

Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie

Herausgegeben von

Dr. Sven Hartung

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Sven Regula

Rechtsanwalt, Wiesbaden

und

Angelika Schaeuffelen

Rechtsanwältin und Wirtschaftsmediatorin (IHK), Frankfurt am Main

Mit Beiträgen von

Dr. Sven Hartung; Dr. Ekkehard Helmig;

Dr. Heinrich Kühnert, MJur; Dr. Florian Neumayr, LL.M.;

Sven Regula; Angelika Schaeuffelen;

MMag. Valentina Schaumburger, LL.M.; Andrea Schlitter;

Christian Vietmeyer, LL.M.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-8005-1612-4

dfv Mediengruppe

© 2015 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

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.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Printed in Germany

10. Kapitel: Kartellrecht

I. Einleitung

Als Recht, das dem Schutz des freien Leistungswettbewerbs vor Verfälschungen durch Absprachen, wettbewerbsbeschränkende vertikale Vereinbarungen oder Marktmacht dient, gilt das Kartellrecht – im internationalen und europäischen Kontext oft auch „Wettbewerbsrecht“ genannt – für sämtliche Wirtschaftsbereiche.

Der Automobilindustrie galt allerdings schon seit der Frühzeit des europäischen Kartellrechts besonderes Augenmerk. Lange Zeit lag der Schwerpunkt dabei auf dem Neuwagenvertrieb und auf Service-/Reparaturleistungen. Ziel der Europäischen Kommission war es einerseits, Behinderungen von Parallelimporten zu verhindern, und andererseits, die Gleichbehandlung von unabhängigen Werkstätten und Vertragswerkstätten sicherzustellen. Diese Zielsetzung mündete Mitte der 80er-Jahre in der ersten sog. Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung. Dieser spezielle Rechtsrahmen sah namentlich für den Kfz-Vertrieb strengere Regeln vor als nach den allgemeinen kartellrechtlichen Vorgaben für Vertriebsvereinbarungen. Seither bestehen für die Automobilindustrie Sonderregeln: Dieser ersten Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung folgten weitere, an die jeweils fortentwickelten Gegebenheiten angepasste.

Derartige Sonderregeln gelten zum Teil bis heute. Gleichzeitig lässt sich in den letzten Jahren eine Verbreiterung der behördlichen Praxis und ein Fokus auf horizontale Absprachen feststellen. Gerade in der Wertschöpfungskette vorgelagerte Zulieferunternehmen waren inzwischen Adressaten von teils hohen Geldbußenentscheidungen, etwa in den Fällen *Autoglas* (2008), *Wälzlager* (2014) und (für Autositze verwendeten) *Schaumstoff* (2014). Hausdurchsuchungen fanden u.a. bei Herstellern für Sicherheitssysteme wie Airbags, Gurte und Lenkräder statt.

Aufgrund der hohen Geldbußendrohung von bis zu 10% des (weltweiten) Konzernumsatzes, aber auch des gerade im Vertrieb nicht unerheblichen Risikos der Nichtigkeit von Verträgen wegen allfälliger Kartellrechtsverstöße, kommt dem Kartellrecht eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu.

10. Kap. Kartellrecht

Vor diesem Hintergrund wird hier zunächst der rechtliche Rahmen für kartellrechtskonformes Verhalten dargestellt (II.) und in der Folge insbesondere auf Fragen der Kartellrechts-Compliance eingegangen (III.).

II. Rechtlicher Rahmen für kartellrechtskonformes Verhalten

1. Kartellverbot

Das sog. Kartellverbot ist auf europäischer Ebene in Art. 101 (1) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) niedergelegt. Die Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten folgen im Wesentlichen dem Muster dieser Bestimmung des AEUV: Im deutschen Recht findet sich ein Art. 101 (1) AEUV entsprechendes Verbot in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“): *„Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“* Zudem greift nach der Rechtsprechung europäisches Wettbewerbsrecht nicht etwa nur bei (internationalen oder) europaweiten Kartellen ein, sondern wird die „Zwischenstaatlichkeit“ (von der die Anwendbarkeit europäischen Kartellrechts abhängt) sehr weit interpretiert und kommt daher das europäische Kartellverbot regelmäßig – angewandt durch das deutsche Bundeskartellamt oder auch die Europäische Kommission („EK“) selbst – zum Tragen. Wie festgehalten, hat das europäische Kartellrecht „Musterfunktion“: Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 1 GWB ausdrücklich *„grundsätzlich so auszulegen, wie es der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 101 AEUV entspricht.“* (BGH, KZR 71/08 Jette Joop). Im Folgenden wird daher das Europäische Kartellrecht näher behandelt.

Art. 101 (1) AEUV verbietet:

„alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.“

Schon der Wortlaut macht deutlich, dass das Kartellverbot rein einseitiges Verhalten nicht erfasst; kartellrechtliche Schranken für einseitiges Verhalten ergeben sich nur bei Vorliegen überlegener Marktmacht (siehe näher zum Begriff der Marktmacht unten). Zwei- oder mehrseitiges Verhalten von Unternehmen ist dafür im Wesentlichen unabhängig von seiner kon-

kreten Form (förmliche Vereinbarung, Beschluss, Gentlemen's Agreement oder auch nur abgestimmte Verhaltensweise) am Maßstab des Kartellverbotes zu messen. Die Wettbewerbsbehörden legen die Begriffe der Vereinbarung (Beschluss) und der abgestimmten Verhaltensweise weit aus: Nicht nur ein bindender Vertrag, sondern auch eine informelle Übereinkunft stellt eine Vereinbarung i. S. d. Kartellrechts dar. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise erfasst jede Fühlungnahme zwischen Unternehmen, die geeignet ist, das Marktverhalten zu beeinflussen. Dazu näher:

a) Vereinbarungen

Besonders im Rahmen von Vertriebsverhältnissen wird der Begriff der Vereinbarung im Kartellrecht weit ausgelegt. In der Entscheidung C-74/04 P Kommission/Volkswagen stellte der Europäische Gerichtshof („EuGH“) klar, dass auch die Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte nicht als rein einseitiges Verhalten (zumal typischerweise auf Grundlage einer zivilrechtlichen Übereinkunft eingeräumt), sondern als Vereinbarung (bzw. deren Ausübung) i. S. d. Kartellverbots anzusehen ist.

Doch auch wo keine Gestaltungsrechte bestehen, liegt eine Vereinbarung etwa vor, wenn Parteien die Vorgaben ihres Vertragspartners auch nur stillschweigend akzeptieren.

b) Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen

Auch wenn keine Vereinbarung (im engeren kartellrechtlichen Sinn) vorliegt, kann das Kartellverbot eingreifen. Neben dem Sonderfall der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (etwa wenn ein Fachverband oder eine Interessenvereinigung in Form eines Beschlusses Wettbewerbsbeschränkendes festhält) spielen abgestimmte Verhaltensweisen in der Praxis eine wesentliche Rolle. Abgestimmte Verhaltensweisen sind regelmäßig Ausdruck kartellrechtlich relevanten Informationsaustausches:

Seit der Entscheidung des EuGH C-8/08 T-Mobile Netherlands gilt ein explizites Selbstständigkeitspostulat; verboten sein kann (auch eine einmalige) *„Fühlungnahme zwischen Unternehmen [...], die geeignet ist, entweder das Marktverhalten eines [...] Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Verhalten ins Bild zu setzen, das man selbst auf dem betreffenden Markt an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht“*. Es besteht die widerlegbare Vermutung, dass die am Informationsaustausch beteiligten Wettbewerber diesen Vorteil in der Folge zur Bestimmung ihres Marktverhaltens nutzen werden.

10. Kap. Kartellrecht

Bei Diskussionen betreffend Preise, Kunden bzw. Gebiete und Mengen wird eine *Marktverhaltensalternativen spürbar beschränkende* Wirkung vermutet. Im Übrigen kommt es wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an; Faktoren zur Beurteilung finden sich in den sogenannten Horizontal-Leitlinien der EK („hLL“, insb. Rn. 64 ff.):

- Verringert die Diskussion die strategische Ungewissheit auf dem Markt (spürbar)?
- Wird die Transparenz auf dem Markt künstlich erhöht und trägt die Diskussion so dazu bei, koordiniertes (d.h. abgestimmtes) Wettbewerbsverhalten der Unternehmen [zu] erleichtern und letztlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen [zu] haben?
- Betrifft die Diskussion „strategische Informationen“ wie Produktionskosten, Kapazitäten, Umsätze, Verkaufszahlen, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien und/oder FuE-Programme?
- Je detaillierter ein Informationsaustausch stattfindet und je mehr er sich (auch) auf zukünftige Verhaltensweisen bezieht, desto kartellrechtlich problematischer ist er grundsätzlich.

Im Folgenden wird der einfacheren Bezugnahme halber der Terminus „Vereinbarung“ auch für Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen verwendet.

2. Vom Kartellverbot erfasste und ausgenommene Vereinbarungen

Das Kartellverbot gilt unabhängig davon, auf welcher Wertschöpfungsstufe die beteiligten Unternehmen tätig sind. Erfasst sind insb. sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen. Horizontale Vereinbarungen kommen zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern zustande. Vertikale Vereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette.

Verboden sind Vereinbarungen dann, wenn sie eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, und nicht – ausnahmsweise – wegen überwiegender Effizienzen i.S.d. Art. 101 (3) AEUV gerechtfertigt sind. Wiederum enthalten die Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten vergleichbare Bestimmung wie etwa § 2 GWB.

Die Zulässigkeit ihres Verhaltens ist dabei von den betroffenen Unternehmen selbst zu beurteilen. Die Selbstbeurteilung erfordert grundsätzlich eine umfassende Prüfung des Zwecks und der pro- und antikompetitiven Wirkungen der Vereinbarung. Es bestehen eine Reihe von Ausnahmen und (Gruppen-)Freistellungen vom Kartellverbot.

Ausnahmen stehen dem Vorhandensein einer Wettbewerbsbeschränkung überhaupt entgegen, d. h. die Vereinbarung wird gar nicht erst vom Kartellverbot erfasst. Von einer Freistellung wird gesprochen, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 (3) AEUV erfüllt sind. Hier spielen die von der EK erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen („GVO“) eine besondere Rolle. Erfüllt eine Vereinbarung die in einer anwendbaren GVO niedergelegten Bedingungen, so wird das Vorliegen einer Freistellung nach Art. 101(3) AEUV grundsätzlich unwiderleglich vermutet.

