

Edition KVV

Sebastian Schrader

Legale Kartelle

Theorie und empirische Evidenz



Springer Gabler



Edition KWV

Die „Edition KWV“ beinhaltet hochwertige Werke aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften. Alle Werke in der Reihe erschienen ursprünglich im Kölner Wissenschaftsverlag, dessen Programm Springer Gabler 2018 übernommen hat.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/16033>

Sebastian Schrader

Legale Kartelle

Theorie und empirische Evidenz

Sebastian Schrader
Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfung
Stuttgart, Deutschland

Bis 2018 erschien der Titel im Kölner Wissenschaftsverlag, Köln
Dissertation Universität zu Köln, 2009

Edition KWW

ISBN 978-3-658-24348-7

ISBN 978-3-658-24349-4 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-658-24349-4>

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2009, Nachdruck 2019

Ursprünglich erschienen bei Kölner Wissenschaftsverlag, Köln, 2009

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner viereinhalbjährigen Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Staatswissenschaftlichen Seminar der Universität zu Köln bei Professor Dr. Susanne Wied-Nebbeling. Für die Möglichkeit, dieses Vorhaben an ihrem Lehrstuhl zu verwirklichen, die stetige Diskussionsbereitschaft und das Einräumen der notwendigen Freiräume möchte ich ihr an dieser Stelle herzlich danken. Professor Dr. Horst M. Schellhaaß übernahm nicht nur das Korreferat, sondern lieferte zudem wertvolle Anregungen.

Darüber hinaus gilt mein Dank allen Freunden und Kollegen, die mich während der letzten Jahre begleitet und für die unentbehrliche Zerstreung gesorgt haben. Mark O. Milewski fand zudem oft genug die richtigen Worte, um mich zu motivieren. Meine ehemaligen Kollegen Dr. André Drost, Dr. Vera Erdmann und Dr. Klaas Würzburg haben die Zeit am Lehrstuhl auf unterschiedliche Weise sehr kurzweilig werden lassen.

Ein besonders herzlicher Dank gebührt meinen Eltern, Margarete Middendorp und Heinz-Dieter Schrader, sowie meiner Patentante Ursula Schäfer und ihrem Mann Horst. Ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung und ihre liebevolle Unterstützung haben die Voraussetzungen für die Anfertigung der vorliegenden Arbeit erst geschaffen.

Schließlich möchte ich Katrin Losch danken, die mich über die gesamte Strecke mit Ruhe, Geduld und viel Verständnis begleitet und mich stets in meinem Vorhaben bestärkt hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Juli 2009

Sebastian Schrader

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	VII
Abbildungsverzeichnis	IX
Tabellenverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Symbolverzeichnis	XVII
1 Einführung und Problemstellung	1
2 Legale Kartelle nach dem Gesetz	9
2.1 Legale Kartelle vor der Siebten Novelle des GWB	10
2.1.1 Die Entwicklung des GWB	11
2.1.2 Freistellungstatbestände	13
2.2 Freigestellte Vereinbarungen	17
2.3 Gründe für die Legalisierung von Kartellen	24
2.4 Zwischenfazit	32
3 Legale Kartelle in der Realität	33
3.1 Literaturüberblick	35
3.2 Auswertung der Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts	40
3.2.1 Vorgehen	42
3.2.2 Grundlagen	45
3.2.3 Betrachtung der Ausnahmetatbestände	52
3.2.4 Betrachtung der Wirtschaftszweige	61
3.3 Ausgewählte Vereinbarungen legaler Kartelle	74
3.3.1 Rationalisierungsvereinbarungen	75
3.3.2 Standardisierungsvereinbarungen	82
3.3.3 Spezielle Kartellzwecke	84
3.3.4 Kartellorganisation	86
3.3.5 Weitere Ergebnisse	88
3.4 Zwischenfazit	89

4	Analyse der Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung	91
4.1	Ausgangsüberlegungen	93
4.2	Legale Absprachen im Cournot-Oligopol	96
4.2.1	Modellstruktur und Annahmen	96
4.2.2	Produktmarkt-Gleichgewicht	99
4.2.3	F&E-Wettbewerb	102
4.2.4	F&E-Kooperation	107
4.2.5	F&E-Kartell	109
4.2.6	Gemeinschaftsunternehmen	110
4.2.7	Vergleich der Szenarien	112
4.2.8	Diskussion	122
4.3	Legale Absprachen im Teilmonopol	128
4.3.1	Modellstruktur und Annahmen	128
4.3.2	Mengen und Preise	129
4.3.3	Betrachtung der Randanbieter	130
4.3.4	Vergleich der Szenarien	135
4.3.5	Diskussion	141
4.4	Zwischenfazit	144
5	Schlussbetrachtung	149
	Anhang	157
A	Tabellen	157
A.1	Übersichten zum GWB	157
A.2	Übersichten zu den Ausnahmetatbeständen	160
A.3	Übersichten zu den Anmeldungen legaler Kartelle	166
A.4	Übersichten zu den legalen Kartellen nach Branchen	173
A.5	Übersichten zu Abschnitt 4.2	195
B	Herleitungen und Beweise	197
B.1	Nebenbedingungen zu Unterabschnitt 4.2.2	197
B.2	Nebenbedingungen zu Unterabschnitt 4.2.3	197
B.3	Nebenbedingungen zu Unterabschnitt 4.2.4	200
B.4	Nebenbedingungen zu Unterabschnitt 4.2.5	202
B.5	Nebenbedingungen zu Unterabschnitt 4.2.6	203
B.6	Vergleich der Höhe der Kostensenkungen	205
B.7	Vergleich der Marktpreise	209
B.8	Vergleich der Gewinne der kleinen Anbieter	210
B.9	Voraussetzungen für den Vergleich	211
B.10	Nebenbedingungen zu Abschnitt 4.3	213
	Literaturverzeichnis	217

Abbildungsverzeichnis

3.1	In Kraft befindliche Kartelle (ohne Exportkartelle)	46
3.2	Angemeldete und wirksam gewordene Kartelle 1958 - 2004 (ohne Exportkartelle)	48
3.3	Veränderungen der Anzahl legaler Kartelle 1958 - 2004 (ohne Exportkartelle)	49
3.4	Entwicklung der Anzahl von Konditionenkartellen, Konditionenkartellen mit Rabattvereinbarung und Rabattkartellen	53
3.5	Entwicklung der Anzahl von Normen- und Typenkartellen, Rationalisierungskartellen, Syndikaten und Spezialisierungskartellen	56
3.6	Entwicklung der Anzahl von Kooperations- bzw. Mittelstandskartellen und Einkaufskooperationen	58
3.7	Entwicklung der Anzahl legaler Kartelle in den Branchen Steine und Erden, Textilien, dem Ernährungsgewerbe und dem Maschinenbau	63
3.8	Entwicklung der Anzahl legaler Kartelle in den Branchen Chemische Erzeugnisse, Verkehr und Nachrichtenübermittlung, Metallerzeugnisse sowie dem Handwerk	66
3.9	Entwicklung der Anzahl legaler Kartelle in den Branchen Bekleidung, Gummi- und Kunststoffwaren, dem Glasgewerbe sowie im Handel	68
3.10	Entwicklung der Anzahl legaler Kartelle in der Branche Straßenfahrzeuge, im Baugewerbe und Grundstückswesen, für die Erbringung von Dienstleistungen für Unternehmen sowie im Bereich Kultur, Sport und Unterhaltung	70
4.1	Zeitlicher Ablauf des Modells mit asymmetrischen Anbietern	98
4.2	Entwicklung der Wohlfahrt in den Szenarien I	119
4.3	Entwicklung der Wohlfahrt in den Szenarien II	120
4.4	Entwicklung der Wohlfahrt in den Szenarien III	121

