

Inhaltsübersicht

Teil A Einleitung..... 25

Teil B Grundlagen 28

I. Wirtschaftsverbände als Gegenstand der Untersuchung 28

II. Funktionen und Aufgaben der Verbände in einem industriell geprägten demokratischen Rechtsstaat..... 30

III. Entstehung und Geschichte des Verbandswesens in Deutschland unter besonderer Beachtung des Kartellrechts..... 31

IV. Schutz und Verankerung von Verbänden im deutschen Recht 38

V. Grundsätze der Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem Kartellrecht sowie deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht 44

Teil C Die Verbandsmaßnahmen der Empfehlung, Tatsachenmittlung und Meinungsäußerung als Untersuchungsgegenstand 55

I. Begriffe der einzelnen Arten von Verbandsmaßnahmen 55

II. Vereinbarkeit der Verbandsmaßnahmen mit europäischem Kartellrecht..... 57

III. Vereinbarkeit von Verbandsmaßnahmen mit deutschem Kartellrecht..... 200

Teil D Aufruf zur Liefer- oder Bezugssperre durch den Verband als Sonderfall der Empfehlung..... 229

I. Vereinbarkeit des Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre durch einen Verband mit dem europäischen Kartellrecht 229

II. Vereinbarkeit des Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre durch einen Verband mit dem deutschen Kartellrecht im Hinblick auf § 21 Abs. 1 GWB ... 231

III. Abschließende Beispielfälle zum Aufruf zu einer Liefer- oder Bezugssperre durch Verbände.....	257
---	------------

Teil E Gesamtwürdigung und Schlusswort.....	263
--	------------

Inhaltsverzeichnis

Teil A	Einleitung	25
Teil B	Grundlagen	28
I.	Wirtschaftsverbände als Gegenstand der Untersuchung	28
II.	Funktionen und Aufgaben der Verbände in einem industriell geprägten demokratischen Rechtsstaat	30
III.	Entstehung und Geschichte des Verbandswesens in Deutschland unter besonderer Beachtung des Kartellrechts	31
IV.	Schutz und Verankerung von Verbänden im deutschen Recht	38
1.	Art. 9 GG als Verbandsgrundrecht	39
a)	Art. 9 Abs. 1 GG als Doppelgrundrecht	39
aa)	Schutz von Vereinigungen und sog. „ <i>Lehre vom Doppelgrundrecht</i> “	39
bb)	Kein Schutz der Vereinigung selbst	40
cc)	Stellungnahme	40
b)	Schutz „nach außen wirkender Tätigkeiten“ durch Art. 9 GG	41
c)	Verbände als Vereinigungen i.S.d. Art. 9 Abs. 3 GG	42
2.	Schutz von Verbänden durch weitere Grundrechte	42
3.	Wirtschaftsverbände als bürgerlich-rechtliche Vereine nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)	43
V.	Grundsätze der Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem Kartellrecht sowie deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht	44
1.	Haftung und Bebußung nach europäischem Kartellrecht	44
a)	Haftung der Unternehmensvereinigung	45
b)	Ausfallhaftung der Mitglieder der Unternehmensvereinigung	45
2.	Haftung und Bebußung nach deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht	46

a) § 81 GWB als Verbindungsnorm zwischen Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht	46
b) Ordnungswidrigkeitenrecht	47
aa) § 30 OWiG als Zurechnungsnorm für juristische Personen	47
bb) Einheitstäterprinzip nach § 14 OWiG	49
cc) Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG	50
(1) Funktionsweise von § 130 OWiG	50
(2) Die „Sportartikelhandel“-Entscheidung des BGH	50
(3) Schlussfolgerung für die Aufsichtspflichten von Verbänden	52
dd) § 9 OWiG als Zurechnungsnorm für natürliche Personen	52
ee) Vorsatz, Fahrlässigkeit und Verschulden nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht	53
3. Unterschiede der Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem und deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht	53
Teil C Die Verbandsmaßnahmen der Empfehlung, Tatsachenmitteilung und Meinungsäußerung als Untersuchungsgegenstand	55
I. Begriffe der einzelnen Arten von Verbandsmaßnahmen	55
1. Empfehlungen	55
2. Meinungsäußerungen	56
3. Tatsachenmitteilungen	56
II. Vereinbarkeit der Verbandsmaßnahmen mit europäischem Kartellrecht	57
1. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf Wirtschaftsverbände	57
a) Wirtschaftsverbände als Unternehmen und Unternehmensvereinigungen i.S.v. Art. 101 AEUV	57
b) Berufsverband als Unternehmensvereinigung – Die „Wouters“-Entscheidung des EuGH	59
c) Kriterien für die Einordnung von Wirtschaftsverbänden als Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 101 AEUV	60
2. Verbandsmaßnahmen als Vereinbarung, Beschluss und abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AUV	61
a) Der Vereinbarungstatbestand	61

