



## Kooperation und Wettbewerb



Ein Ratgeber für kleine  
und mittlere Unternehmen



## Kooperation und Wettbewerb



Ein Ratgeber für kleine  
und mittlere Unternehmen

## Vorwort

Die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs ist in einer sozialen Marktwirtschaft eine ordnungspolitische Daueraufgabe von essenzieller Bedeutung. Das Kartellrecht ist das Rückgrat unserer Marktwirtschaft. Der Wettbewerb war und ist – unabhängig von der Streichung des Vertragsziels eines „freien und unverfälschten Wettbewerbs“ aus dem EG-Vertrag durch den Vertrag von Lissabon – Motor für das Zusammenwachsen Europas und damit letztlich für die Schaffung und Erhaltung eines Raumes des Friedens und des Wohlstands.

Ein prosperierendes Europa braucht funktionierenden Wettbewerb auf allen Ebenen, auf den internationalen wie auf den lokalen Märkten. Mittelständische Unternehmen leisten einen vielfach unterschätzten, aber unerlässlichen Beitrag zu Innovation und Fortschritt. Das Wesen des Wettbewerbs besteht im Grundsatz darin, dass selbständige und voneinander unabhängige Unternehmen eigenständig agieren. Verhaltensabstimmungen zwischen Wettbewerbern sind a priori unerwünscht und vielfach kartellrechtlich problematisch. Gerade für kleinere Unternehmen kann jedoch die Kooperation unerlässlich sein, um ihre Wettbewerbsfähigkeit in größer werdenden Märkten zu erhalten. Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit, die den Wettbewerb zwischen den Beteiligten nicht wesentlich beeinträchtigt oder zu innerbetrieblichen Effizienzsteigerungen führt, ist vielfach kartellrechtlich möglich und wirtschaftlich erwünscht. Kooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen sichern nicht selten deren Überleben und damit auch den Erhalt mittelständischer Wirtschaftsstrukturen und stehen damit nicht im Widerspruch zu den Grundprinzipien der Marktwirtschaft.

Mit dem Systemwechsel im deutschen Kartellrecht vom Anmeldesystem hin zur gesetzlichen Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit im Jahre 2005 wurde den Marktteilnehmern selbst die Verantwortung auferlegt, ihr Verhalten kartellrechtlich richtig einzuschätzen. Das stellte gerade kleinere Unternehmen vor eine große Herausforderung. Der Ratgeber hat sich das Ziel gesetzt, ein Gespür dafür zu vermitteln, wann das Einvernehmen zwischen selbständigen Unternehmen in einen kartellrechtlich bedenklichen Bereich gerät, und eine erste Einschätzung eines Kooperationsvorhabens zu ermöglichen. Selbstverständlich kann dieser Ratgeber individuellen Rechtsrat nicht ersetzen.

Die anhaltend rege Nachfrage nach dem Ratgeber zeigt, dass hier nach wie vor großer Informationsbedarf besteht. Der gesetzliche Rahmen im Kooperationskartellrecht hat sich seit der Neuauflage dieser Broschüre im Jahre 2006 nicht geändert, so dass sie auch heute noch eine wertvolle Orientierungshilfe bietet.



Martin Zeil  
Bayerischer Staatsminister  
für Wirtschaft, Infrastruktur,  
Verkehr und Technologie



Katja Hessel  
Staatssekretärin  
im Bayerischen Staatsministerium für  
Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie

## Hinweis

Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Bayerischen Staatsregierung herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern im Zeitraum von fünf Monaten vor einer Wahl zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Landtags-, Bundestags-, Kommunal- und Europawahlen. Missbräuchlich ist während dieser Zeit insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken und Aufkleben von parteipolitischen Informationen oder Werbemitteln. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die Druckschrift nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Staatsregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Den Parteien ist gestattet, die Druckschrift zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden. Die Druckschrift wurde mit großer Sorgfalt zusammengestellt. Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts kann dessen ungeachtet nicht übernommen werden.

## Impressum

Herausgeber: Bayerisches Staatsministerium  
für Wirtschaft, Infrastruktur,  
Verkehr und Technologie

Postanschrift: 80525 München

Hausadresse: Prinzregentenstr. 28  
80538 München

Telefon: 089/21 62-2303  
089/21 62-0

Fax: 089/21 62-3326  
089/21 62-2760

E-Mail: [info@stmwivt.bayern.de](mailto:info@stmwivt.bayern.de)  
[poststelle@stmwivt.bayern.de](mailto:poststelle@stmwivt.bayern.de)

Internet: <http://www.stmwivt.bayern.de>



BAYERN DIREKT ist Ihr direkter Draht zur Bayerischen Staatsregierung. Unter der Telefonnummer 01801 201010 (4,6 Cent pro Minute aus dem Netz der Deutschen Telekom) oder per E-Mail unter [direkt@bayern.de](mailto:direkt@bayern.de) erhalten Sie Informationsmaterial und Broschüren, Auskunft zu aktuellen Themen und Internet-Quellen sowie Hinweise zu Behörden, zuständigen Stellen und Ansprechpartnern der Bayerischen Staatsregierung.

# Inhalt

|   |    |
|---|----|
| <b>Vorwort</b>  | 2  |
| <b>I. Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Bewertung der Unternehmenskooperation</b> | 9  |
| <b>1. Schutz und Förderung des Wettbewerbs als staatliche Aufgabe</b>                           | 10 |
| <b>2. Kooperation und Wettbewerb</b>  | 10 |
| <b>3. Kartelle und Kooperationen im Wettbewerbsrecht</b>  | 12 |
| 3.1 Europäisches und deutsches Kartellrecht   | 12 |
| 3.2 Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die Anwendung des deutschen GWB            | 14 |
| <b>II. Grundlagen des europäischen Kartellrechts</b>  | 17 |
| <b>1. Zielsetzung</b>   | 18 |
| <b>2. Rechtsquellen</b>   | 18 |
| <b>3. Das Europäische Kartellverbot</b>   | 20 |
| 3.1 Der Verbotstatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG   | 20 |
| 3.2 Verhaltensweisen außerhalb des europäischen Kartellverbots                                  | 22 |
| 3.3 Wettbewerbsrechtlich problematische Vereinbarungen  | 22 |
| 3.3.1 Vereinbarungen, die in der Regel dem Kartellverbot unterfallen                            | 22 |
| 3.3.2 Vereinbarungen, die genauer überprüft werden müssen                                       | 23 |
| <b>4. Die Freistellung vom Kartellverbot nach europäischem Recht</b>                            | 24 |
| 4.1 Der Freistellungstatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG   | 24 |
| 4.2 Einzelfreistellung  | 24 |
| 4.3 Gruppenfreistellungsverordnungen  | 25 |
| <b>III. Kooperationen und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</b>                            | 29 |
| <b>1. Zielsetzung und Grundlagen</b>  | 30 |
| 1.1 Alte Rechtslage bis Ende Juni 2005  | 30 |
| 1.2 Die Siebte GWB-Novelle  | 31 |
| <b>2. Das Kartellverbot des § 1 GWB</b>   | 33 |
| 2.1 Unternehmen und Unternehmensvereinigungen   | 33 |
| 2.2 Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen                                 | 34 |
| 2.3 Form der Zusammenarbeit   | 35 |
| 2.4 Wettbewerbsbeschränkung   | 35 |
| 2.4.1 Merkmale einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung                                     | 35 |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| 2.4.2     | Zulässige vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen                             | 37        |
| 2.5       | Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung   | 37        |
| 2.6       | Kartellfreie Kooperation  | 41        |
| 2.6.1     | Arbeits- und Bietergemeinschaften   | 41        |
| 2.6.2     | Marktinformation  | 43        |
| 2.6.3     | Marktforschung  | 46        |
| 2.6.4     | Kalkulationshilfen  | 46        |
| 2.6.5     | Kundendienst, Reparatur   | 47        |
| 2.6.6     | Transport und Lagerung  | 47        |
| 2.6.7     | Aus- und Fortbildung  | 48        |
| 2.6.8     | Güteüberwachung und Gütezeichen   | 48        |
| 2.6.9     | Verbandszeichen   | 48        |
| 2.6.10    | Werbung   | 49        |
| 2.6.11    | Kundenbindungssysteme, Bonusprogramme, Rabattkarten                               | 49        |
| <b>3.</b> | <b>Freigestellte Kooperationen</b>  | <b>50</b> |
| 3.1       | Die Freistellung von Kooperationen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen      | 50        |
| 3.1.1     | Die Voraussetzungen der Freistellung vom Kartellverbot                            | 50        |
| 3.1.2     | Die Freistellung vom Kartellverbot auf Grund der Gruppenfreistellungsverordnungen | 53        |
| 3.1.3     | Die Freistellungs Voraussetzungen für Mittelstandskartelle                        | 53        |
| 3.2       | Einzelfälle der freigestellten Kooperation  | 58        |
| 3.2.1     | Produktionsvereinbarungen   | 58        |
| 3.2.2     | Vermarktungsvereinbarungen  | 63        |
| 3.2.3     | Einkaufskooperationen   | 67        |
| 3.2.4     | Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung                                     | 72        |
| 3.2.5     | Vereinbarungen über Technologietransfer und Lizenzverträge                        | 80        |
| 3.2.6     | Vereinbarungen über Normen  | 83        |
| 3.2.7     | Umweltschutzvereinbarungen  | 85        |
| <b>4.</b> | <b>Empfehlungen und Wettbewerbsregeln</b>   | <b>87</b> |
| 4.1       | Empfehlungen  | 87        |
| 4.1.1     | Empfehlungen durch einzelne Unternehmen   | 88        |
| 4.1.2     | Empfehlungen durch Unternehmensvereinigungen oder -verbände                       | 88        |
| 4.1.3     | Mittelstandsempfehlungen  | 89        |
| 4.1.4     | Empfehlungen über Ladenöffnungszeiten   | 91        |
| 4.1.5     | Empfehlungen über Schlussverkäufe   | 92        |
| 4.2       | Wettbewerbsregeln   | 93        |

|   |     |
|---|-----|
| <b>IV. Sicherstellung kartellrechtskonformen Verhaltens</b>   | 95  |
| <b>1. Unternehmerische Obliegenheiten</b>   | 96  |
| 1.1 Kartellrechtstreue im Unternehmen   | 96  |
| 1.2 Selbsteinschätzung des Kooperationsvorhabens  | 97  |
| 1.2.1 Tatsächliche Grundlagen   | 98  |
| 1.2.2 Rechtliche Bewertung  | 100 |
| 1.2.3 Erste kartellrechtliche Bewertung   | 101 |
| <b>2. Einbindung der Kartellbehörden</b>  | 102 |
| 2.1 Zuständigkeit von Europäischer Kommission,<br>Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden                | 102 |
| 2.2 Entscheidung der Europäischen Kommission über<br>die Nichtanwendbarkeit des europäischen Kartellverbots | 103 |
| 2.3 Nichttätigkeitsverfügung  | 104 |
| 2.4 Anerkennung von Wettbewerbsregeln   | 106 |
| 2.5 Behördliche Auskunft  | 107 |
| <b>V. Folgen eines Kartellverstoßes</b>   | 109 |
| <b>1. Nichtigkeit der Kartellabsprachen</b>   | 110 |
| <b>2. Kartellbehördliche Maßnahmen</b>  | 110 |
| <b>3. Kartellrechtliche Ansprüche Geschädigter</b>  | 112 |
| <b>VI. Informationen</b>  | 113 |
| <b>1. Rechtsgrundlagen</b>  | 114 |
| 1.1 Europäisches Gemeinschaftsrecht   | 114 |
| 1.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  | 115 |
| <b>2. Verfahrensfragen und Antrags- bzw. Anmeldegrundsätze</b>  | 134 |
| 2.1 Antrags- und Anmeldegrundsätze  | 134 |
| 2.2 Bonusregelung der Landeskartellbehörde Bayern   | 139 |
| <b>3. Anschriften</b>   | 144 |
| <b>Abkürzungen, Schlüsselbegriffe, Stichwortverzeichnis</b>   | 145 |
| Abkürzungen   | 145 |
| Schlüsselbegriffe   | 146 |
| Stichwortverzeichnis  | 147 |



**Wettbewerbspolitische und  
wettbewerbsrechtliche  
Bewertung der  
Unternehmenskooperation**



## 1. Schutz und Förderung des Wettbewerbs als staatliche Aufgabe

In der Sozialen Marktwirtschaft ist der Wettbewerb das zentrale Steuerungsinstrument für die Abstimmung einer Vielzahl einzelwirtschaftlicher Entscheidungen von Unternehmen und Verbrauchern.

Wettbewerb soll

- die Produktionsfaktoren einer der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage entsprechenden und möglichst effektiven Verwendung zuführen,
- den Unternehmen einen Anreiz geben, ihre Leistung zu verbessern und Kosten einzusparen, um einen Wettbewerbsvorsprung vor ihren Konkurrenten zu erlangen und damit ihre Stellung auf dem Markt auszubauen und Gewinne zu erzielen,
- und so im Ergebnis dazu beitragen, den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt zu fördern und letztlich den gesellschaftlichen Wohlstand zu mehren.

Diese Aufgaben kann nur ein funktionierender Wettbewerb erfüllen. Der Markt selbst und die auf ihn wirkenden Mechanismen schaffen nicht immer und notwendigerweise die Bedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb, weil Unternehmen unter Umständen auch dann ‚belohnt‘ werden, wenn sie Konkurrenten auf andere Weise als durch bessere Leistung – nämlich durch wettbewerbsbeschränkende Praktiken – ausschalten. Der Schutz und die Förderung des Wettbewerbs gehören deshalb in einer Marktwirtschaft zu den grundlegenden Aufgaben staatlicher Wirtschaftspolitik.

Diese muss

- wettbewerbliche Marktstrukturen sichern – insbesondere der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen entgegenwirken – und
- wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Marktteilnehmer unterbinden.

## 2. Kooperation und Wettbewerb

Kooperation und Wettbewerb scheinen sich auf den ersten Blick auszuschließen. Während Wettbewerb Ausdruck eines unabhängigen Strebens selbstständiger Unternehmen nach Geschäftsabschluss mit Dritten ist, bedeutet Kooperation ein Zusammenwirken gerade derjenigen, die sich auf dem Markt als Wettbewerber gegenüberstehen sollten.

Aber nicht jede Zusammenarbeit zwischen Unternehmen muss wettbewerbschädlich sein. Vielmehr gibt es Kooperationen, die den Wettbewerb beleben, manchmal ihn sogar erst ermöglichen und so der Sicherung und Fortentwicklung

wettbewerblicher Marktstrukturen dienen. Dies gilt in besonderem Maß für eine Zusammenarbeit ohne wettbewerbsbeschränkende Wirkung, die so genannte kartellfreie Kooperation. Es trifft aber auch dann zu, wenn Vereinbarungen über eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zwar unter den Beteiligten wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, insgesamt aber auf einem Markt die Voraussetzungen für leistungsgerechten und wirksamen Wettbewerb schaffen oder sichern. Hier ist die Zusammenarbeit zwischen kleinen oder mittleren Unternehmen besonders hervorzuheben. Diese können nach den Erfahrungen der Kartellbehörden<sup>1</sup> im Wettbewerb mit Großunternehmen häufig besser bestehen, wenn sie strukturelle Nachteile durch Zusammenarbeit überwinden.



### **KLEINE UND MITTLERE UNTERNEHMEN (KMU)<sup>2</sup>**

*Im deutschen Kartellrecht werden kleine und mittlere Unternehmen bisher nach ihrer relativen Größe im Verhältnis zu den Wettbewerbern bestimmt. Als Vergleichsgrößen dienen insbesondere der Umsatz und die Zahl der Beschäftigten.*

*Entscheidendes Gewicht für die Bestimmung der kleinen und mittleren Unternehmen kommt somit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der Marktstruktur zu: An Hand der Größe der vorhandenen Wettbewerber wird einzelfallbezogen entschieden, ob die Kooperationspartner noch zu den kleinen und mittleren Unternehmen gehören. Absolute Grenzen des Umsatzes oder der Beschäftigtenzahl für kleine und mittlere Unternehmen kennt das deutsche Kartellrecht bislang nicht. Eine schematische Betrachtung würde den Vorschriften des GWB<sup>3</sup> nicht gerecht, die speziell der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber den jeweils Großen einer Branche dienen.*

*Das europäische Recht orientiert sich an der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG). Dort stellt die Europäische Kommission auf die absoluten Mitarbeiter- und Umsatz- bzw. Bilanzzahlen ab<sup>4</sup>. Diese Empfehlung betrifft allerdings primär Fördermaßnahmen seitens der Mitgliedsstaaten, der Europäischen Investitionsbank und des Europäischen*

- 1) Kartell- oder Wettbewerbsbehörden sind auf europäischer Ebene die Europäische Kommission und auf nationaler Ebene das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden.
- 2) Hierbei handelt es sich um einen Schlüsselbegriff. Eine Übersicht der Schlüsselbegriffe siehe Anhang.
- 3) Insbesondere §§ 3 und 20 GWB.
- 4) Die Europäische Kommission definiert anhand von absoluten Grenzen:
  - Kleinstunternehmen: bis 10 Mitarbeiter, Jahresumsatz oder -bilanzsumme bis 2 Mio. Euro;
  - kleine Unternehmen: bis 50 Mitarbeiter, Jahresumsatz oder -bilanzsumme bis 10 Mio. Euro;
  - mittlere Unternehmen: bis 250 Mitarbeiter, Jahresumsatz bis 50 Mio. Euro oder Jahresbilanzsumme bis 43 Mio. Euro.

Investitionsfonds. Jedoch wendet die Europäische Kommission die Empfehlung entsprechend auch auf kartellrechtliche Fragestellungen an.

Jedenfalls sind Unternehmen mit bis zu 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis 50 Mio. Euro bzw. einer Jahresbilanzsumme bis 43 Mio. Euro, die auf ihrem Markt zu den kleineren oder mittleren Wettbewerbern gehören, als kleine und mittlere Unternehmen im Sinne des Kartellrechts einzustufen.

Zwischenbetriebliche Kooperation ist insbesondere dann wettbewerbspolitisch positiv einzuschätzen, wenn

- kleine und mittlere Unternehmen beteiligt sind,
- die Zusammenarbeit dazu dient, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten zu heben und
- der Wettbewerb auf den betroffenen Märkten nicht nachhaltig beeinträchtigt wird.

### 3. Kartelle und Kooperationen im Wettbewerbsrecht

Das im europäischen Binnenmarkt zu beachtende Wettbewerbsrecht ist heute weitestgehend europarechtlich geprägt und zeichnet sich durch eine sehr fortgeschrittene Vereinheitlichung in der gesamten Europäischen Gemeinschaft aus.

#### 3.1 Europäisches und deutsches Kartellrecht

Ob auf einen Sachverhalt europäisches oder deutsches Kartellrecht anzuwenden ist, bestimmt sich danach, ob der Sachverhalt zwischenstaatliche Wirkung hat oder nicht.



#### ZWISCHENSTAATLICHE WIRKUNG

Wie sich aus Artikel 81 Abs. 1 des EG-Vertrags<sup>5</sup> ergibt, ist das europäische Wettbewerbsrecht nur anwendbar auf Vereinbarungen und Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, die fragliche Verhaltensweise muss also ein Mindestmaß an grenzüberschreitenden Auswirkungen haben. Die Möglichkeit zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist ein unbestimmter Rechts-

5) Im Folgenden: EG.

begriff, der von der Europäischen Kommission<sup>6</sup> und dem Europäischen Gerichtshof<sup>7</sup> sehr weit verstanden wird:

*Eine mögliche Beeinträchtigung liegt so gut wie immer vor, wenn Unternehmen aus mehr als einem Mitgliedstaat beteiligt sind.*

*Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels<sup>8</sup> ist auch möglich, wenn zwar nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat an einer Verhaltensabstimmung beteiligt sind, diese sich aber direkt auf den Waren- oder Dienstleistungsverkehr zwischen verschiedenen Mitgliedsstaaten bezieht, weil sie z. B. eine Aufteilung des ausländischen Marktes bezweckt.*

*Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten kann selbst dann drohen, wenn alle Vertragspartner einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung in nur einem Mitgliedstaat ansässig sind und ihr Handeln auch primär auf den inländischen Markt ausgerichtet ist. Auch in diesem Falle kann eine Verhaltensabstimmung unter Umständen eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung bewirken, weil sie beispielsweise den einheimischen Markt gegen Importe aus anderen EU-Mitgliedstaaten faktisch abschottet.*

*Für die Eignung zur Beeinträchtigung reicht schon eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass es durch die Verhaltensabstimmung zu einer unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Beeinflussung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten kommen wird. Eine mittelbare Beeinflussung ist beispielsweise denkbar im Hinblick auf Zwischenerzeugnisse und vor- oder nachgelagerte Märkte.*

Eine für kleine und mittlere Unternehmen wichtige Einschränkung ergibt sich daraus, dass das europäische Wettbewerbsrecht nur dann Anwendung finden soll, wenn die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auch spürbar ist. Wesentliche Faktoren für die Beurteilung der Spürbarkeit sind der Umsatz der beteiligten Unternehmen sowie deren Marktanteil. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei einem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht über 5 %<sup>9</sup> und einem Umsatz nicht über 40 Mio. Euro<sup>10</sup> in der Regel nicht vor-

6) Bekanntmachung der Europäischen Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/07) vom 27.4.2004.

7) Im Folgenden: EuGH; vgl. EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001, C-475/99, WuW/E EU-R 483 „Ambulanz Glöckner“.

8) Gemeint ist stets der Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Der Handel mit Nichtmitgliedern – soweit nicht besondere Abkommen bestehen, die auch das europäische Kartellrecht für anwendbar erklären – wird durch Art. 81, 82 EG nicht berührt.

9) Und einem Korridor von plus maximal 2 %-Punkten in zwei aufeinander folgenden Jahren.

10) Und einem Korridor von plus maximal 10 % in zwei aufeinander folgenden Jahren. Im Falle horizontaler Vereinbarungen bezieht sich die Umsatzschwelle auf den Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen, im Falle vertikaler Vereinbarungen auf den Jahresumsatz der Lieferanten.

liegt. Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen werden daher oft nicht geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen<sup>11</sup> und damit nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht unterfallen. Anwendbar bleibt dann aber das nationale Wettbewerbsrecht.

### 3.2 Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die Anwendung des deutschen GWB

Die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts schaffen in ihrem Anwendungsbereich für Unternehmen unmittelbar Rechte und Pflichten und sind von allen im Gemeinsamen Markt tätigen Unternehmen zu beachten.

Die zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene neue Europäische Kartellverordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln – im Folgenden VO (EG) Nr. 1/03 – ersetzt die bis dahin geltende Durchführungsverordnung VO (EWG) Nr. 17/62 vom 6. Februar 1962 und stellt die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts auf eine neue Grundlage. Zuvor hatte die Europäische Kommission ein ‚Freistellungsmonopol‘ für Kartelle, die unter das europäische Kartellrecht fielen<sup>12</sup>. Die VO (EG) Nr. 1/03 ersetzt das System der behördlichen Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen durch das sog. Legal-*ausnahmesystem*: Wenn wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen selbstständigen Unternehmen die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen, sind sie automatisch vom Kartellverbot des europäischen Rechts freigestellt, ohne dass eine Kartellbehörde mit der Vereinbarung befasst werden muss. Das Risiko der richtigen rechtlichen Beurteilung tragen allerdings die beteiligten Unternehmen.

Das Europäische Kartellrecht lässt in seinem Anwendungsbereich keinerlei nationale Abweichungen bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationen mehr zu<sup>13</sup>. Das Gemeinschaftsrecht erfasst also *abschließend* alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Kooperationen zwischen kleinen

11) Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis, 2001/C 368/07) vom 22. 12. 2001 – Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission, Rn. 3.

12) In der europäischen Rechtspraxis war bereits vor Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/03 die förmliche Einzelfreistellung allerdings eher die Ausnahme. Gruppenweise freigestellte Vereinbarungen bedurften keiner Anmeldung bei der Europäischen Kommission; andere Fälle erledigte die Europäische Kommission oft mit nichtförmlichen ‚comfort letters‘ oder mittels einer Nichttätigkeitsverfügung.

13) Bis zum Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/03 galt nur ein einfacher Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts, der besagte, dass das nationale Kartellrecht im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts  
– keine Verhaltensabstimmungen zulassen durfte, die nach europäischem Wettbewerbsrecht verboten waren,  
– keine Verhaltensabstimmungen verbieten durfte, die von der Europäischen Kommission einzeln oder gruppenweise freigestellt waren.

und mittleren Unternehmen werden – wie bereits dargelegt – in vielen Fällen nicht unmittelbar dem europäischen Wettbewerbsrecht unterfallen, da sie unterhalb dieser Schwelle liegen. Solche Fälle sind allein nach dem deutschen Wettbewerbsrecht zu beurteilen. Da das deutsche Kartellrecht aber in der Siebten GWB-Novelle inhaltlich weitestgehend an das europäische Wettbewerbsrecht angeglichen wurde, wird letztlich auch ein Kartell, das nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, zumindest im Lichte des europäischen Rechts zu beurteilen sein. Hierbei bieten die Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission eine wichtige Orientierungshilfe.

Im Einzelfall mag die Beurteilung der möglichen zwischenstaatlichen Auswirkungen einer Verhaltensabstimmung für die beteiligten Unternehmen schwierig sein, oder aber es kann eine Kooperation, die zunächst keine zwischenstaatlichen Wirkungen hatte, aufgrund einer Veränderung der Marktsituation oder der Unternehmensumsätze dann doch zwischenstaatliche Relevanz erlangen. Ein eigenständiges deutsches Kartellrecht, das ohne den steten Blick auf das europäische Wettbewerbsrecht angewendet werden könnte, gibt es mit der VO (EG) Nr. 1/03 und der Siebten GWB-Novelle im Wesentlichen nicht mehr.

Es folgt daher zunächst ein Überblick über Systematik und wesentlichen Inhalt des europäischen Kartellrechts. Die weitere Darstellung orientiert sich an den Normen des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nimmt dabei aber stets auf das europäische Wettbewerbsrecht Bezug. Auf die wenigen nationalen Besonderheiten im Recht der Kooperationen, die keine Entsprechung im Europarecht finden und – wenn der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt wird (☞ I.3.1)<sup>14</sup> – nicht in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts fallen, wird explizit hingewiesen.

---

14) Hierbei handelt es sich um einen Verweis auf den Schlüsselbegriff ☞ der zwischenstaatlichen Wirkung. Dieser ist in einer Hervorhebung in Kapitel I.3.1. näher erläutert. Eine Übersicht der Schlüsselbegriffe siehe Anhang.



# **Grundlagen des europäischen Kartellrechts**



## 1. Zielsetzung

Die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union haben die Schaffung eines Binnenmarkts zum Ziel, der durch freien Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr gekennzeichnet ist. Das europäische Wettbewerbsrecht will den Wettbewerb im Markt schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Es hat auch zum Ziel, den Wettbewerbsproblemen entgegen zu treten, die aus einer Zusammenarbeit von Konkurrenten erwachsen können und gibt einen rechtlichen Rahmen für die Abwägung zwischen wettbewerblchen Auswirkungen und wirtschaftlichem Nutzen von Unternehmenskooperationen vor. Es berücksichtigt dabei, dass eine zwischenbetriebliche Kooperation von Wettbewerbern geeignet sein kann, erheblichen Nutzen zu bringen, indem sie einen Weg zur Risikoteilung, Kosteneinsparung, gemeinsamen Nutzung von Know-how sowie zur rascheren Realisierung von Innovationen weist. Bleibt auf dem Markt wirksamer Wettbewerb bestehen, hat davon auch der Verbraucher einen Gewinn.

Das europäische Wettbewerbsrecht kennt keine Rechtsvorschrift, die speziell und explizit auf Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen zugeschnitten wäre. Im Ergebnis führen die für eine zwischenstaatliche Wirkung angelegten Umsatzschwellen aber dazu, dass Verhaltensabstimmungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen oft nicht in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts fallen.

## 2. Rechtsquellen

Art. 81 bis 86 EG enthalten die zentralen Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsrechts. Zusammen mit zahlreichen auf der Grundlage dieser Artikel von Rat und Europäischer Kommission erlassenen Verordnungen, Bekanntmachungen, Leitlinien und Empfehlungen ergibt sich das europäische Kartellrecht.

In den Verordnungen regeln der Ministerrat bzw. die Europäische Kommission zum einen die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts und das Verfahrensrecht für die Europäische Kommission<sup>15</sup> und nehmen zum anderen in Gruppenfreistellungsverordnungen (☞ II.4.3) bestimmte Vertragstypen bzw. typische Gestaltungen vom Kartellverbot aus.

In Bekanntmachungen und Leitlinien erläutert die Europäische Kommission die in den Gruppenfreistellungsverordnungen getroffenen Regelungen und beschreibt ihre künftige Vorgehensweise bei der Einzelfallanalyse mit bindender Wirkung

---

15) Hervorzuheben sind hier die VO (EG) Nr. 1/03 und die VO (EG) Nr. 773/2004 der Europäischen Kommission über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Europäische Kommission vom 7.4.2004.

für sich selbst. Daneben bieten Bekanntmachungen und Leitlinien den nationalen Kartellbehörden und Gerichten eine Hilfe für die Anwendung und Auslegung des europäischen Kartellrechts. In ihren Empfehlungen legt die Europäische Kommission ein bestimmtes Verhalten bzw. eine bestimmte Rechtsauslegung nahe. Die Europäische Kommission selbst ist an diese Verlautbarungen gebunden. Die nationalen Kartellbehörden und Gerichte sowie die Gemeinschaftsgerichte sind an die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission zwar nicht förmlich gebunden, werden sie aber berücksichtigen. Für die Unternehmen stellen die Bekanntmachungen, Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Kommission eine wichtige Richtschnur zur Selbsteinschätzung (IV.1.2) dar.

Im Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung einer Kooperation sind insbesondere einschlägig:

- Leitlinien der Europäischen Kommission über die zwischenstaatliche Wirkung<sup>16</sup> – (I.3.1);
- Bekanntmachung der Europäischen Kommission über den relevanten Markt<sup>17</sup> (III.2.5);
- Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission<sup>18</sup> (☞ III.2.5);
- Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission<sup>19</sup> (☞ II.4.2);
- Technologietransfer-Leitlinien der Europäischen Kommission<sup>20</sup>.

Sektorspezifische Sonderregelungen wie zum Beispiel für die Landwirtschaft (Art. 33 und 36 EG) bleiben in diesem Ratgeber außer Betracht, ebenso Sonderregelungen für die Strom- und Gasnetze, sowie den Telekommunikations- und Postbereich.

---

16) Bekanntmachung der Europäischen Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/07) vom 27.4.2004.

17) Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) vom 9.12.1997.

18) Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) (2001/C 368/07) vom 22.12.2001.

19) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02) vom 6.1.2001.

20) Bekanntmachung der Europäischen Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen (2004/C 101/02) vom 27.4.2004.

### 3. Das Europäische Kartellverbot

#### 3.1 Der Verbotstatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet

- Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen,
- die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und
- die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Als Regelbeispiele wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen nennt Art. 81 Abs. 1 EG

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, d.h. die Preis- oder Konditionenab-sprache;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der techni-schen Entwicklung oder der Investitionen, also Produktionsabreden wie Quo-tenabsprachen oder Spezialisierungsabreden, die Vereinbarung von techni-schen Standards und Abreden über den Produktionsabbau in Form von Strukturkrisenkartellen oder die Zusammenarbeit bei der Entwicklung neuer Produkte;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, z.B. die einvernehmliche Anwendung von unterschiedlichen Konditi-onen gegenüber gleichartigen Kunden im Rahmen eines Vertriebssystems;
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertrags-partner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Han-delsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen – gemeint sind Kop-pelungsgeschäfte ohne sachlichen Grund.

Beschlüsse, Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die gegen Art. 81 EG verstoßen, sind unmittelbar kraft Gesetzes verboten, ohne dass es der vorherigen Entscheidung der Europäischen Kommission oder einer anderen Behörde bedarf, und gemäß Art. 81 Abs. 2 EG zivilrechtlich unwirksam.

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet Verhaltensabstimmungen sowohl zwischen Unter-nehmen derselben Wirtschaftsstufe – horizontale Vereinbarungen – als auch zwi-schen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen – vertikale Vereinbarun-

gen<sup>21</sup> (☞ III.2.4.1). Verboten sind neben Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen nicht nur ausdrückliche schriftliche und mündliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen, sondern auch wettbewerbsbeschränkende abgestimmte Verhaltensweisen, worunter man alle Formen bewussten und gewollten Zusammenwirkens einschließlich einer rein faktischen Zusammenarbeit versteht. Dabei ist es nicht notwendig, dass die Abstimmung im Interesse aller beteiligten Unternehmen liegt<sup>22</sup>.

Eine Verhaltensabstimmung verstößt gegen Art. 81 Abs. 1 EG, wenn sie die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt. Art. 81 Abs. 1 EG schützt den Wettbewerb auf allen Handelsstufen und in allen seinen Formen, so dass eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung immer dann vorliegen kann, wenn die Handlungsfreiheit der – voneinander unabhängig bleibenden – Unternehmen am Markt eingeengt wird. Vereinbarungen können diese Auswirkungen haben, wenn der Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien einer Vereinbarung oder zwischen ihnen und Dritten erheblich gemindert wird<sup>23</sup>. Dies bezieht sich nicht nur auf den tatsächlich stattfindenden, sondern auch auf den potentiellen Wettbewerb. Als potentielle Wettbewerber werden Unternehmen angesehen, die ohne größere Hürden – unter tragbaren Investitions- oder Umstellungskosten, auf Grund aktueller Geschäftstätigkeit in benachbarten Branchen oder räumlicher Nähe des Marktes – kurzfristig in den relevanten Markt eintreten können.

Unternehmenszusammenschlüsse unterfallen zunächst der Fusionskontrolle. Fusionen sind nicht Gegenstand dieses Ratgebers. Insbesondere die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen muss sich aber zusätzlich am Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG messen lassen, wenn sie neben dem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss im Gemeinschaftsunternehmen eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der im Übrigen unabhängig bleibenden Mutterunternehmen bezweckt oder bewirkt. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere zu berücksichtigen,

- ob es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründern des Gemeinschaftsunternehmens verbleibt und
- ob die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröff-

---

21) Z.B. Absprachen zwischen Herstellern und Händlern oder zwischen Lieferanten und Abnehmern einschließlich Franchise-Verträge.

22) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) vom 27.4.2004, Rn. 15.

23) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) vom 27.4.2004, Rn. 16.

net, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

### **3.2 Verhaltensweisen außerhalb des europäischen Kartellverbots**

Nicht unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallen

- Verhaltensabstimmungen, die den Wettbewerb nicht beschränken – sog. kartellfreie Kooperation (III.2.6) – bzw.
- Verhaltensabstimmungen, die ihrer Art nach zwar den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen, deren Auswirkungen auf den Wettbewerb aber nicht spürbar sind (III.2.5).

### **3.3 Wettbewerbsrechtlich problematische Vereinbarungen**

Bei den Verhaltensabstimmungen, die ihrem Wesen nach vom Kartellverbot erfasst werden, unterscheidet die Europäische Kommission in ihrer Verwaltungspraxis<sup>24</sup>

- solche, die in der Regel nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten sind, und
- solche, die genauer auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot überprüft werden müssen.

#### **3.3.1 Vereinbarungen, die in der Regel dem Kartellverbot unterfallen**

Einige der in den Regelbeispielen des Art. 81 Abs. 1 EG aufgeführten Beschränkungen werden von der Europäischen Kommission als Kernbeschränkungen eingestuft und als Verhaltensabstimmungen betrachtet, die in aller Regel eine von Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Es handelt sich dabei um Beschränkungen, die ihrer Art nach ein derart großes Potential für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es meist zunächst nicht notwendig sein wird, deren tatsächliche Auswirkungen auf den Markt genauer zu untersuchen.

---

24) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) vom 27.4.2004, Rnn. 19 ff.



## KERNBESCHRÄNKUNGEN

Die Europäische Kommission hat bestimmte Arten von Vereinbarungen oder Geschäftspraktiken, die als besonders wettbewerbsschädlich erachtet werden und normalerweise keinen Nutzen mit sich bringen, in ihren Leitlinien und Bekanntmachungen als Kernbeschränkungen eingestuft bzw. in den Gruppenfreistellungsverordnungen als ‚schwarze Klauseln‘ auf ‚schwarze Listen‘ gesetzt.

Kartelle, die Kernbeschränkungen enthalten, werden auch als ‚Hard-Core-Kartelle‘ bezeichnet. Kernbeschränkungen sind in Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern vor allem

- Preisabsprachen,
- Marktaufteilung und
- gemeinsame Beschränkungen der erzeugten, gekauften oder gelieferten Waren oder Dienstleistungen.

Derartige Vereinbarungen stehen auch fast immer einer Freistellung vom europäischen Kartellverbot entgegen.

### 3.3.2 Vereinbarungen, die genauer überprüft werden müssen

Es gibt zahlreiche Fälle der Zusammenarbeit von Unternehmen, die zwar keine unmittelbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, die aber dennoch zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Ihre Wirkung auf den Markt hängt von dem jeweiligen wirtschaftlichen Umfeld ab. Diese Fälle der Zusammenarbeit bedürfen einer gründlichen Marktuntersuchung. Inwieweit tatsächliche oder potentielle negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im relevanten Markt bestehen, hängt stark von der Marktstellung der an der Kooperationsvereinbarung Beteiligten ab; aus kartellrechtlicher Sicht kommt es darauf an, ob die Parteien einzeln oder gemeinsam durch die Zusammenarbeit Marktmacht erlangen, behalten oder ausbauen und dadurch die Möglichkeit haben, Preise, Produktion, Innovation oder Vielfalt und Qualität der Waren oder Dienstleistungen negativ für den Verbraucher zu beeinflussen. Neben der Marktstellung der Beteiligten finden auch die Marktkonzentration insgesamt, die Stabilität der Marktanteile im Zeitablauf und die Marktzutrittsmöglichkeiten für neue Wettbewerber Berücksichtigung.

Je niedriger der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten ist, desto unwahrscheinlicher ist es, dass ihre Zusammenarbeit, die nicht primär eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, dennoch eine spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben wird.

## 4. Die Freistellung vom Kartellverbot nach europäischem Recht

Verhaltensabstimmungen, die an sich unter das Kartellverbot fallen, können trotzdem gemäß Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt sein, wenn eine Gesamtabwägung ergibt, dass die wettbewerbsfördernden Auswirkungen die negativen Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. Damit trägt das europäische Kartellrecht der Tatsache Rechnung, dass auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmungen insgesamt wirtschaftlich vorteilhaft sein und letztlich dazu führen können, dass dem Verbraucher billigere und bessere Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden.

