

**Skript zur Vorlesung
Kartellrecht
(Sommersemester 2018)**

Von
Dr. Michael Beurskens,
LL.M. (Gewerblicher Rechtsschutz),
LL.M. (University of Chicago),
Attorney at Law (New York)
Professor an der Universität Passau

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| 1. Kapitel Der Wettbewerb und das Kartellrecht | 13 |
| I. Wettbewerb | 13 |
| 1. Markt..... | 13 |
| a. Zahlungsbereitschaft der Nachfrager: Nachfragegesetz..... | 14 |
| b. Gewinnmaximierung der Anbieter | 17 |
| c. Marktgleichgewicht..... | 19 |
| 2. Chancen und Risiken des Wettbewerbs | 22 |
| a. Potential von Wettbewerb für sozialen Nutzen | 22 |
| b. Grenzen des Wettbewerbs als Steuerungsmechanismus | 23 |
| 3. Wettbewerbstheorien | 27 |
| a. Klassischer Liberalismus und Modell vollständiger Konkurrenz (1789)..... | 28 |
| b. Funktionsfähiger Wettbewerb ("Harvard School", 1961)..... | 30 |
| c. Vollständiger Wettbewerb („Freiburger Schule“, „Ordoliberaler Wettbewerbstheorie“, 1937) | 32 |
| d. Wettbewerbsfreiheit („Neoklassik“, „Austrian School“, 1883) | 33 |
| e. Wettbewerbseffizienz („Chicago School“, 1968) | 34 |
| II. Überblick über das Kartellrecht | 36 |
| 1. Schutzzweck | 36 |
| 1. Übersicht über die Regelungen | 38 |
| a. Das Kartellverbot..... | 39 |
| b. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung..... | 40 |
| c. Zusammenschlusskontrolle | 40 |
| d. Öffentliche Unternehmen (Art. 106 AEUV) | 41 |
| 2. Durchsetzung des Kartellrechts..... | 43 |
| a. Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht | 44 |
| b. Deutschland..... | 46 |
| c. Europa | 47 |
| III. Geschichte des Kartellrechts | 47 |
| 2. Kapitel Das Kartellverbot..... | 51 |
| I. Internationaler und sachlicher Anwendungsbereich | 52 |
| 1. Internationaler Anwendungsbereich | 52 |
| 2. Sachlicher Anwendungsbereich | 52 |
| II. Tatbestandsvoraussetzungen..... | 52 |
| 1. Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: | |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Unternehmen/ Unternehmensvereinigung | 52 |
| a. Ausgenommene Bereiche | 54 |
| b. Insbesondere: Staatliches Handeln | 56 |
| c. Unternehmensverbände („Konzerne“) | 58 |
| aa. Konzerninterne Kartellvereinbarungen | 58 |
| bb. Zurechnung innerhalb eines Konzerns | 58 |
| 2. Abrede | 59 |
| a. Vereinbarungen | 61 |
| b. Beschlüsse | 65 |
| c. Abgestimmte Verhaltensweisen | 67 |
| aa. Abstimmung | 68 |
| bb. Tatsächliches Marktverhalten | 70 |
| cc. (Vermutete) Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten | 70 |
| dd. Erfolg der Koordination nicht erforderlich | 74 |
| 3. Wettbewerbsbeschränkung | 75 |
| a. Bestehender Wettbewerb (Marktabgrenzung) | 75 |
| aa. Sachlich relevanter Markt | 77 |
| bb. Räumlich relevanter Markt | 79 |
| aa. Zeitlich relevanter Markt | 80 |
| b. Beschränkung: Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs | 80 |
| aa. Formen der Beeinträchtigung | 80 |
| aa. Horizontale und vertikale Beschränkungen | 82 |
| bb. Bündeltheorie | 84 |
| c. Immanente Schranken | 85 |
| aa. Keine „Rule of Reason“ | 85 |
| aa. Abreden ohne wettbewerbsbeschränkende Wirkung | 87 |
| bb. Insbesondere: Lehre von den Nebenabreden (Ancillary Restrictions) / Immanenztheorie | 89 |
| 4. Bezweckt oder spürbar bewirkt | 93 |
| a. Bezwecken | 94 |
| b. Spürbar bewirken | 96 |
| aa. Nachweis der bewirkten Beeinträchtigung | 96 |
| bb. Spürbarkeit | 98 |
| c. Regelbeispiele des Art. 101 AEUV | 99 |
| 5. Zwischenstaatlichkeit | 101 |
| a. Handel | 101 |
| b. Zwischen den Mitgliedsstaaten | 101 |
| c. Eignung zur Beeinträchtigung | 103 |
| d. Spürbarkeit | 104 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| 6. Freigabe | 104 |
| a. Prinzip der Legalausnahme | 105 |
| b. Einzelfreistellung (Art 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB) | 106 |
| aa. Effizienzgewinn | 107 |
| bb. Unerlässlichkeit | 108 |
| cc. Angemessene Verbraucherbeteiligung | 108 |
| dd. Wettbewerbserhalt | 109 |
| c. Gruppenfreistellungsverordnungen (Art. 103 AEUV, § 2 Abs. 2 GWB) | 109 |
| aa. Prüfung der Freistellung | 111 |
| bb. Entzug der Freistellung im Einzelfall (Art. 29 VO 1/2003, § 32d GWB) | 113 |
| cc. Insbesondere: Vertikal-GVO | 116 |
| d. Besondere Rechtfertigungsfälle im deutschen Recht | 124 |
| aa. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB) | 124 |
| bb. Landwirtschaft (§ 28 GWB) | 126 |
| cc. Zeitschriften (§ 30 GWB) | 128 |
| III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot | 130 |
| 1. Zivilrechtliche Rechtsfolgen | 130 |
| a. Nichtigkeit der Vereinbarung | 131 |
| b. Unterlassungsansprüche (§ 33 Abs. 1 GWB) | 132 |
| c. Schadensersatzansprüche (§ 33a GWB) | 133 |
| d. Verbandsklagen | 135 |
| 2. Behördliche Rechtsfolgen | 135 |
| 3. Strafrechtliche Rechtsfolgen | 136 |
| 3. Kapitel Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung | 139 |
| I. Überblick | 139 |
| 1. US-amerikanisches Kartellrecht | 141 |
| 2. Europäisches Marktmachtmissbrauchsverbot | 141 |
| 3. Deutsches Missbrauchsverbot | 143 |
| II. Tatbestandsvoraussetzungen | 143 |
| 1. Unternehmen | 144 |
| 2. Marktbeherrschende Stellung | 145 |
| a. Marktabgrenzung | 145 |
| aa. sachlich relevanter Markt | 145 |
| bb. räumlich relevanter Markt | 152 |
| cc. Kettensubstitution | 155 |
| b. Marktbeherrschung | 156 |
| aa. Marktstruktur, insb. Marktanteile | 161 |


Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| bb. Unternehmen | 162 |
| cc. Verhalten | 164 |
| dd. Insbesondere: Marktbeherrschung durch Oligopole | 164 |
| 3. Missbrauch | 168 |
| a. Ausbeutungsmissbrauch | 171 |
| aa. Preismissbrauch (Art. 102 S. 1, lit. a, 1. Var. AEUV / § 19 Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. GWB) | 172 |
| bb. Konditionenmissbrauch (Art. 102 S. 2, lit. a, 2. Var. AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 2, 2. Var. GWB) | 174 |
| cc. Anzapfverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) | 176 |
| b. Behinderungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. b, lit. c AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) | 177 |
| aa. Absatzbeschränkung und Geschäftsverweigerung („Refusal to deal“) | 178 |
| bb. Insbesondere Rabattsysteme | 180 |
| cc. Diskriminierung (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB) | 184 |
| dd. Insbesondere: Koppelung | 187 |
| ee. Essential Facilities | 190 |
| ff. Predatory Pricing | 204 |
| c. Marktstrukturmissbrauch | 206 |
| 4. Zwischenstaatlichkeit | 208 |
| III. Besondere Tatbestände im deutschen Kartellrecht | 209 |
| 1. (Vertikales) Behinderungsverbot, Diskriminierungsverbot und Anzapfverbot bei relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB) | 209 |
| 2. Horizontales Behinderungsverbot (§ 20 Abs. 3 GWB) | 215 |
| 3. Aufnahmezwang (§ 20 Abs. 5 GWB) | 218 |
| 4. Boykottverbot (§ 21 Abs. 1 GWB) | 219 |
| 5. Druckverbot (§ 21 Abs. 2, Abs. 3 GWB) | 222 |
| 6. Maßregelungsverbot (§ 21 Abs. 4 GWB) | 223 |
| IV. Rechtsfolgen | 224 |
| 1. Öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen | 224 |
| 2. Zivilrechtliche Rechtsfolgen | 225 |
| 4. Kapitel Die Fusionskontrolle | 227 |
| I. Überblick | 227 |
| 1. Geschichte der Fusionskontrolle | 229 |
| 2. Realtypen | 230 |
| 3. Verhältnis von deutscher und europäischer Fusionskontrolle | 231 |


Inhaltsverzeichnis


| | |
|--|-----|
| II. Tatbestand | 231 |
| 1. Aufgreifkriterien | 232 |
| a. ausgeschlossene Bereiche | 232 |
| b. Zusammenschluss | 232 |
| aa. Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB ~ Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO) | 234 |
| bb. Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB = Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO) | 236 |
| cc. Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) | 237 |
| dd. Sonstige Verbindung (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) | 238 |
| c. Sonderproblem: Gemeinschaftsunternehmen | 238 |
| d. Umsatzschwellen | 240 |
| e. Ausschlussstatbestand (§ 35 Abs. 2 GWB) | 242 |
| 2. Eingreifkriterien | 242 |
| a. Regelbeispiel: Marktbeherrschende Stellung | 243 |
| b. Generalklausel: erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs | 244 |
| c. Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 Abs. 4, Abs. 4; Art. 3 Abs. 4 FKVO) | 245 |
| d. Besondere Ausnahmen im deutschen Recht | 245 |
| 3. Verfahren | 246 |
| a. Anmeldung (§ 39 Abs. 1 GWB, Art. 4 FKVO) | 247 |
| b. Vorverfahren (§ 40 Abs. 1 GWB; Art. 6, 10 Abs. 1 FKVO) | 247 |
| c. Haupt(prüf-)verfahren (§ 40 Abs. 2 bis Abs. 6 GWB) | 248 |
| d. Vollzugsmeldung (§ 39 Abs. 6 GWB) | 250 |
| e. Mitgliedstaatliches und gemeinschaftsweites Verfahren | 250 |
| f. Ministererlaubnis (§ 42 GWB) | 251 |
| 4. Rechtsfolgen fehlender Anmeldung oder fehlender Erlaubnis | 252 |
| 5. Exkurs: Pressefusionskontrolle | 254 |

Verwendete Symbole

 Meinungsstreit

 Definition

 Prüfungsschema

 Klausurtyp

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------------|---|
| Abl. | Amtsblatt (der EU) |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Ver- trages von Lissabon |
| Art. | Artikel |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl. | Auflage |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| EuG | Europäisches Gericht (erster Instanz) |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| ff. | folgende |
| FS | Festschrift |
| Ges. | Gesetz, gesetzlich |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) |
| GVO | Gruppenfreistellungsverordnung |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HS | Halbsatz |
| i.d.R. | in der Regel |
| Kom. | Kommission |
| lit. | Litera (Buchstabe) |
| MüKoBGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| NZKart | Neue Zeitschrift für Kartellrecht |
| Rg. | Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftlich |
| RL | Richtlinie |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|---|
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| S. | Seite |
| s. | siehe |
| SchV | Schuldverhältnis |
| Slg. | Amtliche Sammlung des EuGH |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| Tz. | Teilziffer |
| u.a. | unter anderem |
| VO | Verordnung |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift) |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZWeR | Zeitschrift für Wettbewerbsrecht |

Literaturverzeichnis

Alexander, Christian, Fälle zum Kartellrecht, 2. Auflage, München 2018 (25,90 €).

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, GWB – Kartellgesetz - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kommentar), 8. Auflage, München 2015 (115 €).

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo, EU-Kartellrecht (Kommentar), 3. Auflage, München 2014 (169 €).

Berg, Werner/Mäsch, Gerald (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht – Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (258 €).

Berlit, Wolfgang, Wettbewerbsrecht – Eine Gesamtdarstellung für die Praxis, 10. Auflage, München 2017 (49 €).

Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015; Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1-96, 130, 131, 2. Auflage, München 2015.

Bunte, Hermann-Josef/Stancke, Fabian, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, 3. Auflage, München 2016 (95 €).

Busche, Jan/Röhling, Andreas (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, Köln 2017; Band 2: Deutsches Kartellrecht, Köln 2015; Band 3: Europäisches Kartellrecht, Köln 2016; Band 4: Europäisches Kartellrecht, Köln 2013.

von Dietze, Philipp/Janssen, Helmut, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Auflage, München 2015 (65 €).

Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2016 (34,99 €).

Ekey, Friedrich L., Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts mit Grundzügen des Marken-, Domain- und Telekommunikationsrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (23,99 €).

Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner, Kartellrecht, 14. Auflage, München 2018 (45 €).

Literaturverzeichnis

Ensthaler, Jürgen/Gesmann-Nuissl, Dagmar, Kartellrecht für Studium und Praxis, 1. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2013 (26,95 €).

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht – Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2015 (159, 99 €).

Fritzsche, Jörg, Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2018 (24 €).

Haberstumpf, Helmut/Husemann, Stephan, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Examenskurs für Referendare, 6. Auflage, München 2015 (26,90 €).

Hönn, Günther, Examens-Repetitorium Wettbewerbs- und Kartellrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015 (19,99 €).

Hönn, Günther, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2013 (22,99 €).

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht . Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band I – EU/Teil 1, 5. Auflage, München 2012; Band I – EU/Teil 2, 5. Auflage, München 2012; Band 1 EU/Teil 1: Nachtrag, München 2014; Band 2 – GWB/Teil 1, 5. Aufl. München 2014. (997 €)

Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk/Kulka, Michael (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt), 90. Aktualisierung, Köln 2018 (379 €).

Kling, Michael/Thomas, Stefan, Kartellrecht, 2. Auflage, München 2016 (59 €).

Koenig, Christian/Schreiber, Kristina, Europäisches Wettbewerbsrecht: Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht, Tübingen 2010 (11, 99 €).

Lange, Knut Werner/Pries, Thorsten, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Berlin 2011 (39 €)

Lettl, Tobias, Kartellrecht, 4. Auflage, München 2017 (29,80 €).

Loewenheim, Ulrich/Meesen, Karl. M./Riesenkampff, Alexander/ Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans-Jürgen, Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht – Kommentar, 3. Aufl., München 2016.

Literaturverzeichnis

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014 (139 €).

Neef, Andreas, Kartellrecht, Heidelberg 2008 (vergriffen).

Säcker, Franz Jürgen/Wolf, Maik, Kartellrecht in Fällen, 2. Auflage, München 2018 (27 €).

Schmelz, Christoph, Fallsammlung zum Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Kartellrecht, Berlin/Heidelberg/New York 2005 (29,99 €).

Schmidt, Ingo/Haucap, Justus, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, 10. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2013 (29, 80 €)

Schröter, Helmuth/Thinam, Jakob/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht – Kommentar, 2. Aufl., München 2014 (248 €).

Schulte, Josef/Just, Christoph (Hrsg.), Kartellrecht – GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht - Rechtsprechungskommentar, 2. Auflage, Köln 2015.

Schwintowski, Hans-Peter, Prüfe Dein Wissen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012 (24,90 €).

Sosnitza, Olaf, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, München 2011 (22,90 €).

von Wallenberg, Gabriela, Kartellrecht, 3. Auflage, Köln 2010 (20 €).

1. Kapitel Der Wettbewerb und das Kartellrecht

I. Wettbewerb

- 1 Dieses Skript behandelt den Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen durch Koordination zwischen Marktteilnehmern und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Bevor man die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen des GWB und des AEUV anwenden kann, ist es unverzichtbar zunächst zu klären, was *wir* überhaupt unter „**Wettbewerb**“ verstehen.

1. Markt

- 2 Erforderlich für den Wettbewerb ist zunächst ein „**Markt**“, auf dem ein Nachfrager für ein bestimmtes Produkt die Wahl zwischen zwei oder mehr Anbietern hat, oder sich gerade umgekehrt der Anbieter eines nachgefragten Produkts mindestens zwei Nachfragern gegenübersteht (insgesamt also mindestens drei Personen beteiligt sind). Notwendig ist zudem, dass die betroffenen Personen (also die Nachfrager im Nachfragemarkt oder die Anbieter im Absatzmarkt) ihr Verhalten nicht gezielt koordinieren, sondern konkurrieren, um ihre Position zu Lasten der Marktgegenseite zu verbessern. Jeder Gewinn eines Anbieters bzw. Nachfragers geht dabei auf Kosten der Marktgegenseite oder der jeweiligen Konkurrenz, was Anknüpfungspunkt der rechtlichen Kontrolle ist.¹

Beispiele: 1. Wenn A und B als wesentliche Nachfrager eines Produkts eine Einkaufskooperation gründen und nunmehr einheitliche Bedingungen von ihrem Lieferanten X zu verlangen, kann dieser nicht mehr auf B ausweichen, wenn der ihm von A angebotene Preis nicht gefällt (für X verkleinert sich der **Absatzmarkt**). Hierdurch wird zugunsten von A und B der Preis verringert; für X bedeutet dies einen Einnahmeverlust.

2. Wenn A und B als einzige Anbieter eines Produkts vereinbaren, die Preise für die von ihnen verkauften Produkte zu vereinheitlichen, hat ihr Kunde K keine Möglichkeit, auf den jeweils anderen auszuweichen, um ein besseres Angebot zu erhalten, oder gar einen Anbieter gegen den anderen auszuspielen (für K verkleinert sich der **Nachfragemarkt**). Die Gewinne von A und B steigen, während die Preise für ihre Kunde steigen.

¹ Vgl. BGHZ 49, 367, 375.

a. Zahlungsbereitschaft der Nachfrager: Nachfragegesetz

- 3 Wie viel ein **Nachfrager** (etwa Sie als Endverbraucher für eine Cola, aber auch ein Anwalt für seine Kommentare oder ein Kaufmann für eine Werbekampagne) für eine bestimmte Leistung maximal als Gegenleistung erbringen will, bestimmt sich einerseits nach seiner Zahlungsfähigkeit (seinem Vermögen, dem verfügbaren Kreditrahmen, den laufenden Einnahmen), andererseits aber auch nach seiner Zahlungswilligkeit (die sich wiederum nach dem subjektiv bestimmten Vorteil in Geld oder anderer Weise, etwa als Glücksgefühl, und danach richtet, durch welche alternativen Gegenstände, sog. Substitute, er einen vergleichbaren Vorteil erzielen könnte).
- 4 Die Entscheidung zwischen mehreren Produkten richtet sich dabei einerseits nach dem eigenen Verlust (in Zeit, Geld, entgangenen Alternativen), andererseits nach dem erwarteten Gewinn (in Glücksgefühl, Weiterveräußerungsgewinnen, etc.). Voraussetzungen dafür sind die Möglichkeit zum Vergleich, d.h. eine gewisse Transparenz (Offenlegung der Preise, Erkennbarkeit von Eigenschaften der Produkte), eine Verifikationsmöglichkeit (Überprüfung durch vertrauenswürdige Dritte oder eigene Tests) und vor allem angemessene Verarbeitungskapazitäten (Zeit zum Lesen von Vergleichstests; hinreichende Intelligenz zum Lesen von Packungsbeilagen und Zutatenlisten). In der Lebenswirklichkeit tritt oftmals das rationale Abwägen von Qualität und Preis in den Hintergrund und die Entscheidung erfolgt überwiegend emotional, also beispielsweise aus Treue zu einem bestimmten Produkt („Markenbewusstsein“).
- 5 Jeder Mensch wird von jeder denkbaren Ware nur eine begrenzte Menge abnehmen. Der Wert, den er einem weiteren Gegenstand zumisst, nimmt dabei regelmäßig ab: Während sich jeder Mensch im Sommer über ein leckeres Eis freuen wird, wäre kaum jemand bereit, für eine Menge von 10 (schmelzenden und nicht länger aufzubewahrenden) Eisbechern auch den zehnfachen Preis zu bezahlen. Der **Grenznutzen**, d.h. der Gewinn eines zusätzlichen Eisbechers nimmt also mit der Anzahl der Eisbecher ab. Ab einer gewissen Menge ist ein Sättigungspunkt erreicht, ab dem weitere Eis kein weiteres Wohlbefinden, sondern eher Übelkeit provozieren („Ein Eis macht satt, hundert Eis machen nur fett“).
- 6 Bei fast jedem Gegenstand gibt es Personen, die bereit sind, dafür einen hohen Preis zu zahlen. Dies ist etwa bei exklusiver Kunst oder extrem hochpreisigen Markenartikeln (Rolex-Uhren) der Fall. Die Mehrzahl der Nutzer wird aber nicht zu diesem Spitzenpreis kaufen wollen und auf ein besseres Angebot hoffen. Bei fast jedem Menschen gibt es einen Preis, zu dem ein bestimmtes Produkt attraktiv wird (so mag ein Eisbecher für 500 € unerschwinglich

erscheinen, bei 10 € wird man ihn als teuer beurteilen, aber bei 50 Cent wird er für die meisten kaum widerstehlich sein). Mit niedrigeren Preisen kann man also zusätzliche Kunden ansprechen. Demgegenüber sinkt die Kaufbereitschaft der Abnehmer mit steigendem Preis.

- 7 Dies ist das sog. „**Nachfragegesetz**“: Die Nachfrage steht in einem umgekehrten Verhältnis zum Preis. Werden die Preise zu hoch, suchen sich die Abnehmer Alternativen oder verzichten auf den Konsum. Umgekehrt bedeutet das Nachfragegesetz, dass geringe Mengen eines Produkts zu höheren Preisen abgesetzt werden können, so lange die interessierten Abnehmer keine Ausweichmöglichkeit haben. Im Zweifel wird also das günstigste Produkt mit den gewünschten Eigenschaften erworben.
- 8 Freilich gilt auch das Nachfragegesetz **nicht uneingeschränkt**. Zunächst einmal wird man auch mit einem kostenlosen Produkt an eine logische Grenze stoßen – nämlich an die Grundmenge der Bevölkerung, die jeweils eine individuelle Sättigungsgrenze haben. Nicht jeder will jedes Produkt – noch nicht einmal geschenkt. Zudem greift das Nachfragegesetz nur, wenn es wirklich einen Ausweichgegenstand (und sei es der Verzicht auf den Konsum insgesamt) gibt. Wird der Preis des günstigsten Produkts erhöht, kann dies sogar zu einer Steigerung der Nachfrage führen (sog. *Giffen-Effekt*): Wird Wasser teurer, werden auch davon abgeleitete Produkte (Erfrischungsgetränke, Bier, Saft, etc.) teurer. Dann werden die Konsumenten nicht von Wasser auf diese noch teureren Substitute ausweichen, sondern gerade umgekehrt aus Gründen der Sparsamkeit von den Luxusgetränken zu Wasser wechseln. Schließlich werden (haltbare) Produkte oftmals nicht aufgrund ihres aktuellen Wertes, sondern eines erwarteten zukünftigen Wertes (sog. *Veblen-Effekt*) erworben – etwa weil man auf einen Trend hofft oder auf bestimmte Marktentwicklungen als Hinweis vertraut. Mitunter wird auch auf schlichtes Glück gehofft (etwa beim Kauf eines Lotterieloses). In all diesen Fällen bestimmt sich die nachgefragte Menge nicht nach dem Preis.
- 9 Die Nachfragekurve verläuft nicht für alle Produkte gleich: Hat die Marktgegenseite viele alternative Ausweichmöglichkeiten (Substitute), ist eine besonders große Preissenkung erforderlich, um die Absatzmenge überhaupt zu erhöhen (= hohe „**Preiselastizität**“, die Nachfragekurve verläuft eher parallel zur x-Achse, da schon kleine Preisänderungen neue Kunden gewinnen oder verlieren), bei wenig Substituten bleibt die Absatzmenge trotz Preiserhöhung gleich, weil die Kunden kaum Ausweichmöglichkeiten haben (= niedrige bzw. keine „**Preiselastizität**“, die Nachfragekurve verläuft sehr steil und im Extrem-

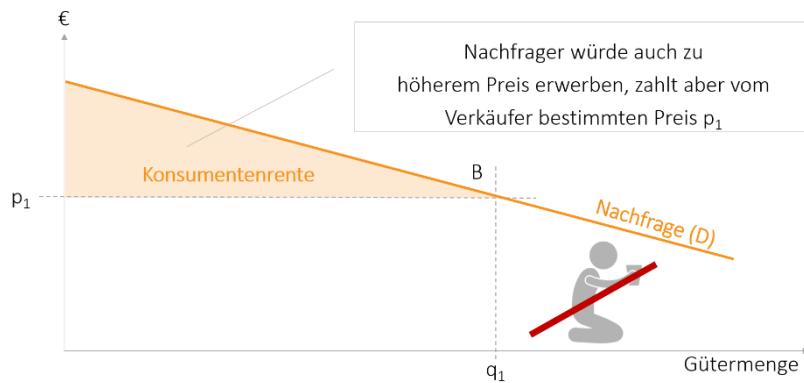
Der Wettbewerb und das Kartellrecht

fall parallel zur y-Achse, da der Preis keinerlei Auswirkungen auf die Nachfragemenge mehr hat).

Beispiel: 1. Der Käufer eines Smartphones hat eine breite Auswahl an Produkten. Erhöht ein Anbieter den Preis auch nur geringfügig, wird ein Teil der potentiellen Nachfrager unmittelbar auf Alternativen zugreifen, so dass die Nachfrage bei steigendem Preis sehr schnell sinkt (die Preiskurve ist also sehr flach und tendiert in eine Horizontale), während bei sinkenden Preisen sukzessive Kunden von der Konkurrenz abgeworben werden können.

2. Selbst wenn der (derzeit schon hohe) Preis für Zigaretten weiter steigen würde, würde dies die Zahl der Raucher nicht erheblich senken (denn es gibt für diese kein praktikables Surrogat); ebenso wenig würde eine Preissenkung bei (derzeit schon günstigem) Trinkwasser die Nachfrage signifikant steigern (denn für Wasser gibt es kein Produkt, welches dieses verdrängen könnte). Hier verläuft die Nachfragekurve also sehr steil oder im schlimmsten Fall eine vertikale Linie, bei welcher die Menge preisunabhängig gleichbleibt (der Preis ist also unelastisch).

- 10** Eine Preissenkung kommt primär denjenigen zugute, die auch bereit gewesen wären, eine höhere Gegenleistung zu erbringen. Wer etwa 100 € für eine Flasche Wein zu zahlen bereit wäre, freut sich, wenn diese tatsächlich durch Konkurrenzdruck für 50 € erhältlich ist. Die Summe aller dieser ersparten potentiellen Mehrkosten bilden die sog. „**Konsumentenrente**“ (die Konsumenten erhalten einen Gewinn, d.h. eine „Rente“). Hierin liegt auch der unsoziale Aspekt des Wettbewerbs: Zahlungsschwache Konsumenten können das Produkt weiterhin nicht erwerben, während finanzstarke und hoch interessierte Kunden dies sogar zu einem günstigeren Preis erhalten, als sie eigentlich zu zahlen bereit wären.

