

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Hans Gummert, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Lutz Weipert, Rechtsanwalt und Notar a.D., Bearbeitet von Joachim Breithaupt, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Rupert Doehner, Rechtsanwalt, Dr. Kai Erhardt, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Jens Escher, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Joachim Falkenhausen, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Hardy Fischer, Rechtsanwalt, Fabian G. Gaffron, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Maximilian Haag, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Hilke Herchen, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Jochen Hoffmann, Dr. Matthias Horbach, Rechtsanwalt, Gerald Herrmann, Rechtsanwalt, Dr. Johannes Hushahn, Rechtsanwalt, Dr. Matthias Jaletzke, Rechtsanwalt, Dr. Thomas Keul, Rechtsanwalt, Dr. Eberhard Klein, Notar, Dr. Christian Levedag, LL.M., Richter am Bundesfinanzhof, Dr. Jörg Lindemeier, Notar, Prof. Dr. Antonio Miras, Dr. Frauke Möhrle, Rechtsanwältin, Dr. Stefan Mutter, Rechtsanwalt, Dr. Ralph Obser, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Delia Maria Palenker, Rechtsanwältin, Dr. Anna-Dorothea Polzer, LL.M., Rechtsanwältin, Dr. David Quinke, LL.M., Rechtsanwalt, Marion Sangen-Emden, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Dr. Hansjörg Scheel, Rechtsanwalt, Dr. Jürgen Schmid, Rechtsanwalt und Notar, Dr. Henning C. Schneider, Rechtsanwalt, Dr. Mathias Schönhaus, Rechtsanwalt, Dr. Norbert Schulte, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Kerstin Schweizer, LL.M., Adi Seffer, Rechtsanwalt, und Dr. Reinmar Wolff

5. Auflage 2019. Buch. XCVI, 2313 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 70502 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

lich theoretisch denkbaren Marktbeeinflussung⁴⁴, einer Beeinflussung „nur in unbedeutendem Umfang“⁴⁵ bzw. wenn der „Markt nur geringfügig beeinträchtigt wird“⁴⁶ aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB sowie des Art. 101 AEUV auszuschließen. Während es für die Wettbewerbsbeschränkung also auf die Auswirkungen auf die Beteiligten ankommt, betrifft die Frage der Spürbarkeit die **Auswirkungen auf Dritte**.

Die **Spürbarkeit** wird heute zunächst anhand der Abgrenzung von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen bestimmt: Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen Vereinbarungen, die einen **wettbewerbswidrigen Zweck** haben, „ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar.“⁴⁷ Da die sog. **Kernbeschränkungen**, also besonders wettbewerbs-schädliche Klauseln (insbesondere Preisabsprachen), bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, steht die Spürbarkeit bei diesen außer Frage. Nur bei den lediglich bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist auf quantitative Kriterien abzustellen, vor allem den Marktanteil der auf dem Markt auftretenden Anbieter und Nachfrager,⁴⁸ das zahlenmäßige Verhältnis der Beteiligten zu den verbleibenden Konkurrenten, die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung oder die Zahl der Marktteilnehmer.⁴⁹ Hauptaspekt ist dabei der Marktanteil, wobei die Rechtsprechung keine feste Grenze etabliert hat, vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung anhand aller Gesichtspunkte.⁵⁰ Die Kommission unterscheidet in ihrer „**De minimis**“ – **Bekanntmachung** von 2014⁵¹ zwischen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern, wobei im ersten Fall bei Marktanteilen der Beteiligten unter 10 %, im zweiten Fall unter 15 % von fehlender Spürbarkeit ausgegangen wird.⁵²

d) Zweck oder Wirkung. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 GWB⁵³ wie des Art. 101 AEUV kann die Wettbewerbsbeschränkung alternativ **Zweck** oder **Wirkung** der Vereinbarung sein. Der EuGH sowie die Kommission verstehen den Zweck objektiv, dh auf die Absichten, die von den Parteien verfolgt werden, kommt es nicht an.⁵⁴ „Die Unterscheidung zwischen „bezweckten Verstößen“ und „bewirkten Verstößen“ liegt darin begründet, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden.“⁵⁵ Bei der Würdigung einer Vereinbarung ist „auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen.“⁵⁶ Es genügt eine objektive wettbewerbsbeschränkende Tendenz der zu beurteilenden Maßnahme, soweit sie konkret geeignet ist, negative Wir-

⁴⁴ BGH KVR 20/97, NJW-RR 1999, 1266 (1270) – Lottospielgemeinschaft.

⁴⁵ BGH KVR 40/96, NJW 1998, 2825 (2828) – Carpartner.