### 4.1 Der Freistellungstatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG

Eine Verhaltensabstimmung ist vom europäischen Kartellverbot ausgenommen oder freigestellt, wenn

- die Wettbewerbsbeschränkung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts oder zur Verbesserung von Dienstleistungen<sup>25</sup> beiträgt,
- die Kunden der Vertragsparteien und die späteren Endabnehmer<sup>26</sup> an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden,
- die Beschränkungen für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind und
- nicht der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen ausgeschaltet wird.

Für eine Freistellung müssen sämtliche Voraussetzungen erfüllt sein. Die Möglichkeit der Ausnahme vom Kartellverbot besteht prinzipiell für alle unter das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG fallenden Verhaltensabstimmungen. Eine Unterscheidung zwischen ‚bezweckten‘ und ‚bewirkten‘ Wettbewerbsbeschränkungen erfolgt bei der Freistellung nicht. Vereinbarte schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, besonders Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1), machen es jedoch sehr unwahrscheinlich, dass die Freistellungsbedingungen erfüllt werden, weil sie in aller Regel keine Vorteile für den Verbraucher schaffen.

### 4.2 Einzelfreistellung

Sofern die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind, ist von Gesetzes wegen das Kartellverbot nicht einschlägig; es gilt eine Einzelfreistellung. Die Be-

25) Obwohl in Art. 81 Abs. 3 EG nur die Warenerzeugung genannt ist, erfasst die Norm analog auch Dienstleistungen.

26) Der in Art. 81 Abs. 3 EG verwendete Begriff ‚Verbraucher‘ umfasst alle Nutzer der Produkte oder Dienstleistungen, auf die sich die Vereinbarung bezieht, insbesondere Produzenten, die die Ware als Vorprodukt benötigen, Großhändler, Einzelhändler und Endkunden.

weislast dafür, dass die Freistellungsvoraussetzungen vorliegen, obliegt allerdings im Grundsatz den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen, Art. 2 VO (EG) Nr. 1/03.



## HORIZONTAL-LEITLINIEN

*In diesen Leitlinien hat die Europäische Kommission dargelegt, welche Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern in der Regel zumindest von einer Freistellung profitieren, also zulässig sind.*

*Die Europäische Kommission befasst sich nach einer allgemeinen Einleitung näher mit*

- Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Rnn. 39 bis 77
- Produktionsvereinbarungen, Rnn. 78 bis 114
- Einkaufsvereinbarungen, Rnn. 115 bis 138
- Vermarktungsvereinbarungen, Rnn. 139 bis 158
- Vereinbarungen über Normen, Rnn. 159 bis 178
- Umweltschutzvereinbarungen, Rnn. 179 bis 198.

*Obwohl die nationalen Wettbewerbsbehörden an diese Leitlinien nicht formal gebunden sind, werden diese sie bei der Rechtsanwendung maßgeblich berücksichtigen. Die Landeskartellbehörde wird Vereinbarungen in aller Regel nicht aufgreifen, die nach den Horizontal-Leitlinien als zulässig erachtet werden.*

## 4.3 Gruppenfreistellungsverordnungen

In Rahmen dieses Ratgebers sind insbesondere die folgenden Gruppenfreistellungsverordnungen von Bedeutung:

- Spezialisierungs-GVO<sup>27</sup> (III. 3.2.1.2)
- Forschungs- und Entwicklungs-GVO<sup>28</sup> (III.3.2.4.2)
- Technologietransfer-GVO<sup>29</sup> (III.3.2.5.2)
- Vertikal-GVO<sup>30</sup>.

27) VO (EG) Nr. 2658/2000 der Europäischen Kommission vom 29. 11. 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen.

28) VO (EG) Nr. 2659/2000 der Europäischen Kommission vom 29. 11. 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung.

29) VO (EG) Nr. 772/2004 der Europäischen Kommission vom 27. 4. 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

30) VO (EG) Nr. 2790/1999 der Europäischen Kommission vom 22. 12. 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

Die existierenden Gruppenfreistellungsverordnungen erfassen die Wettbewerbsbeschränkungen jedoch nicht systematisch, sondern wurden nach und nach erlassen und geändert und haben dabei den praktischen Bedürfnissen, wie sie für bestimmte Vertragstypen oder bestimmte Branchen besonders dringlich erschienen, Rechnung getragen.



## GRUPPENFREISTELLUNGSVERORDNUNGEN

*In Gruppenfreistellungsverordnungen hat die Europäische Kommission abstrakt umschriebene Verhaltensweisen generell vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die erfassten Verhaltensabstimmungen in aller Regel die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen.*

*Fällt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unter eine Gruppenfreistellungsverordnung, sind die Vertragspartner davon entbunden nachzuweisen, dass ihre individuelle Vereinbarung die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG (II.4) erfüllt. Die Parteien müssen lediglich sicherstellen, dass ihre Vereinbarung von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst wird. Das ist in der Praxis meist einfacher zu belegen als eine Prüfung der Einzelfreistellungsvoraussetzungen vorzunehmen.*

*Von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasste Vereinbarungen sind wirksam und durchsetzbar und können weder von anderen Marktteilnehmern als wettbewerbswidrig beanstandet noch von den nationalen Gerichten in zivilrechtlichen Verfahren für nichtig erklärt werden<sup>31</sup>. Können die betreffenden Unternehmen also darlegen, dass ihre Verhaltensabstimmung in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fällt, bedeutet das für sie Rechtssicherheit.*

*Die Gruppenfreistellungsverordnungen enthalten Marktanteilsschwellen und eine Aufzählung von Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1); Verhaltensabstimmungen unterhalb der jeweiligen Marktanteilsschwellen, die keine Kernbeschränkungen enthalten, sind generell zulässig.*

*Vereinbarungen, für die eine Gruppenfreistellungsverordnung gilt, können nur nach förmlichem Entzug<sup>32</sup> der Gruppenfreistellung durch die Europäische Kommission oder eine nationale Kartellbehörde untersagt werden. Dazu muss die Kartellbehörde nachweisen, dass eine konkrete Vereinbarung, obwohl sie an sich*

31) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) vom 27.4.2004, Rn. 2.

32) Art. 29 VO (EG) Nr. 1/03 für die Europäische Kommission bzw. § 32d GWB für die nationalen Kartellbehörden.

*von einer Gruppenfreistellungsverordnung erfasst ist, im Einzelfall eine mit Art. 81 Abs. 3 EG nicht zu vereinbarende Wirkung hat.*

---

Der Schwerpunkt dieses Ratgebers liegt auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Kursorische Erwähnung finden auch vertikale Bindungen, die typischerweise mit Kooperationsvereinbarungen einhergehen können. Die Ausführungen in diesem Ratgeber beschränken sich ferner auf die grundsätzlich für alle Wirtschaftszweige geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen. Sektorspezifische Gruppenfreistellungsverordnungen, wie zum Beispiel für den Verkehr<sup>33</sup>, den KFZ-Sektor<sup>34</sup> und die Versicherungswirtschaft<sup>35</sup> bleiben außer Betracht.

---

33) VO (EWG) Nr. 1617/93 bzgl. der Koordinierung von Flugplänen u.a.; VO (EG) Nr. 823/2000 bzgl. abgestimmter Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen.

34) VO (EG) Nr. 1400/2002 bzgl. Vertikalvereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor.

35) VO (EG) Nr. 358/2003 bzgl. Verhaltensabstimmungen im Versicherungssektor.



# **Kooperationen und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**



## 1. Zielsetzung und Grundlagen

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>36</sup> – auch Kartellgesetz<sup>37</sup> genannt – soll die Freiheit des Wettbewerbs gewährleisten und wird deshalb als das Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft bezeichnet. Das GWB hat stets den wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Aspekten der zwischenbetrieblichen Kooperation mit einer differenzierten Regelung Rechnung getragen. Einerseits schätzt der Gesetzgeber solche Kartelle, die in erster Linie zum Ziel haben, den Wettbewerb um Kunden oder Aufträge auszuschalten oder Preise abzusprechen als eine ganz erhebliche Gefahr für den Leistungswettbewerb ein, verbietet deshalb prinzipiell Kartelle und erklärt Kartellverträge grundsätzlich für unwirksam. Andererseits berücksichtigt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die positiven Auswirkungen der unternehmerischen Zusammenarbeit schon immer durch weit reichende Ausnahmen. Die kartellfreie Kooperation (III.2.5), also die Zusammenarbeit von Unternehmen, die nicht mit dem Kartellrecht kollidiert, ist uneingeschränkt zulässig. Verhaltensweisen, die an sich dem Kartellverbot unterfallen, können aufgrund einer Freistellung dennoch erlaubt sein.

### 1.1 Alte Rechtslage bis Ende Juni 2005

Dem Kartellverbot in § 1 GWB a.F., das nur Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern erfasste, folgten spezielle Freistellungstatbestände unter anderem für Spezialisierungskartelle, Mittelstandskartelle, Rationalisierungskartelle und Strukturkrisenkartelle in den §§ 2 bis 6 GWB a.F. und in § 7 GWB a.F. eine Generalklausel für Sachverhalte, die nicht unter die Einzelfreistellungen subsumierbar waren. Um in den Genuss einer Freistellung zu kommen, mussten Kartelle bis zum Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle am 1. Juli 2005 zwingend bei der zuständigen Kartellbehörde angemeldet werden. Im Einzelnen regelten die §§ 9 ff. GWB a.F. das differenzierte Anmelde- und Freistellungsverfahren.

Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsstufen eines Produkts – beispielsweise Verträge zwischen Hersteller und Händler, Franchisegeber und Franchisenehmer – galten generell als weniger wettbewerbssschädlich und waren daher besonders geregelt: Bindende Festlegungen von Preisen und Konditionen des Händlers oder Franchisenehmers verbot das Gesetz in § 14 GWB a.F.; andere Vertriebsbindungen waren grundsätzlich erlaubt und gemäß § 16 GWB a.F. nur einer Missbrauchsaufsicht unterworfen.

---

36) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 12. Juli 2005 (BGBl. I, S. 1954), im Folgenden: GWB.

37) Kartelle sind wettbewerbsbeschränkende Verträge.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthielt einen eigenen Tatbestand des Empfehlungsverbotes in § 22 GWB a.F. In den §§ 28 ff. GWB a.F. fanden sich Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche.

## 1.2 Die Siebte GWB-Novelle

Die Siebte GWB-Novelle gleicht das deutsche Kartellrecht weitestgehend dem europäischen an: Um einer Benachteiligung von Kooperationen mit ausschließlich innerdeutschen Auswirkungen vorzubeugen, hat der deutsche Gesetzgeber eine Parallelregelung zum Europäischen Wettbewerbsrecht getroffen .

Im GWB wurde wie im europäischen Kartellrecht der Wechsel zum sog. Legal-  
ausnahmesystem vollzogen. Wie im europäischen Recht stehen den Vorteilen der Entbürokratisierung des Kartellrechts sowie einer Entlastung der Kartellbehörden die Nachteile gegenüber, dass nach neuer Rechtslage

- den Unternehmen nicht die notwendige Rechtssicherheit garantiert werden kann,
- eine Überprüfung auch schwerwiegender wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nur zufällig aufgrund von Beschwerden an die Kartellbehörden oder anlässlich gerichtlicher Auseinandersetzungen stattfindet, Kartelle also de facto nur noch einer Missbrauchsaufsicht unterworfen sind, und
- bis zu einem ausnahmsweisen kartellbehördlichen Aufgreifen die Unternehmen keinen Anlass mehr sehen werden, Zusagen zu machen, die zur Kartellrechtskonformität ihrer Zusammenarbeit führen.

Die bisherigen besonderen Freistellungstatbestände werden durch eine an das europäische Recht angelehnte Regelung ersetzt. Kartelle nach den §§ 2 bis 8 GWB a.F.<sup>38</sup> sind an der neuen Regelung zu messen.

Das neue GWB enthält in seinem § 3 Abs. 1 jedoch auch weiterhin eine besondere nationale Zulässigkeitsregelung für Mittelstandskartelle. In diesem Tatbestand trägt der deutsche Gesetzgeber speziell der in einer Kooperation liegenden Chance zur Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen Rechnung, jedoch nicht ohne zugleich das Fortbestehen wirksamen Wettbewerbs sicherzustellen. In diesem Rahmen räumt das GWB den Unternehmen im Einzelfall einen Anspruch auf die Erteilung einer Nichttätigkeitsverfügung gegen die Kartellbehörden ein (IV.2.3). Damit trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass von dem Wegfall der Möglichkeit, ihre Kooperationen durch Anmeldung bei den Kartellbehörden zu legalisieren, besonders kleine und mittlere Unternehmen betroffen sind. Über die Mittelstandskartelle hinaus sieht das GWB keine weiteren nationalen Sonderfreistellungen vor.

---

38) Die Bezeichnung a.F. bezieht sich auf die Fassung des GWB vor der Siebten GWB-Novelle.

Kartelle, die bis zum Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle Ende Juni 2005 durch Anmeldung und/oder kartellbehördliche Verfügung freigestellt worden waren, bleiben aus diesem Grund gemäß § 131 Abs. 1 bis 3 GWB prinzipiell bis Ende 2007 zulässig. Danach sind auch auf sie die neuen Vorschriften anzuwenden.

- Für *Vereinbarungen über Normen und Typen* entsprechend § 2 Abs. 1 GWB a.F. kommt insbesondere eine Freistellung unter Berücksichtigung der Rnn. 159-178 der Horizontal-Leitlinien (☞ II.4.2) in Betracht<sup>39</sup> (III.3.2.6.2).
- *Abstimmungen über Konditionen und Skonti* entsprechend § 2 Abs. 2 GWB a.F. sind am allgemeinen Maßstab des § 2 GWB zu messen<sup>40</sup>.
- *Spezialisierungskartelle* im Sinne des § 3 GWB a.F. unterfallen teilweise § 2 GWB in Verbindung mit der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen (III.3.2.1.2) und können nun außerdem als Mittelstandskartelle gemäß § 3 GWB freigestellt sein<sup>41</sup>.
- *Einkaufskooperationen*, die § 4 Abs. 2 GWB a.F. genügen, sind jedenfalls weiterhin zulässig (III.3.2.3.2).
- Die bisher nach § 5 Abs. 2 GWB a.F. legalisierungsfähigen ‚*höherstufigen Rationalisierungskartelle*‘ wie Verkaufskontore sind an Hand der allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen der §§ 2 und 3 GWB zu beurteilen.
- Die Regelungen über *Strukturkrisenkartelle* gemäß § 6 GWB a.F. und *sonstige Kartelle* gemäß § 7 GWB a.F. haben in der Praxis keine nennenswerte Bedeutung erlangt. Soweit die bislang in § 7 GWB a.F. genannten Verhaltensabstimmungen zur Verbesserung der Rücknahme oder Entsorgung von Waren betroffen sind, können die Auslegungskriterien zu Umweltschutzvereinbarungen in den Horizontal-Leitlinien im Rahmen des § 2 GWB (☞ II.4.2) herangezogen werden (III.3.2.7.2).

Die in § 8 GWB a.F. vorgesehene Möglichkeit der Legalisierung durch den Bundeswirtschaftsminister im Wege eines *Ministerkartells* ist im jetzigen sog. Legal- ausnahmesystem obsolet. Diese Vorschrift kam aber ohnehin seit 1984 nicht mehr zur Anwendung<sup>42</sup>.

39) Für nach früherem Recht legalisierte Empfehlungen über Normen und Typen im Sinne des § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB a.F. sieht der am 22. 12. 2005 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Untereinstandspreis-Verkäufen und anderer Vorschriften allerdings keine Übergangsfrist mehr vor. Nach der Siebten GWB-Novelle sollten gemäß § 131 Abs. 1 GWB derartige Empfehlungen ebenfalls bis Ende 2007 zulässig bleiben.

40) Für nach altem Recht legalisierte Empfehlungen über Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti im Sinne des § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB gilt das in Fußnote 27 Gesagte entsprechend.

41) Der gegenüber § 4 Abs. 1 GWB a.F. vorrangige Freistellungstatbestand des § 3 GWB a.F. wurde in der Siebten GWB-Novelle gestrichen. Als Gegenstand eines Mittelstandskartells kommt daher nun auch eine Spezialisierungsabrede in Frage.

42) Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 441/04, S. 46.

Die Bereichsausnahmen für bestimmte Branchen wurden weitestgehend abgeschafft. Für die Landwirtschaft besteht weiterhin eine Ausnahme, die der europäischen Rechtslage entspricht. Erhalten bleibt in § 30 GWB die Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften gemäß § 15 GWB a.F. Die Buchpreisbindung ist seit 1. Oktober 2002 im Buchpreisbindungsgesetz<sup>43</sup> geregelt und verpflichtet den Verleger bzw. Importeur von Büchern, verbindliche Preise für deren Verkauf an Letztabnehmer festzusetzen, von denen nur in den gesetzlich geregelten Fällen abgewichen werden darf.

## 2. Das Kartellverbot des § 1 GWB

Das GWB definiert nicht den Begriff der kartellfreien Kooperation, sondern legt die tatbestandlichen Voraussetzungen des Kartellverbots fest. Kartellfreie Kooperation ist die Zusammenarbeit von Unternehmen, die diesen Verbotstatbestand nicht erfüllt. § 1 GWB lautet:

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

### 2.1 Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

Das Verbot des § 1 GWB richtet sich wie Art. 81 Abs. 1 EG an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Es gilt ein funktionaler Unternehmensbegriff; entscheidend ist, ob die fragliche Einheit im konkret zu beurteilenden Fall eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ausübt. Auf Rechtsform, Betriebsgröße, Art der Finanzierung oder Eigentümer – einbezogen sind nach § 130 GWB auch Unternehmen der öffentlichen Hand – kommt es nicht an. Ebenso wenig sind Tätigkeiten ohne Gewinnerzielungsabsicht oder Tätigkeiten, die sozialen Zwecken dienen, nach deutschem Recht von vornherein von den kartellrechtsrelevanten Tätigkeiten ausgenommen. Auch soziale Einrichtungen können als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts agieren. Die Deckung des privaten Bedarfs ist keine unternehmerische Tätigkeit.

Im deutschen Kartellrecht sind nach der bisherigen Rechtsanwendung die Wettbewerbsverhältnisse auf der Absatzseite für die Beurteilung der Nachfrage als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Kartellrechts außer Betracht geblieben: so wurde zum Beispiel der gemeinsame Einkauf von Feuerlöschzügen<sup>44</sup> durch Gemeinden vom Bundesgerichtshof als Einkaufskartell beurteilt, da dadurch eine Bündelung der Nachfrage erfolgte. Die europäischen Gerichte hingegen stellen

43) BGBl. I 2002, S. 3448.

44) Z.B. BGH, Urteil vom 12. 11. 2002, KZR 11/01, WuW/E DE-R 1087 ‚Feuerlöschzüge‘.

entscheidend darauf ab<sup>45</sup>, ob die Güter für eine Verwendung nachgefragt werden, die sich als wirtschaftliche Tätigkeit am Markt darstellt. Dient das eingekaufte Wirtschaftsgut nicht einem Angebot am Markt im Wettbewerb mit anderen, so wird bereits die Einkaufstätigkeit wettbewerbsrechtlich der eines Endverbrauchers gleichgesetzt und damit vom Kartellrecht nicht eingeschränkt.

Unternehmensvereinigungen sind wegen ihrer Möglichkeiten zur Koordinierung unternehmerischen Verhaltens Adressaten des Kartellverbots. Als Unternehmensvereinigungen kommen alle Berufs-, Wirtschafts- und Interessenverbände unabhängig von ihrer Organisationsform in Betracht; auch Körperschaften des öffentlichen Rechts wie die Kammern des Handwerks und der freien Berufe sind als Unternehmensvereinigungen im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG anzusehen, soweit sie nicht im speziellen Fall hoheitliche Aufgaben auf gesetzlicher Grundlage wahrnehmen.

## 2.2 Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Die in § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG verwendeten Begriffe ‚Vereinbarungen‘, ‚Beschlüsse‘ und ‚abgestimmte Verhaltensweisen‘ erfassen alle Formen der Absprache und Abstimmung zwischen den Beteiligten ungeachtet ihrer rechtlichen Form. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist es irrelevant, ob der Vertragspartner freiwillig oder unter dem Druck der schwächeren Verhandlungsposition wettbewerbsbeschränkenden Konditionen zustimmt. Entscheidend ist, dass die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Auch ein bloßes ‚gentlemen’s agreement‘ oder Frühstückskartell erfüllt zumindest den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise. Darunter ist ‚jede Koordinierung von Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt‘ zu verstehen, also auch die rein faktische Verhaltensabstimmung. Dafür ist nicht unbedingt eine gegenseitige Fühlungnahme erforderlich, eine Abstimmung durch oder über Dritte genügt (III.4.1.2). Nicht nötig ist eine Bindung der Parteien, die Verhaltensabstimmung tatsächlich umzusetzen. Verboten ist bereits die Verhaltensabstimmung als solche, nicht erst das darauf beruhende abgestimmte Verhalten selbst.

In der Praxis nicht immer einfach ist die Unterscheidung des grundsätzlich verbotenen abgestimmten Verhaltens und des prinzipiell zulässigen wettbewerblichen Parallelverhaltens. Ist eine Maßnahme nur Ausdruck der individuell und unbeeinflusst vom einzelnen Unternehmen festgelegten Geschäftspolitik, kann jedenfalls dann kein Verstoß gegen das Kartellverbot festgestellt werden, wenn die

---

45) EuGH, Urteil vom 16. 3. 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, WuW EU-R 801 ‚AOK Bundesverband/Echthyol-Gesellschaft‘.

Maßnahme ohne Unterstützung durch andere durchgeführt werden kann und andere sie lediglich zur Kenntnis nehmen. Zu einem Parallelverhalten kann es kommen, wenn mehrere Unternehmen ähnlich agieren, beispielsweise weil sie gleichen wirtschaftlichen Bedingungen unterworfen sind oder ein bestimmtes Marktverhalten ihnen wirtschaftlich vernünftig erscheint. Wird ein solches paralleles Verhalten festgestellt, ist es entscheidend für die kartellrechtliche Beurteilung, ob eine vorherige Verhaltensabstimmung stattgefunden hat und sich beweisen lässt.

## 2.3 Form der Zusammenarbeit

Wie Art. 81 Abs. 1 EG setzt § 1 GWB voraus, dass das Wettbewerbsverhalten selbstständig bleibender Unternehmen koordiniert wird oder werden soll und steht damit neben der Fusionskontrolle.

Die Zusammenarbeit kann unterschiedlichste Formen annehmen. Sowohl eine Koordinierung der geschäftlichen Tätigkeit innerhalb der einzelnen Gesellschaften als auch die Ausgliederung einzelner oder mehrerer Unternehmensfunktionen in einem Gemeinschaftsunternehmen sind möglich. Bei der Gründung eines solchen Gemeinschaftsunternehmens sind wie im europäischen Recht sowohl die Vorschriften der Fusionskontrolle als auch das Kartell- und Abstimmungsverbot zu beachten.

Ein bestehender Wirtschafts- oder Berufsverband mittelständischer Unternehmen kann als Rechtsträger eines Mittelstandskartells gewählt werden; in diesem Fall ist aber durch entsprechende Satzungsbestimmungen sicherzustellen, dass ein Unternehmen dem Verband angehören kann, ohne sich an dem Kartell zu beteiligen.

## 2.4 Wettbewerbsbeschränkung

### 2.4.1 Merkmale einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung

Wettbewerb wird im allgemeinen verstanden als das Bestreben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, andere Unternehmer oder den Verbraucher zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen. Spiegelbildlich dazu besteht der Nachfragewettbewerb je nach Angebot auf den Abnehmermärkten im Wettbewerb der konkurrierenden Abnehmer um die Ware oder zumindest um möglichst günstige Konditionen.

Zentrales Merkmal einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ist, dass die beteiligten Unternehmen damit eine Beschränkung ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit bezwecken oder bewirken. Ist die Wettbewerbsbeschränkung Ziel der Vereinbarung – wie das bei Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1) in der Regel angenommen wird – so ist diese bezweckt im Sinne des § 1 GWB. Wenn die Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, müssen tatsächlich

wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erwarten sein. Diese sind im Einzelnen zu untersuchen.

Das Kartellverbot erfasst neben dem aktuellen auch den potentiellen Wettbewerb. Eine Verhaltensabstimmung kann den Wettbewerb aber andererseits auch nur dort beeinträchtigen, wo dieser zumindest möglich ist. Nach allgemeiner Ansicht greift das Kartellverbot daher nur ein, wenn die beteiligten Unternehmen zumindest die nicht ganz fern liegende Möglichkeit haben, alsbald zueinander in Wettbewerb zu treten.

§ 1 GWB verbietet wie Art. 81 Abs. 1 EG sowohl horizontale als auch vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.



## HORizontALE UND VERTIKALE VEREINBARUNGEN

*Horizontale Vereinbarungen sind im Wettbewerbsrecht Vereinbarungen zwischen Unternehmen der gleichen Produktions- oder Handelsstufe, die auf demselben Markt tätig sind oder sein können. Als Beispiel seien Preis- oder Gebietsabsprachen zwischen Herstellern eines bestimmten Produkts genannt.*

*Vertikale Vereinbarungen sind im Wettbewerbsrecht Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Handelsstufen eines Produkts, meist zwischen Unternehmen, die auf unmittelbar vor- und nachgelagerten Märkten tätig sind. Beispiele sind der Händlervertrag zwischen Hersteller und Händler oder der Franchisevertrag zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer, die zumindest einen der Vertragspartner in seinem Wettbewerbsverhalten gegenüber Dritten einschränken.*

*Gegenstand dieser Broschüre sind horizontale Vereinbarungen.*

Bei der Auslegung und Anwendung des § 1 GWB sind auch die Regelbeispiele des Art. 81 Abs. 1 EG (II.3.1) heranzuziehen<sup>46</sup>, da § 1 GWB inhaltlich auf das europäische Recht Bezug nimmt. Insbesondere verboten sind also

- Preis- und Konditionenabsprachen,
- Produktionsabreden,
- Vereinbarungen über eine Marktaufteilung und
- die einvernehmliche Diskriminierung gegenüber Dritten.

<sup>46)</sup> Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 441/04, S. 39.

Kartellabsprachen können sich auch auf alle anderen Wettbewerbsparameter beziehen, wie auf Art, Umfang und Qualität der angebotenen Leistungen, auf Werbemaßnahmen oder Nebenleistungen, Einkauf oder Innovationsanstrengungen.

Ein Verstoß gegen § 1 GWB kommt in Betracht, wenn die eigene Handlungsfreiheit mindestens eines der beteiligten selbständigen Unternehmen beschränkt werden soll. Für einen Verstoß gegen das Kartellverbot reicht es aber auch aus, wenn die Beschränkung der Handlungsfreiheit Dritter angestrebt wird.

### 2.4.2 Zulässige vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und insbesondere Wettbewerbsverbote können der Anwendung des Kartellverbots entzogen sein, wenn und soweit Zweck und Durchführbarkeit eines im Übrigen kartellrechtsneutralen Vertrages eine solche Wettbewerbsbeschränkung zwingend mit sich bringen oder erfordern, das Wettbewerbsverbot also gewissermaßen vertragsimmanent ist.

In der Rechtspraxis ist dies anerkannt

- für ein zeitlich begrenztes Wettbewerbsverbot nach Unternehmenskäufen<sup>47</sup>,
- für ein Verbot, Räumlichkeiten in der selben Liegenschaft zugleich auch an einen Konkurrenten zu vermieten, bei der Vermietung von Gewerberäumen<sup>48</sup>, und
- für Auflagen zum Schutz des dem Franchisenehmer anvertrauten Know-hows und zur Gewährleistung von Reputation und Einheitlichkeit eines Franchisesystems<sup>49</sup>.

Die Rechtsprechung ist auch der Auffassung, dass ein Wettbewerbsverbot für die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – selbst nach deren Ausscheiden aus der Gesellschaft – nicht notwendigerweise eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellen<sup>50</sup>. Die Einschränkung darf jedoch weder räumlich noch zeitlich über das hinausgehen, was zum Schutze der Gesellschaft erforderlich ist.

## 2.5 Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung

§ 1 GWB setzt wie Art. 81 Abs. 1 EG voraus, dass die durch eine Kartellvereinbarung ausgelöste Marktbeeinflussung spürbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten und die zur Verfügung stehenden Alternativen der Marktteilnehmer merklich beeinträchtigt werden oder zumindest werden können. Die Spürbarkeit mag sich dabei zum einen aus der

47) EG-Kommission, Entscheidung vom 14. 7. 1992, IV/M.229, WuW/E EV 1979 ‚Thomas Cook/LTU/West LB‘; BGH, Urteil vom 3. 11. 1981, KZR 33/80, WuW/E BGH 1898 ‚Holzpaneele‘.

48) OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 2. 3. 1989, 6 U 68/87 Kart, WuW/E OLG 4488 ‚Konkurrenz im selben Haus‘.

49) So EuGH, Urteil vom 28. 1. 1986, 161/84, WuW/E EWG/MUV 693 ‚Pronuptia‘.

50) BGH, Urteil vom 19. 10. 1993, KZR 3/92, ‚Ausscheidender Gesellschafter‘, NJW 1994, 384.

Art der konkret bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen aus dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen ergeben.



## RELEVANTER MARKT UND MARKTANTEIL

Voraussetzung für die Berechnung von Marktanteilen ist die Bestimmung des von der Verhaltensabstimmung betroffenen Marktes<sup>51</sup>. Dazu sind der relevante Produktmarkt und der räumlich relevante Markt zu ermitteln.

Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst im Kartellrecht sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Nachfragern bzw. Abnehmern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden – das wird üblicherweise als Bedarfsmarktkonzept bezeichnet.

Substitutionsgüter sind Waren und Dienstleistungen, die den relevanten Markt zwar beeinflussen, aber nicht mit Gütern des Bedarfsmarktes austauschbar sind. Sie werden nicht in den relevanten Markt einbezogen, jedoch bei der Gesamtbewertung der Wettbewerbssituation und der Marktverhältnisse berücksichtigt<sup>52</sup>.

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen – Marktführerschaft, Anbieter, Umsatzanteile, Nutzung des Wirtschaftsgutes – hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten insbesondere in seinen Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.

Der räumliche Gesamtmarkt einer Kooperation ergibt sich aus der Summe der räumlichen Einzelmärkte, die von mindestens zwei der Beteiligten bedient werden oder bedient werden können. Der räumlich relevante Markt mag im Einzelfall ein lokal begrenzter Markt sein, zum Beispiel das Einzugsgebiet einer Stadt. In den meisten Fällen wird er nicht mit Verwaltungsgrenzen – beispielsweise von Gemeinden oder Landkreisen – übereinstimmen; aus praktischen Gründen hat die Landeskartellbehörde Marktanteilermittlungen dennoch in einer ersten Annäherung oft Gemeindegrenzen zugrunde gelegt.

51) Dazu die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03) vom 9. 12. 1997, Rnn. 25 ff.

52) BGH, Beschluss vom 22. 9. 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433 „Gruner+Jahr/Zeit II.“

**Berechnung des Marktanteils**

Mehrere Kfz-Hersteller vereinbaren den gemeinsamen Einkauf des Produkts X und beziehen davon zusammen 270 Einheiten. Zu X konkurrierende Produkte anderer Hersteller gibt es nicht. Der Hersteller des Produkts X setzt davon insgesamt 900 Einheiten an Kfz-Hersteller ab. Das Produkt X wird jedoch auch an Hersteller anderer Produkte als Kfzs verkauft. Der Gesamtabsatz von X beträgt 1800 Einheiten. Der Marktanteil der Gruppe am Einkauf dieses Produkts beträgt damit 15 %.<sup>53</sup>

Eine Entscheidung über die Marktverhältnisse kann nur für den jeweiligen Einzelfall unter Abwägung aller Umstände getroffen werden. In die Berechnung der Marktanteile sind die Umsätze aller Vertragsbeteiligten und der mit ihnen verbundenen Unternehmen einzubeziehen. Bei Zweifeln über die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes können die Unternehmen davon ausgehen, dass ihre Vereinbarung keine spürbaren Auswirkungen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts hat, wenn die Marktanteilsschwelle von 10 % in Deutschland und auch in keinem anderen Mitgliedsstaat überschritten wird.

Für die kartellbehördliche Praxis spielt die Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission eine wichtige Rolle und erleichtert die Beurteilung eines kartellrechtsrelevanten Verhaltens an der Spürbarkeitsschwelle.



## **BAGATELLBEKANNTMACHUNG DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION**

Die Europäische Kommission hat in ihrer Bagatellbekanntmachung<sup>54</sup> anhand von Marktanteilsschwellen niedergelegt, unter welchen Voraussetzungen Vereinbarungen<sup>55</sup> in der Regel keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG darstellen.

- Vereinbarungen zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern bewirken demnach im Prinzip keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10% überschreitet.
- Ist der betroffene Markt geprägt von nebeneinander bestehenden Netzen von Vereinbarungen, die zumindest 30 % des relevanten Marktes abdecken, so

53) Horizontal-Leitlinien, Rn. 121.

54) Diese Bekanntmachung ersetzt die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (C 372) vom 9. 12. 1997.

55) Die Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission gilt gemäß deren Ziffer I.5. auch für Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen; im Folgenden wird zur Vereinfachung nur von „Vereinbarungen“ gesprochen.

*dass ein kumulativer Marktabschottungseffekt zu befürchten ist, so wird die oben genannte Marktanteilsschwelle auf 5 % des relevanten Marktes herabgesetzt<sup>56</sup>.*

*Die Bagatellbekanntmachung gilt nicht für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, welche die dort unter Rn. 11 genannten Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1) enthalten, nämlich Preisabsprachen, die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes sowie die Aufteilung von Märkten oder Kunden.*

*Verhaltensabstimmungen, welche solche Absprachen enthalten, sind vielmehr unabhängig vom Marktanteil der beteiligten Unternehmen in aller Regel als spürbare Wettbewerbsbeschränkung einzuordnen.*

Die Bagatellbekanntmachung ist keine Rechtsnorm, sondern hat lediglich Orientierungsfunktion und bewirkt eine Selbstbindung der Europäischen Kommission: Diese darf bei der Anwendung des europäischen Rechts nur unter besonderen Umständen von den Vorgaben der Bekanntmachung abweichen. Für die Behörden und Gerichte der Mitgliedsstaaten ist die Bekanntmachung nicht verbindlich, dient aber auch bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts auf Kooperationen als wichtiger Leitfaden. Unterhalb der genannten Bagatellschwellen wird die Landeskartellbehörde in aller Regel eine Kooperationsvereinbarung, die keine Kernbeschränkungen enthält, nicht aufgreifen, wenn nicht eine Beschwerde vorliegt.

Sind die Größenordnungen der Bagatellbekanntmachung überschritten oder enthält die Vereinbarung eine Kernbeschränkung, muss die Spürbarkeit anhand der konkreten Marktverhältnisse geprüft werden. Umgekehrt kann auch die Spürbarkeit anhand besonderer Umstände im Ausnahmefall bejaht werden, obwohl die Marktanteilsschwellen der Bagatellbekanntmachung nicht erreicht werden. Bestehen Zweifel, können die Unternehmen sich mit dem Ersuchen um eine Nichttätigkeitsverfügung (IV.2.3) an die Kartellbehörden wenden.

Ihre zum GWB in seiner alten Fassung geltende Bagatellbekanntmachung<sup>57</sup> hat die Bayerische Landeskartellbehörde aufgehoben<sup>58</sup>. Das Hauptanliegen der Bekanntmachung bestand in der Entlastung mittelständischer Unternehmen von der Durchführung eines Kartellanmeldeverfahrens für Verhaltensabstimmungen, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigten; die dafür relevante Marktanteilsschwelle war auf 5 % festgelegt. Dieses Anliegen hat sich mit dem Wechsel zum System der sog. Legalausnahme erledigt.

56) Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission, Rnn. 7 ff.

57) Nichtverfolgung von Kooperationsabreden kleiner und mittlerer Unternehmen mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom 25. September 2000, Allgemeines Ministerialblatt (AllMBl. Nr. 19, 622; vom 9. 10. 2000) und Bayerischer Staatsanzeiger (StAnz. Nr. 40, S. 4, vom 6. 10. 2000).

58) StAnz. Nr. 31, S. 4, vom 5. 8. 2005 = AllMBl. Nr. 8, S. 302, vom 29. 8. 2005.

## 2.6 Kartellfreie Kooperation

Eine Zusammenarbeit, die nicht geeignet ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen, fällt als kartellfreie Kooperation nicht unter das Kartellverbot des § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG. Dazu gehört vor allem die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, die nicht miteinander in Wettbewerb stehen, beispielsweise Handwerker aus unterschiedlichen Gewerken. Auch eine Zusammenarbeit von Wettbewerbern, die keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens mit sich bringt, verstößt in der Regel nicht gegen das Kartellverbot. Wenn Unternehmen mit einer erheblichen Marktmacht beteiligt sind und deshalb eine Marktabstottung gegenüber Dritten droht, können allerdings auch an sich unproblematische Formen der Zusammenarbeit vom Kartellverbot erfasst sein.

Kartellfreie Kooperation ist in allen Bereichen unternehmerischen Handelns denkbar und möglich, von der Herstellung oder dem Einkauf von Waren bis zu deren Verkauf oder dem Anbieten und Erbringen von Dienstleistungen.

Die Rechtspraxis unterscheidet zunehmend nicht mehr zwischen Formen der Zusammenarbeit, die nicht spürbar wettbewerbsbeschränkend sind und deshalb von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots nach § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG fallen und wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen, die zwar den Tatbestand der Normen erfüllen, die aber dennoch aufgrund einer Freistellung (III.3) erlaubt sind, denn in beiden Fällen kommt man zu demselben Ergebnis: die Zusammenarbeit ist zulässig. Im Gesetz ist jedoch eine klare Trennung zwischen Kartellverbot und Freistellung angelegt. Die Beachtung dieser Unterscheidung trägt zur Rechtsklarheit bei. Im Folgenden werden einige Bereiche dargestellt, in denen typischerweise kartellfreie Zusammenarbeit möglich ist. In diesen Fällen liegt also der Schwerpunkt der Untersuchung darin, ob das Kartellverbot überhaupt berührt ist.