aa)	Grundlagen des Vereinbarungsbegriffs.....	61
bb)	Erfordernis der Verbindlichkeit beim Vereinbarungstatbestand?.....	63
	(1) Zumindest faktische Verbindlichkeit erforderlich.....	63
	(2) Keine Verbindlichkeit erforderlich.....	64
	(3) Stellungnahme	65
cc)	Rechtsprechung zur Einordnung von Verbandsempfehlungen als Vereinbarungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	67
	(1) Die „ <i>Frubo / Kommission</i> “-Entscheidung des EuGH	67
	(2) Die „ <i>Van Landewyck / Kommission</i> “-Entscheidung des EuGH	68
	(3) Die „ <i>NAVEWA-ANSEAU</i> “-Entscheidung des EuGH	70
	(4) Die „ <i>Cimenteries CBR</i> “-Entscheidung des EuG	72
	(5) Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Einordnung von Verbandsempfehlungen als Vereinbarungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	73
dd)	Die Einordnung von einseitigen Maßnahmen als Vereinbarungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	75
	(1) Die Rechtsprechung des EuGH zu einseitigen Maßnahmen in Vertikalverhältnissen	75
	(2) Kriterien aus der Rechtsprechung zu einseitigen Maßnahmen in Vertikalverhältnissen	78
	(3) Übertragbarkeit der Kriterien aus der Rechtsprechung zu einseitigen Maßnahmen in Vertikalverhältnissen auf Verbandsempfehlungen.....	80
ee)	Ergebnis der Untersuchung und Kriterien für die Annahme einer Vereinbarung bei Empfehlungen durch eine Unternehmensvereinigung	82
ff)	Tatbestandliche Teilnahme an der Vereinbarung.....	84
b)	Der Beschlusstatbestand.....	84
aa)	Grundlagen des Beschlussbegriffs	84
bb)	Problem der Zuständigkeit des handelnden Organs.....	86
	(1) Beschlussfassung durch das zuständige Organ erforderlich.....	86
	(2) Keine Beschlussfassung durch das zuständige Organ erforderlich	86
	(3) Stellungnahme	87
cc)	Erfordernis der Verbindlichkeit beim Beschlusstatbestand?	88