⁴⁶ EuGH C-226/11, EuZW 2013, 113 Rn. 16 mwN – Expedia.

⁴⁷ EuGH C-226/11, EuZW 2013, 113 Rn. 37 – Expedia.

⁴⁸ EuGH C-27/87, Slg. 1988, 1919 (1940) – Erauw-Jaquery/La Hesbignonne; BGH KZR 36/75, NJW 1977, 804, 805 – Fertigbeton.

⁴⁹ BGH KZR 36/75, NJW 1977, 804, 805 – Fertigbeton.

⁵⁰ Vgl. EuGH C-100/80, Slg. 1983, 1835 (1900 f.) – Musique Diffusion Francaise/Kommission; EuG T-374/94, Slg. 1998, II-3141 Rn. 102 – European Night Services/Kommission.

⁵¹ ABl. 2014 C 291, S. 1.

⁵² Vgl. Nr. 8 der Bekanntmachung.

⁵³ Der frühere Meinungsstreit um Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie hat sich durch die Neufassung in der 6. GWB-Novelle erledigt, vgl. dazu noch *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, Rn. 181 ff.; *Emmerich BB* 1975, 766.

⁵⁴ EuGH C-67/13 P, EuZW 2014, 901 Rn. 54 – CB; EuGH C-8/08, EuZW 2009, 505 Rn. 27 – T-Mobile Netherlands; EuGH C-209/07, WuW 2009, 117 Rn. 21 – Beef Industry Development Society and Barry Brothers; Kommission 13.12.1989, WuW/E EV 1484 (1486) – Bayo-n-ox; EuGH C-29/83, Slg. 1984, 1679, Entscheidungsgrund 26 – CRAM und Rhein-zink/Kommission.

⁵⁵ EuGH C-8/08, EuZW 2009, 505 Rn. 29 – T-Mobile Netherlands; EuGH C-209/07, WuW 2009, 117 Rn. 17 – Beef Industry Development Society and Barry Brothers.

⁵⁶ EuGH C-67/13 P, EuZW 2014, 901 Rn. 53 mwN – CB.

kungen hervorzurufen.⁵⁷ In Anschluss an die weitgehende Angleichung des GWB an das europäische Recht wird man dies heute für das deutsche Recht ebenso zu sehen haben.⁵⁸

- 26** In den kartellrechtsrelevanten Fallgruppen der KG-Gründung dürfte regelmäßig schon ein objektiv **wettbewerbsbeschränkender Zweck** vorliegen, da es etwa bei der Gründung von Funktionsgemeinschaften oder Gemeinschaftsunternehmen kaum denkbar ist, dass die mit der Gründung verbundene Wettbewerbsbeschränkung nicht in diesem Sinne bezweckt wird.
- 27 e) Rule of Reason.** Unter diesem Stichwort wird diskutiert, ob Ausnahmen von dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, also Tatbestandsrestriktionen, im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV möglich sind, womit die Notwendigkeit ihrer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV entfielen. Sowohl die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV⁵⁹ als auch der EuGH gehen davon aus, dass es für bestimmte Fallgruppen einer Begrenzung des Tatbestands des Art. 101 Abs. 1 AEUV bedarf, um bestimmte vorteilhafte Vertragsformen ohne wettbewerbschädliche Tendenz, die typischerweise mit einzelnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden werden, dem Kartellverbot zu entziehen. Beispiele sind insbesondere Unternehmenskaufverträge⁶⁰ und Franchisingverträge.⁶¹ Auch für das deutsche Recht ist allgemein anerkannt, dass eine strenge Anwendung des Kartellverbots in einigen Fallgruppen zu unangemessenen, nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führt. Insbesondere bei an sich kartellrechtsneutralen Vereinbarungen besteht eine immanente Einschränkung des Kartellverbots für solche Wettbewerbsbeschränkungen, die für die anerkanntenswerte Zielsetzung des Vertrags unerlässlich sind (**Immanenztheorie**).⁶² Hierbei handelt es sich dogmatisch um eine teleologische Reduktion des § 1 GWB.⁶³ Bedeutung hat diese Tatbestandsrestriktion hier vor allem im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen und bei Vergleichen erlangt, insbesondere aber auch im Gesellschaftsrecht.
- 28** Für den Gesellschaftsvertrag von Kommanditgesellschaften wirken sich diese Grundsätze vor allem auf unerlässliche gesetzliche und vertragliche **Wettbewerbsverbote** aus (vgl. hierzu ausführlich § 16). Darüber hinaus ist bei der Annahme von Tatbestandsrestriktionen allerdings Zurückhaltung geboten. Die Immanenztheorie bedeutet keine allgemeine Privilegierung des wirtschaftlichen Zusammenwirkens in der Rechtsform der Personengesellschaft und dient nicht dazu, die Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Zwecke zu erleichtern. Es geht lediglich darum, solche Beschränkungen freizustellen, die notwendige Folge von an sich zulässigen Rechtsgeschäften sind,⁶⁴ wobei der Hauptvertrag aber **kartellrechtsneutral** sein muss. Insbesondere in den Fällen der kartellrechtsrelevanten Zielsetzung der KG kommt daher eine Tatbestandsrestriktion nicht in Betracht.⁶⁵
- 29** Ebenfalls unter dem Stichwort der Tatbestandsrestriktion wird die Frage diskutiert, ob auch **konzerninterne Vereinbarungen** gegen das Kartellverbot verstoßen können. Im

