

HANDBUCH

Jörg-Martin Schultze (Hrsg.)

Compliance- Handbuch Kartellrecht

2. Auflage

Recht Wirtschaft Steuern - Handbuch

Jörg-Martin Schultze

Compliance-Handbuch Kartellrecht

«Bookwire»

Schultze J.

Compliance-Handbuch Kartellrecht / J. Schultze — «Bookwire»,
— (Recht Wirtschaft Steuern - Handbuch)

Umfassend überarbeitete und aktualisierte 2. Auflage des 2014 als erstes seiner Art erschienenen Handbuchs unter Berücksichtigung der 10. GWB-Novelle.
Dieser einzigartige Ratgeber vermittelt die Inhalte von kartellrechtlichen Compliance-Programmen und deren praktische Umsetzung. Dabei liegt der Focus auf den Bereichen: Risiko-Analyse, Compliance-Organisation, Schulungen, Audits, Hinweisgebersysteme, Amnestie-Programme, Abstellen von Verstößen, Krisenmanagement.
Der erste Teil stellt die Themen eines kartellrechtlichen Compliance-Programms dar: vertikale und horizontale Vereinbarungen, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern sowie einseitige Maßnahmen wie Rabattsysteme. Der zweite Teil widmet sich der praktischen Umsetzung und stellt zahlreiche Fall- und Arbeitsbeispiele in Form von Leitfäden, Checklisten, Musterschulungen und Beispieldokumenten zur Verfügung. Ein dritter Teil widmet sich dem Krisenmanagement im Falle von behördlichen Untersuchungen.
Der Herausgeber wie auch die Co-Autoren, die Rechtsanwälte Dr. Dominique S. Wagener, Dr. Stephanie Pautke, Dr. Johanna Kübler, Isabel Oest, Christoph Weinert und die Juristin Josefa F. Billinger, sind in der Kanzlei Commeo LLP mit Sitz in Frankfurt am Main ausschließlich im Kartellrecht tätig.

Содержание

Compliance-Handbuch	7
Vorwort	8
Einleitung	9
Teil A Die Compliance-Defense	12
Teil B Kartellrechtliche Risiken im Unternehmen	16
I. Einführung in das Kartellrecht	17
II. Anwendbarkeit von Kartellrecht	19
2. Verhältnis zwischen europäischem und deutschem und sonstigem nationalen Kartellrecht innerhalb der EU	20
3. Kartellrechtsordnungen anderer Länder außerhalb des EWR	21
III. Kartellrechtliche Grundbegriffe	22
1. Wettbewerbsbeschränkung	23
2. Unternehmen	25
3. Relevanter Markt und Marktabgrenzung	26
4. Wettbewerbsverhältnis	28
5. Vorsatz und Fahrlässigkeit	29
6. Verjährung	30
7. Wettbewerbs- und Marktanalyse als zwingender Ausgangspunkt jeder Compliance-Maßnahme	31
IV. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Kartellrecht	33
1. Bußgelder	34
1.1 Europäische Kommission	35
1.2 Bundeskartellamt	37
2. Strafrechtssanktionen gegen Mitarbeiter	40
3. Zivilrechtliche Nichtigkeit	42
4. Wettbewerbsregister	43
5. Schadensersatzrisiken	44
6. Kommerzielle Risiken durch Reputationsverlust, Kundenreaktionen, langwierige Untersuchungen, personelle Konsequenzen	46
V. Das Kartellverbot – Einführung	49
1. Verbot und Ausnahme – grundsätzliche Regelungstechnik	50
2. Ausnahmen vom Kartellverbot – Legalausnahme	51
3. Gruppenfreistellungsverordnungen und ihre Systematik	52
4. Keine Anwendbarkeit des Kartellverbots mangels Wettbewerbsbeschränkung	54
VI. Verbotene Vereinbarungen und Kontakte mit Wettbewerbern	56
1. Kartellabsprachen	57
1.1 Vereinbarungen, abgestimmtes Verhalten, Beschlüsse	59
1.2 Praxisbeispiele für Kartellabsprachen	60
1.3 Risikofaktoren für und Aufdeckung von Kartellabsprachen	62
2. Verbotener Informationsaustausch	63
3. Gefahrenbereich Verbandstätigkeit	66
4. Gefahrenbereich Ausschreibungen	68
5. Risikofaktoren für unzulässige Absprachen zwischen	69
6. Sonstige Absprachen zwischen Wettbewerbern	71

6.1 Kooperationen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen	72
6.2 Kooperationen im Rahmen der Horizontal-Leitlinien	73
6.2.1 Einkaufskooperationen	74
6.2.2 Vermarktungsk Kooperationen	75
6.2.3 Standardisierungskooperationen	76
VII. Vertikale Vereinbarungen	79
1. Typische vertikale Vereinbarungen	80
1.1 Besonderheit für Handelsvertreter und andere Absatzmittler ohne vertrags- und marktspezifische Risiken	81
1.2 Vertikale Preisbindung	82
1.3 Weiterverkaufsverbote	85
1.4 Beschränkungen des Internetvertriebs	88
1.5 Nicht freigestellte Beschränkungen	89
2. Informationsaustausch im Vertikal-Verhältnis	90
3. Risikofaktoren Vertikal-Verstöße – Checkliste Compliance	91
Конец ознакомительного фрагмента.	95

Compliance-Handbuch Kartellrecht

Herausgegeben von

Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M. (SMU Dallas)

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Bearbeitet von

Josefa Billinger, LL.B./LL.M. (Glasgow);

Dr. Johanna Kübler;

Isabel Oest, LL.M. (UNSW Sydney);

Dr. Stephanie Pautke, LL.M. (Stellenbosch);

Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M. (SMU Dallas);

Dr. Dominique S. Wagener, LL.M. (NYU);

Christoph Weinert, LL.M. (Wellington)

2., umfassend überarbeitete und aktualisierte Auflage 2021

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN: 978-3-8005-1749-7



© 2021 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main
www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druckvorstufe: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Beltz Bad Langensalza GmbH, 99947 Bad Langensalza

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier, hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff (TCF-Norm)

Printed in Germany

Vorwort

Seit Erscheinen des Compliance-Handbuchs Kartellrecht Ende 2013 hat sich viel getan, Kartellrechts-Compliance ist erwachsen geworden und wird im allgemeinen Sprachgebrauch bis zum Buchtitel hin schon häufig sinnentstellend zu „Kartell Compliance“ verkürzt.

Die vorliegende 2. Auflage bringt das Handbuch auf den aktuellen Rechtsstand nach der 10. GWB-Novelle, setzt aber trotz einer Vielzahl interessanter Rechtsentwicklungen den Fokus nach wie vor auf vorbeugende praktische Compliance-Tätigkeit. Genau aus diesem Grund wird das Handbuch jetzt mit Ausführungen zur Compliance-Defense eröffnet, durch die insbesondere angemessene und wirksame Vorbeugemaßnahmen entlastend berücksichtigt werden müssen, wenn es dennoch zu einem Kartellrechts-Verstoß gekommen ist. Anschließend werden konzise alle kartellrechtlich relevanten Sachverhalte zusammengefasst, die es im Rahmen der Compliance zu verhindern gilt, bevor detailliert die Compliance-Umsetzung und das Krisenmanagement beschrieben werden.

Mein Dank geht an die Mit-Autoren des Handbuchs, das sind unverändert *Dominique Wagener, Stephanie Pautke, Johanna Kübler, Isabel Oest, Christoph Weinert* und *Josefa Billinger* (in der Voraufgabe noch *Peter*), die alle in der ausschließlich auf das Kartellrecht spezialisierten Kanzlei COMMEO tätig sind.

Frankfurt am Main, im Juli 2021

Der Herausgeber

Einleitung

1

Kartellrecht ist ein Rechtsgebiet, das schon seit Jahren einen Spitzenplatz bei den Compliance-Bemühungen von Unternehmen einnimmt. Grund dafür sind vor allem die spektakulär hohen **Bußgelder**, die national wie international für Kartellrechtsverstöße quer durch alle Branchen verhängt werden. Zudem haben **Schadensersatzforderungen** vonseiten der Kunden oder Wettbewerber gegen Unternehmen, die in kartellrechtswidrige Praktiken involviert waren, immense Bedeutung erlangt.

2

Neben den hohen finanziellen Belastungen droht Unternehmen, die gegen Kartellrechtsregeln verstoßen, ein erheblicher **Reputationsverlust**, der sich insbesondere bei börsennotierten Unternehmen unmittelbar im Unternehmenswert niederschlägt. Hinzu kommen nichtige Vertragsbestimmungen, langwierige Behörden- oder Gerichtsverfahren und nicht zuletzt arbeitsrechtliche Konsequenzen für die handelnden Mitarbeiter. Aus Unternehmenssicht lassen sich diese Gefahren auf einen einfachen Nenner bringen: Die Einhaltung kartellrechtlicher Regeln darf nicht dem Zufall überlassen werden. Oder, um es mit dem prägnanten Satz zu sagen, der gerade im Hinblick auf die Einhaltung kartellrechtlicher Regeln nicht treffender formuliert sein könnte:

„You think compliance is expensive – try non-compliance.“

3

Was bedeutet „Compliance“ eigentlich genau? Die juristische Auslegung beginnt mit dem Wortsinn, sodass zunächst einmal auf die wörtliche Übersetzung abzustellen ist. Compliance bedeutet im hier gebrauchten Zusammenhang „Befolgung“, „Einhaltung“, „Erfüllung“ und „Ordnungsmäßigkeit“ von oder im Sinne von gesetzlichen Regelungen.¹ Mit Compliance ist die **Einhaltung von Rechtsvorschriften** gemeint. Wenn wir von Kartellrechts-Compliance sprechen, meinen wir also in einem ersten Schritt die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften.

4

Wenn die Einhaltung von kartellrechtlichen Vorschriften jedoch alles wäre, dann würde Compliance nur den allgemeinen Legalitätsgrundsatz beschreiben² und dann hätten diejenigen Recht, die Compliance nur als modernes Wort für etwas sehen, was es schon immer gab.³ Compliance muss also im Zusammenhang mit der Führung und Organisation von Unternehmen **mehr bedeuten** als nur den Hinweis auf die Befolgung von Rechtsvorschriften.

5

Warum sprechen wir, wenn wir die Einhaltung der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften meinen, nicht von „Straßenverkehrsrechts-Compliance“? Warum sprechen wir nicht von „Arbeitsrechts-Compliance“, warum nicht von „Steuerrechts-Compliance“, sondern nutzen für den letzteren Bereich immer noch den altertümlichen Begriff von der „Steuerehrlichkeit“? Möglicherweise liegt dies einfach daran, dass es hinsichtlich des Straßenverkehrsrechts, des Arbeitsrechts und des Steuerrechts für jeden **selbstverständlich** ist, dass es – wie alle Rechtsvorschriften – befolgt werden muss und Verstöße nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen. Und es gibt weitere Unterschiede:

6

So müssen wir, bevor wir uns mit einem Kraftfahrzeug im **Straßenverkehr** bewegen dürfen, einen Führerschein erwerben. Diesen bekommen wir nur nach praktischer und theoretischer Ausbildung. Die Theorie ist geprägt von einer Vermittlung der Rechtsregeln für den Straßenverkehr. Wer am Straßenverkehr teilnimmt, hat sich also (mindestens) einmal im Leben grundlegend mit dessen Regeln und Rechtsvorschriften vertraut gemacht und kann dann auch guten Gewissens für Verstöße in Anspruch genommen werden.⁴ Mit der Kartellrechts-Compliance ist das völlig anders:

Wer am Geschäftsverkehr teilnehmen will, muss dafür keinen Führerschein erwerben und er muss sich auch nicht durch Theorie-Stunden quälen. Trotzdem wird erwartet, dass er sich an die für den Geschäftsverkehr geltenden Regeln hält. Und wenn er sich nicht daran hält, gibt es Bußgelder – wie im Straßenverkehr, nur höher.

7

Im **Arbeitsrecht** geht es um die Regelung des Verhältnisses des Unternehmens zu seinen Mitarbeitern. Die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften kann durch spezialisierte Mitarbeiter sichergestellt werden. Der einzelne ist vom Arbeitsrecht grundsätzlich nur für sich selbst betroffen. Und wenn alles gut läuft, nimmt er es nur geräuschlos im Hintergrund wahr.

8

Das **Steuerrecht** stellt anders als Straßenverkehrs- und Arbeitsrecht keine Verhaltensanforderungen an Unternehmen oder Individualpersonen. Es ist dem Steuerrecht völlig gleichgültig, wie ich mich verhalte. Das Steuerrecht ist kein Recht, das aus wertbasierten Normen besteht oder das das Zusammenleben in Gemeinschaften oder das Zusammenwirken auf Märkten regeln soll. Es regelt nur, wer wieviel für das, was er getan oder erlangt hat, als Steuern zahlen muss. Mit der Anweisung an die Steuerabteilung oder an die externen Steuerberater, sich im Zweifel für die rechtmäßige Variante zu entscheiden, ist im Hinblick auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften (Compliance) alles getan, was man tun kann. Für so wenig brauchte man offensichtlich keinen neuen Begriff.

9

Das Besondere an den Gebieten, die heute wie auch das Kartellrecht im Rahmen der Umsetzung im Unternehmen mit dem Begriff „Compliance“ belegt werden, ist also wohl, dass sie neben der bloßen Einhaltung von Rechtsvorschriften eine unternehmensinterne **auf dieses Ziel ausgerichtete Organisation** verlangen.⁵ Compliance betrifft also die Verhaltenssteuerung von Personen im Hinblick auf das Einhalten von Rechtsvorschriften, und dies dann umfassend, also mit allem, was dazugehört. Der Gesetzgeber hat Compliance im Rahmen der 10. GWB-Novelle in § 81d Abs. 1 S. 2 Nrn. 4 und 5 GWB als „*Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“ definiert. Etwas wissenschaftlicher hört sich das so an: „*Der Begriff der Kartellrechts-Compliance kann heute ... als ... Oberbegriff für sämtliche Wertentscheidungen, Prinzipien, Vorgaben und Prozesse im Unternehmen verstanden werden, die dem Ziel eines systematischen, unternehmensweit integrierten Kartellrechts-Risikomanagements dienen.*“⁶

10

Kartellrechts-Compliance ist wichtig für alle Unternehmen, ungeachtet der Frage, welche Größe das Unternehmen aufweist, welcher Branche es angehört und ob es regional oder international tätig ist. Der Gesetzgeber erkennt jetzt in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB an, dass die Compliance-Anforderungen „*angemessen*“ sein, d.h. den unternehmensspezifischen Anforderungen entsprechen müssen.⁷ Der internationale Großkonzern steht für den Aufbau einer **Compliance-Organisation** schon rein logistisch vor anderen Herausforderungen als ein regionaler Mittelständler, dennoch haben beide Unternehmen die gleichen Grundaufgaben zu bewältigen, die sich auf drei Kernpunkte herunterbrechen lassen: Wie lässt sich in der konkreten Unternehmensstruktur sicherstellen, dass kartellrechtliche Verstöße (i) identifiziert, (ii) abgestellt und (iii) für die Zukunft verhindert werden können? Wenn diese Frage erfolgreich beantwortet wird, ist das Unternehmen weitgehend gegen hohe Bußgelder gesichert: Entweder werden Zuwiderhandlungen im Vorhinein verhindert oder sie werden zumindest so frühzeitig entdeckt – etwa durch einen Compliance-Audit –, dass sie nicht erst im Rahmen von kartellrechtbehördlichen Ermittlungen aufgedeckt werden. Das ist der Bereich der Compliance-Defense, mit dem dieses Buch beginnt (**Teil A**).

11

Dieses Buch bietet **praktische Hilfestellung** bei der Bewältigung der Aufgabe, ein angemessenes und wirksames Compliance-System aufzubauen. Es richtet sich damit an alle, die sich

intern im Unternehmen oder extern für ein Unternehmen damit befassen, Strukturen, Richtlinien und Prozesse zu schaffen, um die Einhaltung kartellrechtlicher Regeln dauerhaft sicherzustellen und zu überprüfen.

12

Dieses Buch ist kein Kartellrechts-Handbuch. Materielle kartellrechtliche Vorschriften werden insoweit und nur unter dem Aspekt angesprochen, wie es für Zwecke der Identifizierung kartellrechtlicher Risiken und der Schaffung und Aufrechterhaltung kartellrechtlicher Compliance-Strukturen im Unternehmen notwendig ist. Diese Analyse der im Unternehmen konkret vorhandenen kartellrechtlichen Risiken ist der erste und grundlegende Schritt eines erfolgreichen Compliance-Programms. Je nachdem, welche Geschäftspraktiken ein Unternehmen verfolgt, kann die Darstellung des Kartellrechts in **Teil B** des Buches eine vertiefte Auseinandersetzung mit einzelnen kartellrechtlichen Normen im Zuge der Compliance-Arbeit jedoch nicht ersetzen.

13

Nach den Grundlagen für die Risikoanalyse folgen dann im dritten Teil (**Teil C**) des Handbuches aus Anwendersicht geschriebene Ausführungen dazu, wie Kartellrechts-Compliance im Unternehmen praktisch sichergestellt und umgesetzt werden kann.

14

Und schließlich kann es auch bei einem perfekten Compliance-Programm passieren, dass etwas schiefgeht, also die „Kartellrechts-Krise“ eintritt. Wie damit umzugehen ist, erörtern wir im vierten Teil des Buches (**Teil D**).

15

Abgerundet wird das Handbuch durch Materialien (**Teil E**), die den Einstieg erleichtern, also besonders bei der erstmaligen Befassung mit der Materie hilfreich sein sollen.

¹ Und viele andere Bedeutungen mehr, siehe www.leo.org. ² Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 116. ³ Siehe hierzu die Zitate von Kasten, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011, 2. Kap. Rn. 2. ⁴ Dieser Grundsatz der Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten gilt – unabhängig davon, ob man die einzuhaltenden Regeln kannte – nicht nur im Straßen-, sondern auch im Geschäftsverkehr: Wer am Wirtschaftsleben teilnimmt, wer auf Märkten operiert, kann sich nicht hinterher seiner Verantwortlichkeit dadurch entziehen, dass er darauf verweist, er habe bestimmte Vorschriften nicht gekannt. Er hätte sie kennen können und müssen. ⁵ Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 117, sehen darin die Übernahme eines amerikanischen Rechtsmodells, dessen unreflektierte Übernahme in die deutsche Unternehmenskultur nur bedingt gelingen könne. ⁶ Kasten, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2011, 2. Kap. Rn. 3 a.E.; Hervorhebung durch die Verfasser. ⁷ Siehe sogleich zur Compliance-Defense Rn. A 1ff.

Teil A Die Compliance-Defense

1

Nachdem im wahrsten Sinne des Wortes jahrzehntelang darum gekämpft wurde, ist die sog. „**Compliance-Defense**“ im Bußgeldverfahren im Rahmen der 10. GWB-Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz“)¹ mit Wirkung zum 19.1.2021 nun vollständig in das Gesetz geschrieben worden. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße, die gegen Unternehmen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) oder das Missbrauchsverbot (§§ 19–21 GWB, Art. 102 AEUV) festgesetzt werden, kommen jetzt nach § 81d Abs. 1 S. 2 GWB als abzuwägende Umstände insbesondere auch in Betracht:

- „4. ... vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen und
- 5. ... nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen.“ [Hervorhebungen hinzugefügt]

2

Insbesondere die neue Regelung in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB – das ist die eigentliche Compliance-Defense – ist gegenüber der 1. Auflage ein Grund mehr, in dieses Compliance-Handbuch Kartellrecht nicht nur hineinzuschauen, sondern es auch durcharbeiten und die in ihm enthaltenen Empfehlungen umzusetzen. Die jetzt ausdrücklich in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB aufgenommene Regelung zur **Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen** nach Tatbegehung wurde dagegen schon vor der 10. GWB-Novelle in Ordnungswidrigkeitenverfahren im Rahmen des positiven Nachtatverhaltens berücksichtigt; die Bestimmung ändert also nichts, sie hat nur klarstellende Funktion.

3

Dieses Handbuch fokussiert sich zwar nicht auf die Verteidigung im Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes², schafft aber für den Anwender des hierin dargestellten Standes der Compliance-Technik die Voraussetzungen, dass ihm die Vorteile der Compliance-Defense im Falle eines Falles zugutekommen. Dadurch lassen sich Ausgaben für Compliance zukünftig besser rechtfertigen³, da sie entweder Verstöße verhindern oder jedenfalls, wenn doch verstoßen wird, das dann zu verhängende Bußgeld mindern.

4

Mit der Anerkennung der Compliance-Defense hat der deutsche Gesetzgeber eine Lücke im System geschlossen, die bisher den einen oder anderen an der **Sinnhaftigkeit von Compliance** zweifeln ließ. Der bisher von vielen Verfolgungsbehörden einschließlich der Europäischen Kommission⁴ angewandte Grundsatz „Die zu bebußende Zuwiderhandlung beweist die unzureichenden Compliance-Bemühungen“ ist zwar nach wie vor richtig, aber das nur im Hinblick auf die individuell verstoßende Person, nicht im Hinblick auf das dafür gegebenenfalls haftende Unternehmen. Die Behörden, die den Grundsatz auch heute noch unterschiedslos auf Unternehmen anwenden, denen es schlicht und einfach unmöglich ist, eine 100 %ige Kontrolle über Arbeitnehmer auszuüben, lassen das notwendige Verständnis für die reale Welt vermissen. In dieser gibt es Menschen mit einer „kriminellen Energie“, die sich weder von sanktionsbewehrten Anordnungen abschrecken lassen noch über ansonsten wirksame Überwachungsmechanismen zu fassen sind.

5

Die Compliance-Defense beschreibt die Möglichkeit, in Bußgeldverfahren ein effektives Compliance-System bei der Festsetzung der Bußgeldhöhe zu berücksichtigen. Sie kann eine **Reduzierung der Bußgeldhöhe**, aber auch das völlige Wegfallen eines Bußgeldes bewirken: Wenn das Unternehmen alles getan hat, was man tun kann, aber ein mit krimineller Energie

ausgestatteter Mitarbeiter des Unternehmens eine Zuwiderhandlung begangen hat, ist ein Unternehmensbußgeld nicht mehr gerechtfertigt.⁵ Für die Haftung eines Betriebsinhabers wegen unterlassener Aufsichtsmaßnahmen nach § 130 OWiG ergibt sich das bereits aus dem Tatbestand dieser Vorschrift, für die Haftung des Unternehmens nach § 30 OWiG aus der Compliance-Defense. Um zu sachgerechten Entscheidungen zu kommen und letztlich auch den Wert von Compliance in Unternehmen zu steigern, ist die Compliance-Defense international auf dem Vormarsch⁶ und – nicht zuletzt dank einer Erinnerung des BGH im Jahre 2017⁷ – nun im GWB fest verankert. Worum geht es im Detail?

6

Es geht um „Compliance“, die der Gesetzgeber als „*Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“ definiert. Für die Geltendmachung der Compliance-Defense müssen diese Vorkehrungen nach den Gesetzesvorgaben „**angemessen und wirksam**“ sein. Die Vorkehrungen sind auf jeden Fall dann wirksam, wenn sie zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen *oder* zur Aufdeckung von Zuwiderhandlungen führen. Nur wenn das „und“ im Gesetzestext als „oder“ verstanden wird, macht die Regelung Sinn. Denn bei der Vermeidung gibt es wie bisher kein Kartellverfahren – es ist ja noch mal gut gegangen. Neu ist allerdings die Aufdeckung als Nachweis der Wirksamkeit des Compliance-Programms.

7

Nach der Gesetzesbegründung⁸ soll durch das Wort „angemessen“ dem Umstand Rechnung getragen werden, dass **die Art und der Umfang von Compliance-Maßnahmen** typischerweise von der Unternehmensgröße abhängig sind und dass es dabei auf den Einzelfall ankommt. Konkret zu berücksichtigen sind:

- Art des Unternehmens,
- Größe des Unternehmens,
- Organisation des Unternehmens,
- Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstandes,
- Anzahl der Mitarbeiter,
- zu beachtende Vorschriften,
- Risiko der Verletzung dieser Vorschriften.

8

Über diese Aufzählung hinaus wird nur noch darauf hingewiesen, dass für kleine und mittlere Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen auch wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein können; insbesondere der Zukauf eines Compliance-Programms oder von Zertifizierungen sei in diesen Fällen regelmäßig nicht erforderlich.

9

Wie oben ausgeführt, sind Vorkehrungen zur Aufdeckung von Zuwiderhandlungen logischerweise dann „wirksam“, wenn sie zur **Aufdeckung der Zuwiderhandlung** geführt haben. Das ist genauso richtig, wie Vorkehrungen zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen dann wirksam sind, wenn sie eine Zuwiderhandlung vermieden haben. Es spielt also nach der Entdeckung (und Abstellung) des Verstoßes keine Rolle, wie sich das Unternehmen danach verhält, ob es also den entdeckten (und abgestellten) Verstoß zur Anzeige bringt. Das ist auch logisch nachzuvollziehen, weil es sich bei diesem Verhalten nach Entdeckung und Beendigung der Zuwiderhandlung um Nachtatverhalten handeln würde, es bei der „Wirksamkeit“ im Sinne von § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB jedoch um die Beurteilung von Compliance-Maßnahmen vor der Tat geht.

10

Hier sorgt nun die **Gesetzesbegründung** für Verwirrung. Richtigerweise stellt sie zunächst zur Compliance-Defense fest, dass „*damit Fälle, in denen der Inhaber eines Unternehmens alle objektiv erforderlichen Vorkehrungen ergriffen hat, um Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche*

Bestimmungen durch Mitarbeiter wirksam zu verhindern, berücksichtigt werden können“.⁹ Doch sodann folgt ein Satz, der in die Irre führt und vom Gesetzeswortlaut, der die Grenze zulässiger Auslegung markiert, auch nicht mehr gedeckt ist: „Dies [= Berücksichtigung der im vorhergehenden und soeben zitierten Satz genannten Fälle] ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die ergriffenen Maßnahmen zur Aufdeckung und Anzeige der Zuwiderhandlung geführt haben.“¹⁰

11

Die **Anzeige als Zusatzerfordernis** für die Compliance-Defense aufzunehmen ist geradewegs „contra legem“; der Wortlaut gibt ein solches Verständnis nicht mehr her, sodass schon aus diesem Grund der Versuch ausscheidet, mit Sinn und Zweck der Regelung zu argumentieren. Aber auch der Sinn und Zweck, Compliance-Maßnahmen im Sinne einer besseren, kartellrechtlich „sauberen“ Welt zu fördern, gebietet das Zusatzerfordernis der Anzeige nicht. Es hat nichts mit der Wirksamkeit der Maßnahme zu tun, diese ist allein durch die Aufdeckung schon bewiesen. Ob der aufgedeckte Verstoß dann als erster, zweiter oder dritter bei der Behörde angezeigt wird, ob dies mit oder ohne Antrag nach dem Kronzeugenprogramm geschieht oder ob die Behörde durch Hinweis oder Durchsuchung von der aufgedeckten Zuwiderhandlung erfährt, spielt dann keine Rolle mehr.

12

Der schwierigste Bereich der Compliance-Defense ist betroffen, wenn die Kartellbehörden beurteilen müssen, ob das vorhandene Compliance-Programm des Unternehmens, dessen Mitarbeiter die Zuwiderhandlung begangen haben, „angemessen und wirksam“ ist. Die **Maßstäbe für die Angemessenheit** aus der Gesetzesbegründung sind schon oben genannt, mit Maßstäben für die Wirksamkeit tut sich die Gesetzesbegründung allerdings schwer.

13

Nach der Gesetzesbegründung ist ein **Compliance-Programm wirksam**, das „*alle erforderlichen Vorkehrungen*“¹¹ trifft. Richtigerweise wird auch festgehalten, dass es nicht von vorneherein gegen die Ernsthaftigkeit des Bemühens, kartellrechtliche Zuwiderhandlungen zu vermeiden, spricht, wenn es trotz des Compliance-Programms zu einer Zuwiderhandlung gekommen ist. Allerdings heißt es dann, und hier verfällt man in alte Argumentationsmuster zurück, dass bei Nicht-Aufdeckung (und Anzeige – aber der Hinweis ist gesetzeswidrig) der Zuwiderhandlung die trotz Compliance-Programm begangene Zuwiderhandlung darauf hinweise, dass ein Defizit bei der Compliance vorliege. Dieser Schluss ist falsch, genau das ist zu ermitteln. Und wenn das Bundeskartellamt bei seinen Ermittlungen zum Schluss kommt, dass die Zuwiderhandlung durch ordnungsgemäße Compliance verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre, kann – natürlich, möchte man sagen – nur das grundsätzliche Bemühen um Compliance zu einer allenfalls geringen Bußgeldminderung führen.

14

Mit diesem Regelverständnis ergibt sich für die verschiedenen **Fallkonstellationen** konkret Folgendes:

- Die Compliance-Defense gilt für alle Unternehmen unabhängig davon, ob sie nach § 30 OWiG oder nach § 130 OWiG für eine Zuwiderhandlung durch Mitarbeiter des Unternehmens haften.

- Die Compliance-Defense gilt für alle Unternehmen unabhängig davon, ob sie eine von Mitarbeitern begangene Zuwiderhandlung aufgedeckt haben oder nicht. Wurde die Zuwiderhandlung nicht vom Unternehmen aufgedeckt, bedarf es jedoch positiver Darlegungen zur Angemessenheit und Wirksamkeit des vorhandenen Compliance-Programms.

- Die Compliance-Defense gilt für alle Unternehmen unabhängig davon, ob sie eine aufgedeckte Zuwiderhandlung dem Bundeskartellamt anzeigen oder nicht. Das Erfordernis einer Anzeige ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

- Die Compliance-Defense gilt für alle Unternehmen unabhängig davon, ob sie einen Kronzeugenantrag gestellt haben; bei einem erfolgreichen Kronzeugenantrag als erster bedarf es dank der Bußgeldreduzierung auf Null der Compliance-Defense jedoch nicht mehr.
- Ist die Wirksamkeit des Compliance-Programms nicht durch die Aufdeckung der Zuwiderhandlung nachgewiesen, muss das Bundeskartellamt die objektiv erforderlichen Vorkehrungen ermitteln und prüfen, ob diese (i) über das vorhandene Compliance-Programm hinausgehen und sie (ii) die begangene Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert hätten.¹² Ist beides der Fall, kommt nur noch eine Honorierung des generellen Bemühens durch eine wohl allenfalls geringfügige Senkung des Bußgelds in Betracht.