### 2.6.1 Arbeits- und Bietergemeinschaften

Eine verbreitete Form kartellfreier Kooperation ist die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE), welche besonders bei industriellen Großaufträgen oder zur Abwicklung größerer Baulose häufig anzutreffen sind. Bei einer Bietergemeinschaft schließen sich Unternehmen zur gemeinsamen Abgabe eines Angebots im Rahmen einer Ausschreibung zusammen. Arbeits- oder Bietergemeinschaften sind kartellrechtlich unbedenklich, wenn Unternehmen *unterschiedlicher Arbeitsgebiete* zusammenarbeiten, die untereinander nicht im Wettbewerb stehen, z. B. wenn spezialisierte Handwerksbetriebe unterschiedlicher Gewerke gemeinsam einen Bauauftrag ausführen oder sich dauerhaft zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen. Dabei ist auch die gegenseitige Verpflichtung zulässig, nicht mit anderen Unternehmen zusammenzuarbeiten.

Problematischer ist die Kooperation von Unternehmen des gleichen Gewerbes. Auch diesen ist die kartellfreie Zusammenarbeit unter dem Gesichtspunkt der Ar-

beitsgemeinschaft möglich, wenn die Unternehmen *nicht auf demselben räumlichen Markt konkurrieren*.

Selbst wenn Unternehmen Wettbewerber auf demselben sachlichen wie räumlichen Markt sind, sehen die Kartellbehörden eine Arbeits- und Bietergemeinschaft dann als zulässig an, wenn die Beteiligten

- zur Zeit der Bildung der ARGE nicht über die erforderliche Kapazität zur Ausführung eines angestrebten Auftrags verfügen<sup>59</sup> oder
- zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit sie in die Lage versetzt, ein Erfolg versprechendes Angebot abzugeben. Entscheidend ist, ob das einzelne Unternehmen in der Lage ist, eine eigenständige, sinnvolle und marktfähige Leistung zu erbringen<sup>60</sup>.

Die Arbeitsgemeinschaft wirkt in diesen Fällen nicht wettbewerbsbeschränkend, sondern schafft zusätzlichen Wettbewerb<sup>61</sup>.

Beteiligen sich an einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft aber mehr untereinander im Wettbewerb stehende Unternehmen als erforderlich wäre, um ein wirtschaftlich vernünftiges und aussichtsreiches Angebot abzugeben, so liegt darin in aller Regel ein Verstoß gegen das Kartellverbot. Wenn dementsprechend die Beteiligten an einer Angebots-ARGE sämtliche möglichen Marktteilnehmer umfassen, wird Wettbewerb praktisch ausgeschlossen. In diesem Fall scheitern sowohl eine kartellfreie Zusammenarbeit als auch eine Freistellung an der damit verbundenen Monopolisierung des Angebots.

Preis-, Quoten- und Gebietsabsprachen zwischen Wettbewerbern sind kein Mittel der leistungssteigernden zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit und können im Rahmen von Ausschreibungen als Submissionsbetrug gemäß § 298 StGB strafbar sein.

### ***Bieter- und Arbeitsgemeinschaft Bau***

*Drei Unternehmen der Bauindustrie schließen sich zu einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft zusammen, um ein gemeinsames Angebot für die Durchführung eines zur Vergabe ausgeschriebenen Bauvorhabens abzugeben. Keines der drei Unternehmen hätte sich selbstständig an der Ausschreibung beteiligt, da eine solche Teilnahme nach dem Ergebnis der betriebswirtschaftlichen Vorkalkulation nicht sinnvoll gewesen wäre. Der Zusammenschluss zur*

59) EG-Kommission, Entscheidung vom 24. 10. 1988, 88/568/EWG, ‚Euro-Tunnel‘, ABl. EG Nr. L 311/36 vom 17. 11. 1988; Horizontal-Leitlinien Rn. 24.

60) BGH, Urteil vom 11. 12. 1997, KVR 7/96, WuW/E DE-R 17 ‚Europapokalheimspiele‘.

61) EG-Kommission, Entscheidungen vom 16. 12. 1971, 72/22/EWG, WuW/EV 385 ‚SAFCO‘, und vom 13. 7. 1990, 90/410/EWG, WuW/EV 1503 ‚Elopak/Metal Box – Odin‘.

*Bieter- und Arbeitsgemeinschaft führt hier nicht zum Ausscheiden von Unternehmen aus dem Wettbewerb, sondern bewirkt, dass ein zusätzliches Angebot abgegeben wird.<sup>62</sup>*

### **Exportsyndikat mittelständischer Hersteller von Gemüsekonserven**

*Fünf mittelständische Unternehmen, die jeweils Gemüsekonserven herstellen und diese nahezu ausschließlich in der Bundesrepublik vermarkten, schließen sich zusammen, um die Ausfuhrfähigkeit nach Frankreich gemeinsam zu organisieren. Vorher führten die Unternehmen nicht oder nur in sehr begrenztem Umfang aus und wären jeweils alleine auch nicht in der Lage gewesen, auf ausländische Märkte vorzudringen. Die gemeinsame Tätigkeit richtet sich allein auf den Export nach Frankreich. Dort haben die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von 5 %. Auf dem deutschen Markt bleiben die Unternehmen in direktem Wettbewerb miteinander. Die Zusammenarbeit kann durch die neue bzw. verstärkte Exporttätigkeit den Wettbewerb sogar fördern.*

Vereinbarungen über die längerfristige Zusammenarbeit in Bieter- und Arbeitsgemeinschaften – z. B. zur Ausführung von Bauvorhaben oder industriellen Großaufträgen – in denen der Verzicht auf die Abgabe eigener Angebote erklärt wird, sind nicht kartellfrei möglich, können aber insbesondere als Mittelstandskartell freigestellt sein.

## **2.6.2 Marktinformation**

Für alle Unternehmen sind Marktinformationen wichtig, auf die sie ihre Entscheidungen aufbauen können. Es ist nicht grundsätzlich unzulässig, wenn mehrere Unternehmen zur Informationsermittlung kooperieren, indem sie Marktdaten austauschen. Die Praxis bedient sich hierzu häufig institutionalisierter Meldestellen, die ihre Erkenntnisse über Marktlage und Marktentwicklung an die Beteiligten weitergeben.

Ob und inwieweit eine Meldestelle kartellfrei möglich und damit kartellrechtlich ohne weiteres zulässig ist, entscheidet sich danach, inwieweit der Informationsaustausch geeignet ist, bei den Beteiligten die Ungewissheit über das künftige Verhalten der Wettbewerber wesentlich zu verringern.

Grundsätzliche Bedenken bestehen gegen so genannte *identifizierende Preismeldesysteme*. Hierbei handelt es sich um Preismeldesysteme, die Rückschlüsse auf das meldende Unternehmen zulassen. Für Branchen, die – wie z. B. die Bauwirtschaft – durch Geheimwettbewerb geprägt sind, bedeuten identifizierende Preismeldesysteme generell einen Verstoß gegen das Kartellverbot, weil durch solche Meldesysteme der Geheimwettbewerb ausgeschaltet wird. Auch

62) Sämtliche in dieser Broschüre erwähnten Beispiele der Zusammenarbeit sind nach dem Kartellrecht zulässig, soweit die Unzulässigkeit nicht eigens herausgestellt ist.

der Bundesgerichtshof<sup>63</sup> hat die Bedeutung des Geheimwettbewerbs für unsere Wirtschaftsordnung betont und die Zulassung von Preismeldesystemen erheblich eingeschränkt: Preismeldevfahren, die Einzelgeschäfte offen legen oder Rückschlüsse darauf zulassen, nehmen dem einzelnen Unternehmen den Anreiz zu Preisunterbietungen, weil es damit rechnen muss, dass seine Konkurrenten alsbald mit dem neuen Preis gleichziehen werden. Eine Verletzung des Kartellverbots liegt vor, wenn über eine Meldestelle Einzelgeschäfte gegenüber Konkurrenten offen gelegt oder identifizierbar gemacht werden oder Mitteilungen über Lagerbestände, Produktionsumfang, Auftragseingang, Investitionsvolumen, Lieferanten, Kunden oder andere wettbewerbsbezogene Daten einzelnen beteiligten Unternehmen zugeordnet werden können<sup>64</sup>.

Marktinformations- und Preismeldevfahren sind auch dann in der Regel als unzulässig zu bewerten, wenn sie homogene Massengüter betreffen oder wenn ein erheblicher Teil der am relevanten Markt tätigen Unternehmen miteinander verflochten ist. In der Rechtspraxis<sup>65</sup> wird bei der Beurteilung von Meldestellen der Marktstruktur und dem Konzentrationsgrad eine wesentliche Bedeutung beigemessen.

Die verbotene Verhaltensabstimmung liegt bereits in der *Unterhaltung* eines kartellrechtswidrigen Meldesystems. Schon dadurch setzen die Beteiligten bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs und führen Wettbewerbsbedingungen herbei, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen.

Die Freistellung eines kartellrechtswidrigen Meldesystems wird regelmäßig am fehlenden Vorteil für die Marktgegenseite scheitern. Während auf einem wirklich vom Wettbewerb geprägten Markt die Kenntnis einzelner Daten des Konkurrenten den Wettbewerb verstärken kann, ist auf einem insgesamt transparenten Markt ein Einpendeln auf einem höheren Preisniveau zu Lasten der Abnehmer zu befürchten.

Unbedenklich sind in der Regel:

- Marktstatistiken, die sich auf die Ermittlung und Offenlegung des Gesamtvolumens eines Marktes beschränken;
- Preisnotierungen, die aus den Meldungen einer größeren Zahl von Unternehmen durch einen neutralen Dritten vorgenommen werden und dem Grundsatz der Preiswahrheit und -klarheit entsprechen, d. h. in nachprüfbarer Weise nur

63) BGH, Beschluss vom 18. 11. 1986, KVR 1/86, WuW/E BGH 2313 ‚Baumarkt-Statistik.‘

64) EG-Kommission, 24. Bericht über die Wettbewerbspolitik (Wettbewerbsbericht) 1994, S. 140; 27. Wettbewerbsbericht 1997, S. 143.

65) BGH, Beschluss vom 29. 1. 1975, KRB 4/74, WuW/E BGH 1337 ‚Aluminium-Halbzeug‘; EuGH, Urteil vom 28. 5. 1998, C-7/95, WuW/E EU-R 75 ‚John Deere Ltd.‘.

die bis zum Notierungszeitpunkt abgeschlossenen Geschäfte umfassen und Von-bis-Preise ausweisen<sup>66</sup>;

- allgemeine Betriebs- oder Branchenvergleiche (benchmarking), die nicht mit Preisempfehlungen oder einer Koordinierung des Marktauftritts verbunden sind.

### **Austausch von Marktdaten im Hotel- und Gaststättengewerbe**

*Unternehmen des Hotel- und Gaststättengewerbes melden vierteljährlich ihre Umsatzzahlen, aufgeschlüsselt nach Logis, Gastronomie und Nebengeschäft, sowie ihre Kosten für Personal, Verwaltung etc. an eine gemeinsame Forschungsstelle. Die Forschungsstelle sammelt die von den Einzelbetrieben ermittelten Daten und fasst sie zu einer Ergebnisübersicht mit Prozentangaben und Durchschnittspreisen zusammen. Die Ergebnisübersicht wird den beteiligten Unternehmen dann nach drei Monaten bekannt gegeben. Die einzelnen Unternehmen haben nunmehr die Möglichkeit, ihre eigenen Daten mit dem Unternehmensdurchschnitt zu vergleichen. Bei einem solchen Marktinformationsverfahren ist – jeweils abhängig von Art und Anzahl der beteiligten Unternehmen und der erhobenen Daten – besonderer Wert auf eine hinreichende Dauer des Berichtszeitraums zu legen. Ferner haben die Kartellbehörden darauf geachtet, dass die Daten den Beteiligten in einer Form zur Kenntnis gelangen, die keine Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen zulässt und nicht paralleles Marktverhalten fördert.*

### **Ermittlung von Marktinformationen durch einen Verband der Kartonhersteller**

*Der Verband europäischer Kartonhersteller hat ein Informationsaustauschsystem eingerichtet, das Informationen sammelt, auswertet und an seine Mitglieder übermittelt. Ermittelt werden u.a. die monatlichen Verkäufe aller Mitglieder pro Land, aufgeschlüsselt nach Kartonsorten, die Kapazitätsauslastung und der Auftragsstand. Um die Verwendung der Daten zu wettbewerbswidrigen Zwecken zu verhindern wird folgendes beachtet:*

- keine Verbreitung individueller Informationen,
- keine Erörterung der Daten bei Treffen mit Wettbewerbern,
- keine Hinzufügung von Erläuterungen, Analysen, Bemerkungen oder Empfehlungen bei der Informationsübermittlung,
- keine Aufführung von Preisen oder Produktionsschätzungen.

*Die Europäische Kommission hat dieses Austauschsystem 1996 per Verwaltungsschreiben genehmigt.<sup>67</sup>*

66) BKartA, Tätigkeitsbericht (TB) 1995/96, BT-Drs. 13/7900, 126 f.

67) EG-Kommission, 26. Wettbewerbsbericht 1996, S. 140 f.

### 2.6.3 Marktforschung

Unbedenklich ist eine gemeinsame Marktforschung – darunter auch Konjunktur- und Strukturanalysen im weitesten Sinne –, sofern damit nicht Empfehlungen oder Abstimmungen über ein einheitliches Marktverhalten verbunden sind. Der in der Praxis häufigste Fall dürfte die gemeinsame Beauftragung eines Marktforschungsinstituts mit der Erstellung eines Gutachtens über die Marktentwicklung sein. Auf diese Weise können Erkenntnisse über Verbrauchergewohnheiten, Absatzchancen und Werbemöglichkeiten gewonnen werden. Um den Anschein von Abstimmungen oder Empfehlungen zu vermeiden, ist es jedoch erforderlich, die so gewonnenen Daten allgemein zu halten und nicht auf bestimmte, an der Kooperation beteiligte Unternehmen zu beziehen.

### 2.6.4 Kalkulationshilfen

Erhebliche Bedeutung im Wirtschaftsleben haben Kalkulationshilfen, die insbesondere von Verbänden an ihre Mitglieder weitergegeben werden. Unbedenklich sind Kalkulationshilfen, die nur allgemeines Fachwissen zur Kalkulation vermitteln. Bedenklich sind Kalkulationsschemata immer dann, wenn sie konkrete Kalkulationen – als Muster oder Beispiele – enthalten, die wie Richtpreise wirken können; den Unternehmen darf durch eine Kalkulationshilfe keinesfalls eine bestimmte Preiskalkulation nahe gelegt werden<sup>68</sup>. Die Angabe bestimmter Prozentsätze für Gemeinkosten- und Risikozuschläge beispielsweise ist ebenso unzulässig wie die Angabe von Richttarifen etwa für Versandkosten. Kartellrechtskonforme Kalkulationshilfen müssen jedenfalls die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Sie müssen klarstellen, dass sie nur Kalkulations*beispiele* liefern und diese eindeutig als solche kennzeichnen.
- Sie dürfen in keiner Weise eine eigenverantwortliche Kalkulation des einzelnen Unternehmens nach den eigenen betriebsindividuellen Verhältnissen ersetzen.
- Aus dem Gesamtzusammenhang dürfen sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Verbandsmitgliedern bestimmte Preise oder Preisbestandteile nahe gelegt werden sollen.

#### ***Kalkulationshilfe eines Industrieverbandes***

*Ein Industrieverband gibt an seine Mitglieder eine Broschüre heraus, die über die Grundlagen und Methoden der Kalkulation unterrichtet sowie Kalkulationsschemata enthält. Den einzelnen Mitgliedern bleibt es überlassen, die spezifischen betrieblichen Kostenfaktoren einzusetzen und unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse ihres Betriebes individuell richtig zu kalkulieren.*

68) EG-Kommission, Entscheidung vom 5.6.1996, 96/438/EG, „FENEX“; ABI.EG Nr. L 181/28 vom 20.7.1996; EG-Kommission, 26. Wettbewerbsbericht 1996, S. 129 f.

### 2.6.5 Kundendienst, Reparatur

Ein gemeinschaftlicher Kunden- und Reparaturdienst mehrerer Unternehmen ist kartellfrei möglich, sofern die Beteiligten keine Preisabsprachen treffen und im Übrigen weiterhin den Wettbewerb untereinander aufrecht erhalten.

#### ***Gemeinschaftlicher Kundendienst von Uhrenfachgeschäften***

*Mehrere Uhrenfachgeschäfte schließen sich zu einer Garantiegemeinschaft zusammen, wobei sie sich gegenseitig verpflichten, Reparaturen auch aufgrund von Garantiezusagen eines der anderen Beteiligten kostenlos durchzuführen. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nicht vor, da sich die Beteiligten in der Freiheit der Gestaltung der Garantieleistung nicht einschränken. Die im Rahmen der Garantiegemeinschaft übernommene Verpflichtung knüpft an die Garantiekonditionen der Hersteller an und die teilnehmenden Händler vereinbaren lediglich, für die Garantieleistung gegenseitig einzustehen.*

Geht der gemeinsame Kunden- oder Reparaturdienst jedoch mit der Verpflichtung einher, dass manche Beteiligte keinen eigenen Service mehr unterhalten, dann ist eine kartellfreie Kooperation nicht möglich. Eine Freistellung insbesondere als Mittelstandskartell ist jedoch selbst dann denkbar, wenn der gemeinsame Kunden- und Reparaturdienst durch einen der Beteiligten oder in einer gemeinsamen Einrichtung angeboten wird und die beteiligten Unternehmen sich verpflichten, daneben keinen eigenen, selbstständigen Kunden- oder Reparaturdienst anzubieten.

### 2.6.6 Transport und Lagerung

Vereinbarungen über die Anschaffung und Benutzung gemeinschaftlicher Transport-, Verlade- oder Lagerungseinrichtungen fallen nicht unter das Kartellverbot, sofern die Beteiligten frei bleiben, auch andere als die gemeinsamen Einrichtungen zu benutzen.

#### ***Kooperation von Brauereien im Transport***

*Zehn mittelständische Brauereien planen ein Logistikzentrum als Gemeinschaftsunternehmen für die Belieferung der Vertragshändler. Das Gemeinschaftsunternehmen soll lediglich die Auslieferung der Produkte technisch abwickeln. Vertragspartner der Handelsunternehmen bleiben weiterhin die Brauereien, die auch die Preise nach wie vor selbst festsetzen. Die Landeskartellbehörde hat ein solches Vorhaben als eine kartellfreie Kooperation angesehen. Das Gemeinschaftsunternehmen nimmt lediglich eine unselbstständige Hilfsfunktion wahr, während die unternehmerische Entscheidungsfreiheit weiterhin vollständig bei den Brauereien liegt.*

### 2.6.7 Aus- und Fortbildung

Eine unternehmensübergreifende Zusammenarbeit bei der Aus- und Fortbildung der Mitarbeiter unterliegt keinen Beschränkungen durch das Kartellverbot. Es können auch gemeinschaftliche Lehrwerkstätten und andere Ausbildungseinrichtungen geschaffen werden. Die gemeinsame Anstellung von Lehrkräften sowie die gemeinsame Veranstaltung von Seminaren und Vorträgen für die Mitarbeiter sind wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

### 2.6.8 Güteüberwachung und Gütezeichen

Auch zum Zweck der Güteüberwachung ist eine kartellfreie Kooperation möglich. In einer Gütezeichengemeinschaft werden auf ihre Qualität hin geprüfte Waren mit einem gemeinschaftlichen Gütezeichen versehen und dem Verbraucher auf diese Weise die spezifische Qualität der geprüften Waren garantiert. Es spielt kartellrechtlich keine Rolle, ob die Beteiligten die Güteüberwachungsstelle eines Dritten mitbenutzen oder selbst eine gemeinsame Überwachungsstelle gründen. Die Satzung von Gütezeichengemeinschaften darf keine Gebietsschutzregelungen enthalten und die Beteiligten nicht im Hinblick auf den Vertrieb von Erzeugnissen beschränken, die der spezifischen Qualität nicht entsprechen.

Gütezeichengemeinschaften müssen im Übrigen jedes Unternehmen der Branche aufnehmen, sofern es in der Lage ist, dem festgelegten Qualitätsstandard entsprechende Erzeugnisse herzustellen, § 20 Abs. 6 GWB.

#### ***Güteüberwachung durch einen Handwerksverband***

*Ein Handwerksverband beabsichtigt, Handwerksbetrieben ein Gütesiegel zu verleihen, um Qualifikation und Leistungsfähigkeit für die Auftraggeber transparent zu machen und auf diese Weise zugleich eine Qualitätssteigerung bei den Handwerksleistungen herbeizuführen. Die diskriminierungsfreie Verleihung eines solchen Gütesiegels ist kartellrechtlich unbedenklich. Die Bindung der Mitglieder darf jedoch nicht weiter gehen als es die mit dem Gütezeichen verbundenen Qualitätsanforderungen an ihre Handwerksleistungen erfordern.*

### 2.6.9 Verbandszeichen

Ein Verbandszeichen ist eine besondere Art der Marke, die einem Verband zusteht, und von dessen Mitgliedern benutzt wird. Es hat die Funktion, auf die Herkunft der Waren aus einem dem Verband angeschlossenen Unternehmen hinzuweisen. Die gemeinsame Benutzung eines Verbandszeichens ist kartellfrei möglich. Eine über den Inhalt des gewerblichen Schutzrechts hinausgehende Rechtsfertigung für kartellrechtswidrige Absprachen ergibt sich aus einem Verbandszeichen aber nicht. So dürften beispielsweise die Benutzer eines Verbandszeichens nicht zusätzlich eine Gebietsschutzvereinbarung treffen<sup>69</sup>.

69) BGH, Beschluss vom 12.3.1991, KVR 1/90, WuW/E BGH 2697 ‚Golden Toast‘.

### **Unzulässige Benutzung eines Gütezeichens durch einen Verband von Baustoffherstellern**

*Der deutsche Verband der Hersteller eines Baustoffes hat zusätzlich zu der von den deutschen Behörden erteilten Konformitätsbescheinigung ein gemeinsames Gütezeichen geschaffen, aus dem hervorgeht, dass die Baustoffe bestimmten Anforderungen entsprechen. Ein ausländisches Unternehmen hatte zunächst aufgrund eines Lizenzvertrags entsprechende Baustoffe hergestellt und unter Verwendung des Gütezeichens in Deutschland vermarktet. Nach Ablauf des Lizenzvertrags wurde dem ausländischen Unternehmen zum einen die weitere Benutzung des Gütezeichens vom Verband untersagt, andererseits aber auch die Aufnahme in den Verband von der Zahlung einer unverhältnismäßig hohen Abgabe abhängig gemacht.<sup>70</sup>*

### **2.6.10 Werbung**

Die Werbung für das eigene Unternehmen ist ein wesentlicher Bestandteil unternehmerischer Betätigung. Faktische oder rechtliche Beschränkungen der Werbetätigkeit berühren daher regelmäßig die wettbewerbliche Handlungsfreiheit, so dass entsprechende Verhaltensabstimmungen in aller Regel dem Kartellverbot unterfallen.

Ohne weiteres zulässig ist gemeinschaftliche Werbung, welche die individuelle wettbewerbliche Handlungsfreiheit des einzelnen Unternehmens nicht beeinträchtigt. Hierzu zählt reine Aufmerksamkeitswerbung, in der mit den Vorzügen eines Produkts im Allgemeinen geworben wird – wie beispielsweise für eine private Krankenversicherung oder für Gas bzw. Mineralöl als Energieträger bei der Raumheizung.

Für Vereinbarungen über gemeinsame Werbung, bei denen sich die beteiligten Unternehmen in Art und Ausmaß zusätzlich in ihrer eigenen Werbung beschränken, kommt bei kleinen und mittleren Unternehmen insbesondere eine Freistellung als Mittelstandskartell nach § 3 GWB in Betracht.

### **2.6.11 Kundenbindungssysteme, Bonusprogramme, Rabattkarten**

Mit Wirkung zum 25. Juli 2001 wurden Rabattgesetz und Zugabeverordnung ersatzlos abgeschafft. Die Abschaffung der gesetzlichen Verbote führte zu einem Boom bei Kundenkarten und anderen Kundenbindungssystemen. Neben dem Kartellverbot im GWB gelten weiterhin die Grenzen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und der Preisangabenverordnung (PAngV). Besonders hervorzuheben sind die Grundsätze der Preiswahrheit und Preisklarheit.

Bei Vereinbarungen über Kundenbindungssysteme, Bonusprogramme oder Rabattkarten ergibt sich eine kartellrechtsrelevante Wettbewerbsbeschränkung in

---

70) EG-Kommission, 10. Wettbewerbsbericht 1980, S. 98 f.

der Regel daraus, dass dadurch die Höhe des Verkaufspreises beeinflusst wird<sup>71</sup>. Kollektive Vereinbarungen über die Gewährung bestimmter Rabatte oder die Nichtgewährung von Rabatten haben die gleiche Wirkung wie sonstige Preiskartelle. Gesamtumsatzrabatte, also Rabatte je nach Gesamtumsatz der Käufe bei allen an der Vereinbarung beteiligten Anbietern verschiedenartiger Waren oder Dienstleistungen, führen zu einer Sogwirkung auf die Nachfrager. Beschränkt sich das Kundenbindungssystem allein auf Aufbau, werbliche Unterstützung und Abwicklung des Angebots gegenüber dem Kunden und bleibt es dabei den Beteiligten überlassen, die Höhe des Rabatts oder sonstiger Vorteile für bei ihnen getätigte Umsätze individuell festzulegen, ist eine kartellfreie Zusammenarbeit denkbar<sup>72</sup>.

Beteiligen sich an dem System nur kleine und mittlere Unternehmen kommt im Übrigen eine Freistellung als Mittelstandskartell in Betracht, wenn die verbindliche Festlegung einheitlicher Rabatt- oder Bonuskonditionen für den Rationalisierungseffekt etwa mittels einer gemeinsamen Rabatterfassung und -abrechnung erforderlich ist<sup>73</sup>.

### **3. Freigestellte Kooperationen**

#### **3.1 Die Freistellung von Kooperationen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Das GWB geht wie das europäische Wettbewerbsrecht von der Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen aus, sofern die positiven Auswirkungen der Zusammenarbeit insgesamt die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen und dieselben Freistellungsvoraussetzungen wie im europäischen Recht (II.4.) erfüllt sind. § 2 Abs. 2 GWB ordnet die entsprechende Anwendung der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen (☞ II.4.3) an.

Einen besonderen nationalen Freistellungstatbestand für Mittelstandskartelle enthält § 3 GWB (III.3.1.3).

##### **3.1.1 Die Voraussetzungen der Freistellung vom Kartellverbot**

Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ist gem. § 2 Abs. 1 GWB erlaubt, wenn es „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts [...] beiträgt], ohne dass den

71) EuGH, Urteil vom 10. 12. 1985, Rs. 260/82, „NSO“, Slg. 1985, 3801.

72) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften, BT-Drs. 14/5441, S. 8 f.

73) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften, BT-Drs. 14/5441, S. 8 f.

beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, die für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuscalten'. Damit müssen für eine Einzelfreistellung die folgenden vier Voraussetzungen sämtlich erfüllt sein:

### **a) Effizienzgewinn**

Den Nutzen der Verhaltensabstimmung für die beteiligten Unternehmen bezeichnet man als Effizienzgewinn; er kann sich aus Skalenvorteilen oder Synergieeffekten auf Grund einer Zusammenlegung von Geschäftsaktivitäten, einer gemeinsamen Nutzung von Produktionsanlagen, Maschinen oder Kraftfahrzeugen oder aber einer Verbindung sich ergänzender Technologien ergeben. Der Effizienzgewinn kann auch qualitativer Art sein, wenn die Zusammenarbeit dazu führt, dass ein Produkt in besserer Qualität angeboten wird oder Innovationen schneller eingeführt werden können. Nicht berücksichtigungsfähig sind Einsparungen oder Einnahmesteigerungen, die aus einer abgesprochenen Beschränkung der Produktion und der damit verbundenen Senkung der Produktionskosten resultieren oder niedrigere Ausgaben im Bereich von Verkauf und Marketing, die auf eine wettbewerbsbeschränkende Gebietsabsprache zurückgehen.

### **b) Weitergabe des Effizienzgewinns**

§ 2 Abs. 1 GWB hat wie Art. 81 Abs. 3 EG zur weiteren Voraussetzung, dass auch die Kunden der kooperierenden Unternehmen vom wirtschaftlichen Nutzen einer Zusammenarbeit profitieren. Die Kooperationsbeteiligten dürfen nicht nur ihren eigenen Gewinn steigern. Bei ausreichendem Wettbewerbsdruck durch nicht an der Kooperation Beteiligte führt das Marktgeschehen normalerweise dazu, dass Kostenvorteile durch niedrigere Preise an den Kunden weitergereicht oder ihnen neue Produkte schneller angeboten werden. Eine Freistellung verlangt insgesamt spürbare objektive Vorteile, die die Nachteile für den Wettbewerb ausgleichen. Die Nettowirkung einer Vereinbarung muss aus der Sicht der davon unmittelbar oder wahrscheinlich betroffenen Marktgegenseite daher mindestens neutral sein<sup>74</sup>.

### **c) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung**

Die durch die Zusammenarbeit herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung muss für die Verwirklichung der angestrebten Ziele unerlässlich sein; das gilt für jede einzelne sich aus der Verhaltensabstimmung ergebende Wettbewerbsbeschränkung. Es darf auch keine weniger wettbewerbsbeschränkende, realistischerweise machbare Maßnahme geben, mittels derer man die gleichen wirtschaftlichen Vorteile erreichen könnte. In manchen Fällen mag eine Wettbewerbsbeschrän-

<sup>74</sup>) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag vom 27.4.2004 (2004/C 101/08), Rn. 85.

kung nur für einen bestimmten Zeitraum unerlässlich sein, um beispielsweise eine angemessene Kapitalrendite für eine erhebliche Investition bis zu deren Abschreibung zu gewährleisten.

#### **d) Keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs**

Eine Freistellung ist ausgeschlossen, wenn durch die Vereinbarung für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren oder Dienstleistungen der Wettbewerb ausgeschaltet wird. Wann dies der Fall ist, hängt von Struktur und Grad des existierenden Wettbewerbs am relevanten Markt sowie der Art der Vereinbarung ab: Je geringer der Wettbewerb am relevanten Markt bereits vor einer Zusammenarbeit ist, desto geringer sind generell die Kooperationsmöglichkeiten und desto eher ist eine Unternehmenskooperation geeignet, einen bestehenden ‚Restwettbewerb‘ zu eliminieren. Von großer Bedeutung, aber nicht das alleinige Entscheidungskriterium, sind die Marktanteile der kooperierenden Unternehmen.

- Die Entstehung eines Monopols hat den völligen Verlust von Auswahlmöglichkeiten für die Marktgegenseite zur Folge und hindert aller Erfahrung nach auch mögliche Wettbewerber am Marktzugang. In einem solchen Fall ist eine Freistellung kaum denkbar.
- Auch wenn ein Unternehmen vor der Zusammenarbeit mit anderen bereits eine marktbeherrschende Stellung innehat oder mehrere Unternehmen infolge der Zusammenarbeit eine marktbeherrschende Stellung erlangen, kann eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Wettbewerbern in aller Regel nicht freigestellt werden. Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB sind entsprechend anwendbar: Marktbeherrschung wird vermutet bei einem Marktanteil eines Unternehmens von mindestens einem Drittel, zweier oder dreier Unternehmen von mindestens der Hälfte des relevanten Marktes; bei vier oder fünf Unternehmen bestimmt das Gesetz, dass ab einem Marktanteil von mindestens zwei Dritteln am relevanten Markt Marktbeherrschung vermutet wird, sofern zwischen diesen Unternehmen kein wesentlicher Wettbewerb herrscht – letzteres wird immer der Fall sein, wenn diese Unternehmen kooperieren.
- Bei der Beurteilung der Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb ist außerdem ihr Einfluss auf die verschiedenen Wettbewerbsparameter von Bedeutung. Eine Ausschaltung des Preiswettbewerbs zwischen den Kooperationspartnern sowie Absprachen, die den Wettbewerb bei Innovationen oder der Entwicklung neuer Produkte völlig eliminieren, stehen einer Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB entgegen.

### 3.1.2 Die Freistellung vom Kartellverbot auf Grund der Gruppenfreistellungsverordnungen

Die existierenden Gruppenfreistellungsverordnungen (in II.4.3) erfassen die Wettbewerbsbeschränkungen nicht systematisch, sondern wurden nach und nach erlassen und geändert und haben dabei den praktischen Bedürfnissen, wie sie für bestimmte Vertragstypen oder bestimmte Branchen besonders dringlich erschienen, Rechnung getragen.

### 3.1.3 Die Freistellungsvoraussetzungen für Mittelstandskartelle

In § 3 Abs. 1 GWB ist die Zusammenarbeit zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen als Mittelstandskartell vom Verbot des § 1 GWB ausgenommen, wenn das Kartell die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand hat und

1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und
2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

Hierbei handelt es sich um eine Freistellungsnorm allein des deutschen Rechts, die im europäischen Wettbewerbsrecht keine direkte Entsprechung hat. § 3 Abs. 1 GWB übernimmt inhaltlich die Vorschrift des bisherigen § 4 Abs. 1 GWB a.F. und soll kleine und mittlere Unternehmen ermuntern, durch maßvolle Zusammenarbeit ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen zu verbessern<sup>75</sup>.

Wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen mittelständischen Unternehmen werden in vielen Fällen auch nach § 2 GWB freigestellt sein. Dann kann die Frage nach der zwischenstaatlichen Wirkung (☞ I.3.1) dahingestellt bleiben. Eigenständige Bedeutung im Sinne einer weitergehenden Freistellung kann § 3 Abs. 1 GWB nur erlangen, wenn und solange eine Kooperation nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Über die Mittelstandskartelle hinaus sieht das GWB keine weiteren nationalen Sonderfreistellungen vor (III.1.2).

Mittelstandskooperationen mit einem gemeinsamen Marktanteil aller Kooperationspartner unter 10 %, die keine Abreden mit stark beschränkendem Charakter, insbesondere keine Kernbeschränkungen enthalten, werden in der Regel gar nicht dem Kartellverbot unterfallen<sup>76</sup> (☞ III.2.5).

75) Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BR-Drs. 441/04, S. 43-47, 76 f.

76) Fußnote 75), S. 53

Die Freistellung nach § 3 Abs. 1 GWB unterliegt den folgenden Voraussetzungen:

### a) Beteiligte

§ 3 Abs.1 GWB erfasst wie § 4 Abs. 1 GWB a.F. Verhaltensabstimmungen zwischen Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe.

Für vertikale Vereinbarungen von Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Handelsstufen – beispielsweise Absprachen zwischen einem mittelständischen Lieferanten und kleinen Händlern über den Weiterverkauf – kommt eine Freistellung nur nach § 2 GWB in Betracht.

Ziel des § 3 Abs. 1 GWB ist es, strukturelle Nachteile kleiner und mittlerer Wettbewerber gegenüber größeren Unternehmen durch erweiterte Kooperationsmöglichkeiten auszugleichen. Kleine und mittlere Unternehmen wurden im deutschen Recht bisher einzelfallbezogen nach ihrer relativen Größe im Verhältnis zu den Wettbewerbern im relevanten Markt bestimmt (☞ I.2.). Die Landeskartellbehörde ist der Auffassung, dass daran bei der Auslegung und Anwendung des § 3 Abs. 1 GWB festgehalten werden sollte, denn Größennachteile hängen von der jeweiligen Struktur und dem Verhältnis unterschiedlicher Unternehmensgrößen in den betreffenden Wirtschaftsbereichen ab<sup>77</sup>; Rechtsprechung gibt es hierzu jedoch noch nicht. Ist an der Kooperation die Tochtergesellschaft eines großen Unternehmens beteiligt, kann die Marktstellung der Tochtergesellschaft nicht ohne Berücksichtigung der Konzernbindung beurteilt werden.

Die Praxis zu § 4 Abs. 1 GWB a.F. hat auch die Beteiligung von großen Unternehmen an einer Mittelstandskooperation zugelassen, wenn sie zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Kooperationspartner erforderlich war<sup>78</sup>, wenn also der Rationalisierungserfolg ohne die Teilnahme der Großunternehmen nicht oder nicht in vergleichbarer Weise erreicht werden konnte. Der Zugang zu verbesserten Bezugs- oder Vertriebsmöglichkeiten beispielsweise steht kleineren Betrieben alleine oftmals nicht offen. Dabei durfte die Beteiligung der Großunternehmen jedoch nicht zu erheblichen weiteren Wettbewerbsbeschränkungen führen. Die grundsätzliche Beteiligungsmöglichkeit größerer Unternehmen sollte auch im geltenden Recht bestehen. Nun ist allerdings zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Beteiligung eines Großunternehmens dazu führen kann, dass die Kooperation zwischenstaatliche Wirkung erlangt und damit eine Freistellung nicht über das nach Art. 81 EG Zulässige hinausgehen kann.

---

77) Von der Anwendung der europäischen KMU-Empfehlung kann im Rahmen des § 3 GWB Abstand genommen werden, da es sich hierbei um eine rein nationale Regelung handelt. Die Anwendung der europäischen KMU-Definition würde dazu führen, dass § 3 Abs. 1 GWB weit über die bisher nach § 4 Abs. 1 GWB a.F. gewährte Freistellung hinausginge, die aber ausweislich der Gesetzesbegründung inhaltsgleich fortgeführt werden soll.

78) BGH, Beschluss vom 30.9.1986, KVR 8/85, WuW/E BGH 2321 ‚Mischguthersteller‘; BKartA, Verfügung vom 25.10.2005, B1 – 248/04, WuW/DE-V 1142 ‚Hintermauerziegelkartell‘.

## **b) Rationalisierung**

Rationalisierung bedeutet, dass das Verhältnis des betrieblichen Aufwands zum Ertrag – bezogen auf die Produktionseinheit – verbessert wird. In aller Regel wird eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen geeignet sein. Sie kann beispielsweise zur Produktionsausweitung oder Qualitätsverbesserung, zur Sortimentsverbreiterung, zur Verkürzung der Lieferwege oder -fristen oder zur Frachtkostenersparnis, zur rationelleren Gestaltung des Einkaufs, des Vertriebs oder der Verwaltung führen.

Ausgeschlossen sind Kooperationen, die nicht in erster Linie auf eine Leistungssteigerung, sondern auf den Ausschluss des Wettbewerbs ausgerichtet sind. Abreden allein über Preise, Lieferquoten oder die bloße Abgrenzung von Liefergebieten sind in jedem Falle unzulässig. Im Kontext einer insgesamt auf die Rationalisierung ausgerichteten Zusammenarbeit können im Einzelfall allerdings auch Absprachen über Preise oder Preisbestandteile, Lieferquoten oder Liefergebiete zulässig sein. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum europäischen Kartellrecht, wo Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen als Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1) in Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern fast immer einer Freistellung entgegenstehen.

