

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 252

Vertikale Information im Lichte des Kartellverbots

Von

René Streicher



Duncker & Humblot · Berlin

RENÉ STREICHER

Vertikale Information im Lichte des Kartellverbots

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 252

Vertikale Information im Lichte des Kartellverbots

Von

René Streicher



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-14231-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54231-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84231-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2012/2013 als Dissertation angenommen. Nach einer Aktualisierung befindet sie sich auf dem Rechtsstand von Mai 2013.

Herrn Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M., danke ich für die Betreuung der Arbeit. Dankbar bin ich insbesondere für die gewährte Freiheit beim Verfassen der Arbeit und die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Professor Dr. Jürgen Oechsler danke ich für die ebenfalls sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Beiden Herren Professoren bin ich darüber hinaus zum Dank verpflichtet, da sie mein Interesse am rechtswissenschaftlichen Arbeiten während meines Studiums an der Universität Mainz in besonderem Maße geweckt haben.

Die Idee zu dieser Arbeit ist 2010 während meiner Referendariatsstation beim Bundeskartellamt in Bonn entstanden. Für die anregenden Gespräche in dieser Zeit danke ich Herrn Regierungsrat Dr. Christian Vorster und Herrn Oberregierungsrat Gunnar Kallfaß.

Nicht zuletzt gilt mein Dank meinen Eltern, die mich stets ermutigt und unterstützt haben. Frau Dr. Sabrina Salewski danke ich für die interessanten Gespräche, die vielen Denkanstöße sowie die liebevolle Unterstützung. Meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, September 2013

René Streicher

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einführung 23

Kapitel 1

Einleitung 23

A. Problemstellung und Zielsetzung 23

B. Gang der Darstellung 26

Kapitel 2

Die Kooperation von Unternehmen mittels vertikaler Information 27

A. Begrifflichkeiten 27

B. Erscheinungsformen 31

C. Die Folge: marktstufenübergreifende Transparenz 37

Teil 2

Die vertikale Information als kartellrechtliche Kooperationsform 39

Kapitel 1

Bilateral strukturierte Kooperationen im Vertikalverhältnis 43

A. Zur erforderlichen Feststellung einer konkreten Willensübereinkunft 44

B. Der „Marktinformationsvertrag“ 48

C. Der wechselseitige Informationsaustausch 49

D. Der einseitige Informationsfluss 59

E. Die vertikale Informationskooperation im „komplexen Kartell“ 68

F. Zusammenfassung 70

Kapitel 2

Multilateral strukturierte Kooperationen – Die Vertikalverhältnisse bei Hub&Spokes	71
A. Die gleichberechtigte dreiseitige Kooperation	72
B. Machtgefälle im Vertikalverhältnis und untergeordnete Bedeutung des Vertikal- verhältnisses	74
C. Zusammenfassung	91

Kapitel 3

Hub&Spokes – Vertikale Information als Mittel der Kooperation im Horizontalverhältnis	92
A. Zur Bestimmbarkeit von „Absender“ und „Empfänger“	92
B. Die sternförmige Horizontalvereinbarung	95
C. Der vertikale Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Hori- zontalverhältnis	105
D. Zusammenfassung	116

Teil 3

Die wettbewerbliche Würdigung einer marktstufenübergreifenden Transparenz	118
--	-----

Kapitel 1

Die vertikale Information und der Schutz der Freiheit im Wettbewerb	122
A. Der Freiheitsschutz im engeren Sinne: Schutz vor Beschränkungen der wirt- schaftlichen Handlungsfreiheit	123
B. Der Freiheitsschutz im weiteren Sinne: Schutz der Autonomie von Entschei- dungsfindungsprozessen	129
C. Die Bedeutung der Marktverhältnisse	135
D. Marktstufenübergreifende Transparenz im Hinblick auf die Wettbewerbspara- meter im Einzelnen	146
E. Zusammenfassung	166

Inhaltsübersicht	11
------------------	----

Kapitel 2

Die vertikale Information und der Schutz der Ungewissheit im Wettbewerbsprozess	167
--	-----

A. Der Geheimwettbewerb zum Schutz des vorstoßenden Wettbewerbs	169
B. Der Schutz der Ungewissheit über mittelbare Parameter	188
C. Zusammenfassung	195