In der Praxis empfiehlt es sich daher, „das Pferd von hinten aufzuzäumen“ und zunächst zu prüfen, ob eine Ausnahme oder die Bedingungen einer GVO vorliegen. Im vorliegenden Abschnitt wird zunächst auf die Ausnahmen eingegangen (soweit für die Automobil-/Automotivindustrie typischerweise von Bedeutung):

a) (Echte) Zuliefervereinbarungen

Von einer (echten) „Zuliefervereinbarung“ im Sinne des Kartellrechts – die EK hat hierzu eine eigene Bekanntmachung („Mitteilung Zulieferverträge“) erlassen – wird gesprochen, wenn im Wesentlichen eine „verlängerte Werkbank“ vorliegt. Der Zulieferer ist gleichsam bloß „Erfüllungsgehilfe“. Echte Zuliefervereinbarungen sind grundsätzlich nicht vom Kartellverbot erfasst.

Für das Vorliegen einer echten Zuliefervereinbarung spricht, *„wenn die Erfüllung [...] davon abhängt, dass der Auftragnehmer gewerbliche Schutzrechte in Form von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern oder ähnlichen Rechten, geheime technische Kenntnisse oder Herstellungsverfahren (Know-How), Entwürfe, Pläne oder sonstige Unterlagen, Stanzen, Formen, Werkzeuge oder deren Zubehör vom Auftraggeber erhält und zur vereinbarungsgemäßen Vertragserfüllung verwendet“* (Immenga/Kessel/Schwedler in BB 18/2008, S. 908).

Andernfalls, wo also der Zulieferer bereits über die erforderlichen Kenntnisse und Betriebsmittel verfügt, um die gewünschten Erzeugnisse herzustellen, Dienstleistungen zu erbringen oder Arbeiten zu verrichten, oder wenn er sie sich unter angemessenen Bedingungen verschaffen kann, gilt die Ausnahme nach der Mitteilung Zulieferverträge nicht. Das bedeutet freilich nicht, dass jede derartige Zuliefervereinbarung (i. w. S.) kartellrechtlich verboten wäre; es muss schlicht näher beurteilt werden, inwieweit das Kartellverbot eingreift (weil nicht schon auf der Ebene der Ausnahme für echte Zuliefervereinbarungen die Kartellrechtskonformität festgestellt werden kann).

10. Kap. Kartellrecht

Beispiel

Ein Automobilhersteller gibt die Produktion von Autoteilen in Auftrag und übermittelt zu diesem Zweck allgemeine Angaben und Maße zu seinen entsprechenden Automodellen, um die Einbaufähigkeit zu gewährleisten.

Der Zulieferer produziert die Ware im Anschluss auf Basis von bereits vorhandenem oder anderweitig erworbenem Know-how. Es handelt sich daher um keinen Zuliefervertrag i. S. d. Mitteilung Zulieferverträge; die Prüfung der Vereinbarung hat anhand der allgemeinen Regeln zu erfolgen.

b) De minimis-Vereinbarungen

Abhängig vom Marktanteil der beteiligten Unternehmen kann eine vom Kartellverbot grundsätzlich ausgenommene De minimis-Vereinbarung vorliegen. Hierzu finden sich Ausführungen der EK in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung („De minimis-Bekanntmachung“). Wiederum gibt es auf Ebene der Mitgliedstaaten ähnliche Regelungen, z.B. die Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007.

Die relevanten Marktanteilsschwellen der De minimis-Bekanntmachung sind (Rn. 3 und 8 f.):

- bei horizontalen Vereinbarungen: max. 10% gemeinsamer Marktanteil aller beteiligten Unternehmen;
- bei vertikalen Vereinbarungen: max. 15% Marktanteil für jedes beteiligte Unternehmen.

Beispiel

Ein Kraftfahrzeughersteller verpflichtet seine zugelassenen Werkstätten, ausschließlich Reparatur- und Instandhaltungsleistungen für die Wagen seiner eigenen Marke vorzunehmen. Dienstleistungen an fremden Marken werden durch die Vereinbarung untersagt.

Zu beurteilen ist eine vertikale Vereinbarung, Hersteller und Werkstatt müssten daher unter 15% Marktanteil bleiben. Da der Marktanteil der Hersteller im Bereich Reparatur und Instandsetzung in aller Regel aber weit über 15% beträgt, fällt die Vereinbarung nicht in die *De minimis*-Ausnahme. Sie ist nach allgemeinen Grundsätzen auf ihre wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu prüfen.

In der Entscheidung C-226/11 Expedia hat der EuGH klargestellt: Selbst wenn die relevanten Marktanteilsschwellen nicht überschritten werden, kann das Kartellverbot zur Anwendung kommen, und zwar im Falle sog.

bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen. Dabei handelt es sich um Verhaltensweisen, die nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden ihrer Natur nach besonders geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Unabhängig vom Marktanteil gilt die *De minimis*-Ausnahme beispielsweise nicht für die Festsetzung/Vorgabe von Preisen (oder Preisbestandteilen), ebenso wenig für den Händlern auferlegte absolute Gebiets- oder Kundenbeschränkungen, welche die Voraussetzungen der GVO nicht erfüllen (siehe zu diesen Voraussetzungen im Detail unten).

3. Marktabgrenzung in der Automobil- und Automotivindustrie

Über diese beschränkten Ausnahmen hinaus hat die EK durch den Erlass von GVOen Vermutungstatbestände geschaffen, bei deren Erfüllung die betreffende Vereinbarung als kartellrechtskonform gilt. Die Anwendbarkeit der GVOen setzt unter anderem voraus, dass gewisse Marktanteilschwellen nicht überschritten werden. Da somit der Abgrenzung der relevanten Märkte erhebliche Bedeutung für die kartellrechtliche Beurteilung zukommt, soll im Folgenden zunächst auf diese eingegangen werden.

Wesentlich mit Blick auf Kfz-Hersteller und nachgelagerte Stufen unterscheidet die EK zwei verschiedene Märkte: (i) jenen für Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf neuer Kfz einerseits und (ii) den sogenannten Kfz-Anschlussmarkt (Verkauf oder Weiterverkauf von Kfz-Ersatzteilen, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen) andererseits.

Die der Kfz-Herstellung vorgelagerten Komponentenmärkte werden in der Praxis Produkt für Produkt abgegrenzt, was zu einer Vielzahl an vorgelagerten Märkten führt. Innerhalb der einzelnen Produkte werden oft weitere getrennte Märkte unterschieden. Dabei kommt insbesondere der Unterscheidung nach Fahrzeugtyp und jener nach Vertriebskanal besondere Bedeutung zu.

a) Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf neuer Kfz

Mit einbezogen werden in sachlicher Hinsicht nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept alle Kfz, die aus Sicht des Käufers (eigentlich des Händlers, nach EK-Praxis allerdings nach Sicht des Konsumenten) substituierbar sind.

Obwohl die EK bis dato, soweit ersichtlich, keine abschließende Entscheidung zu dieser Frage getroffen hat, ist der Beurteilung in räumlicher Hinsicht wohl ein nationaler Markt zugrunde zu legen (so auch Wegner/Oberhammer, Neue Kfz-GVO – Teil 3: Der Vertrieb von Neufahrzeugen ab Juni

10. Kap. Kartellrecht

2013, in: BB 24/2011, S. 1480ff. und Simon, Die neue Kfz-GVO 461/2010, in: ÖZK 2010, 83).

b) Kfz-Anschlussmarkt

Von Bedeutung ist hier wiederum eine spezielle Bekanntmachung der EK („KfzLL“). In sachlicher Hinsicht geht die EK in Rn. 15 KfzLL von einem markenspezifischen Markt für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie für den Vertrieb von Ersatzteilen aus. Der Marktanteil des Herstellers richtet sich ihrer Meinung nach daher nach dem Anteil der von seinen zugelassenen Händlern vorgenommen Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen am Endkundenmarkt. Für die Anwendung deutschen Kartellrechts sind hier die MAN-Urteile des BGH (BGH, KZR 6/09 und 7/09 MAN) bemerkenswert: Der BGH kam zum abweichenden Schluss, auch Anschlussmärkte seien markenübergreifend abzugrenzen.

Bisher hat, soweit ersichtlich, die EK nicht abschließend entschieden, ob der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Ersatzteilen EWR-weit oder national abzugrenzen ist. Auch bezüglich des Groß- und Einzelhandelsmarktes legte sich die EK nicht auf eine regionale oder lokale Markt-abgrenzung fest. Es gibt Tendenzen, den Markt für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen als national zu definieren.

c) Marktabgrenzung im Automotivbereich

Entsprechend der Vielzahl an Komponenten und Systemen, die für Produktion von Automobilen benötigt werden, hat die EK hier eine sehr große Zahl an relevanten Märkten definiert. Während die produktspezifische Abgrenzung einzelfallbezogen ist und sehr eng ausfallen kann (so definierte die EK etwa im Fall COMP/M.4878 Continental/Siemens VDO sieben verschiedenen Märkte für elektronische Steuergeräte je nach deren Anwendungsbereich), ergeben sich aus der Praxis der EK immerhin Leitlinien für die Abgrenzung nach Fahrzeugtyp und nach Vertriebskanal. Nach Fahrzeugtyp unterscheidet die Kommission in vielen Entscheidungen zwischen Komponenten für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge einerseits, und Komponenten für schwere Nutzfahrzeuge andererseits. Hinsichtlich des Vertriebskanals unterscheidet die Kommission ferner im Allgemeinen zwischen Verkäufen an OEM/OES und Verkäufen an den unabhängigen Teilehandel (IAM) (vgl. jüngst etwa EK, COMP/M.7401 Blackstone/Alliance BV/Alliance Automotive Group, Rn. 12).

Die Unterscheidung zwischen OEM/OES einerseits und IAM andererseits ist auch für die räumliche Marktabgrenzung relevant. Üblicherweise geht

die EK von zumindest EWR-weiten Märkten für den Verkauf an OEM/OES aus, während die Märkte für den Verkauf an den IAM als national angesehen werden. Allerdings wird die Marktabgrenzung von den Behörden im Einzelfall geprüft, was in der Praxis auch von Abweichungen von dieser generellen Linie geführt hat. So ließ die EK in einer jüngeren Entscheidung offen, ob der IAM-Markt für Reibwerkstoffe für Bremsen national oder EWR-weit sei (EK, COMP/M.7401 Federal-Mogul Corporation/Honeywell Friction Materials, Rn. 22). Hinsichtlich Autobatterien stellte die EK im Jahr 2002 aufgrund einer Marktuntersuchung fest, dass der IAM-Markt EWR-weit abzugrenzen sein (EK, COMP/M.2939 JCI / Bosch / VB Autobatterien JV).

