

## I. ABHANDLUNGEN

Torsten Körper, Jena

### Kartellrecht in der Krise

*Die aktuelle Wirtschaftskrise lässt auch das Kartellrecht und seine Anwendung durch die Kartellbehörden nicht unberührt. Sie wirft zahlreiche Fragen grundsätzlicher wie praktischer Art auf: Sind Markt und Wettbewerb als Ordnungsprinzipien und mit ihnen das Kartellrecht gescheitert? Gibt es ein besonderes Krisenkartellrecht? Reichen die existierenden Bestimmungen aus, um der Krise angemessen Rechnung zu tragen? Beeinflusst die Krise die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung? Begründet sie besondere kartellrechtliche Risiken für die Unternehmen? Der nachfolgende Beitrag untersucht diese Fragen unter Einbeziehung rechtsvergleichender und historischer Aspekte. Krisenbezogene Instrumentarien wie die Freistellung von Strukturkrisenkartellen und von Sanierungsfusionen werden in Bezug zur aktuellen Krise gesetzt. Zugleich wird deutlich gemacht, dass für ein darüber hinausreichendes „Konjunkturkrisenkartellrecht“ weder Raum noch Bedarf besteht. Konjunkturkrisen können die Kartellrechtsanwendung beeinflussen, indem sie die Wettbewerbssituation auf den Märkten verändern. Auch ist nicht ausgeschlossen, Krisensituationen im Rahmen der Bußgeldpraxis zu berücksichtigen. Doch ist der Wunsch, das eigene Unternehmen vor den Folgen der Krise zu retten, nicht geeignet, Kartellrechtsverstöße zu legitimieren. Das Kartellrecht gilt in guten wie in schlechten Zeiten. Kartellrechtscompliance ist daher gerade in der aktuellen Krise wichtiger denn je.*

#### I. Krise der Marktwirtschaft – Krise des Kartellrechts?

##### 1. Marktversagen oder Regulierungsversagen?

Die gegenwärtige Krise gibt manchem Anlass zur Kapitalismuskritik. Man könnte meinen, die „unsichtbare Hand“, die nach *Adam Smith* das Kunststück vollbracht hat, eigennütziges, privates Gewinnstreben in eine letzten Endes zum größten Nutzen der Allgemeinheit wirkende Kraft zu transformieren<sup>1)</sup>, habe sich zunächst von der Finanzwirtschaft und dann auch von der Realwirtschaft zurückgezogen. Stattdessen wird immer häufiger die „planende Hand“ des Staates aktiv, der bestenfalls in dem ehrlichen (aber leider oft irrigen) Glauben handelt, es besser zu wissen als der Markt – und schlimmstenfalls aus bloßer Wahltaktik in die Wirtschaft eingreift.

Haben also Markt und Wettbewerb versagt und mit ihnen das Kartellrecht? Die Frage stellen, heißt sie verneinen: Zwar kann nicht in Abrede gestellt werden, dass staatliche Eingriffe – wie etwa im Fall der HRE – durchaus sinnvoll und erforderlich sein können. Doch ist auch daran zu erinnern, dass die ersten Banken, die von der Krise getroffen wurden, nicht dem Privatsektor, sondern dem öffentlichen Sektor angehörten; so gerieten die IKB Deutsche Industriebank und die Sachsen LB schon 2007 in eine existenzbedrohende Lage. Dass der Markt Imperfektionen aufweist, rechtfertigt daher keinesfalls den Schluss, der Staat könne es besser. Im Gegenteil lehrt die langfristige Erfahrung, dass die Aufgabenteilung zwischen Markt und Staat am besten funktioniert, wenn der Staat sich darauf be-

Prof. Dr. Torsten Körper, LL.M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Dieser Beitrag ist die Schriftfassung eines Vortrags auf dem Bonner Kolloquium des FIW am 17.6.2009.

1) *Smith*, *Wealth of Nations*, Reprint Oxford University Press 1993, S. 292.

schränkt, den Ordnungsrahmen für den Wettbewerb zu setzen und gleichsam nur die „Leitplanken“ zum Schutz der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer und der Marktstruktur einzuziehen<sup>2)</sup>.

Auf dem Gebiet der Finanzregulierung hat in erster Linie dieses staatliche Ordnungssystem versagt. Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat als Auslöser der Krise das Versagen marktwirtschaftlicher und regulatorischer Lenkungsmechanismen bei der Verbriefung minderwertiger Hypotheken (subprime mortgages) in den USA und eine übermäßig expansive Geldpolitik der USA in den Jahren 2002 – 2004 identifiziert<sup>3)</sup>. Der Staat ist daher dazu aufgerufen, sein Versagen, durch das falsche Anreize gesetzt wurden, auf diesem Gebiet zu kompensieren und aus der Krise Konsequenzen für die künftige Ordnung der Finanzwirtschaft zu ziehen.

Wenn der Staat zusätzlich steuernd in die Realwirtschaft eingreift, droht er allerdings über das Ziel hinauszuschießen. So sinnvoll es sein kann, an sich soliden Unternehmen über kurzfristige Engpässe hinwegzuhelfen, so schwierig ist es gerade in der Krise, diese Unternehmen von solchen zu unterscheiden, bei denen durch die Krise lediglich schon seit langem bestehende Probleme offenbar werden. Die Krise hilft insoweit vielleicht sogar, die „Spreu vom Weizen“ zu trennen, die Insolvenz maroder Unternehmen zu beschleunigen und damit Platz für gesündere Unternehmen zu schaffen<sup>4)</sup>. Die aktuellen Fälle Opel und Arcandor verdeutlichen dies. Sie zeigen zugleich die Gefahr auf, dass eine Politik, die angesichts massiver drohender Arbeitsplatzverluste bevorzugt Großunternehmen stützt, Anreize für eine weitere Konzentration der Wirtschaft setzt, weil sie den Eindruck einer staatlichen „Gewährträgerhaftung“ für Großunternehmen vermittelt.

## 2. Ordnungspolitik in der Krise

Steht man aktiv steuernden staatlichen Eingriffen in den Wirtschaftsablauf – etwa durch Subventionen – zu Recht kritisch gegenüber, so stellt sich auf der anderen Seite die Frage, ob es den Wirtschaftsteilnehmern nicht wenigstens erlaubt sein sollte, sich – notfalls durch Kartelle – selbst aus der Krise zu helfen<sup>5)</sup>. In diese Richtung gehen Vorschläge, die auf eine Lockerung des Kartellrechts zur Überwindung von Krisen zielen. Die aktuelle Wirtschaftskrise dient dabei freilich oft nur als „neue Verpackung“ alter, im Grunde krisenunabhängiger Forderungen<sup>6)</sup>. Beispiele bieten die von Axel Springer-Chef *Döpfner* vor dem Hintergrund der Krise erneut erhobene Forderung nach einer Lockerung der Pressefusionskontrolle, die strukturellen Problemen der Pressemärkte begegnen soll<sup>7)</sup>, sowie die Forderung von Bundeslandwirtschaftsministerin *Aigner*, das Kartellrecht zu ändern, um den Verfall der Milchpreise zu stoppen<sup>8)</sup>.

