

Anlage 1: Rechtliche Grundlagen

I. Vorbemerkung

1. Internationales Recht und Auswirkungsprinzip

Grundlage des vorliegenden Compliance-Kodex 2021 und der nachfolgenden Darstellung ist das deutsche, österreichische und europäische Kartellrecht.

Die Kartellrechtsregime anderer Staaten (insbesondere Schweiz) können zwar grundsätzlich auch auf Verhaltensweisen, welche im Geschäftsbetrieb von ADA auftreten, Anwendung finden. Für die vorliegende Erläuterung der rechtlichen Grundlagen ist allerdings die Beschränkung auf das deutsche, österreichische und europäische Kartellrecht zweckmäßig, weil zum einen der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit von ADA in Europa und dabei vornehmlich auf Deutschland und Österreich liegt. Zum anderen würde die Berücksichtigung der Kartellrechtsregime verschiedener Länder zu einer Unübersichtlichkeit führen, welche dem Zweck des Compliance-Programms, namentlich der Sicherstellung eines kartellrechtskonformen Verhaltens durch ADA, zuwider liefe.

In Bezug auf das deutsche, österreichische und europäische Kartellrecht ist kein Widerspruch zu befürchten, weil diese Rechtsregime weitgehend einheitlich geregelt sind.

Mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle im Juli 2005 hat der Gesetzgeber das deutsche und österreichische Kartellrecht weitgehend an das europäische Kartellrecht angeglichen. Dies gilt insbesondere für das Kartellverbot. Dabei hat der deutsche und österreichische Gesetzgeber die bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Sonderregelungen für vertikale Verhaltensweisen abgeschafft und diese dem allgemeinen Kartellverbot unterstellt. Zugleich hat der Gesetzgeber das bis zu diesem Zeitpunkt in Deutschland und Österreich geltende System der Administrativfreistellung zugunsten des Systems der Legalausnahme aufgegeben, nach welchem es den Unternehmen selbst obliegt, ihr Verhalten dahingehend zu untersuchen, ob

- das Verhalten grundsätzlich unter das Kartellverbot fällt und
- das Verhalten gegebenenfalls vom Kartellverbot freigestellt ist, weil es

sich in wettbewerbsfördernder Weise auswirkt.

Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle im Juni 2017¹ hat der deutsche Gesetzgeber das deutsche Kartellrecht weiter an das europäische Kartellrecht angeglichen. Ziel der 9. GWB-Novelle, welcher die Richtlinie 2014/104/EU (Schadensersatz-RL) zugrunde liegt war es zum einen, durch Angleichung der nationalen Normen zu verhindern, dass sich Unterschiede in den Vorschriften für Schadensersatzklagen zwischen den nationalen Vorschriften weiter verstärken.² Zum anderen setzt die Schadensersatz-RL die Intention der Kommission um, privaten Schadensersatzklagen, als zweite Säule neben dem öffentlich-rechtlichen Sanktionssystem, einen bedeutenden Beitrag zur Durchsetzung europäischer Wettbewerbsvorschriften beizumessen. Eines der Kernelemente der Richtlinie stellt daher die Vorgabe zur Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer³, also solcher Abnehmer nachgelagerter Marktstufen dar, welche keine direkte vertragliche Beziehung zum schadensverursachenden Kartellant unterhielten. Auch der österreichische Gesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie in der Folge entsprechend umgesetzt.

Weiterhin sind keine Widersprüche zwischen dem deutschen und österreichischen Kartellrecht auf der einen und dem europäischen Kartellrecht auf der anderen Seite zu befürchten, weil der Europäische Gerichtshof in dem Urteil *Walt Wilhelm*⁴ entschieden hat, dass das deutsche und das europäische Kartellrecht grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind. Für den Fall, dass Widersprüche zwischen den nationalen Kartellrechtsregimen und demjenigen der Europäischen Union besteht, genießt das europäische Kartellrecht Vorrang. Dieser in dem Urteil *Walt Wilhelm* aufgestellte Grundsatz gilt nicht nur im Verhältnis zum deutschen Kartellrecht, sondern zum Kartellrecht aller Mitgliedsstaaten. Damit ist ein Widerspruch zwischen dem Europäischen Kartellrecht und demjenigen eines Mitgliedsstaates ausgeschlossen.

In Bezug auf die Kartellrechtsregime von Nationalstaaten außerhalb der Europäischen Union bestehen derartige Kollisionsregelungen nicht. Jedoch wurde im Schweizer Recht bereits die ursprünglich im Jahr 2002 bekannt gemachte „Vertikalbekanntmachung“ revidiert und trat in ihrer neuen Fassung am 1. Januar 2008 in Kraft. Die revidierte Vertikalbekanntmachung bewirkte eine weitgehende Harmonisierung mit dem EU-Wettbewerbsrecht und sollte vorrangig die Rechtssicherheit für Schweizer Unternehmen erhöhen.

