

LEITFADEN KARTELLRECHT



Das Kartellrecht soll die Freiheit des Wettbewerbs schützen, um den Erhalt eines marktwirtschaftlich-wettbewerblchen Wirtschaftssystems für alle Marktteilnehmer zu sichern, die individuelle Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer zu gewährleisten und wirtschaftliche Macht zu begrenzen.

Pharma Deutschland steht ein für einen fairen und leistungsfähigen Wettbewerb und war und ist stets bestrebt, die einschlägigen Gesetze und Verordnungen einzuhalten. Da es im Einzelfall schwierig sein kann, Sachverhalte kartellrechtlich richtig einzuschätzen, bietet der Verband mit diesem Leitfadeneine Richtschnur für die tägliche Arbeit der Geschäftsstellen und der verschiedenen Arbeitsgremien – Arbeitsgruppen und Ausschüsse – Pharma Deutschlands an, in dem die wichtigsten Grundsätze des Kartellrechts, verbotene Vereinbarungen und schließlich Handlungsempfehlungen aufgeführt werden. Dabei muss ausdrücklich darauf hingewiesen

werden, auch wenn der Verband kartellrechtswidrige Vereinbarungen weder initiiert, selbst trifft, noch ermöglicht, dass er nicht an solchen in irgendeiner Form beteiligt sein darf. In Zweifelsfällen ist Rat bei der Rechtsabteilung oder ggf. bei auf das Kartellrecht spezialisierten Rechtsanwälten einzuholen. Für die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften ist nicht nur jede Institution, sondern auch jede Person verantwortlich. Ein Verstoß gegen das Kartellrecht – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – kann eine Ordnungswidrigkeit darstellen und mit einem Bußgeld in erheblicher Höhe geahndet werden.

Was ist zulässig?

Das Kartellrecht basiert in Deutschland auf dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und auf europäischer Ebene auf Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie weiterer Rechtsverordnungen und Richtlinien der EU-Kommission. Grundsätzlich ist europäisches Wettbewerbsrecht nur anwendbar auf Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums, die unmittelbar oder mittelbar geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Um sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzen zwischen europarechtsrelevanten und rein national zu beurteilenden Sachverhalten zu vermeiden, hat der deutsche Gesetzgeber die kartellrechtlichen Vorschriften dem EU-Recht voll angepasst. Daneben wurden – beispielsweise im Bereich der Missbrauchsaufsicht – vom europäischen Recht insoweit gewährte Gestaltungsspielräume genutzt und sogar strengere Vorschriften erlassen. Die Darstellung in diesem Leitfadenerfolgt anhand der – dem EU-Recht vergleichbaren und in Teilen darüber hinausgehenden – Vorschriften des deutschen Rechts.

Grundsatz: Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die eine Verhinde-

rung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Dabei werden Wettbewerbsbeschränkungen in **zwei Kategorien** aufgeteilt, in horizontale und vertikale Beschränkungen.

Unter **horizontalen Beschränkungen** versteht man Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Unternehmen, die auf derselben Marktstufe tätig sind und zumindest potentiell in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Als horizontale Beschränkung würde z. B. eine wettbewerbsbeschränkende Preisabsprache zwischen Herstellern über ihre konkurrierenden Produkte gewertet werden.

Hier sind beispielsweise folgende wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen in der Regel kartellrechtlich **unzulässig**:

- Jede Form der Absprache oder Koordinierung über Preise, Rabatte, Zahlungs- und Lieferbedingungen
- Absprachen über wettbewerbsrelevante Konditionen außerhalb des Preises
- Absprachen, bei denen es um die Auf- oder Zuteilung bestimmter Märkte geht (bestimmte Territorien, Produkte etc.)

- Wettbewerbswidrige Marktabschottung und Boykottaufufe

Folgende, beispielhaft aufgeführte Maßnahmen bedürfen im Einzelfall der Prüfung:

- Gründung von Gemeinschaftsunternehmen zwischen Wettbewerbern
- Austausch von bestimmten Informationen über Preise, Lieferbedingungen, Gewinnmargen, Kostenstrukturen, Preiskalkulationen, Vertriebspraktiken, Liefergebiete, Kunden etc. innerhalb eines geschlossenen Kreises, insbesondere wenn nur wenige Unternehmen beteiligt sind. Zumindest ist eine Anonymisierung sensibler Marktdaten erforderlich, um keine Rückschlüsse auf die Marktstellung einzelner Unternehmen zu ermöglichen.

Zulässig sind selbstverständlich u.a.:

- Absprachen über gemeinsame Gesuche bei behördlichen Angelegenheiten
- Absprachen über das Vorgehen gegenüber der Politik - Lobbytätigkeit
- Austausch von Daten, die unter normalen Marktbedingungen frei zugänglich sind
- Information über aktuelle Gesetzesvorhaben und Diskussion über deren Folgen

> mithin das tägliche Geschäft eines Industrieverbandes.

Vertikale Beschränkungen sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Marktstufen agieren, z. B. im Verhältnis zwischen pharmazeutischen Unternehmen / Herstellern und Großhändlern und Apotheken.

Verboten ist z. B.:

- Preise abzusprechen, z. B. Wiederverkaufspreise vorzugeben (sog. „Preisbindung der Zweiten Hand“). Das Aussprechen unverbindlicher Preisempfehlungen hingegen kann zulässig sein, sofern kein unmittelbarer oder mittelbarer Zwang zur Durchsetzung der Empfehlung angewendet wird.

Folgende Maßnahmen bedürfen z. B. im Einzelfall der Prüfung:

- Exklusivitätsvereinbarungen z. B. über den Einkauf bei einer bestimmten Bezugsquelle oder der exklusive Vertrieb
- Vereinbarung von Kopplungsklauseln, wenn die Lieferung eines Produktes von der zusätzlichen Verpflichtung zum Bezug weiterer Waren oder Dienstleistungen abhängig gemacht werden soll, die sachfremd sind

- Unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Wettbewerbsklauseln
- Selektiver Vertrieb

Im Hinblick auf Einkaufskooperationen kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) bleibt zu erwähnen, dass diese den betreffenden Unternehmen oftmals überhaupt erst die Teilnahme am Wettbewerb ermöglichen. Kooperationen von kleineren und mittleren Unternehmen sind daher nach der Praxis des Bundeskartellamts nicht kartellrechtsrelevant, wenn sie einen Marktanteil von 10 % nicht überschreiten. Die Europäische Kommission sieht demgegenüber in ständiger Praxis eine wettbewerbswidrige Marktmacht bei einem gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 % als nicht gegeben an.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung ist ebenfalls verboten.

Die Feststellung einer derartigen Stellung setzt zunächst die Ermittlung des relevanten Marktes in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht voraus.

Ein Unternehmen hat eine **marktbeherrschende** Stellung, wenn es auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern sind nach § 18 Abs. 3 GWB beispielsweise folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- der Marktanteil,
- die Finanzkraft,
- der Zugang des betreffenden Unternehmens zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten oder
- Verflechtungen mit anderen Unternehmen.

Nach § 18 Abs. 4 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 40 % hat. Bei einer Gesamtheit von Unternehmen kommt es auf die Anzahl der Unternehmen an: bei drei oder weniger Unternehmen wird die marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn der Marktanteil 50 % erreicht und bei fünf oder weniger Unternehmen, wenn der Marktanteil zwei Drittel erreicht. Ein geringerer Marktanteil kann aber auch eine marktbeherrschende Stellung darstellen. Insoweit ist für die Bewertung auf weitere Kriterien abzustellen, wie z. B. ein großer Abstand zwischen dem Marktanteil des Unternehmens zum Marktanteil seiner Wettbewerber.

Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung sind nach § 19 GWB z. B. folgende Verhaltensweisen **verboten**:

- Diskriminierung und Behinderung anderer Unternehmen, z. B. Treuerabatte, unfaire Preise und Preise unter Einstandspreis
- Lieferverweigerung

Die Missbrauchsaufsicht im GWB erfasst im Gegensatz zum europäischen Recht nicht nur marktbeherrschende, sondern neuerdings auch marktstarke Unternehmen (sog. relative Marktmacht). Voraussetzung für die

Annahme einer marktstarken Stellung ist nach § 20 Abs. 1 GWB, dass eine Abhängigkeit KMU zu dem dann marktstarken Unternehmen besteht. Diese Abhängigkeit muss in der Weise bestehen, dass die KMU als Anbieter oder Nachfrager keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten haben, auf ein anderes Unternehmen auszuweichen. Marktstarke Unternehmen unterliegen ähnlichen kartellrechtlichen Beschränkungen wie marktbeherrschende Unternehmen. So ist es ihnen beispielsweise verboten, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder ohne sachliche Rechtfertigung zu diskriminieren.

Was ist zu tun?

Es muss

- bei der täglichen Beratung in der Geschäftsstelle, telefonisch oder persönlich,
- bei der Vorbereitung von Ausschusssitzungen (Erstellung der Tagesordnung),
- während der Ausschuss- und sonstigen Sitzungen und
- bei der Nachbereitung (Protokollerstellung)

darauf geachtet werden, dass die genannten Prinzipien eingehalten und entsprechende Vereinbarungen zwischen den Unternehmen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nicht getroffen werden.

Auch wenn der Verband diese Vereinbarungen und Beschlüsse weder initiiert, selbst trifft oder ermöglicht, darf er auch nicht an solchen in irgendeiner Form beteiligt sein. Sollte im Rahmen einer Sitzung kartellrechtswidriges Verhalten erkennbar

werden, oder sollte zumindest der Verdacht einer Kartellrechtsrelevanz entstehen, muss die Diskussion sofort unterbrochen und ggf. eine Klärung der Kartellrechtsrelevanz herbeigeführt werden. Wenn das beanstandete Verhalten durch die/den Sitzungs- bzw. Ausschussvorsitzende(n) oder die/den Mitarbeiter/in der Geschäftsstelle nicht unterbunden werden kann, ist die Sitzung von diesem zu unterbrechen bzw. zu beenden und dies auch entsprechend im Protokoll zu vermerken.

Bei Unklarheit darüber, ob ein kartellrechtsrelevantes Verhalten vorliegt, muss zunächst die Rechtsabteilung informiert werden. Diese muss wiederum, falls der Sachverhalt nicht durch eigene Sachkompetenz geklärt werden kann, zur Abklärung die Hilfe eines entsprechend spezialisierten Rechtsanwaltsbüros in Anspruch nehmen.

Ihre Ansprechpartnerinnen:

Andrea Schmitz
Rechtsanwältin

Lena Müllen
Rechtsanwältin

Vera Strecker
Rechtsanwältin

Stand: Juni 2024

Pharma Deutschland e. V.

BONN
Urbierstraße 71–73
53173 Bonn
T. 0228 | 957 45-0

info@pharmadeutschland.de
www.pharmadeutschland.de