(1) Erfordernis zumindest faktischer Verbindlichkeit des Beschlusses i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	89
(2) Keine Verbindlichkeit erforderlich	89
(3) Stellungnahme	90
dd) Rechtspraxis von Kommission, EuGH und BGH zum Beschlussstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	90
(1) Die „ <i>Vereeniging van Cementhandelaren</i> “-Entscheidung des EuGH.....	91
(2) Die „ <i>van Landewyck / Kommission</i> “-Entscheidung des EuGH.....	92
(3) Die „ <i>Verband der Sachversicherer</i> “-Entscheidung des EuGH	93
(4) Die „ <i>Consiglio nazionale dei geologi</i> “-Entscheidung des EuGH	96
(5) Die „ <i>Netto Bücher Vereinbarung</i> “-Entscheidung der Kommission	96
(6) Die „ <i>FENEX</i> “-Entscheidung der Kommission	97
(7) Die „ <i>CISAC</i> “-Entscheidung der Kommission	98
(8) Der „ <i>Lottoblock</i> “-Beschluss des BGH.....	99
(9) Zusammenfassung der Rechtspraxis zum Beschlussstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	101
ee) Schlussfolgerungen zum Beschlussstatbestand	101
(1) Notwendigkeit der Erfassung unverbindlicher Empfehlungen zur Verhinderung einer Umgehung des Vereinbarungstatbestands.....	103
(2) Konsequenzen für das Verbindlichkeitserfordernis beim Beschlussstatbestand	105
(3) Kriterien für die faktische Verbindlichkeit i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	106
(4) Exkurs: Erfüllen die Mitglieder der Unternehmensvereinigung durch die Beschlussfassung des Verbandes ihrerseits selbst den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV?	107
c) Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweisen	108
aa) Grundlagen des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweisen.....	108
(1) Verhaltensabstimmung	109
(2) Entsprechendes Marktverhalten.....	111
(3) Kausalität zwischen Abstimmung und Verhalten.....	112
bb) Nachweis und Abgrenzung kartellrechtswidriger Verbandsmaßnahmen von bewusstem und erlaubtem Parallelverhalten	113

(1) Wettbewerbstheorien	115
(2) Marktformen	116
(3) Marktverhalten.....	118
(a) Grundlagen der Spieltheorie.....	118
(b) Gewinnmaximierung durch Kooperation	121
(c) Parallelverhalten ohne Abstimmung im Oligopol.....	122
(d) Parallelverhalten als Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise?	123
(4) Kollusionsbegünstigende Marktstrukturkriterien	124
(5) Verbandsmaßnahmen als Ursache koordinierten Verhaltens	127
cc) Koordinationswirkung einzelner Verbandsmaßnahmen	129
(1) Konkrete Verhaltensempfehlung durch den Verband	129
(2) Tatsachenmitteilungen durch den Verband	131
(3) Meinungsäußerungen durch den Verband	133
dd) Ergebnis: Verbandsempfehlungen und sonstige Maßnahmen als Ursprung abgestimmter Verhaltensweisen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV ...	133
ee) Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bei der Verhaltensabstimmung	136
d) Zusammenfassung der Ergebnisse zu den Tatbeständen der Vereinbarung, des Beschlusses und der abgestimmten Verhaltensweise in Bezug auf die Arbeit von Wirtschaftsverbänden.....	138
3. Der Verband als „Täter“ von Vereinbarung, Beschluss und abgestimmter Verhaltensweise	139
a) Bisherige Praxis der Rechtsprechung.....	140
b) Einordnung der Verbandsmaßnahme als Teilnahmehandlung.....	141
c) Grundsätze der Haftung für Teilnahmehandlungen im europäischen Kartellrecht.....	142
aa) Die „AC-Treuhand“-Entscheidung des EuG	142
bb) Kritik an der „AC-Treuhand“-Entscheidung des EuG	145
cc) Stellungnahme	145
dd) Übertragung der Kriterien der „AC-Treuhand“-Entscheidung auf die Verursachung abgestimmten Verhaltens durch Verbände	147

d) Ergebnis: Keine Täterschaft des Verbandes bei abgestimmten Verhaltensweisen seiner Mitgliedsunternehmen i.S.v. Art. 101 AEUV	148
4. Koordinierungswille bzw. -bewusstsein im europäischen Kartellrecht.....	151
5. Das Erfordernis der Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung, -verfälschung im europäischen Kartellrecht und dessen Bedeutung für die Verbandsarbeit	152
a) Begriff des Wettbewerbs	152
b) Beschränkung des Wettbewerbs.....	153
aa) Bisherige Praxis von Rechtsprechung und Kommission	153
bb) Schlussfolgerungen aus der Praxis	154
cc) Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	155
dd) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	157
c) Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung.....	158
aa) Wettbewerbsbeschränkung durch Verbände.....	158
bb) Anwendung einer „Rule of reason“ im europäischen Kartellrecht?	159
cc) Tatbestandliche Einschränkung des Art. 101 Abs. 1 AEUV für Verbände?.....	160
6. Wettbewerbsbeschränkungen durch bestimmte Verbandsmaßnahmen und Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	161
a) AGB- bzw. Konditionenempfehlungen.....	162
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Konditionenempfehlungen	163
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	164
(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts	164
(2) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn	165
(3) Unerlässlichkeit	166
(4) Keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs	167
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung	167
b) Normen- und Typenempfehlungen	168
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung durch Normen- und Typenempfehlungen.....	169
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	170
(1) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts	170

