

von Rechtsanwalt **Patrick Prestel**

Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen: nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV (2. Teil der Serie zu selektiven Vertriebsystemen)

Im 2. Teil der [Serie der IT-Recht Kanzlei](#) wird auf die Voraussetzungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV eingegangen. Da die Tatbestände der nationalen und internationalen Regelungen weitestgehend übereinstimmen, können die Voraussetzungen einheitlich für beide dargestellt werden.

A.) Diese sind im Überblick:

I. Tatbestandsvoraussetzung

1. Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen
2. Vereinbarung oder Abstimmungen
3. bezweckt oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung
4. Spürbarkeit
5. Zwischenstaatlichkeitsklausel (entfällt bei § 1 GWB)
6. tatbestandsimmanente Grenzen
7. Regelbeispiele bei Art. 101 AEUV

II. Keine Ausnahmen

1. Besondere Ausnahmeregelungen, nur in Deutschland
2. Einzelfreistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 Abs. 1 GWB, „Legalausnahme“
3. Gruppenfreistellungen

In diesem 2. Teil der [Serie "Selektive Vertriebsysteme" der IT-Recht Kanzlei](#) werden die Merkmale des Tatbestandes (siehe oben unter I.) dargestellt. Auf die Ausnahmen (siehe oben unter II.) wird in den Teilen 4 und 5 der Serie eingegangen. Im 3. Teil geht es ausführlich um das Merkmal „Wettbewerbsbeschränkung“.

B.) Zu den Voraussetzungen im Einzelnen

I. Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen

Von diesem Merkmal werden nicht nur die klassischen Unternehmen erfasst, sondern vielmehr jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit (unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung), die darin besteht, Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

Dazu gehören alle natürlichen und juristische Personen sowie Gesellschaften, die ein Gewerbe betreiben, aber auch die Freiberufler. Nicht darunter fallen die unselbständigen Tätigkeiten (Arbeitnehmer) sowie die private Bedarfsdeckung.

Beim Handeln von öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist zu differenzieren. Keine unternehmerische Tätigkeit liegt vor, soweit die öffentliche Hand Waren oder Dienstleistungen einkauft, um ihre spezifisch hoheitliche, nichtwirtschaftliche Tätigkeit zu ermöglichen. Dagegen liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor, wenn der Hoheitsträger den ihm durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlässt und eine in den Wettbewerb eingreifende Maßnahme trifft, wobei dem nicht entgegen steht, wenn mit dieser Tätigkeit auch öffentliche Aufgaben erfüllt werden sollen.

Auf das Verhältnis zwischen einem Hersteller bzw. Lieferanten (sog. Geschäftsherrn) und einem Handelsvertreter sind § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV nicht anwendbar. Handelsvertreter ist, wer beim Weiterverkauf der Ware ganz oder zu einem wesentlichen Teil die wirtschaftlichen Risiken des Absatzes und der Vertragsabwicklung trägt.

II. Abstimmungen / Vereinbarungen

Von diesem Merkmal sind alle Vereinbarungen erfasst, also Verträge oder gemeinsame Beschlüsse und das unabhängig von der rechtlichen Form. Damit fällt auch ein „gentlemen's agreements“ darunter. Dabei ist es unerheblich, ob die Vereinbarung rechtlich bindend ist oder wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV nicht. Entscheidend sind eine tatsächliche Bindungswirkung und ein darauf gerichteter Wille. Damit gehört auch das bewusste Parallelverhalten bzw. die bewusste praktische Zusammenarbeit im Sinne eines abgestimmten Verhaltens dazu. Ebenso zählen Abstimmungen dazu, die zwar rechtlich weniger Qualität haben wie eine Vereinbarung, wenn auf ihnen ein Verhalten beruht, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt.

Nicht dazu zählen einseitige Maßnahmen wie z.B. Empfehlungen. Die Nichtzulassung eines Händlers zu einem vertikalen Vertriebssystem wird aber nicht als einseitige Maßnahme ausgelegt, sondern als Umsetzung der Vereinbarung.

Auch sind gleichförmige Verhaltensweisen ausgenommen. Diese liegen - im Gegensatz zum abgestimmten Verhalten - bei einem bewussten oder unbewussten (aber eben nicht abgestimmten) Nachahmen von typischem Verhalten vor.

Vom Verbot werden sowohl vertikale als auch horizontale Vereinbarungen (beschrieben im [1. Teil der Serie der IT-Recht Kanzlei](#)) erfasst.

III. bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

1. Wettbewerbsbeschränkung

Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt bei einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs vor, also bei einer Beeinträchtigung der wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheit als Anbieter oder Nachfrager. Die Beeinträchtigung muss sich auf wettbewerbsrelevante Handlungen beziehen wie z.B. Preise, Abnehmer, Absatzgebiete, Absatzmenge, Werbung, Qualität oder Sortiment. Es reicht aber schon aus, wenn die Entscheidungsfreiheit nach kaufmännischer Vernunft zu handeln beeinflusst wird. Auch sind die Fälle erfasst, in denen der Betroffene zwar an sich frei ist anders zu handeln, ihn aber dadurch wirtschaftliche Nachteile treffen. Ein Beispiel dafür wäre, wenn ein Händler zwar frei ist, den vom Hersteller aufgestellten Mindestpreis nicht einzuhalten; der Hersteller aber als Konsequenz diesen Händler nicht mehr beliefern würde.