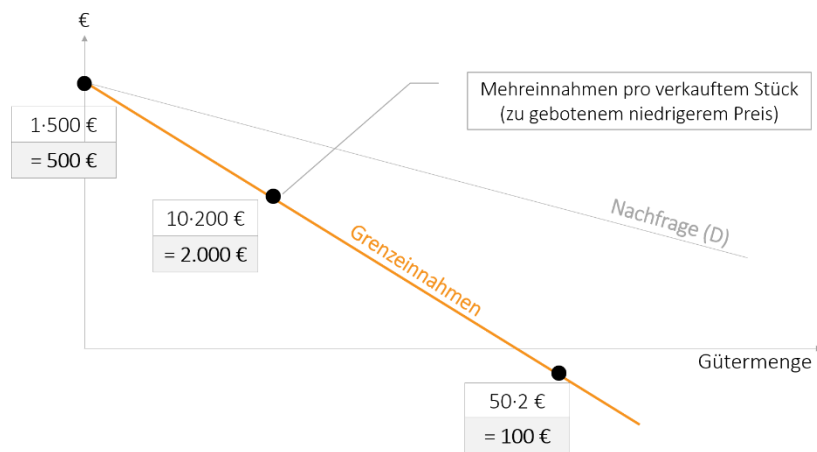


b. Gewinnmaximierung der Anbieter

- 11** Der Anbieter eines Produkts steht vor dem Problem, dass der aus seiner Sicht optimale Preis für jeden einzelnen Nachfrager dessen Zahlungsbereitschaft entsprechen würde: Wenn A für ein Eis, dessen Produktion nur 2 € kostet, 100 € zahlen will, wäre es schlau, von ihm auch diesen Preis zu verlangen; soweit B für ein Eis 5 € zahlen würde, sollte man ihn als Kunden nicht außer Acht lassen – und auch diese 5 € annehmen. Das Problem bei einer solchen **Preisdiskriminierung** ist nur, dass die Anbieter die Zahlungsbereitschaft ihrer Kunden nicht kennen. Im Regelfall können sie (schon wegen der Möglichkeit der Weiterveräußerung durch die Kunden) nur einen einheitlichen Preis verlangen. Die Untergrenze dieses Preises bilden die eigenen Kosten (denn niemand will Verluste machen), einschließlich einer Risikoprämie dafür, dass die produzierte Ware nicht gekauft wird. Schätzt der Anbieter die Nachfrage zu hoch ein, wird er hingegen auf unverkäuflichen Produkten sitzen bleiben. Damit bildet der durch das Nachfragegesetz bei der konkreten Menge bestimmte Preis die ökonomische Obergrenze.
- 12** Soweit es keine Konkurrenten gibt, also der Anbieter die komplette Produktmenge kontrollieren kann, gibt es eine klare Obergrenze der zu produzierenden Menge: Ab einem gewissen Punkt steigen seine Gewinne pro Stück (**Grenzeinnahmen**) nicht mehr, sondern fallen wieder: Kann er 1 Stück für 500 € verkaufen, macht er einen Gewinn von $1 \cdot 500 \text{ €} = 500 \text{ €}$. Findet er 10 Käufer für 200 €, macht er einen Gewinn von 2.000 € ($10 \cdot 200 \text{ €}$), was zwar pro Stück weniger, in der Summe aber immer noch mehr ist. Wird er jedoch bei 50 Stück nur noch alle Produkte für einen Preis von 2 € los, erzielt er insgesamt nur 100 € ($50 \cdot 2 \text{ €} = 100 \text{ €}$), was nicht nur weniger als bei 10 Stück, sondern sogar weniger als bei einem einzigen Stück ist. Er wäre also dumm, wenn

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

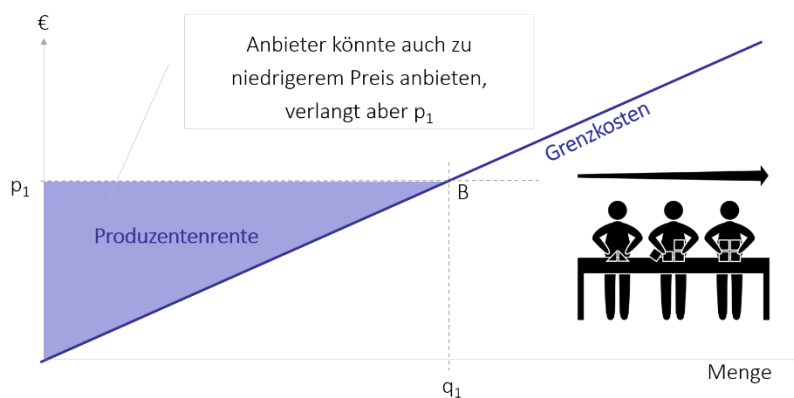
er 50 Stück produziert, selbst wenn die Produktion eines Stücks nur ein Euro kosten würde. Der Anbieter wird sich also nicht an seinen Kosten, sondern an dem insgesamt durch den Verkauf seiner gesamten Produktion erzielbaren Gewinn orientieren.



- 13** In den meisten Fällen gibt es jedoch mehr als einen Anbieter und damit Wettbewerb. Der einzelne Teilnehmer kann also die gesamte Gütermenge nicht bestimmen, sondern nur seinen Anteil daran. Damit kann er aber auch nicht mehr auf die Grenzeinnahmen, die ihm zusätzliche Stücke bringen, schauen – denn er weiß ja nicht, ob der Bedarf der potentiellen Kunden durch die Konkurrenz befriedigt wird und er deshalb den Preis reduzieren muss, um überhaupt alle produzierten Waren zu vertreiben. Der einzige sichere Posten sind daher **seine eigenen Kosten**. Bei diesen unterscheidet man die von der Produktionsmenge unabhängigen Fixkosten (etwa die Kosten für eine Fabrik, für die Entwicklung eines Patents oder die Etablierung einer Marke; aber auch die ohnehin anfallenden Kosten für die schwer kündbaren Beschäftigten, die ihren Lohn auch erhalten, wenn das Produkt sich nicht verkaufen lässt) von den mengenabhängigen variablen Kosten (etwa die Kosten für die nötigen Rohstoffe, den Versand der Ware zum Kunden, Strom und Heizung, etc.).
- 14** In vielen (wenn auch nicht in allen) Fällen ist es sinnvoll, mehr Produkte zu einem günstigen Preis zu verkaufen, als wenige Produkte zu einem hohen. Die Ursache hierfür sind die so genannten **Skaleneffekte**: Mit der Auslastung einer festen Produktionseinrichtung (einer Fabrik, eines Feldes, einer Tierherde) können die einmaligen Investitionskosten und die ohnehin anfallenden laufenden Kosten (Lohnzahlung für schwer kündbare Angestellte, Kosten

für Instandhaltung der Einrichtung, etc.) auf alle Kunden verteilt werden. Gibt es nur einen Kunden, der einen maßgeschneiderten Gegenstand erhält, muss dieser nicht nur die Entwicklung des Gegenstandes, sondern auch die Erstellung der nötigen Hilfsmittel allein finanzieren.

- 15 Maßstab für die Bestimmung der zu produzierenden Menge sind daher grundsätzlich die „**Grenzkosten**“, d.h. diejenigen Vermögenseinbußen und entgangenen Chancen, die gerade für die Herstellung eines weiteren Stücks erforderlich sind. Durch Rationalisierungsmaßnahmen (bessere Auslastung der Mitarbeiter, Einsatz von Maschinen, etc.) und die Möglichkeit, Rohstoffe günstiger zu erwerben, sinken diese zunächst. Es gibt aber regelmäßig eine natürliche Grenze der Massenproduktion – irgendwann müssen Rohstoffe aus weit entfernten Regionen teuer importiert werden; es müssen neue Ölfördertechniken entwickelt werden; es muss neues Fachpersonal gefunden, geschult und eingestellt werden, etc.
- 16 Soweit der Anbieter zu einem Preis veräußert, der über seinen Grenzkosten liegt, erzielt er eine sog. **Produzentenrente**: Er kann den höheren Preis, den die Anbieter ihm zahlen, für eigene Zwecke verwenden, da er nicht für die Produktion der verkauften Gegenstände benötigt wird.



c. Marktgleichgewicht

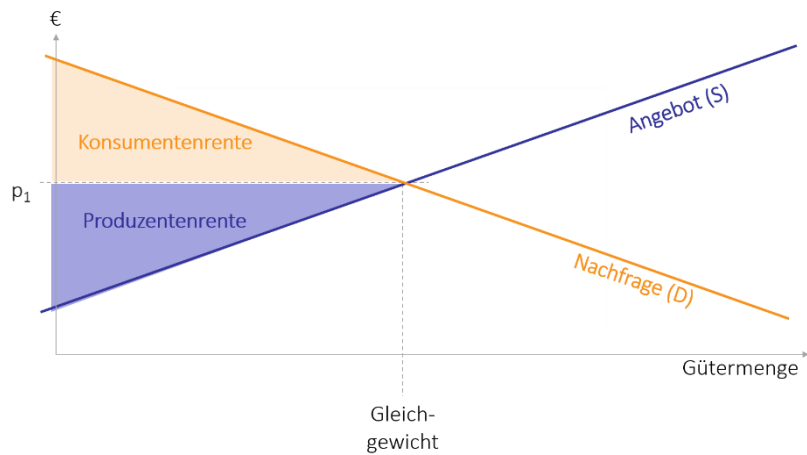
- 17 Es gibt einen Punkt, in dem sich die Nachfragekurve und die Grenzkostenkurve schneiden. Diesen Punkt bezeichnet man als „**Marktgleichgewicht**“:
- 18 Die vertikale Position dieses Punktes, also der Preis der angebotenen Waren, wird durch das Nachfragegesetz bestimmt: **Zu hohe Preise** bewirken, dass

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

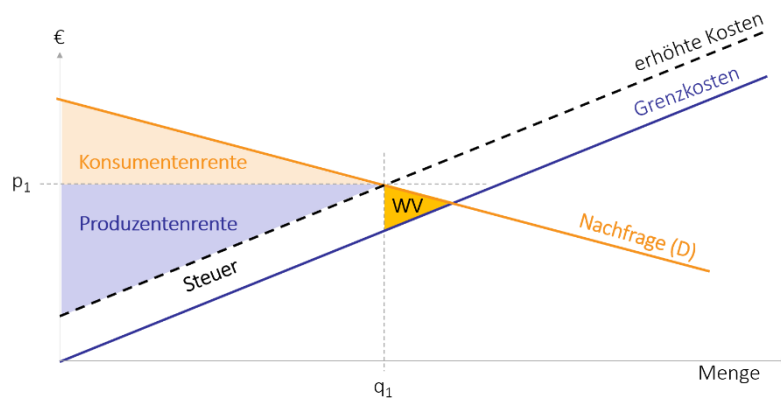
eine erhebliche Nachfrage nicht befriedigt werden kann. Diese Chance wird neue Anbieter anlocken, welche den Bedarf befriedigen wollen, indem sie Produkte für die bislang nicht kauffähigen Interessenten (günstiger) anbieten. Diejenigen, die bisher mehr bezahlt haben, werden sich aber nicht die Gelegenheit entgehen lassen, die gleiche Qualität zum günstigeren Preis zu erhalten und so zum neuen Anbieter wechseln. Dies führt dazu, dass der ursprüngliche Anbieter seine Preise senken muss, um konkurrenzfähig zu bleiben. Solange man (wie im Regelfall) nicht individuell nach einzelnen Verbrauchern differenzieren kann, bedeutet dies, dass die Abnehmer auf einem idealen Markt nur minimal mehr zahlen, als für die Produktion eines zusätzlichen Stücks erforderlich ist.

- 19 Die horizontale Position des Punktes, also die maximal zu produzierende Menge wird durch die Grenzkosten bestimmt: **Rechts vom Gleichgewichtspunkt** auf der horizontalen Achse wäre der durch den Verkauf zusätzlicher Produkte erzielbare Preis geringer, als der für die Produktion dieser zusätzlichen Stücke erforderliche Aufwand. Ein solches Angebot unterhalb der Grenzkosten wird hingegen jedenfalls langfristig nicht erfolgen, da mangels irgendeines Gewinns kein Wert in der Marktteilnahme als solcher besteht – wer will schon dauerhaft mit Verlust arbeiten? Umgekehrt besteht aber auch kein Wert darin, mehr Produkte zu produzieren, als zu einem die Grenzkosten deckenden Preis nachgefragt werden: Die Überproduktion müsste dann nämlich zu einem niedrigeren Gegenwert veräußert werden, was wiederum Verluste bedeutet. Wird also der Gleichgewichtspunkt nach rechts überschritten, würde die Produktion einen Verlust für den Anbieter darstellen. Ein rationaler Anbieter wird daher keinesfalls eine größere Menge produzieren, weil er entweder (bei höherem Preis) aufgrund des Nachfragegesetzes keine Abnehmer finden würde und so auf Lagerbeständen sitzen bleiben würde, oder aber (bei geringerem Preis) weniger Einnahmen als Ausgaben hätte, also mit Verlust verkaufen müsste. Umgekehrt wird aber bei mehreren Konkurrenten auch nicht weniger als die Gleichgewichtsmenge produziert (also der Punkt auf der horizontalen Achse nach links versetzt): Da die Produzenten mit jedem verkauften Stück einen Gewinn machen, hat jeder Konkurrent einen Anreiz, die mögliche Menge voll auszuschöpfen. Würde jemand bewusst zu wenig produzieren (etwa weil er sich an den Grenzeinnahmen orientiert), würden die Wettbewerber diese Gelegenheit ergreifen und den offenbleibenden Bedarf abdecken. Um ein Stück zu vertreiben, muss man aber einen Preis verlangen, den die Nachfrager bei dieser großen Grundmenge auch durchschnittlich zu zahlen bereit sind.

Wettbewerb



- 20 Jede **staatliche Maßnahme** (sei es eine Zulassungspflicht für Produkte, sei es eine Steuer, sei es eine Haftung für Produktmängel) erhöht den Aufwand für den Anbieter. Dieser wird seine Kosten jedoch im Regelfall an seine Abnehmer weiterreichen. Durch solche „künstlichen“ Grenzkosten erhöht sich damit auch stets der Endverbraucherpreis. Damit tritt jedoch eine Situation ein, die derjenigen bei Monopolpreisbildung ähnelt: Es entsteht eine unbefriedigte Nachfrage und ein Wohlfahrtsverlust. Anders als bei einem Monopol geht dieser freilich nicht allein zu Lasten der Abnehmer, sondern trifft beide Seiten gleichermaßen. Insoweit ist eine vollständige staatliche Kontrolle des Wettbewerbs keinesfalls wünschenswert.



2. Chancen und Risiken des Wettbewerbs

- 21 Wettbewerb gewährleistet, dass rational agierende, umfassend informierte Marktteilnehmer jede Ware oder Dienstleistung mit der für sie erforderlichen Qualität zu einem Preis erhalten, welcher sich den Produktionskosten annähert.

a. Potential von Wettbewerb für sozialen Nutzen

- 22 Durch Wettbewerb wird erreicht, dass begrenzte Ressourcen (Rohstoffe, Personal, Kapital) den Personen zugewiesen werden, die diese am sinnvollsten verwenden („**Produktionseffizienz**“): Konkurrenz führt zu besseren Produkten zu günstigeren Preisen. Unternehmen, die überflüssige und teure Zwischenschritte in Produktion oder Vertrieb benötigen, können ihre Produkte nicht mehr kostendeckend am Markt veräußern, so dass sie die zur Fortsetzung der ineffizienten Tätigkeit nötigen Mittel nicht mehr erhalten. Sie passen sich an oder müssen den Markt verlassen – insoweit besteht eine Art Darwinismus („**survival of the fittest**“).
- 23 Ohne den Wettbewerb mehrerer voneinander unabhängiger Anbieter gäbe es für Nachfrager und Anbieter keine Alternativen. Für die Unternehmen gäbe es kein Bedürfnis, die Qualität ihrer Produkte oder ihre Preise anzupassen. Soweit dadurch die Produktionskosten irrelevant würden, bestünde auch kein Bedürfnis innere Abläufe zu optimieren. Es drohte ein Stillstand im Hinblick auf gesellschaftlichen und technischen Fortschritt. In wirtschaftspolitischer Hinsicht hat der Wettbewerb deshalb eine unverzichtbare **Steuerungs-, Verteilungs- und Antriebsfunktion**.²
- 24 In **gesellschaftspolitischer** Hinsicht dient Wettbewerb dazu, eine gleichmäßige Machtverteilung in Wirtschaft und Gesellschaft zu erreichen.³ Der stete Druck durch die Konkurrenz verhindert den Aufbau endgültiger Machtpositionen durch Einzelne. Privatautonomie und Privateigentum haben nur dann einen Wert, wenn niemand aufgrund einer konstanten Machtposition diese Rechte einseitig wieder entziehen kann oder die Entscheidungsfreiheit unangemessen beeinträchtigt. Insofern ist der freie Wettbewerb notwendige Voraussetzung für die **allgemeine Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG) und das **Demokratieprinzip** (Art. 20 Abs. 2 GG).

² Bunte, Kartellrecht, § 1, 2 (S. 4 f.).

³ Emmerich, Kartellrecht § 1, 1 b (S. 2ff.)

b. Grenzen des Wettbewerbs als Steuerungsmechanismus

- 25 Wettbewerb ist jedoch nicht immer funktional. Insbesondere wenn das System auf seinen Mitgliedern basiert (z.B. *facebook*, *WhatsApp*), ist Wettbewerb nicht zielführend, da ein neuer Wettbewerber ohne Mitglieder nicht genutzt werden würde (sog. „**Netzwerkeffekte**“). Des Weiteren gibt es auch „**natürliche Monopole**“ bei denen es ökonomisch sinnvoll ist, dass nur ein Anbieter existiert und keine Aufteilung erfolgt, weil ein einzelner Anbieter das Produkt am effizientesten erbringen kann und zusätzliche Anbieter unnötigen Zusatzaufwand verursachen würden. Dies greift immer dann, wenn die von der Menge unabhängigen Infrastrukturkosten die potentielle Ersparnis in den variablen Kosten übersteigen.

Beispiele: Traditionell wurde etwa die Festnetztelefonie als natürliches Monopol qualifiziert: Es scheint nicht zweckmäßig, dass mehrere Unternehmen die öffentlichen Straßen aufbrechen, nur damit der Endkunde verschiedene Leitungen im Haus hat, von denen er aber praktisch nur eine gleichzeitig nutzen kann (und die anderen unbenutzt lässt). Denn die Kosten für die nicht genutzten Leitungen müssten auf alle Kunden umgelegt werden und würden so den Preis erhöhen (man zahlt für die potentiellen Kunden mit). Ähnliches gilt für die Zustellung von Paketen oder Post – auch dort kann ein Zusteller mit einem LKW, PKW oder Fahrrad die Nachrichten ebenso gut zustellen wie fünf verschiedene. Demgegenüber verursachen mehrere Zusteller individuelle Kosten (das Personal, die Versicherung und das Benzin müssen auf die jeweiligen Absender und Empfänger verteilt werden und bleiben gleich, egal wie viele Pakete in einem Stadtteil oder Gebäude vorhanden sind; fahren also 5 Zusteller zu einem Gebäude, entstehen fünfmal so hohe Kosten, als wenn nur ein Zusteller die Strecke fährt).

- 26 Wettbewerb hat nicht nur Auswirkungen auf die unmittelbar Beteiligten. So müssen **Externalitäten** beachtet werden, die sich im unmittelbaren Austauschverhältnis zwischen den Parteien nicht abbilden lassen.

Beispiele: 1. Eine „positive Externalität“ liegt immer dann vor, wenn Dritte (oder die Allgemeinheit) aus der Leistungsbeziehung einen konkreten Gewinn ziehen, ohne daran beteiligt zu sein. So profitiert etwa der Schwarzfahrer davon, dass es öffentlichen Personennahverkehr gibt; der Flaschensammler profitiert davon, dass jemand ein Flaschenpfand gezahlt hat.

2. Eine negative Externalität liegt demgegenüber vor, wenn Dritte (oder

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

die Allgemeinheit) Verluste machen. Dies ist etwa der Fall, wenn die Produktion oder Nutzung eines Gegenstandes Umweltschäden zur Folge hat, die nicht durch gegen das Unternehmen verhängte Bußgelder auch zu einer angemessenen Preiserhöhung führen (welche den Markt für das Produkt auf diejenigen reduziert, welche einen höheren Wert daraus ziehen als die Umwelteinbuße für die Allgemeinheit).

- 27 Um solche Externalitäten in den Wettbewerb einfließen zu lassen, wird regelmäßig auf **staatliche Regulierung** zurückgegriffen (z.B. durch Genehmigungsvoraussetzungen, Verbote oder Steuern). Allerdings führen solche Maßnahmen zu einer Verzerrung des Wettbewerbs: Personen, die das Produkt ohne die staatliche Maßnahme erworben hätten, sind bei einem erhöhten Preis dazu nicht mehr bereit. Es entsteht möglicherweise ein Wohlfahrtsverlust, soweit Bedürfnisse unbefriedigt bleiben, deren Gesamtbedeutung die (vermeintlichen) externen Effekte überschreitet. Die Herausforderung liegt also darin eine „angemessene“ Preiserhöhung zu bewirken.

Beispiel: Die Zigarettensteuer führt dazu, dass nicht alle Personen, die gerne rauchen würden, dieses Bedürfnis auch befriedigen können. Stattdessen mögen sie auf Alkohol oder harte Drogen ausweichen und so einen größeren sozialen Verlust verursachen. Ein Verbot von Dieselfahrzeugen würde viele Bürger in ihrer Mobilität beeinträchtigen und so ggf. den Verlust von Arbeitszeit zur Folge haben. Die Zulassungspflicht für Medikamente kann dazu führen, dass Menschen mit einer lebensgefährlichen Krankheit nicht einmal die Chance zu einer potentiellen Heilung bekommen, solange das Medikament nicht getestet ist.

- 28 Wettbewerb kann des Weiteren auch **ruinös** sein (z.B. bei Überproduktion, insbesondere auch bei hohen Einstiegsinvestitionen). Führt der Wettbewerb dazu, dass die Teilnehmer letztlich ihre Leistungen nicht mehr kostendeckend vertreiben können, kann der gesamte Markt zusammenbrechen und die Nachfrage jedenfalls für einen nicht unerheblichen Zeitraum unbefriedigt bleiben (sofern nicht der Markteintritt völlig unproblematisch und zeitnah für Dritte möglich ist).

Beispiel: Fällt der Inhaber von Urheberrechten an Computersoftware oder Patenten in Insolvenz, kann sein Produkt ggf. solange nicht angeboten werden, bis ein Käufer für die entsprechenden Rechte mit hinreichender Produktionskapazität gefunden wird.

- 29 Ein großes Problem bilden **Informationsasymmetrien** („einer weiß mehr als

der andere“). Diese treten dann auf, wenn die Kunden entweder keine Möglichkeit haben, die Qualität eines Produkts vor dem Kauf zu verifizieren (etwa bei der Wahl einer Religion: Das Leben nach dem Tod wird von keinem Anbieter verifiziert) oder die Zusagen erst nach verbindlicher Entscheidung abgesichert werden können.

Beispiel: Ein berühmtes Phänomen ist der „*Market for Lemons*“: Wenn Gebrauchtwagenhändler ungestraft lügen dürften, könnte der Interessent nicht entscheiden, wem er vertrauen kann. Damit sind die Informationen aber für ihn allesamt (egal ob sie wahr oder gelogen sind) wertlos – er muss entweder selbst einen Sachverständigen einschalten (dessen Kosten er vom Preis, den er zu zahlen bereit wäre, abziehen müsste) oder aber einen Risikoabschlag (für eine Reparatur oder notfalls eine Ersatzbeschaffung) einkalkulieren. Damit sinkt selbst für den ehrlichen Anbieter der erzielbare Preis: Weil er nicht verbindlich nachweisen kann, dass sein Produkt besser ist als das der anderen, bleibt nur der Preis als Vergleichsmöglichkeit. Damit sinken zwar für alle die erzielbaren Preise – aber eben auch die Qualität (solange sie nicht sichtbar ist).

- 30 Das am **Eigennutz** der Marktteilnehmer orientierte Wettbewerbsverständnis führt zudem zu Verhaltensweisen, die ihrerseits die für die Allgemeinheit wünschenswerten Ergebnisse verhindern.

Beispiele: 1. Weiß ein Anbieter oder Nachfrager, dass ein anderer Marktteilnehmer auf seine Leistung angewiesen ist, wird er Preise verlangen, die vom Wettbewerbspreis abweichen (Erpressungspotential, „*Hold Up*“). Dies gilt immer dann, wenn ein Konkurrent nicht kurzfristig einspringen kann. Dies führt dazu, dass Unternehmen oftmals langfristige Bindungen eingehen – während deren Bestand findet dann aber kein Wettbewerb statt, so dass sich auch keine Konkurrenz herausbilden kann.

2. Gerade Haftpflicht- und Schadensversicherungen führen dazu, dass man für die gezahlten Prämien auch eine Gegenleistung erhalten will. Der Versicherungsnehmer wird sich also besonders sorglos verhalten oder gar in Kenntnis der fehlenden Aufklärbarkeit die versicherte Sache beschädigen, um eine Zahlung von der Versicherung zu erhalten („*Moral Hazard*“)

- 31 Schließlich wird es in einer Vielzahl von Konstellationen so sein, dass Verbraucher sich **nicht rational** verhalten. Diese Problematik bildet die sog. Verhaltensökonomik ansatzweise ab, welche versucht, konkrete Zusammenhänge

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

zwischen typischen Reaktionen zu systematisieren.

Beispiele: 1. Unter „Herding“ versteht man die Entscheidung anhand dessen, was die sichtbare Mehrheit tut, statt sich über die zugrundeliegende Sachlage zu informieren (Argumentation mit der „herrschenden Meinung“ in der Klausur, Kauf von Markenware, weil es alle tun).

2. Als „Anchoring“ bezeichnet man die Verknüpfung von eigentlich sachlich nicht verbundenen Informationen miteinander, etwa einer zufällig gehörten Zahl und der eigenen Zahlungsbereitschaft für eine Ware.

3. Als „Hindsight Bias“ bezeichnet man die abweichende Beurteilung von Geschehnissen in der Vergangenheit unter Berücksichtigung von Erkenntnissen, die man erst später haben konnte.

4. Als „Overconfidence Bias“ bezeichnet man die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten und Chancen.

- 32** Des Weiteren entscheiden sich selbst rationale Verbraucher keineswegs in allen Fällen für den Erwerb von Gütern, die ihnen oder der Allgemeinheit langfristig einen **Wohlfahrtsgewinn** verschaffen.

Beispiele: 1. Wer müde oder frustriert ist, mag dem durch Konsum von Drogen abhelfen und sogar bereit sein, die hierfür geforderte Gegenleistung zu erbringen. Langfristig wird dies aber zu gesundheitlichen Schäden führen, die nicht nur Kosten für die Allgemeinheit (Belastung des Gesundheitssystems) sondern auch einen Wohlfahrtsverlust für den Drogenkonsumenten verursacht.

2. Es mag für einen 12-Jährigen attraktiv erscheinen, statt zur Schule zu gehen unmittelbar eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, mit der er sich z.B. modische Kleidung, Computerspiele oder Fast Food leisten kann, die ihm unmittelbar ein größeres Glücksgefühl bringen als das Verfolgen des Unterrichts. Langfristig droht dadurch jedoch eine Tätigkeit die durch Automatisierung, Globalisierung oder Rationalisierung entfällt und ihn völlig einkommenslos werden lässt.

3. Schließlich mag es für den Einzelnen vernünftig sein, das Einkommen in schicke Autos, Strandurlaub oder modische Kleidung statt in Theater-, Konzert- oder Museumsbesuche zu investieren. Langfristig würde aber bei Wegfall der Finanzierung das Kulturgut verfallen und es so ausgeschlossen, das künftige Generationen von Erfahrungen der Vergangenheit profitieren.

- 33 Auch **staatliche Ziele** lassen sich oftmals nicht durch reinen Wettbewerb erreichen. So kann durch schlichte Konkurrenz weder **soziale Verteilungsgerechtigkeit** erreicht werden (denn Luxusgüter mögen zahlungskräftige Abnehmer finden – ihre Produktion wird aber regelmäßig nicht durch einkommensschwache Marktteilnehmer möglich sein) noch der Aufbau der **Infrastruktur**, vor allem in wenig bewohnten Gebieten (z.B. Breitbandinternet, Apotheken, Ärzte, etc. lohnen sich für die Anbieter vor allem in dicht besiedelten Großstädten, weil dort viele potentielle Kunden vorhanden sind).
- 34 Im Wesentlichen gibt es zwei **Alternativen zum Wettbewerb**. Einerseits kann der Staat den Markt unmittelbar regulieren und insbesondere die Preise auf ihre Angemessenheit kontrollieren. Diesen Ansatz finden wir im Sonderregulierungsrecht, namentlich im Energierecht, sowie im Telekommunikationsrecht und Postrecht. Freilich hat der Staat außer den Estandskosten kaum eine taugliche Orientierung für den angemessenen Preis, so dass dies kaum ein geeigneter Ansatz ist. Schließlich kann es in kleinen Märkten oder in hoch digitalisierten Märkten die Möglichkeit zur Preisdiskriminierung geben: Dann kann ein Produzent von reichen Kunden einen höheren Preis als von armen Kunden verlangen und so seine Einnahmen maximieren.

3. Wettbewerbstheorien

- 35 Selbst die oben genannten, scheinbar trivialen Erkenntnisse sind freilich (insbesondere in der Volkswirtschaftslehre) höchst umstritten. Die sog. „**Wettbewerbstheorien**“ versuchen, die Funktionsweise, die Ziele und vor allem die angemessene Steuerung des Wettbewerbs zu ergründen. Dabei sind zwei Haupttendenzen zu unterscheiden: Einerseits wird der Wettbewerb primär als Mittel zur Erreichung spezifischer, politisch gewollter, gesamtwirtschaftlicher Ziele angesehen. Dementsprechend wird anhand von Modellen prognostiziert, welche Wirkungen regulierende Maßnahmen haben werden, um durch aktive Eingriffe eine effiziente Marktstruktur und ein zweckmäßiges Marktverhalten zu schaffen. Die Gegenauffassung befürchtet demgegenüber, dass solche Eingriffe jedenfalls mittel- und langfristig die Lage nur (weiter) verschlechtern. Wegen fehlender nachweisbare Zusammenhänge zwischen Marktformen, Marktverhalten und Marktergebnissen seien die Folgen staatlicher Maßnahmen schlicht nicht prognostizierbar. Wettbewerb sei da-

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

her „ein permanentes Entdeckungsverfahren mit ergebnisoffenem Ausgang“⁴, alles andere sei eine bloße „Anmaßung von Wissen“.⁵ Während für einen Juristen als „wirtschaftswissenschaftlichen Laien“⁶ Details ausgeklammert werden können, ist an dieser Stelle ein grober Überblick über die Wettbewerbstheorie zum Verständnis der gesetzgeberischen Intention und als Hintergrund für die Falllösung hilfreich.

a. Klassischer Liberalismus und Modell vollständiger Konkurrenz (1789)

- 36 Nach *Adam Smith*⁷ ist „Wettbewerb“ ein Verfahren herrschaftsfreier gesellschaftlicher Koordination, das eine optimale Synthese aus den Zielen Freiheit, Gleichheit und Wohlstand für alle garantiert, zusammenfassend also „optimale Ergebnisse durch Selbstkontrolle der Wettbewerber“ erreicht.⁸ Seine Grundannahme war, dass dieser Idealzustand gerade durch die **Abschaffung von Hindernissen**, insbesondere staatlicher Eingriffe, erreicht werden könnte. Historischer Hintergrund war die Überwindung des im Merkantilismus überwiegende staatliche Interventionismus.
- 37 Ausgehend von dem so entwickelten Grundverständnis des Wettbewerbs wurde in der Folge versucht, das Ziel, die „optimale“ Situation zu konkretisieren. Diese sollte nach damaliger Ansicht dadurch gekennzeichnet sein, dass möglichst niedrige, aber kostendeckende Preise gefordert werden („**Preistheorie**“).⁹ Nach dem auf dieser Basis entwickelten **Modell der vollständige Konkurrenz** sollten die Wettbewerbsverhältnisse optimal sein, wenn sich viele Anbieter (**Polypol**) um eine Vielzahl von Nachfragern (**Polypson**) bemühen. Alle Wirtschaftssubjekte sollten zudem unabhängig voneinander (ohne Absprachen) und auf Grundlage vollkommener Information und Markttransparenz agieren; darüber hinaus sollte gewährleistet sein, dass jederzeit potenzielle Wettbewerber in den Markt eintreten können. Um die notwendige Handlungsflexibilität sicherzustellen, wurden weitere modellhafte Annahmen

⁴ v. Hayek, Entdeckungsverfahren, passim.