Tabellenverzeichnis

2.1	Inhaltsübersicht des GWB	9
2.2	Begründungen für Kartelle nach den §§2 - 8 GWB a.F.	25
3.1	Unterschiede bezüglich der Anzahl legaler Kartelle in ausgewählten Jahren . .	42
3.2	Anzahl der Mitglieder in Kooperationskartellen in ausgewählten Jahren	51
4.1	Szenarien	94
4.2	Übersicht der Szenarien	114
4.3	Simulationsergebnisse für den Ausgangsmarkt	119
4.4	Einfluss einer Erhöhung der Parameter auf die Höhe der individuellen Kosten- senkung bei F&E-Wettbewerb in ausgesuchten Modellen	126
4.5	Entwicklung der Bestandteile der Wohlfahrt im Zeitablauf	136
4.6	Simulationsergebnisse Teilmonopol für $b = 6$	139
4.7	Simulationsergebnisse Teilmonopol für $b = 25$	139
A.1	Die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts und die Novellen des GWB . . .	157
A.2	Legale Kartelle in den Novellen des GWB	158
A.3	Legalisierungsverfahren vor der Siebten Novelle des GWB	159
A.4	In Kraft befindliche Kartelle 1958 - 1964	160
A.5	In Kraft befindliche Kartelle 1965 - 1972	161
A.6	In Kraft befindliche Kartelle 1973 - 1978	162
A.7	In Kraft befindliche Kartelle 1979 - 1988	163
A.8	In Kraft befindliche Kartelle 1989 - 1998	164
A.9	In Kraft befindliche Kartelle 1999 - 2004	165
A.10	Wirksam gewordene legale Kartelle nach befasster Kartellbehörde 1995 - 1998	166
A.11	Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1958 - 1964	167
A.12	Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1965 - 1972	168
A.13	Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1973 - 1980	169
A.14	Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1981 - 1988	170

A.15 Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1989 - 1998	171
A.16 Wirksam gewordene legale Kartelle (W) und Anmeldungen legaler Kartelle (A) in den Jahren 1999 - 2004	172
A.17 Kürzel der Branchen in den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamts	173
A.18 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1958 - 1964	174
A.19 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1965 - 1972	175
A.20 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1973 - 1978	176
A.21 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1979 - 1988	177
A.22 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1989 - 1998	178
A.23 In Kraft befindliche Kartelle nach Branchen 1999 - 2004	179
A.24 Lebensdauer legaler Kartelle nach Branchen	180
A.25 Verteilung der Kartelle in der Branche Land- und Forstwirtschaft, Fischerei und Jagd (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	181
A.26 Verteilung der Kartelle in der Branche Steine und Erden (ausgewählte Tätig- keitsberichte)	181
A.27 Verteilung der Kartelle im Ernährungsgewerbe (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	182
A.28 Verteilung der Kartelle in der Textilindustrie (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	182
A.29 Verteilung der Kartelle in der Branche Bekleidung (ausgewählte Tätigkeits- berichte)	183
A.30 Verteilung der Kartelle in der Branche Leder und Lederwaren (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	183
A.31 Verteilung der Kartelle im Papiergewerbe (ausgewählte Tätigkeitsberichte) . .	183
A.32 Verteilung der Kartelle in der Branche Verlags- und Druckerzeugnisse (aus- gewählte Tätigkeitsberichte)	184
A.33 Verteilung der Kartelle in der Branche Mineralölerzeugnisse (ausgewählte Tä- tigkeitsberichte)	184
A.34 Verteilung der Kartelle in der Branche chemische Erzeugnisse (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	185
A.35 Verteilung der Kartelle in der Branche Gummi- und Kunststoffwaren (ausge- wählte Tätigkeitsberichte)	185
A.36 Verteilung der Kartelle im Glasgewerbe (ausgewählte Tätigkeitsberichte) . . .	186
A.37 Verteilung der Kartelle in der Branche Eisen- und Stahlerzeugung (ausge- wählte Tätigkeitsberichte)	186
A.38 Verteilung der Kartelle in der Branche Metallerzeugnisse (ausgewählte Tätig- keitsberichte)	187
A.39 Verteilung der Kartelle in der Branche Maschinenbau (ausgewählte Tätig- keitsberichte)	187
A.40 Verteilung der Kartelle in der Branche Medizintechnik (ausgewählte Tätig- keitsberichte)	188

A.41 Verteilung der Kartelle in der Branche Straßenfahrzeuge (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	188
A.42 Verteilung der Kartelle in der Branche Schiffe und Schienenfahrzeuge (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	188
A.43 Verteilung der Kartelle in der Möbel-Branche (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	189
A.44 Verteilung der Kartelle in der Branche Recycling (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	189
A.45 Verteilung der Kartelle im Baugewerbe (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	189
A.46 Verteilung der Kartelle im Handel (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	190
A.47 Verteilung der Kartelle in der Branche Verkehr und Nachrichtenübermittlung (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	190
A.48 Verteilung der Kartelle im Kreditgewerbe (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	190
A.49 Verteilung der Kartelle in der Branche Erbringung von Dienstleistungen für Unternehmen (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	191
A.50 Verteilung der Kartelle in der Branche Erbringung von öffentlichen und persönlichen Dienstleistungen (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	191
A.51 Verteilung der Kartelle in der Branche Kultur, Sport und Unterhaltung (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	192
A.52 Verteilung der Kartelle in der Branche Sonstige Dienstleistungen (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	192
A.53 Verteilung der Kartelle im Handwerk (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	193
A.54 Verteilung der Kartelle in der Branche Tabakwaren (ausgewählte Tätigkeitsberichte)	193
A.55 Die 20 langlebigsten legalen Kartelle	194
A.56 Simulationsergebnisse für den Markt mit geringerem Prohibitivpreis ($a = 120$)	195
A.57 Simulationsergebnisse für den Markt mit höherem Steigungsparameter ($b = 20$)	195
A.58 Simulationsergebnisse für den Markt mit höheren Kosten der kleinen Anbieter ($c = 100$)	196
A.59 Simulationsergebnisse für den Markt mit höheren Kosten des Kostenführers ($c_g = 40$)	196