Kapitel 3

Die vertikale Information und der Schutz der Effizienz des Wettbewerbsprozesses	196
--	-----

A. Die Effizienz als Begriff der Ökonomie	197
B. Die Effizienz in Wettbewerbstheorie und -politik	199
C. Die Effizienz im Kartellverbotstatbestand	204
D. Typisierte Effizienzgewinne in der Gruppenfreistellung	239
E. Zusammenfassung	246

Teil 4

Zusammenfassung	248
------------------------	-----

Literaturverzeichnis	251
-----------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	262
-----------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung 23

Kapitel 1

Einleitung 23

A. Problemstellung und Zielsetzung 23

B. Gang der Darstellung 26

Kapitel 2

Die Kooperation von Unternehmen mittels vertikaler Information 27

A. Begrifflichkeiten 27

B. Erscheinungsformen 31

C. Die Folge: marktstufenübergreifende Transparenz 37

Teil 2

Die vertikale Information als kartellrechtliche Kooperationsform 39

Kapitel 1

Bilateral strukturierte Kooperationen im Vertikalverhältnis 43

A. Zur erforderlichen Feststellung einer konkreten Willensübereinkunft 44

I. Die Informationskooperation als Anknüpfungspunkt für dahinterstehende Konzertierungen 44

II. Kein automatisches „Einfügen“ des Informationsaustausches in neutrale Vertriebsverträge 46

B. Der „Marktinformationsvertrag“ 48

C. Der wechselseitige Informationsaustausch 49

I. Das Zustandekommen einer konkludenten Vereinbarung durch wechselseitigen Informationsaustausch 49

II. Der wechselseitige Informationsaustausch als Mittel der abgestimmten Verhaltensweise	53
1. Die Verringerung der Ungewissheit als Inhalt der Abstimmung	53
2. Die Reaktion eines Beteiligten als entsprechendes Marktverhalten	54
3. Die Kausalität als Verknüpfung: Vermutungswirkung auch im Vertikalverhältnis?	55
D. Der einseitige Informationsfluss	59
I. Das Zustandekommen einer Vereinbarung	59
1. Jeweils keine konkludente Aufforderung in Übermittlung und Entgegennahme der Information	59
2. Die Argumentation mit einer stillschweigenden Billigung	61
3. Die Berücksichtigung sonstiger Umstände zur Auslegung des Verhaltens	62
4. Der gemeinsame Plan über einseitiges Marktverhalten	63
II. Das Zustandekommen einer abgestimmten Verhaltensweise	64
1. Der reziproke Charakter der Abstimmung	65
2. Der aus einseitiger Transparenz resultierende einseitige Abstimmungserfolg	67
E. Die vertikale Informationskooperation im „komplexen Kartell“	68
F. Zusammenfassung	70

Kapitel 2

Multilateral strukturierte Kooperationen – Die Vertikalverhältnisse bei Hub&Spokes	71
A. Die gleichberechtigte dreiseitige Kooperation	72
B. Machtgefälle im Vertikalverhältnis und untergeordnete Bedeutung des Vertikalverhältnisses	74
I. Das Vorliegen einer ausdrücklichen Aufforderung	75
II. Das Zustandekommen einer konkludenten Vereinbarung in sonstigen Fällen	76
1. Interessen, Anreize und deren Bedeutung für die Konzertierung	76
2. Anforderungen an die Kenntnis des Hubs	78
III. Die Mitwirkung des Hubs als abgestimmte Verhaltensweise	80
1. Abstimmung durch Informationsweiterleitung	81
2. Das Marktverhalten der Handelspartner des Hubs als Abstimmungserfolg	82
IV. Keine Zusammenfassung zu einem „komplexen Kartell“	83
V. Verteidigungsmöglichkeiten des Hubs gegen ausgeübten Druck und Zwang	85
1. Von der wettbewerbsrechtlichen zu einer zivilrechtlichen Lösung	85
2. Der Grundsatz „protestatio facto contraria non valet“	89
C. Zusammenfassung	91