4. GVOen

Die grundsätzliche Bedeutung der von der EK erlassenen GVOen wurde bereits erwähnt. Ihr wesentlicher Gehalt besteht darin, dass sie für verschiedene Verträge Vermutungstatbestände schaffen, unter deren Voraussetzungen die Verträge als kartellrechtskonform gelten, ohne dass eine individuelle Prüfung ihrer pro- und antikompetitiven Wirkungen erforderlich wäre. Was ihre Tatbestandsvoraussetzungen betrifft, enthalten GVOen typischerweise zwei Strukturmerkmale: (1) Marktanteilsschwellen, welche die Parteien nicht überschreiten dürfen, und (2) die Nichtaufnahme bestimmter als besonders restriktiv geltender Vertragsklauseln (sog. „Kernbeschränkungen“). Liegen die Marktanteile der Parteien unterhalb der Schwellen und enthält der Vertrag keine Kernbeschränkung, so gilt die Vereinbarung somit *de iure* als kartellrechtlich zulässig.

Zu beachten ist: Das Vorliegen einer Kernbeschränkung bedeutet nicht, dass die gesamte Vereinbarung automatisch wettbewerbswidrig wäre, sondern es muss – mangels Freistellungsvermutung – näher (im Rahmen einer Individualfreistellungsuntersuchung) geprüft werden, ob dem so ist. Eine Individualfreistellung für die Kernbeschränkungen selbst hält die EK aber generell für unwahrscheinlich.

Über ihre unmittelbare Rechtswirkung – nämlich die Aufstellung von Rechtmäßigkeitsvermutungen – hinaus erlauben GVOen auch gewisse Rückschlüsse auf die kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung in Fällen, in denen die Marktanteilsschwellen überschritten werden. Dies kann etwa aufgrund der hohen Marktanteile der Hersteller am Anschlussmarkt relevant sein, aufgrund derer eine Anwendung der GVO in diesem Bereich unwahrscheinlich ist. Hier kann eine GVO-konforme Gestaltung zur Risikominimierung beitragen und im Rahmen der Beurteilung einer Individual-

10. Kap. Kartellrecht

freistellung entsprechend Eingang finden. Bei einer Reihe von Beschränkungen, etwa bei Wettbewerbsverboten, ist bei höheren Marktanteilen allerdings größere Vorsicht geboten als nach den GVOen. Für die korrekte Vertragsgestaltung hilfreiche Erörterungen finden sich in den von der Kommission zu verschiedenen Vertragstypen herausgegebenen Leitlinien, auf die in der Folge ebenfalls eingegangen wird.

GVOen haben besondere Bedeutung auch für die Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten. So normiert etwa § 2 (2) GWB ausdrücklich, dass sie ebenso für die Anwendung deutschen Kartellrechts gelten. Die folgende Darstellung berücksichtigt nicht alle GVOen, sondern beschränkt sich auf die für die Automobil- und Automotivindustrie besonders relevanten Freistellungsverordnungen, insbesondere die allgemeine vertikale GVO („vGVO“) und die für Vertrieb und Wartung von Kfz besonders relevante Kfz-GVO sowie auch die Gruppenfreistellungsverordnung für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen („F&E-GVO“), jene für Spezialisierungsvereinbarungen („SpezGVO“) und jene für Technologietransfer-Vereinbarungen („TT-GVO“).

Die allgemeine vGVO ist auch für den Kfz-Vertrieb maßgeblich. Die aktuelle Kfz-GVO, die 2010 erlassen wurde, baut nämlich (anders als Vorgängerregelungen) darauf auf, dass eine umfassende (strengere) Sonderbehandlung des Kfz-Vertriebs nicht (mehr) erforderlich ist. Dementsprechend gilt weitgehend auch für den Kfz-Vertrieb heute die vGVO. Sonderregeln für die Anschlussmärkte seien jedoch nach wie vor angebracht (diese finden sich in der Kfz-GVO): aufgrund der Wettbewerbsstruktur dieser Märkte, ihrer Auswirkungen auf die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Umwelt sowie der Tatsache, dass die Kosten, die Verbrauchern auf diesen Märkten entstehen, einen sehr großen Teil ihrer gesamten Kraftfahrzeugausgaben ausmachen.

5. Die vGVO

Wie ihr Name indiziert, gilt die vGVO grundsätzlich nicht für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, sondern für typische vertikale Vereinbarungen. Zu beachten ist weiter die in Art. 2 (5) geregelte Subsidiarität der vGVO gegenüber anderen GVOen.

Wesentlich ist zunächst, dass die festgelegten Marktanteilsschwellen nicht überschritten werden, sodann keine Kernbeschränkungen vorliegen und die weiteren Bedingungen eingehalten werden. Wie festgehalten, kann es sinnvoll sein, auch jenseits der Marktanteilsschwellen die vGVO als Richtschnur für Vereinbarungen zu verwenden.

a) Marktanteilsschwellen

Gemäß ihrem Art. 3 gilt die vGVO nur für vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren jeweiliger Marktanteil 30 % nicht übersteigt.

Diese Marktanteilsschwellen gelten seit dem 1.6.2013 (siehe näher zur Kfz-GVO unten) auch für den Bezug, Vertrieb und Weitervertrieb von neuen Kfz sowie für Vereinbarungen am Kfz-Anschlussmarkt. Dementsprechend folgt für die Automobilindustrie, dass Verträge nur bei einem jeweils 30 % nicht übersteigenden Marktanteil des Lieferanten am Verkaufs- und des Händlers am Einkaufsmarkt freigestellt sind.

Beispiel

Ein Importeur lässt seine Modelle nur durch Kfz-Einzelhändler und Autohäuser vertreiben, die vertraglich dazu verpflichtet sind, innerhalb der ersten fünf Jahre keine anderen Marken anzubieten.

Hierbei handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung, die von der Freistellung nur profitieren kann, wenn weder der Hersteller am Verkaufsmarkt einen 30 % übersteigenden Marktanteil hält, noch der Einzelhändler am Einkaufsmarkt mehr als 30 % abnimmt.

Werden die Schwellen nicht überschritten, kann die Vertragsklausel so bestehen. Andernfalls ist der Vertrag konkret auf seine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu überprüfen.

Für den Automotivbereich bedeutet dies, dass weder die Hersteller von Komponenten die 30%-Schwelle auf dem OEM- oder IAM-Markt überschreiten dürfen (auf Anbieterseite), noch ihre Abnehmer. Jedenfalls wird zu beachten sein, dass der Marktanteil (abnehmerseitig) des Kfz-Herstellers am OEM/OES-Markt kaum geringer als 30 % sein wird, weshalb eine Anwendung der vGVO in diesem Bereich in den meisten Fällen ausgeschlossen sein wird. Am IAM-Markt hängt die Ermittlung der Marktanteile von der genauen Marktabgrenzung (insbesondere in Hinblick auf Produkte) ab.

b) Kernbeschränkungen des Art. 4 vGVO

Beinhaltet eine Vereinbarung eine in Art. 4 vGVO aufgeführte Klausel, so gilt die Freistellungsvermutung für den gesamten Vertrag nicht. Die Kartellrechtskonformität ist im Rahmen einer Individualfreistellungsuntersuchung zu prüfen.

Besonders kritisch sind demnach beispielsweise Festsetzungen von Verkaufspreisen, Beschränkungen des Gebiets oder der Kundengruppe zulasten des Abnehmers, Beschränkungen des passiven Verkaufs oder Be-

10. Kap. Kartellrecht

schränkungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems (siehe dazu Ausführungen unten).

Beispiel

In der Preisliste eines Herstellers von Keilriemen für IAM-Kunden ist neben dem IAM-Einkaufspreis auch ein unverbindlicher Verkaufspreis an die Endkunden angeführt. Die 30 %-Anteilsschwelle wird weder vom Ersatzteilhersteller noch von Kunden erreicht.

Anders als die Vorgabe von Fest- oder Mindestpreisen, die eine Kernbeschränkung darstellt und den Wegfall der Freistellung nach der vGVO zur Folge hat, sind Preisempfehlungen nach der vGVO grundsätzlich zulässig. Allerdings dürfen sie sich nicht die tatsächliche Wirkung von Fest- oder Mindestpreisen haben. Daher darf der Hersteller weder Druck ausüben noch Anreize dafür gewähren, dass der Kunde die Preisempfehlung einhält. So führt etwa ein „Preispflegerabatt“, der bei Einhaltung der Preisempfehlung gewährt wird, zum Wegfall der Freistellung. Die jüngere Praxis des Bundeskartellamts sieht darüber hinaus auch bloß wiederholte Hinweise auf den Wiederverkaufspreis als problematisch an, soweit dies über die Erläuterung der Gründe für die erstmalige Übermittlung von unverbindlichen Preisempfehlungen und die grundsätzliche Erklärung der Strategie im Hinblick auf die Positionierung und Vermarktung der Produkte hinausgehen.

In der Praxis empfiehlt es sich, den unverbindlichen Charakter von Preisempfehlungen sowohl in den Preislisten als auch in der weiteren Korrespondenz zu betonen (z. B. durch konsequente Bezeichnung als „UVP“). In manchen Staaten ist ein ausdrücklicher Hinweis auf die Unverbindlichkeit sogar rechtlich erforderlich, etwa in Österreich.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller nominiert einen Zulieferer mit der Produktion von allgemein spezifizierten Bremsbelägen. Der Vertrag regelt u. a., dass der Zulieferer derartige Bremsbeläge nicht auch selbst vertreiben darf, sondern ausschließlich an den Kfz-Hersteller auszuliefern hat.

Es liegt eine Beschränkung i. S. d. Art. 4 (e) vGVO vor. Nach dieser Bestimmung darf zwischen einem Anbieter von Teilen und einem Abnehmer, der diese Teile weiterverwendet, die Möglichkeit des Teileanbieters nicht beschränkt werden, die Teile als Ersatzteile an Endverbraucher, Reparaturbetriebe oder andere Dienstleister zu verkaufen, die der Abnehmer nicht mit der Reparatur oder Wartung seiner Waren betraut hat. Der Vertrag ist nicht freigestellt. Ferner verstößt eine solche Regelung auch gegen Art. 5 (b) Kfz-GVO, die auf den Teilevertrieb anwendbar ist.

c) Wettbewerbsverbote nach Art. 5 vGVO

Art. 5 vGVO legt fest, dass die Freistellung nicht auf bestimmte Wettbewerbsverbote angewandt werden kann. Im Unterschied zu Kernbeschränkungen hebt das Vorliegen eines relevanten Wettbewerbsverbots jedoch nicht die Freistellungsvermutung für den übrigen Vertrag auf, betroffen ist nur die Klausel selbst.