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
bzw.	beziehungsweise
c. p.	ceteris paribus
e. V.	eingetragener Verein
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
et al.	et alii
F&E	Forschung und Entwicklung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH & Co. KG: Kommanditgesellschaft mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Komplementärin)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
m. I.	mit Inlandsvereinbarung
Max.	Maximum
Min.	Minimum
Nr.	Nummer
o. V.	ohne Verfasserangabe
u. a.	und andere
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel

Symbolverzeichnis

*	Index für ein Gleichgewicht
β	Spilloverparameter
β^*	Kritischer Spilloverparameter (analog: β^{**} , β^{***})
γ	Technologieparameter
γ^*	Kritischer Technologieparameter (analog: γ^{**})
\mathbb{N}	Menge der natürlichen Zahlen
\mathbb{R}_+	Menge der positiven reellen Zahlen
A	Hilfsparameter (analog: B, C, D)
a	Prohibitivpreis
alt	Index für alternative Ausdrücke
b	Ausdruck für die Marktgröße
c	Index für das F&E-Kartell
c	Parameter der ursprünglichen Kosten
c_i	Kostenparameter des Anbieters i (analog: c_g, c_{tm})
$c_{i,t}$	Kostenparameter des Anbieters i in Periode t
co	Index für die F&E-Kooperation
d	Homogenitätsparameter
g	Index für den Technologieführer
G_i	Gewinn des Anbieters i (analog: G_g)
$G_{i,t}$	Gewinn des Anbieters i in Periode t (analog: $G_{tm,t}$)
$GK_{i,t}$	Grenzkosten des Anbieters i in Periode t
GK_{tm}	Grenzkosten des Teilmonopolisten
i	Index für Anbieter i

j	Index für weitere Anbieter
jv	Index für das Gemeinschaftsunternehmen
K	Kostenfunktion
KR	Konsumentenrente
L	Lernerscher Monopolgrad
n	Anzahl der Anbieter
nc	Index für den F&E-Wettbewerb
p	Preis
p_i	Preis des Anbieters i im Fall heterogener Güter
p_t	Preis in Periode t
PR	Produzentenrente
R_i	Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen des Anbieters i
r_i	Individuelle Kostensenkung des Anbieters i (analog: r_j)
$R_{i,t}$	Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen des Anbieters i in Periode t
$r_{i,t}$	Individuelle Kostensenkung des Anbieters i in Periode t (analog: $r_{j,t}$)
t	Index für eine Periode
tm	Index für den Teilmonopolisten
W	Wohlfahrt
X	Gesamte Absatzmenge
x_i	Absatzmenge des Anbieters i (analog: x_g)
$X_{FR,t}$	Absatzmenge der Anbieter i in Periode t
$x_{i,t}$	Absatzmenge des Anbieters i in Periode t (analog: $x_{tm,t}$)
$X_{R,t}$	Restnachfrage in Periode t
\emptyset	Durchschnitt



1 Einführung und Problemstellung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar.

BUNDESREGIERUNG (1952, S. 21).

Wettbewerb wird gemeinhin als wichtige Grundlage zur Förderung einer freiheitlichen und demokratischen Grundordnung gesehen. Diese Freiheit drückt sich in der Wirtschaft durch die Privatautonomie sowie das Privateigentum aus, woraus die eigenständige Handlungs- und Entschließungsfreiheit erwächst. Damit kommt dem Wettbewerb in der freien Marktwirtschaft die Rolle zu, Teil ihrer rechtlichen Grundlegung zu sein, weshalb Wettbewerb auch immer im Zusammenhang mit der Beziehung von Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung gesehen werden muss (vgl. BUNDESKARTELLAMT, 1978, S. 6 sowie MESTMÄCKER, 2008, S. 13). Die demokratische Wirtschaftsverfassung ist deshalb das adäquate Gegenstück zur politischen Demokratie und kann im Sinne der Rechtswissenschaft auch als „Verfassungsrecht der Wirtschaft“ charakterisiert werden (vgl. BECHTOLD, 2008, S. 16).

Freier Wettbewerb hat somit neben rein ökonomischen bzw. wirtschaftspolitischen Zielen eine wichtige gesellschaftspolitische Bedeutung. Während die ökonomischen Ziele anhand der fünf klassischen Funktionen des Wettbewerbs – der Steuerungs-, Allokations-, Innovations-, Verteilungs- und Anpassungsfunktion – subsumiert werden können, sind die metaökonomischen Ziele der Wettbewerbswirtschaft abstrakter und damit nicht messbar, sondern lediglich normativer Natur.¹ Eine eindeutige Festlegung der Ziele staatlicher Wettbewerbspolitik ist deshalb nur vor dem Hintergrund der jeweiligen Gesellschaftsordnung zu treffen (vgl. auch BAUMGÄRTNER, 2005, S. 768).

In der Sozialen Marktwirtschaft bundesrepublikanischer Prägung soll der Wettbewerb die Freiheit als Finalziel der (Wirtschafts-) Politik erreichen helfen, indem die Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte zu einer gesellschaftlich erwünschten Wohlfahrtssteigerung beiträgt. Insbesondere soll der Wettbewerb für leistungsgerechte Einkommen sowie die Aufrechterhaltung der Konsumentensouveränität sorgen (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 461 f.). Damit stellt sich der Wettbewerb einerseits als Mittel zum Zweck, andererseits als wichtige Stütze der marktwirtschaftlichen Ordnung dar, die es zu fördern und zu schützen gilt.

¹ Zu den Funktionen des Wettbewerbs vgl. z.B. HERDZINA (1999, S. 32) oder SCHMIDT (2005a, S. 11 f.).

Aus diesen hehren Motiven ergeben sich jedoch drei grundsätzliche Probleme.² Zunächst einmal ist die Frage zu klären, wie die Wettbewerbsfreiheit zu konkretisieren ist, wofür insbesondere ein handhabbarer Wettbewerbsbegriff benötigt wird. Grundsätzlich kann – trotz aller berechtigten Kritik – die vollständige Konkurrenz als Leitbild funktionierender Wettbewerbs angesehen werden (vgl. auch KANTZENBACH und KALLFASS, 1981, S. 106 ff.). Jedoch bedarf dieser Begriff einer inhaltlichen Ausgestaltung, da Wettbewerb grundsätzlich auch als Wettstreit aufgefasst werden kann, in dem es darum geht, auf Kosten der Wettbewerber einen Vorteil zu erlangen. Möglicherweise haben deshalb einzelne Marktteilnehmer ein Interesse daran, den Wettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken oder sich unlauterer Methoden zu bedienen. Dies leitet über zum zweiten grundsätzlichen Problem des freien Wettbewerbs, nämlich entstehender Zielkonflikte, einerseits bezüglich der wirtschaftspolitischen Ziele und andererseits durch konkurrierende Wettbewerbsfreiheiten der Beteiligten.³ Hieraus resultiert schließlich das dritte Problemfeld, nämlich die Frage, wie mit den Zielkonflikten umgegangen wird und die Wettbewerbsfreiheiten priorisiert werden.