Der bloße Rückzug einzelner Kooperationspartner aus bestimmten Geschäftsbereichen führt ebenfalls nicht zu einer Rationalisierung im Sinne des Kartellrechts. Eine bloße Reduzierung des Leistungsprogramms bei nur einem Teil der beteiligten Unternehmen legt den Verdacht nahe, dass die Interessen nicht in erster Linie auf die Rationalisierung, sondern auf die mit dem Kartell verbundene Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet sind.

## **c) Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung – Wettbewerbsklausel**

Entscheidend für die Zulässigkeit einer Mittelstandskooperation wird oft – wie schon nach § 4 Abs. 1 GWB a.F. – die Wettbewerbsklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB sein. Der angestrebte Ausgleich struktureller Nachteile kleinerer Unternehmen durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit ist nur soweit ordnungspolitisch wünschenswert wie eine ausgewogene Wettbewerbsstruktur auf den betroffenen Märkten gefördert wird bzw. bestehen bleibt. Eine Mittelstandskooperation darf daher nicht ihrerseits zu Unternehmensgruppen führen, deren Marktstärke erheblich über derjenigen der Wettbewerber liegt. Das ist letztlich in jedem Einzelfall unter Gesamtwürdigung der Auswirkungen einer Kooperationsvereinbarung auf die Wettbewerbsbedingungen des jeweils relevanten Marktes (☞ III.2.5) zu untersuchen. Zur Beurteilung der Wettbewerbswirkungen einer Kooperation sind in erster Linie Marktstellung der Kooperationsbeteiligten sowie Art und Umfang der Zusammenarbeit heranzuziehen. Stellen Unternehmen mehrere Produkte her oder wird ein Produkt auf mehreren Märkten angeboten – etwa einerseits zum Konsum, andererseits zur Weiterverarbeitung –, sind je-

weils gesonderte Märkte abzugrenzen und die Wettbewerbswirkungen auf jedem einzelnen Markt zu bewerten.

Auch im Rahmen des § 4 Abs. 1 GWB a.F.<sup>79</sup> ging man nicht von einer festen gemeinsamen Marktanteilsgrenze aus, deren Überschreiten in jedem Fall zur Unzulässigkeit einer Mittelstandskooperation führen sollte<sup>80</sup>. Der maximal zulässige gemeinsame Marktanteil der Kooperationspartner sollte vielmehr von Art und Ausmaß der mit der Kooperation verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen und den Marktverhältnissen insgesamt abhängen. Je geringer die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind, desto höher darf der gemeinsame Marktanteil der Kooperierenden sein. Stets muss eine für wirksamen Wettbewerb hinreichende Zahl von Wettbewerbern am Markt bestehen und in ihren wesentlichen Handlungsmöglichkeiten frei bleiben. Umfasst die Mittelstandskooperation Absprachen über Preise oder Preisbestandteile – das Gleiche gilt für Andienungszwang, vereinheitlichte Konditionen und Quotenabsprachen –, sahen die Kartellbehörden bisher die kritische Grenze für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei einem kartellierten Marktanteil von 12 bis 15 %. Auf mittelständisch geprägten Märkten dürfte die Toleranzschwelle bei nicht mehr als 12 % liegen. Wenn auf dem betroffenen Markt marktstarke Unternehmen tätig sind oder als potentielle Wettbewerber in Betracht kommen, kann auch eine höhere Schwelle gerechtfertigt sein.

### ***Mittelstandskartell von Baustoffherstellern***

*Sechs kleine und mittlere Unternehmen planen eine Zusammenarbeit in Bezug auf Hintermauerziegel vom gemeinsamen Einkauf von Rohstoffen bis hin zum gemeinsamen Vertrieb und Marketing sowie in Forschung und Entwicklung. Die Zusammenarbeit betrifft mehrere Länder. Die Kooperationspartner wollen auf eigene Rechnung und im eigenen Namen an die Kunden herantreten. Koordiniert wird der gemeinsame Vertrieb durch eine Vertriebsleiterkonferenz, welche für die Mitglieder bindend Ein- und Verkaufspreise, Rabatte sowie sonstige Konditionen und den Abrechnungsmodus festlegt. Die Vertriebsleiterkonferenz verteilt die eingehenden Aufträge und Anfragen zwischen den Mitgliedern je nach Kundenbindung und besonderen Kundenwünschen, nach Transportkosten und der jeweiligen Auslastung der Produktionsbetriebe. Die Kartellbeteiligten unterliegen einem Andienungszwang. Im Kartellgebiet erreichen sie insgesamt einen Marktanteil von ca. 10 %. Der Umsatz aller beteiligten Unternehmen mit Vertragswaren betrug 2003 ca. 50 Mio. Euro, wovon ca. 11 Mio. Euro auf das europäische Ausland entfielen.*

*Die ‚Zwischenstaatlichkeit‘ des Regionalkartells ist zwar nicht ganz fern liegend; eine genauere Prüfung zeigt jedoch, dass eine spürbare Beeinträchti-*

79) Die Vorschrift wurde 1973 mit der 2. GWB-Novelle in das Gesetz eingefügt.

80) Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages vom 13. 6. 1973, BT-Drs. 7/765, S. 3.

gung des zwischenstaatlichen Handels nicht vorliegt. Die Zusammenarbeit führt zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Kartellbeteiligten. Da es sich um einen Sachverhalt unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle handelt, kommt eine Freistellung nach § 3 Abs. 1 GWB in Betracht. Dessen Voraussetzungen liegen vor: Es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen kleinen und mittleren Unternehmen, deren Gegenstand die Rationalisierung betrieblicher Vorgänge ist. Die damit verbundenen Preisabsprachen stehen in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit der insgesamt auf die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit ausgerichteten Zusammenarbeit. Auch mit dem Andienungszwang ist eine Rationalisierung verbunden, weshalb dieser hier zulässig ist. Der gemeinsame Marktanteil liegt unter der kritischen Grenze von ca. 15 %, zumal im relevanten Markt auch Großunternehmen tätig sind.

Das Bundeskartellamt hat für diese Kooperation eine Nichttätigkeitsverfügung nach neuem Recht erteilt.<sup>81</sup>

#### **Mittelständische Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Durchführung von Großprojekten und zum Einbau von Laden- und Geschäftsausstattungen**

Mehrere Schreinereibetriebe gründen eine Gesellschaft zur Durchführung von Großprojekten sowie zum Einbau von Laden- und Geschäftsausstattungen. Die Gesellschafter haben sich auf unterschiedliche Bereiche des Bauschreinerhandwerks und benachbarter Bereiche spezialisiert – wie auf den Ladenbau einschließlich der Schlosserei, Kühltechnik, auf den Gastronomieausbau, Türen- und Fensterbau, Treppenbau, Einbruchsicherung, Feuerschutz. Sie bringen ihre jeweiligen Fachkenntnisse in die Kooperation mit ein und bewirken so eine Rationalisierung der betrieblichen Abläufe bei allen Beteiligten; die gemeinsame Gesellschaft eröffnet ihnen bessere Möglichkeiten zur Vermarktung ihres Angebots. Die wettbewerbsfördernde Wirkung überwiegt hier die Nachteile für den Wettbewerb.<sup>82</sup>

---

81) Nach BKartA, Verfügung vom 25. 10. 2005, B1 – 248/04, WuW/ DE-V 1142 ‚Hintermauerziegelkartell‘.

82) Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde über die Anwendung eines Mittelstandskartells im Schreinerhandwerk, BAnz.Nr. 238, 20052, vom 16. 12. 1999.



## FREIGESTELLTES VERHALTEN

*Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine Verhaltensabstimmung, ist vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt und damit kartellrechtlich zulässig, sofern entweder*

- 1. die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit einer europäischen Gruppenfreistellungsverordnung,*
- 2. die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB oder*
- 3. die Voraussetzungen für ein Mittelstandskartell nach § 3 GWB – wenn die Kooperation keine spürbare zwischenstaatliche Wirkung hat – erfüllt sind.*

## 3.2 Einzelfälle der freigestellten Kooperation

Wenn auch die Rechtspraxis nicht immer eine konsequente Unterscheidung trifft zwischen Formen der Zusammenarbeit, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen, und Kartellverträgen, die erst im Wege einer Freistellung erlaubt sind, wird in dieser Broschüre an der Unterscheidung festgehalten. Zwar ist in beiden Fällen das Ergebnis gleich, die Zusammenarbeit zulässig. Jedoch trägt es oft nicht unerheblich zur Rechtsklarheit bei und entspricht auch der Konzeption des Gesetzes und deutscher Rechtstradition, die Fragestellungen zu trennen. Im Folgenden werden die Bereiche der unternehmerischen Zusammenarbeit aufgeführt, bei denen das Schwergewicht der kartellrechtlichen Analyse gemeinhin auf der Ausnahme vom Kartellverbot liegt. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch in diesen Bereichen eine Zusammenarbeit möglich ist, die den Tatbestand des § 1 GWB nicht erfüllt; das ist im Einzelfall zu untersuchen.

### 3.2.1 Produktionsvereinbarungen

#### 3.2.1.1 Gegenstand von Produktionsvereinbarungen

Folgende Arten von Produktionsvereinbarungen lassen sich unterscheiden:

- *Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion* – gegebenenfalls im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens.
- *Spezialisierungsvereinbarungen*, d. h. Vereinbarungen, in denen sich die Beteiligten verpflichten, bestimmte Waren nicht mehr herzustellen oder bestimmte Dienstleistungen nicht mehr selbst zu erbringen und diese vom Kooperationspartner zu beziehen. Dieser verpflichtet sich seinerseits zur Produktion bzw.

Bereitstellung der Produkte. Bei einer *einseitigen Spezialisierung* verzichtet ein Beteiligter zugunsten des oder der anderen; bei einer *gegenseitigen Spezialisierung* gibt jeder der Beteiligten einen Teil seiner bisherigen Tätigkeit auf.

- *Zuliefervereinbarungen*, bei denen der eine Vertragspartner dem anderen die Herstellung eines Vorprodukts für das Enderzeugnis überlässt, um es von ihm zu beziehen.

Produktionsvereinbarungen tragen im Allgemeinen zur Verbesserung der Warenerzeugung bei, indem sie Vorgänge rationalisieren und damit eine preisgünstigere Herstellung der jeweiligen Waren ermöglichen; das gilt entsprechend für Dienstleistungen. Wettbewerbsprobleme können sich aus der Verhaltenskoordination der Partner als Anbieter ergeben. Die durch eine gemeinsame Produktion herbeigeführte Annäherung bei den Herstellungskosten lässt vor allem bei homogenen Erzeugnissen eine Einschränkung des Preiswettbewerbs befürchten. Im Falle der gemeinsamen Produktion eines wichtigen Bauteils oder bei Zuliefervereinbarungen können auch Abschottungsprobleme auftreten. Eine Produktionsvereinbarung kann zudem das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten in einem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt beeinflussen, der nicht ausdrücklich Gegenstand der Produktionsvereinbarung ist.

### 3.2.1.2 Kartellrechtliche Bewertung

#### a) Kartellverbot

In der Regel nicht vom Kartellverbot erfasst werden Produktionsvereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, es sei denn, die Vereinbarung kann aufgrund der starken Marktstellung mindestens eines der Beteiligten zu Marktabschottungsproblemen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt führen<sup>83</sup>.

Unbedenklich im Hinblick auf das Kartellverbot ist meist auch die gemeinschaftliche Benutzung von Produktionsanlagen, wie besonders teurer Spezialmaschinen, soweit die Beteiligten sich dadurch nicht in der Produktion oder Preisbildung gegenseitig einschränken. Produktionsanlagen können in zulässiger Weise von Dritten mitbenutzt werden. Produktionsgemeinschaften, die die Produktionsmöglichkeit der Beteiligten beschränken, insbesondere durch eine Beschränkung bzw. Kontrolle der Erzeugung durch Quotenvereinbarungen, durch weitergehende Rationalisierungs- oder Spezialisierungsabreden oder durch die Vereinbarung von technischen Standards, sind kritisch. Vereinbarungen über die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes werden in aller Regel eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

---

83) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Produktionsvereinbarungen insbesondere Rnn. 115 ff. der Horizontal-Leitlinien (siehe II.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Horizontal-Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

Produktionsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern fallen nicht unter das Kartellverbot, wenn

- eine Zusammenarbeit der einzige wirtschaftlich mögliche Weg ist, um ein neues Produkt auf dem Markt einzuführen oder
- eine gemeinsame Produktion von Vor- oder Zwischenerzeugnissen des marktfähigen Produkts nur einen unbedeutenden Teil von dessen Produktionskosten beeinflusst und sich damit nur geringfügig auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten auswirkt.

### **Zusammenarbeit bei der Produktion von Erfrischungsgetränken**

*Drei mittelständische Getränkehersteller beteiligen sich als Gesellschafter an einem Gemeinschaftsunternehmen zur Produktion alkoholfreier Erfrischungsgetränke. Zwei der Getränkehersteller hatten zuvor die Eigenproduktion der Erfrischungsgetränke wegen Unrentabilität aufgrund der geringen Produktionsmenge einstellen müssen. Lediglich der dritte Gesellschafter unterhielt noch eine eigene Produktionsanlage, die jedoch mit erheblichen Verlusten arbeitete. Das Gemeinschaftsunternehmen mietet Produktionsräume und Maschinen des dritten Gesellschafters an und füllt dort die Erfrischungsgetränke ab. Die produzierten Mengen werden den Gesellschaftern geliefert und in Rechnung gestellt. Die Getränkehersteller veräußern die Getränke dann jeweils in eigenem Namen und für eigene Rechnung, wobei jeder Gesellschafter seine Preise selbstständig und unabhängig von den anderen festsetzt.*

*Anmerkung: Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unterliegt zusätzlich der Fusionskontrolle, sofern die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen für die Zusammenschlusskontrolle überschreiten. Eine Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt findet statt, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die an der Fusion beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Erlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielt haben und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt hat.*

Betroffen sein können neben den Märkten, denen die von der Vereinbarung erfassten Produkte angehören, auch vor- oder nachgelagerte Märkte, wenn die Zusammenarbeit in einem Markt zur Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens in einem in gegenseitiger Abhängigkeit verbundenen Markt führt, auf dem die Kooperationspartner ebenfalls mit gewisser Marktstärke agieren.

### **b) Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen**

Die Gruppenfreistellungsverordnung für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>84</sup> erlaubt einige typische Formen der Produktionszusammenarbeit. Die Spezialisierungs-GVO gilt in ihrer derzeitigen Fassung bis Ende 2010; sie ist nach § 2 Abs. 2 GWB auch im deutschen Wettbewerbsrecht anzuwenden<sup>85</sup>.

Die Spezialisierungs-GVO erfasst nur Vereinbarungen, die entsprechende Liefer- und Bezugsverpflichtungen enthalten. Die Freistellung erstreckt sich nach Art. 1 Abs. 2 Spezialisierungs-GVO auch auf Abreden, die mit der Vereinbarung unmittelbar verbunden und für deren Durchführung notwendig sind, wie Bezugs- oder Absatzabsprachen oder Bestimmungen über die Abtretung oder die Nutzung von geistigen Eigentumsrechten.

Vom Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung ausgeschlossen sind Vereinbarungen, die – unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen – Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1) enthalten, insbesondere

- die Festsetzung von Preisen beim Verkauf an dritte Abnehmer,
- die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes oder
- die Aufteilung von Märkten oder Abnehmerkreisen.

Zulässig sind jedoch

- in Spezialisierungsvereinbarungen: Absprachen über die Menge der von der Spezialisierung erfassten Produkte;
- in Vereinbarungen über eine gemeinsame Produktion: Regelungen zum Kapazitäts- und Produktionsumfang eines gemeinschaftlichen Produktionsunternehmens;
- in Vereinbarungen über eine gemeinsame Produktion mit gemeinsamer Vermarktung der Vertragsprodukte: Vereinbarungen über Preise, die das gemeinschaftliche Produktionsunternehmen seinen unmittelbaren Abnehmern in Rechnung stellt.

Die Freistellung gilt nur unter der Voraussetzung, dass die Marktanteile der beteiligten Unternehmen im relevanten Markt prinzipiell insgesamt 20 % nicht überschreiten<sup>86</sup>. Der Marktanteil bestimmt sich anhand des Absatzwerts.

Ein Entzug der Freistellung kommt insbesondere in Betracht, wenn

- die Kooperation keine spürbaren Rationalisierungserfolge bringt, oder

84) Im Folgenden: Spezialisierungs-GVO.

85) Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen im Allgemeinen siehe II.4.3.

86) Sowie noch zwei weitere Kalenderjahre im Anschluss an das Jahr, in dem die 20 % Schwelle, jedoch nicht die 25 %-Schwelle erstmals überschritten wird bzw. ein weiteres Kalenderjahr im Anschluss an das Kalenderjahr, in dem gleich die 25 %-Schwelle überschritten wird.

- die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht angemessen beteiligt werden, oder
- die Produkte, die Gegenstand der Spezialisierung sind, im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht mit gleichen oder substituierbaren Produkten in wirksamem Wettbewerb stehen.

### **c) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion oder sonstige Spezialisierungsvereinbarungen, die wegen einer stärkeren Marktstellung der beteiligten Unternehmen oder aus anderen Gründen nicht in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung fallen, müssen nicht notwendigerweise verboten sein, erfordern jedoch eine genauere Analyse, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorliegen (III.3.1.1). Der Beitrag von Produktionsvereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts kann in Größen- oder Verbundvorteilen oder einer Verbesserung der Produktionstechniken liegen, was allerdings – außerhalb des Geltungsbereichs der Gruppenfreistellungsverordnung – die Kooperationspartner nachweisen müssen. Hauptsächlich von der verbleibenden Intensität des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten hängt es ab, ob die Verbraucher durch Verbilligung oder Verbesserung der Endprodukte am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Zu berücksichtigen ist auch der potentielle Wettbewerb: Die Zusammenarbeit zwischen potentiellen Wettbewerbern ist insbesondere dann problematisch, wenn Wettbewerb auf dem relevanten Markt kaum besteht und nur ein neuer Marktzutritt zu mehr Wettbewerb führen kann.

Eine Beschränkung des Wettbewerbs hinsichtlich nicht von der Zusammenarbeit erfasster Produktion verbietet sich schon deshalb, weil derartige Vereinbarungen nicht unerlässlich wären, um die angestrebte Rationalisierung zu verwirklichen.

Insgesamt steigt mit dem Marktanteil der Beteiligten und dem Konzentrationsgrad des relevanten Marktes die Wahrscheinlichkeit, dass eine Vereinbarung auch nicht im Wege der Einzelfreistellung zulässig ist. Eine besondere Gefahr der wettbewerbsbeschränkenden Marktaufteilung besteht regelmäßig bei gegenseitigen Spezialisierungsvereinbarungen.

### **d) Freistellung als Mittelstandskartell**

Spezialisierungsvereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen werden in vielen Fällen bereits gem. § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Spezialisierungs-GVO freigestellt sein. Die Möglichkeit einer darüber hinausgehenden Freistellung als Mittelstandskartell erscheint im Einzelfall insbesondere dann relevant, wenn die Spezialisierungsvereinbarung keine Liefer- und Bezugsverpflichtungen enthält und damit zu einer weitergehenden ‚Arbeitsteilung‘ führt oder die Arbeitsteilung mit Kernbeschränkungen verbunden ist.

**Paketzustellung durch mittelständische Unternehmen**

Zwei mittelständische Paketzusteller vereinbaren eine dauerhafte Zusammenarbeit bei der Zustellung an private und gewerbliche Empfänger. Das eine Unternehmen wird Sendungen für private Empfänger und Nachnahmesendungen in das System des anderen Unternehmens einspeisen; umgekehrt wird letzteres Packstücke für gewerbliche Empfänger durch den ersten Paketdienst ausliefern lassen. Außerdem sollen Kunden an den jeweils zuständigen Partner der Spezialisierungsvereinbarung weitervermittelt und in der Werbung jeweils auch auf den Tätigkeitsbereich des anderen Unternehmens hingewiesen werden.<sup>87</sup>

**Produktion von Dämmstoffen**

Zwei Hersteller von PU-Dämmstoffen zur thermischen Isolierung von Gebäuden vereinbaren eine Arbeitsteilung in der Form, dass sich der eine Hersteller auf die Produktion von Massenware (Dämmplatten) spezialisiert und der andere Hersteller Produkte individuell anfertigt, die nach einer Nachbearbeitung insbesondere als Schrägdach-Dämmplatten eingesetzt werden. Ergänzend gründen die beiden Unternehmen eine gemeinsame Servicegesellschaft.<sup>88</sup>

**Herstellung von Spezialbieren**

Vier kleine Privatbrauereien vereinbaren, nicht mehr alle von ihnen angebotenen Spezialbiere selbst herzustellen, sondern ihre Produktion jeweils auf bestimmte Sorten zu beschränken. Gleichzeitig verpflichten sie sich, sich gegenseitig mit den nicht mehr selbst gebrauten Spezialbieren zu beliefern und diese zu einheitlichen Preisen anzubieten.

## 3.2.2 Vermarktungsvereinbarungen

### 3.2.2.1 Gegenstand von Vermarktungsvereinbarungen

Der gemeinsame Vertrieb von Produkten – beispielsweise über gemeinsame Verkaufsstellen oder Niederlassungen oder durch die Zusammenarbeit mit demselben Vertriebspartner – hat in allen Wirtschaftsbereichen erhebliche Bedeutung. Vermarktungsvereinbarungen umfassen die Kooperation bei Verkauf, Vertrieb oder Produktförderung. Dies kann von der Zusammenarbeit bei einer Hilfstätigkeit – wie Wartung oder Werbung – bis hin zum gemeinsamen Verkauf reichen und die gemeinsame Festlegung sämtlicher mit dem Verkauf verbundener geschäftlicher Gesichtspunkte einschließen.

---

87) Bekanntmachung des Bundeskartellamts über die Anmeldung eines Spezialisierungskartells für Pakettransportdienstleistungen, BAnz.Nr. 204, 18130, vom 28. 10. 1999.

88) Bekanntmachung des Bundeskartellamts über die Anmeldung eines Spezialisierungskartells für Dämmstoffe, BAnz.Nr. 101, 6805, vom 6. 6. 1997.

### 3.2.2.2 Kartellrechtliche Bewertung

#### a) Kartellverbot

Im Rahmen einer Vertriebszusammenarbeit liegt es nahe, sich über Preise, Quoten und Marktstrategien zu verständigen oder jedenfalls Kenntnis über Preise und Absatzmengen von Konkurrenten zu erhalten. Der Spielraum für den Preiswettbewerb beim Verkauf kann auch deshalb erheblich eingeschränkt sein, weil die Beteiligten einen wesentlichen Teil ihrer Endkosten gemeinsam tragen. Aus diesen Gründen verstoßen Formen der Zusammenarbeit, die den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen ermöglichen oder einen wesentlichen Teil der Endkosten der Beteiligten erfassen, in der Regel gegen das Kartellverbot.

Auch die Verpflichtung, Produkte ausschließlich über die gemeinschaftliche Vertriebsstelle zu veräußern, führt stets zu einem Verstoß gegen § 1 GWB<sup>89</sup>.

Der kartellfreien Kooperation zwischen Wettbewerbern sind beim Vertrieb enge Grenzen gesetzt; kartellfreie Vertriebskooperationen kommen in der Praxis vor allem bei Unternehmen in Betracht, die auf ihren räumlichen oder sachlichen Absatzmärkten nicht konkurrieren. Im Übrigen muss eine Zusammenarbeit sachlich eng beschränkt sein.

#### **Vertriebskooperation für Büroeinrichtung**

*Je ein Hersteller von Möbeln, von Bodenbelägen und von Beleuchtungskörpern planen ein Gemeinschaftsunternehmen für den Vertrieb von Büroeinrichtungen. Das Gemeinschaftsunternehmen soll die Auslieferung der Produkte an Großhandel und Großabnehmer sowie das Inkasso vornehmen. Vertragspartner bleiben weiterhin die Hersteller, die auch die Preise nach wie vor selbst festsetzen.*

Die Nutzung gemeinschaftlicher Inkassostellen beispielsweise setzt – um als kartellfreie Kooperation zu gelten – voraus, dass jeder Partner eigenständig seine Preise festsetzt, seine eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde legt und ihm Stundung oder eigener Einzug seiner Forderungen vorbehalten bleiben.

Die gemeinsame Benutzung eines Logistikzentrums durch Anbieter konkurrierender Waren beispielsweise ist kartellfrei nur möglich, sofern das Logistikzentrum lediglich die Auslieferung der Produkte technisch abwickelt, jeder einzelne Anbieter Preise und Absatzmengen unbeeinflusst festsetzt und nicht mit anderen Anbietern austauscht.

---

89) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Vermarktungsvereinbarungen insbesondere Rnn. 139 ff der Horizontal-Leitlinien (C=II.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Horizontal-Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

Auch für Wettbewerber kann der Vertrieb unter einem gemeinsamen Gütesiegel (III.2.6.8) oder einem gemeinsamen Verbandszeichen (III.2.6.9) kartellfrei möglich sein.

Soweit es sich um Vertriebsvereinbarungen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Produktions- oder Vertriebsstufen handelt, die nicht miteinander in Wettbewerb stehen, ist in der Regel nur die Verhaltensabstimmung zwischen Zulieferern und Weiterverkäufern oder Weiterverarbeitern kartellrechtlich relevant und allein nach den Grundsätzen über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen. Das ist nicht Gegenstand dieses Ratgebers.

Formen der Zusammenarbeit, die

- den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen ermöglichen, oder
- einen wesentlichen Teil der Endkosten der Beteiligten beeinflussen, oder
- eine Andienungspflicht beinhalten,

sind problematisch. Die Landeskartellbehörde rät in diesen Fällen zu einer besonders kritischen Selbsteinschätzung (IV.1.2) oder zur Einholung von Rechtsrat.

### **b) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Da eine Gruppenfreistellungsverordnung für Vermarktungsvereinbarungen nicht einschlägig ist, kommt nur eine Einzelfreistellung in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorliegen.

Die Europäische Kommission geht für Art. 81 Abs. 3 EG davon aus, dass Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die sich nicht auf die Festsetzung von Preisen erstrecken, bei einem gemeinsamen Marktanteil der Beteiligten von bis zu 15 % in der Regel jedenfalls die Freistellungsvoraussetzungen erfüllen, also immer erlaubt sind.

Vermarktungsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern mit einem gemeinsamen Marktanteil oberhalb der 15 %-Schwelle und solche, die Preisfestsetzungen beinhalten, sind im Einzelfall zu würdigen. Das erfordert eine genauere Analyse, ob die vier Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung vorliegen (III.3.1.1).

Vertriebsvereinbarungen zwischen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, die in verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind, bergen zudem die Gefahr der Marktaufteilung. Besonders problematisch sind hier gegenseitige Vertriebsvereinbarungen, denen der Konsens zugrunde liegt, nicht in den Markt ‚des jeweils anderen‘ einzutreten. Ein gemeinsamer Vertrieb, der für den Markteintritt nicht erforderlich ist, unterfällt in aller Regel dem Kartellverbot des § 1 GWB und ist auch nicht nach § 2 GWB freigestellt.

Eine gemeinsame Preisfestsetzung ist nur zu rechtfertigen, sofern sie für die Integration anderer Vertriebsfunktionen erforderlich ist und dadurch erhebliche Leistungsgewinne entstehen. Das wiederum hängt von der Bedeutung eines ge-

meinsamen Marketings für die Kostenstruktur ab und wird am ehesten noch der Fall sein bei Produkten, die an eine Vielzahl von Abnehmern vertrieben werden.

Der Beitrag von Vermarktungsvereinbarungen zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts kann in Kosteneinsparungen durch die Zusammenfassung von Vertriebsfunktionen bestehen. Sind die Kosteneinsparungen gering – besteht die gemeinsame Vermarktung z. B. nur aus einem gemeinsamen Verkaufsbüro – und werden keine Rationalisierungsinvestitionen vorgenommen, liegt die Vermutung nahe, dass es sich bei der Kooperation lediglich um ein verschleiertes, nicht freistellbares Preis- oder Mengenkartell handelt.

### **c) Freistellung als Mittelstandskartell**

§ 3 Abs. 1 GWB kann für Vermarktungsvereinbarungen insbesondere dann relevant werden, wenn die Kooperationspartner auch Kernbeschränkungen vereinbart haben. Selbst die Verpflichtung zum ausschließlichen Vertrieb über eine gemeinsame Verkaufsstelle kann im Einzelfall Gegenstand einer nach § 3 Abs. 1 GWB zulässigen Vereinbarung sein, ebenso im Einzelfall eine Vertriebspezialisierung mit Rationalisierungswirkung, die mit einer Aufteilung der Vertriebsgebiete verbunden ist.

#### ***Mittelständische Vertriebsgemeinschaft für Transportbeton:***

*Mehrere kleine und mittlere Hersteller von Transportbeton verpflichten sich in einer Kooperationsvereinbarung, ihre Vertragserzeugnisse ausschließlich an die gemeinsame Vertriebsgesellschaft zu liefern. Diese bestimmt die Preise und Bedingungen, zu denen sie den Transportbeton bei den Beteiligten bezieht, wobei für die Lieferungen an die Vertriebsgesellschaft einheitliche Preise festgesetzt werden. Die Vertriebsgesellschaft kümmert sich um den Absatz der Produktion zu von ihr kalkulierten Preisen, um Fakturierung und Inkasso sowie um den rationellen Einsatz der Mischfahrzeuge. Die Rationalisierungswirkung dieser Kooperation ist insbesondere in der zentralen Akquisition und Lenkung der Aufträge sowie in Fakturierung und Inkasso durch die Vertriebsgesellschaft zu sehen. Die Landeskartellbehörde hat eine ähnliche Kooperation in der Vergangenheit als Mittelstandskartell zugelassen<sup>90</sup>. Auch nach der aktuellen Rechtslage wäre die Zusammenarbeit freigestellt.*

#### ***Unzulässige Vermarktungsvereinbarung***

*Zwei Hersteller von Kugellagern mit einem Marktanteil von jeweils 5 % gründen ein Gemeinschaftsunternehmen für den Vertrieb, das die Kugellager auf den Markt bringen, die Preise festsetzen und die Bestellungen an die Muttergesellschaften zuleiten soll. Die Gründer behalten sich das Recht vor, ihre Pro-*

<sup>90)</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr als Landeskartellbehörde, 'Kooperationskartell Mittelständischer Transportbetonunternehmen', BAnz.Nr. 100, 5033, vom 2.6.1993.

dukte auch außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens zu verkaufen. Die Kunden werden weiterhin direkt von den Werken der Gründerunternehmen beliefert. Dadurch sollen Leistungsgewinne entstehen, da das gemeinsame Verkaufspersonal die Produkte der Beteiligten zur gleichen Zeit denselben Kunden vorführen kann, wodurch der aufwendige Parallelverkauf vermieden wird. Außerdem sollen über das Gemeinschaftsunternehmen die Aufträge möglichst dem nächstgelegenen Werk zugeleitet und damit Transportkosten verringert werden.

Da die Vereinbarung sich auf die Preisfestsetzung erstreckt, ist – obwohl die Beteiligten nicht über Marktmacht verfügen – eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Eine Einzelfreistellung scheidet letztlich aus, da die behaupteten Leistungsgewinne lediglich Kostensenkungen sind, die sich aus der Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen den Vertragspartnern ergeben. Die Vereinbarung verstößt gegen das Kartellverbot und ist unzulässig.<sup>91</sup>

Auch eine Freistellung als Mittelstandskartell kommt mangels Rationalisierung durch die Zusammenarbeit nicht in Betracht.

### 3.2.3 Einkaufskooperationen

Einkaufskooperationen haben im Handel für nahezu alle Sortimente und auch im Handwerk erhebliche Bedeutung. Gerade kleine und mittlere Unternehmen schließen sich häufig zusammen, um ähnliche Bezugsbedingungen und Rabatte wie größere Wettbewerber in Anspruch nehmen zu können. Einkaufskooperationen zwischen kleineren Unternehmen werden in der Regel als wettbewerbsfördernd angesehen.

Bis zur Siebten GWB-Novelle bestand in § 4 Abs. 2 GWB a.F. eine spezielle Regelung für Einkaufskooperationen, die dazu dienten, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern. § 4 Abs. 2 GWB a.F. nahm derartige Kooperationen vom Kartellverbot aus, sofern sie keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang begründeten und den Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigten, wovon man bei einem gemeinsamen Marktanteil von maximal 10 bis 15 % ausging. Die neue Rechtslage eröffnet gerade im Hinblick auf die Einkaufskooperation eher größere Spielräume und geht insgesamt über das bis zur Siebten GWB-Novelle geltende deutsche Kartellrecht hinaus<sup>92</sup>. Nach altem Recht legalisierte Einkaufskooperationen bleiben jedenfalls bis Ende 2007 zulässig, selbst wenn sie im Einzelfall die Freistellungs Voraussetzungen des neuen Rechts nicht erfüllen sollten.

91) Beispiel nach Horizontal-Leitlinien, Rn. 157.

92) Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 441/04, S. 45.

### 3.2.3.1 Gegenstand von Einkaufskooperationen

Als Einkaufsvereinbarungen bezeichnet man sämtliche Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Erzeugnissen unabhängig von dessen Organisation und Abwicklung. Weder die Rechtsform – oft Genossenschaft oder Handelsgesellschaft, aber auch die Zusammenarbeit im Einzelfall ohne eigene Rechtsperson – noch die Vorgehensweise – wie der Abschluss von Rahmenverträgen, die Vermittlung von Kaufverträgen oder der Einkauf für die Mitgliedsunternehmen durch die Kooperationszentrale – spielen für die kartellrechtliche Beurteilung eine Rolle. Auch ein Wirtschafts- oder Berufsverband kann als Rechtsträger einer Einkaufskooperation gewählt werden; in diesem Fall ist aber durch entsprechende Satzungsbestimmungen sicherzustellen, dass ein Unternehmen dem Verband angehören kann, ohne sich an dem Kartell zu beteiligen.

In der Praxis beschäftigen sich Einkaufskooperationen nicht nur mit Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf von Waren, sondern auch mit der gemeinsamen Akquisition gewerblicher Leistungen für den Absatz. Insbesondere die großen Verbundgruppen des Einzelhandels sind nicht nur im Einkauf aktiv, sondern bieten ihren Mitgliedern auch Konzepte für Marketing und Vertrieb an; einige dieser ursprünglich auf den gemeinsamen Einkauf beschränkten Kooperationen haben umfassende absatzwirtschaftliche Konzepte einschließlich Sortimentsgestaltung und Werbung entwickelt.

### 3.2.3.2 Kartellrechtliche Bewertung

#### a) Kartellverbot

Die relevanten Nachfragemärkte bestimmen sich nach den Ausweichmöglichkeiten der Anbieter auf andere Nachfrager. Wesentliches Kriterium für die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufskooperationen ist die durch die Nachfragebündelung entstehende Marktmacht. Von dem gemeinsamen Einkauf können aber – wie dargelegt – neben den Einkaufsmärkten auch die nachgeordneten Absatzmärkte betroffen sein, sofern die am gemeinsamen Einkauf Beteiligten dort als konkurrierende Anbieter auftreten. Je mehr Marktmacht die Beteiligten durch die Abstimmung ihres Verhaltens gewinnen und je größer der Anteil der gemeinsam eingekauften Produkte am gesamten Einkauf bzw. am Gesamtaufwand für ein Enderzeugnis ist, desto größer ist die Gefahr einer Kostenangleichung und einer Beschränkung des Angebotswettbewerbs auf den nachgeordneten Märkten.

Werden Einkaufsvereinbarungen von Unternehmen geschlossen, die beim Verkauf ihrer Produkte weder aktuelle noch potentielle Wettbewerber sind – z. B. Einzelhändler, die in verschiedenen räumlichen Märkten anbieten – kann sich eine Wettbewerbsbeschränkung nur auf die Einkaufsmärkte auswirken. Das Kartellverbot wird in einem solchen Fall nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Kooperationspartner eine derart starke Marktstellung erreichen, dass sie ihnen eine Behinderung anderer Wettbewerber auf den Einkaufsmärkten ermög-

licht oder gar konkurrierenden Abnehmern der Marktzugang versperrt wird. Zu befürchten steht auch, dass die Ausübung von Nachfragemacht zu Preiserhöhungen bei anderen Nachfragern führt, weil die Lieferanten auf diese Weise Preisabschlüsse zugunsten des Nachfragekartells ausgleichen. Sofern die Preise aufgrund von Marktmacht unter das Wettbewerbsniveau gedrückt werden, drohen Qualitätsverluste und nachlassende Innovationsanstrengungen seitens der Anbieter.

Der gemeinsame Einkauf ist also in der Regel nicht wettbewerbsfördernd, wenn die Einkaufskooperation Macht auf den Einkaufsmärkten erlangt und ausübt. Ebenso fallen Einkaufsvereinbarungen regelmäßig unter das Kartellverbot, wenn sie als Mittel benutzt werden, um eine verbotene Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkungen oder eine Marktaufteilung durchzusetzen.

Wenn die gemeinsame Beschaffung neben der Verhaltensabstimmung im Einkauf als horizontaler Vereinbarung auch vertikale Vereinbarungen in Form von Rahmenvereinbarungen zwischen den Mitgliedern und der Einkaufsgemeinschaft beinhaltet, ist auch diese Verhaltenskoordinierung kartellrechtlich zu würdigen. Im Folgenden wird allein die horizontale Verhaltensabstimmung zwischen den Einkäufern erörtert.

Die Kartellbehörden gehen nicht von einer Marktanteilsschwelle aus, die stets indizieren würde, dass die Zusammenarbeit von Einkäufern eine kritische Marktmacht begründet und unter § 1 GWB fällt. Bei einem gemeinsamen Marktanteil der Beteiligten von weniger als 15 % *sowohl* auf den Nachfrage- *als auch* den Absatzmärkten wird es andererseits als wahrscheinlich angesehen, dass zumindest die Ausnahme vom Kartellverbot erfüllt ist<sup>93</sup>.

### **b) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Da eine Gruppenfreistellungsverordnung für Einkaufskooperationen nicht einschlägig ist, kommt nur eine Einzelfreistellung in Frage.

Ein Marktanteil jenseits der 15 %-Schwelle führt nicht automatisch zur Unzulässigkeit einer Kooperation, macht jedoch eine eingehende Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen erforderlich, in die eine Bewertung der Marktkonzentration und der Gegenmacht starker Lieferanten einzubeziehen sind.

Den Beitrag von Einkaufsvereinbarungen zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts sieht man in Größenvorteilen hinsichtlich Warenbestellung und -transport; bei Kooperatio-

---

93) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Einkaufskooperationen insbesondere Rnn. 115 ff der Horizontal-Leitlinien (C/11.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Horizontal-Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

nen kleiner und mittlerer Unternehmen schlägt die wettbewerbsfördernde Bündelung der Einkaufsvolumina positiv zu Buche.

