
Kooperationen zwischen Wettbewerbern

—

„the new normal“?

Dr. Justus Herrlinger

I. Wirtschaftlicher Hintergrund und Reformdiskussion

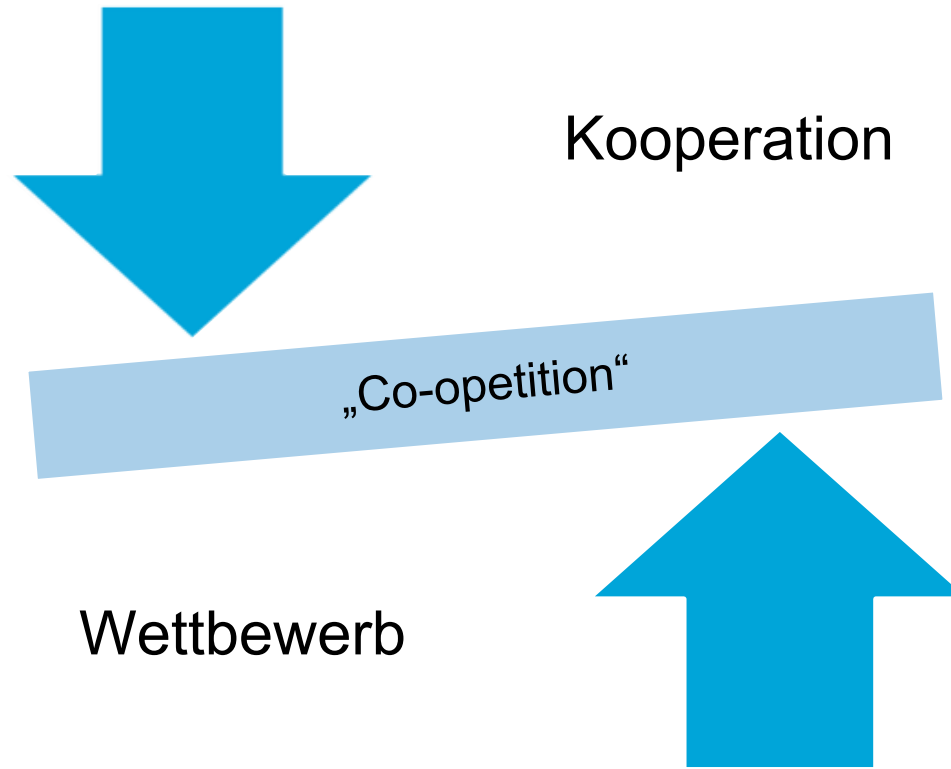
Prominente Kooperationen



Warum kooperieren?



Antagonismus oder „win-win-Situation“?



Siehe bereits *Brandenburger/Nalebuff*: „Co-opetition“ (1996)

Reformdiskussion

□ EU Kommission

- “[...], innovation may also depend on cooperation, and – within the emerging data economy – on the accessibility of data.” (Externe Studie: *Competition policy for the digital era*)

□ BMWi: Diskussion des Entwurfs der 10. GWB-Novelle

- „Mehr Rechtssicherheit bei Kooperationen“ / „wachsender Druck zu Kooperationen im Bankensektor“

□ Bundeskartellamt

- Diskussionspapier (2000): Kooperationen zwischen Wettbewerbern – Ist eine Neubewertung erforderlich? (zur alten Rechtslage vor VO 1/2004)

□ Wettbewerbskommission 4.0

- „Wie können Skalierungs- und Kooperationsbedürfnisse deutscher und europäischer Digitalunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht besser berücksichtigt werden?“

Kartellrechtliche Bewertung

Ausgestaltung

Form

- „Joint Venture“-Gesellschaft
- (schuld-)vertragliche Grundlage
- Gemeinsames Angebot (horizontal) oder Nachunternehmer (vertikal)

Umfang

- Einzelprojekt (z.B. Bieter-/Liefergemeinschaft)
- Umfassende Zusammenarbeit
- Eigener Marktauftritt der Kooperation

Inhalt

- Einkauf
- R&D
- Produktion
- Vertrieb/Lieferung
- Marketing

Kartellverbot

§ 1 GWB: „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine **Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs** bezwecken oder bewirken, sind verboten.“

§ 2 GWB: „Vom Verbot des § 1 **freigestellt** sind Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zu **Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts** beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele **nicht unerlässlich** sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den **Wettbewerb auszuschalten**.“

