

Timo Angerbauer

Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschafts-
verbänden mit dem deutschen und
europäischen Kartellrecht

Timo Angerbauer

**Vereinbarkeit der Arbeit von
Wirtschaftsverbänden mit dem
deutschen und europäischen
Kartellrecht**

Timo Angerbauer

**Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschaftsverbänden
mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht**

Tectum Verlag

Timo Angerbauer

Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschaftsverbänden
mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht

© Tectum Verlag Marburg, 2015

Zugl. Diss. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 2015

ISBN: 978-3-8288-6254-8

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter
der ISBN 978-3-8288-3580-1 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrichs-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades im Bereich der Rechtswissenschaften angenommen.

Mein Dank gilt an dieser Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Daniel Zimmer für die Möglichkeit zur Promotion sowie die Betreuung und Förderung der Arbeit. In diesem Zusammenhang möchte ich mich auch bei Frau Astrid Günther aus dem Sekretariat des Lehrstuhls bedanken. Prof. Dr. Roth danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die engagierten und inspirierenden Vorlesungen zu Beginn meines Studiums.

Herr Hubertus Vogt danke ich sehr für die kritische Durchsicht der Arbeit. Meinem Freund Dr. Clemens Demmer danke ich für die umfangreichen Formatierungshilfen und sonstigen Ratschläge. Weiterer Dank gilt all jenen, die mich bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben, sei es durch Ratschläge und Anregungen oder durch die notwendige Ablenkung von der wissenschaftlichen Arbeit.

Meiner Ehefrau Louisa Angerbauer danke ich für die bedingungslose Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit sowie der Begleitung meiner gesamten juristischen Ausbildung. Sie hat stets viel Verständnis und Nachsicht für die verschiedenen Launen, die die Anfertigung einer solchen Arbeit mit sich bringt, aufgebracht.

Schließlich gilt der größte Dank meinen Eltern. Ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung hat das vorliegende Werk erst ermöglicht. Sie waren und sind mir stets ein liebevoller Rückhalt. Ihnen widme ich diese Arbeit in Dankbarkeit.

Düsseldorf, April 2015

Timo Angerbauer

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, Tatsachenmitteilung 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 „ <i>nach außen wirkender Tätigkeiten</i> “ 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
Meinungäußerung 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 Beschlussstatbestand.....	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 Beschlussstatbestand?	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 „ <i>Rule of reason</i> “ 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

Abkürzungsverzeichnis

AfP	Archiv für Presserecht
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Az	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
ECLR	European Competition Law Review
Econ. Pol.	Economic Policy
evtl.	eventuell
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbe Archiv
GRUR-Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International

J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
Uabs.	Unterabsatz
Lfg.	Lieferung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
TranspR	Transportrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier Mitteilungen

WRP Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW Wirtschaft und Wettbewerb

Im Übrigen richten sich die Abkürzungen nach *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin 2013.

Teil A Einleitung

Adam Smith, englischer Moralphilosoph und Ökonom - Begründer der klassischen Nationalökonomie -, stellte bereits 1791 fest: „*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*“¹ Natürlich finden solche Zusammentreffen von Unternehmern oder Unternehmensvertretern auch in der Gegenwart statt, auch unter Ausschluss der Öffentlichkeit, und häufig sind Wirtschaftsverbände mit einbezogen. Um z.B. Unternehmensabsprachen zu verhindern, von denen schon *Adam Smith* spricht, hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit das Kartellrecht geschaffen, dessen vorrangige Aufgabe der Schutz des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs ist. Dieses Kartellrecht soll verhindern, dass Unternehmen ihr Verhalten koordinieren, um so den Wettbewerb, das zentrale Element der Marktwirtschaft, zu beschränken, zu verfälschen oder gar zu verhindern. Potentielle Konflikte zwischen dem Kartellrecht einerseits und der Arbeit eines Wirtschaftsverbandes andererseits sind damit vorgegeben. Aus diesem Grund stehen Verbände seit jeher unter besonderer wettbewerbsrechtlicher Beobachtung.² Es wurde sogar bereits die These aufgestellt, dass das „*Bestehen von Verbänden und ein funktionsfähiger Wettbewerb nur schwer miteinander vereinbar*“ seien.³ Auch wenn dieser Aussage in dieser Weise nicht gefolgt werden kann, so sind in der ökonomischen Realität Konflikte von Verbänden mit dem Kartellrecht immer wieder zu beobachten und durch viele Beispiele zu belegen.

In Deutschland gibt es den offiziellen Daten der Deutschen Gesellschaft für Verbandsmanagement e.V. (DGVM) zufolge rund 15.000 Verbände.⁴ Die Anzahl der Verbände hat sich dabei stetig erhöht.⁵ Angesichts ihrer wirtschaftlichen, sozialen und auch politischen Macht nehmen Wirtschaftsverbände heute eine bedeutende Stellung im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union ein.

