

349. Freistellung

Kennt das deutsche Kartellverbot (§ 1 GWB) wie die europäischen Wettbewerbsregeln Freistellungstatbestände? Bestehen Unterschiede?

Auch im Hinblick auf die Freistellungstatbestände besteht Gleichlauf mit den europäischen Wettbewerbsregeln, insbesondere mit Art. 101 Abs. 3 AEUV (vgl. § 2 GWB). Das deutsche Kartellrecht geht sogar darüber hinaus mit einem weiteren Freistellungstatbestand (vgl. etwa § 3 GWB).

350. Nichtgeltung

Wodurch unterscheidet sich § 1 GWB im Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV?

Das deutsche Kartellrecht erklärt für manche Wirtschaftsbereiche § 1 GWB aus bestimmten Gründen für nicht anwendbar („gilt nicht“; vgl. etwa §§ 28 Abs. 1 S. 1, 30 Abs. 1 S. 1, Abs. 2a S. 1, Abs. 2b S. 1, 31 Abs. 1 GWB).

351. Rechtsfolgen

Welche Rechtsfolgen hat ein Verstoß gegen § 1 GWB (Art. 101 AEUV)?

Ein Vertrag oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist nichtig (§ 134 BGB iVm § 1 GWB; für Art. 101 AEUV: Art. 101 Abs. 2 AEUV); wer sich über die Unwirksamkeit hinwegsetzt, dem droht ein empfindliches Bußgeld (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB; für Art. 101 AEUV: § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB); ferner können betroffene Wettbewerber nach § 33a Abs. 1 GWB Schadensersatz verlangen. Außerdem bestehen Beseitigungsansprüche (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB), Unterlassungsansprüche (§ 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 1 S. 2 GWB) und Vorteilsabschöpfungsansprüche für Verbände (§ 34a GWB). Die Befugnisse der Kartellbehörden sind in §§ 32 ff. GWB geregelt.

352. Verhältnis europäisches – nationales Kartellverbot

Angenommen, Unternehmen in Frankreich, Deutschland, England und Italien begehen eine Tathandlung, die gegen Art. 101 AEUV, §§ 1, 2 GWB verstößt. Ist auf dieses Verhalten europäisches oder deutsches Kartellrecht anwendbar?

Die Kartellbehörden haben nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1/2003, § 22 GWB ein Wahlrecht – sie können sowohl das europäische als auch das nationale Kartellrecht anwenden. In keinem Fall darf es im Anwendungsbereich der Zwischenstaatlichkeitsklausel zu einer Abweichung bei den Ergebnissen kommen, sodass letztlich ein

Gleichlauf zwischen dem europäischen und dem nationalen Kartellrecht entsteht. Ein wesentlicher Grund hierfür ist die fehlende begriffliche Schärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nach Art. 101 AEUV.

353. Zulässiges Parallelverhalten

Kein abgestimmtes Verhalten ist das – bewusste oder unbewusste – Nachahmen oder das nur gleichförmige Verhalten, das für oligopolistische Marktstrukturen typisch ist. Können Sie ein Beispiel nennen?

Gleichförmig verhalten sich die Pächter von Tankstellen, wenn sie ihre Preise tagtäglich an diejenigen der Nachbartankstellen anpassen.

354. Sternverträge: Syndikat ZV

Zementhersteller betreiben eine gemeinsame Zementverkaufsstelle (ZV), ein sog. Syndikat, in Form einer GmbH. Die ZV schließt mit den Werken unter Ausschluss einer Andienungspflicht einzelne (vertikale) Vertriebsverträge ab. Danach verpflichtet sich die ZV, den Zement zu vereinbarten Einkaufspreisen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verkaufen und räumt jedem Lieferwerk die Meistbegünstigung ein. Die Einkaufspreise der ZV (Abwerk-Preise) sind gegenüber allen Werken gleich hoch. Das BKartA will die Durchführung der Vertriebsverträge nach § 1 GWB untersagen. Die ZV weist unter anderem darauf hin, dass ein gemeinsamer Zweck fehle, da die einzelnen Zementwerke mit ihr auf Austausch gerichtete (vertikale) Lieferverträge geschlossen hätten. Die für ein verbotenes Kartell notwendige Koordination gleichgerichteter Interessen auf horizontaler Ebene, also zwischen den Zementwerken, sei nicht gegeben. Trifft das zu?