⁵ v. Hayek, *Ordo* 26 (1975), 12 ff.

⁶ Ohly, S. 222.

⁷ *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of Nations*, abrufbar unter <http://metabri.wikidot.com/title:an-inquiry-into-the-nature-and-causes-of-the-wealth-of>.

⁸ Vgl. Benöhr, *JuS* 1976, 273.

⁹ *Antoine-Augustin Cournot*, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, englische Fassung abrufbar unter http://openlibrary.org/books/OL5428468M/Researches_into_the_mathematical_principles_of_the_theory_of_wealth_1838.

(volle Substituierbarkeit der Produkte, unmittelbare Reaktionszeit auf Veränderungen) vorausgesetzt. Diese Situation wurde als ideale, „**vollständige Konkurrenz**“ verstanden aus dem sich ein „**vollständiger Wettbewerb**“ ergibt. In einem solchen System gäbe es keinen Freiraum zur Selbstbegünstigung, es würde ein dauerhafter Konkurrenzkampf herrschen, was dazu führen würde, dass sich die Preise den Produktionskosten annähern würden.

Beispiel: Wenn Mineralwasseranbieter A die Preise für sein Mineralwasser um 1 Cent erhöht, würden dies alle potentiellen Käufer und seine Konkurrenten sofort erfahren. Die Kunden würden daher zu einem anderen Anbieter wechseln (da alle Produkte vollständig substituierbar sind und Markentreue etc. modellhaft hinweggedacht werden); sofern die Preise generell über den Kosten liegen, würden neue Konkurrenten auftreten und ihr Produkt billiger anbieten (da Markteintrittskosten modellhaft hinweggedacht werden). All dies geschieht ohne jede Zeitverzögerung, da modellhaft davon ausgegangen wird, dass die Reaktionszeit gegen Null läuft.

- 38** Durch die Beschränkung der Betrachtung auf bestimmte, als statisch erachteter Kernfaktoren, ist das Modell zur Analyse echter Märkte **kaum zur Abbildung der Realität geeignet**. Märkte, die dem Idealbild der vollständigen Konkurrenz auch nur nahekommen, sind in der **Realität** nicht zu beobachten. Dies liegt zum einen daran, dass Menschen individuelle Präferenzen besitzen (so dass die Produkte gerade nicht substituierbar sind) und in fast jedem Markt erhebliche Eintrittshürden (Erwerb von Fabriken, Nutzungsrechte an Patenten, Personal) bestehen (so dass die Zahl der Marktteilnehmer begrenzt ist). Darüber hinaus ist die modellhafte Unterstellung völliger Transparenz unverträglich (in der Praxis wäre schon die Informationsverarbeitung durch die Marktteilnehmer unverhältnismäßig aufwändig – wer vergleicht beim Kauf von Mineralwasser schon alle Anbieter?); ebenso wenig wird man von einer unmittelbaren Reaktionszeit (insb. über mehrere Marktstufen hinweg) ausgehen können.
- 39** Bedenklich am Modell der vollständigen Konkurrenz ist aber vor allem, dass die **Anreize für die Anbieter** außer Acht gelassen werden: Ohne die Möglichkeit zur Selbstbegünstigung oder eines (zeitlichen) Vorsprungs gibt es keinen Grund, die Preise oder die Qualität überhaupt zu verändern („Schlafmützenkonkurrenz“ – keiner wird aktiv agieren, sondern allenfalls reagieren). Denn die Konkurrenz würde ja ohnehin zeitgleich nachziehen, so dass weder bessere noch billigere Produkte die Absatzmenge erhöhen würden. Hierdurch bleiben auch Skaleneffekte außer Betracht: Da unendlich viele Wettbewerber

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

als optimal erachtet werden, würde man statt Fließbandproduktion letztlich zu kleinen Handwerksbetrieben kommen. Nun können aber in der Massenproduktion günstigere Produkte hergestellt werden – was aber mit Investitionskosten (als Eintrittshürde) verbunden ist und daher als unerwünscht gelten müsste.

b. Funktionsfähiger Wettbewerb ("Harvard School", 1961)

- 40 Vor dem Hintergrund des Modells vollständiger Konkurrenz stellte *John Maurice Clark*¹⁰ die These auf, dass tatsächlich beobachtete Unvollkommenheiten (namentlich die den Wettbewerb vermindernde Konzentration von Marktmacht) auf einem Markt durch **Schaffung weiterer Unvollkommenheiten** korrigiert werden könnten. Eine solche Korrektur durch ein „Gegengift“ stelle im Vergleich zur praktisch nicht möglichen endgültigen Beseitigung der Unvollkommenheit die „zweitbeste Alternative“ dar (daher spricht man auch von der „**Theorie des Zweitbesten**“ oder der „**Gegengiftthese**“). Soweit man also die notwendigen Ziele definiert (z.B. Verteilungsgerechtigkeit oder Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht), ist es möglich, die aktuellen Marktverhältnisse an diesen Zielen zu messen und wirksame korrigierende Eingriffe vorzunehmen. Dieser Ansatz hat letztlich das Modell der vollständigen Konkurrenz als Idealbild völlig verdrängt.
- 41 In der Folge versuchte die „**Harvard School**“¹¹ den funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerb („**workable competition**“, „**contestable market**“) durch einzelne Elemente zu bestimmen. Es handelt sich um eine **normative Theorie**, die anhand von Leitbildern (etwa Verteilungsgerechtigkeit, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität, Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht)¹² zu bestimmen versucht, ob ein Zustand positiv oder negativ zu bewerten ist.



¹⁰ Clark, Toward a Concept of Workable Competition, The American Economic Review Bd. 30 (1940), S. 241-256; ders., Static Models and Dynamic Aspects, The American Economic Review, Bd. 45 (1955), S. 450 ff.; ders., Competition as a Dynamic Process, 1961.

¹¹ Scherer, Ross, Kantzenbach.

¹² Emmerich, Kartellrecht, § 1 2 a) und b) (S.5-8); Bunte, Kartellrecht § 1 II 1 (S. 7 f.).

- 42 Hierzu ist zunächst ein **Markt** hinreichend genau (in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht) abzugrenzen. In einem zweiten Schritt sind dann seine charakteristischen Eigenschaften zu ermitteln¹³:
- 43 - Die **Marktstruktur**, insb. die Zahl der Anbieter, ist (anders als im Modell der vollständigen Konkurrenz) nur *ein* Aspekt der Marktbeurteilung (es kann im Einzelfall also auch ein Oligopol oder sogar ein Monopol sein). Allerdings sind auch aus Sicht der Harvard School **Entscheidungsalternativen** für Anbieter und Nachfrager wesentliche Voraussetzung wirksamen Wettbewerbs, so dass marktbeherrschende Stellungen soweit wie möglich verhindert werden sollten (etwa durch eine Kontrolle von Zusammenschlüssen und ein Kartellverbot). Nur in Ausnahmefällen, insb. bei natürlichen Monopolen, ist eine Verringerung der Zahl der Marktteilnehmer hinzunehmen.
- 44 - Von erheblicher Bedeutung ist daneben das **Marktverhalten**, d.h. alle Handlungen der Teilnehmer auf dem Markt. Die unternehmerischen Entscheidungen müssen grundsätzlich Konsequenzen in Form wirtschaftlicher Gewinne oder Verluste zeigen. Hat jeder Marktteilnehmer ohnehin ein sicheres Auskommen, wird es nicht zu Wettbewerb kommen. Andererseits sind die möglichen Verhaltensoptionen einzuschränken, um zu verhindern, dass die Marktgegenseite in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt oder der Marktzugang für potentielle Konkurrenten verhindert wird. Im Regelfall soll jedoch eine Strukturregulierung Vorrang vor Verhaltensvorgaben haben.
- 45 - Schließlich sollen auch die durch Marktstruktur und Marktverhalten kausal verursachten **Marktergebnisse (performance)** in die Betrachtung einfließen. Soweit ein Markt die vorgegebenen Ziele erreicht, sind Eingriffe grundsätzlich nicht erforderlich.
- 46 Der Ansatz der Harvard School hat unmittelbare Auswirkungen auf das Kartellrecht: Um die notwendigen Struktur- und Verhaltensmaßnahmen ergreifen zu können, bedarf es einer **starken Wettbewerbsbehörde mit weitem Ermessenspielraum**. Diese kann dann gezielt einzelne Faktoren beeinflussen, um die gewünschten Ziele zu erreichen. Dabei muss insbesondere zur Gewährleistung einer geeigneten Struktur die Befugnis zur Entflechtung von Großunternehmen (z.B. Bell Telecom, Standard Oil aber auch die IG Farben)

¹³ Im Einzelnen: *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht Rn. 405 ff.

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

bestehen.

- 47 Gegen das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs wird eingewandt, dass die erforderlichen **unmittelbaren Kausalbeziehungen** zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen in aller Regel nicht nachweisbar sind. Die Theorie setzt angesichts des undurchschaubaren Geflechts von Kausalbeziehungen eine „Anmaßung von Wissen“ voraus. Trotzdem wird diese Theorie heute immer wieder explizit als Rechtfertigung der Kartellrechtspolitik herangezogen.¹⁴

c. Vollständiger Wettbewerb („Freiburger Schule“, „Ordoliberaler Wettbewerbstheorie“, 1937)

- 48 Im Ordoliberalismus der Freiburger Schule wird die (durch den Staat bestimmte) Rahmenordnung, der „**Ordo**“ in den Vordergrund gerückt.¹⁵ Dieser Ordo sei die unverzichtbare Grundlage für die Schaffung des Wettbewerbs, der dann aber im Rahmen dieser Ordnung selbstständig ablaufe. Im Vordergrund des Ordoliberalismus stehen daher allgemeine Prinzipien wie Geldwertstabilität, Offenheit der Märkte, Privateigentum, Vertragsfreiheit, Verantwortlichkeit für die eigenen Ergebnisse und Konstanz der Wirtschaftspolitik. Wettbewerb wird (liberal) als „Entmachtungsinstrument für private und staatliche Macht“ gesehen.
- 49 Dabei wird freilich erkannt, dass dem Wettbewerb eine gewisse **Selbsterstörungstendenz** innewohnt (völlig freier Wettbewerb führt dazu, dass letztlich gar keine Konkurrenz mehr besteht, weil sich die Wettbewerber absprechen), welcher durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen (etwa ein Kartellverbot) entgegengewirkt werden muss. Der Staat muss daher ein System gewährleisten, dass eine einmal bestehende Konkurrenzsituation (durch Abbau von Marktzugangshindernissen und Gewährleistung von Markttransparenz) erhält bzw. dort, wo noch keine vollständige Konkurrenz besteht, diese durch gezielte Eingriffe realisieren.
- 50 Die Freiburger Schule denkt insoweit in **weiten wettbewerblichen Strukturen** statt in spezifischen Kausalbeziehungen wie die Harvard School. Der Gedanke des Ordoliberalismus war in vieler Hinsicht Leitbild der deutschen sozialen

¹⁴ Vgl. EuGH Slg. 1977, 1875 – Metro/Saba I; EuG Slg. 1994, II- 975 – John Deere Limited; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 407.

¹⁵ *Walter Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie (1939).

Marktwirtschaft nach dem zweiten Weltkrieg.

d. Wettbewerbsfreiheit („Neoklassik“, „Austrian School“, 1883)

- 51 Die sog. „**Neoklassik**“ wird insb. mit *Friedrich August von Hayek*¹⁶ (Nobelpreis 1970) verbunden, wurde aber bereits im späten 19. Jahrhundert begründet.¹⁷ Sie sieht den Wettbewerb als eine abstrakte Ordnung ohne heteronom gesetzte Ziele und Zwecke, als eine spontane Veranstaltung der dezentral agierenden Teilnehmer.¹⁸ Der größte Feind des Wettbewerbs seien nicht einzelne, marktbeherrschende Unternehmen, sondern der Staat selbst.¹⁹
- 52 Der Staat müsse daher den **Marktzugang** offenhalten, insbesondere keine Marktzutrittsschranken schaffen, sowie grundsätzliche **Verhaltensregeln** gewährleisten, um zu verhindern, dass aktuelle oder potentielle Konkurrenten behindert werden. Eine **Zusammenschlusskontrolle** ist bei einem solchen Verständnis im Einzelnen problematisch, denn mangels hinreichendem Verständnis des Wettbewerbs fehlt für eine Vorabprüfung von Fusionen der Prüfungsmaßstab.
- 53 Im Übrigen geht die Neoklassik wie die Freiburger Schule davon aus, dass **Prognosen** bezüglich der Folgen von Struktur und Verhalten nicht mit hinreichender Sicherheit getroffen werden können. Daher kann es ein "Optimum" im Sinne der Harvard School nicht geben; der Wettbewerb als solcher sei ein „Entdeckungsverfahren“.²⁰ Diese völlige Leugnung von Kausalbeziehungen lässt jedoch empirische Erkenntnisse außer Acht. So ist zum Beispiel tatsächlich anerkannt, dass ein möglichst breiter Wettbewerb insbesondere den technischen Fortschritt und das wirtschaftliche Wachstum fördert, während Monopole fortschrittshindernd sind.²¹ Die Annahme, dass alle Prognosen ausgeschlossen seien, geht daher zu weit.

¹⁶ *Von Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Band III, S. 97 ff.

¹⁷ *Carl Menger*, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre (1871), *ders.*, Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften (1883).

¹⁸ *Friedrich August Von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968; *Hopmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988, S. 296-317.

¹⁹ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht Rn. 410.

²⁰ *Bunte*, KartellR, § 1 2 (S.8); *Emmerich*, KartellR, § 1 1 c) (S. 8).

²¹ Vgl. *Emmerich*, KartellR, § 1 1 c) (S. 9).

e. Wettbewerbseffizienz („Chicago School“, 1968)

- 54 Die **Chicago School** entstand in den USA als Gegenbewegung zur Harvard School.²² Aus Sicht der Chicago School kann **Ziel** der staatlichen Wettbewerbspolitik **ausschließlich** die Förderung der Gesamtwohlfahrt im Sinne größtmöglicher Effizienz sein. Gemeint ist damit ein Zustand, bei dem alle vorhandenen Ressourcen so verteilt sind, dass sie den größtmöglichen Nutzen erbringen.²³ Es darf demnach keine Umverteilung möglich sein, durch welche diejenigen, welche besser stehen, die Nachteile aller, die schlechter stehen, ausgleichen könnten („Kaldor-Hicks-Effizienz“).

Beispiel: Wenn A ein Patent hält, aufgrund dessen er ein Medikament zur Heilung von Krebs herstellen und vertreiben darf (sowie potentiellen Konkurrenten vergleichbare Angebote verbieten darf), jedoch nur begrenzte Produktionskapazitäten hat, mag es für die Gesamtbevölkerung vorteilhaft sein, entweder den Inhaber entsprechender Fabrikanlagen zu zwingen, diese A zur Verfügung zu stellen oder aber A zu zwingen, sein Patent zu lizenzieren. Dies gilt aber nur, soweit der Nutzen, den A aus dem Verbotsrecht zieht, nicht die Vorteile übersteigt, welchen die Allgemeinheit aus einer größeren Produktion hätte.

- 55 Ziel des Wettbewerbs ist also der Nutzen der Endverbraucher (Konsumentenwohlfahrt) durch **Gewährleistung von allokativer und produktiver Effizienz**. Es geht dabei (anders als bei den anderen Wettbewerbsmodellen) gerade nicht um die Bekämpfung wirtschaftlicher Macht. Eine tatsächlich erlangte Monopolstellung wird als gerechter Lohn für effiziente Tätigkeit angesehen („Survivor-These“: *Was langfristig überlebt, muss effizient sein*). Die Chicago School geht davon aus, dass man grundsätzlich auf die Selbstheilungskräfte des Marktes vertrauen kann: Marktmacht sei immer nur vorübergehend und würde im Laufe der Zeit aufgrund von Verhalten der Marktgegenseite und der (potentiellen) Konkurrenz wieder entfallen. Eingriffe in den Wettbewerb von Seiten des Staates seien daher nicht zielführend – sie würden nicht nur Verwaltungsaufwand verursachen, sondern auch Anreize zu harter Konkurrenz verringern und die Gefahr einer Fehlsteuerung verursachen. Im Gegenteil müsse der Staat sich bemühen, Marktzutritts- und Marktaustrittshürden

²² Posner, Antitrust Law. An Economic Perspective, Chicago/London 1975; Stigler, The Organisation of Industry, 1968; Demsetz, Economics as a Guide to Antitrust Regulation, Journal of Law and Economics 1976, 371-384.

²³ Kallfass, Die Chicago School - eine Skizze des "neuen" amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik, WuW 1980, 596 ff.

abzubauen, um die notwendige Flexibilität zu gewährleisten.

Beispiele: Kündigungsfristen und insolvenzrechtliche Vorgaben können den Marktaustritt behindern; der Marktzugang mag durch das Verbot eines Zusammenschlusses, Verbotsrechte Dritter etwa aus Marken, Patenten oder Urheberrechten; gesellschaftsrechtliche Vorgaben (Mindestkapital, Notar) oder auch durch ausdrückliche Zulassungs- und Genehmigungserfordernisse beschränkt sein. Ebenso kann der Staat durch Beihilfen (Subventionen) oder Steuern Anreize zum Verbleib in einem Markt oder zur Aufgabe der Marktteilnahme setzen. Weniger Einfluss hat der Staat auf praktische Schranken wie die fehlende Erfahrung, das Bedürfnis nach Diversifikation, potentielle Reputationsfolgen oder die notwendige Betriebsgröße.

- 56 Eine **Marktstrukturkontrolle** ist daher aus Sicht der Chicago School entbehrlich: Die effizienteste Marktstruktur bildet sich automatisch heraus, da der Markt im Laufe der Zeit erschöpft ist, wenn es **keine künstlichen** (d.h. staatlichen) **Marktzutrittsschranken** (etwa hoheitliche Regelungen wie das Bauplanungsrecht) gibt. Soweit es effizientere Gestaltungsmöglichkeiten als ein Monopol oder ein enges Oligopol gibt, würden neue Interessenten in den Markt eintreten und sich diese Chance zu Nutze machen. Eine Missbrauchskontrolle sei kontraproduktiv – denn sie würde gerade die großen Unternehmen zu Unrecht benachteiligen. Erst Recht dürfe externes Wachstum nicht durch eine Fusionskontrolle verhindert werden – denn so würde die Ausbildung effizienter Marktstrukturen verhindert.
- 57 Aber auch eine staatliche **Verhaltenskontrolle** sei nur in geringem Umfang zweckmäßig. Immerhin wird diese zur Verhinderung horizontaler (Preis-)Absprachen in konzentrierten Märkten für erforderlich gehalten.²⁴ Im Übrigen (Absprache von Konditionen, Standardisierung, Bindung von folgenden Marktstufen, etc.) seien aber auch Absprachen ein zulässiges Mittel im Wettbewerb. Gerade vertikale Absprachen würden die gebundenen Teilnehmer zwar zu einem verlängerten Arm des Vertragspartners machen – aber den Wettbewerb auf der vorgelagerten Stufe unbeeinflusst lassen, was aus Effizienzgesichtspunkten gleichwertig sei. Soweit es sich für den Wettbewerber lohnt, von der Absprache abzuweichen, würde dies auch geschehen. Damit würden nur effiziente Absprachen überleben.

²⁴ Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 408.

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

- 58 Der auf höchstmöglicher Effizienz basierende Ansatz der Chicago-School diente etwa als Rechtfertigung für die zurückhaltende Politik der US-Kartellbehörden während der Präsidentschaft von **Ronald Reagan**²⁵, oder **Margaret Thatcher** in Großbritannien. Der Ansatz wird aber auch vom EuGH gelegentlich angeführt.²⁶ Seine Schwäche liegt darin, dass wie in der Neoklassik eine Erklärung des Wettbewerbs als unmöglich erachtet wird – also ebenso offen bleibt, wie die erhoffte „Effizienz“ erreicht werden soll. Dann ist aber auch die Zurückhaltung des Staates riskant.

II. Überblick über das Kartellrecht

1. Schutzzweck

- 59 Ob das Kartellrecht nur den Wettbewerb als solchen (*Institutionsschutz* = „Schutz **des** Wettbewerbs“), oder auch die einzelnen Marktteilnehmer (*Individualschutz*) schützt, war lange Zeit umstritten. Nach inzwischen einheitlicher Meinung entsteht durch den **unmittelbaren Schutz des Wettbewerbs** jedenfalls auch ein **mittelbarer Individualschutz**, demnach werden beide Aspekte vom Schutzzweck erfasst.
- 60 Das Kartellrecht stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete Vertragsautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) dar: Bestimmte Verhaltensweisen werden völlig verboten (vgl. § 1 GWB: „Vereinbarungen ... sind verboten“), obwohl beide Parteien der Abrede (die Kartellanten) damit einverstanden sind. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass der Staat durch das Sozialstaatsprinzip und den objektiven Gehalt der Grundrechte zum Schutz der schwächeren Marktteilnehmer verpflichtet ist.²⁷ Staatliche Regelungen müssen daher ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz der Verbraucher, vor allem deren Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und deren Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), zu gewährleisten.

Tatsächlich finden sich ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen zum Kartellverbot in einigen Landesverfassungen. Die Bayrische Verfassung ist insoweit noch recht moderat – demgegenüber enthält die Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen sogar einen Verfassungsauftrag zur Verstaatlichung

²⁵ Geboren 1911, US-Präsident von 1981-1989.

²⁶ Vgl. *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 409.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 7. 2. 1990 – 1 BvR 26/84.

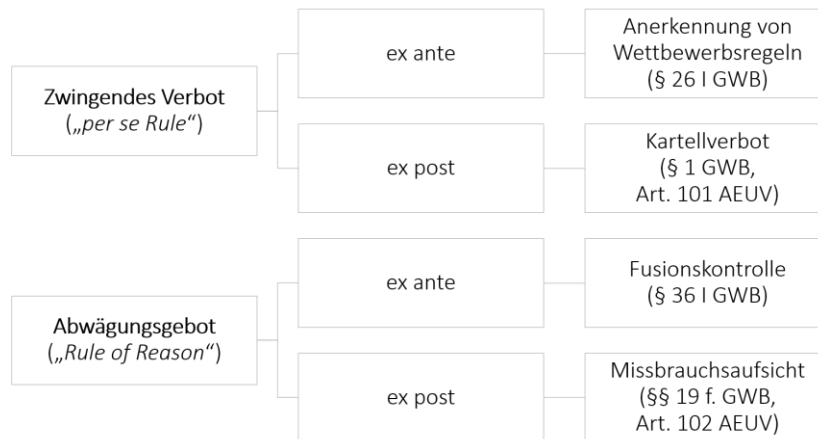
(siehe dazu Art. 15 GG).

| | |
|---|---|
| <p>Art. 156 der Verfassung des Freistaates Bayern</p> <p>¹Der Zusammenschluß von Unternehmen zum Zwecke der Zusammenballung wirtschaftlicher Macht und der Monopolbildung ist unzulässig. ²Insbesondere sind Kartelle, Konzerne und Preisabreden verboten, welche die Ausbeutung der breiten Massen der Bevölkerung oder die Vernichtung selbständiger mittelständischer Existenzen bezwecken.</p> | <p>Art. 27 Verfassung des Landes NRW</p> <p>(1) Großbetriebe der Grundstoffindustrie und Unternehmen, die wegen ihrer monopolartigen Stellung besondere Bedeutung haben, sollen in Gemeineigentum überführt werden.</p> <p>(2) Zusammenschlüsse, die ihre wirtschaftliche Macht missbrauchen, sind zu verbieten.</p> |
|---|---|

61

Für eine Regulierung des Wettbewerbs durch den Staat gibt es verschiedene Ansatzpunkte: Unter Ablehnung des „**Laissez-faire-Approach**“ (= nichts tun, da sich der Markt selbst heilt und die Teilnehmer sich an Regeln halten = *Chicago School*) und des „**Ownership Approach**“ (= Verstaatlichung) bleiben als Regulierungsmöglichkeiten entweder der „**Structure Approach**“ (= Gegenmacht-konzept: Fusionskontrolle, §§ 35 ff. GWB; Entflechtung) oder der „**Regulation Approach**“ (= kein Eingriff in die Struktur, sondern Überwachung des Marktverhaltens und des Marktergebnisses durch Behörden, vgl. §§ 18 ff. GWB). Der deutsche Gesetzgeber hat sich für eine Kombination der beiden entschieden, eine Entflechtung eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nach der heutigen Rechtslage nicht möglich, Unternehmen wie *Google* oder *facebook* können demnach nur an Fusionen mit anderen Unternehmen gehindert werden, jedoch nicht zerschlagen werden.

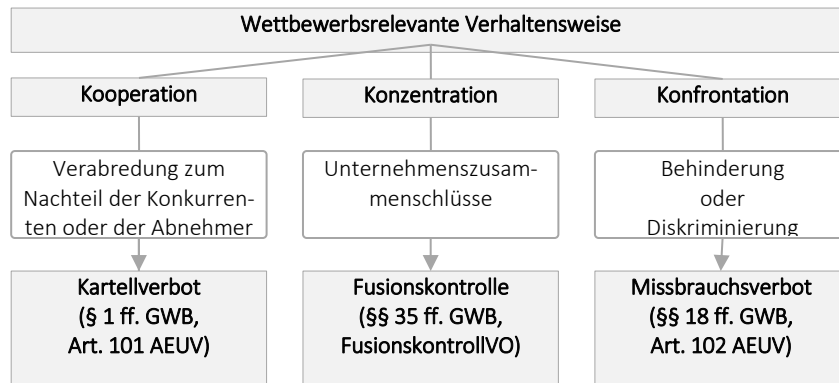
Der Wettbewerb und das Kartellrecht



- 62 Die Regulierung kann einerseits durch eine **Prüfung des Verhaltens** ex ante (Genehmigung von Wettbewerbsregeln nach § 26 Abs. 1 GWB oder von Zusammenschlüssen nach § 35 GWB) oder erst durch **Sanktionierung des bereits abgeschlossenen Verhaltens** ex post (Regelfall, § 1 GWB) erfolgen. Zudem unterscheidet man zwischen zwingenden, ausnahmslosen Verboten („Per se Rule“) und solchen, die eine **Abwägung** vorsehen („Rule of Reason“). Ersteres hat den Vorteil, dass von Anfang an Rechtsklarheit herrscht. Letzteres ermöglicht eine größere Flexibilität insb. bei der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele.

1. Übersicht über die Regelungen

- 63 Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen basiert auf **drei Säulen**, die bestimmte, den Wettbewerb reduzierende Verhaltensweisen betreffen:



a. Das Kartellverbot

- 64 § 1 GWB verbietet wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, sogenannte **Kartelle**. Der Anreiz für Unternehmen, Kartelle zu bilden, liegt darin, an die Stelle des mit Risiko verbundenen Wettbewerbs eine Vereinbarung zu setzen. Aufgrund **inneren Kartellzwangs** (z.B. soziale oder ökonomische Sanktionen), **äußeren Kartellzwangs** (Vorteile und Abwehrmaßnahmen gegen Außenseiter) und **begünstigenden Faktoren** wie eine geringe Anzahl an Konkurrenten und hohe Marktzugangshürden, hohe Markttransparenz zwischen den Beteiligten, geringe Transparenz für Abnehmer, etc. wird die Einhaltung von Kartellen für Unternehmen lohnenswert.

Beispiel: Preisabsprache bei Kaffee: Melitta trifft Absprachen über den Preis von Filterkaffee unter anderem mit Rossmann

- 65 Kartelle können über die unterschiedlichsten Modalitäten getroffen werden. Je nach schädlichen Auswirkungen des Kartells auf den Markt wird von **Kartellen höherer** oder **niedrigerer Ordnung** gesprochen. Kartelle höherer Ordnung liegen beispielsweise bei Absprachen über Preis, Produktmenge oder Tätigkeitsbegrenzungen vor, Kartelle niedrigerer Ordnung bilden dagegen z.B. die Standardisierung von Produkten oder Vertragsbedingungen.
- 66 Identische Preise sind jedoch nicht immer kartellrechtlich problematisch. Dies ist insbesondere der Fall, soweit der Einheitlichkeit nach außen gar keine Abstimmung, sondern eine rationale Entscheidung aufgrund der Marktbeobachtung zugrunde liegt.

