

**Europäisches Wirtschaftsrecht**

Laura Marie Bolz

# **Kartellrechtliche Grenzen der Preisberatung**

Zugleich eine Analyse der kartellrechtlichen Behandlung  
von Dreieckskonstellationen

**Nomos | C.H. Beck**

**Europäisches Wirtschaftsrecht**

**Begründet von**

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

**Herausgegeben von**

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

**Band 67**

Laura Marie Bolz

# Kartellrechtliche Grenzen der Preisberatung

Zugleich eine Analyse der kartellrechtlichen Behandlung  
von Dreieckskonstellationen



**Nomos**





Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8031-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2423-4 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Oktober 2020 berücksichtigt werden.

Mein erster und ganz herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M. (UCLA), nicht nur für die Betreuung meiner Promotion und die Idee zu dieser Arbeit, sondern auch für die lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl und die Unterstützung meines zwischenzeitlichen LL.M.-Studiums. Herrn Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Harvard) danke ich sehr herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise, von denen diese Arbeit vor der Drucklegung ebenfalls profitiert hat. Den Herausgebern der Schriften zum Europäischen Wirtschaftsrecht danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in diese Schriftenreihe.

Besonderer Dank gebührt ferner meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, insbesondere Frau Dr. Gianna Perino und Frau Kristina Stomper, für den fachlichen Austausch und die Unterstützung beim Lektorat.

Schließlich danke ich herzlichst meiner Familie und meinen Freunden, vor allem jedoch meiner Mutter Andrea Bolz und meinen Großeltern Katharina und Hans Bolz, ohne deren immerwährende Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Bonn, im November 2020

Laura Marie Bolz



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Problemstellung	21
B. Gang der Untersuchung	25
Teil 1: Gegenstand und Ziel der Preisberatung	27
A. Ziel der Preisberatung	27
I. Unternehmensziele und Preisgestaltung	27
II. Das Ziel der Gewinnmaximierung	28
B. Informationsbedürfnis	30
I. Informationen aus der Sphäre des beratenen Unternehmens	30
II. Informationen aus der Sphäre der Marktgegenseite	30
III. Informationen aus der Sphäre der Wettbewerber	31
C. Strategien und Instrumente der Preisberatung	32
I. Traditionelle Strategien und Instrumente	32
II. Moderne Preisberatung unter Einsatz von Preissoftware	34
D. Berufsständische Regelungen und beratungsethische Grundsätze	38
Teil 2: Fallgruppenbildung	40
A. Relevante Differenzierungskriterien in der Fallgruppenbildung	40
I. Verhältnis der Mandanten zueinander	40
II. Koordinierungsinitiative und Kenntnis der Umstände	41
1. Koordinierungsinitiative	41
a) Koordinierungsinitiative in Fällen der parallelen Beratung von Wettbewerbern	41
b) Koordinierungsinitiative in Fällen der parallelen Beratung entlang der Lieferkette	43
2. Subjektives Element	46
a) Subjektives Element in Fällen der parallelen Beratung von Wettbewerbern	46

*Inhaltsverzeichnis*

b) Subjektives Element in Fällen der parallelen Beratung im Lieferantenverhältnis	48
B. Definition der im Folgenden zu untersuchenden Fallgruppen	49
I. Fallgruppen einer horizontalen Koordinierung über den Preisberater	49
1. Fall 1: Beauftragung aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Wettbewerbern	49
2. Fall 2: Beauftragung im Bewusstsein der Gegenseitigkeit	50
3. Fall 3: Beauftragung aufgrund autonomer Entscheidung der Mandanten bei fehlender Kenntnis von den Parallelmandaten	50
II. Fallgruppen einer vertikalen Koordinierung über den Preisberater	51
1. Fall 4: Einflussnahme auf die Händler im Interesse des Herstellers	51
2. Fall 5: Preisberatung zum gemeinsamen Vorteil von Hersteller und Händlern	52
Teil 3: Rechtsökonomischer Hintergrund	53
A. Koordinierungsbegünstigende Marktbedingungen	53
B. Implikationen für die Analyse von Fällen paralleler Preisberatung unter Berücksichtigung des möglichen Einsatzes von Preissoftware	57
Teil 4: Kartellrechtliche Grundlagen der Behandlung von Dreiecksverhältnissen („hub and spoke“)	62
A. Begriff des „hub and spoke“-Kartells	62
B. Die horizontale Dimension von „hub and spoke“-Kartellen: Vorliegen einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zwischen den „spokes“	66
I. Lösungsansätze in der Anwendungspraxis	67
1. Deutschland	67
a) Die Rechtsfigur des Sternvertrags in der deutschen Rechtsprechung	67
b) Jüngere Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts	69
2. United Kingdom	71
a) Entscheidung des Competition Appeal Tribunal	72
b) Entscheidung des Court of Appeal	73