⁵⁷ EuGH C-67/13 P, EuZW 2014, 901 Rn. 55 mwN – CB; EuGH C-8/08, EuZW 2009, 505 Rn. 31 ff. – T-Mobile Netherlands.

⁵⁸ Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 136.

⁵⁹ ABl. 2004 C 101, S. 97 Rn. 24–27.

⁶⁰ EuGH C-42/84, Slg. 1985, 2545 Rn. 19 – Remia.

⁶¹ EuGH C-161/84, Slg. 1986, 353 – Pronuptia.

⁶² Grundlegend: Steindorff BB 1977, 569; ders. BB 1981, 377; K. Schmidt ZHR 149 (1985), 1; Schwintowski WuW 1997, 769; ausführlich: Kretzer, Immanenztheorien im Kartellrecht, 1992; kritisch: Frankfurter Kommentar z. GWB/Huber/Baums § 1 aF Rn. 485 ff.; aus der Rspr.: BGH KZR 41/95, NJW 1997, 2324; BGH KZR 2/89, NJW-RR 1991, 1002; BGH KZR 32/84, NJW-RR 1986, 1486; BGH KZR 33/80, NJW 1982, 2000.

⁶³ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 203 f.; Immenga FS Hoppmann, 1994, 257 (265).

⁶⁴ Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, S. 267.

⁶⁵ Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 21 Rn. 26; Frankfurter Kommentar z. GWB/Huber/Baums § 1 aF Rn. 485.

vorliegenden Zusammenhang ist dies insbesondere für Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der KG selbst relevant, die ihr im Gesellschaftsvertrag oder in Nebenabreden auferlegt werden (dazu näher → § 16 Rn. 65), sofern die KG mit ihrer Gründung Teil eines Konzerns wird. Grundsätzlich anerkannt ist, dass konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen nicht in vollem Umfang der Bindung an das Kartellverbot unterliegen. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Beschränkung durch eine gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit, insbesondere aufgrund eines Weisungsrechts, der Untergesellschaft einseitig auferlegt wird oder werden könnte, kommt eine Anwendung des § 1 GWB bzw. des Art. 101 AEUV nicht in Betracht.⁶⁶ Umstritten ist lediglich, ob schon das Bestehen eines einfachen **Abhängigkeitsverhältnisses** hierfür genügt,⁶⁷ oder ob nur die gesellschaftsrechtlich abgesicherte, tatsächlich ausgeübte **einheitliche Leitung** eine hinreichende wirtschaftliche Einheit der rechtlich selbständigen Unternehmen begründet.⁶⁸ Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen, da trotz Abhängigkeit noch Handlungsspielräume der Unternehmen bestehen können, die geeignet sind, schutzwürdigen Wettbewerb zwischen ihnen zu begründen. Nur wenn diese Handlungsspielräume bereits beseitigt sind, kann das Kartellverbot keine Bedeutung mehr haben. Dogmatisch handelt es sich aber auch insoweit nicht um eine Tatbestandsrestriktion, sondern um die Frage des Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Konzernunternehmen. Bilden diese eine **wirtschaftliche Einheit**, bleibt kein Raum für die Annahme schutzbedürftigen Wettbewerbs zwischen ihnen.

2. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Weitere Tatbestandsvoraussetzung (nur) des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Die **Zwischenstaatlichkeitsklausel** hat die Funktion, den Anwendungsbereich des europäischen gegenüber dem nationalen Kartellrecht abzugrenzen. Die erforderliche, vom EuGH ganz weit verstandene Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt vor, wenn die Vereinbarung geeignet ist, diesen unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinflussen, wozu die Wahrscheinlichkeit der Veränderung (nicht notwendigerweise der Verringerung) der Handelsströme ausreicht.⁶⁹ Für die Gestaltung von KG-Verträgen sind die praktischen Auswirkungen eines ausnahmsweise in Betracht kommenden Fehlens der Zwischenstaatlichkeit angesichts des Gleichlaufs von deutschem und europäischem Recht aber gering. Daher spielt die Zwischenstaatlichkeitsklausel in dem hier interessierenden Zusammenhang eine untergeordnete Rolle.

3. Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

a) **Europäisches Recht, Art. 101 Abs. 3 AEUV.** Auch wenn der Tatbestand des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erfüllt ist, bedeutet dies nicht ohne weiteres, dass ein Kartellrechtsverstoß vorliegt. Vielmehr ist es nach Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich, das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV für unanwendbar zu erklären.

Zu unterscheiden ist insoweit zwischen der Gruppenfreistellung, deren Voraussetzungen von der Kommission durch Verordnung geregelt werden, und der **Einzelfreistellung**. Für eine Freistellung im Einzelfall müssen die in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgeführten Voraus-

⁶⁶ Grundlegend *Huber* ZHR 131 (1968), 193 (212 ff.); ferner *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 47 ff.; *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 29; *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 3 Rn. 44 ff.; Frankfurter Kommentar z. GWB/*Huber/Baums* § 1 aF Rn. 242.

⁶⁷ Dafür etwa *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 29.

⁶⁸ *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 3 Rn. 44 ff.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 191 f.; für Art. 101 AEUV auch: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 44 ff.

⁶⁹ Grundlegend EuGH C-56/65, Slg. 1966, 281 (303) – Maschinenbau Ulm; C-56/64, Slg. 1966, 321 (389) – Consten/Grundig.

setzungen vorliegen. Diese sind: Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn, ein Beitrag der Vereinbarungen zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung bzw. zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, keine Auferlegung von Beschränkungen durch die Vereinbarungen der beteiligten Unternehmen, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind sowie keine Eröffnung von Möglichkeiten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

- 33 Durch Art. 1 der VerfahrensVO 1/2003⁷⁰ wurde die Freistellungsvorschrift des Art. 101 Abs. 3 AEUV als **Legalausnahme** ausgestaltet. Liegen die Voraussetzungen für die Freistellung vor, so ist die Kooperation schon kraft Gesetzes als wirksam und rechtmäßig anzusehen. Daraus folgt aber auch, dass es eine keine Möglichkeit gibt, die Kooperation bei der Kommission anzumelden und durch eine Entscheidung Rechtssicherheit zu erlangen. Vielmehr haben die Unternehmen die (sehr allgemein gehaltenen) Freistellungsvoraussetzungen eigenverantwortlich zu prüfen und tragen die Risiken einer Fehleinschätzung selbst.
- 34 Die materiellen Freistellungsvoraussetzungen müssen wie bei einer Freistellung im Einzelfall ebenso für den Erlass von **Gruppenfreistellungsverordnungen** gegeben sein, die auch unter dem System der Legalausnahme Bedeutung haben, da die darin enthaltenen Konkretisierungen das von den Unternehmen zu tragende **Subsumtionsrisiko** minimieren können. Während diese Verordnungen ihre größte Bedeutung für Vertikalvereinbarungen haben, sind in dem hier interessierenden Zusammenhang die GFVO für Spezialisierungsvereinbarungen (u. → Rn. 50) und die GFVO für Forschungs- und Entwicklungskooperation (u. → Rn. 40) zu erwähnen, die solche Kooperationen unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere dem Nichtüberschreiten von Marktanteilschwellen) und bei Nichtvorliegen genau bezeichneter unzulässiger Abreden (Kernbeschränkungen) vom Kartellverbot freistellen.
- 35 Es ist also festzuhalten, dass in den hier interessierenden Fallgruppen Ausnahmen vom Kartellverbot eine erhebliche Rolle spielen. Da den Unternehmen die Prüfung (und damit auch das Subsumtionsrisiko), ob die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, selbst obliegt und bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 2 AEUV auch Gesellschaftsverträge nichtig sein können, wird man diese Frage in der Beratungspraxis bei Gründung einer KG mit besonderer Vorsicht zu prüfen haben.⁷¹
- 36 **b) Deutsches Recht.** Im Zuge der Angleichung des GWB an das europäische Wettbewerbsrecht wurde für die Frage der Freistellung vom Kartellverbot in § 2 GWB eine **umfassende Verweisung** auf Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgenommen. § 2 Abs. 1 GWB beschränkt sich darauf, die Freistellungsvoraussetzungen praktisch wörtlich wiederzugeben. Durch die dynamische Verweisung (§ 2 Abs. 2 GWB) auf die europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen (in ihrer jeweils geltenden Fassung) und die Anordnung ihrer Anwendung auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 101 AEUV, wird ein fast **vollständiger Gleichlauf** mit dem europäischen Recht erreicht. Nur wenn keine Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel zu erwarten sind, ist zusätzlich die Legalausnahme des § 3 GWB für die **Mittelstandskartelle** zu beachten. Greift die Zwischenstaatlichkeitsklausel ein, so sind im Ergebnis nur die Kriterien des Art. 101 Abs. 3 AEUV maßgeblich, da das GWB keine Vereinbarung legalisieren kann, die nach europäischem Recht verboten ist. § 3 GWB regelt eine besondere gesetzliche Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des § 1 GWB bezogen auf die leistungssteigernde horizontale Zusammenarbeit von kleinen und mittleren Unternehmen.
- 37 Aufgrund der Tatsache, dass solche Mittelstandskartelle oftmals eher lokal verankert sind, hat § 3 GWB einen eigenständigen Anwendungsbereich. Mittelstandskartelle sind in jeder