(2) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn .	171
(3) Unerlässlichkeit	172
(4) Keine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs.....	172
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	172
c) Musterkalkulationen.....	173
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Musterkalkulationen.....	173
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	175
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	175
d) Preisempfehlungen	176
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Preisempfehlungen	176
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	177
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	177
e) Mittelstandsempfehlungen	178
aa) Spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns	179
(1) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	179
(2) Spürbarkeit der Beeinträchtigung	181
(3) Bedeutung für Mittelstandsempfehlungen durch Verbände	182
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	183
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	184
f) Umweltschutzmaßnahmen durch Verbände.....	184
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Umweltschutzmaßnahmen	185
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	186
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	187
g) Empfehlungen zu einem gemeinsamen Vorgehen gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Marktstufe	187
aa) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Empfehlungen zu einem gemeinsamen Vorgehen gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Marktstufe	188
bb) Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	188
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	189
h) Sonderproblem: Nachweis der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV durch den Verband	189

7. Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch den Verband und seine Mitglieder	190
a) Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch den Verband	190
b) Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch die Verbandsmitglieder	191
8. Anwendung von Art. 102 AEUV auf Unternehmensvereinigungen?	191
9. Abschließende Fallbeispiele zur Vereinbarkeit von Verbandsmaßnahmen mit dem europäischen Kartellrecht	193
a) Beispiel 1 – Die XFT-Technologie	193
b) Beispiel 2 – Freistellung zugunsten der Umwelt	194
c) Beispiel 3 – Der umtriebige Apothekerverband	194
d) Beispiel 4 – Ein Verband wehrt sich	196
e) Beispiel 5 – Ölpreis - Spiele	197
f) Beispiel 6 – Ein dubioses System	198
g) Beispiel 7 – Die Videotheken AGBs	199
III. Vereinbarkeit von Verbandsmaßnahmen mit deutschem Kartellrecht	200
1. Das früher geltende Empfehlungsverbot im deutschen Recht als wichtige Regelung für die Verbandsarbeit	200
a) Historie des Empfehlungsverbots im deutschen Recht	201
b) Rechtsprechung zum Empfehlungsverbot GWB a.F.	202
aa) Rechtsprechung zur Anwendung des Empfehlungsverbots auf Verbände ..	202
(1) Die „Kohlenplatzhandel“-Entscheidung des BGH	202
(2) Die „Preis Anpassungsklausel“-Entscheidung des KG Berlin	204
(3) Die „Mustermietvertrag“-Entscheidung des BGH	205
bb) Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Empfehlungsverbot des GWB	206
2. Ursachen und Gründe für die Abschaffung des Empfehlungsverbots im deutschen Recht	207
3. Rechtliche Einordnung von Verbandsempfehlungen de lege lata und Täter Eigenschaft des Verbandes	210
a) Materiell-rechtliche Einordnung von Verbandsempfehlungen de lege lata	210
b) Änderung im Zeitpunkt der Sanktion	211

c) Verband als „Täter“ der abgestimmten Verhaltensweise im deutschen Kartellbußgeldrecht	211
aa) § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 1 AEUV	212
bb) § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 1 GWB	214
cc) Ergebnis.....	215
4. Auswirkung der Abschaffung von § 22 GWB a.F. auf Verbandsempfehlungen und die Freistellungen nach altem Recht	215
a) AGB- und Konditionenempfehlungen, Normen- und Typenempfehlungen, Musterkalkulationen und Preisempfehlungen sowie Umweltschutzmaßnahmen durch Verbände.....	216
b) Mittelstandsempfehlungen durch Verbände.....	218
aa) Anwendbarkeit von § 3 Abs. 1 GWB	218
bb) Voraussetzungen § 3 Abs. 1 GWB.....	221
(1) Aktuelles oder potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen kleinen und mittleren Unternehmen	221
(2) Rationalisierung.....	222
(3) Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.....	223
(4) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt.....	224
cc) Ergebnis / Schlussfolgerung.....	225
5. Rechtliche Zulässigkeit eines zukünftigen nationalen Empfehlungsverbots	226
6. Stellungnahme zur Wiedereinführung eines Empfehlungsverbots im deutschen Kartellrecht im Hinblick auf die Arbeit von Wirtschaftsverbänden	226