3. Europäische Union	75
a) Die „Bananen“-Entscheidung der Europäischen Kommission	75
b) Die „Eturas“-Entscheidung des EuGH	76
c) Die „VM Remonts“-Entscheidung des EuGH	78
II. Kategorisierung der vorgefundenen Lösungsansätze	80
1. Lösungsansatz mit einem Schwerpunkt auf der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung	81
2. Lösungsansatz mit einem Schwerpunkt auf der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung	81
a) Traditionelle Analyse anhand des Zwei-Phasen-Modells nach britischem Vorbild	83
aa) Anforderungen in Phase I: Direkter Informationsaustausch zwischen A und B	84
(1) Das Wissenselement: Tatsächliche Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis?	85
(a) Die Standardformel des EuGH	85
(b) Rückschlüsse aus „Eturas“	86
(c) Rückschlüsse aus „VM Remonts“	88
(aa) Einordnung der in „VM Remonts“ aufgestellten subjektiven Kriterien	88
(bb) Verallgemeinerungsfähigkeit der in „VM Remonts“ getroffenen Aussagen	91
(d) Zwischenergebnis	94
(2) Das voluntative Element	94
(3) Zwischenergebnis zu Phase I	96
bb) Anforderungen in Phase II: Einseitige Offenlegung von Informationen durch B gegenüber C	96
(1) Subjektives Moment des Dritten (B)	96
(2) Reaktion des Informationsempfängers (C)	98
(a) Hintergrund	98
(b) Stellungnahmen in der Literatur zur Anwendbarkeit der Grundsätze der passiven Kartellbeteiligung auf Fälle des indirekten Informationsaustauschs	100
(c) Analyse der einschlägigen Fallpraxis	101
(aa) Rückschlüsse aus „Eturas“	101

*Inhaltsverzeichnis*

(bb) Anwendbarkeit der Grundsätze der passiven Kartellbeteiligung basierend auf der „Anic“-Vermutung	103
(cc) Umfang der Vermutung	104
(3) Zwischenergebnis zu Phase II	107
cc) Fazit zur traditionellen Analyse anhand des Zwei-Phasen-Modells	107
b) Analyse auf der Grundlage der „VM Remonts“-Entscheidung des EuGH: Lösung im bilateralen Horizontalverhältnis zwischen A und C	108
aa) Abkehr vom Zwei-Phasen-Modell und Reduzierung des Dreieckssachverhalts auf ein bilaterales Verhältnis zwischen A und C	109
bb) Voraussetzungen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Fall des indirekten Informationsaustauschs nach diesem Ansatz	110
(1) Auftragsverhältnis	110
(2) Subjektives Element	110
(3) Reaktion des Informationsempfängers	111
(4) Zwischenergebnis	112
III. Implikationen für die Analyse von Fällen der Preisberatung	112
C. Die vertikale Dimension von „hub and spoke“-Kartellen: Haftung des „hub“ als Kartellmittäter	114
I. Einführung	114
II. Relevanz einer separaten Untersuchung der Haftung des Dritten	116
III. Entscheidungen aus der europäischen Anwendungspraxis	117
1. Entscheidungen der Europäischen Kommission	117
a) Entscheidungen bis „Organische Peroxide“	117
b) „Organische Peroxide“ und „Wärmestabilisatoren“	118
2. Entscheidungen des Gerichts erster Instanz	120
3. Schlussanträge des Generalanwalts Wahl im „AC-Treuhand“-Verfahren vor dem EuGH	122
4. Die „AC Treuhand“-Entscheidung des EuGH	123
IV. Stellungnahmen im Schrifttum	126
1. Art. 101 Abs. 1 AEUV als Sonderdelikt	127
2. Einschränkung des Täterkreises anhand des Kriteriums der produktbezogenen wirtschaftlichen Nähe	128