Wesentlich ist, ob aufgrund der Marktverhältnisse erwartet werden kann, dass niedrigere Einkaufspreise an die Verbraucher weitergegeben werden. Kosteneinsparungen, die den Kunden keinen Vorteil bringen, können nicht berücksichtigt werden.

Eine Freistellung ist nicht möglich, sofern eine Einkaufsvereinbarung Beschränkungen auferlegt, die zur Verwirklichung der erstrebten Vorteile nicht unerlässlich sind. Eine übermäßige Bindung an die Einkaufskooperation nach Art eines Filialbetriebs ist zu vermeiden und die unternehmerische Selbständigkeit der Mitgliedsunternehmen zu wahren.

Die Vereinbarung eines Mindestumsatzes kann notwendig sein, um die Wirtschaftlichkeit der Kooperation sicherzustellen. Ein Bezugszwang ist meist bedenklich. Wie ein Bezugszwang können insbesondere Konzentrationsrabatte und -boni in erheblicher Höhe auf den Gesamtumsatz des Mitgliedsunternehmens mit der Einkaufskooperation wirken. Nur im Ausnahmefall kann – um den erforderlichen Umfang für die Erzielung von Größenvorteilen zu erlangen – die Verpflichtung unerlässlich sein, ausschließlich über die Kooperation einzukaufen.

Eine Freistellung ist ausgeschlossen, wenn die Vereinbarung den Beteiligten Möglichkeiten eröffnet, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte auszuschalten. Auch hier sind Nachfrage- und Absatzmärkte zu untersuchen; der Grad der Wettbewerbsbeschränkung auf den Absatzmärkten ist auch von dem Ausmaß abhängig, in dem die Beteiligten ihre Kosten durch den gemeinsamen Einkauf angleichen.

### ***Einkaufsorganisation von Einzelhändlern***

*150 kleine Einzelhändler schließen eine Vereinbarung zur Gründung einer gemeinsamen Einkaufsorganisation. Sie verpflichten sich, eine Mindestmenge über die Organisation zu beziehen, auf die rund 50 % der Gesamtkosten jedes Einzelhändlers entfallen. Die übrigen 50 % ihres Bedarfs dürfen die Einzelhändler auch außerhalb der Organisation decken. Die Kooperationspartner halten einen gemeinsamen Anteil von 20 % auf dem Einkaufs- und dem Verkaufsmarkt. Auf dem Absatzmarkt der Einzelhändler existieren zwei große Wettbewerber, die Marktanteile von 25 % und von 35 % haben; entsprechend verhält es sich im Warenbezug. Auch die verbleibenden kleineren Wettbewerber haben eine Einkaufsgruppe gegründet. Die 150 Einzelhändler erzielen durch die Zusammenarbeit Einsparungen, die sie auch in Form von günstigeren Preisen an ihre Kunden weitergeben.*

*Die Einzelhändler können ihre Kosten in hohem Maß angleichen, wenn sie mehr als die vereinbarte Mindestmenge gemeinsam einkaufen. Sie halten jedoch gemeinsam nur eine mäßige Stellung auf dem Einkaufs- und dem Ver-*

kaufmarkt. Außerdem bringt die Zusammenarbeit ein gewisses Maß an Größenvorteilen. Etwaige von der Organisation abgeschlossene Rahmenverträge über Preise und Bezugsbedingungen sind als wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarungen im Einzelnen kartellrechtlich gesondert zu würdigen.<sup>94</sup>

### **Rahmenvertrag über den Einkauf von Kronkorken**

Ein Verband, in dem sich zahlreiche kleine und mittlere bayerische Brauereien zusammengeschlossen haben, handelt mit Anbietern von Produkten des Brauereibedarfs Rahmenverträge aus, in denen auch Höchstpreise für diese Produkte vereinbart werden. Der Verband stellt seinen Mitgliedern anheim, auf dieser Basis Kaufverträge abzuschließen. Eine Rahmenvereinbarung erfasst die Lieferung von bis zu 30 Mio. Kronkorken pro Jahr, was einem Ausstoß von etwa 150.000 Hektolitern Flaschenbier entspricht. Der Verband kann aufgrund des von ihm vertretenen Einkaufsvolumens gegenüber Herstellern wie ein Großunternehmen auftreten und daher günstigere Bedingungen für die Mitglieder aushandeln. Damit trägt er langfristig dazu bei, die Wettbewerbsfähigkeit und Leistungsfähigkeit der kleinen und mittleren Mitgliedsunternehmen gegenüber großbetrieblichen Konkurrenten zu erhalten. Die Beteiligung von Großbrauereien an dieser Einkaufskooperation ist ebenso ausgeschlossen wie eine zwangsweise Teilnahme der Verbandsmitglieder, deren individueller Warenbezug frei bleibt. Die Einkaufskooperation ist zulässig, die vom Verband abgeschlossenen Rahmenverträge sind als wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarungen im Einzelnen kartellrechtlich gesondert zu würdigen.<sup>95</sup>

Einkaufskooperationen sind typischerweise mit vertikalen Bindungen der Lieferanten und Abnehmer verbunden. Sowohl die horizontale als auch die vertikale Verhaltensabstimmung müssen einer kartellrechtlichen Einschätzung unterzogen werden. Wettbewerbsbeschränkende vertikale Bindungen können entweder aufgrund der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>96</sup> oder durch Einzel freistellung auf der Grundlage des § 2 Abs. 1 GWB zulässig sein. Eine Freistellung als Mittelstandskartell kommt nicht in Betracht, da § 3 Abs. 1 GWB nur Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern erfasst. Sofern der von den beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen Märkte 15 % überschreitet, sieht – vorbehaltlich anders lautender Gerichtsentscheidungen – die Landeskartellbehörde die Vereinbarung im Regelfall als kartellrechtlich zulässig an.

94) Beispiel nach Horizontal-Leitlinien, Rn. 136.

95) Angelehnt an die Bekanntmachung des Bundeskartellamts über die Anmeldung einer Einkaufskooperation als Mittelstandskartell, BAnz.Nr. 47, 3497, vom 8.3.2000.

96) VO (EG) Nr. 2790/1999 der Europäischen Kommission vom 22. 12. 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

Im Rahmen von Franchise-Vereinbarungen sind engere Bindungen der Franchisenehmer zulässig; Voraussetzung ist, dass die Zentrale als eigenständige Franchisegeberin auftritt und nicht die Franchisenehmer ihr Verhalten über die Zentrale koordinieren<sup>97</sup>.

### **c) Freistellung als Mittelstandskartell**

Eine spezielle Freistellung für mittelständische Einkaufskooperationen enthält § 3 GWB – anders als § 4 GWB a.F. in seinem Absatz 2 – nicht mehr. Nach altem Recht freigestellte Einkaufskooperationen sind jedoch in aller Regel bereits nach §§ 1 und 2 GWB weitergehend als im bisherigen Umfang zulässig.

Dennoch kann auch der gemeinsame Einkauf grundsätzlich von der Mittelstandsfreistellung profitieren<sup>98</sup>. Im Unterschied zur alten Rechtslage setzt die Zulässigkeit des gemeinsamen Einkaufs als Mittelstandskartell jedoch die Rationalisierung im Sinne einer echten Steigerung der Leistungsfähigkeit durch die gemeinsame Beschaffung voraus, während nach § 4 Abs. 2 GWB a.F. die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit aufgrund der größeren Einkaufsvolumina ausreichte.

## **3.2.4 Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung**

Die Zusammenarbeit bei Forschung und Entwicklung bewerten die Kartellbehörden grundsätzlich positiv: Doppelkosten werden vermieden, die gegenseitige Befruchtung mit Ideen und Erfahrungen gefördert und die schnellere Entwicklung von Produkten und Techniken ermöglicht. Den Verbrauchern müssen aber die Vorteile der Zusammenarbeit in Form verbesserter oder neuer Produkte oder niedrigerer Preise zugute kommen. Insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (☞ I.2.) sind Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen eine Möglichkeit, im Wettbewerb mit größeren Unternehmen besser zu bestehen.

### **3.2.4.1 Gegenstand von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung**

Forschung und Entwicklung reicht von einer kleinen Innovation in einem bereits vorhandenen Produkt- oder Technologiemarkt über die Verbesserung bestehender Techniken bis hin zur Entwicklung eines vollständig neuen Produkts. Die Zusammenarbeit kann verbunden sein mit der gemeinsamen Verwertung der dabei erzielten Ergebnisse bis hin zum gemeinsamen Vertrieb.

---

97) Zum Franchising, das als zentral gesteuerte Unternehmensform nicht Thema dieser Broschüre ist, BKartA, TB 1985/86, BT-Drs. 11/554, S. 31, und TB 1987/88, BT-Drs. 11/4611, S. 30.

98) BKartA, Beschluss vom 25. 10. 2005, WuW/ DE-V 1142 ‚Hintermauerziegelkartell‘.

### 3.2.4.2 Kartellrechtliche Bewertung

#### a) Kartellverbot

Im Bereich der Forschung und Entwicklung ist vielfach eine kartellfreie Zusammenarbeit möglich, insbesondere soweit sich die Zusammenarbeit nicht zugleich auf eine gemeinsame Verwertung der Forschungsergebnisse erstreckt<sup>99</sup>.

Kartellfreie Kooperation ist insbesondere denkbar

- in Form der Zusammenarbeit zwischen Nichtwettbewerbern bei einem Forschungsvorhaben, dessen Ergebnis für verschiedene Wirtschaftszweige verwertbar ist;
- bei der gemeinsamen Durchführung von Forschungsarbeiten, die von den Beteiligten alleine jeweils nicht durchgeführt werden könnten, bzw. die gemeinsame Vergabe derartiger Forschungsaufträge an Dritte;
- in der Grundlagenforschung;
- bei Forschung und Entwicklung durch ein gemeinsam finanziertes, spezialisiertes Forschungsinstitut oder eine akademische Einrichtung, deren Forschungsergebnisse allen Beteiligten zur Verfügung stehen und die selbst mit der gewerblichen Nutzung der Ergebnisse selbst nicht befasst sind.

Selbst Vereinbarungen zwischen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern über die gemeinsame Durchführung von Forschungsarbeiten oder die gemeinsame Entwicklung der Forschungsergebnisse bis zur Produktionsreife unterfallen normalerweise nicht dem Kartellverbot, es sei denn wirksamer Wettbewerb in Bezug auf Innovationen wird dadurch wesentlich verringert.

Kartellfreie Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen dürfen auch einzelne wettbewerbsbeschränkende Abreden enthalten, die mit der Durchführung des Vorhabens unmittelbar verbunden und für dieses notwendig sind, wie die Verpflichtung, allein oder mit Dritten während der Laufzeit der Vereinbarung keine Forschung und Entwicklung in dem der Vereinbarung unterliegenden Bereich oder in einem eng verwandten Bereich zu betreiben.

#### ***Gemeinsame Forschung und Entwicklung im Bereich der Altlastensanierung:***

*Zwei Unternehmen aus den Branchen Verfahrenstechnik und Bauwirtschaft vereinbaren die gemeinsame Erforschung und Entwicklung von Altlastensanierungsanlagen, etwa zur Dekontamination verseuchter Böden. Für sich allein könnten die Unternehmen ein solches Vorhaben aus Kapazitäts- und Kos-*

---

99) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung insbesondere Rnn. 39 ff. der Horizontal-Leitlinien (☞ II.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Horizontal-Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

*tengründen nicht durchführen. Diese Zusammenarbeit in der Forschungs- und Entwicklungsphase hat die Landeskartellbehörde als kartellfreie Kooperation angesehen, weil die Unternehmen bisher auf diesem Markt noch nicht tätig waren, ihre sonstigen Geschäftsbereiche unabhängig von der Kooperation fortbestehen und die Partner die gewonnenen Erkenntnisse auch unabhängig von der Zusammenarbeit verwerten können und wollen.*

Die Zusammenarbeit zwischen Konkurrenten vor der Markteinführung eines Produkts ist nicht immer unbedenklich; sie kann

- Innovationen einschränken,
- zu einem abgestimmten Verhalten der Beteiligten in bestehenden Märkten führen oder
- eine Marktabschottung zur Folge haben, wenn marktmächtige Unternehmen die ausschließliche Nutzung von Schlüsseltechnologien vereinbaren,

und muss daher geprüft werden. Die kartellrechtliche Prüfung von Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen setzt eine Untersuchung des wirtschaftlichen Umfelds voraus. Vereinbarungen, deren eigentlicher Zweck nicht Forschung und Entwicklung sind, sondern die der Verschleierung verbotener Praktiken – Preisabsprachen, Produktionsbeschränkung oder Marktabschottung – dienen sollen, fallen stets unter das Kartellverbot.

Von der Zusammenarbeit betroffen sind Produktmärkte und Technologiemarkte<sup>100</sup>.

Der relevante Produktmarkt erfasst nach dem Bedarfsmarktkonzept sämtliche Produkte, die von der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden.

- Richtet sich die Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit auf die Verbesserung bestehender Produkte, so bilden diese den sachlich relevanten Markt. Substitutionsgüter sind zu berücksichtigen.
- Wird mit dem Forschungs- und Entwicklungsvorhaben die Veränderung eines bestehenden Produkts oder die Entwicklung eines neuen Produkts angestrebt, so können die alten und die neu entstehenden Produkte unterschiedlichen Märkten zuzurechnen sein. In diesem Fall ist weiter zu prüfen, ob die Beteiligten möglicherweise auf beiden Märkten eine starke Stellung innehaben und mit ihrer Zusammenarbeit auch ihr Verhalten als Anbieter der vorhandenen Produkte koordinieren.
- Falls sich die Zusammenarbeit bei Forschung und Entwicklung auf einen wichtigen Bestandteil eines Endprodukts bezieht – zum Beispiel Fahrzeugmotor

---

100) Horizontal-Leitlinien, Rnn. 44 ff.

oder Computerchip – und die beteiligten Wettbewerber zugleich Hersteller der Endprodukte sind, kann auch deren Markt betroffen sein.

Technologiemärkte bilden sich durch die Vergabe von Lizenzen an geistigen Eigentumsrechten, wenn diese getrennt von den Produkten vermarktet werden. Die Bestimmung des relevanten Technologiemarktes erfolgt nach den gleichen Prinzipien wie die Abgrenzung von Produktmärkten. Zu ermitteln ist, auf welche alternativen Technologien Nachfrager ausweichen können. Marktanteile sind anhand der jeweils erzielten Lizenzeinnahmen der Anbieter zu bestimmen.

Problematisch sind Vereinbarungen über die Verwertung oder Vermarktung der Forschungsergebnisse. Je nach Marktmacht der Beteiligten sowie Inhalt und Ausmaß der gemeinsamen Verwertung kann aber eine Freistellung in Frage kommen.

### **b) Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Gruppenfreistellungsverordnung für die Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit**

In der Gruppenfreistellungsverordnung für die Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit sind typische Formen der Unternehmenskooperation bei der Forschung und Entwicklung freigestellt. Die Forschungs- und Entwicklungs-GVO gilt in ihrer jetzigen Form bis Ende 2010; sie ist nach § 2 Abs. 2 GWB auch im deutschen Wettbewerbsrecht anzuwenden<sup>101</sup>.

Eine Freistellung unterliegt dort den folgenden Voraussetzungen:

- Grundsätzlich müssen alle Vertragspartner Zugang zu den Forschungsergebnissen zum Zwecke weiterer Forschung oder zur wirtschaftlichen Verwertung haben. Forschung betreibende Institute und Hochschulen können vereinbaren, dass sie die Ergebnisse ausschließlich zum Zweck der Durchführung weiterer Forschungsarbeiten verwenden.
- Eine gemeinsame Verwertung kann vereinbart werden, wenn die Ergebnisse der gemeinsamen Forschung oder Entwicklung für die Herstellung von Vertragsprodukten oder für die Anwendung von Vertragsverfahren entscheidende Bedeutung haben. Die Verwertung darf aber nur solche Forschungsergebnisse betreffen, die durch Rechte an geistigem Eigentum geschützt sind oder Know-how darstellen, das wesentlich zum technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt beiträgt.
- Die im Falle einer Aufgabenteilung mit der Anwendung von Forschungsergebnissen und Herstellung von Vertragsprodukten betrauten Unternehmen müssen grundsätzlich Lieferaufträge aller Vertragspartner erfüllen.

---

101) Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen im Allgemeinen → II.4.3.

- Wenn eine Vereinbarung lediglich die gemeinsame Durchführung von Forschungs- und Entwicklungsarbeiten vorsieht, muss jeder Vertragspartner die erzielten Ergebnisse und vorher bestehendes Know-how selbstständig verwerten dürfen. Sofern die Beteiligten bei Abschluss der Vereinbarung keine Wettbewerber waren, kann sich dieses Verwertungsrecht zulässigerweise auf einzelne Anwendungsbereiche der Forschungsergebnisse beschränken. Zulässig sind im Rahmen einer Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung der Forschungsergebnisse die Aufstellung von Produktionszielen, und – wenn die Verwertung der Ergebnisse den gemeinsamen Vertrieb der Vertragserzeugnisse mit umfasst – die Aufstellung von Verkaufszielen und die Festsetzung von Preisen gegenüber Direktabnehmern.

Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1), die eine Anwendung der Forschungs- und Entwicklungs-GVO ausschließen, sind im Rahmen der Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit Vereinbarungen, welche

- die beteiligten Unternehmen in ihrer Freiheit beschränken, eigenständig oder in Zusammenarbeit mit Dritten Forschung und Entwicklung in einem anderen Bereich oder – nach Abschluss der Arbeiten – in demselben oder in einem damit zusammenhängenden Bereich zu betreiben;
- die beteiligten Unternehmen daran hindern, gewerbliche Schutzrechte anzufechten, die die anderen Beteiligten für sich beanspruchen; zulässig ist es allerdings, für den Fall der Auseinandersetzung die Beendigung der Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit vorzusehen;
- eine Begrenzung der Produktion oder des Absatzes – mit Einschränkungen, wenn eine gemeinsame Herstellung von Vertragsprodukten vereinbart ist;
- eine Festsetzung der Preise für den Verkauf der Vertragsprodukte an dritte Abnehmer, es sei denn, dass der gemeinsame Vertrieb der Vertragsprodukte vereinbart ist;
- ein Verbot des passiven Verkaufs der Vertragserzeugnisse in Gebieten, die anderen Vertragspartnern vorbehalten sind, und jede über einen Zeitraum von sieben Jahren hinausgehende Einschränkung der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Wahl der zu beliefernden Kunden oder des Absatzgebietes;
- eine Verpflichtung, Dritten keine Lizenzen für die Herstellung der Vertragserzeugnisse oder für die Anwendung der Vertragsverfahren zu erteilen, wenn die Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durch die Vertragspartner selbst nicht vorgesehen ist oder nicht erfolgt.

Handelt es sich bei zwei oder mehreren an der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung Beteiligten um konkurrierende Unternehmen, so gilt die Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Forschungs- und Entwicklungs-

GVO nur dann, wenn die Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses höchstens über einen gemeinsamen Marktanteil von 25 % verfügen. Sie ist auf die Zeit der gemeinsamen Forschung und Entwicklung und einen Sieben-Jahres-Zeitraum nach dem ersten Inverkehrbringen von Vertragsprodukten beschränkt, wenn die Beteiligten mit Vertragsprodukten den genannten Marktanteil überschreiten.

Sind die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen bei Beginn der Zusammenarbeit keine Konkurrenten, ist

- die Zusammenarbeit für die Dauer der Forschungs- und Entwicklungsarbeiten freigestellt;
- die gemeinsame Verwertung der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse für einen Zeitraum von weiteren sieben Jahren ab Markteinführung vom Kartellverbot ausgenommen;
- nach Ablauf dieser sieben Jahre die gemeinsame Verwertung solange freigestellt wie die Summe der Marktanteile der Beteiligten grundsätzlich auf dem relevanten Produktmarkt 25 % nicht überschreitet.

Zielt die Vereinbarung auf die Entwicklung eines völlig neuen Produkts ab, können die Marktanteile nicht anhand bestehender Umsatzwerte berechnet werden. Zusammenarbeit von Konkurrenten ist in diesen Fällen in der Regel zulässig, unterliegt aber der Missbrauchsaufsicht. Vereinbarungen werden für sieben Jahre nach der Erstvermarktung neuer Erzeugnisse freigestellt. Nach sieben Jahren können die Marktanteile anhand der Umsatzwerte errechnet werden; dann findet die 25 %-Grenze Anwendung.

Die Kartellbehörden können von Amts wegen oder auf Antrag zu jedem Zeitpunkt den mit der Gruppenfreistellung verbundenen Rechtsvorteil mit Wirkung für die Zukunft entziehen<sup>102</sup>, wenn sie feststellen, dass eine freigestellte Vereinbarung Wirkungen hat, die mit den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für wettbewerbsbeschränkende Verträge nicht vereinbar sind (V.2).

Dies gilt insbesondere dann, wenn

- wirksamer Wettbewerb bei Forschungs- und Entwicklungsarbeiten in einem bestimmten Markt ausgeschaltet oder die Möglichkeiten für Dritte, Forschungs- und Entwicklungsarbeiten in dem relevanten Bereich durchzuführen, erheblich eingeschränkt werden, weil anderswo Forschungskapazitäten nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehen;
- der Zugang Dritter zum Markt der Erzeugnisse, die aufgrund der gemeinsamen FuE entstehen, infolge der besonderen Angebotsstruktur erheblich beschränkt wird,

---

102) Art. 7 Forschungs- und Entwicklungs-GVO

- die Vertragspartner ohne sachlich gerechtfertigten Grund die Ergebnisse der gemeinsamen Forschungs- und Entwicklungsergebnisse nicht verwerten, oder
- die Vertragsprodukte im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht mit gleichen Produkten oder solchen Produkten in wirksamem Wettbewerb stehen, die von den Benutzern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihres Preises und ihres Verwendungszwecks als gleichartig angesehen werden.

### **c) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Vereinbarungen, die insbesondere wegen einer starken Marktstellung der beteiligten Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich der Forschungs- und Entwicklungs-GVO fallen, müssen nicht notwendigerweise verboten sein. Denkbar ist, dass sie dennoch aufgrund der Einzelfreistellung noch zulässig sind. Die Entscheidung erfordert eine genaue Untersuchung, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorliegen (III.3.1.1).

Zu prüfen ist, inwieweit die Zusammenarbeit zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, indem sie die Verbreitung von Know-how unter den Vertragspartnern verbessert, doppelte Forschungs- und Entwicklungsarbeiten zu vermeiden hilft, Anstoß zu weiteren Entwicklungen gibt und die Herstellung bzw. Anwendung der aus den Forschungs- und Entwicklungsarbeiten hervorgegangenen Erzeugnisse und Verfahren rationalisiert. In diesem Zusammenhang ist wichtig, ob es sich um eine Kooperation ausschließlich bei Forschung und Entwicklung handelt oder ob die Vereinbarung auch die Nutzung der Ergebnisse – wie Lizenzerteilung, Produktion, Absatz – mit umfasst und weitere Wettbewerbsbeschränkungen mit sich bringt.

Von der Intensität des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten hängt es ab, ob die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Wird durch die Zusammenarbeit erhebliche Marktmacht begründet oder verstärkt, müssen die Beteiligten spürbare Vorteile aufgrund der gemeinsamen Forschung und Entwicklung nachweisen, zum Beispiel eine schnellere Einführung neuer Produkte oder Technologien. Eine Freistellung ist ausgeschlossen, wenn die Vereinbarung den Beteiligten Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Erzeugnisse oder Technologien den Wettbewerb auszuschalten; eine marktbeherrschende Stellung darf nicht begründet oder verstärkt werden.

Voraussetzung einer Freistellung vom Kartellverbot ist weiterhin, dass die mit einer Kooperationsvereinbarung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen unerlässlich für die Zusammenarbeit sind. Insbesondere Vereinbarungen, die eine der in der Forschungs- und Entwicklungs-GVO aufgezählten Kernbeschränkungen

enthalten, stehen in den meisten Fällen auch einer Einzelfreistellung vom Kartellverbot entgegen.

### **Zusammenarbeit bei der Entwicklung und Herstellung von Fahrzeugteilen**

*Zwei Unternehmen, die Fahrzeugteile herstellen, wollen gemeinsam die Leistungsmerkmale eines vorhandenen Fahrzeugteils verbessern. Außerdem wollen sie ihr vorhandenes Technologie-Lizenzgeschäft gemeinsam abwickeln, dabei aber weiterhin getrennt produzieren. Die Marktanteile der Unternehmen auf dem (europäischen) Erstausrüstungsmarkt betragen 15 bzw. 20 %. Auf diesem Markt gibt es zwei weitere bedeutende Wettbewerber; hinzu kommen mehrere hauseigene Forschungsprogramme großer Fahrzeughersteller. Auf dem Weltmarkt zur Erteilung von Lizenzen für die Technologie dieser Produkte halten die kooperationswilligen Unternehmen Anteile von 20 bzw. 25 % gemessen an den Verkaufserlösen; für das betreffende Produkt gibt es noch zwei andere Technologien. Der Produktzyklus beträgt in der Regel zwei bis drei Jahre; in den vergangenen fünf Jahren hat in jedem Jahr einer der führenden Hersteller eine neue Technologie oder eine Verbesserung herkömmlicher Fahrzeugteile eingeführt.*

*Die Zusammenarbeit wäre jedenfalls aufgrund einer Einzelfreistellung zulässig:*

*Da die Forschungs- und Entwicklungsarbeiten beider Unternehmen nicht auf ein vollständiges Produkt abzielen, sind die Märkte der bestehenden Komponenten und die Lizenzmärkte für die betreffenden Technologien zu untersuchen. Die Zusammenarbeit ermöglicht den Unternehmen durch die Vermeidung von Doppelaufwendungen einen effektiveren Einsatz ihrer Mittel. Es sind noch mehrere andere Produkttechnologien vorhanden. Der gemeinsame Marktanteil der Partner am Erstausrüstungsmarkt verschafft ihnen dort keine beherrschende Stellung. Obwohl ihr Anteil am Technologiemarkt mit 45 % sehr hoch ist, sind konkurrierende Technologien verfügbar. Die Fahrzeughersteller, die gegenwärtig ihre Technologien nicht lizenzieren, sind als potentielle Marktzugänger zu beurteilen. Das beschränkt den Spielraum der Kooperationspartner für Preiserhöhungen.<sup>103</sup>*

### **d) Freistellung als Mittelstandskartell**

Für die Freistellung als Mittelstandskartell bestehen keine Besonderheiten.<sup>104</sup>

---

103) Beispiel nach Horizontal-Leitlinien, Rn. 77.

104) Auf die Ausführungen zu III.3.1.3 wird verwiesen.

### 3.2.5 Vereinbarungen über Technologietransfer und Lizenzverträge

Die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Verwertung von Know-how liefert einen wichtigen Anreiz für Forschung und Entwicklung und verstärkt die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen. Technologietransfer reduziert ebenso wie gemeinsame Forschung und Entwicklung parallelen Forschungs- und Entwicklungsaufwand, erleichtert die Verbreitung der Ergebnisse und fördert Anschlussinnovationen.

Technologietransfervereinbarungen werden daher im Ausgangspunkt als sehr positiv für den Wettbewerb angesehen.

Die vordem bestehenden Regelungen für Lizenzverträge in § 17 GWB a.F. und für Verträge über andere geschützte und nicht geschützte Leistungen und über Saatgut in § 18 GWB a.F. sind mit der Siebten GWB-Novelle entfallen.

#### 3.2.5.1 Gegenstand von Vereinbarungen über Technologietransfer und Lizenzverträge

Gegenstand einer Technologietransfervereinbarung ist die Weitergabe einer Technologie von einem Unternehmen an ein anderes Unternehmen. Vertragsgegenstände sind üblicherweise insbesondere Patentlizenzen, Know-how und Softwarelizenzen. Technologietransfer schließt Verbesserungen der Produktionstechnik bei einem bereits vorhandenen Produkt ebenso ein wie die Lizenz für ein völlig neuartiges Erzeugnis.

Eine Technologietransfer-Vereinbarung liegt auch vor, wenn ein Vertrag Bestimmungen über die Lizenzierung oder Übertragung von Rechten an geistigem Eigentum enthält, die unmittelbar mit der vereinbarten Herstellung von Produkten verbunden sind, ohne dass die Lizenzierung den Hauptgegenstand der Vereinbarung bildet.

#### 3.2.5.2 Kartellrechtliche Bewertung

##### a) Kartellverbot

Die Tatsache, dass die Rechtsvorschriften über geistiges Eigentum ausschließliche Verwertungsrechte einräumen, bedeutet nicht, dass diese Rechte generell dem Kartellverbot entzogen wären. Die Bewertung, ob eine Lizenzvereinbarung den Wettbewerb beschränkt, richtet sich danach, welcher Wettbewerb stattfinden würde, wenn die Vereinbarung mit ihren mutmaßlichen Beschränkungen nicht bestünde<sup>105</sup>.

---

<sup>105)</sup> Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Vereinbarungen über Technologietransfer die Technologietransfer-Leitlinien (II.2.). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

Betroffen sind wie bei der Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung Produkt- und Technologiemarkte.

Der relevante Produktmarkt wird in der Regel eine größere Zahl von Produkten umfassen als nur die Vertragsprodukte. Für die Marktanteilsberechnung spielt es nämlich keine Rolle, ob Erzeugnisse die lizenzierte Technologie enthalten oder nicht, so lange sie nur aus Sicht der Marktgegenseite dem gleichen Zweck dienen. Entscheidend sind die Gesamtverkäufe austauschbarer Produkte im relevanten Markt.

Der relevante Technologiemarkt umfasst die lizenzierte Technologie sowie alle Technologien, die mit ihr konkurrieren.

### **b) Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer**

In der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer sind typische Vereinbarungen freigestellt. Die Technologietransfer-GVO gilt in ihrer jetzigen Form bis April 2014; sie ist nach § 2 Abs. 2 GWB auch im deutschen Wettbewerbsrecht anzuwenden<sup>106</sup>.

Nicht in den Anwendungsbereich der Technologietransfer-GVO fallen der Erwerb – beispielsweise von Software – zum Weiterverkauf von Kopien, die Lizenzierung von Markenrechten sowie Technologietransfervereinbarungen zwischen mehr als zwei Unternehmen. Solche Technologiepools können aber aufgrund einer Einzelfreistellung zulässig sein; bei der Beurteilung von Mehrparteien-Lizenzvereinbarungen werden die Grundsätze der Technologietransfer-GVO entsprechend angewandt<sup>107</sup>.

Die Gruppenfreistellungsverordnung umfasst im Grundsatz Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, sofern der gemeinsame Marktanteil der Vertragspartner sowohl auf dem relevanten Technologiemarkt als auch auf dem Produktmarkt 20 % nicht überschreitet.

Die Freistellung gilt, solange die Rechte an der lizenzierten Technologie nicht abgelaufen, erloschen oder für ungültig erklärt worden sind oder so lange Know-how geheim bleibt.

Kernbeschränkungen in Technologietransfervereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die eine Anwendung des § 2 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der Technologietransfer-GVO ausschließen, sind

- die vertragliche Fest- oder Mindestpreisbindung des Lizenznehmers;
- Beschränkungen des Outputs für andere als die lizenzierten Produkte;

<sup>106</sup>) Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen im Allgemeinen siehe II.4.3.

<sup>107</sup>) Technologietransfer-Leitlinien, Rn. 40.

- viele Erscheinungsformen der Kunden- oder Marktaufteilung; ausdrücklich zugelassen wird aber die vertragliche Verpflichtung des Lizenzgebers, im Vertragsgebiet keinem Dritten eine Lizenz zu erteilen.

Die Kartellbehörden können von Amts wegen oder auf Antrag zu jedem Zeitpunkt den mit der Gruppenfreistellung verbundenen Rechtsvorteil mit Wirkung für die Zukunft entziehen<sup>108</sup>, wenn sie feststellen, dass eine freigestellte Vereinbarung Wirkungen hat, die mit den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für wettbewerbsbeschränkende Verträge nicht vereinbar sind (V.2.). Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn parallele Netze gleichartiger beschränkender Vereinbarungen zu Marktabschottungen führen.

### **c) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Vereinbarungen, die nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung fallen, sind im Einzelfall zu überprüfen. Das erfordert eine Untersuchung, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB für eine Einzelfreistellung vorliegen (III.3.1.1). Bei der kartellrechtlichen Beurteilung sind insbesondere die Art der Vereinbarung, die Marktstellung der Parteien, der Wettbewerber und der Abnehmer der Vertragsprodukte, sowie Marktzutrittschranken und der Reifegrad des Marktes zu berücksichtigen.

Insbesondere nimmt die Technologietransfer-GVO bestimmte Vertragsklauseln von der gruppenweisen Freistellung aus. Diese Klauseln sind zwar im Einzelfall auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen; sie werden aber meist unzulässig sein. Sofern sich die betreffende Klausel abtrennen lässt, kann die Vereinbarung im Übrigen trotzdem in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung fallen oder einer Einzelfreistellung zugänglich sein.

Die Kartellbehörden gehen davon aus, dass Technologietransfervereinbarungen in der Regel zulässig sind, wenn sie keine Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1) enthalten und es neben den von den Vertragsparteien kontrollierten Technologien vier oder mehr von Dritten kontrollierte Technologien gibt, die zu für den Nutzer vergleichbaren Kosten anstelle der lizenzierten Technologie eingesetzt werden können.

Nützliche Hinweise für die Beurteilung einzelner Arten von Lizenzvereinbarungen bzw. einzelner Regelungen in Lizenzvereinbarungen bieten die Rnn. 132 bis 235 der Technologietransfer-Leitlinien.

### **d) Freistellung als Mittelstandskartell**

Technologietransfervereinbarungen zwischen kleineren und mittleren Unternehmen können in aller Regel nicht von einer weitergehenden Zulässigkeit aufgrund einer Freistellung nach § 3 Abs. 1 GWB profitieren, da die eine Freistellung nach

---

108) Art. 7 FuE-GVO 1

§ 2 GWB hindernden Gründe auch einer Zulässigkeit als Mittelstandskartell entgegen stehen.

### **3.2.6 Vereinbarungen über Normen**

#### **3.2.6.1 Gegenstand von Normvereinbarungen**

Vereinbarungen über Normen betreffen im Wesentlichen technische oder qualitative Anforderungen an Produkte oder deren Herstellung. Oft beziehen sich Normvereinbarungen auf technische Spezifikationen in Märkten, in denen die Kompatibilität und Interoperabilität der Produkte oder Systeme unerlässlich sind. Normvereinbarungen können sowohl allein zwischen Privatunternehmen geschlossen werden als auch unter Aufsicht oder Mitwirkung von Einrichtungen, die im öffentlichen Interesse handeln. Auch Regelungen über den Zugang zu einem Gütezeichen können als Normvereinbarungen angesehen werden und sind vielfach kartellfrei möglich (III.2.6.8).

#### **3.2.6.2 Kartellrechtliche Bewertung**

##### **a) Kartellverbot**

Normen, die von anerkannten Organisationen im Wege eines nicht diskriminierenden, offenen und transparenten Verfahrens erlassen werden und deren Einhaltung nicht verpflichtend ist, beschränken den Wettbewerb in der Regel nicht. Auch Vereinbarung, die Bestandteil eines umfassenderen Vertrags zur Gewährleistung der Produktkompatibilität sind, verstoßen regelmäßig nicht gegen das Kartellverbot<sup>109</sup>.

Vereinbarungen, welche den Partnern die gemeinsame Kontrolle über Produkte, Herstellungsverfahren und/oder Innovationen verschaffen, verwirklichen den Tatbestand des § 1 GWB und müssen genauer untersucht werden. Derartige Vereinbarung können die Wettbewerbsaktivität der Beteiligten einschränken, indem sie sie daran hindern, alternative Normen zu entwickeln oder Produkte auf den Markt zu bringen, die nicht der vereinbarten Norm entsprechen. Auf diese Weise können Normen nachteilig für die Lieferanten und/ oder Käufer der betroffenen Produkte sein.

Wettbewerbsbeschränkende Wirkung kann auch die Einräumung eines ausschließlichen Rechts haben, die Übereinstimmung mit der Norm zu prüfen.

---

109) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Vereinbarungen über Normen insbesondere Rnn. 159 ff. der Horizontal-Leitlinien (☞ II.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

### **b) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Da eine Gruppenfreistellungsverordnung für Normenvereinbarungen nicht einschlägig ist, kommt nur eine Einzelfreistellung in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorliegen.

Hohe gemeinsame Marktanteile der Kooperationspartner sind kein Grund für die Kartellrechtswidrigkeit einer Normenvereinbarung. Im Gegenteil kann die freiwillige Befolgung einer Norm durch eine hohe Zahl von Marktteilnehmern sinnvoll sein. Die Norm muss allerdings allgemein zugänglich sein und die für ihre Einhaltung erforderlichen Informationen müssen sowohl aktuellen als auch neuen Wettbewerbern offen stehen. Wesentlicher Aspekt für die Beurteilung der Auswirkungen einer Normenvereinbarung auf die Marktstruktur sind daher etwaige Zutrittschranken für die nicht an der Vereinbarung Beteiligten.

Für die Freistellung einer Normenvereinbarung ist es vielmehr eine wichtige Voraussetzung, dass ein wesentlicher Teil der Branche auf transparente Weise in die Normsetzung einbezogen ist. Normen dürfen Innovationen nicht unverhältnismäßig einschränken und sollten im Idealfall technologisch neutral sein. Erfolgt eine Festlegung der gesamten Branche auf nur eine Norm, ist darzulegen, warum dies zum Vorteil der Verbraucher und der Wirtschaft insgesamt unerlässlich ist.

#### ***Normenvereinbarung***

*Die Norm EN 60603-7:1993 legt die Anforderungen zur Verbindung von Fernsehgeräten mit Video-Zusatzgeräten wie Aufzeichnungsgeräten oder Videospielkonsolen fest. Die Norm wurde von anerkannten Organisationen in einem offenen und transparenten Verfahren zugelassen und beruht auf einem Konsens, der die Interessen der Hersteller und der Verbraucher widerspiegelt. Die Erfüllung der Norm steht allen Herstellern offen. Obwohl es sich nicht um eine rechtsverbindliche Norm handelt, wird sie in der Praxis von den Herstellern von Fernsehgeräten und Zubehör übernommen, weil der Markt dies verlangt.<sup>110</sup>*

Unzulässig sind Normenfestsetzungen, die vor allem dazu dienen, tatsächliche oder potentielle Wettbewerber auszuschließen oder auf sie Druck auszuüben, keine von der Norm nicht erfassten Produkte auf den Markt zu bringen.

