

CHATHAM PARTNERS

**COVID - 19 (*Coronavirus*)
Kartellrecht**

Stand:
25. März 2020

Kartellrecht in Zeiten der Corona-Pandemie

Das folgende Briefing gibt einen Überblick über die aktuellen kartellrechtlichen Fragestellungen in der Corona-Pandemie (Stand: 25. März 2020). Der Schwerpunkt liegt dabei auf zugunsten der Unternehmen nunmehr möglichen Erleichterungen gegenüber der – in normalen Zeiten geltenden – strikten Durchsetzung der Kartellverbote.

Aufgrund der dynamischen Entwicklung der Situation sind jederzeit Anpassungen der rechtlichen Situation möglich. Dies zeigt nicht zuletzt die beispiellose Verabschiedung von milliardenschweren Hilfsmaßnahmen für Unternehmen, Selbstständige und Arbeitnehmer in kürzester Zeit. Dieses Briefing widmet sich den drängendsten kartellrechtlichen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Corona-Pandemie stellen. Es kann freilich eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Überblick

Die Corona-Pandemie hat das Marktgeschehen erheblich beeinflusst: Geschäfte müssen schließen, Lieferketten werden gestört, Transporte und Mitarbeiter fallen krankheitsbedingt aus. Zugleich muss die Versorgung der Allgemeinheit mit Lebensmitteln, Bedarfsartikeln, Hygieneprodukten und medizinischer Ausrüstung gewährleistet werden. Diese Umstände führen zu dem oft geäußerten Wunsch nach verstärkter Kooperation zwischen Wettbewerbern, um einerseits ihre wirtschaftliche Situation zu verbessern, aber andererseits auch, um Lieferengpässe für Verbraucher und Gesundheitssektor zu vermeiden oder einen bestmöglichen Gesundheitsschutz für Mitarbeiter und Kunden zu gewährleisten. Daneben besteht in diesen Zeiten die erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass Unternehmen, die bereits über eine starke Marktstellung verfügen, versuchen, die außergewöhnlichen Marktbedingungen dafür zu nutzen, ihre Position auszubauen.

Die rechtlichen Spielräume für Kooperationen und für das Verhalten marktstarker Unternehmen werden durch das Kartellrecht¹ begrenzt. Und fest steht, dass das Kartellrecht auch aktuell nicht außer Kraft gesetzt wird. Selbst Politik und Kartellbehörden erkennen aber an, dass es in bestimmten Wirtschaftsbereichen einer vorübergehenden Flexibilisierung der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften bedarf, um die aktuellen Marktgegebenheiten angemessen zu berücksichtigen.

Weil Versorgungssicherheit, Gesundheitsschutz und Forschung auch als Sachgrundlage unternehmerischen Verhaltens einen neuen Stellenwert erreichen, ist

¹ Deutschland: §§ 1 und 19, 20 GWB; EU: Art. 101 und 102 AEUV

eine Neujustierung der kartellrechtlichen Beurteilung in den hiermit im Zusammenhang stehenden Fällen somit möglich und notwendig: Verhaltensweisen, deren positiven Effekte die negativen in vorgenannten Bereichen überwiegen, lösen damit nicht *per se* durchgreifende kartellrechtliche Bedenken aus.

Wie marktmachtmissbräuchliche Verhaltensweisen bleiben aber auch jetzt die so genannten *Hardcore*-Beschränkungen, die keinen positiven Effekt auf den Wettbewerb oder die Verbraucher zeitigen, in aller Regel verboten. Hierzu zählen z.B. Preisabsprachen, aber auch der Austausch sensibler Geschäftsinformationen wie z.B. aktueller Preisveränderungen. Und hierzu zählt bspw. auch die Festsetzung von verbindlichen *Mindestverkaufspreisen* durch den Lieferanten gegenüber den Wiederverkäufern. Zudem bleiben auch kartellrechtsrelevante Verhaltensweisen außerhalb von *Hardcore*-Absprachen verboten, die bloß unter dem „Deckmantel“ der Corona-Pandemie umgesetzt werden würden.

Positionierung der Bundesregierung

Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier (CDU) hat am 20. März 2020 in Aussicht gestellt, im konkreten Bedarfsfall kartellrechtliche Bewertungen anzupassen. Gegenüber dem SPIEGEL äußerte er in Bezug auf etwaige Versorgungsengpässe, dass „*wir Fragen des Kartellrechts mit den Kartellbehörden aufnehmen und eine Lösung erzielen*“ werden, wenn Lebensmittelindustrie und Einzelhandel kooperieren, um die Versorgung der Bürger in der Corona-Krise sicherzustellen.²

Konkrete Entscheidungen oder Gespräche hierzu zwischen Bundesregierung bzw. Ministerium und Kartellbehörden sind bislang aber noch nicht öffentlich bekannt (Stand: 25. März 2020).

Gemeinsame Erklärung der ECN-Behörden

Die Eckpfeiler der Rechtsanwendung, die die Kartellbehörden während der Corona-Pandemie beachten wollen, ergeben sich zurzeit insbesondere aus der am 23. März 2020 veröffentlichten „Gemeinsamen Erklärung“ der im *European Competition Network (ECN)* zusammengeschlossenen Kartellbehörden, zu denen auch die EU-Kommission und das Bundeskartellamts³ gehören:

² SPIEGEL Online, *Die Nadelöhre der Lebensmittelversorgung*, veröffentlicht am 20.03.2020 (Spiegel+).

³ Daneben sind dies die EFTA-Überwachungsbehörde sowie die weiteren nationalen Wettbewerbsbehörden der EU- und der EWR-Mitgliedstaaten.

- ▶ Die ECN-Kartellbehörden werden aktuell nicht aktiv eingreifen, wenn Unternehmen erforderliche und zeitlich begrenzte Maßnahmen ergreifen, um **Versorgungsengpässe** für die Bevölkerung zu vermeiden.
- ▶ Die ECN-Kartellbehörden werden gerade in Bezug auf Produkte, die zum Schutz der Gesundheit der Verbraucher unerlässlich sind, ohne zu zögern **Maßnahmen gegen** Unternehmen ergreifen, die die Situation zur **Kartellbildung** oder zum **Missbrauch** ihrer marktbeherrschenden Stellung nutzen.
- ▶ Die ECN-Kartellbehörden weisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass Hersteller die Möglichkeit haben, **Preisobergrenzen** für ihre Produkte festzulegen. Dies könne sich als nützlich erweisen, um ungegerechtfertigte Preiserhöhungen auf der Vertriebsstufe zu vermeiden.
- ▶ Die ECN-Kartellbehörden weisen darauf hin, dass sie für Gespräche mit den Unternehmen, die weitere Orientierungshilfe benötigen, für Einzelfallberatungen zur Verfügung stehen.⁴

Kartellrechtlich zulässige Kooperationen

Die Positionierung des Bundeswirtschaftsministers in Zusammenschau mit der Gemeinsamen Erklärung der ECN-Kartellbehörden weisen damit den Weg zu rechtlich zurzeit nicht zu beanstandenden Kooperationen, zeigen aber zugleich die Grenzen hierfür auf:

Wenn die beteiligten Unternehmen aufgrund der aktuellen Marktbedingungen allein nicht mehr in der Lage sind, die Nachfrage nach ihren Produkten oder Diensten hinreichend zu bedienen, können zeitlich eng begrenzte Kooperationen gerade im Lebensmittel- und medizinischen Bereich zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit oder des Gesundheitsschutzes in Form von z.B.

- ▶ Einkaufs- und Produktionskooperationen zwischen Wettbewerbern
- ▶ Kollegen-, d.h. sog. Aushilfslieferungen an Wettbewerber und (sonstige) Arbeitsgemeinschaften
- ▶ Informationsaustauschmechanismen und digitale Plattformen zur Optimierung der Logistik o.ä.
- ▶ Personalbeschaffung
- ▶ Forschungs- und Entwicklungskooperationen

vom Kartellverbot ausgenommen sein.