3. Notwendiger Verstoß gegen das Selbständigkeitspostulat	129
4. Eigene wirtschaftliche Tätigkeit des Beratungsunternehmens auf dem kartellierten Markt	131
5. Zwischenergebnis	132
V. Zwischenergebnis: Merkmale der europäischen Kartellgehilfenhaftung ausgehend von der „AC Treuhand“- Entscheidung des EuGH	132
D. Zwischenergebnis zu der Behandlung von Dreieckssachverhalten im europäischen Kartellrecht mit Blick auf die Analyse von Fällen der Preisberatung	133
Teil 5: Analyse der kartellrechtlichen Haftung in Fällen der Preisberatung	137
A. Kartellrechtliche Haftung bei einer Koordinierung im Horizontalverhältnis	137
I. Fall 1: Beauftragung aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Wettbewerbern	137
1. Haftung der Mandanten	137
2. Haftung des Preisberaters	140
3. Ergebnis zu Fall 1	141
II. Fall 2: Beauftragung im Bewusstsein der Gegenseitigkeit	141
1. Haftung der Mandanten	142
a) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach allgemeinen Grundsätzen („typisches Kartell“)	142
b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nach „hub and spoke“-Grundsätzen („atypisches Kartell“)	143
aa) Identifizierung des relevanten Fehlverhaltens	144
bb) Die subjektiven Anforderungen	146
cc) Rechtsfolge	148
2. Haftung des Preisberaters	149
3. Ergebnis zu Fall 2	149
III. Fall 3: Beauftragung aufgrund autonomer Entscheidung der Mandanten bei fehlender Kenntnis von den Parallelmandaten	150
1. Haftung der Mandanten	150
2. Haftung des Preisberaters	151
a) Anwendung der in „AC Treuhand“ aufgestellten Kriterien	151

*Inhaltsverzeichnis*

b) Diskussion möglicher Lösungsansätze de lege lata	152
aa) Der Beratungsvertrag als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV	152
bb) Haftung des mittelbaren Kartelltäters im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV de lege lata?	155
(1) Begriff der mittelbaren Täterschaft und Übertragung auf den kartellrechtlichen Kontext	155
(2) Auslegung des Art. 101 Abs. 1 AEUV	157
(a) Der mittelbare Kartelltäter als Normadressat des Art. 101 Abs. 1 AEUV de lege lata	157
(b) Die mittelbare Kartelltäterschaft als relevantes Verhalten im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV de lege lata	158
(aa) Grammatikalische Auslegung	159
(bb) Teleologische Auslegung anhand des Selbständigkeitspostulats	159
(cc) Konkretisierung relevanter Verhaltensweisen Dritter durch den EuGH	160
(dd) Die mittelbare Kartelltäterschaft im Lichte der dargestellten Grundsätze	161
(3) Zwischenergebnis	166
cc) Anwendung des Art. 102 AEUV	166
(1) Marktbeherrschende Stellung des Preisberaters	167
(a) Marktabgrenzung	167
(b) Beurteilung der Marktmacht eines Preisberaters	168
(c) Zwischenergebnis	169
(2) Missbräuchliche Ausnutzung	169
(3) Zwischenergebnis	171
dd) Fazit zu den Lösungsansätzen de lege lata	171

c) Diskussion möglicher Lösungsansätze de lege ferenda	172
aa) Möglichkeit einer berufsrechtlichen Regulierung der Beratertätigkeit	172
(1) Bereits existierende „berufsrechtliche“ Regelungen der Tätigkeit von Unternehmensberatern	172
(2) Lösung über eine berufsrechtliche Regelung der Beratertätigkeit de lege ferenda?	174
(a) Einschlägige Regelungen im anwaltlichen Berufsrecht	175
(b) Stellungnahme	177
bb) Reform des kartellrechtlichen Haftungssystems unter Einführung einer mittelbaren Kartelltäterschaft	178
(1) Keine richterliche Rechtsfortbildung	178
(2) Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	179
(3) Notwendigkeit einer Anpassung der Bußgeldleitlinien	182
(a) Grundlagen der Bußgeldbemessung	182
(b) Anwendung auf Dritte am Beispiel des Preisberaters	184
(c) Bisherige Vorgehensweise in der Praxis	184
(aa) Keine oder nur symbolische Geldbußen	184
(bb) Abweichung von den Bußgeldleitlinien gemäß Randnummer 37 der Bußgeldleitlinien	185
(cc) Aufhebung der Bußgeldentscheidung der Kommission in „ICAP“ durch das EuG	186
(d) Vorschlag für eine Anpassung der europäischen Bußgeldleitlinien	187
(4) Einführung einer mittelbaren Kartelltäterschaft im nationalen Recht	190
(a) Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003	190
(aa) Umfang der Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003	191

