

## **Einführung ins europäische und deutsche Kartellrecht**

von *Thomas Guttau*, Philipps-Universität Marburg

In der juristischen Ausbildung fristet das Kartellrecht, wie manch anderes Rechtsgebiet, eher ein Randdasein, obwohl es in der juristischen Praxis, im Großen wie im Kleinen, von großer Bedeutung ist. Der folgende Artikel soll daher einen groben Überblick über die Materie geben, indem die Grundbegriffe des Kartellrechts erläutert und seine gesetzlichen und marktwirtschaftlichen Grundlagen kurz dargestellt werden.

### **I. Zur Einordnung und Entwicklung des Kartellrechts**

Das Kartellrecht ist neben dem Lauterkeitsrecht Teil des Wettbewerbsrechts. Anders als es aber der enge Begriff des „Kartells“ vermuten lässt, ist es Zweck und Ziel des Kartellrechts, nicht nur Kartelle einzudämmen, sondern darüber hinaus einen funktionierenden, freien und vielfältigen Wettbewerb zu ermöglichen. Das Kartellrecht ruht daher auf drei Säulen: dem Kartellverbot, dem Missbrauchsverbot und der Fusionskontrolle.

Der Wettbewerb, also das Bestreben, durch eigene Leistung den Verbraucher durch Qualität und Preis zum Abschluss von Verträgen auf Kosten von Konkurrenten zu bewegen, muss besonders geschützt werden, weil er das Rückgrat einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung ist und existenzielle ökonomische Funktionen erfüllt: er bewirkt Leistungsför-

derung (z. B. technischer Fortschritt, innovative Produkte), hat Auslesefunktion und sorgt für Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite (z. B. der Verbraucher).

Diese positiven Seiten des Wettbewerbs sind jedoch erst nach dem Zweiten Weltkrieg in den Vordergrund gerückt. Noch zur Zeit der Weimarer Republik war es allgemein anerkannt, dass ruinöser Wettbewerb durch Kartellbildung und Preisabsprachen vermieden werden durfte. Das Reichsgericht sah diese Praxis von der Vertrags- und Gewerbefreiheit gedeckt und legitimierte so wettbewerbsbeschränkendes Verhalten<sup>1</sup>.

Mit dem Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, auch als „Kartellgesetz“ bezeichnet) wurde das Kartellrecht dann 1957 erstmals auf eine gesetzliche Grundlage gestellt und seither mehrmals novelliert. Im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses und der damit einhergehenden Errichtung des Gemeinsamen Marktes haben die Regelungen des EG-Rechts aber zunehmend an Bedeutung gewonnen. Dies hat seinen Grund maßgeblich darin, dass der EG-Vertrag (Art. 81 ff. EG) selbst Wettbewerbsregeln für den Gemeinsamen Markt enthält, weshalb es vielfach zu Überschneidungen zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht kommt. Im Zuge dieser Entwicklung ist das deutsche GWB (zuletzt 2005) in vielfacher Hinsicht an die europäischen, primär- und sekundärrechtlichen Regelungen angepasst worden.

## **II. Europäisches Kartellrecht und sein Verhältnis zum deutschem Recht**

Das europäische Kartellrecht findet seine Grundlage auf primärrechtlicher Ebene insbesondere in den Artikeln 81-97 des EG-Vertrages. Zur Konkretisierung der darin niedergelegten Artikel sind, u. a. gestützt auf Art. 83 EG, zahlreiche Verordnungen und Richtlinien erlassen worden. Zu den

---

<sup>1</sup> Vgl. den Fall des sog. „Benrather Tankstellenkriegs“, RGZ 134, 342. Eine ähnliche Argumentation findet sich bereits in RGZ 38, 155 - „Sächsisches Holzstoffkartell“.

relevantesten sekundärrechtlichen Regelungen gehören die Kartellverordnungsverordnung (VO (EG) 1/2003), die sog. „EG-Fusionskontrollverordnung“ (VO (EG) 139/2004) sowie mehrere Gruppenfreistellungsverordnungen, insb. VO (EG) 2790/1999 (VO über Vertikalvereinbarungen).

Entsprechend den normalen Geltungsregeln hat das europäische Kartellrecht Anwendungsvorrang. Allerdings sind die GWB-Vorschriften inzwischen weitgehend kongruent mit den europäischen, Abweichungen finden sich nur in Randbereichen<sup>2</sup>. Auch die Auslegung der Vorschriften richtet sich mittlerweile einheitlich nach der Rechtsprechung des EuGH. In der meisten Zahl der Fälle können daher europäische und deutsche Regelungen parallel gelesen und zitiert werden.