15

Ein Wermutstropfen zum Schluss: Die Compliance-Defense gilt bei Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern, nicht bei **Zuwiderhandlungen der Geschäftsleitung** selbst. Wegen des „top-down“-Grundsatzes¹³ kann ein Compliance-Programm nicht ordnungsgemäß sein, wenn der „oberste Chef“ selbst der zuwiderhandelnde Mitarbeiter ist. Hierauf weist die Gesetzesbegründung zu Recht hin. Aber auch insoweit verbieten sich vorschnelle Schlussfolgerungen: Wird das Unternehmen durch ein Kollegialorgan geleitet, trifft die „Chef-Regel“ nur auf alleinvertretungsberechtigte Vorsitzende des Kollegialorgans zu, also z.B. auf den Vorstandsvorsitzenden oder den CEO. Wird die Zuwiderhandlung dagegen von einem nicht alleinvertretungsberechtigten Mitglied eines solchen Kollegialorgans begangen – und selbst wenn dieses eine herausgehobene Stellung einnimmt –, beeinträchtigt dies allein die Wirksamkeit des Compliance-Programms nicht. Mit Gesamtvertretung hätte der Vorstand in diesem Beispiel sich ausreichend gegen die kriminelle Energie eines Einzelnen abgesichert.

¹ BGBl. I 2021, 2ff. ² Einige Gedanken zur Verteidigung finden sich in Rn. D 52ff. ³ Darauf weisen auch Ritz/Weiß, NZKart 2020, 364, 370 hin. ⁴ Compliance-Programme werden von der Kommission nach wie vor nicht als mildernder Umstand bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt, siehe hierzu Steger/Schwabach, WuW 2021, 138, 139f. und Rn. B 46. ⁵ Holzhäuser/Blome, BB 2020, 1232, 1233. ⁶ Es weht ein „Wind of Change“, wie Ritz/Weiß, NZKart 2020, 364 feststellen. Siehe auch die Hinweise zu den Ländern Italien, Großbritannien, Frankreich, die USA und Schweiz unter Fn. B 38. ⁷ BGH, Urt. v. 9.5.2017, Az. 1 StR 265/16, BB 2017, 1931 (mit Anm. Behr). ⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 19/25868, S. 123. ⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 19/25868, S. 122. ¹⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 19/25868, S. 122. ¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 19/25868, S. 122. ¹² Die bisherigen Vorbehalte des Bundeskartellamtes gegen eine Prüfung der Wirksamkeit von Compliance-Programmen (Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drucks. 18/5210, S. 13) greifen – worauf Seeliger/Gürer, WuW 2020, 634, 635 re.Sp. zu Recht hinweisen – nicht mehr. Schon nach § 8 Abs. 1 S. 1 WRegG muss das Bundeskartellamt sich die entsprechende Expertise aneignen. ¹³ Siehe unten Rn. C 4ff.

Teil B Kartellrechtliche Risiken im Unternehmen

1

Am Anfang aller Compliance-Bemühungen steht die **Bestandsaufnahme**: Das Unternehmen muss sich darüber klar werden, mit wem es in welcher Weise im Rahmen seiner Geschäftsprozesse agiert, bei welchen Tätigkeiten Kartellrechts-Verstöße vorkommen (könnten) und welche Bereiche relativ unkritisch sind.

2

Kartellrechts-Compliance hat zum Ziel, Unternehmen vor Kartellrechts-Risiken zu schützen. Wie bei jeder Schutzmaßnahme ist vor Einführung eines kartellrechtlichen Compliance-Programms zu entscheiden, ob

- die Risiken so gering sind, dass sie vom Unternehmen akzeptiert und getragen werden können oder ob
- das Einführen von konkreten Schutzmaßnahmen angezeigt ist.

3

Selbstverständlich kann eine solche Entscheidung nur dann korrekt getroffen werden, wenn Risiken und Konsequenzen zutreffend beurteilt werden. Für die Einhaltung von Kartellrechtsregeln ist das weit weniger intuitiv zu bewerkstelligen als für andere Rechtsbereiche. Dies liegt schlicht daran, dass Kartellrecht nicht abstrakt befolgt werden kann, sondern die Regeln je nach **Marktumfeld**, **Marktposition** und **Geschäftsmodell** eines Unternehmens andere sind. Grundsätzliche Compliance-Maßnahmen, wie insbesondere Kartellrechtsschulungen sind in einem Unternehmen also schon deshalb unverzichtbar, weil sie eine zutreffende Sachverhalts- und Risikoerfassung erst möglich machen.

4

Im Anschluss an das Studium der Grundbegriffe des Kartellrechts in den Abschnitten I. bis IV. kann der Leser unmittelbar in die Analyse der im eigenen Unternehmen vorhandenen Kartellrechts-Risiken anhand der Abschnitte V. bis IX. einsteigen.

I. Einführung in das Kartellrecht

5

Kartellrecht schützt den Wettbewerb und damit das freie Kräftespiel von Unternehmen auf dem Markt. Das System der Marktwirtschaft sieht funktionsfähigen Wettbewerb gleichsam als sein Herzstück oder seinen Motor an: **Verbraucher** profitieren von diesem System, weil Unternehmen um die Verbrauchergunst konkurrieren müssen. Der Wettbewerbsdruck führt dazu, dass Abnehmer sich aus einer breiten Angebotspalette diejenigen Güter und Leistungen auswählen können, die am ehesten ihren Vorstellungen von guter Qualität zu einem angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis entsprechen. Unternehmen, die im Wettbewerb bestehen, werden mit höheren Gewinnen belohnt. Unternehmen, deren Angebot nicht den Marktanforderungen entspricht, werden mit Verlusten oder gar mit ihrem Ausscheiden aus dem Markt bestraft.¹

6

Ein besonders wichtiger Faktor ist dabei der letztlich nur durch ausreichenden Wettbewerb geförderte, ständige Anreiz zur **Innovation**. Oder mit den Worten des Präsidenten des Bundeskartellamtes, *Andreas Mundt*, in einem Interview der Funke Mediengruppe am 18.1.2020:

„Neben den überhöhten Preisen ist das Schlimmste an Kartellen und Monopolen, dass die Innovationstätigkeit der Unternehmen erschläfft. Ohne Wettbewerb geben sich die Firmen keine Mühe. Ein Beispiel: Als Microsoft seinen „Internet Explorer“ an den Markt brachte, erfuhr dieser über fünf Jahre kein einziges Update. Warum? Weil die Konkurrenz fehlte. Dann kam der „Mozilla Firefox“. Heute sind wöchentliche Updates bei vielen Apps die Regel. Wettbewerb ist für Fortschritt wichtig – und Kartelle schalten diesen aus.“

7

Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb, indem es Handlungsweisen von Unternehmen verbietet oder begrenzt, von denen anzunehmen ist, dass diese wirksamen Wettbewerb behindern oder sogar ganz ausschalten.

8

Das europäische sowie das deutsche Kartellrecht stützen sich – wie viele andere Kartellrechtsordnungen weltweit – dafür im Wesentlichen auf zwei Grundsäulen: Die eine Säule begründet die unternehmerische **Verhaltenskontrolle in Form des Kartellverbots**² und des **Verbots missbräuchlichen Verhaltens für Unternehmen mit Marktmacht**,³ die andere Säule umfasst die **Strukturkontrolle** für die Übernahme von Unternehmen oder Vermögenswerten in Form der **Fusionskontrolle**.⁴

9

Der Fokus von kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen liegt regelmäßig auf der ersten Säule, also der **kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle**. Hier sind die risikorelevanten Sachverhalte des Unternehmensalltags angesiedelt, also Vorgänge, bei denen Unternehmensmitarbeiter das Unternehmen täglich in kartellrechtliche Gefahren bringen können. Transaktionen sind dagegen weit weniger alltäglich und werden im Unternehmen regelmäßig von Anfang an rechtlich begleitet. Die mit einem Transaktionsprozess verbundenen kartellrechtlichen Risiken erfahren damit naturgemäß eine höhere rechtliche Aufmerksamkeit. Auch wenn Compliance-Schulungen in diesem Bereich nicht zu vernachlässigen sind, betreffen sie regelmäßig einen eher kleinen Mitarbeiterkreis, der vor allem dahingehend sensibilisiert werden muss, rechtzeitig an das Kartellrecht und die Einbeziehung kartellrechtlicher Expertise zu denken.

10

Die Regeln zur kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle sind direkt im Vertrag zur Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und damit im sog. Primärrecht der Europäischen Union (EU) angesiedelt. Die Europäische Fusionskontrolle findet sich nicht direkt im AEUV, sondern in

einer eigenen Verordnung.⁵ **Europäisches Kartellrecht** ist unmittelbar geltendes Recht in allen Mitgliedstaaten der EU und gilt – über entsprechende Abkommen⁶ – auch in den EFTA-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein und damit im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Oberste Europäische Kartellbehörde ist die **Europäische Kommission** (Kommission), die mit der Generaldirektion Wettbewerb über eine Einheit von etwa 800 Mitarbeitern verfügt, die sich mit der Durchsetzung des Kartellrechts befasst. In der EU verfügt zudem jeder Mitgliedstaat über eine eigene nationale Kartellrechtsordnung, die weitgehend an die Kartellrechtsordnung der EU angepasst ist. Das **deutsche Kartellrecht** ist im seit 1957 geltenden Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert. Die deutsche Verfolgungsbehörde ist das **Bundeskartellamt** mit Sitz in Bonn, mit derzeit ca. 360 Mitarbeitern. Obgleich die Behörde formal dem Bundeswirtschaftsministerium unterstellt ist, agiert sie unabhängig und nicht weisungsgebunden.

11

Derzeit haben weltweit über 120 Länder eigene Regeln zur Durchsetzung des Kartellrechts. Auch wenn es viele Prinzipien gibt, die in allen Rechtsordnungen enthalten sind, weicht die konkrete Ausgestaltung der Kartellrechtsgesetze sowie deren Umsetzung in einigen Punkten signifikant voneinander ab. Die Ausführungen in diesem Buch befassen sich allein mit europäischem und deutschem Kartellrecht, sofern nicht ausdrücklich auf eine andere Rechtsordnung Bezug genommen ist.

¹ BKartA, Informationsbroschüre „Offene Märkte – Fairer Wettbewerb“, S. 10. ² Siehe hierzu ausführlich unter Rn. B 95. ³ Siehe hierzu ausführlich unter Rn. B 202. ⁴ Siehe hierzu ausführlich unter Rn. B 288. ⁵ EG-Fusionskontrollverordnung VO Nr. 139/2004, ABl. EU 2004 L 24/1. ⁶ Art. 53, 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. EG 1994 L 1/3.

II. Anwendbarkeit von Kartellrecht

1. Auswirkungsprinzip

12

Die Anwendbarkeit deutschen und europäischen Kartellrechts bestimmt sich nach dem Auswirkungsprinzip. Dies gilt im Übrigen für die meisten Kartellrechtsordnungen weltweit und bedeutet: Weist eine Vereinbarung oder Verhaltensweise ein **Potenzial zur spürbaren Wettbewerbsbeschränkung** in der EU/in Deutschland auf, ist das europäische bzw. deutsche Kartellrecht anwendbar. Dies gilt unabhängig vom Willen der Vertragsparteien oder der von diesen getroffenen Rechtswahl. Irrelevant ist ebenfalls, ob ein oder alle an einer beschränkenden Vereinbarung oder einer kartellrechtswidrigen einseitigen Verhaltensweise beteiligten Unternehmen ihren Sitz in Deutschland oder der EU haben, sofern ihr Verhalten den deutschen bzw. den europäischen Markt betrifft. Umgekehrt bedeutet dies auch: Wettbewerbsbeschränkungen, die kein Potenzial haben, sich auf den Wettbewerb in der EU auszuwirken, fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Kartellrechtsordnung, ggf. aber unter die Kartellrechtsregeln eines anderen Landes. Abgrenzungshilfen für die Anwendbarkeit deutschen und europäischen Kartellrechts bieten die entsprechenden Leitlinien der Behörden.⁷

2. Verhältnis zwischen europäischem und deutschem und sonstigem nationalen Kartellrecht innerhalb der EU

13

Deutsches und europäisches Kartellrecht sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar, wobei die Anwendung europäischen Kartellrechts im Konfliktfall vorgeht.⁸

14

Hat eine Verhaltensweise rein lokale Auswirkungen auf einen Mitgliedstaat der EU, fällt sie mangels **Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels** ggf. nicht unter europäisches, sondern allein unter das nationale Kartellrecht des jeweiligen Mitgliedstaats, bei Auswirkungen in Deutschland also allein in den Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamtes. Die praktischen Auswirkungen sind jedoch vergleichsweise gering: Im Bereich der zweiseitigen Verhaltenskontrolle sind die Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten voll an das EU-Kartellrecht angepasst. Im Bereich der einseitigen Missbrauchskontrolle können die Beurteilungsmaßstäbe nur strenger, nicht dagegen milder ausfallen. Das deutsche Kartellgesetz macht von der Möglichkeit einer strengeren einseitigen Verhaltenskontrolle Gebrauch.⁹

15

Europäisches Kartellrecht ist auf der Ebene der Mitgliedstaaten **unmittelbar anwendbares Recht**.¹⁰ Dies gilt auch für alle von der Kommission erlassenen Verordnungen, etwa zur Fusionskontrolle, und insbesondere für die sog. Gruppenfreistellungsverordnungen (siehe dazu unter Rn. B 104ff.). Die zur Erläuterung dieser Verordnungen ebenfalls von der Kommission erlassenen Leitlinien und Merkblätter haben dagegen nur für die Kommission selbst unmittelbare rechtliche Bindungswirkung, sofern sie nicht unmittelbar den Verordnungstext erläutern (siehe dazu unter Rn. B 110).

3. Kartellrechtsordnungen anderer Länder außerhalb des EWR

16

Obgleich sich in allen Kartellrechtsordnungen weltweit gewisse gemeinsame Grundkonzepte wiederfinden, weichen die nationalen Kartellrechtsregeln, einschließlich deren Umsetzungen durch nationale Kartellbehörden und Gerichte, durchaus substantiell voneinander ab.

17

Für ein international agierendes Unternehmen bedeutet dies, dass Compliance-Bemühungen alle Absatzmärkte eines Unternehmens im Blick haben müssen. Wie z.B. Bußgeldentscheidungen der chinesischen Kartellbehörde in Höhe von EUR 56 Mio. im sog. LCD-Bildröhrenkartell im Januar 2013,¹¹ der südkoreanischen Kartellbehörde in Höhe von USD 854 Mio. gegen den Chiphersteller Qualcomm im Jahr 2016¹² oder ein Bußgeld der japanischen Kartellbehörde in Höhe von USD 330 Mio. gegen verschiedene Bauunternehmen im Juli 2019¹³ zeigen, lässt sich die Kartellrechtsverfolgung nicht einem Land oder einer bestimmten Form der Marktwirtschaft zuordnen. So hat Indien seine zunächst nur in der Theorie existente Kartellrechtsordnung schon vor Jahren „scharf gestellt“. Auf dem lateinamerikanischen Kontinent ist Brasilien bei Kartellrechtlern schon seit Langem als ein Land bekannt, in dem die Kartellrechtsverfolgung einen sehr hohen Stellenwert einnimmt. Das Gleiche gilt auf dem afrikanischen Kontinent für Südafrika.¹⁴

18

Wenn das Compliance-Konzept grundsätzlich steht, ist es je nach räumlichem Tätigkeitsgebiet des Unternehmens somit unverzichtbar, die Compliance-Maßnahmen, etwa in Form von Schulungen oder Verhaltensrichtlinien, auch im Ausland auszurollen. Hierfür ist die Einschaltung lokaler Anwälte notwendig, auch wenn diese sich gut an einem einmal ausgearbeiteten Konzept orientieren können. Umgekehrt ist stets sicherzustellen, dass im Ausland erarbeitete Compliance-Maßnahmen nicht unreflektiert auf die lokale deutsche Organisation übertragen werden.

⁷ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl. EU 2004 C 101/07; Merkblatt des Bundeskartellamtes zur Inlandsauswirkung, Januar 1999. ⁸ Art. 3 Abs. 2 S. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2008 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1 (VO 1/2003); § 22 Abs. 2 GWB. ⁹ Siehe dazu unter Rn. B 213ff. ¹⁰ Für Deutschland siehe § 22 Abs. 1 GWB. ¹¹ Siehe Pressemitteilung der chinesischen Kartellbehörde v. 13.1.2013, abrufbar unter <http://english.mofcom.gov.cn>. ¹² Siehe Pressemitteilung der koreanischen Kartellbehörde v. 28.12.2016, abrufbar unter www.ftc.go.kr. ¹³ Siehe Pressemitteilung der japanischen Kartellbehörde v. 31.7.2019, abrufbar unter www.jftc.go.jp. ¹⁴ Für einen globalen Überblick siehe OECD Competition Trends 2020, abrufbar unter <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>.

III. Kartellrechtliche Grundbegriffe

19

Es gibt Grundbegriffe und -prinzipien, die für die kartellrechtliche Beurteilung jeder unternehmerischen Verhaltensweise relevant sind. Um das Verständnis der unter Rn. B 95ff. kursorisch dargestellten Kartellrechtsvorschriften zu erleichtern, werden einige dieser Grundbegriffe hier „vor die Klammer“ gezogen und erläutert.

1. Wettbewerbsbeschränkung

20

Ziel des Kartellrechts ist die Steigerung der **Verbraucherwohlfahrt**, indem der Wettbewerb vor Beschränkungen durch Unternehmen geschützt wird. Dahinter steht die Erkenntnis, dass Wettbewerb und Verbraucherwohlfahrt so zusammenhängen, dass mehr Wettbewerb mehr Verbraucherwohlfahrt und weniger Wettbewerb eine geringere Verbraucherwohlfahrt bedeuten. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, bedarf es keines Schutzes des Wettbewerbs und kartellrechtliche Regeln kommen nicht zum Tragen. Das Kartellrecht legt dabei das sog. **Selbstständigkeitspostulat** zugrunde, wonach jedes Unternehmen eigenständig entscheiden muss, welche Geschäftspolitik es auf dem Markt verfolgt. Wird diese Freiheit beeinflusst – gleich ob diese Beeinflussung Zweck oder Folge des Handelns eines anderen Unternehmens ist –, liegt grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung vor.¹⁵

21

Das europäische und deutsche Kartellrecht lassen es im Grundsatz ausreichen, dass ein unternehmerisches Verhalten das Potenzial zu einer Wettbewerbsbeschränkung hat. Die Unterscheidung zwischen **bezweckter Wettbewerbsbeschränkung** (oder im Englischen *restriction by object*) und **bewirkter Wettbewerbsbeschränkung** (im Englischen *restriction by effect*) kommt in der Praxis bei den Nachweiserfordernissen der Auswirkungen von Beschränkungen auf den Wettbewerb durch Behörden und Gerichte zum Tragen. Für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. Beschränkungen, die schon ihrem Wesen nach als schädlich für den Wettbewerb anzusehen sind, wie z.B. Kartellabsprachen, muss kein Nachweis eines wettbewerbschädlichen Potenzials mehr erbracht werden; er wird vielmehr vermutet.¹⁶ Bei der Feststellung bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen ist dies anders. Hier kommt es auf Auswirkungen auf die Marktbedingungen an.

22

Die **Unterscheidung** zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen wird in der Compliance-Arbeit häufig überschätzt: Geht es bei dieser doch ganz vorrangig darum, die bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen abzustellen, d.h. solche, die aufgrund ihres Inhalts, der verfolgten Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs wettbewerbswidrig sind. Diese aufzuspüren, setzt keine Marktanalyse voraus. Oder mit den plastischen Worten des Generalanwalts *Bobek* in seinen Schlussanträgen in Sachen *Budapest Bank et al.* zur Frage, wie man bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen voneinander unterscheidet:¹⁷

„Wenn es wie ein Fisch aussieht und wie ein Fisch riecht, kann man davon ausgehen, dass es ein Fisch ist. Sofern dieser konkrete Fisch nicht auf den ersten Blick etwas ganz Seltsames an sich hat, wie etwa, dass er keine Flossen hat, in der Luft schwebt oder wie eine Lilie riecht, dann ist kein eingehendes Sezieren dieses Fisches notwendig, um ihn als solchen zu qualifizieren. Wenn der betreffende Fisch jedoch etwas Ungewöhnliches an sich hat, kann er gleichwohl als Fisch eingestuft werden, jedoch erst nachdem das betreffende Wesen eingehend untersucht worden ist.“

23

Es gibt dennoch einige Vertragskonstellationen, in denen die Europäische Kommission sowie das Bundeskartellamt bestimmten Beschränkungen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung gänzlich absprechen, da es sich bei diesen Beschränkungen um sog. **Nebenabreden** handelt. Dies sind Beschränkungen, die eine Annexfunktion für eine kartellrechtlich neutrale Vereinbarung einer bestimmten Art einnehmen und notwendig sind, um deren Bestehen zu ermöglichen.¹⁸

24

Hiervon zu unterscheiden sind Situationen, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, diese aber nicht **spürbar** ist und das Verhalten deshalb nicht in den Anwendungsbereich

der kartellrechtlichen Verbotsnormen fällt. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben Leitlinien herausgegeben, wann es aus Sicht der Verfolgungsbehörde an einer solchen Spürbarkeit fehlt, die Behörden also nicht tätig werden.¹⁹

2. Unternehmen

25

Kartellrecht richtet sich ausschließlich an Unternehmen. Dabei legen sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht einen **funktionalen Unternehmensbegriff** zugrunde, der „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“²⁰ erfasst. Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts setzt damit lediglich eine wirtschaftliche Betätigung voraus und ist damit keineswegs auf Unternehmen im engeren Sinne einer juristischen Person beschränkt. Auch die öffentliche Hand als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein Unternehmen, wenn sie sich wirtschaftlich und nicht rein hoheitlich betätigt. Gleiches gilt für natürliche Personen, sofern diese z.B. als Einzelhandelskaufmann, in freien Berufen, als Erfinder, Künstler oder Berufssportler wirtschaftlich tätig sind, d.h. nicht als Arbeitnehmer oder für den eigenen persönlichen Haushalt agieren.²¹

26

Das Kartellrecht versteht unter einem Unternehmen stets die gesamte **wirtschaftliche Einheit**, also die Unternehmensgruppe oder den Konzern. Aus Unternehmenssicht positiv ist, dass konzerninterne Absprachen und Verhaltensweisen dann dem Beurteilungsmaßstab durch das Kartellrecht entzogen sind, wenn es den einzelnen Konzerntöchtern an Entscheidungsautonomie fehlt, da sie als beherrschte Konzernunternehmen anzusehen sind. Aus Unternehmenssicht negativ ist, dass das Kartellrecht für Umsatz- und Marktanteilsbetrachtungen stets den gesamten Konzern und nicht nur die einzelne agierende Konzerntochter betrachtet. Dies gilt im europäischen Kartellrecht auch für die Zurechnung kartellrechtlich relevanten Verhaltens. Hier sind im deutschen Kartellrecht mit der Schließung der sog. „Wurstlücke“²² durch den neuen § 81 Abs. 3a GWB wichtige Anpassungen erfolgt, um eine bis dato bestehende Haftungslücke zu schließen.²³ Auch im deutschen Kartellrecht ist somit der Sache nach eine **Konzernhaftung** für Kartellrechtsverstöße eingeführt worden.²⁴ Danach sind jetzt bei einheitlich geleiteten Unternehmen Geldbußen nicht nur gegen handelnde Tochtergesellschaften, sondern auch gegen ihre lenkenden Konzernmütter möglich, ohne dass diese durch eigene Organe oder Repräsentanten i.S. § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 GWB tatbeteiligt waren. Zum anderen ist für die Fälle der Rechtsnachfolge und wirtschaftlichen Nachfolge durch § 80 Abs. 3b und c GWB die Haftung für Rechtsnachfolger spürbar verschärft worden. Neben der erweiterten Haftung von Gesamtrechtsnachfolgern sind nunmehr nach deutschem Kartellrecht erstmals auch gewisse Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen haftungsbegründend. Schließlich wurde mit § 81a GWB auch eine Ausfallhaftung für die Muttergesellschaft eingeführt, wenn die konzernangehörige Tätergesellschaft nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens erlischt oder ihr Vermögen so verschoben wird, dass ihr gegenüber keine Geldbuße mehr festgelegt werden kann.

3. Relevanter Markt und Marktabgrenzung

27

Die **Abgrenzung des relevanten Marktes** ist für die kartellrechtliche Beurteilung von Sachverhalten in zweifacher Hinsicht relevant: Zum einen folgt daraus die Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den handelnden Unternehmen, zum anderen ist der relevante Markt die Bezugsgröße zur Ermittlung der Marktstellung eines Unternehmens. Wettbewerbsverhältnis und Marktanteile wiederum entscheiden darüber, nach welchen Grundsätzen eine kartellrechtliche Verhaltensweise zu beurteilen ist.

28

Die kartellrechtliche Marktabgrenzung erfolgt stets in sachlicher sowie in räumlicher, seltener auch in zeitlicher Hinsicht. Der **sachlich relevante Markt** oder Produktmarkt wird nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept ermittelt. Zu einem Markt gehören demnach alle Produkte oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite im Hinblick auf ihre Eigenschaften, Preise und ihren Verwendungszweck als austauschbar angesehen werden.²⁵ Als Hilfsmittel bedienen sich die Behörden dabei zum Teil des sog. „SSNIP“-Tests. Dieser fragt, ob Abnehmer bei einer kleinen, aber signifikanten und nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung (*small but significant and non-transitory increase in price*) von z.B. angenommenen 5–10 % von einem Produkt zu einem anderen wechseln würden. Ist dies der Fall, ist anzunehmen, dass die Produkte einem Markt angehören. Der SSNIP-Test ist in der Praxis allerdings nur schwer anwendbar.²⁶ Bereits die Frage, ob der Preisfaktor aus Abnehmersicht tatsächlich die entscheidendste Rolle spielt oder ob andere Wettbewerbsparameter mindestens ebenso wichtig sind, ist branchen- und produktspezifisch durchaus unterschiedlich.

29

In **räumlicher Hinsicht** gehört zu einem relevanten Markt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die fraglichen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.²⁷

30

In der **Praxis** führt für eine zutreffende Marktabgrenzung letztlich kein Weg daran vorbei, in einem Gespräch mit einem Produktexperten herauszuarbeiten, welche Produkte oder Dienstleistungen tatsächlich Wettbewerbsdruck auf die unternehmenseigenen Produkte oder Tätigkeiten ausüben. Mit diesem Gespräch geht die Sichtung und Überprüfung der bereits im Unternehmen verwendeten internen Marktüberlegungen, Branchenstatistiken oder sonstigen Materialien voraus, die für die derzeitige Bestimmung der Marktposition verwendet werden. Diese Materialien können dann mit vorhandenen Entscheidungen von Kartellbehörden in der Branche verglichen werden. Regelmäßig bilden Fusionskontrollentscheidungen dabei einen ersten Anhaltspunkt, da hier die umfangreichste Fallpraxis vorhanden ist. Dieser Blickwinkel ist hilfreich, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die dort vorgenommene Marktabgrenzung für die Überprüfung von Verhaltensweisen nach dem Kartell- oder Missbrauchsverbot oft nur einen Ausgangspunkt bildet: Die Marktabgrenzung kann gerade im Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht in der Praxis oft bedeutend enger ausfallen, als dies für einen im Kartellrecht nicht geschulten Mitarbeiter den Anschein haben mag. Dies hat dann unmittelbare Auswirkungen auf die Bestimmung der Marktposition im relevanten Markt und daran anknüpfender, besonderer Verhaltensregeln für das Unternehmen.

31

An dieser Stelle können nur die Grundprinzipien der Marktabgrenzung angerissen werden: Die richtige Marktdefinition ist eine der zentralen Fragen des Kartellrechts und als solche sowohl rechtlich, insbesondere aber auch ökonomisch, nur **anhand des konkreten Sachverhalts**

zu beantworten. Unternehmen sind gut beraten, diese Marktanalysen sorgfältig und unter Einbeziehung anerkannter Kartellrechtsgrundsätze vorzunehmen. Denn ob die Marktabgrenzung eines Unternehmen letztlich von den Behörden nachvollzogen wird, zeigt sich erst im Rahmen eines konkreten Verfahrens: Die Behörden verfügen über weitreichende Ermittlungsbefugnisse, zu denen eine eigene Markterhebung mittels umfassender Befragung von Wettbewerbern und Abnehmern zählt. Entsprechende Daten liegen einem Unternehmen weder selbst vor noch könnten diese Daten unternehmensseitig erhoben werden, ohne gegen Kartellrecht zu verstoßen. Hat ein Unternehmen seine rechtlichen Handlungsmöglichkeiten falsch eingeschätzt, weil es eine falsche Marktabgrenzung zugrunde gelegt hat, gehen die Konsequenzen aus dieser Fehleinschätzung ausschließlich zu Lasten des Unternehmens.

4. Wettbewerbsverhältnis

32

Welche kartellrechtlichen Grundsätze für die Beurteilung einer Vereinbarung maßgeblich sind, richtet sich nach der Frage, ob die handelnden Unternehmen in einem **Wettbewerbsverhältnis** zueinander stehen oder nicht. Das Kartellrecht behandelt Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern strikter als Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern.

33

Das Wettbewerbsverhältnis ist auf dem nach den obigen Grundsätzen abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Markt zu ermitteln. Deutsches und europäisches Kartellrecht gehen dabei von einem Wettbewerbsverhältnis aus, wenn Unternehmen im Hinblick auf die von der Vereinbarung oder Abrede betroffenen Produkte oder Dienstleistungen auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt aktiv sind (**tatsächliche oder aktuelle Wettbewerber**) oder nicht nur hypothetisch anzunehmen ist, dass das jeweils andere Unternehmen die notwendigen Investitionen oder Umstellungskosten vornehmen würde, um in Erwiderung auf eine geringfügige, dauerhafte Preiserhöhung zeitnah in diesen Markt einzutreten (**potenzielle Wettbewerber**). Hier ist zu beachten, dass der Zeitraum, in dem mit einem Marktzutritt zu rechnen ist, je nach Art der zu beurteilenden Abrede abweicht.²⁸

5. Vorsatz und Fahrlässigkeit

34

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot oder das Verbot des missbräuchlichen Verhaltens für Unternehmen mit Marktmacht erfordert keine besonderen subjektiven Elemente. Bußgelder können verhängt werden, gleich ob der Verstoß gegen das Kartellrecht vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist.²⁹ Die fahrlässige Begehung hat aber Auswirkungen bei der Bußgeldbemessung.³⁰

6. Verjährung

35

Kartellrechtsverstöße verjähren sowohl nach europäischem als auch nach deutschem Recht **fünf Jahre** nach ihrer Beendigung.³¹

36

In der Praxis besteht die Herausforderung im Nachweis, dass eine Tat wirklich beendet ist. Dies ist nicht der Fall, wenn deren **Auswirkungen fortdauern** (etwa wenn ein rechtswidrig verabredeter Preis weiterhin gültig bleibt oder eine kartellrechtswidrige Gebietsabrede nach wie vor eingehalten wird). Liegen die Voraussetzungen für eine Tateinheit vor, können somit auch Vereinbarungen, die Jahre – oder in manchen Kartellverfahren mehr als ein Jahrzehnt – zurückliegen, noch verfolgt und geahndet werden.