Gem. Art. 1 (1) (d) vGVO gibt es zwei Formen des Wettbewerbsverbots: Es handelt sich immer um eine (auch nur mittelbare) Verpflichtung zulasten des Abnehmers (nicht des Lieferanten):

- *„keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen“*
- oder *„mehr als 80% seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen [...] vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen.“*

Derartiges kann während der Vertragslaufzeit nur vereinbart werden, wenn (1) die Dauer der Vereinbarung auf max. fünf Jahre beschränkt wird und (2) in einem selektiven Vertriebssystem nicht bestimmte konkurrierende Anbieter/Marken verboten werden. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind überhaupt nur unter den strengeren Voraussetzungen des Art. 5(3) vGVO im Rahmen der vGVO möglich.

In der Automobilindustrie treten Wettbewerbsverbote häufig als Verbot des Mehrmarkenvertriebs oder Markenzwang auf. Im Sinne des Ausgeführten sind derartige Vereinbarungen grundsätzlich zulässig, wenn sie auf maximal fünf Jahre beschränkt werden und die jeweiligen Marktanteile der Vertragsparteien 30% nicht überschreiten.

Beispiel

Der Kfz-Hersteller vereinbart mit seinem Händler grundsätzlich die Zulässigkeit von Mehrmarkenvertrieb. Gleichzeitig verspricht er jedoch wirtschaftlich überaus interessante Rabatte/Prämien, die am Ende des Geschäftsjahres nur dann ausbezahlt würden, wenn sich herausstellt, dass die Marke des Herstellers über 90% der Verkäufe des Händlers ausmacht.

Markenzwang kann nicht nur direkt vereinbart werden, auch über indirekte Maßnahmen wird diese schwarze Klausel i. S. d. Art. 5 vGVO verwirklicht (vgl. KfzLL, Rn. 32). Kritisch sind beispielsweise Zielrabatte oder Prämien, aber auch speziell auf eine Marke zugeschnittene Qualitätsanforderungen: Diese sind *a priori* nicht als Wettbewerbsverbote anzusehen und also freigestellt, solange *„bei Erfüllung der aufgestellten Kriterien der Mehrmarkenvertrieb noch*

10. Kap. Kartellrecht

wirtschaftlich ist“ (Wegner/Oberhammer, Neue Kfz-GVO – Teil 3: Der Vertrieb von Neufahrzeugen ab Juni 2013, in: BB 24/2011, S. 1484).

In diesem Beispiel könnte jedoch ein nicht von der vGVO freigestelltes Wettbewerbsverbot vorliegen, wenn die Marktanteile der Vertragsparteien 30 % übersteigen oder wenn die Vertragslaufzeit über fünf Jahre beträgt.

Beispiel

Der Kfz-Hersteller nimmt Werkstätten in sein Netz der zugelassenen Werkstätten (= Selektivvertrieb) unter der Bedingung auf, dass Originalersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile nicht von Dritten bezogen werden dürfen.

Hier liegt ein Vertrag betreffend den Kfz-Anschlussmarkt vor (Handel mit Ersatzteilen). Die EK geht davon aus, dass ein Kfz-Hersteller unter gewöhnlichen Umständen hier einen Marktanteil von über 30 % haben wird. Der Vertrag ist daher (mit hoher Wahrscheinlichkeit) nicht freigestellt. Eine solche Klausel widerspricht der Logik der Kfz-GVO, nach welcher es für den Wettbewerb am Anschlussmarkt notwendig ist, dass Produkte von Zulieferern eine vollwertige Alternative zum Originalteilmarkt darstellen.

Zusatz:

Den zugelassenen Werkstätten steht es grundsätzlich frei, markenfremde und qualitativ gleichwertige Ersatzteile von Dritten zu beziehen. Der Kfz-Hersteller verpflichtet seine Werkstätten jedoch, für Instandsetzungsarbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes und von Rückrufaktionen ausschließlich Originalersatzteile vom Kfz-Hersteller zu verwenden.

Zwar liegt auch hier eine Einschränkung des Zugangs von konkurrierenden Ersatzteilen vor. Im Rahmen dieser eng umschriebenen Aktivitäten nimmt die EK hier aber dennoch keine Wettbewerbsbeschränkung an, sondern hält die Klausel für objektiv gerechtfertigt (vgl. KfzLL, Rn. 39).

6. Die Kfz-GVO

Auch die Kfz-GVO gilt nur für vertikale Vereinbarungen. Sie unterscheidet zwischen Vereinbarungen über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf neuer Kraftfahrzeuge einerseits und solcher in Bezug auf den Kfz-Anschlussmarkt andererseits. Für den Automotivbereich ist die Kfz-GVO nicht von Relevanz.

Für den Neuwagenvertrieb galten bis 31.5.2013 Sonderregeln (wie zuletzt in der Vorgänger-Kfz-GVO niedergelegt). Die EK kam jedoch zu dem Schluss, dass hier mittlerweile ausreichend Wettbewerb besteht und derartige Sonderregeln daher nicht mehr nötig sind. Gemäß Art. 3 Kfz-GVO

sind daher seit 1.6.2013 ausschließlich die allgemeinen Regeln der vGVO anzuwenden.

Auch für Vereinbarungen am Kfz-Anschlussmarkt gelten gemäß Art. 4 zunächst die Freistellungsvoraussetzungen der vGVO (Marktanteilsschwellen und keine Kernbeschränkungen). Besondere Vorsicht ist daher bei Vertikalverträgen am Anschlussmarkt angesichts der besonders nach Ansicht der EK grundsätzlichen hohen Marktanteile der Hersteller geboten, die den Schwellenwert von max. 30% meist übersteigen. Die Kartellrechtskonformität ist daher grundsätzlich im Rahmen der Individualprüfung zu untersuchen.

Aufgrund der speziellen Wettbewerbssituation am Kfz-Anschlussmarkt legt die Kfz-GVO in Art. 5 zudem einen noch strengeren Maßstab fest, der für eine Freistellung in diesem Bereich erfüllt sein müsste. Konkret handelt es sich hierbei um drei zusätzliche Kernbeschränkungen, deren Vereinbarung marktverschließende Wirkung haben könnte, und deren Vorhandensein die Freistellung des Vertrags daher verhindert. Dazu näher:

a) Verkauf von Ersatzteilen durch die Vertragswerkstatt an freie Werkstätten

Eine Beschränkung des Verkaufs von Ersatzteilen durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems (siehe dazu Ausführungen unten) an unabhängige Werkstätten, die diese Teile für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden, ist verpönt. Art. 5 (a) Kfz-GVO soll gewährleisten, dass selbst in Selektivvertriebssystemen zumindest Kfz-Ersatzteile auch außerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten am freien Markt verfügbar sind.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller und die Händler seines selektiven Vertriebssystems vereinbaren, dass Markenersatzteile nicht an unabhängige Werkstätten außerhalb des Vertriebssystems weitergegeben werden dürfen.

Dies stellt eine Kernbeschränkung i. S. d. Art. 5 (a) Kfz-GVO dar; der gesamte Vertriebsvertrag ist damit nicht freigestellt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Ausnahme für Gewährleistung und Rückrufaktionen (siehe dazu KfzLL, Rn. 39).

b) Verkauf von Ersatzteilen durch Teilehersteller an Dritte

Für eine Freistellung nach der Kfz-GVO ist ferner eine Vereinbarung zwischen Automobilherstellern und einem Anbieter von Ersatzteilen (oder In-

10. Kap. Kartellrecht

standsetzungsgeräten, Diagnose- oder Ausrüstungsgegenständen) schädlich, welche die Möglichkeiten des Anbieters beschränkt, diese Waren an zugelassene oder unabhängige Händler, zugelassene oder unabhängige Werkstätten oder an Endverbraucher zu verkaufen.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller nominiert einen Zulieferer mit der Produktion von allgemein spezifizierten Bremsbelägen. Der Vertrag regelt u. a., dass der Zulieferer derartige Bremsbeläge nicht auch selbst vertreiben darf, sondern ausschließlich an den Kfz-Hersteller auszuliefern hat.

Es liegt eine Beschränkung i. S. d. Art. 5 (b) Kfz-GVO vor; der Vertrag ist nicht freigestellt.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller beauftragt einen Zulieferer mit der Produktion eines speziellen Einparksystems und stellt diesem zur Erfüllung des Auftrags patentierte Software zur Verfügung. Eben dieser Vertrag regelt außerdem, dass der Zulieferer derartige Einparksysteme nicht auch selbst vertreiben darf, sondern jede derart produzierte Ware an den Kfz-Hersteller auszufertigen hat.

Aufgrund der Zurverfügungstellung der Patente, ohne welche die Erfüllung des Auftrags nicht möglich wäre, handelt es sich um eine (echte) Zuliefervereinbarung. Der Vertrag kann so kartellrechtskonform geschlossen werden.

c) Kennzeichnung durch den Ersatzteilhersteller

Schließlich genießt auch die Vereinbarung zwischen einem Kfz-Hersteller, der fremdproduzierte Bauteile für die Erstmontage von Kfz verwendet, und dem Anbieter dieser Bauteile nicht den Rechtsvorteil der Freistellungsvermutung, wenn sie die Möglichkeiten des Anbieters beschränkt, sein Waren- oder Firmenzeichen auf diesen Teilen oder Ersatzteilen effektiv und gut sichtbar anzubringen.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller lässt für die Produktion seiner Modelle bestimmte Teile von einem Zulieferer herstellen. Es wird vereinbart, dass auf den vertragsgegenständlichen Teilen und den entsprechend zu produzierenden Ersatzteilen ausschließlich das Markenzeichen des Kfz-Herstellers angebracht werden darf (alternativ: dass das Markenzeichen des Zulieferers nur in einer für Endverbraucher schlecht ersichtlichen Weise auf den Kfz-Teilen angebracht werden darf).

Nach der Kfz-GVO fördert das Anbringen von Waren- oder Firmenzeichen auf den Bau- und Ersatzteilen den Wettbewerb am Markt für Ersatzteile: „Wird dies

verwehrt, so können die Kraftfahrzeughersteller die Vermarktung von OES-Teilen und die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher in einer Weise beschränken, die mit Artikel 101 AEUV nicht vereinbar ist.“ (vgl. KfzLL, Rn. 24)

Obige Vertragsklauseln sind daher als Kernbeschränkung i. S. d. Art. 5 (c) Kfz-GVO zu verstehen; der Vertrag ist folglich nicht freigestellt.

