

C. Kartellrechtliche Würdigung

In Anbetracht der von den Wirtschaftswissenschaften sorgfältig beschriebenen Gefahren, die von Preisgarantien für den Wettbewerb ausgehen, ist eine Untersuchung mit dem Instrumentarium des Kartellrechts geboten. Die hierfür anzustellende materiell-rechtliche Analyse beginnt mit dem Kartellverbot gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB, setzt fort bei der Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB und schließt mit einer weniger bekannten Vorschrift, dem Verbot erzwungenermaßen gleichförmigen Verhaltens gem. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Abgerundet wird das Kapitel durch eine Einordnung der Untersuchungsergebnisse in das begleitende System der öffentlichen und private Kartellrechtsdurchsetzung, vor allem der Durchsetzung des Kartellverbots.

I. Kartellverbot

Die nachfolgenden Ausführungen zur Behandlung von Preisgarantien unter dem europäischen Kartellverbot nach Art. 101 AEUV sowie dem deutschen Pendant nach § 1 GWB beziehen sich außer bei entsprechender Kennzeichnung – etwa durch Wiedergabe spezifischer, nationaler Rechtsprechung – stets auf beide Rechtsordnungen. Neben der Vorrangregel in Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 für Fälle mit zwischenstaatlicher Dimension, in denen also der Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots eröffnet ist, beruht dieses Vorgehen auch auf dem Harmonisierungswillen des deutschen Gesetzgebers, der den Wortlaut des deutschen Kartellrechts in der 6.³⁶² und 7.³⁶³ GWB Novelle (mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel) wortgleich dem europäischen Kartellverbot angepasst hat und damit eine Angleichung der europäischen und deutschen Anwendungspraxis beabsichtigt hat.³⁶⁴ Verbleibende Abweichungen des deutschen Rechts

362 Sechstes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.08.1998, BGBl. 1998 Teil I Nr. 59 v. 02.09.1998, S. 2521 ff.

363 Siebtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 07.07.2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954 ff.

364 BT-Drs. 15/3640 v. 12.08.2004, S. 1; BT-Drs. 13/9720 v. 29.01.98, S. 1; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 1 GWB Rn. 2.

aus früherer Zeit schwinden,³⁶⁵ während auch der BGH in seinen Urteilen häufig auf entsprechende Judikate der Europäischen Gerichte rekurriert.³⁶⁶

Das deutsche und europäische Kartellverbot adressiert Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Bevor an späterer Stelle eine Übertragung der ökonomischen Einsichten zur Wettbewerbsschädlichkeit von Preisgarantien in das Tatbestandsmerkmal der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung stattfinden kann, muss zunächst festgestellt werden, ob die (ggfs. nur individuell-einseitige) Verwendung einer Preisgarantie überhaupt eine geeignete Tathandlung darstellt. In Betracht kommen die Tatvarianten einer Vereinbarung sowie einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise.

1. Vereinbarung

Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen gem. Art. 101 AEUV, § 1 GWB erfordert eine gegenseitige, i.d.R. durch Kommunikation erzielte Willensübereinstimmung.³⁶⁷ Für Preisgarantien wird typischerweise keine Grundabsprache³⁶⁸ zwischen mehreren Unternehmen vorliegen, solche mit wechselseitigem Bezug aufeinander auszuloben. Selbst insofern es solche Absprachen im Einzelfall geben sollte, dürften sie häufig nur schwer nachzuweisen sein. Im Horizontalverhältnis zwischen den Unternehmen erweist

365 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 3 ff.

366 Vgl. etwa BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19 – Bierkartell, Rn. 19: „§ 1 GWB enthält eine [zu Art. 101 AEUV, Anm. des Verf.] inhaltlich identische Regelung mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel.“

367 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 68; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 101. Lieferung 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 50 ff.

368 Scheinbar unter dem Eindruck eines Missverständnisses hinsichtlich der nach geltender Rechtslage bereits bestehenden Möglichkeiten präsentiert Grillo, (14) Eur. J. of Law & Econ, 2002, 151 ff. es als Vorschlag und Novum, die Nutzung von „facilitating practices“ dann zu erfassen, wenn Unternehmen sich im Vorfeld abgesprochen hätten, diese Maßnahmen einheitlich zu verwenden. Damit könne die Lücke zwischen juristischem und ökonomischem Verständnis von Kollusion geschlossen werden. Der Beitrag muss folglich eher in Auseinandersetzung mit der US-Dogmatik (vgl. dort S. 160) betrachtet werden.

sich diese Handlungsvariante demnach als weitestgehend ungeeignet, die Verwendung von Preisgarantien zu erfassen.

In den USA wurde dagegen diskutiert, Preisgarantien als Vertikalvereinbarung zwischen den Unternehmen und ihren Kunden einzustufen.³⁶⁹ Diesen wird vertraglich die Erstattung des Differenzbetrags zum Preis des Konkurrenten zugesagt. Nehmen die Kunden den Erstattungsmechanismus in Anspruch, setzt ein Entmutigungseffekt bei den restlichen Unternehmen ein. Über den Umweg der Verbraucher befördert das Garantieversprechen mittelbar ein kollusives Marktergebnis. Die Logik erinnert an die Bündelbetrachtung³⁷⁰, die beim Nachweis von Marktverschlusswirkungen durch Exklusivverträge im europäischen und deutschen Kartellrecht anerkannt ist.³⁷¹ Dort wird eine kumulative Betrachtung mehrerer gleichartiger Vereinbarungen zwischen unterschiedlichen Vertragspartnern vorgenommen.

Doch auch ein solches – auf die Mitwirkung der Verbraucher gestütztes – Vorgehen gegen Preisgarantien³⁷² scheitert im deutschen und europäischen Kartellrecht an der nicht vorhandenen Unternehmenseigenschaft³⁷³ ebenjener Verbraucher,³⁷⁴ welche hingegen zwingende Voraussetzung für die Eröffnung des Kartellverbotstatbestands ist. Auch im Vertikalverhältnis kann die Preisgarantie daher nicht als Vereinbarung im Sinne des Kartellverbots aufgegriffen werden.

2. Abgestimmte Verhaltensweise

Vielversprechender erscheint daher die Handlungsvariante der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“. Zwar käme sie auf Grundlage der bisher herrschenden Auslegung im Fall einer bloß einseitig ausgelobten

369 *Edlin*, (111) *Harvard Law Rev.* 1997, 528, 555 ff.; *Simons*, (17) *Hofstra Law Rev.* 1989, 599, 630 ff.

370 EuGH v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991 I-00935, ECLI:EU:C:1991:91 – *Delimitis/Henninger Bräu*, Rn. 27.

371 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV, Rn. 132, 179; *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 280.

372 Andeutungsweise *Gjendemsjøl/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 363.

373 Statt vieler: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 9 ff.; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 101. Lieferung 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 26 ff.

374 Konkret für den Anwendungsfall der Preisgarantien: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 259 f.

Preisgarantien nicht zur Anwendung. Allerdings erscheint sie nicht von vorneherein ungeeignet, auch eine solche Konstellation zu erfassen. Die nachfolgende Untersuchung erfolgt daher zweigeteilt. Zunächst werden die geltenden Grundsätze dargestellt. Anschließend wird untersucht, wie das Tatbestandsmerkmal ausgelegt oder durch Rechtssetzung umgestaltet werden müsste, um auch die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten der Verhaltenskoordination sinnvoll, aber gleichzeitig ohne Ausufahrung zu erfassen.

a) Status Quo

Im Folgenden wird ein Überblick zur geltenden Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise im europäischen und deutschen Kartellrecht gegeben.³⁷⁵ Daran anknüpfend erfolgt eine erste Auseinandersetzung mit kritischen Streitständen zur herrschenden Dogmatik, um bereits allgemeine Friktionen und Entwicklungstendenzen bei der geltenden Handhabung aufzuzeigen. Zuletzt werden die bisherigen Grenzen (vermeintlich) einseitiger Maßnahmen beschrieben, um die Grundlage für dogmatische und nicht zuletzt teleologische Vergleiche zu schaffen. Dies soll eine Einordnung von Preisgarantien an späterer Stelle der Arbeit vorbereiten.

aa) Herrschende Dogmatik

Im Rahmen der herrschenden Dogmatik wird nachfolgend auf drei Aspekte eingegangen: das Verhältnis von abgestimmter Verhaltensweise und Vereinbarung, die Zweigliedrigkeit des Tatbestands sowie die wiederkehrenden Definitionen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

(1) Verhältnis zur Vereinbarung

Die abgestimmte Verhaltensweise ist nach einhelliger Auffassung eine eigenständige Handlungsvariante. Sie stellt keinen Oberbegriff dar, der die

375 Überblick zur Rechtsprechungsentwicklung bei *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555 ff.; *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 70-85.

Vereinbarung als eine Sonderform unterfiele.³⁷⁶ Zusammen mit den Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen stehen die Handlungsvarianten gleichrangig nebeneinander.³⁷⁷ Der abgestimmten Verhaltensweise kommt eine Ergänzungsfunktion zu,³⁷⁸ der zufolge sie als Auffangtatbestand³⁷⁹ für sämtliche Abstimmungen verstanden wird, die nicht die formale Hürde zur Vereinbarung (Angebot, Annahme) überwunden haben. Oft findet sich die Formulierung, dass abgestimmte Verhaltensweisen im „Vorfeld“³⁸⁰ einer Vereinbarung verblieben und „noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen“³⁸¹ sind. Hiermit ist allerdings nicht gemeint, dass nur (gescheiterte) Versuche des Abschlusses einer bindenden Vereinbarung adressiert seien.³⁸² In der Praxis belassen es die Kartellbehörden teils hilfsweise beim Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise, wenn der Nachweis einer Vereinbarung nicht gelingt.³⁸³

376 Vgl. *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 205 Fn. 457.

377 *Hengst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 82; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 137.

378 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 183.

379 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 106; *Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 12a; *Voet van Vormizeele*, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 54.

380 *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 186.

381 StRspr. seit EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries* (auch als Farbstoff-Urteil bekannt), Rn. 64/67.

382 Siehe für eine solche Konstellation: EuGH v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 73.

383 Vgl. zu Abgrenzungsschwierigkeiten *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 66; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 204; *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 77.

(2) Zweigliedriger Tatbestand

Auf europäischer, wie auch auf deutscher Ebene steht seit einiger Zeit fest, dass der Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise zweigliedrig ist.³⁸⁴ Zunächst muss eine Abstimmung zwischen Wettbewerbern stattfinden, die nach herrschender Auffassung bereits ein Mindestmaß an Reziprozität voraussetzt.³⁸⁵ Anschließend muss die Abstimmung eine Verhaltensweise der Unternehmen im Marktgeschehen kausal beeinflussen.³⁸⁶ Der Europäische Gerichtshof folgt dieser Konzeption in aller Deutlichkeit seit 1999,³⁸⁷ wobei im Fall eines Austauschs über relevante Wettbewerbsparameter eine (widerlegbare) tatsächliche Vermutung gilt, dass die Abstimmung späteres Verhalten beeinflusst hat.³⁸⁸ Der Bundesgerichtshof hat vor kurzem in einer Entscheidung zum Bierkartell bestätigt, dass diese Auslegung auch im deutschen Recht gilt.³⁸⁹ Man kann daher festhalten, dass das Kartellverbot zumindest in der Variante einer abgestimmten Verhaltensweise ein Erfolgsdelikt darstellt.³⁹⁰ Dies soll allerdings nicht das Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung vorbestimmen, die durch eine aufeinander abgestimmte

384 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89; Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 139; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 122.

385 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1, Rn. 90; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 39; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77 f.

386 Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2, 4. Aufl. 2022, § 1 GWB Rn. 132, 135; Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 13; Grave/Nyberg, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 206.

387 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

388 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 121; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 162; die Kausalitätsvermutung gilt bei Informationsaustausch bereits nach nur einem einzigen gemeinsamen Treffen: EuGH v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009 I-4529, ECLI:EU:C:2009:343 – *T-Mobile Netherlands*, Rn. 51, 62.

389 BGH v. 13.07.2020, KRB 99/19, 1. LS = NZKart 2020, 602 = WuW 2020, 605.

390 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34; skeptisch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89.

Verhaltensweise bewirkt oder bezweckt sein muss.³⁹¹ Vielmehr muss das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung wie auch bei Vorliegen einer Vereinbarung oder eines Beschlusses separat festgestellt werden.

Die bei dieser Handlungsvariante ausnahmsweise bestehende Verknüpfung der Abstimmung mit einer nachgelagerten (weiteren) Verhaltensweise wird wie folgt begründet.³⁹² Bei der Vereinbarung liege eine – für die Parteien subjektiv bindende – Willensübereinkunft vor, die in der Regel eine Absprache über konkretes wettbewerbsbezogenes Verhalten beinhalte. Dieser Konkretisierungsgrad könne bei sonstigen Abstimmungen, die das Moment einer unzweifelhaften Willensübereinkunft nicht erreicht haben, fehlen. Hier gelte sicherzustellen, dass sich die Abstimmung auch in einer marktrelevanten Verhaltensweise niederschlägt, d.h. ein Umsetzungsakt vorliegt.³⁹³

(3) Gängige Definitionen

Es liegen zwei gängige Beschreibungen einer abgestimmten Verhaltensweise vor, die in ständiger Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden. Dabei könnte man meinen, dass es sich nach der gerade beschriebenen Konzeption – der Zweiteilung in Abstimmung und Verhaltensweise – um Beschreibungen lediglich der Abstimmung handelt. Da die Verhaltensweise nach allgemeiner Auffassung lediglich als Rückkopplung der Abstimmung an das wettbewerbsrelevante Marktverhalten fungiert, bedürfte sie eigentlich keiner weiteren Definition. Tatsächlich bringt eine genaue Lektüre des Schrifttums aber zutage, dass unterschiedliche Lesarten dieser Aussagen

391 Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art.101 Abs.1 AEUV, Rn. 203; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 89 a.E.; Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 133; Grave/Nyberg, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, AEUV Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 209; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 108.

392 So etwa Paschke, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 132; kritische Darstellung mwN. bei Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 197 a.E.

393 Vgl. etwa Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34 f., 41 ff. (Kommunikationsprozess zwischen Unternehmen sollten nicht unnötig beschränkt werden).

vorliegen und im Detail Unklarheit herrscht, in welchem Verhältnis die beiden Formeln zueinanderstehen (siehe dazu noch später, S. 168 ff.).

(a) Praktische Zusammenarbeit

Einer frühen Aussage zur Folge soll mit der abgestimmten Verhaltensweise eine „*Form der Koordinierung*“ erfasst werden, „*die [...] bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen*“.³⁹⁴ Es sollen Zustände untersagt werden, in denen eine Abstimmung wettbewerbliche Unsicherheit beseitigt und dabei hilft, das bei unkoordinierten Verhältnissen *antagonistische* Verhalten unter Wettbewerbern zugunsten gleichgerichteten Verhaltens zu verschieben. Die Aussage ist ersichtlich vom sog. „Selbstständigkeitspostulat“ getragen, das ist diesem Kontext häufig Erwähnung findet: Jeder Unternehmer soll selbstständig bestimmen, welche „*Politik er auf dem gemeinsamen Markt betreiben [...] will*“.³⁹⁵

(b) Fühlungnahme

Eine weitere in der ständigen Rechtsprechung anzutreffende Formel³⁹⁶ beschreibt die in Frage kommenden Koordinierungsmittel. Häufig wird der Aussage zunächst die Klarstellung vorangestellt, dass es Wettbewerbern nicht untersagt werden soll, sich mit „*wachem Sinn*“³⁹⁷ bzw. „*auf intelligente*

394 StRspr. seit EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries* (auch als Farbstoff-Urteil bekannt), Rn. 64/67.

395 Vgl. etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; EuGH v. 28.05.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-03111, ECLI:EU:C:1998:256 – *Deere*, Rn. 86.

396 Auch hier heißt es teilweise, das Verbot der Fühlungnahme sei Ausfluss des Selbstständigkeitspostulats, vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 88 oder *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 128; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 Rn. 108.

397 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; EuGH, Urt. v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14.

Weise“³⁹⁸ an das festgestellte oder erwartete Verhalten der Konkurrenten anzupassen. Stattdessen stünde das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise aber jeder *„unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen entgegen, die bewirkt oder bezweckt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder eines potentiellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder über einen solchen Mitbewerber über das Marktverhaltens ins Bild zu setzen, das man selbst beschlossen hat oder in Erwägung zieht.“*³⁹⁹ Der Begriff einer Fühlungnahme (engl. „contact“) dient folglich als Sammelbegriff für alle in Betracht kommenden Koordinierungsmittel. Anders als bei der Vereinbarung muss die Fühlungnahme keine als verbindlich empfundene Willensübereinkunft (engl.: „meeting of minds“, „concurrence of will“)⁴⁰⁰ herbeiführen oder einen gemeinsamen Plan entwickeln.⁴⁰¹ In Abgrenzung zu bloßem Parallelverhalten steht im Mittelpunkt des Tatvorwurfs gleichwohl ein zusätzlicher – in aller Regel kommunikativer – Akt, der ein späteres, gleichförmiges Auftreten am Markt angestoßen hat. Während die oben zitierte Formel einer Fühlungnahme aus Sicht eines einzelnen Unternehmens formuliert ist, ist sich die ganz herrschende Auffassung darüber einig, dass die Koordinierung ein gewisses Maß an Reziprozität erfordert.⁴⁰² Um von einer Abstimmung auszugehen, muss der Adressat eines Kommunikationsakts also in irgendeiner Form seine Annahme des Koordinierungsangebots bzw. sein Mitwirken am nachfolgenden gleichförmigen Marktverhalten zum Ausdruck bringen. Woher dieses Erfordernis einer Mehrseitigkeit (schon) der Abstimmung (Fühlungnahme), also des Koordinierungsmittels, kommt, bleibt noch genauer zu hinterfragen.

398 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström* (Zellstoff), Rn. 71.

399 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

400 Vgl. *Dreher/Kulka*, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 956.

401 Siehe etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; *Faull/Kjølbye/Leupold/Nikpay*, in: *Faull/Nikpay* (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl. 2014, S. 220, Rn. 3.132.

402 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1, Rn. 90; *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 39; *Paschke* in: *MüKoWettB*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77, 161.

bb) Offene Streitpunkte

Dem Charakter einer Generalklausel entsprechend wurde das Verständnis des Kartellverbots über Jahrzehnte hinweg anhand von Einzelfallentscheidungen gewonnen. Selbst angesichts einer von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgehenden Pfadabhängigkeit bleiben Meinungsverschiedenheiten bereits über manche Grundwertung der abgestimmten Verhaltensweise nicht aus. Dies betrifft zum einen die Zweigliedrigkeit des Tatbestands und zum anderen das Verhältnis der Kriterien einer „Fühlungnahme“ und „praktischen Zusammenarbeit“ zueinander.

(1) Zweigliedrigkeit

Obwohl sie schon vor langer Zeit höchstrichterlich bestätigt wurde, findet sich nach wie vor Kritik an der Zweigliedrigkeit des Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise. So heißt es etwa, dass ein koordiniertes Marktverhalten, womit die in Umsetzung der Abstimmung erfolgende Verhaltensweise gemeint ist, kaum von der Wettbewerbsbeschränkung abzugrenzen sei.⁴⁰³ Auch wenn bezweifelt werden kann, dass die (frühzeitige) Feststellung eines tatsächlichen Umsetzungsaktes bereits auf Ebene der Tathandlung wirklich schadet, ist diese Kritik im Einzelfall nicht von der Hand zu weisen. Die Frage ist zudem nicht völlig belanglos, da von ihr abhängt, wie mit einer nachgewiesenen Abstimmung umzugehen ist, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, deren Umsetzungserfolg zwischen den Parteien und der Kartellbehörde aber streitig ist.⁴⁰⁴

Argumente, die daran anknüpfen, dass bei einer – nicht vereinbarungsbasierten – Abstimmung zwischen Unternehmen erst noch ein hinreichend konkreter Bezug zu wettbewerbslich relevantem Verhalten festgestellt wer-

403 Voet van Vormizeele, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 63 a.E.

404 Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 197, vgl. etwa die in EuG v. 24.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-1034, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulence* zugrundeliegende Konstellation sowie die diesbezüglichen Ausführungen von GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-869, 921-944, ECLI:EU:T:1991:38.

den müsse,⁴⁰⁵ können in Anbetracht der im Anschluss ohnehin noch zu prüfenden bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls nicht uneingeschränkt überzeugen. Dies zeigt sich vor allem, wenn zur Begründung angebracht wird, dass Kommunikation zwischen Unternehmen, also der in der Anwendungspraxis oft angetroffene Informationsaustausch, wettbewerbsförderliche, -schädliche oder jedenfalls -neutrale Wirkungen haben könne⁴⁰⁶ und daher nicht über Gebühr eingeschränkt werden sollte.⁴⁰⁷ Hier wird eine Befürchtung vorweggenommen, der ohne Weiteres unter dem Tatbestandsmerkmal einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung Rechnung getragen werden könnte.⁴⁰⁸

Ebenso wenig können Argumente überzeugen, die daran anknüpfen, dass das wettbewerbliche Gefährdungspotential bzw. der Unrechtsgehalt von Abstimmungen, die noch nicht den Zustand einer Willensübereinkunft erreicht haben, wegen ihrer Unverbindlichkeit geringer sei.⁴⁰⁹ Selbst, wenn das Kollusionsergebnis bei einer Vereinbarung möglicherweise konkreter festgelegt wurde, ist eine solche Absprache für die beteiligten Unternehmen nicht bindend. Dies folgt schon allein aufgrund der rechtlichen

405 So etwa *Hengst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 2: Europäisches Recht, 14. Aufl. 2021, Art. 101 AEUV, Rn. 136; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198.

406 *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34, 41 a.E.; *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 162 sowie Band 2: GWB, § 1 Rn. 132; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198.

407 *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 41.

408 *AA.* möglicherweise *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 198, die von einer Wahrung der systematischen Einheit und Vermeidung eines Widerspruchs zur Tatbestandsvariante der Vereinbarung sprechen.

409 So etwa *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 162 und Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 GWB Rn. 132; wenig überzeugend ist insbesondere die Aussage, dass „die Abstimmung allein die im Hinblick auf das Selbstständigkeitspostulat geschützte Ungewissheit der Parteien über das künftige Marktverhalten nicht mindert oder beseitigt“. Wenn sich die Abstimmung etwa als Informationsaustausch über zukünftig beabsichtigtes Verhalten vollzieht, dann reduziert der Informationsgewinn die Unsicherheit über das zukünftige Verhalten der Konkurrenz nicht weniger als dies bei einer konkreten Vereinbarung über zukünftiges Verhalten der Fall ist. Auch dort muss darauf vertraut werden, dass die Gegenpartei sich an ihr Versprechen hält und ihre Aussage in die Tat umsetzt. Es wird ebenso wenig eine konkrete Umsetzung gefordert.

Nichtigkeitsanordnung gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV sowie § 134 BGB iVm § 1 GWB.⁴¹⁰ Gleichwohl eine „faktische“ Verbindlichkeit anzunehmen, die bei einer Verhaltensabstimmung ohne Willensübereinkunft fehle, erscheint schlechterdings gekünstelt. Mangels Erzwingbarkeit sowohl einer Einigung (auf konkrete, einheitliche Preise) als auch einer bloßen Ankündigung (etwa beim Informationsaustausch: Ankündigung einer Preiserhöhung zu einem bestimmten Stichtag) kommt es am Ende maßgeblich auf gegenseitiges Vertrauen in das gemeinsame Koordinierungsinteresse an. Daher ist nicht ersichtlich, wie in der vermeintlichen „Faktizität“ einer Vereinbarung ein angemessenes Abgrenzungskriterium hinsichtlich des Unrechtsgehalts bestimmter Maßnahmen zu sehen ist.⁴¹¹

Zu alledem stellt sich die Zweigliedrigkeit des Tatbestands und die separat zu prüfende, von der Abstimmung kausal beeinflusste Verhaltensweise in einer Vielzahl der Fälle als bloße Leerformel dar. Solange die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen weiterhin im Markt aktiv sind,⁴¹² liegt mit der Preissetzung als notwendige Voraussetzung des Angebots von Waren und Dienstleistungen stets eine in Frage kommende, durch die Abstimmung möglicherweise beeinflusste Verhaltensweise vor. Der Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Verhaltensweise wird dann sogar – zumindest bei einem Informationsaustausch über klassische Wettbewerbsparameter wie den Preis – vermutet.⁴¹³ Durch die weitgehend gehaltlose Subsumtion, dass also offensichtlich ein entsprechendes Marktverhalten vorliegt, ist inhaltlich nichts gewonnen.⁴¹⁴ Schlussendlich wird

410 So auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 197.

411 Wie hier: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: 64. EL. Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 114.

412 Andeutungsweise schon der EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-04125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 121: „Zum einen gilt [...] die Vermutung, daß die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen [...]“ sowie nahezu wortgleich EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-04287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 162; vgl. unmittelbar danach auch: EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries/Kommission*, Rn. 1938.

413 Der Ursprung dieser einige Jahre später als „*Anic*“-Vermutung berühmt gewordenen Rspr. dürfte in EuG v. 14.10.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-1034, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulence*, Rn. 123 liegen, wo erstmals festgestellt wurde, dass Informationen wohl zwangsläufig berücksichtigt werden.

414 Vgl. auch *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht Kommentar, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 56: „Letztlich hat die Durchführung einer Abstimmung keine eigenständige Bedeutung; die Durchführung lässt nur Rückschlüsse zu, ob der vorher-

die eigentliche Prüfung, ob etwa ein Marktinformationssystem förderliche oder schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, ohnehin beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung vorgenommen.

Man muss daher den Eindruck gewinnen, die Zweigliedrigkeit drängt sich in den Augen ihrer Verfechter noch am ehesten durch den Wortlaut des Kartellverbots auf.⁴¹⁵ Argumente, warum diese Zweigliedrigkeit auch inhaltlich überzeugen könne, verfangen dagegen ganz überwiegend nicht. Viel eher stellt sich die Frage, warum der europäische Gesetzgeber überhaupt diese Formulierung gewählt hat (siehe dazu später, S. 214). Ohne (ggfs. aus Versehen) den Eindruck eines zweigliedrigen Erfolgsdelikts zu erwecken, hätte als Auffangtatbestand auch jedwede „sonstige Verhaltensabstimmung“ festgehalten werden können. Der bisher überwiegende Erklärungsansatz, demzufolge dem Gesetzeswortlaut eine inhaltliche Logik zugrunde liege, welche die unterschiedliche Intensität einer Willenskoordinierung abbilde, ist jedenfalls nicht allen Zweifeln erhaben. Mit Blick auf die *Anic*-Rechtsprechung⁴¹⁶ muss zudem resümiert werden, dass der EuGH einen Mittelweg eingeschlagen hat. Wohl unter dem Eindruck der vermeintlichen Wortlautgrenze sah er sich nicht in der Lage, gänzlich auf konkretes Marktverhalten im Tatbestand zu verzichten.⁴¹⁷ Dann stellte er jedoch eine Vermutung für die Kausalität zwischen preisbezogenen Abstimmungshandlungen und der Umsetzung dieser Koordinierung in konkretes

gehende Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen tatsächlich verhaltenskoordinierenden Inhalt hatte.“ Dies könnte nach hier vertretener Auffassung auch unter dem Prüfungspunkt einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ermittelt werden.

- 415 So auch der EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92, Slg. 1999 I 4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118; siehe in Vorbereitung des erstinstanzlichen Urteils: GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 941, ECLI:EU:T:1991:38 – *Rhône-Poulence* sowie Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 90 f.; Lettl, WuW 2017, 422, 425 (anderenfalls hätte es „abstimmende Verhaltensweisen“ heißen müssen); Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 114 (i.E. aber doch mit abweichendem Fazit); s. **dagegen** noch: GA Darmon, Schlussanträge v. 07.07.1992, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1992 I-1449, ECLI:EU:C:1992:293 – *Ahlström*, Rn. 187.
- 416 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999, I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999, I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.
- 417 So auch Wessely, (38) CMLRev. 2001, 739, 753, der von einem salomonischen Urteil spricht.

Marktverhalten auf, wodurch in vielen Fällen der Nachweis einer Verhaltensabstimmung genügt. Damit wurde inhaltlich dem Lager entsprochen wurde, das den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise bereits mit Abschluss der Verhaltensabstimmung als vollendet ansah.⁴¹⁸

(2) Verhältnis von Fühlungnahme und praktischer Zusammenarbeit

Unterschiedliche Auffassungen scheinen auch bezüglich des Verhältnisses der *Fühlungnahme* zur *praktischen Zusammenarbeit* zu bestehen. Ein solcher Dissens wurde – nach Kenntnisstand des Autors – noch an keiner Stelle explizit gezeigt.⁴¹⁹ Es lassen sich dagegen Beiträge im Schrifttum sowie Gerichtsentscheidungen finden, die im Begriffsverständnis voneinander abzuweichen scheinen. Die unterschiedlichen Einschätzungen beruhen dabei auf einer abweichenden Verortung der beiden Konzepte im zweigliedrigen Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise. Diese besteht – wie eben dargelegt wurde – aus einer Abstimmung, die man auch als Koordination bezeichnen könnte und einer dadurch bedingten, koordinierten Verhaltensweise.

Einerseits könnte man beide Konzepte als Definitionen der Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands verorten. Die darauffolgende, kausal bedingte Verhaltensweise bedürfte womöglich keiner weiteren Definition. Es handelt sich um bloßes Marktverhalten als Anbieter oder Nachfrager. *Andererseits* könnte man das Konzept der Fühlungnahme auf die Abstimmung beziehen und das Konzept der praktischen Zusammenarbeit als die nachfolgende Verhaltensweise, mithin das Ergebnis dieser Abstimmung betrachten.

418 Mit diesem Ausblick bereits GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-869, 943, ECLI:EU:T:1991:38 – *Rhône-Poulence*; Zusammenfassung des damaligen Meinungsstands auf S. 935-939.

419 Die zeigt sich auch daran, dass einige Standardkommentierungen dazu nicht explizit Stellung beziehen bzw. eine Einordnung nicht vornehmen, darunter etwa: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 86 ff.; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 205 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 36 ff.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Art. 101 AEUV, Rn. 106 ff.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 53 ff.

Die unterschiedlichen Auffassungen haben konkrete Auswirkungen, wenn man begrifflich aufgrund einer „praktischen Zusammenarbeit“ reziprokes Verhalten erfordert. Abhängig davon, wo dieses Kriterium verortet wird, müsste entweder bereits die Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands unter wechselseitigen Beiträgen stattfinden⁴²⁰ oder es müsste nur auf zweiter Stufe des Tatbestands eine praktische Zusammenarbeit in Form parallelen Marktverhaltens mehrerer Unternehmen resultieren. Im letztgenannten Fall würde sich nicht bereits zwingend aus der von der Rechtsprechung geforderten „praktischen Zusammenarbeit“ ergeben, dass auch die Abstimmung von wechselseitigem Zutun gekennzeichnet sein muss.

(a) Definitionen nur der Abstimmung = Einordnung auf derselben Ebene

Als Anhänger der ersten Auffassung lassen sich etwa *Roth/Ackermann* ausmachen, die in ihrer Kommentierung des europäischen Kartellverbots beide Konzepte (Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit) unter der Überschrift „Abstimmung“ auf erster Stufe des Tatbestands besprechen.⁴²¹ Dort finden sich auch die folgenden Aussagen, die allesamt deutlich machen, dass sich das Erfordernis einer praktischen Zusammenarbeit nach Auffassung der Kommentatoren auf die Abstimmung beziehen soll:

„Die erforderliche Koordinierung [...] ist eine praktische Zusammenarbeit der Unternehmen, um die Unsicherheit darüber, welche Haltung die jeweiligen Konkurrenten einnehmen werden, zu verringern.“ (Rn. 186)

*„Es geht (für die Abstimmung, Anm. des Verf. auf Grundlage des vorangegangenen Satzes) vielmehr allein um eine **tatsächliche Zusammenarbeit**.“* (Rn. 188)

420 Siehe etwa noch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 81 Abs. 1 EG, 68. Lieferung, Stand: 05/2009, Rn. 188: *„Eine ‚Zusammenarbeit‘ setzt eine Reziprozität der relevanten Handlungen der Beteiligten voraus.“*; in der 101. Lieferung, Stand 03/2022 nunmehr gegenteilig: *„Eine ‚Zusammenarbeit‘ setzt keine Gegenseitigkeit der relevanten Handlungen der Beteiligten voraus.“*; vgl. auch *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1184, die unmittelbar im Anschluss an die Formel einer praktischen Zusammenarbeit schlussfolgern, dass *„bei allen drei Formen der Verhaltenskoordinierung (im Kartellverbot, Anm. des Verf.) eine willentliche Mitwirkung von mindestens zwei Unternehmen (...) erforderlich ist.“*

421 *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 186 ff.; dem nachgelagert ist ein Abschnitt des Titels „Marktverhalten“, der die zweite Stufe des Tatbestands zum Gegenstand hat.

„(D)ie ‚Abstimmung‘ (betrifft) alle sonstigen Formen der Koordinierung in Form einer praktischen Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen [...]“ (Rn. 190)⁴²²

„Die Streitfrage hat Relevanz in Fällen, in denen Unternehmen eine Zusammenarbeit (z.B. einen Informationsaustausch; [...]) praktizieren, ein damit korrespondierendes Marktverhalten [...] aber nur schwer [...] nachweisbar ist.“ (Rn. 197)

Dieser Auffassung sind auch die Kommentierungen der Kartellverbote von Paschke zuzuordnen, der ebenfalls sowohl die Fühlungnahme als auch die praktische Zusammenarbeit als Kriterien der auf erster Stufe stehenden Abstimmung begreift.⁴²³ Gleiches gilt für die Kommentierung Lübbigs.⁴²⁴ Aus der Kommentarliteratur folgt nicht zuletzt Füller dieser Sichtweise gar expressiv verbis:⁴²⁵

„Die Kernbegriffe der Verhaltensabstimmung bilden die Koordinierung und die praktische Zusammenarbeit.“

Weiterhin scheinen Kling/Thomas dieser Auffassung in ihrem Lehrbuch zum Kartellrecht zuzuordnen zu sein. Dort heißt es unter anderem:

„Es (die Abstimmung, Anm. des Verf. auf Grundlage des vorangegangenen Satzes) handelt sich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die Konkurrenten einnehmen werden, zu verringern.“ (§ 5 Rn. 70)

422 Als Beleg wird EuGH v. 31.3.1993, Verb. Rs. 89/85 u.a., ECLI:EU:C:1993:12 – Ahlström, Rn. 63-64 angeführt, der von den Autoren allerdings unzutreffend wiedergegeben wird; an der dortigen Stelle wird wortlautgetreu das ICI-Urteil zitiert („Formen der Koordinierung“ [...]), die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Unsicherheit verbundenen Wettbewerbs treten lassen“).

423 Paschke, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 156 ff.; ders., in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, Rn. 126 ff.

424 Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 13: „Wesentlich für diese Form der Koordinierung zwischen Unternehmen sei, dass diese bewusst praktisch zusammenarbeiten und so die mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken ausschließen oder verringern.“

425 Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 143 (unter der Überschrift „a) Abstimmung“ vor „b) Marktverhalten“).

Die Aussage weckt unweigerlich den Eindruck, dass eine Zusammenarbeit bereits auf Ebene der Abstimmung stattfinden muss, nicht dagegen erst das Ergebnis dieser Abstimmung ist.⁴²⁶

(b) Definition von Abstimmung und Verhaltensweise auf unterschiedliche Ebenen

Der BGH hat sich dagegen jüngst der zweiten Auffassung angeschlossen und im Verfahren zum Bierkartell, das den Vorwurf einer abgestimmten Verhaltensweise durch Informationsaustausch zum Gegenstand hatte, folgendes festgehalten:

*„Der Tatbestand der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ist zweigliedrig; er verlangt neben einem Abstimmungsvorgang (Fühlungnahme) eine tatsächliche Verhaltensweise im Sinne einer praktischen Zusammenarbeit auf dem Markt, das heißt ein konkretes Marktverhalten in Umsetzung der Abstimmung.“*⁴²⁷

Als Beleg wird die Kommentierung von *Hengst* angeführt, die bereits zuvor den Begriff Fühlungnahme der Abstimmung und die praktische Zusammenarbeit dem daraus resultierenden Marktverhalten zugeordnet hatte.⁴²⁸ Unter explizitem Verweis auf das Urteil vertreten neuerdings auch *Dreher/Kulka* diese Zuordnung in ihrem Lehrbuch.⁴²⁹ Zuvor traf man im Schrifttum vereinzelt bereits andeutungsweise auf ein solches Verständnis,⁴³⁰ so etwa bei *Zimmer*:

426 Vgl. ferner aus der Lehrbuchliteratur *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 14. Aufl. 2018, S. 38: „Eine Verhaltensabstimmung kann demgegenüber nur angenommen werden, wenn zumindest zwei Unternehmen in irgendeiner Form willentlich zusammenwirken [...]“.

427 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, NZKart 2020, 602 – Bierkartell, 1. LS = Rn. 20.

428 *Hengst*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 13. Aufl. 2018, Band 2: Europäisches Recht, Art. 101 AEUV Rn. 116, 123.

429 *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 957.

430 Vgl. etwa *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 446 ff., die gleichzeitig aber auch davon sprechen, dass „(e)ine Abstimmung erfordert (...), dass Unternehmen zumindest die Strukturen für eine Zusammenarbeit schaffen (...)“. Siehe ferner andeutungsweise *Rottmann/Göhl*, WuW 2019, 348, 352: „Für das Vorliegen einer [...] abgestimmten Verhaltensweise muss ein zweigliedriger Tatbestand erfüllt sein. Zunächst bedarf es zwischen den Wettbewerbern eines Elements der Fühlungnahme zur Abstimmung, welche entgegen des Selbstständigkeitspostulats bewusst Kooperation an die Stelle wettbewerblich bedingter Unsicherheit und Risiken treten lässt. Nachfolgend ist zudem

„Dem EuGH zufolge ist eine „Fühlungnahme“ tatbestandsmäßig, mit der die beteiligten Unternehmen bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.“⁴³¹

„Auch mit der Rechtsprechung des EuGH, nach der eine Abstimmung in einer – offenbar zusätzlich zum Marktverhalten geforderten – „Fühlungnahme“ besteht [...].“⁴³²

Schließlich hatten auch *Grave/Nyberg* die Definition einer Fühlungnahme bereits explizit der Abstimmung auf erster Ebene des zweiaktigen Tatbestands zugeordnet, ohne allerdings die „praktische Zusammenarbeit“ begrifflich auf zweiter Stufe anzusiedeln.⁴³³

(c) Stellungnahme

Der zweitgenannten Auffassung, insbesondere den Feststellungen des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dies ergibt sich aus mehreren Gründen.

(aa) Konsekutivzusammenhang

Allein sprachlich heißt es in der betroffenen Aussage des EuGH bereits, dass mit der abgestimmten Verhaltensweise Formen der Koordinierung erfasst werden sollen, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Unsicherheit verbundenen Wettbewerbs *treten lassen*.⁴³⁴ Die Verwendung der Verbalkonstruktion „treten lassen“ deutet auf einen Konsekutivzusammenhang hin. Die praktische Zusammenarbeit ist Folge der Koordinierung, nicht Mittel der Koordinierung. Gleiches gilt auch für die englische („*substitutes*“) und französische („*substitue*“) Fassung. Selbst wenn man diese Verben als „ersetzen“ oder „austauschen“ in das Deutsche übersetzt, bleibt der soeben ausgemachte Konsekutivzusammenhang bestehen. Hätte der EuGH mit seiner Aussage die tatbestandsmäßigen Formen einer Ko-

ein kausaler Abstimmungserfolg, das heißt ein abstimmungsbedingtes, gemeinsames Marktverhalten erforderlich.“

431 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 95; so auch: *Dompke/Schulz*, (8) Juristische Ausbildung (JURA) 2015, 822, 827.

432 Zimmer, a.a.O., Rn. 99.

433 *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 206.

434 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67.

ordinierung definieren wollen, hätte es nähergelegen zu schreiben, dass Formen der Koordinierung erfasst werden sollen, die sich als praktische Zusammenarbeit *darstellen* oder in einer praktischen Zusammenarbeit *bestehen*.

(bb) Beschreibung des Taterfolgs & Bezugnahme auf Wettbewerbsbeschränkung

Weiterhin fällt auf, dass in der Formel einer praktischen Zusammenarbeit auf die dadurch verwirklichte Ausräumung wettbewerblicher Risiken Bezug genommen wird. Diese Aussage ist ergebnisorientiert. Eine durch das Kartellverbot zu verhindernde Wettbewerbsbeschränkung wird in der Fallpraxis regelmäßig dann angenommen, wenn die Handlungsfreiheit von Parteien durch bestimmte Maßnahmen eingeschränkt wird und das Marktverhalten (einander) angeglichen wird. Das Selbstständigkeitspostulat wird demnach sowohl bei der Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise⁴³⁵ als auch bei der Auslegung einer Wettbewerbsbeschränkung⁴³⁶ herangezogen. Darin manifestiert sich eine systematische Auslegung der Tathandlung mit Blick auf den Taterfolg. Führt man sich nun vor Augen, dass die abgestimmte Verhaltensweise zweigliedrig ausgestaltet ist und das spätere Marktverhalten bereits Teil der adressierten Tathandlung ist, ist es nur folgerichtig, einen gewissen Gleichlauf zwischen der zweiten Stufe der Tathandlung (konkrete Umsetzung bzw. Folge der Abstimmung) und dem Taterfolg (der daraus folgenden Wettbewerbsbeschränkung) herzustellen. Dies führt – was bereits mit Blick auf die Zweigliedrigkeit des Tatbestands angemerkt wurde – zu einer inhaltlichen Überschneidung, folgt aber der insoweit unzweideutigen Formulierung der Tathandlung, die nicht bloß von einer sonstigen Verhaltensabstimmung, sondern einer abgestimmten Verhaltensweise spricht. Auch aus diesem Blickwinkel liegt es nahe, die praktische Zusammenarbeit als Folge der Abstimmung zu betrachten.

435 Siehe hierzu bereits die Ausführungen zur „praktischen Zusammenarbeit“ auf S. 161 sowie die Nachweise in Fn. 395.

436 Vgl. etwa Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 127 oder Hengst, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 193.

(cc) Spätere Nennung als separate Kriterien

Ein zusätzlicher Fingerzeig in Richtung dieses Verständnisses lässt sich womöglich in einer weiteren Aussage der ständigen Rechtsprechung finden. Im Zucker-Urteil heißt es, dass die *„Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, auf die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs abgestellt wird, (...) im Sinne des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu verstehen (sind)“*. Im Anschluss daran folgt eine Darstellung des Selbstständigkeitspostulat.⁴³⁷ Auf diese Aussage trifft man seither immer wieder, insbesondere in Form der Feststellung, *„daß die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die Voraussetzungen für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind, nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen ‚Plans‘ verlangen“*.⁴³⁸ Da zwischen den beiden Kriterien differenziert wird und sie nebeneinander gestellt werden, könnte man darauf schließen, dass die praktische Zusammenarbeit keine bloße Konkretisierung der Koordinierung im Sinne eines einheitlichen „legal tests“⁴³⁹ ist. Weder für das eine noch für das andere Kriterium, weder auf erster noch auf zweiter Stufe der Tathandlung müsse ein konkreter Tatplan vorliegen.⁴⁴⁰ Anderenfalls hätte sich erneut eine deutlich präzisere Formulierung angeboten, etwa: *„Das Kriterium der Koordinierung in Form einer praktischen Zusammenarbeit [...]“*⁴⁴¹. Genauso wenig wurde das zeitlich jüngere Kriterium einer

437 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; siehe jüngst auch EuGH, Urt. v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 71: *„So sind die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die eine ‚abgestimmte Verhaltensweise‘ im Sinne dieser Bestimmung begründen, im Licht des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des AEU-Vertrags zu verstehen, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Binnenmarkt zu betreiben gedenkt.“*

438 S. etwa EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981 -02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13.

439 Vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, 10. Aufl. 2021, S. 118, die von einem (einheitlichen) „legal test“ sprechen, aber gleichwohl erkannt haben, dass beide Kriterien auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln sind; anders als hier dagegen: *Lianos/Korah/Siciliani*, Competition Law, 1. Aufl. 2019, S. 390: *„By referring to various forms of the same thing, ‘coordination and cooperation’, [...]“*.

440 Vollkommen zwingend erscheint dieses Verständnis zugegebenermaßen nicht. Die zitierte Aussage wird immer wieder als Beleg verwendet, um die praktische Zusammenarbeit auf Ebene der Abstimmung anzusiedeln, vgl. etwa *Paschke*, in: *MüKo-WettbR*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Auf. 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 158.

441 Siehe insoweit erneut *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 190, Rn. 6, die dem EuGH jene (unzutreffende) Formulierung in den Mund legen.

Fühlungnahme (in demselben Urteil) als Konkretisierung des älteren Kriteriums einer praktischen Zusammenarbeit präsentiert.⁴⁴²

(dd) Ausgangsbefunde der zugrundeliegenden Entscheidungen

Weiterhin spricht auch der *Farbenfall*, in dem die Formel einer praktischen Zusammenarbeit erstmalig verwendet wurde, für das oben erarbeitete Verständnis. Dort wurden den Unternehmen gemeinsame Preisanhebungen in drei Fällen vorgeworfen. Eine erste Preiserhöhung der Farbenhersteller im Jahr 1964 erfolgte derart simultan, dass man von einer entsprechenden Vereinbarung im Vorfeld ausging, die sich allerdings nicht beweisen ließ. Eine gemeinsame Preiserhöhung im Jahr 1965 wurde dagegen von weit im Voraus liegenden öffentlichen Preisankündigungen begleitet. Einer Preiserhöhung im Jahr 1967 ging wiederum eine gemeinsame Sitzung voraus, in der entsprechende Absichten ausgetauscht wurden. Die kartellrechtliche Untersuchung nahm ihren Ausgangspunkt also im Befund eines zu drei Zeitpunkten beobachteten Parallelverhaltens, von dem auf eine im Vorfeld stattgefundene Abstimmung geschlossen wurde.⁴⁴³ Liest man vor diesem Hintergrund die Aussage, dass eine abgestimmte Verhaltensweise Formen der Koordinierung erfassen soll, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lasse, liegt es nahe, die simultanen Preiserhöhung als die durch Vorfeldmaßnahmen abgesicherte, infolgedessen nicht mehr mit Unsicherheit behaftete, praktische Zusammenarbeit zu verstehen.⁴⁴⁴ Für dieses Verständnis kann eine spätere Textpassage des Urteils angeführt werden, die nur selten rezipiert werden.

„Bei dieser Sachlage und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Farbstoffmarkts ist davon auszugehen, daß das Verhalten der Klägerin im Zusammenwirken mit anderen am Verfahren beteiligten Unternehmen (frühzeitige Absichtserklärungen über Preiserhöhungen sowie gemeinsame Gesprächskreise; Anm. des Verf.) darauf abzielte, die Risiken des Wettbewerbs

442 A.A. Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 22, 31 der die Fühlungnahme (nach hier vertretener Auffassung irrtümlich) als Definition der praktischen Zusammenarbeit begreift.

443 Ghezzi/Maggiolino, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 652 ff.; vgl. rückblickend auch GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 940, ECLI:EU:T:1991:38 – Rhône-Poulenc.

444 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – Imperial Chemical Industries (ICI).

und die Ungewißheit über nicht abgestimmte Reaktionen der Konkurrenten auszuschalten und statt dessen zu einer Zusammenarbeit zu gelangen, die eine durch Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verbotene abgestimmte Verhaltensweise darstellt.“ (Rn. 115/119)

Betrachtet man diese Subsumtion im Lichte des im Urteil aufgestellten Kriteriums einer Koordinierung, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt, wird deutlich, dass die praktische Zusammenarbeit für das gleichförmige Marktverhalten steht (Preiserhöhung), das von einer vorherigen Abstimmung (Ankündigungen) gestützt wurde und nunmehr weniger unsicherheitsbehaftet ist.

(ee) Verknüpfung beider Konzepte zu einer einheitlichen Formel
(Polypropylen-Fälle)

Nicht zuletzt lässt die Definition einer Fühlungnahme als Beschreibung der (verbalen) Koordinierung zwischen Unternehmen aufhorchen.⁴⁴⁵ Bereits eine Fühlungnahme, die bewirke oder bezwecke, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder diesen über das eigene, zukünftig beabsichtigte Marktverhalten ins Bild zu setzen, verstoße gegen das Selbstständigkeitspostulat und somit gegen Art. 101 AEUV, ohne dass von einer weiteren „praktischen Zusammenarbeit“ – zumindest auf Ebene der Abstimmung – die Rede ist. Dabei fällt auf, dass die Formulierung mit den Verben „bezwecken“ und „bewirken“ Begriffe enthielt, die wortgleich im Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV auftauchen. Dort dienen sie der Beschreibung des Verhältnisses von Tathandlung (Vereinbarung, Beschluss, aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) und Taterfolg (Wettbewerbsbeschränkung). Mit der Beeinflussung des Marktverhaltens eines Wettbewerbers oder der Mitteilung des beabsichtigten Marktverhaltens könnte also bereits die Wettbewerbsbeschränkung bezeichnet worden sein. Da eine Wettbewerbsbeschränkung (s.o.) unter Bezugnahme auf das Selbstständigkeitspostulat grundsätzlich angenommen wird, wenn Wettbewerber ihr Marktverhalten nicht mehr autonom bestimmen, ist dieses Verständnis jedenfalls nicht kategorisch auszuschließen. Dennoch bleibt unklar, warum

445 Das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise steht jeder „unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen entgegen, die bewirkt oder bezweckt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder eines potentiellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder über einen solchen Mitbewerber über das Marktverhaltens ins Bild zu setzen, das man selbst beschlossen hat oder in Erwägung zieht.“

der EuGH beim der Definition einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise als Tathandlung auf Begriffe des Taterfolgs zurückgreift.

Während man im Verhältnis zum Taterfolg einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zunächst also noch von einer unglücklichen Doppelbelegung der Begriffe ausgehen konnte, haben die *Polypropylen-Fälle* Aufklärung geschaffen. Dort wurde zwischen dem Gegenstand der Fühlungnahme und einer dadurch erzielten Veränderung der Wettbewerbsbedingungen klar getrennt:

„[Das Selbstständigkeitspostulat] steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, durch die entweder das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbers beeinflusst oder ein solcher Wettbewerber über das Marktverhalten, zu dem man selbst entschlossen ist oder das man in Erwägung zieht, ins Bild gesetzt wird, wenn die Fühlungnahme bezweckt oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht dessen normalen Bedingungen entsprechen.“⁴⁴⁶

Hiermit wurde klargestellt, dass die Beeinflussung des Marktverhaltens eines Wettbewerbers oder die Mitteilung über das beabsichtigte, zukünftige Marktverhalten beispielhafte Begehungsweisen der Tathandlung einer Fühlungnahme darstellten, während die Verben „bezwecken“ und „bewirken“ wieder für den Zusammenhang zwischen Tathandlung und Taterfolg reserviert wurden.

Noch interessanter ist hingegen, dass die Textpassage einen Rückschluss auf die hier behandelte Frage zulässt, in welchem Verhältnis Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit zueinander stehen. Ausweislich des oben abgedruckten Zitats steht eine Fühlungnahme dem Selbstständigkeitspostulat entgegen, wenn sie eine Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen hin zu atypischen Zuständen bewirke oder bezwecke. Die genaue Beschreibung dieser atypischen Wettbewerbsbedingungen entspricht dem zweiten, häufig nicht wiedergegebenen Teil der Formel einer praktischen Zusammenarbeit aus dem *Farbenurteil*. Dort hieß es bereits ursprünglich, der Begriff einer abgestimmten Verhaltensweise erfasse eine Form der Koordinierung, die eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbunde-

446 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

nen Wettbewerbs treten lässt und „zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang und die Eigentümlichkeiten des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen“.⁴⁴⁷ In den Polypropylen-Fällen wurden also beide Formeln – bedauerlicherweise unter Auslassung des Satzteils, der die „praktischen Zusammenarbeit“ enthält – im Sinne des hier vertretenen Verständnisses zusammengefügt. Mit der bezweckten oder bewirkten Herbeiführung atypischer Wettbewerbsbedingung ist eine beispielhafte Beschreibung der Wettbewerbsbeschränkung gemeint. Der EuGH hat also klar gemacht, dass im Zentrum der Tathandlung die Abstimmung durch Fühlungnahme steht.⁴⁴⁸ Die praktische Zusammenarbeit aus dem *Farbstoff*-Urteil ist dagegen als Folge der Fühlungnahme im Sinne eines gemeinsamen, koordinierten Vorgehens am Markt zu verstehen.

cc) Bisherige Grenze einseitiger Maßnahmen

Für ein tiefgreifendes Verständnis der bisherigen Grenzen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sei ein Blick auf die Anwendungspraxis in der Grauzone zwischen mehrseitigem und einseitigem Verhalten geworfen. Dazu kann zwischen strategischen Kontakten im Privaten auf der einen Seite und der strategischen Offenlegung von Informationen sowie Ankündigungen an die Öffentlichkeit auf der anderen Seite unterschieden werden.

447 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 26/28; vgl. auch EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *Imperial Chemical Industries*, Rn. 64/67 (dort allerdings noch in einem weiteren, dazwischen liegenden Satz).

448 Führt man sich vor Augen, dass jedenfalls begrifflich schon deutlich früher hätte klar sein können, dass sich eine „praktische Zusammenarbeit“ auf die Folge einer Verhaltensabstimmung bezieht, ist bemerkenswert, dass noch weitere 27 Jahre von der *Farbstoff*- (1972) bis zur *Polypropylen*-Entscheidung (1999) darüber gestritten wurde, ob der Tatbestand nun zweigliedrig zu verstehen ist oder auf eine Umsetzungshandlung zu verzichten sein sollte. Durch die Aufteilung des Tatbestands in Fühlungnahme und praktische Zusammenarbeit, welche die jeweiligen Einzelmerkmale Abstimmung und Verhaltensweise konkretisieren, war dies bereits angedeutet worden.

(1) Privater (Informations-)Austausch & Kollusionsversuch

Wettbewerbsbehörden und Gerichte haben mit verschiedenartigen Fallkonstellationen von im Privaten stattfindenden Kontakten zwischen Wettbewerbern zu tun gehabt. Dabei haben sich vor allem drei Fragen hinsichtlich der Beteiligung von Unternehmen an Kartellverstößen gestellt. Genügt die Anwesenheit bei einem Treffen, auf dem kartellrechtswidrige Absprachen erzielt wurden oder jedenfalls ein Austausch über strategische Wettbewerbsparameter stattgefunden hat, selbst wenn eine dort anwesende Partei nicht durch eigene Äußerung dazu beigetragen hat? Genügt der Empfang strategischer Informationen unter Abwesenden oder die Kenntnisnahme gewisser Ankündigungen eines Wettbewerbers, etwa im bilateralen Verhältnis, ohne dass gleichzeitig eigene Informationen oder Handlungsabsichten offengelegt werden? Falls ja: Bedarf es einer gewissen Annahmehandlung, wenn die Kommunikation außerhalb eines bereits gefestigten, rechtswidrigen Kommunikationsrahmens stattfindet? Der Vollständigkeit halber sei zudem knapp auf die Rechtsprechung zur fehlenden Umsetzung einer Kartellabsprache eingegangen, die untrennbar mit den Grundsätzen zur passiven Kartellbeteiligung verknüpft ist, um die dort zugrunde gelegten Wertungen aufrecht zu erhalten.

(a) Unter Anwesenden: Passive Kartellbeteiligung durch Teilnahme an gemeinsamen Sitzungen

Wenn bei gemeinsamen Sitzungen von Wettbewerbern eine Vereinbarung über konkret vorzunehmende Handlungen getroffen wurde, aber nicht jedem Teilnehmer eine explizite Zustimmung nachgewiesen werden konnte oder es ggfs. auch nur zu Ankündigungen, einem Gedankenaustausch (vgl. „cheap talk“⁴⁴⁹) oder zur Offenlegung strategischer Erwägungen einzelner Teilnehmer kam, stellt sich die Frage, inwieweit sich eine Vereinbarung bzw. eine abgestimmte Verhaltensweise unter Zutun der passiv gebliebenen Parteien konstruieren lässt und inwieweit den stillen Zuhörern dieser Veranstaltungen eine Beteiligung zum Vorwurf gemacht werden kann.

449 Vgl. zu diesem spieltheoretischen Konzept Farrell, (18) RAND J. of Econ. 1987, 34-39; Überblick bei Farrell/Rabin, (10) J. of Econ. Perspectives 1996, 103, 112 f.

Die Europäischen Gerichte haben sich bisher kompromisslos gezeigt und eine Distanzierungspflicht etabliert,⁴⁵⁰ der nur nachgekommen wird, wenn sich von der Kartellierung öffentlich distanziert⁴⁵¹ (offen dagegen ausgesprochen)⁴⁵² wird oder die Kartellbehörden benachrichtigt werden.⁴⁵³ Für eine öffentliche⁴⁵⁴ Distanzierung muss den Beteiligten einer Sitzung unmissverständlich mitgeteilt werden, dass die Teilnahme unter einer anderen Zielsetzung und ohne wettbewerbswidrige Einstellung erfolgte,⁴⁵⁵ kein Interesse am Erhalt der strategischen Informationen besteht⁴⁵⁶ und ebenso wenig an einer entsprechenden Koordinierung teilgenommen wird.⁴⁵⁷ Bloßes Stillschweigen oder selbst das frühzeitige Verlassen⁴⁵⁸ eines Treffens ohne weiteren Kommentar genügen der Distanzierungspflicht nicht. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die gut vertretbare Annahme, dass die fortdauernde Anwesenheit in einer Sitzung eine Entgegennahme der dort

450 Überblick bei *Bailey*, (31) World Comp. 2008, 177 ff.; kritisch *Abenhaim*, (39) World Comp. 2016, 413 ff.