### **c) Freistellung als Mittelstandskartell**

Vereinbarungen über Normen betreffen aufgrund ihrer Zielsetzung, einheitliche Standards zu schaffen, meist größere Märkte und sind aufgrund ihrer zwischenstaatlichen Wirkung in den allermeisten Fällen einer Freistellung als Mittelstandskartell entzogen.

<sup>110)</sup> Beispiel nach Horizontal-Leitlinien, Rn. 176.

Nicht zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs führen Normen, die sich nur auf einen geringen Teil des relevanten Marktes erstrecken. Aus diesem Grunde werden beispielsweise Vereinbarungen, in denen kleine und mittlere Unternehmen die Formen oder Bedingungen für Bietergemeinschaften (III.2.6.1) im Rahmen von Ausschreibungen festlegen, in aller Regel nicht vom Kartellverbot erfasst und sind zulässig.

### **3.2.7 Umweltschutzvereinbarungen**

Umweltschutz ist als wichtiges politisches Ziel anerkannt, das im Einzelfall auch durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen verfolgt werden kann.

#### **3.2.7.1 Gegenstand von Umweltschutzvereinbarungen**

In Umweltschutzvereinbarungen verpflichten sich die Beteiligten, die Inanspruchnahme der Umwelt zu vermindern. Denkbare Maßnahmen sind beispielsweise

- der Abbau eines Schadstoffes oder einer Abfallart,
- Umweltstandards für Produkte oder Herstellungsverfahren,
- ein gemeinsames Vorgehen gegen Umweltbelastungen – etwa die Verwertung von Reststoffen aus einem Produktionsprozess,
- geringerer Ressourcenverbrauch oder die Verbesserung der Energieeffizienz.

#### **3.2.7.2 Kartellrechtliche Bewertung**

##### **a) Kartellverbot**

Die Zusammenarbeit im Umweltschutz berührt alle Märkte, denen die von der Vereinbarung erfassten Produkte angehören. Ist beispielsweise ein Schadstoff Vertragsgegenstand, der bei der Herstellung mehrerer Produkte anfällt, so sind die jeweiligen Produktmärkte relevant. Entsorgungs- und Verwertungsvereinbarungen sind hinsichtlich ihrer Wirkungen auf den Entsorgungsmärkten zu würdigen.

Umweltschutzabkommen umfassen oft die Gesamtheit oder einen wesentlichen Teil eines Wirtschaftszweiges. Das ist problematisch, sobald sich die Beteiligten dadurch spürbar in ihren Möglichkeiten beschränken, Produkte, Verfahren oder ihre Vermarktung im Wettbewerb autonom zu gestalten<sup>111</sup>.

Vereinbarungen, die nicht primär dem Umweltschutz dienen, sondern als Mittel zur Verschleierung eines verbotenen Kartells dienen, sind verboten.

---

111) Zu der übereinstimmenden Rechtslage im europäischen Recht hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen, zu Umweltschutzvereinbarungen insbesondere Rnn. 183 ff. der Horizontal-Leitlinien (☞ II.4.2). Sie bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung der Vereinbarungen auch nach dem GWB. In den Leitlinien geht die Europäische Kommission auf die Tragweite des europäischen Kartellverbots und auf die Freistellung ein.

Das Kartellverbot ist nicht anwendbar, wenn den Unternehmen ein Verhalten durch staatliche Umweltschutzvorschriften vorgegeben wird und dadurch jede Möglichkeit für Wettbewerbsverhalten ausgeschlossen ist. Dann findet die Wettbewerbsbeschränkung nämlich nicht, wie das Kartellverbot voraussetzt, ihre Ursache im selbstständigen Verhalten eines Unternehmens aus eigener Initiative<sup>112</sup>.

Das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst ferner nicht

- allgemeine Verpflichtungen, zur Erfüllung von Umweltschutzziele eines Wirtschaftszweigs beizutragen;
- Vereinbarungen, welche lediglich umweltrelevante Eigenschaften von Produkten oder Verfahren festlegen, dabei aber die Vielfalt der Produkte oder Verfahren nicht spürbar beeinträchtigen;
- Umweltschutzvereinbarungen, die – wie dies bei Verwertungsvereinbarungen der Fall sein kann – zur Entstehung neuer Märkte führen.

### **b) Einzelfreistellung vom Kartellverbot nach § 2 Abs. 1 GWB**

Da eine Gruppenfreistellungsverordnung für Umweltschutzvereinbarungen nicht einschlägig ist, kommt nur eine Einzelfreistellung in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorliegen.

Der Beitrag von Umweltschutzvereinbarungen zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, in diesem Fall zum Abbau der Umweltbelastung, ist den nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb gegenüberzustellen. Die wirtschaftliche Effizienz einer Umweltschutzvereinbarung lässt sich mit einer Kosten-Nutzen-Analyse nachweisen. Wettbewerbsbeschränkende Klauseln sind nur dann zur Verwirklichung der Umweltschutzziele unerlässlich, wenn andere – weniger wettbewerbsbeschränkende – Mittel nicht existieren, weniger zielführend, wirtschaftlich oder finanziell aufwändiger wären. Unabhängig von den Vorteilen für die Umwelt darf jede Vereinbarung den Wettbewerb zwischen Produkten und Herstellungsverfahren auch im Hinblick auf die technische Innovation nicht vollständig beseitigen und den Marktzutritt neuer Wettbewerber nicht durch langfristige Ausschließlichkeitsrechte auf Dauer verhindern. Schließlich hat der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs in aller Regel zumindest längerfristig auch Nachteile für die Umwelt, da der Anreiz für Innovationen fehlt.

#### ***Vereinbarung über Umweltstandards***

*Beinahe sämtliche Hersteller und Importeure eines Haushaltsgeräts vereinbaren mit Unterstützung einer staatlichen Behörde, Produkte nicht länger herzustellen oder einzuführen, die eine bestimmte Energieausbeute nicht errei-*

<sup>112)</sup> EuGH, Urteil vom 11. 11. 1997, C-359/95, WuW/E EU-R 22, Europäische Kommission und Französische Republik/Ladbroke Racing Ltd.

chen. Der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten beträgt 90 %. Auf die Haushaltsgeräte, die aufgrund der Vereinbarung vom Markt genommen werden müssen und durch umweltfreundlichere, jedoch teurere Geräte ersetzt werden, entfällt ein spürbarer Anteil des Gesamtabsatzes. Die Vereinbarung betrifft mittelbar auch die Stromversorger und die Anbieter von Bauteilen.

Die Vereinbarung ist freigestellt: Die Einbeziehung der Behörde ist für die kartellrechtliche Beurteilung unerheblich. Die Vereinbarung verschafft den Beteiligten die Kontrolle über Produktion und Import. Sie verringert die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher, den Absatz der nicht an der Vereinbarung beteiligten Stromversorger und führt zu einem Preisanstieg. Daher unterfällt sie zunächst dem Kartellverbot. Andererseits aber werden technisch fortschrittlichere Produkte gefördert und ein Beitrag zum Umweltschutz geleistet. Alternative Strategien erweisen sich als ungewisser und weniger kosteneffizient. Die höheren Anschaffungskosten der neuen Geräte können die Käufer durch niedrigere Betriebskosten amortisieren. Den beteiligten Unternehmen stehen weiterhin verschiedene technische Mittel zur Verfügung, um die vereinbarten Ziele zu erreichen, es bleibt also wesentlicher Wettbewerb bestehen<sup>113</sup>.

### c) Freistellung als Mittelstandskartell

Eine Freistellung als Mittelstandskartell ist denkbar. Allerdings hat die Umweltpolitik das Ziel, mit Umweltschutzvereinbarungen alle Unternehmen eines Wirtschaftszweiges zu erfassen. Gelingt dies, liegen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 GWB für ein Mittelstandskartell nicht vor.

## 4. Empfehlungen und Wettbewerbsregeln

### 4.1 Empfehlungen

Empfehlungen im kartellrechtlichen Sinn bezeichnen ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten Unternehmen gegenüber als vorteilhaft, schlagen es vor, legen es nahe oder raten dazu.

Ein besonderes Empfehlungsverbot wie in § 22 GWB a.F. enthält das GWB nach der Siebten GWB-Novelle nicht mehr. Entsprechend wurde auch § 23 GWB a.F. gestrichen, der die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren zuließ<sup>114</sup>, sowie der Tatbestand der zulässigen Mittelstandsempfehlung in § 22 Abs. 2 GWB a.F. Ebenfalls aufgehoben wurde § 3 Abs. 2 Ladenschlussgesetz, der bislang in Verbindung mit § 22 Abs. 2 GWB a.F. Empfehlungen über Ladenöffnungs-

113) Horizontal-Leitlinien, Rn. 198.

114) Für durch kartellbehördliche Anmeldung legalisierte Empfehlungen sieht § 131 Abs. 1 GWB in seiner geltenden Fassung eine Übergangsfrist bis Ende 2007 vor. Gemäß dem am 22. 12. 2005 vom BMWi vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Untereinstandspreis-Verkäufen und anderer Vorschriften soll diese Übergangsfrist aber nur für Mittelstandsempfehlungen nach § 33 Abs. 2 GWB a.F. gelten.

zeiten als Sonderfälle der Mittelstandsempfehlung erlaubte. Ebenso hat der Gesetzgeber die Regelung über Schlussverkäufe in § 7 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) 2004 abgeschafft.

Auch Empfehlungen fallen grundsätzlich unter das Kartellverbot, wenn sie auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruhen. Sie sind dann wie andere Kartelle gegebenenfalls nach den §§ 2 und 3 GWB vom Kartellverbot ausgenommen. Für Empfehlungen zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe können deshalb nun im Einzelfall strengere Maßstäbe als vor der Siebten GWB-Novelle gelten.

#### **4.1.1 Empfehlungen durch einzelne Unternehmen**

Nicht befolgte Empfehlungen eines Unternehmens führen in aller Regel nicht zu einem Verstoß gegen das Kartellverbot.

Kommt es aber aufgrund der Empfehlungen zu einer durch Übereinstimmung, Gleichförmigkeit oder Zusammenwirken gekennzeichneten Verhaltensweise, greift das Kartellverbot. Empfehlungen können, sofern ihnen gefolgt wird, zu abgestimmtem Verhalten<sup>115</sup> führen, wenn unter den Empfehlungsempfängern stillschweigend oder nach früherer Praxis Einigkeit darüber besteht, der Empfehlung nachzukommen.

#### **4.1.2 Empfehlungen durch Unternehmensvereinigungen oder -verbände**

Empfehlungen, die von Unternehmensvereinigungen oder -verbänden ausgesprochen werden, können als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder als abgestimmte Verhaltensweisen unter das Kartellverbot fallen. Eine Verbandsempfehlung beispielsweise von Richtpreisen, Mindestgebühren, Zahlungszielen oder Geschäftsbedingungen wird regelmäßig eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken. Verfügt der Verband in einem Wirtschaftsbereich über Autorität, wird eine große Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die adressierten Unternehmen der Empfehlung folgen. Indem auf diese Weise für die Unternehmen des Wirtschaftsbereichs mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar wird, welche Preis- oder Geschäftspolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden, schafft die Empfehlung einen Verhaltensrahmen und setzt so eine bewusste praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs<sup>116</sup>. Auf die genaue Bezeichnung der Maßnahme oder die ausdrückliche Bezeichnung der Empfehlung als unverbindlich kommt es ebenso wenig an wie auf die tatsächliche Befolgung der Empfehlung durch die Mitgliedsunternehmen.

115) EuGH, Urteil vom 28. 1. 1986, 161/84, WuW/E EWG/MUV 693 ‚Pronuptia‘.

116) EuGH, Urteil vom 27. 1. 1987, 45/85, WuW/E EWG/MUV 739 ‚Feuerversicherung‘; EuGH, Urteil vom 29. 10. 1980, 209 – 215 und 218/78, WuW/E EWG/MUV 494 ‚FEDETAB‘.

### **Unzulässige Verbandsempfehlung**

*Ein Verband hat in langjähriger Praxis Tarifempfehlungen für seine Mitglieder ausgearbeitet. Die vom Verband in Euro bzw. Prozentzahlen ausgedrückten Tarife enthielten in einigen Fällen Mindestsätze. Der Verband hat seine Empfehlungen jährlich aktualisiert und an seine Mitglieder weitergegeben. Die verschiedenen Strukturen und Kosten der einzelnen Mitgliedsunternehmen wurden bei den einheitlich festgesetzten Tarifen nicht berücksichtigt.*

*Diese Verhaltensweise hat die Europäische Kommission in einer förmlichen Entscheidung beanstandet. Sie zielte nach ihrer Auffassung darauf ab, die Tarife der auf dem Markt tätigen Unternehmen aufeinander abzustimmen<sup>117</sup>.*

Als Verstoß gegen das Kartellrecht wurde bisher vereinzelt auch das Verhalten derjenigen Unternehmen angesehen, die als Verbandsmitglieder eine wettbewerbswidrige Empfehlung explizit angenommen oder sich bei der Verhaltensabstimmung besonders hervorgetan haben<sup>118</sup>. Das einzelne Unternehmen, das selbst keinen Einfluss auf die Empfehlung der Unternehmensvereinigung genommen hat und sich nicht mit den anderen Empfehlungsadressaten ins Einvernehmen gesetzt hat, wurde nach der bisherigen Praxis der Kartellbehörden nicht als Kartellbeteiligter angesehen.

Ähnliche kartellrechtliche Probleme werfen Selbstverpflichtungserklärungen von Branchenverbänden auf. In solchen Erklärungen verpflichteten sich Unternehmensvereinigungen – meist gegenüber der Öffentlichkeit oder gegenüber politischen Entscheidungsträgern – ein bestimmtes Verhalten von ihren Mitgliedsunternehmen zu fordern und durchzusetzen. Auch das kann – je nach dem Inhalt der Verpflichtung – zu einer wettbewerbswidrigen Verhaltensabstimmung führen, deren Freistellung vom Kartellverbot allerdings unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB in Betracht kommt.

### **4.1.3 Mittelstandsempfehlungen**

Als Mittelstandsempfehlungen hat das GWB a.F. unverbindliche Empfehlungen gesetzlich definiert, die von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten ausgesprochen wurden und dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen zu verbessern. Dabei mussten die angesprochenen Vereinigungen kleiner und mittlerer Unternehmen nicht auf Dauer angelegt sein, sondern konnten sich mit ihrer Tätigkeit auf die Herausgabe einer oder mehrerer Empfehlungen beschränken.

---

117) EG-Kommission, Entscheidung vom 5. 6. 1996, IV/34987, ‚FENEX‘, ABl. EG Nr. L 181, 28 vom 20. 7. 1996 und 26. Wettbewerbsbericht 1996, S. 129.

118) EuGH, Urteil vom 29. 10. 1980, 209-215, 218/78, WuW/E EWG/MUV 494 ‚FEDETAB‘; EG-Kommission, Entscheidung vom 26. 10. 1999, IV/33884, WuW/E EU-V 522 ‚FEG und TU‘.

### **Mittelstandsempfehlung über Zusatzleistungen**

*In einer Branche geraten gerade kleine und mittlere Unternehmen zunehmend dadurch unter Druck, dass ihnen ihre Vertragspartner immer mehr Zusatzleistungen kostenlos als Voraussetzungen für den Vertragsschluss abverlangen. Dabei argumentieren sie damit, dass derartige Beigaben branchenüblich seien. Die Mittelstandsabteilung eines Branchenverbandes stellt fest, dass diese Beigaben üblicherweise angemessen zu vergüten sind und gibt einen entsprechenden Beschluss an ihre Mitglieder weiter. Damit soll den mittelständischen Mitgliedern insbesondere auch eine Argumentationshilfe an die Hand gegeben werden<sup>119</sup>.*

Mittelstandsempfehlungen, die mit einheitlichen Preisen der beteiligten Unternehmen werben, enthalten Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1), sind nach § 1 GWB verboten und nicht nach § 2 GWB freigestellt.

Gemäß § 3 Abs. 1 GWB sind jedoch auch Mittelstandsempfehlungen, welche die Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten durch Rationalisierung verbessern und den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht wesentlich beeinträchtigen, als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie in ihren Wirkungen nicht über diejenigen einer zulässigen Mittelstandskooperation hinausgehen<sup>120</sup>. Freistellungsvoraussetzung ist nach der nunmehrigen Rechtslage eine Rationalisierung im Sinne einer Leistungssteigerung der beteiligten Unternehmen. Bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Mittelstandsempfehlungen legt die Landeskartellbehörde hier jedoch einen großzügigen Maßstab an.

Beschlüsse, die einen ganzen Wirtschaftsbereich betreffen, und entsprechend Empfehlungen, die sich an einen großen Teil der Unternehmen einer Branche richten, können nicht als Mittelstandsempfehlung zulässig sein. Auch ist bei Verbandsempfehlungen Zurückhaltung geboten, die sich auf wesentliche Wettbewerbsparameter beziehen und Kernbeschränkungen enthalten. Empfehlungen, die Kernbeschränkungen betreffen, dürfen die hierfür relevante kritische Marktanteilsschwelle von 12 bis 15 % nicht überschreiten. Empfehlungen, die grenzüberschreitende Wirkung zeitigen können, sind nach europäischem Recht zu beurteilen (☞ I.3.1).

Die Landeskartellbehörde sieht im Grundsatz davon ab, gegen Mittelstandsempfehlungen ein Kartellverfahren einzuleiten und einzuschreiten, es sei denn, das Instrument der Mittelstandsempfehlung wird – beispielsweise für unzulässige Absprachen oder zur Ausübung von Druck – missbraucht oder der Landeskartell-

119) In einem ähnlichen Fall hat die Landeskartellbehörde formlos Auskunft erteilt.

120) Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 441/04, S. 77.

behörde liegen begründete Beschwerden von Kunden, Vorlieferanten oder Konkurrenten der an der Verhaltensabstimmung beteiligten Unternehmen vor.

#### **4.1.4 Empfehlungen über Ladenöffnungszeiten**

Mittels abgestimmter Öffnungszeiten können dem Verbraucher in kleineren Städten, Stadtteilen oder Einkaufszentren eine klare Orientierung über die Geschäftszeiten, ein lebendiges Einkaufsgebiet und ein stets vollständiges Warensortiment präsentiert werden. Entsprechende Empfehlungen dienen also der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit eines Einkaufsgebiets. Dort ansässige kleine oder mittelgroße Einzelhändler sind in höherem Maße auf einheitliche Öffnungszeiten angewiesen als Großbetriebe, welche bereits alleine mit einem großen Warensortiment die Bedürfnisse der Kunden umfassend abdecken können.

Geschäftszeiten und Betriebsferien sind wichtige Bestandteile des Marktauftritts. Wenn miteinander in Wettbewerb stehende Unternehmen sich über ihre Geschäftszeiten ins Einvernehmen setzen, wird dies von den Kartellbehörden grundsätzlich als wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmung angesehen. Dasselbe gilt für berufsständische Vereinbarungen über die Geschäftszeiten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Regelungen von Ladenschluss und Öffnungszeiten einen sozialpolitischen und arbeitsrechtlichen Bezug haben. Absprachen zwischen Gewerbetreibenden über Geschäftszeiten sind keine Tarifvertragsmaterie und stehen nicht deshalb außerhalb des Kartellverbots.

Im Hinblick auf die Vorteile einheitlicher Öffnungszeiten für den Verbraucher und den besseren Besuch der beteiligten Geschäfte, der auch größeren Umsatz zur Folge hat, kann die Empfehlung aber aufgrund einer Freistellung zulässig sein. Rechtliche Grundlage ist – da einheitliche Öffnungszeiten einerseits im Hinblick auf die Identität eines Stadtteils oder Einkaufszentrums als Einkaufsort unerlässlich sind und andererseits den Wettbewerb mit anderen Stadtteilen oder Einkaufszentren nicht berühren – (§ 2 Abs. 1 GWB oder jedenfalls § 3 Abs. 1 GWB).

Inhalt einer Empfehlung kann auch ein rollierendes System von Öffnungszeiten gleichartiger Geschäfte in einer Stadt sein.

Ein erhebliches Interesse der Verbraucher besteht ebenfalls daran, dass wichtige Betriebe nicht alle gleichzeitig schließen und örtlich ein Notdienst, etwa von Apotheken oder Installateuren, und eine Grundversorgung, zum Beispiel durch Bäckereien oder Tankstellen, aufrechterhalten bleiben.

Die gemeinsame Empfehlung von Öffnungszeiten und Betriebsferien, die konkurrierende Unternehmen einer Branche abgeben und an die sich die beteiligten Unternehmen halten wollen, ohne vertraglich gebunden zu sein, beschränkt den Wettbewerb. Sie ist aber gemäß § 2 Abs. 1 GWB vom Kartellverbot ausgenom-

men, weil die Verbraucher einen Vorteil davon haben, so dass sie die örtliche Grundversorgung und Notdienste bei gleichen Kosten für die Bereitstellung stärker in Anspruch nehmen, weil nur durch ein abgestimmte Urlaubszeiten ein Notdienst aufrecht erhalten werden kann und die beteiligten Unternehmen im Übrigen Wettbewerber bleiben.

### ***Mittelstandsempfehlung über einen Elektronotdienst***

*Die im Bereich einer bayerischen Großstadt tätigen Unternehmen des Elektrohandwerks haben einen gemeinschaftlichen Not- und Bereitschaftsdienst eingerichtet, um einen Reparaturdienst außerhalb der üblichen Geschäftszeiten zu gewährleisten. Die ortsansässigen Betriebe beteiligen sich auf freiwilliger Basis an diesem Notdienst und vereinbaren für jedes teilnehmende Unternehmen bestimmte Bereitschaftszeiten, damit dem Bürger in Notfällen auch außerhalb der Geschäftszeiten fachkundige Handwerker zur Verfügung stehen. Die Landeskartellbehörde hat Absprachen dieser Art geduldet, nachdem sichergestellt war, dass über die Vereinbarung bestimmter Bereitschaftszeiten hinaus keine weiteren Abstimmungen – etwa über Preise oder Konditionen – erfolgen würden.*

*Eine vergleichbare Abstimmung könnte beispielsweise die Mittelstandsabteilung eines Branchenverbandes zulässigerweise ihren Mitgliedern in Gestalt einer Empfehlung nahe legen.*

### **4.1.5 Empfehlungen über Schlussverkäufe**

Die bekannten Schlussverkaufsperioden erzielen bei den Verbrauchern einen gewissen Werbeeffect und unterstützen wohl auch den Handel bei der Lagerräumung.

Die Landeskartellbehörde sieht jedenfalls davon ab, gegen Empfehlungen über den Zeitraum der Schlussverkäufe ein Kartellverfahren einzuleiten und einzuschreiten, es sei denn, diese Empfehlungen werden – beispielsweise für unzulässige Absprachen über die Preisgestaltung, die Rabattquote oder sonstige Sonderaktionen oder zur Ausübung von Druck, um Unternehmen zur Teilnahme zu bewegen – missbraucht oder der Landeskartellbehörde liegen begründete Beschwerden von Kunden, Vorlieferanten oder Konkurrenten der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen vor. Ferner darf den Unternehmen nicht nahe gelegt werden, Rabatt- oder Sonderaktionen auf die Schlussverkaufszeiträume zu beschränken.

## 4.2 Wettbewerbsregeln

Wirtschaftsverbände und Berufsvereinigungen können gemäß § 24 Abs. 1 GWB Wettbewerbsregeln aufstellen. Solche Regeln dienen der Sicherung und Förderung eines lautereren und leistungsgerechten Wettbewerbs und definieren, was in einer Branche als unlauter gelten soll. Sie sind unverbindlich. Das Bedürfnis für Wettbewerbsregeln ergibt sich daraus, dass die Anwendung der Wettbewerbsgesetze teilweise unklar ist. Wettbewerbsregeln sind ein wichtiges Instrument zum Interessenausgleich gerade auch zwischen den auf verschiedenen Marktstufen tätigen Unternehmen und haben zudem verbraucherschützende Funktion<sup>121</sup>.

Wettbewerbsregeln fallen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen grundsätzlich unter das Kartellverbot, wenn sie nach ihrem Inhalt spürbare Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken. Fördern sie auf diese Weise lautereren oder leistungsfähigen Wettbewerb, werden im Allgemeinen jedoch die Freistellungsvoraussetzungen (III.3.1.1) vorliegen. Für ihre kartellrechtliche Zulässigkeit gelten keine besonderen Regelungen.

Nach altem Recht anerkannte Wettbewerbsregeln bleiben bis Ende 2007 wirksam.

Das europäische Recht kennt keine besonderen Vorschriften für Wettbewerbsregeln.

---

121) Begründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drs. 441/04, S. 54.



**Sicherstellung  
kartellrechtskonformen Verhaltens**

**IV**

Im System der sog. Legalausnahme (I.3.2) des geltenden Kartellrechts sind Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die nicht unter das Kartellverbot fallen, ebenso zulässig wie wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die von einer Ausnahmeregelung profitieren, ohne dass es einer vorherigen Befassung der zuständigen Kartellbehörde bedarf. Kehrseite des Abbaus von Anmelde-, Auskunft- und Nachweispflichten gegenüber den Kartellbehörden ist aus unternehmerischer Sicht eine höhere Eigenverantwortung. Nun liegt es in der Hand eines jeden Unternehmens, selbst zu beurteilen, ob eine Kooperation kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Die Möglichkeiten sind begrenzt, im Einzelfall eine behördliche Stellungnahme zur Zulässigkeit einer Kooperation zu erhalten und Zusagen zu machen, um Kartellrechtskonformität herzustellen.

## 1. Unternehmerische Obliegenheiten

Weder sollten betriebswirtschaftlich sinnvolle und zulässige Kooperationen wegen der unbegründeten Befürchtung eines Kartellverstoßes unterbleiben noch wettbewerbsbeschränkende Kooperationen leichtfertig eingegangen werden. Wichtig ist, dass problematische Vereinbarungen oder Verhaltensabstimmungen erkannt und kritisch überprüft werden. Dazu ist es unerlässlich, dass sich die Eigentümer oder die Entscheidungsträger der Unternehmen über die Grundzüge des Kartellrechts informieren.

Die Landeskartellbehörde rät, Kooperationen schriftlich zu fixieren, zunächst in einer Selbsteinschätzung *vor* ihrer Unterzeichnung kartellrechtlich zu überprüfen und in zweifelhaften Fragen rechtskundigen Rat durch einen Rechtsanwalt oder einen Wirtschaftsverband einzuholen. Der vorliegende Ratgeber soll sowohl Hilfestellung bei der Selbsteinschätzung leisten als auch das ratsuchende mittelständische Unternehmen bei der Vorbereitung einer Rechtsberatung<sup>122</sup> unterstützen. Außerdem ist generell kartellrechtskonformes Verhalten – das nicht nur Kooperationen betrifft – im Unternehmen sicher zu stellen.

### 1.1 Kartellrechtstreue im Unternehmen

Unter Kartellrechtstreue<sup>123</sup> sei allgemein die Befolgung kartellrechtlicher Anforderungen verstanden.

Das heißt – je nach Größe des Unternehmens – nicht nur grundsätzliche Kenntnis des Kartellrechts und insbesondere Beachtung des Verbotes von wettbewerbs-

122) Die Kartellbehörden können Rechtsberatung aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen – fehlende Arbeitskapazität – nicht leisten.

123) Das englische Wort ‚compliance‘ bezeichnet den Sachverhalt vielleicht exakter: ‚Compliance‘ bedeutet die Erfüllung oder Befolgung bestimmter Anforderungen.

beschränkenden Absprachen durch die Eigentümer und leitenden Angestellten des Unternehmens.

Auch Mitarbeiter des Unternehmens, die in kartellrechtsrelevanten, zur jeweiligen Marktgegensseite hin orientierten Bereichen des Unternehmens tätig sind, müssen in längeren Zeitabständen zur Beachtung des Kartellrechts angeleitet werden. Die Anleitung sollte über allgemeine Hinweise auf Existenz und Ziel des Kartellrechts hinaus eine Belehrung über die branchen- und tätigkeitstypischen Fälle unzulässiger Absprachen umfassen.<sup>124</sup> Neben die ordnungsgemäße Anleitung muss eine effektive Überwachung treten – beispielsweise durch stichprobenartige, überraschende Prüfungen. Trotzdem festgestellte Kartellrechtsverstöße dürfen nicht geduldet werden und müssen auch unternehmensintern Folgen nach sich ziehen.

Zweck der Maßnahmen ist zu allererst die Vermeidung von Kartellrechtsverstößen. Haben sich ein Unternehmen, dessen Eigentümer, Leiter oder ein beauftragter leitender Angestellter, die wegen der Verletzung von Aufsichtspflichten mit einem Bußgeld belegt werden sollten, in angemessener Weise um Kartellrechtstreue im Unternehmen bemüht, wird dies auch bei der Verhängung eines Bußgelds (V.2.) berücksichtigt.

## 1.2 Selbsteinschätzung des Kooperationsvorhabens

Durch eine sorgfältige Selbsteinschätzung – im Unternehmen selbst oder durch einen spezialisierten Dritten – lässt sich die Gefahr eines Kartellverstößes wesentlich verringern. Kartellbehördliche Bußgelder (V.2.) und Schadensersatzklagen Dritter (V.3.) können dann mangels eines schuldhaften Verstößes ausscheiden. Eine Geschäftsleitung, die sich im Falle der Zusammenarbeit mit anderen Marktbeteiligten um eine kartellrechtliche Selbsteinschätzung gar nicht kümmert oder sich bewusst über erkannte kartellrechtliche Bedenken hinwegsetzt, verletzt die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Unternehmers.

Grundlage der Selbsteinschätzung sind der Kooperationsvertrag, aus dem sich jedenfalls die Kooperationspartner sowie Inhalt und Umfang der Kooperationen ergeben sollten, Marktkenntnis sowie eine ansatzweise kartellrechtliche Bewertung der Zusammenarbeit.

---

<sup>124</sup> EuGH, Urteil vom 8. 7. 1999, C-199/92 P, WuW/ EU-R 226 „Hüls/Europäische Kommission“: Bei der Teilnahme an einer Sitzung mit kartellrechtswidrigen Tagesordnungspunkten etwa ist eine innere Distanzierung nicht ausreichend. Um auf der sicheren Seite zu sein, muss sich der Teilnehmer, dessen Verhalten dem Unternehmen zugerechnet wird, offen von den kartellrechtswidrigen Tagesordnungspunkten distanzieren

### 1.2.1 Tatsächliche Grundlagen

Die wettbewerbliche Bedeutung einer in Erwägung gezogenen Kooperation kann etwa mit Hilfe der folgenden tatsächlichen Angaben abgeschätzt werden:

- a) Eigenes Unternehmen
  - Jahresumsatz
  - Zahl der Mitarbeiter
  - Beteiligungsverhältnisse: Wer sind die Gesellschafter? Sind insbesondere Großunternehmen beteiligt? An welchen Unternehmen bestehen Beteiligungen?
- b) Partner der Zusammenarbeit
  - Jahresumsatz
  - Zahl der Mitarbeiter
  - Beteiligungsverhältnisse: Wer sind die Gesellschafter? Sind insbesondere Großunternehmen beteiligt? An welchen Unternehmen bestehen Beteiligungen?
- c) Betroffene Märkte
  - Welche Produkte bieten sämtliche der möglichen Kooperationspartner derzeit an oder fragen sie nach?
  - Sachlich relevanter Markt: Welche Produkte sind von der Zusammenarbeit erfasst?
  - In welchen räumlichen Gebieten sind die möglichen Kooperationspartner als Anbieter oder Nachfrager am Markt?
    - ausschließlich in Deutschland
    - in der Europäischen Gemeinschaft
    - außerhalb der Europäischen Gemeinschaft
  - Räumlich relevanter Markt: In welchen räumlichen Gebieten bieten mindestens zwei der Kooperationspartner regelmäßig und nachhaltig an oder fragen nach?
  - Gibt es aus der Sicht der jeweiligen Marktgegenseite Substitutionsgüter in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht, das heißt mit den von der Zusammenarbeit erfassten Produkten austauschbare Güter?
  - Gibt es größere Wettbewerber der an der möglichen Kooperation beteiligten Unternehmen?

## d) Marktanteile

- Welche wert- und mengenmäßigen Umsätze haben die Kooperationspartner im sachlich und räumlich relevanten Markt in den letzten beiden Jahren mit den Gütern erzielt, die den Gegenstand der Zusammenarbeit bilden? Umsätze außerhalb des relevanten Marktes finden hier keine Berücksichtigung.
- Welche wert- und mengenmäßigen Umsätze haben die Wettbewerber im sachlich und räumlich relevanten Markt in den letzten beiden Jahren mit den Gütern erzielt, die den Gegenstand der Zusammenarbeit bilden? Umsätze außerhalb des relevanten Marktes finden hier keine Berücksichtigung.
- Wie hoch ist der Marktanteil der Kooperation?  
Die Zahlenwerte ergeben sich rechnerisch aus den Angaben zu den beiden vorhergehenden Fragen.

## e) Kooperation

- In welchen unternehmerischen Funktionen soll eine Zusammenarbeit stattfinden – beispielsweise in Produktion, Vertrieb, Einkauf, Werbung, Forschung und Entwicklung?
- Dient die Zusammenarbeit der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge? Welche betriebswirtschaftlichen Vorteile ergeben sich für jeden einzelnen Kartellpartner?
- Hat die Zusammenarbeit auch Vorteile für die Abnehmer oder andere Marktteilnehmer?
- Sind Kooperationspartner bereits in anderen Kooperationen auf demselben sachlich oder räumlich relevanten Markt tätig?

Den erforderlichen Überblick über den relevanten Markt zu erlangen, kann im Einzelfall schwierig sein. Insbesondere werden die an einer ins Auge gefassten Zusammenarbeit unbeteiligten Wettbewerber regelmäßig nicht bereit sein, ihre Umsätze im relevanten Markt zu nennen. Nach den Erfahrungen der Kartellbehörden neigen nicht selten aber auch miteinander kooperierende mittelständische Unternehmen dazu, Umsatzzahlen voneinander geheim zu halten.

Das bedeutet, dass die kartellrechtliche Selbsteinschätzung notwendiger Weise auf – allerdings plausiblen und von Marktkenntnis geprägten – Schätzungen beruhen muss. Ein weiteres Problem liegt darin, dass die Einschätzung künftiger Entwicklungen immer mit einer Prognose verbunden ist. Umso dringender ist anzuraten, den Erkenntnisvorgang zu dokumentieren und das der Selbsteinschätzung zugrunde gelegte Datenmaterial aufzubewahren. Es kann auch sinn-

voll sein, sich die Angaben der Kooperationspartner – wenn möglich vertraglich – absichern zu lassen.

### 1.2.2 Rechtliche Bewertung

Für eine erste kartellrechtliche Bewertung bietet der Ratgeber das unten angeführte Prüfungsschema an. Das Schema wurde nach bestem Wissen erstellt. Eine Gewähr für seine Vollständigkeit und Richtigkeit kann allerdings nicht übernommen werden, zumal die Auslegung etlicher Rechtsbegriffe umstritten ist und Rechtsprechung, die gerade im System der sog. Legalausnahme verbindlich über die Tragweite des Kartellverbots und der Ausnahmen davon entscheidet, nicht zu allen Zweifelsfragen vorliegt. Die wesentlichen Aspekte für eine Selbsteinschätzung sind in diesem Ratgeber – ebenfalls ohne den Anspruch auf Vollständigkeit – angesprochen. Das Schema und die Ausführungen im Ratgeber ersetzen nicht eine auf den Einzelfall bezogene Rechtsberatung.

Die Beweislast dafür, dass ein bestimmtes Verhalten prinzipiell unter das Kartellverbot fällt, trägt im Grundsatz derjenige, der sich auf den Kartellverstoß berufen will, darunter auch ein Kooperationspartner, der die Unwirksamkeit der Vereinbarung geltend macht. Die Beweislast dafür, dass die Freistellungsvoraussetzungen vorliegen und ein wettbewerbsbeschränkender Vertrag deshalb wirksam ist, obliegt im Grundsatz dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung, die sich darauf berufen<sup>125</sup>.

Auch die praktizierte Kooperation bedarf einer gewissen Überprüfung im Hinblick auf ihre Kartellrechtskonformität. Tritt beispielsweise der erwartete Effizienzgewinn nicht ein, können entgegen der Prognose die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Kooperation überwiegen. Aufgrund einer Veränderung der Marktstrukturen – sei es durch das Ausscheiden wichtiger Wettbewerber oder sei es durch signifikante Marktanteilsgewinne der Kooperationspartner – kann eine zunächst zulässige Kooperation in die Unzulässigkeit hineinwachsen. Denkbar ist es auch, dass die Kooperationspartner nach und nach über die ursprüngliche Vereinbarung hinausgehende Verhaltensabstimmungen praktizieren. Die zunächst gefundene kartellrechtliche Beurteilung sollte daher in regelmäßigen Zeitabständen daraufhin überprüft werden, ob sie nach wie vor zutrifft. Ratsam ist auch eine Regelung im Kartellvertrag für den Fall relevanter Marktveränderungen.

---

125) Art. 2 VO (EG) Nr. 1/03, ebenso im deutschen Recht.

### 1.2.3 Erste kartellrechtliche Bewertung

#### **Fällt das Verhalten unter das Kartellverbot?<sup>126</sup>**

##### **Tatbestandsmerkmale:**

- Unternehmerisches Handeln (III.2.1)
- Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise (III.2.2)
- Spürbare Wettbewerbsbeschränkung (III.2.4 und 5), insbesondere Vorliegen von Kernbeschränkungen (☞ II.3.3.1)

Sämtliche Tatbestandsmerkmale müssen erfüllt sein. Die Rechtsform der Zusammenarbeit ist dagegen unerheblich.

##### **Eine Verhaltensabstimmung kann ausnahmsweise zulässig sein**

- als vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkung (III. 2.4.2)
- als kartellfreie Kooperation (III.2.6)
- wenn sie anerkannten Wettbewerbsregeln entspricht (III.4.2)
- Mindestens ein Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots ist nicht erfüllt oder es gilt eine Ausnahme: *Das Verhalten ist erlaubt.*
- Alle Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots sind erfüllt und es gilt keine der Ausnahmen: *Das Verhalten fällt unter das Kartellverbot und muß weiter geprüft werden.*

#### **Ist das Verhalten freigestellt und deshalb zulässig?**

##### **(1) Als Mittelstandskooperation gemäß § 3 GWB (III.3.1.3)<sup>127</sup>**

##### **Voraussetzungen:**

- Vereinbarung zwischen kleinen und/oder mittleren Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe
- der Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft wird nicht spürbar beeinträchtigt (☞ I.3.1)
- die Zusammenarbeit hat Rationalisierungswirkung
- es gibt keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung
- Alle Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor: *Das Verhalten ist erlaubt.*

126) Wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft spürbar beeinträchtigt, ist ausschließlich europäisches Recht und damit Art. 81 EG anzuwenden. Wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beeinträchtigt, kommt deutsches Recht und damit § 1 ff GWB zur Anwendung. Die Vorschriften sind inhaltsgleich; ihre Anwendung kommt zum selben Ergebnis.

