

Erwägungen für Freistellungen in Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB zur Reaktion auf die volkswirtschaftlichen Störungen, die die Covid-19-Krise bzw. die zur Bewältigung der Krise erlassenen Beschränkungen verursachen

ein gemeinsames Thesenpapier von Lademann & Associates und Norton Rose Fulbright LLP¹

Durch die Covid-19-Krise sind die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb auf vielen Märkten gestört. Aus wettbewerbspolitischer Sicht geht es darum, nicht nur während der Krise die Verbraucherversorgung so kompetitiv wie möglich zu sichern, sondern auch die strukturellen Bedingungen für wettbewerblich strukturierte Märkte für die Zeit nach der Krise frühzeitig in den Blick zu nehmen. Die Folgen von Nachfrageeinbrüchen und einer drohenden Insolvenzwelle werden die Voraussetzungen eines für die Verbraucherwohlfahrt wirksamen Wettbewerbs in vielen Märkten langfristig erheblich beeinträchtigen oder zumindest gefährden.

Im Folgenden stellen wir die besonderen Erwägungen dar, die unseres Erachtens bei der Anwendung des Kartellrechts zu beachten sind, um den besonderen volkswirtschaftlichen Störungen Rechnung zu tragen, die die Covid-19-Krise bzw. die zur Bewältigung der Covid-19-Krise erlassenen Beschränkungen des wirtschaftlichen Lebens mit hoher Wahrscheinlichkeit langfristig verursachen. Wir stellen eine kurze Zusammenfassung voran (dazu unter **1.**), bevor wir die besonderen Merkmale der Covid-19 Krise und deren wirtschaftliche Auswirkungen darstellen (dazu unter **2.** und **3.**) und eine erste kartellrechtliche Bewertung der Situation und der gegenwärtigen Kompensationsmaßnahmen vornehmen (dazu unter **4.**). Weiter beschreiben wir die gegenwärtig angewendeten Ausnahmen vom Kartellverbot zur Überwindung von Versorgungsengpässen (dazu unter **5.**).

Schließlich stellen wir die als Alternative zu den bisher angewendeten Maßnahmen den Vorschlag vor, zur Erhaltung der wettbewerblichen Vielfalt in bestimmten von vorübergehenden Nachfragestörungen betroffenen Branchen für die Zeit nach der Covid-19-Krise vorübergehende Freistellungen bestimmter Kooperationen zwischen Wettbewerbern vom Kartellverbot zuzulassen (dazu unter **6.**). Darüber hinaus gehen wir noch auf weitere wettbewerbssichernde Möglichkeiten der Kartellbehörden wie Strukturhaltungserwägungen in Fusionskontrollentscheidungen und Missbrauchskontrolle ein (dazu unter **7.**).

1. Zusammenfassung/ Executive Summary

Die gegenwärtige Covid-19-Krise führt nicht nur in vielen Branchen zu Lieferengpässen und Versorgungsproblemen (medizinische Schutzausstattung usw.). Weitaus gravierender sind die voraussichtlich längeren Nachfrageeinbrüche, die einerseits direkt durch die staatlichen Auflagen verursacht werden (polizeiliche Anordnungen zur vorübergehenden Schließung von Einzelhandelsgeschäften, Restaurants, Friseuren usw.), andererseits aber durch ein für die Dauer der Covid-19-Krise absehbar geändertes Verbraucherverhalten verursacht werden. Direkte staatliche Unterstützungsmaßnahmen wie Kredite und Beihilfen kommen immer nur einzelnen Unternehmen zu Gute, selten aber einer gesamten Branche, es sei denn, dass alle Marktteilnehmer Beihilfen erhalten.

Darüber hinaus ist bereits gegenwärtig abzusehen, dass staatliche Regulierungen für bestimmte Branchen (z.B. die Flächenbeschränkungen für den Einzelhandel auf 800 Quadratmeter) in der gerichtlichen Kontrolle Anlass für Kritik geben. Daher könnte eine Alternative sein, dass Branchenverbände entsprechende spezifische Leitlinien vorgeben, die anschließend von den Unternehmen „freiwillig“ im Sinne einer Verhaltenskoordinierung umgesetzt werden. In Einzelfällen kann es durchaus geboten sein, auch Abstimmungen über die Weiterbelastung von Preisen vorzunehmen (etwa die Weitergabe von Kosten für Schutzausstattungen für Kunden in Ladengeschäften oder aber die Weitergabe gestiegener Kosten in Folge von Kapazitätsreduzierungen).