451 StRspr.: EuGH v. 19.03.2009, Rs. C-510/06, Slg. 2009 I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 119; EuGH v. 07.01.2004, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 81 ff.; bestätigt von: EuG v. 29.06.2012, Rs. T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 – *E.ON Ruhrgas/Kommission*, Rn. 176; zuvor bereits EuG v. 05.12.2006, Rs. T-303/02, Slg. 2006 II-4567, ECLI:EU:T:2006:374 – *Westfalen Gassen Nederland/Kommission*, Rn. 101 ff.; EuG v. 11.12.2003, Rs. T-61/99, Slg. 2003 II-5349, ECLI:EU:T:2003:335 – *Adriatica di Navigazione/Kommission*, Rn. 138; EuG v. 06.04.1995, Rs. T-142/89, Slg. 1995 II-867, ECLI:EU:T:1995:63 – *Boël/Kommission*, Rn. 60.

452 *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185.

453 EuGH v. 07.01.04, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 82, 84; EuGH v. 28.06.05, Verb. Rs. C-189/02 u.a., Slg. 2005 I-05425, ECLI:EU:C:2005:408 – *Dansk Rørindustri u.a./Kommission*, Rn. 143; aus jüngerer Zeit: EuGH v. 21.01.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 28; EuGH v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, EU:C:2015:717 – *AC-Treuhand/Kommission*, Rn. 31; die Benachrichtigung der Kartellbehörden ist keine Voraussetzung einer öffentlichen Distanzierung, *Bailey*, (31) World Comp. 2008, 177, 188 f.

454 *Bailey*, (31) World Comp. 2008, 177, 189 spricht von einer Fehlbezeichnung, da die Distanzierung für die anderen Kartellanten eindeutig zu verstehen sein muss, aber keine Öffentlichkeit im gewöhnlichen Wortsinn gemeint ist; Öffentlichkeit dürfte vielmehr als Abgrenzung zu unausgesprochenen, inneren Vorbehalten zu verstehen sein.

455 EuGH v. 07.01.04, Verb. Rs. C-204/00 u.a., Slg. 2004 I-403, ECLI:EU:C:2004:6 – *Aalborg Portland/Kommission*, Rn. 81.

456 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 62.

457 EuG v. 11.12.03, Rs. T-61/99, Slg. 2003 II-5349, ECLI:EU:T:2003:335 – *Adriatica di Navigazioni*, Rn. 137.

458 EuGH v. 19.03.09, Rs. C-510/06, Slg. 2009 I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 120.

geteilten Gesprächsinhalte darstellt und das Stillschweigen von der Gegenseite als Akzeptanz gedeutet wird.⁴⁵⁹ Dies gilt umso mehr, wenn es sich um ein ex ante kartellrechtswidriges Treffen handelt, bei dem die Besprechung wettbewerbssensibler Themen geplant war.⁴⁶⁰ Durch die Anwesenheit und die stillschweigende Entgegennahme von Information wird auch ohne eine eigene Äußerung wettbewerbliche Unsicherheit bei den anderen Parteien verringert, da nunmehr klar ist, dass diese Partei über deren beabsichtigtes Verhalten im Bilde ist, dieses berücksichtigen wird und vermutlich mit gewissen Zielen übereinstimmt.⁴⁶¹ Fehlender Widerspruch lässt die anderen Parteien in dem Glauben, eine Verhaltensabstimmung erzielt zu haben. Rein konzeptionell liegt in der gleichzeitigen Anwesenheit bei einem Treffen mit wettbewerbsfeindlichem Inhalt ein direkter, gegenseitiger Kontakt (im Sinne der Definition einer Fühlungnahme), ohne dass es einer Informationspreisgabe oder Ankündigung beider Seiten bedürfte.⁴⁶²

(b) Keine Exkulpation mangels Umsetzung

Eine eng mit der Teilnahme an der Abstimmungshandlung verknüpfte, aber dogmatisch zu trennende Frage ist die spätere Umsetzung einer Abstimmung. Fälle, in denen Unternehmen vortrugen, sie hätten eine mutmaßliche Abstimmung nicht umgesetzt, sind dabei teilweise nur schwer den einzelnen Begehungsvarianten des Tatbestands zuzuordnen. Oft kann es die Kommission in Anbetracht nachgewiesener Sitzungen, auf denen wettbewerblich relevante Aspekte besprochen wurden, offenlassen, ob bereits eine Vereinbarung erzielt wurde, wenn jedenfalls eine abgestimmte Verhal-

459 So schon EuG v. 6.4.95, Rs. T-141/89, Slg. 1995 II-797, ECLI:EU:T:1995:62 – *Tréfileurope Sales/Kommission*, Rn. 85; EuG v. 17.12.91, Rs. T-7/89, Slg. 1991 II-1711, ECLI:EU:T:1991:75 – *Hercules Chemicals/Kommission*, Rn. 232.

460 *Stöcker*, WuW 2012, 935, 939; *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1186; *Schroeder*, WuW 2009, 718, 721.

461 EuG v. 02.07.01, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001 II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle/Kommission*, Rn. 58 (für die Offenlegung zukünftigen Verhaltens); EuG v. 24.10.91, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-00867, ECLI:EU:T:1991:56 – *Rhône-Poulenc/Kommission*, Rn. 122 f. (für den Austausch über wünschenswerte Preise).

462 EuG v. 12.07.01, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001 II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle*, Rn. 54-59 („direkter Kontakt“); vgl. kurz zuvor bereits allerdings für bilaterale Kommunikation außerhalb einer Sitzung EuG v. 15.03.00, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-508, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries*, Rn. 1848 f. („gegenseitiger Kontakt“ mit dem Erfordernis einer Anforderung der Information oder Akzeptanz durch den Empfänger).

tensweise nachgewiesen werden kann.⁴⁶³ Hier treffen also unterschiedliche Fallkonstellationen zusammen. Während es bei dem an dieser Stelle thematisierten Einwand genau genommen nicht um Fallpraxis zu (vermeintlich nur) einseitigen Abstimmungshandlungen geht, zeigt die im Folgenden wiederzugebende Rechtsprechung gleichwohl, dass der Unrechtsgehalt bei einer abgestimmten Verhaltensweise unbeachtlich des zweigliedrigen Tatbestands primär im Tatbestandsmerkmal der Abstimmung liegt.

Wer an einer Kartellierung mittels einer Vereinbarung beteiligt war, kann sich nicht dadurch exkulpieren, er habe die getroffene Absprache nicht umgesetzt, z.B. die Preise nicht angehoben.⁴⁶⁴ Zum einen erfordere ein Verstoß gegen das Kartellverbot durch eine Vereinbarung keine konkrete Umsetzung. Zum andere gelte – wie auch schon hinsichtlich der stillschweigenden Teilnahme an einer Sitzung – dass die Beteiligung an der Absprache andere Unternehmen zu kartellbedingt verändertem Verhalten anleitet, auch wenn das Unternehmen sich selbst nicht absprachegemäß verhält.⁴⁶⁵ Allenfalls kann in Ausnahmefällen eine spätere Nicht-Umsetzung der Kartellabsprache bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt ausweislich der Rechtsprechung vor, wenn sich ein Unternehmen den Verpflichtungen zur Umsetzung des Kartells so eindeutig und nachdrücklich widersetzt, dass dadurch dessen Funktionieren gestört wurde, und es der Vereinbarung auch nicht scheinbar zugestimmt hat und dadurch andere Unternehmen zur Umsetzung des fraglichen Kar-

463 Vgl. zum Verzicht einer genauen Zuordnung zu einer Tatbestandsvariante *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 66; *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 138.

464 Erstmalig wohl EuG v. 14.05.1998, Rs. T-347/94, Slg. 1998 II-1759, ECLI:EU:T:1998:101 – *Mayr-Melnhof/Kommission*, Rn. 135, der unter Verweis auf EuG v. 06.04.1995, Rs. T-141/89, Slg. 1995 II-797, ECLI:EU:T:1995:62 – *Tréfileurope Sales/Kommission*, Rn. 85 bereits von einer etablierten Rspr. spricht, obwohl es dort um die passive Kartellbeteiligung im o.g. Sinne, nicht um eine fehlende Umsetzung der Absprache ging; ähnlich auch EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-508, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries*, Rn. 1388 f., 1574.

465 EuGH v. 08.12.2011, Rs. C-389/10, Slg. 2011 I-13125, ECLI:EU:C:2011:816 – *KME Germany/Kommission*, Rn. 94 f. oder EuGH v. 16.11.2000, Rs. C-291/98 P, Slg. 2000 I-9991, ECLI:EU:C:2000:631 – *Sarrió/Kommission*, Rn. 50; vorher bereits EuG v. 08.07.2004, Rs. T-44/00, Slg. 2004 II-2223, ECLI:EU:T:2004:218 – *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Rn. 277 f.

tells veranlasst hat.⁴⁶⁶ Dass die Rechtsprechung die behauptete Nicht-Umsetzung einer Kartellabsprache nur sehr restriktiv berücksichtigt, ist wohl auch dem (ökonomisch) nur schwer zu erbringenden Beweis geschuldet, dass die Preise tatsächlich von der Kartellabsprache unbeeinflusst gesetzt wurden.⁴⁶⁷

Bei abgestimmten Verhaltensweisen war dagegen lange offen, ob und in welchem Ausmaß der Tatbestand die Umsetzung einer Abstimmung voraussetzt. Auch hier liegen eine Reihe von Entscheidungen vor, in denen Unternehmen sich damit zu verteidigen versuchten, dass eine Umsetzung gefehlt habe oder jedenfalls nicht hinreichend nachgewiesen wurde. Die Debatte endete weitestgehend mit der oben bereits ausführlich besprochenen Rechtsprechung zum zweigliedrigen Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise und dem vermuteten Kausalzusammenhang zwischen einem Informationsaustausch und späteren Marktverhalten,⁴⁶⁸ dessen Widerlegung nur in absoluten Ausnahmefällen gelingen dürfte.⁴⁶⁹ Auch wird immer wieder darauf hingewiesen, dass eine tatsächliche Umsetzung der Abstimmung jedenfalls dann nicht zu prüfen ist, wenn eine Wettbewerbsbe-

466 EuG v. 8.7.2004, Rs. T-50/00, Slg. 2004 II-2395, ECLI:EU:T:2004:220 – *Dalmine/Kommission*, Rn. 292 sowie EuG v. 15.03.2006, Rs. T-26/02, Slg. 2006 II-713, ECLI:EU:T:2006:75 – *Daiichi Pharmaceutical/Kommission*, Rn. 113; Die Bedeutung des Negativmerkmals einer fehlenden stillschweigenden Zustimmung bleibt dabei relativ unklar. Vor allem ist fraglich, inwieweit nach den o.g. Grundsätzen zur passiven Kartellbeteiligung ein Unternehmen jemals in den Dunstkreis einer Kartellabsprache geraten sein soll, d.h. von der umzusetzenden Absprache Kenntnis erlangt haben soll, gleichzeitig aber keine stillschweigende Zustimmung gegeben haben soll. Denkbar ist höchstens der Fall, in dem ein nicht anwesendes Unternehmen nachträglich von einer Kartellabsprache in Kenntnis gesetzt wird, darauf aber nicht reagiert.

467 Andeutungsweise EuGH v. 08.12.2011, Rs. C-389/10, Slg. 2011 I-13125, ECLI:EU:C:2011:816 – *KME Germany/Kommission*, Rn. 37 ff.

468 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Participazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

469 Siehe etwa für einen fehlgeschlagenen Versuch EuG v. 16.06.2011, Rs. T-235/07, Slg. 2011 II-03229, ECLI:EU:T:2011:283 – *Bavaria NV/Kommission*, Rn. 145, 178 ff., wobei die Feststellung interessant ist, dass für eine Widerlegung der Vermutung nicht ausreicht, dass weiterhin eine eigene Preispolitik verfolgt wurde (also nicht perfekt gleichförmig agiert wurde), sondern dass ausgetauschte Informationen vielmehr überhaupt nicht berücksichtigt wurden; *Ghezzi/Maggiolino*, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 662 weisen darauf hin, dass eine Exkulpation daher wohl nur gelingen dürfte, wenn bewiesen wird, dass die ausgetauschten Informationen nie die für Preissetzung verantwortlichen Entscheidungsträger erreicht haben.

schränkung bezweckt ist.⁴⁷⁰ Dass für abgestimmte Verhaltensweisen dagegen andere Maßstäbe als für eine Vereinbarung gelten könnten, lässt eine Aussage im jüngeren *Eturas*-Fall erahnen, der zufolge die Teilnahme an einer vertikal vermittelten Verhaltensabstimmung widerlegt werden könne, wenn von der Abstimmung abweichendes Marktverhalten gezeigt wird.⁴⁷¹

(c) Unter Abwesenden: „Einseitige“ Mitteilungen

Wird eine Information oder eine Absichtserklärung über zukünftiges Verhalten ohne entsprechenden Anforderungsakt mitgeteilt und sind die Parteien ebenso wenig anlässlich einer gemeinsamen Sitzung gleichzeitig anwesend oder per Fernsprecher miteinander verbunden, stellt sich die Frage, ob auch unter Abwesenden aus passivem Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise resultieren kann. Neue Maßstäbe scheint der EuGH im Fall litauischer Reisebüros („*Eturas*“) gesetzt zu haben.⁴⁷² Dort hatte ein zentraler Systemadministrator auf einer gemeinsam genutzten Buchungsplattform darüber informiert, dass die innerhalb des Systems auf Buchungen zu gewährenden Rabatte von nun an technisch im Wege einer Obergrenze auf 3% gekappt wären. Dem war eine interne Abstimmung über zukünftig zu gewährende Rabatte vorangegangen, die ebenfalls durch eine Anfrage des Administrators initiiert worden war. Zwar wäre es den Reisebüros mittels technischer Umstellungen möglich gewesen, auch höhere Rabatte zu gewähren. Ausweislich der Sachverhaltsermittlungen wurde die neue Obergrenze dagegen fortan (zumindest von einigen Büros) nicht mehr überschritten. Der EuGH sah in den Geschehnissen eine abgestimmte Verhaltensweise, wobei das Zutun eines jeden Reisebüros im fehlenden Widerspruch (öffentliche Distanzierung) lag.⁴⁷³ Er ließ nicht gelten, dass man dem Rabattschema nicht aktiv zugestimmt bzw. von der Nachricht

470 EuGH v. 19.3.2009, Rs. C-510/06 P, Slg. 2009, I-1843, ECLI:EU:C:2009:166 – *ADM/Kommission*, Rn. 113, 140; EuG v. 12.7.2001, Verb. Rs. T-202/98 u.a., Slg. 2001, II-2040, ECLI:EU:T:2001:185 – *Tate&Lyle*, Rn. 72 ff.

471 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 49; es könnte sich wegen der ungewöhnlichen Hub&Spoke-Konstellation allerdings auch um eine Einzelfallentscheidung ohne allgemeinen Charakter handeln.

472 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*.

473 EuGH, a.a.O., Rn. 46 ff.; der Gerichtshof fügt hinzu, dass eine Exkulpation auch möglich sei, wenn bewiesen wird, dass systematisch über die Grenze hinausgehend Rabattnachlässe gewährt worden seien; dies steht in gewissem Widerspruch zur Rspr. bei fehlender Umsetzung einer Kartellabsprache, s.o. S. 181.

ggfs. noch nicht einmal Kenntnis erlangt habe. Kenntnis der Zusendung könne aufgrund der sonstigen Umstände des Falls vermutet werden und müsse durch stichhaltige Beweise widerlegt werden.⁴⁷⁴ In der wissenschaftlichen Würdigung des Fall wurde insbesondere hervorgehoben, dass hiermit eine Abstimmung über einen Dritten im Stile von Radnabe und Speichen (Hub & Spoke-Kartell, Sternvertrag, gemischt horizontal-vertikale Koordinierung) anerkannt wurde.⁴⁷⁵ Die dogmatischen Einzelfragen wurden andernorts besprochen.⁴⁷⁶ Entscheidend ist die Erkenntnis, dass ähnlich wie bei gemeinsamen Sitzungen in der Nicht-Distanzierung einzelner Wettbewerber eine Zustimmung gesehen wurde.⁴⁷⁷ Bei Betrachtung früherer, erstinstanzlicher Rechtsprechung im Fall *Cimenteries* war diese Auslegung nicht offensichtlich.⁴⁷⁸ So hieß es dort noch:

„Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise setzt die Existenz gegenseitiger Kontakte voraus. Diese Voraussetzung der Gegenseitigkeit ist erfüllt, wenn ein Konkurrent seine Absichten oder sein künftiges Verhalten auf dem Markt einem anderen auf dessen Wunsch mitteilt oder dieser die Mitteilung zumindest akzeptiert. Dies ist der Fall, wenn das Gespräch, bei dem eine Partei von ihrem Konkurrenten über dessen Absichten oder dessen künftiges Verhalten informiert wurde, von dieser Partei angeregt worden war und wenn aus der von ihr verfaßten Niederschrift über dieses Gespräch hervorgeht, daß sie keinen Vorbehalt oder Einwand äußerte, als ihr Konkurrent ihr seine Absichten mitteilte. Das Verhalten dieser Partei bei dem Gespräch kann unter diesen Umständen nicht als rein passive Entgegennahme von Informationen verharmlost werden, zu deren Mitteilung sich ihr Konkurrent ohne jede Aufforderung durch sie entschlossen habe.“

Jedenfalls das Europäische Gericht scheint davon auszugehen, dass die passive Entgegennahme von Information nicht immer dem Kartellverbot unterfällt und es auf die konkreten Umstände ankommt. Fraglich ist hingegen, ob das Kommunikationsmedium oder das Gesprächsformat – sei es

474 EuGH v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*, Rn. 40.

475 Vgl. hierzu unten die *Interstate*-Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts aus dem Jahr 1946, Fn. 603.

476 *Heinemann/Gebicka*, (7) JECLAP 2016, 431; *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 560; für eine Anwendung auf Uber siehe etwa *Rottmann/Göhsl*, WuW 2019, 348, 350 ff.

477 Fraglich ist freilich, ob eine Distanzierung ggü. dem Systemadministrator gereicht hätte oder ob man sich auch an die anderen Reisebüros hätte wenden müssen; vgl. *Oechsler*, Kartellrechtsskript, Stand 2022, S. 43 ff. (abrufbar unter: <https://oechsler.jura.uni-mainz.de/files/2022/01/Kartellrechtsskript2022.pdf>, zuletzt am: 22.04.2024).

478 EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000, II-508 – *Cimenteries*, Rn. 1849.

in körperlicher Anwesenheit oder über Fernsprecher – tatsächlich das für die kartellrechtliche Würdigung ausschlaggebende Kriterium sein sollte,⁴⁷⁹ wenn der Zugang und die Kenntnisnahme einer schriftlichen Nachricht den gewöhnlichen Umständen entsprechend ebenso zu erwarten ist.⁴⁸⁰ Das Schweigen auf ein solches Schreiben könnte genauso als Zustimmung gedeutet werden,⁴⁸¹ auch wenn dies – jedenfalls bei erstmaliger Kontaktaufnahme – den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zum Erklärungswert des Schweigens widersprechen würde.⁴⁸² Die Kommission jedenfalls sieht keinen Unterschied in Fällen der mündlichen oder schriftlichen Übermittlung.⁴⁸³ Im Schrifttum wird das relevante Abgrenzungskriterium darin gesehen, ob ein Informationsaustausch erstmalig oder im Rahmen eines etablierten Abstimmungssystems⁴⁸⁴ bzw. eines institutionalisierten, rechtswidrigen Kontexts stattfindet.⁴⁸⁵ Bei erstmaligem Kontakt könne dem Schweigen keine Bedeutung beigemessen werden, da beim Absender der Information ohne bisherige Erfahrung, wie der Empfänger mit der Information umgehen wird, keine Unsicherheitsreduktion eintreten würde.⁴⁸⁶ Teile der Wissenschaft raten allerdings angesichts der fortgeltenden Rechtsunsicherheit dazu, sich selbst bei einer unvermittelten, d.h. weder erbetenen noch aus einer sonstigen Geschäftspraxis üblichen Zusendung von wettbe-

479 Ähnlich auch *Franck*, *Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomien*, in: *Rehberg* (Hrsg.), *Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen*, 2018, S. 55, 61 f.

480 Siehe jüngst für den Zugang einer Willenserklärung per E-Mail: BGH v. 06.10.2022, Az. VII ZR 895/21, BGHZ 234, 316 = NJW 2022, 3791.

481 A.A. *Stocker*, WuW 2012, 935, 939.

482 *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band II: *Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. 1979, § 5, S. 64 ff.

483 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 62 a.E.: „Erhält ein Unternehmen strategische Daten von einem Wettbewerber (in einer Sitzung, per Post oder elektronisch), wird davon ausgegangen, dass es die Informationen akzeptiert und sein Markverhalten entsprechend angepasst hat, es sei denn, es erklärt ausdrücklich, dass es die Daten nicht bekommen will.“ Diese Feststellung steht ebenso wenig unter dem Vorbehalt, dass die Benachrichtigung im Rahmen eines gewachsenen Austausches stattfindet.

484 Vgl. EuG v. 02.07.2008, Rs. T-53/03, Slg. 2008 II-1333, ECLI:EU:T:2008:254 – *BPB/Kommission*, Rn. 237.

485 *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 188a; *Stocker*, WuW 2012, 935, 939.

486 *Stocker*, WuW 2012, 935, 939 (mit Verweis auf die entsprechende Aussage des ICI-Urteils, s.o.); vgl. auch *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: *EU-Recht*, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 91.

werbsrelevanten Informationen oder Absichten eines Wettbewerbers, aus bloßer Vorsicht hiervon zu distanzieren, im Mindesten durch ein entsprechendes Antwortschreiben, demzufolge die Informationspreisgabe nicht erwünscht sei und man die Inhalte nicht berücksichtige.⁴⁸⁷

(2) Öffentliche Ankündigungen (Signaling)

Nicht weniger schwer zu beurteilen und daher kartellrechtliche Dauerbrenner sind Fälle öffentlicher Ankündigungen zukünftigen Verhaltens⁴⁸⁸ oder der Offenlegung von Informationen, auf Grundlage derer Unternehmen ihr zukünftiges Verhalten womöglich koordinieren können. Solche häufig anzutreffenden⁴⁸⁹ Konstellationen liegen an der kompliziert zu vermessenden Grenze zwischen mehrseitigem und einseitigem Handeln, da ein unmittelbarer gegenseitiger Kontakt nicht vorliegt, aber bei sukzessiv erfolgenden öffentlichen Ankündigungen mehrerer Unternehmen gleichwohl ein mittelbarer wechselseitiger Kontakt ausgemacht werden könnte. Wie sich in der nachfolgenden Darstellung zeigen wird, gibt es bisher noch keinen ganzheitlichen Ansatz, solche Fälle zu lösen. Die behördliche Praxis signalisiert durch Leitlinien und jüngere Entscheidung ein extensives Verständnis des Kartellverbots, was Kommentatoren im Schrifttum – trotz mancher Zweifel – dazu veranlasst, Unternehmen zu größter Vorsicht zu mahnen.

(a) Farben-Fall (Industrial Chemical Industries)

Im Farbenfall, der 1972 vom EuGH entschieden wurde,⁴⁹⁰ hatten es die europäischen Gemeinschaftsgerichte erstmalig mit einer Variante des Si-

487 Kritisch, da von aktiver Mitwirkung eigentlich noch nicht die Rede sein könne *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185; neutraler *Albera-Lorrens*, (51) Antitrust Bulletin 2006, 837, 865.

488 *Hay*, (67) Cornell Law Rev. 1982, 439, 453 f. bezeichnet eine nach vorheriger Ankündigung vollzogene Preiserhöhung eines Unternehmens als „*Augmented Price Leadership*“.

489 Siehe jüngst etwa die in unmittelbarer zeitlicher Nähe zueinander öffentlich angekündigten Preisankündigungen zahlreicher deutscher Brauereien, vgl. <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/bierpreise-ein-euro-mehr-pro-kasten-warum-die-brauer-jetzt-die-preise-erhoehen/27794196.html> (zuletzt abgerufen am 22.04.2024).

490 Siehe hierzu ausführlich auch: *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 2007, S. 757 ff.

gnalings⁴⁹¹ zu tun. Behandelt wurden drei Fälle simultaner Preiserhöhungen für Teerfarben. Im Vorfeld der ersten kollektiven Preiserhöhung konnte kein kartellrechtsrelevantes Verhalten nachgewiesen werden, obwohl ein solches vermutet wurde.⁴⁹² Vor der zweiten und dritten kollektiven Preiserhöhung hatten dagegen öffentliche Preisankündigungen⁴⁹³ sowie eine gemeinsame Sitzung stattgefunden. Das Gericht stufte die mit zeitlichem Vorlauf erfolgenden, sukzessiven Ankündigungen als kartellrechtswidrige Abstimmung ein, da sie künstliche Wettbewerbsbedingungen und eine Unsicherheitsreduktion herbeiführten.⁴⁹⁴

(b) Zellstoff-Fall (Ahlströhm)

Diese Rechtsprechung wurde 1993 durch den *Zellstoff-Fall* ergänzt.⁴⁹⁵ Die EU-Kommission hatte mehrere Hersteller dieses für die Herstellung von Papier benötigten Ausgangsprodukts wegen einer preisbezogenen aufeinander abgestimmten Verhaltensweise belangt. Die behördliche Intervention basierte auf zwei Tatvorwürfen. Zum einen kündigten die Hersteller quartalsweise die zukünftig geltenden Preise an. Dazu nutzten sie insbesondere Veröffentlichungen in Branchenmagazinen. Aufgrund des *Farben-Urteils* sah die Kommission in dieser aufeinander folgenden Praxis eine Verhaltensabstimmung. Da ihr das System der Preisankündigungen, die parallelen Zeitpunkte und die häufig übereinstimmenden Preise verdächtig vorkamen, witterte die Kommission außerdem eine zuvor erfolgte Absprache. Hinsichtlich dieses zweiten Vorwurfs stellte das Gericht unter Rückgriff auf Expertengutachten fest, dass die genannten Indizien nicht ausreichten, um eine Verhaltensparallelität auf bloßer Grundlage von natürlicher Inter-

491 Hier weicht das Begriffsverständnis von Modellen der Informationsökonomik (s.o. *Moorthy/Winter*, (37) *RAND J. of Econ.* 2006, 449-465) ab. Kartellrechtlich wird unter Signaling ein öffentlich praktizierter Informationsaustausch bzw. die öffentliche Ankündigung zukünftigen Verhaltens verstanden. Ökonomisch kann es dagegen um sämtliche Signale über Eigenschaften des Akteurs gehen.

492 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 110/114.

493 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 91/95.

494 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972, I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – ICI, Rn. 99/103.

495 Siehe hierzu ausführlich *Elhaug/Geradin*, *Global Competition Law and Economics*, 2007, S. 768 ff.

dependenz auszuschließen.⁴⁹⁶ Alle Hersteller seien zu ähnlichem Ausmaß den Entwicklungen des Weltmarktes, z.B. der Rohstoffpreise für Holz ausgesetzt. Des Weiteren seien sowohl die Zellstoff-Produktion als auch die nachfolgende Papierproduktion auf gewisse Planungs- und Vorlaufzeiten angewiesen, sodass sich auch ohne zusätzliche Abstimmung der Hersteller erklären ließe,⁴⁹⁷ warum sich im Verhältnis zum gemeinsamen Kundenkreis eine einheitliche Ankündigungs- und Verhandlungspraxis ergeben habe.

Ebenso wenig stellten die Preisankündigungen nach Einschätzung des Gerichts eine illegale Verhaltensabstimmung dar.⁴⁹⁸ Die Ankündigung der Preise für ein kommendes Quartal richtete sich über Agenten an Abnehmer, die mittels entsprechender Rahmenverträge bereits gebunden waren. Im Verhältnis zu diesen Abnehmern handelte es sich um bindende Höchstpreise für die im folgenden Quartal noch genauer festzulegenden Lieferungen. Auch in den Branchenmagazinen wurde also nur über bereits fest beschlossene Preise berichtet. Infolgedessen kam das Gericht zu dem Schluss, dass jedenfalls dasjenige Unternehmen, das für ein anstehendes Quartal als erstes⁴⁹⁹ seine Preise ankündigte, für die anstehende Periode keinen Informationsgewinn und damit auch keine Unsicherheitsreduktion durch spätere Ankündigungen seiner Wettbewerber erlange. Daher sei in der Ankündigungspraxis keine Verhaltensabstimmung zu erblicken.

Zunächst gilt festzuhalten, dass in dem Urteil keine Änderung der *Farben*-Rechtsprechung zu erblicken ist, da die Fälle in tatsächlicher Hinsicht voneinander abweichen. Ferner fällt auf, dass das entscheidende Kriterium wohl zu sein scheint, dass Absichten und Pläne mit nicht anderweitig erklärbarem, üppigem Zeitvorlauf veröffentlicht werden. Für ein solches Verhalten verbliebe als einzig denkbare Erklärung die Hoffnung auf entsprechende Reaktionen und Signale der Wettbewerber. In dogmatischer Hinsicht ist interessant, dass das Gericht nicht mit dem Kriterium einer Fühlungnahme operierte,⁵⁰⁰ welches jedenfalls mit Blick auf die sukzessi-

496 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 126/127.

497 *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 557 spricht von endogenen (Markt-)Kriterien, die gewisses Verhalten oder ein gewisses Marktergebnis erklären.

498 EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 64 f.

499 Ausweislich der Ermittlungen gab es keine feste Reihenfolge bei den Ankündigungen der Unternehmen.

500 Dieses war im Zeitpunkt des Urteils (Zellstoff, 1993) bereits seit 18 Jahren bekannt (Zucker-Urteil, 1975).

ven Veröffentlichungen in den Branchenmagazinen hätte einschlägig sein können. Das Kriterium ist nämlich nur aus Sicht eines Unternehmens verfasst und nennt beispielhaft das Inkennntnissetzen eines Wettbewerbs über beschlossenes oder beabsichtigtes, zukünftiges Verhalten. Es ist daher fraglich, inwiefern die hier ausbleibende Unsicherheitsreduktion beim erstankündigenden Unternehmen wirklich das ausschlaggebende Kriterium sein sollte,⁵⁰¹ zumal aus der Rechtsprechung zur passiven Kartellbeteiligung bekannt ist, dass eine Unsicherheitsreduktion jedenfalls insofern eintritt, als dass dieses erlangte Wissen beim Wettbewerber wohl zwingend berücksichtigt werden wird.⁵⁰² Möglicherweise wäre es in diesem Fall also sinnvoll gewesen, nicht bereits die Tathandlung, sondern entweder den Taterfolg (Beschränkung des Wettbewerbs) zu verneinen oder aber eine Einzelfreistellung zuzulassen, insofern berechnete Interessen (Erwartungen der Marktgegenseite, branchenübliche Standards, etc.) an der Ankündigungspraxis überwiegen.

(c) Reichweite im Einzelfall: Aktuelle Entwicklungen

Schon die knappe Besprechung der bisherigen und im Vergleich zum Informationsaustausch im Privaten deutlich seltener vorliegenden Leitescheidungen zum „Signaling“ zeigt, dass die Rechtsprechung noch recht einzelfallbezogen ist, ohne dass eine verallgemeinerbare Schadenstheorie aufgestellt wurde.⁵⁰³ Dies führt zu deutlicher Unsicherheit im Umgang mit öffentlichen Preisankündigungen, die anhand der folgenden Behördenentscheidungen aus jüngerer Zeit verdeutlicht werden soll.

(aa) Wechselseitige öffentliche Ankündigungen

Das Bundeskartellamt hat in seiner *Zement*-Entscheidung⁵⁰⁴ die Abstellung pauschaler Preiserhöhungsgrundschriften erwirkt. In der vorangegangenen

501 Kritisch daher auch *Alese*, (20), E.C.L.R. 1999, 379, 382.

502 Ein qualitativer Unterschied könnte höchstens darin zu sehen sein, dass die Anwesenheit bei einer gemeinsamen Sitzung mit wettbewerbsfeindlicher Ausrichtung ein zusätzliches Signal über potentiell kooperationsinteresse sendet, was bei öffentlichen Ankündigungen, auch wenn diese zwangsläufig wahrgenommen werden, fehlt.

503 Skizze eines möglichen Ansatzes bei *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 465 ff.

504 BKartA v. 14.02.2018, Az. B1-240-17 – „Praxis pauschaler Preiserhöhungsgrundschriften in der Zementindustrie beendet“.

Sektoruntersuchung⁵⁰⁵ „Zement und Transportbeton“ war aufgefallen, dass sich im Markt die Praxis etabliert hatte, Kunden und/oder die Öffentlichkeit mit zeitlichem Vorlauf über geplante Preisentwicklungen zu informieren. Solche Mitteilungen wurden – so das Ermittlungsergebnis des Bundeskartellamts – aufgrund der im Markt vorliegenden vertikalen Integration (Zementhersteller mit Tochtergesellschaften im Transportbetonsegment) zwangsläufig auch von den Konkurrenten zur Kenntnis genommen, was sich insbesondere daran gezeigt habe, dass regelmäßig innerhalb weniger Wochen alle Hersteller entsprechende Preisänderungen verlautbarten. Schon in der Sektoruntersuchung hielt das Kartellamt fest:

*„Die einseitige Offenlegung von Informationen kann daher insbesondere dann eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn sie auf Gegenseitigkeit beruht bzw. wenn andere Unternehmen sich diesen Handlungen anschließen.“*⁵⁰⁶

Damit befindet es sich auf einer Linie mit der EU-Kommission, die eine ganz ähnliche Einschätzung in ihrer „Container Shipping“-Entscheidung verkündet hatte.⁵⁰⁷ Dort argumentierte sie mit dem fehlenden Informationswert geplanter Grundtarifsteigerungen für (neue) Kunden, da dadurch kein Preisvergleich möglich sei, zumal nur Erhöhungen, nicht etwa für Kunden besonders anziehende Senkungen kommuniziert wurden.⁵⁰⁸ Dies ließe nichts anderes als den Verdacht zu, dass es viel eher um eine Kommunikation mit der Konkurrenz ginge. Eine ähnliche Anwendungspraxis ist auch in Irland zu beobachten.⁵⁰⁹

(bb) Rein einseitige öffentliche Ankündigung?

Bei beiden gerade genannten Verwaltungsentscheidungen handelte es sich um Fälle der kollektiven Verwendung sog. „facilitating practices“, in denen sich mehrere Unternehmen des mutmaßlichen Koordinierungsmittels einer frühzeitigen Preisankündigung bedienten. Bisher kaum Gegenstand einer

505 BKartA, Abschlussbericht gem. § 32e GWB, Az. BI-73/13, Juli 2017, S. 240 ff.

506 BKartA, a.a.O., S. 243, Rn. 628.

507 EU-Kommission v. 07.07.2016, AT.39850 – *Container Shipping*, Rn. 35 ff., 45 ff.

508 EU-Kommission, a.a.O., Rn. 40 ff.

509 CCPC (Irland), Pressemitteilung v. 20.8.2021, Motor insurers set to introduce new compliance measures following CCPC investigation, abrufbar unter: <https://www.cpc.ie/business/motor-insurers-set-to-introduce-new-compliance-measures-following-ccpc-investigation/> (zuletzt: 22.04.2024).

vertieften Debatte war dagegen die Frage, wie mit isolierten öffentlichen Ankündigungen nur eines Unternehmens umzugehen sein sollte.⁵¹⁰ Selbst aus Sicht der EU-Kommission verläuft hier die Grenze des Kartellverbots zum (vermeintlich) nicht erfassbaren unilateralen Verhalten.⁵¹¹

Wenn dagegen zwingend mit der Kenntnisnahme einer solchen Ankündigung durch die Wettbewerber zu rechnen ist, dann sollte zumindest aus wettbewerbspolitischer Sicht nichts anderes gelten als bei privater Mitteilung wettbewerbsrelevanter Informationen.⁵¹² Die bisherige Zurückhaltung der Anwendungspraxis, auch bei unerwiderten Akten des „Signalings“ zu intervenieren,⁵¹³ dürfte davon getragen sein, Unternehmen nicht über Gebühr bei der Wahrnehmung eines legitimes Informationsinteresses der Öffentlichkeit einzuschränken.

Ob ein Verbot unerwidelter, einseitiger Ankündigungen bei geeigneten Differenzierungskriterien⁵¹⁴ zu weit reichen würde, ist freilich eine andere Frage. Mit Blick auf die bei den restlichen Wettbewerbern eintretende Unsicherheitsreduktion wäre eine gewisse Beschränkung solcher Kommunikationen im Lichte des Selbstständigkeitspostulats nur konsequent. Zudem könnte eine sinnvolle Abgrenzung entlang des zeitlichen Abstands zwischen

510 Kühn, (16) Econ. Policy 2001, 169-204 fordert aus ökonomischer Sicht ein Einschreiten gegen einseitige, im Privaten stattfindende Ankündigungen / Informationspreisgaben; bei öffentlichen Ankündigungen liege der Fall dagegen weniger eindeutig und es stritten berechnete Interessen jedenfalls gegen ein striktes Verbot.

511 EU-Kommission, ABl. der EU v. 14.1.2011, C 11/1 (Horizontalleitlinien), Rn. 63: „Handelt es sich um eine einseitige Bekanntmachung eines Unternehmens, die auch echt öffentlich ist, zum Beispiel in einer Zeitung, liegt im Allgemeinen keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 vor.“; ebenso: EU-Kommission v. 07.07.2016, Fall AT.39850 – *Container Shipping*, Rn. 45; a.A. möglicherweise Thomas, ZWeR 2022, 333, 340.

512 Vgl. Franck, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomien, in: Rehberg (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55, 61 f., der am Rande eines anekdotischen Berichts auf die rechtliche Unsicherheit hinweist, ob beide Fälle wirklich unterschiedlich zu behandeln seien; zu ebenjener Rechtsunsicherheit auch Wagner-v. Papp, WuW 2022, 642, 648.

513 Siehe allerdings ACM (Niederlande), Zusageentscheidung v. 7.1.2014, Az. 13.06126.53 – *Mobile Operators*.

514 Vgl. etwa Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 26: „Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte vielmehr gegen alle diejenigen ein- oder gegenseitigen Meinungsäußerungen aller Art vorgegangen werden, deren objektiver bzw. branchenüblicher Erklärungswert auf eine Beeinflussung der Mitbewerber gerichtet ist und deren Erfolg sich in einem Parallelverhalten niederschlägt.“; Als Abstimmung versteht Ulmer die „Ausschaltung oder Verminderung des Handlungsrisikos“ (S. 29).

der Ankündigung einer Maßnahme und der angekündigten Umsetzung dieser Maßnahme erfolgen. Dieses Kriterium wird bereits bei wechselseitigen öffentlichen Ankündigungen verwendet.⁵¹⁵ Ferner könnte in Rechnung gestellt werden, wie gewichtig ein rechtzeitiges Informationsinteresse der Marktgegenseite ist und ob tatsächlich eine öffentliche Ankündigung notwendig ist. So könnte etwa gefragt werden, ob die Marktgegenseite nicht über andere Kommunikationswege erreicht werden kann, die keine Kenntnisnahme der Wettbewerber ermöglicht. Insgesamt wurde für diese Frage noch keine zufriedenstellende Lösung erarbeitet.

Die Kommission schränkt ihr Zugeständnis an die Zulässigkeit einseitiger Ankündigungen letztlich selbst wieder ein. Sie gelte nur, wenn die öffentliche Äußerung keine „*invitation to collude*“ enthalte.⁵¹⁶ Dies erschließt sich wettbewerbspolitisch ohne Weiteres, wirft aber mindestens zwei Fragen auf. Was gilt als eine solche „*invitation to collude*“ und wie würde man in einem solchen Fall die etwaigen (nonverbalen) Reaktionen der Konkurrenz in die Dogmatik einer gegenseitigen, reziproken Abstimmung einbetten?

(3) Fazit zu bisherigen Grenzen

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass über die Jahre eine Öffnung des Tatbestands der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stattgefunden hat.⁵¹⁷ Es zeichnet sich trotz der unglücklichen Formulierung als zweigliedriger Tatbestand immer deutlicher ab, dass der Fokus auf der zu verhindernden Verhaltensabstimmung liegt.⁵¹⁸ In jüngerer Zeit lassen sich gar Tendenzen ausmachen, denen zufolge bloße „*invitations to collude*“⁵¹⁹

515 Siehe oben, S. 187 ff.

516 EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10.

517 Van Cleynenbreugel, (51) CMLRev. 2014, 1381, 1383.

518 Ghezzi/Maggiolino, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 663; vorher bereits in Reaktion auf die Polypropylen-Fälle mit deutlicher Kritik: Wessely, (38) CMLRev. 2001, 739, 753-760.

519 Dabei handelt es sich um eine Figur des US-Antitrust-Rechts unter Sec. 5 FTC-Act, hierzu früh Arquit, (61) Antitrust Law J. 1993, 531, 542 ff. sowie DeSanti/Nagata, (63) Antitrust Law J. 1994, 93, 103 ff.; jüngst zu öffentlichen Ankündigungen Harrington Jr., (84) Antitrust Law J. 2022, 521-563 sowie zu algorithmischer Preissetzung Mazumdar, (122) Columbia Law Rev. 2022, 449-487, vgl. auch Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2. Aufl. 2017, S. 155 ff.

erfasst werden.⁵²⁰ Darin muss nicht unbedingt eine Rechtsprechungsänderung zu sehen sein. Viel eher handelt es sich bei der Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise um einen fortdauernden Explorationsprozess. Im Rahmen dieses Prozesses hat sich einerseits die Bereitschaft der EU-Kommission gezeigt, zum Schutze effektiven Wettbewerbs die Grenzen der Tatvariante auszutesten.⁵²¹ Andererseits haben die Europäischen Gerichte eine wettbewerbsfreundliche Ausrichtung am Gesetzeszweck eines Auffangtatbestands erkennen lassen.⁵²² In der Wissenschaft dagegen muss eine deutliche Lücke in der Auseinandersetzung mit einseitigen kollusionsfördernden Maßnahmen konstatiert werden,⁵²³ zu deren Schließung diese Arbeit einen Beitrag leisten möchte.

Insgesamt bleibt der Eindruck zurück, dass zunehmend – eigentlich als einseitig einzustufende – Maßnahmen in das Korsett gegenseitiger Kommunikationsakte gezwängt werden, um sie noch dem Kartellverbot subsumieren zu können.⁵²⁴ Da dies nicht ohne Spannung mit der tradierten Rechtsprechung bleibt, lohnt sich eine Reflexion über die bisher geltenden Grenzen der Dogmatik.

b) Anpassungsbedarf und rechtsdogmatische Möglichkeiten

Nachfolgend soll am Beispiel der Preisgarantie entlang des klassischen Auslegungskanons und im Lichte des soeben dargestellten Status Quos er-

520 *Marchisio*, (38) E.C.L.R. 2017, 555 ff. – mit deutlicher Kritik – in Reaktion auf das *Eturas*-Urteil.

521 So wohl auch *Wagner-v. Papp*, NZKart 2022, 605, 606.

522 Ähnlich *van Cleynenbreugel*, (51) CMLRev. 2014, 1381, 1384, 1400-1409, allerdings eher mit einem Fokus auf Beweisregeln und entsprechende Vermutungen.

523 Exemplarisch mit vielversprechendem Titel, aber anderem Untersuchungsgegenstand: *Wagner-v. Papp*, *Unilateral Conduct by Non-Dominant Firms: A Comparative Reappraisal*, in: di Porto/Podszun (Hrsg.), *Abusive Practices in Competition Law*, 2018, S. 225, 230: „For the purpose of this enquiry, I exclude rules on unilateral conduct that are meant to prevent collusion between competitors in its incipency, such as prohibitions of invitations to collude [...]. Even though technically they are rules on unilateral conduct, they ultimately seek to prevent horizontal agreements.“ Dabei ist der Feststellung entgegenzuhalten, dass es einer Untersuchung solcher Regeln gerade deswegen bedürfte, weil einseitige Aufforderungen zu Kollusion das Kartellverbot mangels horizontaler Vereinbarung umgehen könnten; siehe nun aber: *Lianos/Wagner-v. Papp*, (13) JECLAP 2022, 249-253.

524 *Ghezzi/Maggiolino*, (10) J.C.L.E. 2014, 647, 690 (feststellend): „Yet, the current EU notion of concerted practices does something more. Because of the presumptions that are built into it, it allows finding the existence of a price-fixing arrangement from an invitation to collude in which rivals do not genuinely and publicly take distance.“

örtert werden, ob im Einzelfall auch die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination (zuzüglich einer dadurch bewirkten Anpassung des Marktverhaltens mehrerer Unternehmen) einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden kann. Die Betrachtung beginnt mit teleologischen Erwägungen, die eine Öffnung des Tatbestands motivieren sollen. Anschließend wird die Zulässigkeit einer solchen extensiven Auslegung anhand der Gesetzeshistorie, des -wortlauts und der -systematik überprüft. Zuletzt wird gezeigt, dass das hier befürwortete Verständnis sogar in Einklang mit den bisherigen Leitentscheidungen der Europäischen Gerichte gebracht werden kann.

aa) Teleologische Erwägungen

Die teleologischen Ausführungen erfolgen zweigeteilt. Zunächst wird ein ausgiebiger Vergleich zwischen Preisgarantien und anderen bekannten Fallkonstellationen vorgenommen. Anschließend werden vorhersehbare Einwände gegen ein Verbot von Preisgarantien – ebenfalls anhand eines vergleichenden Maßstabs – behandelt.

(1) Fallbeispiele zum Vergleich

Nicht nur aus wettbewerbspolitischer Sicht ist es in einer Vielzahl von Konstellationen angezeigt, die Verwendung von Preisgarantien zu untersagen. Auch aus kartellrechtlicher Sicht drängt sich eine teils bemerkenswerte Nähe zu anderen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen auf, die entweder bereits kartellrechtlich erfasst werden können oder jedenfalls wettbewerblich ähnlich diskutabel sind, aber aufgrund bisheriger dogmatischer Grenzen (vermeintlich) nicht zu greifen sind. Der anstehende Vergleich soll zeigen, dass die aktuelle Dogmatik zu willkürlichen Ergebnissen führt und dass eine extensive Auslegung geboten ist.

(a) Meistbegünstigungsklauseln

Die Schadenstheorie eines wettbewerblichen Entmutigungseffekts, die oben für Preisgarantien erarbeitet wurde, ist kartellrechtlich nicht unbekannt.

Bei weiten Bestpreisklauseln⁵²⁵ auf Hotelbuchungsplattformen wurde zwischen den Auswirkungen auf die Hotels und deren Preissetzung,⁵²⁶ insbesondere bei der Steuerung von Restkapazitäten, einerseits und dem Provisionswettbewerb⁵²⁷ der Buchungsportale andererseits differenziert. Für die Portale wurde dabei folgendes festgehalten. Sofern ein Teil der im Markt aktiven Buchungsportale (oder auch nur das marktführende Portal) im Verhältnis zu den inserierenden Hotels eine Bestpreisklausel verwendet, entstehen Marktabschottungstendenzen. Eine andere Plattform könnte die Zahl der bei ihr abgeschlossenen Transaktionen nicht steigern, indem sie von den Hotels geringere Provisionen verlangt, damit diese die geringeren Vertriebskosten in niedrigere Preise ummünzen. Mit niedrigeren Preisen könnte zwar die Hoffnung verbunden sein, dass mehr Hotelgäste ihre Reservierungen über dieses Portal abschließen. Hotels absorbieren den Kostenvorteil in Form niedrigerer Provisionsgebühren allerdings, wenn eine Senkung des Preises auf der nicht-bindenden Plattform wegen einer Bestpreisklausel auch auf den bindenden Plattformen erfolgen müsste, obwohl dort keine vergleichbare Kostenreduktion stattgefunden hat. In einem solchen Fall ist nicht mehr mit einer umfassenden Weitergabe der Kostenreduktion zu rechnen.

Abgesehen davon, dass eine Dreieckskonstellation zwischen Plattform, Hotels und Endkunden vorliegt (sog. mehrpolige Vertragsbeziehung)⁵²⁸, ist das Endresultat den Marktverhältnissen mit Preisgarantien nur allzu ähnlich.⁵²⁹ Womöglich lohnt es sich für eine Plattform nicht mehr, ihre Provision zu senken, weil die damit bewirkten Einsparungen der Hotels

525 Mit sog. weiten Bestpreisklauseln haben Hotelbuchungsplattformen die Hotels verpflichtet, an keiner anderen Stelle, d.h. weder im Direktvertrieb auf der eigenen Homepage, noch auf konkurrierenden Hotelportalen günstigere Preise anzubieten. Es handelt sich daher um eine Sonderform einer Meistbegünstigungsklausel; siehe dazu: Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 257.

526 So jüngst (für die bei der engen Bestpreisklausel ähnliche Wirkung) BGH v. 18.05.2021, KVR 54/20 – Booking, Rn. 10 ff. = WuW 2021, 517 mAnm. Rottmann/Schäfer, WuW 2021, 562 ff.

527 Aus der Rechtsprechung OLG Düsseldorf v. 09.01.2015, VI-Kart 1/14 (V), WuW 2015, 394, 402 f. – HRS-Bestpreisklausel (ebenfalls mit Ausführungen zur Relevanz der Marktstellung einer bindenden Plattform); vgl. zu dieser Schadenstheorie zudem Mörsdorf/Schäfer, NZKart 2019, 659, 660; dos Santos Goncalves/Karsten, WuW 2019, 454, 455 f.; Alfter/Hunold, WuW 2016, 525, 526.

528 Mörsdorf/Schäfer, NZKart 2019, 659, 662.

529 Passenderweise lobt Booking auch (und nunmehr ausschließlich) eine Preisgarantie aus, vgl. die entsprechende Auslobung auf der Unternehmenswebseite:

nicht weitergereicht werden. Senken die Hotels die Preise ihrer Inserate nicht, werden auch keine Neukunden auf die Plattform gelockt. Der für den Umsatz der Plattform negative Preiseffekt wird durch keinen positiven Mengeneffekt ausgeglichen. Hierdurch entfällt der Anreiz zur Provisionsenkung. Nicht nur entfällt der Anreiz, von einem gegebenen Preisniveau nach unten abzuweichen. Ganz allgemein ist es nachteilig, günstigere Provisionen als die bindende Plattform anzubieten, da dadurch Umsätze verschenkt werden. Folglich könnte es zur dominanten Strategie werden, einer Provisionssteigerung der bindenden Plattform zu folgen. Ähnlich wie bei einer Preisgarantie kann also eine Preisführerschaft der marktstärksten Plattform entstehen.

Die Konstellationen sind auch insoweit vergleichbar, als dass die Bestpreisklausel und die Preisgarantie in beiden Fällen nicht gegenüber der Konkurrenz, sondern im Verhältnis zu einer dritten Partei ausgesprochen werden. Aus Sicht des Rechtsanwenders bietet die Meistbegünstigungsklausel bei Hotelbuchungsportalen den entscheidenden Vorteil, dass es sich im Verhältnis von Hotels und Plattformen um Vereinbarungen zwischen Unternehmen handelt und die Fälle ohne Weiteres dem Kartellverbot in Form einer quasi-vertikalen Vereinbarung mit horizontaler Wirkung subsumiert werden können. Dies soll zeigen, mit welcher Willkür ein ökonomisch sehr ähnlicher Effekt teils erfasst, teils nicht erfasst werden kann. Zudem könnte man vertreten, dass die Preisgarantie wettbewerblich noch invasiver ist, da sie die Preise der Konkurrenz unmittelbar in Bezug nimmt. Die kollusionsfördernde Wirkung der Bestpreisklausel entsteht hingegen nur mittelbar über die reduzierte Provisionssensitivität der Hotels.

(b) Preisführerschaft

Aus ökonomischer Sicht überzeugt es ebenso wenig, die Auslobung einer Preisgarantie in Ermangelung gegenseitiger, kollusionsfördernder Handlungen *a priori* vom Kartellverbot auszunehmen. Dies soll anhand der Gegenüberstellung von vier Fällen gezeigt werden, in denen es durch unterschiedliche Arten der Verhaltensabstimmung dazu kommt, dass ein Unter-

https://www.booking.com/general.html?tmpl=doc/rate_guarantee (zuletzt abgerufen: 01.03.2024).

nehmen die Rolle eines Preisführers⁵³⁰ übernimmt, aber nur manche der Fälle nach vorherrschendem Verständnis vom Kartellverbot erfasst sind.

(aa) Private Vereinbarung

Im *ersten* Fall vereinbaren mehrere Parteien, dass ein Unternehmen aus ihrer Mitte zum Preisführer werden soll, während alle anderen versprechen zu folgen.⁵³¹ Aus ökonomischer Sicht wird dem Preisführer damit die Aufgabe übertragen, den Monopolpreis zu bestimmen, während die anderen Unternehmen versprechen, nachzuziehen und geloben, nicht zwecks eigener Absatzsteigerung nach unten abzuweichen. Hier befindet man sich unstreitig im Bereich eines Hardcore-Kartells in Form einer Vereinbarung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB. Dass die Absprache instabil ist (Gefangenendilemma)⁵³² und von den strukturellen Verhältnissen des Marktes abhängt, ist dabei nicht weiter relevant. Entscheidend ist, dass eine verbale, multilaterale Abstimmung vorliegt, die über bloßes Parallelverhalten am Markt („strategisches Nachziehen“) hinausgeht.

(bb) Öffentliche Verkündung und explizite Annahme

Wie würde dagegen ein *zweiter Fall* beurteilt werden, in dem die Abstimmung nicht persönlich unter Anwesenden, sondern durch öffentliche Äußerungen herbeigeführt wird? Man stelle sich vor, ein Unternehmen bietet öffentlich an, zukünftig als Preisführer zu operieren. Möglicherweise wird diese Aussage von der Ankündigung gestützt, welcher konkrete Preis in einem ersten Schritt gewählt wird. Die Konkurrenten äußern sich nachfolgend gleichermaßen öffentlich und erklären sich mit diesem Vorgehen

530 Siehe ökonomisch auch *Andreoli-Versbach/Franck*, (40) Int. J. of Ind. Org. 2015, 32-48 sowie *Miller/Sheu/Weinberg*, (111) Am. Econ. Rev. 2021, 3123-3159 zu diesem jeweils mit unilateralen kollusionsfördernden Handlungen herbeigeführten Phänomen (Ankündigung periodischer Preisstabilität; [öffentliche] Ankündigung einer Preiserhöhung); *Hay*, (67) Cornell Law Rev. 1982, 439, 453 spricht in solchem Kontext von „*augmented price leadership*“.

531 Vgl. den Tatvorwurf in EU-Kommission v. 13.07.1994, Az. IV/C/33.833, Abl. v. 19.09.94, Nr. L 243/1, S. 21 – *Karton*, Rz. 73; bestätigt von: EuG v. 14.05.1998, Rs. T-295/94 u.a., Slg. 1998 II-00813, ECLI:EU:T:1998:88 – *Buchmann and Others/Commission*.

532 Siehe oben, S. 58 ff.

einverstanden. Auch in dem Fall fällt die Einordnung leicht. Ob eine durch wechselseitige Bekundungen erzielte Willensübereinstimmung (Vereinbarung iSv des Kartellverbot)⁵³³ privat oder öffentlich erzielt wurde,⁵³⁴ spielt keine Rolle. Weiterhin läge ein Hardcore-Preiskartell vor.

(cc) Öffentliche Verkündung und konkludente frühzeitige Annahme

Im *dritten* Fall⁵³⁵ kündigt ein Wettbewerber öffentlich eine von ihm beabsichtigte Preisführerschaft gekoppelt mit dem bald umzusetzenden Startpreis an. Die anderen Unternehmen äußern sich dieses Mal nicht verbal. Stattdessen setzen sie den anvisierten Preis schon vor Beginn der ausgerufenen Preisführerschaft und signalisieren dergestalt ihr Einverständnis mit der neuen Praxis. Eine Vereinbarung lässt sich in diesem Fall mangels expliziter Annahmeäußerung nur noch schwer konstruieren.⁵³⁶ Das konkludente Verhalten eröffnet aber den Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise. Einer im Ergebnis völlig zutreffenden, im Schrifttum vertretenen Auffassung zufolge kann eine Abstimmung auch durch Marktverhalten verwirklicht werden.⁵³⁷ Freilich tritt diese Auslegung in Konflikt mit der weithin geforderten Zweigliedrigkeit des Tatbestands, die eine Aufteilung in Abstimmung und (kausal bedingte) Verhaltensweise zur Folge hat. Denn worin läge im vorliegenden Fall eine trennscharf abzugrenzende Verhaltensweise, die durch die Abstimmung beeinflusst wird, wenn das preisliche Gleichziehen bereits als das Koordinierungsmittel betrachtet wird.⁵³⁸ Weitestgehend unstreitig dürfte dagegen sein, dass einem solchen Fall mit

533 Statt vieler *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 68 mwN. zur Rspr.

534 Vgl. auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

535 Vgl. zu diesem Beispiel *Harrington*, A theory of tacit collusion, Working Paper 2012, No. 588, The Johns Hopkins University, Department of Economics, Baltimore, MD, S. 3; teilweise veröffentlicht als: *Harrington*, A Theory of Collusion with Partial Mutual Understanding, (71) Research in Economics 2017, 140-158 (Special Issue on Game Theory).

536 Siehe dagegen die Figur des „tacit agreement“ im US Antitrust Law: *Areeda/Kaplow/Edlin/Hemphill*, Antitrust Analysis, 8. Aufl. 2021, S. 178 ff.

537 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 91; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

538 Vgl. *Heyers*, NZKart 2013, 99, 103, der in Besprechung von OLG Düsseldorf v. 29.10.12, Az. V-1 Kart 1-6/12 (OWi) et al. – *Silostellgebühr*, darauf hinweist, dass

dem Kartellverbot beigegeben werden sollte und dass im Übrigen auch kein Fall akzeptablen Parallelverhaltens vorliegt. Das Beispiel verdeutlicht daher, welchen Problemen sich die tradierte Dogmatik bei der Bewältigung ökonomischer Realitäten gegenüberstellt.