Verbände bewegen sich wettbewerbsrechtlich in einem sehr komplexen Umfeld.⁶ Ihre natürliche Aufgabe, die Koordinierung der gemeinsamen Interessen ihrer Mitgliedsunternehmen, die zumeist in direkter Konkurrenz zueinander am Markt agieren, steht in einem besonderen Spannungsverhältnis zu der Aufgabe des Kartellrechts, nämlich zu unterbinden, dass Unternehmen ihr Verhalten im Hinblick auf das Ziel koordinieren,

¹ *Adam Smith*, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nation*, S. 200. Von *Mestmäcker*, *Verbandsstatistiken*, S. 4, wie folgt übersetzt: „Angehörige desselben Gewerbes treffen sich selten, und sei es zum Vergnügen oder zum Zeitvertreib, ohne dass die Unterhaltung mit einer Verschwörung gegen das Publikum oder einer Verabredung endet, die Preise zu erhöhen.“

² *Möhlenkamp* WuW 2008, 428 (429).

³ Zitiert bei *Blaich*, *Staat und Verbände in Deutschland zwischen 1871 und 1945*, S. 119.

⁴ Vgl. <http://www.verbaende.com/hintergruende/studien-statistiken.php> (Stand 31.01.2014).

⁵ Die Erhöhung betrug Schätzungen der DGVM zufolge im Durchschnitt etwa fünf Prozent jährlich.

⁶ *Lotze*, S. 117.

den Wettbewerb zu beschränken, zu verfälschen oder zu verhindern. Verbände standen – schon immer – und stehen – wohl auch weiterhin – in vielfältigen Konflikten mit dem Kartellrecht. So kamen *George A. Hay* und *Daniel Kelley* bereits 1974 in ihrer Studie zum Thema „*An empirical survey of price fixing conspiracies*“ zu dem Ergebnis, dass in sieben von acht untersuchten Kartellfällen mit mehr als fünfzehn Kartellmitgliedern ein Wirtschaftsverband involviert war.⁷ Auch in der Presse finden sich immer wieder Meldungen, die auf Konflikte von Verbänden mit dem Kartellrecht hindeuten.⁸ Auf der anderen Seite können Verbände durchaus positive Effekte für den Wettbewerb auf einem Markt entwickeln. Die Mehrzahl der Aktivitäten von Wirtschaftsverbänden ist wettbewerbsfördernd oder zumindest wettbewerbsneutral.⁹ So sind gerade kleine und mittlere Unternehmen im Rahmen ihrer täglichen Arbeit auf die aktive Unterstützung ihrer Verbände angewiesen. Zudem vertreten Verbände oftmals die Interessen ihrer Mitglieder bei der Gesetzgebung oder in sonstigen öffentlichen Angelegenheiten. Solche Handlungen sind in der Regel wettbewerbsneutral. Zutreffend lässt sich folglich die Rolle von Wirtschaftsverbänden in Bezug auf das Kartellrecht mit dem Titel eines Vortrags beschreiben, den *Jon Leibowitz*, Commissioner der amerikanischen Federal Trade Commission, zum Thema Wirtschaftsverbände und Kartellrecht gehalten hat: „*The Good, the Bad and the Ugly: Trade Associations and Antitrust*“.¹⁰

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, die durch das europäische und deutsche Kartellrecht gesetzten Grenzen der Arbeit von Wirtschaftsverbänden herauszuarbeiten. Dabei stellt sich insbesondere die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit einzelner Verbandsmaßnahmen.¹¹ Daran anschließend sollen bestehende Lücken bei rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten gegenüber unzulässigen Verbandsmaßnahmen im europäischen und deutschen Kartellrecht herausgearbeitet und ggf. Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

Hierzu wird in Teil B zunächst dargelegt, was unter „Wirtschaftsverbänden“ im Sinne dieser Untersuchung zu verstehen ist, welche Aufgaben den Verbänden in einem de-

⁷ *Hay/Kelley*, J.L. & Econ., Vol. 17, S. 21.

⁸ Vgl. nur Handelsblatt vom 16.02.2010, „Verbände im Visier des Kartellamts“; Der Spiegel, Nr. 51/2002, S. 98, „Unerlaubte Absprache?“; vgl. auch *Kapp/Hummel CCZ* 2013, 240 ff.

⁹ Vgl. *OECD*, 12.10.2007, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement: Potential pro-competitive and anticompetitive aspects of trade/business associations, S. 2.

¹⁰ *Leibowitz*, S. 1.