Die Formel „Hilfe zur Selbsthilfe in der Krise“ klingt zunächst verlockend. Private Initiative ist in einem auf Privatautonomie gegründeten marktwirtschaftlichen System grundsätzlich staatlicher Intervention vorzuziehen. Allerdings erscheint

2) BKartA-Präsident *Heitzer*, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 114 (4/2007), 4, 5.

3) *Wissenschaftlicher Beirat*, Briefe an den BMWi vom 10. 10. 2008, S. 2 und 29. 1. 2009, S. 3 (abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Ministerium/Beiraete/wissenschaftlicher-beirat-veroeffentlichungen.html?>).

4) Vgl. *Haucap*, WuW 2009, 247; *Heitzer*, WuW 2009, 359.

5) Vgl. *Isay*, WuW 1954, 199, 191 f.

6) Vgl. die in der Schweiz geführte Diskussion über die Lockerung des Verbots vertikaler Preisbindungen (<http://www.bernerzeitung.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Experte-Das-Kartellrecht-wird-demontiert/story/23097628>).

7) <http://www.bild.de/BILD/regional/hamburg/aktuell/2009/04/08/springer-chef-mathias-doepfner/fordert-neues-kartellrecht.html>

8) Vgl. Berliner Morgenpost vom 5. 6. 2009, „Aigner will Kartellrecht ändern“, S. 1; ähnlich schon vor einem Jahr Bauernverbandspräsident *Sonnleitner*, Handelsblatt vom 20. 6. 2008, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/bauernpraesident-will-aenderung-des-kartellrechts;1446191>.

fraglich, ob das auch in diesem Fall gilt, denn bei genauerer Betrachtung erweist sich eine solche „Selbsthilfe“ oftmals als aus guten Gründen kartellrechtlich verbotenes Verhalten, das letztlich darauf gerichtet ist, sich auf Kosten anderer nicht durch Leistungen im Wettbewerb verdiente Vorteile zu verschaffen<sup>9)</sup>.

Forderungen nach einer Lockerung des Kartellrechts in Krisenzeiten ist daher mit Skepsis zu begegnen. Im Gegenteil erscheint eine wirksame Ordnungspolitik gerade in der Krise erforderlich, um zu verhindern, dass zur Überwindung kurzfristiger Krisensymptome erfolgte Wettbewerbsbeschränkungen die Marktstruktur und die Volkswirtschaft insgesamt langfristig beschädigen<sup>10)</sup>. Deshalb gilt das Kartellrecht selbstverständlich auch in der Krise. Dass es besondere Regelungen für bestimmte Krisensituationen gibt, steht dem nicht entgegen, sondern bestätigt als Ausnahme die Regel.

## II. Krisenkartellrecht

Im deutschen Recht können drei Aspekte unter den Begriff des „Krisenkartellrechts“ gefasst werden: die Fallgruppe der sog. „mangelbedingten Abhängigkeit“ im Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots, die sog. „Sanierungsfusion“ auf dem Gebiet der Fusionskontrolle und, last but not least, Regelungen zur Freistellung sog. „Strukturkrisenkartelle“ vom Kartellverbot.

### 1. Missbrauchsaufsicht

Mit Blick auf die Missbrauchsaufsicht ergeben sich aus der Krise grundsätzlich keine Besonderheiten. Ein Unternehmen mag durch die Krise seine marktbeherrschende Stellung einbüßen oder – etwa infolge der Insolvenz von Wettbewerbern – eine solche Stellung erlangen. Wenn ein Unternehmen aber marktbeherrschend oder marktstark i.S.d. § 20 Abs. 2 GWB ist, ist es genauso wie in guten Zeiten an die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote gebunden. Auch in der Krise darf ein Unternehmen sich nicht auf Kosten anderer retten.

Umgekehrt kann es sogar zu einer stärkeren Pflichtenbindung marktbeherrschender oder marktstarker Unternehmen bis hin zu besonderen Lieferpflichten kommen. Dies verdeutlicht die Fallgruppe der „mangelbedingten Abhängigkeit“ (auch: knappheitsbedingte Abhängigkeit) zu § 20 Abs. 2 GWB. Musterfall ist die Ölkrise der 1970er Jahre<sup>11)</sup>. Abnehmer (insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, z.B. die Inhaber freier Tankstellen) können von ihren Lieferanten abhängig sein, zumal in Zeiten krisenbedingter Knappheit ein Lieferantenwechsel ausscheidet. Liegt eine solche Abhängigkeit vor oder ist der Lieferant sogar marktbeherrschend, so kann sich aus § 20 Abs. 1 GWB die Pflicht ergeben, in Krisensituationen alle Abnehmer diskriminierungsfrei weiter mit dem knappen Gut (z.B. Treibstoffen) zu beliefern<sup>12)</sup>, selbst wenn dies dazu führt, dass die Nachfrage der eigenen Vertriebsstellen des Lieferanten nicht mehr vollständig bedient werden kann<sup>13)</sup>. Freilich geht es in diesen Fällen nicht um das für eine Konjunkturkrise typische Szenario des Nachfragerückgangs, sondern im Gegenteil um außergewöhnliche Krisensituationen, die aufgrund politischer Probleme oder infolge von Naturkatastrophen zu einem Angebotsrückgang führen.

### 2. Fusionskontrolle

#### a) Fusionskontrolle in Krisenzeiten

In Krisenzeiten kommt es typischerweise gehäuft zu Unternehmensinsolvenzen. Beispiele sind die Arcandor-Insolvenz und die nur durch staatliche Intervention

9) Zur (Nicht-)Eignung von Kartellen zur Krisenbewältigung siehe ausführlich unten III. 1. a).

10) So auch Heitzer, WuW 2009, 359.

11) Dazu BKartA TB 1979/90, S. 44 ff.; KG, 7. 6. 1974, WuW/E OLG 1497 – AGIP I.

12) Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 29 Rn. 24.

13) Vgl. OLG Frankfurt am Main, 9. 9. 1997, WuE/E DE-R 55 – Kfz-Schilderpräger (Kassel).

abgewendete HRE-Insolvenz. Ein Mittel, eine solche Insolvenz zu verhindern, kann die Übernahme des notleidenden Unternehmens durch einen Wettbewerber oder – ausnahmsweise – auch durch den Staat sein. In diesem Fall ist die Fusionskontrolle durch die EU-Kommission nach der EG-Fusionskontrollverordnung 139/2004 bzw. durch das Bundeskartellamt nach §§ 35 ff. GWB auf den Plan gerufen. Bisher hat die Krise nach dem Bekunden der beiden Behörden keine besonderen Schwierigkeiten bereitet.