Beispiele: 1. Praktisch geläufiges Beispiel sind die Tankstellenpreise für

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

Benzin. Die verschiedenen Anbieter bieten aus Sicht der Kunden ein einheitliches Produkt an, so dass bei zu hohem Preis die Kunden sofort wechseln würden. Andererseits wäre es unsinnig, einen zu niedrigen Preis zu verlangen, da man die „Schmerzgrenze“ der Kunden durch die Preise der Konkurrenz kennt und weiß, dass diese auch den eigenen Preis bei dauerhaftem Unterbieten erkennen und ihrerseits die Preise anpassen werden. So wird man sich schon vernünftigerweise am Preis der Konkurrenz orientieren, den man heute leicht per Internet erfahren kann.

2. Ein anderes Beispiel sind 1 €-Shops. Bei diesen werden alle Produkte zum Preis von einem Euro angeboten, ohne dass sich die Betreiber absprechen müssten. Denn schon die Bezeichnung des Geschäfts macht deutlich, welchen Preis der Kunde dort erwarten kann (sonst wäre dies irreführende Werbung iSv §§ 3, 5 UWG). Es muss daher nicht verwundern, dass dort identische Ware zum gleichen Preis erhältlich ist.

b. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- 67 Zweite Säule des Kartellrechts ist das **Missbrauchsverbot**. Unternehmen mit Marktmacht dürfen ihre marktbeherrschende (im deutschen Recht auch: marktstarke) Stellung nicht missbrauchen. Demgegenüber wird das natürliche Wachstum eines Unternehmens, welches durch hervorragende Produkte, günstige Preise, eine hervorragende Reputation oder auch durch Skalen- und Netzwerkeffekte großen Einfluss auf den Markt erlangt hat, als solches geduldet. Es erfolgt also weder eine Verstaatlichung (siehe aber Art. 27 Abs. 1 LVerf NRW: „Großbetriebe der Grundstoffindustrie und Unternehmen, die wegen ihrer monopolartigen Stellung besondere Bedeutung haben, sollen in Gemeineigentum überführt werden.“) noch eine Zerschlagung allein wegen der Größe. Selbst bei exzessivem Missbrauch fallen strukturelle Maßnahmen schwer – denn den Erfolg bestrafen würde die Marktteilnehmer von zu großem Engagement abschrecken; zudem führt dies zu kaum zu bewältigenden gesellschaftsrechtlichen Folgefragen (etwa Entschädigung der gutgläubigen Investoren für die Enteignung).

c. Zusammenschlusskontrolle

- 68 Dritte Säule des Kartellrechts ist die Zusammenschlusskontrolle. Mittels gewisser Kriterien wird bestimmt, ob ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen dem Markt schädigen würde. Anders als beim natürlichen Wachstum durch tatsächlichen Erfolg wird durch die Fusion zweier tatsächlich am Markt aktiver Unternehmen die Zahl der Wettbewerber „künstlich“ reduziert.

An diesem Punkt kann der Staat die Entstehung marktstarker Positionen und der daraus folgenden Probleme bereits vorab verhindern. Auch hier ist aber besondere Sorgfalt geboten – die Verfahren müssen in knapper Zeit abgewickelt werden, um die unternehmerischen Bedürfnisse (und die Interessen der Investoren) nicht übermäßig zu beeinträchtigen.

d. Öffentliche Unternehmen (Art. 106 AEUV)



Prüfungsschema: Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV

I. Öffentliches Unternehmen

II. Staatliche Maßnahme getroffen oder nicht aktiv beseitigt

III. Verstoß gegen Art. 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) oder Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV oder Verstoß gegen andere Regelungen (insb. Grundfreiheiten)

IV. Zwischenstaatlichkeit

V. Keine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

1. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut

2. Wettbewerbsregeln würden Erfüllung dieser Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern (Erforderlichkeit der Beschränkung)

3. Rückausnahme: Keine Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs (Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV)

- 69 Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten (also u.a. Deutschland) in Bezug auf „öffentliche Unternehmen“ oder „Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten“ **keine Maßnahmen treffen oder beibehalten, welche den Art. 18 AEUV sowie Art. 101-109 AEUV zuwiderlaufen.**



Definition: Öffentliche Unternehmen im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV sind alle Unternehmen, deren Tätigkeit der Staat mittelbar oder unmittelbar ohne Rückgriff auf hoheitliche Befugnisse beeinflussen kann.

- 70 Traditionell gab und gibt es in den Mitgliedstaaten nämlich **wirtschaftlich auftretende Organisationen, die ganz oder zumindest überwiegend in staatlicher**

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

Hand sind. Dabei geht es um das Gebiet der Daseinsvorsorge.

Beispiel: Öffentliche Unternehmen sind die Deutsche Post AG sowie die Deutsche Telekom AG; die Sparkassen (auch wenn sie öffentlich-rechtlich organisiert sind); die örtlichen Stadtwerke, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder die Bundesagentur für Arbeit.

- 71** Demgegenüber sind die **Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten** nicht unmittelbar vom Staat abhängig, sondern haben aus anderen Gründen eine Sonderstellung gegenüber anderen Konkurrenten erhalten. Auch dies kann bei der Daseinsvorsorge geschehen, etwa bei Recycling, Müllabfuhr, etc.
- 72** Da es bei Art. 106 AEUV anders als bei Art. 101, 102 AEUV um staatliche Maßnahmen geht, kommen nicht nur Mittel des Privatrechts (Weisung, Stimmrechtsausübung) sondern auch **hoheitliche Handlungsmöglichkeiten** (Verwaltungsakt, Gesetz, Verordnung) in Betracht. Anders als bei Art. 101, 102 AEUV wird regelmäßig ein positives Tun in Form der Beseitigung der Maßnahme verlangt.
- 73** Ein **Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV** liegt für die Zwecke des Art. 106 Abs. 1 AEUV auch (und insbesondere dann) vor, wenn das Unternehmen selbst sich durch gesetzliche oder behördliche Vorgaben gerade wettbewerbswidrig verhalten muss. Insbesondere wenn eine Monopolstellung eingeräumt wird, ist daher eine strenge Verhaltensaufsicht geboten. Die Maßnahme läuft dem **Diskriminierungsverbot** (Art. 18 AEUV) zuwider, soweit Angehörige anderer Mitgliedstaaten durch das öffentliche Unternehmen aufgrund der Maßnahme schlechter behandelt werden als Angehörige anderer Mitgliedstaaten. In Betracht kommt schließlich auch ein Verstoß gegen andere Regelungen des AEUV, insb. die Grundfreiheiten.
- 74** Wie die Art. 101, 102 AEUV setzt auch Art. 106 Abs. 1 AEUV **Zwischenstaatlichkeit** voraus, d.h. es muss der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig beeinflusst werden. Soweit die Auswirkungen nur lokal beschränkt sind, scheidet ein Verstoß daher aus.
- 75** Ausnahmsweise kann das Verhalten in Bezug auf öffentliche Unternehmen **nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden**. Dazu müssen diese Unternehmen „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sein“ und die Anwendung der Wettbewerbsregeln „die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern. Hierzu kann es erforderlich sein, wirtschaftlich unrentable Aktivitäten durch

die Monopolisierung rentabler Nebenaktivitäten beim selben Unternehmen zu refinanzieren. Allerdings darf ein Monopol nur soweit ausgedehnt werden, wie unbedingt nötig.



Definitionen: 1. „Dienstleistung“ im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV umfasst jegliches Bereithalten, Bereitstellen oder Verteilen von Gütern aller Art. 2. Das „allgemeine wirtschaftliche Interesse“ ist nur betroffen, wenn die Leistung auch entgegen dem eigenen unternehmerischen Interesse der Allgemeinheit zur Erfüllung eines rechtsverbindlich fixierten besonderen Zwecks zugute kommt. Sie dient nur individuellen Interessen, wenn das Unternehmen sie im Interesse einzelner Personengruppen erbringt. 3. Eine „Betrachtung“ erfolgt regelmäßig durch Hoheitsakt (etwa durch Verordnung, Gesetz oder Erteilung einer Konzession). Das bloße Bestehen gesetzlicher Pflichten genügt hierzu nicht.

- 76 Die Erfüllung der im allgemeinen Interesse liegenden Ziele muss „**verhindert**“ werden. Nicht genügend ist eine bloße Erschwerung oder Behinderung. Es darf also keinen anderen Weg geben, die Aufgabe ohne Verstoß gegen das Kartellverbot (oder andere Regeln des AEUV) zu erfüllen. Unter mehreren denkbaren Wegen ist stets derjenige zu wählen, welcher den Wettbewerb am geringsten beeinträchtigt.
- 77 Von besonderer Bedeutung ist schließlich die **Rückausnahme des Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV**: Sie soll verhindern, dass letztlich über die Hintertür der „Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ der Binnenmarkt (vgl. Art. 3 EUV, Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) gefährdet wird. Hier ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, ob der konkrete Weg in einem wesentlichen Teil des Binnenmarkts die Ziele des AEUV gefährdet.

2. Durchsetzung des Kartellrechts

- 78 Anders als im Lauterkeitsrecht werden die Vorschriften zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen und zum Machtmissbrauch primär durch **staatliche Stellen** durchgesetzt. Auf nationaler Ebene erfolgt dies durch die **Landeskartellbehörden**, primär aber durch das **Bundeskartellamt**. Auf Ebene der Europäischen Union ist die **Kommission** (dort Direktorat Wettbewerb) zuständig.
- 79 Während früher jede möglicherweise kartellrechtlich relevante Absprache bei den zuständigen Kartellbehörden anzumelden und zu genehmigen war,

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

erfolgt die Prüfung der Zulässigkeit nun durch die Beteiligten selbst.

a. Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht

- 80** Das europäische und das deutsche Kartellrecht bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander mit unterschiedlichen, aber teilweise überlappenden Anwendungsbereichen. Das Europarecht und damit auch das europäische Kartellrecht der Art. 101, 102 AEUV beansprucht dabei grundsätzlich Vorrang vor den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen (Artikel 3 KartellVO 1/2003, § 22 GWB). Das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden sind jedoch zur Anwendung und Durchsetzung der europäischen Normen befugt (vgl. § 50 Abs. 1 GWB):
- 81** - Eine **Absprache** im Sinne von Art. 101 AEUV (entsprechend § 1 GWB), die nach Europarecht **verboten** ist, darf nicht durch die nationalen Behörden erlaubt werden. Umgekehrt darf aber auch eine aus europäischer Sicht **zulässige** Vereinbarung (etwa wegen der besonderen nationalen Bedeutung) **nicht** durch das nationale Recht verboten werden (§ 22 Abs.2 S.1 GWB, Art. 3 Abs. 2 S.1 KartellVO 1/2003). Das europäische Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1, Abs. 3 AEUV bildet also sowohl die Ober- als auch die Untergrenze für das nationale Recht, **sofern** ein grenzüberschreitender Sachverhalt betroffen ist. Dementsprechend wurde das deutsche Kartellverbot durch die 7. GWB-Novelle (auch für nur national relevante Sachverhalte, für die das europäische Kartellrecht **nicht** gilt) vollständig der europäischen Regelung angepasst.
- 82** - Die Einschränkung des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 bzw. § 22 Abs. 2 GWB gilt nicht für Verstöße gegen das europäische **Missbrauchsverbot** (Art. 102 AEUV). Dort kann das nationale Recht zwar **nicht** weitergehende Verhaltensweisen zulassen, jedoch kann es **strengere Vorgaben** als das europäische Recht treffen (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 2 S.2 GWB).²⁸ Allerdings müssen die Kommission und die nationalen Behörden eine von der jeweils anderen Stelle erlassene Bußgeldentscheidung anrechnen, um eine Doppelbestrafung ("ne bis in idem") zu vermeiden.²⁹

²⁸ so bereits EuGH Slg. 1977, 2115 (2145 ff.) "GB-INNO/ATAB"; BGH GRUR 2003, 363, 368 - Wal**Mart*.

²⁹ *Emmerich*, § 36, 5 (S. 379).

- 83 - Der Vorrang des europäischen Rechts gilt grundsätzlich auch in der **Fusionskontrolle** (§ 35 Abs. 3 GWB, Art. 21 Abs. 3 FKVO). Hier erfolgt die Kompetenzentscheidung grundsätzlich anhand starrer Umsatzschwellen (Art. 1 FKVO). Allerdings können auf Antrag der Beteiligten (Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5), sowie der nationalen Kartellbehörden (Art. 9, Art. 22 FKVO) Ausnahmen gemacht werden, so dass ausnahmsweise auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen die nationalen Kartellbehörden oder umgekehrt trotz Nichterreichung die Mitgliedstaaten zuständig sind. Neben der Kontrolle durch die Kommission bleiben Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 4 FKVO möglich, soweit "andere berechnigte Interessen" insbesondere die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und Aufsichtsregeln betroffen sind.
- 84 Damit wurde der Streit zwischen der so genannten „**Zweischrankentheorie**“ (nach der sich die jeweils strengere Rechtsordnung durchsetzt) und der „**Vorrangtheorie**“ (nach der sich das europäische Recht stets gegenüber nationalen Regelungen durchsetzt) durch den Gesetzgeber für das Kartellverbot zugunsten letzterer gelöst.³⁰ Für das Missbrauchsverbot verbleibt es jedoch bei der parallelen Anwendung der jeweils strengeren Regelung im Sinne der Zweischrankentheorie.
- 85 Das deutsche Kartellrecht wird vom europäischen durch die so genannte „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ **abgegrenzt**: Die Maßnahme muss „geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen“. Hierfür genügt es, wenn die Maßnahme aufgrund der gesamten Umstände geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar den Handel in einer Weise beeinträchtigt, der der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann, indem sie zur Errichtung von Handelsschranken beiträgt und die vom Vertrag gewollte Durchdringung der Märkte erschwert.³¹ Das weite Anwendungsfeld wird durch die so genannte „**Bündeltheorie**“ ergänzt, wonach das gesamte Vertragssystem danach zu untersuchen ist, ob es die Handelsströme zwischen den Staaten beeinträchtigt. Die Situation ist stets mit derjenigen ohne die betreffenden Verträge zu vergleichen. Die Beeinträchtigung muss nicht tatsächlich eingetreten sein, es genügt die bloße **Eignung** oder die **Absicht** der Beeinträchtigung. Allerdings muss die Beeinträchtigung „spürbar“ sein. Dies ist der Fall, wenn eines der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 5% hat oder 10% der Einfuhren aus ei-

³⁰ vgl. *Bechtold*, BB 2000, 2425 (2429 f.); *Ehlermann*, WuW 2001, 231.

³¹ vgl. EuGH Slg. 1966, 281 (303) – LTM/MBU; *Emmerich*, Kartellrecht, § 36, 4 (S. 374).

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

nem Mitgliedstaat in einen anderen betroffen sind. Im Einzelnen gilt die Bagatellbekanntmachung der Kommission von 1997³² (siehe dazu unten).

b. Deutschland

- 86** Das deutsche GWB enthält in §§ 48 ff. GWB Vorschriften über **Kartellbehörden**. Für die Durchsetzung des GWB sind das **Bundeskartellamt** (heute mit Sitz in Bonn, früher in Berlin; die Mitarbeiterzahl beläuft sich derzeit auf etwa 345, davon ca. 50% Juristen und 50% Ökonomen) und die **Landeskartellbehörden**, i.d.R. die Wirtschaftsminister, sowie das **Bundeswirtschaftsministerium** zuständig. Das **Bundeskartellamt** ist nur bei länderübergreifender Wettbewerbsbeschränkung zuständig, § 48 Abs. 2 GWB, im Übrigen sind die Länder zuständig. Der **Bundeswirtschaftsminister** darf dem Bundeskartellamt allgemeine Weisungen erteilen (§ 52 GWB), jedoch grundsätzlich nicht in laufende Verfahren eingreifen. Die Kartellbehörden haben ein Auskunftsrecht nach § 59 GWB. Die **Monopolkommission** (§ 44 GWB) mit Sitz in Köln erstellt alle zwei Jahre ein „Hauptgutachten“ über die Entwicklung der Unternehmenskonzentration und die Anwendung von §§ 35-43 GWB. Sie kann nach Ermessen oder auf Auftrag der Bundesregierung weitere Gutachten anfertigen, hat aber keine behördlichen Befugnisse gegenüber dem Bürger. Die Behörden arbeiten nach § 49 GWB zusammen.
- 87** Gegen Verfügungen oder Untätigkeit der Kartellbehörden ist nicht der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO), sondern nach § 63 Abs. 4 GWB die **Beschwerde zum Kartellsenat beim Oberlandesgericht Düsseldorf** eröffnet. Das OLG ist insofern volle Tatsacheninstanz, es gilt (abweichend vom allgemeinen Zivilprozessrecht!) der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 70 GWB). Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist nach Zulassung (§ 74 Abs. 1 und Abs. 2 GWB), oder bei Vorliegen eines absoluten Beschwerdegrundes (§ 74 Abs. 4 GWB) die Rechtsbeschwerde zum Kartellsenat (§ 94 GWB) beim BGH (§ 74 GWB) zulässig. Der BGH überprüft dabei nur die ordnungsgemäße Rechtsanwendung (§ 76 Abs. 2 GWB). Für zivilrechtliche Klagen aus dem GWB sind ausschließlich die Landgerichte und dort die Kammern für Handelssachen zuständig (§ 87 GWB), auch soweit die kartellrechtliche Frage eine Vorfrage für die Entscheidung bildet. Für die Berufung ist der Kartellsenat beim Oberlandesgericht zuständig (§ 91 GWB), für die Revision der Kartellsenat beim BGH (§ 94 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

³² vgl. WuW 1998, 109.

c. Europa

- 88 **Kartellbehörde** ist primär die **Kommission**. Daneben sind auch die Kartellbehörden der Mitgliedsstaaten zur Anwendung des EU-Kartellrechts berechtigt und verpflichtet (vgl. § 50 GWB). Dies gilt dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung ihren Schwerpunkt im Inland hat.³³
- 89 **Kartellgerichte** sind primär das europäische Gericht erster Instanz (**EuG**) und der Europäische Gerichtshof (**EuGH**).

III. Geschichte des Kartellrechts

- 90 Mit der Gewerbefreiheit, die ab 1806 den Merkantilismus (= staatliche Vollregulierung ohne freien Wettbewerb) ablöste, entstand der **Vernichtungswettbewerb** zwischen den Konkurrenten. Aus diesem Vernichtungswettbewerb, der darauf abzielte, die Konkurrenten in den Konkurs zu treiben, entstanden die ersten regulierenden Absprachen (Kartelle „als Kinder der Not“).
- 91 Das **amerikanische Kartellrecht** gibt es seit 1890. Politisches Ziel war es, die Macht der Wirtschaft zu regulieren und einzuschränken. Unter Präsident *Ronald Reagan* als Anhänger der *Chicago School* kam es in den 80er-Jahren zu einer Reduktion der Eingriffe. Seitdem variiert das Kartellrecht je nach amtierendem Präsidenten. Dennoch gilt es als schärfstes Kartellrecht der Welt. Das amerikanische Kartellrecht besagt im Kern, dass jede Verabredung verboten ist und mit einer Geldstrafe von bis zu \$ 100 000 000 oder einer Gefängnisstrafe von bis zu 10 Jahren geahndet werden kann. Außerdem ist die versuchte (oder erfolgreiche) Marktmonopolisierung (unter gleichem Strafmaß) verboten (**Sherman Act, 15 U.S. Code §§ 1, 2**).
- 92 In **Deutschland** waren Kartelle im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig (Rechtsprechung des RG). Dies führte zu ca. 4000 Kartellen im Jahr 1932. Im „*Benrather Tankstellenfall*“³⁴ wurden jedoch Preisunterbietungen, die der Vernichtung des Gegners dienen, als sittenwidrig eingestuft. Im Dritten Reich konnten vom Reichswirtschaftsminister sogar Zwangskartelle angeordnet werden (*Gesetz über die Einrichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933, § 1*). Nach dem zweiten Weltkrieg (1947) ordneten die Alliierten an, Deutschland im Rahmen der Dezentralisierung zu dekartellisieren (= Vernich-

³³ KG ZIP 1989, 332.

³⁴ RG, Urteil vom 18.12.1931 – Az. II 514/30, RGZ 134, 342.

Der Wettbewerb und das Kartellrecht

tung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaft, dargestellt insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trust und anderen Monopolvereinigungen). 1958 trat das erste deutsche Kartellrecht in Kraft.

- 93 Das heutige **deutsche Kartellrecht** ist im „**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**“ (GWB) geregelt. Anders als das Lauterkeitsrecht basiert dieses Gesetz nicht auf der Umsetzung einer vereinheitlichenden Richtlinie. Soweit rein national (möglicherweise sogar nur auf eine einzelne Gemeinde beschränkte) Wettbewerbsbeschränkungen in Rede stehen, wäre der deutsche Gesetzgeber daher grundsätzlich frei in der Ausgestaltung seiner Normen. In den vergangenen zehn Jahren wurde dennoch eine weitreichende **Angleichung an die Parallelnormen des Europarechts** sowie der diese ergänzende Verfahrensordnung (VO 1/2003) vorgenommen. Die 6. GWB-Novelle (1999) passte nicht nur die Generalklausel des § 1 GWB an Art. 101 AEUV an, sondern führte auch zu einer Neunummerierung und Strukturierung des Gesetzes, so dass (wie im UWG) bei älteren Entscheidungen die geänderte Rechtslage zu berücksichtigen ist. Die 7. GWB-Novelle (2005) brachte zwar inhaltlich eine vollständige Umstellung des Systems, textlich aber nur die Einfügung neuer Regelungen (etwa §§ 32a-32c GWB) und die Aufhebung von Normen (insb. der komplette zweite Abschnitt und die Ausnahmen der §§ 2 ff. GWB a.F. sowie das Empfehlungsverbot in §§ 22 f. GWB a.F.). Neben das "allgemeine Kartellrecht" treten bereichsspezifische Spezialregelungen insbesondere im Energie- (EnWG) und Telekommunikationsrecht (TKG). Durch die 8. GWB-Novelle (2013) wurde die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) an das EU-Recht angepasst und die Beherrschungsvermutung des § 18 Abs. 4 GWB eingeführt. Die 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle betrifft (u.A.) die private Durchsetzung von Rechten (Schadensersatz, § 33a GWB).
- 94 Das **europäische Kartellrecht** hatte seine Anfänge 1952 mit *dem Schuman-Plan* und der *EGKS* (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl = Montanunion), in der bereits ein Kartellverbot herrschte. Danach wurde 1957 in Art. 85, 86 EWG das Kartellverbot und der Missbrauch marktbeherrschender Stellung (heutige Art. 101, 102 AUEV) geregelt. Anschließend wurde in der VO 17/62 (KartellVO) geregelt, dass jedes Kartell einer bestimmten Größe angemeldet werden muss. 1989 trat die erste Fusionskontrollverordnung (VO 4064/89) in Kraft. Mit der VO 1/2003 fiel die Anmeldepflicht für Absprachen weg, außerdem wurde das System der **Legalausnahme** eingeführt. Dies bedeutet, dass eine Rechtfertigung automatisch greift und keine **Einzelfreistellung** von Nöten ist. Des Weiteren wurde die Freistellung dezentralisiert, das bedeutet, dass nicht mehr allein die Kommission zuständig ist, sondern dass

die deutschen Kartellbehörden, d.h. das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden, darüber hinaus auch das **europäische Wettbewerbsrecht** unmittelbar selbst anwenden müssen. Die EU-Kommission verfolgt bei ihrer Wettbewerbspolitik den „**More Economic Approach**“. Dieser beinhaltet den *Vorrang effizienter Ergebnisse* (insb. Konsumentenwohlfahrt, aber ohne eine generelle Liberalisierung), außerdem sollen *Fehler erster Ordnung* (wettbewerbschädigendes Verhalten bleibt erlaubt) und *Fehler zweiter Ordnung* (wettbewerbsneutrales/-förderndes Verhalten wird verboten) vermieden werden (= *effects based approach*). Des Weiteren werden *ökonomische Instrumente* (insb. SSNIP-Test zur Feststellung der Marktbeherrschung) verwendet.

- 95 Das Kartellrecht hat für die **Wirtschaftspolitik** (Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen), als Einnahmequelle für Staat und Berater und für den Verbraucherschutz praktische Bedeutung.

2. Kapitel Das Kartellverbot

- 96 § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV verbieten alle Verhaltensweisen der Marktbeteiligten, welche die Bildung optimaler Marktverhältnisse in Deutschland bzw. im EU-Binnenmarkt beeinträchtigen³⁵ (sog. „**Kartellverbot**“ – wobei das Kartell eigentlich nur ein Unterfall ist). Erfasst sind damit alle Handlungen von mindestens zwei Marktteilnehmern, durch welche diese den zwischen ihnen („**Horizontalvereinbarung**“), oder zwischen einem von ihnen (d.h. einem Lieferanten oder Abnehmer) und dessen Konkurrenten („**Vertikalvereinbarung**“) bestehenden Wettbewerb beschränken wollen, oder dies zumindest (wenn auch ungewollt) faktisch tun. Damit wird eine Vielzahl von Absprachen, von Wettbewerbsklauseln in Gesellschaftsverträgen bis hin zu Preisabsprachen, erfasst.
- 97 Dabei wurde freilich nicht übersehen, dass solche Vereinbarungen im Einzelfall auch positive Begleitfolgen haben können. Ähnlich wie im Urheberrecht stehen daher oftmals nicht die Voraussetzungen des Verbots, sondern gerade umgekehrt die Ausnahmen im Vordergrund. Die generalklauselartige Formulierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV wird dabei durch so genannte „Gruppenfreistellungsverordnungen“ für konkrete Einzelfälle konkretisiert.



Prüfungsschema: Verstoß gegen § 1 GWB/ Art. 101 AEUV

I. Internationaler und sachlicher Anwendungsbereich

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. **Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots:** Unternehmen oder Unternehmensvereinigung
2. **Abrede:** Vereinbarung zwischen Unternehmen / Beschluss von Unternehmensvereinigungen / abgestimmte Verhaltensweisen (= Abrede)
3. **Wettbewerbsbeschränkung:** Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs – Abgrenzung: neutrale / wettbewerbsfördernde unumgängliche Nebenabrede (tatbestandsimmanente Schranke)
4. **bezweckt oder spürbar bewirkt:** Kein Bagatellkartell (nur bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen)

³⁵ Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht Rn. 413.

Das Kartellverbot

5. Ggf. Zwischenstaatlichkeit

6. Keine Freistellung (vgl. § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV)

I. Internationaler und sachlicher Anwendungsbereich

1. Internationaler Anwendungsbereich

- 98 Bei internationalen Fällen gilt das **Auswirkungsprinzip**. Damit ist weder der Sitz des Unternehmens (= **Personalitätsprinzip**), noch der Ort der Tathandlung/Absprache (= **Territorialprinzip**), entscheidend. Das Auswirkungsprinzip besagt, dass der **Ort des Erfolgseintritts** ausschlaggebend ist. Es ist demnach maßgeblich, ob der Wettbewerb in Deutschland / in der EU beeinträchtigt wird. Dies ist im deutschen Kartellrecht in § 185 Abs. 2 GWB geregelt (vgl. Wortlaut „auswirken“).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 99 Grundsätzlich gilt das Kartellrecht für die gesamte Wirtschaft, allerdings gibt es Bereiche, in denen das Kartellverbot **keine Anwendung** findet. Dies ist gemäß Art. 42 AEUV zum einen bei **landwirtschaftlichen Erzeugnissen** (unter Vorbehalt) der Fall (VO (EG) 1184/2006). Grund für diese Ausnahme ist, dass die Landwirtschaft als wichtiges Segment gestärkt werden soll und auch in Krisen weiterbestehen können muss. Die zweite wichtige Ausnahme schafft Art. 106 Abs. 2 AEUV für **Dienstleistungsunternehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** (z.B. Presseverlage, § 30 Abs. 2a GWB; Zweck: breites Sortiment in jedem Zweitschriftenladen) und für **Finanzmonopole**. Des Weiteren findet das Kartellverbot gemäß Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV auf die Herstellung von **Kriegswaffen** keine Anwendung.

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellverbots: Unternehmen/ Unternehmensvereinigung

- 100 Adressat des Kartellverbots sind zunächst „**Unternehmen**“. Anders als der Begriff des „**Unternehmens**“ in § 14 Abs. 1 BGB oder in § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG erfolgt hier eine **sehr weite** Auslegung (= **funktionaler Unternehmensbegriff**). Es wird nicht an ein konkretes Geschäft, sondern an die Tätigkeit als solche

angeknüpft. Anders als bei einem institutionellen Unternehmensbegriff sind jedoch Rechtsform, Gewerbeanmeldung, Befristung, Struktur, Komplexität der Tätigkeit, Finanzierung, Gewinnerzielungsabsicht und Umfang der Tätigkeit ohne Belang. Dies beruht darauf, dass die Regulierung des Wettbewerbs insgesamt (und nicht nur Verbraucherschutz im UWG bzw. Rechtsgeschäftslehre im BGB) in Rede stehen. Nach der Rechtsprechung kann etwa folgende Definition angewandt werden:



Definition: Unternehmen (iSv Art. 101 AEUV / § 1 GWB) ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit von gewisser Dauer ausübende Einheit unabhängig von Rechtsform und Art ihrer Finanzierung.³⁶

- 101** Erfasst sind auch **freiberufliche Tätigkeiten** (z.B. Ärzte, Architekten, Anwälte).³⁷ Daher ist insbesondere das – die Tätigkeit beschränkende – Berufsrecht der freien Berufe aus kartellrechtlicher Sicht auf europäischer Ebene problematisch. Auch rechtlich verpflichtend vorgeschriebene Zusammenschlüsse (z.B. Anwaltskammer, Ärztekammer) gelten unabhängig von ihrem Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts als Unternehmensvereinigungen. Trotz der strengen Standesregeln (BRAO; BÄO, etc.) und ggf. Vergütungsvorgaben (RVG, etc.) gibt es ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Betroffenen. Eine horizontale oder vertikale Bindung würde daher die Marktgegenseite (Patienten, Mandanten) erheblich beeinträchtigen.
- 102** **Rechtsfähigkeit** ist für den Unternehmensbegriff nicht erforderlich – auch nicht rechtsfähige Vereine konnten daher als Unternehmen erfasst sein und BGB-Gesellschaften galten bereits lange vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.
- 103** Auch auf das spezifische „**Bereicherungsmoment**“ (Gewinnerzielungsabsicht) des geschäftlichen Handelns kommt es nicht an - auch Künstler und Sportvereine sind etwa vom Unternehmensbegriff erfasst. Selbst Kirchen können unternehmerisch tätig sein, wenn sie etwa Kindergärten, Altenheime oder auch das Beerdigungswesen (Sargträger, etc.) anbieten.
- 104** Ohne Bedeutung ist schließlich auch die **Größe** des Unternehmens. Selbst der

³⁶ EuGH, Slg I- 1991, 1979 – Höfner und Elser / Macrotron, Rn. 21

³⁷ BGH GRUR 1977, 739 – Architekten-Gebühr; BGH GRUR 1987, 178 – Guten-Tag-Apotheke II; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 193.

Das Kartellverbot

kleinste Kleingewerbetreibende, der Feuerzeuge an der Straßenecke verkauft, ist vom Kartellverbot erfasst.

- 105 Des Weiteren gilt Art. 101 Abs. 1 AEUV auch für „**Unternehmensvereinigungen**“. Bei diesen geht es um Konstellationen, in denen nicht zwei rechtlich und tatsächlich unabhängige (natürliche oder juristische) Personen oder Personenvereinigungen handeln, sondern stattdessen eigentlich eine einheitliche Organisation – etwa ein Dachverband. Der Begriff der Unternehmensvereinigungen wird – wie der Begriff des Unternehmens – weit ausgelegt.



Definition: Unternehmensvereinigung ist jeder Zusammenschluss aus mehreren Unternehmen (im Sinne des Kartellrechts), dessen Zweck zumindest auch darin besteht, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen.

- 106 Die Vereinigung muss die unternehmerische Tätigkeit ihrer Mitglieder in irgendeiner Hinsicht beeinflussen. Zweck und Organisation der Vereinigungen sind wie Rechtsform und Sitz ohne Relevanz. Der Verband kann öffentlich rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein, so dass etwa auch die Zwangsvereinigungen der freien Berufe (Rechtsanwaltskammer, ³⁸ etc.) unter das Kartellrecht fallen. Vom Kartellverbot erfasst sind auch Zusammenschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Auch Arbeitgeberverbände und FIFA sind Unternehmensvereinigungen.

a. Ausgenommene Bereiche

- 107 Durch das Merkmal „Unternehmen“ sollen insbesondere Endverbraucher, Arbeitnehmer, bloß passive Investoren und hoheitliches Handeln ausgeschlossen werden
- 108 - **Endverbraucher** sind nicht Unternehmen im Sinne von § 1 GWB / Art. 101 AEUV. Der Endverbraucher soll vielmehr durch das Kartellrecht geschützt werden (Privilegierung). Selbst wenn sich mehrere Endverbraucher zusammenschließen erlangen Sie nicht die Marktmacht eines Unternehmens. Ihrer Organisation fehlt es an Beständigkeit und angemessener Koordination.
- 109 - **Arbeitnehmer** sind ähnlich wie die Endverbraucher sozial schwach und besonders schutzbedürftig und deshalb ähnlich wie Endverbraucher

³⁸ EuGH, Slg. 1985, 402, 423 f. – Clair.

nicht als Unternehmen zu qualifizieren. Arbeitnehmer sind demnach weder als Individuen noch in Zusammenschlüssen als Gewerkschaften als Unternehmen anzusehen. Obwohl sie gerade als Organisation im Arbeitskampf erhebliche Macht haben (insb. über Tarifverträge den Lohn für ganze Branchen vereinheitlichen und so den Wettbewerb unter den Arbeitnehmern / Arbeitgebern praktisch ausschließen), wird diese Form der Wettbewerbsbeschränkung als notwendiges Gegengewicht gegen die wirtschaftliche Macht der Arbeitgeber akzeptiert. Dies wird auch durch Art. 9 Abs. 3 GG oder Art. 28 der EU-Grundrechtscharta bestätigt, welche gerade den Arbeitskampf als solchen rechtfertigen. Ohne eine Koordinierung wäre der einzelne Arbeitnehmer der Verhandlungsmacht des Arbeitgebers selbst dann unterlegen, wenn die Gegenseite sich nicht koordiniert.

- 110 - Das bloße Halten von Geschäftsanteilen / Aktien ist grundsätzlich keine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, es sei denn, dass durch die Beteiligung auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens Einfluss ausgeübt wird. Damit sind **Aktionäre** als solche keine Unternehmen. Freilich ist eine Zurechnung des Verhaltens abhängiger Gesellschaften möglich; ein Geschäftsmann kann sich also nicht hinter einer von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft (AG, GmbH) verstecken. Hier agiert er als „Mariottenspieler“.
- 111 - Problematisch ist die Lage bei **Handelsvertretern**. Nach § 84 Abs. 1 S. 1 HGB sind diese grundsätzlich „selbstständig“ und agieren damit prima facie als selbstständige Wirtschaftseinheit.: Die Realität sieht aber oft anders aus – der Repräsentant eines einzelnen Unternehmens (etwa der Bofrost-Mann) hat vielfach gar keinen Gestaltungsspielraum und darf weder Preise, noch Gebiet noch Produktsortiment selbst bestimmen. Daher differenziert der EuGH zwischen „echten“ und „unechten“ Handelsvertretern. Ist der Handelsvertreter trotz dieser Bezeichnung und ggf. zivilrechtlichen Einordnung tatsächlich in die Vertriebsorganisation eines Unternehmens eingegliedert und trägt **kein eigenes Risiko** (erhält also insb. ein angemessenes Grundentgelt für die bloße Tätigkeit), dann ist der Handelsvertreter kein eigenständiges Unternehmen, so dass Abreden zwischen ihm und dem Auftraggeber nicht am Kartellverbot gemessen werden können (weisungsabhängig = kein Wettbewerber = „**echter Handelsvertreter**“ im Sinne des Kartellrechts). Wenn jedoch eine eigenständige Geschäftstätigkeit erbracht wird, oder der Handelsvertreter gleichzeitig für eine Vielzahl von Unternehmen tätig ist, dann ist er Unternehmen iSd. Kartellrechts. Beschränkende Absprachen zwischen

Das Kartellverbot

ihm und dem Unternehmen, für das er tätig ist, sind daher an Art. 101 Abs. 1 AEUV (bzw. § 1 GWB) zu messen („**unechter Handelsvertreter**“). Entscheidend ist also, wer das unternehmerische Risiko trägt.

b. Insbesondere: Staatliches Handeln

- 112 Besondere Schwierigkeiten wirft schließlich das Handeln des Staates oder anderer öffentlich-rechtlich organisierter Einrichtungen auf. Bei **hoheitlichem Handeln** ist der Staat nicht als Unternehmen zu beurteilen. Im Kern geht es dabei um die „Eingriffsverwaltung“. Der EuGH stellt dazu drei Voraussetzungen auf:



Voraussetzungen hoheitlicher (=privilegierter) Tätigkeit im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV

1. Das Tätigwerden muss dem öffentlichen Interesse dienen,
2. Die konkrete Aufgabe muss traditionell dem Staat übertragen sein
3. Die Aufgabe kann nur durch hoheitliche Befugnisse und Vorrechte ausgeübt werden.

- 113 Problematisch ist der Bereich der **Daseinsvorsorge (Leistungsverwaltung)**: Auch insoweit wird geprüft, ob die Tätigkeit dem öffentlichen Interesse dient, üblicherweise und *notwendigerweise* vom Staat wahrgenommen wird. Irrelevant ist hingegen die Frage ob die Tätigkeit öffentlich-rechtlich (Satzung, Anstalt, Körperschaft) oder privatrechtlich (Nutzungsvertrag als AGB, GmbH) ausgestaltet wurde.

Beispiele: 1. Eurocontrol kontrolliert und überwacht den Luftraum der EU. Darüber hinaus berät Eurocontrol aber auch nationale Verwaltungen bei Ausschreibungen für den Erwerb von Ausrüstungen und Systemen für Luftverkehrsmanagement. Aufgrund der großen praktischen Bedeutung dieser Stellungnahmen wurde der Wettbewerb für diese Produkte spürbar beeinträchtigt. **Verstößt die beratende Tätigkeit von Eurocontrol bei Ausschreibungen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV?**³⁹

Lösung: Maßgeblich ist, ob Eurocontrol, die beratende Tätigkeitbetref-

³⁹ EuGH, Urteil vom 26.3.2009, Rs. C-113/09 P – SELEX, Slg. 2009, I-2207 Rz. 71 f.

fend, als Unternehmen oder hoheitlich handelt. Der EuGH sieht die beratende Tätigkeit als notwendigen Annex zur Überwachung des Luftraums und damit als notwendig vom Staat auszuführende Handlung, weshalb die Privilegierung greift → kein Unternehmen → Art. 101 Abs. 1 AEUV (-).

2. Das staatlich betriebene spanische Gesundheitssystem (SNS) beglich Rechnungen von Ärzten mit einem Rückstand von durchschnittlich (!) 300 Tagen. Andere Rechnungen wurden hingegen pünktlich bezahlt. Die Ärzte begehrt ein Einschreiten der EU-Kommission aufgrund von Art. 102 AEUV, da das SNS die ihm zukommende marktbeherrschende Stellung als Nachfrager für medizinische Leistungen in Spanien diskriminierend ausübe. Aufgrund der wettbewerblichen Machtposition müssten sie keine Maßnahmen der Gläubiger fürchten. **Muss die Kommission gegen das SNS einschreiten?**⁴⁰

Lösung: Die Kommission müsste einschreiten, wenn das SNS ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts ist und nicht staatlich tätig wird. Die Erbringung der Leistung des SNS ist öffentlich-rechtlich und damit dem Kartellrecht vorbehalten. Fraglich ist jedoch, ob das auch für den Nachfragemarkt („Einkaufen“ vom Ärzten, Heilbehandlungen, Medikamenten, etc.) gilt, also ob auch dieser Nachfragemarkt privilegiert ist. Der EuGH privilegiert das SNS auch auf diesem Markt. Die Nachfrage sei nicht unternehmerisch, wenn der Verwendungszweck nicht wirtschaftlich ist (Untrennbarkeit der Nachfrage von der Verwendung = Nachfrage als Annex der Leistung). Demnach schlägt der soziale Zweck durch, das SNS wird auch auf der Nachfrageseite privilegiert. Im deutschen Recht ist § 1 GWB auch auf Unternehmen anwendbar, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden (§ 185 GWB). Für die Krankenkassen gilt die Sonderregelung des § 69 Abs. 2 SGB V, die besagt, dass die §§ 1 ff. GWB entsprechend anzuwenden sind, außer die Krankenkassen sind zum Abschluss der Verträge gesetzlich verpflichtet. Da nach deutschem Recht jedoch nichts verboten werden darf, was das europäische Recht erlaubt ist, findet die Regelung faktisch kaum Anwendung. Ausnahme ist eine ärztliche Behandlung, die keinesfalls im Ausland in Anspruch genommen werden kann (keinerlei Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten, kaum denkbarer Fall).

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 P – FENIN, Slg. 2006, I-625 Rn. 26.

Das Kartellverbot

c. Unternehmensverbände („Konzerne“)

- 114 Grundsätzlich handelt es sich auch bei konzernangehörigen Unternehmen um selbständige Unternehmen, so dass diese jeweils wettbewerbsbeschränkende Absprachen mit Dritten schließen können. Im Hinblick auf Konzerne stellen sich jedoch zwei Fragen: Unterliegen Vereinbarungen zwischen Konzernmutter und Konzerntochter oder zwischen Konzerngeschwistern den Schranken des Kartellrechts (sodass eine Koordination praktisch ausscheidet)? Und spiegelbildlich: Muss sich die Mutter das Fehlverhalten ihrer Tochter oder gar Schwestergesellschaften sich ihr Verhalten untereinander zu rechnen lassen (gibt es also eine „Sippenhaft“ im Kartellrecht)?

aa. Konzerninterne Kartellvereinbarungen

- 115 Bei konzerninternen Absprachen ist Art. 101 Abs. 1 AEUV ebenfalls dem Wortlaut nach zunächst erfüllt. Unter Umständen kann Art. 101 Abs. 1 AEUV aber nicht anwendbar sein. Hierfür sind zwei Aspekte zu berücksichtigen: Die fehlende Autonomie der Tochter gegenüber der Mutter (aufgrund Höhe der Beteiligung oder Weisungsrecht) und das Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen beiden. Wenn die Unternehmen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht daher eine wirtschaftliche Einheit bilden, sind interne Wettbewerbsbeschränkungen zulässig („Konzernprivileg“). Die dogmatische Begründung des Konzernprivilegs ist umstritten. Teilweise wird darauf abgestellt, dass Mutter und Tochter eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann.⁴¹ Teilweise wird unter Hinweis auf das Weisungsrecht der Mutter gegenüber der Tochter schon ein Wettbewerbsverhältnis, das beschränkt werden könnte, abgelehnt.⁴²

bb. Zurechnung innerhalb eines Konzerns⁴³

- 116 Insbesondere in Fällen, in denen das handelnde Unternehmen seinen Sitz außerhalb der Gemeinschaft hat, stellt sich die Frage, ob dessen wettbewerbswidriges Verhalten anderen, möglicherweise im Inland ansässigen Unternehmen, zugerechnet werden kann. Auch für eine derartige Zurechnung ist Vo-

⁴¹ EuGH Rs. 48/69 vom 14. Juli 1972, Rs. 73/95 – *Viho Europe BV* m.w.N.

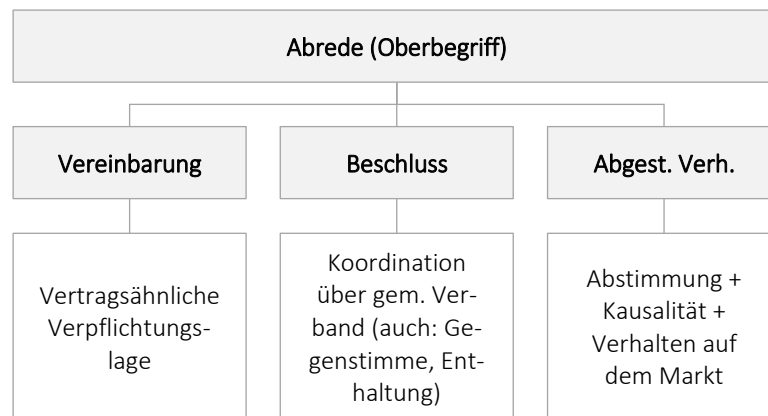
⁴² Mestmäcker/Schweitzer § 8 Rn. 46

⁴³ vgl. hierzu EuGH, Urt. Vom 10.9.2009, Rs. C-97/08 P – *Akzo Nobel*.

oraussetzung, dass Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden (Tochter kann ihr Verhalten nicht autonom bestimmen, sondern ist von den Weisungen der Mutter abhängig)

2. Abrede

- 117 Art. 101 Abs. 1 AEUV untersagt **drei Verhaltensweisen**, die man üblicherweise unter dem Oberbegriff „**Abrede**“ zusammenfasst. Diesen ist gemeinsam, dass in allen Fällen ein Kommunikationsakt erfolgt. Bei der Abrede und dem Beschluss genügt dieser bereits, während bei der bloßen „Abstimmung“ zusätzlich auch ein tatsächliches Verhalten auf dem Markt erfolgen muss.



- 118 Es ist nicht erforderlich, dass die beteiligten Unternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen (also Konkurrenten sind). Dies ist ein wesentlicher Unterschied etwa zur Aktivlegitimation im Lauterkeitsrecht (§ 8 GWB). Im Einzelnen kommen drei Formen von Abreden in Betracht:
- 119 - Wenn sich zwei (oder mehr) Konkurrenten (z.B. McDonalds und Burger King) verabreden bezeichnet man dies als **horizontale Vereinbarung (Kartelle im engeren Sinne)**. Solche Abreden sind regelmäßig besonders gefährlich – egal ob es um Preise oder Gebietsabgrenzungen oder Qualitätsvorgaben geht, verringert eine solche Abrede den Entscheidungsspielraum der Beteiligten, aber auch der Abnehmer und Lieferanten. Freilich gibt es auch hier sinnvolle Kooperationen, etwa bei Großprojekten, bei aufwändiger Forschung und Entwicklung oder bei Standardisierungsbemühungen, welche Wettbewerb gerade erst eröffnen.

Das Kartellverbot

- 120** - Davon abzugrenzen sind **vertikale Vereinbarungen** zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen, z.B. Lieferanten und Abnehmern. Diese sind nicht so kritisch zu beurteilen wie horizontale Vereinbarungen. Im Einzelfall können sie aber die gleichen Wirkungen haben: Das Unternehmen auf der vorgelagerten Marktstufe (der Lieferant), der alle Abnehmer bindet, kann so die horizontale Vereinbarung von Preisen und Gebietsabgrenzungen in gleicher Weise erreichen. Aus Sicht des Abnehmers macht es keinen Unterschied, warum er keine Wahl hat – in beiden Fällen fehlt es an Wettbewerb. Das ökonomische Problem ist dabei jedoch, dass der Lieferant auch als Monopolist direkt an die Endkunden durchliefern könnte – der Wettbewerb auf den folgenden Marktstufen ist also ohnehin nicht garantiert. Engt man den Gestaltungsspielraum zu sehr ein, wird daher regelmäßig nicht mehr Wettbewerb geschaffen, sondern es werden vielmehr Zwischenstufen abgeschafft und integriert und so Marktmacht erst geschaffen. Die erweiterte Zulässigkeit erfolgt jedoch nicht auf Ebene des Tatbestands, sondern erst auf Ebene der Freigabe durch die Vertikal-GVO.
- 121** - Ein Unternehmen muss sogar nicht einmal selbst sein Verhalten nach den Vorgaben ausrichten. Kartellrechtlich verantwortlich sind auch **mittelbar Beteiligte**, welche nur darauf achten, dass sich Konkurrenten an eine Vereinbarung halten oder diese zu einem bestimmten Verhalten anstiften (Wächter, Koordinatoren).⁴⁴ Dies ähnelt der strafrechtlichen Verantwortung desjenigen, der bloß „Schmiere steht“ oder als Chef einer Diebesbande beteiligt ist, aber trotzdem als Mittäter (§§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 StGB) verurteilt wird. Erforderlich ist aber, dass eine vertikale oder horizontale Absprache vorliegt, an der sich das Unternehmen beteiligt.
- 122** Bei der Bearbeitung eines kartellrechtlichen Falls müssen Sie stets **sauber zwischen diesen drei Formen der Abrede differenzieren**. Obwohl die Rechtsfolge (Verbot nach § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) identisch ist, genügt nur bei Beschlüssen und Vereinbarungen die Willensübereinstimmung als solche; bei der abgestimmten Verhaltensweise muss ein Auftreten nach außen hinzutreten. Bei Unternehmensvereinigungen kommen sowohl Beschlüsse als auch Abreden (mit anderen Unternehmensvereinigungen oder mit Unternehmen) in Betracht; Unternehmen untereinander können hingegen nur Beschlüsse fassen, wenn sie sich in einer Unternehmensvereinigung zusammengeschlossen haben.

⁴⁴ vgl. EuGH, Urteil v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P – AC-Treuhand AG.

a. Vereinbarungen

- 123 Der Begriff der „**Vereinbarung**“ ist denkbar weit zu verstehen. Sie sollten dabei nicht zu sehr in den Begriffen des BGB denken, da es einerseits um einen europarechtlichen Begriff geht (der in allen Mitgliedstaaten einheitlich verstanden werden muss) und andererseits die Rechtsordnung kartellrechtliche Abreden ja gerade missbilligt und mit Nichtigkeitsfolge belegt (Art. 101 Abs. 2 AEUV, § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB). Daher liegt es in der Natur der Sache, dass die beteiligten Unternehmen nach Umgehungsmöglichkeiten suchen.



Definition: Vereinbarung ist jede Willensübereinstimmung zwischen zwei oder mehr Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen über ein bestimmtes Verhalten am Markt.⁴⁵

- 124 Erfasst sind zunächst alle **Verträge im Sinne des BGB** (zwei übereinstimmende Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen – obgleich der Vertrag nach Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB nichtig wäre). Besondere Formerfordernisse bestehen nicht, die Abreden können schriftlich, mündlich oder sogar konkludent erfolgen. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem, wenn in einem grundsätzlich kartellrechtsneutralen Vertrag (etwa einer Franchising-Vereinbarung oder einem Lizenzvertrag) auch Klauseln enthalten sind, welche den Wettbewerb beschränken.
- 125 Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 AEUV und § 1 GWB gelten aber auch Absprachen **ohne Rechtsbindungswillen** („*gentlemen’s agreement*“).⁴⁶ Dies gilt jedenfalls, soweit zumindest eine faktische Bindungswirkung vorliegt (etwa durch Androhung von Nachteilen bei Abweichung, in Aussicht stellen von konkreten Vorteilen durch Befolgung oder sozialen Druck). Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH reicht demgegenüber bereits die bloße Kommunikation, wenn *überhaupt kein* faktischer Zwang besteht (!). Dies lässt die Gegenmeinung in der Literatur nicht genügen. Hierzu wird auf die Gleichbehandlung mit dem abgestimmten Verhalten verwiesen: Dort ist auch nach der Rechtsprechung ein *tatsächliches Verhalten* gerade aufgrund der Abstimmung erforderlich. Dann kann für die Vereinbarung nichts anderes gelten, da sonst die „Abstimmung“ praktisch leerliefe.

Beispiele: 1. Zur Beendigung eines komplexen Schadensersatzprozesses

⁴⁵ vgl. EuG Slg. 1999, II-931 (1132 ff. Tz. 715 ff.) - *PVC/Limburgse Vinyl*.

⁴⁶ *Emmerich* § 3, 4 (S. 33 f.).

Das Kartellverbot

im Jahr 2015 erklärte sich die K-AG außergerichtlich gegenüber der B-AG „entgegenkommenderweise“ bereit, auf die Fortsetzung des Prozesses zu verzichten. Die B-AG erklärte, „im Interesse der Konfliktbeilegung“, den Kläger bei künftigen Auftragsvergaben bevorzugt zu berücksichtigen. Die Vertreter der K-AG und der B-AG erklären dabei ausdrücklich, es handle sich um ein „Gentlemen’s Agreement“. Aufgrund dieser Vereinbarung nimmt die K-AG die Klage zurück. Im Jahr 2018 verlangt die K-AG von der B-AG Auskunft hinsichtlich aller von der B-AG vergebenen Aufträge. Sie meint, die B-AG habe die Zusage von 2015, die K-AG bevorzugt zu berücksichtigen, nicht eingehalten. **Hat die K-AG den behaupteten Anspruch?**⁴⁷

Lösung: Die K-AG könnte einen Anspruch auf Auskunft aus § 779 BGB i.V.m. § 242 BGB gegen die B-AG haben, vorausgesetzt, ein wirksamer Vertrag liegt vor. Dagegen könnte sprechen, dass die Parteien ausdrücklich keine rechtliche Bindung wollen. Nach §§ 133, 157 BGB analog wollten die Parteien jedoch ihre Beziehung verbindlich regeln. Die Unverbindlichkeit ist nur vorgeschoben. Allein das Erheben der Klage zeigt, dass die K-AG von einer Bindungswirkung ausgeht. Demnach lag eine vertragliche Einigung vor. Dieser Vertrag ist aber wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB oder eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. Die Vereinbarung zwischen der B-AG und der K-AG geht zu Lasten der Konkurrenten der K-AG und der Kunden der B-AG, die so ggf. schlechtere oder teurere Leistungen durch die B-AG als Subunternehmer erhalten und beschränkt den Wettbewerb auf dieser Ebene.

2. Die örtlichen Taxiunternehmen der Stadt G schlossen sich zu einer „Taxi-Besitzervereinigung“ zusammen. Diese betrieb eine gemeinsame Telefon- und Funkzentrale. Die Mitglieder verpflichteten sich auf Grundlage eines Beschlusses durch „Eidesstattliche Erklärung“ auf die Erteilung von Taxikonzessionen seitens des Ordnungsamtes, die über die Wagenzahl von 75 Taxen hinausgehen, zu verzichten, bis in einer Mitgliederversammlung der TBV diese freiwillige Begrenzung aufgehoben wird. A, einem Mitglied der Vereinigung wurde eine 76. Konzession erteilt, was er auch der Vereinigung mitteilte. Trotz Hinweis auf den Beschluss und die von ihm unterschriebene Erklärung und mehrfacher Aufforderung nutzte A dieses Taxi. Daraufhin wurde er durch einstimmigen Beschluss aus der

⁴⁷ BGH 22.01.1964, WuW/E 602, 604 – *Schiffspumpen*.

Vereinigung ausgeschlossen. A wendet sich gegen diesen Ausschluss. Die Vereinigung meint, das Kartellverbot sei nicht betroffen, da man ja jederzeit austreten könne. **Ist A zu Recht ausgeschlossen worden?**⁴⁸

Lösung: Ein Ausschluss A wäre wirksam, soweit ein wichtiger Grund vorliegt (arg. § 314 BGB). Ein solcher läge vor, wenn A sich pflichtwidrig verhalten hätte. Hier hat er gegen seine eigene Erklärung und den Beschluss gehandelt. Jedoch könnte seine Erklärung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB unwirksam sein. Dann müsste es sich um eine Vereinbarung handeln. Eine solche setzt grundsätzlich einen Empfänger voraus. Hier war die „eidesstattliche Erklärung“ jedoch weder Teil der Vereinssatzung (also kein Beschluss) noch sonst zwingend mit der Aufnahme verbunden. Allerdings waren die Mitglieder praktisch gezwungen eine entsprechende, einheitliche Erklärung abzugeben. Der drohende Ausschluss hätte für A erhebliche Nachteile zur Folge, da er ansonsten die gemeinsame Telefon- und Funkzentrale nicht nutzen kann und somit Nachteile hat. Mit Abgabe der Erklärung wollte sich A also gegenüber den anderen Mitgliedern und dem Verband verpflichten, keine weiteren Konzessionen zu erwerben. Damit liegt in Form der Erklärung eine „Vereinbarung“ (über den Verein als „Mittler“ zwischen den Beteiligten) vor. Diese wirkt auch wettbewerbsbeschränkend. Daher ist sie unwirksam. Damit begründete sie keine Verhaltenspflicht, so dass der Verstoß den Ausschluss nicht zu rechtfertigen vermag. Daher ist der Ausschluss unwirksam.

- 126 Die Vereinbarung muss **mindestens zwischen zwei Parteien** bestehen. Die Anwendung von *vis compulsiva* (Ausübung von wirtschaftlichem Zwang) durch eine Partei ist dabei grds. unbeachtlich, die Parteien müssen also keineswegs beim Abschluss der Vereinbarung vollständig freiwillig gehandelt haben. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen ein marktmächtiges Unternehmen (z.B. ein Autohersteller) seinen Vertragshändlern kartellrechtswidrige Bedingungen „aufzwingt“ – dann liegt nicht nur ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV auf Seiten des Marktbeherrschers, sondern auch eine verbotene Abrede beider Parteien (also auch des Vertragshändlers) vor. Allerdings muss zumindest ein Entscheidungsspielraum der unterlegenen Partei vorliegen – ist die Einhaltung der Bedingungen schon durch den faktischen Rahmen unumgänglich (etwa durch technische Maßnahmen, etc.) und hat die Vereinbarung deshalb nur deklaratorische Wirkung, scheidet ein Kartellverstoß aus.

⁴⁸ BGH, 22.04.1980 - KZR 4/79 – *Taxi-Besitzer-Vereinigung*.