In Deutschland wurden diese Probleme mit der Einführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angegangen, dessen Regelungen die Wettbewerbsfreiheit sichern und den Wettbewerb als Institution erhalten sollen (vgl. GRAUEL und MACK, 1979, S. 1).⁴ Ausgehend vom Ideal der vollständigen Konkurrenz verfolgt der Gesetzgeber in der Wettbewerbspolitik grundsätzlich einen *laissez faire*-Ansatz, sieht jedoch die Notwendigkeit, unerwünschtes Verhalten, das durch den Wettbewerb entstehen kann, zu unterbinden oder zu sanktionieren (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 460 f.). Konkret sollen die Wirtschaftssubjekte davon abgehalten werden, allzu schädliche Verhaltensweisen an den Tag zu legen. Paradoxerweise soll also eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit – insbesondere der Privatautonomie – eben diese garantieren, um so die Marktwirtschaft zu stärken.

Vor allem soll sichergestellt werden, dass drei wettbewerbsbeschränkende Strategien von den Marktteilnehmern unterlassen werden.⁵ Zunächst einmal ist hier die Konzentrationsstrategie zu nennen, bei deren missbräuchlicher Ausprägung versucht wird, durch Unternehmenszusammenschlüsse oder die Zusammenlegung von Unternehmensteilen eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen oder zu verstärken. Der Missbrauch einer solchen marktbeherrschenden oder auch nur marktstarken Stellung ist die zweite wettbewerbsbeschränkende Strategie. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Marktteilnehmer auf Grund seiner wirtschaftlichen Macht in der Lage ist, andere Marktteilnehmer zu behindern oder auszubeuten, etwa indem das Unternehmen bestimmte Konditionen einseitig festlegt.

² Vgl. zu den folgenden Ausführungen BUNDESREGIERUNG (1952, S. 460 f.) und BECHTOLD (2008, S. 16 ff.).

³ So steht die Ausgestaltung des Wettbewerbsprinzips etwa vor der Frage, ob dem Institutionenschutz oder dem Individualschutz eine höhere Priorität eingeräumt werden sollte (vgl. GLÖCKNER, 2007, S. 495).

⁴ Daneben existiert mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eine rechtliche Grundlage zur Ahndung gegen die guten Sitten verstoßender Wettbewerbshandlungen, wie etwa irreführender Werbung. Für einen knappen Überblick vgl. HERDZINA (1999, S. 122 f.).

⁵ Der Klassifizierung der Strategien folgt auch der Aufbau des GWB, dessen drei Säulen die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die Missbrauchsaufsicht und die Fusionskontrolle sind.

Die dritte wettbewerbsbeschränkende Strategie besteht darin, eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung einzugehen, weshalb in diesem Zusammenhang auch von Verhandlungs- oder Kooperationsstrategie die Rede ist. Diese Art der Wettbewerbsbeschränkung kann einerseits zwischen vor- und nachgelagerten Produktionsstufen (vertikal) und andererseits zwischen Wettbewerbern (horizontal) eingegangen werden. In der Wettbewerbstheorie wird zwischen unterschiedlichen Koordinationsformen differenziert, von denen das Kartell wohl die prominenteste ist. Nicht umsonst befasst sich bereits der erste Paragraph des GWB explizit mit dem Verbot von Abreden zwischen Wettbewerbern. Ein Kartell ist ein Zusammenschluss rechtlich selbständiger Unternehmen, die durch eine bewusste Koordinierung einen Teil ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit aufgeben, um durch koordiniertes Handeln den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt ganz oder teilweise auszuschalten, und so einen unlauteren Vorteil erlangen (vgl. z. B. ENKE, 1972, S. 14 ff.). Diese drei Merkmale sind im Sinne dieser Arbeit als konstitutiv für ein Kartell anzusehen.⁶

Auch deshalb liegt dem GWB ein weiter Anwendungsbereich zu Grunde, der sich gerade im Begriff des Unternehmens, wie es dem Gesetz nach zu verstehen ist, widerspiegelt. Dieser geht über den Gewerbebegriff der Gewerbeordnung oder der Begriff des Kaufmanns im Handelsgesetzbuch hinaus und wird der Intention des Gesetzes nach definiert. Unternehmen in diesem Sinne sind alle Wirtschaftssubjekte, die sich nicht nur rein privat, sondern geschäftlich am Wirtschaftsleben beteiligen, so dass auch Freiberufler darunter fallen. Eine bestimmte Rechtsform oder eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich, weshalb der Unternehmensbegriff des GWB zudem weiter gefasst ist als der im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Üblicherweise werden Kartelle durch den Grad der durch sie verursachten Wettbewerbsbeschränkung klassifiziert.⁷ Sogenannte Kartelle niederer Ordnung bringen – im Vergleich zu Kartellen höherer Ordnung – eine geringe Freiheitsbeschränkung für ihre Mitglieder (und damit eine potenziell geringere Wettbewerbsbeschränkung) mit sich. Im Fall der Kartelle höherer Ordnung existiert typischerweise ein eigenes Kartellorgan (etwa in Form einer Handelsgesellschaft), das auf dem Markt auftritt und – abhängig von der Form des Kartells – für dessen Organisation zuständig ist, während Kartelle niederer Ordnung für gewöhnlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert sind. Die weitere Differenzierung erfolgt anhand des Anlasses der Kartellbildung bzw. der Art der Aktionsparameter des Kartells.

Kartelle werden im Allgemeinen als schädlich für den Markt sowie die weiteren Beteiligten angesehen. Dennoch darf das allgemeine Kartellverbot des §1 GWB nicht als Kooperationsverbot verstanden werden. Das GWB lässt einen breiten Freiraum offen, in dem sich die Unternehmen zu Kooperationen zusammenfinden können. Gerade vor dem Hintergrund der weiteren Ziele, die mit der Einführung des GWB verbunden waren, wurden verschiedene Ausnahmen vom Kartellverbot eingeführt, um die es in dieser Arbeit gehen soll.

⁶ Damit soll insbesondere die Problematik der Unterscheidung von Gegenstands-, Folge- und Zwecktheorie vermieden werden. Für eine Diskussion vgl. DAUNER (1988, S. 121 ff.) sowie BAHR (2000, S. 960 ff.).

⁷ Vgl. zu diesem Absatz RÖPER und RIFFEL (1962).

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Einführung des GWB explizit auch eine Stärkung des Mittelstandes sowie kleinerer Unternehmen, die vor den wettbewerbsbeschränkenden Praktiken marktmächtiger Unternehmen geschützt werden sollten (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 460). Bereits mit der Einführung des Gesetzes im Jahr 1958 beschrieben die §§2 - 8 GWB Legalisierungsmöglichkeiten für wettbewerbsbeschränkende, jedoch allgemein leistungssteigernde Kooperationen.⁸ In diesem Sinne kann also konstatiert werden, dass möglicherweise bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen an anderer Stelle zu einem positiven Effekt führen und die Freiheitsbeschränkungen der beteiligten Unternehmen nicht nur zu einem für diese wünschenswerten Vorteil gereichen. In dieser Formulierung drücken sich auch weitere Ziele des Gesetzes aus: Die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge, die Sicherstellung von Anpassungsflexibilität sowie allgemein die Förderung des Gemeinwohls. Kartelle werden weiterhin als Behinderung der Wettbewerbsfreiheit angesehen. Es werden jedoch dann Ausnahmen in Erwägung gezogen, wenn eine Kartellvereinbarung für bessere ökonomische Ergebnisse sorgt, insbesondere wenn sie in der Lage ist, ein mögliches Marktversagen zu verhindern. Es könnte somit Situationen geben, in denen ein Kartell aus ökonomischer Sicht sinnvoll ist und deshalb eine Kooperation erlaubt werden sollte.