¹ BGBl. 2017 I, S. 1416 ff.

² Vgl. Erwägungsgrund 9 der RL 2014/104/EU.

³ Vgl. Erwägungsgrund 13, 41 der RL 2014/104/EU.

⁴ EuGH, Urteil vom 13.02.1969, Rs. 14/68 = Slg 1969, I Rn. 4 = GRUR Int 1969, 264 – *Walt Wilhelm*.

Dies ist insoweit von Bedeutung, als eine Vielzahl von Kartellrechtsregimen auf das sogenannte Auswirkungsprinzip abstellen, wodurch die Situation eintreten kann, dass das Kartellrecht eines anderen Staates auf Verhaltensweisen von ADA anwendbar ist, das die Verhaltensweise abweichend vom deutschen, österreichischen/europäischen Kartellrecht bewertet.

Das *Auswirkungsprinzip* besagt, dass sich der Anwendungsbereich eines Kartellrechtsregimes auch auf alle Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt, die im Ausland veranlasst sind und sich im Inland auswirken.⁵ Dieses auch im deutschen und österreichischen Kartellrecht anerkannte Prinzip (vgl. § 185 Abs. 2 GWB in Deutschland) wird nur durch allgemeine völkerrechtliche Grundsätze begrenzt, nach welchen es anderen Mitgliedsstaaten insbesondere untersagt ist, sich in die inneren Angelegenheiten eines fremden Staates einzumischen. Dieses Verbot kollidiert allerdings in aller Regel nicht mit dem Auswirkungsprinzip, wenn sich eine wettbewerblich relevante Verhaltensweise tatsächlich im Staatsgebiet des betroffenen Staates auswirkt.

Vor diesem Hintergrund müssen bei sämtlichen Verträgen und sonstigen Verhaltensweisen (beispielsweise Preisverhandlungen), die sich in einem außereuropäischen Staat auswirken, auch das Kartellrecht des betreffenden Staates berücksichtigt werden.

2. Relevante Regelungsgegenstände des deutschen und europäischen Kartellrechts

Grundsätzlich sehen das deutsche und das europäische Kartellrecht drei wesentliche Regelungsgegenstände vor, namentlich

- das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB, § 1 KartG),
- das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB, § 5 KartG) und
- die Fusionskontrolle (FKVO⁶, §§ 35 ff. GWB, § 7 ff. KartG).

Für den vorliegenden Compliance-Kodex 2021 spielt hauptsächlich das Kartellverbot eine Rolle.

⁵ Mäsch, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, § 185, Rn. 12.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1 vom 29.01.2004 (nachfolgend „FKVO“).



Das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot findet grundsätzlich nur auf marktbeherrschende Unternehmen Anwendung. Gegenwärtig besteht zwar kein Anhaltspunkt dafür, dass ADA auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt, auf den sich die Geschäftstätigkeit von ADA erstreckt, marktbeherrschend ist. Dies gilt insbesondere, weil ADA zwar in einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union über erhebliche Marktanteile verfügt, es sich bei den betreffenden sachlich relevanten Märkten jedoch nicht um nationale Märkte handelt, sondern zumindest um europaweite Märkte. Unter Berücksichtigung der räumlich relevanten Märkte besteht kein Indiz für eine *marktbeherrschende Stellung* von ADA auf einem oder mehreren sachlich und räumlich relevanten Märkten. Gleichwohl kann das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot unter Berücksichtigung der relativen Marktstärke (§ 20 GWB) zur Anwendung kommen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine sogenannte *Spitzenstellungsabhängigkeit* besteht. Eine solche liegt vor, wenn Händler ein ganz bestimmtes Produkt führen müssen, um am Markt zu bestehen.⁷ Bei einer Spitzengruppenabhängigkeit ist der Händler zwar nicht von einer einzelnen Ware abhängig, gleichwohl aber muss es mehrere anerkannte Marken in seinem Sortiment führen, um konkurrenzfähig zu sein. Ob eine solche Abhängigkeit gegeben ist, kann jeweils nur im Einzelfall beurteilt werden.

Auch die Fusionskontrolle spielt für den vorliegenden Compliance-Kodex keine Rolle. Die Fusionskontrolle kommt zur Anwendung, wenn ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt und die Aufgreifschwelle überschritten werden. Dies ist insbesondere im Falle von Verkäufen oder Käufen von Unternehmensbeteiligungen der Fall, welche für die Darstellung der allgemeinen Verhaltensgrundsätze im Rahmen eines Compliance-Kodex keine Rolle spielen.