### **III. Marktabgrenzung**

Eine der zentralsten Fragen eines jeden kartellrechtlichen Falls und des Kartellrechts insgesamt ist weniger eine juristische denn eine (volks)wirtschaftliche. Denn zur Beurteilung jeglichen Marktverhaltens muss zunächst nach der sachlichen, räumlichen und zeitlichen Beschaffenheit des Marktes selbst gefragt werden (sog. „Marktabgrenzung“). Diese Abgrenzung wird üblicherweise nach dem sog. „Bedarfsmarktkonzept“ vorgenommen: ein einheitlicher Markt liegt dann vor, wenn die auf ihm angebotenen Produkte funktionell austauschbar sind. Funktionelle Austauschbarkeit ist dann anzunehmen, wenn aus Sicht der Marktgegenseite (z. B. Verbraucher) zwischen den Produkten kein Unterschied besteht, sodass ein Produkt ohne Umstände gegen ein anderes ausgetauscht werden kann. Zur Veranschaulichung mag ein Fall des EuGH<sup>3</sup> dienen:

Zur Beurteilung einer möglichen marktbeherrschenden Stellung des Bananenherstellers United Brands (Chiquita) musste zunächst geklärt werden, ob der Markt für Bananen als

---

<sup>2</sup> Vgl. z. B. nur den Wortlaut von Art. 81 EG und § 1 GWB.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil v. 14.2.1979, Slg. 1978/207 – „United Brands“ (Rz. 22, 23 ff.); vgl. die Darstellung bei *Tobias Lettl*, Kartellrecht, C. H. Beck, München 2006.

separat angesehen werden kann (dann Marktbeherrschung gegeben), oder ob er Teil eines weiter gefassten Marktes für Obst ist (dann nicht gegeben). Greift ein Verbraucher im Supermarkt zu Äpfeln, wenn die Bananen ausverkauft sind? Geht er mit der Vorstellung hinein, er wolle Bananen kaufen oder Obst? Greift er statt zu Äpfeln zu Birnen, wenn jene gerade besonders teuer sind? Diese Fragen können nicht anhand abstrakter, sondern nur halbwegs lebensnaher Betrachtungen beantwortet werden. Oftmals wird diese Art des „Bauchgefühls“, das sich jedem bei dieser Frage unweigerlich aufdrängt, nur schwer argumentativ begründbar sein. Daher werden in derartigen Verfahren häufig Umfragen durchgeführt werden, um herauszufinden, welche Meinung der „Ottornormalverbraucher“ tatsächlich hat. Im angesprochenen Fall sah der EuGH den Bananemarkt nicht als Teil eines Obstmarktes mit Begründung, die Banane hebe sich u. a. durch ihre „leichte Handhabbarkeit“ und ihre „weiche Beschaffenheit“ deutlich von anderen Obstsorten ab, wodurch sie bei „Kindern, Alten und Kranken besonders beliebt“ sei<sup>4</sup>.

Ist der (sachlich-/räumlich-/zeitlich-)relevante Markt einmal exakt abgegrenzt, so ist, je nach Fragestellung und wieder ganz juristisch, der gesetzliche Tatbestand zu prüfen.

#### **IV. Kartellverbot**

Das Kartellverbot in Art. 81 EG, § 1 GWB ist eine der zentralen Normen des Kartellrechts. Nach deren Lektüre soll zur kurzen Erläuterung der Tatbestandsmerkmale<sup>5</sup> wiederum ein Beispielfall<sup>6</sup> dienen:

*Die neun führenden europäischen Hersteller von Wasserstoffperoxyd und Perborat (=Bleichmittel) hielten 1995 eine Sitzung zur Erarbeitung eines „Modells zur Marktaufteilung unter den Herstellern“ ab. Im August und November 1997 trafen sie sich in einem Brüsseler Restaurant und beschlossen Leitlinien zur Umsetzung und Bewertung von Preiserhöhungen. 1998 trafen sich die Führungskräfte erneut und sprachen über die gelungene Umsetzung der Preiserhöhungen und die Bindung der Beteiligten an die erarbei-*

---

<sup>4</sup> A. a. O., Rz. 22 ff.

<sup>5</sup> Eine ausführliche, alle Tatbestandsvarianten erläuternde Darstellung findet sich z. B. im Lehrbuch von *Lettl* (o. Fn. 3). Hier soll der klassische Fall eines Kartells genügen.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Pressemitteilung der EG-Kommission, IP/06/650 vom 3.5.2006.

teten Leitlinien. Im Jahre 2002 zeigte das bis dahin beteiligte Unternehmen Degussa das Kartell bei der EG-Kommission an<sup>7</sup>.