Nein, die Zementhersteller irren. Ein gemeinsamer Zweck kann nicht nur durch Vertrag zwischen den Beteiligten, sondern auch durch eine **Vielzahl von vertikalen Verträgen**, die die Interessierten mit einem identischen Partner abschließen, verwirklicht sein – Art. 101 AEUV, § 1 GWB erfassen sowohl Tathandlungen im Vertikalverhältnis als auch im Horizontalverhältnis. Bildlich kann man sich die einzelnen Austauschverträge der Zementhersteller mit der ZV wie die Strahlen eines Sternes vorstellen. Man nennt sie deshalb Sternverträge. Voraussetzung für die Anwendung des § 1 GWB auf Sternverträge ist, dass den parallel geschlossenen Vertikalverträgen eine (horizontale oder vertikale) **Abstimmung** zugrunde liegt. Eine horizontale Abstimmung ist hier gegeben. Entscheidend ist, dass als Folge der Meistbegünstigungsklausel ein Preiswettbewerb der einzelnen Zementwerke untereinander, weil ökonomisch unsinnig, nicht stattfindet. Genau dies ist mit den einzeln geschlossenen vertikalen Austauschverträgen gleichgerichtet angestrebt und deshalb gemeinsam bezweckt.

355. Car-Partner

Sechs Kraftfahrtversicherer gründen die Car-Partner-GmbH. Gesellschaftszweck ist die Vermietung von Personen- und Lastkraftwagen an Selbstfahrer. Ein besonderer Schwerpunkt soll das Unfallersatzgeschäft sein. Hier bietet die Car-Partner-GmbH einen Tarif an, der 20 % unter den Preisen anderer Anbieter liegt. Die Car-Partner-GmbH bietet den Kraftfahrtversicherern in Deutschland einen Vertrag über die Regelung des Abrechnungsverfahrens von Mietwagenkosten in Kfz-Schadensfällen an. 62 Versicherer sind bereit, diesen Vertrag zu schließen. Das entspricht einem Marktanteil von etwa 60 %. Verstößt die Gründung der Car-Partner-GmbH sowohl gegen § 1 GWB als auch gegen Art. 101 AEUV?

Ja (BGH WRP 1998, 771 (773) – Carpartner). Es handelt sich bei dem Car-Partner-System um ein **Nachfragekartell** – Tathandlung der Vereinbarung im Hinblick auf die gemeinsame Nachfrage – mit dem Ziel, die Kosten im Unfallersatzgeschäft drastisch zu senken. Durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages koordinieren die Kfz-Versicherer ihr Verhalten im Nachfragewettbewerb um Unfallersatzfahrzeuge. Dieser Nachfragewettbewerb entsteht, weil die durch einen Verkehrsunfall geschädigten Autofahrer in der Regel ihre Ersatzansprüche gegen den Schädiger an den Autovermieter abtreten. Dieser rechnet dann direkt mit dem Kraftfahrtversicherer ab. Auf diese Weise werden die Kfz-Versicherer zu Nachfragern nach Unfallersatzwagen. Indem sie ihr Nachfrageverhalten am extrem niedrigen Car-Partner-Unfallersatztarif ausrichten, beschränken sie den zwischen ihnen bestehenden Nachfragewettbewerb. Zugleich sind dadurch die im Ausland tätigen Autovermieter betroffen, da ihnen der Zugang zum deutschen Markt erschwert ist (heute: Art. 101 AEUV) wird. Die Marktwirkungen des Nachfragekartells sind in hohem Maße spürbar, weil die Kraftfahrtversicherer den Geschädigten ihre Schadenminderungspflicht nach § 254 BGB vorhalten und für den Fall Abzüge machen können, dass die Geschädigten nicht den Mietwagen bei Car-Partner nehmen. Problematisch ist freilich, dass die Versicherer mit dem Car-Partner-System die Kosten im Unfallersatzgeschäft senken wollen. Dies würde letztlich allen Versicherten zugutekommen. Man müsste also wohl doch ergänzend fragen, ob die hohen Mietwagenpreise nicht möglicherweise auf aufeinander **abgestimmten Verhaltensweisen** der Vermieter im Unfallersatzgeschäft beruhen.