Bei derartigen Wettbewerbsbeschränkungen handelt es sich um Wettbewerbsbeschränkungen, die gegenwärtig kaum vom Kartellverbot freistellbar wären. Da sie indes die Kosten für einen Erhalt der wettbewerblichen Vielfalt in einer bestimmten Branche direkt den Branchenkunden und nicht der gesamten Allgemeinheit belasten, könnte es sich dabei um für einige Branchen effizientere Maßnahmen

¹ Mitgewirkt haben auf Seiten von Lademann & Associates Prof. Dr. Rainer P. Lademann, Niels Frank, Dr. Gunnar Oldehaver und Dr. Martin A. Leroch sowie auf Seiten von Norton Rose Fulbright Dr. Maxim Kleine, Dr. Tim Schaper, Dr. Tobias Teichner, Katja Weiss und Sören Rähling. Bei der Ausarbeitung handelt es sich um einen Diskussionsbeitrag der beteiligten Personen.

handeln als staatliche Beihilfen, die durch Steuergelder finanziert werden. Zudem könnte auf staatliche Regulierung verzichtet werden. Insofern könnte die vorübergehende Erlaubnis von Kooperationen zwischen Wettbewerbern sowohl Beihilfen als auch branchenspezifische Sonderregulierungen ersetzen oder ergänzen und deshalb für einige Branchen eine interessante Alternative sein, die vorübergehenden Nachfrageeinbrüche beherrschbar zu machen.

2. Normative Ausgangsfragen

Der Comment, Marktvereinigungen unter „normalen“ Wettbewerbsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen, steht unter dem Einfluss der Corona-Krise auf dem Prüfstand: Es stellt sich u. a. die normative Frage, ob ein Schock als Selektionsursache für Unternehmen hingenommen werden soll, wenn diese vor Beginn der Krise wirtschaftlich gesund und wettbewerbsfähig waren. Diese Frage hat der Staat entschieden, indem er Rettungspakete von Liquiditätshilfen bis hin zu Zuschüssen auf den Weg gebracht hat, die jeweils nur daran anknüpfen, dass Unternehmen vor der Covid-19 Krise wirtschaftlich gesund waren. Dies impliziert, dass die Covid-19 Krise als eine außergewöhnlich Krise wahrgenommen wird, die auch ohne weiteres gesunde Unternehmen betreffen kann. Anders als noch bei vorangegangenen Krisen steht daher nicht die Frage im Vordergrund, ob das Unternehmen wieder wettbewerbsfähig werden kann, sondern nur, ob das Unternehmen vor der Krise gesund war.

Die Soforthilfen stoßen jedoch an ihre Grenzen, wenn die Pandemie nicht sehr schnell gestoppt werden kann. Die von der Bundesregierung, aber auch in der EU verfolgte Strategie, einen temporären Shut-down mit der schnellen Entwicklung eines Impfstoffs zu verbinden, weist aus ökonomischer Perspektive zwei grundlegende Risiken auf: zum einen, wenn die Entwicklung eines Impfstoffes sehr viel mehr Zeit benötigt als bis ins (Früh-)Jahr 2021, zum anderen, wenn es gar nicht gelingen sollte, einen Impfstoff zu entwickeln. In beiden Fällen steht der Wirtschaft und Gesellschaft ‚das Schlimmste‘ noch bevor, z. B. bei einer zweiten oder dritten Infektionswelle und damit einhergehenden erneuten und ggf. sogar längerfristigen Betriebsschließungen.

So ist die Umsetzungsdauer eine große Unbekannte. Niemand weiß, wann gegen das Covid-19-Virus ein Impfstoff entwickelt sein wird, wann dieser in einer ausreichenden Menge produziert und in breiten Bevölkerungskreise hierzulande und aufgrund der internationalen Verflechtungen notwendiger Weise am Ende auch global appliziert sein wird. Während das Robert Koch Institut kürzlich von bis zu 18 Monaten fortdauernden Kontaktrestriktionen gesprochen hat, ist nicht auszuschließen, dass diese noch länger fortbestehen könnten, etwa wenn die Verfügbarkeit, Produktion und Applikation eines Impfstoffes oder einer wirksamen Medikation länger dauern. Sollte die Entwicklung eines Gegenmittels in Form eines Impfstoffes oder einer wirksamen Medikation indes zu lange dauern, so bliebe nur das Erreichen eines ausreichenden Immunitätsniveaus in der Bevölkerung, was entsprechende Zeit in Anspruch nimmt.

Sicher ist jedenfalls, dass in beiden Fällen massivste ökonomische Auswirkungen zu erwarten sind, die der Staat mittels Beihilfen allein nicht mehr auffangen kann. Aber auch der vom Robert Koch Institut erwartete Zeithorizont von bis zu 18 Monaten Kontakteinschränkungen zieht für viele Branchen schwerwiegende Auswirkungen nach sich. Nachfrageeinbrüche in der Gastronomie, dem Einzelhandel vor allem mit Nonfood-Waren und in der Tourismus- und Reisebranche (Flüge, Flughäfen, Schiffsreisen) werden das vorgelagerte verarbeitende Gewerbe ebenso treffen wie die Investitionsgüterindustrie, etwa im Bereich des Maschinenbaus oder im für die betroffenen Industrien und Gewerbe tätigen ITK-Bereich. Je länger die Covid-19-Krise andauert, desto stärker werden Einkommensrückgänge auch auf heute noch von der Krise profitierende Branchen zurückschlagen; beispielsweise auch der Lebensmitteleinzelhandel würde dann mittelfristig ebenfalls Umsatzeinbußen befürchten müssen.

Die notwendigerweise selektive Unterstützung von einzelnen Branchen und die ggf. zeitlich engen Grenzen für staatliche Beihilfen, sollte die Wirtschaft durch die Dauer des Shut-downs in einen Abwärtsstrudel gezogen werden, legen nahe, auch Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft gezielt dort zu nutzen, wo der Staat aufgrund begrenzter Ressourcen keine oder aber keine branchenweit ausreichenden Beihilfen zur Verfügung stellen kann. Um derartige Ansatzpunkte für wettbewerbslich relevante Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft geht es im Folgenden, sei es in den Bereichen, die bereits gegenwärtig von der Covid-19-Krise in erheblichem Maße betroffen sind, sei es, dass die Dauer der Covid-19-Krise weitere Branchen erheblich betreffen wird.

3. Die ökonomischen Effekte der Covid-19-Krise

Die Covid-19-Pandemie stellt weltweit Gesellschaften und Wirtschaftssysteme vor eine der größten Herausforderungen seit dem 2. Weltkrieg. Weltweit ist die Konjunktur stark eingebrochen. Wie die führenden deutschen Wirtschaftsforschungsinstitute in ihrem Frühjahrsgutachten darlegen, hat sich die weltweite Produktion im Vergleich zum Vorjahr bereits um 2,5 % reduziert. Der weltweite Handel wird, so die Wirtschaftsforschungsinstitute, in diesem Jahr um 7,4 % zurückgehen. Auch die deutsche Wirtschaft wird demnach hart von der Pandemie getroffen. Produktionsstillegungen, Schließungen von gastronomischen Betrieben und Freizeiteinrichtungen sowie die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen führten bereits im ersten Quartal 2020 zu einer Schrumpfung des Bruttoinlandsprodukts von 1,9 %. Für das zweite Quartal gehen die Wirtschaftsforschungsinstitute von einer Reduktion von 9,8 % aus, der stärksten Reduktion seit Beginn der Vierteljahresrechnung 1970.

Die sozialen Folgen werden immens sein. Nicht nur viele kleine Betriebe sind einem erheblichen Existenzrisiko ausgesetzt, vor allem in den Bereichen Gastronomie, Einzelhandel und Dienstleistungen. Auch mittelständische Unternehmen in Kernsegmenten der deutschen Wirtschaft, z. B. im Automobilzuliefererbereich, sind absehbar stark in ihrer Existenz gefährdet. Hinzu kommen die bereits offenkundigen Einbrüche in der Messe- und Tourismusbranche sowie in der Luftfahrt. Ein Blick über die Grenze lässt schlimmes ahnen: in Österreich stieg von Februar zu März die Zahl der offiziell als arbeitslos registrierten Personen von 333.987 (Quote 8,1 %) auf 504.345 (Quote 12,2 %), ein Anstieg von über 50 % binnen eines einzigen Monats. Nun ist Österreich mit einem starken Tourismus-Sektor sicherlich nicht mit Deutschland vergleichbar. Dennoch rechnen die Wirtschaftsforschungsinstitute auch hierzulande mit einem deutlichen Anstieg der Arbeitslosenzahlen um bereits kurzfristig rund 236.000 Personen. Die Zahl der Kurzarbeiter wird hingegen voraussichtlich von rund 110.000 auf über 2,4 Millionen geradezu explodieren. Ferner gilt auch hierzulande, dass die Summe der Einkommen drastisch einbrechen dürfte, was gesamtwirtschaftlich zu einer deutlich reduzierten Nachfrage führt. Auch die deutschen Exportmärkte dürften massiv von einer Kaufkraftreduktion getroffen sein. Aufgrund dieser dramatischen Situation hat die Politik weltweit Maßnahmen ergriffen, welche die wirtschaftliche Not von Unternehmen und Konsumenten abfedern helfen sollen. Die Bundesregierung setzt, wie viele andere Regierungen auch, im Kern auf finanzielle Stützen, in Form von Kreditsubventionen, Bereitstellung von Notfallfonds oder einer Neugestaltung der Insolvenzregeln. Ermöglicht werden diese Stützen auch durch eine weitere, drastische geldpolitische Lockerung der Europäischen Zentralbank (EZB).

Die bisher angedachten Unterstützungsmaßnahmen wie KfW-Darlehen, sonstige direkte Beihilfen und gegebenenfalls Eigenkapitalbeteiligungen des neu gegründeten Wirtschaftsstabilisierungsfonds an Unternehmen sind Maßnahmen, die nicht den Wettbewerb in einer bestimmten Branche erhalten, sondern den jeweils davon begünstigten Unternehmen individuell zu Gute kommen. Insofern wären die kurzfristig wettbewerbsbeschränkenden Gestaltungsoptionen, die Gegenstand dieses Papiers sind, sowohl komplementärer als auch substituierender Natur zu den bisher angedachten und praktizierten Unterstützungsmaßnahmen.

Alle der bisher diskutierten Maßnahmen sind sinnvoll und geboten. Allerdings greifen sie in einem wesentlichen Punkt zu kurz, da sie primär die unmittelbaren Kosten der Krise für die Firmen in die Zukunft verschiebt. Ein Kredit, auch ein subventionierter, muss zurückgezahlt werden. Für Hersteller von Investitionsgütern oder manchen Konsumgütern ist dies ausreichend und sinnvoll, wenn die krisenbedingt entgangene Nachfrage später nachgeholt werden kann. Für Dienstleister oder andere Konsumgüterhersteller bedeutet dies jedoch einen absehbaren Schuldenberg in der Zukunft ohne eine Erhöhung der Nachfrage. Ein entgangener Restaurantbesuch, eine abgesagte Messe oder ein Urlaub wird in der Zukunft kaum nachgeholt.

Eine Beteiligung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds stärkt die Eigenkapitalausstattung eines durch Covid-19 in die Krise geratenen Unternehmens. Allerdings ist eine Beteiligung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds an einzelnen Unternehmen nicht geeignet, die vor der Krise bestehende wettbewerbliche Struktur in einer Branche insgesamt aufrecht zu erhalten, solange sich der Wirtschaftsstabilisierungsfonds nicht an allen kapitalbedürftigen Unternehmen beteiligt. Zudem ist eine Eigenkapitalbeteiligung zwar geeignet, die Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens in der Krise zu stärken, aber nicht dafür vorgesehen, durch fortlaufende Eigenkapitalnachsüsse die ungedeckten Betriebs- bzw. Existenzaufrechterhaltungskosten eines Unternehmens während der Krise zu decken.

Die Folgen der Krise werden daher absehbar auch struktureller Natur sein, sofern nicht rechtzeitig auch auf struktureller Ebene reagiert wird. Selbst grundsätzlich lukrative Unternehmen werden vom Markt verschwinden, bereits heute schon marktmächtige Akteure werden an Marktmacht gewinnen, bspw. Amazon oder andere Online-Plattformen. Die Vielfalt an Unternehmen und damit an Produkten und Dienstleistungen wird abnehmen und mit ihr die Verbraucherwohlfahrt. Zudem ist absehbar, dass eine gesteigerte Nachfrage nach der Krise die Lieferketten einem erheblichen Stresstest ausgeliefert sein werden.

Es gilt deshalb, möglichst frühzeitig die Struktur unserer wirtschaftlichen Ordnung zu stützen. Dies kann z. B. durch eine Kooperation von Wettbewerbern erfolgen, indem sie die krisenbedingt stark eingebrochene Nachfrage untereinander aufteilen und so ihre Anlagen sichern, oder indem sie die ebenfalls krisenbedingt unterbrochenen Lieferketten durch koordinierte Belieferung mit knappen Intermediärgütern bestmöglich verteilen. So können mehr der heute existierenden Unternehmen am Markt bestehen bleiben, was den Wettbewerb nach der Krise stützt. Wettbewerbsrechtliche Reaktionen könnten so die (sinnvollen) finanziellen Hilfen der Regierung komplementieren und zur Konservierung der Wirtschaftsstruktur beitragen.

4. Kartellrechtlicher Überblick

Die durch Covid-19 verursachte volkswirtschaftliche Krise verursacht einige Besonderheiten, hinsichtlich derer sich die gegenwärtige Situation sehr grundsätzlich von Strukturkrisen in der Vergangenheit unterscheidet. Strukturkrisen werden in der kartellrechtlichen Literatur und Geschichte in der Regel mit dauerhaften Überkapazitäten bzw. einem dauerhaften Bedarfsrückgang in Verbindung gebracht. Entsprechend sollen „Strukturkrisenkartelle“ auch in der Regel sicherstellen, dass Wettbewerber sich gemeinsam auf den Abbau von Produktions- oder Angebotskapazitäten verständigen und die dafür aufzuwendenden Kosten teilen bzw. sich daran beteiligen. Demensprechend genießt der Begriff des Strukturkrisenkartells heute kein hohes Ansehen mehr. Die gesetzliche Ausnahmeregelung, die § 6 GWB noch bis 2005 vorsah, wurde im Rahmen der 7. GWB Novelle ersatzlos gestrichen.

Die Covid-19-Krise kommt bezüglich folgender Stichworte eine immense wettbewerbspolitische Bedeutung für die Zeit nach Ende der Krise, aber auch heute während der Krise zu:

1. Die Folgen der Krise für die Entwicklung der Nachfrage- und Versorgungsfrage.
2. Die Folgen der Krise für die Entwicklung des Angebots.
3. Die Folgen der Nachfrage- und Angebotsentwicklung für wirksamen Wettbewerb.

Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass die gegenwärtigen Beeinträchtigungen der Volkswirtschaften unabhängig von ihrer genauen Dauer (ob nun ein oder drei Jahre) voraussichtlich vorübergehender Natur sein werden. Spätestens sobald in ausreichender Menge Impfstoffe oder eine Medikation gegen Covid-19 verfügbar sind oder alternativ sobald eine ausreichende Immunisierung der Bevölkerung stattgefunden hat, werden die Beschränkungen des Wirtschaftslebens wieder vollständig aufgehoben. Dann wird jedenfalls auf dem überwiegenden Teil der betroffenen Märkte nach einiger Zeit (offen ist, wie lange das dauert) sowohl die Produktion als auch die Nachfrage wieder das Vorkrisen-Niveau erreichen.

Insofern handelt es sich gegenwärtig im Hinblick auf die Versorgung mit bestimmten, überwiegend in Asien produzierten Produkten um eine absehbar nur vorübergehende Unterversorgungssituation. Auch das gegenwärtige und für die Zeit der Krise noch absehbare Überangebot in bestimmten Wirtschaftszweigen, die gegenwärtig zum Teil sogar vollständig zum Erliegen gekommen sind (Gastronomie, Unterhaltungsbetriebe, von Schließungen betroffener Einzelhandel, Hotels und Tourismus) wird aller Voraussicht nach vorübergehender Natur sein. Nach Ende der Beeinträchtigungen wird aller Voraussicht nach wieder eine ausreichende Nachfrage nach den vor der Krise am Markt verfügbaren Angebotskapazitäten bestehen. Wie erwähnt, kann das aber einige Jahre dauern.

Daher sollte das Kartellrecht für beide Krisenphänomene – sowohl die vorübergehende Versorgungsknappheit mit bestimmten Produkten als auch das gegenwärtige Überangebot an bestimmten Produkten und Dienstleistungen – für die Dauer der Krise geeignete Reaktionen anbieten. Auf beide Besonderheiten gehen wir im Folgenden ein.

Während sich Kooperationen zwischen Wettbewerbern, wie etwa die gegenseitige Öffnung von Lagerbeständen und gegenseitige Belieferung zwischen Wettbewerbern wegen der direkt absehbaren Vorteile für die Verbraucherversorgung mit schwer verfügbaren Produkten noch relativ unproblematisch gemäß § 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB vom Kartellverbot freistellen lassen (dazu im Folgenden unter 5.), erscheint eine entsprechende Freistellung von Kooperationen zwischen Unternehmen, für deren Angebote es keine oder lediglich nur noch eine sehr beschränkte Nachfrage gibt (Fluggesellschaften, Hotels, Einzelhandel, Unterhaltungsbetriebe, Gastronomie, Reisebüros, Kreuzfahrten) problematischer. Ein unmittelbarer Vorteil für die Marktgegenseite ist nämlich nicht absehbar, wenn sich zwei Fluggesellschaften oder 50 Hotels vor Ort die für die Dauer der Covid-19-Krise verbleibende geringe Nachfrage auch noch aufteilen, statt sich im Wettbewerb zueinander um die verbleibende Nachfrage zu bewerben (dazu im Folgenden unter 6.).

5. Freistellungen vom Kartellverbot zur Bewältigung von Versorgungsengpässen

Das Bundeskartellamt verweist auf seiner Webseite auf eine gemeinsame Erklärung des Netzwerks Europäischer Wettbewerbsbehörden (ECN) vom 23. März 2020.² In dieser gemeinsamen Erklärung aller dem ECN angehörigen Kartellbehörden stellen die Behörden klar, dass Kooperationen, die zwischen Wettbewerbern zur Überwindung von Covid-19 bedingten vorübergehenden Versorgungsengpässen eingegangen werden, in der Regel vom Kartellverbot freistellbar sind:

- *“The ECN understands that this extraordinary situation may trigger the need for companies to cooperate in order to ensure the supply and fair distribution of scarce products to all consumers. In the current circumstances, the ECN will not actively intervene against necessary and temporary measures put in place in order to avoid a shortage of supply.*
- *Considering the current circumstances, such measures are unlikely to be problematic, since they would either not amount to a restriction of competition under Article 101 TFEU/53 EEA or generate efficiencies that would most likely outweigh any such restriction. If companies have doubts about the compatibility of such cooperation initiatives with EU/EEA competition law, they can reach out to the Commission, the EFTA Surveillance Authority or the national competition authority concerned any time for informal guidance.”*

In der Praxis hat das Bundeskartellamt bereits mehrere Kooperationen zwischen Wettbewerbern individuell für kartellrechtliche unbedenklich erklärt, die jeweils eingegangen worden sind, um drohende Versorgungsengpässe zu vermeiden oder existierende Versorgungsengpässe zu beseitigen. Andere Kartellbehörden wie die britische CMA haben ähnliche Unbedenklichkeitserklärungen für Kooperationen zwischen Wettbewerbern, beispielsweise Lebensmitteleinzelhändlern, erteilt.

6. Freistellungen vom Kartellverbot zur Bewältigung von vorübergehendem Nachfrageeinbruch/ vorübergehenden Angebots-Überkapazitäten

Neben drohenden Versorgungsengpässen ist eine weitere Folge der Covid-19-Krise, dass die Nachfrage für eine Reihe von Produkten und Dienstleistungen entweder vollständig zum Erliegen gekommen oder aber trotz zwischenzeitlich erfolgter teilweiser Wiedereröffnungen stark zurückgegangen ist.

Dies betrifft einerseits Dienstleistungen wie beispielsweise Flüge oder Hotels, Bars, Kneipen und Restaurants, andererseits Handelsbranchen wie weite Teile des Einzelhandels, sei es für Bekleidung, Elektronik oder eine Vielzahl von Branchen, die entweder von einem gewaltigen Nachfrageeinbruch betroffen sind (z. B. Mietwagenanbieter, Reiseveranstalter, Ferienhotels, Reisebüros und Fluggesellschaften) oder aber direkt von gesetzlich angeordneten temporären oder ggf. wiederholt nötigen Schließungen der Betriebe bzw. Geschäfte betroffen sind bzw. waren (z. B. Einzelhandel, Freizeitparks, Friseure, Kinos, Konzert- und Sportveranstalter).

Norwegen hat eine Ausnahme der Kooperation zwischen Norwegian Airlines und SAS von der Anwendung des Kartellverbots beschlossen. Diese Ausnahme lässt sich nicht mit Versorgungsengpässen

²

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Corona_EC_N_Statement.pdf?__blob=publicationFile&v=2

sen begründen, sondern eher damit, dass beiden Fluggesellschaften ein Überleben trotz erheblichen Nachfrageeinbruchs ermöglicht werden soll, indem sie auf bestimmten Strecken kooperieren.

In Bezug auf derartige Nachfrageeinbrüche lässt sich der vorhandene Freistellungsmechanismus des § 101 Abs. 3 AEUV nicht ohne weiteres anwenden. Dieser zielt nämlich auf unmittelbare Effizienzvorteile unter angemessener Verbraucherbeteiligung, die jeweils regelmäßig innerhalb eines Prognosezeitraums von maximal zwei Jahren eintreten sollen. Bezüglich der angedachten Kooperationen zwischen Wettbewerbern, die für die Dauer von zwei oder drei Jahren unter einem Nachfrageeinbruch leiden, würden die Effizienzvorteile im Sinne eines über die Dauer der Krise konservierten Wettbewerbspotentials indes erst nach Ende der Covid-19-Krise, das heißt in Bezug auf einige Branchen unter Umständen erst in drei Jahren eintreten.³

Eine mögliche Kooperation zwischen unter Nachfrageeinbrüchen oder -verlusten leidenden Wettbewerbern könnte eine vorübergehende Angebotsreduzierung beinhalten, die gleichermaßen eine gleichmäßig reduzierte Auslastung der beteiligten Wettbewerber sicherstellt. Indes wäre eine Beteiligung der auf Angebote verzichtenden Marktteilnehmer an den Erlösen erforderlich, um deren Überleben am Markt für die Zeit nach der Krise zu gewährleisten. Dazu wären gegebenenfalls auch Absprachen über Preise unverzichtbar, die bisher nicht freistellungsfähig sind. Auf diese Weise könnten allerdings für die Zeit nach Ende der Covid-19-Krise die zuvor bestehende Marktstruktur aufrecht erhalten werden – und somit langfristige Verbrauchervorteile gesichert werden.

An dieser Stelle wäre abzuwägen, ob die Aufrechterhaltung einer Vielfalt von Anbietern – etwa einer Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften, Kinos oder Restaurants, die absehbarer Weise für eine längere Zeit unter einem erheblichen Nachfrageeinbruch leiden werden – durch Wettbewerbsbeschränkungen, die eine abgestimmte Kapazitätsreduzierung herbeiführen, gegenüber alternativ erforderlichen staatlichen Beihilfen vorzuzugswürdiger sind oder aufgrund knapper Ressourcen des Staates nicht ohnehin naheliegend sind. Ohne Wettbewerbsbeschränkungen oder staatliche Beihilfen ist damit zu rechnen, dass eine große Zahl von Anbietern in Folge des Nachfrageeinbruchs vom Markt verschwinden wird.

Das Verschwinden einer Vielzahl der Anbieter hätte indes die Konsequenz, dass in der Zeit nach der Covid-19-Krise in vielen Märkten keine für einen wirksamen Wettbewerb ausreichende Anbietervielfalt mehr am Markt tätig wäre. Dies würde – langfristig betrachtet – zu erheblich größeren Beeinträchtigungen führen, als vorübergehende Kooperationen zwischen Wettbewerbern zu gestatten, die zwar zu einer abgestimmten Angebotsreduzierung führen, aber dabei die Anbieter- und Angebotsvielfalt für die Zeit nach der Covid-19-Krise gewährleisten oder zumindest erleichtern.

Eine „Konservierung“ der Angebotsvielfalt für die Dauer der Covid-19-Krise wird im Ergebnis wahrscheinlich auch dazu führen, dass die negativen Effekte des vorübergehenden Nachfrageeinbruchs auf eine kürzere Zeitspanne begrenzt werden. Dies dürfte insbesondere für solche Industrien der Fall sein, die z. B. durch hohe Markteintrittsbarrieren charakterisiert sind oder bei denen eine Kapazitätsausweitung nach der Covid-19-Krise aufgrund von Unsicherheiten erst mit erheblichen Zeitverzögerungen erfolgen dürfte. Neben einer vorübergehenden Angebotsreduzierung könnten aus ökonomischer Perspektive auch koordinierte Einkaufsprozesse von Unternehmen zum Erhalt der Angebotsvielfalt beitragen. Insbesondere Unternehmen des produzierenden Gewerbes sind zum erheblichen Maße von Zulieferbetrieben abhängig und denkbar wäre, dass sich Nachfrager gemeinsam darauf verständigen, festgelegte Mindestpreise vorübergehend nicht zu unterschreiten, damit auch nach der Krise alternative Bezugsquellen zur Verfügung stehen.

Auch um ein eingeschränktes Mindestangebot sicherzustellen und das Infektionsrisiko für die Dauer der Covid-19-Krise effizient zu beschränken, bieten sich branchenspezifische Standards an, die Branchenverbände ausarbeiten. Branchenverbände sind berufener, die spezifischen Auflagen für „ihre“ Branchen zu bestimmen als der Staat. Branchenverbände oder alternativ die in einer Branche tätigen Unternehmen verfügen über die erforderliche Sachkenntnis, um jeweils erforderliche Sicherheitsstandards zu definieren. So wird in einem Flugzeug weniger Raumlufte pro Person erforderlich sein, um Infektionen über die Atemluft auszuschließen, als in einem Bus, Zug, Schiff oder Restaurant, weil im Flugzeug die Luft gefiltert und mit neuer Außenluft ergänzt wird, während dies in einem Restaurant,

³ So wird der Lufthansa Vorstand damit zitiert, er rechne damit, dass es Jahre dauere, bis der Flugverkehr wieder das Vorkrisenniveau erreicht („Wir werden Jahre brauchen, bis die Branche wieder das Vorkrisenniveau erreicht.“), <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/lufthansa-corona-kurzarbeit-101.html>.

Bus oder Schiff nach bisherigem technischen Standard bisher nicht die Praxis ist. Entsprechende Standards kann eine Branche mit großer Wahrscheinlichkeit besser definieren, als der Gesetzgeber. Würde der Gesetzgeber Sonderregulierungsrecht für jede spezifische Branche schaffen, wäre er mit großer Wahrscheinlichkeit schnell überfordert – oder er überschritte den ordnungspolitischen Rubikon. Die ersten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu Quadratmeterbeschränkungen im Einzelfall sind ein erstes Anzeichen für die Komplexität branchenspezifischer Regelungen.

Mit Ausnahme des norwegischen Beispiels gibt es zugegebenermaßen keine praktischen Beispiele für eine entsprechende Akzeptanz von vorübergehenden Wettbewerbsbeschränkungen, um eine Anbietervielfalt und damit wirksamen Wettbewerb für die Zeit nach Ende der absehbar zeitlich beschränkten Krise vorsorglich zu sichern. Es ließen sich aber Kriterien entwickeln, anhand derer möglicherweise fallspezifisch abgeschätzt werden könnte, ob die kurzfristigen Kosten einer vorübergehenden Einschränkung des Wettbewerbs durch die positiven mittel- und langfristigen Effekte kompensiert werden. Mögliche Kriterien könnten Marktaustritts- und Eintrittskosten sein sowie das Ausmaß der durch die Krise hervorgerufenen Preiseffekte.

Zu diesen Kriterien zählen teils in Anlehnung an die Anforderungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Durch die Covid-19-Pandemie muss eine weitere oder aber signifikante Verschlechterung der Marktstruktur drohen.
- Kooperationen zwischen Wettbewerbern müssen der strukturellen Gefährdung des Wettbewerbs wiederum kausal entgegenwirken. D. h. sie müssen geeignet sein, Anbieter, die grundsätzlich überlebensfähig und ökonomisch „gesund“ sind, im Markt zu halten (es geht folglich nicht darum, ineffiziente Strukturen zu konservieren).
- Die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung muss das „mildeste Mittel“ sein. Kooperationen zwischen Wettbewerbern dürfen also nicht zum Aufschub von noch möglichen oder längst geplanten Rationalisierungsinvestitionen führen. Auch dieses Kriterium knüpft an das Kriterium der Erforderlichkeit der Maßnahme (vgl. vorheriger Punkt) an.
- Auch Preisabsprachen (z. B. über Mindestpreise oder Preisrahmen, etwa die vollständige Weitergabe von Zusatzkosten), die zur Angebotsverständigung unter den Wettbewerbern am betreffenden Markt erforderlich sind, müssen unter Umständen und absolut begrenzt auf das erforderliche Maß zulässig sein. Dabei ist indes zu beachten, dass solche Absprachen zwischen Wettbewerbern nur zulässig sein dürfen, wenn diese zwingend zur Umsetzung der Kooperation erforderlich sind.
- Die Kooperation muss die Versorgungslage der Verbraucher verbessern, was nicht nur am Preisniveau gemessen werden darf. Das Counterfactual stellt die Versorgungslage bei Verzicht auf die Kooperation dar.