Das Kartellverbot

- 127 Wie soeben angedeutet stellen schlicht **einseitige Maßnahmen** einer marktstarken Partei gegenüber ihren Abnehmern oder Lieferanten keine "Vereinbarungen" dar, sondern sind allein an Art. 102 AEUV bzw. §§ 18 ff. GWB zu messen.⁴⁹ Eine Vereinbarung liegt allerdings auch dann vor, wenn diese durch „vis compulsiva“ (also hypothetisch überwindbaren Zwang) einer Partei begründet wurde, solange die andere Partei theoretisch auch „Nein“ sagen kann. Damit gilt:
- 128 - Eine scheinbar einseitige Maßnahme kann nur der **Konkretisierung oder Durchführung vorheriger Vereinbarungen** dienen.⁵⁰ Erinnert also ein Lieferant seine Vertragshändler an eine vorher vertraglich vereinbarte Gebietsbeschränkung, ein Importverbot oder einen Mindestpreis, wird diese Vereinbarung dadurch nicht zu einer einseitigen Handlung; vielmehr verbleibt es bei Art. 101 AEUV und § 1 GWB.
- 129 - Die **Aufforderung einer marktstarken Partei zur konkludenten Zustimmung zu einem gemeinsamen wettbewerbswidrigen Verhalten** führt (so sie denn akzeptiert wird) zu einer Vereinbarung.⁵¹ Will also der Lieferant, dass sein Vertragshändler einen bestimmten Mindestpreis verlangt oder den Verkauf an bestimmte Kunden (etwa aus anderen Mitgliedstaaten der EU) unterlässt, liegt eine Vereinbarung vor, wenn der Vertragshändler auch mit „Nein“ antworten kann, ohne dass ihm der Vertrieb des Produkts sofort insgesamt unmöglich wird (so dass praktisch der gleiche Erfolg wie bei Zustimmung eintritt). Die Abgrenzung gestaltet sich oft schwierig: Oftmals werden die Vertragshändler eines marktmächtigen Unternehmens das Gefühl haben, dass ihnen gar keine Alternative bleibt, als einer Weisung Folge zu leisten. In der Praxis ist darauf abzustellen, inwieweit eine tatsächliche Durchsetzungsmöglichkeit auch ohne Mitwirkung des anderen Teils (etwa durch technische Maßnahmen wie Wasserzeichen, etc. oder durch rechtliche Handlungen etwa eine ablaufende Befristung) besteht oder dem Vertragspartner praktisch die Option bleibt, sich weisungswidrig zu verhalten (was oftmals der Fall sein wird).

Beispiel: Der belgische Berufsverband *FEDETAB*, in dem fast alle belgischen und luxemburgischen Tabakwarenhersteller organisiert sind, gibt

⁴⁹ EuGH EuZW 2004, 309 - Bayer/Adalat; EuGH WuW/E EUR 933 – *Daimler Chrysler*.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 11.1.1990, Rs. 277/87 – *Sandoz Prodotti Farmaceutici*.

⁵¹ EuGH, Urteil v. 6.1.2004 – verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P – *BAI und Kommission/Bayer (Adalat)*; EuGH, Urteil v. 13.7.2006 – Rs. C-74/04 P, Slg. 2006, I-6602 Rz. 40 ff. – *Kommission/Volkswagen*.

eine Empfehlung heraus, die u.a. eine Empfehlung über die zuzuerkennenden Verdienstspannen für Groß- und Einzelhändler vorsieht. Die Mehrheit der Tabakwarenhersteller befolgt diese Empfehlungen. Liegt eine (u.a. durch Bußgelder zu ahndende) wettbewerbswidrige Vereinbarung zwischen den Tabakherstellern und FEDETAB vor?⁵²

Lösung: Empfehlungen sind grundsätzlich zulässig. Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch, wenn Empfehlungen faktisch die Wirkung einer Weisung haben, so dass die Empfehlung von den beteiligten Unternehmen wie eine Weisung umgesetzt wird. Dann liegt entweder eine Vereinbarung (so der EuGH in o.g. Fall), oder abgestimmtes Verhalten (so die Lit.) vor. Wenn die Mehrheit der Tabakwarenhersteller die Empfehlungen befolgt, liegt jedenfalls zwischen diesen und dem Berufsverband ein abgestimmtes Verhalten vor, das sich auf dem Markt bemerkbar macht.

- 130 Voraussetzung für eine Vereinbarung ist, dass die **Ungewissheit über das künftige Marktverhalten beseitigt bzw. erheblich verringert wird**. Für eine Vereinbarung genügt daher auch die bloße Teilnahme an Besprechungen über Maßnahmen, die unter Art. 101 Abs. 1 AEUV oder §§ 1 ff. GWB fallen, wenn sich das Unternehmen nicht deutlich von dem Inhalt der Besprechung öffentlich distanziert. Die bloße Nichtanwendung der vereinbarten Maßnahmen genügt insoweit nicht, um eine Vereinbarung auszuschließen.⁵³ Nach dem EuG⁵⁴ scheidet auch bei unabhängigem Marktverhalten eines Unternehmens, dass an Treffen mit Wettbewerbern teilgenommen hat, eine Minderung des Bußgeldes aus, wenn das Unternehmen nicht für den Markt klar erkennbar gegen die getroffenen Absprachen **verstoßen hat** und sich öffentlich von den Ergebnissen der Treffen **distanziert hat**.

b. Beschlüsse

- 131 § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV verbieten darüber hinaus „**Beschlüsse**“ von Unternehmensvereinigungen. Auch hier geht es nicht um die deutsche Terminologie, denn der Begriff ist europarechtlich einheitlich auszulegen. So werden nicht nur Mehrheits- oder gar Einstimmigkeitsbeschlüsse erfasst, sondern auch Regelungen in der Satzung, Vorgaben in Verbandsordnungen

⁵² EuGH, Slg. 1980, 3125, (3250) – FEDETAB-Empfehlungen.

⁵³ vgl. *Emmerich* (13. Aufl. 2014), § 4 Rn. 6.

⁵⁴ EuG, Urt. v. 14.05.2014, Rs. T-30/10 – *Reagens/Kommission*.

Das Kartellverbot

und sogar Vorgaben des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung ggü. den Mitgliedern.



Definition: Beschlüsse sind **sämtliche Rechtsakte, durch die eine solche Organisation ihren Willen bildet**, unabhängig vom Verfahren der Willensbildung und Willensäußerung sowie der rechtlichen Zuständigkeit.

- 132** Erst Recht kann nicht die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit des Beschlusses verlangt werden. Dieser würde wie bei der Vereinbarung § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV entgegenstehen. Es genügt in jedem Fall die durch wirtschaftlichen Druck begründete **faktische Bindung** der Mitglieder. Auch hier geht die Rechtsprechung aber weiter als die Literatur: Es werden keine konkreten nachteiligen Folgen verlangt, sondern es soll die bloße Erwartung der Befolgung als solche genügen. Auch bloße Empfehlungen werden daher erfasst, soweit sie **voraussichtlich** zu einem abgestimmten Verhalten führen werden.⁵⁵
- 133** Ein Beschluss stellt insoweit eine Verschärfung gegenüber der Vereinbarung dar, als auch derjenige, der **bewusst gegen das Verhalten gestimmt hat oder bei der Abstimmung abwesend war**, sich den Beschluss grundsätzlich zurechnen lassen muss. Ob ein beteiligtes Unternehmen im Einzelfall gegen den Beschluss gestimmt hat, ist ohne Relevanz für die kartellrechtliche Verantwortlichkeit, soweit der Beschluss tatsächlich befolgt wird und sich der Beteiligte nicht öffentlich davon distanziert. Insoweit ähnelt die Verantwortung hier der objektiven Zurechnung bei Gremienentscheidungen im Strafrecht (Leder-sprayfall).

Beispiel: Ein aus mehreren Großbäckereien bestehender Verband verwaltete die Kollektivmarke „Golden Toast“ (bestehend aus den in Großbuchstaben geschriebenen Worten "GOLDEN TOAST" und der Darstellung einer stilisierten strahlenden Sonne). Ziel war es, es den 18 regional tätigen Mitgliedern zu ermöglichen, ein Toastbrot herzustellen, das bundesweit unter einer einheitlichen Marke in den Verkehr gebracht werden konnte. Um Brot unter der Marke anzubieten, mussten die Bäckereien Toastbrot nach bestimmten geheim zuhaltenden Vorgaben (Rezeptur, Größe, Form, Porung, Farbe, Scheibenstärke und Verpackung) produzieren. Zudem durfte jede Bäckerei nur in einem bestimmten, ihr zugewiesenen

⁵⁵ EuGH NJW 1987, 2150 – *Sachversicherer*.

Gebiet das von ihr produzierte „Golden Toast“-Toastbrot verkaufen. **Handelt es sich hierbei um einen Beschluss des Verbandes, der gegen das Kartellrecht verstößt?**⁵⁶

Lösung: Es handelt sich um einen Beschluss (der Verband trifft Vorgaben). Unproblematisch ist die Standardisierung des Produktes, diese dienen dem Verbraucherschutz. Problematisch könnte jedoch die Gebietseinteilung zu beurteilen sein. Diese könnte jedoch aufgrund von Art. 101 Abs. 3 AEUV / § 2 GWB nicht kartellrechtswidrig sein. (Dazu unten)

c. Abgestimmte Verhaltensweisen

- 134 Grundsätzlich muss jedes Unternehmen selbstständig (= unabhängig von anderen), allerdings in Abhängigkeit von den tatsächlich beobachteten Marktbedingungen, über sein Verhalten auf dem Markt bestimmen (sog. „**Selbstständigkeitspostulat**“).⁵⁷ Damit ist es selbstverständlich zulässig, die eigenen Preise oder Leistungen dem Angebot der Konkurrenz anzupassen („**Koordinierung über den Markt**“). Unternehmen dürfen also im Internet recherchieren, welche Preise ihre Wettbewerber verlangen; sie dürfen bei Anbietern fragen, welche Preise sie anderen anbieten und sie dürfen ihre Kunden fragen, warum sie zu einem anderen Anbieter wechseln. Aus diesen Informationen dürfen sie Folgerungen ziehen und sich diesen entsprechend verhalten.
- 135 Wird aber das autonome Verhalten durch eine Koordination („Abstimmung“) vorweggenommen, indem **zukünftige** Pläne bereits im Vorfeld offengelegt werden, gibt es keinen Anlass zur **Reaktion**, da bereits die Offenlegung als solche Verhalten der anderen beeinflusst. Eine solche Abstimmung setzt eine unmittelbare oder mittelbare **Fühlungnahme** (= ein Minimum an Kontakt) voraus.
- 136 Das abgestimmte Verhalten als schwächste Form der Absprache ist von einer „Vereinbarung“ und einem „Beschluss“ **abzugrenzen**. Da bei Vereinbarungen und Beschlüssen kein tatsächliches Verhalten auf dem Markt erfolgen muss, sondern bereits die Koordinierung als solche verboten ist, verlangt die Literatur insoweit eine faktische Bindung. Diesem engen Verständnis von Vereinbarungen und Beschlüssen folgt die Rechtsprechung jedoch nicht. Hiernach wird primär auf den *Willen* der Beteiligten abgestimmt. Damit wird als Abstimmung wirklich nur die Konstellation erfasst, in welcher sich die Beteiligten

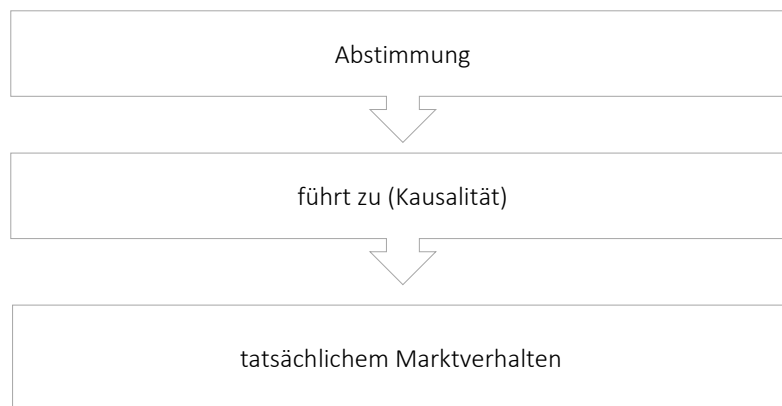
⁵⁶ BGH, Urt. v. 12.03.1991, Az.: KVR 1/90 – *Golden Toast*.

⁵⁷ EuGH, Slg. 1975, 1663 – *Suiker Unie*.

Das Kartellverbot

keine konkrete Vorstellung über das Verhalten der anderen machen, sondern ausschließlich („blind“) Informationen austauschen (und sich hierdurch „abstimmen“).

- 137 Der EuGH prüft das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise in **drei Schritten**:



aa. Abstimmung

- 138 Erforderlich ist stets ein **gemeinsamer Akt** der Beteiligten, die Abstimmung.



Definition: Abstimmung ist eine Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss einer Vereinbarung gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.⁵⁸

- 139 Wie bei der Vereinbarung sind damit **einseitige Handlungen** eines einzelnen Unternehmens (z.B. Weisungen oder Empfehlungen des Lieferanten) – selbst wenn sie dazu führen, dass sich mehrere Marktteilnehmer anpassen und identisch verhalten – nur am Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB) zu messen. Andererseits genügt die Zwischenschaltung eines Dritten, welcher Informationen der Wettbewerber sammelt und diese dann (nur) unter diesen verteilt, nicht, um dem Abstimmungsverbot zu entgehen. Es ist also

⁵⁸ EuGH, Slg. 1972, 619, 658 – *ICI*; Slg. 1976, 1663, 1942 – *Zucker*.

auch hier wieder eine saubere Abgrenzung vorzunehmen, die sich daran orientiert, von wem die Information ausgeht und an wen sie sich primär richtet: Tauschen praktisch die Konkurrenten ihr Wissen untereinander aus, liegt eine Abstimmung vor; gibt hingegen der Lieferant die Rahmenbedingungen einseitig vor, ist sie zu verneinen.

- 140 Fraglich ist, ob eine Abstimmung auch vorliegt, wenn nur ein einzelnes Unternehmen öffentlich ein bestimmtes Verhalten **ankündigt und hofft, dass auch die Wettbewerber diesem Vorbild folgen**.



Meinungsstreit: Die Behandlung einer solchen „Koordination über den Markt“ ist umstritten:⁵⁹

Die **Kommission** sah in dem geschilderten Verhalten eine Abstimmung. Unstreitig würde es bei einer echten „Abstimmung“, etwa bei einer Versammlung aller Konkurrenten in einem Tagungssaal, genügen, wenn einer den anderen seine Pläne ankündigt und diese bittet, ihm zu folgen. Denn dann würden die Interessenten konkludent zustimmen und dies spätestens durch ihr Marktverhalten zum Ausdruck bringen. Ein Kartellverstoß sei kein heimliches Delikt: Auch wenn die „Abstimmung“ öffentlich erfolge und die relevanten Informationen öffentlich hinterlegt werden, liege praktisch eine Koordination vor: Das Ergebnis sei identisch, ebenso die Zustimmung der anderen Teilnehmer durch ihr entsprechendes Verhalten.

Der **EuGH** lehnte diese Ansicht hingegen ab:⁶⁰ Unter Berücksichtigung des öffentlichen Informationsinteresses können Ankündigungen von Preiserhöhungen nicht generell verboten werden. Denn nach der Durchführung der Preiserhöhung könnten sich die Konkurrenten ja ebenso informieren und entsprechend verhalten. In dem Moment, in dem die Preiserhöhung angekündigt wird, kann auch die Marktgegenseite (also der Verbraucher oder Zulieferer) entsprechend reagieren. Verboten ist damit nur der geheime Austausch, welcher den Wettbewerbern einen Vorsprung gegenüber der Marktgegenseite verschafft.

⁵⁹ *Mestmäcker/Schweizer* (3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 39) und *Immenga/Mestmäcker* (5. Aufl. 2012, Art. 101 I Rn. 93) sind der Auffassung, dass Art. 101 Abs. 1 jedenfalls dann anwendbar sein soll, wenn künstlich Marktbedingungen geschaffen werden, die die Preiserhöhung der Konkurrenz rechtfertigen, z.B.: die systematische Schaffung eines Klimas gegenseitigen Vertrauens, in dem sich dann jeder auf die entsprechende Verhaltensweise der anderen verlassen kann (EuG 12. 7. 2001 Slg. 2001 II 2040, 2059 f. Tz. 60 – *Tate & Lyle*).

⁶⁰ EuGH Slg. 1993, I-1575.

Das Kartellverbot

bb. Tatsächliches Marktverhalten

- 141 Über die bloße Abstimmung hinaus ist ein **tatsächliches Marktverhalten** erforderlich. Dies setzt ein konkretes Tun oder Unterlassen der Unternehmen im Außenverhältnis voraus. Es genügt also gerade nicht die Kenntnisnahme von einer Information oder die Weitergabe der Information als solche. Auch interne Vorbereitungsmaßnahmen (Weisungen an Mitarbeiter, etc.) genügen nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass im Außenverhältnis ein bestimmtes Verhalten tatsächlich erkennbar wird.



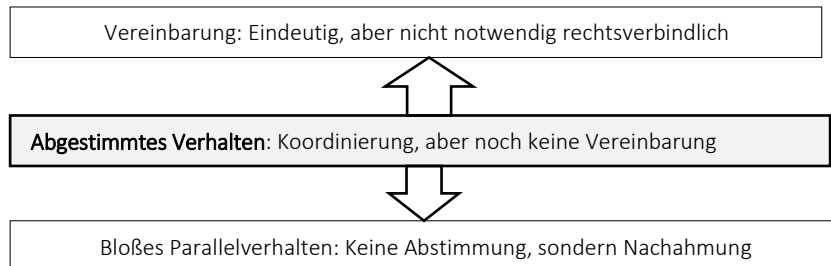
Klausurtyp: In der Praxis der Kartellbehörden ist es regelmäßig so, dass zunächst das Verhalten als solches erkannt wird (etwa ähnliche Preise, zeitnahe Preiserhöhungen, etc.) und sodann ermittelt wird, ob und wie eine vorherige Abstimmung erfolgt ist. In Klausuren bedarf es dieser Herangehensweise nicht, da Ihnen bereits der vollständige Sachverhalt vorliegt und weitere Ermittlungen praktisch nicht möglich sind. Fehlt es insoweit an einer Abstimmung, scheidet ein Kartellverstoß daher ebenso aus wie bei fehlendem tatsächlichem Verhalten – im letztgenannten Fall sollten Sie aber in jedem Fall über eine „Vereinbarung“ nachdenken!

cc. (Vermutete) Kausalität zwischen Abstimmung und Marktverhalten

- 142 Das Marktverhalten muss schließlich **kausal**⁶¹ auf der Abstimmung beruhen. Der bloße Abstimmungsversuch, auf den aber kein Unternehmen eingeht, ist damit nicht vom Verbot erfasst und wird nicht durch Bußgelder verfolgt. Kausalität liegt nur vor, wenn sich die Unternehmen ohne die Abstimmung anders verhalten hätten (*conditio sine qua non*). Hierdurch wird die abgestimmte Verhaltensweise nach unten vom schlichten „zufälligen“ oder marktbedingten einheitlichen oder ähnlichen Verhalten abgegrenzt.

⁶¹ EuGH Slg. 1999, I-4125 – *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*.

Tatbestandsvoraussetzungen



- 143 Ein autonomes Nachahmen des Verhaltens der Konkurrenz (bloßes „**Parallelverhalten**“) ist (wie bereits dargestellt) uneingeschränkt zulässig. Denn es lässt sich weder verhindern (man kann den Unternehmen keine Scheuklappen aufsetzen und verhindern, dass sie sich die Konkurrenz und deren Verhalten auf dem Markt ansieht) noch läge ein Verbot der Reaktion auf das Verhalten der Konkurrenz im Sinne des Marktes: Gerade das Wechselspiel aus Aktion und Reaktion macht ja den zu schützenden Wettbewerb als solchen aus. Ein Parallelverhalten liegt vor allem nahe, wenn die Preise transparent sind und die Wechselbereitschaft der Kunden hoch (sodass der Preis gerade entscheidendes Kriterium für den Erhalt der eigenen Marktposition ist). Dann bietet es sich an, sich an die sichtbaren Preise der Konkurrenz anzuhängen.

Beispiel: In einem Stadtteil befinden sich in unmittelbarer Nähe fünf Tankstellen verschiedener Anbieter (A, B C, D und E). Anfang des Jahres bieten alle drei Tankstellen Benzin zum gleichen Preis an. Am Freitag vor den Osterferien um 14:00 Uhr erhöht der Betreiber der Tankstelle A den Benzinpreis um 5 Cent und zeigt dies auf einer groß sichtbaren Anzeige an der Straße an. Um 14:30 Uhr verlangen auch die anderen vier Tankstellen den gleichen, höheren Preis.

Nach Ende der Ferienzeit senkt der Betreiber der Tankstelle C um 12:00 Uhr den Benzinpreis um 3 Cent. Um 12:30 Uhr verlangen auch die anderen vier Tankstellen den gleichen, niedrigeren Preis.

Liegt eine abgestimmte Verhaltensweise von A, B C, D und E vor?

Lösung: Zu berücksichtigen ist hier, dass der Markt sowohl für Konkurrenten als auch für Abnehmer annähernd völlig transparent ist. Des Weiteren ist das Benzin der Tankstellen annähernd völlig homogen. Deshalb wird immer diejenige Tankstelle die Meistverkaufende sein, die das Benzin am billigsten anbietet. Die Preissenkung am Ende der Ferienzeit ist demnach unproblematisch, wer den Preis nicht senken würde, würde

Das Kartellverbot

Kunden verlieren (= Unternehmerische Entscheidung, keine Abstimmung). Auch die Preiserhöhung ist eine unternehmerische Entscheidung (als Folge der steigenden Nachfrage zu Beginn der Ferien). Aus dem Parallelverhalten kann demnach nicht auf eine abgestimmte Verhaltensweise geschlossen werden.

- 144** Um die durch die Abgrenzung entstehende Beweisproblematik zu entschärfen, werden beteiligte Unternehmen, welche als Zeugen auftreten, von kartellrechtlichen Sanktionen freigestellt („**Kronzeugenregelung**“ = kein/ermäßigtes Bußgeld). Diese Kronzeugenregelung hat jedoch keine Auswirkung auf Zivilprozesse, das heißt, dass dennoch Schadensersatz gezahlt werden muss. Außerdem ist die Kronzeugenregelung in den meisten Staaten verschieden, was doch zur Verhängung eines Bußgelds führen kann. Im Übrigen wird zum Nachweis der Kausalität der Abstimmung für das Verhalten auf Indizien abgestellt.
- 145** Da die Kausalität aber auch auf diesem Wege nicht immer zweifelsfrei zu beweisen ist, behilft sich der EuGH mit einer Beweislastumkehr: Jedenfalls bei wiederholten Änderungen des eigenen Verhaltens über einen längeren Zeitraum soll aus dem Fehlen **nachvollziehbarer Erklärungen** die Kausalität der Abstimmung gefolgert werden können: *„Zum einen gilt vorbehaltlich des den betroffenen Unternehmen obliegenden Gegenbeweises die Vermutung, daß die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmäßig stattfindet...“*⁶² Hinreichend ist damit regelmäßig, dass Unternehmen **im Vorfeld** des beobachteten Verhaltens **untereinander** Informationen über ihr zukünftiges Verhalten ausgetauscht haben, d.h. insbesondere Treffen nachweisbar sind (= Anscheinsbeweis mit Beweislastumkehr). Es wird damit vermutet, dass die Abstimmung Auswirkungen auf das Verhalten gehabt hat, weil Unternehmen selbstverständlich jede ihnen zugängliche Information in ihren Entscheidungen berücksichtigen. Es liegt am Unternehmen, diese Vermutung zu widerlegen, indem sie andere Gründe für ihr Verhalten vortragen und ggf. beweisen.
- 146** Nach deutschem Recht soll eine solche Vermutung hingegen jedenfalls im Bußgeldverfahren mit dem – auch bei Ordnungswidrigkeiten zu beachtenden

⁶² EuGH, Urt. v. 08.07.1999, C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 – *Kommission/Anic Partecipazioni*; EuGH, Urt. v. 08.07.1999, C-199/92 P; Slg. 1999, I-4287 – *Hüls/Kommission*.

– Grundsatz „**in dubio pro reo**“ unvereinbar sein.⁶³ Für eine solche Betrachtung sprechen auch praktische Gründe: Da jeder Wettbewerber seine Bedingungen gegenüber seinen Abnehmer offenlegen muss (z.B. durch Prospekte oder Anzeigen), können auch die Konkurrenten dies als Orientierung nutzen und ihrerseits ähnliche Bedingungen offerieren. Im Informationszeitalter kann eine solche Anpassung innerhalb weniger Sekunde geschehen. Ein abgestimmtes Verhalten kann daher nur dann bejaht werden, wenn die beobachtete Ähnlichkeit der Angebote wegen der Art der Erzeugnisse, der Größe und der Anzahl der Unternehmen sowie des Marktvolumens praktisch nur durch eine Koordination erklärt werden kann. Im Zivilprozess scheint es hingegen durchaus denkbar, auf die Vermutung zurückzugreifen.

Beispiele: 1. Die A-GmbH betrieb in den 1920er-Jahren eine freie Tankstelle in Düsseldorf Benrath. Da die A-GmbH ihr Benzin von einem britischen Unternehmen bezog, konnte sie die Preise der anderen Benrather Tankstellen unterbieten, welche teureres Benzin von kartellgebundenen deutschen Mineralölunternehmen bezogen. Daraufhin senkten die konkurrierenden Tankstellen eine nach der anderen (nur in Benrath) ihre Preise jeweils einen Pfennig unter den Preis von A. Hierdurch lagen die geforderten Preise unter dem Preis, den sie an ihre Lieferanten zahlen mussten. Eine rechtlich bindende Vereinbarung hierüber gab es nicht. Die Unternehmen räumten später ein, sie hätten A so zwingen wollen, sich ihren Preisen anzupassen. **Liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor?**⁶⁴

***Lösung:** Im Benrather Tankstellenfall ist zu differenzieren, ob nur ein marktkonformes Parallelverhalten vorliegt, oder ein abgestimmtes Verhalten. Da die Preise unter dem Einstandspreis lagen, liegt marktkonformes Verhalten eher fern. Die Einräumung des gemeinsamen Ziels, A zur Anpassung seiner Preise zu zwingen, legt hingegen eine Fühlungnahme zwischen den betroffenen Unternehmen nahe, so dass ein abgestimmtes Verhalten bejaht werden kann.*

2. Die großen Farbstoffunternehmen in Deutschland, Frankreich und den Niederlanden erhöhen gleichzeitig ihre Preise zunächst um 15 %, später um weitere 10 %. Die Preiserhöhung ist objektiv nicht erklärbar. Auch auf

⁶³ Obwohl dieser Grundsatz nach Art. 48 der Grundrechtscharta auch in der EU zu berücksichtigen wäre, sieht der EuGH ihn hier nicht berührt.

⁶⁴ Abwandlung zu RGZ 134, 342 ff. – *Benrather Tankstellenfall*.

Das Kartellverbot

Nachfrage der Kommission können die beteiligten Unternehmen ihr Verhalten nicht erklären. **Liegt ein (ggf. durch Bußgeld zu ahndendes) abgestimmtes Verhalten vor?**⁶⁵

Lösung: Gleichzeitige (wiederholte) Preiserhöhungen, die sich objektiv nicht rechtfertigen lassen, legen eine Fühlungnahme der Unternehmen nahe. Hierin ist jedenfalls ein Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise zu erkennen, die zu einer Umkehr der Darlegungslast führen kann, d.h., die beteiligten Unternehmen müssen vortragen, worauf die gleichzeitige Anhebung der Preise zurückzuführen ist, wenn nicht auf eine Abstimmung.

3. Am 13. Juni 2001 trafen sich einmalig Vertreter der fünf Betreiber, die auf dem niederländischen Markt Mobiltelekommunikationsdienste anbieten. Bei diesem Treffen ging es u. a. um die Kürzung der Standardvertragshändlervergütungen für Postpaid-Verträge am, oder um den 1. September 2001. Zwischen den Teilnehmern des Treffens kamen auch vertrauliche Informationen zur Sprache. Die Beklagten behaupten, dass die Vergütungen aufgrund der Veränderung der Marktstruktur ohnehin hätten angepasst werden müssen. **Liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor?**⁶⁶

Lösung: Problematisch ist, ob die Abstimmung kausal für das Marktverhalten war, da die Prämien ohnehin hätten angepasst werden müssen. Fraglich ist, wer die Beweislast für die Kausalität trägt. Nach nationalem Recht trägt die Beweislast grundsätzlich aufgrund der Unschuldsvermutung die Behörde. Nach dem EuGH kann die Kausalität demgegenüber vermutet werden, und zwar auch dann, wenn nur ein einmaliges Treffen stattgefunden hat.

dd. Erfolg der Koordination nicht erforderlich

- 147 Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass das Verhalten wirklich zu dem von den Beteiligten erhofften **Erfolg** (also einer Wettbewerbsbeschränkung) führt. Hier genügt es, dass dieser Erfolg „bezweckt“ wurde (dazu näher unten). Es handelt sich also ähnlich wie bei Diebstahl (§ 242 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) um ein erfolgskupiertes Delikt.

⁶⁵ EuGH Slg. 1972, 619 – ICI.

⁶⁶ EuGH 04.06.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529.