Um eine Bewertung dieser Hypothese vornehmen zu können, muss jedoch zunächst einmal der Untersuchungsgegenstand der Arbeit definiert werden. Eine ausführliche Darstellung legaler Kartelle im Sinne der Arbeit findet sich in Kapitel 2, weshalb an dieser Stelle lediglich festgestellt werden soll, dass es sich hierbei um die im Gesetz festgeschriebenen Ausnahmetatbestände handelt und auf die entsprechenden Abschnitte verwiesen werden soll. Nicht im Fokus dieser Arbeit liegen drei mit den legalen Kartellen nach dem GWB verwandte Tatbestände. Gerade die Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche, die in den §§28 - 31 GWB festgelegt sind und in der aktuellen Novelle explizite und fest definierte Ausnahmen vom Kartellverbot für die Landwirtschaft sowie die Erlaubnis vertikaler Preisbindungen im Pressewesen festschreiben, werden als Sonderfall des Gesetzes nicht in die Untersuchung einbezogen.⁹ Neben den Wettbewerbsregeln nach den §§24 - 27 GWB werden auch die kartellfreien Kooperationen nicht betrachtet, da sie auf Grund des Nicht-Vorhandenseins einer Wettbewerbsbeschränkung unbeschränkt zulässig sind.

Bezüglich des Standes der Forschung zu legalen Kartellen muss zwischen der wirtschaftswissenschaftlichen und der juristischen Literatur unterschieden werden. Beiden Disziplinen ist jedoch gemein, dass legale Kartelle eher normativ behandelt werden, indem die Tatbestandsvoraussetzungen dargelegt und diskutiert oder die effiziente Ausgestaltung des GWB erörtert werden, und die Wirkung legaler Kartelle eher abstrakt kommentiert als anhand konkreter Beispiele herausgearbeitet wird.

⁸ Diese Kooperationsmöglichkeiten wurden in späteren Novellen teilweise erweitert und konkretisiert, mit den vergangenen beiden Novellen kam es zu einer Generalisierung der Tatbestände (vgl. Kapitel 2).

⁹ Vor der Siebten Novelle waren zudem Ausnahmen für die Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie Urheberrechtsverwertungsgesellschaften und die zentrale Vermarktung von Sportübertragungen vorgesehen (vgl. z. B. GÜNTHER, 1968, S. 29 ff., BARON, 1999, S. 40 ff. oder BUNDESKARTELLAMT, 2003a).

Das Thema ist insbesondere ein Feld für Rechtswissenschaftler, weshalb in diesem Bereich auf zahlreiche Veröffentlichungen zurückgegriffen werden kann (vgl. hierzu Kapitel 2). Neben einer Vielzahl von Entscheidungssammlungen und Kommentaren, die sich mit dem GWB in seiner Gänze auseinandersetzen, existiert auch eine Reihe von Arbeiten, die sich auf jeweils einen der vor der Siebten Novelle verankerten Freistellungstatbestände konzentrieren. Auch auf Grund der zeitlich nicht allzu weit auseinanderliegenden Novellierungen des GWB verteilt sich die Literatur recht gleichmäßig über die Jahre des Bestehens des Gesetzes. Vor allem in jüngerer Zeit ist jedoch eine starke Zunahme der Anzahl an Veröffentlichungen zu verzeichnen, da im Rahmen der Sechsten und vor allem der Siebten Novelle die Auswirkungen der Europäisierung des Wettbewerbsrechts – die in dieser Arbeit nur eine untergeordnete Rolle spielen – vor allem im Hinblick auf die Einführung des Systems der Legalausnahme eine zentrale Änderung zur Diskussion stand. Allerdings bleibt zu konstatieren, dass die Untersuchung des GWB aus explizit ökonomischem Blickwinkel nicht im Fokus der Literatur steht, so dass hier offensichtlich eine Lücke klafft.

Dies ist umso bedauerlicher, als dass die deutsche wirtschaftswissenschaftliche Literatur zum Thema keineswegs so erschöpfend ist wie die juristische (vgl. Kapitel 2 und 3).¹⁰ Dies mag unter anderem auch darin begründet liegen, dass die Untersuchung von illegalen Hardcore-Kartellen mithin eine der Domänen der Wettbewerbstheorie ist und deshalb die Randgebiete eher vernachlässigt werden. Im Allgemeinen scheint die Beschäftigung mit dem Thema legale Kartelle vor allem in der Zeit nach der Einführung des GWB stattgefunden zu haben, wohingegen in der Zeit von 1970 - 1990 kaum Veröffentlichungen zu finden sind. Erst Mitte der 1990er Jahre wurden auch von ökonomischer Seite Untersuchungen vorgenommen. Diese hatten vor allem zum Ziel, systematisch die wettbewerbspolitischen Begründungen für die Ausnahmen vom Kartellverbot auf ihre Plausibilität zu überprüfen. Empirische Untersuchungen existieren nur sehr wenige – unter anderem auch deshalb, da eine eindeutige Isolierung der Effekte aus den verfügbaren Daten kaum möglich ist bzw. die Daten keinen hinreichenden Detaillierungsgrad aufweisen.

Diese Einseitigkeit in der bzw. der Mangel an Literatur ist auch deshalb verwunderlich, da legale Kartelle nicht nur ein wesentliches Faktum in der deutschen Wirtschaft sind (vgl. Kapitel 3), sondern auch die Bildung solcher legalen Kartellvereinbarungen in der Presse durchaus kritisch begleitet wurde und wird. Zwar gilt dies nur für eine relativ geringe Anzahl legaler Kartellabsprachen, da die meisten entweder auf Grund ihrer geringen Relevanz für das tägliche Leben oder schlicht durch Desinteresse einer breiteren Öffentlichkeit unbekannt sind. Dennoch wurden bestimmte Kartellabsprachen bereits vor ihrem Inkrafttreten kritisch diskutiert, wie sich am Fall der jüngsten Initiative der Baubranche, ein Konditionenkartell einzurichten, zeigen lässt.¹¹

¹⁰ Auch international werden Ausnahmen vom Kartellverbot eher selten thematisiert.

¹¹ Gegen Ende des Jahres 2007 wurden Pläne des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie bekannt, die Übernahme von Risiken sowie weiterer Vertragsbedingungen einheitlich zu regeln (vgl. z.B. o. V., 2007, SCHWENN, 2007 sowie o. V., 2008).