Inhaltsverzeichnis	15
--------------------	----

Kapitel 3

Hub&Spokes – Vertikale Information als Mittel der Kooperation im Horizontalverhältnis	92
A. Zur Bestimmbarkeit von „Absender“ und „Empfänger“	92
I. Bestimmbarkeit aus dem Inhalt der Information und Festlegung der Beteiligten	93
II. Informationsübermittlung „ad incertae personas“	94
B. Die sternförmige Horizontalvereinbarung	95
I. Die inhaltliche Abstimmung der Informationen in den Vertikalverhältnissen als Anknüpfungspunkt	96
II. Die Veranlassung durch die Handelspartner als Ergänzung	99
III. Das Wissen der Handelspartner von der Informationsweiterleitung durch den Hub als Komplettierung eines Lösungsansatzes	100
IV. Zum einseitigen Informationsfluss	105
C. Der vertikale Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Horizontalverhältnis	105
I. Strategische Relevanz im Horizontalverhältnis	106
II. Unschädlichkeit des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen den Wettbewerbern	107
III. Die verbotene Abstimmung „über den Markt“ in Abgrenzung zur erlaubten Informationsgewinnung „aus dem Markt“	108
IV. Kausalitätsvermutung, Indizien und Parallelverhalten	113
V. Die bloße Billigung einseitiger Information durch einen Wettbewerber – fehlende Reziprozität	115
D. Zusammenfassung	116

Teil 3

Die wettbewerbliche Würdigung einer marktstufenübergreifenden Transparenz	118
--	-----

Kapitel 1

Die vertikale Information und der Schutz der Freiheit im Wettbewerb	122
A. Der Freiheitsschutz im engeren Sinne: Schutz vor Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit	123
I. Der Schutz der Freiheit der an der vertikalen Informationskooperation Beteiligten	123
II. Der Schutz der Freiheit Dritter	126
III. Das Verhältnis der Bezugspunkte des Freiheitsschutzes zueinander	128

B. Der Freiheitsschutz im weiteren Sinne: Schutz der Autonomie von Entscheidungsfindungsprozessen	129
I. Die Beeinflussung von Entscheidungsfindungsprozessen durch vertikale Information	131
II. Wettbewerbsparameter als maßgeblicher Bezugspunkt	133
C. Die Bedeutung der Marktverhältnisse	135
I. (Statische) Marktstrukturanalyse	136
II. (Dynamische) Marktauswirkungsanalyse	138
1. Kollusionseffekte	139
2. Marktverschließungseffekte	140
3. Marktmacht	143
D. Marktstufenübergreifende Transparenz im Hinblick auf die Wettbewerbsparameter im Einzelnen	146
I. Transparenz im Hinblick auf Preise	146
1. Transparenz der Händlerpreise	147
2. Transparenz der Herstellerpreise	149
a) Transparenz der Herstellerpreise im Intra-brand-Wettbewerb	149
b) Transparenz der Herstellerpreise im Inter-brand-Wettbewerb	150
II. Transparenz im Hinblick auf die Produktqualität	151
1. Das Problem der Informationsasymmetrie als wirtschaftstheoretischer Ansatz	152
2. Exkurs: Informationsasymmetrie auf den Kapitalmärkten und Lösungsansätze des Kapitalmarktrechts	154
a) Verbot des Ausnutzens von Informationsasymmetrien auf dem Kapitalmarkt	155
b) Verhinderung der Entstehung von Informationsasymmetrien auf dem Kapitalmarkt	156
3. Schlussfolgerungen unter Berücksichtigung der Regelungen des Kapitalmarktrechts	157
a) Bilaterale Informationskooperationen	158
b) Multilaterale und Hub&Spokes-Kooperationen	161
III. Transparenz im Hinblick auf Werbung	162
IV. Transparenz im Hinblick auf die Produktions-, Angebots- und Nachfragemenge	165
E. Zusammenfassung	166

Kapitel 2

Die vertikale Information und der Schutz der Ungewissheit im Wettbewerbsprozess 167

A. Der Geheimwettbewerb zum Schutz des vorstoßenden Wettbewerbs	169
I. Die Identifizierbarkeit des Wettbewerbsvorstoßes	171