(dd) Öffentliche Verkündung und „bloße“ spätere Anpassung

Die Grenze einer Anwendung des Kartellverbots verläuft schließlich selbst unter der gerade genannten extensiven Auffassung dort, wo – im vierten Beispiel dieser Fallreihe – das preisliche Nachziehen der Konkurrenten erst nach Vollzug der angekündigten Preiserhöhung des selbsternannten Preisführers erfolgt. In einem solchen Fall ist beim Preisführer keine Beseitigung wettbewerblicher Unsicherheit über das Verhalten seiner Konkurrenten eingetreten. Zudem muss das spätere Mitziehen nicht kausal auf die Ankündigung zurückzuführen sein und hätte auch bei einer unangekündigten Preiserhöhung geschehen können (echte „tacit collusion“). Hier würden vermutlich auch die EU-Kommission und das Bundeskartellamt entsprechend ihrer „*Container Shipping*“⁵³⁹- und „*Transportbeton*“⁵⁴⁰-Entscheidungen von der Einleitung eines Verfahrens absehen,⁵⁴¹ solange keine „invitation to collude“ ausgemacht wird.⁵⁴²

(ee) Vergleich mit den Abläufen bei der Preisgarantie

Der Vergleich dieser Fallserie mit den Abläufen bei einer Preisgarantie soll auf zwei Beobachtungen aufmerksam machen. Zum einen dürfte feststehen, dass es nicht darauf ankommen darf, ob eine Preisführerschaft explizit ausgerufen wird oder sie die spieltheoretische Folge (common understanding bzw. common knowledge) einer öffentlich den Kunden gegenüber

das spätere Marktverhalten bei striktem Verständnis des zweigliedrigen Tatbestands eigentlich nicht als Abstimmungshandlung eingestuft werden könne.

539 EU-Kommission v. 07.07.2016, AT.39850 – *Container Shipping*, Rn. 35 ff., 45 ff.

540 BKartA v. 14.02.2018, Az. BI-240-17 – „Praxis pauschaler Preiserhöhungsgrundschriften in der Zementindustrie beendet“.

541 Krauß, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 116 ff.; Hengst, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 122, 127 f.

542 Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10.

erklärten Preisgarantie ist.⁵⁴³ Zum anderen bewegt sich der Fall einer Preisgarantie an der Grenze zwischen der dritten und vierten Konstellation der Fallserie. Eine Annahme der Preisführerschaft durch Äußerungen oder frühzeitige Preiserhöhungen der Konkurrenten dürfte im Regelfall nicht vorliegen. Allerdings bedarf es einer solchen Annahmehandlung der Konkurrenten schon gar nicht, da das Garantie auslobende Unternehmen antizipieren kann, dass es für die anderen Unternehmen – in Abhängigkeit von Marktstruktur und Verbraucherverhalten – nur lohnend ist, mit den Preisen nachzuziehen. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass eine Preisgarantie die Kaufentscheidung der Konsumenten beeinflusst und somit mittelbar in die Preissetzung der Konkurrenz eingreift, die unweigerlich in Abhängigkeit vom Nachfrageverhalten getroffen wird. Die fehlende Unsicherheitsreduktion auf Seiten des auslobenden Unternehmens, womit noch die Ablehnung einer abgestimmten Verhaltensweise im vierten Fall der obigen Serie begründet wurde, entfaltet hier keine Bedeutung. Umso erwägenswerter ist es, eine einseitig forcierte, abgestimmte Verhaltensweise anzunehmen. Die Abstimmung wäre dabei in der durch die Preisgarantie erzielten, erhöhten Reaktionsverbundenheit zu sehen, die wiederum einen Gleichlauf bzw. eine Annäherung der individuell gewinnoptimierenden Preise bewirkt. Wer das Zutun der restlichen Unternehmen nicht völlig außer Betracht lassen möchte, der wird an die ANIC-Vermutung⁵⁴⁴ sowie die oben dargelegten Grundsätze der passiven Kartellbeteiligung⁵⁴⁵ erinnert sein. Allerdings kann eine Distanzierung nur schwer erfolgen, wenn mittels eines Eingriffs in die Nachfrageströme auch in das eigene Preissetzungskalül eingegriffen wird.

543 Es sei nochmal auf die unterschiedliche Einordnung hingewiesen, wer angesichts einer Preisgarantie zum Preisführer wird. Nach einer Variante wird ein Unternehmen, dessen Preis von einer fremden Garantie zum Bezugspunkt genommen wird, zum Preisführer, da das Garantie auslobende Unternehmen seine Preissetzungshoheit für einen Teil der Kunden auf dieses Unternehmen delegiert. Nach einer anderen – hier überwiegend – begrifflich zugrunde gelegten Variante wird angesichts des oben beschriebenen Entmutigungseffekts das auslobende Unternehmen zum Preisführer, da Konkurrenten sich an dessen Preis ausrichten und geringe Anreize haben, dieses zu unterbieten.

544 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.

545 Dazu oben S. 179 ff.

(c) Ankündigung zukünftigen Eventualverhaltens

Weiterhin liegen Vergleiche zu Fällen nahe, in denen ein Wettbewerber seine zukünftige Reaktion auf gewisses, vordefiniertes Verhalten seiner Konkurrenten ankündigt.⁵⁴⁶ Dabei kann es sich um antizipiertes, bald anstehendes Verhalten der Konkurrenz handeln oder aber um ein Vorgehen, das der Wettbewerber gerne kollektiv anstoßen würde.

(aa) Entmutigung der Konkurrenz durch Drohung von Vergeltung (im Privaten)

Ähnlich zu der vorangegangenen Serie liegt der Fall eines Verkaufsleitergesprächs, in dem ein Unternehmen – ggfs. der Preisführer – verlauten lässt, dass es sich unverzüglich jeder Preissenkung seiner Konkurrenten anpassen werde und man erst gar nicht versuchen solle, es zu unterbieten.⁵⁴⁷ Hier kann es zum einen keinen Unterschied machen, ob Unternehmen sich gemeinsam auf eine Preiserhöhung einigen oder ob sie sich gemeinsam darauf einigen, Preissenkungen zu unterlassen. Beide Fällen werden als Preiskartell gewertet.⁵⁴⁸ Zum anderen dürften die Anwesenheit in der Sitzung und eine fehlende Distanzierung bei im Übrigen stillschweigender Kenntnisnahme der Unternehmensvertreter genügen, um nach der oben erörterten bisherigen Dogmatik von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen.⁵⁴⁹ Dann stellt sich unweigerlich die Frage, ob es tatsächlich einen entscheidenden Unterschied machen sollte, ob eine solche Aussage im Privaten getroffen wird oder öffentlich am Markt als vertragliche Bindung gegenüber den Abnehmern verkündet wird. Eine öffentlich ausgesprochene Preisgarantie enthält nichts anderes als – das im Verhältnis zu Dritten gar bindende – Versprechen, sich bei Preissenkung der Konkurrenz unverzüglich anzupassen. Zudem erlaubt die oben wiedergegebene

546 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 90, der für den Einzelfall bereits deutlich weniger als kartellrechtlich relevant einstuft: „Nicht erforderlich ist, dass der Initiator sein Verhalten erkennbar von dem der anderen abhängig macht.“

547 Siehe für einen ähnlichen Vergleich auch Winter, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269.

548 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 213 ff.

549 Es gilt der Grundsatz passiver Kartellbeteiligung, siehe dazu S. 179 ff.

aktuelle Dogmatik es grundsätzlich, auch öffentliches „Signaling“ zu erfassen.⁵⁵⁰ Dass aus teleologischer Sicht nicht zwingend dem dort bisher geltenden Erfordernis wechselseitiger, aufeinander folgender Ankündigungen beigespflichtet werden muss, wurde bereits dargelegt.⁵⁵¹ Dies gilt im Falle einer Preisgarantie umso mehr, da entsprechend der Argumentation zu den Fällen einer „ausgehandelten“ Preisführerschaft gar keine Bestätigung der restlichen Unternehmen erforderlich ist. Die Anpassungshandlung der Konkurrenz wird geradezu forciert, indem mittelbar in deren Preiskalkulation und das Nachfrageverhalten der Konsumenten eingegriffen wird. Es handelt sich bei einer durch die Preisgarantie bewirkten Verhaltensanpassung um schlechthin rationales Verhalten, das vorhergesehen werden kann.

(bb) Ermutigung der Konkurrenz durch öffentliche Bekräftigung eigener Konformität

Ähnlich liegen nicht zuletzt Fälle einer öffentlichen Verlautbarung der eigenen Reaktion auf etwaiges in der Zukunft liegendes Verhalten der Konkurrenz. Hier sind sowohl das Versprechen einer Anpassung im Positiven als auch im Negativen denkbar.⁵⁵² Ein Unternehmen könnte etwa eine Preissteigerung anregen, indem es öffentlich, z.B. in Branchenzeitschriften, auf Verbandssitzungen, der eigenen Hauptversammlung oder anlässlich von Investoren-/Anlegergesprächen zur Ertragslage auf eine gegenwärtige negative Preisspirale, Kosten- oder Nachfrageschocks verweist und verkündet, sich entsprechenden Initiativen der Konkurrenz, die Preise anzuheben, nicht zu widersetzen. Umgekehrt könnte das Unternehmen auch eine

550 Dies steht allerdings wohl noch unter dem Vorbehalt wechselseitiger Ankündigungen; siehe dazu oben Seite 187 ff.

551 Siehe dazu auch die in den USA aufkommende Diskussion, das auf Sec. 5 FTC-Act gestützte Verbot von „invitations to collude“ strenger durchzusetzen und Offenlegungen etwa im Bereich von „earnings calls“ strikter zu handhaben; so etwa FTC-Commissioner *Lina Khan* im April 2022 auf der „2022 Antitrust and Competition Conference – Antitrust: What’s Next“ am Stigler Center for the Study of the Economy and the State“ der University of Chicago, vgl.: die Aufzeichnung des Interviews ab Minute 47:14, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=hvXJi7p78jw> (zuletzt abgerufen am 01.03.2024).

552 Die Beispiele beruhen auf *Harrington Jr.*, (84) *Antitrust Law J.* 2022, 521; siehe auch die in Branchenmagazinen abgegebenen Statements von Vertretern der in Deutschland aktiven Mineralölkonzerne in Erwartung des Markteintritts des polnischen *Orlen* Konzerns, *Reiber*, Wettbewerbsverhalten der deutschen Mineralölindustrie im Kraftstoff Einzelhandel, insbesondere Preisverhalten, 2008, S. 68 f.

eigene Initiative unter Hinweis auf die Notwendigkeit des Mitwirkens aller Wettbewerber in Aussicht stellen.⁵⁵³ So könnte es verlauten lassen, dass angesichts sinkender Nachfrage ein Preiskampf begonnen habe, den man gerne bereit sei durch Reduktion der eigenen Kapazität zu beenden, gleichzeitig aber fortsetzen wolle, sollten sich andere Unternehmen diesem Vorgehen widersetzen und sich nicht in ähnlicher Weise der neuen Auftragslage anpassen. Die kartellrechtliche Handhabe solcher „invitations to collude“ ist uneindeutig. Man kann den Aussagen wohl ein höheres Kollusionspotential zuschreiben als der vorzeitigen Ankündigung unbedingten eigenen Verhaltens. Gleichzeitig fehlt es nach herrschender Dogmatik an einer wechselseitigen Abstimmung, wenn die restlichen Unternehmen sich schlussendlich zwar in ihrem Marktverhalten entsprechend anpassen, aber keine verbale Reaktion folgen lassen. Ebenso fällt es schwer, in einer tatsächlich durchgeführten Preiserhöhung eine implizite Zustimmung auf Kommunikationsebene zu sehen, selbst wenn der Eindruck naheliegt, man sei der Bitte des Unternehmens nachgekommen.⁵⁵⁴ Anders als bei der Ankündigung eigenen, zukünftigen Verhaltens lässt sich auch kein kommunikativer Inhalt aus einem möglicherweise vorzeitigen Mitziehen der Konkurrenten herleiten. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da das kartellrechtliche Urteil von Detailfragen der konkreten (Kommunikations-)Abläufe abzuhängen scheint, obwohl das wettbewerbsschädigende Potential ähnlich sein dürfte. Nichtsdestotrotz heißt es in den Horizontalleitlinien der EU-Kommission von 2011, dass einseitige öffentliche Ankündigungen nur solange (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) nicht als abgestimmte Verhaltensweise eingestuft würden, wie sie keine „invitation to collude“ enthalten.⁵⁵⁵ Wie in diesem Fall allerdings das sonst geltende und scheinbar

553 Vgl. bereits *Gleiss*, WuW 1964, 485, 491 f., allerdings für den Fall wechselseitiger Ankündigungen dieses Typs.

554 Hier liegt kein zusätzlicher Kommunikationsinhalt wie in der vom Schrifttum vorgeschlagenen Abgrenzung vor, dass eine konkludente Zustimmung gegeben ist, wenn der Wettbewerber schon vor einem gewissen Stichtag reagiert; vgl. *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 91; *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Stand 101. Lieferung, 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207; es müsste wohl ermittelt werden, dass der Preisanstieg erst aufgrund der öffentlichen Anregung des Konkurrenten intern beschlossen wurde.

555 EU-Kommission, ABl. v. 14.01.2011, 2011/C 11, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Rz. 63, Fn. 10; die neuen Horizontalleitlinien v. 1.6.2023, C(2023) 3445 final enthalten dagegen keine einschlägigen Einordnungen mehr.

respektierte Erfordernis gegenseitiger Abstimmungshandlungen ausgefüllt werden soll, bleibt unklar.

(d) „Hub & Spoke“-Abstimmung

Wenn man einer Preisgarantie das Signal an die Wettbewerber entnimmt, den gesetzten Preis nicht zu unterbieten und sich stattdessen am auslobenden Unternehmen (Preisführer) auszurichten, so wird man nicht zuletzt eine gewisse Nähe zu „Hub & Spoke“-Konstellationen⁵⁵⁶ feststellen müssen. Ein Unterschied liegt gewiss darin, dass vorliegend ein Mitbewerber als Radnabe („Hub“) auftritt und keine externe dritte Partei die Kollusion anstößt bzw. durchführt, wie dies etwa auf die Beratungsgesellschaft in „AC Treuhand“,⁵⁵⁷ die Plattform bei „Uber“⁵⁵⁸ oder den zentralen Systemadministrator im Reisebürofall „Eturas“⁵⁵⁹ zutraf. Immerhin ist für die Wirksamkeit der Preisgarantie erforderlich, dass die im Vertikalverhältnis ausgesprochene Selbstbindung des Garantie-Unternehmens von den Verbrauchern durchgesetzt wird und sie ihren Konsum am Preisversprechen ausrichten. Insofern könnte man durchaus von einem für „Hub & Spoke“-Konstellationen typischen Fall „gemischt-vertikal-horizontaler Abstimmung“⁵⁶⁰ sprechen. Freilich kommt den Verbrauchern im Vergleich zu den oben genannten Akteuren eine geringere Bedeutung zu.⁵⁶¹ Das Kollusionsmittel ist vielmehr die Preisgarantie, an denen sich sowohl die Verbraucher als auch die Mitbewerber ausrichten. Es liegt daher näher, im Unternehmen, das die Preisgarantie auslobt, die Radnabe zu sehen. Doch auch dieser Vergleich hinkt, weil die restlichen Unternehmen als Speichen („Spokes“) nicht vertikal bei dieser Radnabe zusammenfinden, sondern die Preisgarantie aus ihrer Mitte heraus ausgelobt wird. Ähnlich wie bei *Eturas* könnte in fehlender Gegenwehr und der preislich angepassten, im

556 Zu dogmatischen Einzelfragen siehe *Actis Perinetto*, (15) E.C.J. 2019, 281-317; *Apostolakis*, (54) CMLRev. 2017, 605-629; *Odudu*, (7) E.C.J. 2011, 205-242; auch Empfehlungen von Wirtschaftsverbänden an ihre Mitglieder (oder die Öffentlichkeit) könnten als eine Hub&Spoke-Abstimmung betrachtet werden, vgl. hierzu *Angerbauer*, Vereinbarkeit der Arbeit von Wirtschaftsverbänden mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht, 2015, S. 129 (allerdings ohne eine solche konzeptionelle Einordnung).

557 EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717 – *AC Treuhand*.

558 Vgl. hierzu ausführlich *Rottmann/Göhl*, WuW 2019, 348 ff.

559 EuGH v. 21.01.2016, Rs. C-74/14, ECLI: EU:C:2016:42 – *Eturas*.

560 Begrifflich *Stöcker*, WuW 2012, 935, 944.

561 Vgl. hierzu noch das lauterkeitsrechtliche Kapitel unten, S. 333.

Übrigen unveränderten Fortsetzung des eigenen Marktverhaltens eine Art Zustimmung zum Kollusionsschema gesehen werden, wobei dies freilich übersieht, dass die Preisgarantie unmittelbar qua Nachfrageumlenkung in das Preiskalkül der Unternehmen eingreift. Einer mangels Distanzierung implizit erklärten Zustimmung bedarf es daher nicht, um die andernorts geforderte Unsicherheitsreduktion beim Initiator hervorzurufen. Selbiges wurde bereits für die Fallserie der Preisführerschaft beschrieben.

(e) Fazit zum Fallvergleich

Insgesamt soll der soeben vollzogene Vergleich zwischen den unterschiedlichen Fallkonstellationen verdeutlichen, dass die Einstufung eines streitigen Zusammenwirkens als abgestimmte Verhaltensweise nach der herrschenden Dogmatik mitunter willkürlich anmutet und jedenfalls nicht immer mit der ökonomischen Schädlichkeit des in Rede stehenden Verhalten übereinstimmt.

Gleichzeitig erweckt die sprachliche Offenheit des Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise Hoffnung, ein Konzept entwickeln zu können, das auch bestimmte Fälle einseitigen Verhaltens erfassen kann.

(2) Auseinandersetzung mit denkbaren Rechtfertigungen

Gerade, weil Preisgarantien in der öffentlichen Wahrnehmung der Kunden häufig als Zeichen funktionierenden und besonders aggressiven Wettbewerbs begriffen werden, sind bestimmte Erklärungsversuche⁵⁶² der betroffenen Unternehmen vorhersehbar. Einerseits dürfte eingewandt werden, dass es sich bei der Preisgarantie lediglich um eine zulässige Preisdiskriminierung handelt, die nach unterschiedlicher, am Kenntnisstand der Konsumenten auszumachender Zahlungsbereitschaft differenziert und entspre-

562 So berichtet *Schwalbe* etwa darüber, dass sich nach Veröffentlichung der Studie mit *Dewenter* (2016) Vertreter von *Shell* gemeldet haben, um die Ergebnisse zu diskutieren. Dabei habe man sich überrascht von den Resultaten gezeigt. Eine antikompetitive Zielsetzung sei bei den Unternehmensvertretern höchstens intuitiv erkennbar gewesen; man habe die Loyalität der Kundschaft erhöhen wollen, vgl. den am 01.07.2017 bei der 12th International Conference on Competition and Regulation gehaltenen Vortrag „MCCs in the German Petrol Market“ (Präsentation abrufbar unter: https://www.cresse.info/wp-content/uploads/2020/02/2017_pa10_p_r4_Sequential-Price.pdf; zuletzt abgerufen am 01.03.24; dort S. 18).

chendes Suchverhalten der Konsumenten belohnt. Andererseits dürfte eingeworfen werden, dass es nicht verboten werde dürfe, sich der Konkurrenz anzupassen, insbesondere wenn es sich um eine Ausrichtung an einem günstigeren Unternehmen handelt. Warum beide Erklärungen zu kurz greifen, wird im Folgenden dargelegt.

(a) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Preisdiskriminierung

Zum einen könnte vorgetragen werden, dass den Unternehmen bei einem Verbot von Preisgarantien in unangemessener Weise versagt würde, Preisdiskriminierung zwischen ihren informierten und uninformatierten Kunden zu betreiben.⁵⁶³ Für uninformierte Kunden werde ein Preis gewählt, der ihrer unabhängigen Zahlungsbereitschaft und Wertschätzung für das Produkt entspricht. Für informierte Kunden richte man sich dagegen am Konkurrenten aus, sodass bei identischen Preisen die Konsumentenpräferenz ausschlaggebend sei. Dies müsse als Preissetzungsmodell zulässig sein,⁵⁶⁴ zumal Preisdiskriminierung allgemein für wohlfahrtsförderlich gehalten wird.⁵⁶⁵

Und während zutrifft, dass es Unternehmen nicht allgemein verboten ist, Preisdiskriminierung ersten,⁵⁶⁶ zweiten⁵⁶⁷ oder dritten⁵⁶⁸ Grades zu betreiben, muss auf den entscheidenden Unterschied zwischen diesen For-

563 Vgl. S. 82 ff. für Modelle der Preisdiskriminierung; *Edlin*, (111) *Harvard Law Rev.* 1997, 528, 538 weist darauf hin, dass Preisgarantien im Einzelfall weniger mit Kollusion als mit Preisdiskriminierung zu tun haben könnten. Dies sollte einer Subsumtion unter das Kartellverbot nach hier (wie dort) vertretener Auffassung allerdings nicht entgegenstehen, da die Diskriminierung gerade durch eine Verknüpfung mit den Preisen der Konkurrenz geschieht.

564 Vgl. insoweit auch die „Meeting Competition“-Einrede, *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 73.

565 Dies basiert auf der Annahme, dass es in Folge der Preisdiskriminierung zu mehr Geschäftsabschlüssen kommt. Etwas anderes muss gelten, wenn Preisdiskriminierung mit dem Ziel betrieben wird, Preise – zumindest selektiv – anzuheben, vgl. *Winter*, in: ABA, *Sec. of Antitrust Law* (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1276 f.

566 Gemeint sind damit individuelle Preise, die sich nach der konkreten Zahlungsbereitschaft eines Kunden richten, vgl. *Bester*, *Theorie der Industrieökonomik*, 7. Aufl. 2017, S. 64 ff.

567 Hiermit sind Mengenrabatte gemeint, vgl. *Bester*, *Theorie der Industrieökonomik*, 7. Aufl. 2017, S. 68 ff.

568 Dabei handelt es sich um Rabatte für bestimmte Personengruppen, etwa Studierende, vgl. *Bester*, *Theorie der Industrieökonomik*, 7. Aufl. 2017, S. 71 ff.

men der Preisdiskriminierung und der Verwendung einer Preisgarantie hingewiesen werden. Solange (noch) keine personalisierte Preissetzung und perfekte Preisdiskriminierung ersten Grades möglich ist,⁵⁶⁹ profitieren Konsumenten in Wettbewerbsmärkten auch bei einem deutlichen Ausmaß an Produktdifferenzierung und sogar selbst bei Monopolen davon, dass Unternehmen Einheitspreise setzen müssen. Die höhere Zahlungsbereitschaft mancher Kunden kann zugunsten des Produktabsatzes bei anderen Kunden nicht vollständig abgeschöpft werden.⁵⁷⁰ Dadurch bleibt den zahlungsbereiteren Kunden eine gewisse Konsumentenrente erhalten. Insofern es Unternehmen im Rahmen der geltenden Antidiskriminierungsvorschriften gelingt, Kundengruppen zu bilden und dort unterschiedliche Preise zu verlangen, ist dagegen zunächst nichts einzuwenden. Das gilt erst recht, wenn die Segmentierung für eine Mengenausweitung genutzt wird,⁵⁷¹ die bei einem Einheitspreis nicht möglich wäre. Dies ist der Fall, wenn Kunden mit geringerer Zahlungsbereitschaft noch bedient werden können, da ausreichend hohe Profite bei Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft erzielt werden.⁵⁷² Dabei handelt es sich um den positiven Mengeneffekt der Preisdiskriminierung. Qualitativ anders sieht es dagegen aus, wenn es dem Unternehmen nicht eigenständig gelingt, Konsumentensegmente zu bilden und voneinander abzugrenzen. Was aus eigenen Stücken individuell zulässig ist, darf nicht durch eine Verhaltensabstimmung mit den Konkurrenten bewirkt werden. Man muss sich vor Augen führen, dass im Fall der Preisgarantie eine Preisspaltung durch Verknüpfung der eigenen Preise mit denen eines Konkurrenten erzielt wird (sog. *competitor-based*-

569 Vgl. zu wettbewerblichen Bedenken in einem solchen Szenario Pohlmann, in: Zimmer (Hrsg.), *Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz*, 2021, S. 311, 333 ff.; möglicherweise wird dabei allerdings übersehen, dass die individuelle Zahlungsbereitschaft für ein Gut auch bei personalisierten Preisen weiterhin davon abhängt, was ein Konkurrenzprodukt kostet (außer womöglich bei Alltagsprodukten, bei denen kein Vergleich stattfindet). In Wettbewerbsmärkten setzen sich konkurrierende Unternehmen gegenseitig also auch weiterhin wettbewerbliche Grenzen bei der Abschöpfung von Konsumentenrente. Preisdiskriminierung ersten Grades stellt überdurchschnittlich zahlungsbereite Konsumenten im Vergleich zu einem Einheitspreis also nur bei einem Anbietermonopol schlechter.

570 Zimmer, in: Pohlmann/Kokott/Polley (Hrsg.), *FS für D. Schröder*, 2018, S. 999, 1006.

571 Vgl. Knieps, *Wettbewerbsökonomie*, 3. Aufl. 2008, S. 220 ff.

572 Nicht zu verwechseln mit Quersubventionierung im Sinne der Finanzierung von Unter-Kosten-Verkäufen durch Gewinne in anderen Konsumentensegmenten, siehe hierzu etwa Huttenlauch, in: LMRKM (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 233 ff.

pricing)⁵⁷³. Insbesondere entfallen angesichts der infolgedessen höheren Preise (jedenfalls des auslobenden Unternehmens)⁵⁷⁴ auch die positiven Wohlfahrtswirkungen einer Preisdiskriminierung. Die Grenze zu zulässiger Preisdiskriminierung ist also dort zu ziehen, wo die Preisdiskriminierung auf Basis der Preise der Konkurrenz durchgeführt wird und die Kunden nach ihrer Reaktion auf die Verknüpfung der Preise eingeteilt werden. Insofern ist es auch unschädlich, sollten Preisgarantien im Einzelfall nicht als Kollusionsinstrument, sondern zum Zwecke der Preisdiskriminierung eingesetzt werden. Dies ist normativ und wettbewerbspolitisch als nicht weniger problematisch einzustufen.

(b) Preisgarantien sind keine gewöhnliche Anpassungshandlung

Aus dem Gesagten folgt ebenso, dass Preisgarantien nicht mit der aus der Marktmissbrauchsaufsicht bekannten „*Meeting-Competition*“-Einrede⁵⁷⁵ gerechtfertigt werden sollten. Sie besagt, dass ein Verhalten nicht missbräuchlich ist, wenn es als Reaktion auf wettbewerbliche Vorstöße der Konkurrenz gerechtfertigt ist. Entsprechend dieser Einrede könnte eingewandt werden, dass es legitim sei, sich den Preisvorstößen eines Konkurrenten anzupassen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

Es macht allerdings in mehrfacher Hinsicht einen Unterschied, ob auf einen tatsächlichen Vorstoß der Konkurrenz reagiert wird oder ob solche Vorstöße – wie hier – bereits a priori unterbunden werden.⁵⁷⁶ Hier gilt es deutlich zu machen, wo die (normative) Grenze zwischen legitimer Anpas-

573 Verwendung des Begriffs etwa bei *Belton*, (5) Int. J. of Ind. Org. 1987, 399, 400; *Simons*, (17) Hofstra Law Rev. 1989, 599 ff.; *Mago/Pate*, (70) J. of Econ. Beh. & Org. 2009, 342-360.

574 Vgl. die empirische Forschung von *Bottasso et al.*, Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023) zur Preisgarantie von *NewEgg*; ausführlich beschrieben oben S. 121 f.

575 Konkret zur „*Meeting Competition Defense*“ im Kontext von Preisgarantien *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 560 ff. (v.a. 564); passend zum vorherigen Absatz wurde die „*Meeting Competition Defense*“ in den USA wohl erstmalig in *Standard Oil Co. vs. FTC*, 340 U.S. 231, 234, 238-51 (1951) einem Vorwurf der Preisdiskriminierung entgegengehalten (nach hiesigen Maßstäben einer Preis-Kosten-Schere, siehe dazu: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Begr.], Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 373 ff.).

576 *Edlin*, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 564: „*In contrast, in a price-matching case, the plaintiff contends that the meeting of competition involved in a price-matching pledge either lessens or prevents competition with the matcher. Asserting that the*

sung (ex post) und wettbewerbsschädlicher Unterbindung von Vorstößen der Konkurrenz (ex ante) verläuft.

Ein erster Unterschied liegt in der Gewissheit (Unsicherheitsreduktion) vorstoßender Konkurrenten, dass eine Anpassung des auslobenden Unternehmens bei entsprechender Geltendmachung der Kunden zwingend erfolgen wird. Jedenfalls für einen Mindestzeitraum, bis das Versprechen bei zu hohem Preisdruck der Konkurrenz aufgehoben wird, greift der (graduelle) Entmutigungseffekt. Diese Gewissheit verhindert möglicherweise, dass Vorstöße gewagt werden, um zu sehen, wie die Konkurrenz nun tatsächlich reagiert, etwa ob deren aktuelle Kostenstruktur es zulässt, sich anzupassen.

Noch gravierender an einer Preisgarantie ist dagegen die Selbstbindung an die Preise der gegebenenfalls günstigeren Konkurrenten, die den Kunden von der Aufgabe entbindet, im Eigeninteresse nach dem günstigsten Preis zu suchen und das günstigste Unternehmen mit einem Vertragschluss zu belohnen. Wird in diesen Mechanismus eingegriffen, so wird die Trägheit und das Sicherheitsbedürfnis mancher Konsumenten, stets den niedrigsten Preis zu erhalten, ausgenutzt, um dessen Rolle als „Schiedsrichter des Wettbewerbsprozesses“⁵⁷⁷ zu untergraben. Zwar mag der Konsument glauben, es handele sich um eine ihm freundlich gesinnte Verkaufspolitik. Um die eigentliche Wirkung einer Preisgarantie zu verdeutlichen, muss man sich allerdings die (eigentliche) Nachricht in einer noch deutlich direkteren Formulierung vor Augen führen. Sie könnte lauten: „Verlasse dich auf uns, lieber Kunde. Wir sorgen dafür, dass du bei uns nie mehr als bei der Konkurrenz bezahlen musst. Wechseln ist zwecklos.“⁵⁷⁸ Darin muss weder das Versprechen zu sehen sein, immer bereits ex ante den günstigen Werbepreis anzubieten, noch kann die Aussage dahingehend verstanden werden, dass man als etwaiger Preisführer am für gewöhnlich unteren preislichen Rand agiert. Insbesondere bei automatisierter Anpassung der Preise wird stattdessen das Suchverhalten des Verbrauchers entmutigt.⁵⁷⁹ Das Argument gilt aber ebenso, wenn die Kunden eine Preisanpassung

price matcher is merely meeting the competition does not defeat the substance of the accusation: to the contrary, it is part of the accusation.“

577 Vgl. zu dieser Metapher im Kontext von schnell interagierenden Preialgorithmen Wolf, Auf dem Weg zu einem algorithmisierten Wettbewerbsbegriff? in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 339, 351 f.; siehe auch Podszun, GRUR 2020, 1268, 1273 f. mit Blick auf die Facebook-Entscheidung des BGH v. 23.6.2020, KVR 69/19.

578 Vgl. noch später den Abschnitt zum Lauterkeitsrecht, S. 333 ff.

579 Siehe hierzu auch die entsprechenden Modelle der Suchtheorie, S. 94.

aktiv geltend machen müssen. Muss sich aktiv über den Preis eines Konkurrenten informiert werden, liegt es auf den ersten Blick nahe zu vertreten, dass die Konsumentenpräferenz entscheidet, bei welchem Anbieter man nun ein Angebot wahrnimmt: dem bereits nach Angebotspreisen günstigeren Unternehmen oder dem sich bei entsprechender Anfrage anpassenden Unternehmen. Doch auch hier gilt, dass der Vertragsabschluss nicht dem Unternehmen zugutekommt, das den Preisvorstoß gewagt hat. Dies setzt wettbewerbliche Fehlanreize.

Und so versteht sich auch das eingangs dieser Arbeit wiedergegebene Zitat eines Buchladens,⁵⁸⁰ der versucht Kunden zu gewinnen, indem er die Preisentsprechungsgarantie eines Konkurrenten entblößt. Eine solche Garantie könne nur ausloben, wer zunächst überteuerte Preise fordere. Der Aufruf appelliert an das Gewissen der Verbraucher, dort einen Kaufvertrag zu schließen,⁵⁸¹ wo sich ein Anbieter um bedingungslos günstige Preise verdient macht und im Gegenteil solche Unternehmen abzustrafen, die eigentlich überteuerte Preise verlangen, aber geloben sich im Einzelfall nachträglich der Konkurrenz anpassen.

Umso schwerer wirkt dieser Mechanismus schließlich, wenn das auslobende Unternehmen sich die Anpassung nur bei entsprechender Preisdiskriminierung leisten kann, nicht aber, wenn es im Wege eines Einheitspreises allen Konsumenten – auch einem unelastischen Teil der Nachfrage – die günstigen Konditionen der Konkurrenz gewähren müsste.⁵⁸²

Insofern treffen Rechtfertigungsversuche, die vermeintlich in anderem Zusammenhang stehende Ziele einer Preisgarantie betonen, den Kern des Problems. Es ist gerade Teil der mikroökonomischen Schadenstheorie, dass eine Kundenbindung, Erhöhung der Loyalität oder Reduktion des Suchverhaltens dadurch erzielt wird, dass der Preismechanismus mittelbar durch eine Veränderung des Nachfrageverhaltens manipuliert wird. Während bei Weitem nichts dagegen spricht durch Leistungserweiterung, Verbesserung der Produktqualität oder sonstige nutzensteigernde Stammkun-

580 Edlin, (111) Harvard Law Rev. 1997, 528, 530 (Fn. 4), 570 (Fn. 152): „*Saying ‘we will match any price’ only means their prices are too high to begin with*” – Campus Textbook Exchange, Advertisement, Daily Californian, Aug. 28, 1995“.

581 Siehe in diesem Lichte die Rationalitätsannahme für „Shopper“ im Suchmodell von Jiang/Kumar/Ratchford, (63) Management Science 2017, 3489, 3496, die beim günstigsten Unternehmen kaufen, um sich durch falsche Loyalität nicht selbst zu schädigen.

582 Vgl. erneut Winter, in: ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269, 1278: Uninformierte Kunden profitieren mangels Einheitspreises nicht mehr vom Suchaufwand preissensibler Kunden.

denprogramme die Kundenloyalität zu erhöhen, hebt eine Preisgarantie den Marktmechanismus aus.

(c) Preisgarantien sind ein Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs

Aus Anlass der beiden letztgenannten Argumentationsschritte soll festgehalten werden, was den Kern jeder kartellrechtlichen Schadenstheorie für Preisgarantien darstellen muss und implizit auch den zahlreichen, oben zusammengefassten ökonomischen Beiträgen zugrunde liegt. Durch Preisgarantien beraubt ein Unternehmen seine Wettbewerber der Erträge, die diesen bei einem Preisvorstoß unter gewöhnlichen Umständen zustehen würden. Es ist aber eine Grundvoraussetzung funktionierenden Wettbewerbs, dass die Nachfrage durch den Preis beeinflusst werden kann und sich bei niedrigeren Preisen erhöht. Dabei handelt es sich um nichts Geringeres als das in der Volkswirtschaftslehre geltende „Gesetz der Nachfrage“.⁵⁸³ Ein Eingriff in diesen Mechanismus hebt in ganz erheblichem Maß die wettbewerbliche Funktionsweise von Märkten aus und beschränkt den Wettbewerb.

bb) Öffnungspotential nach dem klassischen Auslegungskanon

Damit stellt sich schließlich die Frage, inwieweit unter Abweichung von der herrschenden Auslegung auch echte einseitige Maßnahmen⁵⁸⁴ und das durch sie erzielte Marktergebnis der abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden können. Was zweifelsohne ein Grundsatzurteil erfordern würde, bedarf womöglich keiner Änderung des Gesetzeswortlauts und könnte gar unter Aufrechterhaltung der altbekannten Definition gelingen.

Dafür ist als Zwischenfazit vor allem daran zu erinnern, dass sich die laut EuGH erforderliche „praktische Zusammenarbeit“ zwischen Unternehmen nach zutreffender und mittlerweile in Deutschland für §1 GWB auch

583 Diese Feststellung findet sich in den Grundlagen jeden (mikro-)ökonomischen Lehrbuchs, vgl. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Aufl. 2011, S. 161; *Man-kiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2020, S. 66; *Morell*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl. 2023, S. 51.

584 Siehe hierzu in Abgrenzung zur kollektiven Verwendung von Ermöglichungshandlungen („facilitating practices“) die Definition in Einleitung, S. 48.

höchstrichterlich vertretener Auffassung⁵⁸⁵ nicht auf den Abstimmungsvorgang bezieht. Jedenfalls aus dieser Formel kann daher kein Erfordernis von Reziprozität und wechselseitigen Beiträgen bereits auf Ebene der Abstimmung geschlussfolgert werden.⁵⁸⁶

Auch die in „*Cimenteries*“ (einmalig) aufgestellte Voraussetzung, dass eine abgestimmte Verhaltensweise „*gegenseitige Kontakte*“ erfordere,⁵⁸⁷ steht dem nicht zwingend entgegen. Zum einen handelt es sich um ein erstinstanzliches Urteil des Gerichts, dessen Aussage keinen Eingang in weitere Urteile des Gerichtshofs gefunden hat. Insofern kann die Aussage nicht als ständige Rechtsprechung bezeichnet werden. Zum anderen könnte man eine entsprechende Einschränkung als Bereichsausnahme für den Spezialfall eines Informationsaustausches betrachten. Ferner wurde der „gegenseitige Kontakt“ im konkreten Fall im Sinne eines Sender-Empfänger-Modells der Kommunikationstheorie verstanden. Die Rolle des Empfängers bei einem gegenseitigen Kontakt kann – bei Hinzutreten weiterer Umstände – auch auf die stillschweigende Entgegennahme einer Information beschränkt sein.

Weiterhin findet sich in keinem der richtungsweisenden Urteile des EuGH zur abgestimmten Verhaltensweise die explizite Aussage, dass rein einseitige Maßnahmen kategorisch vom Verbot abgestimmter Verhaltensweise ausgenommen wären.⁵⁸⁸ Stattdessen findet sich ausschließlich die Aussage, dass es den Parteien nicht verboten werden könne, sich intelligent an das Verhalten der Konkurrenten anzupassen.⁵⁸⁹ Hier ist der Rechtsprechung uneingeschränkt zuzustimmen. Reines⁵⁹⁰ Parallelverhalten („conscious parallelism“) kann und sollte in der Tat nicht vom Kartellver-

585 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19 – *Bierkartell*, I. LS sowie Rn. 20.

586 Siehe ausführlich: S. 168 ff.

587 EuG v. 15.03.2000, Verb. Rs. T-25/95 u.a., Slg. 2000 II-00491, ECLI:EU:T:2000:77 – *Cimenteries/Kommission*, Rn. 1849 = I. LS.

588 Siehe höchstens EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000 II-03383, ECLI:EU:T:2000:242 – *Bayer/Kommission*, Rn. 64: „Nach dem Wortlaut dieses Artikels betrifft das dort aufgestellte Verbot ausschließlich ein bilateral oder multilateral koordiniertes Vorgehen in Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.“

589 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40/73, Slg. 1975-1668 = ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

590 Vgl. *Petit*, The oligopoly problem in EU Competition Law, in: Lianos/Gerardin (Hrsg.), Handbook on European Competition Law, 2013, S. 259, 275: „pure, contactless tacit collusion“ (Hervorhebung durch Verf.).

bot erfasst werden.⁵⁹¹ Gleichzeitig ist echte, *marktstrukturbedingte* „tacit collusion“ strikt abzugrenzen von *verhaltensbedingter* Kollusion, bei der sich mindestens eine Partei einer „facilitating practice“ bedient.⁵⁹² Hier liegt nur auf Seite der reaktiven Parteien eine intelligente Anpassungsreaktion vor, während der Verwender einer „facilitating practice“ die Anpassung seiner Konkurrenten als Initiator forciert hat.⁵⁹³ Dieser Partei darf also nicht das von der Rechtsprechung gewährte Privileg zugutekommen, dass bloßes Anpassungsverhalten nicht verboten werden könne.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die befürwortete extensive Auslegung des Kartellverbots unter Einhaltung der historischen, sprachlichen und systematischen Grenzen umsetzbar ist.

(1) Historisch-genetische und rechtsvergleichende Auslegung

Mangels öffentlich einsehbarer Gesetzgebungsmaterialien ähnlich der Bundestagsdrucksachen gestaltet sich eine historische Auslegung im Europarecht kategorisch schwierig.⁵⁹⁴ Insbesondere wurden die „*travaux préparatoires*“ nicht systematisch erfasst und aufbereitet, sodass man in weiten Teilen auf Zeitzeugenberichte in der Wissenschaft angewiesen ist.⁵⁹⁵ Für den EWG-Vertrag wurde eine Veröffentlichung der Materialien gar für einen

591 A.A. Kaplow, Competition Policy and Price Fixing, 2013; ders., (3) J. of Legal Analysis 2011, 449-538, ders., (77) Antitrust Law J. 2011, 343-449 (für ein direktes Vorgehen gegen koordinierte Preisanstiege) sowie vor ihm schon Posner, (21) Stanford Law Rev. 1968, 1562-1606; ders., (28) Stanford Law Rev. 1970, 903-914.

592 So auch Wagner-v. Papp, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 40 ff.

593 Und so bleiben Aussagen, wie etwa in den Leitlinien der britischen CMA zu deren Sektoruntersuchung nicht ohne Widerspruch: vgl. Wagner-v. Papp, WuW 2022, 642, 644: „Im Rahmen des Marktverhaltens erwähnen die Leitlinien insbesondere Fälle [...] in dem Oligopolisten facilitating practices einseitig einsetzen, um eine stillschweigende Kollusion zu erzeugen.“

594 Vgl. allgemein Pechstein/Drechsler, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7: Die Auslegung und Fortbildung des Primärrecht, Rn. 33 sowie konkret für das Wettbewerbsrecht etwa GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, Slg. 1991 II-867, S. 928 – Rhône-Poulence; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 35.

595 Siehe etwa Ellis, Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty, (32) Fordham Law Rev. 1963, 247-278, allerdings ohne Aussage zur Entstehung der Handlungsvarianten.

Zeitraum von 30 Jahren ausgeschlossen, um eine rückwärtsgewandte historische Interpretation zu vermeiden.⁵⁹⁶ Eine Öffnung der Archive erfolgte erst 1983,⁵⁹⁷ wobei die Materialien lediglich die von den Einzelstaaten als Diskussionsgrundlage eingereichten Vorschläge enthalten, nicht dagegen Protokolle der eigentlichen Verhandlungen. Infolgedessen lässt sich kaum nachvollziehen, warum sich die Verhandlungsgremien des EGKS (Montanunion)- bzw. des EWG-Vertrags auf die konkrete Formulierung der „pratiques concertées“ bzw. (später) „concerted practices“ geeinigt haben. Es gilt als gesichert und wird gemeinhin berichtet, dass man sich am US-amerikanischen Antitrust-Recht und der dortigen Kategorie einer „concerted action“ orientiert habe, wobei unklar bleibt, warum man von „action“ auf „practice“ umgeschwenkt ist. Interessant ist zudem die Feststellung, dass die deutsche Übersetzung von Art. 65 EGKS-Vertrag noch (irrtümlich)⁵⁹⁸ von „verabredeten Praktiken“ sprach, während man seit dem EWG-Vertrag (auch Rom-Vertrag genannt; dort Art. 85) in allen Folgeverträgen und -vorschriften (Art. 81 EG-Vertrag/Maastricht-Vertrag; Art. 101 AEUV/Lissabon-Vertrag) in der deutschen Sprachfassung die „(aufeinander) abgestimmte Verhaltensweise“ antrifft.⁵⁹⁹ Vermutlich geht die Übernahme des Konzepts auf Frankreich zurück,⁶⁰⁰ wo die „actions concertées“ bereits 1945 in Art. 59 der *Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix* auftauchten.

(a) „Concerted actions“ im frühen US-amerikanischen Antitrust-Recht

Insoweit man der begrifflich naheliegenden Anleihe aus dem US-amerikanischen Recht Glauben schenkt, lassen sich möglicherweise von dort

596 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 14.

597 Verordnung 354/83 des Rates vom 1.2.1983, ABl. EG Nr. L 43, S. 1 ff. (EWG); Entscheidung Nr. 359/83/EGKS der Kommission v. 8.2.1983, ABl. EG Nr. L 43, S. 14 f.; aufbereitet von Schulze/Hoeren (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Band 3 (Kartellrecht bis 1957), 2000.

598 Voet van Vormizeele, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 55; zur damaligen Zeit bereits *Deringer*, EWG-Wettbewerbsrecht (Abschnitt aus WuW 11/1962), Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, Rn. 21; a.A. Gabriel, WuW 1961, 802, 812, der darauf hinweist, dass diese Übersetzung – was im folgenden Abschnitt erarbeitet wird – der geltenden Dogmatik in den USA entsprach.

599 Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 80 f.

600 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 33.

Einsichten gewinnen. Diese sind für die Auslegung des EU-Rechts freilich unverbindlich,⁶⁰¹ könnten dagegen Aufschluss darüber bieten, welchen Vorstellungen über die Bedeutung und Reichweite einer „concerted practice“ die Verfassenden der europäischen Verträge unterlagen. Es gibt sechs US-amerikanische Supreme Court Entscheidungen, die vor dem Erlass des EGKS-Vertrags in 1951 ergangen sind und eine sprachliche Variante der „concerted actions“ enthalten.

(aa) Erstmaliges Aufkommen der Formulierung

Zum ersten Mal taucht der Begriff 1914 in *Eastern States Lumber Association vs. United States*⁶⁰² auf. Hier zeigt sich bereits, was im folgenden Abschnitt noch detailliert herausgearbeitet werden soll. Als „concerted action“ wurde primär ein beobachtbares Parallelverhalten verstanden. Dort heißt es nämlich:

„[...] in order to show a combination or conspiracy within the Sherman Act, some agreement must be shown under which the concerted action is taken.“
(612)

Die erste, inhaltlich komplexe Entscheidung unter Verwendung der Formulierung „concerted action“ ist in der *Interstate Circuit* Entscheidung des Jahres 1939 zu erblicken.⁶⁰³ Nach heutigen Maßstäben hatte es der Supreme Court mit einer „Hub & Spoke“-Konstellation zu tun.⁶⁰⁴ Ein nachfrage-mächtiger Betreiber zweier Kinoketten (*Interstate* und *Consolidated*) hatte den großen urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften von Spielfilmen zeitgleich Vertragsangebote unterbreitet, welche die Benachteiligung zweit-

601 Eine Orientierung am US-Recht befürwortend *Gleiss*, WuW 1964, 485; mit teleologischen Erwägungen ablehnend *Gabriel*, WuW 1961, 802, 810.

602 *Eastern States Lumber Association vs. United States*, 234 U.S. 600 (1914); danach erneut *Column & Lumber Co. vs. United States*, 257 U.S. 377, 400 (1921); der Begriff taucht davor bereits 1910 in *Grenada Lumber Co. vs. Mississippi*, 217 U.S. 433 (1910) auf, allerdings erging diese Entscheidung nicht unter Sec. 1 Sherman Act, sondern unter Regelungen des Bundesstaats Mississippi.

603 *Interstate Circuit, Inc. vs. United States*, 306 U.S. 208 (1939); s. hierzu ausführlich *Elhauge/Geradin*, *Global Competition Law and Economics*, 2007, S. 762 ff.

604 So auch *Hovenkamp*, *Principles of Antitrust*, 2. Aufl. 2017, S. 147; vgl. zu dieser Fallgruppe aus europäischer Sicht: *Bolz*, *Kartellrechtliche Grenzen der Preisberatung – Zugleich eine Analyse der kartellrechtlichen Behandlung von Dreieckskonstellationen*, 2021 – passim; für einen knappen Überblick siehe auch: *Rottmann/Göhsel*, WuW 2019, 348, 351 ff. sowie ausführlich: *Apostolakis*, (54) CMLRev. 2017, 605-629; *Actis Perinotto*, (15) E.C.J. 2019, 281-317.

klassiger Kinos vorsahen. Für Filme, die bei *Interstate* und *Consolidated* erstausgestrahlt wurden, sollten Mindestpreisvorgaben für Folgedarstellungen in Drittkinos festgelegt werden. Ebenso sollte es den Drittkinos untersagt werden, die betreffenden Spielfilme im „double bill“ mit einem anderen Spielfilm zu vermarkten. Hintergrund war die gängige Praxis, weniger beliebte Filme, die aber gemeinsam mit hochwertigen Filmen von den Verwertungsgesellschaften erworben werden mussten (Blocksystem), im Ticketbündel mit beliebteren Filmen (A-Movies) nacheinander zu zeigen, wobei mit einem Ticket beide Veranstaltungen besucht werden konnten. *Interstate* und *Consolidated* als sog. „First-Run-Theaters“ zielten hiermit darauf ab, den Konkurrenzdruck von den „Subsequent-Run-Theaters“ zu minimieren. Mit gewisser Verzögerung und mancher Nachverhandlung akzeptierten die meisten Filmstudios diese Verträge. Das Instanzgericht (District Court) nahm daraufhin eine Vereinbarung zwischen den Filmstudios an, auf dessen Grundlage man einheitlich den Forderungen der Kinobetreiber zustimmte. Der Supreme Court fügte hinzu:

*„While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that in the circumstances of this case such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that **concerted action** was contemplated or invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it.“*⁶⁰⁵

*„Acceptance by competitors, knowing that **concerted action** is contemplated, of an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.“*⁶⁰⁶

Er berief sich insbesondere darauf, dass im Briefkopf des Vertragsangebots alle Filmstudios bzw. Verwertungsgesellschaften gleichzeitig adressiert wurden, sodass ihnen klar war, dass der Kinobetreiber mit allen gleichzeitig kontrahieren wollte. Ohne in die Details und Würdigung des Falls einzusteigen, soll der Fokus der hiesigen Darstellung auf der Verwendung des Begriffs „concerted action“ liegen. Bei genauer Lektüre des Urteils und der

605 306 U.S. 208, 226 (Hervorhebung durch Verf.).

606 Ibid, Syllabus, LS. 5; vgl. die nahezu identische Textstelle im Fließtext des Urteils (306, U.S. 208, 227): „Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act.“

wiedergegebenen Passagen wird deutlich, dass der Supreme Court unter „concerted action“ (noch) keine eigene Abstimmungskategorie verstand, sondern damit schlicht das einheitliche Marktverhalten der Kinobetreiber beschreibt,⁶⁰⁷ das im vorliegenden Fall angestoßen werden sollte. Die entscheidende rechtliche Frage war sodann, ob den Verwertungsgesellschaften eine Handlungsvariante von Sec. 1 Sherman Act (hier: „agreement“ oder „conspiracy“) vorzuwerfen ist.⁶⁰⁸ Die eigentliche Abstimmungshandlung (hier das an alle Verwertungsgesellschaften gerichtete wettbewerbsbeschränkende Angebot und die diesbezügliche Zustimmung) wird durch die Verbalkonstruktionen „in Erwägung ziehen“ („contemplate“) sowie „einhalten“ und „teilnehmen“ („give adherence“, „participate“) angesprochen. Das einheitliche Vorgehen (die „concerted action“) dagegen war Gegenstand dieser Abstimmungshandlungen.

(bb) Der Indizienbeweis und seine Einschränkung

Dass dies die richtige Lesart der Formulierung ist, ergibt sich auch aus dem *Tabak-Urteil*⁶⁰⁹ des US-Supreme Court im Jahr 1946. Der Fall hatte den Vorwurf einer Verschwörung zur Monopolisierung des Tabakmarktes inklusive einer Verschwörung zur Preis-Fixierung gegen drei Hersteller von Marken-Zigaretten zum Gegenstand. Überwiegend wurden die Vorwürfe auf Sec. 2 Sherman Act gestützt. Inhaltlich ging es im Bereich der preisbezogenen Vorwürfe um eine simultane Preiserhöhung sowie im Oligopol zwischen den drei Herstellern über längere Zeit vorliegende identische Preise.⁶¹⁰ Hier liegt ein im Schwerpunkt beweisrechtliches Anwendungsbeispiel vor,⁶¹¹ in dem von nicht anderweitig erklärbarem Parallelverhalten durch Indizienbeweis („circumstantial evidence“) auf das Vorliegen

607 Vermutlich hätte auch von „joint action“ die Rede sein können. Warum die Wahl auf „concerted“ bzw. „in concert“ gefallen ist, lässt nur mutmaßen. Möglicherweise war die sprachliche Andeutung beabsichtigt, dass kein exakt identisches Verhalten erforderlich ist. Dies wäre womöglich bei „joint action“ verstanden worden; siehe auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 101. Lieferung, 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 199a zum parallel gelagerten Missverständnis bei „gleichförmigem Verhalten“.

608 Vgl. hierzu auch die folgende Passage des Urteils (306 U.S. 225): „whether in fact an agreement had been reached among them for concerted action“.

609 *American Tobacco Co. vs. United States* (1946), 328 U.S. 781, 804 ff.

610 Vgl. *Turner*, (75) *Harvard Law Rev.* 1962, 655, 660 ff.

611 Zum beweisrechtlichen Ursprung *Henrichs*, *WuW* 1965, 95, 96.

einer im Vorfeld liegenden Verschwörung geschlossen werden sollte. Dementsprechend heißt es:

*Where the conspiracy is proved, as here, from the evidence of the **action taken in concert** by the parties to it, it is all the more convincing proof of an intent to exercise the power of exclusion acquired through that conspiracy.*⁶¹²

Es zeigt sich erneut, dass dem Begriff einer „concerted action“ bzw. entsprechenden Schwesterformulierungen („action taken in concert“) zu der Zeit noch kein eigenes dogmatisches Konzept einer Abstimmung innewohnte. Schon gar nicht war es – wie in der EU beabsichtigt – ein Auffangtatbestand. Viel eher wurde mit dem Begriff schlicht ein beobachtbares, paralleles Marktverhalten beschrieben. Konnte man sich das gleichförmige Marktverhalten nur aufgrund einer im Vorfeld liegenden Absprache erklären – so die Hoffnung –, könne es als direkter Beweis für jene Absprache bzw. Verschwörung dienen.⁶¹³ Das hier befürwortete Verständnis, demzufolge der Formulierung einer „concerted action“ zu dieser Zeit noch kein dogmatisches Konzept innewohnte, sondern eine rein deskriptive Bezeichnung tatsächlichen Marktverhaltens vorlag, wird auch dadurch unterstrichen, dass der Begriff sowohl in Fällen mit einem Schwerpunkt in Sec. 1 als auch in Fällen mit einem Schwerpunkt in Sec. 2 Sherman Act verwendet wurde.

Die aus *Interstate* bekannte Formel hinsichtlich einer „Hub & Spoke“-Verschwörung wurde in der *Paramount Pictures* Entscheidung von 1948 wiederholt.

*„It is not necessary to find an express agreement in order to find a conspiracy. It is enough that a **concert of action** is contemplated and that the defendants conformed to the arrangement.“*⁶¹⁴

Hier ging es ebenso wie im ersten Hollywood-Fall (*Interstate*) um die Anforderungen an das Vorliegen eines „agreements“ bzw. einer „conspiracy“. Das „concert of action“ war weiterhin keine Subkategorie einer – unterhalb der Vereinbarung anzusiedelnden – Verhaltensabstimmung, sondern der Gegenstand bzw. das Ziel einer eigenständigen „Verschwörung“. Hierzu verdeutliche man sich erneut, dass das konspirative Zusammenwirken

612 American Tobacco Co. vs. United States (1946), 328 U.S. 781, 809 (Hervorhebung durch Verf.).

613 Voet van Vormizeele, in: Schröter/Klotz/von Wendland (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 55, Fn. 209 m.w.N.

614 United States vs. Paramount Pictures, Inc. (1948), 334 U.S. 131, 142 (Hervorhebung durch Verf.).

über die Begriffe „to contemplate“ und „to conform to an arrangement“ beschrieben wird. In den drei bisher detailliert beschriebenen Fällen ging es also stets um den Nachweis eines agreements bzw. einer conspiracy,⁶¹⁵ zweimal aufgrund eines atypischen vertikal-horizontalen Abstimmungsverhältnisses, einmal aus beweisrechtlicher Perspektive.

In der *Theatre Enterprise* Entscheidung⁶¹⁶ kulminierte die beweisrechtliche Verwertung parallelen Verhaltens sodann, wobei die bisherige Beweispraxis in die Schranken verwiesen wurde:

„The crucial question is whether respondents' conduct toward petitioner stemmed from independent decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement [...] But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.“

Erst infolge der *Theatre Enterprise*-Entscheidung lässt sich eine Umstellung in der Begriffsverwendung erkennen. Parallelverhalten wurde von nun an als solches bezeichnet („conscious parallelism“ oder auch schlicht „parallel conduct“).⁶¹⁷ Turner verfasste in Auseinandersetzung mit der Entscheidung sein in jeder Hinsicht prägendes Papier „The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal“⁶¹⁸, in dem er den Begriff der natürlichen Interdependenz von Oligopolisten prägte und vor einer Erfassung schlichten Parallelverhaltens durch das

615 Vgl. zu dieser Einordnung etwa Kovacic et al., (110) Michigan Law Rev. 2011 (3), 393, 400: „In the 1948 case *United States vs. Paramount Pictures, Inc.* the Court reiterated *Interstate Circuit's* agreement formula: [oben wiedergegebenes Zitat des Urteils]. *This formative period of agreement decisions ended in 1954 with Theatre Enterprises.“*

616 *Theatre Enterprises vs. Paramount Distributing*: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

617 Schon vorher, allerdings nicht in dieser Deutlichkeit ließ sich in *FTC vs. Cement Institute*: 333 U.S. 683 (1948) sowie in einzelnen untergerichtlichen Entscheidungen (*C-O-Two Fire Equipment Co. vs. United States*: 197 F.2d 489 [9th Cir. 1952]; *Milgram vs. Loew's, Inc.*: 192 F.2d 579 [3rd Cir. 1951]) erkennen, dass der Begriff „concerted action“ normativ aufgeladen wurde und ein Element kollusiven Verhaltens zugeschrieben bekam.