7. Wettbewerbs- und Marktanalyse als zwingender Ausgangspunkt jeder Compliance-Maßnahme

37

Kartellrechtliche Compliance kann nicht im luftleeren Raum stattfinden, wenn sie Unternehmensmitarbeiter erreichen soll. So verlockend „one-size-fits-all“-Angebote, insbesondere im sog. *e-Learning*, klingen: sie können eine individuelle Compliance-Arbeit, zugeschnitten auf das konkrete Unternehmen nicht ersetzen, sondern allenfalls abrunden. Kartellrechtsregeln und Kartellrechtsrisiken sind immer mit der **konkreten Markt- und Wettbewerbssituation eines Unternehmens** verbunden und dazu in Bezug zu setzen. Dabei ist evident, dass sich z.B. die kartellrechtlichen Risikobereiche eines internationalen Herstellers von Spezialprodukten mit marktbeherrschender Stellung von denen eines regionalen Händlers homogener Massengüter unterscheiden. Dies gilt, obwohl beide Unternehmen den gleichen Regeln und Verboten unterliegen. In der Praxis wird dem spezifischen Unternehmensumfeld häufig nicht ausreichend Beachtung geschenkt, sodass Schulungsmaßnahmen oder Verhaltensrichtlinien über die Köpfe der Mitarbeiter hinweg gehen. Egal, welcher Mittel Sie sich jedoch letztlich bedienen werden, um in einem Unternehmen für eine wirkungsvolle Einhaltung kartellrechtlicher Regeln zu sorgen: Sie holen die Unternehmensmitarbeiter nur ab, wenn Sie deren Alltagsprobleme adressieren.

38

Auch wenn es sich trivial anhören mag: Vor Beginn jeglicher Compliance-Maßnahmen im Kartellrecht müssen folglich mindestens die folgenden Basis-Fragen stets geklärt sein:

Checkliste: Vor Beginn von Compliance-Maßnahmen

- ✓ Auf welchen Märkten ist das Unternehmen aktiv?
- ✓ Wer sind die Wettbewerber auf diesen Märkten?
- ✓ Hat es in der letzten Zeit Marktzutritte gegeben bzw. gibt es weitere Unternehmen, die dem Markt in kurzer Zeit beitreten könnten?
- ✓ Was sind die wichtigsten Absatzgebiete des Unternehmens?
- ✓ Wer sind die wichtigsten Kunden des Unternehmens?
- ✓ Welcher Vertriebsstrukturen bedient sich das Unternehmen für den Absatz der Produkte bzw. Dienstleistungen?
- ✓ Über welche Marktstellung verfügt das Unternehmen auf den jeweiligen Märkten?
- ✓ Gibt es absehbare Umstände, die die Marktverhältnisse künftig beeinflussen oder verändern werden?

[15](#) Wiedemann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3 m.w.N.

[16](#) So zuletzt EuGH, Urt. v. 2.4.2020, Rs. C-228/18 (Budapest Bank u.a.). [17](#) Schlussanträge Generalanwalt Bobek v. 9.5.2019, Rs. C-28/18, Rn. 51 (Budapest Bank u.a.). [18](#) Siehe dazu ausführlicher unter Rn. B 112. [19](#) Siehe dazu ausführlicher unter Rn. B 108ff. [20](#) Ständige Rspr., siehe z.B. EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 (Hofner und Elsar); EuGH, Urt. v. 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-190/91, Slg. 1993, I-637, Rn. 19 (Poucet und Pistre). [21](#) Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 7ff. m.w.N.; Wiedemann in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 1f. [22](#) Der Begriff der „Wurststücke“ ist im Zusammenhang mit einem Kartellverfahren in der Fleischbranche entstanden: Dem Unternehmer Tönnies ist es 2016 gelungen, eine damals im GWB noch vorhandene Gesetzeslücke durch Umstrukturierungen im Konzern so zu nutzen, dass ein gegen zwei Konzernunternehmen vom Bundeskartellamt in Höhe von EUR 128 Mio. verhängtes Bußgeld schließlich hinfällig wurde, BKartA, Pressemitteilung v. 19.10.2016. [23](#) Siehe Jungbluth, NZKart 2017, 257f.; kritisch Mäger/von Schreitter, NZKart 2017,

264ff. [24](#) Mäger/von Schreitter, NZKart 2017, 264, 266. [25](#) Bekanntmachung der Kommission v. 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 C 372/5, Rn. 7; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Abs. 1 Rn. 48ff. [26](#) Siehe auch Bulst, in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, Bd. 2, 13. Aufl. 2018, Art. 102 Rn. 39ff. [27](#) Bekanntmachung der Kommission v. 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes, ABl. EG 1997 C 372/5, Rn. 8, 28ff.; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Abs. 1 Rn. 65f. [28](#) Art. 1 Abs. 1 lit. c VO (EU) Nr. 330/2010, ABl. EU 2010 L 102/1 (Vertikal-GVO); Art. 1 Abs. 1 lit. t VO (EU) Nr. 1217/2010, ABl. EU 2010 L 335/36 (F&E-GVO); Art. 1 Abs. 1 lit. j (ii) VO (EU) 772/2004, ABl. EU 2004 L 123/11 (TT-GVO). [29](#) Eine Ausnahme besteht insoweit nur für die deutschen Tatbestände des Boykotts, der Nachteilsandrohung und der unrichtigen Angaben gegenüber Kartellbehörden im Sinne des § 81 Abs. 3 OWiG. Diese Tatbestände können gemäß § 10 OWiG nur vorsätzlich begangen werden. Dies gilt im Übrigen auch für Submissionsabsprachen gemäß § 298 StGB, siehe dazu auch unter Rn. B 70, 80, 146ff. [30](#) Für das EU-Kartellrecht ergibt sich dies aus den Verwaltungsgrundsätzen der Kommission: Nach Rn. 29 zweiter Spiegelstrich der Bußgeldleitlinien (siehe Fn. B 33) ist der Nachweis von (lediglich) Fahrlässigkeit ein mildernder Umstand bei der Bußgeldbemessung. Für das deutsche Kartellrecht folgt dies aus § 17 Abs. 2, § 30 Abs. 2 OWiG, wonach sich bei fahrlässiger Begehung der Bußgeldrahmen halbiert. [31](#) Für das EU-Kartellrecht Art. 25 Abs. 1 lit. b sowie Art. 25 Abs. 2–6 VO 1/2003 für Fristbeginn und Unterbrechung; für das deutsche Kartellrecht § 81 Abs. 8, 9 GWB, für Fristbeginn sowie für das Ruhen und die Unterbrechung der Verjährung gelten die allgemeinen Regeln des OWiG.

IV. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Kartellrecht

39

Ein Verstoß gegen das Kartellrecht kann nicht nur in Europa und in Deutschland, sondern auch in nahezu allen anderen Kartellrechtsordnungen gravierende Folgen haben.³²

1. Bußgelder

40

Aus Unternehmenssicht stehen die **drastischen Bußgelder** für Kartellrechtsverstöße bei der Risikoabwägung und der daran anknüpfenden Compliance-Arbeit im Unternehmen an erster Stelle. Die Bedeutung kartellrechtlicher Compliance besteht deshalb zu einem zentralen Teil darin, dieses Bußgeldrisiko für künftiges Verhalten des Unternehmens auszuschalten und für vergangenes zu identifizieren.

1.1 Europäische Kommission

„Heute haben wir mit der Verhängung von Rekordgeldbußen wegen eines schweren Kartellverstoßes ein Ausrufezeichen gesetzt. [...] Unsere Botschaft ist klar: Kartelle haben in Europa keinen Platz.“

Magrethe Vestager, am 19.7.2016 anlässlich der Verhängung erster Bußgelder in dem mit insgesamt nahezu EUR 4 Mrd. bebußten LKW-Kartell.

41

Nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 kann ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen Art. 101 AEUV sowie Art. 102 AEUV von der Kommission mit **Bußgeldern von bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes** der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen belegt werden. Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen einer einstweiligen Anordnung der Kommission zuwiderhandelt oder gegen eine Verpflichtungszusage verstößt (Art. 23 Abs. 2 lit. b und c VO 1/2003).

42

Die Berechnung der konkreten Bußgelder im Falle eines Kartellverstoßes richtet sich nach den **Bußgeldleitlinien** der Kommission.³³

43

Der Ausgangspunkt für die Bußgeldberechnung ist danach ein **Grundbetrag** von bis zu 30 % des sog. tatbezogenen Umsatzes, d.h. des Wertes der von dem betroffenen Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren und Dienstleistungen, die in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Verstoß stehen. Im Regelfall legt die Kommission als Bemessungsgrenze den tatbezogenen Umsatz im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr zugrunde.³⁴ Der so ermittelte Wert wird mit der Anzahl der Jahre multipliziert, die das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war.³⁵ Zeiträume bis zu sechs Monate werden mit einem halben, Zeiträume von mehr als sechs Monaten werden als ein ganzes Jahr gerechnet. Zusätzlich und von der Dauer des Verstoßes unabhängig fügt die Kommission einen Betrag zwischen 15 % und 25 % des tatbezogenen Umsatzes als reine „Abschreckungsgebühr“ hinzu.³⁶ In der bisherigen Fallpraxis der Kommission entsprach dieser Betrag der Prozentzahl des Grundbetrages.

44

Als **erschwerende Faktoren**, die den Grundbetrag und damit das Bußgeld erhöhen können, berücksichtigt die Kommission eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen erneuten Verstoß, die Verweigerung der Zusammenarbeit mit und ohne Behinderung der Kommissionsuntersuchung sowie die Rolle eines Unternehmens als Anführer oder Anstifter des Verstoßes.

45

Mildernde Umstände sind die nachgewiesene Beendigung des Verstoßes nach dem Eingreifen der Kommission außer im Falle geheimer Vereinbarungen oder Verhaltensweisen (insbesondere von Kartellen); Fahrlässigkeit, beigebrachte Beweise zur Geringfügigkeit sowie Nachweise, dass das Unternehmen den Verstoß nicht umgesetzt hat, aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Kommission außerhalb der Kronzeugenregelung sowie der Nachweis, dass das wettbewerbswidrige Verhalten durch Behörden oder geltende Vorschriften genehmigt oder ermutigt wurde.³⁷

46

Compliance-Programme werden von der Kommission – anders als von einigen nationalen Kartellbehörden³⁸ – nicht als mildernder Umstand bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt.³⁹ Sie sind nach EU-Kartellrecht auch nicht geeignet, die Zurechnung des Fehlverhaltens eines einzelnen Unternehmensmitarbeiters gegenüber dem Unternehmen zu verhindern. So heißt es hierzu auf der aktuellen Webseite der Kommission:⁴⁰

„The Commission welcomes and supports efforts by the business community to ensure compliance with EU competition rules. If an infringement is found, however, the mere existence of a compliance

strategy will not be taken into consideration when setting the fine: the best reward for a good compliance strategy is not to infringe the law.“

47

Die Bußgelder der Europäischen Kommission fallen in ihrer Höhe oftmals drastisch aus. Trotz dieses Umstandes bestätigte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ihre Rechtmäßigkeit in einem Verwaltungsverfahren vor dem Hintergrund des vergleichbaren italienischen Kartellverfahrensrechts.⁴¹ Zuvor hatte bereits das Europäische Gericht die Rechtmäßigkeit der Bußgeldfestsetzung nach den Bußgeldleitlinien der Kommission bestätigt.⁴² Folgende „**Rekord-Bußgelder**“ der Kommission stechen heraus:

Die Kommission verhängte 2017/2018 das bisher höchste Bußgeld in einem Kartellverfahren in Höhe von EUR 3,8 Mrd. gegen verschiedene internationale Hersteller von **LKW**, die 14 Jahre lang Bruttolistenpreise und die Weitergabe von Kosten für die Einhaltung von Umweltnormen an ihre Kunden abgesprochen hatten.⁴³ Die bisher höchste Gesamtbußgeldsumme der Kommission gegen ein einzelnes Unternehmen erging gegen Google/Alphabet, das wegen drei verschiedener Verstöße gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot in den Jahren 2017, 2018 und 2019 mit Bußgeldern von insgesamt EUR 8,25 Mrd. sanktioniert wurde.⁴⁴

48

Diese Bußgelder dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Kommission bei weitem nicht nur mit Großkonzernen oder mit aus Verbrauchersicht prominenten Industrien befasst. In den letzten Jahren sind von der Kommission wegen Kartellabsprachen auch in eher mittelständisch geprägten Industrien (wie z.B. Fensterbeschläge, Selbstdurchschreibepapier, Reißverschlüsse oder Plastikverpackung für Lebensmittel) hohe Bußgelder verhängt worden.⁴⁵ Für missbräuchliche Rabatte erging 2006 ein Bußgeld in Höhe von fast 8 % des Gesamtkonzernumsatzes gegen den norwegischen Konzern **Tomra**, der Leergutautomaten für die Rückgabe von Plastikflaschen herstellt.⁴⁶

49

Auch vertikale Verstöße können mit hohen Bußgeldern belegt werden. Die Kommission ist hier in der Vergangenheit besonders aktiv geworden, wenn Unternehmen durch direkte oder indirekte Exportbeschränkungen den Binnenwettbewerb beeinträchtigt haben.⁴⁷ Dieser Fokus setzt sich auch in jüngeren Bußgeldentscheidungen fort, in denen zudem Preisbindungen und Internetbeschränkungen eine große Rolle spielen.⁴⁸

50

Bußgelder von Kartellbehörden, einschließlich solcher der Europäischen Kommission, sind sowohl hinsichtlich des ahndenden Teils als auch dann, wenn sie einen wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen, bei dessen Bestimmung die Steuerlast berücksichtigt wurde, **steuerlich** nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig.⁴⁹ Anders ist es nur, wenn ein wirtschaftlicher Vorteil brutto abgeschöpft wird, da dann natürlich die Tatsache, dass diese Vorteile seinerzeit versteuert worden sind, jetzt durch entsprechenden Abzug korrigiert werden muss. Das Bundeskartellamt weist eingangs seiner Bußgeldleitlinien darauf hin, dass diese nur den ahndenden Teil betreffen.⁵⁰ Da der Kommission diese Unterscheidung fremd ist, kann bei Kommissionsbußgeldern in geeigneten Fällen mit wirtschaftlicher Brutto-Abschöpfung argumentiert und so zumindest ein Teil des Bußgeldes steuerlich abzugsfähig sein. Bußgelder spielen zudem keine Rolle im Zusammenhang mit Schadensersatzforderungen. Dies bedeutet, dass Bußgelder weder auf Schadensersatzansprüche angerechnet werden können noch dass die Bußgeldfreiheit eines Unternehmens – etwa im Rahmen eines Kronzeugenantrags – dieses vom Risiko einer Schadensersatzpflicht befreit.⁵¹

51

Die Bußgelder der Kommission richten sich **allein gegen Unternehmen**, nicht gegen die handelnden Unternehmensmitarbeiter. Trotz der immensen Höhe der von der Kommission verhängten Bußgelder ist ein Verstoß gegen das EU-Kartellrecht kein Strafrechtsverstoß.⁵²

1.2 Bundeskartellamt

52

Das deutsche Bundeskartellamt verfügt gemäß §§ 81ff. GWB für Kartellverstöße gegenüber Unternehmen über den gleichen maximalen Bußgeldrahmen wie die Kommission, d.h. es kann **Bußgelder von bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes** verhängen (§ 81c Abs. 2 GWB). Mit der 10. GWB-Novelle wurde mit § 81c Abs. 4 GWB der Bußgeldrahmen für Unternehmensvereinigungen deutlich erhöht.⁵³ Auch die Bußgelder gegen die Verletzung von Verfahrensordnungen des Bundeskartellamtes haben sich deutlich erhöht. Der Bußgeldrahmen halbiert sich im Falle der Fahrlässigkeit, § 17 Abs. 2 OWiG.

53

Durch eine Entscheidung des BGH zum Zement-Kartell⁵⁴ hat sich bei der Interpretation der 10 %-Grenze zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht ein wichtiger Unterschied aufgetan: Während die Kommission, unbeanstandet von den Europäischen Gerichten, die 10 %-Grenze als sog. Kappungsgrenze ansieht, ist der daran angelehnten Auffassung des Bundeskartellamtes (und des Gesetzgebers) nun ein Riegel vorgeschoben worden. Nach dem Urteil des BGH ist die 10 %-Grenze als **Obergrenze des Bußgeldrahmens** anzusehen. Das Bundeskartellamt hatte 2013 auf dieses Urteil mit einer Anpassung seiner Leitlinien zur Bußgeldberechnung reagiert.⁵⁵

54

Nach diesen **Bußgeldleitlinien** setzt das Bundeskartellamt ein Gewinn- und Schadenspotenzial in pauschaler Höhe von 10 % des während der Dauer des Kartellverstoßes erzielten tatbezogenen Umsatzes des Unternehmens an.⁵⁶ Ist der Zuwiderhandlung kein Umsatz beizumessen (z.B. bei einem Marktaufteilungskartell oder bestimmten Formen der Submissionsabsprachen), werden die Umsatzerlöse herangezogen, die ohne die Zuwiderhandlung vermutlich erzielt worden wären.⁵⁷ Das so festgesetzte Schadenspotenzial wird mit folgenden Faktoren multipliziert, um der Gesamtunternehmensgröße Rechnung zu tragen:

Faktor	2–3	3–4	4–5	5–6	> 6
Gesamtumsatz d. Unternehmens i.S.d. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB	< 100 Mio. €	100 Mio. € bis 1 Mrd. €	1 Mrd. € bis 10 Mrd. €	10 Mrd. € bis 100 Mrd. €	> 100 Mrd. €

55

Innerhalb des Bemessungsspielraums erfolgt eine Eingrenzung des Bußgeldes anhand der 10 %-Obergrenze auf der Grundlage der Gesamtabwägung der **schärfenden und mildernden** Faktoren. Dabei zieht das Bundeskartellamt **tatbezogene Kriterien** wie Art und Dauer des Verstoßes, Bedeutung der Märkte sowie Organisationsgrad unter den Beteiligten heran und hält fest, dass für schwerwiegende Kartellverstöße wie insbesondere Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenabsprachen eine Einordnung im oberen Bereich stattfinden wird. Relevante tatbezogene Kriterien sind die Rolle des Unternehmens im Kartell, dessen Marktstellung, Besonderheiten der Wertschöpfungstiefe, der Grad des Vorsatzes/der Fahrlässigkeit, vorangegangene Verstöße und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.⁵⁸ Die Bußgeldpraxis des Bundeskartellamtes ist herber Kritik ausgesetzt. Diese setzt vor allem an dem Auseinanderfallen der Bußgeldzumessung des Amtes mit dem Vorgehen der Gerichte an, die sich für die Bußgeldzumessung nicht an den Leitlinien des Bundeskartellamtes, sondern allein am gesetzlichen Rahmen orientieren. Praktische Folge ist, dass

eine Überprüfung der behördlichen Bußgelder vor Gericht für betroffene Unternehmen zu einer substanziellen Verböserung führen kann.⁵⁹

56

Das Bundeskartellamt behält sich vor, die wirtschaftlichen Vorteile aus der Zuwiderhandlung im Rahmen des Bußgeldverfahrens oder eines separaten Verfahrens nach §§ 32, 34 GWB zu entziehen.

57

Anstelle der Verhängung eines umsatzbezogenen Bußgeldes kann das Bundeskartellamt Verstöße auch nach dem **festen Bußgeldrahmen** des § 81c Abs. 1 GWB ahnden. Schwere Kartellrechtsordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße von bis zu EUR 1 Mio., sonstige Kartellrechtsordnungswidrigkeiten gemäß § 81 Abs. 4 S. 5 GWB mit einer Geldbuße von bis zu EUR 500.000 belegt werden.

58

Für die hier in Rede stehenden Verstöße, die mit einem wirksamen Compliance-Programm aufgedeckt bzw. verhindert werden sollen, spielt der feste Bußgeldrahmen in der Regel keine Rolle. Diese Verstöße werden nach dem umsatzbezogenen Bußgeldrahmen sanktioniert. Mit der zunehmenden Bedeutung zivilrechtlicher Folge-Schadensersatzklagen (sog. *follow-on damage claims*), ist der Gedanke der Vorteilsabschöpfung bei der Bemessung von Bußgeldern durch das Bundeskartellamt schon lange in den Hintergrund getreten. Die derzeitigen Bußgelder des Bundeskartellamtes sind reine Ahndungsbußgelder.

59

Das Bundeskartellamt ist eine sehr aktive Verfolgungsbehörde, die der Kommission auch in der Höhe der für Kartellrechtsverstöße verhängten Bußgelder kaum nachsteht.

60

Das bislang höchste Bußgeld in seiner Geschichte von insgesamt EUR 646 Mio. verhängte das Bundeskartellamt gegen mehrere führende Stahlhersteller wegen Kartellabsprachen bei **Grobblechen** im Dezember 2019.⁶⁰ Nur wenige Wochen zuvor hatte das Bundeskartellamt bereits Bußgelder in Höhe von EUR 100 Mio. gegen verschiedene Automobilhersteller wegen Absprachen beim Einkauf von **Langstahl** verhängt.⁶¹ Im Januar 2020 sanktionierte das Bundeskartellamt verschiedene Anbieter von **Pflanzenschutzmitteln** mit einem Gesamtbußgeld von EUR 156 Mio. Die Unternehmen hatten ihre Bruttopreislisten für Pflanzenschutzmittel untereinander abgestimmt.⁶² Wie die Kommission konzentriert sich auch das Bundeskartellamt keineswegs auf eine Verfolgung von Großkonzernen, wie sich z.B. an jüngeren Bußgeldern gegen Lesezirkel-Anbieter⁶³ oder Fahrradgroßhändler⁶⁴ zeigt.

61

Das Bundeskartellamt nimmt auch bei der Sanktionierung vertikaler Kartellrechtsverstöße eine Rolle ein, mit der das Amt durchaus als Vorreiter im europäischen Kontext gelten kann. Im Fokus der Verfolgungspraxis steht dabei die direkte wie **indirekte Preisbindung** des Handels.⁶⁵ Regelmäßig spielen in der Verfolgungspraxis des Bundeskartellamtes auch kartellrechtswidrige Vereinbarungen eine Rolle, mit denen Hersteller günstige Preise von Online-Händlern zu unterbinden suchen. Bußgelder für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung waren in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes bislang seltener, können in ihrer Höhe aber ebenso substanziell ausfallen.⁶⁶

62

Mit der 10. GWB-Novelle sind Compliance-Programme erstmals als bußgeldmildernder Faktor in das Gesetz aufgenommen worden. Im Rahmen der in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und Nr. 5 GWB verankerten **Compliance-Defense** können nun vor und nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen bei der Festsetzung der Geldbuße zugunsten der Unternehmen berücksichtigt werden.⁶⁷

63

Zuvor waren Compliance-Programme schon im Kontext von Submissionsabsprachen relevant: Hier ist der Nachweis eines Compliance-Programms in Form von konkreten „*technische[n], organisatorische[n] und personelle[n] Maßnahmen*“ gesetzlich verankerte Voraussetzung der Selbstreinigung, um gemäß § 125 GWB eine vorzeitige Löschung des Unternehmens aus dem Wettbewerbsregister zu erwirken und so sicherzustellen, dass es wieder bei Vergabeverfahren berücksichtigt werden kann.⁶⁸ Auch in den Reformüberlegungen zum Verbandssanktionenrecht wurden Compliance-Programme erwähnt.⁶⁹

64

Das Bundeskartellamt verhängt wegen Kartellrechtsverstößen auch **Bußgelder gegen** bestimmte für das Unternehmen handelnde **Mitarbeiter**. Dies ist ein wichtiger Unterschied zum Verfahren der Kommission, das sich nur gegen Unternehmen richtet. Anders als das reine Verwaltungsverfahren der Kommission richtet sich das Bußgeldverfahren nach dem GWB nach OWiG und StPO und geht somit stets von der Haftung des Individuums aus. Die Unternehmensmitarbeiter sind im deutschen Bußgeldverfahren die handelnden Verletzer, die Unternehmen dagegen nur Nebenbetroffene, denen das Verhalten bestimmter Mitarbeiter zugerechnet wird.

65

Im Hinblick auf die **bußgeldpflichtigen Personen** nach dem deutschen GWB sind insoweit drei Gruppen von Unternehmensmitarbeitern zu unterscheiden:⁷⁰

- Zum einen die unmittelbar handelnden Mitarbeiter, die selbst „Unternehmenseigenschaft“ haben⁷¹ oder denen die Unternehmenseigenschaft nach § 9 OWiG zugerechnet wird, weil sie gesetzlicher Vertreter eines Unternehmens sind und/oder für dieses eigene Aufgaben mit Leitungsfunktion wahrnehmen (z.B. Leiter der Rechtsabteilung, Leiter der Vertriebsabteilung etc.);
- sodann beteiligte Mitarbeiter, die eine Person mit Unternehmenseigenschaft oder zugerechneter Unternehmenseigenschaft mit einer physischen oder psychischen Beihilfehandlung im Sinne des § 14 OWiG unterstützen (z.B. die Sekretärin eines Vorstandsmitglieds, die dieses bei der Organisation des Kartells unterstützt);
- und schließlich aufsichtspflichtige Mitarbeiter nach § 130 OWiG, für den Fall, dass ein Unternehmensmitarbeiter, der selbst nicht bußgeldpflichtig ist, einen Kartellverstoß begeht, den die aufsichtspflichtige Person vorsätzlich oder fahrlässig nicht verhindert hat.

66

Das Bundeskartellamt muss zwar für jeden Einzelfall und für jedes beteiligte Unternehmen die internen Verantwortlichkeiten feststellen.⁷² In der Praxis kommt es allerdings nicht vor, dass das Bundeskartellamt bei der Suche nach einem verantwortlichen Unternehmensmitarbeiter nicht „fündig“ wird. Dies gilt, obwohl das Organisationsverschulden gegenüber dem täterschaftlichen Handlungsverschulden subsidiär ist.

67

Der maximale Bußgeldrahmen für Bußgelder gegen natürliche Personen beträgt gemäß § 81c Abs. 1 GWB EUR **1 Mio.** Der Bußgeldrahmen halbiert sich jeweils im Falle fahrlässigen Verhaltens (§ 17 Abs. 2, § 30 Abs. 2 OWiG).

68

Auch die Bußgelder des Bundeskartellamts sind **steuerlich** nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig.⁷³ Sie spielen zudem keine Rolle im Zusammenhang mit Schadensersatzforderungen, etwa indem sie auf diese angerechnet würden oder eine Bußgeldfreiheit – etwa im Rahmen eines Kronzeugenantrags – das Unternehmen von einer Schadensersatzpflicht befreien würde.⁷⁴

2. Strafrechtssanktionen gegen Mitarbeiter

69

Ein Verstoß gegen das europäische Kartellrecht ist **keine Straftat**.⁷⁵

70

Auch nach dem deutschen GWB sind Kartellrechtsverstöße **Ordnungswidrigkeiten**, jedoch keine Straftaten. Dies gilt mit einer Ausnahme, nämlich für wettbewerbswidrige Abreden im Zusammenhang mit Ausschreibungen. Der bereits 1997 in das deutsche StGB eingeführte Sondertatbestand der **Submissionsabsprache nach § 298 StGB** sieht vor, dass sich strafbar macht, wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer Absprache beruht, die den Ausschreibenden zur Annahme eines bestimmten Angebots veranlassen soll. Ein Verstoß kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldbuße geahndet werden.⁷⁶ Anders als die Kartellrechtsverstöße nach dem GWB kann ein Verstoß gegen § 298 StGB **nur vorsätzlich** erfolgen. Er kann nur durch eine natürliche Person, nicht dagegen durch ein Unternehmen begangen werden; diese werden wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot bebußt.⁷⁷ Der kürzlich gescheiterte Regierungsentwurf des Verbandssanktionengesetzes sah auch die Möglichkeit vor, ein Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen § 298 StGB „strafrechtlich“ zur Verantwortung zu ziehen.⁷⁸ Im Zusammenhang mit der Verwirklichung des § 298 StGB stellt sich zudem die Frage, ob auch der § 263 StGB in Form des Ausschreibungsbetrugs verletzt ist. Anders als die Verwirklichung des § 298 StGB, der als abstraktes Gefährdungsdelikt konzipiert ist, setzt dies jedoch voraus, dass ein Vermögensschaden nachweisbar ist.⁷⁹

71

Informationen zu konkreten **Rechtsfolgen** bei Submissionsabsprachen sind wegen ihrer uneinheitlichen statistischen Erfassung sporadisch.⁸⁰ Die Rechtsfolgen selbst können dabei durchaus drastisch sein: So wurde im Jahr 2006 einer der Beteiligten im Fernwärmerohr-Kartell zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten sowie einer Gesamtgeldstrafe von EUR 100.000 verurteilt.⁸¹

72

Seit Februar 2012 hat das Bundeskartellamt einen fortwährenden **Austausch mit den Staatsanwaltschaften** ins Leben gerufen, um dafür zu sorgen, dass die Behörden effektiver zusammenarbeiten. Kartellrechtswidrige Absprachen im Zusammenhang mit Ausschreibungen werden vom Bundeskartellamt automatisch an die zuständige Staatsanwaltschaft gemeldet. Diese verfolgt dann die handelnden Individualpersonen, während das Bundeskartellamt gemäß § 82 GWB für die Verfolgung und Ahndung der juristischen Person, sprich des Unternehmens zuständig bleibt, sofern das Bundeskartellamt gemäß § 82 S. 2 GWB das Verfahren nicht insgesamt an die Staatsanwaltschaft abgibt.

73

Diese ausschließliche Zuständigkeit der Kartellbehörden zur Bebußung des Unternehmens wegen Verstoßes gegen das Kartellrecht sollte durch das **geplante, jedoch vorerst gescheiterte Gesetzesvorhaben zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes** (VerSanG-E) Änderungen unterliegen. Da bei Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes in den meisten Fällen nur eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, ermittelt grundsätzlich die Kartellbehörde gegen das Unternehmen und setzt ein Bußgeld fest. Ist aber mit dem Wettbewerbsverstoß gleichzeitig ein Straftatbestand erfüllt, sah der VerSanG-E die Möglichkeit vor, dass bei Untätigkeit der Kartellbehörde die Staatsanwaltschaft nicht nur gegen die Mitarbeiter, sondern auch gegen das Unternehmen ermittelt und es zur Festsetzung einer Verbandssanktion durch ein Strafgericht käme.⁸²

74

In Kartellrechtsordnungen vieler Länder innerhalb und außerhalb von Europa sind Kartellrechtsverstöße – anders als nach europäischem und grundsätzlich auch nach deutschem Kartellrecht – **Straftatbestände**. Das US-Kartellrecht stuft Verstöße gegen den Sherman Act als Verbrechen ein, die mit Haftstrafen von bis zu zehn Jahren sanktioniert werden können. Vertreter des amerikanischen Department of Justice werden dabei nicht müde zu betonen, dass sie Haftstrafen gegen persönlich Verantwortliche als die wirksamste Abschreckungsmaßnahme bei Kartellverstößen ansehen. Laut Statistik des Department of Justice betrug die durchschnittliche Haftdauer für Kartellrechtsverstöße in Jahren 2010 bis 2018 19 Monate.⁸³ Bereits im März 2010 kam es zu einer ersten Auslieferung eines englischen Managers an die US-Verfolgungsbehörde.⁸⁴ Insgesamt sitzt eine große Zahl ausländischer Unternehmensvertreter Haftstrafen in den USA wegen Kartellrechtsverstößen ab.