*aa) Deutsche Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt*

Bundeskartellamtspräsident *Heitzer* hat im April 2009 betont, angesichts der geringen Konzentration im deutschen Finanzsektor habe keine der vom Bundeskartellamt in den vergangenen Monaten geprüften Bankenfusionen Probleme bezüglich der Marktbeherrschung aufgeworfen. Es bedurfte mithin keiner besonderen „Krisenfusionskontrolle“ und auch keiner kurzfristigen Anpassung des Fusionskontrollrechts an die aktuelle Krise<sup>14</sup>). Nahezu alle Bankenzusammenschlüsse im Zuständigkeitsbereich des BKartA können im Vorprüfungsverfahren (Phase I) abschließend bewertet werden.

Außerdem sind Rettungsaktionen des Finanzmarktstabilisierungsfonds durch § 17 FMS von der Anwendung des deutschen GWB ausgenommen<sup>15</sup>). Diese Bereichsausnahme ist in mehrfacher Hinsicht begrenzt: Einerseits läuft sie nach § 13 Abs. 1 FMStFG zum 31. Dezember 2009 aus; anschließend ist der Fonds abzuwickeln und aufzulösen<sup>16</sup>). Andererseits gilt sie nur zugunsten der beschriebenen Rettungsaktionen des Fonds. Sie erfasst auch insoweit nur den Erwerb, nicht aber die Veräußerung von Anteilen. Dies folgt aus ihrem Sinn und Zweck, schnelle Rettungsaktionen zu ermöglichen, aber auch aus dem Gesetzestitel („Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung *des Erwerbs* von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“) sowie aus dem Wortlaut des § 17 FMS, der nur den Fonds von der Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften des GWB ausnimmt<sup>17</sup>). Werden Staatsbeteiligungen erst nach Auslaufen des § 17 FMS bzw. nach dem Ende der Krise wieder veräußert, so sind diese Transaktionen selbstverständlich erst recht erneut anzumelden und einer kartellbehördlichen Kontrolle zu unterziehen, sofern sie die gesetzlichen Aufgreifkriterien erfüllen<sup>18</sup>).

Die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB durch das 3. Mittelstandsentlastungsgesetz (MEG III)<sup>19</sup>) hat keinen unmittelbaren Bezug zur Krise, ebenso wenig die schon seit längerem erhobenen Forderungen nach einer weiter gehenden Anpassung der deutschen Fusionskontrolle an die FKVO 139/2004<sup>20</sup>).

*bb) EU-Fusionskontrolle durch die Kommission*

Sind die Schwellenwerte der FKVO überschritten, so fallen Zusammenschlüsse ohnehin nicht unter das GWB, sondern in die Zuständigkeit der EU-Kommission (Art. 21 FKVO). Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* hat in diesem Zusammen-

14) *Heitzer*, WuW 2009, 359.

15) Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS, BGBl I 2008, 1986, 1988 vom 17. 10. 2008.

16) BGBl I 2008, 1982, 1985 vom 17. 10. 2008.

17) § 17 FMS lautet: „Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden keine Anwendung auf den Fonds“.

18) *Heitzer*, WuW 2009, 359.

19) BGBl I 2009, 550, 551 vom 24. 3. 2009; „im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro“ (Hervorhebung durch Autor, Kursivdruck = neu eingefügte Schwelle; in Kraft seit 25. 4. 2009); dazu *Miege*, WuW 2009, 475.

20) Vgl. etwa *Schroeder*, WuW 2007, 1075; *Döpfner* (Fn. 6).

hang betont, die Kommission betreibe auf den Gebieten des Beihilfenrechts und der Fusionskontrolle „Wettbewerbspolitik unter Hochdruck“. Sie treffe ihre Entscheidungen notfalls, wie etwa im Fall des Hilfspakets zur Rettung der britischen Bank *Bradford & Bingley*, in weniger als 24 Stunden<sup>21)</sup>. Auch die zügige Freigabe des Zusammenschlussvorhabens HRE/SoFFin bereitete der Kommission keine Probleme. Die Kommission hielt die FKVO zwar für anwendbar, weil nach dem Zusammenschluss sowohl HRE als auch KfW vom Bund kontrolliert würden. Sie hatte aber keine wettbewerblichen Bedenken, da die Transaktion nach ihrer Analyse nur unwesentliche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt haben würde<sup>22)</sup>.

#### b) Sanierungsfusion (failing firm defense)

Ein besonderes Kriseninstrument ist die sog. „Sanierungsfusion“ (auch: „failing firm defense“ oder „failing company defense“). Ein Zusammenschluss kann danach freigegeben werden, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss das Zielunternehmen (die failing firm) in absehbarer Zeit auch dann aus dem Markt ausscheiden, wenn der Zusammenschluss unterbleibt. Zweitens existiert keine den Wettbewerb weniger beschränkende Verkaufsalternative – gleichsam ein „weißer Ritter“, der an die Stelle des Erwerbsinteressenten treten könnte. Drittens müssen die Vermögenswerte des Zielunternehmens auch ohne den Zusammenschluss dem Erwerber zuwachsen<sup>23)</sup> bzw. jedenfalls zwangsläufig vom Markt genommen werden<sup>24)</sup>. Dies gilt im Grundsatz für die europäische wie für die deutsche Fusionskontrolle<sup>25)</sup>.

Genauer betrachtet hat die Fallgruppe der Sanierungsfusion freilich wenig mit der aktuellen Konjunkturkrise zu tun. Es handelt sich bei ihr (jedenfalls nach deutschem und europäischem Verständnis) nicht um einen besonderen krisenbezogenen Rechtfertigungsgrund („defense“), sondern nur um einen Fall fehlender Kausalität zwischen Zusammenschluss und Wettbewerbsbeschränkung, weil die Verschlechterung der Marktstruktur letztlich unausweichlich ist<sup>26)</sup>. Der Unterschied zur „normalen“ Fusion liegt also eher auf der faktisch-ökonomischen als auf der normativen Seite. Vor allem aber ist die Sanierungsfusion nur eine punktuelle Antwort auf *individuelle Krisen* einzelner Unternehmen, die zwar aus einer allgemeinen Konjunkturkrise resultieren können, aber nicht notwendig damit zusammenhängen müssen. Die Krise des betroffenen Unternehmens kann ebenso gut durch eine Strukturkrise oder durch schlichtes Missmanagement ausgelöst worden sein.

#### c) Ministererlaubnis nach § 42 GWB

Als Besonderheit des deutschen Kartellrechts besteht auch in Krisenzeiten die Möglichkeit einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie kann auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgehoben wird oder wenn der Zusammenschluss durch ein

21) [http://ec.europa.eu/commission\\_barroso/kroes/financial\\_crisis\\_de.html](http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/financial_crisis_de.html); siehe auch Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABIEG 2008, C 270/8 Tz. 52 a.E.: „Falls erforderlich, könnten solche Entscheidungen binnen 24 Stunden und über ein Wochenende erlassen werden“.

22) *EG-Kommission*, Pressemitteilung IP/09/791 vom 15. 5. 2009.

23) So EuGH 31. 3. 1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 Tz. 19 „Kali + Salz/MdK/Treuhand“; Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze 2005, S. 39 f. (abrufbar unter [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu)).