II. Kartellverbot

1. Rechtliche Grundlagen

a. Vorbemerkung und Gesetzeswortlaut

Als „*Kartellverbot*“ werden nachfolgend gemeinsam das deutsche und österreichische Kartellverbot nach Maßgabe der § 1 GWB und § 1 KartG und das europäische Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV verstanden. Eine gesonderte Darstellung der drei Regelungen erfolgt aufgrund der weitgehenden Einheitlichkeit (vgl. oben) nicht.

⁷ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.11.1975, Az.: KZR 1/75 "Rossignol", WuW/E BGH 1391, 1393

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

§ 1 GWB Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

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

Gesamte Rechtsvorschrift für Kartellgesetz 2005, Fassung vom 26.08.2021:

§ 1 KartG Kartellverbot

Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Artikel 101 AEUV

- (1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere*
- a. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
 - b. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;*
 - c. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
 - d. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*

- e. *die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*
- (2) *Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.*
- (3) *Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf*
- *Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,*
 - *Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,*
 - *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen*
- a. *Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder*
- b. *Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.*

b. Adressaten des Kartellverbots

Adressaten des Kartellverbots sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist dabei funktional zu verstehen, weshalb „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ als Unternehmen gilt.⁸ Dementsprechend ist für die Bestimmung eines Unternehmens im kartellrechtlichen Sinne grundsätzlich nicht die gesellschaftsrechtliche Struktur entscheidend, sondern die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung.

Dies führt dazu, dass ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts auch aus mehreren juristischen Personen bestehen kann. Maßgeblich ist insoweit, ob die betreffenden juristischen Personen derselben „wirtschaftlichen Einheit“ zuzurechnen sind. Vor die-

⁸ Vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 23.04.1991, RS. C-41/90, Slg 1991, I-179 – *Höffner und Eller*.

sem Hintergrund definiert das Gericht erster Instanz den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff wie folgt:

„Der Begriff „Unternehmen“ im Sinne von Art. 81 EG umfasst wirtschaftliche Einheiten, die jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, mit der dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein kann.“⁹

Die Unterscheidung zwischen juristischen Personen und einer wirtschaftlichen Einheit ist insbesondere im Hinblick auf das sogenannte „Konzernprivileg“ relevant. Wettbewerbsbeschränkungen, welche sich als reines Internum einer wirtschaftlichen Einheit darstellen, fallen nicht unter das Kartellverbot.¹⁰ Das Konzernprivileg ist vorliegend anwendbar.

c. Relevante Verhaltensweisen

(1) Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen

Unter das Kartellverbot fallen „Vereinbarungen“ und „abgestimmte Verhaltensweisen“ von zwei oder mehr Unternehmen, welche eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Das Tatbestandsmerkmal der „Vereinbarungen“ stellt dabei einen Unterfall des Oberbegriffs „abgestimmte Verhaltensweisen“ dar.

Der Begriff der Vereinbarungen ist weit gefasst und beschreibt sämtliche Formen, in denen zwei oder mehr Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in einer bestimmten Verhaltensweise zu verhalten.¹¹ Dementsprechend fallen sowohl Verträge in schriftlicher und mündlicher Form als auch Gentlemans-Agreements unter das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarungen.

Darüber hinausgehend umfasst das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweisen sämtliche Form der Koordinierung zwischen zwei oder mehr Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne, die *„zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen sind, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit*

⁹ EuGH, Urteil vom 25.10.2011, Rs. T-349/08, Rn. 35 – *Uralita*; EuGH, Urteil vom 27.09.2012, Rs. T-343/06, Rn. 36 – *Schell*.

¹⁰ Stetige Rechtsprechung, vgl. bspw.. EuGH, Urteil vom 25.11.1971, Rs. 22/71 = Slg. 1971, 949 – *Beguelin*; EuG, Urteil vom 12.01.1995, Rs. T-102/92 = Slg. II 1995, 17 – *Viho*; EuGH, Urteil vom 24.10.1996, Rs. C-73/95 = Slg. 1996 I-5457, 5487 ff. – *Viho*; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.04.1985, Az: 6 U 174/81 = WuW/E OLG 3600 – *Guy Laroche*.