75

Auch in einer Reihe von EU-Mitgliedstaaten⁸⁵ sowie in Ländern außerhalb der EU⁸⁶ sind Verstöße gegen das Kartellrecht Strafrechtstatbestände.

3. Zivilrechtliche Nichtigkeit

76

Eine Vereinbarung, die gegen ein Kartellrechtsverbot verstößt, ist nichtig.⁸⁷ Die **Nichtigkeit** nach deutschem und/oder EU-Kartellrecht im Rahmen einer Vertragsvereinbarung betrifft grundsätzlich nur die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln. Das Schicksal der restlichen Vereinbarung bestimmt sich nach nationalem Recht.⁸⁸ Für die Frage nach den Konsequenzen für andere Vertragsklauseln wird salvatorischen Klauseln eine große Bedeutung beigemessen. Diese Bedeutung hat sich durch die BGH-Rechtsprechung in Sachen Tennishallenpacht zumindest für standardisierte salvatorische Klauseln jedoch deutlich abgeschwächt. Ist die **salvatorische Klausel**, wie oft üblich, als allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart, bewirkt diese lediglich eine **Beweislastumkehr** zugunsten desjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Restvertrages beruft. Oder umgekehrt: Die Darlegungs- und Beweislast für die Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 139 BGB trifft diejenige Partei, die sich entgegen der Erhaltungsklausel auf die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages beruft.⁸⁹

77

Die zivilrechtliche Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen ist im Kontext von Hardcore-Kartellen nur selten relevant. Die wenigsten Unternehmen sind heute noch derart unbedarft, den Versuch zu unternehmen, die Einhaltung dieser Abreden gerichtlich einzuklagen. Passiert es doch, wird sich auch das Bundeskartellamt der Sache annehmen: Gemäß § 90 i.V.m. § 87 GWB sind die Zivilgerichte verpflichtet, das Bundeskartellamt über Rechtsstreitigkeiten zu informieren, deren Ausgang ganz oder teilweise von Normen des deutschen oder europäischen Kartellrechts abhängt.

78

Von besonderer Bedeutung ist die zivilrechtliche Nichtigkeit kartellrechtlicher Verträge dagegen im Zusammenhang mit Lizenzverträgen, Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Liefer- oder Vertriebsverträgen oder auch im Transaktionskontext. Hier hat die Nichtigkeit beschränkender Klauseln oder gar des ganzen Vertrages (etwa bei einem Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot) **erhebliche kommerzielle Konsequenzen**, da mit diesen Verträgen oft ein hohes Investitionsvolumen einhergeht.

79

Auch der Verstoß gegen das Missbrauchsverbot ist verboten und ein entsprechendes Verhalten folglich nach § 134 BGB nichtig.

4. Wettbewerbsregister

80

Am 29.7.2017 ist das Gesetz zur Einführung des Wettbewerbsregisters in Kraft getreten.⁹⁰ Im März 2021 hat das Bundeskartellamt den Betrieb des Registers, das in Form einer **elektronischen Datenbank** geführt wird, aufgenommen; die Mitteilungs- und Abfragungspflichten sind jedoch erst anwendbar, sobald sie im Bundesanzeiger veröffentlicht werden. Öffentliche Auftraggeber sind danach ab einem Auftragswert von EUR 30.000 verpflichtet, das Wettbewerbsregister im Rahmen von Vergabeverfahren einzusehen und zu prüfen, ob Unternehmen an Wirtschaftsdelikten beteiligt waren und deshalb von einem Auftrag auszuschließen sind oder ausgeschlossen werden können. § 123 Abs. 1 und 4 GWB beinhalten Delikte, für die rechtskräftige Verurteilungen, Strafbefehle oder Bußgeldentscheidungen zwingend zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen (darunter Bestechung, Menschenhandel, Bildung krimineller Vereinigungen, Terrorismusfinanzierung, Geldwäsche, Vorenthalten von Sozialabgaben, Steuerhinterziehung). Zu den in § 124 GWB aufgeführten fakultativen Ausschlussgründen zählen **Submissionsabsprachen** sowie **Verstöße gegen das Kartellrecht**. Nach drei (fakultative Ausschlussgründe) bzw. fünf Jahren (zwingende Ausschlussgründe) sind die Einträge zu löschen. Allerdings haben Unternehmen die Möglichkeit, durch eine **Selbstreinigung** eine vorzeitige Löschung zu erwirken. Die Voraussetzungen der Selbstreinigung sind in § 125 GWB explizit geregelt: Dazu ist erforderlich, dass das Unternehmen (i) für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, (ii) die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat, und (iii) konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

81

Letzteres setzt ein wirksames Compliance-Programm voraus. Wie dieses konkret ausgestaltet werden muss, hat das Bundeskartellamt als Registerbehörde in seinen Anfang Juni 2021 zum Zwecke der öffentlichen Konsultation veröffentlichten Entwurfsfassungen von „**Leitlinien** zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung“ sowie von „**Praktischen Hinweisen** für einen Antrag“ dargelegt (abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister).

5. Schadensersatzrisiken

„Einen ergänzenden Beitrag zur Abschreckungswirkung des Kartellrechts leistet in den letzten Jahren zunehmend das Instrument privater Schadensersatzklagen. Müssen Kartellmitglieder neben einem empfindlichen Bußgeld auch mit zusätzlichen Forderungen der geschädigten Kunden auf Schadensersatz rechnen, schwächt dies spürbar die Attraktivität illegaler Absprachen. Die Bedingungen für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen haben sich durch die zunehmende gerichtliche Praxis und höchstrichterliche Entscheidungen in den vergangenen Jahren weiter verbessert.“

Informationsbroschüre des Bundeskartellamtes 2017 – Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Verbraucher und die Wirtschaft

82

In der Praxis haben die finanziellen Risiken durch Schadensersatzklagen in Folge von Kartellrechtsverstößen mittlerweile eine Bedeutung eingenommen, die die behördlichen Bußgelder im Summe um ein Vielfaches übersteigen können.⁹¹ Das Geltendmachen von kartellrechtsbedingten Folgeschäden ist dabei durch umfassende Gesetzesreformen erheblich erleichtert worden. Dahinter steht der politische Wille auf EU-Ebene, durch einen deutlich erleichterten zivilrechtlichen Klageweg die Verhinderung von Kartellrechtsverstößen auf eine weitere wirksame Säule, nämlich die der **privaten Schadensdurchsetzung** (des *private enforcement*) zu stellen und für Geschädigte europaweit ein vergleichbares Schutzniveau herzustellen. Das Instrument der dezentralen Kartellrechtsdurchsetzung durch Privatklagen nimmt in anderen Rechtskreisen, namentlich den USA, schon lange eine herausragende Bedeutung ein. Dies wird insbesondere durch den – in Europa nicht verfolgten – US-Ansatz der *punitive* oder *treble damages* getragen, der dem Geschädigten den dreifachen Schadensersatz einräumt, was häufig durch *class actions* (Sammelklagen) durchgesetzt wird.

83

Die Europäische Schadensersatzrechtsrichtlinie⁹² ist in Deutschland mit der 9. GWB-Novelle am 9.6.2017 umgesetzt worden.⁹³ Kläger profitierten in sog. nachgelagerten oder *follow-on*-Schadensersatzklagen bereits vor dieser Umsetzung davon, dass die Gerichte an die rechtskräftige Feststellung des Kartellrechtsverstoßes durch eine Behörde oder ein (anderes) Gericht gebunden sind und die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes deshalb im Schadensersatzprozess keine Rolle mehr spielt. Zudem gibt es mittlerweile für nach dem 26.12.2016 entstehende Schadensansprüche mit § 33a Abs. 2 GWB eine **gesetzlich geregelte widerlegliche Schadensvermutung** für Preiskartelle, Quotenkartelle, gebietsbezogene Marktaufteilungen oder andere wettbewerbsschädigende Maßnahmen. Kartellanten, die gegen sie gerichtete Schadensersatzansprüche abwehren wollen, müssen für diese Ansprüche nunmehr darlegen, dass die von ihnen getroffene Absprachen nicht zu einem Schaden geführt haben, also einen Vollbeweis des Gegenteils gemäß § 292 ZPO erbringen.

84

Ebenfalls gesetzlich erheblich erleichtert ist für Ansprüche, die nach dem 26.12.2016 entstanden sind, die Geltendmachung von Schadensersatz durch mittelbar Geschädigte, die sich auf eine **gesetzliche Vermutung der Schadensabwälzung** gemäß § 33c GWB berufen können. Die Gesetzesreform hat zudem Ermittlungserleichterungen für potenzielle Kläger mit sich gebracht. So können Geschädigte nach § 33g GWB die Herausgabe von Unterlagen und Erteilung von Auskünften seitens der Kartellanten verlangen, die zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erforderlich sind.

85

Nach deutschem Recht haften Kartellanten gegenüber den Geschädigten als **Gesamtschuldner**. Dies bedeutet konkret, dass ein Geschädigter seinen gesamten Schaden gegenüber einem Kartellanten geltend machen könnte, ohne dass er zu diesem Unternehmen überhaupt in einer Vertragsbeziehung gestanden haben muss. Kronzeugen haften für Ansprüche nach dem 26.12.2016 nur gegenüber ihren eigenen direkten und indirekten Abnehmern und sind auch beim entsprechenden Gesamtschuldnerinnenausgleich gegenüber anderen Kartellanten privilegiert.

86

Durch die Entscheidung des EuGH in Sachen *Otis* wurde die Aktivlegitimation für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche deutlich erweitert: Der Gerichtshof hat entschieden, dass auch diejenigen von den Beteiligten eines Kartells Schadenersatz verlangen können, die nicht unmittelbar in die Wertschöpfungs- oder Lieferkette des kartellbefangenen Produktes eingebunden sind.⁹⁴ Der EuGH hatte bereits kurz vor diesem Urteil die **Passivlegitimation** für eine Kartellschadensersatzklage klargestellt: Danach haften für einen Kartellrechtsverstoß alle Gesellschaften eines einzelnen Rechtsträgers, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, soweit ihnen, z.B. aufgrund einer 100 %-Beteiligung, eine Verantwortlichkeit für den Verstoß angelastet werden kann.⁹⁵ Dies bedeutet praktisch, dass für den Verstoß eines Konzernunternehmens in jedem Fall die kontrollierende Muttergesellschaft in Anspruch genommen werden kann. Die Haftung von Schwestergesellschaften wird dagegen von der wohl h.M. verneint.⁹⁶

87

Für die **Geschäftsführer** von geschädigten Unternehmen gehört die Prüfung der Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen aus Kartellverfahren zu ihrer Treuepflicht gegenüber ihrem eigenen Unternehmen.⁹⁷

88

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Durchsetzung von kartellrechtlichen Folge-Schadensersatzansprüchen nicht zwingend vor Gericht ausgetragen wird. Viele Unternehmen einigen sich außergerichtlich.⁹⁸ Dies gilt vor allem für Unternehmen, die mit potenziellen Klägern in langjährigen Liefer- oder Abnahmebeziehungen stecken. Die im Rahmen von **außergerichtlichen Streitbeilegungsvereinbarungen** erzielten Ausgleichssummen fallen in ihrer Höhe nicht minder substanziell aus.

89

Unternehmen, die wegen eines **Kronzeugenantrags** volle oder teilweise Bußgeldfreiheit erlangt haben, haben vor der Umsetzung der 9. GWB-Novelle das uneingeschränkte Risiko getragen, zu gleichrangigen Beklagten im Rahmen nachgelagerter Schadensersatzforderungen zu werden. Da die erfolgreiche Rolle des Kronzeugen die Einräumung des kartellrechtswidrigen Sachverhaltes voraussetzt, hat sich die für einen Kronzeugenantrag erforderliche Kooperation damit später durchaus als nachteilig bei der Verteidigung gegen Schadensersatzforderungen erwiesen. Das Folgerisiko von Schadensersatzklagen ist für Kronzeugen auch mit der Umsetzung der Gesetzesreformen nicht grundsätzlich beseitigt. Kronzeugen haften ihren direkten und indirekten Abnehmern nach wie vor vollumfänglich für die durch die Kartellrechtsverletzung entstandenen Schäden. Wie oben aufgeführt, werden sie allerdings gegenüber Schadensersatzforderungen Dritter privilegiert, die sie lediglich im Rahmen der Haftung aller Kartellanten als Gesamtschuldner treffen. Auch vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage ist also nach wie vor in die Risikoabwägung einzubeziehen, ob ein Kronzeugenantrag in der konkreten Situation für das Unternehmen der richtige Schritt ist (siehe dazu ausführlich unter Rn. D 4ff.).

6. Kommerzielle Risiken durch Reputationsverlust, Kundenreaktionen, langwierige Untersuchungen, personelle Konsequenzen

90

Kartellrechtsverstöße ziehen nicht nur Risiken aus unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich, sondern führen auch zu einer Reihe weiterer kommerzieller Risiken, die erheblichen Einfluss auf das weitere Schicksal des Unternehmens haben können.

91

Investoren und Anlegern sind die Konsequenzen des ungünstigen Ausgangs eines Verfahrens durch die Kartellbehörden gut bekannt. Muss ein Unternehmen einräumen, Beteiligter in einem Kartell- oder Missbrauchsverfahren zu sein, hat dies insbesondere bei börsennotierten Unternehmen regelmäßig einen unmittelbaren Einfluss auf den **Unternehmenswert**. Dies gilt meist schon dann, wenn die Einleitung eines Verfahrens bekannt wird, obgleich dessen Ausgang offen ist. Die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens hat zudem einen erheblichen Einfluss auf anstehende **Transaktionen**. Ein Erwerber wird sich nur dann zum Kauf eines am Kartellverfahren beteiligten Unternehmens entschließen, wenn er meint, die kartellrechtlichen Risiken abschätzen und in Form des Kaufpreises oder der Vertragsverhandlungen kompensieren zu können.

92

Reputationsverlust und **schlechte Presse** nach Eröffnung eines Kartellverfahrens wirken sich regelmäßig auch auf die Kundenbeziehungen aus. Unternehmen müssen in Jahresgesprächen schon weit vor Abschluss eines Kartellverfahrens erleben, dass sie für ihr vermeintliches Fehlverhalten von Kunden zur Rechenschaft gezogen werden. Aus Unternehmenssicht positiv ist, dass sich durch ein finanzielles Entgegenkommen gegenüber Kunden Schadensersatzklagen ggf. vermeiden lassen.

93

In **Ausschreibungsmärkten** bedeutet ein Kartellrechtsverstoß gemäß § 124 GWB einen **fakultativen Ausschluss eines Unternehmens** von weiteren Ausschreibungen. Die Registrierung derartiger Verstöße wird durch das vom Bundeskartellamt geführte Wettbewerbsregister nunmehr formalisiert.⁹⁹ Eine vorzeitige Löschung des Eintrags ins Wettbewerbsregister ist durch Selbstreinigung möglich. Damit wird eine Situation gesetzlich verankert, die bereits in der Vergangenheit in Verfahren vor dem Bundeskartellamt auf Märkten eine Rolle gespielt hat, in denen die öffentliche Hand als Kunde auftritt.¹⁰⁰ Wie unter Rn. C 111ff. dargestellt, bietet ein solcher Nachweis z.B. über ein **Zertifizierungsverfahren** auch eine Chance für Unternehmen, ihre Compliance-Maßnahmen pro-aktiv bei Kunden zu nutzen.

94

Unternehmen, gegen die ein kartellrechtliches Verfahren eröffnet ist, dürfen nicht unterschätzen, dass die Aufarbeitung des Sachverhaltes und Verteidigung in einem solchen Verfahren langwierig ist und erhebliche Zeit der Geschäftsführung, der Rechtsabteilung und ggf. anderer leitender Mitarbeiter bindet. Hinzu kommen **Kosten** externer Berater und **Zeitverlust** infolge von personellen Konsequenzen, die ggf. aufgrund des kartellrechtlichen Fehlverhaltens der betroffenen Mitarbeiter notwendig werden. Diese Konsequenzen mögen sich trivial anhören, sind für ein betroffenes Unternehmen aber regelmäßig die ersten spürbaren kommerziellen Folgen, die ein Kartellrechtsverstoß bzw. dessen Verdacht mit sich bringt.

³² Siehe dazu bereits die Ausführungen in der Einleitung sowie unter Rn. B 17. ³³ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchstabe a) der VO Nr. 1/2003, ABl. EU 2006 C 210/02 (Bußgeldleitlinien Kommission). ³⁴ Bußgeldleitlinien Kommission, Rn. 13, 20. ³⁵ Bußgeldleitlinien Kommission, Rn. 24. ³⁶ Bußgeldleitlinien Kommission, Rn. 25.

[37](#) Bußgeldleitlinien Kommission, Rn. 29. [38](#) Zu den Ländern, in denen Compliance-Programme explizit bußgeldmindernd berücksichtigt werden können, gehört in Europa neben Deutschland z.B. Italien. Außerhalb der EU berücksichtigen dies z.B. die USA, Schweiz sowie Großbritannien. Frankreich, das Compliance-Programme zunächst stark bußgeldmindernd berücksichtigt hat, hat diesen Ansatz 2017 explizit aufgegeben. Deutschland hat die Berücksichtigung von Compliance-Programmen erst mit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle zum 19.1.2021 gesetzlich verankert, siehe hierzu ausführlich Rn. A 1ff. Die konkreten Voraussetzungen werden sich durch die Entscheidungen des BKartA erst herausbilden müssen. [39](#) Siehe ausführlich zu dieser Thematik Steger/Schwabach, WuW 2021, 138, 139f. sowie Brettel/Thomas, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016. [40](#) Abgerufen am 1.3.2021 unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html. [41](#) EGMR, Urt. v. 27.9.2011, Rs. 43509/08 (Menarini/Italien). [42](#) EuG, Urt. v. 17.2.2011, Rs. T-343/08 (Arkema). [43](#) Komm., Pressemitteilungen v. 19.7.2016, AT. 39824, v. 27.9.2017, AT. 39824. [44](#) Komm., Pressemitteilungen v. 27.6.2017, AT. 39740 (EUR 2,42 Mrd.); v. 18.7.2018, AT. 40099 (EUR 4,34 Mrd.); v. 20.3.2019, AT. 40441 (EUR 1, 42 Mrd.). [45](#) Fensterbeschläge: Bußgeld in Höhe von EUR 86 Mio. gegen neun Hersteller, Komm., Pressemitteilung v. 28.3.2012, IP/12/313; Selbstdurchschreibpapier: Bußgeld in Höhe von EUR 313,7 Mio. gegen zehn Unternehmen, Komm., Pressemitteilung v. 21.12.2001, IP/01/1892; Reißverschlüsse: Bußgeld in Höhe von EUR 303 Mio. gegen sieben Unternehmen, Komm., Pressemitteilung v. 19.9.2007, IP/01/1362; Plastikverpackungen für Lebensmittel: Bußgeld in Höhe von EUR 115 Mio. gegen acht Hersteller und zwei Händler, Komm., Pressemitteilung v. 24.6.2015, IP/15/5253. [46](#) Bußgeld in Höhe von EUR 24 Mio., Komm., Pressemitteilung v. 29.3.2006, IP/06/398. [47](#) Siehe z.B. Bußgelder wegen Exportbeschränkungen in Höhe von EUR 35 Mio. gegen Opel Nederlands, Komm., Entsch. v. 20.9.2000, Rs. COMP/36.653, ABl. EU 2001 L 59/1 bestätigt vom EuGH, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173; Bußgeld in Höhe von EUR 102 Mio. gegen VW, Komm., Entsch. v. 28.1.1998, Rs. IV/35.733, ABl. EU 1998 L 124/60 (VW), weitgehend bestätigt vom EuG, Urt. v. 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Rn. 162ff., bestätigt durch den EuGH, Urt. v. 18.9.2003, Rs. C-338/00, Slg. 2003, I-9189; Bußgeld wegen Exportbeschränkungen in Höhe von EUR 149 Mio. gegen Nintendo, Komm., Entsch. v. 30.10.2002, ABl. EG 2003 L 255/33, vom Gericht reduziert auf EUR 119 Mio., EuG, Urt. v. 30.4.2009, Rs. T-18/03, Slg. 2009 II-975. [48](#) Siehe z.B. das Bußgeld von insgesamt EUR 111 Mio. gegen vier Elektronikkonzerne wegen Preisbindung, Komm., Entsch. v. 24.7.2018 AT. 40465 (Asus), AT. 40469 (Denon und Marantz), AT. 40181 (Philips), AT. 40182 (Pioneer); EUR 40 Mio. gegen den italienischen Bekleidungshersteller Guess, Komm., Entsch. v. 17.12.2018, AT. 40468 (Guess); EUR 12,5 Mio. gegen Sportartikelhersteller Nike, Komm., Entsch. v. 25.3.2019, AT. 40436 (Nike). [49](#) § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG. [50](#) Siehe hierzu unten Rn. B 58. [51](#) Siehe dazu unter Rn. C 360ff. [52](#) Art. 28 Abs. 5 VO 1/2003. [53](#) Siehe dazu ausführlich Klumpp, NZKart 2020, 9ff.; Heinichen/Janssen/Klumpp/Scholzke/Steinle, NZKart 2020, 562ff., 646ff. [54](#) BGH, Urt. v. 10.4.2013, Az. KRB 20/12. [55](#) Leitlinien für die Bußgeldzumessung im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25.6.2013 (Bußgeldleitlinien BKartA 2013). [56](#) Bußgeldleitlinien BKartA 2013, Rn. 10. [57](#) Bußgeldleitlinien BKartA 2013, Rn. 11. [58](#) Bußgeldleitlinien BKartA 2013, Rn. 16. [59](#) So z.B. im Falle Rossmann, OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.1.2018, Az. V-4 Kart 2/17 (OWi) (Rossmann), in dem das ursprüngliche Bußgeld des BKartA von EUR 5,25 Mio. vom OLG Düsseldorf auf EUR 30 Mio. erhöht wurde (aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 9.7.2019, Az. KRB 37/19 wegen Formfehler des OLG Düsseldorf). Siehe zu einer Auseinandersetzung des BKartA mit den Vorwürfen aus der Praxis im Einzelnen Ost/Breuer, NZKart 2019, 119ff. [60](#) BKartA, Fallbericht v. 3.8.2020, Az. B12-25/16. [61](#) BKartA, Fallbericht v. 21.11.2019, Az. B12-23/16. [62](#) BKartA, Fallbericht v. 21.10.2020, Az. B10-22/15. [63](#) BKartA, Fallbericht v. 24.1.2019, Az. B7-50/16. [64](#) BKartA, Fallbericht v. 17.5.2019, Az. B11-28/16. [65](#) Für einen umfassenden Überblick zur Fallpraxis Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 563ff. [66](#) Siehe z.B. das Bußgeld von

EUR 216 Mio. gegen RTL/Pro 7 Sat. 1, BKartA, Pressemitteilung v. 30.11.2007. [67](#) Siehe hierzu ausführlich unter Rn. A 1ff. [68](#) Siehe dazu ausführlich unter Rn. B 80f. [69](#) Siehe Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 16.6.2020: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft. [70](#) Dreher, ZWeR 2004, 76, 90f. [71](#) Siehe zum Unternehmensbegriff unter Rn. B 25f. [72](#) BKartA, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 4.10.2012, Kartellrechtsbußgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz, Hintergrundpapier, S. 6. [73](#) § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 EStG, siehe oben Rn. B 50. [74](#) Siehe dazu unter Rn. C 360ff. [75](#) Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003. [76](#) Siehe dazu unter Rn. B 146ff. [77](#) Siehe z.B. Fallbericht BKartA, v. 27.3.2020 zu Kartellabsprachen und Submissionsabsprachen Technische Gebäudeausrüstung, Az. B11-21/14. [78](#) Siehe Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vom 16.6.2020, der nach einem Veto der Unionsfraktion im Juni 2021 als gescheitert erklärt wurde. [79](#) Siehe weiterführend: Klusmann in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts. 4. Aufl. 2020, § 56 Rn. 31ff. [80](#) Nach den amtlichen Statistiken wurden zwischen 1998 und 2007 (je einschließlich) 240 Fälle abgeurteilt. In 28 Fällen erfolgte Freispruch, ein Fünftel der Verfahren wurde eingestellt. 164 Täter wurden verurteilt, davon 21 zu Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt wurden, und 142 zu Geldstrafen; ein jugendlicher Täter wurde 2006 zu Kurzarrest verurteilt, (vertiefend) Wagner-von Papp, WuW 2009, 1236ff. [81](#) LG München II, Urt. v. 3.5.2006, Az. W5 KLS 567 Js 30966, dazu Wagner-von Papp, WuW 2009, 1236ff. [82](#) Vgl. § 42 VerSanG-E (siehe Fn. B 78), § 82 GWB. [83](#) U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Criminal Enforcement, Trend Charts for the years 2010–2018, derzeit abrufbar unter: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>. [84](#) Betroffen war ein ehemaliger CEO von Morgan Crucible, der im Dezember 2010 wegen Behinderung der Justiz im Rahmen der Ermittlungen gegen das Carbon-Kartell verurteilt wurde. [85](#) Z.B. Irland, Griechenland, Estland und Slowenien. [86](#) Darunter Großbritannien, Südkorea, Japan, Australien, Kanada und Israel. [87](#) Art. 101 Abs. 2 AEUV, § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB bzw. bei einem Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot Art. 7 FKVO, § 41 Abs. 1 GWB. [88](#) Einschlägig ist für das deutsche Recht damit § 139 BGB. [89](#) BGH, Urt. v. 24.9.2002, Az. KZR 10/01, WuW/DE-R 1031 (Tennishallenpacht), unter Aufgabe seiner früheren Rspr. in Urt. v. 8.2.1994, Az. KZR 2/93, WuW/E BGH 2909, 2913 (Pronuptia II), wonach der Rest des Vertrages grundsätzlich weiter wirksam sein sollte. [90](#) Ausführlicher Rieder/Dammann de Chaptó, NZKart 2018, 8ff. [91](#) So bereits im Schienen-Kartell: Das Bußgeld bezogen auf Schienen, die an die Deutsche Bahn geliefert wurden, belief sich auf EUR 124 Mio. Die Deutsche Bahn bezifferte ihre gegen die Kartellanten geltend gemachte Schadensersatzklage auf EUR 550 Mio., siehe Handelsblatt v. 29.4.2013. Auch in dem Verfahren Zucker- und insbesondere im LKW-Kartell übersteigen die geltend gemachten Schadensersatzklagen die hohen Bußgelder signifikant. [92](#) Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU 2014 C 349/1. [93](#) Für einen umfassenden Überblick zu den Neuerungen siehe z.B. Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017. [94](#) EuGH, Urt. v. 12.12.2019, Rs. C-435/18 (Otis), dazu Weitbrecht, NZKart 2019, 106. [95](#) EuGH, Urt. v. 14.3.2019, Rs. C-724/17 (Skanska). [96](#) Weitbrecht, NZKart 2019, 106, 108 m.w.N. [97](#) So schon Franz/Jüntgen, BB 2007, 1681ff., siehe insoweit auch § 93 AktG. [98](#) Die freiwillige Zahlung von EUR 50 Mio. gegenüber der Deutschen Bahn für die Beteiligung der voestalpine am sog. Schienen-Kartell liefert dafür ein konkretes Beispiel, siehe Handelsblatt v. 29.4.2013. [99](#) Siehe dazu bereits oben unter Rn. B 80f. [100](#) So z.B. infolge des sog. Feuerwehr-Kartells, in dem Lieferanten nunmehr einen Zertifizierungsprozess durchlaufen müssen, um wieder in Ausschreibungen der Gemeinden und Kommunen zugelassen zu werden, siehe dazu unter Rn. C 111ff. sowie Fn. C 100.

V. Das Kartellverbot – Einführung

95

Die Verhaltenskontrolle nach europäischem und deutschem Kartellrecht ist zum einen verankert im Kartellverbot, das zwei- oder mehrseitige Abreden zwischen Unternehmen adressiert, sowie zum anderen im Verbot missbräuchlichen Verhaltens, das sich gegen Verhalten von Unternehmen mit Marktmacht richtet.

96

Das **Kartellverbot** des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB schützt den Wettbewerb, indem es wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen verbietet. **Einseitige Verhaltensweisen** unterfallen nur dann der Kontrolle durch das Kartellrecht, wenn sie den Wettbewerb durch eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht beschränken (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB).

97

Während das deutsche GWB seit 2005 im Hinblick auf die Beurteilung zwei- oder mehrseitiger Wettbewerbsbeschränkungen fast vollständig an das europäische Kartellrecht angeglichen ist, lässt das europäische Kartellrecht den nationalen Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Beurteilung einseitiger Verhaltensweisen die Möglichkeit, strengere Maßstäbe anzulegen. Hiervon macht das deutsche Kartellrecht Gebrauch. Das GWB verfügt also über weitergehende Eingriffsmöglichkeiten bei einseitigem Wettbewerbsverhalten als das europäische Kartellrecht.¹⁰¹

98

Vereinbarungen, die gegen das Kartellverbot verstoßen, ohne dass die Voraussetzungen für eine Freistellung vorliegen, sind nichtig und können nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 von der Kommission bzw. nach § 81 Abs. 1, 2, 4 GWB vom Bundeskartellamt mit Bußgeldern von bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen belegt werden. Diese und andere Rechtsfolgen, mit denen ein Unternehmen bei einem Verstoß gegen kartellrechtliche Regeln rechnen muss, sind ausführlich in Rn. B 39ff. dargestellt.

1. Verbot und Ausnahme – grundsätzliche Regelungstechnik

99

Das deutsche und europäische Kartellverbot entsprechen sich im Wortlaut mittlerweile und folgen der **gleichen Regelungstechnik**: Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie § 1 GWB verbieten Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.¹⁰² Das europäische Kartellverbot verlangt darüber hinaus das Potenzial zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.¹⁰³

100

Das europäische und deutsche Kartellverbot verbieten sowohl wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern¹⁰⁴ (sog. „horizontale Vereinbarungen“) als auch zwischen Nicht-Wettbewerbern (sog. „vertikale Vereinbarungen“).

2. Ausnahmen vom Kartellverbot – Legalausnahme

101

Nach beiden Rechtsordnungen liegt kein Verstoß gegen das Kartellverbot vor, sofern die Voraussetzungen für eine **Freistellung vom Kartellverbot** nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB gegeben sind.

102

Die gleichlautenden **Legalausnahmen** des Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie § 2 GWB nehmen vom Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB erfasste Wettbewerbsbeschränkungen dann vom Kartellverbot aus, wenn – wie die Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV¹⁰⁵ (Art. 81 Abs. 3-Leitlinien; nunmehr Art. 101 Abs. 3 AEUV) vereinfacht zusammenfasst – die wettbewerbsfördernden Auswirkungen einer Beschränkung die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiegen.¹⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn die Parteien einer beschränkenden Vereinbarung nachweisen können, dass die folgenden **vier Voraussetzungen** vollständig erfüllt sind:

- Die Wettbewerbsbeschränkungen dienen der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts;
- die Verbraucher werden am Gewinn angemessen beteiligt;
- die Wettbewerbsbeschränkungen sind für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich;
- die Vereinbarung eröffnet den Parteien nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

103

Bereits im Jahre 2004 hat die Kommission, im Jahre 2005 das Bundeskartellamt, die zuvor bestehende Anmeldeöglichkeit für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen abgeschafft, nach der eine beschränkende Vereinbarung der Behörde zur Prüfung vorgelegt und von dieser freigegeben oder für unbedenklich erklärt werden konnte. Die Einschätzung, ob eine Vereinbarung die Voraussetzungen einer Freistellung vom Kartellverbot erfüllt, obliegt allein den Unternehmen.¹⁰⁷ Nicht zuletzt aufgrund der sehr weit gefassten Legalausnahme ist diese **Selbsteinschätzung** mit vielen Unwägbarkeiten behaftet: Sie setzt regelmäßig eine umfassende ökonomische Analyse des jeweiligen Markt- und Wettbewerbsumfelds durch die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen voraus. Entsprechend groß ist deshalb die praktische Bedeutung der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen).

3. Gruppenfreistellungsverordnungen und ihre Systematik

104

GVOen sind Rechtsverordnungen der Europäischen Kommission, in denen die Voraussetzungen formuliert sind, unter denen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in typischen Vertragskonstellationen automatisch vom Kartellverbot freigestellt sind. Den GVOen kommt damit die Rolle eines **sicheren Hafens** (*safe harbour*) zu. Oder rechtlich ausgedrückt: Ist eine beschränkende Vereinbarung durch eine GVO erfasst und hält deren Vorgaben ein, sind die Parteien von ihrer Verpflichtung nach Art. 2 VO 1/2003 entbunden, d.h. sie müssen nicht nachweisen, dass ihre individuellen vertraglichen Beschränkungen sämtliche Voraussetzungen der Legalausnahme erfüllen. Sie müssen lediglich beweisen, dass die Vereinbarung unter die jeweilige GVO fällt.¹⁰⁸ Die GVOen sind über § 2 Abs. 2 GWB unmittelbarer Bestandteil des nationalen deutschen Kartellrechts.

105

Mittlerweile gehen alle GVOen von der gleichen Regelungs- bzw. Freistellungssystematik für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen aus, die regelmäßig als „**Schirmtechnik**“ bezeichnet wird: Danach sind innerhalb bestimmter Marktanteils Grenzen alle in den Anwendungsbereich der jeweiligen GVO fallenden beschränkenden Vereinbarungen freigestellt, sofern sie in der jeweiligen GVO nicht explizit als unzulässige Kernbeschränkungen bzw. als nicht freigestellte Beschränkungen aufgeführt sind.¹⁰⁹ **Kernbeschränkungen** stellen dabei schwerwiegende bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar, die sowohl die Anwendbarkeit der GVO selbst als auch regelmäßig die Freistellung der beschränkenden Vereinbarung auf Grundlage der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB ausschließen.¹¹⁰ **Nicht freigestellte Beschränkungen** sind weniger schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar nicht mehr von einer GVO erfasst und damit nicht „automatisch“ freigestellt sind, für die ggf. aber eine Freistellung möglich ist, wenn die Parteien das Vorliegen der Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB individuell nachweisen.¹¹¹

106

Die **wichtigsten GVOen** im Unternehmensalltag sind:¹¹²

- die Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (F&E-GVO),¹¹³
- die Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (Spezialisierungs-GVO),¹¹⁴
- die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO),¹¹⁵
- die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Vertikal-GVO).¹¹⁶

107

Zu diesen GVOen hat die Kommission jeweils **Leitlinien** erlassen, die sich sowohl mit der Frage befassen, wie die jeweiligen GVOen anzuwenden sind, als auch praktische Hilfe bei der

Beurteilung von Vereinbarungen geben, die außerhalb des Anwendungsbereichs der jeweiligen GVO liegen.¹¹⁷

4. Keine Anwendbarkeit des Kartellverbots mangels Wettbewerbsbeschränkung

108

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot scheidet aus, wenn in der unternehmerischen Verhaltensweise bereits keine Wettbewerbsbeschränkung liegt. In diesem Fall bedarf es für die Vereinbarung auch keiner Freistellung nach einer Gruppenfreistellungsverordnung oder der Legalausnahme.

109

An einer **Wettbewerbsbeschränkung** im Sinne des europäischen Kartellverbots kann es fehlen, wenn es an der sog. doppelten Spürbarkeit mangelt, die entsprechende Beschränkung also nicht geeignet ist, entweder den Wettbewerb oder den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der EU spürbar zu beeinträchtigen. Fehlt es allein an der Eignung zur spürbaren Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels, hat dies rechtlich nur zur Folge, dass die jeweiligen Vereinbarungen dann dem nationalen Recht der EWR-Mitgliedstaaten unterfallen und letztlich anhand des gleichen inhaltlichen Regelungsrahmens zu beurteilen sind. Zuständige Verfolgungsbehörde für Vereinbarungen mit Auswirkungen in Deutschland ist dann allein das Bundeskartellamt.¹¹⁸

110

Die Frage, wann von einer „spürbaren“ **Wettbewerbsbeschränkung** auszugehen ist, konkretisiert die Kommission in ihrer **De-minimis-Bekanntmachung**¹¹⁹, nach der die Kommission Wettbewerbsbeschränkungen unterhalb bestimmter Marktanteilsschwellen nicht aufgreifen will. Für Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern liegt diese Marktanteilsschwelle bei 15 %, wobei jeder der Vertragsbeteiligten für sich unter dieser Schwelle liegen muss, für Vereinbarungen zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern bei 10 %, wobei alle Unternehmen zusammen unter dieser Schwelle bleiben müssen.¹²⁰ Dies entspricht den Schwellenwerten, die auch das Bundeskartellamt in seiner **Bagatellbekanntmachung**¹²¹ als Mindestschwellen für ein behördliches Eingreifen nennt. Beide Bekanntmachungen sind in der Praxis jedoch mit erheblicher Vorsicht zu genießen: Sie gelten nämlich nicht, wenn in der Vereinbarung sog. **Kernbeschränkungen** enthalten sind.¹²² Für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern sind dies: (i) Festsetzung der Preise beim Verkauf von Erzeugnissen an Dritte, (ii) Beschränkung der Produktion oder des Absatzes und (iii) Aufteilung von Märkten oder Kunden. Für Vereinbarungen, die in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen, sind dies die in der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung aufgeführten Kernbeschränkungen. Zudem enthalten beide Bekanntmachungen lediglich eine Selbstbindung der Behörden. Gerichte sind an diese Leitlinien und die dort enthaltenen Schwellenwerte nicht gebunden.

111

In der Compliance-Praxis haben die *De-minimis*- und Bagatellbekanntmachung deshalb eher Bedeutung bei der Verteidigung einer Vereinbarung als bei der zukunftsgewandten Risikoabwägung. Verhaltensrichtlinien für Unternehmen müssen zudem berücksichtigen, dass ein Unternehmen sehr schnell in die relevanten Schwellenwerte hineinwachsen kann.

112

Ungeachtet der Frage der Spürbarkeit fehlt solchen Abreden der wettbewerbsbeschränkende Charakter, bei denen die spezifische Beschränkung objektiv notwendig ist, damit es überhaupt zum Abschluss einer – im Übrigen kartellrechtlich neutralen – Vereinbarung kommt.¹²³ **Objektiv notwendig** heißt in diesem Zusammenhang, dass die Beschränkung nicht lediglich von den Parteien zum Abschluss der Vereinbarung für notwendig erachtet, sondern für den Abschluss einer vergleichbaren Vereinbarung generell notwendig und angemessen ist.¹²⁴ Es darf zudem keine weniger beschränkende Vereinbarung geben, mit der das gleiche Ziel erreicht werden kann.

Praxisrelevante Beispiele sind bestimmte Beschränkungen in **Handelsvertreterverträgen**¹²⁵ sowie **Nebenabreden** zu einer Transaktion.¹²⁶

¹⁰¹ Das deutsche GWB kennt z.B. neben der Kontrolle einseitiger Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen auch die Verhaltenskontrolle „marktstarker“ Unternehmen, siehe dazu unter Rn. B 225ff. ¹⁰² Siehe zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung Rn. B 20ff. sowie zur Spürbarkeit Rn. B 101ff. ¹⁰³ Zur Ermittlung der spürbaren Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels: Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des Zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl. EU 2004 C 101/81. ¹⁰⁴ Siehe zum Begriff des Wettbewerbs Rn. B 5, 20f. ¹⁰⁵ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EU 2004 C 101/8 (Art. 81 Abs. 3-Leitlinien), Rn. 35. ¹⁰⁶ Art. 81 Abs. 3-Leitlinien (siehe vorherige Fn.), Rn. 33. ¹⁰⁷ Das Bundeskartellamt kann im Hinblick auf eine bestimmte Verhaltensweise gemäß § 32c GWB bestätigen, dass für das Amt kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Ob das Bundeskartellamt eine solche Entscheidung trifft, liegt in seinem alleinigen Ermessen. Die Unternehmen haben also keinen Anspruch auf eine solche Entscheidung, siehe dazu weiterführend Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 32c. ¹⁰⁸ Art. 81 Abs. 3 – Leitlinien, Rn. 35. ¹⁰⁹ Zur Systematik von GVOen Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 17ff. ¹¹⁰ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 150. ¹¹¹ Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 974ff. ¹¹² Für einen Gesamtüberblick zu allen geltenden GVOen siehe Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 3 Rn. 332ff. ¹¹³ ABl. EU 2010 L 335/36. ¹¹⁴ ABl. EU 2010 L 335/43. ¹¹⁵ ABl. EU 2014 L 9/17. ¹¹⁶ ABl. EU 2010 L 102/1. ¹¹⁷ Siehe für Spezialisierungs-GVO und F&E-GVO: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011 C 11/1 (Horizontal-Leitlinien); für die TT-GVO: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU 2014 C 89/3 (TT-Leitlinien); für die Vertikal-GVO: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU 2010 C 130/1 (Vertikal-Leitlinien). ¹¹⁸ Siehe dazu bereits oben Rn. B 12. ¹¹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Vereinbarung von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrages nicht spürbar beschränkt (de minimis), ABl. EU 2014 C 291/01 (De-minimis-Bekanntmachung). ¹²⁰ De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 8ff. ¹²¹ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes v. 13.3.2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung (Bagatellbekanntmachung). ¹²² De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 11; Bagatellbekanntmachung, Rn. 13. ¹²³ In den Art. 81 Abs. 3-Leitlinien bezeichnet die Kommission diese zur Durchführung der Hauptvereinbarung notwendigen und mit dieser verbundenen Beschränkungen – in Anlehnung an Beschränkungen im Zusammenhang mit einem Zusammenschlussvorhaben – als „Nebenabreden“, Rn. 29–30. ¹²⁴ Art. 81 Abs. 3-Leitlinien, Rn. 29. ¹²⁵ Siehe dazu Rn. B 172. ¹²⁶ Siehe dazu unter Rn. B 317ff.

VI. Verbotene Vereinbarungen und Kontakte mit Wettbewerbern

„Vollkommen zu Recht sind Kartellabsprachen weltweit verboten und scharfen Sanktionen ausgesetzt. Das deutsche Kartellrecht sieht hohe Bußgelder gegen die beteiligten Unternehmen und verantwortlich handelnde Personen vor. Bußgelder sind zwar nicht das primäre Ziel der Kartellverfolgung, aber sie sind mitunter notwendig, um Unternehmen davon abzuschrecken, sich überhaupt erst auf illegale Absprachen einzulassen.“

Andreas Mundt, Präsident Bundeskartellamt 2017 in der Broschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher“.

113

Die größten kartellrechtlichen Risiken für ein Unternehmen entstehen aus Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern. Dabei geht es nicht nur um **Kartelle**, sondern auch um indirektere Formen der Koordination, allem voran um den **Austausch sog. strategischer Informationen**.

114

Anders als aus der wirtschaftlichen Sicht eines Unternehmensmitarbeiters ist unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich jeder **Kontakt zwischen Wettbewerbern** relevant. Dies bedeutet nicht, dass jeder Kontakt mit einem Wettbewerber gegen das Kartellrecht verstößt. Es bedeutet aber, dass am Anfang jeder Compliance-Bemühung die Aufgabe steht, zu **identifizieren**, zu welchen Gelegenheiten welche Unternehmensmitarbeiter Kontakt zu Wettbewerbern haben.

115

Neben der Geschäftsführung und der Rechtsabteilung sollte diese Mitarbeitergruppe **vorrangige Beachtung bei Schulungen** oder internen Audits erhalten, um möglichst schnell eingrenzen zu können, ob und wenn ja, in welcher Form von diesen Wettbewerberkontakten ein Risiko für das Unternehmen ausgeht. Dies schließt auch Unternehmensvertreter ein, bei denen von vornherein klar ist, dass sie in besonderen Risikobereichen tätig sind, etwa weil sie in Verbandsaktivitäten eingebunden oder für Ausschreibungen zuständig sind (siehe dazu unten).

1. Kartellabsprachen

116

Die **Hardcore-Kartelle** nehmen bei Kartellbehörden weltweit die höchste Verfolgungspriorität ein. Sie sind es auch, die in einigen Ländern in der EU und weltweit als Strafrechtsverstöße eingestuft werden und damit dort auch Gefängnisstrafen für die handelnden Personen mit sich bringen können.¹²⁷ Für die Aufdeckung von Kartellen wurden in vielen Ländern sog. **Kronzeugenregelungen** eingeführt. Vereinfacht gesprochen bekommt danach das erste Unternehmen, das einer Kartellbehörde ein dieser nicht bekanntes Kartell meldet und bei der Verfolgung des Kartells uneingeschränkt mit der Kartellbehörde kooperiert, einen vollständigen Bußgelderlass (siehe dazu ausführlich Rn. D 19ff.). Die drastischen Bußgelder für Kartellverstöße haben dazu geführt, dass Unternehmen zunächst verstärkt von der Kronzeugenregelung Gebrauch gemacht haben, was wiederum die Verfolgungsaktivitäten der Behörde angekurbelt hat. In letzter Zeit hat das Bundeskartellamt allerdings einen Rücklauf von Selbstanzeigen verzeichnet. Grund ist die Erhöhung des Risikos kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche. Ob sich dies durch eine gewisse Privilegierung des Kronzeugen in Haftungsfragen ausgleichen lässt, bleibt abzuwarten. Um die Aufdeckungsquote von Kartellabsprachen zu erhöhen und die Verfahren zu beschleunigen, hat das Bundeskartellamt eine Sonderkommission Kartellbekämpfung (SKK) eingerichtet. Sie soll die zuständigen Beschlussabteilungen des Amtes durch den Einsatz spezialisierter, personeller und sachlicher Ressourcen bei der Aufdeckung von Kartellabsprachen unterstützen. Das Bundeskartellamt verfügt zudem über mittlerweile drei Beschlussabteilungen, die sich mit Ordnungswidrigkeitenverfahren befassen. Auch hier nehmen Kartellabsprachen den breitesten Raum ein.

117

Der Präsident des Bundeskartellamtes, *Andreas Mundt*, fasst die gegenwärtige Entwicklung bei der Kartellverfolgung in einem Interview der Funke Mediengruppe vom 18.1.2020 wie folgt zusammen:

„Am wichtigsten ist für uns die Kronzeugenregelung. Jedes zweite Kartell wird durch Unternehmen aufgedeckt, die selbst daran beteiligt waren und aufgrund ihrer Hinweise dann straffrei aus dem Verfahren hervorgehen können. Hinzu kommen sonstige Tippgeber aus der Branche und nicht zuletzt auch anonyme Hinweise. Hinweisgeber sind besonders wichtig, weil sich Kartelle im Verborgenen abspielen. Die Tat ist nicht sichtbar – wie beispielsweise bei Diebstählen oder Sachbeschädigung. Wir prüfen zudem IT-gestützt Ausschreibungen und Bieterverfahren auf mögliche Verstöße.“

118

Wenn sich mehrere Unternehmen koordinieren, um dadurch den Wettbewerb auf dem Markt einzuschränken oder auszuschalten, bezeichnet man dieses Verhalten als **Kartell**.¹²⁸ Kartelle können sich dabei auf jeden Parameter des Wettbewerbs beziehen. Von „**Hardcore-Kartellen**“ spricht man bei Preis-, Quoten-, Produktions-, Kunden- oder Gebietskartellen, da hier die Ausschaltung des Wettbewerbs und der daraus folgende Schaden für den Verbraucher in Form von höheren Preisen, weniger Produkten oder minderer Qualität besonders evident ist. Als Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen oder Beschlüsse zwischen Wettbewerbern, die eine Beschränkung des Wettbewerbs **bezwecken**, sind Kartelle nach dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verboten. Anders als für bestimmte Formen der Kooperation zwischen Wettbewerbern¹²⁹ gibt es für Hardcore-Kartelle regelmäßig keine Freistellung durch die sog. Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 bzw. des § 2 Abs. 1 GWB oder eine Gruppenfreistellungsverordnung.

119

Das deutsche Kartellrecht kennt mit § 3 GWB zwar einen Sondertatbestand für die Rechtfertigung von **Mittelstandskooperationen**. Wegen des Vorrangs des europäischen

Kartellrechts ist diese Ausnahme aber allein auf Absprachen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen¹³⁰ anwendbar, die wegen ihrer rein lokalen Bedeutung keinerlei Potenzial für grenzüberschreitende Wirkungen haben oder den grenzüberschreitenden Handel nicht spürbar beeinträchtigen. Außerdem dürfen diese Kooperationen den „*Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen*“ und müssen der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dienen. In der Praxis bedeutet dies regelmäßig, dass die an der Absprache beteiligten kleinen und mittleren Unternehmen insgesamt auf den betroffenen Märkten einen Anteil von höchstens 10–15 % halten dürfen.¹³¹ Absprachen über Preise oder Preisbestandteile werden auch innerhalb dieser Grenzen sehr kritisch gesehen und werden sich nur im Ausnahmefall für eine Ausnahme qualifizieren. Für Quotenabsprachen fehlt es nach Auffassung des Bundeskartellamtes bereits an der Eignung zur „*Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge*“. Sie sind von § 3 GWB daher grundsätzlich ausgeschlossen.¹³²

120

Hardcore-Kartelle werden regelmäßig vorsätzlich geschlossen, allerdings ist dies keinesfalls Voraussetzung für ihre Rechtswidrigkeit. Ein besonderes subjektives Element ist für die Erfüllung einer illegalen Kartellabsprache nicht zwingend erforderlich, sondern macht sich lediglich in einer möglichen Bußgeldbemessung bemerkbar.¹³³

1.1 Vereinbarungen, abgestimmtes Verhalten, Beschlüsse

121

Das deutsche und europäische Kartellverbot gehen von einem denkbar weiten Anwendungsbereich der kartellrechtswidrigen Abreden aus, der sowohl Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen als auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfasst. Der Anwendungsbereich des Kartellverbots ist damit für alle Verhaltensweisen eröffnet, bei denen praktische Zusammenarbeit anstelle des autonomen Handelns eines Unternehmens tritt. Für eine **Vereinbarung** braucht es weder eine explizite schriftliche noch eine mündliche Vereinbarung; die Abrede muss auch keine Rechtsbindung anstreben. Auch das sog. *gentlemen's agreement* ist vom Kartellverbot erfasst. Gleiches gilt für stillschweigende Abreden, die also letztlich nur eine irgendwann erfolgte Willensübereinstimmung voraussetzen. Der Übergang von einer Vereinbarung zur **aufeinander abgestimmten Verhaltensweise** ist fließend. In der Praxis wird zwischen beiden Tatbestandsalternativen folglich auch keine genaue Abgrenzung vorgenommen.

122

Von den unzulässigen Formen des bewussten Zusammenwirkens ist das **autonome Parallelverhalten** eines Unternehmens abzugrenzen. Die Beobachtung des Wettbewerbs und ein (zeitversetztes) Gleichziehen mit diesem ist nicht verboten, sondern macht das Wesen von Wettbewerb aus. Oder mit den Worten des EuGH:

*„[Das Kartellrecht] entzieht den Unternehmen nicht das Recht, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten mit wachem Sinn anzupassen. Es schließt jedoch jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern aus [...]“.*¹³⁴

1.2 Praxisbeispiele für Kartellabsprachen

123

Nicht zuletzt wegen der äußerst weiten Erfassung von rechtswidrigen Abreden kommen Kartelle in sehr verschiedenen Ausprägungen daher, ihre Erscheinungsformen lassen sich nicht generalisieren: Kartelle können sehr ausgeklügelte Melde- und Überwachungsmechanismen enthalten und über lange Jahre im Geheimen praktiziert werden (siehe z.B. die sogleich dargestellten Praxisbeispiele zum Bildröhren-Kartell oder dem Kartell der „Schienenfreunde“), sie können aber auch nur aus einer kurzfristigen bilateralen Absprache bestehen, die sogar offen in einem Vertrag festgehalten wird (siehe dazu das Praxisbeispiel zu Telefónica und Portugal Telecom). Manche Kartelle geben sich klangvolle Namen wie „Schienenfreunde“, andere bezeichneten sich gar als „Gartenbaclub“, in dem sich die Kartellanten unter Code-Namen wie „Spargel“ und „Mini-Zucchini“ identifizieren.¹³⁵ Obgleich Kartelle an ganz verschiedenen Orten und Gelegenheiten geschlossen werden, so z.B. auf Golfplätzen,¹³⁶ in Flughafen-Hotels,¹³⁷ Schlosshotels,¹³⁸ im Rotlichtmilieu¹³⁹ oder in Chatrooms,¹⁴⁰ hat die Vielzahl dieser rechtswidrigen Vereinbarungen ihren Ursprung aber im wenig spektakulär anmutenden Umfeld von Verbandssitzungen,¹⁴¹ Messen, Kundenbesuchen oder sonstigen eher unverfänglichen Zusammenkünften zwischen Wettbewerbern.

124

Ein klassisches Praxisbeispiel für ein hochorganisiertes Kartell liefert eine Kommissionsentscheidung 2012 zum sog. **Bildröhren-Kartell**:

Die Kommission verhängte im Dezember 2012 gegen sieben internationale Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme wegen der Beteiligung an zwei Kartellen ein Rekordbußgeld in Höhe von EUR 1,47 Mrd.¹⁴² Die beiden Kartelle gehören zu den am besten organisierten Kartellen, die die Kommission bisher untersucht hat. Fast zehn Jahre lang trafen die Unternehmen Preisabsprachen, teilten Märkte und Kunden untereinander auf und beschränkten ihre Produktion. Auf weltweit abgehaltenen sog. Green(s) Meetings der obersten Führungsebene (die so bezeichnet wurden, weil im Anschluss häufig ein Golfspiel stattfand) wurde die Ausrichtung der Kartelle ausgehandelt. Vorbereitung und Umsetzung wurden auf niedrigerer Ebene bei sog. Glass Meetings vierteljährlich, monatlich oder sogar wöchentlich diskutiert. Die Kartellanten überwachten die Umsetzung der Kartellabsprachen, indem sie u.a. die Einhaltung der Kapazitätsbeschränkungen bei Betriebsstättenbegehungen überprüften. Dass sich die Unternehmen des Kartellverstoßes bewusst waren, zeigen Warnhinweise, die die Kommission in den Unterlagen fand, z.B.: *„Es wird zur Geheimhaltung aufgefordert, da eine Offenlegung gegenüber Kunden oder der Europäischen Kommission äußerst schädlich wäre.“* Das Kartell wurde durch einen Kronzeugenantrag des taiwanesischen Unternehmens Chungwa aufgedeckt.

125

Dass sich klassische Kartelle auch Jahre später nicht überlebt haben, zeigt unter anderem das 2020 mit einem Bußgeld von EUR 154 Mio. abgeschlossene **Pflanzenschutzmittelkartell** des Bundeskartellamts:¹⁴³

Das Bundeskartellamt kam im Januar 2002 zu dem Schluss, dass sieben Agrargroßhändler zwischen 1998 und März 2015 jeweils im Frühjahr und Herbst ihre Preislisten für Pflanzenschutzmittel miteinander abgestimmt haben. Grundlage der Abstimmung war eine gemeinsame Kalkulation der Großhändler, die weitgehend einheitliche Preislisten für Einzelhändler und Endkunden zur Folge hatte. Vor allem in den ersten Jahren übernahmen einige Unternehmen die abgestimmte Preisliste dann einfach für die eigene Preissetzung, indem sie faktisch nur noch ihr Firmenlogo über die fertige Liste setzten. In der Anfangszeit des Kartells trafen sich die Unternehmen mehrmals im Jahr, um sich auf (rabattfähige Brutto-)Listenpreise zu verständigen – in den späteren Jahren erfolgte die Abstimmung überwiegend schriftlich und telefonisch. Die

vier führenden Großhändler im Markt – zwei genossenschaftlich organisierte Großhändler und zwei sog. Private – übernahmen grundsätzlich die Vorabstimmung der Kalkulation dieser Preisangaben. Im Anschluss erfolgte die weitere Abstimmung unter den Großhändlern in zwei Lagern, einerseits unter den genossenschaftlich organisierten Großhändlern und andererseits unter den sog. Privaten, den nicht-genossenschaftlich organisierten Großhändlern. Das Ergebnis dieser Abstimmung, die Kalkulationsschemata sowie die fertig berechneten (rabattfähigen Brutto-)Preislisten, wurde dann allen Unternehmen jeweils zur Frühjahrs- und Herbstsaison zur Verfügung gestellt. Bis zum Jahr 2008 hatten bis auf einen betroffenen Großhändler dann alle Unternehmen teilweise auch die darauf zu gewährenden Rabattspannen sowie teilweise Netto-Netto-Preise (Abgabepreise gegenüber Einzelhändlern ohne weitere Rabattierung) für zentrale Produkte abgesprochen.

126

Dass Kartelle nicht nur als geheime Absprachen, sondern auch offen in Verträgen geschlossen werden können, belegt bereits das 2013 abgeschlossene Kommissionsverfahren gegen **Telefónica und Portugal Telecom**:

Die Kommission verhängte am 23.1.2013 gegen die Telekommunikationsanbieter Telefónica aus Spanien und Portugal Telecom Bußgelder in Höhe von insgesamt EUR 79,2 Mio. Die Parteien hatten im Rahmen der Auflösung eines gemeinsamen Joint Ventures in Brasilien vertraglich vereinbart, ab September 2010 bis Ende 2011 in ihren jeweiligen Heimatmärkten Spanien und Portugal nicht miteinander in Wettbewerb zu treten.¹⁴⁴ Der Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV wurde im Februar 2011 beendet, nachdem die Kommission auf Hinweis der spanischen Wettbewerbsbehörde ein Kartellverfahren eingeleitet hatte. Das hohe Bußgeld erging, obwohl das Wettbewerbsverbot letztlich nur für vier Monate in Kraft war.¹⁴⁵

1.3 Risikofaktoren für und Aufdeckung von Kartellabsprachen

127

Klassische Kartellabsprachen werden nur selten „zufällig“ oder bei Gelegenheit einer Compliance-Schulung aufgedeckt. Dies liegt schon daran, dass diese Absprachen für viele Mitarbeiter im Unternehmen nicht zwingend visibel sind, da sie auf Ebene der Geschäftsführer oder in den oberen Managementstufen vereinbart wurden. Zudem handelt es sich oft um Verhaltensweisen, die seit Jahren praktiziert werden, sodass der einzelne Mitarbeiter sie nicht unmittelbar hinterfragt. Eine große Zahl von Kartellen weist Berührungen zu Verbandsaktivitäten auf. Zum Teil, weil sie in diesen institutionalisierten Zusammentreffen ihren Ursprung haben, zum Teil weil die Verbandstreffen eine gute Gelegenheit bieten, sich mit Wettbewerbern auszutauschen. Um gut organisierte Kartellabsprachen in einem Unternehmen aufzudecken, wird es regelmäßig eines **internen Audits** bedürfen (siehe dazu ausführlich unter Rn. C 149ff.). In der Praxis hat es sich dabei als hilfreich erwiesen, ungewöhnlich starren Absatz- und Preisdaten besonders kritisch nachzugehen. Abhängig von den Gegebenheiten auf dem betroffenen Markt ist unter Umständen auch der Einsatz von ökonomischen Analyse-Instrumenten sinnvoll (siehe dazu unter Rn. C 263ff.).

2. Verbotener Informationsaustausch

128

Der **Austausch** sog. **strategischer Informationen** zwischen Wettbewerbern ist verboten. Dies gilt, weil die Kartellbehörden davon ausgehen, dass die strategisch relevanten Informationen nach ihrem Austausch von einem rational handelnden Unternehmen als Grundlage für eine Verhaltensanpassung genutzt werden, ihr Austausch also zu einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen Wettbewerbern führt.¹⁴⁶ Dahinter steht der Grundsatz, dass sich jedes Unternehmen selbstständig im Wettbewerb behaupten und ohne Abstimmung mit Wettbewerbern agieren muss. Infolgedessen ist jede **Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern**, durch die eine Koordinierung des Verhaltens an Stelle eines mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt, aus kartellrechtlicher Sicht in hohem Maße kritisch.¹⁴⁷

129

Anders als im Bereich der Hardcore-Kartelle haben Unternehmensmitarbeiter bis hoch zur Unternehmensleitung oft keine zutreffende Vorstellung davon, welche Gefahren der Austausch strategischer Informationen auch dann mit sich bringt, wenn es nicht um den Austausch von Preisinformationen geht.

130

Ein inhaltlicher Schwerpunkt wirksamer Compliance-Arbeit muss deshalb darauf liegen, mit weit verbreiteten Fehlvorstellungen über den Unwertgehalt solcher Verhaltensweisen aufzuräumen.

131

Eine große Herausforderung für die Praxis besteht darin, mit der im Kartellrecht geltenden **Beweislastumkehr** zu arbeiten, die zulasten der handelnden Unternehmen bis zum Gegenbeweis durch die betroffenen Unternehmen davon ausgeht, dass bei Wettbewerberkontakten ausgetauschte Informationen auch für das weitere Wettbewerbsverhalten genutzt und damit zu eben dieser Grundlage für ein abgestimmtes Verhalten werden.

132

Für einen verbotenen **Informationsaustausch** ist es irrelevant, ob nur ein Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern **einseitig** strategische Informationen offenlegt oder ob alle beteiligten Unternehmen sich gegenseitig mit Informationen versorgen.¹⁴⁸ Für die Kartellbehörden ist es insofern ausreichend, dass ein Unternehmen bei einem Informationsaustausch anwesend war oder die Informationen auf sonstige Weise (z.B. per E-Mail, Post etc.) erhalten hat. Sofern es die Informationen nicht ausdrücklich zurückweist, wird davon ausgegangen, dass das Unternehmen die Informationen akzeptiert hat und sein Marktverhalten entsprechend anpasst.¹⁴⁹ Wie höchstrichterlich bestätigt, gilt dies auch für einen einmaligen Informationsaustausch:

In dem Fall **T-Mobile/Netherlands** hatte der EuGH über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines einmaligen Informationsaustausches zu entscheiden.¹⁵⁰ Ausgangspunkt war die Vorlage eines niederländischen Gerichts zur Vorabentscheidung, nachdem die niederländische Wettbewerbsbehörde im September 2004 Bußgelder in Höhe von EUR 52,2 Mio. gegen die damaligen fünf Betreiber von Mobiltelekommunikationsdiensten in den Niederlanden verhängt hatte und die Unternehmen Berufung eingelegt hatten.¹⁵¹ Bei einem einzigen Treffen im Juni 2001 waren zwischen den Wettbewerbern vertrauliche Informationen über Händlervergütungen von Pre- und Postpaid-Verträgen zur Sprache gekommen. Das Gericht stellte dem EuGH u.a. die Frage, ob die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise bereits durch einen einmaligen Austausch erfüllt seien oder ob es einer länger andauernden und regelmäßigen Abstimmung bedürfe. Die Antwort des EuGH war eindeutig: Entscheidend ist nicht, wie viele Treffen zwischen den beteiligten Unternehmen stattgefunden haben, sondern ob der/die Kontakt(e) ihnen ermöglicht hat/haben, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens

zu berücksichtigen und eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle der mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken treten zu lassen. Ist dies der Fall, obliegt es den Unternehmen darzulegen, dass der Informationsaustausch ihr Marktverhalten nicht beeinflusst hat.¹⁵²

133

Wie vermeintlich unkompliziert ein kartellrechtlich verbotener Informationsaustausch mit modernen Kommunikationswegen erreichbar ist, belegt das Rekordbußgeld der Kommission von EUR 1 Mrd. gegen verschiedene Großbanken im Devisenhandel aus dem Jahr 2019:

Am 16.5.2019 einigte sich die Kommission auf die Beendigung von Verfahren mit verschiedenen Großbanken gegen ein Gesamtbußgeld von **EUR 1,07 Mrd. für Kartellrechtsverstöße im Devisenkassahandel**.¹⁵³ Dem Bußgeld lagen Informationsaustausch und auf diesen gestützte stillschweigende Kartellabsprachen zugrunde: Nach Ermittlungen der Kommission hatten Händler, die bei den betroffenen Großbanken für den Forex-Kassahandel mit den liquidesten und weit verbreitetsten Währungen weltweit betraut waren, in Online-Chatrooms sensible Informationen und Handelsabsichten ausgetauscht und ihre Handelsstrategien auf diese Weise koordiniert. Devisenhandelsgeschäfte werden ausschließlich am selben Tag zu den geltenden Wechselkursen durchgeführt. Die in den Chatrooms „Three-Way-Banana-Split“ (organisiert von Händlern der Banken Barclays, Royal Bank of Scotland, JP Morgan, Citigroup und UBS) sowie „Essex Express“ (organisiert zwischen Händlern der Banken Barclays, RBS, MUFG und UBS) ausgetauschten sensiblen Geschäftsinformationen betrafen: offene Kundenaufträge (d.h. den vom Kunden angefragten Tauschbetrag und die jeweiligen Währungen sowie Angaben darüber, welcher Kunde an einem bestimmten Geschäft beteiligt war), Kurse für bestimmte Transaktionen, die offenen Risikopositionen der Händler (die Währung, die sie verkaufen oder kaufen mussten, um ihre Portfolios in die Währung ihrer Bank umzutauschen) und bestimmte Einzelheiten zu laufenden oder geplanten Handelstätigkeiten. Aufgrund des Informationsaustauschs konnten die Händler entscheiden, ob ihre Konditionen wettbewerbsfähig waren und sich – auf Basis informeller Absprachen – dann zugunsten einzelner Händler von Transaktionen zurückhalten. Die im direkten Wettbewerb zueinander stehenden Händler, von denen viele persönlich gut miteinander bekannt waren, loggten sich in der Regel für den gesamten Arbeitstag in multilaterale Chatrooms auf Bloomberg-Terminals ein und tauschten sich umfassend zu den genannten Themen aus. Der jahrelang andauernde Informationsaustausch wurde schließlich von UBS im Rahmen eines Kronzeugenantrags angezeigt. UBS erhielt vollständige Bußgeldimmunität.

134

Auch das Bundeskartellamt hat eine Reihe empfindlicher Bußgelder gegen Unternehmen wegen Kartellabsprachen,¹⁵⁴ aber insbesondere auch wegen unzulässigen Informationsaustausches erlassen.¹⁵⁵ Gegenstand dieses Informationsaustausches waren dabei nicht nur Informationen zu Verkaufspreisen, sondern auch zu sonstigen strategischen Informationen wie insbesondere Kundenforderungen, aktuelle Marktanteils-, Absatz- oder Umsatzzahlen.

„Bestimmte Arten des Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern sind kartellrechtlich unzulässig. Der Wettbewerb wird durch solche Verhaltensweisen beeinträchtigt, auch wenn es sich nicht um klassische Hardcore-Absprachen über Preise, Gebiete, Kunden oder Quoten handelt.“

Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes in der Pressemitteilung vom 17.3.2011 zum Bußgeld von EUR 38 Mio. gegen drei Konsumgüterhersteller wegen Informationsaustausches.

135

Die Europäische Kommission gibt Unternehmen in ihren Horizontal-Leitlinien eine gewisse Hilfestellung bei der Identifizierung **strategischer Informationen** und nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft, aber keinesfalls abschließend: Preise, Preisbestandteile, Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien, F&E-Programme und deren Ergebnisse.¹⁵⁶ Letztlich fallen unter den Begriff der strategischen Informationen alle Informationen, die nicht ohne Weiteres

öffentlich verfügbar sind und die Rückschlüsse auf das aktuelle bzw. künftige Marktverhalten eines Unternehmens ermöglichen. Dies muss nicht zwingend nur aus den ausgetauschten Informationen selbst gelingen. Es kann nach den Leitlinien der Kommission vielmehr bereits der marginale Zusatznutzen sein, der zu einem auf Informationsaustausch basierenden Kollusionsergebnis führt.¹⁵⁷

136

Der **Informationsaustausch** ist dann ohne kartellrechtliche Relevanz, wenn aus den Informationen keine Rückschlüsse mehr auf das aktuelle oder künftige Verhalten eines Unternehmens gezogen werden können, etwa weil die Daten zu alt oder generisch bzw. aggregiert sind, oder wenn es sich um echte öffentliche Informationen handelt.¹⁵⁸ Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

137

Erhält ein Unternehmen **strategisch relevante Informationen** nicht direkt vom Wettbewerber, sondern **vom neutralen Dritten**, wie z.B. von einem Kunden im normalen Geschäftsverlauf, kann dies zulässig sein. Vorsicht ist geboten, wenn Dritte strategisch oder institutionalisiert zur Informationsbeschaffung eingesetzt werden¹⁵⁹ oder gar als Moderator für einen unzulässigen Informationsaustausch oder eine Verhaltenskoordinierung eingesetzt werden. Letzteres ist unter dem Stichwort der *Hub-and-spoke*-Kartelle unter anderem von den Kartellbehörden in Großbritannien und Frankreich scharf sanktioniert worden.¹⁶⁰ Der unzulässige Informationsaustausch über Dritte ist auch bei der Teilnahme eines Unternehmens an Marktinformationssystemen oder anderen statistischen Datensammlungen, wie z.B. Benchmarking-Studien auf Verbandsebene, kartellrechtlich stets genau zu prüfen.¹⁶¹

138

Da der unzulässige Informationsaustausch für nahezu jedes Unternehmen von besonderer praktischer Relevanz ist, sind **Verhaltensrichtlinien** in diesem Bereich besonders wichtig, um Mitarbeitern konkrete Anweisungen an die Hand zu geben, wie sie auf kritische Situationen richtig reagieren bzw. eine unzulässige Diskussion strategischer Informationen oder ihre bloße „Entgegennahme“ von vornherein vermeiden können. Aus diesen Verhaltensrichtlinien muss deutlich werden, dass:

- das bloße passive Zuhören die Risiken aus einem rechtswidrigen Informationsaustausch nicht ausschließt;
- der Mitarbeiter strategische Informationen von einem Wettbewerber stets explizit zurückweisen muss;
- Vorfälle solcher Art unverzüglich an die Rechts-/Compliance-Abteilung oder eine andere geeignete Stelle im Unternehmen gemeldet werden müssen, damit eine Risikoanalyse stattfinden und geprüft werden kann, ob weitere Reaktionen oder Konsequenzen erforderlich sind.

3. Gefahrenbereich Verbandstätigkeit

139

Die Compliance-Bemühungen auf Verbandsebene haben sich in den letzten Jahren signifikant verbessert, nachdem Verbände zunehmend in das Visier der Kartellbehörden geraten sind.¹⁶² Dennoch bleiben **Verbandstreffen** ein klarer **Risikobereich für unzulässige Kartellabsprachen** und insbesondere den unzulässigen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, da der Verband ein Ort ist, an dem Wettbewerber regelmäßig und organisiert zusammenkommen. Es gibt zahlreiche (legale) Initiativen, die ein solches Zusammenkommen rechtfertigen und vielleicht sogar notwendig machen. Es gibt aber auch zahlreiche Gelegenheiten, um anlässlich solcher Zusammenkünfte gewollt oder ungewollt Teil einer kartellrechtswidrigen Abrede zu werden.

140

Aus Unternehmenssicht muss für eine wirkungsvolle Compliance-Arbeit zunächst geklärt werden, **welche Mitarbeiter** an welchen Verbandsaktivitäten teilnehmen. Je nach Ergebnis dieser Bestandsaufnahme bietet es sich in diesem Zusammenhang an, kritisch zu hinterfragen, ob die Teilnahme der jeweiligen Mitarbeiter sachlich gerechtfertigt ist. Eine sehr effektive Maßnahme ist es, Unternehmensmitarbeiter mit hoher operativer und strategischer Bedeutung (z.B. den Leiter Vertrieb oder Einkauf) aus der Verbandsarbeit auszuklammern und von vorneherein nur Personen zu schicken, die aufgrund ihrer Funktion keine unmittelbare Gefahr eines unzulässigen Informationsaustausches auslösen. Für die Zukunft sollte sichergestellt sein, dass jede Verbandsmitarbeit erfasst und zuvor freigegeben ist, bevor der jeweilige Unternehmensmitarbeiter seine Tätigkeit aufnimmt. Bestehen Zweifel, muss die Teilnahme ausgesetzt werden, bis die Zulässigkeit geklärt ist.

141

Auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass Unternehmensmitarbeiter, die an Verbandsaktivitäten teilnehmen

- vorrangig kartellrechtlich geschult werden und
- klare Verhaltensregeln an die Hand bekommen, wie sie sich in konkreten Situationen richtig verhalten.

142

Im Verbandskontext ist es dabei besonders wichtig, dass die entsprechend geschulten Mitarbeiter schon die **Tagesordnung** auf kartellrechtlich kritische Punkte hin durchsehen, um Zweifel über Diskussionen einzelner Tagesordnungspunkte bereits im Vorfeld abzuklären und ausräumen zu lassen. Zudem müssen in die Verbandsarbeit eingebundene Unternehmensmitglieder verinnerlicht haben, dass sie **kartellrechtlich problematische Diskussionen** unter deutlichem Hinweis abbrechen und ggf. die Sitzung verlassen und dies im Protokoll vermerken lassen müssen, um kartellrechtliche Risiken für das Unternehmen (d.h. ein eigenes Bußgeld oder eine Ausfallhaftung für einen zahlungsunfähigen Verband, siehe Rn. B 144) auszuschließen.

143

Neben dem generellen Risiko, dass der Verband als Ort für unzulässige Absprachen oder einen unzulässigen Informationsaustausch genutzt wird,¹⁶³ ist im Verbandskontext insbesondere darauf zu achten, dass jede Form der statistischen **Datensammlung**, gleich ob im Zusammenhang mit Absatzstatistiken oder Benchmarking-Aktivitäten, mit kartellrechtlichen Grundsätzen im Einklang steht. Eine zulässige Datensammlung setzt insbesondere voraus, dass die individuellen Unternehmensdaten von einer neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Person (und nicht etwa vom Angehörigen eines Mitgliedsunternehmens) ausgewertet werden und nur in nicht-identifizierbarer Form, d.h. nur in solcher Form wieder an die Mitgliedsunternehmen herausgegeben

werden, dass Rückschlüsse auf aktuelles oder künftiges Wettbewerbsverhalten von Wettbewerbern nicht mehr möglich sind.¹⁶⁴

144

Auch aus Verbandssicht ist es notwendig, sich proaktiv mit kartellrechtlicher Compliance zu befassen. Gerade in Branchen, in denen auf Mitgliederebene noch wenig Bewusstsein für die Gefahren von Kartellverstößen besteht, ist der Verband ein zentrales Forum, um dieses Bewusstsein zu schärfen. Dies gilt schon deshalb, weil der Verband und seine Organe selbst sicherstellen müssen, nicht gegen Kartellrechtsregeln zu verstoßen. Haben Verbandsorgane und -mitarbeiter Kartellaktivitäten gefördert, sind sie nach ständiger Praxis, insbesondere des Bundeskartellamtes, selbst Verfahrensbeteiligte und werden bei Nachweis der kartellrechtswidrigen Aktivitäten auch mit **Bußgeldern** belegt.¹⁶⁵ Dies gilt wegen des im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Einheitstäterbegriffs auch dann, wenn ihr Tatbeitrag regelmäßig „nur“ in physischer oder psychischer Beihilfe zu den Verstößen ihrer Mitglieder bestanden hat. Mit der 10. GWB-Novelle können Geldbußen gegen einen Verband – statt am eigenen Gesamtumsatz – alternativ auch am **Gesamtumsatz seiner Mitglieder** ausgerichtet werden, die auf dem vom Kartellverstoß des Verbandes betroffenen Markt tätig waren (§ 81c Abs. 4 GWB). Bei fehlender Zahlungsfähigkeit des Verbandes kann die Geldbuße auch direkt bei den Mitgliedsunternehmen eingetrieben werden. Für Unternehmen, deren Vertreter zum Zeitpunkt des Verstoßes den Entscheidungsgremien des Verbandes angehört haben, besteht dabei ein erhöhtes Risiko der **Ausfallhaftung**. Die neu eingeführte Regelung des § 81b GWB entspricht der europäischen Regelung in Art. 23 Abs. 4 VO Nr. 1/2003. Auch wenn die Ausfallhaftung in der Praxis der Kommission bislang keine besondere Relevanz erlangt hat, bedeutet dies nicht, dass das Bundeskartellamt künftig davon keinen Gebrauch machen wird. Vor diesem Hintergrund ist die genaue Prüfung umso wichtiger, welche Unternehmensvertreter in welcher Funktion in welchen Verbänden aktiv sind.

145

Der Fallbericht zur Wirtschaftsvereinigung Stahl¹⁶⁶ zeigt, dass nicht selten eine **umfassende Reorganisation** von Verbandsabläufen nach Feststellung von Kartellverstößen erforderlich ist, um die Überlebensfähigkeit eines Verbandes zu sichern. Rein praktisch ist die Kündigung der Verbandsmitgliedschaft für viele Unternehmen ein zentraler erster Schritt, um ein positives Nachtatverhalten zu demonstrieren, wenn Kartelluntersuchungen im Verbandskontext eingeleitet wurden. Es ist hier also im elementaren Interesse der Verbände selbst, Vertrauen bei ihren Mitgliedern zu schaffen, indem sie durch Änderung von Strukturen und Abläufen zeigen, dass eine sichere Verbandsarbeit möglich ist. Diese verbandsinternen Schritte entbinden die Mitgliedsunternehmen natürlich nicht von der Verpflichtung, eigene Vorkehrungen und Compliance-Maßnahmen zur Einhaltung von Kartellrechtsregeln zu treffen, wenn sie die Risiken von Rechtsverstößen durch ihre Mitarbeiter künftig eindämmen wollen. Ohne eine Entsprechung auf Verbandsseite gehen diese unternehmensspezifischen Schritte allerdings ins Leere. Die Risiken, dass Mitarbeiter die Grenzen von Kartellrechtsverstößen anderenfalls verkennen und weiterhin an kartellrechtswidrigen Diskussionen, Datensammlungen etc. teilnehmen, sind ohne wechselseitige Vorkehrungen zu groß.

4. Gefahrenbereich Ausschreibungen

146

Der bereits 1997 eingeführte **Sondertatbestand der Submissionsabsprache in § 298 StGB** sieht vor, dass sich strafbar macht, wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer Absprache beruht, die den Ausschreibenden zur Annahme eines bestimmten Angebots veranlassen soll. Ein Verstoß kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldbußen geahndet werden.¹⁶⁷ Von § 298 StGB sind öffentlich-rechtliche unbeschränkte und beschränkte **Ausschreibungen aller Art** erfasst. Auch private, d.h. durch Unternehmen oder auch Privatpersonen erfolgende Ausschreibungen fallen darunter, wobei die Anforderungen an das Vorliegen privater Ausschreibungen sehr gering sind. Der Gesetzgeber wollte Ausschreibungen möglichst lückenlos erfassen und bezieht deshalb in § 298 Abs. 2 StGB auch die freihändige Vergabe in den Schutzzweck der Norm ein. In der Vergangenheit ist das Zusammenspiel zwischen Strafrecht und GWB z.B. in den Kartellverfahren Feuerwehrfahrzeuge und Schienen sowie jüngst bei Technischer Gebäudeausrüstung zum Tragen gekommen.¹⁶⁸

147

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 298 StGB ist davon auszugehen, dass von § 298 StGB alle Absprachen erfasst sind, die gegen das Kartellverbot verstoßen, sofern sie vom Wortlaut der Norm gedeckt sind.¹⁶⁹ Damit kann der § 298 StGB auch dann verwirklicht werden, wenn die wettbewerbswidrige Abrede nicht zwischen aktuellen oder potenziellen Bietern, sondern zwischen Ausschreibendem und Bieter, also auf vertikaler Ebene getroffen wurde.¹⁷⁰

148

Im Compliance-Kontext ist es zentral, dass allen Mitarbeitern, die mit Ausschreibungen befasst sind, die hohen kartellrechtlichen Risiken im Hinblick auf den Umgang mit ausschreibungsrelevanten Informationen bewusst sind. Das **Bundeskartellamt** hat bereits 2015 eine hilfreiche **Broschüre** auf ihrer Webseite veröffentlicht, die sehr konkrete Anhaltspunkte für Verdachtsmomente für das Vorliegen von Submissionsabsprachen enthält.¹⁷¹ Das Dokument ist vom Bundeskartellamt als **Checkliste** für Vergabestellen entwickelt worden, um diesen die Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen zu erleichtern. Aus dieser Broschüre wie auch aus der Fallpraxis des Bundeskartellamtes wird deutlich, dass unter den Tatbestand selbstverständlich die Abgabe von Schutzangeboten wie auch der reine Informationsaustausch, etwa im Hinblick auf Angebotshöhe oder Interessenlage der Bieter fällt.¹⁷² Absprachen bzw. Informationsaustausch zu jedem einzelnen Projekt stellen insoweit eine eigene Tat dar.

149

Eine sorgsame **Überprüfung des Angebotsverhaltens** in Vergabeverfahren ist – wie bereits angesprochen – nicht nur zwingend, um Risiken für das Unternehmen, sondern auch um persönliche Risiken für die handelnden Mitarbeiter auszuschließen. Aufgrund des weiten Begriffs der kartellrechtswidrigen Abrede, die wie ausgeführt¹⁷³ ja bereits die abgestimmte Verhaltensweise und damit letztlich auch den Informationsaustausch erfasst, der zu einer solchen Verhaltensweise führt, ist jede Kommunikation über eine Ausschreibung zu unterlassen. Dies bezieht sich nicht nur auf den Inhalt eines möglichen Angebots, sondern schon auf die Frage, ob ein Unternehmen an einer Ausschreibung teilnimmt oder nicht. Die Tragweite dieses Verbots ist den wenigsten Mitarbeitern ohne entsprechende Schulung bewusst.

150

Die Verfolgungsaktivitäten der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen nehmen ständig zu.¹⁷⁴ Submissionsabsprachen werden an das Wettbewerbsregister (siehe Rn. B 80) gemeldet.

5. Risikofaktoren für unzulässige Absprachen zwischen

Wettbewerbern – Checkliste Compliance

151

Folgende Fragen können einen ersten Ansatzpunkt bei der Analyse von Risikofaktoren für unzulässige Absprachen und/oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern liefern. Eine wirkungsvolle Compliance-Arbeit im Unternehmen muss ermitteln, ob und wenn ja welche besonderen Gefahrenbereiche in einem Unternehmen im Hinblick auf einen möglicherweise unzulässigen Informationsaustausch mit Wettbewerbern bestehen.

152

Checkliste: Risikofaktoren für unzulässige Absprachen

- ✓ Gibt es in den Geschäftsfeldern des Unternehmens bereits Anhaltspunkte für kartellrechtliche Untersuchungen?
- ✓ Haben in den Geschäftsfeldern oder bei Zulieferern oder Händlern des Unternehmens Durchsuchungen stattgefunden?
- ✓ Ist das Unternehmen auf Märkten aktiv, in denen eine hohe Markttransparenz herrscht oder auf andere Weise eine Reaktionsverbundenheit mit Wettbewerberverhalten festgestellt werden kann?
- ✓ Sind die Marktverhältnisse auf den relevanten Märkten starken Veränderungen ausgesetzt oder sind sie weitgehend stabil?
- ✓ Stellt das Unternehmen Produkte her, die sich von Wettbewerberprodukten vor allem über den Preis unterscheiden oder spielen andere Kriterien wie Qualität, Innovation etc. eine größere Rolle?
- ✓ Gab es in der Vergangenheit Umstände, die für alle Unternehmen am Markt Konsequenzen für die jeweilige Absatzstrategie hatten (z.B. Rohstoffpreiserhöhungen, Aufschläge, Steuererhöhungen, Umweltvorgaben etc.)? Wenn ja, gibt es Anhaltspunkte, dass Wettbewerber sich hier gleichförmig verhalten haben?
- ✓ Wie häufig finden Preisänderungen auf den relevanten Märkten statt? Gibt es einen einheitlichen Zeitpunkt für Preisänderungen, wenn ja, warum?
- ✓ Gibt es engen Kontakt zu Wettbewerbern? Wenn ja, von wem und zu welcher Gelegenheit?
- ✓ Sind die Kunden des Unternehmens z.T. auch seine Wettbewerber?
- ✓ Nimmt das Unternehmen an Ausschreibungen teil? Ist das Unternehmen Teil eines Bieterkonsortiums?
- ✓ Gibt es regelmäßigen Wettbewerberkontakt über Fachverbände, Messen oder ähnliche Veranstaltungen? Wer geht zu diesen Veranstaltungen? Wie wird über diese Veranstaltungen im Unternehmen berichtet?
- ✓ Gibt es Situationen, in denen sich das Unternehmen mit Wettbewerbern über Preise oder Verkaufsbedingungen austauscht?
- ✓ Sendet das Unternehmen Wettbewerbern direkte Informationen wie z.B. Preislisten zu oder erhält es solche Informationen von Wettbewerbern?
- ✓ Welche Rolle spielt die Preissetzung des Unternehmens für andere Teilnehmer im Markt?
- ✓ Kennt das Unternehmen die Preise, sonstige Verkaufsbedingungen oder künftige Strategien seiner Wettbewerber? Falls ja: woher? Kennen die Wettbewerber die Preise bzw. künftigen Strategien des Unternehmens? Falls ja: woher?

- ✓ Hat das Unternehmen jemals Schritte unternommen, um Wettbewerbern zu signalisieren, wie es sich im Markt verhalten wird bzw. welches Verhalten es von Wettbewerbern erwartet?
- ✓ Bestehen Kooperationsverträge mit Wettbewerbern?
- ✓ Setzt das Unternehmen Dritte systematisch zur Informationsbeschaffung ein?
- ✓ Gibt es Gemeinschaftsunternehmen oder sonstige Kooperationen mit Wettbewerbern, z.B. Einkaufskooperationen oder Internet-Marktplätze?
- ✓ Nimmt das Unternehmen an Marktinformationssystemen oder Meldeverfahren mit Wettbewerbern, z.B. auf Verbandsebene, teil?
- ✓ Nimmt das Unternehmen an Benchmarking-Studien teil?

6. Sonstige Absprachen zwischen Wettbewerbern

153

Nicht alle Vereinbarungen oder Kontakte zwischen Wettbewerbern sind verboten. Insbesondere **Kooperationen**, die es Unternehmen erst gemeinsam ermöglichen, einen Markt zu bedienen, den sie allein so hätten nicht betreten können, sind häufig kartellrechtlich zu rechtfertigen. Allerdings ist bei allen Kooperationen ein genaues kartellrechtliches Augenmerk erforderlich. Außerhalb der oben angesprochenen Hardcore-Kartelle und des unzulässigen Informationsaustauschs ist für die Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen das **Regel-Ausnahme-Prinzip** des europäischen und deutschen Kartellrechts, einschließlich der GVOen und der entsprechenden Leitlinien, besonders relevant. Dies bedeutet, dass es neben der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung der jeweiligen Kooperation auch auf die Marktanteile und das Wettbewerbsumfeld der an der Absprache beteiligten Unternehmen ankommt.

154

In der Praxis müssen Kooperationen zwischen Wettbewerbern stets **rechtlich geprüft** werden. Das Kartellrecht muss dabei früh Beachtung finden, da es unmittelbare Auswirkungen auf die inhaltliche Ausgestaltung der Kooperation und nicht zuletzt deren Machbarkeit hat. Auch bereits seit langen Jahren bestehende Kooperationen müssen diese Prüfung durchlaufen.

155

Die Erfahrung zeigt: Gerade langjährige Kooperationen werden auf der Arbeitsebene als Muster für weitere Kooperationen ähnlichen Zuschnitts genutzt. Mit dem Argument, dass man ja „schon immer so gehandelt habe“ oder dass die Regelung gar „in der Industrie üblich“ sei, passiert es im Unternehmensalltag leicht, dass auch Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ohne Prüfung oder gar vollständig an der Rechtsabteilung vorbei geschlossen werden. Dies kann gravierende Folgen haben: Gerade auf der vertragskartellrechtlichen Ebene hat sich in den letzten Jahren durch die Reform der einschlägigen GVOen sowie die diese begleitenden Leitlinien Vieles verändert. Ältere Verträge spiegeln diese Veränderungen nicht wider. Dies gilt im besonderen Maße für Abreden, die vor der grundlegenden Reform des deutschen Kartellrechts im Jahr 2005 geschlossen wurden.

156

Nachfolgend werden insoweit nur die wichtigsten Rahmenbedingungen für eine solche Vertragsprüfung genannt. Die vertiefte Prüfung der jeweiligen Vereinbarung muss dann auf Ebene der Rechtsabteilung bzw. ihrer Berater im konkreten Einzelfall erfolgen.

6.1 Kooperationen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen

157

Die Kommission hat mit den **GVOen** typisierte Ausnahmen vom Kartellverbot für eine Reihe von Vertragskonstellationen geschaffen (siehe ausführlich oben Rn. B 104ff.).

158

Die folgenden, besonders praxisrelevanten **GVOen** sind dabei (auch) **zwischen Wettbewerbern anwendbar**:

- **Spezialisierungs-GVO**: Erfasst einseitige und zweiseitige Produktionsabreden mit ein- oder zweiseitigen Belieferungs- und Bezugsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern bis zu einem gemeinsamen Marktanteil von höchstens 20 %.¹⁷⁵

- **F&E-GVO**: Erfasst Forschungsk Kooperationen und Auftragsforschung mit oder ohne gemeinsame Verwertung der Forschungsergebnisse. Die F&E-GVO gilt auch zwischen Wettbewerbern, sofern deren Marktanteil bei Abschluss der Vereinbarung höchstens 25 % beträgt.¹⁷⁶

- **TT-GVO**: Erfasst Technologietransfer in Form von Know-how und/oder Patentlizenzen zur Herstellung von Vertragsprodukten. Die TT-GVO gilt auch zwischen Wettbewerbern, sofern deren Marktanteil höchstens 20 % beträgt.¹⁷⁷

159

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, vertieft auf diese Vertragstypen einzugehen. Als Grundregel gilt jedoch für alle oben genannten Kooperationen: Für ihre Strukturierung ist eine Kenntnis der einschlägigen **GVOen** und der begleitenden Horizontal-Leitlinien erforderlich. Die in den jeweiligen **GVOen** genannten Kernbeschränkungen sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, die die Anwendung der gesamten **GVO** für die beschränkenden Vereinbarungen entfallen lassen und für die innerhalb oder außerhalb der Grenzen einer **GVO** eine Ausnahme vom Kartellverbot nach den Grundsätzen der Legalausnahme grundsätzlich nicht in Betracht kommt.¹⁷⁸

6.2 Kooperationen im Rahmen der Horizontal-Leitlinien

160

Für eine Reihe von Kooperationen zwischen Wettbewerbern gibt es keine typisierten und damit keine „automatischen“ Ausnahmen vom Kartellverbot in Form einer GVO. Dies gilt insbesondere für Einkaufskooperationen, Vermarktungsk Kooperationen und Kooperationen zur Normung und Standardisierung. Sofern derartige Vereinbarungen nicht bereits die Ausschaltung zentraler Wettbewerbsparameter bezwecken und damit die Voraussetzung eines Hardcore-Kartells erfüllen, sind diese stets im Einzelfall daraufhin zu prüfen, ob sie die Voraussetzungen für die Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB erfüllen. Hilfestellung dabei bieten die **Horizontal-Leitlinien** sowie daneben ggf. die Vertikal-Leitlinien der Kommission.¹⁷⁹ Diese Leitlinien haben als Verwaltungsrichtlinien unmittelbare Bindungswirkung nur für die Kommission selbst, nicht jedoch für Gerichte oder nationale Behörden. Anders ist es nur, soweit sie unmittelbar den Verordnungstext erläutern. In der Praxis ist ihre faktische Wirkung allerdings auch im Übrigen hoch.

6.2.1 Einkaufskooperationen

161

Einkaufskooperationen zwischen Wettbewerbern sind sowohl im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf dem **Einkaufsmarkt** wie auch auf den **Absatzmärkten** zu prüfen. Überschreiten die gemeinsamen Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf allen von der Kooperation betroffenen Märkten einen **Anteil von 15 %** nicht, sind derartige Kooperation häufig zulässig.¹⁸⁰ Dies setzt jedoch voraus, dass es über die Einkaufsgemeinschaft nicht zu einer unzulässigen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens kommt. Insofern ist stets eine genaue Prüfung ihrer Ausgestaltung notwendig. Wichtig ist insbesondere, dass die im Rahmen der Kooperation erforderlichen Beschränkungen der Mitglieder nicht „über das Ziel hinausschießen“. Kritische Punkte sind dabei insbesondere (i) etwaige Exklusivitätsregeln, die es den angeschlossenen Mitgliedern verbieten, ihren Bedarf außerhalb der Kooperation zu decken; (ii) Art und Umfang von Informationen, die zur Durchführung der Einkaufskooperation ausgetauscht werden, und (iii) der Grad, in dem die gemeinsam eingekauften Produkte oder Dienstleistungen zu einer Kostenvergemeinschaftung auf der Absatzseite zwischen den betroffenen Unternehmen führen.¹⁸¹

6.2.2 Vermarktungsk Kooperationen

162

Vermarktungsk Kooperationen zwischen Wettbewerbern sind die wohl kritischste Form der formellen Zusammenarbeit. Sofern die Unternehmen nicht über geringe Marktanteile von **weniger als 15 %** verfügen, sind derartige Kooperationen oft unzulässig, da sie in aller Regel den zentralen Wettbewerbsparameter Preis zwischen den kooperierenden Unternehmen ausschalten.¹⁸²

163

Unter Compliance-Gesichtspunkten wird man sich eine Vermarktungsk Kooperation zwischen Wettbewerbern also stets genau ansehen müssen. Eine Vermarktungsk Kooperation ist grundsätzlich dann wettbewerblich unbedenklich, wenn sie objektiv erforderlich ist, einer Partei den Eintritt in einen Markt zu ermöglichen, auf dem sie sich allein oder in einer Gruppe, die kleiner ist als die an der Zusammenarbeit beteiligten Unternehmen, nicht behaupten kann.¹⁸³ In praktischer Hinsicht ist dabei zentral, dass diese **Analyse** nicht auf die Gründungsphase einer solchen Kooperation beschränkt bleibt, sondern **fortlaufend erfolgt**. Zum einen, um sicherzustellen, dass die Unternehmen nicht „unbemerkt“ aus dem Rechtsrahmen herauswachsen, zum anderen, um sicherzustellen, dass die rechtlichen Grenzen auch bei der praktischen Zusammenarbeit nicht überschritten werden. Die Horizontal-Leitlinien halten insoweit fest, dass derartige Kooperationen stets unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Kollusion sowie dem Austausch von sensiblen Geschäftsdaten zu prüfen sind.¹⁸⁴

6.2.3 Standardisierungsoperationen

164

Vereinbarungen über **Normen** oder **Standardisierungen** sind weit verbreitet und werden oft unterhalb des „Radars“ der Rechtsabteilung geschlossen, da sie sich allein auf die technische Zusammenarbeit beziehen und von den beteiligten Unternehmen stets nur unter dem Stichwort der positiven und effizienzfördernden Zusammenarbeit gesehen werden. Sie spielen insbesondere auf Verbandsebene eine besondere Rolle.

165

Auch die Kartellbehörden erkennen die positiven Wirkungen solcher Kooperationen grundsätzlich an.¹⁸⁵ Unter Compliance-Gesichtspunkten sind diese Vereinbarungen jedoch schon deshalb im Auge zu behalten, weil stets sichergestellt sein muss, dass die handelnden Mitarbeiter die **Grenzen des zulässigen Informationsaustausches** kennen.

166

Darüber hinaus hält die Kommission in den Horizontal-Leitlinien fest, dass eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Normungs- oder Standardisierungsprozesses nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn die **Möglichkeit der uneingeschränkten Mitwirkung** am Prozess gegeben, der Prozess transparent gestaltet und der effektive Zugang zur Norm/dem Standard unter **fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen** gewährleistet wird.¹⁸⁶

167

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf zu achten, ob der Prozess nur ein „Deckmantel“ ist, um sich gegen unliebsame Wettbewerber abzusetzen. Eine weitere Gefahr besteht in sog. **Patentfallen**. Hier wird die Technologie eines Unternehmens zum Standard erhoben, ohne dass dieses seine IP-Rechte zuvor offengelegt hat. Eine klare Kommunikation existierender Schutzrechte sowie die Abgabe einer sog. FRAND-Erklärung¹⁸⁷ können kartellrechtswidrige Bedenken beseitigen.

¹²⁷ Siehe dazu bei Rechtsfolgen unter Rn. B 69ff. ¹²⁸ Siehe z.B. BKartA, Informationsbroschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung“, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de. ¹²⁹ Siehe dazu unter Rn. B 153ff. ¹³⁰ Das GWB geht – anders als das europäische Kartellrecht – von einem relativen Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens (KMU) aus, der sich weniger an den Konzernumsätzen als vielmehr an der Größe der Wettbewerber und sonstigen Marktteilnehmer orientiert. Ein KMU liegt zumindest dann vor, wenn ein Unternehmen weniger als EUR 25 Mio. Gesamtumsatz (einschließlich Konzernunternehmen) erzielt, Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 20 Rn. 9f., § 3 Rn. 11. ¹³¹ Siehe Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen, März 2007, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de. ¹³² Weiterführend Ellger/Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2/GWB, 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 35ff. ¹³³ Siehe dazu Rn. B 34. ¹³⁴ Horizontal-Leitlinien, Rn. 61, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-7/95, Rn. 87 (John Deere). ¹³⁵ So in dem von der Kommission geahndeten Logistik-Kartell (2012). ¹³⁶ So das von der Kommission geahndete Kartell im Bereich Bildröhren (2012). ¹³⁷ So das vom Bundeskartellamt geahndete Kartell gegen Kaffeeröster (2009). ¹³⁸ So die vom Bundeskartellamt geahndete Schlossrunde im Bereich Luxuskosmetika (2008). ¹³⁹ So das vom Bundeskartellamt geahndete Schienen-Kartell (2012). ¹⁴⁰ So das von der Kommission 2019 geahndete Kartell gegen Großbanken betreffend den Devisenhandel. ¹⁴¹ Siehe z.B. die vom Bundeskartellamt geahndeten Kartelle gegen Kaffeeröster (2009), Hersteller von Drogerieartikeln (2009 und 2013), Hersteller von Brillengläsern (2010), Stahl (2018) oder die von der Kommission geahndeten Kartelle gegen Hersteller von Badezimmerausstattungen (2010), Waschmitteln (2011), Fensterbeschläge (2012). ¹⁴² Komm., Pressemitteilung v. 5.12.2012, IP/12/1317. ¹⁴³ BKartA, Pressemitteilung v. 13.1.2020. ¹⁴⁴

Komm., Pressemitteilung v. 23.1.2013, IP/13/39. Die 116 Seiten lange Entscheidung ist auf der Webseite der Kommission veröffentlicht (AT. 39839). [145](#) Die Kommission muss das Bußgeld nach der Entscheidung des EuGH v. 13.12.2017 in Rs. C-487/16 P jedoch neu bestimmen. [146](#) Ausführlicher zum Informationsaustausch z.B. Dreher/Hoffmann, WuW 2011, 1181ff.; Auf'mkolk, WuW 2011, 699ff., Ewald, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 97. [147](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 62. [148](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 62. [149](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 62. [150](#) EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 (T-Mobile Netherlands BV). [151](#) Autoriteit Consument en Markt, Pressemitteilung v. 27.9.2004. [152](#) EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529, Rn. 61, 62 (T-Mobile Netherlands BV). [153](#) Komm., Pressemitteilung v. 16.5.2019, IP 19/2568. [154](#) Siehe dazu bereits das Beispiel oben unter Rn. B 125. [155](#) Z.B. Bußgeld gegen Fernsehstudiobetreiber in Höhe von EUR 3,1 Mio., Pressemitteilung v. 27.7.2016; Bußgelder gegen Hersteller von Wärmeabschirmblechen in Höhe von insges. EUR 9,6 Mio., Fallbericht v. 18.8.2017, Az. B 12 16/13; Bußgeld gegen Nestlé Deutschland in Höhe von EUR 20 Mio., Pressemitteilung v. 27.3.2013; Bußgelder gegen sechs Hersteller von Marken-Drogerieartikeln in Höhe von EUR 39 Mio., Pressemitteilung v. 18.3.2013; Bußgelder gegen elf Markenhersteller von Süßwaren in Höhe von EUR 60,8 Mio. für Preisabsprachen und unzulässigen Informationsaustausch, Pressemitteilung v. 31.1.2013. [156](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 86. [157](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 93. [158](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 89–93. [159](#) Siehe z.B. die Verpflichtungszusage der Lufthansa gegenüber dem Bundeskartellamt wegen unzulässiger Rabatte für Firmenkunden, die der Lufthansa zur Umsatzrückvergütung ihrer Gesamtumsätze mit einer bestimmten Kreditkarte abgewinkelte Flüge, einschließlich der Flüge mit Lufthansa-Konkurrenten, offenlegen mussten, BKartA, Pressemitteilung v. 1.12.2012. [160](#) Hasbro/Argos/Littlewood, Office of Fair Trading, 2003, No. CA98/8/2003; Hasbro/Carrefour et al., Autorité de la Concurrence, 20.12.2007, 07-D-50; kritisch dazu Stöcker, WuW 2012, 934ff. [161](#) Siehe dazu auch unter Rn. B 143. [162](#) Siehe z.B. Bußgeld gegen den Markenverband e.V., BKartA, Pressemitteilung v. 18.3.2013, oder gegen die Edelstahl-Vereinigung e.V., BKartA, Pressemitteilung v. 12.7.2018. [163](#) Siehe dazu unter Rn. B 127 und 139. [164](#) Nach den Grundsätzen des Bundeskartellamtes im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Milch vom 1.12.2012 bedeutet dies, dass die Daten von mindestens fünf Unternehmen ausgewertet werden müssen, von denen das größte nicht über einen Marktanteil von mehr als 33 % verfügt und die beiden größten nicht einen gemeinsam Marktanteil von unter 60 % aufweisen. Zudem hielt das Bundeskartellamt für die Milchwirtschaft fest, dass Daten, die älter als sechs Monate sind, „historisch“ und damit nicht länger „strategisch“ relevant sind. [165](#) Siehe das Bußgeld des Bundeskartellamtes gegen den Markenverband im sog. Drogerie-Kartell, BKartA, Pressemitteilung v. 18.3.2013. [166](#) BKartA, Fallbericht v. 15.8.2018, Az. B5-16/18 -001 (Wirtschaftsvereinigung Stahl). [167](#) Siehe bereits unter Rn. B 70. [168](#) BKartA, Fallbericht v. 27.3.2020, Az. B11-21/14 (Technische Gebäudeausrüstung). [169](#) BGH, Urt. v. 25.7.2012, Az. 2 StR 154/12; dazu ausführlich Heuking, BB 2013, 1155ff. [170](#) BGH, Urt. v. 25.7.2012, Az. 2 StR 154/12. [171](#) BKartA, „Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen“ v. 19.8.2015, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de. [172](#) Instrukтив insoweit Fallbericht BKartA v. 27.3.2020, Az. B11-21/14 (Technische Gebäudeausrüstung). [173](#) Siehe dazu bereits unter Rn. B 121. [174](#) Siehe dazu bereits unter Rn. B 72 sowie Fn. B 80. [175](#) Weiterführend zu Produktionsabreden Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, IV. Abschnitt VO 1218/2010 Rn. 1ff. [176](#) Weiterführend zur F&E-GVO Pautke, in: Wijckmans/Tuytschaever, Horizontal Agreements in EU Competition Law, 2015, 379ff.; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, IV. Abschnitt VO 2017/2010 Rn. 1ff. [177](#) Ausführlich zur TT-GVO Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, IV. Abschnitt VO 316/201 Rn. 1ff. [178](#) Siehe zur Regelungstechnik der GVOen oben unter Rn. B 104. [179](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 194ff. [180](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 208. [181](#) Weiterführend Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 3 Rn. 234ff. [182](#) Siehe dazu ausführlich

Horizontal-Leitlinien, Rn. 252ff.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/EU, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 Rn. 240ff. [183](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 237. [184](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 242ff. [185](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 257ff. [186](#) Horizontal-Leitlinien, Rn. 280ff. [187](#) „FRAND“ steht für „fair, reasonable and non-discriminatory“.

VII. Vertikale Vereinbarungen

168

Neben den verbotenen Absprachen zwischen Wettbewerbern gehören auch bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Produktions- bzw. Lieferkette, d.h. also im Vertikalverhältnis, zu den Kernpunkten wirksamer Compliance-Arbeit im Kartellrecht. **Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern** werden von nahezu allen Kartellrechtsordnungen weltweit im Grundsatz wohlwollender betrachtet als horizontale Vereinbarungen. Auch von bestimmten Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern geht jedoch ein kartellrechtliches Bußgeldrisiko aus. Dies gilt in besonderem Maße in Deutschland, wo vertikale Kartellverstöße bei den Verfolgungsaktivitäten des Bundeskartellamtes seit jeher eine wichtige Rolle einnehmen.

1. Typische vertikale Vereinbarungen

169

Entsprechend dem oben dargestellten Regel-Ausnahme-Verhältnis des europäischen und deutschen Kartellverbots¹⁸⁸ beurteilen sich vertikale Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vereinbarungen Nr. 330/2010 (**Vertikal-GVO**) sowie den **Vertikal-Leitlinien**.¹⁸⁹ Die Vertikal-GVO sieht für ihre Anwendbarkeit neben dem Vorliegen einer „vertikalen Vereinbarung“ – wie für GVOen üblich – auch eine Marktanteilsschwelle vor. Von der automatischen Freistellung der Vertikal-GVO können Vereinbarungen profitieren, die den Kauf, Bezug oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen zwischen zwei Unternehmen betreffen, die für Zwecke der Vereinbarung auf verschiedenen Stufen der Produktion oder des Vertriebs stehen. Die Marktanteile von Lieferant und Abnehmer dürfen dabei auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen Märkte einen Anteil von 30 % überschreiten. Zudem ist die Vertikal-GVO – entsprechend der Regelungstechnik aller GVOen – insgesamt unanwendbar, wenn die vertikale Vereinbarung mindestens eine sog. Kernbeschränkung enthält.

170

Diese **Kernbeschränkungen** sind in Art. 4 der Vertikal-GVO aufgeführt. Der Einordnung dieser Beschränkungen als Kernbeschränkung liegt die durch die Gerichte bestätigte Auffassung der Kommission zugrunde, dass diese im Grundsatz eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken und eine Ausnahme vom Kartellverbot nach der Legalausnahme im Rahmen der individuellen Selbsteinschätzung grundsätzlich nicht in Betracht kommt.¹⁹⁰ Verstöße gegen das Verbot dieser Kernbeschränkungen sind zudem unmittelbar bußgeldrelevant. Unter Compliance-Gesichtspunkten sind dabei insbesondere das Verbot der Preisbindung (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO) und das Weiterverkaufsverbot im Hinblick auf Gebiete und/oder Kunden (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO) von besonderer praktischer Bedeutung.¹⁹¹

1.1 Besonderheit für Handelsvertreter und andere Absatzmittler ohne vertrags- und marktspezifische Risiken

171

Wie bereits oben angesprochen, gibt es auch Beschränkungen in vertikalen Vereinbarungen, denen die Europäische Kommission sowie das Bundeskartellamt, bestätigt durch die Gerichte, eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung gänzlich absprechen, da sie für das Zustandekommen einer kartellrechtlich neutralen Vereinbarung objektiv notwendig sind.¹⁹²

172

Ein Beispiel für derartige Beschränkungen im Kontext vertikaler Vereinbarungen sind **Handelsvertreterverträge**.¹⁹³ Handelt ein Handelsvertreter – oder ein in diesem Punkt mit einem Handelsvertreter vergleichbarer Absatzmittler, wie z.B. ein Kommissionär – ohne vertrags- und marktspezifische Risiken für die von ihm oder dem Prinzipal vertriebenen Produkte, bildet er mit dem Geschäftsherren eine wirtschaftliche Einheit und infolgedessen sind alle Beschränkungen, die ihm im Hinblick auf diese Produkte auferlegt werden (wie z.B. eine Preis- oder Kundenbindung, Gebietsbeschränkungen etc.) vom Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen. So stellen die Kommission und die Gerichte sicher, dass diese Vertragsform, die letztlich durch eine vollständige Steuerungsmöglichkeit der Absatzpolitik des Handelsvertreters durch den Prinzipal gekennzeichnet ist,¹⁹⁴ überhaupt gelebt werden kann. Die Folgen eines „verunglückten“ Handelsvertretervertrags in kartellrechtlicher Hinsicht sind gravierend: Die in Handelsvertreterverträgen vorgenommene Absatzsteuerung mittels Preis-, Kunden- und Gebietsbeschränkungen führt unweigerlich zu Kernbeschränkungen, sollte der Absatzmittler wegen der von ihm zu tragenden Risiken doch als Händler anzusehen sein.

173

Die richtige Ausgestaltung von Handelsvertreterverträgen und die dort enthaltene vollständige Risikoübernahme durch den Prinzipal ist deshalb in der Praxis stets genau zu überprüfen.

1.2 Vertikale Preisbindung

174

Verboten und sowohl von der Kommission¹⁹⁵ als auch vom Bundeskartellamt¹⁹⁶ regelmäßig mit substanziellen Bußgeldern belegt sind direkte oder indirekte Beschränkungen des Verkaufspreises des Abnehmers in einer vertikalen Vereinbarung, die die Wirkung eines Fix- oder Minimumpreises haben. **Unverbindliche Preisempfehlungen** und **Höchstpreisbindungen** sind dagegen zulässig, solange sie nicht wie Fix- oder Mindestpreisbindungen wirken (vgl. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO).

175

Das **Verbot der Preisbindung** im Vertikalverhältnis gehört zu den allgemein bekannten kartellrechtlichen Verboten. In Vertriebsverträgen finden sich direkte vertragliche Preisbindungen daher mittlerweile eher selten. Ein Einfallstor für eine Preisbindung können jedoch Regelungen zur Vorlage von Marketingplänen sein, wenn diese konkrete Pläne zur Vermarktung der Vertragsprodukte einschließlich Verkaufspreisen und/oder Rabatten enthalten. Auch sonstige vertragliche Regelungen, die entsprechend dem soeben gebildeten Beispiel einen Dialog oder einen irgendwie gearteten Konsens zwischen Lieferant und Vertriebspartner voraussetzen, um zu der aus Lieferantensicht richtigen Preissetzung zu gelangen, sind stets unzulässig. Die Praxis hat gezeigt, dass besonders **hohe Bußgeldrisiken** durch Marktstrukturen begünstigt werden, in denen Preistransparenz, Preisüberwachung und kontinuierliche preisbezogene Kommunikation zwischen Hersteller/Lieferant und Händlern stattfindet, die oft auch von horizontalen Elementen geprägt ist. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn z.B. konkurrierende Händler Markt-Konditionen beobachten und Lieferanten auffordern, „Preisbrecher“ unter Kontrolle zu bringen, um einen – auch aus Lieferantensicht – unerwünschten Preisrutsch zu vermeiden. So hat das Bundeskartellamt in seinem bisher größten vertikalen Verfahrenskomplex im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) in den Jahren 2014 bis 2016 insgesamt 27 Hersteller von Bier, Süßwaren, Kaffee, Tiernahrung, Körperpflegeprodukten, Babynahrung und Kosmetik sowie die großen deutschen Lebensmittelhandelsketten mit Bußgeldern von insgesamt EUR 260 Mio. für vertikale Preisbindung sanktioniert.¹⁹⁷ Die aus den Verfahren gezogenen Erkenntnisse für die Grenze zwischen zulässiger Preisempfehlung und unzulässiger Preisbindung veröffentlichte das Bundeskartellamt anschließend am 12.7.2017 in einem **Hinweispapier zum Preisbindungsverbot im LEH**.¹⁹⁸ Dieses Papier ist, wenngleich auf den LEH zugeschnitten, auch in anderen Branchen von praktischer Bedeutung. Trotz der aktiven Rolle, die die großen Einzelhandelsketten in diesen Verfahren spielten, konnte das Bundeskartellamt letztlich keine ausreichenden Beweise für ein umfassendes horizontales Zusammenwirken in Form eines durch den Hersteller gemittelten *Hub-and-Spoke*-Kartells beibringen, was dann als horizontale Absprache geahndet worden wäre.¹⁹⁹ Das Phänomen des *Hub-and-Spoke*-Kartells erfährt in Rn. 59f. des Hinweispapiers des Bundeskartellamtes dennoch eine eigene Erwähnung. Vergleichbare Formen von Preiskoordinierung haben auch in anderen EU Mitgliedstaaten sowie in Großbritannien in der Vergangenheit eine Rolle gespielt und zu hohen Bußgeldern geführt.²⁰⁰

176

Im Zusammenhang mit der Aufdeckung und dem Abstellen vertikaler Kartellrechtsverstöße ist in der Praxis insbesondere auf **indirekte Preisbindungsklauseln** zu achten. Zu Beginn der Compliance-Maßnahmen muss deshalb vor allem klar sein, ob unverbindliche Preisempfehlungen (UVP) im Unternehmen eine Rolle spielen und, wenn ja, wie diese kommuniziert und genutzt werden. Liegen Umstände vor, die vom Abnehmer als **Druck** oder **Anreiz** verstanden werden, die UVP einzuhalten, birgt dies hohe kartellrechtliche Risiken für den Lieferanten.

177

Indirekte Preisbindungen kommen zudem in Form von Festlegung bestimmter **Höchststrabatte**, **Margen** oder **Gewinnspannen** für den Abnehmer vor. Unzulässige indirekte Preisbindungen sind auch gegeben, wenn der Lieferant Mechanismen einsetzt, mit denen die Einhaltung bestimmter Verkaufspreise durch den Händler zwar nicht rechtlich bindend vorgegeben, aber inzentiviert oder bei entsprechenden Abweichungen sanktioniert wird.²⁰¹ Kommission und nationale Behörden werten also auch **Kündigungen** oder angedrohte Kündigungen eines Vertriebsvertrages als Preisbindung, wenn diese vom Preisverhalten des Vertreibers motiviert sind.²⁰² Das Bundeskartellamt hat in seinen jüngeren Bußgeldentscheidungen auch komplexe **Rabattkalkulationen** für den Vertreiber bzw. **Folgegespräche** zu vermeintlich zu geringen Preisen des Händlers als Verstoß gegen das Preisbindungsverbot mit Bußgeldern geahndet.²⁰³

178

Ein interessantes Beispiel für die Verfolgungsarbeit des Bundeskartellamtes stellt das bereits 2012 durch das Amt abgeschlossene Bußgeldverfahren gegen **TTS Tooltechnik** wegen Preisbindung dar. Der Fallbericht des Bundeskartellamtes wurde von diesem selbst mit der Überschrift „Mündlichkeit schützt vor Strafe nicht“ betitelt:

Das Bundeskartellamt hat am 20.8.2012 eine Geldbuße in Höhe von EUR 8,2 Mio. gegen die TTS Tooltechnic Systems Deutschland GmbH (TTS D), wegen eines unzulässigen vertikalen Preisbindungssystems mit Druckausübung verhängt. Nachdem das Bundeskartellamt bereits im Jahr 2008 Beschwerden von Händlern erhalten hatte, die TTS D vorwarfen, sie unter der Androhung von Repressalien zur Einhaltung von Festpreisen zu zwingen, kontaktierte das Amt zunächst das Unternehmen. Nachdem die Beschwerden anhielten, eröffnete das Bundeskartellamt 2011 ein Verfahren. Anstatt das Unternehmen auf Beweise zu durchsuchen, startete das Amt eine Vernehmungsserie von Händlern als Zeugen²⁰⁴ des Preisbindungssystems. Diese waren als Zeugen nun verpflichtet, wahrheitsgemäß und vollständig zur Sache auszusagen.

Das Amt ermittelte aufgrund der Zeugenaussagen, dass das Preisbindungssystem mit Druckausübung durch TTS D zumindest seit dem Jahr 2000 angewendet wurde. Von den Händlern wurde die strikte Einhaltung der „unverbindlichen Preisempfehlung“ gefordert. Nötigenfalls wurde mit Drohungen gearbeitet – die Händler mussten mit Konditionenverschlechterung (Herabsetzung bis auf 0 % Einkaufsrabatt) bzw. der Kündigung ihres Vertrags rechnen. Dies wurde von den Außendienstmitarbeitern sowie von deren Vorgesetzten stets mündlich kommuniziert, um den Nachweis zu erschweren. Teilweise wurden die Drohungen tatsächlich umgesetzt, wenn Händler die UVP nicht einhielten. Die Kontrolle der Wiederverkaufspreise wurde durch Testkäufe von TTS D selbst überprüft. Außerdem gingen die Außendienstmitarbeiter den Beschwerden „preistreuer“ Händler nach und ließen sich von abweichenden Händlern z.B. deren Rechnungsunterlagen vorlegen. Händler mussten zudem ihre Werbemaßnahmen mit dem jeweiligen Gebietsverkaufsleiter der TTS D vorher abstimmen.

179

Aus der jüngeren Vergangenheit ist insbesondere ein Bußgeldkomplex der Kommission aus 2018 geeignet, die ganze Bandbreite der „**modernen Preisbindung**“ aufzuzeigen.²⁰⁵ Die Entscheidungen dokumentieren sehr klar, dass es keine kartellrechtlich zulässige Interventionsmöglichkeit für Hersteller gegenüber Händlern gibt, um ein gewünschtes Preisniveau „zu sichern“. Dies gilt in verstärktem Maße in einem Wettbewerbsumfeld wie dem Online-Handel, in dem die Händlerschaft aufgrund der **Nutzung von Algorithmen** und Software besonders sensibel auf aggressive Angebote von Wettbewerbern reagiert, diese nahezu in Echtzeit beobachten und natürlich den Hersteller selbst durch Nachforderungen eigener Bezugskonditionen oder die direkte Aufforderung zur Intervention gegenüber anderen Händlern fortwährend unter Druck setzen kann. Um nicht in einen Strudel von Kartellrechtsverstößen zu geraten, sind klare Vorgaben zur richtigen Marschroute gefordert, die auch die Unternehmenskommunikation einschließen.

180

Die Kommission hat am 24.7.2018 in vier verschiedenen Verfahren die **Elektronikkonzerne Asus, Denon & Marantz, Philips und Pioneer** mit Gesamtbußgeldern von EUR 111 Mio. für illegale Preisbindung gegenüber ihren Händlern in verschiedenen EU Mitgliedstaaten belegt. Die Unternehmen nahmen unabhängig voneinander vertikale Preisbeschränkungen in Form von Fest- oder Mindestpreisbindungen vor, indem sie die Möglichkeiten ihrer Online-Einzelhändler beschränkten, die Einzelhandelspreise für gängige Elektronikprodukte wie Küchengeräte, Notebooks und Hi-Fi-Geräte eigenständig festzulegen. Die vier Hersteller schalteten sich besonders bei Online-Einzelhändlern ein, die ihre Produkte zu niedrigen Preisen anboten. Wenn sich diese Einzelhändler nicht an die von den Herstellern verlangten Preise hielten, sahen sie sich mit Drohungen oder Sanktionen konfrontiert, wie etwa einem Belieferungsstopp. Viele Online-Einzelhändler, auch die größten, setzen Preisalgorithmen ein, durch die ihre Einzelhandelspreise automatisch an die Preise der Wettbewerber angepasst werden. Daher wirkten sich die Beschränkungen für die Online-Einzelhändler des Niedrigpreissegments auf die gesamten Online-Preise aus. Die Hersteller konnten durch hochentwickelte Überwachungssoftware die Wiederverkaufspreisbildung im Vertriebsnetz verfolgen und im Falle von Preissenkungen rasch eingreifen. Alle vier Unternehmen arbeiteten mit der Kommission zusammen. Ihre Geldbußen wurden von der Kommission entsprechend dem Umfang dieser Zusammenarbeit um 40 % (für Asus, Denon & Marantz und Philips) bzw. 50 % (für Pioneer) ermäßigt. Asus erhielt danach eine Geldbuße von EUR 63,5 Mio., Denon & Marantz von EUR 7,7 Mio., Philips von EUR 29,8 Mio., und Pioneer von EUR 10,2 Mio.

181

Die Entscheidungen sind mit Beispielen für **belastende** interne und externe **Unternehmenskorrespondenz** gespickt, die die Preisbindungsstrategien der Hersteller dokumentieren.

1.3 Weiterverkaufsverbote

182

Ein Per-se-Verbot an den Abnehmer einer vertikalen Vereinbarung, Vertragsprodukte außerhalb des zugewiesenen Vertragsgebietes oder einer zugewiesenen Kundengruppe zu verkaufen, ist ebenfalls eine kartellrechtswidrige Kernbeschränkung. Wie bei Preisbindungen ist das Risiko von Bußgeldern bei der Vereinbarung kartellrechtswidriger **Gebiets- oder Kundenbeschränkungen** hoch.²⁰⁶ Dies gilt insbesondere, wenn der grenzüberschreitende Handel durch ein Weiterverkaufsverbot betroffen ist, da die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes zu den erklärten Zielen der Kommission gehört.²⁰⁷

Die Kommission verhängte bereits im Oktober 2002 gegen den japanischen Videospielhersteller **Nintendo** und sieben seiner offiziellen europäischen Vertriebshändler Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 167,8 Mio. wegen der Einschränkung des Parallelhandels.²⁰⁸ Unter der Anführerschaft von Nintendo hatten die Unternehmen die Absprache getroffen, die Ausfuhr von Produkten aus Niedrigpreis- in Hochpreisländer zu verhindern und so die Preisunterschiede innerhalb des EWR künstlich hochzuhalten. Zwischen den Mitgliedstaaten unterschieden sich die Preise für bestimmte Spielekonsolen zeitweise um bis zu 65 %. Im Rahmen der Absprache verhinderten die Vertriebshändler Grauxporte aus ihren jeweiligen Gebieten, d.h. Exporte über inoffizielle Vertriebswege. Einzelhändler, die Parallelexporte durchgehen ließen, wurden durch Einschränkung der Lieferungen oder Lieferboykott „bestraft“. Das Bußgeld ist das bisher höchste, das die Kommission je für eine vertikale Zuwiderhandlung verhängt hat.²⁰⁹

183

Ein weiteres praxisrelevantes Beispiel liefert die bereits zuvor angesprochene Bußgeldentscheidung der Kommission gegen den Elektronikkonzern **Pioneer**.²¹⁰ Das Unternehmen hatte nicht nur die Preise für seine Produkte Händlern gegenüber gebunden, sondern auch Parallelhandel kartellrechtswidrig beschränkt. In ihrer Bußgeldentscheidung hat die Kommission zahlreiche Auszüge aus interner Originalkorrespondenz im Unternehmen veröffentlicht, die die Strategie des Unternehmens genau beschreiben. Diese Korrespondenz ist nicht nur eine erneute Ermahnung an Unternehmen, **Weiterverkaufsverbote** und **Parallelhandelsverbote** zu unterlassen, sondern belegt auch, wie fatal eine unvorsichtige **interne Korrespondenz** über Kartellrechtsverstöße ist.