24) So (das 3. Kriterium etwas modifizierend) Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABIEG C 31/5, Tz. 89; KOMM. 11. 7. 2001 M.2314 Tz. 142 „BASF/Eurodiol/Pantochim“.

25) Zu Unterschieden im Detail vgl. bei und in Fn. 23 und 24.

26) *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. 2007, Art. 2 FKVO Rn. 382 ff.; *Mestmäcker/Veelken*, ebenda, § 36 GWB Rn. 329.

überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Als gesamtwirtschaftliche Vorteile bzw. überragende Allgemeininteressen kommen auch die Sicherung von Arbeitsplätzen, die Erhaltung technischen Know-hows oder die Sanierung eines Unternehmens (z.B. im Falle einer Strukturkrise) in Betracht<sup>27</sup>).

Die praktische Bedeutung dieser Ausnahmeregelung dürfte schon auf nationaler Ebene gering bleiben. In einer Konjunkturkrise dürfte diese Option schon deshalb kaum eine Rolle spielen, weil sie erst nach einer Untersagung durch das Bundeskartellamt – und damit vermutlich oft zu spät – greifen kann. Zudem kann der Bundeswirtschaftsminister selbstverständlich keinen von der EU-Kommission untersagten Zusammenschluss erlauben – und das EU-Recht selbst kennt keine Ministererlaubnis.

### 3. Kartellverbot

a) Entwicklung vor Erlass des GWB: Kartelle als „Kinder der Not“

aa) *Holzstoffkartell-Entscheidung des RG*

Der Gedanke, man müsse es den Unternehmen jedenfalls in Krisenzeiten erlauben, sich durch Kartelle ein auskömmliches Einkommen zu sichern, ist nicht neu. In seiner berühmt-berüchtigten „Holzstoffkartell“-Entscheidung erlaubte das Reichsgericht im Jahre 1897 ein Preiskartell, durch das sich die Kartellanten vor „verderblichem Wettbewerb“ zu schützen suchten und „angemessene Preise“ für ihre Produkte durchsetzen wollten. Das Reichsgericht hielt ein solches Ansinnen nicht nur für legitim. Es erklärte sogar, dass Preiskartelle in bestimmten Fällen geradezu im Allgemeininteresse lägen, da sie besonders geeignet seien, unwirtschaftliche Überproduktion und die „an diese sich knüpfenden Katastrophen“ zu vermeiden<sup>28</sup>). Diese Entscheidung dürfte noch vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise der 1870er Jahre zu sehen sein. Damals war die Wirtschaft – kurz nach Einführung der Gewerbefreiheit im Norddeutschen Bund im Jahre 1869 – durch Fehlinvestitionen und Überproduktion in eine Absatzkrise geraten. Um die Märkte zu stabilisieren, hatten die Unternehmen damals ihr Heil in der Vereinbarung zahlreicher Kartelle gesucht<sup>29</sup>). 1907 waren 82 % der Steinkohlenindustrie, 50 % der Papierindustrie und 48 % der Zementindustrie zu Kartellen zusammengeschlossen<sup>30</sup>).

bb) *Entwicklungen in der Vorkriegszeit*

Die Kartellverordnung vom 2. 11. 1923 stellte es den Unternehmen im Einklang mit dieser Sichtweise frei, in guten wie in schlechten Zeiten Kartelle zu bilden. Sie sah nur eine Missbrauchsaufsicht vor. Dieses Regelungssystem wurde von Seiten der Industrie noch in den 1960er Jahren als – gerade auch für Krisenzeiten sinnvolle – Zulassung der Selbsthilfe von Unternehmen gelobt<sup>31</sup>). Das Zwangskartell-Gesetz vom 15. 7. 1933 war – obwohl oftmals mit der Vorbereitung des 2. Weltkriegs durch die Nationalsozialisten verbunden – auch eine Reaktion auf die Weltwirtschaftskrise seit 1929 – gleichsam als Ausdruck des Gedankens „Kartelle sind Kinder der Not“<sup>32</sup>).

Selbst in den traditionell kartellfeindlichen USA waren unter dem Eindruck der damaligen Weltwirtschaftskrise zaghafte Tendenzen zu einer Abmilderung des Kartellrechts zu verzeichnen. Dort galt mit Sec. 1 Sherman Act zwar schon seit

27) *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 42 GWB Rn. 43 ff., u.a. mit Verweis auf das Vollbeschäftigungsziel des § 1 StabG.

28) RGZ 38, 155, 157.

29) Vgl. RegBegr zum GWB-Entwurf, BT-Drucks. 2/1158, S. 23 f.

30) *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 1 GWB Rn. 2.

31) *T. Weyer*, Kartellrecht und Konjunktur, in: Arbeitskreis Kartellrecht des BDI, 10 Jahre Kartellgesetz, Bergisch-Gladbach 1968, S. 194, 210.

32) *T. Weyer*, a.a.O., S. 211.

1890 ein strenges Kartellverbot. Auch scheiterte der Versuch, mit dem „National Industrial Recovery Act 1934“ dem Präsidenten die Befugnis einzuräumen, Krisenkartelle zu erlauben; der US Supreme Court erklärte diese Regelung noch im gleichen Jahr wegen Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes für verfassungswidrig<sup>33</sup>). Doch hatte der Supreme Court selbst schon 1933 in der Entscheidung *Appalachian Coals* ein Strukturkrisenkartell an der Rule of Reason gemessen (und letztlich zugelassen), das auf Angebotsabbau und letztlich auch auf Preisstabilisierung gerichtet und daher nach überkommenen Regeln eigentlich per se verboten war<sup>34</sup>). Freilich rückte man in den USA schon bald wieder von dieser Auffassung ab. Seit der Entscheidung *Socony-Vacuum Oil Co*<sup>35</sup>) aus dem Jahre 1940 gilt *Appalachian Coals*, obwohl diese Entscheidung nie offiziell aufgehoben worden ist, als „dead letter law“<sup>36</sup>).

#### cc) Regelungen im GWB-Entwurf

Anders in Deutschland: Hier flammte im Rahmen der Debatte über die Schaffung des GWB die Diskussion über einen kartellrechtlichen Dispens in Krisenzeiten in den frühen 1950er Jahren von Neuem auf. *Rudolf Isay*, der Verfasser des führenden Kommentars zur Kartellverordnung 1923, betonte damals, die Wirtschaft tendiere bei rückläufiger Konjunktur zur automatischen Verschärfung der Krise, weil sie kapitalintensiv betrieben werde. Der aus hohen Fixkosten resultierende Zwang, weiter zu produzieren, führe zu einem Preisverfall, der bei freiem Wettbewerb keine untere Grenze habe. In der Folge entwickle sich zwangsläufig ein „selbstmörderischer Wettbewerb“. Diese Entwicklung aufzuhalten, sei eine wesentliche Funktion der Kartelle<sup>37</sup>). In die Sprache des modernen „more economic approach“ übersetzt, läuft das auf die These hinaus, Kartelle seien – jedenfalls in der Krise – dem Wettbewerb aufgrund überwiegender Effizienzvorteile vorzuziehen.