127) Die Mittelstandskooperation als weitestgehende Freistellung ist zunächst zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen für eine Freistellung nach § 3 GWB vor, erübrigt sich eine Prüfung des § 2 GWB, sofern und solange eine zwischenstaatliche Wirkung zuverlässig ausgeschlossen werden kann.

(2) Als typische Verhaltensweise entsprechend einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 2 Abs.2 GWB (III.3.1.2)

*In Betracht kommen insbesondere:*

- die Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung (III.3.2.1.2)
- die Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung (III.3.2.4.2) mit jeweils besonderen Freistellungs Voraussetzungen.
- Alle Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor: *Das Verhalten ist erlaubt.*

(3) Als einzeln freigestelltes Verhalten gemäß § 2 Abs.1 GWB (III.3.1.1)

*Voraussetzungen:*

- Effizienzgewinn
- Weitergabe des Effizienzgewinns
- Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung
- keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs.
- Alle Voraussetzungen der Einzelfreistellung sind erfüllt:  
*Das Verhalten ist erlaubt.*
- Mindestens ein Tatbestandsmerkmal der Einzelfreistellung ist nicht erfüllt: *Das Verhalten ist verboten.*

## 2. Einbindung der Kartellbehörden

Kartellbehörden sind die Europäische Kommission auf europäischer Ebene, in Deutschland das Bundeskartellamt und die Wirtschaftsministerien und -senatoren der Länder als Landeskartellbehörden. Die deutschen Kartellbehörden sind zum Vollzug sowohl des europäischen als auch des deutschen Kartellrechts befugt. Die Europäische Kommission vollzieht nur europäisches Recht.

### 2.1 Zuständigkeit von Europäischer Kommission, Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden

Für den Vollzug des Kartellrechts sind grundsätzlich die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten zuständig. Die deutschen Kartellbehörden wenden also europäisches und deutsches Kartellrecht an. Nur bei einem unternehmerischen Verhalten am Markt, das geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (☞ I.3.1), ist der Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts eröffnet und damit eine Fallbehandlung durch die Europäische Kommission überhaupt nur möglich.

Die Europäische Kommission will sich allerdings im Rahmen des geltenden Systems der sog. Legalausnahme, das behördliches Tätigwerden im Regelfall nicht vorsieht, auf Grundsatzfragen, die Entwicklung allgemein geltender wettbewerbspolitischer Vorgaben und die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung des europäischen Kartellrechts beschränken und sich beim Gesetzesvollzug im Übrigen auf die schwerwiegendsten Zuwiderhandlungen gegen das europäische Kartellverbot konzentrieren<sup>128</sup>. Nur ganz ausnahmsweise wird die Europäische Kommission in Einzelfällen über Unternehmenskooperationen entscheiden, wenn sie sich für ‚deren Behandlung besonders gut geeignet‘ hält.

Das Bundeskartellamt ist zuständig für Wettbewerbshandlungen, deren Wirkung innerhalb der Bundesrepublik über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Das ist der Fall, wenn die betroffenen Märkte über die Grenzen eines Bundeslandes hinausgehen. Die Landeskartellbehörden sind zuständig für Wettbewerbshandlungen, deren Wirkung innerhalb der Bundesrepublik nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausgeht, und zwar auch dann, wenn neben dem betreffenden Bundesland auch Märkte im Ausland betroffen sind. Es kommt also auf die räumliche Ausdehnung des jeweiligen relevanten Marktes an.

Im Einzelfall kann die Landeskartellbehörde einen Fall zur Behandlung an das Bundeskartellamt abgeben und umgekehrt, wenn dies aufgrund der Umstände der Sache angezeigt ist. Hierzu gibt es ebenfalls noch keine gefestigte Verwaltungspraxis.

## **2.2 Entscheidung der Europäischen Kommission über die Nichtanwendbarkeit des europäischen Kartellverbots**

Das System der sog. Legalausnahme im geltenden Kartellrecht lässt grundsätzlich keinen Raum für eine allgemeinverbindliche Unbedenklichkeitsbescheinigung der Kartellbehörden. Den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt ist eine Entscheidung oder Freistellung des Inhalts, dass eine bestimmte Vereinbarung, ein bestimmter Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder ein bestimmtes abgestimmtes Verhalten nicht gegen Kartellrecht verstoße oder wegen einer Ausnahme vom Kartellverbot rechtmäßig sei, von Gesetzes wegen weder bei Anwendung des europäischen noch des deutschen Kartellrechts möglich.

Allein die Europäische Kommission kann in Ausnahmefällen, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft erforderlich ist, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicherzustellen, eine – deklaratorische – Entscheidung treffen, in der sie die Nichtanwendbarkeit des in Art. 81, 82 EG verankerten europarechtlichen Kar-

<sup>128</sup>) Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Europäische Kommission gemäß Art. 81 und 82 EG-Vertrag (2004/C 101/05) vom 27.4.2004, Rn. 11.

tellverbots feststellt<sup>129</sup>. Das kann insbesondere bei neuen Formen der Zusammenarbeit in Betracht kommen, deren rechtliche Beurteilung noch offen ist<sup>130</sup>. Die Europäische Kommission trifft die Nichtanwendbarkeitsentscheidung aufgrund einer umfassenden Beurteilung des Sachverhalts.

Obwohl die rechtliche Bindungswirkung einer solchen Entscheidung der Europäischen Kommission für die nationalen Kartellbehörden und Gerichte erst im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abschließend geklärt werden muss, kann man von einer faktischen Bindung ausgehen. Die nationalen Kartellbehörden werden sich im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht in Widerspruch zu einer Nichtanwendbarkeitsentscheidung der Europäischen Kommission setzen und auch die Gerichte sind angehalten, keine Urteile zu erlassen, die einer Entscheidung der Europäischen Kommission zuwiderlaufen<sup>131</sup>. Ob sie eine Nichtanwendbarkeitsentscheidung trifft, steht allerdings im Ermessen der Europäischen Kommission. Das Unternehmen teilt den Sachverhalt mit. Die Europäische Kommission wird dann gegebenenfalls von Amts wegen tätig. Einen Anspruch auf eine Entscheidung haben die beteiligten Unternehmen nicht.

Es wird daher kaum jemals vorkommen, dass kleine und mittlere Unternehmen eine Entscheidung der Europäischen Kommission erlangen, in der diese die Nichtanwendbarkeit des europäischen Kartellverbots auf eine Kooperation feststellt.

### 2.3 Nichttätigkeitsverfügung

Die nationalen Kartellbehörden und wohl auch die Europäische Kommission können eine Nichttätigkeitsverfügung<sup>132</sup> ausstellen. In einer solchen Verfügung stellt die Kartellbehörde fest, dass für sie – basierend auf dem ihr mitgeteilten und einer kartellrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegten Sachverhalt – kein Anlass besteht, tätig zu werden, weil nach ihrem Dafürhalten die Voraussetzungen für ein kartellrechtliches Verbot nicht vorliegen. Gegebenenfalls können die kooperierenden Unternehmen durch entsprechende Zusagen die kartellbehördliche Beurteilung zu ihren Gunsten beeinflussen.

Nichttätigkeitsverfügungen der deutschen Kartellbehörden betreffen das europäische und das deutsche Kartellverbot. Die Verfügung bezieht sich jeweils nur auf die Tätigkeit der entscheidenden Kartellbehörde selbst; sie vermag andere Behörden und Gerichte nicht zu binden; insbesondere hat die Nichttätigkeitsverfügung keine Freistellung vom Kartellverbot zum Inhalt. Hält sich eine Kartellbehör-

---

129) Art. 10 VO (EG) Nr. 1/03.

130) VO (EG) Nr. 1/03, Rn. 14.

131) Art. 16 VO (EG) Nr. 1/03.

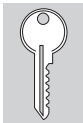
132) Art. 5 VO (EG) Nr. 1/03; § 32c GWB für die nationalen Kartellbehörden.

de allerdings für unzuständig, wird sie keine Nichttätigkeitsverfügung ausstellen, sondern den Fall an die zuständige Stelle weitergeben. Faktisch werden sich aber andere Behörden und Gerichte mit der erteilten Nichttätigkeitsverfügung einer zuständigen Kartellbehörde jedenfalls eingehend auseinandersetzen müssen. Die rechtliche Grundlage der Nichttätigkeitsverfügung, § 32 c GWB, stellt es in das Ermessen der Kartellbehörden, ob sie überhaupt eine Nichttätigkeitsverfügung erteilt.

Die Partner einer – geplanten – Mittelstandskooperation können im Einzelfall gemäß § 3 Abs. 2 GWB einen Anspruch darauf haben, dass die zuständige Kartellbehörde eine förmliche Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung einer Nichttätigkeitsverfügung trifft. Der Anspruch soll die Auswirkungen des Systems der sog. Legalausnahme auf kleine und mittlere Unternehmen abmildern, die keine eigene Rechtsabteilung haben. Er besteht nur während einer Übergangszeit bis zum 30. Juni 2009.

§ 3 Abs. 2 GWB ist eine Besonderheit des deutschen Rechts und hat im europäischen Recht keine Entsprechung. Ein Anspruch auf Nichttätigkeitsverfügung kann daher nur bei einer Zusammenarbeit geltend gemacht werden, die nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (☞ I.3.1). Im Übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen einer kartellbehördlichen Nichttätigkeitsverfügung: Die Zusammenarbeit darf entweder das Kartellverbot nicht verwirklichen oder sie muss durch eine Gruppenfreistellungsverordnung, aufgrund einer Einzelfreistellung oder gemäß § 2 GWB in Verbindung mit einer Gruppenfreistellungsverordnung oder einer Einzelfreistellung erlaubt sein. Ein Anspruch auf Nichttätigkeitsverfügung besteht nur dann, wenn eine Kooperation als Mittelstandskartell erlaubt ist.

Um eine Nichttätigkeitsverfügung zu erhalten, müssen die Kooperationspartner bei der zuständigen Kartellbehörde einen Antrag stellen. Für einen Anspruch auf Nichttätigkeitsverfügung ist Voraussetzung, dass die an einer Kooperation beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer kartellbehördlichen Entscheidung darlegen. Ein erhebliches rechtliches Interesse liegt insbesondere dann vor, wenn eine ungeklärte Rechtsfrage entscheidungserheblich ist. Ein erhebliches wirtschaftliches Interesse ist gegeben, wenn mit der Kooperation größere Investitionen verbunden sind.



## ANTRAG AUF BEHÖRDLICHE NICHTTÄTIGKEITSVERFÜGUNG

Jedes an einer Kooperation beteiligte Unternehmen kann stets einen informellen Antrag auf den Erlass einer Nichttätigkeitsverfügung bei einer deutschen Kartellbehörde stellen. Dazu sollte es jedenfalls Unterlagen über die Kooperationspartner sowie Inhalt und Umfang der (geplanten) Zusammenarbeit vorlegen.

Machen Unternehmen im Falle einer Mittelstandskooperation einen Anspruch auf eine behördliche Entscheidung geltend, so müssen die Kooperationspartner ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer derartigen Entscheidung darlegen. Ein solches kann angenommen werden, wenn bei der Kooperation neue, bisher behördlich oder gerichtlich nicht geklärte Rechtsfragen auftreten und/oder beträchtliche Investitionen oder längerfristige rechtliche Bindungen mit der Kooperationsvereinbarung verbunden sind.

Ein Antrag auf behördliche Nichttätigkeitsverfügung ist nur dann Erfolg versprechend, wenn die Kooperation ernsthaft geplant und zumindest in ihren Eckpunkten bereits ausverhandelt ist. Der Antrag bei der Landeskartellbehörde muss dabei die in ihren Verwaltungsgrundsätzen vom 2. August 2005 (VI.2.1) niedergelegten Unterlagen und Erklärungen beinhalten.

## 2.4 Anerkennung von Wettbewerbsregeln

Wettbewerbsregeln sind eine Besonderheit des deutschen Rechts (III.4.2). Sie sind Teil selbst geschaffener Verhaltensregeln von Unternehmen einer Branche, die der Förderung eines lauterer und leistungsgerechten Wettbewerbs dienen sollen. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen können gemäß § 24 Abs. 3 und 4 GWB bei der zuständigen Kartellbehörde weiterhin die Anerkennung ihrer Wettbewerbsregeln beantragen. Die Kartellbehörde muss dann prüfen, ob die Wettbewerbsregeln gegen das Kartellverbot verstoßen und gegebenenfalls freigestellt sind. Ferner überprüft die Behörde die Vereinbarkeit der Wettbewerbsregeln mit anderen Rechtsvorschriften, insbesondere des GWB und des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG). Anders als nach der bis zum Ende Juni 2005 geltenden Rechtslage sind Wettbewerbsregeln im wettbewerbsrechtlichen Graubereich nicht mehr ‚nach pflichtgemäßem Ermessen‘ anerkennungsfähig. Konnten die Kartellbehörden nach der alten Rechtslage Wettbewerbsregeln anerkennen, die ihnen hinnehmbar erschienen ohne ihre kartellrechtliche Zulässigkeit abschließend festzustellen, so sind zukünftig nur noch kartellrechtskonforme Wettbewerbsregeln anerkennungsfähig (§ 26 Abs. 2 GWB). Die Anerkennung von Wettbewerbsregeln entspricht damit einer Nichttätigkeitsverfügung. Die ver-

fahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Anerkennung von Wettbewerbsregeln ergeben sich aus den §§ 24 ff. GWB.

## 2.5 Behördliche Auskunft

Ein Auskunftsgespräch kann sowohl dem Antragsteller einer Nichttätigkeitsverfügung als auch der zuständigen Kartellbehörde umfangreiche Untersuchungen und Darlegungen ersparen.

Die bayerische Landeskartellbehörde erteilt nach bestem Wissen informelle Auskunft über Sachverhalte, die ihrer Zuständigkeit unterliegen. Um einen Verstoß gegen das Kartellverbot zu vermeiden, empfiehlt es sich, eine in Aussicht genommene Verhaltensabstimmung bereits dann zur kartellrechtlichen Beurteilung vorzutragen, wenn der Inhalt der Kooperation abschließend verhandelt, aber noch nicht ins Werk gesetzt ist. Auf Gestaltungsmöglichkeiten einer nach dem Kartellrecht zulässigen Kooperation kann die zuständige Kartellbehörde hinweisen.

Die Europäische Kommission hat eine Bekanntmachung über informelle Beratung zu den Art. 81 und 82 EG herausgegeben<sup>133</sup>. In Beratungsschreiben will sich die Europäische Kommission in erster Linie mit Vereinbarungen und Verhaltensweisen befassen, die neue oder ungelöste Fragen aufwerfen. Die Schreiben der Europäischen Kommission bieten eine wesentliche Orientierung für die Beurteilung von Kooperationsvereinbarungen auch nach dem GWB. Beratungsschreiben der Europäischen Kommission sind informell und unverbindlich und werden, befreit um Geschäftsgeheimnisse, auf ihrer Website<sup>134</sup> veröffentlicht.

---

133) Bekanntmachung der Europäische Kommission über informelle Beratung (2004/C 101/06) vom 27.4. 2004.

134) [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_de.html) (Stand April 2006)



## **Folgen eines Kartellverstoßes**



Ein kartellrechtswidriger Kooperationsvertrag verfehlt seine Zwecke, die Zusammenarbeit auf eine solide Basis zu stellen und den Beteiligten Investitionssicherheit zu bieten. Neben der Nichtigkeit der kartellrechtswidrigen Vereinbarungen drohen kartellbehördliche Maßnahmen sowie zivilrechtliche Ansprüche der von dem Kartellverstoß Betroffenen. Kartellrechtswidriges Verhalten bei Ausschreibungen kann, wenn § 298 des Strafgesetzbuches (StGB) verwirklicht ist, auch strafrechtlich relevant sein. Ferner schadet die Beteiligung an einem verbotenen Kartell dem guten Ruf eines jeden Unternehmens.

## 1. Nichtigkeit der Kartellabsprachen

Die kartellrechtswidrige Vereinbarung ist nichtig gemäß § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in Verbindung mit § 1 GWB oder Art. 81 Abs. 2 EG. Die Vertragsparteien können sich also nicht darauf berufen. In der Regel wird sich die Nichtigkeit darüber hinaus auf die gesamte Kooperationsvereinbarung erstrecken, wenn die wettbewerbswidrige Klausel mit dem übrigen Vertrag in einem untrennbar engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht.

## 2. Kartellbehördliche Maßnahmen

Die Kartellbehörden üben hoheitliche Wettbewerbskontrolle aus. Sie haben neben der Untersuchungs- und Auskunftsbefugnis bei konkreten Verdachtsfällen auch die Möglichkeit, durch ein Enquêteverfahren nach § 32e GWB einzelne Wirtschaftszweige und einzelne Arten von Vereinbarungen zu untersuchen.

Bei der Aufdeckung und Verfolgung von Kartellrechtsverstößen spielen Beschwerden von Wettbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern und in zunehmendem Maße auch Selbstanzeigen von Kartellbeteiligten eine wichtige Rolle. Kartellteilnehmern, die dazu beitragen, ein Kartell aufzudecken, stellt die Bayerische Landeskartellbehörde nach den in ihrer Bonusregelung (VI.2.2) niedergelegten Voraussetzungen wie auch die anderen Kartellbehörden einen Bußgelderlass oder eine Bußgeldreduktion in Aussicht.

Kartellrechtsverletzungen können die Kartellbehörden mittels Untersagungsverfügung abstellen und in dringenden Fällen einstweilige Maßnahmen anordnen. Sie sind auch befugt, im Einzelfall den Vorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung unter dort genau festgelegten Voraussetzungen zu entziehen (☞ II.4.3) und dann das betroffene Kartell einer Einzelfallprüfung zu unterziehen.

Ein vorsätzlich oder fahrlässig begangener Kartellrechtsverstoß ist eine Ordnungswidrigkeit, die gemäß § 81 GWB mit einem Bußgeld geahndet werden kann. Der Regelbußgeldrahmen beträgt bis 1 Mio. Euro für jeden schwerwiegenden Verstoß, bis 100.000 Euro für weniger gravierende Verstöße. Bei schwer-

wiegenden Verstößen kann die Geldbuße darüber hinaus für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes des vorhergegangenen Geschäftsjahres betragen. Die Höhe der Geldbuße richtet sich nach Dauer und Schwere des Verstoßes sowie nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Bußgeldadressaten.

Die Geldbuße dient in jedem Fall der Ahndung des Kartellverstoßes. Die Kartellbehörden können daneben mit der Geldbuße auch den wirtschaftlichen Vorteil ausgleichen, der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten gezogen wurde. Wenn die Kartellbehörde von der Verhängung einer Geldbuße absieht, kann sie auch in einem Verwaltungsverfahren allein den geldwerten Vorteil abschöpfen, den das betroffene Unternehmen durch den Kartellverstoß erlangt hat.

Adressaten von Bußgeldern sind in der bisherigen Praxis der Kartellbehörden

- vorrangig die kartellbeteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen,
- die unmittelbar handelnden Mitarbeiter dieser Unternehmen,
- die Personen, die als Angehörige der vertretungsberechtigten Organe oder Gesellschafter einer Gesellschaft oder gleichgestellte Personen aufsichtspflichtig und dafür verantwortlich sind, dass Mitarbeiter des Unternehmens das geltende Recht nicht verletzen.

Handelt es sich bei dem Kartellrechtsverstoß um den Beschluss einer Unternehmensvereinigung, kommen im Einzelfall auch Geldbußen gegen diejenigen Mitgliedsunternehmen und deren Angehörige in Betracht, die sich bei der Herbeiführung und/oder der Durchsetzung des kartellrechtswidrigen Beschlusses besonders hervorgetan haben, beispielsweise als Vorstand der Unternehmensvereinigung.

Hat eine Kartellbehörde bereits Ermittlungen wegen des Verdachts einer Kartellabsprache aufgenommen, können die mutmaßlichen Kartellbeteiligten Bußgelder und andere behördliche Maßnahmen durch Zusagen über ihr künftiges Verhalten vermeiden und die kartellrechtlichen Bedenken ausräumen. Es steht allerdings im Ermessen der Kartellbehörde, ein Verfahren auf diesem Wege zu erledigen. Die Kartellbehörde erklärt dann die Zusage der Unternehmen für bindend und sagt gleichzeitig zu, dass sie keinen Anlass mehr sieht, gegen das ursprünglich gerügte Verhalten vorzugehen. Daran ist die Kartellbehörde bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage gebunden. Eine Entscheidung darüber, ob tatsächlich ein Wettbewerbsverstoß vorlag oder nicht, wird mit der Erledigung eines Verfahrens auf diesem Wege nicht getroffen. Verpflichtungszusagen kommen insbesondere beim Verdacht auf weniger schwere Kartellverstöße in Betracht. Verstöße gegen Verpflichtungszusagen sind ihrerseits bußgeldbewehrt.

### 3. Kartellrechtliche Ansprüche Geschädigter

Die von einer Kartellabsprache geschädigten Unternehmen und Verbraucher können vor den Zivilgerichten Unterlassung und/oder Schadensersatz verlangen. Der weit überwiegende Teil derartiger privater Kartellrechtsdurchsetzung zielt gegenwärtig auf die Herstellung eines wettbewerbsrechtskonformen Zustandes ab; dies ist beispielsweise der Fall, wenn Belieferungsklagen gegen marktstarke Lieferanten erhoben werden. In Klagen Geschädigter, die in Zukunft wohl an Bedeutung gewinnen wird<sup>135</sup>, liegt ein erhebliches Haftungsrisiko für die an einem Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen. Zivilrechtliche Ansprüche werden sich meist gegen das Unternehmen selbst richten; denkbar sind aber auch Ansprüche gegen die Geschäftsleitung.

Anspruchsberechtigt sind nach der Siebten GWB-Novelle nun neben Wettbewerbern des gegen Kartellrecht verstoßenden Unternehmens auch sonstige Marktbeteiligte, die ein Rechtsverstoß beeinträchtigt, sowie rechtsfähige Wirtschaftsverbände, deren Mitglieder als Mitbewerber von einem Verstoß gegen Kartellrecht berührt sind.

Hat der Erstabnehmer einer Ware absprachebedingt einen überhöhten Preis bezahlt, ihm entstandene Mehrkosten aber aufgrund der Marktverhältnisse auf seine Abnehmer weitergewälzt und daher selbst keinen materiellen Schaden erlitten, so kann ihm der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Kartellbeteiligte dies – im Gegensatz zur Rechtslage im allgemeinen Schadensersatzrecht – dennoch grundsätzlich nicht entgegengehalten.

Wirtschaftsverbände können daneben im Falle von Streu- und Massenschäden – eine Vielzahl von Marktteilnehmern wird jeweils um einen geringen Betrag geschädigt, so dass sich die Rechtsverfolgung für den Einzelnen nicht lohnt – den gesamten wirtschaftlichen Vorteil des gegen Kartellrecht Verstoßenden zugunsten der Staatskasse abschöpfen, sofern die Kartellbehörden keine Abschöpfung anordnen.

Die Gerichte sind an die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes durch eine in- oder ausländischen Kartellbehörde oder die Europäische Kommission gebunden. Geschädigte müssen vor Gericht nur noch darlegen, dass sie infolge der Kartellabsprache einen Schaden erlitten haben. Darin liegt eine erhebliche Erleichterung für die Geltendmachung von Ansprüchen.

---

135) Die Europäische Kommission hat am 19. 12. 2005 ein Grünbuch betreffend Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (SEK(2005) 1732) vorgelegt. Sie will eine zur behördlichen Durchsetzung komplementäre private Kartellrechtsdurchsetzung durch Klagen fördern und wird möglicherweise weitere Initiativen auf Gemeinschaftsebene ergreifen.

**Informationen**

**VI**

# 1. Rechtsgrundlagen

## 1.1 Europäisches Gemeinschaftsrecht

**Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957  
in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 2. Oktober 1997<sup>1</sup>**

– Auszug –

### *Art. 81*

(1)<sup>2</sup> **[Verbotene Vereinbarungen]** Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung des Absatzes der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) **[Nichtigkeit]** Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) **[Ausnahmen]** Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

1) BGBl. II 1998, S. 386, ber. BGBl. II 1999, S. 416; ABl. C 340 vom 10.11.1997, S. 173.

2) Siehe hierzu auch die VO (EG) Nr. 1/03 des Rates (ABl. L 1 vom 04.01.2003, S. 1).

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

## **1.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2114)**

– Auszug –

### **§ 1**

#### ***Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen***

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

### **§ 2**

#### ***Freigestellte Vereinbarungen***

(1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen

nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen.

### § 3

#### *Mittelstandskartelle*

(1) Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, erfüllen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1, wenn

1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und
2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

(2) Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen haben, sofern nicht die Voraussetzungen nach Artikel 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfüllt sind, auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c, wenn sie ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung darlegen. Diese Regelung tritt am 30. Juni 2009 außer Kraft.

### § 19

#### *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*

(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

(2) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

1. ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen.

Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllen.

len. Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.

(3) Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie

1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen,

es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

(4) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt;
2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;
3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist;
4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

## § 22

### *Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*

(1) Auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft im Sinne dieser Bestimmung beeinträchtigen können, können auch die Vorschriften dieses Gesetzes angewandt werden. Ist dies der Fall, ist daneben gemäß Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. EG 2003 Nr. L 1 S. 1) auch Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden.

(2) Die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes darf gemäß Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht beschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung des Artikels 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfasst sind. Die Vorschriften des Zweiten Abschnitts bleiben unberührt. In anderen Fällen richtet sich der Vorrang von Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nach dem insoweit maßgeblichen europäischen Gemeinschaftsrecht.

(3) Auf Handlungen, die einen nach Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verbotenen Missbrauch darstellen, können auch die Vorschriften dieses Gesetzes angewandt werden. Ist dies der Fall, ist daneben gemäß Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auch Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden. Die Anwendung weitergehender Vorschriften dieses Gesetzes bleibt unberührt.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten unbeschadet des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht, soweit die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle angewendet werden. Vorschriften, die überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft abweichendes Ziel verfolgen, bleiben von den Vorschriften dieses Abschnitts unberührt.

## § 24

### *Wettbewerbsregeln Begriff, Antrag auf Anerkennung*

(1) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen können für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen.

(2) Wettbewerbsregeln sind Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen.

(3) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen können bei der Kartellbehörde die Anerkennung von Wettbewerbsregeln beantragen.

(4) Der Antrag auf Anerkennung von Wettbewerbsregeln hat zu enthalten:

1. Name, Rechtsform und Anschrift der Wirtschafts- oder Berufsvereinigung;
2. Name und Anschrift der Person, die sie vertritt;
3. die Angabe des sachlichen und örtlichen Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln;
4. den Wortlaut der Wettbewerbsregeln.

Dem Antrag sind beizufügen:

1. die Satzung der Wirtschafts- oder Berufsvereinigung;
2. der Nachweis, dass die Wettbewerbsregeln satzungsmäßig aufgestellt sind;
3. eine Aufstellung von außenstehenden Wirtschafts- oder Berufsvereinigungen und Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe sowie der Lieferanten- und Abnehmervereinigungen und der Bundesorganisationen der beteiligten Wirtschaftsstufen des betreffenden Wirtschaftszweiges.

In dem Antrag dürfen keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben gemacht oder benutzt werden, um für den Antragsteller oder einen anderen die Anerkennung einer Wettbewerbsregel zu erschleichen.

(5) Änderungen und Ergänzungen anerkannter Wettbewerbsregeln sind der Kartellbehörde mitzuteilen.

## § 25

### *Stellungnahme Dritter*

Die Kartellbehörde hat nichtbeteiligten Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, Wirtschafts- und Berufsvereinigungen der durch die Wettbewerbsregeln betroffenen Lieferanten und Abnehmer sowie den Bundesorganisationen der beteiligten Wirtschaftsstufen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Gleiches gilt für Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt sind. Die Kartellbehörde kann eine öffentliche mündliche Verhandlung über den Antrag auf Anerkennung durchführen, in der es jedermann freisteht, Einwendungen gegen die Anerkennung zu erheben.

## § 26

### *Anerkennung*

(1) Die Anerkennung erfolgt durch Verfügung der Kartellbehörde. Sie hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde von den ihr nach dem Sechsten Abschnitt zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch machen wird.

(2) Soweit eine Wettbewerbsregel gegen das Verbot des § 1 verstößt und nicht nach den §§ 2 und 3 freigestellt ist oder andere Bestimmungen dieses Gesetzes, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder eine andere Rechtsvorschrift verletzt, hat die Kartellbehörde den Antrag auf Anerkennung abzulehnen.

(3) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen haben die Außerkraftsetzung von ihnen aufgestellter, anerkannter Wettbewerbsregeln der Kartellbehörde mitzuteilen.

(4) Die Kartellbehörde hat die Anerkennung zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn sie nachträglich feststellt, dass die Voraussetzungen für die Ablehnung der Anerkennung nach Absatz 2 vorliegen.

## § 27

### *Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln, Bekanntmachungen*

(1) Anerkannte Wettbewerbsregeln sind im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

(2) Im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger sind bekannt zu machen

1. die Anträge nach § 24 Abs. 3;
2. die Anberaumung von Terminen zur mündlichen Verhandlung nach § 25 Satz 3;
3. die Anerkennung von Wettbewerbsregeln, ihrer Änderungen und Ergänzungen;
4. die Ablehnung der Anerkennung nach § 26 Abs. 2, die Rücknahme oder der Widerruf der Anerkennung von Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 4.

(3) Mit der Bekanntmachung der Anträge nach Absatz 2 Nr. 1 ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsregeln, deren Anerkennung beantragt ist, bei der Kartellbehörde zur öffentlichen Einsichtnahme ausgelegt sind.

(4) Soweit die Anträge nach Absatz 2 Nr. 1 zur Anerkennung führen, genügt für die Bekanntmachung der Anerkennung eine Bezugnahme auf die Bekanntmachung der Anträge.

(5) Die Kartellbehörde erteilt zu anerkannten Wettbewerbsregeln, die nicht nach Absatz 1 veröffentlicht worden sind, auf Anfrage Auskunft über die Angaben nach § 24 Abs. 4 Satz 1.

## § 28

### *Landwirtschaft*

(1) § 1 gilt nicht für Vereinbarungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben sowie für Vereinbarungen und Beschlüsse von Vereinigungen von landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben und Vereinigungen von solchen Erzeugervereinigungen über

1. die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder
2. die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse,

sofern sie keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen. Als landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe gelten auch Pflanzen- und Tierzuchtbetriebe und die auf der Stufe dieser Betriebe tätigen Unternehmen.

(2) Für vertikale Preisbindungen, die die Sortierung, Kennzeichnung oder Verpackung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen betreffen, gilt § 1 nicht.

(3) Landwirtschaftliche Erzeugnisse sind die in Anhang I des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft aufgeführten Erzeugnisse sowie die durch Be- oder Verarbeitung dieser Erzeugnisse gewonnenen Waren, deren Be- oder Verarbeitung durch landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe oder ihre Vereinigungen durchgeführt zu werden pflegt.

## § 30

### *Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften*

(1) § 1 gilt nicht für vertikale Preisbindungen, durch die ein Unternehmen, das Zeitungen oder Zeitschriften herstellt, die Abnehmer dieser Erzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Zu Zeitungen und Zeitschriften zählen auch Produkte, die Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren und bei Würdigung der Gesamtum-

stände als überwiegend verlagstypisch anzusehen sind, sowie kombinierte Produkte, bei denen eine Zeitung oder eine Zeitschrift im Vordergrund steht.

(2) Vereinbarungen der in Absatz 1 bezeichneten Art sind, soweit sie Preise und Preisbestandteile betreffen, schriftlich abzufassen. Es genügt, wenn die Beteiligten Urkunden unterzeichnen, die auf eine Preisliste oder auf Preismitteilungen Bezug nehmen. § 126 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet keine Anwendung.

(3) Das Bundeskartellamt kann von Amts wegen oder auf Antrag eines gebundenen Abnehmers die Preisbindung für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen gleichartigen Preisbindung verbieten, wenn

1. die Preisbindung missbräuchlich gehandhabt wird oder
2. die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

### **§ 32**

#### ***Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen***

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft abzustellen.

(2) Sie kann hierzu den Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.

(3) Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.

### **§ 32a**

#### ***Einstweilige Maßnahmen***

(1) Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.

(2) Die Anordnung gemäß Absatz 1 ist zu befristen. Die Frist kann verlängert werden. Sie soll insgesamt ein Jahr nicht überschreiten.

### **§ 32b**

#### ***Verpflichtungszusagen***

(1) Bieten Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens nach § 32 an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beur-

teilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kartellbehörde für diese Unternehmen die Verpflichtungszusagen durch Verfügung für bindend erklären. Die Verfügung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich des Absatzes 2 von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie kann befristet werden.

(2) Die Kartellbehörde kann die Verfügung nach Absatz 1 aufheben und das Verfahren wieder aufnehmen, wenn

1. sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert haben,
2. die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder
3. die Verfügung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht.

### **§ 32c**

#### ***Kein Anlass zum Tätigwerden***

Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1 und 19 bis 21, nach Artikel 81 Abs. 1 oder Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben, so kann sie entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Die Entscheidung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie hat keine Freistellung von einem Verbot im Sinne des Satzes 1 zum Inhalt.

### **§ 32d**

#### ***Entzug der Freistellung***

Haben Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fallen, in einem Einzelfall Wirkungen, die mit § 2 Abs. 1 oder mit Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar sind und auf einem Gebiet im Inland auftreten, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist, so kann die Kartellbehörde den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung in diesem Gebiet entziehen.

### **§ 32e**

#### ***Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen***

(1) Lassen starre Preise oder andere Umstände vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, können das Bundeskartellamt

und die obersten Landesbehörden die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchzuführen.

(2) Im Rahmen dieser Untersuchung können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden die zur Anwendung dieses Gesetzes oder des Artikels 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erforderlichen Ermittlungen durchführen. Sie können dabei von den betreffenden Unternehmen und Vereinigungen Auskünfte verlangen, insbesondere die Unterrichtung über sämtliche Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

(3) Das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden können einen Bericht über die Ergebnisse der Untersuchung nach Absatz 1 veröffentlichen und Dritte um Stellungnahme bitten.

(4) Die §§ 57 und 59 bis 62 gelten entsprechend.

### **§ 33**

#### ***Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht***

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

(3) Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überbewerteten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu

verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(4) Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Schadensersatz begehrt, ist das Gericht insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Entsprechend Artikel 16 Abs. 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

(5) Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 2 wird gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ein Verfahren einleitet. § 204 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

### **§ 34**

#### ***Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde***

(1) Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen.

(2) Absatz 1 gilt nicht, sofern der wirtschaftliche Vorteil durch Schadensersatzleistungen oder durch die Verhängung der Geldbuße oder die Anordnung des Verfalls abgeschöpft ist. Soweit das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten.

(3) Wäre die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte, soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie soll auch unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist.

(4) Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.

(5) Die Vorteilsabschöpfung kann nur innerhalb einer Frist von bis zu fünf Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. § 81 Abs. 9 gilt entsprechend.

### **§ 34a**

#### ***Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen***

(1) Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Abs. 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall oder nach § 34 Abs. 1 anordnet.

(2) Auf den Anspruch sind Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat. § 34 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger die Vorteilsabschöpfung, gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) Die Gläubiger haben dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können vom Bundeskartellamt Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten wirtschaftlichen Vorteils beschränkt.

(5) § 33 Abs. 4 und 5 ist entsprechend anzuwenden.

### **§ 48**

#### ***Zuständigkeit***

(1) Kartellbehörden sind das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden.

(2) Weist eine Vorschrift dieses Gesetzes eine Zuständigkeit nicht einer bestimmten Kartellbehörde zu, so nimmt das Bundeskartellamt die in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht. In allen übrigen Fällen nimmt diese Aufgaben und Befugnisse die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde wahr.

## § 49

### *Bundeskartellamt und oberste Landesbehörde*

(1) Leitet das Bundeskartellamt ein Verfahren ein oder führt es Ermittlungen durch, so benachrichtigt es gleichzeitig die oberste Landesbehörde, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben. Leitet eine oberste Landesbehörde ein Verfahren ein oder führt sie Ermittlungen durch, so benachrichtigt sie gleichzeitig das Bundeskartellamt.

(2) Die oberste Landesbehörde hat eine Sache an das Bundeskartellamt abzugeben, wenn nach § 48 Abs. 2 Satz 1 die Zuständigkeit des Bundeskartellamts begründet ist. Das Bundeskartellamt hat eine Sache an die oberste Landesbehörde abzugeben, wenn nach § 48 Abs. 2 Satz 2 die Zuständigkeit der obersten Landesbehörde begründet ist.

(3) Auf Antrag des Bundeskartellamts kann die oberste Landesbehörde eine Sache, für die nach § 48 Abs. 2 Satz 2 ihre Zuständigkeit begründet ist, an das Bundeskartellamt abgeben, wenn dies auf Grund der Umstände der Sache angezeigt ist. Mit der Abgabe wird das Bundeskartellamt zuständige Kartellbehörde.

(4) Auf Antrag der obersten Landesbehörde kann das Bundeskartellamt eine Sache, für die nach § 48 Abs. 2 Satz 1 seine Zuständigkeit begründet ist, an die oberste Landesbehörde abgeben, wenn dies auf Grund der Umstände der Sache angezeigt ist. Mit der Abgabe wird die oberste Landesbehörde zuständige Kartellbehörde. Vor der Abgabe benachrichtigt das Bundeskartellamt die übrigen betroffenen obersten Landesbehörden. Die Abgabe erfolgt nicht, sofern ihr eine betroffene oberste Landesbehörde innerhalb einer vom Bundeskartellamt zu setzenden Frist widerspricht.

## § 50

### *Vollzug des europäischen Rechts*

(1) Soweit ihre Zuständigkeit nach den §§ 48 und 49 begründet ist, sind das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zuständige Wettbewerbsbehörden im Sinne des Artikels 35 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

(2) Wenden die obersten Landesbehörden die Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft an, erfolgt der Geschäftsverkehr mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt kann den obersten Landesbehörden Hinweise zur Durchführung des Geschäftsverkehrs geben. Das Bundeskartellamt nimmt auch in diesen Fällen die Vertretung im Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Artikel 14 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 wahr.

