



Usually
unusual.

Orth Kluth Newsletter Kartellrecht

Technische Gespräche unter Wettbewerbern: Plötzlich bußgeldrelevant

Die Car-Emissions-Entscheidung der Europäischen Kommission und ihre Implikationen

Einleitung

Dem Fall zugrunde liegen Abstimmungen zwischen fünf Automobilherstellern (**OEM**) in rein technischer Hinsicht, ohne Bezug zu Preisen, Kunden oder Gebieten. Solche Konstellationen sind in der Vergangenheit von den Behörden nicht als kartellrechtliche Hardcore-Verstöße eingeordnet worden. Dementsprechend fehlte den Akteuren bei der Teilnahme an den

Abstimmungsrunden auch das Bewußtsein, gegen Kartellrecht zu verstoßen.

Um so überraschender war die Eröffnung des Verfahrens durch die Europäische Kommission (**Kommission**) und die Verhängung von **Bußgeldern in Höhe von insgesamt über € 875 Mio.** nach allen Abzügen – dabei ging ein OEM wegen eines Kronzeugenantrags sogar bußgeldfrei aus und die anderen OEM erhielten erhebliche



Rabatte für die Neuartigkeit der Entscheidung (je 20%), Kronzeugenbeiträge (45%) und Settlement (je 10%).

Der Fall ist aufgrund seiner potentiellen Tragweite für die kartellrechtliche Bewertung von technischer Kooperation und Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern von grundlegender Bedeutung. Und das nicht nur für Unternehmen aus der Automobilbranche. Nachdem die Entscheidung vor ungefähr einem halben Jahr ergangen ist, hat die Kommission am 12. November 2021 die nichtvertrauliche Fassung veröffentlicht (AT.40178). Wir haben sie uns näher angesehen und erläutern Hintergrund, Sachverhalt sowie die wichtigsten Implikationen für die Praxis.

Hintergrund

Hintergrund des Falls sind die europäischen Abgasgesetze sowie die von der EU festgelegten Prüfverfahren, mittels derer die Einhaltung der jeweils geltenden Emissionsgrenzwerte gemessen werden. Die ab 2009 eingeführten neuen Normen und Prüfverfahren waren erheblich strenger als zuvor.

Dies machte bei Diesel-Pkw die Entwicklung neuer Abgasreinigungssysteme erforderlich. Dabei setzte sich u.a. das sog. SCR-Verfahren (*selective catalytic reduction*) durch, bei dem unter der Handelsmarke AdBlue vermarkteter Harnstoff in den Abgastrakt des Fahrzeugs eingeleitet wird und dort schädliche Stickstoffoxide in unschädlichen Stickstoff und Wasser umwandelt. Für das erforderliche AdBlue werden spezielle Tanks in den Fahrzeugen verbaut. AdBlue-Verbrauch und Tankgröße beeinflussen dabei unmittelbar die Reichweite, bis zu der ohne Nachfüllen von AdBlue gefahren werden kann. In dieser Situation kam es im Zeitraum 2009-2014 zu den nun bebußten Kontakten zwischen den beteiligten OEM.

Das Forum der Abstimmung

Die OEM trafen sich über viele Jahre hinweg regelmäßig in Gruppen, in denen sich die jeweiligen Experten auf verschiedenen Hierarchieebenen zu spezifischen, meist technischen Themen austauschten und abstimmen (sog. 5er-Kreise). Einige dieser Kreise befassten sich auch mit SCR-Systemen. Es handelte sich dabei nicht um Verbandsveranstaltungen im eigentlichen Sinn, die Treffen wiesen aber einige auch für Verbandsveranstaltungen typische Merkmale auf: Die Treffen waren institutionalisiert und regelmäßig, und hatten damit eine Atmosphäre des gegenseitigen Vertrauens, obwohl es sich um Zusammenkünfte von Wettbewerbern ohne unternehmensexterne Sitzungsleitung handelte. Ein Großteil der besprochenen Themen war unbedenklich, was es den Teilnehmern erschwerte, etwaige Grenzen der kartellrechtlichen Zulässigkeit zu erkennen.