7. Die F&E-GVO

Erfasst werden hier gemäß Rn. 111 der hLL Vereinbarungen zwischen mindestens zwei Unternehmen, die vom Outsourcing bestimmter FuE-Anstrengungen über die gemeinsame Verbesserung bestehender Technologien bis zur Zusammenarbeit bei Forschung, Entwicklung und Marketing völlig neuer Produkte alles umfassen können. Eine genaue Definition findet sich in Art. 1 (1) (a) F&E-GVO.

Eine F&E-Vereinbarung kann den Wettbewerb zwischen den Vertragsparteien auf den betroffenen Warenmärkten verringern oder dort gar zu kartellrechtswidriger Abstimmung führen. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann in diesem speziellen Fall der Vereinbarung nicht nur bzgl. der gegenständlichen Produkte und Waren auftreten, sie kann auch den Wettbewerb im Bereich der Innovation negativ beeinflussen.

Unabhängig von einer konkreten Prüfung besteht ein *safe harbour* für F&E-Vereinbarungen aufgrund der Freistellungsvermutung der F&E-GVO. Diese findet Anwendung auf Vereinbarungen

- zwischen Unternehmen, die entweder keine Wettbewerber sind oder deren gemeinsamer Marktanteil auf keinem der relevanten Märkte 25 % übersteigt (Art. 4);
- die allen Parteien „für die Zwecke weiterer Forschung und Entwicklung und Verwertung uneingeschränkter Zugang zu den Endergebnissen“ gewähren (Art. 3 (2)); im Falle der getrennten Ergebnisverwertung muss außerdem Zugang zum bereits vorhanden Know-how einer Vertragspartei eingeräumt werden, „sofern dieses Know-how für die Verwertung der Ergebnisse durch die Partei unerlässlich ist“ (Art. 3 (3));
- die eine etwaige gemeinsame Verwertung nur aufbauend auf jenen Ergebnissen vorsehen, die Rechte des geistigen Eigentums oder Know-how darstellen, das dafür unerlässlich ist (Art. 3 (4));
- die keine Kernbeschränkungen des Art. 5 beinhalten.

Zu beachten ist hier eine Besonderheit des relevanten Marktes: Bei F&E zu wichtigen Komponenten von Endprodukten ist u. U. nicht nur der Markt

10. Kap. Kartellrecht

der Komponente, sondern auch der Markt des Endprodukts von Interesse. Wo also bspw. Kfz-Hersteller an der Entwicklung neuer Kfz-Teile gemeinsam arbeiten, ist auch der Automobilmarkt für die kartellrechtliche Prüfung relevant, „*wenn es sich bei der Komponente, die Gegenstand der Forschung und Entwicklung ist, um einen technisch oder wirtschaftlich wesentlichen Bestandteil dieser Endprodukte handelt*“. (hLL, Rn. 115)

Zahlreiche Besonderheiten, die hier aus Platzgründen nicht ausgeführt werden können, finden sich in der einschlägigen F&E-GVO sowie den hLL.

Beispiel

Zwei Hersteller von Komponenten kooperieren im Bereich F&E, um die Leistungsfähigkeit ihrer jeweiligen Komponenten zu verbessern. Produktion und Vertrieb sollen anschließend weiterhin getrennt erledigt werden. Der Marktanteil der Hersteller am OEM-Markt beträgt je 5 %, am IAM-Markt je 10 %.

Angesichts der gemeinsamen Marktanteile auf den jeweils relevanten Märkten (10 % am OEM-Markt, 20 % am IAM-Markt), kann die Vereinbarung bereits – bei Erfüllung auch der weiteren Voraussetzungen, s. oben – nach der F&E-GVO freigestellt werden.

Aber auch bei (zumindest leichtem) Übersteigen der Anteilsschwellen ist eine Wettbewerbsbeschränkung unwahrscheinlich, wobei dies im Einzelfall zu prüfen bleibt.

8. Die SpezGVO

Gemäß ihres Art. 1 (1) (a) sind von dieser GVO Vereinbarungen über „*die einseitige Spezialisierung, eine Vereinbarung über die gegenseitige Spezialisierung oder eine Vereinbarung über die gemeinsame Produktion*“ erfasst. Dies bedeutet: Die Unternehmen (sogar Wettbewerber) vereinbaren entweder

- dass ein Vertragsteil die Produktion bestimmter Produkte einstellt, wobei das spezialisierte, also produzierende Unternehmen zur Lieferung dieser Produkte verpflichtet wird, oder
- dass diese Verpflichtungen gegenseitig (durchaus auch für verschiedene Produkte) gelten sollen, oder
- dass die Produktion jener Produkte überhaupt gemeinsam erfolgt.

Unabhängig der gewählten Form der Spezialisierung kann diese den gesamten Betrieb oder nur manche Teile, Endprodukte oder nur Zwischenprodukte (bzw. -dienstleistungen) betreffen.

In ihrer früheren Entscheidungspraxis tat die EK ihre Ansicht kund, derartige Vereinbarungen beschränkten den Wettbewerb jedenfalls bei Verzicht eines Vertragsteils auf die künftige Produktion. Heute anerkennt sie jedoch mit der aktuellen SpezGVO die auch wettbewerbsfördernde Wirkung, dank derer die spezialisierten Unternehmen „*durch die Ausrichtung auf die Herstellung bestimmter Produkte rationeller arbeiten und die betreffenden Produkte preisgünstiger anbieten können*“. (Erwägungsgrund 6)

Auch für Spezialisierungsvereinbarungen gibt es daher einen *safe harbour* in Form der Freistellungsvermutung des Art. 2 (1) SpezGVO. Diese gilt für Vereinbarungen

- zwischen Unternehmen, deren gemeinsame Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte 20% übersteigt (Art. 3) und
- die keine Kernbeschränkungen des Art. 4 beinhalten.

Bzgl. des relevanten Marktes legt Art. 1 (1) (i) fest, dass dieser bei spezialisierten Zwischenprodukten, „*die eine oder mehrere der Parteien ganz oder teilweise intern für die Produktion nachgelagerter Produkte verwenden*“, auch den nachgelagerten Markt umfasst, zu dem also die nachgelagerten Produkte gehören. Eine davon abweichende Beurteilung würde den Gefahren einer möglichen Marktverschließung und erhöhter Inputpreise nicht gerecht.

Nähere Ausführungen zur Anwendung finden sich in der einschlägigen SpezGVO.

Beispiel

Zwei Teile-Hersteller, die sich als Wettbewerber am Automotivmarkt gegenüberstehen, vereinbaren, dass der erste kein Produkt A mehr herstellen wird. Im Gegenzug wird der zweite Produkt B nicht mehr herstellen. Eine gegenseitige Lieferverpflichtung wird *nicht* vereinbart.

Mangels gegenseitiger Lieferverpflichtung (bei einseitiger Spezialisierung: einseitige Lieferverpflichtung) handelt es sich nicht um eine Spezialisierungsvereinbarung i.S.d. SpezGVO: Ohne eine derartige Klausel könnte der Wettbewerb geschwächt werden, weil sich die Unternehmen vom jeweils nachgelagerten Markt (in Hinblick auf Vertrieb der Spezialisierungsprodukte) zurückziehen müssten. Eine solche Vereinbarung genießt daher nicht den Schutz der Freistellungsvermutung.

9. Die TT-GVO

Art. 1 (1) (c) TT-GVO stellt eine Freistellungsvermutung für zwei Arten von Vereinbarungen auf: zum einen für solche *„über die Lizenzierung von Technologierechten mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer“*, zum anderen für die *„Übertragung von Technologierechten zwischen zwei Unternehmen mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten, bei der das mit der Verwertung der Technologierechte verbundene Risiko zum Teil beim Veräußerer verbleibt“*.

Unterschieden wird zwischen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und jenen zwischen Nicht-Wettbewerbern. Entsprechend der höheren Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung unterliegen Erstere einer strengeren Kontrolle (z.B. Marktanteilsschwellen, Kernbeschränkungen). In beiden Fällen gilt als relevanter Markt jedoch nicht nur der Produkt- sondern gleichermaßen der Technologiemarkt. Unter diesem versteht Art. 1 (1) (k) den *„Markt für die lizenzierten Technologierechte und ihre Substitute“*.

Der *safe harbour* dieser GVO erstreckt sich auf Vereinbarungen

- die Technologietransfer zum Hauptgegenstand haben, welcher wiederum zur Produktion von Waren oder Dienstleistungen dienen muss;
- zwischen Unternehmen, die entweder keine Wettbewerber sind und deren jeweiliger Marktanteil am relevanten Markt 30% nicht übersteigt oder – im Falle von Wettbewerbern – deren gemeinsame Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte 20% übersteigt (Art. 3);
- die keine Kernbeschränkungen des Art. 4 beinhalten (die Freistellung gilt des Weiteren nicht für die Klauseln des Art. 5);
- die nicht in den Anwendungsbereich der Kfz-GVO oder der SpezGVO fallen (Art. 9).

Für Ausnahmen und Spezialitäten sind die einschlägige TT-GVO sowie die dazugehörigen Leitlinien zu konsultieren.

Beispiel

Ein Forschungsinstitut, das selbst keine Waren auf Basis ihrer Patente herstellt, räumt einem Kfz-Hersteller die Nutzung seiner Patente ein, um eine neuartige Materialverarbeitung in dessen neuer Serie zu ermöglichen. Diese Nutzungsmöglichkeit erstreckt sich ebenso auf Zulieferer des Kfz-Herstellers.

Bei den Vertragsparteien handelt es sich vermutlich nicht um Wettbewerber (zu beachten wäre hier auch potenzieller Wettbewerb i.S.d. Art. 1 (1) (n) (ii) TT-

GVO). Es gilt daher die Marktanteilsschwelle von 20%: Wenn sowohl der Hersteller am Produktmarkt als auch das Forschungsinstitut am Technologiemarkt diese Grenze nicht übersteigen und keine Kernbeschränkungen vorliegen, gilt die Freistellungsvermutung. Dass hier auch Zulieferer von der Vereinbarung mitumfasst sind, hindert die Freistellung gemäß Erwägungsgrund 7 der TT-GVO nicht.

Anmerkung: Gem. Art. 8 (d) TT-GVO bestimmt sich der Marktanteil am Technologiemarkt „auf der Grundlage der Verkaufsdaten betreffend die vom Lizenzgeber und seinen Lizenznehmern insgesamt hergestellten Vertragsprodukte“.

10. Individualfreistellung

Eine Individualfreistellungsprüfung ist gerade für den Kfz-Anschlussmarkt, aber auch sonstige Bereiche, wo Unternehmen höhere Marktanteile haben, von erheblicher Bedeutung, insofern als die oben behandelten GVOen dann nicht unmittelbar anwendbar sind.