Der Regierungsentwurf zum GWB von 1952 sah dementsprechend in seinem § 2 eine Vorschrift vor, nach welcher die zuständige Kartellbehörde Konjunkturkrisenkartelle hätte erlauben können: „Die Kartellbehörde kann auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß der in § 1 bezeichneten Art für Unternehmen auf der Erzeugerstufe erteilen, wenn der Antragsteller nachweist, daß die Regelung infolge eines vorübergehenden, nicht auf nachhaltiger Änderung der Nachfrage beruhenden Absatzrückgangs notwendig ist, um eine Stilllegung von Betrieben der beteiligten Unternehmen zu vermeiden“<sup>38</sup>). Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Auffassung, Kartelle seien ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Konjunkturkrisen, dann allerdings aufgegeben<sup>39</sup>). Man gelangte zu der Auffassung, Konjunkturkrisen müssten mit anderen Mitteln überwunden werden. Für den Fall, dass eine Krisenüberwindung durch die Unternehmen selbst aus eigener Kraft ausscheide und keine anderen Mittel der Wirtschaftspolitik zur Verfügung stünden, die rechtzeitig greifen könnten, wurde auf die Möglichkeit einer Ministererlaubnis verwiesen<sup>40</sup>).

33) *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 405 (1934); dazu *Ghosh*, *Antitrust L. J.* 68 (2000), 111, 112 f.; *Jung*, *ZWeR* 2007, 141, 147.

34) *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

35) *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

36) Zum US-Recht *Ghosh*, *Antitrust L. J.* 68 (2000), 111, 113 ff.; s. auch *Jung*, *ZWeR* 2007, 141, 147 f.

37) *Isay*, Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen, 1954, S. 27 f.

38) GWB-Entwurf, BT-Drucks. 2/1158, S. 4 sowie *RegBegr*, ebenda, S. 25.

39) *Ausschuss für Wirtschaftspolitik*, BT-Drucks. 2/3644, S. 16; *Kirschstein/Hohls*, *WuW* 1983, 933, 935.

40) *Ausschuss für Wirtschaftspolitik*, a.a.O. („von einer unmittelbar politisch verantwortlichen Instanz zugelassen“).

## b) Krisenkartellrecht bis zur 7. GWB-Novelle

Anstelle einer Sonderregelung für *Konjunkturkrisenkartelle* zur Kompensation vorübergehender Nachfragerückgänge wurde schließlich mit § 4 GWB (ab 1999: § 6 GWB) eine Regelung Gesetz, die eine Zulassung von *Strukturkrisenkartellen* zwecks geordneten Kapazitätsabbaus bei *nachhaltigen* Nachfragerückgängen ermöglichte. Die Möglichkeit einer Ministererlaubnis wurde in § 8 GWB normiert.

### aa) Strukturkrisenkartelle (§ 6 GWB a.F.)

§ 6 GWB a.F. (bis 1998: § 4) sah folgende Regelung für Strukturkrisenkartelle<sup>41)</sup> vor: „Im Falle eines auf nachhaltiger Änderung der Nachfrage beruhenden Absatzrückgangs können Vereinbarungen und Beschlüsse von Unternehmen der Erzeugung, Herstellung, Bearbeitung oder Verarbeitung vom Verbot des § 1 freigestellt werden, wenn die Vereinbarung oder der Beschluß notwendig ist, um eine planmäßige Anpassung der Kapazität an den Bedarf herbeizuführen, und die Regelung unter Berücksichtigung der Wettbewerbsbedingungen in den betroffenen Wirtschaftszweigen erfolgt“. Die Regelung diente mithin dem dauerhaften Abbau struktureller Überkapazitäten, nicht dagegen der kurzfristigen Anpassung der Produktion an konjunkturelle Schwankungen. § 6 GWB a.F. hat kaum praktische Bedeutung erlangt. In über 40 Jahren Anwendungspraxis hat das Bundeskartellamt, soweit ersichtlich, nur zwei Strukturkrisenkartelle erlaubt: 1983 im Fall Betonstahlmatten und 1987 im Fall Leichtbauplatten<sup>42)</sup>.

### bb) Ministererlaubnis (§ 8 GWB a.F.)

Konjunkturkrisenkartelle waren schon nach der bis zur 7. GWB-Novelle geltenden Gesetzeslage allenfalls nach § 8 GWB a.F. im Wege der Ministererlaubnis vom Kartellverbot freistellbar. Der Bundeswirtschaftsminister konnte nach § 8 Abs. 1 GWB a.F. Kartelle freistellen, wenn die Beschränkung des Wettbewerbs ausnahmsweise aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig war. Abs. 2 stellte sicher, dass eine Ministererlaubnis in Fällen eines Branchennotstandes nur als ultima ratio in Betracht kam<sup>43)</sup>.

Der bei Schaffung des GWB geäußerte Gedanke, die Ministererlaubnis könne auch für die Zulassung von Konjunkturkrisenkartellen fruchtbar gemacht werden<sup>44)</sup>, blieb bloße Theorie. § 8 GWB a.F. kam, soweit ersichtlich, nur zwei Mal als Kriseninstrument zum Einsatz: 1959 stellte der Bundeswirtschaftsminister das sog. „Kohle-Öl-Kartell“ frei<sup>45)</sup>. 1969 erging – nachdem eine Freistellung nach § 4 a.F. gescheitert war – in Ergänzung zum Mühlengesetz eine Ministererlaubnis für Vereinbarungen zum Abbau von Mühlenkapazitäten (die sog. „Mühlenkartelle“)<sup>46)</sup>. Gegenstand beider Entscheidungen waren Strukturkrisenkartelle. Als Instrument zur Überwindung von Konjunkturkrisen kam die Ministererlaubnis nach § 8 GWB nie zum Einsatz.

## c) Strukturkrisenkartelle im geltenden Recht

Im Zuge der Harmonisierung des deutschen Kartellverbots mit Art. 81 EG durch die 7. GWB-Novelle wurden § 6 a.F. und § 8 a.F. GWB im Jahre 2005 ersatzlos gestrichen. Die Gesetzesbegründung verweist in Bezug auf § 6 a.F. auf die geringe

41) Monographisch zu Strukturkrisenkartellen zuletzt *Jürgens*, Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2007.

42) BKartA 31. 5. 1983 WuW/E BKartA 2049 – Betonstahlmatten und (erst nach Änderung des Antrags) BKartA 22. 7. 1987 WuW/E BKartA 2271 – Leichtbauplatten.

43) Zum Verhältnis der allgemeinen Regelung in Abs. 1 zur Sonderregelung für Branchenkrisen in Abs. 2 vgl. *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 1999, § 6 Rn. 17 ff.

44) *Ausschuss für Wirtschaftspolitik*, BT-Drucks. 2/3644, S. 16.

45) BWM 17. 12. 1959 WuW/E BWM 117 – Kohle-Öl-Kartell.