618 Turner, (75) Harvard Law Rev. 1962 (4), 655-706.

Kartellverbot warnte.⁶¹⁹ Um von nun an zulässiges, bloßes Parallelverhalten (tacit collusion) von kartellrechtswidrig erzielter „explicit collusion“ abzugrenzen, wurde die Formulierung einer „concerted action“ operationalisiert und mit Merkmalen einer im Vorfeld des betroffenen Marktverhaltens liegenden Verhaltensabstimmung aufgeladen.⁶²⁰ Seitdem – allerdings zeitlich erst nach Übernahme der Begrifflichkeit in den EGKS- bzw. EWG-Vertrag – ist die „concerted action“ also auch in den USA eine eigenständige Tat handlung verbotener Kartellierung bzw. ein Unterfall der Tatvariante „conspiracy“. Da die *Theatre Enterprise*-Entscheidung zeitlich noch vor dem europäischen *Farben-Urteil*⁶²¹ erging, ist durchaus denkbar, dass sie dessen Ausgang und die erste höchstrichterliche Auslegung der europäischen „abgestimmten Verhaltensweise“ beeinflusst hast. Doch war eine solche Auslegung nicht bereits durch den europäischen Gesetzgeber angelegt. Dieser konnte ein solches Begriffsverständnis bei Erlass des EGKS- bzw. EWG-Vertrags noch nicht antizipieren.

(b) Fazit: Keine Übernahme eines bestehenden dogmatischen Konzepts

Was folgt aus dieser rechthistorischen und rechtvergleichenden Darstellung? Durch die Übernahme des Begriffs einer „concerted practice“ hat der europäische Gesetzgeber noch keinerlei dogmatisches Konzept übernommen und den Rechtsanwendern nahegelegt.⁶²² Zumindest mit Blick

619 Der Beitrag motivierte *Posner* zu seinen berühmten Abhandlungen über die Erfassbarkeit suprakompetitiver Preise im Oligopol: (21) *Stanford Law Rev.* 1968, 1562-1606.

620 Vgl. *Kovacic et al.*, (110) *Michigan Law Rev.* 2011 (3), 393, 396: „*Many commentators have catalogued plus factors and discussed the critical mass of circumstances that ought to justify an inference that observed behavior is the product of concerted action.*“ Hier ist mit „concerted action“ nicht mehr das beobachtete Parallelverhalten gemeint, sondern das verbotene – im Vorfeld liegende – Abstimmungsverhalten; s. auch *Page*, (38) *Loyola Univ. Chicago Law Rev.*, 2007, 101, 106: „*Courts have drawn the line between consciously parallel and concerted conduct entirely through the common law process.*“

621 *EuGH v. 14.7.1972*, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*.

622 So auch *Lübbert*, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, 1975, S. 34: „*Eine ‚concerted action‘ bezeichnet danach ein auf einer [...] conspiracy‘ beruhendes wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten. Dem Begriff kommt daher an sich keine eigenständige Bedeutung zu.*“; zustimmend *Chang*, *Abgestimmtes Verhalten im amerikanischen, europäischen und deutschen Kartellrecht*, 1992, S. 43: „*Danach wird der Begriff ‚concerted action‘ als ein auf einer [...]*

auf die Begriffsherkunft ist es völlig offen, welche Art von Abstimmungsmaßnahmen, die im Ergebnis ein Parallelverhalten am Markt herbeiführen, zu erfassen sind.⁶²³ Schnell hat der EuGH – entsprechend der „*Theatre Enterprise*“-Entscheidung⁶²⁴ des US Supreme Court – im *Zucker*-Urteil⁶²⁵ klargestellt, dass man individuell rationales Anpassungsverhalten nicht mit dem Kartellverbot erfassen dürfe, sondern dass zusätzliche Koordinierungshandlungen gegeben sein müssen. Anforderungen an die Koordinierungshandlungen folgen aus der Herkunft des Begriffs jedoch noch nicht.⁶²⁶ Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verfassenden der europäischen Verträge durch die spezifische Formulierung eine reziproke (kommunikationsbasierte) Abstimmung festschreiben wollten.⁶²⁷

(2) Wortlautgrenze

Nachdem damit feststeht, was der US-amerikanische Supreme Court bis zu Beginn der 1960er Jahre unter einer „concerted action“ verstand, stellt sich die Frage, ob die allgemeine Wortlautgrenze der Begriffe „Abstimmung“ bzw. „concertation“ überschritten würde, wenn mit der oben angedachten Auslegung eine einzelne Abstimmungsmaßnahme als ausreichend erachtet wird, um eine insgesamt abgestimmte Verhaltensweise mehrerer Unternehmen herbeizuführen.

conspiracy‘ beruhendes wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten verstanden; so ist die „concerted action“ das objektive Ergebnis einer solchen Abstimmung.“

623 Gabriel, WuW 1961, 802, 810 vermutet bei den Verantwortlichen Unkenntnis des US-Antitrust-Rechts.

624 *Theatre Enterprises vs. Paramount Distributing*: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

625 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

626 Ähnlich Lübbert, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 47: „(1) Trotz der Herkunft des Begriffs [...] aus dem amerikanischen Antitrustrecht sind Entscheidungen amerikanischer Gerichte zu seiner Konkretisierung nur insoweit verwertbar, als die in der strafrechtlichen Wurzel der conspiracy begründeten Abweichungen gegenüber der kontinentaleuropäischen Täterschaftsdogmatik beachtet werden [...]“.

627 Ebenso wenig darf – vermittelt über die „concerted action“ eine Ausrichtung an der US-amerikanischen „conspiracy“ als beabsichtigt angesehen werden; so allerdings noch GA Mayras, Schlussanträge v. 02.05.1972, Verb. Rs. 48/69 u.a., ECLI:EU:C:1972:32, Slg. 1972-00619, 667 ff. (deutsche Fassung), S. 672 – *ICI/Kommission*; zutreffend dann: GA Vesterdorf, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38, Slg. 1991 II-00875 – *Rhône-Poulence*, S. 927 f. mit Verweis auf *Joliet*, *Cahiers de droit européen* 1974, 251, 258.

(a) Allgemeines Sprachverständnis

Wer in der deutschen Fassung des europäischen Kartellverbots („aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“) eine Mehrzahl wechselseitig verwendeter Koordinierungsmaßnahmen fordert, da dies jedenfalls aus dem Adverb „aufeinander“ folge, muss sich entgegenhalten lassen, dass dieser Zusatz etwa in der französisch- und englischsprachigen Fassung der Norm („pratiques concertées“, „concerted practices“) nicht enthalten ist.⁶²⁸ Doch selbst für diese knapperen und womöglich offeneren Fassungen hat Generalanwalt *Damon* in seinen Schlussanträgen im *Zellstoff*-Verfahren deutlich gemacht, dass er ein solches Verständnis im Wortlaut angelegt sieht:

*Dagegen scheint mir festzustehen, daß die Abstimmung begriffsnotwendig eine Gegenseitigkeit von Mitteilungen zwischen den Wettbewerbern erfordert.*⁶²⁹

(aa) Deutsche Sprachfassung

Ähnliche Feststellungen finden sich auch im deutschen Schrifttum,⁶³⁰ erscheinen nach allgemeinen sprachlichen Grundsätzen aber nicht zwingend.⁶³¹ Das Wörterbuch Duden hält drei Bedeutungen des Verbs „abstimmen“ bereit. Die erste Bedeutung erfasst eine Stimmabgabe im Kontext von Wahlen bzw. die Abstimmung zur Beschlussfassung eines Antrags. Sie entstammt für gewöhnlich einem anderen situativen Kontext als der hier

628 *Wagner-v. Papp*, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 367; vgl. auch *Lübbert*, Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1975, S. 81.

629 GA *Damon*, Schlussanträge v. 07.07.1992, Rs. 89/75, Slg. 1992 I-1445 – *Ahlström* (Zellstoff II), Rn. 170; zur Begründung wird dagegen auf das britische Konzept eines „arrangements“ abgestellt (Fn. 80), obwohl es sich begrifflich offensichtlich um einen anderen Begriff als den der „concertation“ handelt; auch *Lettl*, WuW 2017, 422, 425 möchte den fremdsprachigen Fassungen eine Gegenseitigkeit entnehmen, ohne dass dies aber näher begründet wird.

630 *Paal/Kumkar*, BeckOK Informations- und Datenrecht, 41. Edition, 01.08.2023, Art. 101 AEUV, Rn. 22: „Vielmehr ist auch im Falle der Abstimmung – bereits sprachlich – zwingend eine Zweiseitigkeit oder sogar Vielseitigkeit des Verhaltens zu fordern [...]“, vgl. auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Rn. 188 a.E.

631 Nach *Lettl*, WuW 2017, 422, 425 f. ergebe sich ein Erfordernis gegenseitiger Handlungen bereits daraus, dass das Verb „abstimmen“ von mehreren Stimmen spreche. Etymologisch mag das Argument zwar überzeugen, deckt sich aber nicht zwingend mit dem vorherrschenden Sprachgebrauch.

behandelten wettbewerblichen Abstimmung zwischen Unternehmen. Bei einer durch Wahlvorgang herbeigeführten und als verbindlich festgelegten Abstimmung befände man sich bereits in der Tatvariante einer Vereinbarung. Gleichwohl ist zuzugestehen, dass die durch eine Wahl herbeigeführte Entscheidung über bestimmte Programme ein Mitwirken mehrerer Personen durch Stimmabgabe erfordert. Daraus könnte sich in der Tat ergeben, dass alle an der Abstimmung beteiligten Unternehmen auf Ebene der Koordinierung mitgewirkt haben müssten.

Es werden jedoch zwei weitere Bedeutungen angeführt. Dabei handelt es sich um „[etwas] in Einklang mit etwas bringen“ und „sich mit jemandem absprechen“. Auch die drittgenannte Variante legt einen gegenseitigen Kommunikationsakt nahe, bei dem die eine Partei nicht nur Empfänger einer Botschaft ist, sondern gleichermaßen ein Kommunikationssignal entsendet. Die zweitgenannte Variante („[etwas] in Einklang mit etwas bringen“) dagegen legt als Umschreibung des Verbs „abstimmen“ keine derartige Reziprozität zugrunde. Man denke etwa an die im Duden online genannte Beispielaussage:⁶³²

„(S)ie stimmen den Urlaub immer aufeinander ab.“

Die Aussage enthält nicht zwingend den Inhalt, dass dieser Abstimmung ein Gespräch mit wechselseitigen Beiträgen zugrunde liegt. Der Sprecher dieser Aussage kann gleichermaßen zum Ausdruck bringen, dass eine Person ihren Urlaub in Anbetracht der vorgefundenen Urlaubsanfrage einer anderen Person angepasst hat. Noch deutlicher wird die Einseitigkeit einer möglichen Abstimmung, wenn man das folgende, ebenso Duden online entnommene Beispiel betrachtet:⁶³³

„seine Rede auf die Zuhörer abstimmen.“

Auch hier erfolgt die Ausrichtung des Sprechers an der Zuhörerschaft und seine thematisch-inhaltliche Anpassung rein einseitig.

Im Kontext einer abgestimmten Verhaltensweise liegt keines der beiden letztgenannten Begriffsverständnisse bereits a priori näher. Für die drittgenannte Variante, die Rekurs auf eine Absprache nimmt, könnte man die Nähe dieses Begriffs zur Vereinbarung als vorangegangene Tatbestandsvariante ins Feld führen. Da eine Vereinbarung und eine Absprache allerdings

632 <https://www.duden.de/rechtschreibung/abstimmen> (zuletzt abgerufen: 22.04.24).

633 A.a.O.

Synonyme darstellen,⁶³⁴ muss diese Nähe im Gegenteil viel eher als Argument dienen, um für das zweitgenannte Begriffsverständnis zu werben. Die abgestimmte Verhaltensweise begrifflich im Sinne einer Vereinbarung auszulegen, führt nämlich ihren Charakter als Auffangtatbestand ad absurdum.⁶³⁵ Und so verbleibt jedenfalls ein Begriffsverständnis, demzufolge einer Abstimmung keine wechselseitigen Koordinierungsbeiträge zugrunde liegen müssen. Mit diesem Verständnis gelingt auch eine Subsumtion des infolge einer Preisgarantie angepassten Verhaltens mehrerer Unternehmen unter den Tatbestand.

Es lässt sich festhalten, dass die Wortlautauslegung von Generalanwalt *Damon* sowie den vereinzelt Stimmen im Schrifttum vertretbar ist. Gleichzeitig ist sie keinesfalls derart zwingend, dass sie jedem anderen Verständnis die Tür versperren würde. Eine Auslegung, die einseitige Maßnahmen wie etwa Preisgarantien als Mittel der Verhaltensabstimmung akzeptiert, würde nach hier vertretener Auffassung nicht die Wortlautgrenze des Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB überschreiten und unterliegt damit auch keinen rechtsstaatlichen Bedenken. Dies ergibt sich insbesondere aus den oben wiedergegebenen Beispielen des allgemeinen Sprachgebrauchs.

(bb) Englische Sprachfassung

Nichts anderes gilt auch für die ausweislich der historisch-genetischen Auslegung zugrundeliegende englische Sprachfassung.⁶³⁶ Ein „concert of action“, eine „action (taken) in concert“ oder auch eine „concerted action“ lässt sich im allgemeinen Sprachgebrauch als gemeinsames bzw. einvernehmliches Vorgehen übersetzen.⁶³⁷ Ebenso wird die Verbalkonstruktion „to act in concert“ als „zusammenarbeiten“, „an einem Strang ziehen“ oder „ge-

634 <https://www.duden.de/rechtschreibung/Absprache> (zuletzt abgerufen: 02.03.24).

635 Vgl. andeutungsweise *Odudu*, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, 2006, S. 72 mit Blick auf eine ggfs. für beide Varianten erforderliche „common intention“.

636 Dank gebührt *Brian Cooper*, Language-Editor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn, für seine Gesprächsbereitschaft und muttersprachlichen Einsichten.

637 *A.A. Hamann*, ZIP 2007, 1088, 1092 mit einem wohl abweichenden Begriffsverständnis, das sich allerdings auf abgestimmtes Verhalten als Tatbestandsmerkmal von § 30 Abs. 2 S. 1 WpÜG bezieht; siehe auch *Weiß*, Der wertpapierhandelsrechtliche und übernahmerechtliche Zurechnungstatbestand des acting in concert, 2007, S. 68 f.

meinsam/einvernehmlich handeln“ übersetzt.⁶³⁸ Isoliert betrachtet steht „*in concert*“ für „zusammen“ und „gemeinschaftlich“;⁶³⁹ „*concerted*“ für „vereinbart“, „(aufeinander) abgestimmt“, „gemeinschaftlich“, „gemeinsam“.⁶⁴⁰ Der seinerzeitige juristische Duktus entsprach diesem Verständnis. Bis zum *Theatre Enterprise*-Urteil⁶⁴¹ wurde die „concerted action“ als Synonym für „parallel conduct“/„joint action“ verwendet.⁶⁴² Insofern handelt es sich um eine Beschreibung wahrnehmbaren, einvernehmlichen Handelns mehrerer Parteien.

Auch hier gilt begrifflich, was für die deutsche Übersetzung bereits festgehalten wurde. Der unbefangene Leser versteht unter einer „concerted action“ ein von mehreren Parteien unternommenes, gemeinsames Verhalten, ohne dass begrifflich vorgegeben wäre, wie es zu dem einvernehmlichen Verhalten gekommen ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, wechselseitige Verständigungsmaßnahmen zu unterstellen, die im Vorfeld stattgefunden hätten. Bleibt man bei der bildlichen Sprache eines Konzerts, gilt gar das Gegenteil. Die Musizierenden eines Orchesters haben vor dem gemeinsamen Musizieren nicht zwingend alle miteinander kommuniziert. Viel eher verlassen sie sich auf einen Dirigenten, der die musikalische Darstellung orchestriert. Auch hier kommt es also durch die Maßnahme einer Person zu einem aufeinander abgestimmten Verhalten mehrerer Parteien. Zahlreiche Musizierenden richten sich an den Anweisungen des Dirigenten aus. Sie haben diesem die Leitungsmacht übertragen. Nichts anderes gilt für das Mitziehen und die Anpassung mehrerer Unternehmen an die Preisgarantie eines Konkurrenten, der nunmehr das Preisniveau vorgibt bzw. einen Orientierungspunkt setzt. Im vorangegangenen Bild gesprochen, übernimmt das Preisgarantie auslobende Unternehmen die Rolle des Dirigenten. Die restlichen Unternehmen werden orchestriert und passen sich entsprechend an.

638 <https://www.dict.cc/englisch-deutsch/to+act+in+concert.html> (zuletzt abgerufen: 22.04.2024); interessant ist auch die Nennung als Synonym für „(to) act jointly“.

639 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-german/in-concert>; <https://www.oed.com/view/Entry/38168?redirectedFrom=in+concert#eid8645711> (beide zuletzt abgerufen: 02.03.24).

640 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-german/concerted>; <https://www.oed.com/view/Entry/38169?rskey=3voZMG&result=1&isAdvanced=false#eid> (beide zuletzt abgerufen: 02.03.24).

641 *Theatre Enterprise vs. Paramount Distributing*: 346 U.S. 537, 540/1 (1954).

642 Siehe dazu oben, S. 214 ff. und den Wörterbuch-Nachweis in Fn. 638.

(b) Begriffliche Erwägungen zur Abstimmung „über den Markt“

Dass gegenseitige (verbale) Kommunikation kein zwingendes Kriterium sein dürfte, zeigen auch andere Strömungen der Literatur. So wird bisweilen vertreten, dass eine abgestimmte Verhaltensweise zumindest begrifflich durch bloßes Marktverhalten zustande kommen kann.⁶⁴³ Es ist zu unterscheiden zwischen zwei Fällen.

(aa) Anteilige Abstimmung über den Markt

Im ersten Fall liegt eine kommunikative Fühlungnahme eines Marktakteurs vor, die von den anderen Parteien durch Marktverhalten akzeptiert wird. Man denke etwa an das obige dritte Beispiel der kleinen Fallserie,⁶⁴⁴ in dem ein Unternehmen ankündigt, die Preisführerschaft mit einem gewissen Startpreis zu übernehmen und andere Unternehmen diesen Preis schon vor dem angekündigten Zeitpunkt setzen. Damit signalisieren sie ihre Zustimmung und Teilnahme an dem zu etablierenden System uniformer Preissetzung.⁶⁴⁵ Den zuvorkommenden Preiserhöhungen könnte man ebenso einen kommunikativen Gehalt beimessen, wie er in der Rechtsgeschäftslehre bei konkludenten⁶⁴⁶ Erklärungen bekannt ist.

(bb) Ausschließliche Abstimmung über den Markt

Interessant wird es dagegen, wenn eine Abstimmung über reines Marktverhalten ohne zusätzliche verbale bzw. explizite Koordinierungsmittel erreicht wird. Es wird regelmäßig (zurecht) vertreten, dass auch echte „tacit collusi-

643 Vgl. im Übrigen auch: EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67 (65): „Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erfüllen daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sondern können sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung ergeben.“ (Hervorhebung durch Verf.).

644 Siehe hierzu S. 199 f.

645 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 91; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

646 Statt vieler: Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 2020, § 31 Rn. 7 ff.

on“ sprachlich unter eine abgestimmte Verhaltensweise subsumiert werden könnte.⁶⁴⁷ Im Ergebnis sei davon freilich abzusehen, da bloßes Parallelverhalten mangels eindeutig festzulegenden Alternativverhaltens nicht unter sagt werden könne und jeder Versuch, rechtmäßiges Alternativverhalten zu formulieren, auf eine staatliche Preiskontrolle hinausliefe. Vom Wortlaut her erfordere die Norm allerdings nicht ausdrücklich eine dem Marktverhalten *vorausgehende* Abstimmungshandlung.⁶⁴⁸ Dies stellt begrifflich auch die Zweigliedrigkeit des Tatbestands in Frage. Aufschlussreich ist ferner, dass nach dieser Auffassung entweder das koordinierte Marktergebnis der abgestimmten Verhaltensweise subsumiert wird oder aber in bestimmten Preissetzungsstrategien (etwa *Grim-Trigger*,⁶⁴⁹ *Tit-for-Tat*⁶⁵⁰) eine Abstimmung gesehen wird.⁶⁵¹ Das eigene Verhalten werde vom Verhalten der jeweils anderen Unternehmen abhängig gemacht, womit das eigene Verhalten auf das Verhalten der anderen abgestimmt werde. Alle Einzelentscheidungen zusammen betrachtet, stimmten die Beteiligten ihr Verhalten insgesamt aufeinander ab. Teilweise wird sogar vertreten, dass dem Wortlaut bereits entsprochen wäre, wenn sich auch nur ein Unternehmen dem Verhalten eines anderen bewusst anpasse.⁶⁵²

(cc) Besserer Anknüpfungspunkt: Signalwirkungen?

Zugegebenermaßen hat dieser Ansatz die Schwäche, dass er einer Erklärung schuldig bleibt, warum „*Tit-for-Tat*“ oder auch „*Grim-Trigger*“ bezüglich ihres Abstimmungsgehalts über die gewöhnliche strategische In-

647 Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. II f.; Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

648 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 95; davor bereits Zimmer, ZHR 1990, 470, 483 ff.

649 Das Konzept wird ursprünglich auf Friedman, (38) Rev. of Econ. Studies 1971, 1-12 zurückgeführt.

650 Im spieltheoretischen Kontext (Prisoner's Dilemma) wird das Konzept auf Axelrod/Hamilton, (211) Science 1981, 1390-1396 zurückgeführt. Siehe dazu: Osborne, An introduction to Game Theory, 2004, S. 439 ff.; Anatol Rapoport gewann kurz darauf ein als Programmierwettbewerb von Axelrod veranstaltetes Turnier zum Prisoner's Dilemma, indem er „Tit-for-Tat“ spielen ließ. Siehe dazu erneut: Axelrod, The Evolution of Cooperation, 1. Aufl. 1984.

651 Zimmer, ZHR 1990, 470, 484 f.

652 Altvater, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

terdependenz im Oligopol hinausgingen. Die Reaktionsfunktion⁶⁵³ eines Oligopolisten, die als die individuell gewinnmaximierende Handlung in Reaktion auf ein gewisses Verhalten der Konkurrenten definiert ist, stellt stets eine Funktion des Verhaltens der Konkurrenten dar. Mit dieser Argumentation ist nicht nur „*Tit-for-Tat*“, sondern jedes Preissetzungsverhalten, das im Bewusstsein und unter Einbeziehung der Preise der Wettbewerber geschieht, als Abstimmung zu werten.

Man müsste daher noch eher auf Muster und Signale einer Strategie abstellen,⁶⁵⁴ die immer wieder als ein Angebot zur Kollusion auf hohem Preisniveau verstanden werden könnten. „*Tit-for-Tat*“ beispielsweise ist nämlich nicht für jede einzelne Runde eines unendlich wiederholten Spiels die gewinnmaximierende Handlung, sondern reagiert auf eine fremde Abweichung von den kollusiven Preisen durch pauschale Vergeltung in der darauffolgenden Runde. Diese Abweichung geschieht unabhängig von den in dieser Runde erwarteten Preisen der Konkurrenz. Sie nimmt daher kurzfristige Verluste in Kauf.⁶⁵⁵ Die Vergeltung ist hingegen aus langfristiger Sicht rational, um zu signalisieren, dass auf jede Abweichung der Konkurrenz mindestens eine Runde ohne Gewinne folgt, womit Anreize geschaffen werden sollen, das kollektiv gewinnmaximierende Preisniveau zu halten.⁶⁵⁶

(dd) Widerspruch bei Rückschritt zu separaten Abstimmungshandlungen

Ist man sich nach der ganz herrschenden Auffassung einig, dass eine (reine) Abstimmung über den Markt mangels vorzuschreibenden Alternativverhaltens nicht vom Kartellverbot erfasst sein sollte, wird begrifflich wie auch

653 Siehe für eine Definition Fn. 148 mwN.

654 Ähnlich kann auch der Ansatz von *Markovits*, (26) *Stanford Law Rev.* 1974, 717 ff. verstanden werden, der „contrived oligopolistic pricing“ von „natural oligopolistic pricing“ (= „conscious parallelism“ oder „oligopolistic interdependence“) abzugrenzen versucht hat und dabei mit kartellrechtswidrigen Preissetzungssequenzen operiert. Man beachte, dass die hier zitierte Fundstelle den zweiten Teil einer aus vier Beiträgen bestehenden Aufsatzreihe darstellt.

655 So lässt sich möglicherweise auch der im US-amerikanischen Antitrust-Recht geltende Plus-Faktor, des (bei isolierter Betrachtung) „Handelns gegen das Eigeninteresse“ verstehen, vgl. oben S. 45 f.; zur Übertragung spieltheoretischer Wertungen siehe auch *Yao/DeSanti*, (38) *Antitrust Bulletin* 1993, 113 ff.

656 Siehe hierzu die Ausführungen zu Kollusion bei unendlich wiederholten Spielen (S. 58 ff.), sowie die Beiträge von *Lu/Wright*, (28) *Int. J. of Ind. Org.* 2010, 298 ff.; siehe ferner auch *Garrod*, (30) *Int. J. of Ind. Org.* 2012, S. 471 ff.

teleologisch⁶⁵⁷ ein Zwischenschritt übersprungen. Aus der genannten Feststellung wird zumeist die Schlussfolgerung gezogen, dass man ein gegenseitiges, reziprokes Abstimmungsverhalten bräuchte.⁶⁵⁸ Dem Marktverhalten einer Partei dürfte höchstens ausnahmsweise Bedeutung beigemessen werden (siehe bereits kurz zuvor: anteilige Abstimmung über den Markt), nämlich wenn ein konkludenter Erklärungsgehalt enthalten ist.⁶⁵⁹ Rein einseitig verwendete Koordinierungsmittel werden dagegen, auch wenn sie mehr als gewöhnliches (oder jedenfalls objektiv notwendiges) Marktverhalten darstellen, vom Tatbestand ausgenommen. Wenn aber mit der hier wiedergegebenen Wortlautauslegung bereits bloßes in Reaktion aufeinander erfolgendes Marktverhalten der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden könnte, dann müsste erst recht die Zusatzmaßnahme mindestens einer Partei erfasst werden, die dazu führt, dass das Marktverhalten einander (insgesamt) angepasst wird.⁶⁶⁰ Dies gilt begrifflich umso mehr, als dass in diesem Fall eine gemeinsame Ausrichtung aller im Markt beteiligter Unternehmen an dieser Verhaltenspraxis erfolgen kann.

(ee) Sukzessive Verhaltensabstimmung

Man kann der Auffassung, die auch eine ausschließlich über den Markt erfolgte Abstimmung unter den Wortlaut fassen wurde, eine weitere interessante sprachliche Einsicht entnehmen. Eine wechselseitige Verhaltensabstimmung muss weder simultan, noch im Vorfeld der in Bezug genommenen Verhaltensweise (etwa der Preissetzung am Markt) erfolgen. Um sprachlichen Anforderungen gerecht zu werden, können Unternehmen sich auch sukzessive aufeinander abgestimmt haben, etwa durch schrittweises Marktverhalten, das in Reaktion auf einen jeweiligen Konkurrenten

657 Vgl. oben S. 195 ff.

658 Exemplarisch: *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174; andeutungsweise *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, 101. Lieferung, Stand: 03.2022, Rn. 186 a.E.

659 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 91; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 207.

660 Andeutungsweise – allerdings in der Debatte um algorithmische Preissetzung – *Göhl*, WuW 2018, 121, 123.

erfolgt.⁶⁶¹ Und so scheint es begrifflich nicht abwegig, den Wirkmechanismus einer Preisgarantie als sukzessive Verhaltensabstimmung zu erfassen. Als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist im Ergebnis die kollusive Preissetzung bzw. die Preisführerschaft des Garantie gewährenden Unternehmens zu sehen. Der Weg zu diesem Ergebnis wird dabei wie folgt beschritten. Das zukünftig preisführende Unternehmen spricht gegenüber seinen gegenwärtigen und potentiellen Kunden eine Preisgarantie aus. Aus der Preisgarantie folgt eine (im Vertikalverhältnis gar vertraglich durchsetzbare) Ausrichtung an den Preisen der Konkurrenz. Mit Blick auf diese (künstlich) erhöhte Preisverbundenheit bzw. Reduktion der eigenen Preissetzungsfreiheit (zumindest mit Blick auf die später tatsächlich von den Kunden gezahlten Preise), erkennen die Konkurrenten, dass eigene Preissenkungen weniger lukrativ sind. Dieser Entmutigungseffekt hat zur Folge, dass die Wettbewerber den Preisen des Garantie gewährenden Unternehmens folgen und sich schlicht anpassen. Die Preisführerschaft stellt sich schlussendlich also durch wechselseitige Anpassungen aufeinander ein. Somit kann im Ergebnis durchaus davon gesprochen werden, dass der im Markt nun herrschende Preissetzungsmechanismus eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Irrelevant ist, dass der Verbraucher – so er diesen Wirkmechanismus nicht durchschaut – davon ausgeht, dass das Garantie gewährende Unternehmen sich seinen Konkurrenten anpasst und nicht umgekehrt.

(c) Fazit: Abgestimmtes Verhalten erfordert keine gegenseitige Kommunikation

Aus der sprachlichen Untersuchung folgen gleich mehrere Einsichten für den Bedeutungsgehalt einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise und die Erfassbarkeit von individuell-einseitig verwendeten Instrumenten der Verhaltenskoordination.

Man könnte der abgestimmten Verhaltensweise begrifflich bereits ein Individualverhalten subsumieren, das in Abhängigkeit oder in Reaktion auf das Verhalten einer anderen Partei erfolgt. Dies bricht freilich mit der ständigen Rechtsprechung, die in der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ einen zweigliedrigen Tatbestand erblickt. Dennoch könnte dergestalt bereits isoliert nur die Preisgarantie als tatbestandsmäßiger Kartellverstoß

661 Vgl. Zimmer, ZHR 1990, 470, 483 f.

in Form einer durch Vertikalbindung zum Abnehmer erfolgte Verknüpfung der eigenen Preise mit denen der Konkurrenz verstanden werden. Dieses Verständnis löst sich ebenso von der Prämisse, dass es stets um das (wechselseitige) Verhalten mehrerer Unternehmen gehen müsse.⁶⁶² Dann entfällt auch die Prämisse wechselseitiger (vorgelagerter) Koordinierungsmaßnahmen.⁶⁶³

Selbst, wenn dagegen ein wechselseitiges Abstimmungsmuster vorausgesetzt wird, erfordert eines solches Verständnis zumindest begrifflich nicht zwingend, dass mehrere Beteiligte sich eines Kommunikationsmittels bedienen. Im Sinne des eben erarbeiteten Sprachverständnisses genügt es vollkommen, wenn sich weitere Unternehmen dem Verhalten eines Wettbewerbers anpassen und dieses Unternehmen ein Instrument der Verhaltenskoordinierung verwendet oder auch bloß einen Verhaltensvorstoß wagt. Insofern wäre zwar ein wahrnehmbares Verhalten der restlichen Unternehmen erforderlich; gleichzeitig kann dieses in einer stillschweigenden Reaktion zu sehen sein.

Ferner gilt es, das in der Figur einer „Abstimmung über den Markt“ angelegte Postulat zu bekräftigen, wonach die *Zweigliedrigkeit* einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht zwingend im Wortlaut angelegt ist. Eine insgesamt aufeinander abgestimmte Verhaltensweise kann rein sprachlich bereits durch bloßes in Reaktion aufeinander erfolgendes Marktverhalten zustande kommen. Eine Aufteilung des Tatbestands in (kommunikative) Abstimmungshandlungen und davon beeinflusstes Marktverhalten ist begrifflich nicht zwingend angelegt.

662 Während in Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB für die Tatvariante einer Vereinbarung noch explizit auf mehrere Unternehmen Bezug genommen wird, spricht der Tatbestand an späterer Stelle nur noch von (aufeinander) abgestimmte(n) Verhaltensweisen. Dass mehrere Unternehmen beteiligt sein müssen, wird entweder aus dem „aufeinander“ gefolgert oder aber mittels einer systematischen Auslegung mit Blick auf die Vereinbarung hergeleitet.

663 Wie oben bereits festgestellt wurde, widerspricht dies jedoch nicht dem Erfordernis „aufeinander“ abgestimmten Verhaltens, was eine Gegenseitigkeit der Verhaltensanpassungen implizieren könnte. Dieser sprachliche Zusatz ist ein Sonderfall der deutschen Übersetzung des Kartellverbots, ergibt sich aber nicht zwingend aus der bindenden englischen („concerted“) und französischen („concertées“) Fassung.

(3) Systematik

Aus dem klassischen Auslegungskanon verbleibt zuletzt die Systematik des Kartellrechts, aus der Rückschlüsse für die Bedeutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise gezogen werden können. Es finden sich einerseits Ansätze, die eine Auslegung des Kartellverbots in Abgrenzung zur Missbrauchsaufsicht vornehmen, und andererseits Ansätze, die innerhalb des Kartellrechts eine vergleichende Auslegung mit Blick auf die anderen Tatvarianten treffen.

(a) Gesetzssystematik: Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht

Des Öfteren begegnet man der Feststellung, das europäische und deutsche Kartellrecht enthalte abseits der ohnehin erst später hinzugetretenen Fusionskontrolle eine Zweiteilung hinsichtlich des gesetzlich erfassten Unternehmensverhaltens. Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) erfasse Wettbewerbsbeschränkungen, die auf gemeinsamem Verhalten mehrerer Unternehmen beruhen. Die Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB erfasse dagegen (auch) Wettbewerbsbeschränkungen durch unilaterales Verhalten.⁶⁶⁴ Während eine solche Kategorisierung in didaktischer Hinsicht⁶⁶⁵ für eine Heranführung an die Systematik des Kartellrechts sinnvoll erscheint und für einen Großteil der anerkannten Fallgruppen und Fallkonstellationen zutreffen mag, lässt sich daraus jedoch kein systematisches Argument zum Zwecke der Gesetzesauslegung gewinnen. Bereits inhaltlich ist mit der kollektiven Marktbeherrschung (vgl. für das deutsche Recht explizit § 18 Abs. 5 GWB) und dem Missbrauch einer solchen Stellung anerkannt, dass es ebenso unter Art. 102 AEUV und §§ 18 ff. GWB – wenn auch nur in Ausnahmefällen – um das gemeinsame Ver-

664 Allgemein *Lettl*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 20, S. 32 sowie *ders.*, WuW 2017, 422, 425; *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Rn. 77; andeutungsweise *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 62; konkret mit Blick auf die Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise: *Altwater*, Kartellbildung durch Abstimmung, 1997, S. 38.

665 Nicht umsonst findet man sie besonders häufig in kartellrechtlichen Lehrbüchern, so z.B. bei *Whish/Bailey*, Competition Law, 10. Aufl. 2021, S. 180; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, S. 25; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 946.

halten mehrerer Unternehmen gehen kann. Konsequenterweise enthalten die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht in keiner Hinsicht begriffliche Einschränkungen, die eine ausschließliche Erfassung unilateraler Maßnahmen nahelegen. Für Oligopol-Sachverhalte ergibt sich daher eine unmittelbare Überschneidung. Kartelle, aber auch andere Koordinierungsmittel im Dunstkreis der abgestimmten Verhaltensweisen, versprechen häufig nur dann Erfolg, wenn der betroffene Markt in einem hinreichenden Maße konzentriert ist, insbesondere wenn die Anzahl der beteiligten Unternehmen überschaubar ist.⁶⁶⁶ Anderenfalls wird es schwerer, eine Abstimmung zu erzielen und es bestehen größere Anreize, davon abzuweichen.⁶⁶⁷ Auch deswegen können die Anwendungsbereiche nicht streng dichotom verstanden werden.⁶⁶⁸

(b) Binnensystematik: Die Handlungsvarianten im Kartellverbot

Verfehlt ist ebenso eine Auslegung, welche die drei Handlungsvarianten des Art. 101 AEUV als „agreements“ zusammenfasst⁶⁶⁹ und multilaterale Abstimmungshandlungen fordert,⁶⁷⁰ weil eine Vereinbarung und ein Beschluss ein mehrseitiges Zusammenwirken voraussetzen.⁶⁷¹ Sie übersieht die sprachliche Offenheit der abgestimmten Verhaltensweise, insbesondere in Hinblick darauf, dass auch eine individuell-einseitig verwendete „faci-

666 Einen bemerkenswerten Fall stellen die Vitamin-Kartelle dar, wo an den einzelnen Absprachen bis zu sechs, am Kartell insgesamt 13 Unternehmen beteiligt waren, vgl. EU-Kommission v. 22.11.2001, COMP/E-1/37.512 – „Vitamine“; siehe auch Igami/Sugaya, (89) Rev. of Econ. Studies 2022, 1460-1494 für eine Modellierung, ob die Fusion mancher Kartellteilnehmer den Kollusionsanreiz für das früh zusammengebrochene Vitamin-C-Kartell erhöht hätte.

667 Je geringer die eigenen Marktanteile aufgrund der Vielzahl im Markt aktiven Unternehmen, umso höher fallen die potentiellen Abweichungsgewinne aus, wenn vom Kartellpreis abgewichen und die zu bedienende Nachfrage ausgeweitet wird, vgl. hierzu auch Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 475 f.

668 Siehe für eine abgrenzende Auslegung nach Stoßrichtung der Wettbewerbsbeschränkungen weiter unten, S. 282 f.

669 Marchisio, (38) E.C.L.R. 2017, 555, 560.

670 Aus dieser Richtung wohl auch EuG v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000 II-03383, ECLI:EU:T:2000:242 – Bayer AG/Kommission, Rn. 64: „Nach dem Wortlaut dieses Artikels (Art. 85 EGV, Anm. d. Verf.) betrifft das dort aufgestellte Verbot ausschließlich ein bilateral oder multilateral koordiniertes Vorgehen in Form von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.“

671 Lettl, WuW 2017, 422, 425.

litating practice“, wie z.B. eine Preisgarantie, das Verhalten mehrerer Unternehmen beeinflussen und angleichen kann. Ausgehend vom Taterfolg liegt sehr wohl ein gemeinsames, abgestimmtes Verhalten mehrerer Unternehmen vor. Insofern gelten die Ausführungen zur Wortlautauslegung des Kartellverbots.⁶⁷² Ferner ebnet das hier kritisierte Verständnis die in Art. 101 AEUV sowie § 1 GWB angelegte Differenzierung zwischen den drei Handlungsvarianten ein. Vereinbarungen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse eines Unternehmensverbandes sollen im Wesentlichen dieselbe Art der kollektiven Entscheidungsfindung zwischen Unternehmen erfassen, ganz gleich ob die Unternehmen miteinander Absprachen treffen oder die Beschlussfassung in einem vorher geschaffenen Kollektivorgan stattfindet. Mit den abgestimmten Verhaltensweisen dagegen liegt eine ersichtlich anders geartete Variante der Koordinierung vor. Nicht zuletzt unterlaufen Auffassungen, die eine abgestimmte Verhaltensweise inhaltlich zu nah an eine Vereinbarung rücken,⁶⁷³ dass es sich um einen umfassend angelegten Auffangtatbestand⁶⁷⁴ handelt.

(c) Fazit: Keine zwingende Aufteilung von uni- und multilateralem Verhalten

Somit lässt sich festhalten, dass Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV weniger basierend auf der Anzahl handelnder Unternehmen, sondern auf Grundlage unterschiedlicher inhaltlicher Stoßrichtungen voneinander abgegrenzt werden sollten. Das Kartellverbot soll die eigenständige, beschränkungs-freie Preisbildung bei vorhandenem Wettbewerb garantieren, während das Missbrauchsverbot bei vermachteten Marktstrukturen sicherstellen soll, dass ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktge-genseite nicht ausbeuten oder dass solche Unternehmen den ohnehin

672 Siehe den unmittelbar vorstehenden Abschnitt, S. 222 ff.

673 So wurde etwa vertreten, dass der Unterschied lediglich in der fehlenden faktischen Bindung einer Willensübereinstimmung läge, siehe für eine Zusammenstellung solcher (mittlerweile nicht mehr vertreter) Auffassungen *Odudu*, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, 2006, S. 75.

674 *Odudu*, a.a.O., S. 81 f.; so auch GA *Vesterdorf*, Schlussanträge v. 10.07.1991, Rs. T-1/89 Slg. 1991 II-869, 927 f., 942, ECLI:EU:T:1991:38 – „*Rhône-Poulence*“, siehe nicht zuletzt GA *Mayras*, Schlussanträge v. 02.05.1972, Verb. Rs. 48/69 u.a., ECLI:EU:C:1972:32, Slg. 1972-00619, 667 ff. (deutsche Fassung), 674 – *ICI/Kommission*, mit Hinweis auf ein Auslegungsprinzip, demzufolge dem Primärrecht volle Auswirkung gegeben werden müsse.

schon geschwächten Restwettbewerb nicht noch weitergehend durch eine nicht-leistungsbasierte Verdrängungsstrategie der verbliebenen Wettbewerber behindern.

d) Umsetzbarkeit im Einklang mit geltender Dogmatik

Nachdem also gezeigt werden konnte, dass weder die Historie noch der Wortlaut oder die Systematik des europäischen und deutschen Kartellverbots einer Auslegung im Weg stehen, die es für eine „abgestimmte Verhaltensweise“ ausreichen lässt, dass ein Unternehmen sich eines Instruments der Verhaltenskoordinierung bedient, stellt sich die Frage, wie diese Auslegung konkret umzusetzen ist und welche Widerstände es zu überwinden gilt.

aa) Das rechtmäßige Alternativverhalten – Ein Scheinproblem bei einseitigen Maßnahmen

Die geltende Auslegung der „abgestimmten Verhaltensweise“ wird ganz offensichtlich in rechtsfolgenorientierter Betrachtung vom berühmten Abhilfeproblem getragen, wie es *Turner* als Reaktion auf das „*Tabak*“-⁶⁷⁵ und „*Theatre Enterprise*“-Urteil⁶⁷⁶ des US-Supreme Courts herausgearbeitet hat.⁶⁷⁷ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Europäischen Gerichte in wiederkehrender Rechtsprechung davon sprechen, dass es nicht verboten werden könne, sich „mit wachem Sinn“ seinen Wettbewerbern anzupassen.⁶⁷⁸ Bei der Interpretation dieser Passagen wird jedoch verkannt, dass das Abhilfeproblem nur dann besteht, wenn Wettbewerber sich ohne die Zuhilfenahme jeglicher Instrumente der Verhaltenskoordination einander anpassen und bei suprakompetitiven Preisen einfinden (sog. **marktstrukturbedingte Kollusion**)⁶⁷⁹. Wenn dagegen auch nur ein einziges Unterneh-

675 American Tobacco Co. vs. United States: 328 U.S. 781 (1946).

676 Theatre Enterprise vs. Paramount Distributing: 346 U.S. 537 (1954).

677 *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 655-706.

678 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14; EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 71.

679 *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in

men eine kollusionsförderliche Ermöglichungshandlung („facilitating practice“) verwendet, liegt eine adressierbare Koordinierungsmaßnahme vor, die untersagt werden kann (sog. **verhaltensbedingte Kollusion**).⁶⁸⁰ Während *Turner* primär oligopolistische Preissetzung infolge natürlicher Reaktionsverbundenheit („conscious parallelism“) thematisierte,⁶⁸¹ sind seine Einsichten über das eigentliche Anliegen hinausgehend auch auf die individuell-einseitige Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination übertragen worden.

Diesem Fehlschluss⁶⁸² kann der unbefangene Rezipient auch bei Lektüre der oben wiedergegebenen Aussagen der Europäischen Gerichte erliegen. Die gerichtliche Feststellung, dass es Unternehmen nicht verboten werden dürfe, sich mit wachem Sinn einander anzupassen, kann auf jedes einzelne Unternehmen bezogen werden, das an einem beobachtbaren Parallelverhalten beteiligt ist. Wenn die bloße Berücksichtigung des kollusiven Verhaltens eines Unternehmens (der Initiator) bei einer Anpassung des eigenen Marktverhaltens „mit wachem Sinn“ nicht tatbestandsmäßig sei, könnten solche (Dritt-)Unternehmen nicht als Beteiligte einer zwischen mehreren Unternehmen stattfindenden abgestimmten Verhaltensweise betrachtet werden. Daraus wiederum würde folgen, dass jedes Unternehmen, dem die Beteiligung an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zum Vorwurf gemacht werden soll, (in reziproker Weise) ein Instrument der Verhaltenskoordination verwendet haben muss.

Im Lichte des ursprünglich befürchteten Abhilfeproblems stellt sich diese Deutung allerdings als Trugschluss dar. *Turner* wies lediglich darauf hin, dass es rechtlich nicht erstrebenswert sei, paralleles Marktverhalten als solches zu verbieten. Damit ist keine Aussage darüber getroffen, welche Anforderungen an vom Marktverhalten trennbare Maßnahmen der

der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 40 ff. (v.a. 41)

680 *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 40 ff. (v.a. 42 f.).

681 Siehe in aller Deutlichkeit zum Anliegen des Beitrags: *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 655, 663.

682 Recht deutlich etwa anzutreffen bei *Paschke*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 144 sowie ders., in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 174.

Koordinierung zu stellen sind, die ersteres beeinflussen.⁶⁸³ Bei dem in der EGKS neu entstandenen – nach heutigem Kenntnisstand zweigliedrigen – Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise sind *Turners* ursprüngliche Befürchtungen dagegen nicht mehr angezeigt. Fordert man ein vom Marktverhalten trennbares Abstimmungsverhalten, liegt stets ein untersagbares Verhalten unterhalb der Schwelle zur Preiskontrolle vor. Jedenfalls bei Zugrundelegung des zweiaktigen Verständnisses differenziert der europäische Auffangtatbestand bereits zwischen Koordinierungsmittel und Marktverhalten. Bei einem solchen Verständnis ist das Rechtsfolgenproblem hinreichend abgebildet und durch ein Bekenntnis dahingehend gelöst, dass bloße oligopolistische Preissetzung nicht verbotswidrig sei. Im *Farben-* und *Zucker-Urteil* sollte daher lediglich die bestätigende Feststellung gesehen werden, dass paralleles Marktverhalten ohne dazugehörige Ermöglichungshandlungen keine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Gleichwohl wird die Abstimmung auf erster Stufe des Tatbestands auch weiterhin im Lichte des Rechtsfolgenproblems ausgelegt. Dies überstreckt das eigentliche Problem, welches nur dann vorliegt, wenn es gar kein vom Marktverhalten trennbares Abstimmungsverhalten gibt. Den in dieser Arbeit schon häufig wiedergegebenen Urteilspassagen sollten demnach keine Aussagen zur Qualität des Abstimmungsvorgangs entnommen werden – jedenfalls nicht basierend auf vermeintlichen rechtsfolgenrechtlichen Durchsetzungsproblemen.

bb) Geltende Rechtsprechung

Wenn man dem EuGH unterstellt, dass er ähnlich wie der US Supreme Court bereits einige Jahre zuvor lediglich festhalten wollte, dass „tacit collusion“ mangels rechtlich handhabbarer Abhilfemaßnahme nicht untersag-

683 Diese Abgrenzung hat bereits *Turner*, (75) Harvard Law Rev. 1962, 655, 668 ff., 673 ff. vorgenommen; siehe den entsprechenden Hinweis bei *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 44.

bar sei und sich die Aussagen im *Farben*-⁶⁸⁴ und *Zuckerurteil*⁶⁸⁵ daher ausschließlich auf Preissetzung unter natürlicher oligopolistischer Reaktionsverbundenheit beziehen, so ergeben sich weite Spielräume für das Verständnis einer abgestimmten Verhaltensweise. Wirft man einen Blick auf die bisher geltenden Definitionen der ständigen Rechtsprechung zeigt sich, dass die in dieser Arbeit geforderte Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise beinahe mühelos in Einklang mit den bisherigen Aussagen der Rechtsprechung zu bringen ist.

(1) Prämisse: Zweigliedrigkeit des Tatbestands und Kausalität

Hält man an der Prämisse eines zweigliedrigen Tatbestands fest, ergibt sich am Beispiel der Preisgarantie die nachfolgende Subsumtion. Für das Garantie auslobende Unternehmen fällt die Abstimmungshandlung zeitlich mit dem betroffenen Marktverhalten zusammen. Die Preissetzung selbst wird als Mechanismus zur Verhaltensabstimmung genutzt. Das Instrument der Verhaltenskoordination und das relevante Marktverhalten sind miteinander verknüpft. Aufgrund dieser Verknüpfung ist es anders als bei Vorfeldmaßnahmen wie dem Informationsaustausch nicht erforderlich, einen Nachweis zu erbringen, dass sich das Koordinierungsmittel auch tatsächlich auf das eigene Marktverhalten dieses Unternehmens ausgewirkt hat. Gleichwohl handelt es sich um ein trennbares, zweiteiliges Geschehen: die Auslobung der Preisgarantie und das Setzen eines eigenen Preises.

Für die restlichen Wettbewerber, deren vom Koordinierungsmittel beeinflusstes Marktverhalten noch positiv festgestellt werden muss, dürfte nach den bisher geltenden Grundsätzen die *Anic*-Vermutung⁶⁸⁶ greifen. Wer von

684 EuGH v. 14.7.1972, Rs. C-49/69, Slg. 1972 I-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67: „Zwar ist ein Parallelverhalten für sich allein noch nicht einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen, [...]“.

685 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975 -01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174; vgl. danach auch EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981 -02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 14 sowie EuGH v. 31.03.1993, Verb. Rs. C-89/85 u.a., Slg. 1993 I-01307, ECLI:EU:C:1993:120 – *Ahlström*, Rn. 71.

686 EuGH (jeweils) v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 118 ff.; Rs. C-199/92 P, Slg. 1999 I-4287, ECLI:EU:C:1999:358 – *Hüls*, Rn. 161 ff.; Rs. C-235/92 P, Slg. 1999 I-4539, ECLI:EU:C:1999:362 – *Montecatini*, Rn. 125 ff.

der Preisgarantie hört, wird diese Information auch berücksichtigen.⁶⁸⁷ Dies muss bei öffentlicher Verlautbarung der Preisgarantie unzweifelhaft angenommen werden. Dafür spielt es auch keine Rolle, ob sich die Auslobung vertraglich an die Konsumenten richten. Es kommt viel eher auf die tatsächliche Wahrnehmbarkeit an, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass mit der öffentlichen Verlautbarung auch und gerade ein Signal an die Konkurrenz gesendet werden soll.⁶⁸⁸

Doch selbst wenn die Auslobung nicht zur Kenntnis genommen worden sein sollte, aber die tatsächlichen Kundenströme von der Preisgarantie beeinflusst werden, muss dies nach gewöhnlichen Umständen eine Anpassungsreaktion bei der Konkurrenz hervorrufen. Eine gewisse Beeinflussbarkeit der Konsumenten durch die Preisgarantie unterstellt, müsste selbst in diesem Fall eine dem *Anic*-Urteil vergleichbare Vermutung greifen.

Zugebenermaßen hängt die Wirkung der Preisgarantie – wie die obige ökonomische Analyse zum Vorschein gebracht hat – von ihrer konkreten Ausgestaltung, den Eigenschaften des sie verwendenden Unternehmens und dem Marktumfeld ab. Die in den Raum gestellte Vermutung hinsichtlich einer Beeinflussung der Konkurrenz könnte daher eine Betrachtung der Einzelfallumstände erforderlich machen. Hier käme es zu einer Überschneidung mit dem Tatbestandsmerkmal der dadurch bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, was für die „aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“ allerdings keine Ausnahme darstellt und unweigerlich aus dem herrschenden Verständnis eines zweigliedrigen Tatbestands folgt (siehe bereits oben S. 164 ff.). Für eine Übersetzung der ökonomischen Einsichten in konkrete Entscheidungshilfen bei der Rechtsanwendung sei auf den nachstehenden Abschnitt zur Wettbewerbsbeschränkung (S. 254 ff.) verwiesen.

(2) Definitionen und Konzepte

Unter der geltenden Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise als zweigliedriger Tatbestand lässt sich eine individuell-einseitig verwendete Preisgarantie also erfassen. Ebenso wenig werden dabei die geltenden Definitionen der ständigen Rechtsprechung verletzt.

687 Diese Vermutung lässt sich im Übrigen auch ohne Weiteres von der Rechtsprechung zur öffentlichen Distanzierung von Kartellabsprachen ableiten, siehe oben S. 179 ff.

688 Siehe zu dieser Vermutung Winter, in: ABA, Section of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy, 2008, Band 2, S. 1269, 1272.

(a) Praktische Zusammenarbeit

Obwohl manche Kommentierungen noch anders lauten, muss – wie oben ausführlich dargelegt – als widerlegt gelten, dass eine zwingend erforderliche Gegenseitigkeit der Verhaltensabstimmung aus dem Diktum einer „praktischen Zusammenarbeit“ zu folgern sei.⁶⁸⁹ Nach zutreffender und in Deutschland mittlerweile höchstrichterlich vertretener Auffassung⁶⁹⁰ handelt es sich um eine Beschreibung des in Umsetzung einer Abstimmung erzielten, gleichförmigen Marktverhaltens. Die hier vorgeschlagene Auslegung würde also nicht mit dieser Definition der ständigen Rechtsprechung kollidieren.

(b) Fühlungnahme

Auch die gängige Definition des Abstimmungsverhaltens steht einem Verständnis nicht entgegen, wonach rein einseitige Maßnahmen im Einzelfall vom Tatbestand erfasst sind. Ausweislich der Rechtsprechung ist eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen verboten, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das Marktverhalten, das man selbst an den Tag zu legen erwägt oder entschlossen ist, ins Bild zu setzen.⁶⁹¹ Während auch hier Uneinigkeit zu herrschen scheint, inwieweit der Begriff einer Fühlungnahme nicht doch eine gewisse Reziprozität erfordert, deutet jedenfalls der zweite Teil der Definition auf die Zulässigkeit einer rein einseitigen Stoßrichtung hin. Es wird eine Fühlungnahme adressiert, die bewirkt oder bezweckt, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das eigene Marktverhalten in Kenntnis zu setzen. Wechselseitige Beeinflussung oder etwa wechselseitiger Informationsfluss ist nicht angesprochen.⁶⁹² Ebenso wenig wird der

689 Siehe zu alledem oben, S. 168 ff.

690 BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, I. LS = NZKart 2020, 602 = WuW 2020, 605 – *Bierkartell*.

691 Ursprünglich: EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn.173/174; heutige Fassung: EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999 I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

692 So auch *Odudu*, The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, 1. Aufl. 2006, Kapitel 4: Collusion: Agreement and concerted practice, S. 85 f.; OECD, Policy Roundtable on Facilitating Practices in Oligopoly, DAF/COMP(2008)24, S. 91 (spanischer Beitrag); *Faull/Kjølbye/Leupold/Nikpay*, in:

Plural verwendet und von Fühlungen gesprochen. Dementsprechend heißt es sowohl im Englischen als auch im Französischen lediglich „contact“,⁶⁹³ nicht „contacts“. Und während einige Stimmen dem Begriff Fühlungnahme auch im Singular eine Reziprozität entnehmen möchten,⁶⁹⁴ ist dem entgegenzuhalten, dass ein Kontakt zwar stets eine Personenmehrheit im Sinne eines Senders und eines Empfängers von Kommunikationsinhalten erfordert, aber keinesfalls zwingend impliziert, dass im Rahmen eines solchen Kontakts stets Informationen in beide Richtungen fließen. Anderenfalls wären die Grundsätze der Rechtsprechung zur passiven Beteiligung an Sitzungen, auf denen Informationen geteilt werden,⁶⁹⁵ kaum haltbar. Dort müsste stattdessen gefordert werden, dass jeder Beteiligte eigene Informationen preisgibt oder in anderer Form als bloßer Kenntnisnahme die Informationen anfordert oder billigt. Ferner liefe in einem solchen Fall die typischerweise anzutreffende Argumentation⁶⁹⁶ hinsichtlich der Reduktion wettbewerblicher Unsicherheit mit Blick auf die zukünftig zu erwartenden Handlungen dieses Unternehmens ins Leere. Der Gegenauffassung ist höchstens zuzustimmen, dass eine als Kontaktaufnahme verstandene Fühlungnahme in irgendeiner Form die Wettbewerber erreichen muss. Doch dies lässt sich ohne Weiteres auch bei einer Preisgarantie annehmen, wobei unterschiedlich argumentiert werden kann. An die Öffentlichkeit gerichtet, erfahren auch Wettbewerber von einer Preisgarantie. Zudem kann man die

Faull/Nikpay (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl. 2014, S. 220, Rn. 3.131; siehe ferner Lettl, WuW 2017, 422, 424; a.A. möglicherweise Paschke, in: MüKo-WettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 131, wenn auch mit Blick auf eine recht ähnliche Formulierung in EuGH v. 26.01.2017, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 – *Duravit*, Rn. 73 hinsichtlich einer versuchten Kartellierung.

693 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174: „[...] (I)t does however strictly preclude any direct or indirect **contact** between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.“ (Hervorhebung durch Verf.).

694 Vgl. *Pahlen/Vahrenholdt*, ZWeR 2014, 442, 448: Erforderlich sei ein Minimum an gegenseitigem Kontakt, sonst sei keine Fühlungnahme und auch keine Abstimmung gegeben; wohl auch *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht 2017, S. 104.

695 Vgl. dagegen aber (in Wiedergabe der Vorinstanz) BGH v. 13.07.2020, Az. KRB 99/19, NZKart 2020, 602 – *Bierkartell*, Rn. 9: „An dem Koordinierungsversuch habe sich der Betroffene durch stillschweigende Billigung passiv beteiligt.“

696 Überblick bei *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 161 ff.