⁷⁰ Vgl. Art. 1 der KartellverfahrensVO 1/2003, ABl. 2003 L 1, S. 1.

⁷¹ Vgl. für Einzelheiten ausführlich, Wiedemann/Lübbig/Schroeder, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 9.

praktisch denkbaren Form der zwischenbetrieblichen Kooperation vorstellbar und ermöglichen jegliche Art der Wettbewerbsbeschränkung (selbst Preisabsprachen in Zusammenhang mit weiteren Rationalisierungsmaßnahmen), soweit sie die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben, der Wettbewerbsfähigkeit mittelständischer Unternehmen dienen und keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirken. Die „**kritische Grenze**“ für eine solche Beeinträchtigung setzt das Bundeskartellamt für den Regelfall bei einem kartellierten Marktanteil von circa 10 % bis 15 % an.⁷² Als Mittelstandskartelle kommen insbesondere gemeinsame Vertriebs- oder Vertriebsstellen mit einheitlicher Preisgestaltung (**Syndikate**), aber auch andere Formen der Forschungs-, Produktions- oder Werbekooperation in Betracht.

4. Einzelne Fallgruppen

a) Kartelle und Syndikate. **Kartelle** und **Syndikate** im oben definierten Sinn 38 (→ Rn. 6, 7) erfüllen grundsätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, da der Zweck solcher Vereinbarungen gerade in der Beschränkung des Wettbewerbs liegt.

Im europäischen Recht bleibt für eine Anwendung der Ausnahmevorschrift des Art. 101 39 Abs. 3 AEUV bei derartigen Vereinbarungen praktisch kein Raum. Regelmäßig wird es an der Verhältnismäßigkeit und der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung mangeln. Sog. **Marktabsprachen** (über Preise, Quoten, Marktaufteilungen oder Investitionen) werden auch von der Kommission schon generell als regelmäßig nicht freistellungsfähig eingestuft.⁷³ Lediglich bei **Beschaffungssyndikaten** (mit Bezugswang) scheint die Kommission etwas großzügiger zu sein, da insoweit im Einzelfall eine Freistellung in Betracht kommt, wenn der Bezugswang für die Erzielung der angestrebten Größenvorteile unerlässlich ist.⁷⁴ Im deutschen Recht ist ferner an eine Anwendung des § 3 GWB für mittelständische Syndikate zu denken, da § 3 Abs. 1 GWB vom BKartA relativ großzügig gehandhabt wird.⁷⁵

b) Kooperationen und Funktionsgemeinschaften. Demgegenüber stehen das euro- 40 päische und auch das deutsche Kartellrecht den **Kooperationen** und **Funktionsgemeinschaften** erheblich positiver gegenüber. Dies gilt sowohl für die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (insbesondere der spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung), als auch für die Ausnahmen. Hier können nur die wichtigsten Fälle angesprochen werden.⁷⁶

Positiv beurteilt werden zunächst die **Arbeitsgemeinschaften** von (grundsätzlich im 41 Wettbewerbsverhältnis stehenden) Unternehmen zur gemeinsamen Erbringung von Leistungen (insbesondere in der Bauwirtschaft), sofern die Beteiligten allein objektiv aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen hierzu nicht in der Lage sind, oder es „jedenfalls kaufmännisch unvernünftig“ wäre, sich als selbständiger Anbieter dem Wettbewerb zu stellen, also „erst durch die Kooperation mehrerer selbständiger Unternehmen und die Bündelung ihrer Leistungskraft bei gleichzeitiger Koordinierung ihres Auftretens gegenüber der anderen Seite überhaupt die Möglichkeit geschaffen wird, eine bestimmte, am Markt

⁷² Bundeskartellamt, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten kleiner und mittlerer Unternehmen, 2007, Tz. 35.

⁷³ Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/Winterstein/Ceyssens/Wessely, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 342 ff. mwN.

⁷⁴ Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1Tz. 218.

⁷⁵ Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 23 Rn. 11.

⁷⁶ Vgl. aber umfassend: Götz, Strategische Allianzen, 1996; Wiedemann/Lübbig/Schroeder, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 9; insbesondere zum deutschen Recht: Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 318 ff.; insbesondere zum europäischen Recht: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/Winterstein/Ceyssens/Wessely, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 345 ff.

nachgefragte Leistung zu erbringen“ (sog. **Arbeitsgemeinschaftsgedanke**).⁷⁷ In diesen Fällen fehlt es schon an einer Wettbewerbsbeschränkung, da ohne die Vereinbarung gerade keiner der Beteiligten auf dem relevanten Markt tätig geworden wäre. Es kann allerdings diesbezüglich nach den von der Kommission an die Unmöglichkeit der eigenständigen Leistungserbringung zu stellenden Anforderungen nicht darauf ankommen, ob die Kooperation „für die Parteien wirtschaftlich effizienter“ wäre, sondern nur, ob sie in der Lage sind, die mit der eigenständigen Leistungserbringung verbundenen „technischen und finanziellen Risiken“ zu tragen.⁷⁸

- 42 Daher ist auch ein an die Beteiligten gerichtetes Verbot unschädlich, sich parallel an konkurrierenden Arbeitsgemeinschaften zu beteiligen.⁷⁹ Eine Arbeitsgemeinschaft unter Beteiligung von Unternehmen, die tatsächlich und wirtschaftlich zur **alleinigen Leistungserbringung** in der Lage sind, stellt sich dagegen regelmäßig als Wettbewerbsbeschränkung dar. Ähnliches gilt für die **Forschungs- und Entwicklungskooperation**, sofern keiner der Beteiligten allein in der Lage gewesen wäre, den Entwicklungsaufwand zu tätigen.⁸⁰ Ansonsten ist zunächst an eine Freistellung durch die Gruppenfreistellungs-VO (GFVO) für Forschungs- und Entwicklungskooperation zu denken.⁸¹ Die Gruppenfreistellung erfasst die Kooperation zwischen Wettbewerbern aber nur dann, wenn die Summe ihrer Anteile an den relevanten Produkt- und Technologiemarkten, bezogen auf die Produkte bzw. Technologien, die durch die Entwicklungsergebnisse verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden könnten, 25 % nicht überschreitet.⁸² Ferner müssen die beteiligten Unternehmen unbeschränkten Zugang zu den Entwicklungsergebnissen haben (grundsätzlich auch für Zwecke der Verwertung), und der Vertrag darf keine Kernbeschränkungen enthalten.⁸³ Durch die Möglichkeit des gemeinsamen Vertriebs der Vertragsprodukte lässt sich indes – sofern und nur wenn hiervon Gebrauch gemacht wird – der Wettbewerb für die Vertragsprodukte gänzlich ausschließen. Soweit also eine selbständige Entwicklungs-KG als Gemeinschaftsunternehmen zweier Mutterunternehmen gegründet wird, kann diese (innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen) auch Produktion, Vertrieb und Vermarktung der Vertragsprodukte übernehmen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der GFVO für Forschungs- und Entwicklungskooperationen ist weiter zu prüfen, ob eine Einzelfallfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich ist. Zumindest beim Vorliegen von Kernbeschränkungen scheidet dies indes regelmäßig aus, praktische Relevanz hat die Einzelfallfreistellung aber beim Überschreiten der Marktanteilschwelle der GFVO.⁸⁴ In keinem Fall ist es indes zulässig, im Rahmen der Kooperation (etwa im Gesellschaftsvertrag einer Forschungs-KG) wettbewerbsbeschränkende **Nebenabreden** zu treffen, soweit diese den für den gemeinsamen Zweck unerlässlichen Rahmen überschreiten.
- 43 Zu differenzieren ist dagegen bei **Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften**. Unter **Verkaufsgemeinschaften** versteht man Formen der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, die auf den Verkauf und/oder die Vermarktung von Produkten gerichtet sind. Sie

⁷⁷ BGH KZR 3/01, NJW 2002, 2176 (2178) – Jugendnachfahrten; ähnlich BGH KRB 3/83, BB 1984, 364.

⁷⁸ Vgl. die Kommissionsentscheidung ABl. 2000 L 58, S. 16 Rn. 74 f. – General Electric Aircraft Engines/Pratt & Whitney.

⁷⁹ Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, S. 90 f.

⁸⁰ Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 130; Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 349.

⁸¹ VO Nr. 1217/2010, ABl. 2010 L 335, S. 36.

⁸² Vgl. Art. 4 Abs. 2 sowie die Begriffsbestimmungen in Art. 1 Abs. 1 lit. u und v der VO 1217/2010.

⁸³ Näher: Hoffmann in Dausen/Ludwigs, HdB des EU-Wirtschaftsrechts, H I. § 2 Rn. 171 ff.

⁸⁴ Näher: Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 141 ff.

können in unterschiedlichen Ausprägungen vorkommen. **Verkaufsgemeinschaften** sind in Hinblick auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auch dann kritisch zu sehen, wenn sie nicht als Syndikat (mit Andienungspflicht) ausgestaltet sind. Ihre Gründung durch Wettbewerber erfordert stets eine Verständigung über die Preise und Konditionen, zu denen die Gemeinschaft die Produkte und Leistungen absetzen soll. Dies gilt insbesondere für eine Vertriebs-KG mit starren Beteiligungsverhältnissen, die zu einer den Quotenvereinbarungen vergleichbaren Festschreibung der Wettbewerbsverhältnisse führen kann.⁸⁵

Gegen Art. 101 AEUV verstoßen insbesondere eine koordinierte Festsetzung von Preisen,⁸⁶ Vereinbarungen über aufeinander abgestimmte Preiserhöhungen⁸⁷ oder eine Errichtung eines gemeinsamen Systems von Preiserhöhungen,⁸⁸ aber auch lediglich Absprachen über Preisnachlässe⁸⁹ oder von Richtpreisen.⁹⁰ Ebenso ist in Fällen der Vereinbarung von Produktions- oder Absatzmengen oder über die Aufteilung der Märkte durch Unternehmen der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt. **44**

Bezüglich einer Freistellung von Vermarktungsvereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV hat die Kommission inzwischen eine großzügige Sichtweise eingenommen. Insbesondere gewährt sie eine Art „Gruppenfreistellung“⁹¹ für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die über einen kumulativen **Marktanteil von weniger als 15 %** verfügen, so dass auch aus Sicht des europäischen Rechts die Vermarktungskoooperation von kleinen und mittleren Unternehmen regelmäßig freigestellt wird. Selbst oberhalb dieser Schwelle betont die Kommission nunmehr die möglichen erheblichen Effizienzgewinne, die hierdurch erzielt werden können. Regelmäßig erforderlich ist für die Freistellung aber die Einbringung von Vermögenswerten, insbesondere von Kapital oder von Technologie, in erheblichem Umfang durch die Vertragsparteien.⁹² Auch bei erheblichen Rationalisierungsvorteilen ist eine Freistellung im Einzelfall möglich, wenn mit ihnen lediglich vergleichsweise geringe Wettbewerbsbeschränkungen einhergehen.⁹³ Zu beachten ist, dass die Freistellung nur die für die Erzielung der Effizienzgewinne **unerlässlichen Wettbewerbsbeschränkungen** erfasst, so dass insbesondere bei den weitgehenden Beschränkungen, die mit einer Verkaufsgemeinschaft verbunden sind (insbesondere Preisabstimmungen) genau zu prüfen ist, ob die angestrebten Vorteile nicht auch ohne eine Vereinheitlichung der Preise erreicht werden kann, wobei die Kommission wiederum einen strengen Maßstab anlegt.⁹⁴ **45**

Eine Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen kommt nach deutschem Recht bei mittelständischen Verkaufsgemeinschaften ferner nach § 3 GWB in Betracht, was allerdings in Hinblick auf die (auf § 2 GWB zu übertragende) großzügige Handhabung des Art. 101 Abs. 3 AEUV und die Marktanteilsschwelle von 15 % kaum eigenständige Bedeutung mehr haben dürfte. **46**

⁸⁵ Zu einem solchen Fall vgl. KG Kart 24/78, BB 1980, 953; BKartA, WuW/E BKartA 1771 ff. – Transportbeton.

⁸⁶ Kommission 18.7.2001, ABl. 2002 L 100, S. 1 Rn. 100 – Graphitelektroden; Kommission 7.6.2000, ABl. 2001 L 152, S. 24 Rn. 186 ff., 235 – Aminosäuren.

⁸⁷ Kommission 22.11.2001, ABl. 2003 L 6 S. 1 Rn. 590 – Vitamine.

⁸⁸ EuG T-229/94, Slg. 1997, II-1689 Rn. 34 ff. – Deutsche Bahn.

⁸⁹ Kommission 16.5.2000, ABl. 2000 L 268, S. 1 Rn. 133, 164 – FETTCSA.

⁹⁰ Kommission 5.6.1996, ABl. 1996 L 181, S. 28 Rn. 79 ff. – Fenex.

⁹¹ So ausdrücklich bezeichnet in: *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 240 f.; näher: *Hoffmann* in Dausers/Ludwigs, HdB des EU-Wirtschaftsrechts, H I. § 2 Rn. 115.

⁹² *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 248.

⁹³ Siehe Komm. 12.7.1989, ABl. 1989 L 226, S. 25 Rn. 44 ff.

⁹⁴ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 249.

- 47 Einfache **Einkaufsgemeinschaften**, im Gegensatz zu den Syndikaten also solche ohne generellen Bezugszwang, werden von Schrifttum wie Kommission grundsätzlich positiv im Sinne einer Wettbewerbsförderung eingeschätzt.⁹⁵
- 48 Die Kommission steht auf dem Standpunkt, dass eine solche Gemeinschaft nur dann unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, „wenn sie nicht wirklich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines **verschleierte Kartells** für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird“⁹⁶ oder wenn durch sie eine erhebliche **Nachfragemacht** geschaffen wird.⁹⁷ Letzteres ist aber regelmäßig erst der Fall, wenn die an der Vereinbarung Beteiligten einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 15 % auf den Einkaufs- und Verkaufsmärkten halten, wobei es auch dann noch einer Einzelfallbetrachtung der Auswirkungen auf den Markt bedarf.⁹⁸ Selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, bleibt eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen weniger schwer wiegen als die erreichten Effizienzgewinne⁹⁹ Nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden Einkaufsvereinbarungen von Unternehmen, die zueinander in keinem Konkurrenzverhältnis auf dem Verkaufsmarkt stehen, bspw. wenn Einzelhändler auf verschiedenen lokalen Märkten aktiv sind.¹⁰⁰
- 49 Kartellrechtliche Grenzen sind ferner bei **Gütezeichengemeinschaften** zu berücksichtigen. Gütezeichen bürgen für die Einhaltung eines bestimmten Qualitätsstandards der mit dem Gütezeichen versehenen Produkte, was eine Überwachung der Qualität der Produkte, welche mit dem Gütezeichen vertrieben werden, durch eine zentrale Einrichtung (die auch als KG geführt werden kann) erfordert. Gütezeichengemeinschaften haben wettbewerbsbeschränkenden Charakter, wenn die beteiligten Unternehmen verpflichtet sind, ausschließlich gütegesicherte Waren herzustellen.¹⁰¹ Zu beachten ist ferner, dass für solche Gemeinschaften ein Aufnahmезwang nach § 20 Abs. 5 GWB besteht, so dass der Gesellschaftsvertrag die Aufnahme neuer Mitglieder ermöglichen muss. Ferner darf die Vereinbarung natürlich auch keine wettbewerbsbeschränkenden **Nebenabreden** (etwa über die Produktionsmenge, den Produktionsumfang oder die Herstellung bestimmter Waren) enthalten. Auch nach europäischem Recht kann sich ein derartiger Aufnahmезwang aus Art. 102 AEUV ergeben, soweit es sich um eine marktbeherrschende Gemeinschaft handelt.
- 50 Bei **Produktionsgemeinschaften** ist wiederum zu differenzieren. Wird die Produktionsgemeinschaft (zB in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft) von Unternehmen gegründet, die bisher keine eigene Produktion hatten, ist eine Vereinbarung über die gemeinschaftliche Benutzung von Produktionsanlagen regelmäßig unbedenklich, soweit sie nicht mit weitergehenden wettbewerbsbeschränkenden Zusatzabreden gekoppelt wird¹⁰²

⁹⁵ Zu diesem Problembereich vgl. aus der neueren Literatur: *Bunte* WuW 1998, 1037; *Vögel* WuW 1998, 1162; *Nowack*, Einkaufskooperationen zwischen Kartellverbot und Legalisierung, 1993; *Ostler*, Einkaufskooperationen des Handels, 1994; *Fritzsche*, Auslegung des § 1 GWB und die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften, 1993 sowie *Hoffmann* in Dausen/Ludwigs, HdB des EU-Wirtschaftsrechts, H I. § 2 Rn. 116.

⁹⁶ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 205.

⁹⁷ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 202.

⁹⁸ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 208 f.

⁹⁹ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 217.

¹⁰⁰ *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, S. 1 Rn. 212.

¹⁰¹ *Werner* DB 1986, 1811.

¹⁰² Vgl. BGH KZR 32/84, NJW-RR 1986, 1486; OLG Celle 13 U (Kart) 150/84, WuW/E OLG 3699 – Marktspiegel; *Werner* DB 1986, 1811.