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich um das Handeln von „**Unternehmen**“ handelt. Der Unternehmensbegriff wird funktional bestimmt, demnach ist jeder Unternehmer, der eine Leistung auf dem Markt anbietet. Es bereitet keine Schwierigkeiten, die beteiligten hier als Unternehmen zu qualifizieren.

Das Gesetz spricht weiter von „**Vereinbarungen**“ und „**abgestimmten Verhaltensweisen**“. Hier sind sogar, was selten ist bzw. bei Kartellen dieser Größenordnung nicht oft nachgewiesen werden kann, konkrete Vereinbarungen getroffen worden. Darüber hinaus liegen aber auch abgestimmte Verhaltensweisen vor. Zwar ist aufgrund der unternehmerischen Freiheit und des freien Wettbewerbs „normales“ Parallelverhalten am Markt erlaubt. Wird aber eine Maßnahme, wie hier die Preiserhöhung, in der Erwartung durchgeführt, die Wettbewerber würden nachziehen, ist eine abgestimmte Verhaltensweise i. S. d. Gesetzes gegeben<sup>8</sup>. Bereits ein einfacher, vordergründig gesehen unverbindlicher Informationsaustausch über Preisentwicklungen oder mögliche Preispolitiken kann den Tatbestand erfüllen.

Dass durch eine Marktaufteilung unter den beteiligten Herstellern, die zusammen den europäischen Markt beherrschen, der **Wettbewerb** nicht nur in massiver Weise **eingeschränkt** sondern gänzlich **verhindert** wird, bedarf an sich keiner weiteren Erläuterung. Es ist auch unzweifelhaft, dass die Verhinderung darüber hinaus auch **bezweckt** war.

Zuletzt zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen Art. 81 EG und § 1 GWB in der sog. „**Zwischenstaatlichkeitsklausel**“. Art. 81 EG verlangt, dass das Verhalten „den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beein-

---

<sup>7</sup> Aufgrund einer Kronzeugenregelung (Abl. EG 2002/C 45/03) muss der Anzeigende keine Sanktionen befürchten.

<sup>8</sup> In dieser Grauzone zwischen erlaubtem Parallelverhalten und abgestimmten Verhaltensweisen bewegen sich z. B. die Anbieter auf dem (deutschen) Benzinmarkt. Bisher konnte eine Abstimmung der Anbieter aber nicht nachgewiesen werden.

trächtigen geeignet“ ist. Dieses Merkmal fehlt natürlicherweise in § 1 GWB. Diese „Hürde“ wird einigermaßen großzügig behandelt, denn bereits wettbewerbsbeschränkendes Verhalten auf einem Teilmarkt eines Mitgliedsstaates (z. B. in einem einzelnen Bundesland) kann wegen der potenziellen europäischen Konkurrenz den europäischen Handel beeinträchtigen. Im Zweifel ist daher der Gemeinsame Markt eher betroffen als nicht betroffen. Im vorliegenden Fall kann auch über die europäische Dimension des Kartells kein Zweifel bestehen, handelt es sich doch um führende Großindustriunternehmen.

## **V. Ausnahmen**

Es zeigt sich, dass der Tatbestand des Kartellverbots infolge seiner weiten Handhabung relativ einfach zu erfüllen ist. Es gibt daher zahlreiche Ausnahmen. Solche finden sich in Art. 81 Abs. 3 EG und insb. in den §§ 2, 3 GWB. Häufig wird daher z. B. zu fragen sein, ob der Wettbewerb durch das Verhalten tatsächlich beschränkt oder im Sinne eines „Arbeitsgemeinschaftsgedanken“ erweitert wird, d. h. durch Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen überhaupt erst Wettbewerb entstehen kann. Dies ist z. B. häufig bei sog. Mittelstandskartellen der Fall. Mehrere Kleinunternehmen, deren Verhalten an sich § 1 GWB erfüllt, tun sich zusammen, um z. B. bei einem großen Bauvorhaben ein Gegenangebot gegen ein Großunternehmen vorlegen zu können, zu deren Realisierung die Kleinunternehmen alleine nicht in der Lage gewesen wären. Das hier der Wettbewerb erweitert statt beschränkt wird, liegt auf der Hand. Daher sind derartige Vereinbarungen gem. § 3 GWB vom Kartellverbot freigestellt. Gleiches gilt gem. § 2 GWB für Vereinbarungen, deren Nutzen am Ende einen Vorteil für den Verbraucher bedeuten.