1. Die Identifizierbarkeit für Wettbewerber als personeller Bezugspunkt . . .	173
2. Wettbewerbsparameter als sachlicher Anknüpfungspunkt	174
II. Die Notwendigkeit besonderer Aktualität	174
III. Die Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer	176
IV. Die Abgrenzung marktgerechter von wettbewerbshemmender Identifizierung des Wettbewerbsvorstoßes	176
1. Das Vorliegen eines berechtigten Verhandlungsinteresses	178
2. Das Erfordernis der Kenntnis von der Identifizierbarkeit des Wettbewerbsvorstoßes	180
3. Das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zur Offenlegung	182
4. Die kooperative Offenlegung des Wettbewerbsvorstoßes	182
5. Exkurs: Wettbewerbsvorstöße im Rahmen von Auktionen	184
V. Der einseitige Informationsfluss und seine Auswirkungen auf den vorstößenden Wettbewerb	186
VI. Wettbewerbsvorstöße und vertikal integrierte Unternehmen	187
B. Der Schutz der Ungewissheit über mittelbare Parameter	188
I. Transparenz von Absatzmengen	189
II. Transparenz über Umsätze	191
III. Transparenz über Marktanteile	192
IV. Transparenz über Kosten	194
C. Zusammenfassung	195

Kapitel 3

Die vertikale Information und der Schutz der Effizienz des Wettbewerbsprozesses

A. Die Effizienz als Begriff der Ökonomie	197
B. Die Effizienz in Wettbewerbstheorie und -politik	199
C. Die Effizienz im Kartellverbotstatbestand	204
I. Der Effizienzgewinn als Rechtfertigungsgrund in der Einzelfreistellung . . .	206
1. Effizienzgewinne durch beschleunigtes Entstehen von Marktgleichgewichten	210
a) Die Zugewinne an allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz	210
b) Die Verluste an allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz	211
c) Die Abwägung der Effizienzeffekte	213
2. Effizienzgewinne durch vertikale Know-how-Verbreitung	213
a) Die Zugewinne an produktiver, allokativer und dynamischer Effizienz	214
b) Der Verlust an dynamischer Effizienz	216
c) Die Abwägung der Effizienzeffekte	219
3. Effizienzgewinne durch die Ersparnis von Suchkosten	219

a) Der Zugewinn an produktiver Effizienz	219
b) Die Verluste an allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz .	222
c) Die Abwägung zwischen den Effizienzeffekten	225
4. Effizienzgewinne durch eine Verbesserung der allgemeinen Kostenstruktur	226
a) Der Zugewinn an produktiver Effizienz	226
b) Die Verluste an allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz .	227
c) Die Abwägung zwischen den Effizienzeffekten	228
5. Effizienzgewinne durch verbesserte Transaktionsbedingungen	229
a) Der Zugewinn an allokativer Effizienz	229
b) Die Verluste an produktiver und dynamischer Effizienz	230
c) Die Abwägung zwischen den Effizienzeffekten	230
II. Das Erfordernis einer ausgeglichenen Bilanz der Konsumentenrente als Korrektiv	231
1. Angemessene Verbraucherbeteiligung durch die beschleunigte Entstehung eines Marktgleichgewichts	233
2. Angemessene Verbraucherbeteiligung durch die Verbreitung von Know-how	234
3. Angemessene Verbraucherbeteiligung durch die Einsparung von Kosten	234
4. Angemessene Verbraucherbeteiligung durch die Verbesserung der Transaktionsbedingungen	235
III. Die Grenzen einer Berücksichtigung von Effizienzgewinnen	236
D. Typisierte Effizienzgewinne in der Gruppenfreistellung	239
I. Die vertikale Information im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO	240
1. Die vertikale Information als Ware oder Dienstleistung	241
2. Der Informationstransfer als Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf	243
3. Regelung von Bezugs- bzw. Vertriebsbedingungen in der vertikalen Informationskooperation	244
II. Die Übermittlung von Know-how unter der FuE-GVO	245
E. Zusammenfassung	246
<i>Teil 4</i>	
Zusammenfassung	248
Literaturverzeichnis	251
Stichwortverzeichnis	262

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Begr.	Begründung
Bekanntm. v.	Bekanntmachung vom
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
bzw.	beziehungsweise
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
dt.	deutsch/-e/-es
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Entsch. v.	Entscheidung vom
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GR-Ch	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuR	Europa-Recht

europ.	europäisch/-e/-es
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ.	Court of Appeal of England and Wales, Civil Division
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FuE-GVO	Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kommission	Europäische Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LG	Landgericht
lit.	littera
Ls.	Leitsatz
Mitt. v.	Mitteilung vom
MMR	Multimedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