⁴ Das Bundeskartellamt hat detaillierte Informationen zu ihrer digitalen Erreichbarkeit in Zeiten der Corona-Pandemie bekannt gegeben: [Meldung vom 18.03.2020: Kommunikation mit dem Bundeskartellamt -2- \(Corona-Maßnahmen\)](#).

Alle genannten Kooperationsformen setzen für ihre Legitimierung zudem weiterhin voraus, dass sie erstens dem Verbraucher zugutekommen und der Warenverteilung dienen müssen, sich zweitens auf das inhaltlich und zeitlich Unerlässliche beschränken und drittens den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

Unbedingt zu beachten ist auch, dass diese Flexibilisierungen für die vielen Bereiche, in denen zurzeit Absatzeinbußen und damit Überkapazitäten bestehen, nicht gelten. Es steht nicht zu erwarten, dass dort etwa gebildete sog. Krisenkartelle bei Behörden auf große Gnade hoffen können.

Das Kartellrecht bleibt damit auch unter den derzeitigen Bedingungen ein scharfes Schwert mit hohen Risiken. Auch in Zeiten der Corona-Pandemie müssen Unternehmen dies bei allen direkten und indirekten Kontakten mit Wettbewerbern und somit auch bspw. in der Verbandszusammenarbeit berücksichtigen.

Missbrauch von Marktmacht

Neben den weiterhin geltenden Verboten, als Produzent oder Lieferant Mindestverkaufspreise oder Wucherpreise für Produkte festzulegen, die unabhängig von der Marktstellung des Preisfestsetzenden bestehen, wird aus der Gemeinsamen Erklärung der ECN-Kartellbehörden deutlich, dass diese die Ausnutzung von Marktmacht mit aller Schärfe unterbinden wollen. Die Gemeinsame Erklärung ist insoweit als eindringliche Warnung zu verstehen.

Weiterhin gilt für Unternehmen mit einer hinreichend starken Marktstellung – neben den sonstigen Verhaltenspflichten – daher insbesondere:

- ▶ Sie dürfen ihre Marktstellung bei der Preisgestaltung nicht ausnutzen, d.h. keine missbräuchlich überhöhten Preise verlangen, vor allem nicht im Gesundheitsbereich.
- ▶ Sie müssen ihre Kunden auch und gerade in Zeiten von Produktknappheit diskriminierungsfrei beliefern.

Unternehmen, die auf dem deutschen Markt tätig sind, unterliegen ungeachtet der außergewöhnlichen Umstände der Corona-Pandemie sogar noch stärkeren Beschränkungen. Denn nach den deutschen Vorschriften ist nicht nur der Missbrauch einer *marktbeherrschenden* Stellung nach § 19 GWB verboten. Auch Unternehmen mit nur *relativer oder überlegener Marktmacht* – insbesondere gegenüber mittelständischen Lieferanten bzw. Abnehmern – treffen spezielle Verhaltenspflichten. Sie sind der besonderen Missbrauchsverbotsvorschrift des § 20 GWB unterworfen. Daneben gelten für diese Unternehmen das in § 21 GWB verankerte Boykottverbot ebenso wie das Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens unverändert fort.

Gern beraten und unterstützen wir Sie bei allen kartellrechtlichen Fragen und auch der Kommunikation mit den Behörden.

Sprechen Sie uns jederzeit gern an.

CHATHAM PARTNERS

T +49 (0) 40 303 963-0

Dr. Marco NÚÑEZ MÜLLER, LL.M. (Col.)

Partner

E Marco.Nunez@chatham.partners

M +49 (0) 170 54 209

Miriam LE BELL, LL.M.

Counsel

E Miriam.leBell@chatham.partners

M +49 (0) 151 6753 9817

Dr. Christos PARASCHIAKOS

Associate

E Christos.Paraschiakos@chatham.partners

M +49 (0) 174 637 1048