Vor diesem Hintergrund soll sich die vorliegende Arbeit dem Thema auf verschiedene Arten nähern. Grundsätzlich soll sie jedoch keinen bloßen Überblick über die Entstehung von Kartellen im Allgemeinen geben oder die strukturellen Probleme kartellierter Märkte erörtern. Mit dem eindeutigen Fokus auf nach dem Gesetz legale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern wird diese Frage möglicherweise aufgeworfen, allerdings eher als Nebenprodukt der weiteren Ergebnisse. Ebenso wenig wird – trotz des Gesetzesbezuges in Kapitel 2 – die Frage nach dem Verhältnis zwischen deutschem und europäischem Recht beantwortet. Die betrachteten legalen Kartelle beziehen sich ausnahmslos auf Deutschland, weshalb eine europäische Perspektive höchstens auf Grund der inhaltlichen Angleichung der Rechtssysteme relevant werden könnte, an dieser Stelle jedoch vernachlässigbar erscheint.

Letztlich geht es darum zu zeigen, wie ein legales Kartell den Raum der Handlungsalternativen bestimmt und somit das Verhalten der Beteiligten beeinflusst. Im Rahmen dieser Arbeit ist somit unter anderem auch zu prüfen, ob die zu Grunde liegenden theoretischen Begründungen für Ausnahmen sich auch in den konkreten Vereinbarungen wiederfinden. Für die Untersuchung der legalen Kartellvereinbarungen wurden fünf Ansatzpunkte identifiziert, aus denen sich jeweils eine oder mehrere Zielsetzungen ergaben.

Der erste Ansatzpunkt ist in der Frage zu sehen, was der Hintergrund legaler Kartelle ist. Hierbei geht es weniger darum, wie die Vereinbarungen konkret umgesetzt werden. Vielmehr soll untersucht werden, inwiefern die Anforderungen des Gesetzes allgemein zu erfüllen sind, was auf eine kritische Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für ein legales Kartell sowie dessen idealtypischen Merkmalen hinausläuft. Die Ausnahmebegründungen sollen in diesem Zusammenhang gegebenenfalls auch auf ihre praktische Umsetzbarkeit hin überprüft werden. Insbesondere kommt es bei der Beantwortung dieser Fragen darauf an, wie das Bundeskartellamt die Voraussetzungen sowie die Ergebnisse, die durch das Kartell erzielt werden können, einschätzt und bewertet.

Ein weiterer Ansatzpunkt ist die Relevanz des Themas für den wirtschaftlichen Alltag. Neben rein zahlenmäßigen Aufstellungen zur Verbreitung legaler Kartelle lassen sich eventuell Schlussfolgerungen über die Struktur legaler Kartellvereinbarungen ziehen. Weiterhin soll die Häufigkeit der Anwendung der Paragraphen des Gesetzes sowie für die unterschiedlichen Branchen herausgearbeitet und interpretiert werden. Hierbei wird auch die Frage erörtert werden, inwiefern die wettbewerbspolitischen Ziele der Kartelle erreicht wurden.

In diesem Zusammenhang wird auch der dritte Ansatzpunkt bedeutsam. Dieser besteht darin, anhand von konkreten Beispielen aus der Praxis legaler Kartellvereinbarungen herauszustellen, welche Elemente der Absprachen von den Kartellbehörden toleriert wurden und ob gegebenenfalls Grenzen gezogen wurden. So kann auch der Effekt der Kartelle herausgearbeitet werden, wodurch die Aussagen zum ersten Ansatzpunkt weiter untermauert werden können. Weiterhin wird es um die Frage gehen, wie ein legales Kartell durchsetzbar ist und wie entsprechende Vereinbarungen aussehen.

Im Zuge der Analyse der beispielhaft untersuchten Vereinbarungen stellt sich weiterhin die Frage, inwiefern die Bedingungen für eine Ausnahme im konkreten Fall erfüllt sind und ob das Bundeskartellamt dann korrekt entschieden hat – oder ob möglicherweise auch formal legalen Kartellen die Anerkennung als Ausnahmetatbestand verwehrt wird und vice versa. Dies ist eng verknüpft mit einer Kritik an der Konzeption des Gesetzes, nämlich ob dessen idealtypische Merkmale überhaupt erfüllbar sind oder ob ein mehr oder weniger breiter Interpretationsspielraum besteht. Der vierte Ansatzpunkt ist somit die Vereinbarkeit von Theorie und Praxis im Rahmen der konkreten Kartellfälle. Und schließlich soll fünftens der Effekt eines legalen Kartells anhand zweier ökonomischer Modelle nachgestellt werden, um Aussagen über die Wohlfahrtswirkung treffen zu können.

Zusammengefasst bilden die skizzierten Ansatzpunkte die folgende Frage ab:

Welche Bedeutung hat die Existenz eines Kartellverbots mit Ausnahmeregelungen und welche Rechtfertigungen lassen sich hierfür finden, insbesondere wenn man die ökonomische Realität legaler Kartelle in Betracht zieht, und welche Konsequenzen könnte eine Streichung dieser Ausnahmetatbestände haben?

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel, wobei das erste Kapitel der Einführung in die Thematik dient. Ziel der drei Kapitel des Hauptteils ist es, die Inhalte und die wesentlichen Merkmale legaler Kartelle zu beschreiben, um so eine Aussage zu ihrer Wirkungsweise treffen zu können. Deshalb sollen in Kapitel 2 zunächst die rechtlichen Grundlagen eingeführt werden, um die Freistellungen vom Kartellverbot, wie sie der Gesetzgeber vorsieht, einordnen zu können. Auf Grund der Tatsache, dass das GWB in den vergangenen zehn Jahren zwei Mal grundlegend novelliert wurde, soll hier auch die Entwicklung der Gesetzgebung nachvollzogen werden. Dies soll Anhaltspunkte liefern, welche Kartellarten im neuen System eine Rolle spielen und – durch das Argument der Kontinuität – potenziell legalisierbar sind. Zudem werden die vor der Siebten Novelle legalisierbaren Kartellarten knapp beschrieben.

Vor diesem Hintergrund soll in Kapitel 3 die Praxis der legalen Kartelle vor der Siebten Novelle beleuchtet werden. Neben einer kurzen Aufstellung zu den empirisch festgestellten Effekten werden auch die relevanten Zahlen bezüglich in Kraft befindlicher Kartelle präsentiert und kommentiert. Weiterhin wird in einem separaten Abschnitt auf die Ausgestaltung der Kartellvereinbarungen selbst einzugehen sein. Anhand zweier Modelle soll in Kapitel 4 erörtert werden, wann eine – auf eine Kostensenkung zielende – Kooperation kleiner Unternehmen die Wohlfahrt steigern kann, wenn diese auf einen marktmächtigen Anbieter treffen. Es zeigt sich, dass die Wohlfahrt als Kriterium zur Bewertung legaler Kartelle kein geeigneter Maßstab ist, sondern vielmehr auf die Situation der Konsumenten geachtet werden sollte. Diese Erkenntnis wird in Kapitel 5, mit dem die Arbeit schließt, erneut aufgegriffen. Im Rahmen eines Fazits werden zunächst die wesentlichen Ergebnisse der drei Kapitel des Hauptteils zusammenfassend gegenübergestellt, um darauf aufbauend die gestellte Frage – gerade auch vor dem Hintergrund der Ziele des Gesetzes – beleuchten zu können.