Fühlungnahme auch im Inhalt der Erklärung sehen, nämlich der Verknüpfung der jeweiligen Preise.

e) Fazit zur Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise

Die bisherigen Ausführungen haben stets zwischen allgemeinen Erkenntnissen und dem konkreten Anwendungsbeispiel der Preisgarantie gewechselt. Aus diesem Grund wird die hier vertretene Auslegung einer abgestimmten Verhaltensweise nach geltender Gesetzeslage nochmals in Thesenform festgehalten.

aa) Untersuchungsergebnisse (de lege lata)

- Weder eine Neufassung des Auffangtatbestands einer „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ im deutschen und europäischen Kartellverbot, noch eine Änderung bisheriger Definitionen des geltenden Gesetzestexts sind zur Erfassung bestimmter rein unilateraler, kollusionsförderlicher Maßnahmen erforderlich.
- Aus dem von der Rechtsprechung früh entwickelten Kriterium einer „praktischen Zusammenarbeit“ ergibt sich kein Erfordernis gegenseitiger Abstimmungshandlungen auf erster Ebene des zweigliedrigen Tatbestands. Wie eine detaillierte Untersuchung der Rechtsprechung ergeben hat, ist die „praktische Zusammenarbeit“ vielmehr als das Ergebnis der Abstimmung zu verstehen und daher auf zweiter Ebene des Tatbestands anzusiedeln.
- Der historische Gesetzgeber hatte kein konkretes Konzept einer abgestimmten Verhaltensweise vor Augen, als die Formulierung aus dem US-amerikanischen Antitrust-Recht übernommen wurde. Die Abgrenzung zu erlaubtem Parallelverhalten war von Beginn an der Anwendungspraxis überlassen.
- Eine Auslegung, die auch (rein) einseitige Abstimmungshandlungen dem Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise subsumiert, überschreitet nicht die Wortlautgrenzen. Eine historische Betrachtung zeigt, dass „concerted action“ ursprünglich ein beobachtetes Parallelverhalten am Markt bezeichnete. Auch im heutigen Sprachgebrauch erfordert ein abgestimmtes Verhalten nicht zwingend gegenseitige Abstimmungsmaßnahmen. Zu einem abgestimmten Verhalten kann es rein sprachlich

ebenso durch die Reaktion einer Partei auf die Handlung einer anderen Partei kommen.

- Bereits gegenwärtig wird als verbotene Abstimmungshandlung die Fühlungnahme eines einzelnen (!) Unternehmens definiert, aufgrund derer das Verhalten eines Wettbewerbers beeinflusst oder dieser über das beabsichtigte eigene Verhalten informiert werden soll.
- Die begriffliche Offenheit, der Auffangcharakter und der fehlende konzeptionell-dogmatische Unterbau bei Erlass des europäischen Kartellverbots haben seit jeher zu einer hohen Relevanz teleologischer Erwägungen bei der Auslegung einer „abgestimmten Verhaltensweise“ geführt.
- Die vielfach befürwortete Auslegung, es bedürfe schon reziproker Abstimmungshandlungen, beruht ideengeschichtlich auf der von *Donald F. Turner* vorgetragenen Sorge, bei der Erfassung bloßen Parallelverhaltens nur durch eine staatliche Preiskontrolle im Sinne der Vorgabe konkreter Verhaltensregeln Abhilfe schaffen zu können.
- Es entpuppt sich als Trugschluss, von der Aussage, die bloße Anpassung an einen Wettbewerber könne nicht verboten werden, darauf zu schließen, dass alle Wettbewerber Koordinierungsmaßnahmen ergriffen haben müssen.
- Liegt mindestens eine „facilitating practice“ vor, die eine Koordinierung der Wettbewerber hin zu einer praktischen Zusammenarbeit anstößt, übersieht eine solche Auffassung, dass die Untersagung dieses Verhaltens genügt. Dergestalt wird der koordinierten, praktischen Zusammenarbeit ihre Grundlage erzogen, ohne dass ein rechtmäßiges Alternativverhalten für die bloß reagierenden Parteien zu bestimmen wäre.⁶⁹⁷ Kollusion, die auf der Verwendung von „facilitating practices“ beruht, ist nicht stillschweigend.⁶⁹⁸
- Die Reduktion künstlich erhöhter Interdependenz stellt den bei Wettbewerb zwischen den Unternehmen ursprünglich bestehenden Antagonismus wieder her. Für die Rechtsanwendung kann dieser Auftrag aus dem Selbstständigkeitspostulat abgeleitet werden.
- Nur Parallelverhalten, das ohne jegliche Zusatzmaßnahme(n), insbesondere Kommunikations- und Verständigungsmittel, infolge schlichter

697 *Ulmer*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 27: „Entscheidend ist vielmehr, dass durch das Abstimmungsverbot das Zustandekommen eines abgestimmten Verhaltens verhindert [...] wird.“

698 Vgl. *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 388: „Yet, not all unilateral forms of conduct represent an expression of conscious parallelism.“, allerdings ohne einen entsprechenden Schluss.

wechselseitiger Anpassung zustande kommt, sollte vom Tatbestand ausgenommen sein.

bb) (Neu-)Definition einer abgestimmten Verhaltensweise (de lege lata)

Während eben gezeigt wurde, dass die bisherige Rechtsprechung einen hinreichend flexiblen Rahmen für die Erfassung problematischen Verhaltens steckt, schadet es nicht, die Ergebnisse in einer (Neu-)Beschreibung des Sinngehalts einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise festzuhalten.

(1) Bisherige Definitionsversuche im Schrifttum

Wenige Beiträge im akademischen Schrifttum versuchen sich an einer eigenen Definition der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweise“ oder auch nur der Abstimmung⁶⁹⁹ als darin enthaltenem Tatbestandsmerkmal. Die meisten Kommentierungen nehmen die Beschreibungsversuche der Europäischen Rechtsprechung und ordnen sie anhand konkreter Fallkonstellationen ein.⁷⁰⁰ Dies entspricht im Wesentlichen der Herangehensweise, für die sich bisher auch in dieser Arbeit bei Wiedergabe der herrschenden Dogmatik entschieden wurde. Eine Ausnahme von diesem Vorgehen stellt die Kommentierung von Krauß⁷⁰¹ dar:

„Eine Abstimmung kann definiert werden als gegenseitige Verständigung zwischen mehreren Unternehmen in Koordinierungsabsicht ohne Verpflichtung über das künftige Marktverhalten, die dem Zweck dient, das unternehmerische Risiko einzuschränken.“

Gegen diesen Vorschlag bestehen im Lichte der bisherigen Untersuchungsergebnisse jedoch Vorbehalte. Definition, die eine Verständigung zwischen Unternehmen in den Vordergrund rücken, laufen Gefahr, dass dieser Begriff seinerseits zu eng ausgelegt und auf Fälle verbaler Kommunikation

699 Mit dem Befund, dass sich viele Beiträge schon gar nicht die Mühe machen, überhaupt zwischen den einzelnen Bestandteilen („aufeinander“, „abgestimmt“ und „Verhaltensweise“) zu differenzieren: Lettl, WuW 2017, 422 ff.

700 Für eine Übersicht: Lettl, a.a.O.

701 Krauß, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 98.

zwischen den Unternehmen beschränkt wird.⁷⁰² Dieselbe Befürchtung greift auch bei Definitionen, die zu sehr an einer zwischen Unternehmen zu erzielenden Unsicherheitsreduktion⁷⁰³ verhaftet bleiben,⁷⁰⁴ wie der EuGH es im *Farbstoff*-Urteil formuliert hatte.⁷⁰⁵

(a) Betonung einer Verständigung

Das Erfordernis einer Verständigung würde zu unnötigen Komplikationen führen, wenn streitiges Verhalten als Folge dessen in ein kommunikatives Raster einzuordnen wäre. Im Einzelfall kann nämlich unklar sein, inwiefern die Maßnahme des einen Unternehmens wirklich dem Willen des anderen Unternehmens entspricht und nicht bloß billigend hingenommen wird. Ferner kann eine zurechenbar veranlasste Verhaltensanpassung Dritter auch durch Maßnahmen forciert werden, die man klassischerweise nicht als direkte Kommunikation bezeichnen würde. Genauso könnte man bei „Competitor-Based-Pricing“ bereits dem Preisgarantie auslobenden Unternehmen vorwerfen, die Festlegung seiner tatsächlichen Preise auf die restlichen Konkurrenten delegiert und somit seine Preise abgestimmt zu haben. Wie sich bei der Wortlautauslegung gezeigt hat, ist bereits der Abstimmungsbegriff streitbar genug, sodass dieselbe Auseinandersetzung mit Blick auf eine hier notwendige „Verständigung“ vermieden werden sollte.

(b) Betonung einer Unsicherheitsreduktion

Auf eine Unsicherheitsreduktion⁷⁰⁶ abzustellen, kann im Einzelfall und nicht zuletzt im Bereich unilateraler Kollusion in die Irre führen. Denn um eine Unsicherheitsreduktion geht es primär bei Fällen des Informationsaustauschs oder öffentlicher Ankündigungen. Dort stehen Unternehmen vor

702 Gleiches gilt auch für Definitionsversuche, denen zufolge eine Willensübereinstimmung zum Ausdruck gebracht werden müsse (so etwa *Lettl*, WuW 2017, 422, 425) und die den Auffangtatbestand damit zu nah an eine Vereinbarung rücken; siehe hierzu bereits die binnensystematische Auslegung, S. 234 f.

703 Dies ist in der Definition von *Krauß* (s.o.) als Risikoverminderung bezeichnet.

704 Siehe etwa *Alberta-Lorrens*, (51) Antitrust Bulletin 2006, 837, 866, die jene Unsicherheitsreduktion als „essential test“ (neben „reciprocal communication“) bezeichnet.

705 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67.

706 Vor allem, wenn gefordert wird, dass Unsicherheit bei jedem Unternehmen beseitigt werden müsse.

der Schwierigkeit, sich auf ein Gleichgewicht mit höheren Preisen zu koordinieren, aber wissen nicht, wo ein solches aus Sicht ihrer Wettbewerber idealerweise liegen könnte. Damit ist aber nur ein denkbarer Zweck von „facilitating practices“ angesprochen. Diese können gleichermaßen dazu dienen, einen Bestrafungsmechanismus zu optimieren.⁷⁰⁷ Dann geht es weniger um die Unsicherheitsreduktion eines Unternehmens, ob alle Konkurrenten einer Preiserhöhung folgen werden, sondern darum ein bereits erreichtes, koordiniertes Gleichgewicht abzusichern und Abweichungen davon zu verhindern. Bereits im Argumentationsrahmen des wiederholten (dynamischen) Spiel droht ein Abstellen auf etwaige Unsicherheitsreduktionen den Anwendungsbereich des Tatbestands über Gebühr zu beschränken.

Im Übrigen können manche Maßnahmen auch ein statisches, nichtkoordiniertes Gleichgewicht beeinflussen. Man denke etwa an die durch Preisgarantien herbeigeführten Veränderungen in Modellen eines Preiswettbewerbs mit differenzierten Gütern.⁷⁰⁸ Hier bewegt man sich außerhalb der Theorie wiederholter Spiele, die normalerweise den Untersuchungsrahmen für „facilitating practices“ liefert und bei der eine Koordination auf Basis langfristiger Erwartungen erzielt wird.⁷⁰⁹ Folglich geht es in solchen Fällen ebenso wenig (primär) um Unsicherheitsreduktion.⁷¹⁰ Hier wird die im ökonomischen Kapitel eingangs erläuterte Unterscheidung⁷¹¹ zwischen der „*facilitating collusion*“- und „*dampending/softening competition*“-These relevant, wobei man sich nunmehr in der zweiten Kategorie bewegt. Wettbewerbspolitisch kann es geboten sein, bestimmte Maßnahmen zu untersagen, die bereits das statische Gleichgewicht verändern, auch ohne, dass

707 Gerade Preisgarantien können darauf abzielen, Vorsprungsgewinne zu verringern, was als Perfektionierung eines Bestrafungsmechanismus betrachtet werden kann, vgl. bereits oben: S. 64 ff.; an anderer Stelle wurde dies bereits als Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs beschrieben: vgl. S. 209 ff.

708 Vgl. S. 68 ff.

709 Nicht umsonst werden „facilitating practices“ in dieser Arbeit in Einklang mit dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum als „Instrumente zur Verhaltens**koordination**“ übersetzt.

710 Freilich kann man auch einer Preisgarantie im Einzelfall eine Unsicherheitsreduktion unterstellen, namentlich im Fall der Kopplung mit einer Preiserhöhung. Dann kann sich das auslobende und seinen Preis erhöhende Unternehmen sicher sein, dass die Konkurrenten (zumindest zu einem gewissen Teil) nachziehen werden, da günstiger zu sein, keine Mengenvorteile bietet. Ohne Preisgarantie wäre ein etwaiges Mitziehen dagegen nicht sichergestellt.

711 Siehe S. 54.

es sich um klassische Koordinierung im Paradigma wiederholter Spiele handelt.

(2) Eigener Vorschlag

Nach vorzugswürdigem Verständnis sollte das Kartellverbot – insbesondere in Form des allgemeingültigen Auffangtatbestands – greifen, wenn Unternehmen selbst über die Wettbewerbsbedingungen in ihren Märkten entscheiden und diese künstlich verändern. Das Handeln in Ausnutzung solcher künstlich geschaffenen Bedingungen ist zurechenbares, abgestimmtes Verhalten.⁷¹² Eine entsprechende Definition könnte wie folgt lauten:

Definition 1: Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ist das aufgrund eines von mindestens einem Unternehmen verwendeten Instruments der Verhaltensanpassung angeglichene Marktverhalten mehrerer miteinander in Wettbewerb stehender Unternehmen.

Diese Auslegung geht weiter als ein Verständnis, bei dem der Schwerpunkt auf einer Unsicherheitsreduktion liegt, die – wie oben gezeigt wurde – Informationsaustausch oder Signaling als Anwendungsfall vor Augen hat. Es geht um die Erfassung sämtlicher strategischer Aktionen, die Kollusion fördern.⁷¹³ Die Definition ist ersichtlich vom Regelungs- und Verbotszweck her motiviert und versucht auf Bestandteile zu verzichten, die das Koordinierungsmittel über Gebühr einschränken könnten. Das Ziel ist, die Offenheit der Formulierung weitestmöglich auszunutzen, um wettbewerbsschädlichem Verhalten im Oligopol die Stirn bieten zu können.

Definition 2: Als Instrument der Verhaltensanpassung gilt jede Maßnahme, die einen strategischen Kontakt zwischen Wettbewerbern herstellt, dadurch die Interdependenz von Wettbewerbern erhöht und dabei kein

712 *Mestmäcker*, Das Prinzip der Rule of Reason und ähnliche Ausnahmemechanismen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Vorträge und Aufsätze des Walter-Eucken-Instituts, 1974, S. 21, 50 f.; siehe auch *Schuchmann*, Die Behandlung von tacit collusion im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2017, S. 104.

713 Ähnlich wie hier: *Hay*, (16) Rev. of Ind. Org. 2000, 113, 128, wobei allerdings unklar ist, ob er bereits die individuell-einseitige oder erst die kollektiv-unabgesprochene Verwendung von „facilitating practices“ erfasst wissen will.

bloßes und nach objektiven Maßstäben notwendiges Marktverhalten darstellt.⁷¹⁴

Von besonderer Bedeutung sind dabei Verständigungsversuche und Äußerungen über das eigene zukünftige Verhalten. Genauso seien aber auch Zusatzmaßnahmen erfasst, durch welche die Wettbewerbsparameter mehrerer Unternehmen, z.B. Preise, miteinander verknüpft werden, insbesondere wenn eine effektive, in die Zukunft gerichtete Selbstbindung erzielt wird. Die Kontrolle, ob ein Verhalten nach objektiven Maßstäben am Markt notwendig ist, soll verhindern, dass gewöhnliche Geschäftshandlungen unter den Tatbestand fallen.⁷¹⁵ Denn selbst die Auszeichnung der eigenen Ware mit dem dafür erbetenen Preis fördert angesichts hoher Transparenz im Internet möglicherweise eine im Übrigen stillschweigende Kollusion.⁷¹⁶ Zwar wäre die Forderung eines Geheimwettbewerbs⁷¹⁷ dergestalt denkbar, dass Preise nur auf Anfrage persönlich mitgeteilt werden. Dies entspricht jedoch gewiss nicht den Konsumentenbedürfnissen. Ebenso wenig würde sich ein solches Vorgehen als Gleichgewichtsstrategie darstellen, da es einen Wettbewerbsnachteil bei an schnellen Geschäftsabschlüssen interessierten Kunden darstellt. Unter dem Negativmerkmal können bekannte Abgrenzungskriterien integriert werden, etwa die im Bereich des Signalings relevante Frage, ob eine Ankündigung zukünftigen Verhaltens über den Maßen früh und detailliert geschieht und daher als „invitation to collude“ zu deuten ist.

Die Prüfung, ob es sich um objektiv notwendiges Marktverhalten handelt, darf nicht verwechselt oder vermengt werden mit der (ggfs.) später

714 Vgl. hierzu *Ulmer*, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, 1972, S. 26: „Aus wettbewerbspolitischer Sicht sollte vielmehr gegen alle diejenigen ein- oder gegenseitigen Meinungsäußerungen aller Art vorgegangen werden können, deren objektiver bzw. branchenüblicher Erklärungswert auf eine Beeinflussung der Mitbewerber gerichtet ist und deren Erfolg sich in einem Parallelverhalten niederschlägt.“

715 Unter diesem Merkmal ließe sich bspw. erörtern, ob es andere Erklärungen für eine gewisse Maßnahme gibt als das bloße Koordinierungsinteresse mit den Wettbewerbern zwecks Ausräumung wettbewerblicher Unsicherheit.

716 Dieses Beispiel geht auf eine Anregung von *Michael Beurskens* zurück; vgl. auch den spanischen Beitrag zum OECD Policy Roundtable über Facilitating Practices in Oligopolies, DAF/COMP(2008)24, S. 87, 89; freilich ist anerkannt, dass die Ankündigung von Preiserhöhungen den eigenen Kunden gegenüber legitimen Interessen entspricht, so etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 40 oder auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 101. Lieferung, Stand: 03/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 208.

717 Zum Begriff *Roth/Ackermann*, a.a.O., Rn. 209.

stattfindenden Prüfung einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.⁷¹⁸ Würde eine Abgrenzung zwischen objektiv gebotenem Verhalten auf der einen und Mitteln der Koordinierung auf der anderen Seite allerdings nicht bereits in der Tathandlung stattfinden, bliebe angesichts der teils unweigerlich wettbewerbsschädigenden Wirkung etwa von transparenter Preissetzung nichts anderes, als solche Fälle über Tatbestandsrestriktionen oder eine Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB wieder einzufangen. Dies erscheint unnötig kompliziert und könnte Probleme bei der dort bestehenden Dogmatik hervorrufen.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der strategische Kontakt zwischen Unternehmen als Bestandteil der zweiten Definition nicht (ausschließlich) als Kommunikation missverstanden werden darf, sondern im Sinne des bisherigen Verständnisses einer Fühlungnahme angelegt ist. Man könnte in Analogie zur Physik auch an den Kontakt zweier Elektroden denken, wobei die Verknüpfung durch einen Berührungspunkt gemeint ist. Eine solche Verknüpfung, etwa zweier Preise miteinander, nimmt auch eine Preisgarantie vor.

cc) Leitgedanken für etwaige Änderungen de lege ferenda

Wer von der hier vertretenen Auslegung nicht überzeugt ist, kann gleichwohl zweierlei nicht bestreiten. *Zum einen* kann als gesichert und absolut herrschende Meinung gelten, dass die Mitgliedsstaaten im europäischen Kartellverbots einen weiten Auffangtatbestand verankern wollten, um sich größtmögliche Freiheit bei der Erfassung antikompetitiven Verhaltens zu erhalten. Ihr wettbewerbsschädigendes Potential unterstellt, wird dieses Ziel bei Preisgarantien im Speziellen und bei unilateral veranlasster Kollusion im Allgemeinen bis dato verfehlt. *Zum anderen* zeigt sich die bisherige Anwendungspraxis in einigen Themenfeldern denkbar expansionsfreudig. Als Zäsur kann das *Eturas*-Urteil des EuGH betrachtet werden, in dem eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise bereits angenommen wurde, als miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen schlicht dieselbe

718 Mit dieser Feststellung sei der Vorschlag von ähnlich anmutenden Ansätzen abgegrenzt, wie z.B. *Thomas*, (15) J.C.L.E. 2019, 159-203; *ders.*, Auslegung des Kartellverbots bei Kollusion durch Algorithmen, in: Zimmer, (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S.293-310, der bei algorithmischer Preissetzung eine Kosten-/Nutzen-Analyse von Informationssignalen bereits im Rahmen der Tathandlung durchführen möchte.

Nachricht erhielten und dieser nicht widersprachen. Wer dem aktuellen Gesetzeswortlaut das Erfordernis einer aktiven Beteiligung aller Unternehmen an den Koordinierungsmaßnahmen entnimmt, kann diese Entwicklung – zu Recht – nicht gutheißen.

Als Folge beider Beobachtung wäre ein Plädoyer dafür geboten, den Auffangtatbestand sprachlich zu aktualisieren, um einerseits eine angemessene Grundlage für die bisherige Anwendungspraxis zu schaffen und um andererseits den Anwendungsbereich des Kartellverbots zu erweitern,⁷¹⁹ damit bei Bedarf auch einseitige Maßnahmen erfasst werden können. Die sprachliche Neufassung des Tatbestands hängt davon ab, in welchem Aspekt des bisherigen Wortlauts („aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“) man die unüberwindbare Begrenzung ausmacht. Um eine echte Fortentwicklung zu gewährleisten, käme man vermutlich nicht umher, auf den Begriff Abstimmung komplett zu verzichten.⁷²⁰ Feststeht darüber hinaus, dass sich der zweigliedrige Tatbestand bzw. die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt nicht nur als unnötig, sondern auch als Ursache für Verwirrung und begriffliche Meinungsverschiedenheiten erwiesen hat. Denkbar wäre zum einen, den Begriff einer „*Fühlungnahme*“ (unter Beibehaltung der zugehörigen Definition, vgl. ursprünglich das *Zucker-Urteil*⁷²¹, leicht abgewandelt seit dem *Anic-Urteil*⁷²²) zum Tatbestandsmerkmal zu erheben. Zum anderen könnte man in der dritten Handlungsvariante „von sonstigen Formen [...]“ oder „Mitteln der Koordinierung“ sprechen.⁷²³ Die Gesetzesbegründung muss-

719 Eine solche Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums fordern etwa *Andreoli-Versbach/Franck*, (11) J.C.L.E. 2015, 463-492; s. auch *Franck*, Recht und Ökonomik: Zur Bedeutung rechtlicher Expertise für die Industrieökonomien, in: Rehberg (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, S. 55, 72.

720 Vgl. etwa „sonstige Abstimmung“; „sonstige Verhaltensabstimmung“; „sonstige kommunikationsbasierte Verhaltensabstimmung“; „sonstige Abstimmungspraktiken“; „sonstiges Abstimmungsverhalten“.

721 EuGH v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40-48/73 u.a., Slg. 1975-01663, ECLI:EU:C:1975:174 – *Suiker Unie*, Rn. 173/174.

722 EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, ECLI:EU:C:1999:356 – *Anic Partecipazioni*, Rn. 117.

723 Freilich handelt es sich beim Verb „koordinieren“ laut Duden um ein Synonym für „aufeinander abstimmen“. Dies stärkt einerseits die hier vertretene Auffassung, dass auch einseitige Koordinierungsmaßnahmen genügen sollten. Andererseits könnten Verfechter der Gegenauffassung diesem Begriff dieselbe Kritik vorhalten. Im Gegenzug müsste man sich aber ernsthaft fragen lassen, welche Worte der deutschen Sprache in angemessener Weise als Oberbegriff das tatbestandlich zu erfassende Verhalten bezeichnen könnten; siehe für eine Sprachkritik und unweigerliche Über-

te deutlich machen, dass im Einzelfall auch einseitige Maßnahmen diese Tatvariante erfüllen können. Gleichzeitig müsste sie erkennen lassen, dass keine grundlegende Abkehr von den über Jahrzehnten höchststrichterlich gewonnenen Maßstäben und Anwendungslinien beabsichtigt ist. Sie würden fortgelten, was sich insbesondere daran verdeutlichen ließe, dass der zweite Formulierungsvorschlag dem *ICI-Urteil*⁷²⁴ und damit dem (für Europa) ältesten Abgrenzungsversuch zwischen Parallelverhalten und kollusivem Zusammenwirken entnommen ist.

dd) Auswirkungen der 11. GWB-Novelle

Im Juli 2023 würde die 11. GWB-Novelle verabschiedet.⁷²⁵ Nicht nur sieht der neu entstandene § 32f GWB vor, dass Unternehmen nach einer Sektoruntersuchung bei erheblichen, fortwährenden Störungen des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt missbrauchsunabhängig entflochten werden können (Abs. 3, 5). Anstelle dieser ultima ratio können zunächst strukturelle oder verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen auferlegt werden (Abs. 3 Satz 6). Das BKartA kann Unternehmen etwa bestimmte unilaterale Verhaltensweisen untersagen. In einer Liste mit Regelbeispielen findet sich hierzu beispielsweise das „Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen“ (§ 32f Abs. 3 Satz 7 Nr. 5 GWB). Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es nunmehr auch „*Oligopolen an den Kragen*“ gehen könnte.⁷²⁶

Darin eine allgemeine und abschließende Lückenschließung zu sehen, die (endlich) das Verbot einseitig verwendeter „*facilitating practices*“ ermögliche,⁷²⁷ greift dagegen zu kurz. Da die Novelle als Verschärfung und Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums eingestuft wird, zeigt sich zwar, dass der Gesetzgeber die individuell-einseitige Verwendung von „*facilitating practices*“ (vermutlich) als bisher nicht vom Kartellverbot erfasst ansieht. Dies lässt allerdings nur bedingt Rückschluss auf die gesetzgeberisch beabsichtigte Reichweite und Wortlautinterpretation des Kar-

schneidung aller mit „co-“ beginnenden Begrifflichkeiten *Black*, (1) E.C.J. 2005, 341 ff.

724 EuGH v. 14.07.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972-00619, ECLI:EU:C:1972:70 – *ICI*, Rn. 64/67.

725 Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. 2023 Teil I Nr. 167 v. 26.06.2023.

726 *Wagner-v. Papp*, NZKart 2022, 605 ff.; ders., WuW 2022, 642, 648.

727 In diese Richtung *Wagner-v. Papp*, a.a.O., 606.

tellverbots zu, was primär damit zusammenhängt, dass die nationale Vorschrift in § 1 GWB eine Entsprechung des europäischen Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV darstellt. Sie wurde in der 6.⁷²⁸ und 7. GWB-Novelle⁷²⁹ zum Zwecke der Angleichung des nationalen und europäischen Kartellrechts von letzterem übernommen. Daher wird man annehmen dürfen, dass das Normverständnis des deutschen Gesetzgebers seither unter dem Eindruck der bereits geltenden Auslegung und Anwendungspraxis des europäischen Kartellverbots steht. Wie die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, geht das weit überwiegende Verständnis in der Tat davon aus, dass unilaterale Kollusion nicht erfasst werden kann. Dabei handelt es sich nach hier vertretener Auffassung allerdings um kein Ergebnis zwingender Auslegungsgrenzen der Vorschrift. Selbst insofern der deutsche Gesetzgeber das Verständnis als gegeben annimmt, bringt er mit der GWB-Novelle keine entsprechende Intention zum Ausdruck. Hinzukommt ohnehin, dass die oben empfohlene Auslegung über die nationale Vorschrift des § 1 GWB hinausgeht, indem sie unmittelbar auch für Art. 101 Abs. 1 AEUV gilt. Dessen Auslegung wiederum wird nicht von nationaler Gesetzgebung beeinflusst. Im Wege eines systematischen Arguments könnte die 11. GWB-Novelle allerhöchstens die Auslegung von § 1 GWB beeinflussen, was nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht überzeugt. Nicht zuletzt würde dies den in der 6. und 7. GWB-Novelle zum Ausdruck gebrachten Wunsch nach einheitlichen Maßstäben für das europäische und deutsche Kartellverbot konterkarieren.

Bei Einnahme der Perspektive des deutschen Gesetzgebers spricht auch in teleologischer Hinsicht wenig dafür, der Gesetzesnovelle einen Hinweis auf die beabsichtigten Auslegungsgrenzen des Kartellverbots zu unterstellen. Ebenso wie man mit der Missbrauchsaufsicht (siehe dazu noch unten, S. 263 ff.) nur einen Teil aller ökonomisch problematischen Fälle erfassen könnte, gilt selbiges für die in § 32f GWB angesprochenen wettbewerblich dauerhaft geschwächten Märkte. Die mit der 11. GWB-Novelle erzielten Änderungen können die oben beschriebenen, weitreichenden Anwendungsschwierigkeiten des Kartellrechts bei unilateraler Kollusion allenfalls bruchstückhaft lösen. Auch deswegen sollte die Novelle der hier vorge-

728 Sechstes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.08.1998, BGBl. 1998 Teil I Nr. 59 v. 02.09.1998, S. 2521 ff.

729 Siebtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 07.07.2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954 ff.

schlagenen Auslegung nicht im Weg stehen.⁷³⁰ § 32f GWB ließe zwar im Einzelfall eine Untersagung bestimmter einseitiger Maßnahmen der Kollisionsförderung zu. Dies könnte mit Blick auf den Auslöser des Gesetzesvorhabens auch und gerade den in dieser Bearbeitung schon vielfach in Bezug genommenen Kraftstoffmarkt⁷³¹ betreffen. Allerdings enthält der Wortlaut keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regelung abschließend sei.⁷³² Im Gegenteil wurde für die Auferlegung von Verhaltensverboten in § 32f Abs. 3 Satz 1 GWB sogar eine schwache Subsidiarität gegenüber der Anwendung von §§ 1, 18 ff. GWB angeordnet.⁷³³ Diese sind – es sei denn, sie reichen nicht aus, um der Störung angemessen entgegenzuwirken – vorrangig anzuwenden. Daher können sie in ihrer Reichweite auch nicht von § 32f GWB und den dort (zusätzlich) geregelten Fallkonstellationen begrenzt werden. Sollten sich im Wege neuer Erkenntnisse bei der Rechtsanwendung und Auslegung dieser Vorschriften zusätzliche Spielräume ergeben, kann dies zwar dazu führen, dass § 32f GWB an Bedeutung verliert oder einzelne Regelbeispiele hinfällig werden. Dies ist aber insoweit unproblematisch, als der Gesetzgeber bewusst (vermeintlichen) Lücken der Kartellrechtsanwendung entgetreten wollte. Bestehen diese in tatsächlicher Hinsicht nicht, entfällt auch der Bedarf für die zusätzliche Regelung.

3. Wettbewerbsbeschränkung

Gelingt es mit der hier vertretenen Auffassung, das von einer Preisgarantie beeinflusste Preissetzungsverhalten mehrerer miteinander im Wettbewerb stehender Unternehmen als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise mit dem Kartellverbot zu erfassen, stellt sich auf Ebene des Taterfolgs die notwendige Folgefrage, wann die Verwendung einer Preisgarantie antikompetitiv ist und zu höheren Preisen führt. In diesem Abschnitt soll eine Überführung der ökonomischen Erkenntnisse aus dem ersten Kapitel dieser Arbeit in handhabbare Subsumtionsregeln geleistet werden.

730 Thomas, ZWeR 2022, 333, 340 scheint gar von exklusiven Anwendungsbereichen auszugehen: Bei der von § 32f GWB-RefE angesprochenen stillschweigenden Koordinierung handele es sich nur um solche Zustände, die gerade nicht aufgrund einer abgestimmten Verhaltensweise zustande gekommen sind.

731 Vgl. die auf S. 114 ff. wiedergegebenen Studien.

732 Vgl. etwa Mundt, NZKart 2023, 1, 2.

733 Wagner-v. Papp, WuW 2023, 301.

a) Grundlinien des Merkmals

Das Kartellverbot untersagt Handlungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Bei diesem Tatbestandmerkmal ist der Taterfolg einer Abstimmungshandlung zu prüfen. Die drei Varianten werden gemeinhin ohne nähere Erläuterung als Beschränkung des Wettbewerbs zusammengefasst.⁷³⁴ Tathandlung und Taterfolg können dagegen in unterschiedlicher Weise miteinander verknüpft sein. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, bestimmt die Prüfung der wettbewerbslichen Wirkungen.

Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung hängt entgegen erster Intuition nicht primär mit den Absichten der handelnden Parteien zusammen,⁷³⁵ sondern bestimmt sich objektiv nach dem Inhalt und Charakter einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise.⁷³⁶ Weist die Handlung ihrer Natur nach – bei objektiver Betrachtung – eine Tendenz auf, den Wettbewerb zu schädigen,⁷³⁷ wird ein Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung angenommen. Die Auswirkungen im konkreten Einzelfall müssen dann nicht mehr geprüft werden. Das entscheidende Merkmal ist nach der europäischen Rechtsprechung die Feststellung, dass eine Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt.⁷³⁸ Freilich ist den Unternehmen damit nicht die Möglichkeit genommen, substantiiert vorzutragen, dass das streitige Verhalten aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalls ungeeignet war, eine Beschränkung des Wettbewerbs herbeizuführen.⁷³⁹ In dem Fall können es die Wettbewerbsbe-

734 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 123 f.; Säcker/Zorn, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 198; Berg/Mudrony, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 84.

735 HM jeweils mwN. Zimmer, a.a.O., Rn. 129; Hengst, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 246; Säcker/Zorn, MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 258 ff.

736 Zimmer, a.a.O., Rn. 130; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142.

737 Zimmer, a.a.O., Rn. 129 f. mwN; Grave/Nyberg, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 228; Hengst, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 239.

738 EuGH v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 – *Allianz Hungária*, Rn. 34.

739 EuGH v. 04.10.2011, Verb. Rs. C-403/08 u.a., Slg. 2011 I-09083, ECLI:EU:C:2011:631 – *Football Association Premier League Ltd u.a./QC Leisure u.a. & Karen Murphy/Media Protection Services Ltd.*, Rn. 140.

hören nicht bei einer prima-facie Betrachtung belassen, sondern müssen sich mit den Einwänden der Unternehmen auseinandersetzen. Es kommt zu einer Untersuchung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts.⁷⁴⁰ Hier verschwimmen die Grenzen zur Prüfung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.⁷⁴¹

Für eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sieht die Herangehensweise im Grundsatz anders aus. Ist die Wirkung einer Handlung nicht in vergleichbarer Weise typisierbar und evident, müssen die konkreten Auswirkungen untersucht werden.⁷⁴² Es muss festgestellt werden, dass die fraglichen Handlungen konkret geeignet sind, wettbewerbsschädigende Wirkung zu entfalten. Außerdem müssen sie – ausweislich eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals – spürbar, d.h. zu einem gewissen Ausmaß erheblich sein.⁷⁴³ Im Rahmen dieser Auswirkungsanalyse findet allerdings keine „Rule-of-Reason“ im Sinne einer Abwägung der Vor- und Nachteile einer Verhaltenskoordinierung statt.⁷⁴⁴ Die Architektur des deutschen und europäischen Kartellverbots sieht vor, dass (Effizienz-)Vorteile im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB geprüft werden. Wettbewerbschädigende Handlungen können von der Verbotswirkung freigestellt werden, wenn sie – nach einem klar vorgezeichneten Abwägungsschema – einen höheren Nutzen als Schaden zeitigen.

740 Zur Kontextanalyse *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Rn. 131; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 230; siehe möglicherweise abweichend *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 AEUV Rn. 264 ff., die sie für ein stets erforderliches Merkmal der Zweckprüfung halten; ähnlich: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142.

741 Vgl. andeutungsweise *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 230 mit dem Hinweis, dass es sich noch um keine Auswirkungsanalyse handelt.

742 *Grave/Nyberg*, a.a.O., Rn. 232; *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 272 ff.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 145 ff.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 132 ff.

743 Die Spürbarkeit bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen wird vermutet, um nicht über diesen Weg – zumal aufgrund eines ungeschriebenen Merkmals – doch zu einer (verpflichtenden) Auswirkungsanalyse zu gelangen, vgl. EuGH v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 37.

744 *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 285-287; *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 209 ff.

Eine Einzelfalluntersuchung bei möglicherweise bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen macht es – selbst im Lichte des viel diskutierten „more economic approach“⁷⁴⁵ – nicht erforderlich, stets ökonometrische Evidenz über den Effekt bestimmter Verhaltensweisen vorzuhalten. Es genügt, wenn eine qualitative Untersuchung der Umstände des Einzelfalls – in Übereinstimmung mit Vorhersagen der Wirtschaftswissenschaft – zu dem Ergebnis kommt, dass wettbewerbsschädigende Wirkungen der streitigen Verhaltensweise überwiegend wahrscheinlich sind. Eine quantitativ-empirische Vorgehensweise stellt nur eine von mehreren Nachweismöglichkeiten dar. Anders als in der Fusionskontrolle⁷⁴⁶ oder der Missbrauchsaufsicht⁷⁴⁷ sind die Kartellbehörden in Verfahren nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB (mit Ausnahme der Marktabgrenzung und Berechnung von Marktanteilen) noch nicht dezidiert zu einer quantitativen Analyse übergegangen.⁷⁴⁸

b) Besonderheiten bei Preisbezug

Zu bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zählen typischerweise Absprachen mit Bezug zu den Preisen der beteiligten Unternehmen.⁷⁴⁹ Der Preis ist (neben der Absatzmenge) der überragend wichtige Wettbewerbs-

745 Statt vieler: *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 17-19.

746 Man denke etwa an UPP/IPR-Screens, Simulationen oder etwa Preis-Konzentrationsstudien; siehe zu alledem *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 332 ff.

747 Hier sei etwa auf Preis-Kosten-Tests wie den „as efficient competitor“-Test hingewiesen, der Gegenstand des mittlerweile in vierter Runde laufenden Verfahrens zwischen *Intel* und der EU-Kommission ist; siehe überblicksartig zum Verfahren und der Rolle des AEC-Tests: *Zimmer/Rottmann*, WuW 2022, 370-377.

748 Eine Ausnahme könnte möglicherweise das vom BKartA wegen der Verwendung einer engen Bestpreisklausel gegen *Booking* geführte Verfahren sein, in dem es eine detaillierte Untersuchung des vorübergehenden behördlichen Verbots nachreichte und anhand der Entwicklung von *Bookings* Marktanteilen argumentierte, dass ein behauptetes Trittbrettfahrerverhalten der Hotels kaum geschäftsschädigend sein könne, vgl. hierzu: Bundeskartellamt, Die Auswirkungen enger Preisparitätsklauseln im Online-Vertrieb – Ermittlungsergebnisse aus dem Booking-Verfahren, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, August 2020.

749 Sie gelten nicht zuletzt als Kern- bzw. Hardcore-Beschränkungen, vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 130, 135; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Dokumentenstand: 64. EL Mai 2018, Rn. 142; Abgrenzung bei *Säcker/Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 261; zum Verhältnis von bezweckter Wettbewerbsbeschränkung

paramater. Gleichwohl zeigt die jüngere Rechtsprechung in Gestalt der *Cartes Bancaires*-Entscheidung des EuGH,⁷⁵⁰ dass eine strittige Verhaltensweise, bloß weil sie den Preis betrifft, nicht zwingend als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen ist, sondern dass den Umständen des Einzelfalls entsprechend auch hier eine Auswirkungsanalyse angezeigt sein kann.⁷⁵¹ Ähnliches muss man für das *Booking*-Urteil des BGH festhalten,⁷⁵² bei dem die enge Bestpreisklausel der Hotelbuchungsplattform als bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wurde. Auch hier hat die Beeinflussung des (Markt-)Preises nicht automatisch dazu geführt, dass von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen wurde.⁷⁵³ Nicht zuletzt wurde jüngst für die Preisbindung der zweiten Hand festgehalten, dass diese nicht zwingend eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen müssen, obwohl es sich um eine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO handelt.⁷⁵⁴ Aus alledem folgt, dass die Erfassung einer Preisgarantie als abgestimmte Verhaltensweise die wettbewerbliche Würdigung nicht vorwegnimmt. Im Lichte der oben vorgenommenen ökonomischen Analyse von Preisgarantien ist festzuhalten, dass deren Funktionsweise in einer Vielzahl von Konstellationen wettbewerbliche Bedenken hervorruft, gleichwohl aber nicht per se von ihrer Schädlichkeit auszugehen ist. Obwohl die Preise von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen betroffen sind, liegt keine Hardcore-Beschränkung vor, wie dies

und Kernbeschränkungen *Grave/Nyberg*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 233 ff.

750 EuGH v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 – *Groupement des cartes bancaires/Kommission*.

751 *Heinemann*, Algorithmenbasierter Handel und Kartellverbot, in: Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 269, 275; vgl. allgemein zur damit verbundenen strikteren Auslegung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: EU-Recht, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 242 ff.

752 BGH v. 18.05.2021, KVR 54/20 – *Booking.com* = WuW 2021, 517 (mAnm. *Rottmann/Schäfer*, 562 ff.).

753 Zugegebenermaßen mag dies auch an der mittelbaren Wirkung einer engen Bestpreisklausel liegen, bei denen eine Beschränkung des horizontalen Provisionswettbewerbs zu befürchten ist, obwohl lediglich eine vertikale Bindung der Hotels vorliegt, vgl. hierzu oben: S. 195 f. Insofern handelt es sich um keine klassische Absprache zwischen Wettbewerbern. Genau daran zeigt sich freilich die Nähe der Konstellation zu einer Preisgarantie.

754 EuGH v. 29.06.2023, Rs. C-211/22 – *Super Bock Bebidas/Autoridade de Concorrência*, Rn. 27-43.

etwa bei einem klassischen Preiskartell der Fall wäre.⁷⁵⁵ Daher empfiehlt es sich, jedenfalls eine Untersuchung des Kontexts und im Einzelfall gar eine umfassende Auswirkungsanalyse vorzunehmen.⁷⁵⁶ Hierbei gilt es das Marktumfeld, die Rolle und Stellung der beteiligten Unternehmen, die Bedingungen und Modalitäten einer Preisgarantie sowie die betroffenen Produkte und das entsprechende Suchverhalten der Konsumenten in den Blick zu fassen. Hinsichtlich der eben bereits angesprochenen Möglichkeit, ökonometrische Evidenz der Preisentwicklung nach Einführung einer Preisgarantie hinzuzuziehen, sei darauf hingewiesen, dass dies nicht zur Verpflichtung gemacht werden sollte.⁷⁵⁷ Bereits die im Anschluss zusammenzufassenden strukturellen Merkmale eines Marktumfelds können als verlässliche Indikatoren dafür gelten, ob von einer Preisgarantie Gefahren für den Wettbewerb ausgehen. Empirische Evidenz sollte daher höchstens verlangt werden, wenn die sonstigen Umstände des Einzelfalls ambivalente Ergebnisse liefern.

c) Orientierungshilfen/Entscheidungskriterien

Im nachfolgenden Abschnitt soll aus den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse von Preisgarantien eine Orientierungshilfe zur Unterscheidung zwischen wettbewerbsschädlichen und wettbewerbsneutralen Preisgarantien geronnen werden. Die gewonnenen Kriterien können dabei als ein Prüfungsschema fungieren, dessen Gebrauch die Schädlichkeit von Preisgarantien indiziert.⁷⁵⁸ Eine Absicherung durch (zusätzliche) ökonometrische

755 Ob die Preisabsprache erfolgreich umgesetzt wurde und tatsächlich zu Preisanstiegen geführt hat, steht auf einem anderen Blatt, s.o. bereits die Ausführungen zur Verteidigung mit vermeintlich kartelluntreuem Verhalten (S. 181 f.).

756 So plädieren auch *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 364 für einen „Rule-of-Reason“-Approach. Gemeint ist inhaltlich dasselbe. Freilich stellt eine Rule-of-Reason – wie oben dargestellt – einen dogmatisch anderen Ansatz als die Auswirkungsanalyse bei einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung dar.

757 Es liegen nur selten ähnlich umfangreiche, öffentlich zugängliche Daten vor, wie dies etwa dank der MTS-K beim Endkundenmarkt für Treibstoffe der Fall ist. Aufwändige quantitative Analysen dürften daher häufig bereits an einer unzureichenden Datenlage scheitern. Neue Möglichkeiten bieten dagegen Preisvergleichsportale, die Preisbewegungen vergleichbarer Produkte über weite Zeiträume der Vergangenheit speichern.

758 Siehe hierzu sowohl die Liste prüfbarer Kriterien bei *Winter*, in: ABA, Section of Antitrust Law (Hrsg.), *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1281 als auch die Screening-Devices und Diagramme in *Lear*, Can ‘Fair’ Prices Be

Überprüfung des Preisniveaus mag sich im Einzelfall anbieten. Gleichzeitig steht nicht für jede Branche ein ähnlich guter Datensatz bereit, wie ihn zum Beispiel historische Preis-Tracker im Internet oder die Markttransparenzstelle-Kraftstoffe liefern. Im Übrigen gilt festzuhalten, dass Preisgarantien ökonomisch umfassend erforscht sind, sodass sich das nachfolgend dargestellte, schematische Vorgehen aufdrängt. Ein behördliches oder gerichtliches Einschreiten von ökonometrischer Evidenz abhängig zu machen, wie es – *de lege ferenda* – für ein Vorgehen gegen weniger gut erforschte, unilaterale Instrumente der Verhaltenskoordination angeregt wurde,⁷⁵⁹ scheint nicht geboten.

- Garantien, die eine Preisentsprechung ausloben, bergen ein deutlich höheres wettbewerbliches Risiko als Garantien, die eine Preisunterbietung in Aussicht stellen.
- Allerdings ist auch Preisunterbietung kritisch zu betrachten, wenn sie sich auf die effektiven und nicht bloß die beworbenen Preise der Konkurrenz bezieht.
- Preisgarantien haben ein geringeres wettbewerbsschädigendes Potential, wenn ein (bereits vorher) preiswertes Unternehmen sie verwendet; gleiches gilt für Handelsunternehmen, die sich durch geringe Service-Bereitstellung auszeichnen.
- Preisgarantien sind dagegen problematisch, wenn ein Unternehmen sie verwendet, das (bereits vorher)⁷⁶⁰ am oberen Rand der Preisverteilung im Markt lag, oder gar Preisführer ist.
- In ähnlicher Weise ist die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsschädigender Effekte höher, wenn ein marktstarkes Unternehmen eine Preisgarantie verwendet. Die Marktstärke kann sich dabei aus den Konsumentenpräferenzen ergeben, etwa aufgrund einer vorteilhaften Markenwahrnehmung und Qualitätserwartungen.
- Gleiches scheint nicht zuletzt auch für ein Unternehmen mit der größten Kapazität und Absatzmenge zu gelten. Auch nach anderen Maßstäben zu beurteilende Marktmacht, ohne dass freilich die Schwelle zur Markt-

Unfair? A Review of Price Relationship Agreements, OFT-Report 1438, September 2012, S. 136 ff.

759 Andreoli-Versbach/Franck, (11) J.C.L.E. 2015, 463-492.

760 Im Beitrag von Jiang/Kumar/Ratchford, (63) Management Science 2017, 3489-3513 ist die Verwendung einer Preisgarantie prokompetitiv; gleichwohl ist das Unternehmen, das die Preisgarantie auslobt, schlussendlich teurer als seine Konkurrenz.

- beherrschung überschritten sein müsste, kann hierbei Berücksichtigung finden, etwa eine bei Kunden besonders erfolgreiche Markenreputation.
- Das Kollusionspotential steigt, umso einfacher die Geltendmachung der Garantie ist, d.h. umso geringer die sog. Aufwandskosten („Hassle Cost“) sind. Am Ende der Fahnenstange steht eine automatische Verrechnung etwaiger Preisunterschiede, ggfs. sogar ohne Aufforderung und Geltendmachung.
 - Eine Wettbewerbsschädigung liegt nahe, wenn auch und gerade die Preise der nicht-adoptierenden Unternehmen infolge einer Preisgarantie steigen. Dies spricht gegen die Signaling-These.
 - Ein gewisses Maß an Geltendmachung der Preisgarantie erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um eine wettbewerbsschädigende Konstellation handelt.
 - Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt ferner nahe, wenn Suchverhalten der Konsumenten als Reaktion auf eine Preisgarantie eingeschränkt wird.

d) Geringe Gefahr eines Over-Enforcements

Das Plädoyer für eine schematische Beurteilung von Preisgarantien beruht nicht zuletzt auf der Einschätzung, dass das Risiko eines gesamtwirtschaftlich schädlichen Over-Enforcements durch falsch-positive Behördenentscheidungen in diesem Bereich begrenzt sein dürfte.

Definition: Von einer falsch-positiven Entscheidung wird (in diesem Kontext) gesprochen, wenn das Kartellrecht fälschlicherweise zur Anwendung kommt, obwohl keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.⁷⁶¹ Der Begriff stimmt überein mit dem in der Statistik bekannten „Fehler 1. Art“, der das Szenario beschreibt, in dem eine Nullhypothese (hier aufgrund der Beweislast der Behörde: keine Wettbewerbsbeschränkung) fälschlicherweise zugunsten der Alternativhypothese (Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung) verworfen wird.⁷⁶²

Dies hängt vor allem damit zusammen, dass es der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung bisher kaum gelungen ist, tragfähige Vorteile der Verwen-

761 Vgl. *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 15.

762 Vgl. *Goerg/Petersen*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl. 2023, § 7 Rn. 442 ff.

dung von Preisgarantien für die Gesamtwohlfahrt herauszuarbeiten. Selbst wenn die Rede von prokompetitiven Wirkungen ist,⁷⁶³ wird damit im Regelfall ein Zustand bezeichnet, in dem wettbewerbsschädigende Wirkungen einer Preisgarantie ausbleiben. Eine Belebung des Wettbewerbs geht von ihnen – entgegen der weitläufigen Verbraucherwahrnehmung⁷⁶⁴ – oft nicht aus. Preisgarantien sind in den allermeisten ökonomischen Beiträgen bestenfalls wohlfahrtsneutral.

Eine Ausnahme bildet höchstens die Signaling-These, etwa im Modell von *Moorthy/Winter*.⁷⁶⁵ Im Gleichgewicht steigen dabei die Preise des günstigeren, Garantie auslobenden Unternehmens, während die Preise des anderen Unternehmens sinken. Trotz der Preisansteige beim günstigeren Unternehmen beziehen nach Einführung der Preisgarantie mehr (vormals) uninformierte Konsumenten zum günstigeren (wenn auch leicht erhöhten) Preis. Bereits ihre Vorteile dürften – ein ursprünglich ausreichend hohes Preisdifferential der Anbieter vorausgesetzt – die Nachteile derer, die auch vorher schon beim günstigen Unternehmen gekauft hätten, ausgleichen. Hinzukommt, dass die informierten Kunden beim teureren Anbieter nun sparen, zumal der Anteil informierter Kunden im Markt – als eine Voraussetzung des „Separating Equilibriums“ – groß genug sein muss. Hier kann jedenfalls von einer Steigerung der Konsumentenrente (zulasten der Produzentenrente) gesprochen werden. Der Durchschnittspreis aller Verkaufsabschlüsse sinkt. Gleichzeitig steigt dagegen der niedrigste Preis im Markt. Dies könnte mitunter zu weniger Geschäftsabschlüssen führen und einen klassischen Wohlfahrtsverlust bedeuten. Insofern ist auch hier Vorsicht geboten, tatsächlich von einem prokompetitiven Effekt zu sprechen, jedenfalls was die Gesamtwohlfahrt angeht. Vehementen Verfechtern einer wettbewerbsfreundlichen Wirkung von Preisgarantien ist außerdem entgegenzuhalten, dass der Signaling-Fall relativ eindeutig zu ergründen ist. Beim Preisgarantie auslobenden Unternehmen muss es sich um ein Unternehmen am unteren Ende der Preisspanne handeln. Auch hier kann also mit einer schematischen Betrachtung eine hohe Treffsicherheit erzielt werden. Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass selbst das authentische Preissignal eines tatsächlich günstigen Unternehmens grundsätzlich mit Vorsicht zu

763 Vgl. etwa *Fatás et al.*, (26) *Rev. of Ind. Org.* 2005, 115-136; *Fatás et al.*, (45) *Applied Econ.* 2013, 15-35.

764 Siehe die rezipierten Studien auf S. 129 ff.

765 Siehe hierfür etwa das Signaling-Modell nach *Moorthy/Winter*, (37) *RAND J. of Econ.* 2006, 449-465; *Winter*, in: *ABA, Sec. of Antitrust Law (Hrsg.), Issues in Competition Law and Policy*, 2008, Band 2, S. 1269, 1278-80.

betrachten ist, da von der Beeinflussung des Suchverhaltens der Konsumenten wiederum negative Folgen erwachsen können. Ersparte Suchkosten mancher Konsumenten bezahlen alle Konsumenten hinterrücks möglicherweise mit erhöhten Preisen.

Weitere Argumente für die Legitimität von Preisgarantien, wie z.B. die Bekämpfung von „Showrooming“ durch stationäre Händler, die im Wettbewerb mit günstigeren Online-Anbietern stehen,⁷⁶⁶ können wie gewohnt im Rahmen einer Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB berücksichtigt werden. Man denke vergleichsweise etwa an entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen zur Absicherung gegen Trittbrettfahrten der Kunden, wie z.B. Alleinvertrieb und absoluten Gebietsschutz.⁷⁶⁷

II. Marktmachtmissbrauch

Ausgehend von dem systematischen, aber – wie oben dargelegt – nicht zwingenden Argument, das Kartellrecht sehe eine Erfassung unilateralen Verhaltens (nur) im Rahmen der Missbrauchsaufsicht vor,⁷⁶⁸ stellt sich die Frage, ob Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB passende Instrumente zum – aus ökonomischer Sicht oftmals gebotenen – Einschreiten gegen Preisgarantien darstellen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen, fällt die Antwort auf diese Frage im Allgemeinen negativ aus. Weder im Bereich der Einzelmarktbeherrschung, noch im Bereich der kollektiven Marktbeherrschung liegt eine dogmatisch überzeugungskräftige Schadenstheorie nahe.

1. Einzelmarktbeherrschung

Für den Bereich der Einzelmarktbeherrschung gilt zunächst festzuhalten, dass es entsprechend der oben dargestellten ökonomischen Intuition für die preistreibende Wirkung von Preisgarantien keiner Marktbeherrschung im Sinne des herrschenden Verständnisses von Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB bedarf. In einer oligopolistischen Marktstruktur kann der Wett-

766 Vgl. die entsprechende ökonomische Forschung, S. 122 ff.

767 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 1 Rn. 223 ff.; Kirchhoff, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 57.

768 Siehe die Nachweise in Fn. 664.

bewerb auch ohne die Anwesenheit eines wirtschaftlich klar überragenden Unternehmens mit Marktanteilen jenseits des von der EU-Rechtsprechung⁷⁶⁹ aufgestellten Orientierungspunkts von 50% bzw. der vom deutschen Gesetzgeber⁷⁷⁰ festgelegten 40%-Grenze (sog. marktstruktureller Ansatz) durch die Verwendung mindestens einer Preisgarantie geschwächt werden. Auch wenn im bisher viel zitierten Anwendungsbeispiel des Tankstellennetzwerkes *Shell* auffällt, dass dieses Unternehmen als Verwender der Preisgarantie gleichzeitig auch einer von zwei Markt-⁷⁷¹ und Preisführern⁷⁷² ist, liegt die betroffene Stellung mit ca. 20% im Jahr 2022 noch deutlich unterhalb der Schwelle zur Einzelmarktbeherrschung.⁷⁷³ So hat es jedenfalls das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung zum Kraftstoff-Endkundenmarkt eingestuft, in der es allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der fünf in Deutschland größten Netzwerke von Markentankstellen ausmachen wollte.⁷⁷⁴ Dieser Fall zeigt anschaulich, dass für die empirisch hinreichend belegte⁷⁷⁵ wettbewerbsschädigende Wirkung einer Preisgarantie keine marktbeherrschende Stellung nach geltender Dogmatik erforderlich ist. Auch der Verwendungszweck einer Preisga-

769 EuGH v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, ECLI:EU:C:1991:286 – *AKZO/Kommission*, Rn. 60.

770 Für das deutsche Recht § 18 Abs. 4 GWB: „Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat“.

771 Vgl. hierzu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3444/umfrage/marktanteile-auf-dem-tankstellenmarkt-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen: 02.03.2024: *Shell* und *Aral* waren im Jahr 2020 gemeinsame Marktführer mit Marktanteilen von 20 und 21%.

772 *Cabral et al.*, Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, Working Paper 2021, S. 11; ebenso *Bundeskartellamt*, Zusammenfassung des Abschlussberichts zur Sektoruntersuchung Kraftstoff, Mai 2011, S. 24; siehe auch Tabelle 13 sowie S. 61 ff. des Hauptberichts.

773 Es gilt allerdings darauf hinzuweisen, dass nicht alle bekannten Mineralölkonzerne und Handelsketten gleichmäßig in Deutschland verteilt sind. Die Marktabgrenzung müsste wohl lokal vorgenommen werden, sodass in einzelnen Regionen und Einzugsgebieten ggfs. höhere (oder niedrigere) Marktanteile vorliegen könnten. Diese Unterschiede dürften dagegen nicht riesig sein, immerhin befinden sich nach allgemeiner Lebenserfahrung immer eine Hand voll unterschiedlicher Tankstellen in einem gewissen Umkreis.

774 Dazu gehören neben *Shell* und *BP (Aral)* auch *Total*, *ExxonMobil (Esso)* sowie *ConocoPhillips (Jet)*, vgl. S. 18 f. des Abschlussberichts; sie sind zu großen Teilen auch auf der Vorstufe, dem Mineralölgroßhandel und der Raffinierung miteinander verbunden; a.A. zur Einstufung als marktbeherrschendes Kollektiv *Badtke/Vahrenholt*, ZWeR 2012, 272-309 mit Hinweisen auf entgegenstehende ökonomische Evidenz.