Allgemein ist für eine Rechtfertigung nach Art. 101 (3) AEUV erforderlich, dass Kunden **Effizienzgewinne** zukommen, welche die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarung überwiegen. Dies ist der Fall, wenn die folgenden vier Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind:

- Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts,
- angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn,
- keine Beschränkungen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und
- keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

Im Einzelfall sind diese Kriterien anhand der dazu erlassenen Kommissionsleitlinien (ABl. 2004/C 101/08) zu prüfen. Für die Anwendung des deutschen Kartellrechts ist bemerkenswert, dass eine zusätzliche Rechtfertigung in Form des sogenannten Mittelstandskartells gem. § 3 GWB besteht.

Im Kontext der Individualfreistellung stellt sich für die Automobilindustrie häufig die Frage, wie ein Werkstätten- oder Vertriebssystem in Konformität mit Art. 101 (1) AEUV ausgestaltet werden kann. Dabei steht der Selektivvertrieb im Vordergrund, auf den im Folgenden näher eingegangen wird.

10. Kap. Kartellrecht

11. Selektiver Vertrieb

Unter Selektivvertrieb ist nach der Definition in Art. 1 (1) (i) Kfz-GVO zu verstehen:

„Vertriebssysteme, in denen sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind.“

Im Sinne dieser festgelegten Merkmale verlangte der EuGH in der Entscheidung C-158/11 Auto24/Jaguar nach Kriterien, *„deren genauer Inhalt überprüft werden kann“*, wobei eine derartige Überprüfbarkeit jedoch nicht verlangt, *„dass diese veröffentlicht werden“*.

Ein solches System beinhaltet naturgemäß Einschränkungen: Markenware des Herstellers ist außerhalb des selektiven Vertriebssystems grundsätzlich nicht verfügbar. Daraus ergibt sich eine besondere Marktposition des jeweiligen Händler- bzw. Werkstattnetzes. Diese können dennoch maßgeblichem Wettbewerbsdruck von Seiten unabhängiger Werkstätten ausgesetzt sein, wenn letztere potenziell zugelassen werden können. Essentiell ist daher die Frage des Zugangs zu solchen Netzwerken.

Bei der Prüfung dieser Einschränkungen unterscheidet das Kartellrecht zwischen quantitativem und qualitativem Selektivvertrieb:

a) Quantitativer Selektivvertrieb

In einem quantitativen Selektivvertrieb wird die Anzahl der zugelassenen Händler oder Werkstätten mittelbar oder unmittelbar begrenzt, indem beispielsweise eine konkrete Maximalanzahl oder Mindestverkaufszahlen festgelegt werden. Im Gegensatz zum qualitativen Selektivvertrieb müssen diese Merkmale jedoch nicht *„zwingend objektiv und nicht diskriminierend“* sein (EuGH, Rs. C-158/11 Auto24/Jaguar, Rn. 35).

Die EK steht solchen Netzen grundsätzlich kritisch gegenüber, eine gewissenhafte Prüfung des Einzelfalls zur Frage der Freistellbarkeit ist geboten.

Beispiel

Ein Hersteller von Einparkhilfen entwickelt ein Produkt, dessen Verkauf kostenintensive Personalschulungen verlangt. Diese sind von den zugelassenen Händlern selbst zu organisieren und zu finanzieren. Im Gegenzug dazu lässt der Hersteller je 100 Stück zu erwartendem Absatz in einem Gebiet jeweils nur einen Händler zu.

Es handelt sich hier um ein quantitativ-selektives Vertriebssystem. Eine Freistellung nach Art. 101 (3) AEUV ist nicht ausgeschlossen, wenn die Maßnahmen beispielsweise der Amortisierung von Investitionen dienen oder Ressourcen optimieren.

Für den Neuwagenmarkt geht die EK in Rn. 65 der KfzLL davon aus, dass quantitativ-selektiver Vertrieb die Voraussetzungen für eine Individualfreistellung erfüllt, wenn die Marktanteile der Vertragspartner 40% nicht überschreiten.

b) Qualitativer Selektivvertrieb

In rein qualitativ-selektiven Vertriebssystemen liegt in der Regel keine Wettbewerbsbeschränkung, die Art. 101 (1) AEUV zuwiderläuft.

Ein rein qualitativ-selektiver Vertrieb wurde vom Europäischen Gericht erster Instanz („EuG“) beispielsweise in der Entscheidung T-88/92 *Groupeement d’achat Édouard Leclerc*/Kommission beschrieben. Für das Vorhandensein eines solchen in der Automobilindustrie hat die EK in Rn. 43 der KfzLL folgende Kriterien festgelegt:

- Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts bedingt einen selektiven Vertrieb (d.h. ein solches Vertriebssystem ist ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts);
- Händler oder Werkstätten werden aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt, die für alle potenziellen Wiederverkäufer einheitlich festzulegen und unterschiedslos, d.h. nicht diskriminierend anzuwenden sind;
- die aufgestellten Kriterien gehen nicht über das hinaus, was erforderlich ist.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller erstellt sog. „Markenstandards“, Mindestvoraussetzungen für Werkstätten, die in sein Netz zugelassen werden wollen. Diese beziehen sich auf technische Befähigungen (Mindestausbildung der Angestellten, Vorhandensein bestimmter Maschinen, Verpflichtung zur regelmäßigen Sicherheitsüberprüfung etc.) und die Angemessenheit seiner Räumlichkeiten (Einhalten der Sicherheitsstandards, Parkmöglichkeit innerhalb abgeschlossener Hallen oder Areale, Anbringen von Hersteller-Logos etc.).

Die oben aufgeführten Verpflichtungen rufen *a priori* keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervor. Eine Einzelfallprüfung ist jedoch unerlässlich.

10. Kap. Kartellrecht

Allerdings kann eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch im Rahmen eines Netzes paralleler rein qualitativ-selektiver Vertriebssysteme entstehen. Eine solche Gefahr sieht die EK, *„wenn ihre Zahl keinen Raum mehr lässt für andere Vertriebsformen“*. (KfzLL, FN 1 zu Rn. 43) Zwar schließt sie eine solche Situation am Neuwagenmarkt (derzeit) aus; für den Bereich des Anschlussmarktes sind jedoch in jeder Art des Selektivvertriebs zusätzlich folgende Kriterien sicherzustellen:

aa) Zugang unabhängiger Marktteilnehmer zu technischen Informationen

Früher wurde diese Bedingung als Kernbeschränkung des Art. 4 (2) direkt in der VO 1400/2002 vorgeschrieben, im Regime der aktuellen Kfz-GVO findet sich eine solche explizite Regelung nicht mehr. Nichtsdestotrotz muss Dritten dieser Zugang zu technischer Information gewährt werden: Im Rahmen der einschlägigen VO 715/2007 und VO 595/2009 ist der Zugang im speziellen Kontext der Festlegung von Emissionsgrenzwerten geregelt. (Auf die oben genannten einschlägigen Verordnungen verweist nicht die Kfz-GVO selbst, sie werden aber in den KfzLL, besprochen. Dabei handelt es sich um eine Referenz, die auch für Fälle der vor den darin genannten Stichtagen zugelassenen Wägen Anwendung findet.) Auch außerhalb dieses Kontexts ist es jedoch allgemein unrealistisch, dass ein Hersteller die nunmehr für die Freistellung geltende 30%-Schwelle unterschreitet; eine Freistellung der Weigerung der Informationsweitergabe ist somit ohnehin nicht anzunehmen, ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden dahingegen möglich. So erreichte die Kommission im Jahr 2007 (noch unter der VO 1400/2002) von einer Reihe namhafter Kfz-Hersteller eine Anpassung ihrer jeweiligen Informationssysteme. Diese Anpassungen wurden von der Kommission als Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt (EK, COMP/E-2/39.140 DaimlerChrysler; COMP/E-2/39.141 Fiat; COMP/E-2/39.142 Toyota; COMP/E-2/39.143 Opel).

In den KfzLL äußert die EK die Ansicht, dass selbst qualitativ-selektive Vertriebssysteme überwiegend wettbewerbsschädliche Auswirkungen haben können (und damit auch nicht von der Freistellung nach Art. 101(3) profitieren sollten), wenn sie zum Marktausschluss oder zur Schwächung der Marktposition der unabhängigen Marktteilnehmer führen.

Eine solche Gefahr besteht ihrer Ansicht nach genau dort, wo ein Kfz-Hersteller unabhängigen Marktteilnehmern einen *„angemessenen Zugang zu seinen markenspezifischen, für die Instandsetzung und Wartung erforderlichen technischen Informationen“* vorenthält (KfzLL, Rn. 62–64).

Zu dieser Spezialität der Automobilbranche enthalten die KfzLL einige wesentliche Begriffsdefinitionen:

- Begünstigte sind *„unabhängige Werkstätten, Ersatzteilehersteller und -händler, Hersteller von Werkstattausrüstung oder Werkzeugen, Herausgeber von technischen Informationen, Automobilclubs, Pannenhilfsdienste, Anbieter von Inspektions- und Prüfdienstleistungen und Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung für Werkstattmitarbeiter“*.
- Technische Information ist z. B. *„Software, Fehlercodes und sonstige Parameter einschließlich entsprechender Updates, die erforderlich sind, um in elektronischen Steuergeräten vom Anbieter empfohlene Einstellungen vorzunehmen oder wiederherzustellen, Kraftfahrzeug-Identifizierungsnummern und andere Kraftfahrzeug-Identifizierungsmethoden, Teilekataloge, Instandsetzungs- und Wartungsverfahren, Arbeitslösungen, die sich aus praktischen Erfahrungen ergeben und sich auf typische Probleme bei einem bestimmten Modell oder einer bestimmten Serie beziehen, sowie Rückrufanzeigen und sonstige Mitteilungen über Reparaturarbeiten, die innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten kostenlos durchgeführt werden können (...), Ersatzteilnummer[n] und [andere] Informationen, die erforderlich sind, um das korrekte Ersatzteil mit Markenzeichen des Kraftfahrzeugherstellers für ein bestimmtes Kraftfahrzeug zu ermitteln (d. h. das Teil, das der Kraftfahrzeughersteller in der Regel den Mitgliedern seines Netzes zugelassener Werkstätten zur Instandsetzung des betreffenden Fahrzeugs liefern würde)“*.