2 Legale Kartelle nach dem Gesetz

Das GWB gliedert sich in sechs Teile (vgl. Tabelle 2.1), welche durch verschiedene Abschnitte unterteilt sind. Für den Schwerpunkt dieser Arbeit relevant ist der erste Abschnitt (Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen) des ersten Teils (Wettbewerbsbeschränkungen), weshalb im Folgenden die §§1 - 3 GWB sowie – sofern notwendig – deren Rechtsfolgen behandelt werden.

Tabelle 2.1: Inhaltsübersicht des GWB

Teil	Titel	§
Erster Teil	Wettbewerbsbeschränkungen	1 - 47
Zweiter Teil	Kartellbehörden	48 - 53
Dritter Teil	Verfahren	54 - 96
Vierter Teil	Vergabe öffentlicher Aufträge	97 - 129
Fünfter Teil	Anwendungsbereich des Gesetzes	130
Sechster Teil	Übergangs- und Schlussbestimmungen	131

QUELLE: BUNDESGESETZBLATT (2005, S. 1954 ff.).

Intention des Gesetzgebers war es von Anfang an, durch das GWB einerseits die nicht näher definierte Freiheit des Wettbewerbs zu sichern und andererseits die Wirkung wirtschaftlicher Macht zu begrenzen (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 460). Damit ist das GWB zwei übergeordneten Zielen verpflichtet (vgl. MESTMÄCKER, 1968): Der Sicherung der Handlungsfreiheit der Marktbeteiligten (Individualschutz) als Voraussetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbs (Institutionenschutz), woraus jedoch potenziell Zielkonflikte entstehen (vgl. hierzu z.B. SALZBRUNN, 2005, S. 4 oder SCHMIDT, 2005b, Kapitel 5).

Um der Logik, die Privatautonomie lediglich bezüglich ihrer missbräuchlichen Ausnutzung zu beschränken, im Kartellrecht Rechnung zu tragen, wurde zunächst die Rechtsfigur des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt etabliert, wie sie im GWB bis zur Sechsten Novelle zu finden ist; das allgemeine Kartellverbot wurde durch festgeschriebene Ausnahmen durchbrochen. Mit der Siebten Novelle wurde das Institut der Legalausnahme eingeführt, wodurch unter anderem eine weitgehende Annäherung an das europäische Kartellrecht umgesetzt wurde (vgl. SCHWINTOWSKI und KLAUE, 2005). Auf die unterschiedlichen Implikationen dieses Wechsels wird im Verlauf der folgenden Ausführungen kurz eingegangen.

Zur Einordnung der Freistellungsvoraussetzungen des GWB ist jedoch ein Bezug auf das Gesetz notwendig. Deshalb soll zunächst die Entwicklung der relevanten Bereiche des Kartellrechts in Deutschland bis zur Sechsten Novelle des GWB skizziert und die Ausnahmetatbestände dargestellt werden. Diese Einführung leitet über zu einer vergleichenden Darstellung der aktuellen Gesetzgebung. Weiterhin erfolgt eine kurze Zusammenfassung der Rechtfertigungsgründe für die Legalisierung von Kartellen. Schließlich werden die wesentlichen Resultate des Kapitels in einem Fazit zusammengefasst, wodurch erste Ansatzpunkte für die folgenden Kapitel identifiziert werden sollen.

2.1 Legale Kartelle vor der Siebten Novelle des GWB

Nach der Einführung der Gewerbefreiheit in der Reichsgewerbeordnung von 1869, welche kein ausdrückliches Verbot von Absprachen beinhaltete, war eine verstärkte Zunahme kartellartiger Absprachen zu beobachten, die in der zentralen Wirtschaftssteuerung während des 1. Weltkriegs ihren vorläufigen Höhepunkt erreichte (vgl. KESSLER, 1936, S. 680 f. sowie SCHMIDT, 2005b, Kapitel 8.I.1). Dennoch ging es bereits bei der Einführung des ersten offiziellen deutschen Kartellrechts mit der Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 nicht um ein generelles Kartellverbot, sondern vielmehr darum, „schädliche Auswüchse des Kartellwesens“ zu unterbinden und diese unter eine Missbrauchsaufsicht durch das Reichswirtschaftsministerium zu stellen (vgl. REICHSGESETZBLATT, 1923, S. 1067). In der Kartellverordnung wurden die wichtigsten Kartelle aufgelistet und in §1 ein Schriftformerfordernis eingeführt.¹² Da durch diese Regelung nicht gegen das Kartell als solches, sondern lediglich gegen dessen missbräuchliche Ausnutzung vorgegangen werden konnte, war die Kartellverordnung nur bedingt anwendbar. In der Folge stimulierte sie deshalb sogar die Bildung neuer Kartelle (vgl. LIEFMANN, 1925, S. 93 ff., ENKE, 1972, S. 61 ff., DÖNNEBRINK, 1995, S. 15 ff. sowie RITTNER, 1995, Randnr. 14).

Das Zwangskartellgesetz erweiterte am 15.7.1933 die Kartellverordnung und förderte die Bildung von Kartellen, womit in Deutschland in der Folgezeit praktisch kein Kartellverbot existierte und Kartelle im Sinne einer staatlich gelenkten Wirtschaftsordnung teilweise forciert wurden, was jedoch durch den Kartellbereinigungserlass von 1943 weitgehend revidiert wurde (vgl. hierzu KESSLER, 1934 sowie NEWMAN, 1948). Die Rechtslage änderte sich nach dem Zweiten Weltkrieg radikal: Ziel der Dekartellierungsverordnungen, die von den Alliierten 1947 eingeführt wurden, war es, freien Wettbewerb zu ermöglichen und die Konzentration zu verringern. Durch das ausnahmslose Verbot wettbewerbsbeschränkender Abmachungen wurde erstmals ein generelles Kartellverbot in Deutschland eingeführt, das bis zum 31.12.1957 in Kraft blieb (vgl. KARTTE und HOLTSCHNEIDER, 1981, S. 200 ff.).

¹² „Verträge und Beschlüsse, welche die Verpflichtung über die Handhabung der Erzeugung, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen) bedürfen der schriftlichen Form.“

Die folgenden Unterabschnitte sollen einen Überblick über die für diese Arbeit wesentlichen Merkmale des darauf folgenden deutschen Kartellrechts liefern und die gesetzlichen Normen der Freistellungstatbestände bis zur Sechsten Novelle des GWB vorstellen.¹³ Damit soll die Darstellung der aktuellen Freistellungsvoraussetzungen in Abschnitt 2.2 eingeleitet und gleichzeitig die Grundlage für eine kurze Betrachtung der Rechtfertigung legalisierter Kartelle gelegt werden. Die Betrachtung beschränkt sich im Folgenden ausschließlich auf die für diese Arbeit relevanten horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁴

2.1.1 Die Entwicklung des GWB

Schon vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland entstand der politische Wunsch, die Dekartellierungsvorschriften der Alliierten durch ein eigenständiges Kartellrecht zu ersetzen. Prägend für den Verlauf des Verfahrens war eine Empfehlung des Wissenschaftlichen Beirats der Verwaltung für Wirtschaft, in der ein staatliches Vorgehen gegen wirtschaftliche Machtstellungen gefordert wurde (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 464). Konkret entworfen werden konnte das Kartellgesetz allerdings erst, nachdem die Besatzungsmächte 1949 einen Teil ihrer Befugnisse abgaben.