775 Siehe hierzu die Zusammenfassung entsprechender Forschungsarbeiten auf S. 114 ff.

rantie steht der Definition eines Einzelmarktbeherrschers entgegen. Als marktmächtig gilt dem *verhaltensbasierten* Ansatz⁷⁷⁶ zufolge, wer sich im Wesentlichen unabhängig von (seinen) Konkurrenten verhalten kann,⁷⁷⁷ darunter etwa seine Preise ohne entsprechenden Wettbewerbsdruck festlegen kann. Wer als einzelnes Unternehmen bereits die gemessen an der eigenen Kostenstruktur geltenden Monopolpreise wählen kann, benötigt keine Preisgarantie, um den von Konkurrenten ausgehenden Wettbewerbsdruck abzuschwächen. Eine Preisgarantie wird i.d.R. aber gerade dazu verwendet, einen Teil der Kundschaft davon abzuhalten, bei günstigeren Preisen der Konkurrenz dorthin abzuwandern. Ein Unternehmen, das eine solche Garantie verwendet, scheint sich also noch nicht hinreichend unabhängig von seinen Konkurrenten bewegen zu können. Auch zeigen Anwendungsfälle aus der Praxis, dass Preisgarantien scheinbar verwendet werden, um wachsenden Wettbewerbsdruck (durch neue Konkurrenten) abzuschwächen. Beispielsweise setzen Elektronikfachhandelsketten Preisgarantien mit Blick auf die E-Commerce-Plattform *Amazon* ein,⁷⁷⁸ die dafür bekannt ist, eine über lange Zeit sogar verlustreiche Expansionsstrategie⁷⁷⁹ durch Niedrigpreise betrieben zu haben und dadurch den stationären Handel immens unter Druck gesetzt hat. Selten dürfte man daher Konstellationen antreffen, in denen ein als Einzelmarktbeherrscher eingestuftes Unternehmen eine Preisgarantie verwendet.

2. Kollektive Marktbeherrschung

Womöglich könnte man dagegen die individuelle und isolierte Verwendung von „facilitating practices“ als Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung einzustufen, auch wenn dies kartellrechtliches Neu-

776 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 73 ff.; *Bulst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 2: Europäisches Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 62 f.; *Berg*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 102 AEUV Rn. 33.

777 Erstmalig EuGH v. 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978-00207, ECLI:EU:C:1978:22 – *United Brands*, Rn. 65.

778 *Bottasso et al.*, Price Matching in Online Retail, GLO Discussion Paper, No. 1351 (Working Paper 2023); *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738.

779 Siehe zu möglichen kartellrechtlichen Implikationen: *Khan*, (126) Yale Law J. 2017, 710, 746 ff.

land betreten würde.⁷⁸⁰ Bereits die kollektive Marktbeherrschung ist im Vergleich zu anderen Bereichen des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts nur verhältnismäßig selten Gegenstand der Rechtsprechung geworden.⁷⁸¹ Solche Fälle entstammen zudem primär dem Gebiet der Fusionskontrolle, wo „koordinierte Effekte“⁷⁸² vor der Novellierung der Prüfkriterien 2004 in der FKVO⁷⁸³ und 2013 in der 8. GWB Novelle⁷⁸⁴ durch Einführung des SIEC-Kriteriums⁷⁸⁵ eine noch deutlich größere Rolle spielten. Gemeint ist damit die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, die stillschweigende Kollusion durch – am Maßstab von Art. 101 AEUV / § 1 GWB erlaubtes – Parallelverhalten erwarten lässt. Während sich aus der aufeinander bezugnehmenden Rechtsprechung zu kollektiver Marktbeherrschung unter Art. 102 AEUV bzw. § 18 GWB sowie koordinierten Effekten gem. Art. 2 Abs. 3 FKVO und § 36 Abs. 1 S. 1 GWB wenigstens grob ableiten lässt, wann ein Oligopol als kollektiv marktbeherrschend zu betrachten,⁷⁸⁶ ist dagegen weitestgehend ungeklärt, wann diese Stellung (kollektiv oder individuell) missbraucht wird.⁷⁸⁷

780 Stroux, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 168 ff., Kapitel 7, Abschnitt 6: Unilateral Adoption of Facilitating Practices under Art. 82 of the EC-Treaty: „*Hic sunt leones.*“; GjendemsjØ/Hjelmeng/Sørgard, (36) World Comp. 2013, 355-371: „[...] *no genuine concept of abuse in such situations has been established.*“; Petit, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 432, S. 447 ff.

781 EuG v. 25.03.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999 II-00753, ECLI:EU:T:1999:65 – *Gencor Ltd./Kommission*; EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*.

782 Statt vieler: Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 448-598.

783 VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABL Nr. L 024 vom 29/01/2004 S. 0001-0022.

784 BGBl. 2013 Teil I Nr. 32 v. 29.06.2013, S. 1738: Ahtes Gesetz zur Änderung des GWB vom 26.06.2013.

785 Significant Impediment to Effective Competition = Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs; vorher galt der sog. Marktbeherrschungstest (Entstehung oder Verstärkung einer solchen Stellung), der nunmehr zum Regelbeispiel herabgestuft wurde, siehe zu dieser Entwicklung: Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 328 ff.

786 Siehe etwa monographisch: Jungermann, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, 2008 – passim.

787 So nimmt der Beitrag von Vecchi, (31) World Comp. 2008, 385, 388, 391 ff. etwa seinen Ausgangspunkt in der Feststellung, dass das Diskussionspapier der EU-Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG-Vertrag auf Behinderungsmissbräuche keine klare Leitschnur für den Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung enthalte.

a) Marktbeherrschende Stellung

Auch im Bereich kollektiver Marktbeherrschung begegnet man dem bereits für die Einzelmarktbeherrschung dargelegten Problem, dass der Wettbewerb ex ante, d.h. vor Einführung einer Preisgarantie, möglicherweise nicht hinreichend geschwächt war. Insofern Preisgarantien nämlich entsprechend den Vorhersagen der Wirtschaftswissenschaften als „facilitating practice“ genutzt werden, um den Wettbewerb (weiter) abzuschwächen, stellt sich die Frage, ob der Binnenwettbewerb zwischen den Unternehmen,⁷⁸⁸ die einem marktbeherrschenden Kollektiv zugerechnet werden sollen, schon vorher ausreichend geschwächt war, um ein von der Rechtsprechung⁷⁸⁹ gefordertes einheitliches Auftreten am Markt zu konstatieren. Erreicht die oligopolistische Interdependenz und Reaktionsverbundenheit der Unternehmen erst in Folge einer Preisgarantie ein Ausmaß, das die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung rechtfertigt (etwa in Form der Etablierung einer Preisführerschaft des Garantie gewährenden Unternehmens), kann in der Verwendung der Preisgarantie nicht gleichzeitig der die kollektive Marktbeherrschung begründende ökonomische Link einerseits und das missbräuchliche Verhalten andererseits gesehen werden.⁷⁹⁰ Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass die Wiederverwertung von Faktoren, die bereits zum Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen wurden, zur Begründung des Vorwurfs eines missbräuchlichen Verhaltens nicht erlaubt ist.⁷⁹¹ Gleiches gilt im Übrigen auch für parallel nach Art. 101 und Art. 102 AEUV geführte Verfahren.⁷⁹²

Ein auf Art. 102 AEUV gestütztes Vorgehen gegen die individuelle Verwendung einer Preisgarantie scheint daher nur in Ausnahmefällen möglich, wenn bereits vorher, d.h. unter Ausblendung der Preisgarantie, eine kollektive marktbeherrschende Stellung der betroffenen Unternehmen festgestellt werden kann. Dies könnte etwa auf Endkundenebene der deutschen

788 EuG v. 06.07.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours*, Rn. 80 ff.

789 EuG v. 25.03.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999 II-00753, ECLI:EU:T:1999:65 – *Gencor Ltd./Kommission*, Rn. 163 („einheitliches Vorgehen“); hierzu: *Bien*, in: *MüKoWettbR*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 216, 223.

790 Vgl. für facilitating practices allgemein *Petit*, *Oligopoles*, *collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, 2007, S. 465.

791 EuG v. 07.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999 II-2975, ECLI:EU:T:1999:246 – *Irish Sugar*, Rn. 67.

792 EuG v. 10.3.1992, Verb. Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992 II-1403, ECLI:EU:T:1992:38 – *Italienische Glashersteller*, Rn. 360.

Kraftstoffmärkte der Fall sein. Dort hat das Bundeskartellamt schon 2012 ein aus fünf Unternehmen bestehendes marktbeherrschendes Oligopol festgestellt.⁷⁹³ Erst drei Jahre später hat *Shell* im Jahr 2015 begonnen, eine Preisgarantie zu verwenden.⁷⁹⁴ Dies könnte zeigen, dass eine Preisgarantie selbst in Märkten, in denen bereits ein kollektiv marktbeherrschendes Oligopol identifiziert wurde, einer noch weiteren Absicherung dient. Dennoch bleibt ein gewisses Störgefühl mit der Überlegung verbunden, dass weitere „facilitating practices“ eigentlich nicht erforderlich sein sollten, wenn der Binnenwettbewerb schon als hinreichend ausgeschaltet galt, um von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu sprechen. Stattdessen könnten sich das Marktumfeld verändert und es erforderlich gemacht haben, die für ein kollusives Marktergebnis notwendigen Bedingungen (v.a. Transparenz, wirksame Abschreckungs- und Vergeltungsmaßnahmen) wiederherzustellen. Dann wäre es angezeigt, die vormalig gefundene kollektiv marktbeherrschende Stellung einer erneuten Bewertung zu unterziehen. Im Fall von *Shell* könnte man die Preisgarantie als Reaktion auf die 2013 beim Bundeskartellamt eingeführte Markttransparenzstelle Kraftstoffe (MTS-K)⁷⁹⁵ werten.⁷⁹⁶ Sollte diese ihr Ziel erreicht haben, d.h. die Wettbewerbsverhältnisse durch größere (vertikale) Transparenz für die Verbraucher belebt zu haben, könnte in Frage gezogen werden, ob angesichts des erstarkten Binnenwettbewerbs auch vor Auslobung der Preisgarantie durch *Shell* noch eine kollektive marktbeherrschende Stellung der fünf Mineralölkonzerne vorgelegen hat.

793 BKartA v. Mai 2011, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Kraftstoffe gem. § 32e GWB, Az. B8-200/09, S. 18 f.

794 *Cabral et al.*, Price Matching Guarantees and Collusion: Theory and Evidence from Germany, Working Paper 2021, S. 1; *Dewenter/Schwalbe*, (17) Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2016, 276, 280; *Wilhelm* (2019), Price Matching and Edgeworth Cycles, Working Paper (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?aabstract_id=2708630, zuletzt am 02.04.2024), S. 11.

795 § 47k GWB, eingeführt durch Gesetz zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas vom 05.12.2012, BGBl. v. 12.11.2012, Teil I Nr. 57, S. 2403 ff.

796 In diese Richtung: BKartA v. 17.12.2015, Zweiter Jahresbericht der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K), S. 3; *Cabral et al.* (2021), CEPR Discussion Paper No. DP15823, S. 14 f. gehen davon aus, dass der Wettbewerbsdruck dort besonders hoch ist und die Garantie daher besonders wirksam ist, wo viele junge Konsumenten unterwegs sind, die entsprechende Internetseiten und Vergleichsportale nutzen, die wiederum mit Daten der MTS-K gespiesen werden.

b) Missbräuchliches Verhalten

Auf Seiten des missbräuchlichen Verhaltens wurde von der Rechtsprechung (zumindest erstinstanzlich) bestätigt,⁷⁹⁷ dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auch durch die Handlung nur eines Unternehmens missbraucht werden kann. Dies lässt sich anhand des Wortlauts von Art. 102 AEUV und § 19 GWB anschaulich verdeutlichen. Demzufolge ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen untersagt.⁷⁹⁸ Wenn anerkanntermaßen eine Gruppe von Unternehmen eine kollektiv dominante Position innehaben kann,⁷⁹⁹ besteht also die Möglichkeit, dass die Unternehmen entweder kollektiv ihre Stellung ausnutzen oder dass auch nur eines der Unternehmen – aus der Deckung der kollektiv abgesicherten Position heraus – einen Missbrauch begeht. Zumindest für den vermeintlichen Ausbeutungsmissbrauch nur eines der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen wurde allerdings darauf hingewiesen, dass ein Preisdifferenzial zwischen den Unternehmen zeigen könnte, dass in tatsächlicher Hinsicht mehr Binnenwettbewerb besteht, als die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung es eigentlich zuließe.⁸⁰⁰ Folglich wurde für einen durch unilaterales Verhalten begangenen Missbrauch der kollektiv marktbeherrschenden Stellung gefordert, dass das streitige Verhalten eine Manifestation der kol-

797 EuG v. 07.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999 II-2975, ECLI:EU:T:1999:246 – *Irish Sugar*, Rn. 66; zustimmend: *Monti*, (38) CMLRev. 2001, 131, 141 ff.

798 Der Personenbezug („durch ein oder mehrere Unternehmen“) gilt dem Missbrauchsverhalten, nicht der Definition einer marktbeherrschenden Stellung, s. etwa *Böni/Palzer*, WuW 2009, 477, 480 oder *Mezzanotte*, (33) World Comp. 2010, 77, 82; gleichzeitig wird der Hinweis auf den Missbrauch durch mehrere Unternehmen als klarer Hinweis darauf gedeutet, dass auch mehrere Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend sein können, vgl. *Soames*, E.C.L.R. 1996, 24, 30; anderenfalls bliebe für diese Tatbestandsvariante nur der simultane Missbrauch durch mehrere Einzelmarktbeherrscher; zur umstrittenen Figur einer solchen „multiplen Einzelmarktbeherrschung“ siehe etwa *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 286 f., 296 f.

799 Vgl. EuG v. 26.01.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005 II-00209, ECLI:EU:T:2005:22 – *Piau/Kommission*, Rn. 9; EuG v. 10.03.92, Rs. T-68, 77 & 78/89, Slg. 1992 II-1403, ECLI:EU:T:1992:38 – *Società Italiana Vetro/Kommission* (teilweise „*Flachglass*“ bzw. „*Italienische Glashersteller*“ genannt); EuGH v. 16.03.2000, Rs. C-395, 396/96P, Slg. 2000 I-01365, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge Transports/Kommission* (teils: „*CEWAL II*“).

800 *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171.

lektiven Dominanz darstellt und die anderen Oligopolisten davon wissen und profitieren müssen.⁸⁰¹

Ferner wurde explizit die Hoffnung ausgedrückt, „facilitating practices“, die außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV liegen, mit Art. 102 AEUV erfassen zu können.⁸⁰² Hierbei stellen sich unweigerlich Fragen der Kausalität⁸⁰³ zwischen missbräulichem Verhalten und der (ohnehin schon, s. unmittelbar zuvor) vorliegenden marktbeherrschenden Stellung. Wer den Anwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht nur dann eröffnet sieht, wenn die zu untersuchende Verhaltensweise ausschließlich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des handelnden Unternehmens möglich und wettbewerbsschädlich ist,⁸⁰⁴ wird konstatieren müssen, dass eine Vielzahl von „facilitating practices“ – wie bereits dargestellt – auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung ihre Wirkung, d.h. eine Abschwächung des Wettbewerbs, erzielen können. Strikte Kausalität liegt daher nicht vor. Gleichwohl ist unter Verweis auf das *Continental Can*-Urteil⁸⁰⁵ des EuGH daran zu erinnern,⁸⁰⁶ dass die Rechtsprechung eine strikte (Verhaltens-)Kausalität nie gefordert hat. Aus der hervorgehobenen Rolle des Marktbeherrschers ergebe sich eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb,⁸⁰⁷ sodass ihm Maßnahmen untersagt werden können, die Unternehmen in einem wettbewerblich geprägten Umfeld noch erlaubt wären.⁸⁰⁸

801 Vecchi, (31) World Comp. 2008, 385-400.

802 Monti, (38) CMLRev. 2001, 131, 146 f.: Signaling, Most-Favored-Customer-Clauses, Meeting Competition Clauses; Vecchi, (31) World Comp. 2008, 385, 397: Price Announcement, Most-Favored-Customer-Clauses.

803 Siehe allgemein: Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 136 f.; Bien, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV 280 ff.

804 Anders explizit das deutsche Recht in § 19 Abs. 1 GWB seit der 10. GWB-Novelle (BGBl. Jahrgang 2021 Teil I Nr. 1, ausgegeben zu Bonn am 18. Januar 2021): „Missbrauch“ statt „missbräuchliche Ausnutzung“, vgl. zur Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf BT-Drs. 19/23492 v. 19.10.2020, S. 70.

805 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*, Rn. 27.

806 Monti, (38) CMLRev. 2001, 131, 143 f.

807 EuGH v. 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983 II-3461, ECLI:EU:C:1983:313 – *Michelin I*, Rn. 57.

808 Teilweise wurde infolgedessen – gewissermaßen als Abstufung – eine normative (Ergebnis-)Kausalität gefordert, die zwar nicht voraussetze, dass ein Verhalten erst wegen der dominanten Position überhaupt möglich sei, aber dass sie aufgrund der dominanten Position eine (zusätzlich) wettbewerbsschädigende Wirkung entfalte; die Idee und Abstufung wird allgemein Eilmansberger (vgl. etwa Fuchs, in: Immen-

Zumindest für den deutlich besser erforschten Bereich des Marktmachtmissbrauchs durch ein einzelmarktbeherrschendes Unternehmen wird üblicherweise zwischen dem Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch unterschieden. Beide Kategorien lassen sich daher auch für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung diskutieren. Ferner existiert mit dem sog. Marktstrukturmissbrauch eine auf das soeben bereits genannte *Continental Can*-Urteil⁸⁰⁹ zurückgehende weitere Kategorie. Dieser könnte zwar als Sammelbegriff und Auffangtatbestand verstanden werden, hat allerdings bisher keine nennenswerte Fallpraxis nach sich gezogen und wurde erst jüngst in einem Vorlageverfahren – betreffend eine dem Ursprungsfall ähnlich gelagerte Konstellation⁸¹⁰ – erstmalig vom EuGH wieder aufgegriffen. Der Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch die individuelle Verwendung einer Preisgarantie könnte womöglich noch am ehesten dieser Kategorie subsumiert werden, womit abseits einer Missbrauchsaufsicht über Unternehmenszusammenschlüsse ein zweiter Anwendungsfall des Marktstrukturmissbrauchs vorläge. Dies entspricht jedenfalls den Stimmen in Literatur und Schrifttum, die eine Anwendung von Art. 102 AEUV bei Verwendung von „facilitating practices“ im Oligopol befürworten.⁸¹¹

Eine Einordnung gewisser Verhaltensweisen in das Raster aus Ausbeutungs-, Behinderungs- und Strukturmissbrauch ist freilich nicht zwingend.⁸¹² Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass Art. 102 S. 1 AEUV als Generalklausel formuliert ist.⁸¹³ Nichtsdestotrotz ergibt sich eine sinnvolle Einteilung entlang der Stoßrichtung wettbewerbsschädigenden Verhaltens. Es ist

ga/Mestmäcker (Begr.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 136) zugeschrieben.

809 Siehe Fn. 805.

810 EuGH v. 16.03.23, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 – *Towercast*.

811 Allgemein: *Korah*, An introductory guide to EC competition law and practice, 9. Aufl. 2007, S. 126 f.; konkret für Preisgarantien: *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 367 ff.; *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 386, 395.

812 *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 05/2016, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 146; *Bulst*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 2: Europäisches Recht, 14. Aufl. 2021, Art. 102 AEUV Rn. 90 f.

813 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102, Rn. 132 f.; *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV, Rn. 7; *Wingerter*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 01/2020, Abschnitt A. Anwendungsgrundsätze und Regelungsgründe des Art. 102 AEUV, Rn. 15.

in horizontaler Richtung eine Benachteiligung der Konkurrenz (Behinderung) und in vertikaler Richtung eine Benachteiligung der Marktgegenseite (Ausbeutung) denkbar.⁸¹⁴ Diese Aufteilung ist auch in den Regelbeispielen (Art. 102 S. 2 lit. a.-c. sowie lit. d.) angelegt.⁸¹⁵

aa) Ausbeutungsmissbrauch

Für den Ausbeutungsmissbrauch käme zunächst der sog. Preishöhenmissbrauch⁸¹⁶ in Betracht. Dabei geht es um Fälle, in denen ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen von den Abnehmern ihrer Produkte oder Dienstleistungen in missbräuchlicher Weise überhöhte Preise verlangen.

Hierzu lässt sich einerseits festhalten, dass Preisgarantien aufgrund der bisherigen empirischen Evidenz wohl noch nicht zu derart krassen Preissteigerungen geführt haben⁸¹⁷, die aus normativen Gesichtspunkten bereits wucherähnlichen⁸¹⁸ Verhältnissen entsprächen und eine sofortige Intervention, etwa aus staatlicher Fürsorgepflicht und Gründen der Gewährleistung bedarfsgerechter Versorgung rechtfertigen. Es ist daher fraglich, ob die bisher mit großer Zurückhaltung⁸¹⁹ betriebene Preiskontrolle eingreifen sollte.

814 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 134; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Dokumentenstand: EL 56, April 2015, Art. 102 Rn. 163; *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 65.

815 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 132.

816 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV, Rn. 352 ff.

817 In der Spitze liegen die bisher untersuchten Preissteigerungen bei 8 und 6%, vgl. hierzu die Forschung von *Mamadehussene*, (19) *Quan. Marketing & Econ.* 2021, 261-287 oder *Zhuo*, (65) *J. of Ind. Econ.* 2017, 719-738.

818 Hierbei handelt es sich freilich um kein Tatbestandsmerkmal. Mangels trennscharfer Kriterien zur Bemessung der Missbrauchsschwelle bleibt allerdings wenig, als sich in einem letzten Schritt auf normative Maßstäbe zurückzuziehen, vgl. *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 11/2015, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 183 ff.: Übertriebenes Verhältnis zwischen Preis und Leistung, Missverhältnis zwischen Kosten und Preis, Unangemessenheit sowie *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 183 mit Hinweis auf das „iustum pretium“.

819 Vgl. etwa *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 169: „Notbehelf“; *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 11/2015, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 179 ff.

Andererseits dürfte es im Bereich einer kollektiven Marktbeherrschung nicht verwundern, dass die Effekte einer wettbewerbsschädigenden (Zusatz-)Maßnahme begrenzt sind, wenn das Preisniveau angesichts des schon vorher fehlenden Binnen- und Außenwettbewerbs, der für die Feststellung einer solchen Position erforderlich ist, ohnehin bereits erhöht waren.

Zudem wurde bisher noch keine Erheblichkeitsschwelle vorgeschlagen, bei deren Überschreitung ein im Vergleich zu wettbewerblichen Verhältnissen bestehendes Preisdifferential als unangemessen hoch und damit missbräuchlich gilt. Die Zurückhaltung bei der Ausübung einer Preishöhenkontrolle ist vielmehr anders zu erklären. Die Höhe wettbewerblicher Preise ist schwer zu bemessen und eine etwaige Intervention liefe letztlich auf einen staatlichen Eingriff in die freie Preisbildung am Markt hinaus.⁸²⁰ Zum einen besitzen Märkte unter gewöhnlichen Umständen die Selbstheilungskraft, zu einer Normalisierung des Preisniveaus zu führen, etwa indem die vorübergehend hohen Profite neue Unternehmen zum Markteintritt veranlassen.⁸²¹ Zum anderen besteht die Schwierigkeit, in verlässlicher Art und Weise zu bestimmen, wie das Preisniveau in einem Alternativszenario aussähe. Die sachlich oder zeitliche Vergleichsmarktmethode⁸²² unterliegt – selbst bei guter Datenlage – naturgemäß einer gewissen empirischen Unsicherheit.

Der Gesetzesanwender befindet sich daher in demselben Dilemma, das oben bereits für die Anwendung des Kartellverbots beschrieben wurde.⁸²³ Erfolgt ein Eingriff in die Preissetzungshoheit der Unternehmen, muss konkret bestimmt werden, welche Preise zu setzen sind oder jedenfalls nach welchen Kriterien die (gerade noch) zulässigen Preise zu ermitteln

820 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 354.

821 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 170.

822 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 376 ff.; *Wolf*, in: MüKoWettbR, 3. Aufl. 2020, Band 2: GWB, § 19 Rn. 92 ff.; *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 189 f.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56 April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 173; *Höft*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 277 f.

823 Vgl. *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, 2008, S. 318 f.; *Petit*, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 456 ff.; *Monti*, (38) CMLRev. 2001, 131, 145 f.

sind. Man denke hierfür etwa an einen Preis-Kosten-Test⁸²⁴ und daraus resultierende Maße.

Wie bereits im entsprechenden Abschnitt zum Kartellverbot festgestellt wurde, muss diese Wertung beim Vorgehen gegen Preisgarantien allerdings nicht getroffen werden.⁸²⁵ Um das rechtmäßige Alternativverhalten festzulegen, muss nicht festgelegt werden, ab welcher Höhe die Preise als Ausnutzung wettbewerblich nicht kontrollierter Handlungsspielräume gelten. Es genügt vielmehr den preistreibenden Eingriff in das interdependente Preissetzungskalkül der Unternehmen in den Blick zu fassen. Es kann schlicht und ergreifend die Verwendung der Preisgarantie untersagt werden.

Dies zeigt, dass ein auf Art. 102 AEUV gestütztes Vorgehen zumindest konzeptionell möglich erscheint. Doch gerade mit Blick auf ein etwaiges Preisdifferential zwischen den Oligopolisten,⁸²⁶ welche eine Preisgarantie aus Sicht ihres Verwenders einleiten soll, und das entsprechende Bedürfnis, den Wettbewerb (weiter) abzuschwächen, ist in besonderem Maße fraglich, wie verlässlich auf der vorgelagerten Stufe bereits eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festgestellt werden kann, die nicht erst durch eine in Folge der Preisgarantie (künstlich) erhöhten oligopolistischen Reaktionsverbundenheit begründet wurde.⁸²⁷

bb) Behinderungsmissbrauch

Weiterhin wäre denkbar, in der isolierten oder simultanen Verwendung einer Preisgarantie einen Behinderungsmissbrauch zulasten von Wettbewerbern zu sehen. Dahinter steht der – im Zentrum der Kollusionsthese stehende – Entmutigungseffekt und die Erwägung, dass es Konkurrenten

824 *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 357 ff.; *Höft*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 277 f.; teils ist auch die Rede von Gewinn(spannen)begrenzung, vgl. *Huttenlauch*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 184 ff.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56, April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 172.

825 Siehe hierzu oben: S. 236 f.

826 So der Einwand von *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171.

827 Hier hat es die Fusionskontrolle leichter, bei der mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit des Eintretens koordinierter Effekte (auch) auf „Instrumente zur Verhaltenskoordination“ abgestellt werden kann, die bereits vor dem gewünschten Zusammenschluss zur Abschwächung des Wettbewerbs verwendet werden, vgl. mit einer Übersicht zur Fallpraxis *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 527-543.

nur noch zu einem geringeren Ausmaß möglich ist, durch niedrigere Preise Kunden vom Garantie verwendenden Unternehmen abzuwerben. Ob im mittels der Preisgarantie vertikal verbürgten Gleichziehen mit einer Preissenkung allerdings eine unbillige Behinderung der Konkurrenz zu erkennen sein sollte, ist fraglich.

Zum einen bleibt es bei identischen Preisen nach wie vor den Kunden überlassen, entsprechend ihren Präferenzen einen Anbieter zu wählen. Liegen keine anderweitigen Lock-in-Effekte zugunsten der marktbeherrschenden Unternehmen vor, besteht für die Konkurrenz weiterhin die Möglichkeit das Garantie verwendende Unternehmen bei identischen Preisen mit besserer Qualität zu schlagen. Entscheiden sich die Konsumenten bei gleichen Preisen für das Garantie verwendende Unternehmen, liegt auf dessen Seite möglicherweise nur ein Ausnutzen der eigenen qualitativen Überlegenheit vor.

Zum anderen ist solches Verhalten Gegenstand der anerkannten „*Meeting-Competition*“-Einrede.⁸²⁸ Diese besagt, dass es marktbeherrschenden Unternehmen gerade nicht kategorisch untersagt ist, mit Mitteln des Leistungswettbewerbs auf Vorstöße der Konkurrenz zu reagieren, um die eigene Position zu behaupten. Eine Behinderung kann auch nicht darin gesehen werden, dass es den von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen unmöglich gemacht wird, der absolut günstigste Anbieter zu sein, wenn sie dies wollten. Weder besteht ein Anspruch darauf, von Wettbewerbern nicht unterboten zu werden,⁸²⁹ noch sind sie dem Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen gänzlich schutzlos ausgesetzt. Einem einzelmarktbeherrschenden Unternehmen bzw. einer kollektiv marktbeherrschenden Gruppe von Unternehmen ist es nämlich untersagt, Unterkostenverkäufe zu tätigen.⁸³⁰ Das Verbot dieses sog. „predatory pricings“ legt daher eine untere Schranke für das preisliche Gleichziehen der Marktbeherrscher fest.

828 Siehe hierzu *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 73; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 154.

829 Auch ein Marktbeherrscher darf selbstverständlich am Preiswettbewerb teilnehmen: *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 667 f. oder *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Dokumentenstand: EL 56 April 2015, Art. 102 AEUV Rn. 219.

830 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 232 ff.; *Brand*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 10/2012, Abschnitt D. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Art. 102 AEUV, Rn. 295 ff.; *Bien*, in: MüKoWettbR, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 702 ff.

Hat ein drittes Unternehmen tatsächlich Kostenvorteile, kann dieses Unternehmen seine Güter oder Dienstleistungen zu Preisen anbieten, die für die Platzhirsche nicht mehr kostendeckend wären. Letztgenannte dürften in diesen Preisbereich nicht vordringen.

Hinzukommt die Erwägung, dass eine solche schon dogmatisch schwer zu begründende Behinderung wohl zu Lasten der Außenseiter eines marktbeherrschenden Oligopols gehen müsste. Innerhalb der marktbeherrschenden Einheit muss der Binnenwettbewerb schon vor der Verwendung einer Preisgarantie derart abgeschwächt sein, dass die Unternehmen in der Terminologie der europäischen Gerichte als kollektive Einheit auftreten.⁸³¹ Eine Preisgarantie dient also lediglich der (weiteren) Absicherung und Aufrechterhaltung der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit. Angesichts der Tatsache, dass die Unternehmen im Anwendungsbereich der kollektiven Marktbeherrschung auch ohne die Preisgarantie bereits ihr Verhalten (stillschweigend) koordiniert haben, fällt es schwer zu begründen, dass Maßnahmen, die die Verhaltenskoordination zusätzlich erleichtern gegen das Interesse der beteiligten Unternehmen verstoßen und diese unbillig behindern.

Was nun den Außenwettbewerb angeht, muss zur Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen worden sein, dass die Unternehmen, die nicht dem beherrschenden Oligopol zugerechnet werden, keine hinreichende Konkurrenz darstellen und nicht über die notwendige wirtschaftliche Bedeutung verfügen, um den Oligopolisten nennenswerte wettbewerbliche Schranken aufzuerlegen.⁸³² Sollte man daher Sachverhalten begegnen, in denen entsprechende Garantien auch die Preise vermeintlicher Außenseiter adressieren, stellt dies in Frage, ob das Oligopol zutreffend abgegrenzt wurde. Angesichts des von außen scheinbar bestehenden Wettbewerbsdrucks, der ein oder mehrere Unternehmen aus der kollektiven Einheit dazu bewegt hat, Preisgarantien auszuloben, zieht dies die wirtschaftliche Machtstellung des Oligopols in Zweifel. In der Praxis finden sich Anwendungsbeispiele von oligopolistischen Märkten, in denen sich Preisgarantien nur auf die Preise der Mitglieder eines potentiell marktbe-

831 EuGH v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000 I-1365, 1458, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge*, Rn. 39; hierzu: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 121.

832 EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*, Rn. 62 (dritte Bedingung), EuG v. 26.01.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005 II-00209, ECLI:EU:T:2005:22 – *Piau/Kommission*, Rn. III.

herrschenden Oligopols beziehen, nicht dagegen auf die Preise unbedeutender Außenseiter.⁸³³

Daher zeigt sich, dass man noch am ehesten eine Frage der Einzelmarktbeherrschung ausmachen könnte, wenn ein bereits marktbeherrschendes Unternehmen diese Position ausnutzt, um einem Außenseiter am wettbewerblichen Rand die Möglichkeit zu nehmen, durch die absolut günstigsten Preise (immerhin geringe) Marktanteile zu erhalten. Doch gilt auch hier das zur Behinderung von Wettbewerbern bereits Gesagte. Solange keine Unterkostenverkäufe stattfinden, ist zumindest aus Sicht der Missbrauchskontrolle zunächst nichts dagegen auszusetzen, dass ein Marktbeherrscher sich den Preisen seiner verbleibenden Wettbewerber anpasst.

cc) Marktstrukturmissbrauch

Die sich abzeichnenden Probleme bei einer Übertragung der bekannten Fallgruppen auf die im Oligopol genutzten „facilitating practices“ haben zu der Forderung geführt, das Missbrauchskonzept im Bereich kollektiver Marktbeherrschung nicht analog den Fallgruppen der Einzelmarktbeherrschung zu entwickeln, sondern eigenständige Maßstäbe zu bilden. Der Fokus solle auf Verhaltensweisen liegen, welche die oligopolistische Interdependenz erhöhen.⁸³⁴ Explizit werden dafür die in dieser Arbeit gegenständlichen „contingency clauses“⁸³⁵ oder sog. „Englische Klauseln“⁸³⁶ als Beispiele genannt. Der Missbrauch soll also unmittelbar in der Verwendung von Instrumenten liegen, die eine Verhaltenskoordinierung stabilisieren.

833 *Shell* lässt seine Preise etwa nur an anderen „Markentankstellen“ messen, vgl. <https://www.shell.de/shell-clubsmart-und-shell-app/shell-preisgarantie.html> (zuletzt abgerufen: 02.03.24); die E-Commerce Plattform *New Egg* bezieht sich nur auf „major retailer“, vgl. <https://promotions.newegg.com/nepro/16-2624/index.html> (zuletzt abgerufen: 02.03.24).

834 *Gjendemsj/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355-371; *Korah*, An introductory guide to EC competition law and practice, 9. Aufl. 2007, S. 126 f.

835 *Petit*, Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, 2007, S. 464 ff., 473 ff., 487 ff., der den Nutzen allerdings für begrenzt hält, da zwar eine weitere Stärkung, nicht dagegen der Bestand einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung angegangen werden könne; i.E. hält er die Erfassung von Verhaltensweisen, die den kollektiven Zusammenhalt stärken und aufrechterhalten („protection“, „adaptation“) für rechtlich möglich; als „facilitating practices“ versteht er allerdings nur Maßnahmen, die zur Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung notwendig sind.

836 *Bien*, in: *MüKoWettB*, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Art. 102 AEUV Rn. 237.

Am ehesten kommt diese Erwägung dem Impetus eines Marktstrukturmissbrauchs nahe. Auch wenn dieser häufig als dritte Kategorie neben den Ausbeutungs- und den Behinderungsmissbrauch gestellt wird,⁸³⁷ kann darin eigentlich keine echte Fallgruppe gesehen werden, da die Bezeichnung letztlich auf nur einer Entscheidung, dem Urteil in der Sache „*Continental Can*“⁸³⁸ beruht. Dieser Fall weist hinsichtlich seiner wettbewerbspolitischen Motivation die Besonderheit auf, dass er nicht etwa auf einer wettbewerbsökonomisch besonders innovativen Schadenstheorie beruhte, sondern der EWG-Kommission schlicht den Kontrollzugriff auf Marktstrukturveränderungen durch externes Unternehmenswachstum ermöglichen sollte, noch bevor ein eigenständiges Prüfregime für Unternehmenszusammenschlüsse durch die erste Fusionskontrollverordnung⁸³⁹ eingeführt worden war. Der EuGH entschied, dass auch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zukauf eines Wettbewerbers einen Missbrauch darstellen könne.⁸⁴⁰ In dieser erst jüngst nochmal bestätigten⁸⁴¹ Entscheidung wurde demnach eine Veränderung der Marktstruktur durch Eingriff des marktbeherrschenden Unternehmens adressiert, der nicht auf Mitteln des Leistungswettbewerbs beruht. Dies lässt sich mitunter übertragen.

(1) Ein erster denkbarer Ansatzpunkt: Eingriff in die Marktstruktur

Aus der Erkenntnis, dass eine auf stillschweigender Koordination beruhende, kollektiv marktbeherrschende Stellung auf gewissen Faktoren der Marktstruktur basiert (v.a. hohe Transparenz und hohes Reaktionsvermögen), wurde abgeleitet, dass es ebenso als missbräuchliche Verstärkung dieser Position gelten könne, wenn die entsprechenden strukturellen Voraussetzungen durch weitere Eingriffe der beteiligten Unternehmen abgesichert werden. Somit könnten auch Maßnahmen der „internen Organisati-

837 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 Rn. 134 sowie die Gliederung in Abschnitt C.4.

838 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*.

839 VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L257/90, S. 13 (Korrektur) / ABl. L 395/89 vom 30.12.1989, S. 1-12.

840 EuGH v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973 II-00215, ECLI:EU:C:1973:22 – *Continental Can*, Rn. 27.

841 EuGH v. 16.03.23, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 – *Towercast*.

on“ einer kollektiv marktbeherrschenden Gruppe von Unternehmen als missbräuchlich qualifiziert werden.⁸⁴² Sie greifen in die – ohnehin schon geschädigte – Struktur des betroffenen Marktes ein.

(2) Ein zweiter denkbarer Ansatzpunkt: Ausnutzen der Marktstruktur

Einen anderen Ausgangspunkt nimmt ein zweiter Ansatz, der für den Missbrauchsvorwurf gleichermaßen an der Marktstruktur anknüpft. Ihm liegt die Feststellung zugrunde, dass bestimmte „facilitating practices“ erst im Oligopol ihr volles wettbewerbsschädliches Potential entfalten. Ihr Nutzen beruhe auf den strukturellen Voraussetzungen der kollektiv marktbeherrschenden Stellung, sodass es nur konsequent sei, in der Verwendung solcher „facilitating practices“ eine missbräuchliche Ausnutzung der (günstigen) Marktstruktur zu sehen.⁸⁴³ Hier wird demnach weniger ein entsprechender Eingriff⁸⁴⁴ in die Marktstruktur (Transparenz, Vergeltung, Anreize zum Abweichen) zum Vorwurf gemacht, als das Ausnutzen günstiger struktureller Wirksamkeitsbedingungen für die Nutzung von (zusätzlichen) Instrumenten der Verhaltenskoordination. Daraus folge nicht zuletzt, dass ein als missbräuchlich eingestuftes Verhalten zwingend allen Mitgliedern der kollektiven Stellung nutzen müsse,⁸⁴⁵ da sie auch insgesamt von der entsprechenden Marktstruktur profitieren.

(3) Bewertung eines solchen Oligopolstrukturmissbrauchs

Rein dogmatisch haben die eben wiedergegebenen Vorschläge durchaus Überzeugungskraft. Die Annahmen der zweitgenannten Ansicht decken sich weitestgehend mit der experimentalökonomischen und modelltheoretischen Literatur, die gleichermaßen davon ausgeht, dass Preisgarantien nur bei entsprechender Kollusionseignetheit eines Marktes schädlich

842 *Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard*, (36) *World Comp.* 2013, 355, 367 ff.

843 *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 386, 395.

844 So allerdings der klassisch verstandene Fall des Marktstrukturmissbrauchs, vgl. *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 134.

845 *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 396.

sind.⁸⁴⁶ Andererseits beobachtet man in der Praxis einige Märkte, in denen zwar Preisgarantien verwendet werden, die im Übrigen aber nicht der (juristischen) Idealvorstellung eines marktbeherrschenden Oligopols entsprechen.⁸⁴⁷ Man denke zudem an schwer überprüfbare Sonderfälle, wie den eines Oligopols mit differenzierten Gütern. Hier ist denkbar, dass eine Preisgarantie nur zur Abschwächung des vom engsten Konkurrenten ausgehenden Wettbewerbsdrucks verwendet wird, ohne dass den beiden Unternehmen im Übrigen eine kollektive Marktbeherrschung unterstellt werden könnte.

Bei aller Überzeugungskraft auf Ebene des missbräuchlichen Verhaltens ist den Beiträgen daher vorzuhalten, dass sie den Schritt zum Nachweis einer kollektiven Dominanz möglicherweise als zu selbstverständlich betrachten.⁸⁴⁸ Seit dem *Airtours*-Urteils⁸⁴⁹ gelten hohen Hürden für eine entsprechende Feststellung.⁸⁵⁰ Jedenfalls das Erfordernis, noch unter Ausblendung des Effekts einer Preisgarantie zunächst eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nachzuweisen, dürfte die Motivation der Kartellbehörden nicht gerade befeuern, eine solch innovative Argumentation im Bereich des missbräuchlichen Verhaltens zu wagen.

Doch selbst bei einem denkbar extensiven Verständnis der kollektiven Marktbeherrschung bleibt zu befürchten, dass es sich bei einem auf Art. 102 AEUV gestützten Vorgehen gegen Preisgarantien um keinen allumfassenden Ansatz handeln kann, da Preisgarantien auch unterhalb der (rechtlichen) Schwelle zur kollektiv marktbeherrschenden Stellung antikompeti-

846 Entscheidend ist vor allem die Anzahl der beteiligten Unternehmen, vgl. hierzu die Meta-Studie von Engel, (12) J.E.L.S. 2015, 537-577.

847 Man denke etwa an den eCommerce-Bereich oder Supermärkte.

848 Zu konzeptionellen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen wettbewerblich gleichförmigem und kollusiv gleichförmigem Verhalten Mezzanotte, (33) World Comp. 2010, 77-102; konkret für den deutschen Kraftstoffmarkt Dewenter/Linder/Schwalbe, Preiszyklen im Kraftstoffmarkt – Wettbewerb oder kollusives Verhalten?, Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2017, Session: Studies of Specific Sectors of Markets No. D12-V2.

849 EuG v. 06.06.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002 II-02585, ECLI:EU:T:2002:146 – *Airtours plc./Kommission*.

850 Nach dem Urteil sind „koordinierte Effekte“ in der europäischen Fusionskontrolle in der Bedeutungslosigkeit versunken, wie statistische Auswertungen zeigen, vgl. Göhsl/Rottmann, ZWeR 2020, 493, 494 (Fn.1 mwN). Dies mag freilich auch am Bedeutungsgewinn der Theorie „nichtkoordinierter Effekte“ liegen, die seit Einführung des SIEC-Tests als eigenständige Schadenstheorie von der Kommission geprüft werden kann, siehe hierzu Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 381 ff.

tive Effekte entfalten dürften.⁸⁵¹ Daran zeigt sich nicht zuletzt eine konzeptionelle Schwäche der letztgenannten Argumentation. Warum sollten Instrumente der Verhaltenskoordination nur dann verboten werden, wenn sie eine aus anderen Gründen bereits feststellbare kollektive Marktbeherrschung festigen, nicht aber, wenn sie eine solche Stellung erstmalig⁸⁵² herbeiführen. Ökonomisch wirkt die Preisgarantie in beiden Fällen nahezu identisch, auch wenn der Effekt unterschiedlich gravierend sein mag. Die juristische und gerade nicht primär ökonomische Figur der kollektiven Marktbeherrschung würde eine künstliche Zäsur setzen, der zufolge die Verwendung von Preisgarantien nur in manchen Kontexten zu untersagen wäre. Um die Erwägung zu verdeutlichen, muss daran erinnert werden, dass Märkte mit oder ohne kollektive Marktbeherrschung keine völlig unterschiedlichen ökonomischen Regime (Szenarien) darstellen. Viel eher muss man sich ein Kontinuum von Marktverhältnissen mit unterschiedlich stark ausgeprägtem Wettbewerb vorstellen. Als Marktergebnis liegen am Anfang dieses Kontinuums Preise zu Grenzkosten vor, am Ende trifft man dagegen auf Monopolpreise. Das Kontinuum kann man sich im eindimensionalen Raum als Linie vorstellen. In Abhängigkeit von ihrem Koordinierungserfolg können sich die Unternehmen auf jedem Punkt dieser Linie wiederfinden. Verwenden die Unternehmen nun Preisgarantien, bewegt man sich – egal von welchem Ausgangspunkt man startet – ein Stück weiter in Richtung des Monopolpreises. Zwar ließe sich vertreten, dass die hier als Verschiebung stilisierte Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse erst in einem bestimmten Bereich, etwa jenseits des Mittelpunkts der Linie, wenn man dem Monopolpreis näher als dem Wettbewerbspreis ist, normativ⁸⁵³ verwerflich ist. Dies korreliert mit der rechtlich schwierigen Entscheidung, wann mehrere Unternehmen als marktbeherrschend einzustufen sind, d.h. wo eine solche Trennlinie zu ziehen sei. Doch wird damit deutlich, dass die Stoßrichtung und das Anliegen der Missbrauchsaufsicht

851 Solange Preisgarantien nicht Art. 101 AEUV / § 1 GWB subsumiert werden, ist mit der Verteidigung eines beschuldigten Unternehmens zu rechnen, die Preisgarantie diene doch gerade der Abschwächung starken Wettbewerbsdrucks.

852 So fordert etwa *Liu*, (81) *Manchester School* 2013, 828, 849 f. ein Einschreiten gerade bzw. nur dann, wenn die Verwendung einer oder mehrerer Preisgarantien Kollusion erst möglich machen.

853 Ob es in der Missbrauchsaufsicht eine Erheblichkeitsschwelle gibt, ist eine offene Frage, vgl. für Fälle des Behinderungsmissbrauchs: *Zimmer/Rottmann*, WuW 2022, 370, 376 sowie *Lehnhardt-Busche*, Preisbezogene Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV, 2019, S. 231-237; ablehnend: *Scholz*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 62.

möglicherweise nicht zur Kontrolle von Koordinierungsmaßnahmen passen, die auch abseits einer rechtspolitisch gewillkürten Einstufung von Marktmacht als Marktbeherrschung, wettbewerbsschädigend wirken. Hier dürfte das Kartellverbot ein weitreichenderes, allgemeingültiges Regelungsziel verfolgen.

Dem wettbewerbspolitischen Anliegen der Vertreter eines Strukturmissbrauchs im Oligopol ist dagegen uneingeschränkt zuzustimmen. Die hier vertretene Zurückhaltung darf keinesfalls als dogmatische Ablehnung missverstanden werden. Viel eher soll hervorgehoben werden, dass das an früherer Stelle dieser Arbeit geforderte Vorgehen auf Grundlage von Art. 101 AEUV / § 1 GWB vorzugswürdig ist, da es – das hier erarbeitete Verständnis zugrunde gelegt – eine noch besser geeignete Maßnahme darstellt.

c) Fazit

Von einem konzeptionellen Standpunkt aus betrachtet ist eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Kartellverbot und Missbrauchsverbot für den Umgang mit Horizontalbeschränkungen durch Instrumente zur Verhaltenskoordination im nicht von einem Unternehmen beherrschten Oligopol geboten.⁸⁵⁴

aa) Abgrenzung von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht

Die Missbrauchsaufsicht soll die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern, bei der mangels Wettbewerbs kontrollfreie Handlungsspielräume zur Ausbeutung einer Marktgegensseite oder zur Behinderung des Restwettbewerbs eingesetzt werden. Dies gilt gleichermaßen für ein individuell marktbeherrschendes Unternehmen oder eine Gruppe kollektiv marktbeherrschender Oligopolisten. Das Verbot adressiert also nach *außen* gerichtete Verhaltensweisen.⁸⁵⁵ Die Missbrauchsaufsicht betreibt dabei um-

854 Die nachfolgend erarbeitete Abgrenzung bezieht sich daher auch nicht auf vertikale Wettbewerbsbehinderungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen.

855 Vgl. *Gjendemsjò/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 368 allerdings mit abweichendem Schwerpunkt: Der Missbrauch einer einzelmarktbeherrschenden Stellung richte sich gegen Wettbewerbsdruck von außen; der Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung richte sich gegen Wettbewerbsdruck von innen.

fassenden Drittschutz. Dieser gilt in vertikaler Richtung zu Gunsten der auf vor- oder nachgelagerten Marktstufe angesiedelten Zulieferer und Abnehmer sowie in horizontaler Richtung zugunsten verbliebener Konkurrenten, die an einer marktbeherrschenden Stellung nicht teilhaben (vor allem sog. „Mavericks“⁸⁵⁶; Außenseiter).

Sämtliche Maßnahmen, die innerhalb einer Gruppe von Unternehmen darauf abzielen, (noch) vorhandenen Wettbewerb abzuschwächen, sollten dagegen als Verhaltensabstimmung einem weit verstandenen Kartellverbot unterfallen, das idealerweise sämtliche Formen der auf kommunikativen Zusatzmaßnahmen (s.o.) basierenden Koordinierung zwischen Unternehmen erfasst. Dem Kartellverbot sind im horizontalen Bereich also primär Verhaltensweisen mit *innerer* Stoßrichtung zuzuweisen.⁸⁵⁷ Alle Maßnahmen, die kollusive Preise und eine Schwächung des Binnenwettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen oder aufrechterhalten sollen, sind demnach dem Kartellverbot zu subsumieren.⁸⁵⁸ Sie sind (noch) nicht mit der Marktmissbrauchsaufsicht zu kontrollieren, eröffnen aber ggfs. deren Anwendungsbereich, wenn sie die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung rechtfertigen.⁸⁵⁹ Führt beispielsweise eine wirksame Kartellabsprache zu einem einheitlichem Auftreten der beteiligten Unternehmen, kann infolgedessen eine kollektiv marktbeherrschende Einheit vorliegen,⁸⁶⁰ die allerdings erst dann (zusätzlich) auf Grundlage von Art. 102 AEUV sanktioniert werden sollte, wenn sie ihre Marktmacht zu Lasten der Verbraucher durch (gänzlich) überzogene (Monopol-)Preise missbraucht⁸⁶¹ oder ihren kollektiven Zusammenhalt dazu nutzt, verblei-

856 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, ABl. (EU) v. 05.02.2004, C 31/5, Rz. 20 lit. d), 42.

857 Siehe dagegen *GjendemsjØ/Hjelmeng/Sørgard*, (36) World Comp. 2013, 355, 365 f., die diese Unterscheidung zur Abgrenzung des Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung vom Missbrauch einer individuell marktbeherrschenden Stellung treffen.

858 Vgl. in diesem Sinne *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 118: „Kollusivpraktiken innerhalb von Oligopolisten sind über Art. 85 EWGV voll erfassbar.“

859 Anders noch EuGH v. 14.07.1981, Rs. C-172/80, Slg. 1981 II-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 10.

860 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 117 f. mwN.

861 Eine solche Fallkonstellation lag ansatzweise vor in EuG v. 10.3.1992, Verb. Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992 II-1403, 1547 f. – *Italienische Glaserhersteller*, vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 26.

bende Außenseiter zu behindern,⁸⁶² den Markt für sie verschließt,⁸⁶³ sie verdrängt oder auch Marktzutritte durch Abschreckung verhindert.⁸⁶⁴

bb) Einordnung von Preisgarantien in diesen Prüfungsmaßstab

Nach hier vertretener Auffassung überzeugt es daher nicht, die Verwendung von „facilitating practices“ unter bestimmten Umständen des Einzelfalls als die missbräuchliche Ausnutzung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung einzustufen. Zum einen handelt es sich um keinen allgemeingültigen Ansatz, zum anderen ist dies nur auf Grundlage einer in ökonomischer Hinsicht inkohärenten Argumentation möglich. Versuche, in diesem Bereich die Missbrauchsaufsicht anzuwenden,⁸⁶⁵ können als die Folge eines bisher zu restriktiv verstandenen Kartellverbots gedeutet werden. Eine Anwendung des Kartellverbots auf derartige Konstellationen ist hingegen vorzugswürdig, weil es nicht von der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung abhängt und somit konzeptionell die volle Bandbreite denkbarer Fälle erfassen kann. Ferner reduziert eine Anwendung des Kartellverbots die Unsicherheit der behördlichen Rechtsanwendung in tatsächlicher Hinsicht, namentlich mit Blick auf die richterliche Überprüfung der Feststellungen zum Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Die hier erarbeitete Abgrenzung der Anwendungsbereiche verhindert zudem eine unzulässige doppelte Verwertung mancher Verhaltensweisen für sowohl auf Art. 101 als auch auf Art. 102 AEUV gestützte Verfahren.

862 Basiert die Behinderung Dritter auf eigens dafür getroffenen Absprachen ist selbstverständlich (auch) das Kartellverbot anwendbar, wobei es eine Doppelsanktionierung zu verhindern gilt (vgl. Fn. 792); die hier vorgeschlagene Abgrenzung soll keine allgemeingültige Beschränkung des Kartellverbots auf Innenwirkungen nahelegen, wie dies einst vertreten wurde, vgl. *Pescher*, Der äußere Kartellzwang, 1984, S. 170 ff.

863 EuGH v. 16.03.2000, Rs. C-395, 396/96P, Slg. 2000 I-01365, ECLI:EU:C:2000:132 – *Compagnie Maritime Belge Transports/Kommission*, Rn. 46-59.

864 Bzw. die Teilnahme an der gemeinsamen Verhaltenskoordinierung zur faktischen Voraussetzung eines erfolgreichen Markteintritts gemacht wird, vgl. EuG v. 30.09.03, Rs. T-191/98 u.a., Slg. 2003 II-3275, ECLI:EU:T:2003:245 – *Atlantic Container Line u.a./Kommission* (TACA), Rn. 1338 sowie Rn. 1106 f., 1090 ff.

865 Sog. „*Oligopoly Gap*“, vgl. *Korah*, (20) E.C.L.R. 1999, 337; *Vecchi*, (31) World Comp. 2008, 385, 386.

III. Verbot erzwungenen gleichförmigen Verhaltens

Einen letzten kartellrechtlichen Anhaltspunkt bietet der weitgehend unbekannte und in seinem Anwendungsbereich auf den ersten Blick rätselhaft anmutende § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Die Norm klingt mit Blick auf Preisgarantien vielversprechend, weil sie sich gegen einseitiges Verhalten richtet, das darauf abzielt, andere Unternehmen zu einem gleichförmigen Verhalten zu veranlassen.

1. Regelungsziel

§ 21 GWB normiert neben dem Boykottverbot (Abs. 1) und dem Verbot des Einsatzes von Druck- & Lockmitteln (Abs. 2) auch ein Zwangsverbot (Abs. 3). Dieses wiederum enthält drei Tatbestandsvarianten. Die erste Variante (Nr. 1) erfasst den Beitritt zu einem kraft Freistellung oder im Bereich der für gewisse Wirtschaftszweige geltenden Sonderausnahmen erlaubnisfähigen Kartell. Die zweite Variante (Nr. 2) erfasst Zusammenschlüsse von Unternehmen nach § 37 GWB. Die hier relevante dritte Variante (Nr. 3) wiederum erfasst gleichförmiges Verhalten. So heißt es:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen, [...] (3.) in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.“

Da der genötigte Beitritt zu einem verbotenen Kartell bereits (mittelbar) von § 21 Abs. 2 GWB⁸⁶⁶ und der (erzwungene) Beitritt zu einem erlaubten Kartell bereits (explizit) von § 21 Abs. 3 Nr. 1 GWB erfasst wird,⁸⁶⁷ verbleibt § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB ein denkbar kleiner Anwendungsbereich mit geringer praktischer Bedeutung.⁸⁶⁸ Dieser wird etwa darin gesehen, keinen Druck auf Kartellaußenseiter auszuüben, sich einem erlaubten Kartell anzupas-

866 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 88; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 152; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 50; andeutungsweise: Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 47.

867 Statt vieler Zorn, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, §21 Rn. 62, 68.

868 Zorn, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, §21 Rn. 63, 72; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB, Rn. 45.

sen.⁸⁶⁹ Darüber hinaus wird aber auch die Anpassung und Ausrichtung an einem Marktführer genannt.⁸⁷⁰ Für die Zwecke dieser Arbeit ist besonders interessant, dass ein Kommentator angesichts eher unergiebigem Gesetzgebungsmaterialien zu dieser Norm davon ausgeht, der Gesetzgeber habe eine Eingriffsnorm schaffen wollen, um gegen bewusstes Parallelverhalten („conscious parallelism“) vorgehen zu können, das ohne eine Vereinbarung oder Abstimmung im klassischen Sinne erzielt wurde.⁸⁷¹ Hier ließe sich zwecks einer Erfassung von Preisgarantien ansetzen.

2. Subjektiver Tatbestand

Auch der subjektive Tatbestand gibt Rätsel auf. Es ist bei unbefangener Betrachtung unklar, ob er sich auf das Zwang ausübende oder zwangsunterworfenen Unternehmen bezieht. Trotz der sprachlich mehrdeutigen⁸⁷² Fassung sei laut *einer* Auffassung davon auszugehen, dass die „Absicht, den Wettbewerb zu beschränken“ beim Zwang ausübenden Unternehmen vorliegen müsse.⁸⁷³ Ein Zwang unterworfenen Unternehmen handele unfreiwillig, sodass aus seiner Perspektive von Absicht keine Rede sein könne.⁸⁷⁴ Eine andere Auffassung hält eine solche (korrigierende) Auslegung für nicht

869 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90; vgl. auch Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 249 mit dem Hinweis, dass es sich allerdings nicht um den einzigen Anwendungsfall handelt.

870 Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 52; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 08/2016, § 21 Rn. 249.

871 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90.

872 Vgl. Zorn, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 71: „missglückt“; ebenso: Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 48 und Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 Rn. 250 („verunglückt“).

873 HM: Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 Rn. 250; Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 44; Nothdurft, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 21 GWB Rn. 83; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 53.

874 Zorn, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 71; Loewenheim, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 53; Nothdurft, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 21 GWB Rn. 89.

erforderlich.⁸⁷⁵ Die Formulierung ziele darauf ab, bewusstes von rein zufälligem Parallelverhalten abzugrenzen. Auch unter Zwang könne sich ein Unternehmen einem Kartell in dem Bewusstsein anpassen, dass dadurch der Wettbewerb beschränkt wird.

Zwar muss der Satzbau tatsächlich als eher untypisch eingestuft werden, doch ist den Anhängern der erstgenannten Auffassung darin zuzustimmen, dass ihr Verständnis die Wortlautgrenze noch nicht überschreitet. Dies soll anhand der folgenden Erwägung verdeutlicht werden. Falls der Gesetzgeber eine wettbewerbsbeschränkende Absicht beim Zwang ausübenden Unternehmen hätte anordnen wollen, hätte er den subjektiven Tatbestand besser in den Hauptsatz des Absatzes, nicht dagegen in die dritte Nummer aufnehmen sollen. So hätte es in aller Deutlichkeit heißen können:

„Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht *in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken*, zwingen, [...]“ (Einfügung in kursiv).