356. Wettbewerb

Welcher Wettbewerb ist in § 1 GWB gemeint?

Sowohl der aktuelle tatsächliche Wettbewerb als auch der potenzielle Wettbewerb.

357. Typische horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

Können Sie einige Beispiele für verbotene horizontale Wettbewerbsbeschränkungen nennen?

- Preisabsprachen,
- Mengenabsprachen,
- Marktaufteilungsabsprachen,
- Submissionskartelle,
- Ladenschlusszeiten,
- Einkaufs- und Rabattkartelle.

358. Bezwecken – Bewirken: Unterschiede

Was ist der Unterschied zwischen einer bezweckten und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung (§ 1 GWB)?

In beiden Fällen muss die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf den Willen der Vertragsschließenden zurückzuführen sein. Der Gesetzgeber will klarstellen, dass Parteien, die mit dem geschlossenen Vertrag hauptsächlich etwas anderes **bezwecken** (zB die Rationalisierung ihrer Unternehmen durch Zusammenlegung von Betriebsteilen), auch dann noch § 1 GWB zu beachten haben, wenn die Rationalisierung darüber hinaus auch tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung (durch Mengenabsprache) führt, diese also **bewirkt**. Bei den Rechtsfolgen kann es Unterschiede geben, weil die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig auf Vorsatz beruht (höheres Bußgeld), während die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig eher auf Fahrlässigkeit beruht (niedrigeres Bußgeld).

359. Bietergemeinschaft

Die Stadt Hamburg schreibt den Bau einer Großbrücke aus. Neben einem japanischen und einem amerikanischen Gebot liegt auch ein Gemeinschaftsgebot der deutschen Unternehmen A, B und C vor, da sie einzeln nicht in der Lage sind, ein Gebot abzugeben. Verstößt die deutsche Bietergemeinschaft gegen § 1 GWB?

Nein (BGH MDR 1984, 421 (422) – Ausschreibungsbeteiligung in Bieter- und Arbeitsgemeinschaft). Eine Beschränkung des Wettbewerbs setzt einen Markt voraus, auf dem dieser Wettbewerb besteht. Bei Ausschreibungen entsteht der relevante Markt sachlich, örtlich und zeitlich durch die Ausschreibung. Dabei liegt eine Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig dann vor, wenn sich die Anzahl der Anbieter durch die Absprache verkleinert. Stellt man hier darauf ab, welche Unternehmen objektiv zur Herstellung der Brücke befähigt gewesen wären, so muss man eine Wettbewerbsbeschränkung bejahen, weil die Zahl der Wettbewerber von fünf auf drei geschrumpft ist. Stellt man dagegen auf die Unternehmensplanungen ab, so

hätte sich kein einziges deutsches Unternehmen allein beworben. Es gäbe dann nur zwei Wettbewerber. So gesehen stellt die Bietergemeinschaft (das Kartell) eine Wettbewerbsverbesserung (von zwei auf drei) dar. Entscheidend ist, ob für ein Unternehmen der Eintritt in den Markt „wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig“ ist.

360. Arbeitsgemeinschaften

Einige Umlandgemeinden bei Kiel verfolgen das Ziel, bestimmten Personengruppen – es geht vor allem um Jugendliche und Frauen – nachts die sichere, angst- und gewaltfreie Rückkehr von Kiel an ihren Wohnort zu erleichtern. Zu diesem Zweck schließen die Gemeinden verschiedene Verträge mit der „Arbeitsgemeinschaft für Frauennachtfahrten“. In diesen Verträgen gewähren die Gemeinden den Mietwagen oder Taxen einen Zuschuss für diese Fahrten. Die Taxen und Mietwagen können den Fahrpreis nicht frei aushandeln, sondern müssen die Beförderung zu dem für das Stadtgebiet Kiel geltenden Tarif durchführen. Verstößt diese Kooperation gegen § 1 GWB?

Nein (BGHZ 149, 391 Rn. 13 – Jugendnachtfahrten), denn es kommt wie bei Bietergemeinschaften überhaupt erst durch die Kooperation zu der am Markt nachgefragten Leistung – ansonsten gäbe es die verbilligten Nachtfahrten gar nicht.

361. Typische freigestellte Fälle

Bei welchen Vereinbarungen sind die Freistellungskriterien von § 2 GWB erfüllt?