Die Abtretung von Kompetenzen bedeutete jedoch nicht, dass der Bundesrepublik bei der Gestaltung des Gesetzes freie Hand gelassen wurde (vgl. SCHWARTZ, 1957). Insbesondere der amerikanische Einfluss auf den ersten Entwurf von 1949 hatte zur Folge, dass dieser ein sehr strenges Kartellrecht vorsah, dessen absolutes Kartellverbot nur in Einzelfällen durch das Monopolamt aufgeweicht werden konnte. Ferner sah dieser von der Freiburger Schule geprägte sogenannte Josten-Entwurf massive staatliche Eingriffe in den Wettbewerb vor (vgl. RITTNER, 1995, Randnr. 20). Da dies auf Seiten der Wirtschaftsverbände auf heftigen Widerstand stieß und gleichzeitig ein abgeschwächter zweiter Entwurf von der amerikanischen Besatzungsbehörde abgelehnt wurde, entstand in einem langwierigen Verfahren, in dem diverse Gegenentwürfe vorgelegt wurden, der letztlich gewählte Ansatz (vgl. KARTTE und HOLTSCHNEIDER, 1981, S. 202 ff. sowie SALZBRUNN, 2005, S. 15).

Die erste Fassung des GWB wurde am 27. Juli 1957 im Bundestag verabschiedet und trat zum 1. Januar 1958 in Kraft (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1957, S. 1081 ff.). Prinzipiell wurde die Notwendigkeit von Ausnahmen vom Kartellverbot erkannt, welche schließlich als Einzelstatbestände Eingang in das GWB fanden. Die Alternative einer Generalklausel wurde verworfen, um – insbesondere im Sinne der Rechtssicherheit und der Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen der Kartellbehörden – die interpretatorische Beliebigkeit eines unbestimmten Begriffs zu vermeiden (vgl. BUNDESREGIERUNG, 1952, S. 466 f.).

¹³ Vgl. Tabelle A.1 und A.2 für eine Übersicht der Novellen des GWB.

¹⁴ Für eine ausführliche Darstellung vgl. z.B. SALZBRUNN (2005, S. 17 ff.), SCHMIDT (2005b, Kapitel 8), BECKER und HOSSENFELDER (2006), BUNTE und LANGEN (2006), LANGE (2006), VON WALLENBERG (2007), BECHTOLD (2008) oder RITTNER und KULKA (2008).

In seiner Grundkonzeption enthielt das GWB ein Verbotsprinzip für Kartelle, wohingegen vertikale Vereinbarungen unter eine Missbrauchsaufsicht gestellt wurden. Dabei bestimmte §1 GWB alte Fassung (a. F.) jedoch lediglich die Unwirksamkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, erst das darüber Hinwegsetzen stellte eine Ordnungswidrigkeit dar (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1957, S. 1081). Ebenso verhielt es sich mit dem Verbot von Empfehlungen zur Umgehung des Kartellverbots (§22 GWB a. F.).

Das Verbotsprinzip wurde durch verschiedene Sonderausnahmen durchbrochen, wobei das jeweilige Legalisierungsverfahren in Abhängigkeit des mutmaßlichen Grades der Wettbewerbsbeschränkung festgeschrieben wurde (vgl. Tabelle A.2 und A.3). Im Einzelnen sah das Gesetz festgeschriebene Ausnahmen vom Kartellverbot für Konditionenkartelle (§2 GWB a. F.), Rabattkartelle (§3 GWB a. F.), Strukturkrisenkartelle (§4 GWB a. F.), Normen- und Typenkartelle (§5 I GWB a. F.), Rationalisierungskartelle (§5 II GWB a. F.), Syndikate (§5 III GWB a. F.), Angebotsschemakartelle (§5 IV GWB a. F.), Exportkartelle (§6 GWB a. F.) und Importkartelle (§7 GWB a. F.) vor. Zusätzlich konnte ein Kartell auch durch eine Ministererlaubnis (§8 GWB a. F.) legalisiert werden.¹⁵

Erstmals überarbeitet wurde das GWB am 15.9.1965 (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1965, S. 1363 ff.). Diese Erste Novelle wurde zum 1.1.1966 wirksam und stand im Zeichen einer Stärkung der Ausnahmetatbestände, wie der Einführung von Spezialisierungskartellen (§5a GWB a. F.) und der Konkretisierung der Normen- und Typenkartelle (§5 I, II GWB a. F.) (vgl. KARTTE und HOLTSCHEIDER, 1981, S. 210 ff.). Insgesamt zielten die Änderungen auf eine Stärkung des Mittelstandes sowie des Anmelde- und Widerspruchsverfahrens ab, wodurch die Kooperationsmöglichkeiten erweitert und vereinfacht wurden.

Die Zweite Novelle des GWB vom 3.8.1973 trat am 5.8.1973 in Kraft (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1973, S. 917 ff.). Obwohl sie geprägt war von der Einführung der materiellen Fusionskontrolle, wurde mit der Einführung von Kooperationskartellen (§5b GWB a. F.) eine wichtige Änderung bezüglich der Legalisierung von Kartellen vorgenommen. Durch das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen (§25 I GWB a. F.) erfolgte ferner eine sachliche Ausweitung des Kartellverbots auf sogenannte Frühstückskartelle (vgl. o. V., 1975, S. 22).

Rückwirkend zum 28.1.1976 trat die am 28.6.1976 verkündete Dritte Novelle des GWB in Kraft, die allerdings keine Änderungen bezüglich des Kartellverbots und seiner Ausnahmen mit sich brachte (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1976, S. 1667). Ebenso verhielt es sich mit der am 1.5.1980 in Kraft getretenen Vierten Novelle, die am 30.4.1980 verkündet wurde (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1980, S. 458 ff.). Beide Novellen hatten ihren Schwerpunkt auf der Verschärfung der Zusammenschlusskontrolle (vgl. BECHTOLD, 2008, S. 5). Mit der Fünften Novelle, die nach ihrer Verkündung am 7.12.1989 zum 1.1.1990 in Kraft trat, wurden die Einkaufskooperationen als eigenständiger Tatbestand im GWB verankert (vgl. BUNDESGESETZBLATT, 1989, S. 2486 ff.).

¹⁵ Für eine Darstellung der einzelnen Freistellungstatbestände vgl. Unterabschnitt 2.1.2.