¹¹ EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. 209/78 = Slg. 1980, 3125 – *Van Landewyck*.

an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen“.¹² Hierunter fallen sämtliche Verständigungen in Koordinierungsabsicht, bei denen es um die Risikominderung für eines der beteiligten Unternehmen geht.¹³ In diesem Zusammenhang stellt die Rechtsprechung meist darauf ab, ob eine „*Fühlungnahme*“ vorliegt.¹⁴

Diese Fühlungnahme ist abzugrenzen von dem sogenannten „*autonomen Parallelverhalten*“, bei dem ein Unternehmen seine Wettbewerber beobachtet, aber ohne Fühlungnahme selbständig und unabhängig von anderen Unternehmen sein Marktverhalten an demjenigen der Wettbewerber ausrichtet.¹⁵ Dementsprechend unterscheiden sich die abgestimmten Verhaltensweisen und das autonome Parallelverhalten insbesondere dahingehend, dass eine abgestimmte Verhaltensweise ein Mindestmaß an Abstimmung zwischen den an einer zu beurteilenden Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen voraussetzt.

Soweit ADA sein Marktverhalten vollständig autonom und ohne eine Koordinierung mit Wettbewerbern steuert, ist das Kartellverbot nicht einschlägig.

(2) Horizontale und vertikale Verhaltensweisen

De lege lata gilt das Kartellverbot sowohl für horizontale Verhaltensweisen als auch für vertikale.

Als „*horizontal*“ werden Verhaltensweisen verstanden, die Unternehmen betreffen, welche – für den Zweck der betreffenden Verhaltensweise – auf der gleichen Wettbewerbsstufe stehen und damit Wettbewerber sind.¹⁶ „*Vertikale Verhaltensweisen*“ bezeichnen hingegen solche, die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen werden und die Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.¹⁷

¹² EuGH, Urteil vom 14.07.1972, Rs. 48/79 = Slg. 1972, 619, 658 – „*ICI*“.

¹³ EuGH, Urteil vom 16.12.1975, Rs. 40/73 = Slg. 1975, 1663 – *Suiker Unie*.

¹⁴ Vgl. bspw. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.12.2012, Az: V-1 Kart 1-6/12 (OWi) = Beck RS 2013, 03362 – *Silostellgebühr*; EuGH, Urteil vom 08.07.1999, Rs. C-49/92, Rn. 115 ff. = Slg. 1999, I-4125 – *Kommission/Anic Partecipazioni*; EuG, Urteil vom 08.07.2008, Rs. T-53/03, Rn. 234 = Slg. 2008, II-133 ff. – *BPB/Kommission*.

¹⁵ Vgl. zum Selbständigkeitspostulat EuGH, Urteil vom 16.12.1975, Rs. 40/73 = Slg. 1975, 1663, 1965 f.

¹⁶ Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB, Rn. 2.

¹⁷ Vgl. Art. 1 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. der Europäischen Union Nr. L 102/1 vom 23.04.2010; nachfolgend „**Vertikal-GVO**“.

Zwischen vertikalen und horizontalen Verhaltensweisen besteht kein Alternativverhältnis. Vielmehr kann ein und dieselbe Verhaltensweise sowohl horizontale als auch vertikale Elemente aufweisen.

Die Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Verhaltensweisen ist insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Freistellungsmöglichkeiten entscheidend.¹⁸ Wie nachfolgend näher zu zeigen sein, bestehen insbesondere für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Ausnahmeregelungen, die die Vornahme eines an sich wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens gestatten.

d. Form der Wettbewerbsbeschränkung

Das Kartellverbot umfasst Verhaltensweisen, die eine „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung*“ des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Für diese verschiedenen Formen der Wettbewerbsbeschränkung bestehen weder allgemeingültige Definitionen noch ist eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale möglich.¹⁹ Maßgeblich für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung - unabhängig von der Einstufung als „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung*“ - ist, ob die Verhaltensweise zu einer Beschränkung der wettbewerbliehen Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen führt.²⁰ In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ob die an der Verhaltensweise beteiligten Unternehmen selbständig über ihr Marktverhalten bestimmen können und insbesondere hinsichtlich der maßgeblichen Wettbewerbsparameter wie Preis, Qualität oder Werbung frei sind.²¹ Ist dies der Fall, liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Spiegelbildlich stellt die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit eines oder mehrerer Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung dar, auf die das Kartellverbot Anwendung findet. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar oder letztlich mittelbar eintritt und ob der aktuelle oder potentielle Wettbewerb betroffen ist.²²

¹⁸ Krauss, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage 2018, § 1 GWB, Rn. 201.

¹⁹ Krauss, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, a.a.O., § 1 GWB, Rn. 92 ff.

²⁰ Vgl. bereits BGH, Urteil vom 29.01.1975, Az: KRB 4/74 = WuW/E BGH 1337, 1342 – *Aluminium-Halbzeug*; BGH, Urteil vom 14.01.1997, Az. KZR 41/95 = WuW/E BGH 3115, 3118 – *Druckgussteile*.

²¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 16.12.1975, Rs. 40/73 = Slg. 1975, 1663 – *Suiker Unie*.

²² Vgl. Krauss, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, a.a.O., § 1 GWB, Rn. 129, 130.

e. Relevanz der Marktauswirkung von Wettbewerbsbeschränkungen

Das Kartellverbot findet Anwendung, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung entweder bezweckt oder bewirkt ist. Diese Unterscheidung ist insofern relevant, als hierdurch determiniert ist, ob es auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise auf dem betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt ankommt.

Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen bezeichnen solche Verhaltensweisen, die unter Berücksichtigung der mit einem Verhalten verfolgten Ziele sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs in objektiver Weise auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sind. Ausreichend ist insoweit, wenn die Verhaltensweise typischerweise das Potential hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten.²³

Als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gelten insbesondere die sogenannten „Kernbeschränkungen“. Bei diesen handelt es sich um Beschränkungen der integralsten Bestandteile des Wettbewerbs, wie z.B. die Freiheit der Festsetzung der Preise beim Verkauf von Erzeugnissen an Dritte, die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes, die Aufteilung von Märkten oder Kunden²⁴ oder Beschränkungen des Gebiets oder die Kundengruppe, an die ein Abnehmer verkaufen darf.²⁵

Liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, so unterfällt die betreffende Verhaltensweise in jedem Fall dem Kartellverbot, unabhängig davon, ob sich diese tatsächlich auf dem Markt ausgewirkt hat. Dementsprechend verstößt eine Verhaltensweise, bei der zwei Wettbewerber die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus vereinbaren, im jeden Fall gegen das Kartellverbot, auch wenn sich beide Wettbewerber nicht an diese Vereinbarungen halten.

Lediglich für den Fall, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht bereits als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist, kommt es auf die tatsächlichen Marktauswirkungen an. In diesem Fall müssen die (potentiellen) Auswirkungen

²³ EuGH, Urteil vom 14.03.2010, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungaria*.

²⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, ABl. der Europäischen Gemeinschaften Nr. C368/13 vom 22.12.2001, Ziffer 11 f.; nachfolgend „**de minimis**“.

²⁵ Artikel 4 Lit. b Vertikal-GVO.

der Verhaltensweise auf die bestehenden wirtschaftlichen, rechtlichen und tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse umfassend untersucht werden²⁶ - mithin, ob es eine wettbewerbsbeschränkende „Wirkung“ gibt.

In diesem Zusammenhang reicht nicht aus, dass die Wettbewerbsbeschränkung überhaupt eine Auswirkung auf den betreffenden sachlichen und räumlichen relevanten Markt entfaltet. Vielmehr ist erforderlich, dass die Marktauswirkung spürbar ist. Nach allgemeiner Meinung wohnt dem Kartellverbot das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit inne.²⁷

f. Freistellungsmöglichkeiten

Für den Fall, dass eine Verhaltensweise nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen unter das Kartellverbot fällt, so ist diese grundsätzlich verboten. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass die betreffende Verhaltensweise unter keinen Umständen vollzogen werden darf. Vielmehr sehen sowohl das europäische Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3 AEUV) als auch das deutsche und österreichische (§ 2 GWB, § 2 KartG) Freistellungsmöglichkeiten vor, nach denen das Kartellverbot trotz Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung keine Anwendung findet.

Dies ist entweder der Fall, wenn die betreffende Verhaltensweise auf Grundlage einer Gruppenfreistellungsverordnung vom Kartellverbot freigestellt ist oder die Anforderungen an eine Einzelfreistellung vorliegen.

(1) Gruppenfreistellungsverordnungen

Auf Grundlage der Verordnung Nr. 19/65/EWG ist die Europäische Kommission ermächtigt, bestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot mit Hilfe von Gruppenfreistellungsverordnungen auszunehmen. Hierbei handelt es sich um die Beschreibung typischer Sachverhalte, denen die Europäische Kommission trotz des Vorliegens von Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich positive Marktauswirkungen zuschreibt, weshalb das Kartellverbot insoweit im Regelfall nicht zur Anwendung kommt.

Die Gruppenfreistellungen stellen für Unternehmen eine erhebliche Erleichterung dar. Grundsätzlich obliegt die Beurteilung, ob eine Verhaltensweise mit dem Kartellverbot vereinbar ist, den Unternehmen selbst. Stellt eine Gruppenfreistellungsverordnung ein

²⁶ EuGH, Urteil vom 03.05.2013, Rs. C-1/12 = WuW 2013, 545, Rn. 70 – *Ordem Dos Tecnicos Oficiais De Contas*.