Das gleiche Argument lässt sich hingegen auch mit Blick auf die Zwang unterworfenen Unternehmen anführen. Hätte eine bei ihnen erforderliche Absicht normiert werden sollen, hätte es in Nr. 3 heißen können:

„[...] sich *in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken*, im Markt gleichförmig zu verhalten.“ (Verschiebung kursiv).

In der aktuell geltenden Fassung ist der Standort des subjektiven Tatbestands für keine der beiden Auslegungsalternativen optimal und wirkt je nach dem zugrunde gelegten Verständnis wie eine vor- oder nachstehende Parenthese. Teleologisch überzeugt ohne Weiteres, dass es auf die Absicht des Zwang ausübenden Unternehmens ankommen muss.⁸⁷⁶ Zudem lässt sich die Systematik der Norm als mögliche Erklärung für den Satzbau anführen. Hätte man den subjektiven Tatbestand in den Hauptsatz integriert, würde er sich auch auf die Tatvarianten in Nr. 1 und Nr. 2 beziehen. Für ein (freigestelltes) Kartell ist die Absicht, den Wettbewerb zu beschränken allerdings typischerweise kein entscheidendes Kriterium. Gleiches gilt für Zusammenschlüsse von Unternehmen, die gem. § 36 GWB (SIEC-Test) ebenso wenig nach Verhaltensabsichten, sondern objektiv entsprechend

875 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 90.

876 So auch Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 249.

ihrer wettbewerblichen Wirkungen beurteilt werden.⁸⁷⁷ Daher leuchtet ein, dass ein subjektiver Tatbestand nur für die dritte, am wenigstens konturierte und anderenfalls möglicherweise ausufernde Tatvariante gewünscht war. Dies erklärt, warum der subjektive Tatbestand in die konkrete Aufzählung verschoben werden musste.

3. Zwangsmittel

Unter Zwang im Sinne des § 21 Abs. 3 ist nach dem BGH

*„eine intensive Beeinflussung zu verstehen, die eine Willensbetätigung des Betroffenen zwar nicht schlechthin ausschließt, aber so stark ist, dass ihm allenfalls formell Alternativen gegenüber dem geforderten Verhalten bleiben, denen zu folgen ihm nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Vernunft mit Rücksicht auf die Schwere der angedrohten oder zugefügten Nachteile nicht mehr zugemutet werden kann“.*⁸⁷⁸

Das Ende dieser Definition lässt erkennen, dass der BGH in Abgrenzung zu den Nötigungsmitteln aus § 21 Abs. 2 GWB eine qualitative Steigerung und somit eine (noch) intensivere Druckausübung vor Augen hatte.⁸⁷⁹ Im Kern handelt es sich dagegen in beiden Absätzen um eine Androhung oder Zufügung von Nachteilen.⁸⁸⁰ Das Verständnis des BGH scheint davon getragen zu werden, dass die Rechtswidrigkeit in § 21 Abs. 3 GWB aus dem Druckmittel folge, während sie sich in § 21 Abs. 2 GWB aus dem rechtswidrigen Zweck (der Teilnahme an einer kartellrechtswidrigen Abstimmung) ergebe.⁸⁸¹

877 Ganz abgesehen davon, dass es hier um sämtliche Zusammenschlüsse geht und nicht nur solche, die der Fusionskontrolle formell oder materiell unterfielen.

878 BGH v. 7.10.1980, Az. KZR 25/79 = WuW/E BGH 1740/1745 – *Rote Liste*.

879 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 86.

880 Anders als § 21 Abs. 2 GWB verhält sich das BGH-Zitat nicht zum Versprechen oder Gewähren von Vorteilen, die mit Stimmen der Literatur allerdings auch in § 21 Abs. 3 GWB als Zwangsmittel in Betracht kämen, vgl. exemplarisch Nothdurft, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, Band 1: Deutsches Recht, 14. Aufl. 2021, § 21 GWB Rn. 81 oder Röhling, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Aufl. 2016, Band 1, § 21 GWB Rn. 43. Es komme insoweit nur auf eine gesteigerte Intensität an.

881 Zustimmend Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 239.

Der BGH hat jüngst in einer Entscheidung zu § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB festgehalten, dass Zwang jedenfalls dann vorliege, „wenn der Betroffene allein die Wahl zwischen dem gewünschten Verhalten und der Existenzaufgabe hat [...]“. ⁸⁸²

a) Einordnung

Offensichtlich kann es bei der Vorschrift in aller Regel nicht um willensbrechenden Zwang durch Gewalteinwirkung gehen, sondern um Maßnahmen, die in das wirtschaftliche Kalkül eines Unternehmens eingreifen und kaum eine andere Wahl lassen, als sich in der erwünschten Weise zu verhalten. ⁸⁸³ Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob bei der Wirkung einer Preisgarantie bereits von wirtschaftlichen Zwängen eines solchen Ausmaßes gesprochen werden kann.

Einerseits handelt es sich aus Sicht der in Bezug genommenen Unternehmen eher um einen bloßen Anreiz, den Preisen des Garantie auslobenden Unternehmens zu folgen und dieses nicht zu unterbieten. Tut ein Unternehmen dies nicht, setzt es möglicherweise keinen idealen Preis und optimiert seine Gewinne nicht. Ob darin hingegen bereits schwere wirtschaftliche Nachteile im Sinne der frühen Definition des BGH zu sehen sind, ist fraglich. Die jüngste Definition ist ersichtlich nicht erfüllt, stellt allerdings („jedemfalls“) auch keine absolute Schranke dar.

Andererseits verbirgt sich hinter einer Preisgarantie die im Vertikalverhältnis verbürgte Drohung, dass dritte Unternehmen bei Unterbietung der Preise des Garantie auslobenden Unternehmens wirtschaftliche Nachteile (Umsatzverluste) erleiden, da weniger Kunden als sonst auf diese Preissenkung reagieren werden. Der Mengeneffekt fällt daher kleiner als sonst aus und vermag nur zu einem geringeren Ausmaß den (negativen) Preiseffekt auszugleichen. Unterstellt man zudem, dass die Leitungsorgane unternehmenstragender Kapitalgesellschaften dem Shareholder-Value-Ansatz bzw. der Maximierung der Unternehmensgewinne verschrieben sind, ⁸⁸⁴ könnte

882 BGH v. 27.09.2022, KZB 75/21 – *Basaltsteinbruch*, Rn.22 mit Verweis auf *Roth*, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 240 m.w.N.; siehe auch *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 86.

883 Vgl. *Zorn*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 65.

884 Umstritten, vgl. zu dieser Debatte statt vieler *Fleischer*, in: BeckOGK, Stand: 01.07.2022, § 76 AktG, Rn. 21 ff.

sich gesellschaftsrechtlich mitunter gar die Pflicht ergeben,⁸⁸⁵ gewinnoptimierende Preise auszuwählen und sich dementsprechend an der Konkurrenz auszurichten.

Im Ergebnis muss einen das Verständnis des BGH vom Zwangsmittel in § 21 Abs. 3 GWB daher teleologisch nicht überzeugen.⁸⁸⁶ Gleichzeitig zeigt sich in systematischer Hinsicht aber, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich mit der begrifflichen Steigerung von § 21 Abs. 2 GWB zu § 21 Abs. 3 GWB zumindest sprachlich in kaum überwindbarer Weise eingeschränkt hat. Ob dies beabsichtigt war, ist schwer zu sagen. Es bestehen allerdings erhebliche Zweifel, ob sich entgegen der begrifflichen Steigerung der Druckmittel eine Auslegung durchsetzen kann, die ein und dieselbe Tathandlung für beide Absätze als tatbestandsmäßig einstuft. Solange dem historischen Gesetzgeber kein redaktionelles Versehen bei den genauen Formulierungen nachgewiesen werden kann, spricht dies gegen eine Interpretation des Normzwecks dahingehend, bewusstes Parallelverhalten unterhalb der Eingriffsschwelle einer Vereinbarung oder Abstimmung iSv. § 1 GWB erfassen zu wollen. Um ein gesetzgeberisches Versehen auszuschließen, soll nachfolgend die Genese des heutigen § 21 GWB nachgezeichnet werden.

b) Einschub zur Genese von § 21 GWB

In der historischen Ursprungsfassung des GWB von 1958⁸⁸⁷ waren bereits die Vorläufer der heute in § 21 GWB zu findenden Vorschriften enthalten. Die heutigen § 21 Abs. 2 und § 21 Abs. 3 GWB wurden zunächst noch als § 25 Abs. 1 und § 25 Abs. 2 GWB (a.F.) geführt. Das heute in § 21 Abs. 1 GWB normierte Boykottverbot war dagegen separat in § 26 Abs. 1 GWB (a.F.) aufgeführt. Die ursprüngliche Fassung dieser Vorschriften im 4. Abschnitt „Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten“ des GWB lauteten wie folgt.

885 Kritisch zum Ziel der Gewinnmaximierung *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 74.

886 Kritisch *Pescher*, Der äußere Kartellzwang, 1984, S. 120.

887 BGBl. Jahrgang 1957 Teil I Nr. 41 v. 09.08.1957, Seite 1081: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.07.1957.

§ 25 Abs. 1 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 2 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, dass nach diesem Gesetz oder nach einer aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden kann.

§ 25 Abs. 2 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 3 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen

1. einen Vertrag oder Beschluss im Sinne der §§ 2 bis 8, 29, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 oder 103 beizutreten oder
2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 23 zusammenzuschließen oder
3. in der Absicht den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 26 Abs. 1 GWB (aF 1958) = § 21 Abs. 1 GWB (heute)

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

Die Vorschriften gehen auf den inhaltlich gleichlautenden Regierungsentwurf von 1952 und 1954,⁸⁸⁸ in diesem Dokument bereits enthaltene Änderungsvorschläge des Bundesrats⁸⁸⁹ und eine spätere Konsolidierung und Kompromissfindung im Wirtschaftsausschuss⁸⁹⁰ zurück. Anhand der sprachlichen Entwicklung dieser Vorschriften lässt sich möglicherweise nachzeichnen, welche Ratio den unterschiedlichen bezeichneten Druckmitteln im heutigen § 21 Abs. 2 und Abs. 3 unterliegt.

aa) Regierungsentwurf

Im Regierungsentwurf (1952, 1954) war für den vierten Abschnitt vorgesehen, unter anderem den aus der Kartellverordnung von 1923 bekannten

888 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 3-19.

889 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 2, S. 59-87.

890 BT-Drs. 2/3644 v. 22.06.1957.

sog. „äußeren Organisationszwang“⁸⁹¹ zu regeln. Dafür war § 23 GWB-RegE mit zwei Absätzen vorgesehen. In einem weiteren, hiervon separaten Paragraphen wurde ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen vorgesehen (§ 25 Abs. 1 GWB-RegE). Die Normen lauteten dabei wie folgt.

§ 23 Abs. 1 GWB-RegE 1952/1954

Kartelle dürfen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines nicht beteiligten Unternehmens nicht dadurch beeinträchtigen, daß sie dieses Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

§ 23 Abs. 2 GWB-RegE 1952/1954

Kartelle oder Unternehmen dürfen ein Unternehmen nicht zwingen, einem Kartell als Mitglied beizutreten.

§ 25 Abs. 1 GWB-RegE 1952/1954

Beeinträchtigt ein marktbeherrschendes Unternehmen (§ 17) auf dem von ihm beherrschten Markt ein anderes Unternehmen dadurch in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, daß es dieses Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt, so kann die Kartellbehörde auf Antrag des betroffenen Unternehmens oder von Amts wegen verfügen, daß die Behinderung oder die unterschiedliche Behandlung einzustellen ist.

§ 23 Abs. 1 GWB-Reg-E sollte ausweislich der Regierungsbegründung den aus dem älteren Kartellgesetz bekannten „äußeren Organisationszwang“ sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Richtung erfassen.⁸⁹² Nichtbeteiligte Unternehmen im Sinne der Norm konnten also sowohl Wettbewerber als auch Handelspartner sein. Einerseits sollte es Kartellen untersagt sein, Zulieferer oder Abnehmer zu behindern, zu diskriminieren oder unterschiedlich zu behandeln. Andererseits sollte es Kartellen verboten werden, Kartellaußenseiter zu behindern und zu benachteiligen. Obwohl sich dies bei einer ersten Lektüre nicht unmittelbar aufdrängt, sollten im

891 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 41; teils auch „äußerer Kartellzwang“ genannt, siehe ausführlich zu Herkunft und Bedeutung Pescher, Der äußere Kartellzwang, 1984 – passim.

892 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 41.

Horizontalverhältnis insbesondere Fälle einer mittelbaren Einwirkung auf Kartellaußenseiter erfasst sein, etwa indem Abnehmer oder Lieferanten zum Boykott ihrer Handelsbeziehung mit den Außenseitern aufgerufen wurden.⁸⁹³ Auch sollten Fälle erfasst sein, in denen Außenseitern eine Geschäftspraxis aufgezwungen werde, etwa jene, die das Kartell intern vereinbart hatte.⁸⁹⁴ § 23 Abs. 2 GWB-Reg-E wurde daraufhin mit der Logik eines Erst-Recht-Schlusses begründet. Wenn durch Abs. 1 bereits eine Druckausübung auf Kartellaußenseiter zwecks Erzielung einer Verhaltensanpassung untersagt werden soll, müsse erst Recht eine Einflussnahme verhindert werden, die auf einen Beitritt zum Kartell abzielt.⁸⁹⁵ In der Begründung wurde ferner darauf hingewiesen, dass beide Fälle – der Beitritt zu einem verbotswidrigen und der Beitritt zu einem ausnahmsweise freigestellten Kartell – von der Norm erfasst sein sollten.⁸⁹⁶ Folglich hätte für beide Fälle (zumindest in Abs. 2) einheitlich *Zwang* als das verbotene Druckmittel festgeschrieben werden sollen.

§ 25 Abs. 1 GWB-RegE wiederum enthielt das bereits aus § 23 Abs. 1 GWB-RegE bekannte Verbot der Diskriminierung und Ungleichbehandlung, wobei nun ein Marktbeherrscher adressiert wird. Der Abdruck dieser Norm erscheint zu diesem Moment womöglich noch etwas zusammenhanglos. Allerdings wurden spätere Änderungen von § 23 GWB-RegE durch Verschiebung und Zusammenführung einzelner Regelungsinhalte mit § 25 GWB bewerkstelligt, sodass der Vollständigkeit halber auch diese Entwicklung nachgezeichnet wird.

bb) Einwürfe des Bundesrats

Bevor der Regierungsentwurf zu Beratungen in den Bundestag eingebracht wurde, war es der Bundesrat, der ihn ergänzte und mit einigen Änderungen versah (nachfolgend als GWB-RatE bezeichnet). Im hier behandelten vierten Abschnitt wurden zwei weitere Vorschriften, § 22a GWB-RatE und § 23a GWB-RatE, eingefügt. Ferner wurden zur rechtlichen Klarstellung vor dem

893 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

894 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

895 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42: „Nach Absatz 1 darf das Kartell einem Außenseiter nicht eine bestimmte Geschäftspraxis aufzwingen, insbesondere nicht diejenige, welche die Kartellmitglieder auf Grund der Kartellbindung befolgen. Wenn schon dies verboten ist, so ist es erst recht unzulässig, einen Außenseiter zu zwingen, dem Kartell beizutreten. Absatz 2 spricht dies ausdrücklich aus.“

896 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 1, S. 42.

Wort „unterschiedlich“ in § 23 Abs. 1 GWB-RegE die Worte „in unbilliger Weise“ eingefügt. Gleiches galt an späterer Stelle auch für die fast identisch lautende Vorschrift des § 25 Abs. 1 GWB-RegE.

§ 22a GWB-RatE

Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile zufügen und keine Vorteile gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach §§ 1, 10, 15 Abs. 1 und 2, § 16 oder auf Grund eines Verbots nach §§ 12 und 13 nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfte.

§ 23a GWB-RatE

Ein Unternehmen darf nicht ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

Zur Begründung für § 22a GWB-RatE wurde angeführt, die Vorschrift solle einer Umgehung der genannten Bestimmungen durch rein tatsächliches Verhalten vorbeugen.⁸⁹⁷ Der Bundesrat befürchtete, dass es durch rein tatsächliches Verhalten zu einer Verhaltenskoordinierung kommen könnte, die im Einzelfall nicht unter die Verbotsvorschriften subsumiert werden könne. Man denke etwa an den Fall, dass sich ein drittes Unternehmen aufgrund von Lock- oder Druckmitteln konform verhält, ohne dass die Interaktion als Vereinbarung eingestuft wird.⁸⁹⁸ Somit handelte es sich für den Fall eines Kartells gem. § 1 GWB-RegE um eine komplementäre Ergänzung zu § 23 Abs. 2 GWB-RegE, der von einem unter Zwang geschlossenen Kartell iSv § 1 GWB ausgeht.⁸⁹⁹ Dass als Vergleichsmaßstab zugrunde gelegt wird, was vertraglich nicht hätte (vertraglich) vereinbart werden dürfen, liegt daran, dass das Kartellverbot in § 1 GWB-RegE ausschließlich Verträge als verbotene Koordinationsmittel adressierte.⁹⁰⁰ Seit Einführung⁹⁰¹ der „abgestimmten Verhaltensweise“ auch im deutschen Kartellrecht stellt sich

897 BT-Drs. 2/1158 v. 22.01.1955, Anlage 2, S. 68.

898 Dabei handelt es sich – wie sich noch zeigen wird – um die Befürchtung, aufgrund derer § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB entstanden ist.

899 Irrelevant ist dabei, ob das Kartell nicht ggfs. in einem Sonderbereich freigestellt ist.

900 Vgl. Krauß, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht-Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1: Deutsches Recht, § 1 GWB Rn. 93.

901 2. GWB Novelle: BGBl. Jahrgang 1973 Teil I Nr. 64 v. 04.08.1973, S. 917, 923; § 25 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F.; mit der 6. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 1998 Teil I Nr. 59 v. 26.08.1998, S. 2521 in das Kartellverbot überführt.

freilich die Frage, ob in den meisten der hier angedachten Interaktionen nicht mindestens eine solche abgestimmte Verhaltensweise zu sehen sein müsste. Konsequenterweise verfolgt die Norm in ihrer später verabschiedeten Fassung (§ 25 Abs. 1 GWB aF 1958) heute (§ 21 Abs. 2 GWB) praktisch einen anderen Zweck, als dies vom Bundesrat wohl ursprünglich beabsichtigt war. Weniger geht es um die Ausweitung der Verbotstatbestände, als darum, Wettbewerber oder Vertragspartner im Vertikalverhältnis zu schützen und ihnen Abwehransprüche gegen Drückausübung an die Seite zu stellen.⁹⁰²

Bei § 23a GWB-RatE handelt es sich um eine Ergänzung zu § 23 Abs. 1 GWB-RegE, der – unter anderem – verbieten sollte, Wettbewerber zu behindern, indem Lieferanten oder Abnehmer zu Liefer- oder Bezugssperren hinsichtlich dieser Unternehmen bewegt würden. Dieses Verbot sollte nach Empfehlung des Bundesrates auf Einzelunternehmen ausgedehnt werden, ohne dass ein solches Verhalten in einem Kartell oder einer marktmächtigen Stellung (vgl. § 25 Abs. 1 GWB-RegE, oben) begründet liegt.

cc) Konsolidierung im Wirtschaftsausschuss

Die letzten Änderungen auf dem Weg zur Verabschiedung des neuen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verantwortete der Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags.⁹⁰³ Dadurch entstanden die finalen Entwurfstexte (nunmehr als GWB-E zitiert), die schließlich in dieser Form, lediglich in unterschiedlicher Nummerierung, verabschiedet wurden.

§ 22a GWB-E = § 25 GWB (aF 1958)

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.

902 Vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 53; Zorn, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 41; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 87. Lieferung, Stand: 08/2016, § 21 GWB Rn. 152; Nothdurft, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2021, Band 1, § 21 GWB Rn. 55.

903 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik v. 22.06.1957, BT-Drucks. II zu 3644.

(2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen andere Unternehmen nicht zwingen,

1. einem Vertrag oder Beschluß im Sinne der §§ 1a bis 5 b, 26 b, 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 und 7, §§ 76 a und 77 beizutreten oder

2. sich mit anderen Unternehmen im Sinne des § 18 zusammenzuschließen oder

3. in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten.

§ 23 GWB-E = § 26 GWB (aF 1958)

(1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren veranlassen.

(2) Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 1 bis 5 b, 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 und 7, § 76 a und 77 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 11, 75 Abs. 3 oder § 77 Abs. 1 Nr. 3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem 'Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

Der Wirtschaftsausschuss muss mehrere Ziele bei der Neufassung dieses Abschnitts verfolgt haben. Zum einen schien er bestrebt, eine drohende Umgehung des Kartellverbots sowie die Einflussnahme auf Kartellaußen-seiter separat von Fragen der (unbilligen) Beeinträchtigung von Unternehmen zu regeln. In den erstgenannten Regelungskomplex musste er § 22a GWB-RatE eingliedern, der insoweit ein neues Anliegen – das Umgehungsverbot – eingebracht hatte. Zum anderen sollte innerhalb des zweitgenannten Regelungsanliegens sauber zwischen der (horizontal, ggfs. mittelbar wirkenden) Beeinträchtigung von Wettbewerbern einerseits und der (vertikal, typischerweise unmittelbar wirkenden) Beeinträchtigung und/oder Diskriminierung sonstiger Unternehmen differenziert werden. Hier musste zudem über die Reichweite des Verbots von Boykottaufrufen zulasten von Wettbewerbern entschieden werden (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE / § 23a GWB-RatE). Die vormals fehlende Differenzierung zwischen und innerhalb dieser Regelungskomplexe beruhte insbesondere darauf, dass der „äußere Organisationszwang“, wie er in § 23 Abs. 1 GWB-RegE vorgesehen war, ausweislich der Regierungsbegründung in sprachlich konfuser Weise noch

(alle) drei Dinge hätte erfassen sollen: Diskriminierung dritter Unternehmen, (mittelbare) Diskriminierung von Wettbewerbern, Beeinflussung von Wettbewerbern zwecks Verhaltensangleichung.

(1) Regelungskomplex zur Beeinflussung von Wettbewerbern

Der Wirtschaftsausschuss hat § 22a GWB-RatE und § 23 Abs. 2 GWB-RegE zu einer einzelnen Vorschrift mit zwei Absätzen zusammengeführt und dabei inhaltlich neu strukturiert. § 22a Abs. 1 GWB-E entspricht dem vom Bundesrat vorgeschlagenen § 22a GWB-RatE, dessen Wortlaut mit Ausnahme geringfügiger Präzisierungen⁹⁰⁴ beibehalten wurde. In einem inhaltlich gänzlich neuen § 22a Abs. 2 GWB-E adressierte der Wirtschaftsausschuss sodann – ohne nähere Erläuterung – dreierlei: die erzwungene Mitwirkung an einer freigestellten, ansonsten gesetzeswidrigen Maßnahme (Nr. 1), den erzwungenen Zusammenschluss von Unternehmen (Nr. 2) sowie ein auf Zwang beruhendes gleichförmiges Verhalten im Markt (Nr. 3). Dieser § 22a Abs. 2 GWB-E entspricht dem heutigen § 21 Abs. 3 GWB. Der Zwang als Nötigungsmittel entstammt ursprünglich § 23 Abs. 2 GWB-RegE. Diese Vorschrift hatte allerdings noch den erzwungenen Beitritt zu jeglicher Art von Kartell zum Gegenstand. Nunmehr war wortwörtlich nur noch der (äußere) Kartellzwang zur Mitwirkung an freigestellten Verstößen normiert (Nr. 1). Gänzlich neu ist das Verbot einer Zwangsausübung mit der Absicht ein anderes Unternehmen zu einem Zusammenschluss zu bewegen. Ebenso neu ist das Verbot, durch Zwang ein gleichförmiges Marktverhalten zu bewirken (Nr. 3). Zwangsausübung zwecks Mitwirkung an einem verbotswidrigen Kartell wird dagegen nicht mehr explizit erfasst (vgl. noch § 23 Abs. 2 GWB-RegE). In § 22a Abs. 2 GWB-E ist diese Variante nicht aufgelistet. Ferner passt der Fall zumindest bei Zugrundelegung des Regelungsanliegen des Bundesrates (vgl. § 22a GWB-RatE) eigentlich nicht unter § 22a Abs. 1 GWB-E. Der Wortlaut lässt eine Erfassung dagegen zu. Zwar wird nicht explizit der Zwang zum gesetzeswidrigen Vertragsschluss eines Kartells, sondern nur die zwangsweise Veranlassung eines Verhaltens verboten, das

904 Wie ein Vergleich der Entwürfe zeigt, präzierte der Wirtschaftsausschuss die Tatmittel um die Dimension eines Inaussichtstellens (Drohung und Versprechung). Auch wird das Verb „dürfen“ am Ende des zweiten Halbsatzes nunmehr im Indikativ („darf“) und nicht mehr im Konjunktiv („dürfte“) verwendet, ohne dass dies wohl inhaltlich Auswirkungen haben sollte.

nicht der Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Dies erfasst aber auch den tatsächlich erfolgten, verbotswidrigen Beitritt zu einem Kartellvertrag.⁹⁰⁵

(2) Regelungskomplex zur Diskriminierung/Beeinträchtigung von Unternehmen

Im zweiten Regelungskomplex war der Wirtschaftsausschuss bestrebt, den Boykottaufruf zwecks mittelbar-horizontaler Schädigung von Wettbewerbern einerseits und die sonstige Beeinträchtigung von vertikalen Handelspartnern durch Diskriminierung/Ungleichbehandlung getrennt zu regeln. In § 23 Abs. 1 GWB-E wurde das Verbot eines Boykottaufrufs zur Beeinträchtigung von Wettbewerbern normiert. Hier war der Wirtschaftsausschuss zudem vom Vorschlag des Bundesrats überzeugt, dass Boykottaufrorderungen unabhängig von einer etwaig zugrundeliegenden Kartellierung oder Marktbeherrschung verboten werden sollten. Das Diskriminierungs- und Ungleichbehandlungsverbot dagegen sollte – wie bereits ursprünglich vorgeschlagen – nur bei Marktbeherrschung (§ 25 Abs. 1 GWB-RegE) oder Kartellierung (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE) verboten sein. Nachdem die sonstigen Regelungsinhalte des ursprünglichen § 23 Abs. 1 GWB-RegE bereits andernorts untergebracht waren, konnte § 23 Abs. 1 GWB-RegE mit § 25 Abs. 1 GWB-RegE zusammengelegt und das Diskriminierungs- und Ungleichbehandlungsverbot einheitlich im neuen § 23 Abs. 2 GWB-E geregelt werden.

cc) Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Es zeigt sich also, dass die konkrete Ausgestaltung der Absätze 2 und 3 des heutigen § 21 GWB auf eine Mischung aus Beiträgen von Bundesregierung, Bundesrat und dem Wirtschaftsausschuss des Bundestages zurückgeht. Ursprünglich sollte einheitlich verboten werden, einen Wettbewerber durch Zwang zum Beitritt zu einem Kartell jeglicher Art, d.h. verbots-

905 Siehe in aller Deutlichkeit *Loewenheim*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 21 GWB Rn. 50 sowie andeutungsweise *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn. 88 und *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 154.

widrigen Kartellen sowie freigestellten Kartellen zu bewegen (§ 23 Abs. 2 GWB-RegE). Auf den Bundesrat geht die Benennung der Druckmittel im heutigen § 21 Abs. 2 GWB zurück. Der Bundesrat hatte die zugehörige Vorschrift allerdings nur zur Ergänzung vorgeschlagen, da er eine Umgehung des Kartellverbots fürchtete, indem durch Druckausübung eine Verhaltensabstimmung erzielt wird, ohne dass es zu einem Kartellvertrag kommt.⁹⁰⁶ Der Wirtschaftsausschuss ordnete die Vorschläge daraufhin neu. Der Vorschlag des Bundesrates wurde mit wenigen Änderungen übernommen. Die Vorschrift des Regierungsentwurfs zum „äußeren Organisationszwang“ (§ 23 Abs. 1 GWB-RegE) wurde dagegen grundlegend überarbeitet und ging in anderen Normentwürfen auf. Dies betrifft zum einen das Umgehungsverbot, wie es vom Bundesrat vorgeschlagen wurde, sowie das allgemein gehaltene Boykottverbot. Das Verbot der Zwangsausübung – als einziges Relikt des Regierungsentwurfs – wurde auf die Teilnahme an einem erlaubten Kartell, einen Zusammenschluss von Unternehmen sowie das hier behandelte gleichförmige Verhalten beschränkt. Das letztgenannte Verbot, durch Zwang gleichförmiges Verhalten herbeizuführen (Nr. 3), ist spät und im Übrigen kommentarlos eingefügt worden, sodass dessen Anwendungsbereich bis heute Rätsel aufwirft. Er könnte bei erlaubten Verstößen gegen das Kartellverbot eröffnet sein, an denen das zwangsunterworfenen Unternehmen nicht unmittelbar (vertraglich) beteiligt ist und erst später zum entsprechend angepassten Verhalten gezwungen wird. Mithin geht es um (Kartell-)Außenseiter einer freigestellten Absprache.⁹⁰⁷

Damit war die Abstufung zwischen dem heutigen § 21 Abs. 2 und § 21 Abs. 3 GWB geboren. Während die Entstehung und Vermengung der ursprünglichen Ansätze reichlich chaotisch anmutet und nur mühsam nachzuvollziehen ist, wirkt es doch so, als habe der Wirtschaftsausschuss die Abstufung zwischen der Beteiligung an verbotswidrigem Verhalten und der Beteiligung an erlaubtem Verhalten ganz bewusst so vorgenommen und dabei ebenso bewusst unterschiedliche Nötigungsmittel in den unterschiedlichen Tatbeständen festgehalten. Einzig dem Bundesrat hätte man noch

906 Angesichts des späteren Hinzutretens der „abgestimmten Verhaltensweise“ als Handlungsvariante im Kartellverbot hat die Vorschrift im Laufe der Zeit einen teleologischen Wandel durchlaufen. Sie findet überwiegend Anwendung bei Druckausübungen in Vertikalbeziehungen zwischen Hersteller und Händler, siehe bereits die Nachweise in Fn. 902.

907 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 21 Rn 90; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 87. Lieferung, 08/2016, § 21 GWB Rn. 251.

unterstellen können, er habe selbst angesichts der sprachlichen Abweichung beim Nötigungsmittel in seinem Ergänzungsvorschlag im Grunde dasselbe gemeint, wie es der Regierungsentwurf schon für das Verbot äußerer Kartellzwangs vorgesehen hatte. Spätestens der Wirtschaftsausschuss muss dagegen bei der Verschiebung und Anpassung der Vorschriften ein Bewusstsein für die sprachliche Abstufung gehabt haben. Jedenfalls handelte es sich nicht um eine schlicht unglückliche Neuordnung und Kombination von Vorschriften unterschiedlicher (institutionellen) Urheber, für die man noch davon hätte behaupten können, dass die verschiedenen Akteure mit den unterschiedlichen Nötigungsmitteln in den sich ursprünglich teils überlappenden Tatbeständen (vgl. § 23 Abs. 1 RegE-1952/54 und § 23a RegE-1952/1954) im Grunde genommen wohl dasselbe gemeint haben dürften. Die Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte spricht daher für eine Auslegung, die bei § 21 Abs. 3 GWB den Tatvorwurf auf das Nötigungsmittel legt. Umso eher drängt sich also auch eine enge Auslegung des Zwangs in § 21 Abs. 3 GWB auf.

4. Gleichförmiges Verhalten im Markt

Diese Feststellung ist umso misslicher, als die weitere Tatbestandsvoraussetzung – genauer gesagt der Taterfolg – geradezu perfekt zu passen scheint. Erforderlich ist, dass sich dritte Unternehmen im Markt gleichförmig verhalten. Bei den Abläufen einer Preisgarantie – so könnte man meinen – handelt es sich um das Paradebeispiel einer vereinbarungslosen Verhaltenskoordination.⁹⁰⁸

5. Fazit

Ob Preisgarantien also der nahezu erste Anwendungsfall dieser Norm werden, hängt schlussendlich davon ab, wie eng man den Begriff Zwang versteht und ob man dem BGH in seiner Auffassung folgt, es müsse sich bei der Intensität der willensbeugenden Maßnahme im Vergleich zu § 21

908 Hier wird bewusst – und zur Abgrenzung – auf den Begriff „tacit collusion“ verzichtet, da mit der Preisgarantie jedenfalls ein öffentliches Instrument der Verhaltenskoordination verwendet wird und daher nicht von stillschweigender Koordinierung gesprochen werden kann, siehe bereits oben: S. 243.

Abs. 2 GWB um eine Steigerung handeln.⁹⁰⁹ Ein Gleichlauf mit § 21 Abs. 2 BGB würde sich teleologisch als sinnvoll erweisen, dürfte dagegen dem Verständnis des historischen Gesetzgebers vom rechtswidrigen Druckmittel widersprechen.

IV. Folgefragen der Rechtsdurchsetzung

Die Untersuchung des materiellen Kartellrechts hat zum Vorschein gebracht, dass Preisgarantien dem Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB subsumiert werden können. Ein Vorgehen gegen Preisgarantien mit der Marktmissbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 AEUV sowie dem in § 21 Abs. 3 GWB normierten Zwangsverbot hat sich dagegen im ersten Fall als unzureichend und im zweiten Fall als rechtlich unzulässig erwiesen.

Dass nach der hier vertretenen Auffassung entgegen der bisher vorherrschenden Meinung auch individuell-einseitiges Verhalten zu einer abgestimmten Verhaltensweise führen kann, birgt Fallstricke bei der Durchsetzung des Kartellrechts durch das Verwaltungs- und Zivilrecht. Insbesondere die Vorschriften des Kartellschadensersatzes wurden erst nachträglich im deutschen Kartellrecht verankert.⁹¹⁰ Es muss davon ausgegangen werden, dass der Norminhalt von der seinerzeit vorherrschenden Auslegung der materiellen Vorschriften geprägt war.

Als gewöhnungsbedürftig und kritikwürdig würden vermutlich viele ein Ergebnis einstufen, dem zufolge alle an der durch eine Preisgarantie abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen, d.h. auch die passiv gebliebenen Adressaten des Preisvergleichs, haften würden. Hier könnte in Frage gestellt werden, ob die Durchsetzung des Kartellrechts vor allem mittels privater Schadensersatzklagen nicht über das Ziel hinausschießen würde und einer Einschränkung bedürfte. Wer diese Befürchtung teilt, darf die als überschießend eingestuften Rechtsfolgen dagegen nicht als Argument heranziehen, um gänzlich von einer Auslegung des Kartellver-

909 So auch Teile des Schrifttums, etwa Zorn, in; MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 21 Rn. 65.

910 Vgl. zuletzt § 33a GWB im Wege der 9. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 2017 Teil I Nr. 33 v. 08.06.2017, S. 1416 zwecks Umsetzung von Anforderungen der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU); der Schadensersatzanspruch wurde erstmalig mit der 7. GWB Novelle, BGBl. Jahrgang 2005 Teil I Nr. 42 v. 12.07.2005, S. 1954, 1959 f. normiert.

bots im hier vertretenen Sinne abzuraten.⁹¹¹ Der Kartellschadensersatz soll eine effektive Durchsetzung des Kartellverbots ermöglichen.⁹¹² Das Kartellverbot sollte daher gerade nicht unter Heranziehung der flankierenden Normen ausgelegt werden. Erscheint es innerhalb der rechtsdogmatischen Grenzen und bei Betrachtung der Ratio des Kartellverbots geboten, gewisse Verhaltensweisen zu untersagen, darf die Auslegung nicht von potentiell zu gravierenden (sekundären) Rechtsfolgen getrieben sein. Bei derartigen Befürchtungen sollten viel eher die Begleitnormen überprüft und nötigenfalls restriktiv ausgelegt werden. Anderenfalls erzielt vor allem die Möglichkeit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung einen gegenteiligen Effekt. Sie wirkt abschreckend auf die Anwendung des Kartellverbots bei bestimmten Praktiken.

Wie die kartellrechtliche Kontrolle der Verwendung von Preisgarantien durch Maßnahmen der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung in normativ überzeugender Art und Weise bewerkstelligt werden kann, ist Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts.⁹¹³

1. Konsequenzen einer Ausdehnung des Kartellverbots

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es bereits bei Verwendung einer Preisgarantie durch nur ein Unternehmen zu einem Kartellverstoß. Fraglich ist, in welchem Ausmaß dadurch die restlichen im relevanten Markt aktiven Unternehmen kompromittiert werden. Hierbei handelt es sich jedenfalls um diejenigen Unternehmen, auf die sich die Preisga-

911 So jedenfalls *Lianos/Korah/Siciliani*, Competition Law, 1. Aufl. 2019, S. 428; in diese Richtung möglicherweise auch *Wagner-v. Papp*, Sektoruntersuchung und Störung des Wettbewerbs – „Paradigmenwechsel“ zum „Marktdesign“?, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende – Auf dem Weg zur 11. und 12. GWB-Novelle, 2023, S. 33, 46, der vor einer ausufernden Anwendung des Kartellverbots bei einseitiger Offenlegung von Informationen warnt und sich stattdessen für die erweiterte Sektoruntersuchung in der 11. GWB-Novelle ausspricht.

912 Im Vordergrund steht daher die sog. Präventionsfunktion, vgl. etwa: *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33a Rn. 3-7.

913 Die Frage stellt sich in gleichem Maße, wenn ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV bei kollektiver Marktbeherrschung durch individuelle, unilaterale Verwendung von „facilitating practices“ angenommen werden soll; vgl. dazu S. 263 ff.

rantie bezieht.⁹¹⁴ Bei unbefangener Behandlung dieser Unternehmen als (Mit-)Verantwortliche wären auch sie den Folgen öffentlicher und privater Durchsetzung ausgesetzt. Dies betrifft etwa die potentielle Verhängung von Bußgeldern durch die EU-Kommission oder das Bundeskartellamt sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch betroffene Marktteilnehmer. Ob dies normativ tragbar wäre,⁹¹⁵ hängt von der Perspektive des Betrachters ab.

a) Grundwertungen

Einerseits könnte man in den passiv-adaptiven Unternehmen Opfer der Preisgarantie sehen. Ihnen ist es nur noch zu einem geringeren Ausmaß möglich, durch günstigere Preise Konsumenten von dem Unternehmen abzuwerben, das die Preisgarantie verwendet. Einem Unternehmen – so könnte man ferner argumentieren – dessen Preise zur Ausgangsformel der Preissetzung eines Wettbewerbers gemacht wurden, kann nicht zum Vorwurf gereicht werden, dass dies naturgemäß das Entscheidungskalkül bei der eigenen Preissetzung verändert. Sie passen ihr Verhalten lediglich in erzwungen-rationaler Weise an. Nicht zuletzt gilt für sie das berühmte, bereits dargestellte Abhilfeproblem.⁹¹⁶ Welches rechtmäßige Alternativverhalten könnte man ihnen auferlegen, um etwa eine Abstellungsverfügung und ein Bußgeld zu rechtfertigen? Auch wenn diese Erwägung im Tatbestand des Kartellverbots nach hier vertretener Auffassung (noch) keine Rolle spielen durfte, da man immerhin das Garantie auslobende Unternehmen

914 Denkbar wäre ebenso, dass weitere Unternehmen, auch ohne Referenzpunkt der Preisgarantie zu sein, ihre Preise entsprechend anheben können. Dies käme dem Preisschirm eines Kartells oder den Zweitrundeneffekten eines nichtkoordinierten Zusammenschlusses gleich (vgl. zu letzterem *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 304 f.).

915 Ablehnend *Stroux*, US and EC Oligopoly Control, 2004, S. 171 (für die Rechtsfolgen eines individuellen Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, z.B. durch eine Meeting Competition Klausel); skeptisch (ebenfalls für das Parallelproblem der Haftung einer Gruppe kollektiv marktbeherrschender Unternehmen bei unilateralem Verstoß eines Mitglieds): *Vecchi*, (31) *World Comp.* 2008, 385, 397 ff. mit einer Analogie zur stillschweigenden Teilnahme an einem Kartell mangels öffentlicher Distanzierung: „[...] the mere fact that the other competitors [...] refused to give rebates after one competitor has adopted a meeting competition clause, is not necessarily illegal [...]“; ebenso ablehnend (für Art. 102 AEUV): *Monti*, CMLRev. 2001, 131, 147.

916 *Turner*, (75) *Harvard Law Rev.* 1962, 655-706; *Trimarchi*, GRUR Int. 1970, 311, 314.

belangen kann, darf man sie spätestens auf Ebene der Rechtsdurchsetzung bezüglich der restlichen Unternehmen nicht unbeachtet lassen.

Andererseits profitieren in aller Regel auch die passiv-adaptiven Unternehmen von den garantiebdingt erhöhten Preisen im Markt.⁹¹⁷ Sie sind mitunter ebenso Nutznießer der Preisgarantie. Insbesondere insoweit sie keine Beseitigung und Unterlassung der Verwendung einer Preisgarantie verlangen,⁹¹⁸ zeigt sich darin vermutlich, dass sie sich von der Preisgarantie nicht gestört fühlen. Diese Beobachtung könnte dafür sprechen, einen differenzierten Lösungsansatz zu vertreten. Jedenfalls im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung ist fraglich, ob den restlichen Unternehmen der garantiebdingte Gewinnüberschuss verbleiben sollte. Damit unmittelbar verknüpft ist die Frage, ob es gerechtfertigt wäre, nur den Initiator für alle Schäden im Markt aufkommen zu lassen. Dies beträfe auch die überhöhten Preise seiner Konkurrenten, wodurch die Situation den Preisschirmeffekten eines Kartells gleicht.⁹¹⁹ Erhöhen infolge kartellbedingt überhöhter Preise der Kartellanten auch etwaige Kartellaußenseiter ihre Preise (sog. „strategische Komplementarität der Preise“⁹²⁰), können deren Abnehmer Schadensersatz von den Kartellanten verlangen. Bei Preisgarantien würde ein besonders großer Preisschirmeffekt vorliegen,⁹²¹ da ggfs. nur ein einzelnes Unternehmen für alle Schäden im Markt verantwortlich ist. Im Fall eines Kartells wird der Preisschirm immerhin als Teil der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit gem. § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB intern aufgeteilt.⁹²²

917 Siehe etwa die Studie von *Dewenter/Schwalbe*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2016, 276-288 zur Preisgarantie von *Shell* oder die Studie von *Zhuo*, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738 zur Preisgarantie von *Target*. In beiden Fällen führte die Preisgarantie auch zu Preissteigerungen der restlichen Unternehmen.

918 Dies wäre theoretisch gem. § 33 Abs. 1, 3 GWB denkbar, siehe dazu später.

919 EuGH v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Kone*; BGH v. 19.5.2020, Az KZR 8/18 – *Schienenkartell IV*; siehe vorher bereits OLG Düsseldorf v. 8.5.2019, Az. VI-U (Kart) 11/18 – *Schienenkartell III*.

920 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 304, Fn. 68.

921 Mit dieser Beobachtung für unilaterale Kollusion allgemein: *Andreoli-Versbach/Franck*, (11) J.C.L.E. 2015, 463, 487.

922 *Mackenrodt*, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 33d GWB Rn. 7.

b) Denkbare Ausgangspunkte

Es stehen nunmehr zwei Lösungsansätze zur Verfügung. Sie nehmen einen unterschiedlichen Ausgangspunkt, wobei in Detailfragen mittels Auslegung und Rechtsfortbildung durchaus Konvergenz erzielt werden könnte.

Gemäß der *ersten* Variante würden nur solche Unternehmen als „Rechtsverletzter“ bzw. als an der Zuwiderhandlung und dem Rechtsverstoß unmittelbar Beteiligte eingestuft, die eine Preisgarantie verwenden. Diese Variante schließt die Verantwortlichkeit der restlichen Unternehmen in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung aus und erschwert eine Haftung auf Schadensersatz.

Gemäß der *zweiten* Variante würden dagegen alle von einer Preisgarantie betroffenen⁹²³ Unternehmen gemeinsam mit dem Garantie auslobenden Unternehmen als „Rechtsverletzter“ bzw. als dem Kartellverbot Zuwiderhandelnde eingestuft. Dies müsste aus Gründen der Konsistenz gleichermaßen für die Normen der öffentlichen und der privaten Rechtsdurchsetzung gelten. Hier ließen sich unbillige Folgen weitestgehend dadurch vermeiden, dass auf Rechtsfolgen Seite eine restriktive Anwendung der jeweiligen Normen praktiziert wird.

Aufgrund der generalklauselartigen Offenheit der relevanten Normen ließen sich zunächst vermutlich beide Einstufungen vertreten. Entscheidend ist, welche der oben genannten Wertungen für überzeugungskräftiger gehalten werden. Um eine Schadensersatzpflicht der passiv-adaptiven Unternehmen zu begründen, ist jedoch selbst in der zweiten Konzeption ein erheblicher Begründungsaufwand von Nöten, der sich berechtigter Kritik ausgesetzt sehen dürfte.

2. Koordinierungsmittel als Anknüpfungspunkt

Die erste der beiden gerade angesprochenen Konzeptionen legt den Schwerpunkt des Tatvorwurfs auf die entsprechende Abstimmungshandlung. Dies steht (noch) in Einklang mit der Prämisse, dass entsprechend einem Erfolgsdelikt eine Verhaltensanpassung mehrerer Unternehmen er-

923 Die noch aufzuzeigende Schwäche dieses Ansatzes lässt sich schon an der Frage erkennen, wie mit Unternehmen umzugehen ist, die nicht Adressat der Preisgarantie sind, sich aber an einem betroffenen Unternehmen ausrichten und damit gleichermaßen einer etwaigen Preissteigerung folgen.

folgt sein muss.⁹²⁴ Indem es eine Preisgarantie ausgelobt hat, hat in dem Fall allerdings nur ein einzelnes Unternehmen die relevante Tathandlung begangen. Diese Einordnung könnte sich ferner unmittelbar aus der oben genannten, hingegen nicht herrschenden Wortlautauslegung des Kartellverbots ergeben, der zufolge bereits die eigene Preissetzung unter Verwendung einer Preisgarantie als abgestimmte Verhaltensweise gelten könnte.⁹²⁵ In dem Fall spielen die passiv-reaktiven Unternehmen mangels Taterfolgs (Tätigkeitsdelikt) keine Rolle mehr.

Die Besonderheit eines so verstandenen Tatbestands, die darin liegt, dass ein Verhalten Dritter beeinflusst werden muss und diese Dritten zudem noch vom dadurch erzielten Taterfolg profitieren, ohne aber eindeutig als (Mit-)Täter festzustehen, erschwert die Einordnung in typische straf- oder deliktsrechtliche Kategorien ganz erheblich. Dem Verfasser ist kein Straftatbestand und keine Ordnungswidrigkeit dieser Art bekannt, die einen Vergleich oder eine Abgrenzung ermöglichen würden.

Doch gerade, weil als wettbewerbspolitische Maxime stets betont wird, dass koordiniertes Verhalten nicht als solches zu verurteilen sei, dürfte der Unrechtsvorwurf trotz des zweigliedrigen Tatbestands in der Verwendung eines Koordinierungsmittels liegen. Auch die eben wiederholte binnensystematische Auslegung des Kartellverbots, der zufolge Koordinierungsmaßnahmen verboten werden, spricht dafür, dass der Tatvorwurf sich gegen Instrumente der Verhaltenskoordination richtet, nicht aber ebenso gegen stillschweigend vorgenommene Anpassungshandlungen. Somit gilt im Sonderfall der „abgestimmten Verhaltensweise“, dass durch ein Koordinierungsmittel zwar ein tatsächlich angeglichenes Marktverhalten erreicht worden sein muss. Es wird dagegen – so ließe sich vertreten – nicht das dafür zwingend notwendige Zutun dritter Unternehmen, sofern es sich auf eine bloße Anpassung beschränkt, zum Zentrum des Unrechtsvorwurfs gemacht.

a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung

Im Bereich der öffentlichen Rechtsdurchsetzung steht sowohl der EU-Kommission als auch dem Bundeskartellamt die Kompetenz zu, bei Verstößen gegen Vorschriften des Kartellrechts Abstellungsverfügungen und Bußgelder zu erlassen.

924 Siehe zur Rechtsprechung bzgl. eines zweigliedrigen Tatbestands: S. 160.

925 Siehe hierzu: S. 231 f.

aa) Abstellungsverfügung

Für das EU-Recht gilt nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003:

„Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 [...] fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen [...] verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.“

Der Begriff einer *Zuwiderhandlung* legt nahe, die jeweilige Wertung des Kartellverbots zu übertragen. Wird eine Verhaltensabstimmung durch individuell-einseitige Verwendung eines Koordinierungsmittel als tatbestandsmäßig eingestuft, wäre es nur konsequent, lediglich ein Unternehmen – den Verwender einer Preisgarantie – als entsprechenden Täter einzustufen. Zwar heißt es in Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 im Plural, dass die beteiligten Unternehmen verpflichtet werden können. Ausnahmsweise wäre hier nur ein Unternehmen zu adressieren. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass die Rechtsfolge (Abstellung = Beseitigung/Unterlassung) nur für das Preisgarantie verwendende Unternehmen passt. Den anderen Unternehmen kann – wie oben in Breite erörtert wurde – kein rechtmäßiges Alternativverhalten vorgeschrieben werden. Zum anderen folgt aus der hier vertretenen Grundkonzeption, dass das Verhalten der passiv-adaptiven Unternehmen zwar Teil des Taterfolgs ist. Die materiell-rechtliche Zuwiderhandlung, auf die Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 Bezug nimmt, würde aber auf die Auslobung der Preisgarantie beschränkt. Insofern gäbe es nur ein tatbeteiligtes Unternehmen im Sinne der Norm.

Das deutsche Kartellverwaltungsrecht verwendet eine ähnliche Formulierung. § 32 Abs. 1 GWB ermächtigt das Bundeskartellamt zu Abstellungsverfügungen:

„Die Kartellbehörde kann Unternehmen [...] verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 [...] (des AEUV) abzustellen.“

Die vorgenannte Argumentation kann daher übertragen werden. Dem Begriff der *Zuwiderhandlung* könnte erneut nur das Verhalten des Garantie verwendenden Unternehmens subsumiert werden.

bb) Bußgeld

Für die Verhängung eines Bußgelds durch die EU-Kommission heißt es in Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003:

„Die Kommission kann ein Bußgeld gegen Unternehmen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig [...] gegen Art. 81 [...] des Vertrags verstoßen.“

Für die Begehung eines *Verstoßes* gegen (nach heutiger Fassung) Art. 101 Abs. 1 AEUV können die gerade genannten Erwägungen zum Begriff der Zuwiderhandlung übertragen werden. Auch der Rechtsverstoß im Sinne der Begehung einer relevanten Tathandlung kann isoliert nur in der Verwendung der „*facilitating practice*“ zu sehen sein.

Im deutschen Recht ermächtigt § 81 GWB das Bundeskartellamt zum Erlass von Bußgeldern, wobei Verstöße gegen das europäische Kartellrecht und Verstöße gegen das deutsche Kartellrecht separat gelistet werden.

Für Verstöße gegen den AEUV heißt es in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB in der hier relevanten Fassung:

„Wer [...] Verhaltensweisen aufeinander abstimmt [...]“

Bei Verstoß gegen das GWB heißt es § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB dagegen wie folgt:

„Wer [...] einer Vorschrift [...] über das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise [...] zuwiderhandelt [...]“ (Hervorhebung durch Verf.)

Während für den Verstoß gegen das deutsche Kartellverbot erneut vom bereits bekannten Begriff einer *Zuwiderhandlung* Gebrauch gemacht wird, weicht die Fassung für den Verstoß gegen EU-Recht sprachlich ab. Man könnte sie gar als unmittelbare Vorgabe verstehen, nur den Verwender von Koordinierungsmitteln zu adressieren. Dieses Unternehmen sorgt für eine Angleichung seines und des Marktverhaltens der Konkurrenz,⁹²⁶ etwa indem es einen Referenzpunkt bietet, an dem sich die anderen Unternehmen ausrichten können. Es ist dieser Akteur, der eine Verhaltensabstimmung (zentral) koordiniert. In systematischer Hinsicht könnte dieses Verständnis auch auf die Auslegung von § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausstrahlen. Dass die Normen sprachlich voneinander abweichen, dürfte weniger mit unterschiedlichen Regelungsabsichten zusammenhängen, als viel eher darauf

926 Die Formulierung der Bußgeldandrohung in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist recht deutlich vom Verständnis eines Erfolgsdelikts getragen: Es muss das Verhalten mehrerer Unternehmen abgestimmt worden sein.

zurückzuführen sein, dass man in Nr. 2 versucht hat, deutsche Spezialtatbestände zu integrieren und daher auf eine andere Formulierung zurückgreifen musste, um sprachlichen Anforderungen gerecht zu werden.

b) Private Rechtsdurchsetzung

Es lässt sich also festhalten, dass die öffentliche Rechtsdurchsetzung wenig Probleme mit der Erfassung unilateral erzielter Kollusion als Verstoß gegen das Kartellverbot hätte. Es droht keine überzogene Haftung der kompromittierten Unternehmen. Eine ähnliche gesetzgeberische Formulierung der Anspruchsgrundlagen vorausgesetzt, sollte dieses Ergebnis auch für den Kartellschadensersatz halten.

aa) Beseitigung und Unterlassung

Die privatrechtliche Haftung auf Unterlassung und Beseitigung eines Kartellverstoßes ist in § 33 Abs. 1 GWB normiert. Dort heißt es:

„Wer gegen die Vorschrift dieses Teils oder gegen Art. 101 oder 101 AEUV verstößt (Rechtsverletzer) [...], ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung [...] und zur Unterlassung verpflichtet.“

Auch hier kann man ohne weiteres den entsprechenden Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB ausschließlich in der individuellen Verwendung einer Preisgarantie als Koordinierungsmaßnahme sehen. Der Vorwurf richtet sich demnach gegen die auf erster Stufe des zweigliedrigen Tatbestands einer abgestimmten Verhaltensweise angesiedelte Tathandlung. Der weitere materiellrechtliche Verbotstatbestand ist zwar nur bei Erreichung eines entsprechenden Taterfolgs erfüllt, namentlich wenn die Abstimmung zu einem koordinierten Verhalten mehrerer Unternehmen geführt hat. Gleichzeitig könnte das angepasste Verhalten der restlichen Wettbewerber auf zweiter Stufe des Tatbestands zunächst als neutral bewertet werden. Dann wären sie (noch) keine „*Rechtsverletzer*“.⁹²⁷

927 Der Begriff stammt aus Art. 2 Nr. 2 der Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABL L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19: „Rechtsverletzer“ (ist) das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“. Evident ist die Definition zu unbestimmt, um die Frage abschließend zu klären. Sie steht einer Deutung aber

Außerdem zieht die Legaldefinition in § 33 Abs. 3 GWB einen weiten Kreis der Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB:

„Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“

Als Mitbewerber stünde den von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen daher womöglich das Recht zu, sich selbst gegen das Preisgarantie auslobende Unternehmen zur Wehr zu setzen. Dies könnte von Bedeutung sein, wenn man in den restlichen Unternehmen (mögliche) Opfer eines Garantie gewährenden Unternehmens sieht, denen es erschwert wird durch Preiskürzungen (etwa bei eigenen Kostenvorteilen) Marktanteile zu gewinnen.⁹²⁸ Weitere Voraussetzung für ihre Aktivlegitimation wäre sodann, dass sie als Mitbewerber durch den Verstoß beeinträchtigt werden. Dieses Erfordernis sollte nicht zu eng verstanden werden. Zum einen erschwert ihnen die Preisgarantie eines Konkurrenten eine Ausweitung ihrer Absatzmenge im Fall einer Kürzung ihrer Preise. Zum anderen kann einer Beeinträchtigung auch nicht entgegenstehen, dass die Unternehmen möglicherweise von marktweit überhöhten Preisen profitieren.⁹²⁹ Dies entspricht der Situation von Außenseitern eines Preiskartells, die aufgrund der strategischen Komplementarität ihrer und der Preise der Kartellanten geringeren Wettbewerbsdruck verspüren und ihre Preise anheben können (sog. Preisschirmeffekte). Mit diesem Argument müsste man auch den Kartellaußenseitern einen Beseitigungsanspruch absprechen. Wer bliebe dann aber im Fall horizontaler Verstöße gegen das Kartellverbot als tauglicher Mitbewerber zur Geltendmachung des Anspruchs (abseits der in § 21 GWB geregelten

nicht im Weg, der zufolge im Fall einer unilateralen Kollusion zunächst nur ein Rechtsverletzer gegeben ist. So ist die Rede von einem einzelnen Unternehmen, anstatt im Falle eines Kartellverstoßes von mehreren Unternehmen zu sprechen.

928 Vgl. hierzu erneut auch: EuGH v. 16.12.1975, Rs. C 40/73, Slg. 1975-01663 – *Suiker Unie*, Rn. 26/28: „In einer solchen praktischen Zusammenarbeit liegt insbesondere dann eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, wenn sie den beteiligten Unternehmen ermöglicht, erworbene Marktpositionen zum Schaden eines wirklich freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt und der freien Lieferantenwahl durch den Verbraucher zu verfestigen.“

929 Folgerichtig thematisiert keine der einschlägigen Großkommentierungen die Frage, worin die konkrete Beeinträchtigung von Mitbewerbern läge, vgl. etwa *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33 GWB, Rn. 14-20; *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: 92. Lieferung, 11/2018, § 33 GWB, Rn. 43-61; *Lübbig*, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 11.

Sonderfälle)? Betrachtet man die passiv-adaptiven Unternehmen daher als potentiell Anspruchsberechtigte des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs gem. § 33 Abs. 1 GWB, liegt auf der Hand, sie nicht gleichzeitig ihren Abnehmern gegenüber als unterlassungs- und ggfs. schadensersatzpflichtig zu erklären. Mit diesem systematischen Argument wären sie keine „Rechtsverletzter“ i.S.v. § 33 Abs. 1 GWB.