*Inhaltsverzeichnis*

(bb) Anwendung auf die nationale Regelung einer mittelbaren Kartelltäterschaft de lege ferenda	193
(b) Anpassung der nationalen Bußgeldbemessungsgrundlagen	195
(aa) Grundlagen der Bußgeldzumessung im deutschen Kartellrecht	195
(bb) Bebußung Dritter nach den geltenden Bußgeldzumessungsgrundlagen	196
(cc) Vorschlag für eine Anpassung der deutschen kartellrechtlichen Bußgeldzumessung	198
(5) Zwischenergebnis	201
3. Ergebnis zu Fall 3	202
B. Kartellrechtliche Haftung bei einer Koordinierung im Vertikalverhältnis	203
I. Fall 4: Einflussnahme auf die Händler im Interesse des Herstellers	203
1. Grundlagen der kartellrechtlichen Bewertung unverbindlicher Preisempfehlungen	204
a) Tatbestandsmäßige Willensübereinstimmung in Abgrenzung zu bloß einseitigem Verhalten	204
b) Freistellung unverbindlicher Preisempfehlungen nach der Vertikal-GVO	207
2. Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Fallkonstellation	208
a) Kartellrechtliche Haftung von Hersteller und Händler	208
aa) Ausgangsfall: Verdeckte Einflussnahme auf die Händler	208
bb) Abwandlung: Offene Einflussnahme auf die Händler	211
cc) Abwandlung: Der Preisberater als Überwachungs- und Meldestelle	212
dd) Zwischenergebnis	213
b) Kartellrechtliche Haftung des Preisberaters	213
3. Ergebnis zu Fall 4	215

II. Fall 5: Preisberatung zum gemeinsamen Vorteil von Hersteller und Händlern	215
1. Kartellrechtliche Haftung von Hersteller und Händlern	216
a) Grundsätzliche Einordnung als Kernbeschränkung	216
b) Möglichkeit einer Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	216
aa) Effizienzgewinne durch Vermeidung doppelter Marginalisierung	217
bb) Voraussetzungen einer Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	218
c) Zwischenergebnis	221
2. Kartellrechtliche Haftung des Preisberaters	221
3. Ergebnis zu Fall 5	222
 Zusammenfassung	 223
 Literaturverzeichnis	 231



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BDU	Bundesverband Deutscher Unternehmensberater e.V.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
bzw.	beziehungsweise
CAT	Competition Appeal Tribunal
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMLR	Common Market Law Review
CPI	Competition Policy International
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
e.V.	eingetragener Verein
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
EER	European Economic Review
EG	Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Review
engl.	Englisch
et al.	und andere

*Abkürzungsverzeichnis*

EU	Europäische Union
EU-WirtschaftsR-HdB	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	Court of Appeal (England and Wales)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FK-KartR	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GCLR	Global Competition Litigation Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Herv. d. Verf.	Hervorhebung der Verfasserin
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice
K&R	Kommunikation und Recht
KG	Kammergericht
KölnKomm-KartR	Kölner Kommentar zum Kartellrecht
KOMM.	Europäische Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
lit.	Buchstabe

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MIT	Massachusetts Institute of Technology
Mrd.	Milliarde
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-StGB	Münchener Kommentar zum StGB
MünchKomm-WettbR	Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFT	Office of Fair Trading
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
PKW	Personenkraftwagen
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
S.p.A.	Società per Azioni
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UCL	University College London
US/USA	Vereinigte Staaten von Amerika
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerfVO	Verfahrensverordnung
vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

*Abkürzungsverzeichnis*

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Un- ternehmen