Angesichts des Corona-Schocks wäre es nicht gerechtfertigt, die Selbsthilfemaßnahmen auf Branchen zu beschränken, die bereits vor der Covid-19-Krise strukturell gefährdet gewesen waren, also etwa auf enge Oligopolmärkte, auf denen heute nur noch maximal drei bis fünf Anbieter oder gar weniger aktiv sind. Es steht ja gerade zu befürchten, dass ohne die oben beschriebenen Selbsthilfemaßnahmen viele Märkte solche potenziell antikompetitiven Strukturen entwickeln würden.

Damit der Überwachungsaufwand der zuständigen Kartellbehörde begrenzt bleibt, wäre anzudenken, dass der die Beschränkung umsetzende Verband bzw. die Gruppe der an der Kooperation beteiligten Unternehmen dazu verpflichtet ist, für die Dauer der Kooperation regelmäßig an die zuständige Kartellbehörde zu berichten. Der Bericht könnte beispielsweise die folgenden Parameter umfassen: Auswirkung der Kooperation auf das Angebot am Markt; Entwicklung der Einkaufs- und Abgabepreise; Umsetzung der Kooperation im Detail. Damit würden die Kartellbehörden im Übrigen in die Lage versetzt, die wettbewerblichen Auswirkungen der Kooperationen zu überwachen und sie zu beenden, wenn die Krisensymptome auslaufen oder der erweiterte kooperative Rahmen missbraucht würde.

7. Weitere wettbewerbssichernde Eingriffe der Kartellbehörden

Fehlt es an Kooperationspotenzialen, etwa weil ein Markt unabhängig von der Covid-19-Krise Überkapazitäten aufweist, kann seitens der Wettbewerbsbehörden unter günstigen Umständen auch darauf hingewirkt werden, möglichst kompetitive Marktstrukturen mit Blick auf die Zeit nach der Covid-19-Krise zu sichern. Kartellbehörden können ggf. bei Zusammenschlussvorhaben im Falle enger Marktstrukturen durch Auflagen eine Politik des „Marktdesigns“ verfolgen, um strukturelle Verschlechterungen von Märkten soweit wie möglich zu vermeiden.

Einer staatlichen Strukturgestaltung begegnet aus ordnungspolitischer Sicht zurecht der Einwand, den Wettbewerb autonomer Unternehmen als Entdeckungsverfahren auszuhebeln und sich als Kartellbehörde Wissen über effiziente Marktstrukturen anzumaßen, die nicht Folge exogener Gestaltung, sondern endogenes Ergebnis des Wettbewerbsprozesses selbst sind. Entsprechende Eingriffe der Kartellbehörden böten aber die Chance, Märkte im Sinne der Strukturkriterien des GWB bzw. der AEUV für die Zeit nach Ende der Corona-bedingten Einschränkungen offener zu halten als ohne einen solchen Eingriff.

Darüber hinaus kommt auch der Missbrauchsaufsicht derzeit eine erhöhte Bedeutung zu. Bei marktbeherrschenden Unternehmen kommt es darauf an, dass Angebotsengpässe nicht zur Durchsetzung von Monopolpreisen genutzt werden. Das bedeutet jedoch nicht, bei Marktbeherrschern jegliche Preiserhöhungen zu verhindern. Das Beispiel von den beiden norwegischen Fluglinien verdeutlicht u. E. die zu beachtende rote Linie: Es ist voraussichtlich so, dass beide Kooperationspartner ohne die Aufteilung des Marktes mit Verlust geflogen wären. Unter der Voraussetzung der Kooperation ist zu erwarten, dass beide Fluglinien jeweils eine Strecke mit besserer Auslastung kostendeckend anbieten konnten. Denkbar ist aber auch, dass trotz der Senkung der Durchschnittskosten die gegebenen Preise nicht kostendeckend waren. Dann hätte ggf. Bedarf bestanden, Preiserhöhungen vorzunehmen, um die Flüge jeweils kostendeckend anbieten zu können. Solche Preiserhöhungen wären eben nicht Ausdruck monopolistischen Verhaltens sondern notwendig, um das Angebot aufrecht zu erhalten.

* * * * *