Es geht um Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen. Hierfür gibt es die Gruppenfreistellungsvereinbarung über Forschung und Entwicklung (VO (EU) 1217/2010 = GVO F&E), auf die auch bei der Anwendung des deutschen Kartellrechts zurückzugreifen ist, wie sich aus § 2 Abs. 2 GWB ausdrücklich ergibt (dynamische Verweisung).

362. Safe Harbours

Bis zu welchen Marktanteilsschwellen stellt die GVO F&E typischerweise frei?

Im Bereich Forschung und Entwicklung bis zu einer Schwelle von 25 % (Art. 4 Abs. 2 GVO F&E). Diese Marktanteilsschwelle nennt man Safe Harbours.

363. Anwendungsbeispiel

Ein kleines Forschungsunternehmen (F) ohne eigene Vertriebsorganisation entdeckt ein Medikament mit einer neuen Technologie und lässt es patentieren. Das Unternehmen geht eine F&E-Vereinbarung mit einem großen Pharma-Hersteller (H) ein. Bei den vorhandenen Produkten hält H einen Marktanteil von rund 75 % in sämtlichen Mitgliedstaaten – seine Patente enden aber in den nächsten fünf Jahren und sind auch nicht erneuerbar (vgl. § 16 PatG). Es gibt zwei weitere Forschungspools, die sich ungefähr in der gleichen Entwicklungsphase befinden und die gleiche neue Grundlagentechnologie anwenden. H stellt umfangreich Geld und Know-how für die Produktentwicklung bereit, um den Zugang zum Markt zu ermöglichen. H erhält eine Lizenz für die ausschließliche Herstellung und Verteilung des entstehenden Produkts für die Laufzeit des Patents. Es ist zu erwarten, dass die Partner F und H gemeinsam das Produkt in fünf bis sieben Jahren auf den Markt bringen können. Ist die Vereinbarung zwischen F und H nach § 2 GWB freigestellt?

Ja, denn es geht um ein neues Produkt, das es bisher noch gar nicht gibt. Es kommt also zur Erschließung eines neuen Marktes. Die erhebliche Marktmacht des großen Unternehmens verringert sich in Kürze wegen des Ablaufs der Schutzfrist für die Patente. Das Vorhandensein der anderen Forschungspools verstärkt den Wettbewerb. Außerdem hat das Forschungsunternehmen keine eigenen Vertriebsressourcen, dh es ist mit vorstoßendem Wettbewerb zu rechnen bei gleichzeitiger Weitergabe des entstehenden Gewinns zugunsten der Verbraucher.

364. Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote

Nach §§ 112, 113 HGB (ab 1.1.2024: §§ 117, 118 HGB) darf ein Gesellschafter einer OHG und der Komplementär einer KG (§ 165 HGB) der eigenen Gesellschaft keinen Wettbewerb machen. Verstößen Wettbewerbsverbote dieser Art gegen den Grundgedanken von § 1 GWB?

Ja, denn Wettbewerbsverbote beruhen auf Vereinbarungen zwischen der OHG/KG und den Gesellschaftern und beschränken den Wettbewerb spürbar, weil der Marktgegenseite Auswahlalternativen entzogen werden.

365. Verhältnis der Gesellschaftsformen zum Kartellverbot

Es gibt Rechtsformen wie zB die Genossenschaft oder die EWIV, deren ausdrücklicher Zweck es ist, das Verhalten der zusammengeschlossenen Mitglieder zu koordinieren. Da es sich um gesetzlich verankerte Rechtsformen handelt, fragt sich, ob die diesen Rechtsformen immanenten Wettbewerbsbeschränkungen nicht automatisch dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen sein müssten. Wie sehen Sie das?

Die Anwendung des § 1 GWB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein bestimmtes Verhalten nach dem GenG als zulässig zu erachten ist. Die Beurteilung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung iSd § 1 GWB vorliegt, hängt nicht von der Rechtsform ab. Andernfalls könnte man mithilfe solcher Rechtsformen das GWB umgehen (BGH WuW/E BGH 1313, 1315 – Stromversorgungsgenossenschaft).