Gegen eine Verschonung der passiv-adaptiven Unternehmen vom einem gegen sie gerichteten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch spricht dagegen möglicherweise, dass § 33 Abs. 1 GWB anders als der Schadensersatzanspruch in § 33a Abs. 1 GWB kein Verschuldenserfordernis aufstellt. Somit ist eine reine Störerhaftung von nicht einmal fahrlässig agierenden Unternehmen denkbar.⁹³⁰ Während eine so verstandene Störerhaftung auf Beseitigung und Unterlassung im Falle eines aktiv und persönlich gegen Wettbewerbsrecht verstoßenden Unternehmen sinnvoll erscheint (z.B. in seltenen Fällen eines Verbotsirrtums), führt dieses Verständnis in der hiesigen Konstellation allerdings zu Friktionen. Wer aufgrund einer Störerhaftung die passiv-adaptiven Unternehmen als Rechtsverletzter einstuft, läuft Gefahr, ihnen den Anspruch auf Unterlassungs- und Beseitigung gegen den Initiator einer Verhaltenskoordinierung abzuschneiden. Etwas anderes würde nur gelten, wenn man zuließe, dass ein kompromittiertes Unternehmen gleichzeitig als Rechtsverletzter passivlegitimiert und in seiner Stellung als betroffener Mitbewerber aktivlegitimiert ist. Dieses Ergebnis wäre ziemlich gewöhnungsbedürftig,⁹³¹ wenn nicht gar schlicht widersprüchlich. Hinzu kommt, dass eine Inanspruchnahme der bloß reagierenden Parteien nicht darauf gerichtet sein kann, ihr eigenes Marktverhalten zu ändern. Denn dann befände man sich im berühmten Abhilfeproblem, ein rechtmäßiges Alternativverhalten für die individuell rationale Gewinnmaximierung aussprechen zu müssen. Stattdessen könnte ein etwaiger Vorwurf höchstens lauten, dass das Unternehmen nicht seinerseits auf Beseitigung der Preisgarantie gedrängt habe (s. dazu noch sogleich: Schadensersatzhaftung wegen Unterlassens). Dazu braucht es aber den entsprechenden, eigenen

930 Lübbig, in: MüKoWettB, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 13 weist hier etwa auf die Diskussion um algorithmische Preissetzung hin.

931 Es läge dagegen kein Fall von Konfusion (Fetzer, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 4) vor, da sich Anspruch und Schuld nicht auf derselben Person vereinen. Viel eher hätten Dritte gegen das passive Unternehmen einen Anspruch auf Änderung dessen eigenen Verhaltens, während das passive Unternehmen gegen das aktive Unternehmen einen Anspruch auf Änderung dessen Verhaltens hätte.

Abwehranspruch. Somit liegt es näher, in den bloß reagierenden Parteien keine Rechtsverletzter zu sehen.

bb) Schadensersatz

Schadensersatz richtet sich sowohl für Verstöße gegen das EU-Kartellverbot als auch für Verstöße gegen das deutsche Kartellverbot im GWB einheitlich nach mitgliedsstaatlichem Privatrecht und im deutschen Zivilrecht somit nach § 33a Abs. 1 GWB. Das Primärrecht der EU-Verträge hält keinen Anspruch auf Schadensersatz bereit. Statt eine originär europaprivatrechtliche Anspruchsgrundlage zu schaffen, wurde das Kartellschadensersatzrecht der Mitgliedsstaaten durch die Kartellschadensersatzrichtlinie im Jahr 2014 harmonisiert.⁹³²

(1) Akzessorietät der Verletzungshandlung

Die Anspruchsgrundlage des § 33a Abs. 1 GWB im deutschen Kartellrecht lautet:

„Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Für den Anspruchsgegenstand wird auf den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in § 33 Abs. 1 GWB verwiesen, wodurch ein Gleichlauf zwischen den Anspruchsgrundlagen herbeigeführt wird. Wem bereits kein Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB vorzuwerfen ist, der kann ebenso wenig auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die diesem Untersuchungsabschnitt zugrundeliegende Zielsetzung, nur den Initiator haftbar zu machen, kann auch hier in den Begriff Verstoß hineingelesen werden. Alternativ wäre auf die soeben abgeschlossenen Erwägungen zur Rechtsverletzung iSv. § 33 Abs. 1 GWB zu verweisen. Die adaptiv-reaktiven Unternehmen haften infolgedessen ebenso wenig auf Schadensersatz. Diese Einordnung hätte freilich zur Folge, dass zunächst einzig und allein das Garantie gewährende Unternehmen nach § 33a GWB für sämtliche, kausal auf die Gewährung einer Preisgarantie zurückzuführenden Schäden in Form künstlich überhöhter Preise haften würde. Dies beträfe auch die Schäden von Abnehmern seiner Konkurrenten.

932 RL 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19.

(2) Normative Bedenken

Allgemein ist eine Haftung nur eines Unternehmens für alle Schäden und somit auch für Schäden fremder Abnehmer nicht systemwidrig. Die Passivlegitimation eines einzelnen Kartellanten als Anspruchsgegner für sämtliche Schäden – auch von Geschädigten, mit denen es in keiner vertraglichen Beziehung stand – ergibt sich bei entsprechender Kausalität unmittelbar aus dem denkbar weiten Anspruch in § 33a Abs. 1 GWB.⁹³³ Ferner ordnet § 33d Abs. 1 S. 1 GWB eine gesamtschuldnerische Haftung aller Beteiligten an, wenn mehrere gemeinschaftlich einen Verstoß i.S.v. § 33a GWB begehen. Hier gilt zu bedenken, dass es im Kontext von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB stets eine Mehrzahl von Beteiligten gibt, anderenfalls läge nicht das notwendige Zusammenwirken mehrerer Unternehmen vor. Im Umkehrschluss mag man aus der Voraussetzung in § 33d GWB (gemeinschaftliche Begehung) schließen, dass der Gesetzgeber also durchaus von Fällen ausgeht, in denen nicht alle Kartellbeteiligte auch gleichzeitig Adressaten von § 33a Abs. 1 GWB sind.⁹³⁴

Dass eine isolierte Haftung nur des Garantie verwendenden Unternehmens normativ tragbar sein dürfte, deutet die Rechtsprechung zu Preisschirmeffekten an.⁹³⁵ Kartellanten haften auch für Preiserhöhungen, die von Kartellaußenseitern in Reaktion auf die kartellbedingt überhöhten Preise vorgenommen werden. Freilich sind die Preisschirmschäden wiederum Teil der Gesamtschuld der Kartellanten gem. § 33d GWB, sodass im Innenverhältnis eine Aufteilung dieser „Sonderlast“ auf mehrere Schultern

933 Lübbig, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33a Rn. 27 f.; Mackenrodt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 7; im Übrigen greifen auch die §§ 830, 840 BGB.

934 Zugegebenermaßen dürfte es in diesem Fall eher um seltene Ausnahmekonstellationen gehen, wie etwa die eines Verbotsirrtums, oder daher rühren, dass die vorstehenden § 33 - § 33c GWB auch die typischerweise individuell begangenen Verstöße gegen Art. 102 AEUV, §§ 18, 19 GWB erfassen; auch findet sich die Feststellung, dass § 33d Abs. 1 GWB rein deklaratorisch sei, vgl. Mackenrodt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 2 sowie Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33d Rn. 2; beide mit Blick auf die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 57.

935 EuGH v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – Kone.

stattfindet.⁹³⁶ Dies läge bei einer Preisgarantie und isolierten Haftung des Garantie verwendenden Unternehmen anders.

Hier stellt sich die Frage, ob die Durchsetzung des Kartellrechts durch private Kläger nicht über das Ziel hinausschießen würde und einer Einschränkung bedarf. Freilich erscheint es außerordentlich schwierig, eine Haftung des Garantie gewährenden Unternehmens gegenüber Abnehmern anderer Unternehmen auszuschließen. Man könnte etwa an einen Zurechnungsausschluss⁹³⁷ im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestands (Schaden) denken. Doch zielt die Verwendung einer Preisgarantie gerade typischerweise darauf ab, den Wettbewerbsdruck dieser Drittunternehmen abzuschwächen und sie von Preissenkungen zu ermutigen bzw. sie zu (kollektiven) Preissteigerungen zu veranlassen. Dies geht sowohl aus theoretischen Modellen⁹³⁸ als auch aus empirischer Evidenz⁹³⁹ hervor. Somit liegt weder ein atypischer Kausalverlauf⁹⁴⁰ vor, noch fehlt der Schutzzweck-/Rechtswidrigkeitszusammenhang.⁹⁴¹

(3) Haftung über Umwege?

Wer Störgefühle angesichts der isolierten Inanspruchnahme nur des Garantie verwendenden Unternehmens hat, könnte daher noch eher auf eine (Mit-)Haftung der restlichen Unternehmen setzen. Gem. § 33d Abs.1 S.2 GWB finden (neben der gesamtschuldnerischen Haftung bei gemeinschaftlich begangenen Verstoß nach § 33d Abs.1 S.1 GBW) die Vorschriften der §§ 830, 840 BGB Anwendung. § 830 Abs.1 S.1 BGB ordnet eine volle Außenhaftung jedes Mittäters einer unerlaubten Handlung an. § 830 Abs.2 BGB erweitert die (volle) Schadensverantwortlichkeit sodann auf Anstifter und Gehilfen. § 840 Abs.1 BGB ordnet für die Haftung mehrerer solcher Schädiger an, dass eine gesamtschuldnerische Haftung gilt. Auch wenn ursprünglich nur der Verwender eines Instruments der Verhaltenskoordi-

936 Lübbig, in: MüKoWettbR, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2022, § 33d GWB Rn. 5; Mackenrodt, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33d GWB, Rn. 7.

937 Förster, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 823 BGB Rn. 258-260.1.

938 Siehe im ersten (ökonomischen) Kapitel v.a. S. 54 ff.

939 Siehe im ersten Kapitel S. 106 ff. (für Preis-Matching) sowie S. 144 ff. (für Preis-Beating), vor allem aber beispielhaft den Beitrag von Zhuo, (65) J. of Ind. Econ. 2017, 719-738.

940 Vgl. zur sog. Adäquanztheorie Förster, in: BeckOK BGB, 68. Ed. Stand: 01.11.2023, § 823 Abs.1 Rn. 258.

941 Statt vieler erneut Förster, a.a.O.

nation als „Rechtsverletzer“ (Täter) angesehen wird, könnte man in den passiv-adaptiven Unternehmen ggfs. Gehilfen sehen. Es ist denkbar, ihnen ein Unterlassen vorzuwerfen oder sie wegen aktiven Tuns zu belangen. In Fällen der Preisgarantie könnte die private Durchsetzung des Kartellrechts somit neue Züge annehmen, indem nämlich auf die Einbindung der Wettbewerber gesetzt wird. Sie würden dazu angehalten, sich gegen die Preisgarantie eines Wettbewerbers zur Wehr zu setzen, um der eigenen Haftung zu entgehen.

(a) Beihilfe durch Unterlassen?

Eine Haftung der passiv-adaptiven Unternehmen könnte herbeiführen, wer in der unterbliebenen Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB (s.o.) eine nutznießende Mitwirkung an der Preisgarantie erkennt. In der Duldung der Preisgarantie eines Konkurrenten könnte man eine offengelegte Präferenz (sog. „revealed preference“⁹⁴²) für das dadurch erzielte kollusive Preisniveau sehen.

Allerdings gilt nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, dass aus einer Anspruchsberechtigung keine (schadensersatzbewährte) Pflicht zur Geltendmachung des Anspruchs hergeleitet werden kann. Um eine Handlungspflicht zu etablieren, deren Unterlassung eine haftungsbewährte Mitwirkung darstellt und die passiv-adaptiven Unternehmen zu Gehilfen des Rechtsverstoßes macht, bräuchte es daher eine herkömmliche Garantenstellung⁹⁴³ im deliktsrechtlichen Sinne.

Die bloße Anwesenheit als Anbieter auf einem Markt könnte aus Sicht der Verbraucher eine Art Garantenstellung für den dortigen Wettbewerbsprozess begründen. Dies würde allerdings völlig außer Acht lassen, dass Unternehmen aus Eigeninteresse am Marktgeschehen teilnehmen und nicht in erster Linie als Agenten der Konsumenteninteressen auftreten. Die

942 Zum Konzept: *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl. 2016, S. 130 ff.: Ökonomisch geht es um den Rückschluss von einer (Konsum-)Entscheidung auf die unterliegende Präferenz des Individuums.

943 *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 830 BGB Rn. 26 mit Verweis auf BGH ZIP 2012, 1552 Rn. 18 = VersR 2012, 1261; die Garantenpflicht wiederum dürfte mit den Verkehrspflichten, die für eine täterschaftliche Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit im Bereich von § 823 Abs. 1 BGB gelten, übereinstimmen. Die Verkehrspflichten konkretisieren dort nämlich das deliktsrechtlich relevante Unterlassen, vgl. *Förster*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 296.

bloße Anwesenheit in einem gewissen Kontext reicht in der Rechtsordnung auch andernorts nicht aus,⁹⁴⁴ um eine Garantenpflicht zu konstruieren.⁹⁴⁵ Alles andere würde auf eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht⁹⁴⁶ eines jeden im Wettbewerb stehenden Unternehmens hinauslaufen.

Auch das von Rechtsprechung zum materiellen Kartellrecht ausgesprochene Selbstständigkeitspostulat⁹⁴⁷ hilft nicht weiter. Zur Abgrenzung zwischen verbotswidrigem, kollusiven und erlaubtem (Parallel-)Verhalten heißt es zwar, die Unternehmen müssten ihr Marktverhalten eigenständig und unabhängig treffen. Dies trifft aber ohne Weiteres auf passiv-adaptive Unternehmen zu, die sich lediglich einem gewissen Marktumfeld anpassen, ohne selbst Instrumente zur Verhaltenskoordination zu verwenden. Außerdem kann darin keine Pflicht gesehen werden, sich zwecks Erhaltung der eigenen Handlungsfreiheit/-unabhängigkeit aktiv gegen wettbewerbsbeschränkendes, tatbestandsmäßiges Verhalten eines Konkurrenten zur Wehr zu setzen.⁹⁴⁸ Im Übrigen kann das Selbstständigkeitspostulat bereits konzeptionell nicht zur Begründung einer wettbewerbsrechtlichen Garantenstellung herangezogen werden, da sie im materiellen Kartellverbot gerade abgrenzen soll, wann ein (täterschaftlicher) Rechtsverstoß begangen worden sein soll.

Einen überzeugenden Ansatz zur Begründung einer Garantenpflicht könnte lediglich die Fallgruppe der Ingerenz⁹⁴⁹ liefern, bei der eine Verhaltenspflicht aus gefährlichem Vorverhalten erwächst. Dafür braucht es

944 Nicht umsonst musste die unterlassene Hilfeleistung als § 323c StGB separat normiert werden und konnte nicht als Garantenpflicht für bloße Anwesenheit nahe einem Unglücksfall hergeleitet werden.

945 Man könnte auf den ersten Blick noch an die Figur der *Gefahrenengemeinschaft* denken. Denn von der Interaktion der Unternehmen am Markt geht die Gefahr einer Einschränkung des zwischen ihnen stattfindenden Wettbewerbs einher. Allerdings würden dadurch nur Handlungspflichten im Verhältnis untereinander erwachsen, vgl. *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 60. Ed. Stand: 01.02.2024, § 13 Rn. 42 ff.

946 Hierzu allgemein: *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 823 Abs. 1 BGB, Rn. 482 ff.; *Förster*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 823 Abs. 1 BGB, Rn. 296 ff.

947 EuGH v. 14.07.1981, Rs. 170/80, Slg. 1981-02021, ECLI:EU:C:1981:178 – *Züchner*, Rn. 13; EuGH v. 28.05.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998 I-03111, ECLI:EU:C:1998:256 – *Deere*, Rn. 86.

948 Vgl. *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, Stand: 101. Lieferung, 03/2022, Rn. 192: „Das Verbot, mit Wettbewerbern Fühlung aufzunehmen, impliziert keine Pflicht, den Mitbewerbern (aktiv) Konkurrenz zu machen.“

949 Vgl. *Wagner*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 513 f.

aber ein rechtliches „Mehr“ als die bloße Teilnahme am Marktgeschehen. Stillschweigende Mitwirkung und fehlende Gegenwehr erinnern zwar an die Fälle passiver Kartellbeteiligung⁹⁵⁰ oder eine „Hub & Spoke“-Abstimmung.⁹⁵¹ Dort ließe sich eine Haftung wegen Unterlassens (fehlende Distanzierung) unter dem Gesichtspunkt begründen, dass durch die Teilnahme an einer gemeinsamen Sitzung mit Konkurrenten oder durch die Teilnahme an einer gemeinsam genutzten Plattform⁹⁵² ein Gefahrenbereich etwaiger Verhaltenskoordinierung eröffnet wurde, den die Unternehmen hinsichtlich der von ihrem Verhalten ausgestrahlter Signale ebenso beherrschen. Auch ohne sich selbst aktiv geäußert zu haben, müssen sie den Anschein eines Koordinierungsinteresses ausräumen bzw. der Kenntnisnahme wettbewerbswidriger Vorschläge widersprechen. Es gilt allerdings festzuhalten, dass die Situation bei einer individuell-einseitig verwendeten Preisgarantie hiervon strukturell abweicht. Ein gefährliches Vorverhalten der anderen Unternehmen ist nicht auszumachen.

Als Ergebnis muss daher festgehalten werden, dass eine Garantenpflicht sich zumindest unter geltenden Maßstäben nicht aufdrängt. Dies mag unbefriedigend erscheinen, da die passiv-adaptiven Unternehmen vom Koordinierungsinstrument des Konkurrenten profitieren. Allerdings ist keine Fallgruppe bekannt, der zufolge derjenige einen Rechtsverstoß zu verhindern hat, der von ihm profitiert, ohne selbst Täter zu sein. Eine Garantenpflicht qua (mittelbarer) Vorteilsziehung bzw. Begünstigung⁹⁵³ oder als (ggfs. sogar unfreiwilliges) Mitglied einer Profit- bzw. Gewinngemeinschaft müsste straf- und deliktsrechtlich wohl erst noch entsprechend begründet werden. Selbiges gilt für den Gesichtspunkt, dass die restlichen Wettbewerber von der Preisgarantie angesprochen werden, was an eine mögliche Pflicht denken ließe, sich als Adressat einer verbotswidrigen Maßnahme gegen die eigene Verstrickung in das antikompetitive Verhalten zur Wehr zu setzen.

950 Siehe hierzu oben: S. 179 ff.

951 Siehe hierzu oben: S. 184 ff. sowie S. 205 ff.

952 Anders sieht es freilich in Fällen wie der frühen „*Interstate Circuit*“-Entscheidung des US Supreme Courts (306 U.S. 208 [1939]) aus, in denen sich eine Koordinierung dadurch ergibt, dass ein gemeinsamer Vertragspartner einheitlich einer Gruppe von Wettbewerbern schreibt und allen durch die Gestaltung der Mitteilung erkennbar ist, dass sich ein wettbewerbsbeschränkendes Angebot an alle Wettbewerber richtet, vgl. oben S. 214 ff.

953 Siehe hierzu allerdings § 73b StGB, erläuternd: *Rönnau*, ZGR 2022, 781-820.

(b) Beihilfe durch aktives Tun?

Die passiv-adaptiven Unternehmen profitieren von einer Preisgarantie, weil sie nach der Vorhersage ökonomischer Modelle und den Ergebnissen empirischer Evidenz angesichts des oben beschriebenen Entmutigungseffekts ihre Preise entsprechend anpassen, d.h. erhöhen oder über einem wettbewerblichen Niveau halten können. Diese gerade angesprochene (mittelbare) Vorteilsziehung bietet einen weiteren Anhaltspunkt für die Begründung einer Haftung als Gehilfe, nunmehr wegen aktiven Tuns. Dann würde die eigene Preisanpassung zum Vorwurf gemacht. Da eine Preisgarantie freilich nur schwer ignoriert werden kann und die veränderte Nachfragebewegung für die eigene Preissetzung kaum ausgeblendet werden kann, kommt als rechtmäßiges Alternativverhalten auch in diesem Fall ein Tätigwerden zur Unterbindung der Preisgarantie etwa durch Geltendmachung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB in Betracht.⁹⁵⁴ Diese Einstufung könnte jedenfalls dann überzeugen, wenn sich ökonometrisch klar nachweisen lässt, dass auch diese Unternehmen in Anbetracht einer Preisgarantie ihre Preise angehoben haben. Dieser Nachweis müsste bei Schadensersatzansprüchen gegen das Unternehmen ohnehin erbracht werden. Während der Nachweis normalerweise (erst) im haftungsausfüllenden Tatbestand erfolgen muss,⁹⁵⁵ wäre er hier bereits im haftungsbegründenden Tatbestand bei der vorsätzlichen Beihilfe zum Rechtsverstoß zu beweisen. Dies könnte mitunter zu Verwerfungen führen, etwa hinsichtlich der Reichweite der in § 33a Abs. 2 GWB normierten Schadensvermutung.

Im Ergebnis dürfte es auf diese Fragen allerdings nicht ankommen. Denn die Preisreaktion als Beihilfe einzustufen, würde dem bisher zugrunde gelegten Ausgangspunkt widersprechen. Sowohl für die öffentliche als auch für die private Rechtsdurchsetzung wurde angenommen, dass nur die Verwendung eines Instruments zur Verhaltenskoordination als der relevante Rechtsverstoß anzusehen ist. Die materiell-rechtliche Wertung, dass auch einseitig-individuelles Verhalten eine abgestimmte Verhaltensweise anstoßen kann, wurde hierfür übertragen. Das tatbestandliche Unrecht liegt somit in der Verwendung eines Koordinierungsinstruments. Bei einer solchen

954 Dazu ausführlich bereits kurz zuvor, S. 309 ff.

955 Für die Haftung dem Grunde nach (haftungsbegründende Kausalität) greift die Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 Satz 1 GBW (vgl. auch Art. 17 Abs. 2 Satz 1 der Kartellschadensersatz-RL 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABL. L 349 v. 5.12.2014, S. 1-19).

Betrachtung ist den passiv-adaptiven Unternehmen aber kein (vorsätzliches) Fördern⁹⁵⁶ einer fremden Tat vorzuwerfen. Heben Sie ihre Preise als Reaktion auf eine als Tathandlung im Markt verwendete Preisgarantie an, fördern sie damit nicht die Tathandlung, indem sie etwa die Wirksamkeit der Preisgarantie durch etwaige Zusatzmaßnahmen erhöhen. Viel eher werden sie von der Preisgarantie wirtschaftlich zu dieser Handlung genötigt. Die passiv-adaptiven Unternehmen könnte man zwar durchaus als Trittbrettfahrer⁹⁵⁷ der Kollusionsinitiative eines ihrer Konkurrenten bezeichnen. Sofern es aber um ein Fördern der Tathandlung geht, würde Wirkung und Ursache vertauschen, wer die Preisreaktionen als entsprechende Förderung der Tathandlung einstuft. Die Preisgarantie wirkt viel eher aus sich heraus, indem sie unmittelbar in das Preissetzungskalkül der Konkurrenten eingreift. Etwaige Preisanpassungen sind daher die Folge einer Preisgarantie und keine Unterstützungshandlung.

(c) Zwischenfazit

Somit bleibt zu resümieren, dass sich eine Mithaftung der passiv-adaptiven Unternehmen weder aufgrund von Unterlassen noch aufgrund von aktiver Unterstützung dogmatisch schlüssig begründen lässt, solange auf vorgelagerter Stufe nur die Verwendung einer Preisgarantie als entsprechende Rechtsverletzung eingestuft wurde.

cc) Abmilderung der Haftungsfolgen?

Eine Mithaftung der passiv-adaptiven Unternehmen ist nicht etwa in Erwägung gezogen worden, weil deren Abnehmer anderenfalls keinen Ersatz ihres Preisüberhöhungsschadens verlangen könnten, sondern um diese Unternehmen mit in die Gesamtschuld nach § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB aufzunehmen, damit das auslobende Unternehmen nicht über die Maße belastet wird. Schlägt dieses Ansinnen fehl, verbleiben möglicherweise noch andere Wege, um eine Entlastung zu erzielen.

956 Hier gilt Akzessorietät zum strafrechtlichen Begriff der Beihilfe, vgl. *Spindler*, in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01.11.2023, § 830 Rn. 11.

957 Die Figur ist kartellrechtlich primär aus Fällen der Vertikalbeschränkungen bekannt, vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettbR, 4. Aufl. 2023, Band 1/1: EU-Recht, Grundlagen Rn. 505 ff.

Muss das auslobende Unternehmen für Schäden der Abnehmer fremder Unternehmen aufkommen, ersetzt es Preisüberhöhungen, die zu einer Bereicherung bei den passiv-adaptiven Unternehmen geführt haben. Auf den ersten Blick mag einen diese Konstellation an die Rückgriffskondition⁹⁵⁸ als Spezialfall der Nichtleistungskondition aus § 812 Abs.1 Satz 1 Var. 2 BGB erinnern. Solange allerdings kein Anspruch der Abnehmer gegen die passiv-adaptiven Unternehmen besteht, wird das passiv-adaptive Unternehmen durch die Zahlung des auslobenden Unternehmens von keiner Schuld frei. Somit wird das passiv-adaptive Unternehmen nicht erst mit dem Schadensausgleich bereichert. Ein ausgleichsbedingter Rückgriff des auslobenden gegen das passiv-adaptive Unternehmen lässt sich daher nicht nach klassischer Kondiktionsdogmatik begründen, zumal in einem solchen Fall bereits der spezialgesetzliche Ausgleich im System der Gesamtschuld (§ 33d GWB) greifen würde.

Eine Gewinnabschöpfung analog § 34 GWB bei den sich anpassenden Unternehmen oder eine Einziehung analog dem OWiG scheitern bereits an der falschen Rechtsfolge, welche die Vermögenswerte dem Staat und nicht etwa einem (Mit-)Täter zuordnet. Auf Grundlage dieser Normen wäre es selbst bei einer im Übrigen noch begründungswürdigen Analogie nicht möglich, eine Lastenverteilung zugunsten des auslobenden Unternehmens zu erzielen. Eine Einziehung zugunsten des Staates, um – dem eigentlichen Anliegen⁹⁵⁹ der Einziehung entsprechend – keine (rechtswidrig) erlangten Gewinne zu behalten, scheitert freilich am verfassungsrechtlich begründeten Analogieverbot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, zumal der Regelungszweck verfehlt würde, wenn den adaptiv-passiven Unternehmen gerade kein Rechtsverstoß vorgeworfen wird.

Zuletzt bliebe eine teleologische Reduktion von § 33a Abs. 1 GWB (bzw. § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB)⁹⁶⁰, die dem Gesetzgeber unterstellt, er habe nicht vorhergesehen, dass mit dem Kartellverbot auch individuell-einseitige Verstöße erfasst werden könnten,⁹⁶¹ die einen umfassenden Preisschirm bewirkt haben. Dergestalt könnte der Schadensersatzanspruch gegen das auslobende Unternehmen auf dessen eigene Abnehmer beschränkt werden,

958 Statt vieler *Schwab*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 399 ff.

959 *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 60. Stand: 01.02.2024, § 73 Rn. 1.

960 Insofern man erst dieser Norm die Anordnung entnimmt, dass Abnehmer bei allen Kartellanten – und nicht etwa nur bei ihrem eigenen Lieferanten – Ersatz des Überhöhungsschadens verlangen können.

961 Siehe hierzu bereits die oben angestellten Mutmaßungen aus Anlass der 11. GWB Novelle und der Einführung von § 32f GWB, S. 252 ff.

was allerdings zur Folge hätte, dass die Abnehmer der passiv-adaptiven Unternehmen keine Schadensersatzansprüche hätten. Gerade dies zeigt, dass der Gesetzgeber den Kartellschadensersatz wohl nicht unbewusst überschießend geregelt hat. Insbesondere im Lichte der Kartellschadensersatz-RL entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, die private Rechtsdurchsetzung zu stärken, um eine besonders starke Abschreckungswirkung für Kartellanten zu erzielen. Demnach widerspricht es vermutlich nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass ein Unternehmen die Preisüberhöhung bei fremden Unternehmen ausgleichen muss, wenn es diese kausal durch eine kartellrechtswidrige Handlung herbeigeführt hat.

dd) Gefahr einer Überabschreckung?

Schon für die Prüfung einer durch die Preisgarantie bewirkten Wettbewerbsbeschränkung wurde diskutiert, ob eine schematische Betrachtung des Einzelfalls eine Gefahr falsch-positiver Entscheidungen birgt,⁹⁶² die Unternehmen in möglicherweise exzessiver Weise davon abhält, wohlfahrtsneutrale Preisgarantien zu verwenden. Die Sorge drängt sich erst Recht auf, wenn ein auslobendes Unternehmen für einen marktweiten Preisschirm haften müsste. Selbst wenn es ex ante davon ausgeht, dass die Preisgarantie eigentlich harmlos sein sollte, könnte es angesichts des großen Haftungsrisikos von einer Verwendung absehen.

Zum einen sei angesichts dieser Befürchtung – wie schon oben – erneut darauf hingewiesen, dass es nur wenige wohlfahrtsförderliche Gründe gibt, die für die Verwendung von Preisgarantien sprechen. Zum anderen bleibt es den Unternehmen auch im Wege zahlloser anderer Möglichkeiten belassen, tatsächlich niedrige Preise zu bewerben. Relevante Wohlfahrtsverluste durch Überabschreckung wären also nicht zu befürchten. Hinzu kommt, dass es – wie gezeigt – im Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung durchaus Wege für eine differenzierende Auswirkungsanalyse gibt, die (ohnehin) preisgünstige Unternehmen vor kartellrechtlicher Sanktionierung bewahrt.

3. Koordinierungserfolg als Anknüpfungspunkt

Die gerade angestellten Erwägungen haben zum Vorschein gebracht, dass es kaum möglich ist, eine Schadensersatzpflicht der passiven Unternehmen

962 Vgl. S. 261 f.

zu begründen, wenn man ihnen nicht unmittelbar den Rechtsverstoß bzw. die eigentliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot zum Vorwurf macht. Wer eine Schadensersatzpflicht der passiv-adaptiven Unternehmen befürwortet, muss allerdings nicht befürchten, dass eine solche – für die private und öffentliche Rechtsdurchsetzung aufgrund ähnlich formulierter Rechtsnormen einheitlich vorzunehmende – Einstufung als „Rechtsverletzer“ bzw. „Zuwiderhandelnde“ auch zwingend zu einer Ausuferung der Verantwortlichkeit in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung führt. Wie ein solches Vorgehen aussehen könnte, soll im folgenden Abschnitt erörtert werden.

Auch hier sind vorweg einige Worte zu den normativen Grundwertungen dieser Einstufung angebracht. Während im folgenden Abschnitt gezeigt werden soll, dass die Einstufung aller an der durch eine Preisgarantie abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen als „Rechtsverletzer“ dogmatisch wohl vertretbar sein dürfte, muss im Gegenteil darauf hingewiesen werden, dass sie sich jedenfalls nicht unmittelbar und schon gar nicht zwingend aus der Feststellung ergibt, der Gesetzgeber habe bei der „abgestimmten Verhaltensweise“ ein Erfolgsdelikt geschaffen. Zwar ist unter der Prämisse eines zweigliedrigen Tatbestands in der Tat ein gewisser Koordinierungserfolg erforderlich. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass das Unrecht auch maßgeblich in diesem Taterfolg und nicht viel eher (und sogar ausschließlich) in der dazu führenden Handlung zu sehen ist. Letzteres liegt im Vergleich zu den anderen Tatvarianten sogar nahe. Eine Umsetzung der Absprachen bzw. ein in vergleichbarer Weise über die bloße Tätigkeit hinausgehender Taterfolg ist bei einer Vereinbarung und einem Unternehmensbeschlusses materiellrechtlich nicht erforderlich.

a) Öffentliche Rechtsdurchsetzung

Ein System der Rechtsdurchsetzung, bei der neben dem auslobenden Unternehmen auch alle von einer Preisgarantie adressierten Unternehmen als „Rechtsverletzer“ eingestuft werden, ist auf das Anliegen zurückzuführen, die Vorteile überhöhter Preise nicht bei den passiv-adaptiven Unternehmen zu belassen, während ausschließlich das auslobende Unternehmen für Preisüberhöhungsschäden haftet. Eine solche Konzeption kann dagegen nur überzeugen, wenn die damit einhergehenden Konsequenzen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung für die passiv-adaptiven Unternehmen eingedämmt werden können, da eine dortige Adressierung normativ kaum angezeigt erscheint. Es muss im Folgenden also darum gehen, die Rechts-

folgen einer solchen Einstufung für die passiv-adaptiven Unternehmen abzuschwächen.

aa) Abstellungsverfügung

Aus den oben abgedruckten Ermächtigungsgrundlagen für eine Abstellungsverfügung und eine Bußgeldverhängung ergibt sich, dass es im Kartellverbot stets um die Beeinflussung des Marktverhaltens mehrerer Unternehmen geht. Zu den an einer *Zuwiderhandlung* „beteiligten Unternehmen“ könnte man zumindest in Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003⁹⁶³ auch die restlichen Unternehmen zählen. Gegen eine Abstellungsverfügung spricht allerdings aus Verhältnismäßigkeitserwägungen,⁹⁶⁴ dass den restlichen Unternehmen wegen des bekannten Abhilfeproblems nur auferlegt werden könnte, ihrerseits im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung gegen das Garantie verwendende Unternehmen vorzugehen. Eine solche Anordnung wäre aber weniger wirksam als eine direkt an das Garantie auslobende Unternehmen gerichtete Abstellungsverfügung der EU-Kommission und somit im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erforderlich.

Auch unter den Begriff der *Zuwiderhandlung* in § 32 Abs. 1 GWB könnte man alternativ zu der im vorherigen Abschnitt vorgeschlagenen Auslegung das in Folge einer Preisgarantie insgesamt koordinierte Verhalten aller betroffenen Unternehmen subsumieren, d.h. ein marktweit höheres Preisniveau. Für das deutsche Recht gelten die Ausführungen zum verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁹⁶⁵ und der behördlichen Ermessensausübung⁹⁶⁶ allerdings gleichermaßen. Auch hier würde sich eine Abstellungsverfügung gegen die passiv-adaptiven Unternehmen als unverhältnismäßig darstellen. Hierfür kann nicht zuletzt auf die Wertung des in § 21 Abs. 2 und 3 GWB normierten Schikane-/Nötigungsverbot zu-

963 „Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 [...] fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen [...] verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.“

964 Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 40 f.

965 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 32 Rn. 46 ff.

966 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 32 Rn. 14; Otto, in: LMRKM (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 32 GWB Rn. 8.

rückgegriffen werden müssen. Eine Analogie⁹⁶⁷ scheidet zwar mangels passender Rechtsfolge aus. Diese müsste darauf gerichtet sein, als schikaniertes und durch wirtschaftlichen Druck zur Teilnahme an einem Rechtsverstoß genötigtes Unternehmen von Sanktionen ausgenommen zu werden. Um die Verantwortlichkeit der passiv-adaptiven Unternehmen einzuschränken, kann allerdings die Wertung der Norm fruchtbar gemacht werden. Hier wie dort gilt, dass die Unternehmen zum Mitmachen genötigt wurden. Im Anwendungsbereich des Schikane-/Nötigungsverbots geht es um die Ausübung wirtschaftlichen Drucks. Bei einer Preisgarantie ergibt sich entsprechender Druck daraus, dass als rationale Reaktion auf die Preisgarantie schlicht die preisliche Anpassung an jenes Unternehmen bzw. das Unterlassen weiterer Unterbietung bleibt.

bb) Bußgeld

Im Bußgeldtatbestand des Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003⁹⁶⁸ müsste eine Verschulden der passiv-adaptiven Unternehmen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) für den gemeinschaftlich begangenen *Rechtsverstoß* begründet werden. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet Spielraum für eine Privilegierung dieser Unternehmen. Ein Rückgriff auf die Argumentation einer stillschweigenden Hinnahme der Preisgarantie des Konkurrenten, also ein auf Unterlassen gestützter Vorwurf scheitert beispielsweise erneut daran, dass den restlichen Unternehmen keine Garantenpflicht für wettbewerbliche Verhältnisse in einem betroffenen Markt auferlegt werden kann. Insofern könnte der Weg hier lediglich über den Nachweis eigener Preisanhebungen⁹⁶⁹ gehen. Wie schon im Abschnitt zur privaten Rechtsdurchsetzung unter der ersten Grundkonzeption angedeutet wurde, werden damit typische Probleme der Rechtsfolgenseite (Bemessung des Bußgelds, Höhe des Schadens zwecks Vorteilsabschöpfung) in den Tatbestand vorverlagert. Hinzu kommt, dass eine hier vorgeschlagene Änderung der bisher vorherrschenden

967 Planwidrige Regelungslücke: Die Begleitnormen der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung wurden nachträglich im Lichte der geltenden Dogmatik erlassen und gehen ersichtlich nicht von dem Fall aus, dass auch unilaterale Abstimmungsmittel vom Kartellverbot erfasst werden.

968 „Die Kommission kann ein Bußgeld gegen Unternehmen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig [...] gegen Art. 81 [...] des Vertrags verstoßen.“

969 Dies wiederum beißt sich mit der Feststellung, dass eine Preisgarantie auch bereits stattfindende Kollusion stabilisieren kann.

den Meinung zur Auslegung des Kartellverbots einen (zunächst unvermeidbaren) Verbotsirrtum begründen dürfte. Jedenfalls für erste Fälle, in denen behördlich gegen unilaterale Kollusion vorgegangen wird, muss berücksichtigt werden, dass ein Rechtsverstoß auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nicht unbedingt auf der Hand lag. Die passive Rolle der restlichen Unternehmen müsste die EU-Kommission außerdem im Rahmen ihres behördlichen Ermessens auf Grundlage des Schuldprinzips⁹⁷⁰ berücksichtigen und von einem Bußgeld absehen oder dieses jedenfalls erheblich geringer ausfallen lassen als ein gegen den Initiator der Verhaltensabstimmung verhängtes Bußgeld. Womöglich wäre die EU-Kommission gar aus Verhältnismäßigkeitsgründen in ihrem Ermessen beschränkt und müsste es bei einer Abstellungsverfügung belassen.

Im deutschen Recht liegt – wie oben bereits berichtet – eine Trennung der Rechtsgrundlagen für Bußgelder wegen Verstoßes gegen das EU-Recht in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB („*wer [...] Verhaltensweisen aufeinander abstimmt*“) und Verstoßes gegen deutsches Recht in § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB („*wer einer Vorschrift über [...] das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen [...] zuwiderhandelt*“) vor. Für die letztgenannte Norm kann im Wesentlichen die gerade vorgetragene Argumentation zur Bußgeldverhängung durch die EU-Kommission nach Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003 übertragen werden. Ob von einem Rechtsverstoß oder einer Zuwiderhandlung gesprochen wird, scheint keine inhaltlichen Auswirkungen zu zeitigen. Die Rechtsfolgen müssten dagegen über das Schuldprinzip bei der Bußgeldhöhe wieder eingefangen werden.

Das passiv-adaptive Verhalten der restlichen Unternehmen unter § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu subsumieren, bereitet dagegen größere Schwierigkeiten. Wie oben bereits angedeutet, kann der Wortlaut dahingehend verstanden werden, nur diejenigen Unternehmen einem Bußgeld zu unterwerfen, die ein Koordinierungsmittel verwenden und dadurch eine Angleichung gewissen Marktverhaltens herbeigeführt haben. Da es ohnehin ein Anliegen ist, die passiv-adaptiven Unternehmen bestmöglich von der öffentlichen Rechtsdurchsetzung zu verschonen, könnte man es hierbei belassen und ein Bußgeld für Verstöße gegen EU-Recht ablehnen.

Wer dagegen aus Gründen der Konsistenz bevorzugt, auch diesen Bußgeldtatbestand zu eröffnen, der kann sich auf den denkbar offenen Wort-

970 *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU-Recht, 6. Aufl. 2019, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 138

laut einer abgestimmten Verhaltensweise stützen, der im Bußgeldtatbestand fortwirkt. Wie die obige Wortlautauslegung des Kartellverbot ergeben hat,⁹⁷¹ stimmen auch die restlichen Unternehmen, die sich am garantiebe-dingten Preisführer ausrichten und orientieren, ihr Verhalten mit dessen Preissetzung ab.⁹⁷² Hier ließe sich die Offenheit des Wortlauts ausnutzen. Selbst die natürliche oligopolistische Reaktionsverbundenheit der Unter-nehmen stellt bekanntlich eine wechselseitige Anpassung und Abstimmung der Verhaltensweisen dar.⁹⁷³

Exkurs: Dass die Bußgeld- und Schadensersatzvorschriften („Zuwider-handlung“, „Rechtsverstoß“, „Rechtsverletzer“) wohl in beide Richtungen (Einzeltäter, Tätermehrheit) ausgelegt werden kann, könnte rechtsstaatliche Bedenken hinsichtlich einer Ungenauigkeit der Normen/Tatbestände her-vorrufen.

Die zunächst vorgeschlagene Auslegung, der zufolge nur jene Unternehmen bußgeldpflichtig sind, die ein Instrument der Verhaltenskoordination ver-wenden, stößt gewiss auf keine Bedenken, da die passiv-reaktiven Unter-nehmen verschont werden. Hier werden die Begrifflichkeiten bereits restriktiv ausgelegt. Ein Problem mag diese Auslegung höchstens für den Einzeltäter (Initiator) darstellen, der infolgedessen (v.a. im privaten Rechtsdurchset-zung) umfassend haftet. Dies ist aber primär ein Problem, das aus der Anordnung einer Haftung für sämtliche kartellbefangene Transaktionen resultiert, die nicht etwa auf die Schäden eigener Abnehmer beschränkt ist. Diesbezüglich wurde bereits über eine teleologische Reduktion im Fall individuell-einseitigen Anstoßens von Kollusion nachgedacht.

Anders mag es bei einer Auslegung aussehen, die allen Unternehmen ein Bußgeld androht. Die entscheidende Frage sollte hier jedoch nicht sein, welche anderen Auslegungen denkbar sind und die Norm möglicherweise unbestimmt machen, sondern ob die vorgeschlagene Auslegung die Wort-lautgrenze überschreitet. Dies muss mit der oben vertretenen Auslegung des – für die Bußgeldtatbestände teils übernommenen – Wortlauts des Kar-tellverbots freilich verneint werden. Die Rechtsunsicherheit rührt primär daher, dass offen gehaltene Bußgeldvorschriften, die auf den materiellrecht-lichen Rechtsverstoß verweisen, ohne diesen eigenständig zu definieren, eine Übertragung der jeweiligen Wertung ermöglichen sollen. Lässt die ma-

971 Vgl. S. 227 f. und S. 231.

972 Dies eröffnet freilich einen gewissen Konflikt mit einem strikt zweigliedrig verstan-denen Tatbestand, wo die bloße Abstimmung über den Markt schwierig ist, wenn das Marktverhalten (nachgelagerte Stufe) von der Abstimmung (vorgelagerte Stufe) beeinflusst sein muss.

973 Siehe erneut *Zimmer*, ZHR 1990, 470, 484 ff. sowie oben S. 227 ff.

teriellrechtliche Verbotsnorm mehrere Deutungen zu, überträgt sich die Ungewissheit naturgemäß auf die Begleitnormen. Während unzweifelhaft ist, dass das Verhalten der passiv-adaptiven Unternehmen von der Preisgarantie beeinflusst sein muss, um (im Ergebnis) von abgestimmtem Verhalten mehrerer Unternehmen zu sprechen, ist aber unklar, inwieweit ihnen auch ein Unrechtsvorwurf zu machen ist.⁹⁷⁴

cc) Zwischenfazit

Insgesamt vermögen diese Erwägungen zu einem gewissen Maße Befürchtungen entgegenzutreten, ein Kompromittieren der passiv-adaptiven Unternehmen hätte (notwendigerweise) unbillige Folgen im Rahmen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung. Es ist dagegen zuzugestehen, dass ein Ergebnis, bei dem sich von vornherein auf eine interessengerechte Ausübung behördlichen Ermessens verlassen werden muss, im Vergleich zu einer Lösung, die eine Erfassung der restlichen Unternehmen von den Tatbeständen unmittelbar „ex lege“ ausnimmt, unbefriedigend anmutet.

b) Private Rechtsdurchsetzung

Nachdem es bereits mancher (dogmatischer) Mühen bedurfte, die öffentliche Rechtsdurchsetzung auf die Besonderheiten eines Kartellverstößes durch individuell-einseitige Verwendung eines Instruments der Verhaltenskoordinierung einzustellen, gilt es nun zu bemessen, ob die Einstufung der passiv-adaptiven Unternehmen als „Rechtsverletzter“ geeignet ist, den erhofften Erfolg herbeizuführen. Es geht darum, alle von einer Preisgarantie erfassten Unternehmen für höhere Preise schadensersatzpflichtig zu machen.

aa) Beseitigung und Unterlassung

Wie schon zahlreiche Male dargelegt wurde, könnte man dem Begriff des „Rechtsverletzers“ in § 33 Abs. 1 GWB grundsätzlich auch ein Unternehmen

974 Das Problem liegt mithin darin, dass es Unternehmen ohne Tatbeiträge im engeren Sinne gibt, die aber kausal am Taterfolg mitwirken und denen unter Umständen dennoch kein unmittelbarer Vorwurf gemacht wird.

subsumieren, das nur auf die Preisgarantie reagiert, aber damit Anteil am insgesamt abgestimmten Verhalten hat, auch ohne sich selbst eines Instruments der Verhaltenskoordination zu bedienen. Ausgehend von der zu definierenden Abhilfemaßnahme muss sich der Vorwurf allerdings auf ein konkret abstellbares Verhalten beziehen. Der Tatvorwurf kann sich daher lediglich auf eine etwaige Preiserhöhung in Reaktion auf die Preisgarantie bzw. spiegelbildlich das Aufrechterhalten eines suprakompetitiven Preises richten, wo anderenfalls eine Preissenkung angezeigt gewesen wäre. Dann befindet man sich aber im Bereich des klassischen Abhilfeproblems. Es ist zum einen unmöglich, zu fordern, die von der Preisgarantie ausgehende Wettbewerbsverzerrung in Form einer Veränderung des Nachfrageverhaltens der Konsumenten bei der Preissetzung zu ignorieren, während zum anderen keine präzise Alternativformel für die eigenen Preise vorgeschrieben werden kann/sollte. Stattdessen zu verlangen, dass ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen den Initiator geltend gemacht wird, erfordert, dass die Unternehmen nach § 33 Abs. 1 und 3 GWB aktivlegitimiert sind (siehe schon oben), was einen gewissen Widerspruch zu ihrer Passivlegitimation nach § 33 Abs. 1 GWB darstellt. Höchstens könnte der gegen sie gerichtete Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung teleologisch reduziert werden. Er scheitert auf Rechtsfolgenrechtsseite an seiner Durchsetzbarkeit. Die Unternehmen würden zwar zunächst in den Anwendungsbereich fallen, mangels vorzuschreibender Abhilfemaßnahme wäre ein Anspruch gegen sie dagegen nicht durchsetzbar bzw. scheidet schlicht aus (systematische/teleologische Auslegung).⁹⁷⁵ Man könnte gar an (rechtliche) Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB denken. Abnehmer wären dazu verpflichtet, direkt den Initiator zu verklagen.

Man könnte nun meinen, dieses Ergebnis würde auch das Resultat eines Schadensersatzanspruchs vorbestimmen. Allerdings sind § 33a Abs. 1 GWB und § 33 Abs. 1 GWB nicht dergestalt miteinander verknüpft, dass die erfolgreiche Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs einen (zumindest hypothetischen) Erfolg beim Beseitigungsanspruch erfordern würde. § 33a Abs. 1 GWB verweist lediglich hinsichtlich des für beide Ansprüche relevanten Rechtsverstoßes auf § 33 Abs. 1 GWB. Solange ein passiv-adaptives Unternehmen durch seine Beteiligung an der insgesamt abgestimmten Verhaltensweise (Preissetzung im Markt) als „Rechtsverletzer“ eingestuft wird, ist für einen Schadensersatzanspruch nicht zwingend notwendig, dass es

975 Freilich könnte man diese Einsicht auch als Argument betrachten, bereits an erster Stelle direkt den Verletzerbegriff rechtsfolgenorientiert auszulegen.

auch einen durchsetzbaren Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen dieses Unternehmen gibt. Anderenfalls müsste es explizit heißen, dass zum Schadensersatz verpflichtet ist, wer einem Anspruch nach § 33 Abs. 1 GWB unterliegt.

Gegen diese Argumentation ließe sich in systematischer Hinsicht freilich einwenden, dass die Verweisungspraxis sehr wohl einen Gleichlauf des Anspruchserfolgs unterstellen dürfte. Ferner könnte es vor allem aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Kohärenz und Konsistenz des Gesetzgebers) zu Irritationen führen, dass ein Unternehmen für ein Verhalten auf Schadensersatz haftet, für das man von Rechtswegen keine Abhilfemaßnahme definieren möchte. Hinzukommt, dass ökonometrische Quantifizierungen eines möglichen Schadens ein kontrafaktisches Szenario berechnen und schätzen, wie das Unternehmen seine Preise gesetzt hätte, wenn die Preisgarantie im Markt nicht verwendet worden wäre bzw. es sich dagegen zur Wehr gesetzt hätte. Sieht man sich also hier in der Lage, ein mögliches Preisdifferential zu berechnen, müsste man auf dieser Grundlage grundsätzlich auch ein Alternativverhalten für die Gegenwart berechnen können, sodass sich die Frage stellt, inwieweit das Abhilfeproblem überhaupt tatsächlich besteht. Allerdings macht es einen entscheidenden Unterschied, ob man basierend auf ökonometrischen Schätzungen nachträglich für einen gewissen Zeitraum einen – ggfs. konservativ bemessenen – Schaden schätzt oder ob im laufenden Marktprozess ein konkretes Verhalten vorgegeben wird, ohne dass dynamische Entwicklungen in Echtzeit berücksichtigt werden könnten.

bb) Schadensersatz

Auch beim Schadensersatz gem. § 33a Abs. 1 GWB kann nur ein aktives Tun zum Tatvorwurf gemacht werden. Für den zu beurteilenden Kartellverstoß gilt das oben bereits zum Unterlassen Gesagte. Es kommt auch hier auf ein etwaiges Mitziehen (Preiserhöhung) oder das Aufrechterhalten eines höheren Preises an.

Exkurs: Hier verläuft erneut die Grenze zum Unterlassen. Insofern es durch die Preisgarantie gelingt, Konkurrenten von andernfalls anfallenden Preissenkungen zu entmutigen, könnte man dies als Unterlassen einer Preissenkung einstufen. Ebenso könnte die fortgesetzte Forderung eines (garantiebedingt) überhöhten Preises aber auch als aktives Tun gewertet werden. Man könnte zwar meinen, dass diese Frage im Ergebnis keine Rolle

spielen dürfte, da nur solche Fälle vor Gericht kommen würden, in denen sich ökonomisch eine Preissteigerung bzw. erhöhte Preise nachweisen lassen. Doch gilt hier, dass eine Schätzung etwa auf Grundlage des Diff-in-Diff-Design selbst dann zum Ergebnis garantiebedingt überhöhter Preise kommen kann, wenn die Preise im Markt über den betrachteten Zeitpunkt insgesamt gesunken sind. Solange die Preise in der Behandlungsgruppe weniger stark gesunken sind als die Preise der Kontrollgruppe, liegt ein positiver (prozentualer) Effekt vor. Die quantitativ festgestellte Preisüberhöhung ist in tatsächlicher Hinsicht dagegen nicht mit einer Anhebung der Preise einhergegangen, sondern mit einer relativ betrachtet weniger umfangreichen Preissenkung. Dies zeigt anschaulich, dass man nicht mechanisch an einer konkreten Preissteigerung anknüpfen darf, sondern dass das Ergebnis (Preisüberhöhung im Vergleich zum kontrafaktischen Szenario) entscheidend ist.

Anders als bei klassischen Preisabsprachen muss demnach nicht erst auf Rechtsfolgenrechte der Preisüberhöhungsschaden quantifiziert werden. Hier müsste bereits auf Tatbestandsebene eine solche Preisüberhöhung als Tatbestand nachgewiesen werden.

Exkurs: Läge in einer solchen Konstruktion des Schadensersatzanspruchs ein Widerspruch zur Beurteilung des Kartellverstoßes? Dort konnte nach hier vertretener Auffassung noch auf den Nachweis einer Preiserhöhung der passiv-adaptiven Unternehmen verzichtet werden. Aufgrund der schematischen Betrachtung und Anwendung der *Anic*-Vermutung durfte eine entsprechende Reaktion der anderen Unternehmen vermutet werden.

Für einen solchen Widerspruch könnte auf den ersten Blick sprechen, dass sich womöglich eine Friktion mit der Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen gem. § 33b GWB ausmachen lässt. In einer Behördenentscheidung kann der (kollektive) Rechtsverstoß noch unter der (schematisch-begründeten) Annahme angeglichenen Verhaltens der nun beteiligten dritten Parteien vermutet werden. Insofern Preisüberhöhungen der Dritunternehmen dann Gegenstände des Schadensersatzanspruchs würden (dort: ausnahmsweise bereits in der Haftungsbegründung als Teilnahmehandlung am Rechtsverstoß), könnte sich die Bindungswirkung auf dieses Verhalten erstrecken. Dem sind allerdings zwei Argumente entgegenzuhalten. Zum einen kann sich eine Bindungswirkung nur auf tatsächliche Inhalte („Feststellungen“) der Entscheidung beziehen, insofern also auch nur auf aufgestellte Vermutungen. Diese bleiben weiterhin widerlegbar und gelten in tatsächlicher Hinsicht qua Natur der Vermutung nicht als erwiesen. Zum anderen soll die Bindungswirkung der Behördenentscheidung eine Erleichterung für Kartellgeschädigte bringen. Keinesfalls sollte sie durch überschie-

ßende Wirkung dazu führen, dass die Haftung beschränkt werden muss. In einem solchen Fall müsste die Bindungswirkung ihrerseits eingeschränkt werden. Freilich muss es angesichts des ersten Arguments zu einer solchen einschränkenden Auslegung erst gar nicht kommen.

Gegen einen Widerspruch spricht weiterhin, dass ein mit hoher Wahrscheinlichkeit kollusionsförderndes Verhalten (aus rechtsstaatlicher Perspektive ohne Weiteres) verboten werden kann, wenn eine wettbewerbs-schädigende Verhaltensangleichung der Wettbewerber unter bestimmten Bedingungen zu erwarten ist. Die allgemeine Typizität des Verhaltens kann ausgenutzt werden, um bestimmte Verhaltensweisen in Einklang mit der ökonomischen Theorie zu untersagen, ohne von Beweisfragen des Einzelfalls abhängig zu sein. Eine darüber hinausgehende (privatrechtliche) Haftung für in der Vergangenheit liegendes Verhalten kann und wird dagegen aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit von den konkreten Tatsachen abhängig gemacht. Hier kann die Kausalität nicht durch eine etwaige Vermutung angenommen werden; sie muss bewiesen werden.

Weiterhin enthält auch der Schadensersatzanspruch in § 33a GWB wie bereits der Bußgeldtatbestand in § 81 GWB ein Verschuldenserfordernis. Für die Haftung der passiv-adaptiven Unternehmen stellt sich daher dasselbe Problem wie in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung. Das bereits Gesagte gilt auch hier. Vermutlich ist ihnen zunächst, d.h. bis sich die hier vertretene Auslegung einer „abgestimmten Verhaltensweise“ etabliert hat, ein (un-)vermeidbarer Rechtsirrtum zugute zu halten.

Schließlich träfe man auf ein Problem überschießender Rechtsfolgen. Das ursprüngliche Ziel der zweiten Konzeption war es, den an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligten Unternehmen keine Übergewinne zu belassen. Lässt man hierzu alle Unternehmen auf Schadensersatz haften, dann sind die kompromittierten Wettbewerber womöglich auch Ansprüchen von Abnehmern des Initiators bzw. untereinander ausgesetzt. Dies ist unmittelbare Folge der weit gefassten Passivlegitimation (gegenüber allen Abnehmern) in § 33a Abs.1 GWB und der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 33d Abs.1 GWB, könnte allerdings angesichts ihrer geringeren Tatbeiträge als ungerechtfertigt erscheinen. Hier könnte der Zurechnungszusammenhang als allgemeine deliktsrechtliche Kategorie bemüht werden. Für den Anspruch auf Kartellschadensersatz ist er im haftungsausfüllenden Tatbestand mit Blick auf die Entstehung und Höhe des Schadens

anerkannt.⁹⁷⁶ Ebenso könnte man an eine teleologische Reduktion der gerade genannten Normen denken, da der Tatbeitrag der kompromittierten Unternehmen im Vergleich zu einer Kartellabsprache deutlich abfällt. Der gestalt könnte die Passivlegitimation der passiv-adaptiven Unternehmen auf Ansprüche der eigenen Abnehmer beschränkt werden, sodass sie von einer Gesamtschuld untereinander (und gegenüber dem Initiator) befreit werden.

4. Gesamtfazit

Aus Sicht des Verfassers scheint es widerspruchsfreier, in der Rechtsdurchsetzung das Handlungsunrecht bei der Verwirklichung einer abgestimmten Verhaltensweise in den Vordergrund zu rücken und (nur) die Verwendung eines Instruments der Verhaltenskoordinierung zu sanktionieren. Dass hier auch die Gegenposition dargestellt wurde, die den Abstimmungserfolg in den Fokus rückt, ist der Neuheit des materiellrechtlichen Ergebnisses geschuldet. Dass demnach bereits die individuell-einseitige Verwendung eines Instruments zur Verhaltenskoordination eine abgestimmte Verhaltensweise anstoßen kann, ruft vermutlich unterschiedliche normative Überzeugungen hervor, wie mit den Erträgen aus einem solchen kollusiven Markt umgegangen werden sollte.

976 Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 7. Aufl. 2024, § 33a Rn. 60-66.