²⁷ BGH, Urteil vom 14.10.1976, Az: KZR 36/75 = WuW/E BGH 1458, 1461 f. – *Fertigbeton*; EuGH, Urteil vom 30.06.1966, Rs. 56/65 = Slg. 1966, 281, 304 – *Maschinenbau Ulm*.



bestimmtes Verhalten vom Kartellverbot frei, können Unternehmen grundsätzlich darauf vertrauen, dass das betreffende Verhalten kartellrechtskonform ist. Vor diesem Hintergrund wird davon gesprochen, dass die Gruppenfreistellungsverordnungen einen „*safe harbor*“ bilden.

Für den Geschäftsbetrieb von ADA ist dabei insbesondere die Vertikal-GVO relevant. Diese enthält in Art. 2 Abs. 1 den Grundsatz, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot freigestellt sind. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, wenn die in der Vertikal-GVO beschriebenen Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere, wenn die Marktanteilsschwellen nach Art. 3 Vertikal-GVO nicht überschritten werden. Maßgeblich für die Anwendung der Vertikal-GVO ist danach, dass sowohl der Anbieter als auch der Abnehmer auf dem relevanten Markt nicht über einen Marktanteil von mehr als 30 % verfügen.

Allerdings nimmt die Vertikal-GVO nicht sämtliche vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot aus. Auch unter Anwendung der Vertikal-GVO gilt das Kartellverbot weiterhin für sogenannte „*Kernbeschränkungen*“. Die Vereinbarung und/oder Umsetzung einer Kernbeschränkung führt dazu, dass die Vertikal-GVO auf die betreffende Vertragsbeziehung insgesamt unanwendbar ist. Dies hat weitreichende Konsequenzen. Zum einen ist die betreffende Verhaltensweise selbst mit hoher Wahrscheinlichkeit als kartellrechtswidrig zu qualifizieren und begründet zugleich ein erhebliches Bußgeldrisiko. Zum anderen sind auch die sonstigen in der Vertragsbeziehung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen, die grundsätzlich mit der Vertikal-GVO vereinbar sind, nicht mehr freigestellt und damit mit hoher Wahrscheinlichkeit kartellrechtswidrig.

Als Kernbeschränkung gelten nach Art. 4 Vertikal-GVO

- die Preisbindung der zweiten Hand, (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO),
- (bis auf eng begrenzte Ausnahmen) Gebiets- oder Kundenbeschränkungen (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO),
- Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs in selektiven Vertriebssystemen (Art. 4 lit. c Vertikal-GVO),
- Querlieferungsverbote in selektiven Vertriebssystemen (Art. 4 lit. d Vertikal-GVO) und

- Ersatzteilmarktbeschränkungen (Art. 4 lit. e Vertikal-GVO).

Neben Kernbeschränkungen enthält die Vertikal-GVO in Art. 5 Vertikal-GVO weitere Wettbewerbsbeschränkungen, für die die Freistellungswirkung des Art. 2 Vertikal-GVO keine Anwendung findet. Hierbei handelt es sich insbesondere um Wettbewerbsverbote. Die Vereinbarung und/oder Umsetzung der in Art. 5 Vertikal-GVO definierten Wettbewerbsbeschränkungen kann im Einzelfall ebenfalls unzulässig sein. Sie hat allerdings weniger weitreichende Konsequenzen als dies bei Kernbeschränkungen der Fall ist. Dies gilt, weil die Vertikal-GVO auf etwaige weitere Wettbewerbsbeschränkungen, die in dem Vertragsverhältnis vereinbart sind, anwendbar bleibt.

Neben der Vertikal-GVO bestehen weitere Gruppenfreistellungsverordnungen, welche auf Grundlage einer mit der Vertikal-GVO vergleichbaren Systematik bestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot ausnehmen.

(2) Einzelfreistellung

Ist eine Verhaltensweise nicht bereits auf Grundlage einer Gruppenfreistellungsverordnung vom Kartellverbot freigestellt, muss im nächsten Schritt geprüft werden, ob die Freistellungsvoraussetzungen für eine Einzelfreistellung (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB, § 2 Abs. 2 KartG) vorliegen. Auf Grundlage der Einzelfreistellungen sind Verhaltensweisen vom Kartellverbot freigestellt, die

- zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen („Effizienzgewinne“),
- die Verbraucher in angemessener Weise an den entstehenden Effizienzgewinnen beteiligen,
- den beteiligten Unternehmen lediglich solche Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung der Effizienzgewinne unerlässlich sind und
- keine Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Eine derartige Einzelfreistellung setzt eine umfassende Analyse der betroffenen Märkte und Marktstrukturen voraus und sollte deshalb nur in Abstimmung mit kartellrechtlich spezialisierten Rechtsanwälten vorgenommen werden.

III. Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot

Für Unternehmen, welche marktbeherrschend sind (Art. 102 AEUV)²⁸ sowie für Unternehmen mit relativer Marktmacht (§ 20 GWB)²⁹ besteht ein kartellrechtliches Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot. Dieses sieht unter anderem vor, dass die marktbeherrschenden respektive marktstarken Unternehmen keine von ihnen abhängigen Unternehmen ohne sachlichen Grund ungleich behandeln dürfen.

Im Hinblick auf den Geschäftsbetrieb von ADA hat das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot insbesondere zwei Aspekte. Kommt das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot im Einzelfall zur Anwendung (dies kann nur der Compliance-Officer und/oder ein qualifizierter Rechtsanwalt beurteilen), dann

- ist ADA verpflichtet, den abhängigen Händler zu beliefern, es sei denn, es liegt ein sachlicher Grund für die Nichtbelieferung vor (beispielsweise eine unzuverlässige Zahlungsmoral des Händlers, unzureichende Präsentationsqualität, etc.);
- muss ADA gegenüber den betreffenden Händlern ein einheitliches Rabattsystem zur Anwendung bringen.

IV. Hinweise zur Fusionskontrolle

Im Rahmen des üblichen Geschäftsablaufs von ADA spielen die Vorschriften über die Fusionskontrolle keine Rolle. Diese kommen lediglich zur Anwendung, wenn ein Zusammenschlussstatbestand, wie bspw. der Erwerb oder die Veräußerung von Geschäftsanteilen eines anderen Unternehmens, vorliegt und darüber hinaus der weitere Anwendungsbereich der jeweiligen Fusionskontrollvorschriften eröffnet ist.

Rechtsgrundlage für die Zusammenschlusskontrolle können entweder die Zusammenschlusskontrolle im deutschen Kartellrecht nach Maßgabe der §§ 35 ff. GWB oder im europäischen Kartellrecht nach Art. 1 ff. der Europäischen Fusionskontrollverordnung

²⁸ Für eine marktbeherrschende Stellung von ADA bestehen keine Anhaltspunkte.

²⁹ Vorliegend kann nicht per se ausgeschlossen werden, dass ADA als marktstarkes Unternehmen, von welchem Händler abhängig sind und auf das § 20 GWB Anwendung findet, zu qualifizieren ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Spitzengruppenabhängigkeit (sortimentsbedingte Abhängigkeit), welcher vorliegt, wenn ein Händler unter Berücksichtigung der Marktwahrnehmung darauf angewiesen ist, auch Produkte von ADA zu führen.

der Fall sein. Weist der Sachverhalt darüber hinaus Berührungspunkte zu einem nicht-europäischen Staat auf kann darüber hinaus auch dessen Fusionskontrollordnung anwendbar sein.

Sind die Anwendungsvoraussetzungen der deutschen oder europäischen Zusammenschlusskontrolle erfüllt, so muss diese beim Bundeskartellamt (§§ 35 ff. GWB) oder bei der Europäischen Kommission (Art. 1 ff. FKVO) vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zur Anmeldung gebracht werden.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend Grundkenntnisse über die Anwendungsvoraussetzungen der deutschen und der europäischen Zusammenschlusskontrolle vermittelt. Diese sollten ADA in die Lage versetzen, die Fälle zu erkennen, in denen möglicherweise eine Fusionskontrolle bei einer Kartellbehörde zur Anmeldung zu bringen ist. Dies ist insoweit erforderlich, als ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss erst vollzogen werden darf, der Vollzug durch die Kartellbehörde freigegeben wurde oder die Kartellbehörde davon absieht, in das Hauptprüfverfahren einzutreten. Ein vorheriger Vollzug des Zusammenschlusses begründet auf der einen Seite ein Bußgeldrisiko und kann andererseits zur Entflechtung durch die Kartellbehörden führen.

1. Zusammenschlusstatbestände

Die Fusionskontrolle setzt einen sogenannten „Zusammenschlusstatbestand“ voraus (§ 37 GWB, § 7 KartG, Art. 3 FKVO). Dies bedeutet, dass sich die Kontrolle über ein Unternehmen in dauerhafter Weise verändern muss. Hierunter fallen insbesondere:

- der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil („Asset-Deal“),
- der Erwerb von Geschäftsanteilen, wobei insoweit der Zusammenschlusstatbestand schon bei Überschreitung von Beteiligungsstufen von 25 % und 50 % erfüllt wird („Share-Deal“),
- die Fusion bisher unabhängiger Unternehmen sowie
- der faktische Kontrollerwerb, bspw. durch den Abschluss langfristiger Vertragsbeziehungen.

2. Aufgreifschwellen

Allein das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes begründet noch keine Pflicht zur Anmeldung des Zusammenschlusses bei einer Kartellbehörde. Sowohl das deutsche Recht als auch das europäische Kartellrecht sehen sogenannte „Aufgreifschwellen“ vor, bei denen es sich um Mindestumsätze handelt, deren Erreichen die Anmeldepflicht begründet. Hierdurch soll vermieden werden, dass die Kartellbehörden durch die Anmeldung wirtschaftlich unbedeutender Zusammenschlüsse belastet werden.

Für ADA genügt es, die Aufgreifschwellen nach deutschem Recht im Auge zu behalten. Dies gilt, weil die Aufgreifschwellen der FKVO über denen des GWB liegen und deshalb bei Erreichen der Aufgreifschwellen der FKVO zugleich diejenigen des GWB erreicht werden.

Die Aufgreifschwellen des § 35 GWB sehen vor, dass ein Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt anzumelden ist, wenn

- die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € und
- mindestens 1 beteiligtes Unternehmen in Deutschland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. € und ein anderes Unternehmen in Deutschland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. € erzielt haben.

Als relevante Umsätze sind dabei ausschließlich die Außenumsätze heranzuziehen (§ 38 Abs. 1 GWB). Maßgeblich ist insoweit das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr.

3. Weitere Hinweise

Im Ergebnis führen die vorstehenden Rahmenbedingungen für ADA dazu, dass das Unternehmen immer dann einen spezialisierten Anwalt hinzuziehen sollte, wenn entweder (i) ADA selbst ein Unternehmen erwirbt oder (ii) ein Unternehmensteil von ADA durch ein anderes Unternehmen erworben wird und der kumulierte Umsatz von ADA und des weiteren beteiligten Unternehmens sich 500 Mio. € annähert. Dies muss zwingend vor Vollzug des betreffenden Erwerbsvorgangs erfolgen.

V. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

Die kartellrechtlichen Vorschriften des GWB finden in strafrechtlicher Hinsicht ihre Ergänzung im deutschen Strafgesetzbuch, dort § 298 StGB (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*), welcher in erster Linie ebenfalls das überindividuelle Interesse an einem freien, fairen und redlichen Wettbewerb im Wirtschaftsleben schützt. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft,

„Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder Dienstleistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, (...)“

Eine Strafbarkeit nach § 298 StGB setzt die Verwirklichung von Tatbestandsvoraussetzungen in objektiver und subjektiver Hinsicht voraus:

Um den objektiven Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB zu verwirklichen, muss der Täter mit anderen Personen bzw. Unternehmen gemeinsam im Rahmen einer öffentlichen oder privaten Ausschreibung die Preise oder Verhaltensweisen dergestalt rechtswidrig absprechen, dass dadurch verhindert wird, dass für den Angebotsanfordernden ein Marktpreis zustande kommt. Die Rechtswidrigkeit bestimmt sich insbesondere nach kartellrechtlichen Bestimmungen, vor allem nach § 1 GWB, § 1 KartG.

Ausschreibungen sind dabei Vergabeverfahren, mit denen ein Veranstalter Angebote für die Lieferung bestimmter Waren oder die Erbringung bestimmter Leistungen einholt. Dadurch soll der günstigste Marktpreis für diese Waren oder Leistungen ermittelt werden.

Strafbar ist bereits die Abgabe eines Angebots das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht. Hier wird kartellrechtswidriges Verhalten erfasst, also vornehmlich Absprachen zwischen im Wettbewerb miteinander stehender Anbieter. Nachdem jedoch seit dem 01.07.2005 durch das Verbot des § 1 GWB, § 1 KartG auch vertikale Absprachen erfasst sind, also zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen (Hersteller auf der einen, Architekten oder Projektplaner auf der anderen Stufe), unterfallen auch derartige Absprachen dem Tatbestand des § 298 StGB³⁰.

Im subjektiven Tatbestand wird Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale verlangt, wobei bedingter Vorsatz ausreicht.

³⁰ Vgl. Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 298 StGB, Rn. 17.



Unternehmensgeldbußen sind möglich (§ 30 Abs. 2 S. 3 OWiG, §§ 81, 82 GWB). Das konkrete Strafmaß bei einer Verurteilung nach § 298 StGB hängt von zahlreichen Faktoren ab, wie beispielsweise der Schadenshöhe sowie etwaigen Vorstrafen oder ob Schadenswiedergutmachung betrieben werden kann.