Teil D Aufruf zur Liefer- oder Bezugssperre durch den Verband als Sonderfall der Empfehlung..... 229

I. Vereinbarkeit des Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre durch einen Verband mit dem europäischen Kartellrecht	229
1. Aufruf zur Liefer- oder Bezugssperre als tatbestandliche Handlung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV	229
2. Wettbewerbsbeschränkung	230
3. Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	230

II. Vereinbarkeit des Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre durch einen	
Verband mit dem deutschen Kartellrecht im Hinblick auf § 21 Abs. 1 GWB ...	231
1. Verhältnis von § 21 Abs. 1 GWB zum europäischen Kartellrecht	231
2. Normadressaten des § 21 Abs. 1 GWB.....	233
a) Verbände als Adressat des § 21 Abs. 1 GWB	233
b) Exkurs: Die „ <i>Milchboykott</i> “-Entscheidung des OLG Düsseldorf.....	234
aa) Der BDM als gewerkschaftsähnliche Interessenvertretung von Beschäftigten in Heimarbeit.....	234
bb) Rechtliche Würdigung.....	235
c) Zurechnung von Äußerungen handelnder Personen gegenüber dem Verband ...	236
3. Aufforderungsadressat	237
4. Bestimmte Unternehmen (Boykottierte).....	237
5. Der Aufforderungstatbestand des § 21 Abs. 1 GWB in Abgrenzung zur legitimen Verbandsarbeit	238
a) Aufforderung und begriffliche Abgrenzung.....	239
b) Beeinflussbarer Entscheidungsspielraum / Kausalität	243
c) Einzelfälle zum Aufforderungstatbestand unter der Beteiligung von Verbänden	244
aa) Die „ <i>Milchboykott</i> “-Entscheidung des OLG Düsseldorf.....	245
bb) Die „ <i>Sportartikelhandel</i> “-Entscheidung des KG Berlin	245
cc) Die „ <i>Schnäppchenführer</i> “-Entscheidung des KG Berlin	245
dd) Die „ <i>Werbeaktion mit Kaffeegeschirren</i> “-Entscheidung des OLG Hamburg.....	246
ee) Die „ <i>Drogisten-Fachzeitschrift</i> “-Entscheidung des KG Berlin	246
6. Die Absicht der unbilligen Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verbandswesens.....	247
a) Beeinträchtigungsabsicht.....	247
b) Unbilligkeit der Beeinträchtigung	248
aa) Wahrnehmung berechtigter Interessen durch Verbände	249
bb) Berücksichtigung von Grundrechten zugunsten von Verbänden bei der Beurteilung der Unbilligkeit.....	251
(1) Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	251
(2) Art. 9 Abs. 1 GG.....	254

cc) Zulässigkeit eines Abwehrboykotts durch Verbände.....	254
7. Ergebnis zur Einordnung eines Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre als kartellrechtswidriger Boykott	256
III. Abschließende Beispielfälle zum Aufruf zu einer Liefer- oder Bezugssperre durch Verbände	257
1. Beispiel 1 – Der Verband wehrt sich schon wieder	257
2. Beispiel 2 – Die Verbandsberatung	258
3. Beispiel 3 – Der vorlaute Verbandsgeschäftsführer.....	260
4. Beispiel 4 – Der vorsichtige Verband	261
5. Beispiel 5 – Abwehrboykott?.....	262
Teil E Gesamtwürdigung und Schlusswort.....	263