In Art. 101 Abs.1 AEUV werden einige Regelbeispiele in nicht abschließender Weise aufgelistet, die einen Verstoß darstellen:

- die Festsetzung der Preise und Geschäftsbedingungen
- die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder Investitionen
- die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen
- die Diskriminierung von Handelspartnern
- die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung zusätzliche Leistungen abzunehmen

Im 3. Teil der [Serie der IT-Recht Kanzlei](#) werden die einzelnen Typen der Beschränkungen ausführlich dargelegt.

Dazu zählen auch die selektiven Vertriebssysteme. In diesen wählt der Anbieter einer Ware (Hersteller oder Händler) den weiteren Vertriebsweg bis zum Endverbraucher gezielt aus (Selektion), um bestimmte Ziele zu erreichen. Das bedeutet, er bestimmt, über welche Händler seine Ware bis zum Endverbraucher vertrieben wird. Selektive Vertriebssysteme sind von vornherein zulässig, wenn sie bestimmte (dazu mehr im 7. Teil der [Serie der IT-Recht Kanzlei](#)) Voraussetzungen erfüllen. Denn haben sie mehr positive als negative Auswirkungen auf den Markt und sind nicht geeignet den Wettbewerb einzuschränken. Damit verstoßen sie nicht gegen das Wettbewerbsverbot.

Wenn diese bestimmten Voraussetzungen nicht vorliegen, verstoßen sie hingegen grundsätzlich gegen das Wettbewerbsverbot. Allerdings können sie dann zulässig werden, wenn sie vom Kartellverbot freigestellt werden, was der Fall ist, wenn sie unter den Tatbestand einer Einzelfall- oder Gruppenfreistellung nach § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV fallen. Auf die Einzelfallfreistellungen wird im 4. Teil der [Serie der IT-Recht Kanzlei](#) eingegangen und auf die Gruppenfreistellungen im 5. Teil.

2. bezweckt oder bewirkt

Die Wettbewerbsbeschränkung kann, muss aber nicht vorliegen. Es reicht aus, wenn der Zweck der Abstimmung dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.

IV. spürbare Außenwirkung der Wettbewerbsbeschränkung

Die Wettbewerbsbeschränkung muss nach außen hin spürbar sein. Diese Voraussetzung erscheint zwar nicht im Wortlaut des Gesetzestextes. Dennoch ist sie als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu prüfen.

Das heißt, die Wettbewerbsbeschränkung muss zunächst überhaupt nach außen wirken.

Vereinbarungen, die sich auf den Markt nicht auswirken, verstoßen nicht gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV.

Weiter muss die Außenwirkung spürbar sein. Das meint, dass Bagatellfälle von der Kartellrechtswidrigkeit ausgenommen werden. Spürbarkeit liegt vor, wenn die Marktverhältnisse mehr als nur theoretisch und nicht nur in einen unbedeutenden Umfang beeinflusst werden können. Dabei muss die Vereinbarung im Zusammenhang aller ihrer rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände gesehen werden (sog. Bündeltheorie). Danach sind als relevante Punkte zu berücksichtigen:

- die Anzahl der auf dem relevanten Markt Beteiligten
- die Marktanteile der Parteien der Vereinbarung und
- die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung.

Orientierungshinweise bietet die sog. Bagatell- oder De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission, die allerdings für nationale Gerichte nicht bindend ist. Danach gilt für horizontale Vereinbarungen, dass die Spürbarkeit nicht erreicht ist, wenn die beteiligten Unternehmen zusammen einen Marktanteil von weniger als 10% haben. Im Vertikalbereich sind es dagegen grundsätzlich 15%. Dort sind aber auch kumulative Wirkungen von Vertragsbündel zu berücksichtigen. In solchen Fällen liegt die Schwelle nur bei 5%. Aber nicht pauschal sind alle vertikalen Vereinbarungen mit einem Marktanteil von mehr als 15% spürbar. Auch solche können keine spürbaren Auswirkungen haben. Die Spürbarkeit muss also erst festgestellt werden.

Diese Schwellen der Bagatell- oder De-minimis-Bekanntmachung gelten jedoch nicht für Vereinbarungen, die eine „Kernbeschränkung“ oder auch „schwarze Klausel“ darstellen. Das sind ganz bestimmte Vereinbarungen, die so schwere Eingriffe in den Markt darstellen, dass sie überhaupt nicht gewollt sind, also auch nicht bei geringen Marktanteilen. Die Kernbeschränkungen sind in Artikel 4 der VO (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission aufgelistet, auf welchen im 6. Teil der Serie eingegangen wird.

V. Zwischenstaatlichkeitsklausel (entfällt bei § 1 GWB)

Für den Tatbestand des Art. 101 AEUV ist noch erforderlich, dass ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, die Vereinbarung also geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beschränken.

Im 3. Teil der [Serie der IT-Recht Kanzlei](#) wird auf die einzelnen Wettbewerbsbeschränkungen des Kartellverbots in § 1 GWB und Art. 101 AEUV eingegangen. Darunter können auch die selektiven Vertriebsvereinbarungen fallen.

Autor:

RA Patrick Prestel