46) BWM 15. 7. 1969 WuW/E BWM 135 – Mühlenkartelle; dazu auch BT-Drucks 5/1327 und kritisch *Buxbaum*, ZHR 131 (1968), 97 ff.

praktische Bedeutung der Norm sowie darauf, dass Strukturkrisenkartelle regelmäßig den zwischenstaatlichen Handel tangierten und daher ohnehin eher unter das EU-Recht fielen<sup>47</sup>). Eine Ministererlaubnis kennt das europäische Recht ohnehin nicht.

Begründet eine Strukturkrise die Notwendigkeit eines durch einen Kartellvertrag geordneten Kapazitätsabbaus, so kommt gleichwohl auch heute noch eine Freistellung in Betracht. Einschlägig sind nunmehr die Generalklauseln des Art. 81 Abs. 3 EG und des § 2 GWB<sup>48</sup>). Dies hat die EU-Kommission spätestens mit der *Kunstfaser*-Entscheidung aus dem Jahre 1984 deutlich gemacht<sup>49</sup>). Der europäische Ansatz ist sogar tendenziell großzügiger als der frühere deutsche nach § 6 a.F., weil er nicht zwingend eine Nachfrageänderung voraussetzt, sondern auch bei anbieterseitig (mit)verursachten Überkapazitäten zum Tragen kommen kann<sup>50</sup>). In der Entscheidung *Stichting Baksteen* hielt die Kommission 1994 im Falle einer Strukturkrise sogar Absprachen für legitim, die (ohne unmittelbar den Preis zu regeln) zu kurzfristigen Preiserhöhungen führen würden<sup>51</sup>). Allerdings muss Hauptziel eines Strukturkrisenkartells der planmäßige, nachhaltige und durchsetzbare Abbau *struktureller* Überkapazitäten sein<sup>52</sup>). Es ist daher kein Instrument zur Überbrückung vorübergehender Nachfragerückgänge infolge *konjunktureller* Einbrüche wie im Zuge der gegenwärtigen Wirtschaftskrise.

#### 4. Zwischenbilanz

Zum status quo des deutschen und europäischen „Krisenkartellrechts“ bleibt demnach festzuhalten:

1. Für die Abwehr *allgemeiner Konjunkturkrisen* enthalten weder GWB noch Gemeinschaftskartellrecht spezielle Vorschriften.
2. Zur Abmilderung *branchenweiter Strukturkrisen* können Art. 81 Abs. 3 EG und § 2 GWB zur Anwendung kommen und die Vereinbarung eines geordneten, auf Dauer angelegten Kapazitätsabbaus legitimieren.
3. Im Falle einer *individuellen Krise einzelner Unternehmen* rechtfertigt die Notlage keinen Verstoß gegen Kartell- oder Missbrauchsverbote. Allerdings kommt die Übernahme durch ein anderes Unternehmen nach den Regeln der sog. „Sanierungsfusion“ in Betracht. Nach dem deutschen Recht kann (auch bei Strukturkrisen) im Falle einer Untersagung durch das BKartA eine Ministererlaubnis nach § 42 GWB beantragt werden.

### III. Folgerungen für die Praxis

#### 1. Gesetzgeber: Erfordernis eines Konjunkturkrisenkartellrechts?

Ist der Ansatz des geltenden Rechts richtig oder sollte man Kartellen in Krisenzeiten großzügiger begegnen als in Zeiten guter Konjunktur? Sind Kartelle in Krisenzeiten ein wirksames Heilmittel im Sinne eines das Marktversagen kompensierenden „Gegengifts“<sup>53</sup>? Sind sie ein Mittel, um möglichst vielen Wettbewerbern ein Überleben der Krise zu ermöglichen und auf diese Weise sicherzustellen, dass keine später wieder benötigten Ressourcen verloren gehen? Oder sollte man gerade in Krisenzeiten auf den Wettbewerb vertrauen, weil der Wettbewerb in Erman-

47) RegE BT-Drucks. 441/04, S. 45.

48) Dazu *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 2 GWB Rn. 198 ff.; *Lübbig*, in: Wiedemann, Hdb. Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 212 ff.

49) Grundlegend KOMM 4. 7. 1984 ABIEG 1984 L 207/17 – Kunstfasern.

50) KOMM 4. 7. 1984 ABIEG 1984 L 207/17 Tz. 8 ff. – Kunstfasern; *Lübbig*, in: Wiedemann, Hdb. Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 209; *Jung*, ZWeR 2007, 141, 161.

51) KOMM 29. 4. 1994 ABIEG 1994 L 131/15 Tz. 31 – Stichting Baksteen.

52) KOMM 4. 7. 1984 ABIEG 1984 L 207/17 – Kunstfasern; *Lübbig*, in: Wiedemann, Hdb. Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 209.

53) Vgl. *Jung*, ZWeR 2007, 141, 160 f. in Anlehnung an *John Maurice Clarks* „Gegengiftthese“, dazu *Clark*, AER 30 (1940), 241 f.

gelung der Vorhersehbarkeit wirtschaftlicher Entwicklungen auch und gerade in Krisenzeiten am besten geeignet ist, um das Marktgleichgewicht wiederherzustellen<sup>54</sup>?

#### a) Untauglichkeit des Konjunkturkrisenkartells zur Krisenbewältigung

*Franz Böhm* hat die Annahme, Kartelle seien geeignete Instrumente zur Krisenbewältigung, schon 1954 überzeugend widerlegt: Eine Stabilisierung der Preise über Krisenkartelle kann allenfalls funktionieren, wenn die Nachfrage nach dem betroffenen Gut unelastisch ist. Sonst weichen die Kunden bei künstlich hohen Preisen auf andere Produkte aus. Das Funktionieren eines Krisenkartells ist aber auch bei Anbietern von Gütern mit unelastischer Nachfrage zweifelhaft. Denn gerade in der Krise bestehen angesichts tendenziell sinkender Absätze besondere Anreize, die Kartelldisziplin zu brechen. Schließlich würde selbst ein funktionierendes Kartell der Anbieter eines Guts mit einer unelastischen Nachfrage (z.B. Brot) letztlich auf Kosten des Absatzes anderer Güter mit elastischer Nachfrage (z.B. Spielwaren) gehen. Die Krise würde also ggf. für die eine Branche abgemildert, für die andere dagegen verschärft. In den Worten *Böhms*: „Jedem Schornstein, der in der Krise bloß deshalb weiterr Raucht, weil der Betrieb einem Kartell angehört ... steht irgendwo in der Wirtschaft ein Schornstein gegenüber, der aus dem gleichen Grunde zu rauchen aufhört“<sup>55</sup>).

Hinzu kommt, dass Kartelle als Maßnahmen der Krisenbewältigung nicht zwingend steuernden Eingriffen des Staates (z.B. Subventionen) vorzuziehen sind, denn während der Staat idealtypisch im Dienste des allgemeinen Wohls und der Gesamtwirtschaft tätig wird, haben Kartellmitglieder verständlicherweise in aller Regel ausschließlich das eigene Wohl im Auge<sup>56</sup>. Last but not least, ist zu betonen, dass die Alternativen auch in der Krise nicht notwendig nur „Kartellierung“ oder „staatliche Intervention“ (z.B. durch Beihilfen) sind. Primäres Krisenbewältigungsinstrument ist und bleibt der Wettbewerb<sup>57</sup>.