„Unabhängig vom konkreten Forum ist Wachsamkeit bei Kontakten mit Wettbewerbern immer oberstes Gebot.“

- Diese Positionierung des Falls an der Grenze zwischen Verbandsarbeit und unkontrollierten Wettbewerberkontakten macht ihn für die Praxis besonders wichtig, weil sie verdeutlicht, dass es für die kartellrechtliche Beurteilung nicht auf das Forum ankommt: Wachsamkeit ist bei Kontakten mit Wettbewerbern immer oberstes Gebot.

Im Grundsatz erlaubte Kooperation, aber...

Die Kommissionsentscheidung stellt fest, dass sich die OEM zu diversen für die Entwicklung von SCR-Systemen relevanten Themen und Aspekten austauschten und deutet an, dass ein Großteil dieses Austauschs kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei.¹ Noch deutlicher wurde die zuständige EU-Kommissarin Margarethe Vestager im vergangenen Herbst in einer Rede anlässlich der Jahreskonferenz des Italienischen Kartellrechtsverbands: Die technische Kooperation der OEM hinsichtlich SCR-Systemen sei größtenteils legal und erforderlich gewesen, um praktische Herausforderungen wie den Aufbau einer Nachfüllinfrastruktur oder die

Entwicklung eines Standard-Einfüllstutzens zu meistern.² Sprich: **Die Kooperation brachte Vorteile für die Verbraucher.** Warum verhängte die Kommission dann aber hohe Bußgelder?

Der Inhalt des Vorwurfs ist so bemerkenswert, als die Kommission selbst sich genötigt sah, ihm gleich in der Einleitung der Entscheidung zur Klarsellung eine eigene Randnummer zu widmen: „*Dieses Verfahren betrifft ausschließlich eine Abstimmung zu technischen Aspekten, und nicht zu Preisen, Kosten oder Mengen.*“³

„Der Vorwurf betrifft ausschließlich eine Abstimmung zu technischen Aspekten.“

Vorgeworfen wurde den OEM nämlich, die – an sich zulässige – Kooperation nicht auf notwendige oder für die Verbraucher vorteilhafte Aspekte begrenzt zu haben. Kartellrechtswidrig gewesen sei die in diesem Zusammenhang erfolgte Koordinierung der Größen der AdBlue-Tanks und der Reichweiten zwischen zwei Nachfüllungen, sowie der Austausch über angenommene durchschnittliche AdBlue-Verbrauchswerte.⁴ Das Verhalten der OEM sei „*seinem Wesen nach dazu geeignet [gewesen], den Wettbewerb bei [diesen Produkteigenschaften] auf die über die regulatorischen Vorgaben hinausgehende (NO_x)-Stickoxid-Reinigung und damit bei der technischen Entwicklung auf dem Gebiet der*

¹ Rn. 76.

² Zitiert nach MLex, Meldung vom 22. Oktober 2021 „*Vestager warns about 'no-poach' deals on EU cartel policy*“; s. auch der zeitgleich mit der Entscheidung an die

OEM adressierte Comfort Letter, abrufbar auf der Website der Kommission unter dem Az. AT.40178.

³ Rn. 10.

⁴ Rn. 5.

NO_x-Reinigung durch SCR-Systeme für neue Diesel-Pkw [...] einzuschränken und die Auswahl für die Kunden zu begrenzen.“⁵

- Zwar ist die Beschränkung der technischen Entwicklung in Art. 101 Abs. 1 lit. b) AEUV sogar ausdrücklich verboten. Es handelt sich aber um die erste Entscheidung der Kommission, in der ein Verhalten ausschließlich auf dieser Grundlage als Kartell qualifiziert und bebußt wurde. Den OEM brachte die Neuartigkeit des Vorwurfs eine Reduktion der Bußgelder um 20%.⁶ **Künftig wird die Kommission aber auch (bloße) Beschränkungen der technischen Entwicklung – gleich in welchem Bereich – bußgeldmäßig nicht milder behandeln als Preisabsprachen oder Kundenaufteilungen.**

Koordinierung der AdBlue-Tankgrößen und -Reichweiten

Konkret hätten die OEM sich auf kleine AdBlue-Tanks mit einer effektiven Reichweite von 10.000 km geeinigt. Diese Reichweite hätte bedeutet, dass die Kunden zwischen zwei Wartungsintervallen eine oder mehrere AdBlue-Nachfüllungen selbst vornehmen müssten.