OLG	Oberlandesgericht
OV	Ohne Verfasser
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
Urt. v.	Urteil vom
usw.	und so weiter
UVP	unverbindliche Preisempfehlung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom/vor
Vertikal-GVO	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen
vgl.	zu vergleichen
VO	Verordnung
VOB/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen Teil A
Vol.	Volume
VOL/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen Teil A
Vorbem.	Vorbemerkungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
z. T.	zum Teil
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Teil 1

Einführung

Kapitel 1

Einleitung

A. Problemstellung und Zielsetzung

Die wettbewerblichen Wirkungen von Information und Transparenz im Markt sind ambivalent. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Marktgegenseite an der Transparenzsteigerung beteiligt wird. So können Marktinformationen einerseits funktionsfähigen Wettbewerb fördern.¹ Eine genaue Kenntnis des Marktes ermöglicht eine bessere Übersicht über die Marktsituation und damit auch eine bessere Prognose der Marktentwicklung.² Dies wiederum begünstigt den Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage, indem es den Unternehmen möglich wird, sich schneller an veränderte Marktverhältnisse anzupassen.³ Im Wettbewerb als Prozess wirtschaftlicher Entwicklung werden laufend Informationen benötigt, um zweckrational agieren und reagieren zu können.⁴ So wird dem Handel die wichtige Aufgabe zugeschrieben, Informationen über Änderungen der Nachfragestruktur und der Geschmackstrends bei den Verbrauchern an die Hersteller weiterzuleiten, damit diese ihre Produktion an die neuen Gegebenheiten anpassen können.⁵ Durch Markttransparenz können somit Fehlallokationen betrieblich-

¹ Wagner-von Papp, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 28; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 265; vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 9 Rn. 37.

² So auch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 265; weitergehend: Grauel, in: FS Sölter, 1982, S. 177, 190.

³ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 265; Sedemund, in: FS Lieberknecht, 1997, S. 571, 572 (für den Austausch von Daten über Absatzmengen und unter Ausklammerung des Austausches von Daten über Preise, S. 573).

⁴ Neumann, in: Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs, 1981, S. 156, betrachtet Information als „eine der wichtigsten Voraussetzungen für einen funktionierenden dynamischen Wettbewerb“.

⁵ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU, 5. Aufl. 2012, Einl. Vertikal-GVO Rn. 4.

cher Ressourcen vermieden werden, was in der Summe auch den Einsatz volkswirtschaftlicher Ressourcen insgesamt verbessert.⁶

Vertikalverhältnisse weisen die Besonderheit auf, dass die Unternehmen vom Grundsatz her konträre Interessen verfolgen. So will der Anbieter einen möglichst hohen Preis für sein Gut erzielen, während der Nachfrager einen möglichst niedrigen Preis zu zahlen gewillt ist. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen werden nicht selten die jeweiligen Unternehmensstrategien, Gewinnmargen oder erzielbare Wiederverkaufspreise zur Sprache gebracht, um der eigenen Position Nachdruck zu verleihen.⁷ Bezüglich des Informationsflusses in den Jahresgesprächen des Einzelhandels wird darauf hingewiesen, dass Händler bei Einkaufsverhandlungen auf Marktentwicklungen, Positionierung von Produkten und Verhalten im Wettbewerb Bezug nehmen müssen.⁸ Die Interessenlage in Vertikalverhältnissen unterscheidet sich daher von derjenigen in Horizontalverhältnissen. Es bestehen mangels gleichgerichteter Interessen erheblich geringere Anreize für eine Kollusion.

Schließlich hat die Erhöhung der vertikalen Transparenz den positiven Effekt, dass sie die Marktmacht der Anbieter reduziert, indem der Nachfrager aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Information die Angebote besser vergleichen und sich dann für das beste entscheiden kann (Erhöhung der Elastizität⁹ der Nachfrage).¹⁰ Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich im Rahmen der Beurteilung von Informationskooperationen der Hinweis finden lässt, eine Beteiligung der Marktgegenseite sei positiv zu berücksichtigen.¹¹ Vereinzelt wurde sogar empfohlen, ein Maximum an vertikaler Transparenz anzustreben.¹²

Andererseits wird betont, dass die wettbewerblich notwendige Ungewissheit auch die Ungewissheit über die Marktgegenseite und deren Verhalten beinhaltet.¹³ Auch im Vertikalverhältnis können die Unternehmen mittels eines gegenseitigen Informationsaustausches eine Verhaltenskoordinierung erreichen. Wer

⁶ Sedemund, in: FS Lieberknecht, 1997, S. 571, 577 (für den Austausch von Daten über Absatzmengen und unter Ausklammerung des Austausches von Daten über Preise, S. 573).