Die Verzahnung von europäischem und deutschem Recht zeigt sich besonders an § 2 Abs. 2 GWB, wonach auch dann die europäischen Vor-

schriften (z. B. Gruppenfreistellungsverordnungen) zugrunde zu legen sind, wenn deren Anwendungsbereich an sich nicht gegeben ist.

## **VI. Missbrauchsverbot**

Die zweite Säule des Kartellrechts ist das Missbrauchsverbot: gem. Art. 82 EG, § 19 Abs. 1 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten.

Es ist also zunächst zu fragen, ob ein Unternehmen überhaupt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die maßgeblichen Kriterien dafür sind in § 19 Abs. 2 und 3 GWB normiert. Trotz der Fiktionen des § 19 Abs. 3 GWB bleibt dies aber immer eine Einzelfallfrage und kann nicht abstrakt anhand von Marktanteilen beurteilt werden. Welche Faktoren dabei zu berücksichtigen sind, veranschaulicht § 19 Abs. 2. S. 1 Nr. 2 GWB. So kann eine Abwägung durchaus ergeben, dass ein Unternehmen trotz sehr hohen Marktanteils nicht als marktbeherrschend einzustufen ist. Hier sind gute Argumentationsfähigkeiten gefragt.

Ist die marktbeherrschende Stellung bejaht, ist dann zu prüfen, ob sie auch missbräuchlich ausgenutzt worden ist. Einen nicht abschließenden Katalog der häufigsten Missbrauchsfälle liefern Art. 82 EG und § 19 Abs. 4 GWB. Weitere Anhaltspunkte liefert zudem § 20 GWB, der ein Diskriminierungsverbot normiert. Die Beurteilung hängt wiederum von einer guten Argumentation im Einzelfall ab.

## **VII. Fusionskontrolle**

Zuletzt sei als dritte Säule die Fusionskontrolle erwähnt. Ihr Anliegen ist es, Strukturveränderungen zu kontrollieren, die sich auf den Wettbewerb negativ auswirken könnten. Anzuwenden ist zunächst die europäische Fusionskontroll-VO (FKVO, s. o.) und, subsidiär (vgl. § 35 Abs. 3 GWB), das deutsche GWB (§§ 35 ff.). Ausgangspunkt ist Art. 3 FKVO (bzw. § 37

GWB), der eine Definition des Zusammenschlusses enthält. Ein Zusammenschluss kann z. B. durch Anteilserwerb oder Unternehmensverträge gem. § 291 AktG erfolgen. Ob die FKVO auf den in Rede stehenden Zusammenschluss anwendbar ist, hängt nun davon ab, ob er „gemeinschaftsweite Bedeutung“ hat, was nach Art. 1 Abs. 2, 3 FKVO anhand verschiedener Umsatzschwellen zu bemessen ist. Ist dies nicht der Fall, greift nationales Recht, wobei dort ebenfalls nur Zusammenschlüsse ab einer gewissen Größenordnung von Belang sind (s. § 35 Abs. 1 GWB). Ist dies alles erfüllt, so ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. An dieser Stelle kann auf die bereits erwähnten Kriterien des § 19 GWB zurückgegriffen werden. Auch wenn den Behörden kein echtes Ermessen zusteht (vgl. § 36 Abs. 1 GWB: „...ist zu untersagen...“), besteht doch ein gewisser Spielraum in Bezug auf die Beurteilung der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, namentlich die dem Wettbewerb zugute kommenden Folgen des Zusammenschlusses (Art. 2 Abs. 1 FKVO, § 36 Abs. 1 GWB).

## **VIII. Verfahren und Sanktionen**

Das Kartellrecht unterliegt einer Vielzahl von Kompetenz- und Verfahrensvorschriften. Detailliert normiert und abgegrenzt sind die Befugnisse der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts in der Kartellverfahrensverordnung (s. o.) und dem GWB (§§ 48, 54 ff.).

Kartellrechtliche Verstöße werden in der Regel mit Geldbußen sanktioniert (tlw. in dreistelliger Millionenhöhe(!)). Rechtgrundlagen sind Art. 23 f. KartellVerfVO, Art. 14 f. FKVO und §§ 81 ff. GWB.

## **IX. Fazit für Studierende**

Wenn man sich einmal erfolgreich mit der tlw. recht komplizierten Verschränkung von europäischem und nationalem Recht auseinandergesetzt hat, ist das Kartellrecht ein äußerst interessantes Rechtsgebiet, dessen besonderer Reiz weniger in der (recht schnell zu erfassenden) juristischen Normanwendung, sondern in dem für ökonomische Argumentationen bestehenden Freiraum liegt.