

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](http://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

<b>III. Abschließende Beispielfälle zum Aufruf zu einer Liefer- oder Bezugssperre durch Verbände .....</b>	<b>257</b>
<b>Teil E Gesamtwürdigung und Schlusswort.....</b>	<b>263</b>

## Inhaltsverzeichnis

<b>Teil A</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>25</b>
<b>Teil B</b>	<b>Grundlagen</b> .....	<b>28</b>
<b>I.</b>	<b>Wirtschaftsverbände als Gegenstand der Untersuchung</b> .....	<b>28</b>
<b>II.</b>	<b>Funktionen und Aufgaben der Verbände in einem industriell geprägten demokratischen Rechtsstaat</b> .....	<b>30</b>
<b>III.</b>	<b>Entstehung und Geschichte des Verbandswesens in Deutschland unter besonderer Beachtung des Kartellrechts</b> .....	<b>31</b>
<b>IV.</b>	<b>Schutz und Verankerung von Verbänden im deutschen Recht</b> .....	<b>38</b>
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
<b>V.</b>	<b>Grundsätze der Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem Kartellrecht sowie deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht</b> .....	<b>44</b>
1.	Haftung und Bebußung nach europäischem Kartellrecht .....	44
a)	Haftung der Unternehmensvereinigung .....	45
b)	Ausfallhaftung der Mitglieder der Unternehmensvereinigung .....	45
2.	Haftung und Bebußung nach deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht.....	46

a) § 81 GWB als Verbindungsnorm zwischen Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht .....	46
b) Ordnungswidrigkeitenrecht .....	47
aa) § 30 OWiG als Zurechnungsnorm für juristische Personen .....	47
bb) Einheitstäterprinzip nach § 14 OWiG .....	49
cc) Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG .....	50
(1) Funktionsweise von § 130 OWiG .....	50
(2) Die „Sportartikelhandel“-Entscheidung des BGH .....	50
(3) Schlussfolgerung für die Aufsichtspflichten von Verbänden .....	52
dd) § 9 OWiG als Zurechnungsnorm für natürliche Personen .....	52
ee) Vorsatz, Fahrlässigkeit und Verschulden nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht .....	53
3. Unterschiede der Haftung und Bebußung von Verbänden nach europäischem und deutschem Kartell- und Ordnungswidrigkeitenrecht .....	53

## **Teil C Die Verbandsmaßnahmen der Empfehlung, Tatsachenmitteilung und**

### **Meinungsäußerung als Untersuchungsgegenstand .....**

<b>I. Begriffe der einzelnen Arten von Verbandsmaßnahmen .....</b>	<b>55</b>
1. Empfehlungen .....	55
2. Meinungsäußerungen .....	56
3. Tatsachenmitteilungen .....	56
<b>II. Vereinbarkeit der Verbandsmaßnahmen mit europäischem Kartellrecht.....</b>	<b>57</b>
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>Fruho / 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 Beschlusstbestand.....	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 Beschlusstbestand? .....	88

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

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

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



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

7. Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch den Verband und seine Mitglieder.....	190
a) Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch den Verband.....	190
b) Beseitigung von Empfehlungswirkungen durch die Verbandsmitglieder.....	191
8. Anwendung von Art. 102 AEUV auf Unternehmensvereinigungen?.....	191
9. Abschließende Fallbeispiele zur Vereinbarkeit von Verbandsmaßnahmen mit dem europäischen Kartellrecht.....	193
a) Beispiel 1 – Die XFT-Technologie .....	193
b) Beispiel 2 – Freistellung zugunsten der Umwelt.....	194
c) Beispiel 3 – Der umtriebige Apothekerverband.....	194
d) Beispiel 4 – Ein Verband wehrt sich .....	196
e) Beispiel 5 – Ölpreis - Spiele.....	197
f) Beispiel 6 – Ein dubioses System.....	198
g) Beispiel 7 – Die Videotheken AGBs.....	199

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

1. Das früher geltende Empfehlungsverbot im deutschen Recht als wichtige Regelung für die Verbandsarbeit .....	200
a) Historie des Empfehlungsverbots im deutschen Recht .....	201
b) Rechtsprechung zum Empfehlungsverbot GWB a.F. ....	202
aa) Rechtsprechung zur Anwendung des Empfehlungsverbots auf Verbände ..	202
(1) Die „Kohlenplatzhandel“-Entscheidung des BGH.....	202
(2) Die „Preisanpassungsklausel“-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 potentiell 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**

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

<b>II. Vereinbarkeit des Aufrufs zur Liefer- oder Bezugssperre durch einen</b>	
<b>Verband mit dem deutschen Kartellrecht im Hinblick auf § 21 Abs. 1 GWB ...</b>	<b>231</b>
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
<b>III. Abschließende Beispielfälle zum Aufruf zu einer Liefer- oder Bezugssperre     durch Verbände .....</b>	<b>257</b>
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
<b>Teil E Gesamtwürdigung und Schlusswort.....</b>	<b>263</b>

## 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.*“<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Es wurde sogar bereits die These aufgestellt, dass das „*Bestehen von Verbänden und ein funktionsfähiger Wettbewerb nur schwer miteinander vereinbar*“ seien.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Die Anzahl der Verbände hat sich dabei stetig erhöht.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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,

---

<sup>1</sup> *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“.

<sup>2</sup> *Möhlenkamp* WuW 2008, 428 (429).

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

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

<sup>5</sup> Die Erhöhung betrug Schätzungen der DGVM zufolge im Durchschnitt etwa fünf Prozent jährlich.

<sup>6</sup> *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.<sup>7</sup> Auch in der Presse finden sich immer wieder Meldungen, die auf Konflikte von Verbänden mit dem Kartellrecht hindeuten.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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*“.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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-

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> *Leibowitz*, S. 1.

<sup>11</sup> *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 Beußung 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.