⁷ Vgl.: Röhling/Haus, KSzW 2011, 32, 34.

⁸ Röhling/Haus, KSzW 2011, 32, 36.

⁹ Die Elastizität misst, wie stark Anbieter und Nachfrager auf Veränderungen der Marktlage reagieren, vgl.: Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 111.

¹⁰ Wagner-von Papp, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 262.

¹¹ Vgl.: EuGH, Urt. v. 28.05.1998, Slg. 1998, I-3111, 3164 – John Deere; Griesbach, DB 1961, 1621, 1622 f.; Rinck, BB 1962, 105, 107 f.

¹² Wagner-von Papp, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 262.

¹³ Vgl.: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 10 Rn. 7.

die Einzelheiten über das Verhalten der Marktakteure kennt, kann deren Verhalten antizipieren. Er trifft die folgenden Entscheidungen über das eigene Marktverhalten nicht autonom, sondern in der Erwartung eines bestimmten Verhaltens anderer.

Außerdem kann sich ein vertikaler Informationsfluss auch auf die Transparenz in Horizontalverhältnissen auswirken. Wettbewerber, die denselben Lieferanten oder Abnehmer haben, könnten diesen benutzen, um für eine Transparenzsteigerung im Horizontalverhältnis zu sorgen. Bekannt geworden sind solche Konstellationen unter dem Schlagwort „Hub&Spokes“¹⁴ („Nabe&Speichen“) oder „A-B-C-Collusion“ („A-B-C-Absprache“). Dabei geht es um folgende Dreieckskonstellation: Zwei Wettbewerber auf einem Nachfrage- und auf einem nachgelagerten Angebotsmarkt beziehen ihre Güter von ein und demselben Unternehmen. Dieser Lieferant ist auf dem Angebotsmarkt tätig, auf dem die Wettbewerber ihre Güter nachfragen. Tauscht nun der Lieferant mit jedem Wettbewerber wettbewerbsrelevante Informationen aus, hat der Lieferant ein großes Marktwissen, ähnlich einer Meldestelle. Der Lieferant ist dann in der Lage, über vertikale Kommunikation eine Rolle als Informationsdrehscheibe oder Hub einzunehmen. Die Kartellbehörden dürften bei Hub&Spokes vor einigen Schwierigkeiten stehen, solche Kooperationsformen zu entdecken und nachzuweisen.

Die Folge von Hub&Spokes ist eine gesteigerte Transparenz in Horizontalverhältnissen. Dadurch können die Wettbewerber „über die Bande“ eine Kollusion untereinander erreichen. Daneben kann die gesteigerte Horizontaltransparenz den Anreiz setzen, von vorstoßendem Wettbewerb Abstand zu nehmen, da er dem Vorstoßenden wegen der sofort möglichen Reaktion des Wettbewerbers keinen Vorteil brächte.¹⁵ Schließlich ist im europäischen und im deutschen Kartellrecht anerkannt, dass der Austausch von Daten auch zur Überwachung von Kartellvereinbarungen genutzt und er damit einen Beitrag zu Wettbewerbsbeschränkungen leisten kann.¹⁶ Diese wettbewerbslich negativen Effekte stehen den eingangs genannten positiven gegenüber.

Zwar beschäftigt sich die Kartellrechtswissenschaft und -praxis seit vielen Jahren mit dem Informationsaustausch zwischen Marktteilnehmern. Dabei konzentriert sich die Diskussion aber vornehmlich auf einen Informationsaustausch im Horizontalverhältnis.¹⁷ Die Frage, wie ein Informationsaustausch zu behandeln

¹⁴ Vgl.: BKartA, Schreiben v. 13.04.2010, WuW 2010, 786, 790; Stöcker, WuW 2012, 935 f.; Hainz/Benditz, EuZW 2012, 686 ff.; Liesegang, WuW 2012, 1036 ff.

¹⁵ Vgl. für den Wettbewerbsparameter „Preis“: Hoppmann, WuW 1966, 97, 111 f.

¹⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 265.

¹⁷ Beispielhaft: Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, § 21 Rn. 64; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 303; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV