. Die Chicago School vertraut aufgrund einer langfristigen Betrachtungsweise weitgehend auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs. Der Staat soll sich daher im Wesentlichen auf die Bekämpfung von Marktzutrittschranken beschränken. Unternehmenszusammenschlüsse und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen werden grundsätzlich als wohlstandfördernd und damit positiv beurteilt. Die Chicago School ist ein „neoliberaler“ Ansatz und wird von ihren Gegnern als „Laissez-Faire Approach“ verurteilt. Inzwischen wird sie in den USA vielfach kritisch beurteilt.

- Austrian School

Diese neoklassische Schule basiert auf dem „Konzept der Wettbewerbsfreiheit“. Die Austrian School ist gegenüber staatlichen Eingriffen ebenso skeptisch, da die Ergebnisse von Wettbewerbsprozessen von niemandem vorausgesagt werden können. Sie betrachtet insofern den Wettbewerb als *Entdeckungsverfahren* (von Hayek). Kern des Wettbewerbsprozesses ist danach letztlich die sich unterschiedlich äußernde Rivalität von Unternehmen. Im Gegensatz zur Chicago School steht bei der Austrian School die Freiheit des Wettbewerbs – und weniger die Effizienz – im Vordergrund. Dies bedeutet nicht, dass die Effizienz keine Rolle spielt; sie ist aber nur der Ausfluss eines freien und dynamischen Wettbewerbsprozesses. Die von der Harvard School vertretenen Workability-Konzepte implizieren demgegenüber nach Ansicht der Austrian School eine unzulässige Anmaßung von Wissen, welche die Basis für eher schädliches als hilfreiches staatliches Handeln bildet. Andererseits hat auch dieses Konzept seine Grenzen: Die Kategorie der Wettbewerbsfreiheit ist aus sich heraus nicht zu definieren.

Als Ergebnis sind *zwei* wesentliche Aspekte im Hinblick auf das Verständnis von Wettbewerb festzuhalten:

- Wettbewerb ist kein statischer, sondern ein *dynamischer Prozess*. Unternehmenszusammenschlüsse, Marktmacht und Beschränkung der Handlungsfreiheit im Einzelfall müssen nicht immer schlecht sein. Jede Neuerung wird daher immer ein gutes Argument im Kartellrecht sein; umgekehrt wird die Konservierung überkommener Strukturen stets skeptisch beobachtet werden.
- Letztendlich bleibt die Bestimmung von Wettbewerb bzw. Wettbewerbsbeschränkungen stets mit *normativen Wertungen* verbunden. Oft ist ein Abwägungsprozess durchzuführen, da man es häufig mit „Maß- und Gradfragen“ (Möschel) zu tun hat. In der Praxis muss daher oft im Einzelfall festgelegt werden, welche Verhaltensweisen als wettbewerbsbeschränkend gelten sollen. Diese Bewertung ist natürlich dem Wandel der Zeiten unterworfen. Während vor einigen Jahrzehnten noch viele vertikale Beschränkungen als schädlich eingestuft wurden, beurteilt man sie heute überwiegend als positiv. Ganz deutlich wird dies an der Entwicklung im US-Antitrustrecht und an dem von der Europäischen Kommission derzeit vertretenen „More Economic Approach“.