3. Wettbewerbsbeschränkung

- 148 GWB und AEUV unterscheiden zwischen verschiedenen Formen der negativen Beeinflussung. Der Oberbegriff „**Wettbewerbsbeschränkung**“ (dieser ist in der Klausur zu prüfen) umfasst die **Verhinderung, Einschränkung** oder **Verfälschung** des Wettbewerbs (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV). In der Klausur bietet es sich an, stets die Überschrift „Wettbewerbsbeschränkung“ zu wählen, um sich hier nicht unnötig festzulegen.
- 149 Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung prüfen Sie am Besten in **drei Schritten**:

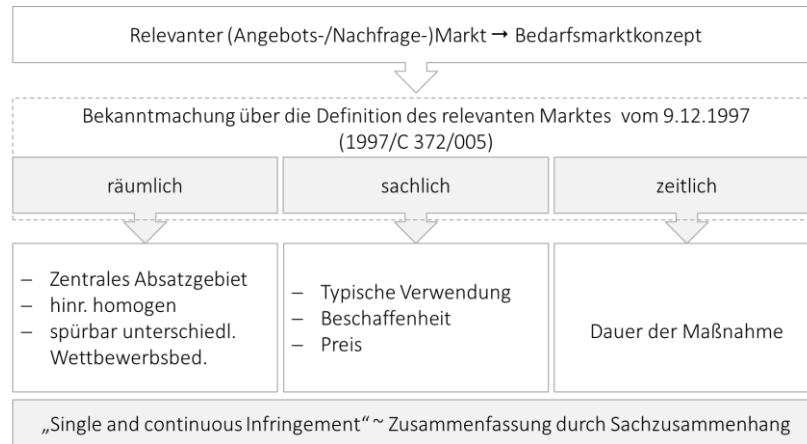


1. Zwischen wem besteht der Wettbewerb, d.h. welche Waren oder Dienstleistungen kommen als Ersatz in Betracht (= **Marktabgrenzung**)?
2. Wird die Handlungsfreiheit eines der auf diesem Markt tätigen Unternehmen oder die Freiheit Dritter (insb. von Abnehmern oder Zulieferern auf diesem Markt) reduziert (= **Beschränkung**)?
3. Handelt es sich ausnahmsweise um eine unabdingbare Nebenabrede, welche in einer Gesamtwürdigung keine Beschränkung darstellt, sondern letztlich Wettbewerb erst ermöglicht (= **immanente Schranken**)?

a. Bestehender Wettbewerb (Marktabgrenzung)

- 150 Zur Prüfung des **ersten Schrittes**, also zur Feststellung, ob Wettbewerb zwischen den Beteiligten vorliegt, ist zunächst der Markt zu definieren. Hierzu muss eine **Marktabgrenzung** anhand von drei Kriterien (**räumlich, sachlich, zeitlich**) erfolgen.

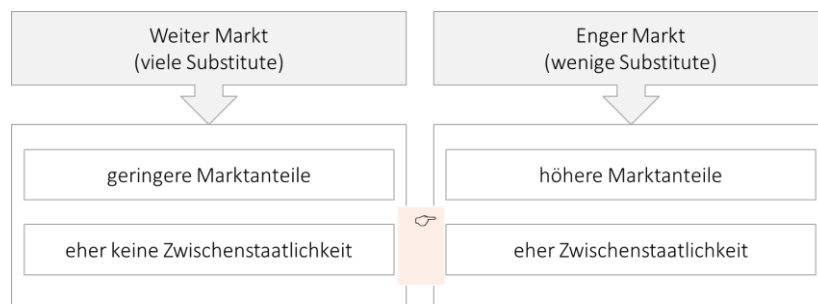
Das Kartellverbot



151 Die Abgrenzung des rechtlich relevanten Marktes ist ein **zentrales Instrument des Kartellrechts**, das Ihnen auch später noch bei der Ermittlung von Marktmacht und der Fusionskontrolle begegnen wird. Im Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) spielt die Markt-abgrenzung an vier Stellen eine Rolle, so dass sie jeweils auf die Ausführungen verweisen müssen:

1. Zunächst müssen Sie den Markt abgrenzen, um die **Wettbewerbsbeschränkung** festzustellen (an diesem Punkt sind wir jetzt).
2. Soweit die Wettbewerbsbeschränkung nur tatsächlich bewirkt, aber nicht bezweckt ist, müssen Sie zudem die „**Spürbarkeit**“ prüfen. Hier kommt es insbesondere auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen an, die sie ebenfalls nur durch eine Markt-abgrenzung ermitteln können.
3. Der relevante Markt ist weiterhin im Rahmen der **Zwischenstaatlichkeitsklausel** relevant, um festzustellen, ob es sich um einen Sachverhalt mit gemeinschaftsweiter Bedeutung handelt. Handelt es sich um einen bloß lokalen oder regionalen Markt ist dies in der Regel zu verneinen.
4. Schließlich ist im Rahmen der Prüfung, ob eine **Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV** (ggf. iVm § 2 GWB) in Betracht kommt, auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen abzustellen (denn eine solche kommt nur in Betracht, soweit trotz der Vereinbarung hinreichender Wettbewerb verbleibt). Ausdrücklich stellen die Gruppenfreistellungsverordnungen auf bestimmte, feste Marktanteile ab (vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 der Vertikal-GVO).

- 152 Die Bestimmung des relevanten Marktes erfolgt nach der **Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes** vom 9.12.1997. Diese basiert grundsätzlich auf dem „**Bedarfsmarktkonzept**“, d.h. es wird auf die Befriedigung der Bedürfnisse der Marktgegenseite abgestellt und untersucht, inwieweit diese (auch) auf sachliche oder örtliche Alternativenanbieter zurückgreifen können und werden.
- 153 Ob der Markt **eng oder weit** abgegrenzt wird, hat, je nach Perspektive, verschiedene Vor- und Nachteile: Geht man von einem weiten Markt aus, gibt es also viele Substitute, so sind die Marktanteile der einzelnen Unternehmen geringer und es liegt eher keine Zwischenstaatlichkeit vor. Demnach werden Unternehmen, denen eine Wettbewerbsbeschränkung vorgeworfen wird, versuchen, den Markt möglichst weit zu fassen. Sieht man den Markt hingegen eng, gibt es nur wenig Substitute. Ein Unternehmen hat also einen höheren Marktanteil und die Zwischenstaatlichkeit wird eher bejaht.



aa. Sachlich relevanter Markt

- 154 In einem ersten Schritt ist der Markt **in sachlicher Hinsicht abzugrenzen**. Dabei geht es um die Frage, welche alternativen Gegenstände die jeweiligen Abnehmer zur Befriedigung ihres Bedarfs einsetzen würden. Details hierzu werden wir uns noch später im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung ansehen.



Definition: „Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und / oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als

austauschbar oder substituierbar angesehen werden⁶⁷ (= sog. Nachfragesubstituierbarkeit).

- 156 Nach dem **klassischen qualitativen Test des EuGH** müssen Sie also alle Eigenschaften der von den Kartellbeteiligten angebotenen Waren herausarbeiten und dann bezüglich aller denkbaren Ersatzgegenstände untersuchen, ob diese vergleichbare Eigenschaften aufweisen. Ausgeklammert werden dabei nur diejenigen Merkmale, die nur einen komplett insignifikanten Teil der Nachfrager interessieren.
- 157 Ergänzend greift heutzutage eine **quantitative Prüfung nach dem sog. SSNIP-Tests** („*small but significant non-transitory increase in price*“), demzufolge sich die Kommission an der Reaktion der Nachfrager auf Preisänderungen bei den verschiedenen Produkten orientiert.

Beispiele: 1. Würden Kunden auf *Pepsi* umsteigen, wenn der Preis von *Coca Cola* dauerhaft um einen geringen, aber relevanten Betrag (SSNIP) erhöht würde? **Lösung:** *Coca-Cola* und *Pepsi* gehören einem einheitlichen Markt für Cola-Limonaden an, sie sind also austauschbar.⁶⁸

2. Würden Kunden von Flügen nach London auf solche nach Paris umsteigen, wenn die Preise dauerhaft um einen geringen, aber relevanten Betrag (SSNIP) erhöht würden? **Lösung:** Ein Verbraucher, der nach Paris fliegen möchte, würde nicht in ein Flugzeug nach London steigen. Etwas anderes mag für Fernreisen mit Zwischenlandungen gelten; diese prägen den Markt aber nicht wesentlich. Daher handelt es sich um separate Märkte.⁶⁹

3. Würden Kunden auf einen *Mini* umsteigen, wenn der Preis für *VW Passat* um einen geringen, aber relevanten Betrag (SSNIP) erhöht würde? **Lösung:** Der Kraftfahrzeugmarkt wird in etwa sechs bis zehn Marktsegmente eingeteilt, vom Kleinwagen bis zum Luxusportwagen.⁷⁰ *Passat* und *Mini* fallen zwar beide in den Kraftfahrzeugmarkt, sind jedoch dort

⁶⁷ Tz. 7 der Bekanntmachung vom 9.12.1997.

⁶⁸ BGH Urt. v. 22.05.1986 - I ZR 11/85.

⁶⁹ vgl. Kommission, Entscheidung vom 5.07.2002, ABl. EG 2002 Nr. L 242/25, 46 – *Austrian Airlines / Lufthansa AG*.

⁷⁰ Kommission, Entscheidung vom 10. 10. 2001, ABl. EG 2002 Nr. L 257/1, Tz. 143, 145 – *Mercedes Benz*.

für den Verbraucher aufgrund Eigenschaften und Preis nicht austauschbar. Während ein *Mini* ein Kleinwagen ist, bietet ein *VW Passat* viel Platz. Der *Mini* ist ein Zwei-, der *Passat* ein Viertürer, der Motor ist unterschiedlich groß, etc.

4. Würden Kunden auf Handzahnbürsten umsteigen, wenn der Preis für elektrische Zahnbürsten dauerhaft um einen geringen, aber relevanten Betrag (SSNIP) erhöht würden? **Lösung:** Eine manuelle Zahnbürste bildet einen separaten Markt von der elektrischen Zahnbürste.⁷¹ Schon preislich bestehen erhebliche Unterschiede, aber auch die Anwendung ist eine andere. Da der Verbraucher häufig entweder eine Präferenz für die eine oder andere Art von Zahnbürste hat, sprechen viele Argumente gegen die Austauschbarkeit.

5. Würden Kunden auf Gebrauchtwagen umsteigen, wenn der Preis für Neuwagen um einen geringen, aber relevanten Betrag (SSNIP) erhöht würde? **Lösung:** Neufahrzeuge bilden einen anderen Teil-Markt als Gebrauchtwagenfahrzeuge.⁷² Dies liegt daran, dass Neufahrzeuge sich bereits preislich erheblich von Neufahrzeugen unterscheiden.

bb. Räumlich relevanter Markt

- 158 Nach der Feststellung des sachlich relevanten Marktes (und Ausschluss aller ungeeigneten Ersatzgegenstände) müssen Sie den Markt räumlich abgrenzen. Sie müssen sich also fragen, wie weit die Nachfrager reisen würden, um die Leistung in Empfang zu nehmen bzw. wie groß der Aktivitäts- und Lieferradius der Anbieter ist.



Definition: „Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen **anbieten**, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend **homogen** sind und das sich von benachbarten Gebieten **durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet**.“⁷³

Beispiele: 1. Für Computer besteht ein weltweiter Markt, diese können

⁷¹ Kommission, Entscheidung vom 11.01.2001; COMP/M.2192 – *SmithKline Beecham/Blockdrug*, so wohl auch BKartA, Beschluss vom 4.05.2004 – *Colgate / Procter & Gamble*.

⁷² BKartA vom 21.3.1979, WuW/E BKartA, 1781 – *Identteile*.

⁷³ Tz. 8 der Bekanntmachung vom 9.12.1997; siehe auch Art. 9 VII 1 FKVO.

Das Kartellverbot

überall hin importiert werden.

2. Der Markt für frische, verderbliche Lebensmittel (z.B. belegte Brötchen) ist geografisch auf ein kleines Gebiet beschränkt.

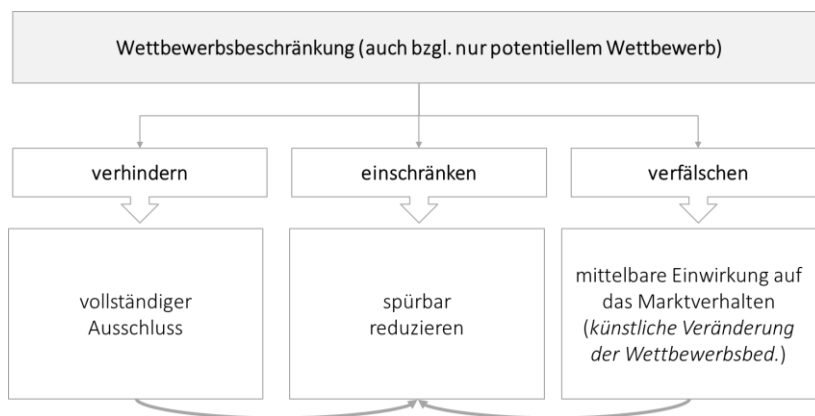
aa. Zeitlich relevanter Markt

- 159 Die Prüfung des zeitlich relevanten Marktes ist in der Bekanntmachung der EU-Kommission nicht definiert. Er ist auch nur dann abzugrenzen, wenn es sich um eine zeitlich begrenzte Maßnahme handelt (z.B. während der Fußball- / Handball-WM oder anderen zeitlich befristeten Ereignissen).

b. Beschränkung: Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

aa. Formen der Beeinträchtigung

- 160 GWB und AEUV unterscheiden zwischen **verschiedenen Formen der negativen Beeinflussung des Wettbewerbs**: Der Oberbegriff „Wettbewerbsbeschränkung“ beschreibt die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV):



Definitionen: 1. „**Verhinderung**“ des Wettbewerbs bedeutet den vollständigen Ausschluss desselben.

2. Eine „**Einschränkung**“ liegt vor, wenn der Wettbewerb spürbar reduziert wird (Regelfall).

3. Eine „**Verfälschung**“ des Wettbewerbs beschreibt die mittelbare Einwirkung auf das Markverhalten, also eine künstliche Veränderung der Wettbewerbsbedingungen.

- 161 Eine **Abgrenzung** zwischen diesen Tatbestandsalternativen ist kaum möglich und auch nicht nötig, da genauso gut unter den Oberbegriff „Wettbewerbsbeschränkung“ subsumiert werden kann. Im Einzelfall kann sich die Frage stellen, ob es primär auf die Beschränkung gerade der Beteiligten der Abrede (und damit des Wettbewerbs als solchen) oder aber auf die nachteiligen Folgen für Unbeteiligte (und damit auf individuellen Verbraucherschutz) ankommt.



Meinungsstreit: Wer *primärer* Adressat des Schutzes ist, ist zwischen dem EuGH und der Kommission umstritten.⁷⁴

Der **EuGH** sieht den Institutionenschutz als vorrangig an (Schutz des Wettbewerbs als solcher). Gegen diese rein auf das **Selbstständigkeitspostulat** abstellende Auffassung spricht, dass dann alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, in denen sich diese zu einem gegenseitigen Entgegenkommen verpflichten, eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen würden.

Die **Kommission** hingegen sieht die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers als vorrangiges Schutzobjekt. Gegen diese nur auf die **Drittwirkung** abstellende Ansicht spricht, dass die Kausalität der Abrede kaum sicher festgestellt werden kann. Die Auswirkungen auf den Markt müssen den Unternehmen aber zumindest zurechenbar sein („bezwecken, bewirken“). Zudem bedeuten Folgen für den Verbraucher letztlich eine Anknüpfung an *Marktmacht*, welche eigentlich durch Art. 102 AEUV geregelt ist.

- 162 Voraussetzung ist freilich in jedem Fall eine **Verringerung zumindest des potentiellen Wettbewerbs**. Dabei ist irrelevant, ob vor der Abrede tatsächlich abweichende Verhaltensweisen in Bezug auf die koordinierten Parameter (Preis, Qualität, etc.) auftraten, soweit nur künftig und aufgrund der Abrede der Spielraum vermindert wird. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt jedoch nicht vor, soweit ohnehin keinerlei Gestaltungsmöglichkeit bestand. Eine Abrede, die nur bestehende gesetzliche Verbote oder Pflichten wiederholt, ver-

⁷⁴ Vgl hierzu auch *Emmerich*, Kartellrecht (13. Auflage 2014), § 4 Rn. 28 ff.

Das Kartellverbot

mindert den Handlungsspielraum nicht und ist damit keine Wettbewerbsbeschränkung (und deshalb stets *wirksam*).

Beispiel: Nach dem im Jahr 1969 geltenden Straßenverkehrsrecht durften Verkehrsteilnehmer ab 16 Jahren Krafträder ohne Höchstgeschwindigkeitsbegrenzung benutzen, wenn der Hubraum 50 cm³ nicht übersteigt. Z, H und K waren Anbieter von Kleinkrafträdern. Im Laufe der Zeit stiegen die Motorleistung und die Zahl der Unfälle von Jahr zu Jahr erheblich. In der Presse wurde daraufhin eine Begrenzung der Motorleistung gefordert.

In der Folge vereinbarten Z, H und K, die Höchstleistung der von ihnen vertriebenen Krafträder auf 6,25 Pferdestärken zu begrenzen. Hierdurch kamen sie einer staatlichen Regulierung zuvor.

Verstößt die Abrede von Z, H und K gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV?

Lösung: Z, H und K sind Unternehmen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Zwischen ihnen liegt eine Abrede in Form einer (bewusst unverbindlich gehaltenen) Vereinbarung vor, die aber auch durch faktischen (sozialen) Zwang durchgesetzt werden kann. Diese müsste den Wettbewerb beschränken. Betroffen ist der Markt für den Kauf von Kraftfahrzeugen; der für die Kunden relevante Parameter „Geschwindigkeit“ kann nun nicht mehr frei bestimmt werden. Allerdings gab es erheblichen Druck aus der Öffentlichkeit und ein entsprechendes gesetzliches Verbot stand ohnehin bevor. Praktisch diente die Vereinbarung daher dazu, Leib, Leben und Gesundheit der Fahrer und Dritter zu schützen. Der Wettbewerb auf Kosten der Gesundheit ist grundsätzlich nicht billigenswert. Die Beschränkung stellt vielmehr einen Zustand her, der dem Willen der Bevölkerung und des Gesetzgebers entspricht und lässt den „guten“ Wettbewerb unberührt. Die Problematik wurde damals nicht gerichtlich geklärt, da sich niemand gegen das Verhalten stellte („*Wo kein Kläger, da kein Richter*“). Der EuGH könnte durchaus einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV mit guten Gründen bejahen. Eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV müsste dann konsequent verneint werden, da es schon an einem Effizienzgewinn fehlen würde.

aa. Horizontale und vertikale Beschränkungen

- 163 Die Beschränkung kann entweder „horizontal“ oder „vertikal“ erfolgen. Bedeutung hat dies weniger auf der Ebene der Beschränkung selbst, sondern

vielmehr erst **im Rahmen einer etwaigen Freigabe**, da für vertikale Vereinbarungen deutlich niedrigere Anforderungen gelten (diese also tendenziell eher zulässig sind). Dennoch sollten Sie die Abgrenzung in der Klausur bereits bei der Prüfung der Beschränkung ansprechen.

- 164 - Eine **horizontale Vereinbarung** beschreibt eine Verabredung zwischen zwei Konkurrenten. Diese kann beispielsweise eine Risikostreuung ermöglichen (wenn jeder den gleichen Preis hat, ist das Risiko gleich verteilt) und zu einer Kostenersparnis unter den Beteiligten führen (keine Überproduktion, kein Preiskampf); zudem können Vereinbarungen unter Wettbewerbern die Innovation fördern (gemeinsame Forschungsabteilungen) und ein „Know-How“-Sharing ermöglichen. In der Praxis sind solche Abreden aber überwiegend nachteilig: Regelmäßig führen sie zu erhöhten Preisen, Mengenbegrenzungen, Innovationsblockaden und Marktaufteilung.⁷⁵
- 165 - **Vertikale Vereinbarungen** (also solche zwischen Lieferanten und Kunden) ermöglichen u.a. die Erschließung neuer Märkte (durch zentrale Vermarktung in einem Gebiet) und verhindern, dass Anbieter oder Zwischenhändler von der jeweiligen Marktgegenseite gegeneinander ausgespielt werden („Hold-Out-Problematik“). Zudem kann ein einheitliches Erscheinungsbild und Marketing durchgesetzt werden, was für die Qualitätswahrnehmung der Verbraucher entscheidend sein kann. Auch vertikale Vereinbarungen haben jedoch negative Effekte, insb. wenn diese praktisch zu Vertriebsbeschränkungen und Preisbindungen führen. Die Auswirkung vertikaler Beschränkungen auf den Wettbewerb sind weniger eindeutig als die horizontaler Beschränkungen. Vertikale Beschränkungen beschränken zwar den Wettbewerb in Bezug auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Herstellers (sog. Intra-brand-Wettbewerb), können allerdings auch effizienzfördernd wirken, wenn sie z.B. Investitionen schützen oder eine durchgängige Qualität gewährleisten. Deshalb sind vertikale Vereinbarungen in weitem Umfang durch die Vertikal-GVO vom Kartellverbot freigestellt. Es gibt jedoch selbstverständlich auch vertikale Beschränkungen, die den Wettbewerb schädigen, z.B. durch die Einschränkung des Preiswettbewerbs oder die Beschränkungen des Marktzutritts; für diese Fälle enthält die Vertikal-GVO einen Katalog „schwarzer Klauseln“.

⁷⁵ so auch BGHZ 63, 389 – Aluminium-Halbzeug.

bb. Bündeltheorie

- 166 Vereinbarungen können auch erst durch ihre **kumulative Wirkung** problematisch werden (sog. **Bündeltheorie**). Wenn nämlich ein einzelner Marktteilnehmer nur einen geringen Marktanteil hat, aber alle Marktteilnehmer durch ähnliche Abreden in ihrem Verhalten beschränkt sind, kommt ein Wettbewerb praktisch nicht zustande.

Beispiel: *Stergios Delimitis* hatte eine Gaststätte in Frankfurt am Main von der *Henninger Bräu AG* gepachtet. Der Pachtvertrag sah vor, dass *Delimitis* Bier und alkoholfreie Getränke ausschließlich von der Brauerei beziehen durfte. Zulässig war allein der Bezug von Bier und alkoholfreien Getränken „von Unternehmen mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten“. Der Gastwirt musste jedes Jahr mindestens 132 Hektoliter Bier abnehmen oder eine Vertragsstrafe (§ 339 BGB) zahlen. Nach Kündigung des Vertrages verlangte die Brauerei u.a. eine Vertragsstrafe wegen unzureichenden Bezugs von Bier. *Delimitis* wandte hiergegen ein, die entsprechende Abnahmepflicht sei nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. **Mit Erfolg?**⁷⁶

Lösung: Ein Anspruch auf Zahlung aus § 339 BGB scheidet aus, soweit die Vertragsstrafevereinbarung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig ist. *Delimitis* und die *Henninger Bräu AG* sind Unternehmen im Sinne des AEUV und haben hier einen Vertrag, mithin eine Vereinbarung geschlossen. Dieser müsste auch den Wettbewerb beschränken. Betroffen ist hier der Markt für den Vertrieb von Bier und Erfrischungsgetränken an Gaststätten. Auf diesem Markt müsste der Wettbewerb durch den Vertrag zwischen *Delimitis* und *Henninger Bräu* beschränkt worden sein. *Delimitis* hat ebenso wenig wie *Henninger Bräu* einen signifikanten Marktanteil. Allerdings sind in der Praxis fast alle Gaststätten durch vergleichbare Verträge an Brauereien gebunden. Damit ist der Markteintritt für andere Unternehmen nur möglich, wenn eine freie Gaststätte gefunden wird. Damit hat die Vereinbarung bei der Gesamtbetrachtung mit den sonstigen Marktbedingungen eine Bündelwirkung und beschränkt den Wettbewerb.

Allerdings darf *Delimitis* nach dem Vertrag Bier und alkoholfreien Getränken „von Unternehmen mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten“ erwerben und veräußern, so dass scheinbar der Wettbewerb doch noch erhalten bleibt. Allerdings erlaubt die Formulierung ausdrücklich nur den Direktbezug „von“ diesen Unternehmen, also die unmittelbare Bestellung

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 28.2.1991 – Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935 – *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*.

im Ausland. Ausgeschlossen ist hingegen der *mittelbare* Erwerb über Importeure. Dieser entspricht jedoch der eigentlich üblichen Handhabung (eine unmittelbare grenzüberschreitende Verhandlung ausgehend von Frankfurt wäre praktisch unüblich). Damit kann die Einschränkung die wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht ausräumen. Damit ist eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Da der gesamte deutsche Markt betroffen ist, liegt auch die Zwischenstaatlichkeit vor, da praktisch ein Export nach Deutschland weitgehend ausgeschlossen wird. Die Vereinbarung ist daher nichtig nach Art. 101 Abs. 2 AEUV.

c. Immanente Schranken

- 167 Nach dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV (bzw. § 1 GWB) ist jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung als solche zunächst einmal „verboten“. Die Rechtsprechung des BGH und des EuGH, aber auch die Praxis der Kommission haben den **Begriff der Wettbewerbsbeschränkung jedoch teleologisch reduziert** (bzw. legen ihn eng aus), so dass bestimmte Abreden ausnahmsweise schon nicht unter den Tatbestand fallen.⁷⁷



Klausurtyp: Es ist auch möglich, die tatbestandsimmanenten Schranken unter dem Tatbestandsmerkmal des „**Bezwecken / Bewirken**“ zu prüfen.⁷⁸ Ein *Bezwecken* liegt nicht vor, wenn objektiv ein anderer Zweck vorrangig erscheint. Wenn durch die Abrede erst ein sonst nicht existierender Markt eröffnet wird, liegt auch keine bewirkte Beschränkung vor. Trotz entsprechender Andeutungen in der Rechtsprechung ist es aber in der Klausur empfehlenswert, das Problem bereits bei der Wettbewerbsbeschränkung anzusprechen und bei „bezweckt und bewirkt“ kurz festzustellen, dass hier keine abweichende Beurteilung möglich ist.

aa. Keine „Rule of Reason“

- 168 Das US-amerikanische Kartellverbot in § 1 Sherman Act sieht keine Möglichkeit zur Freistellung vor. Da dadurch aber auch in den USA teilweise erwünschte Regelungen verboten würden und der Gesetzeswortlaut über den Willen des Gesetzgebers hinausgeht, wurde eine teleologische Reduktion

⁷⁷ So der EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – C-382/12 P – *Mastercard*.

⁷⁸ So der EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – Rs C-67/13 P – *CB*.

Das Kartellverbot

entwickelt (= **immanente Schranke**): Mangels Rechtfertigungsebene sind bereits auf der **Tatbestandsebene** die positiven und negativen Effekte der konkreten Abrede abzuwägen. Bei der gerichtlichen Beurteilung der Vereinbarung sind alle **Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen, insbesondere die Umstände vor und nach der Absprache, die Art der Beeinträchtigung, ihre Auswirkungen, die Gründe für die Absprachen, etc.⁷⁹ Diese allgemeine Abwägung der betroffenen Interessen im Tatbestand des Kartellverbots bezeichnet man als „Rule of Reason“.

- 169 Diese Idee einer „Rule of Reason“ hat durchaus Überzeugungskraft: Auch in Deutschland und Europa gibt es Vereinbarungen, die den Wettbewerb gerade **fördern** und nicht beeinträchtigen und deshalb zugunsten des Allgemeinwohls erlaubt sein müssen. Vor Einführung der Legalausnahme durch die VO 1/2003 haben die Kommission, das EuG und der EUGH vereinzelt **immanente Grenzen des Kartellverbots** geprüft, die einer „Rule of Reason“ nahekommen.

Beispiele: 1. Im Fall *Metro*⁸⁰ lehnte der EuGH eine Wettbewerbsbeschränkung bei einem selektiven Vertriebssystem für den Fachgroß- und Einzelhandel ab. Dieses diene dazu, ein gewisses **Preisniveau** aufrechtzuerhalten und im Interesse des Verbrauchers den **Fortbestand des Einzelhandels** neben anderen Vertriebsformen zu gewährleisten.

2. Auch bei Regelungen einer Rechtsanwaltskammer zur Berufsausübung verwies der EuGH auf eine Würdigung des **Gesamtzusammenhangs** der Vereinbarung, ihrer **Auswirkungen** und ihrer **Zielsetzung**.

- 170 Das EuG hat indes zu Recht eine allgemeine „Rule of Reason“ im europäischen Recht ausdrücklich **abgelehnt**.⁸¹ Die mit anderen Bestimmungen des EG-Vertrages angestrebten Ziele (z.B. Umweltschutz, Gesundheitsschutz) können demnach grundsätzlich nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie den vier Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zugeordnet werden können.⁸² Davon unberührt bleibe die zur Ermittlung der „Beschränkung“ vorzunehmende Beurteilung der Gesamtumstände, was aber gerade nicht außerwettbewerbliche Interessen umfasse.

⁷⁹ Chicago Board of Trade vs. United States, 246 U.S. 231 (1918)

⁸⁰ EuGH 25. 10. 1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, Rn. 21 – *Metro/Kommission*.

⁸¹ *Bunte*, 2. Auflage, München 2008, § 3 S. 94, 95.