Die Koordinierung erfolgte zwar zumindest auch vor dem Hintergrund, die Mineralölindustrie vom Aufbau einer Nachfüllinfrastruktur an Tankstellen zu überzeugen – einer von der Kommission an sich gebilligten Notwendigkeit bei der AdBlue-Einführung. Das erkannte die Kommission grundsätzlich auch an.⁷ Sie hielt

die Koordination aber dafür nicht für unabdingbar und über diesen Zweck hinausgehend.⁸

Maßgeblich war für die Kommission vielmehr die Überzeugung, dass die Tankgrößen und Nachfüllintervalle „wettbewerbsrelevant“ seien. Das folge u.a. daraus, dass die Umweltverträglichkeit von Pkw zu Werbezwecken genutzt werde und die Marketing- Verkaufs- und/oder Kundendienstabteilungen bei Überlegungen über die AdBlue-Nachfüllstrategie eingebunden gewesen seien.⁹

Die Abstimmung hätte bei ihrer Umsetzung dazu geführt, dass Kunden keine Möglichkeit gehabt hätten, Pkw mit großen SCR-Tanks ohne Nachfüllbedarf zwischen den Wartungsintervallen zu kaufen. Diese Beschränkung könne auch nicht durch den Aufbau einer flächendeckenden Nachfüllinfrastruktur kompensiert werden.¹⁰

„Maßgeblich für die kartellrechtliche Beurteilung ist die *Wettbewerbsrelevanz* abgestimmter Parameter.“

- Kurz: Der Umstand, dass gewisse Produkteigenschaften (die AdBlue-Tankgröße und -Reichweite sowie allgemein die Umweltverträglichkeit von Pkw) für Kunden relevant sind, bedeutet, dass diese Parameter **Wettbewerbsfaktoren** sind. Eine

⁵ Rn. 7.

⁶ Rn. 234 f.

⁷ Rn. 78.

⁸ Rn. 132 ff.

⁹ Rn. 86 ff.

¹⁰ Rn. 126.

Abstimmung über derartige Faktoren beschränkt den Wettbewerb und verstößt damit gegen das Kartellverbot.

Vermeidung regulatorischer „Übererfüllung“

Nun könnte man einwenden, dass eine Wettbewerbsbeschränkung schon deshalb ausscheiden müsse, weil die Schadstoffemissionen, um deren Reduktion es beim SCR-System geht, gesetzlich reguliert sind, so dass die diskutierten Parameter gar nicht zur Disposition stehen. Doch das ließ die Kommission nicht gelten. Im Gegenteil:

Durch Koordinierung der Tankgrößen und -Reichweiten habe sich darüber hinaus auch der durchschnittliche AdBlue-Verbrauch herleiten lassen. Dieser habe nach dem gemeinsamen Verständnis der OEM ausgereicht, um die regulatorischen Vorgaben einzuhalten.¹¹ Offensichtlich sah die Kommission schon in diesem gemeinsamen Verständnis einen unerlaubten Informationsaustausch, den sie an anderer Stelle als „nicht hinreichend anonymisiert oder aggregiert“ bezeichnet.¹²

Außerdem – so die Kommission – stellten es die gesetzlichen Mindestanforderungen den OEM frei, darüber hinausgehend noch umweltfreundlichere Pkw zu verkaufen. Den OEM sei bei dem Austausch über den AdBlue-Verbrauch bewusst gewesen, dass durch höhere AdBlue-Mengen die Mindestanforderungen tatsächlich hätten „übererfüllt“ werden können. Durch ihre Abstimmung der Tankgrößen und -Reichweiten hätten sie aber untereinander zu erkennen gegeben, eine solche „Übererfüllung“ nicht anzustreben.¹³ Sie hätten also

den Wettbewerb um die „Übererfüllung“ der gesetzlichen Mindestanforderungen beschränkt.

„Der Grat zwischen Gesetzesauslegung und Ankündigung, nicht über Mindeststandards hinausgehen zu wollen, ist eng.“

- Letztlich bedeutet das, dass auch bisher oft als „*Safe Harbour*“ angesehene und in Verbänden regelmäßig geführte **Diskussionen über die Auslegung und Reichweite von Gesetzen künftig mit großer Vorsicht zu behandeln** sind. Der Grad zwischen erlaubter Gesetzesauslegung und impliziter Ankündigung oder gar Abstimmung, nicht über gesetzliche Mindestanforderungen hinausgehen zu wollen, ist in der Praxis äußerst schmal und wird vielen Gremienteilnehmern kaum bewusst sein.