Kooperationen können den Wettbewerb beschränken

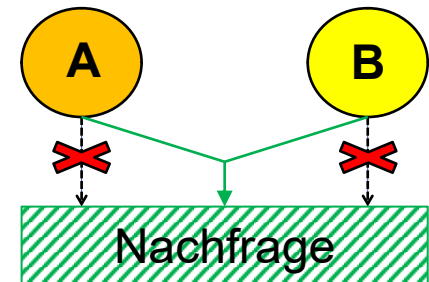
- Durch **Zusammenwirken** von Wettbewerbern auf ihren Märkten
- **Reduzierung** der Zahl anbietender Marktteilnehmer grundsätzlich nicht erwünscht
- Idealbild „Einzelkampfdisziplin“

Ausnahmen für die Zusammenarbeit (I)

□ Arbeitsgemeinschaftsgedanke

- Kooperation schafft neues Angebot
- Bestimmte Leistung kann nur gemeinsam angeboten werden (allein nicht leistungsfähig)
- Zusammenarbeit ist „wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig“

→ Keine Wettbewerbsbeschränkung



Ausnahmen für die Zusammenarbeit (II)

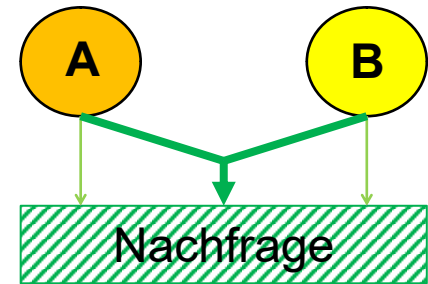
□ Freistellungsvoraussetzungen

- Im Ausgang liegt Wettbewerbsbeschränkung vor (ein statt zwei Angeboten)
- Aber: Zusammenarbeit erreicht ein (i) besseres, wirtschaftlicheres Angebot („Effizienzvorteile“), z. B.

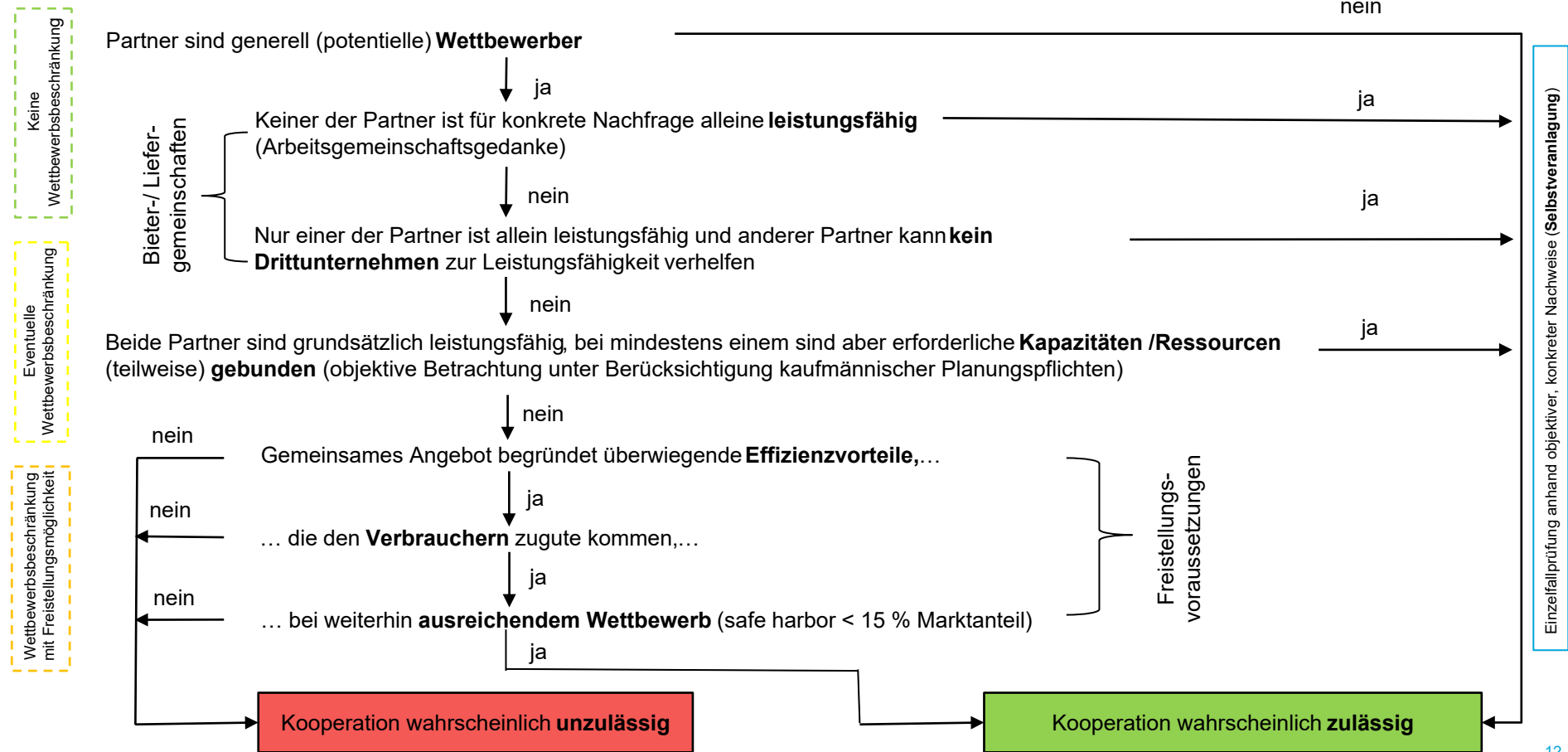
- Einsparungen (auch gemeinsame Investitionen)
- Verbesserte „Ressourcenallokation“ / Spezialisierung
- *Know how sharing*,

... (ii) wovon Verbraucher profitieren, (iii) Beschränkungen sind unerlässlich und (iv) schalten Wettbewerb nicht in wesentlichen Teilen aus

→ Hohe Anforderungen an überwiegende Vorteile

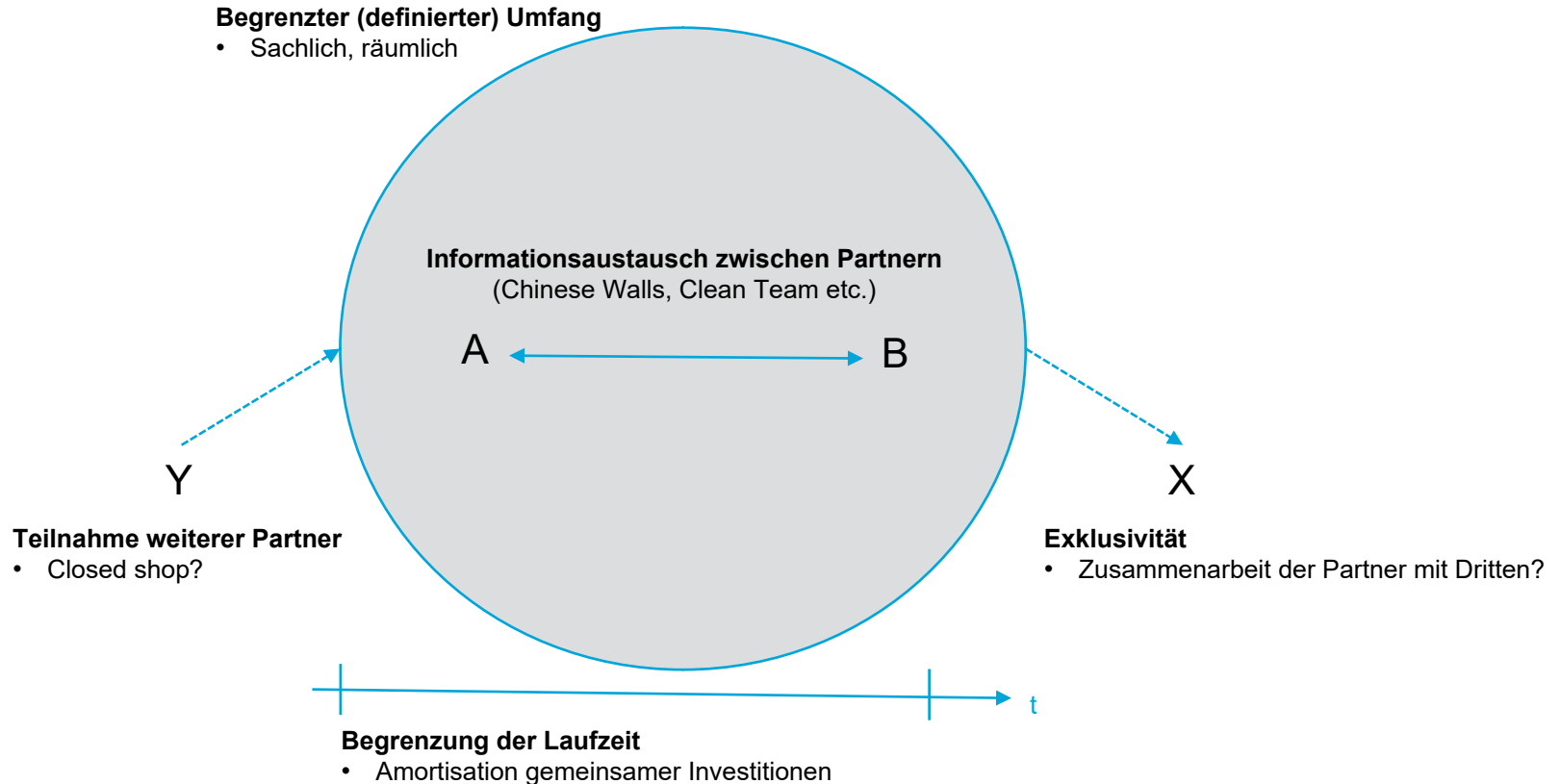


Kartellrechtliche Prüfung

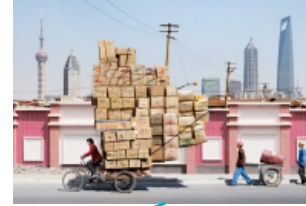


Ausgestaltung der Zusammenarbeit

- Stellschrauben für die Wettbewerbswirkungen -



Sonderfall Plattformen



Pro Wettbewerb

- verbesserter Marktzugang
- größere Markttransparenz
- Skaleneffekte bei Abwicklung von Bestellungen
- geringere Informationsasymmetrie



Contra Wettbewerb

- Zugangsbeschränkungen
- „Best price“-Klauseln
- Begünstigung von Eigenangeboten des Marktplatzbetreibers (Hybrid-Angebote)
- Informationsaustausch



Sonderfall Plattformen

- Bundeskartellamt: „Im Fokus der Kooperationsvorhaben stehen häufig Plattformmodelle zu einer verbesserten digitalen Vernetzung von Marktteilnehmern (Internet of Things).“ (Fallbericht XOM Metals GmbH)
 - Plattformen sind (virtuelle) Marktplätze
 - „An sich“ keine Kooperation unter Wettbewerbern
 - ein Betreiber, viele Anbieter, sehr viele Nachfrager
 - Mögliche *ancillary Kooperationen*
 - Angebots- oder Nachfragebündelung
 - Händler kann eigenes Geschäft für Drittanbieter/Konkurrenten öffnen
 - Vereinbarungen (Kompatibilität, *Multi-Homing*) zwischen verschiedenen Plattformen
- Kooperationsverpflichtung als *remedy* gegen marktstarke Plattform (Amazon, Google etc.)

Vom Kartellamt geprüfte Kooperationen

- Prüfungskriterien -

Wettbewerber

- **eins energie / Deutsche Telekom** (B7-96/11)
- Aufbau und Betrieb eines FTTH-Glasfasernetzes
- *Keine Wettbewerber*: eins energie kein Telekom-munikationsanbieter

„Arbeitsgemeinschaft“

- **„ADAMOS“** (B5-17/17)
 - Plattform für digitale Vernetzungen im Maschinen- und Anlagenbau
 - Ziel der Standardsetzung
 - Offene Plattform für Zugang und Dritt-Apps
- Erhebliche *Anfangsinvestitionen* (€ 60 Mio.)
- Zu lange *Entwicklungsdauer* für Einzelnen
- **„Germany’s Gold“** (B6-81/11)
 - Gemeinsame entgeltliche VoD Plattform von ARD & ZDF (Vorhaben wurde aufgegeben)
- (-): ARD & ZDF können *getrennt am Markt auftreten*

Wettbewerbswirkungen & Informationsaustausch

- **„Germany’s Gold“**
 - Wettbewerber haben keinen Zugriff auf Inhalte
 - Online-Vermarktung zu einheitlichen Preisen
- **DuMont/Bonner General-Anzeiger** (B7-23/18)
 - „Grundsatzvereinbarung über Aufteilung von Vertriebs-gebieten für Zeitungen“
 - *Keine Rationalisierung*, sondern verbotene Kernbeschränkung
- **XOM Metals Plattform** (B5-1/18)
 - Business-to-Business Internet-Plattform zum Vertrieb von Stahlprodukten
 - Kein Zugriff für Anbieter auf sensible Informationen; *Kundendaten* nur zugänglich für jeweiligen Anbieter
 - Ausreichende Trennung der XOM Metals von Muttergesellschaft Klöckner

Freistellung

- **Sky/DAZN** (B6-45/18)
 - Vereinbarung über Ausstrahlung der Champions League Spiele (kartell-rechtliche Prüfung nicht abgeschlossen)
 - Sky ist „der führende Anbieter von Pay-TV in Deutschland“
 - *Keine Spiele mehr* im frei empfangbaren Fernsehen

Rechtsfolgen unzulässiger Kooperationen

- Unwirksamkeit
 - der zugrunde liegenden, beschränkenden Vereinbarungen
- Bußgelder
 - für lang anhaltende, schwerwiegende Verstöße (insbes. verbrämte Kartelle)
- Schadensersatz
 - z. B. wegen überteuerter Preise aufgrund der Beschränkungen

Verfahren

Selbstveranlagung

- „...zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken [kommt] einer sorgfältigen Prüfung der Kartellrechtskonformität [...] durch die Beteiligten [...] eine **zentrale Bedeutung** zu“ (BKartA, Abschlussbericht SU Zement u. Transportbeton, Rn. 571)
- „auch mit Blick auf die Beweislast für eine mögliche Freistellung – [sollten die Unternehmen] die im Rahmen der Selbstveranlagung maßgeblichen Überlegungen sowie Eckpunkte des Entscheidungsprozesses **in ausreichendem Maße dokumentieren**“ (ebd, Rn. 574)
- Keine „Umbrella“-GVO (wie für Vertikalvereinbarungen)
- Einzelprüfung erforderlich
- Keine „Kernbeschränkungen“ erlaubt
- „Safe harbor“ gem. EU-Kommission bei gem. Marktanteil <15 %

Konsultation

- „Das Bundeskartellamt steht effizienzsteigernden Kooperationen mit dem Ziel verbesserter und kostengünstiger Produkte und Produktionsabläufe in diesen Industrien [*hier Branchen Maschinen- und Anlagenbau sowie Metallindustrie*] grundsätzlich **positiv** gegenüber. Es ist auch bereit, **gemeinsam mit den Kooperationspartnern** Kriterien für eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der jeweiligen Kooperation zu entwickeln, soweit diese hinreichend konkretisiert ist.“

BKartA, Fallbericht XOM Metals GmbH, 27.02.2018

Anmelde-/Genehmigungsverfahren

- Genehmigungsverfahren nicht verfügbar
- Anders bei gleichzeitigem JV mit Fusionskontrollverfahren
- Alternativ
 - Negativattest (Art. 10 VO 1/2003): wenig praxisrelevant
 - „Kein Anlass zum Tätigwerden“ (§ 32c GWB): dennoch keine Freistellung, praktisch wird informelle Konsultation bevorzugt
- Siehe auch Reformvorschläge „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“

Vorschlag der „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“

Kooperationen bei Online-Plattformen

Kooperationen sind notwendiges Mittel, um Chancen der technologischen und Marktveränderung zu nutzen

Problem: Rechtsunsicherheit für kartellrechtliche Grenzen neuartiger Kooperationen und drohende Bußgelder bei Verstößen (s.o.)



Aktuelle Rechtslage

Schaffung von Rechtssicherheit durch Rechtsmittel wie Negativattest oder informelle Beratungsschreiben der EU-Kommission

Problem: Beide Rechtsmittel sind nur für „Ausnahmefälle“ vorgesehen und haben keine praktische Bedeutung erlangt



Bedürfnis für neue Rechtsmittel

Daher: Einführung eines **freiwilligen Anmeldeverfahrens** für neuartige Kooperationen

Zulässig für Kooperationen, die (i) **neue Rechtsfragen** aufwerfen und (ii) von **erheblicher** wirtschaftlicher Bedeutung sind

Entscheidung binnen 90 Tagen nach Anmeldung bei Vorlage sämtlicher relevanter Informationen

Möglichkeit der Rücknahme der Entscheidung bei Änderung der Umstände

Zusammenfassung & Ausblick

- Komplexere Anforderungen der Märkte begünstigen Kooperationsvorhaben
- Eventuelle Wettbewerbsbeschränkungen sind zu berücksichtigen
- Kartellrechtliche Regeln bieten Flexibilität für gewissen Grad an Rechtsicherheit
 - Argumentationspotential ausschöpfen
 - Stellschrauben richtig einsetzen
 - Kartellbehörden einbinden
 - Allerdings: Formelle Rechtssicherheit (Freistellung) i.d.R. nicht erreichbar
- Auch Kartellbehörden sind auf konstruktive Prüfungen eingestellt
- Kartellrecht meist keine maßgebliche Hürde für innovative und wirtschaftsfördernde Kooperationen

White & Case LLP

Valentinskamp 70/EMPORIO

20355 Hamburg

Germany

T +49 40 35005 327

F +49 40 35005 117