(3) Für die Mitwirkung an Verfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder der Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ist ausschließlich das Bundeskartellamt zuständige Wettbewerbsbehörde. Es gelten die bei der Anwendung dieses Gesetzes maßgeblichen Verfahrensvorschriften.

(4) Das Bundeskartellamt kann den Bediensteten der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft und anderen von dieser ermächtigten Begleitpersonen gestatten, bei Durchsuchungen nach Artikel 22 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 dessen Bedienstete zu begleiten.

(5) In anderen als in den Absätzen 1 bis 4 bezeichneten Fällen nimmt das Bundeskartellamt die Aufgaben wahr, die den Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft in den Artikeln 84 und 85 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie in Verordnungen nach Artikel 83 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, auch in Verbindung mit anderen Ermächtigungsgrundlagen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, übertragen sind. Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

## **§ 62**

### ***Bekanntmachung von Verfügungen***

Verfügungen der Kartellbehörde nach § 30 Abs. 3, §§ 32 bis 32b und 32d sind im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Entscheidungen nach § 32c können von der Kartellbehörde bekannt gemacht werden.

## **§ 80**

### ***Gebührenpflichtige Handlungen***

(1) Im Verfahren vor der Kartellbehörde werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Gebührenpflichtig sind (gebührenpflichtige Handlungen)

1. Anmeldungen nach § 39 Abs. 1;
2. Amtshandlungen auf Grund der §§ 26, 30 Abs. 3, §§ 32 bis 32d – auch in Verbindung mit den §§ 50 bis 50b –, §§ 36, 39, 40, 41, 42 und 60;
3. Erteilung von beglaubigten Abschriften aus den Akten der Kartellbehörde.

Daneben werden als Auslagen die Kosten der Veröffentlichungen, der öffentlichen Bekanntmachungen und von weiteren Ausfertigungen, Kopien und Auszügen sowie die in entsprechender Anwendung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes zu zahlenden Beträge erhoben. Auf die Gebühr für die Freigabe oder Untersagung eines Zu-

sammenschlusses nach § 36 Abs. 1 sind die Gebühren für die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach § 39 Abs. 1 anzurechnen.

(2) Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat. Die Gebührensätze dürfen jedoch nicht übersteigen

1. 50 000 Euro in den Fällen der §§ 36, 39, 40, 41 Abs. 3 und 4 und § 42;
2. 25 000 Euro in den Fällen der §§ 32 und 32b Abs. 1, §§ 32d und 41 Abs. 2 Satz 1 und 2;
3. 7 500 Euro in den Fällen des § 32c;
4. 5 000 Euro in den Fällen des § 26 Abs. 1 und 2 und § 30 Abs. 3;
5. 17,50 Euro für die Erteilung beglaubigter Abschriften (Absatz 1 Nr. 3);
6. a) in den Fällen des § 40 Abs. 3a auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 und § 42 Abs. 2 Satz 2 den Betrag für die Freistellung,  
b) 250 Euro für Verfügungen in bezug auf Vereinbarungen oder Beschlüsse der in § 28 Abs. 1 bezeichneten Art,  
c) im Falle des § 26 Abs. 4 den Betrag für die Entscheidung nach § 26 Abs. 1 (Nr. 4),  
d) in den Fällen der §§ 32a und 60 ein Fünftel der Gebühr in der Hauptsache.

Ist der personelle oder sachliche Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der gebührenpflichtigen Handlung im Einzelfall außergewöhnlich hoch, kann die Gebühr bis auf das Doppelte erhöht werden. Aus Gründen der Billigkeit kann die unter Berücksichtigung der Sätze 1 bis 3 ermittelte Gebühr bis auf ein Zehntel ermäßigt werden.

(3) Zur Abgeltung mehrfacher gleichartiger Amtshandlungen oder gleichartiger Anmeldungen desselben Gebührenschuldners können Pauschgebührensätze, die den geringen Umfang des Verwaltungsaufwandes berücksichtigen, vorgesehen werden.

(4) Gebühren dürfen nicht erhoben werden

1. für mündliche und schriftliche Auskünfte und Anregungen;
2. wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären;
3. in den Fällen des § 42, wenn die vorangegangene Verfügung des Bundeskartellamts nach § 36 Abs. 1 aufgehoben worden ist.

(5) Wird ein Antrag zurückgenommen, bevor darüber entschieden ist, so ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Das gleiche gilt, wenn eine Anmeldung innerhalb von drei Monaten nach Eingang bei der Kartellbehörde zurückgenommen wird.

(6) Kostenschuldner ist

1. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 1, wer eine Anmeldung eingereicht hat;
2. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 2, wer durch einen Antrag oder eine Anmeldung die Tätigkeit der Kartellbehörde veranlasst hat, oder derjenige, gegen den eine Verfügung der Kartellbehörde ergangen ist;
3. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 3, wer die Herstellung der Abschriften veranlasst hat.

Kostenschuldner ist auch, wer die Zahlung der Kosten durch eine vor der Kartellbehörde abgegebene oder ihr mitgeteilte Erklärung übernommen hat oder wer für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner.

(7) Der Anspruch auf Zahlung der Gebühren verjährt in vier Jahren nach der Gebührensatzfestsetzung. Der Anspruch auf Erstattung der Auslagen verjährt in vier Jahren nach ihrer Entstehung.

(8) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Gebührensätze und die Erhebung der Gebühren vom Kostenschuldner in Durchführung der Vorschriften der Absätze 1 bis 6 sowie die Erstattung von Auslagen nach Absatz 1 Satz 3 zu regeln. Sie kann dabei auch Vorschriften über die Kostenbefreiung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, über die Verjährung sowie über die Kostenerhebung treffen.

(9) Durch Rechtsverordnung der Bundesregierung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf, wird das Nähere über die Erstattung der durch das Verfahren vor der Kartellbehörde entstehenden Kosten nach den Grundsätzen des § 78 bestimmt.

## **§ 81**

### ***Bußgeldvorschriften***

(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2002 (ABl. EG Nr. C 325 S. 33) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen Artikel 81 Abs. 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder
2. entgegen Artikel 82 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer Vorschrift der §§ 1, 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1, § 20 Abs. 3 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, § 20 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 6, § 21 Abs. 3 oder 4 oder § 41 Abs. 1 Satz 1 über das Verbot einer dort ge-

nannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,

2. einer vollziehbaren Anordnung nach

a) § 30 Abs. 3, § 32 Abs. 1, § 32a Abs. 1, § 32b Abs. 1 Satz 1 oder § 41 Abs. 4 Nr. 2, auch in Verbindung mit § 40 Abs. 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 oder § 42 Abs. 2 Satz 2, oder § 60 oder

b) § 39 Abs. 5

zuwiderhandelt,

3. entgegen § 39 Abs. 1 eine Vereinbarung oder einen Zusammenschluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet,

4. entgegen § 39 Abs. 6 eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,

5. einer vollziehbaren Auflage nach § 40 Abs. 3 Satz 1 oder § 42 Abs. 2 Satz 1 zuwiderhandelt oder

6. entgegen § 59 Abs. 2 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet.

(3) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 21 Abs. 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,

2. entgegen § 21 Abs. 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder

3. entgegen § 24 Abs. 4 Satz 3 oder § 39 Abs. 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1, des Absatzes 2 Nr. 1, 2 Buchstabe a und Nr. 5 und des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. Wird in diesen Fällen eine Geldbuße gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung verhängt, so darf die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung über Satz 1 hinaus 10 vom Hundert seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen

Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. In den übrigen Fällen kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro geahndet werden. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.

(5) Bei der Zumessung der Geldbuße findet § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.

(6) Im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen sind zu verzinsen; die Verzinsung beginnt zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides. § 288 Abs. 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.

(7) Das Bundeskartellamt kann allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße auch für die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden festlegen.

(8) Die Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach den Absätzen 1 bis 3 richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auch dann, wenn die Tat durch Verbreiten von Druckschriften begangen wird. Die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1, Absatz 2 Nr. 1 und Absatz 3 verjährt in fünf Jahren.

(9) Ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder sind die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund einer Beschwerde oder von Amts wegen mit einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gegen dieselbe Vereinbarung, denselben Beschluss oder dieselbe Verhaltensweise wie die Kartellbehörde befasst, wird für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 die Verjährung durch die den § 33 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten entsprechenden Handlungen dieser Wettbewerbsbehörden unterbrochen.

(10) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die nach § 48, auch in Verbindung mit § 49 Abs. 3 und 4, oder § 50 zuständige Behörde.

## § 82

### *Zuständigkeit für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung*

Die Kartellbehörde ist für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung (§ 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten) in Fällen ausschließlich zuständig, denen

1. eine Straftat, die auch den Tatbestand des § 81 Abs. 1, 2 Nr. 1 und Absatz 3 verwirklicht, oder
2. eine vorsätzliche oder fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, bei der eine mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung auch den Tatbestand des § 81 Abs. 1, 2 Nr. 1 und Absatz 3 verwirklicht,

zugrunde liegt. Dies gilt nicht, wenn die Behörde das § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten betreffende Verfahren an die Staatsanwaltschaft abgibt.

## § 131

### *Übergangsbestimmungen*

(1) Freistellungen von Vereinbarungen und Beschlüssen nach § 4 Abs. 2 und § 9 Abs. 3 Satz 1 und 4, Freistellungen von Lizenzverträgen nach § 17 Abs. 3 und Freistellungen von Mittelstandsempfehlungen nach § 22 Abs. 4 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung werden am 31. Dezember 2007 unwirksam. Bis dahin sind § 11 Abs. 1, §§ 12 und 22 Abs. 6 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

(2) Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Vereinbarungen und Beschlüsse nach § 10 Abs. 1 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung freigestellt sind, werden am 31. Dezember 2007 unwirksam. Ist die Freistellungsverfügung der Kartellbehörde kürzer befristet, bleibt es dabei. Bis zum in Satz 1 genannten Zeitpunkt sind § 11 Abs. 1 und § 12 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

(3) Absatz 2 Satz 1 und 2 gilt entsprechend für Verfügungen der Kartellbehörde, durch die Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 1 und 2 Satz 1 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung freigestellt sind.

(4) Auf einen Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift oder eine Verfügung der Kartellbehörde, der bis zum 30. Juni 2005 begangen worden ist, ist anstelle der §§ 34 und 34a nur § 34 in der am 30. Juni 2005 geltenden Fassung anzuwenden.

(5) § 82a Abs. 1 findet auf Verfahren Anwendung, in denen das Gericht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes noch keine mündliche Verhandlung terminiert hat. § 82a Abs. 2 gilt für alle Urteile, die nach dem 30. Juni 2009 ergangen sind.

(6) Soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sind die §§ 103, 103a und 105 sowie die auf sie verweisenden anderen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), weiter anzuwenden. Das gilt insoweit auch für die Vorschriften, auf welche die genannten Vorschriften verweisen.

## **2. Verfahrensfragen und Antrags- bzw. Anmeldegrundsätze**

### **2.1 Antrags- und Anmeldegrundsätze**

Die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114) der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse nimmt für den Freistaat Bayern das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde wahr (§ 48 GWB und § 8 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über die Geschäftsverteilung der Bayerischen Staatsregierung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 2001 – BayRS 1102-2-S, GVBl. S. 161, geändert durch Verordnung vom 10. Mai 2004 (GVBl. S. 172).

### **Verwaltungsgrundsätze der Landeskartellbehörde Bayern**

#### **Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 2. August 2005 Nr. 5571 – W/1d – 19 341<sup>1</sup>**

Bei Anträgen auf ein sog. Negativattest (§§ 3, 32c GWB) und bei der Anmeldung von Demarkations- und Konzessionsverträgen der Wasserversorgung (§§ 103, 103a i. V. m. § 9 GWB i. d. F. vom 20.02.1990 – im Folgenden GWB 1990) gelten im Zuständigkeitsbereich der Landeskartellbehörde Bayern die nachfolgenden Verwaltungsgrundsätze. Die bislang notwendige Anmeldung bzw. Antragstellung gem. §§ 9, 10 GWB i. d. F. vom 26.08.1998 = a. F. bei Kartellvereinbarungen nach den §§ 2 bis 7, 22 Abs. 3 und 29 Abs. 1 GWB a. F. ist mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle am 1. Juli 2005 entfallen. Verträge und Beschlüsse im öffentlichen Personennahverkehr nach § 8 Abs. 3 des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG), § 12 Abs. 7 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) – sog. Nahverkehrskooperationen – bedürfen zu ihrer Wirksamkeit weiterhin der Anmeldung bei den zuständigen Bezirksregierungen als Genehmigungsbehörde (§ 11 PBefG i. V. m. § 29 Abs. 1 Nr. 1 ZustVVerK).

1) Veröffentlicht in StAnz. Nr. 31, S. 4, vom 05.08.2005 = AllMBI Nr. 8, S. 302, vom 29.08.2005; siehe auch [www.bayerische-landeskartellbehoerde.de](http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de), Abschnitt Informationen.

## **1. Antrag auf ein sog. Negativattest**

### **1.1 Mittelstandskartelle**

Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken sind nach § 1 GWB grundsätzlich verboten. Davon ausgenommen sind inländische Mittelstandskartelle gemäß § 3 GWB, sofern die wettbewerbsfördernde Zusammenarbeit Ausnahmen vom Kartellverbot rechtfertigt.

Gemäß §§ 3 Abs. 2 i. V. m. 32c GWB haben kleine und mittlere Unternehmen, die nach § 3 Abs. 1 GWB kooperieren wollen, einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c GWB (sog. Negativattest), wenn sie ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung darlegen. Diese Regelung ist befristet bis zum 30. Juni 2009.

Die Entscheidung nach § 32c GWB trifft die Landeskartellbehörde nach formlosem Antrag, der von allen Kooperationswilligen unterzeichnet ist und das erhebliche rechtliche oder wirtschaftliche Interesse an einer derartigen Entscheidung darlegt.

Ein solches Interesse ist nur anzuerkennen, wenn es das übliche Interesse an Rechtssicherheit und Vermeidung von Fehlinvestitionen übersteigt. Ein erhebliches Interesse gemäß § 3 Abs. 2 GWB kann angenommen werden bei

- beträchtlichen Investitionen (z.B. Kauf von Fahrzeugen, Maschinen) oder Veräußerung von Investitionsgütern (z.B. Stilllegung von Betriebsstätten),
- längerfristigen rechtlichen Bindungen (z.B. Anpachtung von Grundstücken, Einstellung von Arbeitnehmern),
- neuen, bisher behördlich oder gerichtlich nicht geklärten Rechtsfragen.

Der Antrag muss enthalten:

- Nennung aller beteiligten Unternehmen, ihrer Unternehmensgrößen, ihrer Gesellschafter und ihrer Beteiligungen an anderen Unternehmen,
- detaillierte Angaben über das geplante Vorhaben, mit
  - genauer Bezeichnung des Kartellproduktes,
  - Schilderung der Zusammenarbeit,
  - Darlegung des Rationalisierungseffektes und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen,
- Nennung der Wettbewerber,

- Marktanteilsberechnung, die schlüssig darlegt, dass die beabsichtigte Kooperation auf dem relevanten Markt nicht mehr als 12 bis 15 % Marktanteil hat, wobei folgende Kriterien gelten:
  - Der relevante räumliche Markt ergibt sich aus den Gebieten, auf die sich die angemeldete Vereinbarung bezieht und in denen die Unternehmen regelmäßig und nachhaltig tätig sind; bei Produkten ist der übliche Lieferradius zu beachten.
  - Für dieses Gebiet ist der Gesamtumsatz des Kartellprodukts zu errechnen (Absatz der Kartellprodukte aller Wettbewerber und Kartellbeteiligten in diesem Gebiet, Einlieferungen von außerhalb).
  - Die Relation des Umsatzes der Kartellbeteiligten zum Gesamtumsatz ergibt den Marktanteil.

Die Landeskartellbehörde führt selbst keine Markterhebungen durch, sondern legt die vorgelegte Marktanteilsberechnung, sofern sie schlüssig ist, ihrer Entscheidung zugrunde.

### **1.2 Andere Fälle**

Stellt die Landeskartellbehörde fest, dass in einem Einzelfall die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 19 bis 21 GWB oder nach Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 EG nach den ihr vorliegenden Informationen nicht gegeben sind, so kann sie beschließen, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Dies erfasst auch die Fälle, in denen eine nach § 1 GWB oder Art. 81 Abs. 1 EG verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise gemäß §§ 2 und 3 GWB oder Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt ist.

### **1.3 Entscheidungen der Landeskartellbehörde nach § 32c GWB**

Die Kartellbehörde trifft ihre Entscheidung gemäß § 32c GWB nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Entscheidung ergeht in Form einer Verfügung (§ 61 GWB). Sie ist keine konstitutiv wirkende Freistellung im Sinne des bisherigen Administrativfreistellungsverfahrens. Vielmehr enthält sie die Selbstbindung der Kartellbehörde, auf der Grundlage der vorliegenden Informationen nicht gegen die betreffende Vereinbarung oder Verhaltensweise vorzugehen. Der Beschluss der Kartellbehörde ist daher für Dritte nicht bindend. Ihnen steht beispielsweise der Zivilrechtsweg offen.

## **2. Anmeldung von Verträgen im Ausnahmebereich Wasserversorgung (§§ 103, 103a GWB 1990, i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB)**

Verträge der Versorgungswirtschaft nach §§ 103, 103a GWB 1990, die eine öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sowie deren Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Hierbei sind die in § 9 GWB 1990 genannten Anmeldekriterien zu beachten.

Verträge sind jeweils gesondert anzumelden. Die Anmeldung durch eine der Vertragsparteien genügt. Ein Anmeldevordruck ist nicht vorgeschrieben; im Interesse der Übersichtlichkeit und Vollständigkeit empfiehlt es sich jedoch, für die Anmeldung das aus der Anlage ersichtliche Formblatt zu verwenden.

Die Anmeldung muss folgende Angaben enthalten:

- die Namen und Anschriften der Vertragspartner,
- das Vertragsdatum,
- den Vertragsinhalt, zumindest jedoch
  - die in dem Vertrag enthaltenen Ausschließlichkeitsvereinbarungen bzw. sonstigen Vereinbarungen der in § 103 bzw. § 103a GWB 1990 bezeichneten Art sowie
  - sämtliche Vereinbarungen bezüglich Vertragslaufzeit, insbesondere Vertragsbeginn, Vertragsende, etwaige Vertragsverlängerungen und Kündigungsfristen.

Kartellrechtlich bedeutsame Bestandteile des Vertrages (einschließlich Lagepläne, Gebietskarten etc.) sind beizufügen.

Da für die kartellrechtliche Beurteilung der konkrete Vertragstext maßgebend ist, muss dieser aus der Anmeldung ersichtlich sein (§ 103 Abs. 3 i. V. m. § 9 GWB 1990 i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB). Deshalb dürfen die im vorstehenden genannten vertraglichen Vereinbarungen nicht umschrieben werden, sondern sind mit dem vollen Wortlaut anzumelden. Soweit aus dem gesamten Vertragswerk nur die wettbewerblich bedeutsamen Abreden mitgeteilt werden, muss erkennbar sein, an welcher Stelle des Vertrages die Regelung zu finden ist (Angabe des jeweiligen Abschnitts oder sonstigen Gliederungsteils des Vertrages).

### ***3. Aufhebung einer Bekanntmachung***

Die Bekanntmachung der Verwaltungsgrundsätze der Landeskartellbehörde Bayern vom 28. Juni 2001 Nr. 5572d – W/1d – 18 805 (StAnz Nr. 28, AllMBl S. 265) wird aufgehoben.

Dr. Kormann  
Ministerialdirektor



## **2.2 Bonusregelung der Landeskartellbehörde Bayern**

### **Erlass und Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung**

**Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 6. April 2006 Az.: 5576 – W/1d – 2 881<sup>1</sup>**

#### **A. ZIEL UND ANWENDUNGSBEREICH**

- 1 Die Landeskartellbehörde kann Kartellteilnehmern, die durch ihre Kooperation dazu beitragen, ein Kartell aufzudecken, die Geldbuße erlassen oder reduzieren. Die Bonusregelung legt die Voraussetzungen fest, unter denen Erlass oder Reduktion der Geldbuße erfolgen. Die Bonusregelung findet auf Beteiligte (natürliche Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen) an Kartellen (insbesondere Absprachen über die Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten sowie über die Aufteilung von Märkten und Submissionsabsprachen) – im Folgenden: Kartellbeteiligte – Anwendung.
- 2 Für eine vertrauliche Kontaktaufnahme – gegebenenfalls anonym über einen Rechtsanwalt – stehen die Mitarbeiter der Landeskartellbehörde (Tel.: 0 89/21 62-0) zur Verfügung.

#### **B. ERLASS DER GELDBUSSE**

- 3 Die Landeskartellbehörde wird einem Kartellbeteiligten die Geldbuße erlassen, wenn
  1. er sich als erster Kartellbeteiligter an die Landeskartellbehörde wendet, bevor diese über ausreichende Beweismittel verfügt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken und
  2. er die Landeskartellbehörde durch mündliche und schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel in die Lage versetzt, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken und
  3. er nicht alleiniger Anführer des Kartells war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat und
  4. er ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Landeskartellbehörde zusammenarbeitet.

1) Veröffentlicht im StAnz. Nr.15, S.1, vom 13.04.2006 = AllMBl Nr.4, S.146, vom 26.04.2006; siehe auch [www.bayerische-landeskartellbehoerde.de](http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de), Abschnitt Informationen.

- 4 Die Landeskartellbehörde wird einem Kartellbeteiligten nach dem Zeitpunkt, zu dem sie in der Lage ist, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, die Geldbuße in der Regel erlassen, wenn
  1. er sich als erster Kartellbeteiligter an die Landeskartellbehörde wendet, bevor diese über ausreichende Beweismittel verfügt, um die Tat nachzuweisen und
  2. er die Landeskartellbehörde durch mündliche und schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel in die Lage versetzt, die Tat nachzuweisen und
  3. er nicht alleiniger Anführer des Kartells war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat und
  4. er ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Landeskartellbehörde zusammenarbeitet und
  5. keinem Kartellbeteiligten ein Erlass nach Randnummer 3 gewährt werden wird.

### **C. REDUKTION DER GELDBUSSE**

- 5 Zugunsten eines Kartellbeteiligten, der die Voraussetzungen für einen Erlass (Randnummern 3 und 4) nicht erfüllt, kann die Landeskartellbehörde die Geldbuße um bis zu 50 % reduzieren, wenn
  1. er der Landeskartellbehörde mündliche oder schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel vorlegt, die wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen und
  2. er ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Landeskartellbehörde zusammenarbeitet.

Der Umfang der Reduktion richtet sich insbesondere nach dem Nutzen der Aufklärungsbeiträge und der Reihenfolge der Anträge.

### **D. KOOPERATIONSPFLICHTEN**

- 6 Der Antragsteller muss mit der Landeskartellbehörde während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt zusammenarbeiten. Den Antragsteller treffen insbesondere folgende Pflichten:
- 7 Er muss seine Teilnahme an dem Kartell nach Aufforderung durch die Landeskartellbehörde unverzüglich beenden.
- 8 Er muss auch nach Antragstellung alle ihm zugänglichen Informationen und Beweismittel an die Landeskartellbehörde übermitteln. Dazu gehören insbesondere alle

- für die Berechnung der Geldbuße bedeutsamen Angaben, die dem Antragsteller vorliegen oder die er beschaffen kann.
- 9 Er ist verpflichtet, die Zusammenarbeit mit der Landeskartellbehörde vertraulich zu behandeln, bis die Landeskartellbehörde ihn von dieser Pflicht entbindet (im Regelfall nach Beendigung der Durchsuchung).
  - 10 Ein Unternehmen muss alle an der Kartellabsprache beteiligten Beschäftigten (einschließlich ehemaliger Beschäftigter) benennen und darauf hinwirken, dass alle Beschäftigten, von denen Informationen und Beweismittel erlangt werden können, während des Verfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt mit der Landeskartellbehörde zusammenarbeiten.

## **E. MARKER, ANTRAG, ZUSICHERUNG**

### **I. Erklärung der Bereitschaft zur Zusammenarbeit (Marker) und Antrag**

- 11 Ein Kartellbeteiligter kann sich an die Mitarbeiter der Landeskartellbehörde wenden, um seine Bereitschaft zur Zusammenarbeit (Marker) zu erklären. Der Zeitpunkt des Setzens des Markers ist für den Rang des Antrags maßgeblich. Der Marker kann mündlich oder schriftlich gesetzt werden. Er muss Angaben über die Art und Dauer des Kartellverstoßes, die sachlich und räumlich betroffenen Märkte, die Identität der Beteiligten sowie darüber beinhalten, bei welchen Wettbewerbsbehörden ebenfalls Anträge gestellt wurden oder dies beabsichtigt ist.
- 12 Die Landeskartellbehörde setzt eine Frist von höchstens acht Wochen, innerhalb derer der Marker zu einem Antrag nach Randnummer 14 ausgearbeitet werden muss.
- 13 Handelt es sich um ein Kartell, für das die Europäische Kommission die besonders gut geeignete Behörde im Sinne der Netzwerkbekanntmachung<sup>2</sup> ist, kann die Landeskartellbehörde den Antragsteller, der für einen Erlass nach Randnummer 3 einen Marker gesetzt hat, zunächst von der Verpflichtung befreien, einen Antrag nach Randnummer 14 auszuarbeiten, wenn er bei der Kommission einen Antrag gestellt hat oder dies beabsichtigt. Führt die Europäische Kommission das Verfahren nicht, kann die Landeskartellbehörde den Antragsteller auffordern, einen Antrag im Sinne von Randnummer 14 vorzulegen.
- 14 In seinem Antrag muss der Antragsteller Angaben machen, die – im Fall von Randnummer 3 – erforderlich sind, um einen Durchsuchungsbeschluss zu erlangen bzw. die – im Fall von Randnummer 4 – erforderlich sind, um die Tat nachzuweisen, bzw.

---

2) Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABL. EG 2004 Nr. C 101/43.

die – im Fall von Randnummer 5 – wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen. Es sind zudem – soweit bekannt – Angaben darüber zu machen, ob das Kartell Auswirkungen in anderen Staaten hatte.

- 15 Ein Antrag nach Randnummer 14 kann auch mündlich gestellt werden. Gemeinsame Anträge von Kartellbeteiligten sind unzulässig.
- 16 Erfüllt ein Antragsteller seine Verpflichtungen (insbesondere die Kooperationspflicht) nicht, entfällt sein Rang und die nachfolgenden Antragsteller rücken im Rang auf.
- 17 Ein von einer vertretungsberechtigten Person für ein Unternehmen gestellter Antrag wird von der Landeskartellbehörde auch als Antrag für die in dem Unternehmen gegenwärtig oder früher beschäftigten und an dem Kartell beteiligten natürlichen Personen gewertet, sofern sich aus dem Antrag oder dem Verhalten des Unternehmens nichts anderes ergibt.

## **II. Zugangsbestätigung und Zusicherung**

- 18 Die Landeskartellbehörde bestätigt dem Antragsteller das Setzen des Markers und/oder den Zugang des Antrags unverzüglich schriftlich unter Angabe von Datum und Uhrzeit.
- 19 Liegen die Voraussetzungen für den Erlass nach Randnummer 3 Nrn. 1 und 2 vor, sichert die Landeskartellbehörde dem Antragsteller schriftlich zu, dass ihm – unter der Bedingung, dass er nicht alleiniger Anführer war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat und seine Kooperationspflichten erfüllt – die Geldbuße erlassen wird.
- 20 Bei einem Antrag auf Erlass nach Randnummer 4 oder auf eine Reduktion nach Randnummer 5 teilt die Landeskartellbehörde dem Antragsteller zunächst nur mit, dass er der erste, zweite etc. Antragsteller ist und grundsätzlich – insbesondere unter der Bedingung der Erfüllung der Kooperationspflichten – für einen Erlass oder eine Reduktion in Betracht kommt. Eine Entscheidung über den Erlass bzw. die Reduktion ergeht in diesem Fall frühestens nach Durchsicht und Prüfung aller bei der Durchsichtung erlangten Informationen und Beweismittel, weil die Landeskartellbehörde zunächst prüfen muss, ob diese ausreichen, um die Tat nachzuweisen.

## **F. VERTRAULICHKEIT, NACHFOLGENDE VERFAHREN, GELTUNG**

### **I. Vertraulichkeit und Akteneinsicht**

- 21 Die Landeskartellbehörde wird im Rahmen der gesetzlichen Grenzen und der Regelungen über den Austausch von Informationen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden die Identität eines Antragstellers während der Verfahrensdauer bis zum Zugang eines Beschuldigungsschreibens an einen Kartellbeteiligten vertraulich behandeln und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wahren.
- 22 Die Landeskartellbehörde wird Anträge privater Dritter auf Akteneinsicht bzw. Auskunftserteilung im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens grundsätzlich insoweit ablehnen, als es sich um den Antrag auf Erlass oder Reduktion der Geldbuße und die dazu übermittelten Beweismittel handelt.

### **II. Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils und Anordnung des Verfalls**

- 23 Wird einem Antragsteller die Geldbuße erlassen, wird die Landeskartellbehörde in der Regel weder einen erlangten wirtschaftlichen Vorteil (§ 34 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB) abschöpfen noch einen Verfall (§ 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten – OWiG) anordnen. Bei einer Reduktion der Geldbuße wird die Landeskartellbehörde in der Regel in dem Umfang, in dem die Reduktion gewährt wurde, auch einen wirtschaftlichen Vorteil nicht abschöpfen bzw. einen Verfall nicht anordnen.

### **III. Zivil- und strafrechtliche Folgen**

- 24 Diese Bekanntmachung lässt die zivilrechtlichen Folgen wegen der Beteiligung an einem Kartell unberührt. Das Verfahren gegen eine natürliche Person muss die Landeskartellbehörde nach § 41 OWiG an die Staatsanwaltschaft abgeben, wenn es sich bei der Tat um eine Straftat (insbesondere nach § 298 des Strafgesetzbuches – StGB) handelt.

### **IV. Geltung**

- 25 Diese Bekanntmachung tritt am 1. Mai 2006 in Kraft.

Dr. Kormann  
Ministerialdirektor

### 3. Anschriften

1. Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft,  
Infrastruktur, Verkehr und Technologie  
als Landeskartellbehörde  
Prinzregentenstraße 28  
D-80538 München  
Briefanschrift:  
D-80525 München  
Tel.: (089)2162-01  
Fax: 089)2162-2760  
Mail: [poststelle@stmwivt.bayern.de](mailto:poststelle@stmwivt.bayern.de)  
Internet: <http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de>
  
2. Bundeskartellamt  
Kaiser-Friedrich-Straße 16  
D-53113 Bonn  
Tel.: (0228)9499-0  
Fax: (0228)9499-400  
Mail: [info@bundeskartellamt.bund.de](mailto:info@bundeskartellamt.bund.de)  
Internet: <http://www.bundeskartellamt.de>
  
3. Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb  
Rue Joseph II / Jozef II-straat 70  
B-1000 Bruxelles  
Briefanschrift:  
B-1049 Bruxelles  
Tel.: (00322) 299.11.11 (allg. Telefonzentrale)  
Fax: (00322) 295.01.28  
Mail: [infocomp@cec.eu.int](mailto:infocomp@cec.eu.int)  
Internet: [http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/index\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/index_de.html)
  
4. Die Anschriften der Landeskartellbehörden sind auf  
folgender Internetseite des BKartA abgedruckt:  
<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/service/LKB.shtml>

## Abkürzungen, Schlüsselbegriffe, Stichwortverzeichnis

### Abkürzungen

|            |   |
|------------|---|
| ABI.EG     | Amtsblatt der Europäischen Kommission   |
| AllMBI     | Allgemeines Ministerialblatt der Bayerischen Staatsregierung  |
| Art. 81 EG | Artikel 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (entspricht Art. 85 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner alten Fassung vor dem Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 – EGV) |
| BAnz.      | Bundesanzeiger  |
| BGBl.      | Bundesgesetzblatt   |
| BGH        | Bundesgerichtshof   |
| BKartA     | Bundeskartellamt  |
| BMWi       | Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie  |
| BT-Drs.    | Bundestags-Drucksache   |
| EuGH       | Europäischer Gerichtshof  |
| EuZW       | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (juristische Fachzeitschrift)  |
| GVO        | Gruppenfreistellungsverordnung  |
| GWB        | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
| LKartB     | Landeskartellbehörde  |
| NJW        | Neue Juristische Wochenschrift (juristische Fachzeitschrift)  |
| OLG        | Oberlandesgericht   |
| StAnz.     | Bayerischer Staatsanzeiger  |
| Slg.       | Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes  |
| TB         | Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts   |
| VO         | Verordnung  |
| WuW        | Wirtschaft und Wettbewerb (juristische Fachzeitschrift)   |

**Schlüsselbegriffe**

|  |     |
|--|-----|
| Antrag auf Behördliche Nichttätigkeitsverfügung    | 106 |
| Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission | 39  |
| Freigestelltes Verhalten                           | 58  |
| Gruppenfreistellungsverordnung                     | 26  |
| Horizontale und vertikale Vereinbarungen           | 36  |
| Horizontal-Leitlinien                              | 25  |
| Kernbeschränkungen                                 | 23  |
| Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)              | 11  |
| Relevanter Markt und Marktanteil                   | 38  |
| Zwischenstaatliche Wirkung                         | 12  |

## Stichwortverzeichnis

### A

Anmeldung 14, 31 f.

Arbeitsgemeinschaft 41 ff.

Aus- und Fortbildung 48

### B

Bagatellbekanntmachung 19, 39 f.

Bekanntmachungen (der Europäischen Kommission) 18 f.

Betriebsferien 91 f.

Bonusregelung 110, 139 ff.

Buchpreisbindung 33

### E

Einkaufskooperation 32, 67 ff.

Empfehlung

– Empfehlungsverbot 31, 87 ff.

– Konditionenempfehlung 31 f.

– Ladenöffnungszeiten 91 f.

– Mittelstandsempfehlung 89 ff.

– Preisempfehlung 45, 87 ff.

– Verbandsempfehlung 88 f.

Empfehlungen (der Europäischen Kommission) 19

Entsorgung 32, 85 ff.

Export 43

### F

Forschung und Entwicklung 25, 72 ff., 80 ff.

Freistellung 23 ff., 50 ff.

– Einzelfreistellung 24 f., 58, 62, 65 f., 69 ff., 78 f., 82, 84, 86 f.

– Entzug der Freistellung 26, 61 f., 77 f., 82, 110

– Freistellungsvoraussetzungen 24 ff., 30 f., 50 f., 101 f.

– Gruppenfreistellung 26 f., 53, 61, 75 ff., 81 f., 102

– Mittelstandskooperation → Mittelstandskartell

### G

Gemeinschaftsunternehmen 21, 35, 47, 64, 66

Geschäftsbedingungen 20, 32, 50 ff., 56, 64, 88 f.

Gruppenfreistellungsverordnung 25 ff.

Güteüberwachung, Gütezeichen 48

### H

Horizontal-Leitlinien (der Europäischen Kommission) 19, 25

### I

Import 13, 86 f.

Inkasso 66

### K

Kalkulationshilfen 46

Kartellverbot 20 f., 33 ff.

Kernbeschränkung 22 ff., 35 f., 40, 53 ff., 62, 78, 82, 101

Kleine und mittlere Unternehmen 11 f., 18, 31, 53 f.

Konditionen → Geschäftsbedingungen

Kooperationsvereinbarung

– (Teil-)Nichtigkeit 110

– Kooperationsvertrag 97

– Rechtsform der Kooperation 35, 68, 101

Kronzeugenregelung → Bonusregelung

Kundenbindungssystem 49 f.

Kundendienst 47

**L**

Lagerung (gemeinsame) 47, 63  
 Legalausnahme 14, 31, 40, 96, 103  
 Leitlinien (der Europäischen Kommission) 18, 19, 25

**M**

Marktanteil 23, 38 ff.,  
 – Marktbeherrschende Stellung 52, 78  
 – Mittelstandskartelle 53 ff.  
 – Relevanter Markt 22, 38 f., 62, 74  
 – Technologietransfer/Lizenzverträge 80 f.

– Vereinbarungen über Normen 83 ff.

Marktforschung, Marktinformation 43 ff.

Ministerkartell 32

Mittelstandskartell 30 ff., 53 ff., 62, 66 f., 72, 79, 82 ff., 87, 90 f., 101

**N**

Nichttätigkeitsverfügung 14, 31, 104 f., 134 ff.

Normenvereinbarung 32

**O**

Öffnungszeiten 91 f.

**P**

Potentieller Wettbewerb 21, 68

Preise

– Fest- und Mindestpreise 33, 88 ff.

– Preisabsprache 20, 23, 40, 55

Produktion (gemeinsame) 20, 36, 58 f., 98 f.

**R**

Rabatt 49 f., 69 ff.

Rahmenvertrag 68 ff.

Rationalisierung 55

Rationalisierungskartell 30 ff.

**S**

Schlussverkauf 92

Skonto 32

Spezialisierungsvereinbarung 32, 58 ff.

Strukturkrisenkartell 32

Substitutionsgüter 38, 74

**T**

Technologietransfer-Leitlinien 19, 80 ff.

Transport (gemeinsamer) 47, 63

**U**

Unternehmen der Öffentlichen Hand 33

**V**

Verbandszeichen 48 f.

Vertrieb 20, 48, 55, 63 f., 73 ff., 88 ff., 98 f.

**W**

Werbung 49, 63 ff.

Wettbewerbsbeschränkung 20 f., 35 f., 101

– spürbar 23, 37 ff., 41 ff.

Wettbewerbsklausel 55 ff.

Wettbewerbsregeln 93, 101, 106

**Z**

Zeitungspreisbindung 33

Zwischenstaatliche Wirkung 12 ff., 31 ff., 53 ff., 101 f., 105



# HINWEIS

Seit 1. März 2010 gelten neue Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (BGBI. I 2009, S. 2409–2412), die u.a. neue Preisangabeverpflichtungen für Anbieter von (0)180er Rufnummern beinhalten.

Die Information über die Servicestelle der Bayerischen Staatsregierung wird daher wie folgt aktualisiert:



BAYERN | DIREKT ist Ihr direkter Draht zur Bayerischen Staatsregierung. Unter Telefon 0180 1 201010 (3,9 ct/min aus dem deutschen Festnetz; Mobilfunkpreis maximal 42 ct/min) oder per E-Mail unter [direkt@bayern.de](mailto:direkt@bayern.de) erhalten Sie Informationsmaterial und Broschüren, Auskunft zu aktuellen Themen und Internetquellen sowie Hinweise zu Behörden, zuständigen Stellen und Ansprechpartnern bei der Bayerischen Staatsregierung.