Fehlende Umsetzung

Bemerkenswert ist eine weitere Klarstellung zu Beginn der Entscheidung: Die vorgeworfene Abstimmung wurde von den OEM gar nicht umgesetzt. Vielmehr lagen die SCR-Tankgrößen und Reichweiten der im betroffenen Zeitraum auf den Markt gebrachten Pkw deutlich über den im Rahmen der 5er-Kreise diskutierten Werte. Auch die technischen Lösungen

¹¹ Rn. 79 f.

¹² Rn. 175.

¹³ Rn. 81 ff.

unterschieden sich.¹⁴ Im letzten von dem Verstoß betroffenen Treffen wurde sogar klar, dass eine Verständigung auf eine einheitliche AdBlue-Tankgröße nicht möglich war.¹⁵ Die Kommission wertete das Verhalten der OEM aber als Fall der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, die schon ihrer Natur nach als so wettbewerbschädlich angesehen werden, dass eine Umsetzung gar nicht erforderlich war.¹⁶

- Diese weite Auslegung des „Bezweckens“ entspricht durchaus der üblichen Entscheidungspraxis der Kommission, erscheint in dieser konkreten Konstellation aber überhart: Es handelte sich nicht um ein Verhalten, dem die Illegalität auf die Stirn geschrieben stand und es gab keine Entscheidungshistorie, die die Grenzen der kartellrechtlichen Zulässigkeit technischer Kooperation klar aufgezeigt hätte. Zu unterstellen, eine Gruppe von Ingenieuren hätte in dieser Lage durch überschießende technische Kooperation bewusst den Wettbewerb zu beschränken bezweckt, geht an der Realität vorbei. Das ändert freilich nichts daran, dass die Entscheidung in der Welt ist und beachtet werden muss.

Fazit

Die *Car-Emissions*-Entscheidung ist ein Paukenschlag. Bei näherem Hinsehen zeigt sich zwar, dass sie sich in die zunehmend strengere Entscheidungspraxis der letzten Jahre zu Verhaltensweisen abseits klassischer Preisabsprachen einfügt und nicht mit der kartellrechtlichen Systematik bricht. Sie treibt diese Entwicklung jedoch (vorerst) auf die Spitze und zieht scharfe

Grenzen in Bereichen, die bisher allenfalls als „grau“ galten. Zwar ist eine derartige Konkretisierung durch die Kommission durchaus zu begrüßen und mit der Frage der Wettbewerbsrelevanz hat sie ein Krierium aufgegriffen, das nicht nur nachvollziehbar und abstrahierbar ist, sondern von den betroffenen OEM sogar selbst verwendet wurde. Der Weg, unstreitig erlaubte und sogar verbraucherfreundliche Kooperation im technischen Bereich ins latente Risiko eines schweren Kartellverstoßes zu stellen, weil in diesem Rahmen bereits einmal versehentlich „falsch abbiegen“ zu bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen führen soll, ist aber fragwürdig und vor allem wenig praxistauglich. **Denn die Grenzen werden für juristische Laien in der Praxis kaum zu erkennen sein.**

Es bleibt die Erkenntnis, dass bei jeglichen Wettbewerberkontakten, gleich in welchem Forum, Vorsicht geboten ist. Neu ist, dass auch Themen wie

- technische Kooperation zwischen Wettbewerbern, die über das strikt Notwendige hinausgeht; und
- gemeinsame Gesetzesauslegung unter Wettbewerbern, insbesondere bei gesetzlichen Mindestanforderungen,

kartellrechtlich schnell kritisch werden kann. Und **die Bußgeldrisiken sind enorm.**

¹⁴ Rn. 9.

¹⁵ Rn. 85.

¹⁶ Rn. 125.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Moritz Dästner
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 60035-292
moritz.daestner@orthkluth.com



Dr. Anselm Grün
Rechtsanwalt, Notar, Partner
T +49 30 509320-0
anselm.gruen@orthkluth.com



Dr. Bastian Mehle
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 30 509320-115
bastian.mehle@orthkluth.com

Usually
unusual.