#### b) Politischer Reiz eines Konjunkturkrisenkartells

Sind einzelne Unternehmen in der Krise in Not und droht ein unter Umständen massiver Verlust von Arbeitsplätzen wie bei Opel oder Arcandor, so wirken Gegenmaßnahmen unmittelbar und individuell. Sie zeitigen kurzfristige, wenn auch vielleicht nur kurzzeitige Erfolge. Die oft weit schwerer wiegenden Nachteile treten dagegen eher mittel- und langfristig ein. Sie sind zudem regelmäßig auf eine anonyme Vielzahl anderer Unternehmen und Bürger verteilt, und sie werden – sogar von den Betroffenen selbst – oft eher als Folgen der allgemeinen Krise, denn als Folgen der Rettung anderer Unternehmen wahrgenommen. Die eher diffusen Nachteile der Krisenbewältigungsmaßnahmen treten daher in der öffentlichen Wahrnehmung gegenüber den konkreten Erfolgen zurück; „jedes Kartell (in der Krise) ist eine Veranstaltung zur Abwälzung von Krisenschäden und Krisenrisiken auf Unbekannt.“<sup>58</sup>)

Der Umstand, dass sie sich potenziell „leichter verkaufen lassen“ als eine konsequente Ordnungspolitik, macht Forderungen nach einer Abmilderung des Kartellrechts oder nach einer Lockerung der Behördenpraxis in Krisenzeiten für die Politik verlockend. Umso wichtiger ist es, dass Gesetzgeber und Behörden diesen Sirengesängen widerstehen. Über Änderungen des deutschen Rechts – etwa im Sinne einer noch stärkeren Anpassung an das Gemeinschaftskartellrecht – kann

54) Vgl. *Jung*, ZWeR 2007, 141, 161.

55) *Böhm*, WuW 1954, 367, 379 f.

56) *Böhm*, WuW 1954, 367, 379.

57) So auch *Jung*, ZWeR 2007, 141, 165.

58) *Böhm*, WuW 1954, 367, 382.

man natürlich diskutieren. Aber man sollte das nicht im Schatten der Krise tun, sondern sich dabei von langfristigen Überlegungen leiten lassen.

## 2. Kartellbehörden

### a) Auswirkungen der Krise auf den Entscheidungsprozess

Die Kartellbehörden sind in der Krise erhöhtem Druck ausgesetzt. Ihre Entscheidungen müssen oft noch schneller getroffen werden, als dies nach dem ohnehin schon engen Zeitrahmen z.B. der Fusionskontrollvorschriften der Fall ist. Zu diesem Zeitdruck tritt weiterer Druck von Seiten der Politik hinzu, die – zumal in Wahljahren wie 2009 – schnelle, populäre und nicht immer mit einer konsequenten Ordnungspolitik vereinbare Ergebnisse wünscht. Insoweit mag man sogar bedauern, dass § 8 GWB a.F., der eine Ministererlaubnis früher auch für Kartelle vorsah und damit eine saubere Trennung des Wettbewerbsschutzes von anderen politischen Zielen erlaubte, mit der 7. GWB-Novelle entfallen ist. Aber natürlich führte daran angesichts der gewünschten und im Ergebnis richtigen Angleichung des deutschen Rechts an das EG-Kartellrecht kein Weg vorbei.

Es ist zu hoffen, dass die Behörden diesem doppelten Druck widerstehen und auch in der Krise an einer konsequenten Ordnungspolitik zum Schutz des Wettbewerbs festhalten. Die Chancen dafür stehen nicht schlecht. So hat BKartA-Präsident *Heitzer* betont, das Amt werde auch in der Krise nicht von der bisherigen Linie abweichen<sup>59)</sup>. Die Erreichung dieses guten Vorsatzes wird dadurch erleichtert werden, dass ein deutliches Absinken der Zusammenschlussanmeldungen und damit auch der Behördenbelastung zu erwarten ist. Gründe hierfür sind neben der befristeten Bereichsausnahme des § 17 FMS<sup>60)</sup> insbesondere die Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB<sup>61)</sup> sowie die infolge der Krise allgemein deutlich reduzierte M&A-Aktivität. Trotzdem liegt natürlich auf der Hand, dass bei Entscheidungen, die unter großem Zeitdruck, notfalls sogar „binnen 24 Stunden und über ein Wochenende“<sup>62)</sup> getroffen werden müssen, nicht so genau geprüft und abgewogen werden kann wie bei einer normalen Verfahrensdauer.

### b) Berücksichtigung der Krise bei Behördenentscheidungen

Im Grundsatz gelten auch in Konjunkturkrisen die allgemeinen Regeln. Ein besonderes „Konjunkturkrisenkartellrecht“ gibt es weder auf deutscher noch auf europäischer Ebene. Das bedeutet aber nicht, dass der Krise jede Bedeutung für die Behördenpraxis abzusprechen wäre, dass also für die Kartellbehörden auf ganzer Linie „business as usual“ angezeigt wäre. Abgesehen von dem schon beschriebenen Zeitaspekt ist nicht ausgeschlossen, dass die Krise auch inhaltlich einen gewissen Niederschlag in den für die Feststellung eines Kartellverstößes angelegten Maßstäben oder sogar in den verfahrensabschließenden Entscheidungen findet.

So beeinflusst die Krise unzweifelhaft die *Wettbewerbsverhältnisse* auf den Märkten. Die Krise intensiviert maßgeblich den Wettbewerb, insbesondere den Preiswettbewerb. Die gesteigerte Wettbewerbsintensität äußert sich beispielsweise in den gegenwärtigen „Rabattschlachten“, die z.B. mittels privater „Abwrackprämien“ oder langfristiger Stundung des Kaufpreises ausgetragen werden. Nach Ansicht der Anhänger von Konjunkturkrisenkartellen kann diese Entwicklung sogar zu einem letztlich ruinösen „race to the bottom“ führen. Wer dies gelassener sieht, wird hier zunächst einmal die Selektionsfunktion des Wettbewerbs am

59) *Heitzer*, WuW 2009, 359.

60) Dazu oben bei Fn. 15.

61) Dazu oben bei Fn. 19.

62) Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABIEG 2008, C 270/8 Tz. 52 a.E.

Werke sehen. Die Krise kann Marktbeherrscher entthronen und neue auf den Thron heben. Sie kann „deep pockets“ großer Unternehmen leeren oder jedenfalls dafür sorgen, dass diese ihre Ressourcen weniger risikofreudig einsetzen und Investitionen – namentlich in Forschung und Entwicklung – zurückstellen. Sie kann (insbesondere auch kleine und mittlere) Unternehmen zu verstärkter Kooperation zwingen, weil sie allein nicht mehr in der Lage sind, die erforderlichen Mittel aufzubringen oder das mit einer notwendigen Investition verbundene Risiko zu tragen. All dies kann die behördliche Entscheidungsfindung beeinflussen.