Gemäß Rn. 65 der KfzLL ist diese jedoch nur unter den folgenden Bedingungen weiterzugeben:

- Abzugrenzen ist technische von lediglich kommerzieller Information. Letztere wird zwar *„zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen genutzt [ist dafür aber] nicht erforderlich“* und darf vor-enthalten werden.
- Auch ist Zugang zu technischer Information nur geboten, wenn diese letztlich tatsächlich für eine Reparatur genutzt wird. So darf beispielsweise Information zu Design, Produktionsverfahren oder Materialwahl für Ersatzteile dem zugelassenen Netz vorbehalten bleiben.
- Des Weiteren muss die fragliche Information von gewisser Bedeutung sein, sie muss sich *„erheblich auf die Fähigkeit unabhängiger Marktteilnehmer auswirken“*, ihre Tätigkeit auszuüben.

10. Kap. Kartellrecht

- Schließlich gilt es außerdem einen diskriminierungsfreien Zugang sicherzustellen, der unabhängige Marktteilnehmer nicht gegenüber zugelassenen Werkstätten oder Händlern benachteiligt.

Ist Zugang zur Information nach obigen Kriterien geboten, so hat er gemäß Rn. 67 der KfzLL

- auf Anfrage,
- ohne ungebührliche Verzögerung,
- in verwendungsfähiger Form, sowie
- zu einem Preis, der nicht in Ignoranz des Nutzungsausmaßes vom Zugang zur Information abschreckt

zu geschehen.

bb) Kein Missbrauch von Gewährleistungen

In den einschlägigen Leitlinien stellt die EK klar, dass ein Selektivsystem außerdem dann Wettbewerbsbedenken hervorruft, wenn es nicht unter die Gewährleistung fallende Reparaturen den Mitgliedern des Netzes zugelassener Werkstätten vorbehält oder für solche Reparaturen nur Originalersatzteile verwendet werden dürfen (Rn. 69).

Beispiel

Ein Importeur macht die gesetzliche oder erweiterte Gewährleistung davon abhängig, dass der Kfz-Inhaber jedwede Reparatur nur innerhalb des Netzes (alternativ: nur unter Verwendung von Markenersatzteilen des Herstellers) durchführen lässt.

Grundsätzlich dürfen nur solche Reparaturen der Vertragswerkstatt vorbehalten werden, die von der Garantie/Gewährleistung umfasst sind. Eine Individualfreistellung ist daher unwahrscheinlich.

Als nicht erschwerend wertet die EK jedoch weiterhin die Verweigerung der Gewährleistung, wenn der zu behebbende Fehler auf eine unsachgemäße Reparatur durch eine nicht zugelassene Werkstätte oder die Qualität eines Alternativersatzteils zurückzuführen ist.

cc) Zugang zu den Netzen der zugelassenen Werkstätten

Obwohl sich dies bereits aus den oben ausgeführten allgemeinen Überlegungen zum selektiven Vertriebssystem ergibt, wird in den KfzLL zum Selektivvertrieb in der Automobilindustrie nochmals explizit hervorgehoben: Die Freistellung setzt den freien Zugang zu einem Netz zugelassener Teilnehmer für *all jene* voraus, die gewissen qualitativen Kriterien gerecht

werden. Quantitative Kriterien sollten nicht herangezogen werden, da sie die Freistellung äußerst unwahrscheinlich machen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde mit der aktuellen Kfz-GVO allerdings für den Markteintritt neuer Anbieter geschaffen. Sie gilt für Vereinbarungen, die Werkstätten nur dann zum Netz zulassen, wenn sie auch Neuwagen vertreiben. Dies wäre unter normalen Umständen als Wettbewerbsbeschränkung zu werten. Im Rahmen einer Markeneinführung ist ein solcher Vertrag nach Rn. 71 der KfzLL jedoch zulässig, da er es dem Hersteller ermöglicht, *„Händler zu finden, die bereit sind, die erforderlichen Investitionen zu tätigen“*. Dies wird als notwendig erachtet, um Händler bzw. Werkstättenpartner zu motivieren, die notwendigen Investitionen zugunsten der daraus entstehenden wirtschaftlichen Vorteile – ohne Angst vor Trittbrettfahrern – vorzunehmen.

Auf den markenspezifischen Anschlussmarkt kann eine solche Vereinbarung keine negativen Auswirkungen haben, weil er ohne diese Vereinbarung und die damit verbundene Markterschließung gar nicht bestünde.

Beispiel

Ein Kfz-Hersteller verpflichtet Werkstätten in einem bereits bespielten geographischen Markt, auch Neuwagen zu verkaufen.

Dies wird als Wettbewerbsbeschränkung zu werten sein. Von einem bereits etablierten Hersteller ausgehend ermöglicht ein solcher Vertrag gerade keine Einführung einer neuen Marke, weshalb die negativen Auswirkungen überwiegen und eine Freistellung nicht infrage kommt.

12. Marktmachtmissbrauchsverbot

Während das Kartellverbot nur für zwei- oder mehrseitige Zusammenarbeit zwischen Unternehmen gilt, betrifft das Marktmachtmissbrauchsverbot auch echtes einseitiges Handeln. Allerdings unterliegen nicht alle Unternehmen den strengeren Vorgaben des Missbrauchsverbots. Voraussetzung für dessen Eingreifen ist vielmehr das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Darunter versteht die ständige Rechtsprechung eine wirtschaftliche Machtstellung, die ein Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern und Abnehmern, sowie letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. In der Praxis sind vor allem Marktanteile ein wichtiges Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Nach europäischem Kartellrecht wird das Vorliegen

10. Kap. Kartellrecht

einer solchen Stellung ab einem Marktanteil von 50% widerleglich vermutet (EuGH, Rs. C-62/86 AKZO, Rn. 65). In verschiedenen Mitgliedstaaten der EU bestehen niedrigere Vermutungsschwellen, etwa in Deutschland bei einem Marktanteil von 40%.

Neben der Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen kann das Missbrauchsverbot auch im Falle der gemeinsamen Marktbeherrschung greifen. Damit sind Fälle gemeint, in denen die Reaktionsverbundenheit zwischen Unternehmen auf einem oligopolistisch geprägten Markt zu einem Gleichgewichtspreis führt, der höher liegt als der Wettbewerbspreis. Dies kann insbesondere dann vorliegen, wenn erstens der Markt hinreichend transparent ist, damit die Mitglieder des Oligopols die Einheitlichkeit ihres Verhaltens überwachen können, zweitens hinreichende Abschreckungsmittel bestehen, die ein Abweichen von diesem Verhalten unattraktiv machen, und drittens Außenseiterwettbewerber und Nachfragemacht nicht in der Lage sind, hinreichenden Druck auf das Oligopol auszuüben (EuGH, Rs. C-413/06 P Impala, Rn. 123). Auf europäischer Ebene gibt es zwar keine Vermutungsschwellen für das Vorliegen einer gemeinsamen Marktbeherrschung, wohl aber bestehen gesetzliche Vermutungen auf nationaler Ebene. So wird nach deutschem Recht eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung (widerleglich) vermutet, wenn drei oder weniger Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von 50%, oder fünf oder weniger Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

Das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen unterliegt besonderen kartellrechtlichen Einschränkungen. Dieses umfasst einerseits die Schädigung von Kunden durch unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen, oder durch Diskriminierung zwischen Kunden (sog. „Ausbeutungsmissbrauch“). In der Praxis deutlich wichtiger sind aber Verhaltensweisen von Marktbeherrschern, die der Behinderung von Wettbewerbern dienen (sog. „Behinderungsmissbrauch“). Unter die Kategorie der Behinderungsmissbräuche fällt eine breite Palette an Verhaltensweisen, die zur Abschottung von Wettbewerbern beitragen kann. So unterliegen exklusive Kundenbindungen anders als bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen nicht bloß Laufzeitbeschränkungen, sondern sind vielmehr grundsätzlich verboten. Dasselbe gilt für Kunden gewährte Rabatte, die an den exklusiven Bezug beim Marktbeherrscher gebunden sind (EuG, Rs. T-286/09 Intel, Rn. 77). Doch auch ohne eine derartige Exklusivbindung unterliegt die Preisgestaltung marktbeherrschender Unternehmen nach dem Missbrauchsverbot gewissen Schranken. Kampfpreise, das sind Preise unter der durchschnittlichen variablen (vermeidbaren) Kosten des Marktbeherr-

schers, sind jedenfalls verboten; Preise, die über diesem Niveau, aber unterhalb den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, dann, wenn sie Teil eines Plans zur Abschottung von Wettbewerbern sind. Rabatte können selbst dann missbräuchlich sein, wenn das Unternehmen insgesamt weiterhin Profite erzielt, falls sie eine „Sogwirkung“ für weitere Käufe seitens der Kunden bewirken. Auch die Bündelung mehrerer Produkte kann nach dem Missbrauchsverbot problematisch sein, insbesondere wenn das marktbeherrschende Unternehmen dadurch seine Marktmacht auf das bislang nicht beherrschte Produkt erstreckt. Schließlich kann sich aus dem Missbrauchsverbot ein Kontrahierungszwang ergeben, der Marktbeherrscher verpflichtet, Vorprodukte an Wettbewerber zu liefern.

Im Vergleich zum Kartellverbot ist die Praxis zum Missbrauchsverbot noch stärker kasuistisch und von den Umständen des Einzelfalls geprägt. Ein guter Überblick über die wesentlichen Missbrauchstypen findet sich in der sog. Prioritätenmitteilung der Kommission. In Rechtsprechung und Lehre nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob der auf dem „as efficient competitor standard“ aufbauende Ansatz der Prioritätenmitteilung den Inhalt des Missbrauchsverbots vollständig erfasst. Nach diesem Standard ist Verhalten nur dann als missbräuchlich anzusehen, wenn es geeignet ist, zur Abschottung zumindest gleich effizienter Unternehmen wie dem Marktbeherrscher zu führen. Die Verdrängung weniger effizienter Wettbewerber wäre demnach grundsätzlich zulässig. Ob dieser Standard in jedem Fall ausschlaggebend ist, wird in der jüngeren Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Hingegen sind Exklusivitätsrabatte seit der Entscheidung T-286/09 Intel des EuG verboten, selbst wenn die Kosten nicht unterschritten werden und der Marktbeherrscher profitabel arbeitet.

In jedem Fall steht es marktbeherrschenden Unternehmen frei, eine objektive Rechtfertigung für ihr Verhalten vorzubringen. Eine solche kann insbesondere in Effizienzvorteilen, welche die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zumindest aufwiegen, bestehen. Doch auch andere Rechtfertigungen sind denkbar; etwa die Rechtfertigung einer Lieferverweigerung wegen Vertragsverstößen des Kunden in der Vergangenheit oder der Weigerung, angemessene und übliche Sicherheiten zu leisten.

III. Compliance

Kartellrechtsverstöße sind aufgrund der teils sehr hohen Unternehmensgeldbußen oft Gegenstand der Medienberichterstattung. Auf EU-Ebene sowie in den meisten EU-Mitgliedstaaten verfügen die Wettbewerbsbehörden über die Befugnis, Geldbußen von bis zu 10% des konsolidierten Konzern-

10. Kap. Kartellrecht

umsatzes zu verhängen. Gerade die von der EK verhängten Bußen sind oft sehr hoch: So wurden 2008 Geldbußen von insgesamt 1,3 Mrd. Euro gegen Autoglas-Zulieferer wegen Marktaufteilung und Austausch wettbewerblich sensibler Informationen verhängt. Im Jahr 2013 wurde ein Kartellvergleichsverfahren wegen des Verdachts eines Ausschreibungskartells mit einer Geldbuße von 141 Mio. Euro gegen Zulieferer von Kabelbäumen beendet.

Über die Unternehmensgeldbuße hinaus bestehen für Mitglieder der Unternehmensführung (Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder) zum Teil auch persönliche Risiken. In verschiedenen Staaten werden Kartelle sogar strafrechtlich verfolgt: So sind horizontale Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungskartelle etwa in den USA und dem Vereinigten Königreich mit Freiheitsstrafen bedroht. In Deutschland und Österreich bestehen Strafdrohungen für Absprachen bei Ausschreibungen. Ferner kann das Bundeskartellamt nach Ordnungswidrigkeitenrecht auch Geldbußen von bis zu 1 Mio. Euro über Einzelpersonen verhängen. Solche Bußen können sowohl die unmittelbar an dem Verstoß beteiligten Mitarbeiter treffen, als auch wegen Verletzung der Aufsichtspflicht gegen den Betriebsinhaber und gegen das betriebliche Führungspersonal verhängt werden.

Angesichts der hohen Geldstrafen und weiterer Sanktionen empfiehlt sich daher ganz grundsätzlich, ein umfassendes Compliance-Programm im Unternehmen zu etablieren. Dies betrifft Maßnahmen *„wie etwa Verhaltensrichtlinien für den Umgang mit Wettbewerbern, Lieferanten und Abnehmern, Vorbereitung des Unternehmens auf eine mögliche Hausdurchsuchung, Richtlinien für den Umgang mit dem Anwaltsprivileg, das zumindest im europäischen Kartellrecht zum Tragen kommt“* und viele weitere (vgl. Ablasser-Neuhuber/Neumayr, Compliance und Kartellrecht, in: Napokoj, Risikominimierung durch Corporate Compliance, Wien 2010, S. 125 ff.). In der Folge wird zunächst knapp dargestellt, welche Auswirkungen ein erfolgreiches Compliance-Programm auf Risiken für das Unternehmen und sein Führungspersonal haben kann. Anschließend wird ein kurzer Überblick über die Anforderungen an ein solches Programm gegeben.

1. Auswirkungen auf die Unternehmensgeldbuße

Die Verhängung von Bußen setzt einen schuldhaften (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Kartellrechtsverstoß voraus. Die Rechtsprechung des EuGH baut jedoch auf einem sehr weiten Verschuldensbegriff auf; insbesondere setzt Verschulden kein Handeln oder Unterlassen von Mitgliedern der Unternehmensleitung voraus. Auf dieser Grundlage erscheint die Einrichtung

eines Compliance-Systems nicht geeignet, zu einem Entfall des Verschuldens zu führen.

Davon zu trennen ist die Frage, ob Wettbewerbsbehörden Compliance-Programme bei der Bemessung von Unternehmensgeldbußen strafmildernd berücksichtigen sollten. Diese Frage ist umstritten und wird in der Praxis von Land zu Land unterschiedlich gelöst. Während das Bestehen eines (bestimmten Voraussetzungen entsprechenden) Compliance-Programms in den USA zu einer erheblichen Minderung führen kann, lehnt die Rechtsprechung auf EU-Ebene eine Minderung der von der EK verhängten Bußen ab. Auf nationaler Ebene ist die Rechtslage selbst innerhalb der EU uneinheitlich: Die meisten Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, folgen dem Vorbild der EK und lehnen eine Milderung der Geldbuße wegen des Bestehens eines Compliance-Programms ab. Manche Mitgliedstaaten, darunter Italien und das Vereinigte Königreich, sind hingegen bereit, für qualifizierte Compliance-Maßnahmen Abschläge von der Geldbuße vorzunehmen. Für international tätige Unternehmen kann ein Compliance-Programm daher zumindest in manchen Jurisdiktionen bußmindernd wirken.

2. Auswirkungen auf die Haftung von Mitgliedern der Unternehmensführung

Die Bußdrohung nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht trifft neben unmittelbar Tatbeteiligten auch Aufsichtspflichtige. Die Aufsichtspflicht kann vorsätzlich, aber auch fahrlässig verletzt werden. Die Anforderungen (dazu näher 3. unten) hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Der Aufsichtspflichtige muss allerdings nur zumutbare Maßnahmen treffen; diese müssen nicht so einschneidend sein, dass vorsätzliche Verstöße gegen betriebliche Pflichten in jedem Fall verhindert werden.

Über das Risiko einer Buße nach Ordnungswidrigkeitenrecht hinaus besteht für Mitglieder der Unternehmensführung aber auch das Risiko einer zivilrechtlichen Haftung. Dabei ist zwischen der Haftung gegenüber der Gesellschaft selbst und der Haftung gegenüber Dritten zu unterscheiden.

Nach einem jüngeren Urteil des OLG Düsseldorf können Geschäftsführer gegenüber Geschädigten (d.h. im Außenverhältnis) gem. § 830 BGB mit der Gesellschaft gesamtschuldnerisch für Kartellrechtsverstöße haften, wenn sie sich vorsätzlich an dem Verstoß beteiligen (OLG Düsseldorf 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13). Bei vorsätzlicher Beteiligung eines Geschäftsführers wird das Bestehen eines Compliance-Systems freilich die Haftung nicht ausschließen können.

10. Kap. Kartellrecht

Umso wichtiger ist das Bestehen eines Compliance-Systems für die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Zwar hat das Landesarbeitsgerichts Düsseldorf jüngst im Fall *ThyssenKrupp* eine Regresshaftung des Geschäftsführers für eine gegen die Gesellschaft verhängte Unternehmensgeldbuße ausgeschlossen (LAG Düsseldorf 20.1.2015 – 16 Sa 459/14). Doch auch wenn eine „Weiterreichung“ der Buße somit nach deutschem Recht ausscheiden dürfte, erscheint eine Haftung wegen Verletzung der Organisations- und Aufsichtspflicht weiterhin möglich. Eine solche Haftung wurde im Fall *Siemens* vom LG München I mit der Begründung bejaht, das dort beklagte ehemalige Vorstandsmitglied habe trotz wiederholter ihm zur Kenntnis gebrachter Gesetzesverletzungen keine ausreichenden Maßnahmen zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen, deren Abstellung und der Ahndung der betroffenen Mitarbeiter eingeleitet (LG München I 10.12.2013 – 5HK O 1387/10, 5HK O 1387/10). Auch wenn dieser Fall nicht Kartellrecht, sondern den Bereich der Korruptionsbekämpfung betraf, erscheint diese Wertung auch auf Kartellrechtsverstöße übertragbar, so dass bei unzureichenden Compliance-Maßnahmen grundsätzlich das Risiko einer Haftung wegen Sorgfaltspflichtverletzung besteht.

3. Anforderungen an Compliance-Programme

Die Anforderungen an ein effektives Compliance-System haben sich einerseits in der Praxis herausgebildet. Andererseits wird in der Rechtsprechung zum deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht wie auch in von verschiedenen Wettbewerbsbehörden herausgegebenen Leitlinien (z. B. Guidelines Manual der United States Sentencing Commission, Guidance: How your business can achieve compliance with competition law des UK Office of Fair Trading („OFT“) und Line Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie der italienischen Autorità Garante della Concorrenza) der relevante Sorgfaltsmaßstab näher definiert. In der Folge soll ein kurzer Überblick über die wesentlichen Anforderungen gegeben werden.

Zu den allgemein erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehört die Auswahl zuverlässiger Personen für die betriebliche Pflichtenkontrolle, wobei sich die Organisationsstruktur des Programms bis in die Führungsebene ziehen muss. Notwendig sind außerdem Compliance-Schulungen für Mitarbeiter, die über das Compliance-System, die Rechtslage sowie Folgen von Verstößen informieren. Das OFT räumt hierzu ein, dass die konkrete Ausgestaltung wohl von Größe und Risiken des jeweiligen Unternehmens abhängen wird. Des Weiteren bedarf es eines konsequenten Monitorings, das die Ef-

fizienz des Compliance-Systems regelmäßig überprüft und es ermöglicht, Verstöße aufzuspüren (auch stichprobenartige Kontrollen sind denkbar). Dies ist auch insbesondere deshalb wichtig, weil das notwendige Maß der Aufsicht im Einzelfall zu beurteilen ist, wobei als Faustregel gilt: *„Je konkreter die Verstöße zu befürchten sind, desto detaillierter muss die Aufsicht organisiert werden.“* (Raum, § 81 GWB, in: Langen/Bunte, Kartellrecht II, Rn. 27) Dazu wird bereits vor Einführung des Compliance-Programms ein Risk Assessment nötig sein, das die Gegebenheiten im konkreten Wirtschaftszweig und Umfeld berücksichtigt. Wie bereits oben angedeutet wird hier eine Grenze mittels des Kriteriums der Zumutbarkeit gezogen.

Ist ein Verstoß bereits eingetreten, sind Gegenmaßnahmen nach Ansicht des BGH (BGH, 10.11.1992 „Allgemeine Aufsichtsmaßnahmen“ wistra 1993, 110) zu setzen sowie Prävention *pro futuro* einzuleiten. Aufsichtsmaßnahmen sind sodann im gesamten Unternehmen durchzuführen, auch wenn die Kartellrechtsverletzung nur in einzelnen Niederlassungen entdeckt wurde oder aufgetreten ist. Nach einem anderen Urteil des BGH (BGH, 11.11.2008, Rn. 13 f., WuW/E DE-R 2579) kann das Risiko zur Verletzung der Aufsichtspflicht verringert werden, indem der Rat eines spezialisierten Rechtsvertreters eingeholt wird (wenn dies auch keinen Freischein bedeutet und eine „Alibi-Konsultation“ jedenfalls nicht ausreichen wird).