366. Einkaufsgemeinschaften

Die Tante-Emma-Läden in Berlin sind beim Einkauf den großen Handelsriesen (Edeka/Co-op/Rewe/Metro) hoffnungslos unterlegen. Sie schließen sich deshalb zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammen, um auf diese Weise ihre Nachfrage zu bündeln und so günstigere Konditionen durchsetzen zu können. Verstößt das gegen § 1 GWB?

Nein. Zwar handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen mit dem Zweck, den Nachfragewettbewerb spürbar zu beschränken, weil den Anbietern nicht mehr die Einzelhändler Berlins, sondern nur noch ein einziger Nachfrager gegenübersteht. Doch sind Einkaufskartelle nach § 3 GWB als Mittelstandskartell vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen verbessert. Allerdings dürfen die im Kartell zusammengeschlossenen Unternehmen keinen **Bezugszwang** vereinbaren. Das bedeutet, dass es jedem beteiligten Unternehmen freigestellt bleiben muss, ob es über das Einkaufskartell bezieht oder im Einzelfall nicht.

367. Keine Anmeldung von Einkaufskartellen

Müssen Einkaufskartelle beim BKartA angemeldet und erlaubt werden?

Nein. Es gilt wie im europäischen Recht (vgl. dazu → Fall 309) das System der Legalausnahme, dh die Unternehmen müssen selbst einschätzen, ob ihr Verhalten freigestellt ist.

368. Marktinformationsverfahren: Gegenstand

Was ist ein Marktinformationsverfahren?

Ein Verfahren, mit dem Unternehmen über die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte eine Meldestelle, zB im Netz, unterrichten. Sie teilen den Bruttopreis nebst Zu- und Abschlägen, insbesondere auch Rabatten, oder den Nettopreis unter Angabe der genauen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen mit.

369. Marktinformationsverfahren: Verhältnis zu § 1 GWB

Sind Marktinformationsverfahren mit § 1 GWB zu vereinbaren?

Nein. Die Wettbewerbsbeschränkung liegt darin, dass den Wettbewerbern die Konditionen bekannt werden, zB das Niveau, auf dem die Konkurrenz Preise vereinbart. Auf diese Weise ist es leicht, sich anzupassen und mittelfristig auf individuelle Preisanstrengungen ganz zu verzichten. Regelmäßig kommt es als Folge von Marktinformationsverfahren zu einer Preisgleichförmigkeit auf hohem Niveau. Das zeigt, dass der in der Praktizierung des Meldeverfahrens liegende Verzicht auf den **Geheimwettbewerb** den Wettbewerb erheblich beschränkt und deshalb gegen § 1 GWB verstößt (BGH WM 1975, 411 (413) – Aluminium-Halbzeug).

370. Software-Agenten

Im Internet kann man mithilfe von Software-Agenten Preise ermitteln. Dieses ermöglicht die sehr hohe Preis- und Konditionentransparenz für den Nachfrager. Sehen Sie kartellrechtliche Probleme?

Nicht nur der Nachfrager kann mithilfe der Software-Agenten den Preis ermitteln, sondern auch der Wettbewerber. Man muss also keine Preismeldestelle mehr installieren, um die Preise des Konkurrenten zu erfahren. So gesehen kann das Internet dazu führen, dass die Unterscheidung zwischen zulässigem Parallelverhalten beim Preis und unzulässiger Preisabstimmung praktisch kaum mehr möglich ist.

371. Mittelstandskartelle: Bagatellkartelle

K, ein mittelständisches Unternehmen für Kleinmotore, will mit einem Hersteller auf dem Gebiet für spezielle Modellschiffmotoren kooperieren, um gegenüber dem marktbeherrschenden Anbieter leistungsfähig zu bleiben. Der befragte Unternehmensberater befürwortet die Kooperation wärmstens. Mit der Kartellbehörde sei nichts zu verhandeln, weil Bagatellkartelle ohnehin nicht vom GWB erfasst seien. Was halten Sie davon?

Das ist nicht ganz richtig. Entscheidend ist nach § 3 GWB, dass durch den Vertrag der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt und zugleich die Leistungsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen gefördert wird. Beides wäre im vorliegenden Fall zu bejahen.

372. Mittelstandskartelle: Grenzen

Vier Asphaltmischwerke vereinbaren eine Kooperation. Die Produktionskapazität wird einem einzigen der vier Unternehmen zur Verfügung gestellt. Dieses führt die Mischwerke im Außenverhältnis unter ihrem Namen, be-