Denkbar ist ferner, dass einzelne *Tabbestandsvoraussetzungen* wohlwollender interpretiert oder auch bestehende Ermessensspielräume großzügiger gehandhabt werden. So berücksichtigte die Kommission z.B. bei ihrer Würdigung der Sanierungsfusion *BASF/Eurodiol/Pantochim*, dass dem sanierungsbedürftigen Unternehmen nach dem nationalen Recht nur eine begrenzte Zeit zur Verfügung stand, um einen Käufer zu finden oder Insolvenz anzumelden<sup>63</sup>). Situationen, in denen jedenfalls faktischer Zeitdruck das ganze Unterfangen der Sanierung bedroht, dürften in Krisenzeiten häufiger auftreten, zumal es angesichts der oben beschriebenen Umstände für das notleidende Unternehmen auch ganz allgemein schwerer sein dürfte, überhaupt einen alternativen Erwerber zu finden.

Schließlich kann auch der konkrete *Entscheidungsinhalt* durch die Krise beeinflusst werden. Dies zeigt sich insbesondere im Bußgeldverfahren. Dass Kartellabsprachen nicht auf die Erzielung übermäßiger Gewinne gerichtet sind, sondern lediglich die Durchsetzung auskömmlicher – d.h. die Kosten deckender und einen angemessenen Gewinn umfassender – Preise gewährleisten sollten, kann ein Kartell heute zwar – anders als in Zeiten der „Holzstoffkartell“-Entscheidung des Reichsgerichts – nicht mehr rechtfertigen<sup>64</sup>). Aber immerhin kann dieser Umstand die Schwere des Verstoßes beeinflussen und damit bei der Bemessung der Bußgelder relevant werden<sup>65</sup>). Ausnahmsweise kann auch die Leistungsfähigkeit der Unternehmen im Zeitpunkt der Bußgeldverhängung Berücksichtigung finden. Dies ist allerdings nach den Bußgeld-Leitlinien der Kommission nur möglich, „wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung einer Geldbuße gemäß diesen Leitlinien die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde“<sup>66</sup>). Auch nach deutschem Recht darf die Bebußung für die Unternehmen grds. nicht zu einer Existenzgefährdung bzw. Gefährdung ihrer Wettbewerbsfähigkeit führen<sup>67</sup>). Denkbar ist beispielsweise eine Stundung der Bußgelder zugunsten notleidender Unternehmen.

### 3. Unternehmen

Die Hoffnung auf Milde im Bußgeldverfahren darf nicht als Anreiz zur Kartellierung missverstanden werden, denn einerseits handelt es sich hierbei um Ausnahmefälle, andererseits sind die Bußgelder an sich in den vergangenen Jahren drastisch angestiegen. Gerade in der Krise ist deshalb auf Seiten der Unternehmen erhöhte Wachsamkeit gefordert. Die Verlockung, Kartellabsprachen zu treffen, ist in Krisenzeiten besonders groß. Kartelle mögen bei unreflektierter Betrachtung

63) Vgl. KOMM. 11. 7. 2001, M.2314 Tz. 144 „*BASF/Eurodiol/Pantochim*“; dazu *Gassner/Braun* RIW 2004, 891, 895; *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. 2007, Art. 2 FKVO Rn. 388.

64) BGH, 19. 6. 2007, WuW/E DE-R 2225, 2228 – Papiergroßhandel.

65) OLG Düsseldorf, 27. 5. 2008, WuW/E DE-R DE-R 2589, 2591 – Code-4 Geschäft; a. auch OLG Düsseldorf, 27. 3. 2006, WuW/E DE-R 1733, 1747 – Papiergroßhandel; vgl. BGH, 19. 6. 2007, WuW/E DE-R 2225, 2228 – Papiergroßhandel.

66) Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABIEG 2006 C 210/2 Tz. 35. Zum dt. Recht vgl. § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG: „Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht“; dazu *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. 2007, § 81 GWB Rn. 385 ff.

67) *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. 2007, § 81 GWB Rn. 393; auch Berücksichtigung der Gefährdung von Arbeitsplätzen durch das Bußgeld.

als probates Mittel erscheinen, die Verluste zu minimieren, das eigene Unternehmen zu stabilisieren und letztlich die Existenz des Unternehmens und den eigenen Arbeitsplatz zu sichern. Doch wäre es mindestens fahrlässig, auf eine großzügigere Kartellrechtsanwendung zu spekulieren. Im Grundsatz wird der Wettbewerb in der Krise – zu Recht – nicht weniger geschützt als in Zeiten guter Konjunktur. Wettbewerb ist keine „Schönwetterveranstaltung“<sup>68)</sup>.

Die Krise stellt daher besondere Anforderungen an Unternehmensleitungen und Compliance-Beauftragte. Sie mahnt zu besonderer, noch über die Zeiten guter Konjunktur hinausgehender Wachsamkeit<sup>69)</sup>. Nimmt das operative Geschäft infolge der Krise die Personalressourcen nicht vollständig in Beschlag, so ist jetzt die Gelegenheit, ein – natürlich auch für die Zeit nach der Krise wichtiges – Compliance-System aufzubauen, Schulungen der Entscheidungsträger vorzunehmen und nicht nur künftige, sondern auch zurückliegende Aktivitäten besonders sorgfältig auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht zu überprüfen<sup>70)</sup>.

#### IV. Resümee

Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

1. Der *Gesetzgeber* ist durch die Krise auf dem Gebiet des Kartellrechts grundsätzlich nicht gefordert. Für ein besonderes „Konjunkturkrisen-Kartellrecht“ besteht kein Bedarf. Die Zulassung von „Konjunkturkrisenkartellen“ wäre letztlich kontraproduktiv.
2. Die *Kartellbehörden* stehen in der Krise unter einem besonderen Zeitdruck, der noch durch politischen Druck verstärkt wird. Es ist zu hoffen, dass sie diesem Druck widerstehen und auch in der Krise an einer konsequenten Ordnungspolitik festhalten.
3. Die *Unternehmen* sind in der Krise einer besonderen Verlockung ausgesetzt, sich durch kartellrechtswidriges Verhalten auf Kosten anderer zu retten. Eine funktionierende Kartellrechts-Compliance ist daher in Krisenzeiten wichtiger denn je.
4. Das *Kartellrecht* befindet sich nicht in der Krise. Im Gegenteil: Das beste Mittel, um auch in Krisenzeiten zu verhindern, dass die Volkswirtschaft langfristig Schaden nimmt, ist der Schutz unverfälschten Wettbewerbs.

68) So trefflich *Kapp* auf dem Bonner Kolloquium des FIW am 17. 6. 2009.

69) Vgl. *F. Immenga*, Finanzkrise fördert Kartellbildung, BB 209, 393.

70) So auch *Hartung*, Kartellrecht gilt auch in Zeiten der Krise, Die Presse, 2. 3. 2009.