So schreibt unter anderem ein Mitarbeiter von Pioneer France an die Obergesellschaft Pioneer Europa und die Schwestergesellschaft Pioneer Scandinavia wegen Produktlieferungen nach Frankreich (in freier Übersetzung der englischen Originalentscheidung): „*Dies ist das dritte Mal, dass wir Produkte in der Rue du Commerce gefunden haben, die von [Händler R] stammen und jedes Mal stelle ich mir vor, wie viele Male dieser [Händler R] tatsächlich hier verkauft, ich nehme nicht an, dass es sich nur um 1 bis zwei Teile handelt. Nun reicht es. Ich muss wissen, was die Situation ist und natürlich welche starken Maßnahmen Pioneer Europe gegen [Händler R] einleiten wird. [...]*“ Ein Mitarbeiter von Pioneer Europa schreibt daraufhin an einen Mitarbeiter von Pioneer Skandinavien: „*Lieber [...], Leiten Sie sofort die erforderlichen Maßnahmen ein*“. Der Mitarbeiter von Pioneer Skandinavien entschuldigt sich daraufhin beim Mitarbeiter seiner Muttergesellschaft Pioneer Europa wie folgt: „*Lieber [...], ich bedauere die Umstände, die dies auf dem französischen Markt verursacht haben. Wir haben keine Intention, lokal auf diese Weise hinzuzugewinnen [...] Wir haben inzwischen die Zusage des Händlers, dies einzuhalten und er hat dies akzeptiert. Das Produkt wird nur noch durch sein eigenes Shop Netzwerk vertrieben [...] Bitte informieren Sie mich sofort, sollte es dennoch irgendwo auftauchen.*“

184

Art. 4 lit. b Ziff. i der Vertikal-GVO sieht praxisrelevante Ausnahmen vom Totalverbot der Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkung für den sog. **Alleinvertrieb** oder exklusiven Vertrieb²¹¹ sowie für **selektive Vertriebssysteme**²¹² vor. Diesen Ausnahmen ist gemein, dass sie wörtlich und damit eng zu verstehen sind, eine Interpretation ihrer Grenzen also stets mit hohen Risiken behaftet sind. Des Weiteren kommt das Eingreifen der Ausnahmen nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für ein exklusives bzw. selektives Vertriebssystem im Sinne der Vertikal-GVO überhaupt vorliegen.

185

In einem **Alleinvertriebssystem** darf der Lieferant einem Händler bzw. Abnehmer nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO den aktiven Verkauf, d.h. die aktive Ansprache einzelner Kunden,²¹³ in dem Gebiet bzw. an die Kundengruppe untersagen, die sich der Lieferant selbst exklusiv vorbehalten oder die er exklusiv einem anderen Händler zugewiesen hat (sog. Exklusivgebiete oder Exklusivkundengruppen). Dadurch dürfen Kunden des Händlers jedoch nicht im Weiterverkauf beschränkt werden. Stets frei bleiben muss zudem der sog. passive Vertrieb, d.h. die Reaktion auf unaufgeforderte Kundenbestellungen, zu dem auch der Internetvertrieb mittels einer Webseite zählt. In der Praxis bedeutet dies, dass ein absoluter Gebiets- oder Kundenschutz im Alleinvertriebssystem nicht möglich ist. Versuche, diesen durchzusetzen, sind mit hohen Risiken verbunden.

186

Auch in Vertriebsverträgen neueren Datums finden sich in der Umsetzung dieser Vorgaben grobe Fehler, weil die Voraussetzungen der Vertikal-GVO missverstanden oder ignoriert werden. So wird z.B. ein aktives Weiterverkaufsverbot ausgesprochen, obgleich es innerhalb der EU überhaupt keine oder keine durchgängig exklusiv zugewiesenen Kundengruppen oder Gebiete gibt; oder es wird ein Weiterverkaufsverbot vereinbart, ohne dass in erforderlicher Weise zwischen dem aktiven, d.h. vom Vertreiber selbst veranlassten Verkauf und dem passiven Vertrieb, d.h. der Reaktion auf unveranlasste Kundenanfragen unterschieden wird. Schließlich wird der Händler nicht selten unzulässig verpflichtet, ein für ihn gültiges aktives Weiterverkaufsverbot auch an seine Abnehmer weiterzugeben.²¹⁴

187

Im **selektiven Vertrieb** muss es dem Händler stets freistehen, innerhalb des Gebiets, für das der selektive Vertrieb gilt, alle Endkunden, ungeachtet ihres Wohnsitzes, zu beliefern. Sowohl die aktive als auch die passive Weiterverkaufsbeschränkung ist innerhalb des Systems damit eine unzulässige Kernbeschränkung. Der Händler muss zudem frei bleiben, Querlieferungen an und Querbezüge von anderen zugelassenen Händlern im System zu tätigen, auch wenn diese in anderen Ländern angesiedelt sind. Ein Weiterverkaufsverbot innerhalb des selektiven Vertriebssystems ist damit auf den Verkauf an nicht zugelassene Händler beschränkt.²¹⁵

188

Wie im Falle der Preisbindung ist auch im Hinblick auf **Weiterverkaufsbeschränkungen** sorgfältig darauf zu achten, dass Exportbeschränkungen nicht indirekt vereinbart werden. Als **indirekte Exportbeschränkungen** qualifizieren u.a. die duale Preisstellung (d.h. die Vereinbarung höherer Preise für Produkte, die der Abnehmer exportiert, bzw. günstigerer Preise für vom Abnehmer im Inland vertriebene Produkte),²¹⁶ die Verweigerung von Rabattgewährung für im Ausland verkaufte Produkte,²¹⁷ Gewinnausgleichsverpflichtungen für Exporte an die in diesem Gebiet ansässigen Vertreiber²¹⁸ oder Verweisungspflichten für Kundenanfragen von außerhalb des zugewiesenen Gebiets bzw. der zugewiesenen Kundengruppe.²¹⁹ Von der Kommission als indirekte Exportbeschränkung gewertet wird auch die herstellerseitige Zusage von Garantieleistungen, die nur im Ursprungsland ihre Gültigkeit haben.²²⁰ Auch **Verwendungsbeschränkungen** stellen, etwa in der Form, dass der Abnehmer ein Produkt nur zur Weiterverarbeitung oder zum Eigenbedarf erwerben darf, eine unzulässige Weiterverkaufsbeschränkung dar.²²¹

189

Angesichts von Bußgeldern nationaler Behörden außerhalb der EU, wie insbesondere der **Schweiz**,²²² ist zudem genau zu prüfen, inwieweit Exportverbote in Nicht-EWR-Länder gegen dortiges nationales Kartellrecht verstoßen und danach ebenfalls bußgeldpflichtig sein können. Ein Verstoß gegen EU-Kartellrecht ist bei Exportverboten außerhalb des EWR nur dann anzunehmen, wenn diese Exportbeschränkungen Reimporte in den EWR verhindern.

1.4 Beschränkungen des Internetvertriebs

190

Die unzulässige Beschränkung des Internetvertriebs stellt eine weitere praxisrelevante Kernbeschränkung in einer vertikalen Vereinbarung dar, die von den Behörden, allen voran dem Bundeskartellamt, scharf sanktioniert wird. Unter kommerziellem Blickwinkel steht die (unzulässige) Beschränkung des Internetvertriebs der (unzulässigen) Preisbindung nahe, da beide Verbote aus kaufmännischer Sicht insbesondere vereinbart werden, um eine gewisse **Marken- oder Preispflege** zu betreiben und einer unerwünschten Verramschung insbesondere von Markenartikeln entgegenzuwirken.

191

Die Kommission hat sich bereits vor über zehn Jahren dazu entschlossen, die Freiheit des Internetvertriebs als zentrale Voraussetzung für die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes einzustufen und unzulässige Beschränkungen folglich als **Kernbeschränkungen** zu kategorisieren. An der wichtigen Rolle des Internetvertriebs gibt es weder juristisch noch ökonomisch noch ernsthafte Zweifel. Mittlerweile ist höchstrichterlich bestätigt, dass selbst in einem selektiven Vertriebssystem, in dem der Vertrieb nur über Händler zugelassen ist, die die zumeist strengen qualitativen und/oder quantitativen Kriterien erfüllen, **kein Totalverbot der Nutzung des Internets** ausgesprochen werden kann.²²³

192

Die Kommission erlaubt es Unternehmen in ihren Vertikal-Leitlinien zwar, Händlern gegenüber **Qualitätsvorgaben** für den Internetvertrieb ihrer Produkte zu machen, die umgangssprachlich zumeist als „Internetrichtlinien“ bezeichnet werden. Viele übersehen jedoch, dass diese Qualitätskriterien in ihrer inhaltlichen Reichweite „im Einklang“ mit den Kriterien zum stationären Verkauf stehen müssen, also vereinfacht gesprochen, nicht weitreichender sein dürfen als die sonstigen Verkaufsanforderungen im Ladengeschäft.²²⁴ Zu strikte Internetkriterien können also ebenfalls zu einer Kernbeschränkung führen. Die zentrale Rolle des Internetvertriebs gehen allerdings nicht so weit, als dass dem Händler jegliche Verkaufsplattformen für seine Produkte offenstehen müssten. Frei bleiben muss der Vertrieb über eine dem Händler zuzuordnende „eigene“ Webseite. Höchststrichterlich bestätigt ist inzwischen jedoch, dass ein Verbot des Online-Verkaufs über **Drittplattformen** keine Beschränkung des Internetvertriebs per se ist, also im Rahmen der Vertikal-GVO zulässig ausgesprochen werden kann.²²⁵ Nach richtiger Auffassung gilt dies unabhängig von der Art der Produkte, für die der Vertrieb über Drittplattformen untersagt wird. Das Bundeskartellamt vertritt in diesem Punkt wohl nach wie vor eine konservativere Auffassung und sieht die Reichweite des Grundlagenurteils des EuGH in Sachen *Coty* auf „Luxusprodukte“ beschränkt.²²⁶

1.5 Nicht freigestellte Beschränkungen

193

Im Hinblick auf ihre wettbewerbswidrige Wirkung werden Wettbewerbsverbote als „nicht freigestellte Beschränkungen“ gemäß Art. 5 Vertikal-GVO als weniger schwerwiegend als Kernbeschränkungen angesehen. Enthält eine vertikale Vereinbarung eine solche nicht freigestellte Klausel, ist dies in der Regel nicht bußgeldrelevant, sondern führt „nur“ zur Unwirksamkeit der betroffenen Klausel. Das Schicksal der restlichen Vereinbarung bestimmt sich nach nationalem Recht, in Deutschland also nach § 139 BGB. Im Unternehmensalltag besonders relevant ist insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten und Bezugsverpflichtungen im Vertriebskontext.

194

Nach Art. 5 lit. a der Vertikal-GVO sind vertragliche **Wettbewerbsverbote**, die einem Händler auferlegt werden, nur dann automatisch vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie für eine Laufzeit von **höchstens fünf Jahren** vereinbart werden. Wettbewerbsverbote in Verträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit Regelungen zur automatischen Verlängerung gelten als unbefristete Wettbewerbsverbote und sind damit nicht von der Vertikal-GVO freigestellt.²²⁷

195

Die gleiche Regel gilt für **Bezugsverpflichtungen**, die mehr als 80 % des Bedarfs des Abnehmers an Vertragsprodukten und deren Substituten, bezogen auf seinen jährlichen Gesamtbedarf im letzten abgeschlossenen Kalenderjahr, betreffen.²²⁸ Auch diese müssen also für ihre automatische Freistellung auf maximal fünf Jahre befristet oder auf eine Abnahmepflicht von höchstens 80 % begrenzt werden.²²⁹

196

Wettbewerbsverbote des Lieferanten in Form von **Alleinbelieferungsverpflichtungen** unterliegen der zeitlichen Befristung des Art. 5 Vertikal-GVO dagegen nicht. Sofern die Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO nicht überschritten sind, können diese also auch länger vereinbart werden.

197

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind regelmäßig nicht von der Vertikal-GVO freigestellt, da die sehr engen Freistellungsvoraussetzungen des Art. 5 lit. b Vertikal-GVO nur in den seltensten Fällen erfüllt sind.²³⁰

2. Informationsaustausch im Vertikal-Verhältnis

198

Auch der Informationsaustausch im Vertikal-Verhältnis kann zu kartellrechtlichen Problemen führen. Dies gilt insbesondere in der Situation des **dualen Vertriebs**, in der Lieferant und Abnehmer auf der Vertriebsstufe miteinander im Wettbewerb stehen. Über Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO ist diese Vertragskonstellation zwar nicht vom Schutzbereich der Vertikal-GVO ausgenommen. Allerdings wird von der Vertikal-GVO nur der **Informationsaustausch** freigestellt, der zur **Durchführung der vertikalen Vereinbarung** notwendig ist. In einem Liefer- bzw. Vertriebsverhältnis betrifft dies neben den Einkaufsbedingungen der Vertragsprodukte bzw. -dienstleistungen auch Informationen, die notwendig sind, um die Einhaltung der – kartellrechtskonformen – Vertragsverpflichtungen des Händlers überprüfen zu können. Da eine Verhaltenskoordination zwischen Anbieter und Abnehmer, die über Beschränkungen hinausgeht, die der vertikalen Vereinbarung zwischen den Parteien geschuldet sind, nicht mehr von der Vertikal-GVO freigestellt ist,²³¹ gilt dies auch für einen Informationsaustausch, der einer Verhaltenskoordination zwischen Anbieter und Abnehmer auf der Vertriebsseite dient.²³²

199

Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2012 zudem ein Verfahren gegen die Lufthansa gegen eine Verpflichtungszusage eingestellt, dass das Unternehmen sein Rabattprogramm gegenüber Firmenkunden abändert. Die Teilnahme am Rabattprogramm sah vor, dass Firmenkunden der Lufthansa auch Informationen zu Verkaufsdaten von Flügen übermittelten, die diese mit Wettbewerbern der Lufthansa durchgeführt hatten.²³³ Das Bundeskartellamt sah in dieser institutionalisierten bzw. systematischen Nutzung von Kunden für Wettbewerberinformationen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs und einen Verstoß gegen das Kartellverbot sowie – aufgrund der starken Stellung der Lufthansa – einen Missbrauch von Marktmacht.

200

Wie bereits unter Rn. B 137 dargestellt, ist zudem sorgfältig zu prüfen, ob das Erlangen von Wettbewerberinformationen im Vertikal-Verhältnis Teil eines **Hub-and-spoke-Kartells** sein könnte, bei dem das im Vertikal-Verhältnis stehende Unternehmen (d.h. der Kunde oder Lieferant) genutzt wird, um einen Informationsaustausch „über Eck“ zwischen zwei Wettbewerbern zu koordinieren.

3. Risikofaktoren Vertikal-Verstöße – Checkliste Compliance

201

Um zu einer Einschätzung zu gelangen, welche Risikofaktoren für das Unternehmen von Kartellrechtsverstößen in vertikalen Vereinbarungen ausgehen, sind die folgenden Fragen ein erster Anhaltspunkt:

Checkliste: Risikofaktoren Vertikal-Verstöße

- ✓ In welcher Absatzform vertreibt das Unternehmen seine Produkte?
- ✓ Setzt das Unternehmen selbstständige Händler ein, wenn ja, auf welcher vertraglichen Grundlage?
- ✓ Ist das Unternehmen neben seinen Händlern für einige Kunden oder Länder oder auch darüber hinaus selbst im Vertrieb aktiv?
- ✓ Gibt es Standards für Anforderungen an Vertriebsverträge? Können Vertriebsverträge ohne Prüfung durch die Rechtsabteilung/externe Berater verändert werden?
- ✓ Welche Bedeutung spielt der Preis beim Verkauf an den Verbraucher in der Absatzstrategie des Unternehmens?
- ✓ Arbeitet das Unternehmen mit unverbindlichen Verkaufspreisen (UVP)? Wenn ja, wie wird der UVP festgesetzt, wie oft wird er verändert? Gibt es verschiedene UVP für verschiedene Absatzformen?
- ✓ Wie wird der UVP bei Händlern vom Unternehmen thematisiert?
- ✓ Wird der UVP von den Händlern weitgehend eingehalten?
- ✓ Was passiert, wenn ein Händler dauerhaft vom UVP abweicht?
- ✓ Wie reagiert das Unternehmen auf Beschwerden von Händlern über die Preisstrategie anderer Händler?
- ✓ Weichen die Verkaufspreise von Land zu Land deutlich voneinander ab?
- ✓ Welche Bedeutung haben kunden- oder gebietsbezogene Weiterverkaufsbeschränkungen im Unternehmen?
- ✓ Gibt es Mechanismen, mit denen das Absatzverhalten von Händlern im Hinblick auf deren Preise und Weiterverkaufsverhalten überwacht wird?
- ✓ Setzt das Unternehmen Software zur Preisüberwachung von Händler- oder Wettbewerberpreisen ein?
- ✓ Gibt es im Unternehmen Versuche, Exporte oder Parallelimporte durch indirekte Maßnahmen wie z.B. länderspezifische Garantien oder Ausgleichszahlungen einzudämmen?
- ✓ Welche Rolle spielt der Internetvertrieb in der Absatzstrategie des Unternehmens?
- ✓ Gibt es eine Strategie, Internetverkäufe von Händlern zu kontrollieren? Wenn ja, wie sieht diese aus?
- ✓ Setzt das Unternehmen exklusive oder nicht-exklusive Händler ein?
- ✓ Spielen direkte Wettbewerbsverbote oder Mindestabnahmemengen in der Absatzstrategie des Unternehmens eine Rolle?
- ✓ Setzt das Unternehmen Kunden oder Lieferanten systematisch zur Informationsbeschaffung über Wettbewerber ein?

[188](#) Siehe unter Rn. B 99ff. [189](#) Vertikal-GVO, ABl. EU 2010 L 102/1; Vertikal-Leitlinien ABl. EU 2010 C 130/1. [190](#) Im Hinblick auf Exportbeschränkungen hat die Pharmaindustrie hier zwar gewisse Teilsiege errungen (EuG, Urt. v. 27.9.2006, Rs. T-168/01, Slg. 2006, II-2969,

Rn. 214ff. (Glaxo-SmithKline Services Unlimited/Kommission)), dem Grunde nach bestätigt durch EuGH (Urt. v. 6.10.2009, verb. Rs. C-501/06 P, 513/06 P, 515/06 P, 519/06 P, Slg. 2009, I-9291). Die praktischen Anforderungen an den Nachweis der Legalausnahme sind vom EuG aber so hoch angesetzt worden, dass dieser nur in Ausnahmefällen gelingen dürfte. [191](#) Ausführlich zu vertikalen Beschränkungen und dem Inhalt der Vertikal-GVO Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019. [192](#) Siehe dazu ausführlicher unter Rn. B 112. [193](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 18, eingehend dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 294ff. [194](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 18. [195](#) Siehe z.B. ein gegen die französische Apothekerkammer ONP verhängtes Bußgeld in Höhe von EUR 5 Mio. wegen der Durchsetzung von Mindestpreisen auf dem französischen Markt für biometrische Analysen, Komm., Entsch. v. 8.12.2010, COMP/39.510 (ONP); Bußgeld gegen Yamaha in Höhe von EUR 2,56 Mio. wegen der Beschränkung des Handels und der Festsetzung von Weiterverkaufspreisen, Komm., Entsch. v. 16.7.2003, COMP/37.975 (Yamaha); ebenso Bußgeld gegen VW in Höhe von ca. EUR 30 Mio. wegen Verlangens von Preisdisziplin der deutschen Händler, Komm., Entsch. v. 2.10.2001, COMP/F-2/36.693 (Volkswagen), allerdings mangels Vereinbarung aufgehoben von EuG, Urt. v. 3.12.2003, Rs. T-208/01. Nach langen Jahren, in denen die Kommission den Mitgliedstaaten die Durchsetzung von vertikalen Verstößen überlassen hatte, meldete sich die Kommission zunächst mit ihrer großangelegten e-Commerce-Sektoruntersuchung und anschließend mit hohen Bußgeldern gegen verschiedene Unternehmen bei der Durchsetzung vertikaler Kartellrechtsverletzungen zurück, darunter Bußgelder in Höhe von EUR 63,52 Mio. gegen den Computerhersteller Asus, Komm., Entsch. v. 24.7.2018, AT. 40465; oder in Höhe von EUR 40 Mio. gegen den italienischen Bekleidungshersteller Guess, Komm., Entsch. v. 17.12.2018, AT. 40428. Für eine umfassenden Nachweis zur Bußgeldpraxis siehe Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 563ff. [196](#) BKartA, z.B. Bußgelder in Höhe von EUR 10,9 Mio. gegen Wellensteyn und P&C; in Höhe von EUR 4,4 Mio. gegen verschiedene Möbelhersteller; in Höhe von EUR 27 Mio. gegen drei Matratzenanbieter; EUR 8,2 Mio. gegen TTS Tooltechnic; EUR 2,5 Mio. gegen Garmin; EUR 4,2 Mio. gegen Phonak; EUR 11,5 Mio. gegen Ciba Vision sowie EUR 9 Mio. gegen Microsoft jeweils wegen Preisbindungen von Händlern, BKartA Fallbericht v. 8.8.2017; Pressemitteilungen v. 12.1.2017, 22.10.2015, 6.2.2015, 22.8.2014 20.8.2012, 18.6.2010, 15.10.2009, 25.9.2009 und 8.4.2009; Bußgeld in Höhe von ca. EUR 10 Mio. gegen Bayer Vital wegen Einflussnahme auf Apothekenverkaufspreise für OTC-Produkte, BKartA, Pressemitteilung v. 28.5.2008. Für einen umfassenden Nachweis der Bußgeldpraxis des Bundeskartellamtes wie auch verschiedener nationaler europäischer Kartellbehörden siehe Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 563ff. [197](#) Vgl. BKartA, abschließende Pressemitteilung v. 15.12.2016; zuvor Pressemitteilung v. 18.6.2015; für die einzelnen Verfahren bzw. Verfahrenskomplexe erließ das BKartA jeweils relativ aussagekräftige zusammenfassende Fallberichte, die auf der Webseite des BKartA abrufbar sind: Fallbericht v. 14.12.2016, Az. B 10 – 20/15 (Anheuser Busch InBev) zu den Beschl. v. 16.6.2015, 30.12.2015, 28.4.2016 und 2.12.2016 (nach Einspruchsrücknahme); Fallbericht v. 14.12.2016, Az. B 10 – 040/14 (Haribo) zu den Beschl. v. 19.12.2014, 2.6.2015, 16.6.2015 und 23.2.2016 (nach Einspruchsrücknahme); sowie vorausgehend Fallbericht v. 9.5.2016, Az. B 10 – 20/15 (Bier) zu den Beschl. v. 16.6.2015, 30.12.2015 und 28.4.2016, und Fallbericht v. 18.6.2015, Az. B 10 – 040/14 (Haribo) zu den Beschl. v. 19.12.2014, 2.6.2015 und 16.6.2015; zudem Fallbericht v. 18.6.2015, Az. B 10 – 041/14 (Ritter) zum Beschl. v. 19.12.2014 und Fallbericht v. 18.6.2015, Az. B10 -050/14 (Röstkaffee) zu den Beschl. v. 19.12.2014, 10.6.2015 und 16.6.2015. [198](#) BKartA, Hinweis zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017. [199](#) Siehe dazu ausführlich Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 565, 589ff. Dagegen hat die belgische Kartellbehörde am 22.6.2015 einen ähnlich gelagerten Sachverhalt als Hub-and-Spoke-Kartell eingestuft und ihre Ermittlungen mit einem Bußgeld von EUR 178 Mio. gegen 18 Hersteller und Händler im Drogerie-, Parfum und Hygienesektor im Vergleichswege

beendet. [200](#) Siehe für Nachweise zu verschiedenen Bußgeldern und Ermittlungsverfahren Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, 589ff. [201](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 48; Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 572ff. m.w.N. [202](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 48. [203](#) Bußgeld gegen Microsoft, BKartA, Pressemitteilung v. 8.4.2009 und Bußgeld gegen Ciba Vision, Entsch. v. 25.9.2009, Az. B 3 123/08, Rn. 53f. [204](#) Um Beteiligten den Zeugenstatus zu verschaffen, sichert das Bundeskartellamt ihnen entweder Nichtverfolgung zu oder schließt das Verfahren vorher gegen sie rechtskräftig ab. [205](#) Komm., Pressemitteilung v. 24.7.2018, sowie Entscheidungen in Sachen AT. 40465 (Asus), AT. 40469 (Denon & Marantz), AT. 40181 (Philips), AT. 40182 (Pioneer). [206](#) Siehe insoweit Bußgeld in Höhe von EUR 35 Mio. gegen Opel Nederlands, Komm., Entsch. v. 20.9.2000, COMP/36.653, ABl. EU 2001 L 59/1 (Opel); bestätigt vom EuGH, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173; siehe auch Bußgeld in Höhe von EUR 102 Mio. gegen VW, Komm., Entsch. v. 28.1.1998, IV/35.733, ABl. EU 1998 L 124/60 (VW), weitgehend bestätigt vom EuG, Urt. v. 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Rn. 162ff., bestätigt durch den EuGH, Urt. v. 18.9.2003, Rs. C-338/00, Slg. 2003, I-9189. Auch im Hinblick auf Weiterverkaufsverbote hat sich die Kommission nach langer Abwesenheit mit einem Bußgeld gegen die spanische Hotelgruppe Melià und verschiedene Reiseveranstalter in Höhe von EUR 6 Mio. zurückgemeldet, Komm., Pressemitteilung v. 16.3.2020, AT. 40528. [207](#) So auch Vertikal-Leitlinien, Rn. 7. [208](#) Komm., Pressemitteilung v. 30.10.2013, IP/02/1584. [209](#) Der EuG reduzierte das gegen Nintendo verhängte Bußgeld von EUR 149 Mio. auf EUR 119 Mio., siehe Urt. v. 30.4.2009, Rs. T-13/03, Slg. 2009, II-975. [210](#) Komm., Entsch. v. 24.7.2018, AT. 404182, Rn. 109ff. [211](#) Ein exklusives Vertriebssystem oder Alleinvertriebssystem im Sinne der Vertikal-GVO setzt voraus, dass der Anbieter seine Produkte in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe ausschließlich an einen Händler verkauft und dieser vor den aktiven Verkäufen anderer Händler in diesem Gebiet/dieser Kundengruppe geschützt wird. Direktverkäufe des Anbieters selbst sind dagegen weiterhin möglich, Vertikal-Leitlinien, Rn. 51ff.; eingehend dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 737ff. [212](#) Ein selektives Vertriebssystem liegt gemäß Art. 1 lit. d Vertikal-GVO vor, wenn sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren- oder Dienstleistungen nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter qualitativer und/oder quantitativer Kriterien ausgewählt wurden, und der Händler sich verpflichtet, die betreffenden Waren/Dienstleistungen im für das System festgelegten Gebiet nur an zugelassene Händler zu verkaufen, eingehend dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 759ff. [213](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 51. [214](#) Eingehend zu der richtigen vertraglichen Umsetzung Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 737ff. [215](#) Eingehend zu den Möglichkeiten der Beschränkung im selektiven Vertrieb Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 902f.; siehe auch BKartA, Fallbericht v. 6.5.2014 (WALA). [216](#) Komm., Entsch. v. 8.5.2001, IV/36.957/F3, ABl. EU 2001 L 301/1 (GlaxoSmithKline), jedoch teilweise aufgehoben durch EuG, Urt. v. 27.9.2006, Rs. T-168/01, Slg. 2006 II, 2969; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, verb. Rs. C-501/06 P, 513/06 P, 515/06 P, 519/06 P, Slg. 2009, I-09291. [217](#) Bußgeld in Höhe von EUR 35 Mio. gegen Opel Nederlands, Komm., Entsch. v. 20.9.2000, COMP/36.653, ABl. EU 2001 L 59/1; bestätigt vom EuGH, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-551/03P, Slg. 2006, I-3173; siehe auch Bußgeld in Höhe von EUR 102 Mio. gegen VW, Komm., Entsch. v. 28.1.1998, Rs. IV/35.733, ABl. EU 1998 L 124/50, auf EUR 90 Mio. reduziert von EuG, Urt. v. 6.7.2000, Rs. T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Rn. 162ff. [218](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 50 S. 4 a.E. [219](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 50 S. 3 a.E. [220](#) Vertikal-Leitlinien, Rn. 50 S. 5. [221](#) Bechtold/Denzel, WuW 2008, 1272ff. [222](#) Siehe Verfügung der schweizerischen Wettbewerbskommission vom 28.11.2011 gegen Nikon AG (Geldbuße in Höhe von CHF 12,5 Mio.) sowie gegen BMW AG vom 24.5.2012 (Geldbuße CHF 156 Mio.), jeweils für die Behinderung von Direkt- und Parallelimporten. [223](#) EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-439/09 (Pierre Fabre). [224](#) Ausführlich dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 821ff. [225](#) EuGH, Urt. v. 6.12.2017, Rs. C-213/16 (Coty). [226](#) Diese Auffassung ist mit der Entscheidung des EuGH

und der Dogmatik der Vertikal-GVO jedoch nicht in Einklang zu bringen. Ausführlich dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 821ff. [227](#) Siehe dazu Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 973ff. [228](#) Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO. [229](#) Eingehend zur kartellrechtskonformen Vertragsgestaltung Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 86ff. [230](#) Diese sehen eine Freistellung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten unter anderem nur vor, wenn sich diese auf die Räumlichkeiten beschränken, von denen der Händler die Vertragsprodukte verkauft hat, Art. 5 Abs. 3 lit. a–d Vertikal-GVO. [231](#) Wiemer, WuW 2009, 750, 757, der darauf verweist, dass die Vertikal-GVO alle beschränkenden Vereinbarungen, die ihrer Art nach horizontaler und nicht vertikaler Natur sind, vom Anwendungsbereich der Vertikal-GVO ausnimmt; weiterführend Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 592ff. [232](#) Ausführlich dazu Wiemer, WuW, 2009, 750, 757f., der den Vorschlag macht, für die Abgrenzung zwischen (im Rahmen der vertikalen Vereinbarung) freigestelltem und außerhalb der vertikalen Vereinbarung ggf. verbotenem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern in einer Situation des dualen Vertriebs auf das aus der alten BGH-Rspr. bekannte Kriterium des „anzuerkennenden Interesses“ abzustellen. Nach seiner Auffassung würde in einer Situation des dualen Vertriebs ein anzuerkennendes Interesse für einen Informationsaustausch zwischen Anbieter und Abnehmer nur für solche Daten gelten, die Rückschlüsse auf den Erfolg des Händlers im Markt geben bzw. die Produktionsplanung des Herstellers oder Schulungs- bzw. Unterstützungsmaßnahmen des Hersteller betreffen. [233](#) BKartA, Fallbericht v. 27.12.2012, Az. B9-96/09.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.