¹¹ *Zwicker* hat sich in seiner 1984 erschienen Arbeit dagegen mit der Frage befasst, welche besonderen Rechtsbeziehungen zwischen Verbandsangehörigen und außenstehenden Unternehmen einerseits und Wirtschaftsvereinigungen andererseits daraus erwachsen, dass letztere über Einrichtungen verfügen und Leistungen erbringen, welche die Konkurrenzfähigkeit der jeweils berücksichtigten Wettbewerber verbessern, vgl. *Zwicker*, Kartellrechtliche Beschränkungen der Verbandsautonomie der Wirtschaftsverbände in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 31.

mokratischen Industriestaat zukommen und wie sich - unter historischer Betrachtung - Wirtschaftsverbände in Deutschland entwickelt haben. Zusätzlich werden die Verankerung von Verbänden im deutschen Recht sowie die Grundsätze der kartellrechtlichen Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem und deutschem Kartellrecht herausgearbeitet. Die Untersuchungen in Teil C dieser Arbeit wenden sich der Problematik zu, inwiefern Empfehlungen, Meinungsäußerungen, Tatsachenmitteilungen oder sonstige Maßnahmen von Verbänden geeignet sind, gegen das europäische und deutsche Kartellrecht zu verstoßen oder solche Verstöße zu verursachen. Abschließend wird in Teil D auf die deutsche Besonderheit des Boykottverbots im Hinblick auf Verbände eingegangen. Teil E letztlich enthält dann die Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse sowie eine abschließende Betrachtung dieser spannungsreichen Problematik.

Teil B Grundlagen

Die vorliegende Untersuchung hat zum Ziel, die Vereinbarkeit der Tätigkeit von Wirtschaftsverbänden mit dem europäischen und deutschen Kartellrecht zu analysieren. Dies setzt ein grundlegendes Verständnis von Wirtschaftsverbänden, ihren Grundlagen, Aufgaben und Funktionen voraus.

I. Wirtschaftsverbände als Gegenstand der Untersuchung

Zunächst ist die Frage zu klären, was unter einem „*Wirtschaftsverband*“ zu verstehen ist. Dieses Kompositum setzt sich aus den Substantiven „*Wirtschaft*“ und „*Verband*“ zusammen. Während der Wortbereich „*Wirtschaft*“ nicht weiter erläutert werden muss, bedarf der Wortkomplex „*Verband*“ einer genaueren Bestimmung. *Max Weber* hat wesentlich den Verbandsbegriff geprägt, wobei er den „*Verband*“ folgendermaßen definiert: „*Verband soll eine nach außen regulierend beschränkte oder geschlossene soziale Beziehung dann heißen, wenn die Innehaltung ihrer Ordnung garantiert wird durch das eigene auf deren Durchführung eingestellte Verhalten bestimmter Menschen [...]*“.¹²

Für die Zwecke dieser Arbeit erweist sich diese Definition jedoch als zu unvollständig. Sie beinhaltet zwar die formale Organisation als sicherlich ein wesentliches Merkmal von Verbänden, lässt aber einen weiteren, erheblich bedeutsameren Aspekt unbeachtet: Entscheidend für das Verständnis des Verbandes sind nämlich die Beweggründe, aus denen heraus Individuen sich zu einem solchen zusammenschließen. Diese Motivation folgt der Erkenntnis, in einem Verband gleiche oder jedenfalls substantiell ähnliche Interessen gemeinsam verfolgen zu können.¹³ Was dabei unter „*Interesse*“ verstanden wird, ist in der politischen und soziologischen Theorie seit langem umstritten.¹⁴ *Sebaldt/Straßner* definieren Interesse als „*die Triebfeder des Einzelnen zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse oder aber die Anteilnahme von Personen an anderen Menschen, Sachen oder einem Geschehen aus einem physischen Grundbedürfnis heraus*“.¹⁵

Verbände dienen der Organisation von in einer pluralistischen Gesellschaft auftretenden unterschiedlichen Interessen.¹⁶ Durch die Formalisierung der Organisation dieser

¹² *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 26; erläutert von *Burgmer*, *Die Zukunft der Wirtschaftsverbände*, S. 25 ff.

¹³ *Sebaldt/Straßner*, *Verbände in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 21.

¹⁴ *von Winter/Willems* in *von Winter/Willems*, S. 19; *Sebaldt/Straßner*, *Verbände in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 17.

¹⁵ *Sebaldt/Straßner*, *Verbände in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 18; vgl. auch die Definition bei *Bensch*, *Multidisziplinäre Analyse des Problemfeldes Verbände*, S. 4 ff.

¹⁶ *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 9 GG, Rn. 13 (Lfg. 35); *Sebaldt/Straßner*, *Verbände in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 29.