⁸² Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 III EG, Tz. 42, EuGH Rs. 26/76 – *Metro/Kommission*, Slg. 1977 S. 1875 Rn. 43

aa. Abreden ohne wettbewerbsbeschränkende Wirkung

- 171** Heutzutage beschränken sich die tatbestandlichen Schranken im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 2 GWB auf Fälle, in denen der Wettbewerb tatsächlich nicht beschränkt oder sogar gefördert wird.
- 172** In Betracht kommt dies zunächst bei einer **Zusammenarbeit von Nichtwettbewerbern** (d.h. von Unternehmen, die nicht auf dem gleichen Markt tätig sind). Soweit diese Unternehmen nicht ohnehin auf dem betroffenen Markt tätig geworden wären, hat dies keine Auswirkungen auf den Wettbewerb. Allerdings kommt eine tatbestandliche Beschränkung nur in Betracht, soweit noch nicht einmal potentieller Wettbewerb beeinträchtigt wird. Soweit auch nur die geringste Beeinträchtigung auch nur potentiellen Wettbewerbs in Betracht kommt, muss auf Gruppenfreistellungsverordnungen (etwa die Vertikal-GVO oder die Technologietransfer-GVO) und hilfsweise auf die Abwägung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zurückgegriffen werden.
- Beispiel:** Eine Alleinvertriebsvereinbarung, durch welche der Vertriebspartner erst die nötige Sicherheit zum Markteintritt erhält, ist nicht etwa schon auf Tatbestandsebene auszuschließen, sondern erst im Rahmen der Freistellungsabwägung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zwischen Effizienzgewinnen und Beschränkungseffekt.⁸³
- 173** Auch Wettbewerber können kooperieren, soweit nicht gerade der Bereich betroffen ist, in dem sie um **Qualität, Quantität oder Preis der betroffenen Waren oder Dienstleistungen konkurrieren**. So können Kooperation bei Marktforschung etwa keine Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis haben. Allerdings ist dies nur denkbar, soweit noch nicht einmal potentieller Wettbewerb betroffen ist. Wenn auch nur die geringste Einschränkung des Wettbewerbs erfolgt, kommen ausschließlich Gruppenfreistellungsverordnungen, etwa die F&E-GVO oder die Spezialisierungs-GVO oder eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgrund von Vorteilen, welche die Beeinträchtigung ausgleichen, in Betracht. Nur wenn die konkrete Vereinbarung überhaupt keinen Einfluss auf den Wettbewerb hat, also noch nicht einmal potentieller Wettbewerb betroffen ist, kommt ein Rückgriff auf tatbestandsimmanente Schranken in Betracht.
- 174** Können alle Teilnehmer an einer Vereinbarung eine bestimmte Leistung indi-

⁸³ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 III EG, Tz. 11.

Das Kartellverbot

viduell ohnehin nicht konkurrenzfähig anbieten, können sie sich in einer **Arbeitsgemeinschaft** zusammenschließen. Diese Vereinbarung beschränkt den Wettbewerb nicht, wenn die Leistungserbringung ohne Kooperation wirtschaftlich nicht vernünftig wäre oder nicht ausreichend Know-How, unzureichende Kapazitäten oder finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um die Leistung alleine anzubieten. Dann führt die Vereinbarung dazu, dass mit der „Arbeitsgemeinschaft“ ein zusätzlicher Konkurrent in den Markt eintritt und so der Wettbewerb sogar intensiviert wird. Etwas anderes gilt aber dann, wenn sich Unternehmen mit einer erheblichen Marktmacht an der Arbeitsgemeinschaft beteiligen oder wenn die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber nicht teilnehmenden Dritten führen kann.⁸⁴

- 175 Große Bedeutung hat die Freistellung von **Nebenabreden (ancillary restraints)**, welche denknotwendiger Inhalt einer wettbewerbsneutralen (oder sogar wettbewerbsfördernden) Vereinbarung sind. Solche Nebenabreden müssen wirksam sein, wenn man nicht auch die (erwünschte) Hauptabrede untersagen will. Die deutsche Rechtsprechung hat derartige Vereinbarungen traditionell als der neutralen Abrede „immanent“ (**Immanenztheorie**) und deshalb als zulässig erachtet.⁸⁵

Beispiele: Es geht vor allem um ausdrückliche Wettbewerbsverbote, die zum Teil sogar im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind, etwa für Arbeitnehmer (§ 110 GewO), Handlungsgehilfen (§ 74 HGB), Handelsvertreter (§ 90a HGB), OHG Gesellschafter (§ 112 HGB) und AG-Vorstandsmitglieder (§ 88 AktG). Nach dem EuGH⁸⁶ sind Nebenabreden immer dann zulässig, wenn sie (1) für die Verwirklichung eines Wettbewerbsinteresses *unerlässlich* sind und dies (2) auch unter Berücksichtigung der Bündeltheorie nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes führt.

- 176 Absprachen können auch insofern **positive Effekte** haben, als sie Wettbewerb gerade ermöglichen. Dies ist bei **Standardisierungen** der Fall. In solchen Fällen liegt kein Verstoß gegen das Kartellrecht statt.

Beispiele: Das einheitliche Papierformat A4 ermöglicht es, Papier von jedem Hersteller zu kaufen. Durch einheitliche Handynetze (GSM / UMTS /

⁸⁴ siehe Horizontalleitlinien der Kommission Tz. 24.

⁸⁵ vgl. EuGH Rs. C-399/93, Slg. 1995, I-4515 Rn. 12-14; Bekanntmachung über Nebenabreden von 2005 (ABl. C 56/24).

⁸⁶ EuGH, 25.10.1977 – Rs. C26/76. Slg. 1977, 1875 – *Metro SB-Großmärkte*, Tz.21.

LTE) können Handys von allen Herstellern immer genutzt werden. MP4 als einheitlicher Standard für Videodateien gewährleistet den Wettbewerb auf Streamingplattformen und bei Herstellern von Abspielgeräten.

- 177 **Außerwettbewerbliche Ziele**, wie Umwelt- und Gesundheitsschutz spielen im Rahmen der „Beschränkung“ keine Rolle. Inzwischen hat sich sogar das Bundeskartellamt gegen eine Berücksichtigung im Rahmen von 101 Abs. 1 AEUV entschieden. Sie können allenfalls im Rahmen der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfasst werden. Die mit den anderen Bestimmungen des EG-Vertrags angestrebten Ziele können demnach nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie alle **vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV** erfüllen.⁸⁷

bb. Insbesondere: Lehre von den Nebenabreden (Ancillary Restraints) / Immanenztheorie

- 178 Wie bereits oben im Beispiel angedeutet müssen nach dem EuGH⁸⁸ kumulativ **drei Voraussetzungen** erfüllt sein, damit eine Nebenabrede keine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat.

Prüfungsschema: Voraussetzungen für zulässige Nebenabreden

1. **Hauptzweck der Abrede** ist ein wettbewerbsneutrales (z.B. Umweltschutz, Jugendschutz, etc.) oder wettbewerbsförderndes Ziel
2. Beschränkung ist **unerlässlich** (=Ziel kann nicht durch weniger beeinträchtigende Regelungen erreicht werden)
3. Der Wettbewerb wird **nicht vollständig ausgeschlossen** (=die Vereinbarung muss räumlich, zeitlich und sachlich begrenzt sein)

- 179 Dies entspricht im Wesentlichen dem Verständnis, welches die deutschen Gerichte früher als „**Immanenztheorie**“ herangezogen haben.

Beispiele: 1. Das marktmächtige Unternehmen U stellt Rauch- und Feuerschutzabschlüsse her. In dem Subunternehmervertrag mit dem Unter-

⁸⁷ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 III EG, Tz. 42, EuGH Rs. 26/76 – *Metro/Kommission*, Slg. 1977 S. 1875 Rn. 43.

⁸⁸ EuGH Slg. 1985, 2545 – *Nutricia*.

Das Kartellverbot

nehmen S heißt es u.a.: „1. Der Subunternehmer ist für U ständig in nachfolgenden Bereichen tätig: Montage von Rauchschutzabschlüssen ...,

2. Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Parteien ein umfassendes Wettbewerbsverbot. Jegliche Tätigkeiten des S für Mitbewerber von U betreffend die oben genannten Produkte sind ausdrücklich untersagt.

3. Diese Vereinbarung endet, wenn eine der Parteien dies ausdrücklich schriftlich erklärt. Das Wettbewerbsverbot gilt dann nachvertraglich für weitere zwei Jahre ab Zugang der schriftlichen Erklärung.

4. Im Falle der Zuwiderhandlung von S steht U ein Vertragsstrafenanspruch in Höhe von 5.000 EUR für jeden nachgewiesenen Einzelfall dar.“

Nach schriftlicher Trennungserklärung seitens des S hält sich dieser nicht an das Wettbewerbsverbot. **Hat U gegen S einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € für jeden Verstoß?**⁸⁹

Lösung: U könnte gegen S einen Anspruch aus § 339 S.1 BGB haben. Dazu müsste wirksam eine Vertragsstrafe vereinbart worden sein. Die Vertragsstrafenvereinbarung zwischen S und U könnte jedoch gemäß Art. 101 Abs. 2 GWB / § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB nichtig sein. U und S sind Unternehmen, die eine Vereinbarung in Form eines schriftlichen Vertrags getroffen haben. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt jedoch nur vor, wenn zumindest potentieller Wettbewerb durch eine Einschränkung der Handlungsoptionen vermindert wird. Dies ist nicht der Fall, wenn die Abrede eine **notwendige Nebenabrede** zu einem Vertrag ist, ohne den gar kein Wettbewerb bestehen würde. Im konkreten Fall wäre eine arbeitsteilige Tätigkeit ausgeschlossen, wenn S, der bei der Vertragsabwicklung zwangsläufig in Kontakt mit Kunden von U tritt, mit diesen Kunden selbst unmittelbare Vertragsbeziehungen knüpft. Denn in diesem Fall würde U langfristig ganz aus dem Vertragsverhältnis gedrängt, weil S einen zunehmend größeren Kundenstamm ohne den Vermittler aufbauen würde. Unter diesen Bedingungen hätte U den Vertrag nie geschlossen, sondern wäre weiter selbst aktiv geblieben, wodurch S nie den Kundenkontakt erhalten hätte. Ein legitimer, wettbewerbsfördernder Hauptzweck liegt damit vor. Allerdings muss die Vereinbarung auch „unerlässlich“ für die Erreichung dieses Zwecks sein. Hier wird S jegliche Tätigkeit für Mitbewer-

⁸⁹ BGH, Urt. v. 10.12.2008, KZR 54/08.

ber von U in dem vom Subunternehmervertrag erfassten Bereich verboten. Das rein wirtschaftliche Interesse von U, den Zugriff des S auf „ihre“ Kunden zu begrenzen ist gerade kein legitimer Hauptzweck. Insbesondere fehlt es an einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Hauptzweck, soweit auch Kunden betroffen sind, die gar nicht von U akquiriert wurden, sondern unabhängig von S erworben wurde. Für die Offenbarung von Betriebsgeheimnissen, welche S nach Beendigung des Vertrages zum Nachteil von U nutzen konnte, gibt es hier keine Hinweise. Damit war das konkrete Wettbewerbsverbot nicht unerlässlich und wirkt damit wettbewerbsbeschränkend. Auch eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV scheidet aus. Damit ist die Vertragsstrafe unwirksam. U hat keinen Anspruch gegen S aus § 339 S. 1 BGB.

2. A betrieb auf seinem Grundstück in Bad Füssing eine Thermalquelle („Quelle I“). Der Freistaat Bayern bohrte auf einem anderen Grundstück, das ebenfalls A gehörte, eine weitere Heilquelle („Quelle II“). In der Folge gab es zahlreiche gerichtliche Streitigkeiten zwischen A und dem Freistaat Bayern, in deren Rahmen A u.a. Unterlassung der Bohrung verlangte. Aufgrund eines Vergleichs verpflichtete sich der Freistaat Bayern schließlich, die „Quelle II“ nur als Vorhaltequelle für die von A betriebene Heilquelle zu nutzen. A verpflichtete sich *„allgemein anerkannte jeweils einschlägige bademedizinische, badetechnische und im allgemeinen Interesse gelegene zumutbare badewirtschaftliche Grundsätze [zu] beachten“*. Nachdem der Freistaat Bayern das Kurmittelhaus mit Wasser aus „Quelle II“ versorgte, erhob A Klage auf Unterlassung dieses Verhaltens aus dem Vergleich (§ 779 BGB). Der Freistaat Bayern berief sich auf Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB.⁹⁰

Lösung: Ein Anspruch des A aus § 779 BGB scheidet aus, soweit der Vergleich nach § 134 BGB iVm § 1 GWB nichtig ist. Dazu müssten A und der Freistaat Bayern zunächst Unternehmen sein. A ist Unternehmen. Auch der Freistaat Bayern handelt hier nicht hoheitlich, sondern als Einheit auf dem Markt (= funktionaler Unternehmensbegriff). Der Vergleich müsste den Wettbewerb bezweckt oder bewirkt beschränken. Betroffen ist hier der Markt für den Zugang zu Heilquellen. Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte zu verneinen sein, soweit es sich bei dem Wettbewerbsverbot bloß um eine Nebenabrede zu einer wettbewerbsneutralen oder -

⁹⁰ BGH, Urt. v. 22.05.1975, Az. KZR 9/74 – Thermalquelle.

Das Kartellverbot

fördernden Hauptabrede handelte. Der Vergleich diente dem wettbewerbsneutralen Zweck, die Gerichtsbarkeit zu entlasten. Hätte A allerdings den Prozess verloren, hätte der Freistaat Bayern in freien Wettbewerb zu ihm treten können, so dass auf den ersten Blick eine Beschränkung erfolgte. Würde man Vereinbarungen in Form eines Vergleichs generell wegen der Entlastung der Gerichte nicht als Wettbewerbsbeschränkung erachten, wäre eine Umgehungsmöglichkeit geschaffen, welche das Verbot letztlich sinnentleeren würde. Hätte A den Prozess allerdings ohne Vergleichsabschluss gewonnen, hätte er eine rechtskräftig festgestellte Monopolstellung erhalten und hätte den Zugang zur Thermalquelle jedermann untersagen dürfen. Der Vergleich verpflichtete A demgegenüber, sein Thermalbad zumindest der Öffentlichkeit zugänglich machen („*im allgemeinen Interesse gelegene zumutbare badewirtschaftliche Grundsätze [zu] beachten*“) und eröffnete daher den Nachfragern (etwa dem Kurhaus) dem Grunde nach einen Zugang und schuf damit einen potentiellen Folgemarkt. Ein Vergleich, der einen Wettbewerbsverzicht einer Partei enthält, ist unerlässlich, soweit ein ernsthafter, objektiv begründeter Anlass zu der Annahme besteht, der begünstigte Vertragspartner ohnehin einen Anspruch auf Unterlassung der durch den Vergleich untersagten Handlung hat. Keinesfalls darf der Vergleich über das danach erforderliche Ausmaß hinausgehen.

Wenn also bei Durchführung eines Rechtsstreits ernstlich damit zu rechnen ist, dass dem Wettbewerber das umstrittene Vorgehen untersagt wird, steht das Kartellverbot einer friedlichen Bereinigung der Streitigkeiten im Rahmen eines Vergleichs nicht entgegen. Da im konkreten Fall das Ergebnis des ursprünglichen Rechtsstreits völlig offen war, ist diese Voraussetzung hier erfüllt. Damit liegt keine Wettbewerbsbeschränkung und damit auch kein Verstoß gegen § 1 GWB vor. Der Vergleich ist also nicht nach § 134 BGB nichtig und A hat grundsätzlich den begehrten Unterlassungsanspruch.

3. N, eine Gesellschaft niederländischen Rechts, ist im Bereich der Lebensmittelproduktion tätig und hält 100% der Anteile an R, einer anderen Gesellschaft Niederländischen Rechts, die in der Soßenproduktion tätig ist. Durch Vertrag mit dem belgischen Unternehmen E veräußert N sämtliche Anteile an der R und verspricht dabei, sich jeder „*direkten oder indirekten Tätigkeit im Bereich der Produktion und des Verkauf von Soßen*“ für 10 Jahre zu enthalten. E hat momentan weder Lebensmittel noch Soßen produziert. **Verstößt diese Vereinbarung gegen Art.101 Abs. 1**

AEUV?⁹¹

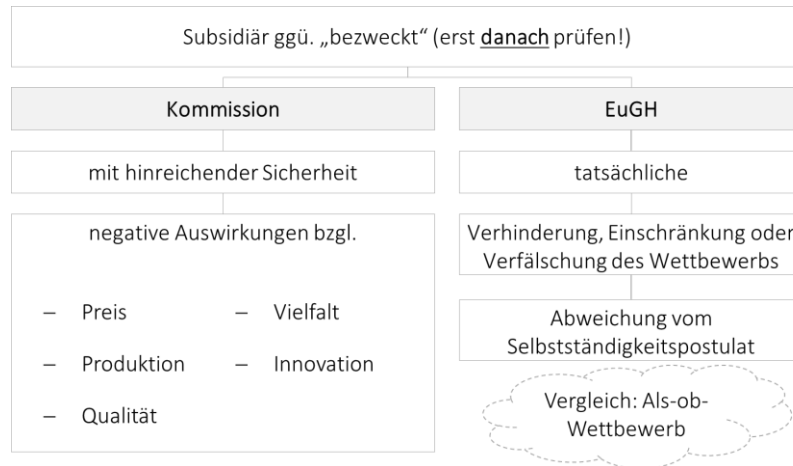
Lösung: N und E sind Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV. Eine Abrede in Form einer Vereinbarung liegt vor. Des Weiteren müsste eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Betroffen ist der Markt für Soßen. Vor der Vereinbarung gab es keine Konkurrenz zwischen N und E auf diesem Markt. Auch nach der Vereinbarung sind N und E keine Wettbewerber. Potentiell könnte N jedoch auch selbst Soßen produzieren, so dass jedenfalls der potentielle Wettbewerb betroffen ist. Es könnte sich jedoch um eine notwendige Nebenabrede zu einem Vertrag mit einem kartellrechtsneutralen Hauptzweck handeln. Ein Unternehmenskauf ist grundsätzlich wettbewerbsneutral, da die Zahl der Wettbewerber unverändert bleibt und ggf. sogar ein Wettbewerber erhalten bleibt. Das Wettbewerbsverbot müsste zudem unerlässlich für den Hauptzweck sein. Hier könnte N die ihm ohnehin bekannten Rezepte weiter nutzen und ggf. sogar auf die früheren Erfahrungen gegenüber den Abnehmern verweisen. Fraglich ist jedoch, ob das Ziel, E einen stabilen Marktzutritt wirklich einen zehnjährigen Ausschluss erfordert. E hätte den Vertrag vermutlich auch bei nur 1- oder 2-jährigem Wettbewerbsverbot geschlossen. Ein 10-jähriges Wettbewerbsverbot ist nach der Rechtsprechung des EuGH völlig unverhältnismäßig (die Grenze liegt bei höchstens 5 Jahren). Der Wettbewerb wird demnach beschränkt. Auch eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist hier nicht ersichtlich. Daher verstößt das Wettbewerbsverbot gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.

4. Bezweckt oder spürbar bewirkt

- 180** Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB muss die Wettbewerbsbeschränkung entweder „**bezweckt**“ oder „**bewirkt**“ sein. Nach dem Wortlaut von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV stehen Zweck und Wirkung der Maßnahme gleichberechtigt nebeneinander.

⁹¹ EuGH Slg. 1985,2545 – *Remia/Nutricia*.

Das Kartellverbot



a. Bezwecken

- 181** Beim „Bezwecken“ liegt ein Verstoß **bereits im Zeitpunkt der Abrede** vor – es kommt nicht darauf an, ob die Absprache auch nur einmal durchgeführt wurde oder auch wirklich Erfolg hatte. Es handelt sich also praktisch um einen Gefährdungstatbestand. Daraus folgt auch, dass die Anforderungen nicht zu niedrig angesetzt werden dürfen.
- 182** Der Zweck einer Handlung wird nach der **objektiven Tendenz** der fraglichen Maßnahme bestimmt; die subjektiven Vorstellungen der Parteien sind nach ganz herrschender Ansicht unbeachtlich. Bei abgestimmten Verhaltensweisen ist eine Feststellung eines Zwecks damit kaum möglich.



Meinungsstreit: Wann ist eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt?

Nach Ansicht der **Kommission** ist das „Bewirken“ der Grundsatz, ein bloßes „Bezwecken“ genügt hingegen nur bei Kernbeschränkungen (wie konkreten Preisabsprachen).

Nach dem **EuGH** kommt es demgegenüber auf die objektiv-konkrete Gefahr an, die das Verhalten für den Wettbewerb begründet. Es ist daher zu prüfen, ob die Vereinbarung oder der Beschluss nach ihrem Inhalt und ihrer Zielsetzung unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusam-

menhangs konkret geeignet sind, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen.⁹²

- 183** Unter „**Kernbeschränkungen**“ versteht die Kommission extrem schwerwiegende Eingriffe in den Wettbewerb („Todsünden“). Enthält eine Vereinbarung eine solche Kernbeschränkung, greift Art. 101 Abs. 1 AEUV unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen. Auch gelten Kernbeschränkungen stets als „bezweckt“, da der Verstoß für jedermann offenkundig ist. Anders als nach der Methodik des EuGH verzichtet die Kommission dabei auf jegliche genauere Prüfung oder Abwägung. Einen Hinweis auf Kernbeschränkungen gibt § 33a Abs. 2 S. 3 GWB, der eine Liste besonders schwerwiegender Verstöße enthält.
- 184** Weitere Hinweise auf Kernbeschränkungen liefern die in den Gruppenfreistellungsverordnungen enthaltenen „**schwarzen Klauseln**“ (z.B. Art. 4 Vertikal-GVO). Die Bezeichnung diente traditionell als Abgrenzung zu den durch früheren GVOs explizit erlaubten „weißen Klauseln“. Statt einer enumerativen Auflistung weißer Klauseln erfolgt allerdings heute eine weite, general-klauselartige Freistellung zur Förderung der Vertragsfreiheit. Die früheren schwarzen Klauseln stellen heute die „Kernbeschränkungen“ dar. Erhalten geblieben sind graue Klauseln, bei denen nur die einzelne Regelung unwirksam ist, die Vereinbarung im Übrigen aber erhalten bleibt (z.B. Art. 5 Vertikal-GVO). Findet man keine einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung oder passen die dort aufgelisteten Fälle nicht, müssen Sie zwischen Kernbeschränkungen auf horizontaler und auf vertikaler Ebene differenzieren:
- 185** - In den „Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02)“ findet sich eine Liste von **Kernbeschränkungen auf horizontaler Ebene**. Darunter fallen insbesondere klausurrelevant Preisabsprachen und Abreden über eine sachliche, örtliche oder zeitliche Aufteilung des Marktes unter mehreren Konkurrenten.
- 186** - Die **Kernbeschränkungen auf vertikaler Ebene** (z.B. Festsetzung von Mindestpreisen, absoluter Gebietsschutz) können Sie zunächst einmal Art. 4 der Vertikal-GVO entnehmen (der Ihnen auch in der Klausur vorliegt); im Übrigen findet sich auch hier eine Liste in den „Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2000/C291/01)“.

⁹² EuGH, 04.06.2009, C-8/08.

Das Kartellverbot

b. Spürbar bewirken

- 187 Eine Wettbewerbsbeschränkung ist „**bewirkt**“, wenn die konkrete Abrede nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Wettbewerbsbeschränkung entfiel. Es genügt, dass die Maßnahme mitursächlich war – insbesondere können mehrere, jeweils unabhängig von einer Partei mit Dritten geschlossene, vergleichbare Verträge (sog. „Bündelverträge“) erst in ihrer Gesamtheit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

aa. Nachweis der bewirkten Beeinträchtigung

- 188 Da für eine bewirkte Beeinträchtigung tatsächliche Folgen eingetreten sein müssen, ist fraglich, wie diese **nachzuweisen** sind. In Betracht kommt einerseits ein empirischer Vergleich der Marktsituation vor und nach der Abrede (also insb. der Preise, der Qualität, der Zahl der verbleibenden Anbieter, etc.) oder aber eine abstrakt-generelle Betrachtung der aufgrund der Abrede verminderten Handlungsoptionen der Kartellbeteiligten.



Meinungsstreit: Wer muss von der Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt werden, damit diese „bewirkt“ ist?

Nach Ansicht der **Kommission** ist eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, wenn sie mit hinreichender Sicherheit negative Auswirkungen bzgl. Preis / Vielfalt / Produktion / Innovation und/oder Qualität hat. Maßstab ist also die Perspektive der Marktgegenseite – denn nach dem More Economic Approach soll die Konsumentenwohlfahrt der zentral maßgebliche Aspekt für die Beurteilung sein.⁹³ Es ist also eine empirische Untersuchung der Marktverhältnisse erforderlich.

Der **EuGH** verlangt demgegenüber eine tatsächliche Abweichung vom **Selbstständigkeitspostulat**, also eine Einschränkung der Handlungsoptionen mindestens eines Kartellbeteiligten. Die **Literatur**⁹⁴ befürwortet diesen Ansatz: Auswirkungen der Abrede auf Dritte (insb. auf die Verbraucher) seien keine

⁹³ Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Einleitung D.

⁹⁴ u.a. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 101 Abs. 1 Rn. 180.

Frage des „Bewirkens“, sondern erst im Rahmen der Spürbarkeit zu berücksichtigen.⁹⁵ Insoweit bedarf es für das Bewirken also keiner empirischen Forschung.

- 189 Der geschilderte Streit hat durchaus Auswirkungen auf die Klausurlösung. Sie sollten also zumindest das grundlegende Problem nachvollziehen.

Beispiel: Am 13. Juni 2001 trafen sich einmalig Vertreter der fünf Betreiber, die auf dem niederländischen Markt Mobiltelekommunikationsdienste anbieten. Bei diesem Treffen ging es u. a. um die Kürzung der Standardvertragshändlervergütungen für Postpaid-Verträge am oder um den 1. September 2001. Zwischen den Teilnehmern des Treffens kamen auch vertrauliche Informationen zur Sprache. Die Beklagten behaupten, dass die Vergütungen aufgrund der Veränderung der Marktstruktur ohnehin hätten angepasst werden müssen. Die Marktanteile der fünf Betreiber betragen im Jahr 2001 10,6 %, 42,1 %, 9,7 %, 26,1 % und 11,4 %. Der Aufbau eines sechsten Mobilfunknetzes war nicht möglich, da keine neuen Lizenzen erteilt wurden. Der Marktzugang für Mobiltelekommunikationsdienste war nur durch den Abschluss einer Vereinbarung mit einem oder mehreren der fünf Betreiber möglich. **Bezweckt die Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung?**

Lösung: Es handelt sich um Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV. Eine Vereinbarung liegt mangels Bindungswillens nicht vor. Allerdings handelt es sich um ein abgestimmtes Verhalten, da die Unternehmen aufgrund der ihnen zugänglich gemachten Informationen tatsächliche Handlungen vornahmen. Dies betraf auch den Wettbewerb auf dem Markt für Vertragshändler. Die Beschränkung könnte „bezweckt“ sein. Die Kommission verneinte ein „Bezwecken“, da ein bloßer Informationsaustausch keine Kernbeschränkung darstellt. Fraglich war daher, ob die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung „bewirken“ könnte. Dagegen sprach, dass die Preise aufgrund der Marktbedingungen ohnehin angehoben werden musste. Jedoch war der Informationsaustausch geeignet ist, Unsicherheiten über künftiges Verhalten auszuräumen, wodurch faktisch der Handlungsspielraum vermindert wurde. Daher genügte die Absprache für ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

⁹⁵ vgl. *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG*, Art. 101 Abs. 1 Rn. 180.

Das Kartellverbot

bb. Spürbarkeit

- 190 Die Spürbarkeit ist ein im Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB nicht explizit geregeltes Tatbestandsmerkmal. Sie wurde von der Rechtsprechung eingeführt, um völlig geringfügige Abreden (insbesondere unter kleinen und mittleren Unternehmen) aus dem Anwendungsbereich des Kartellbereichs auszuklammern.



Definition: Eine ausschließlich bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist **spürbar**, wenn sie geeignet ist, sich auf die Marktverhältnisse nicht nur geringfügig und unbedeutend auszuwirken.

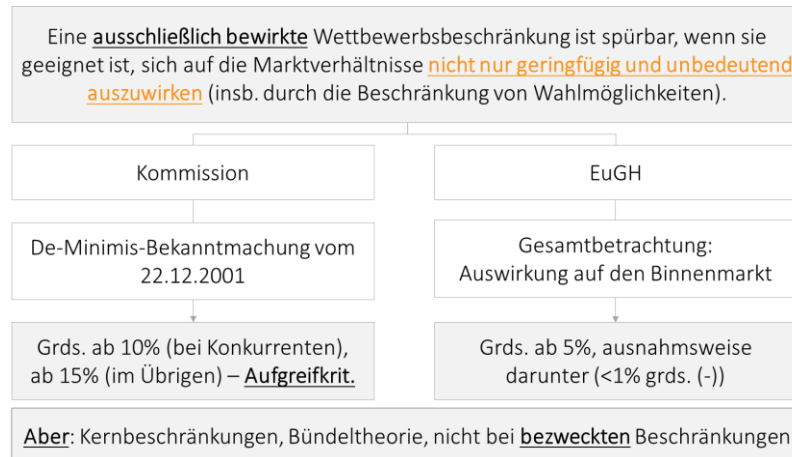
- 191 Die Spürbarkeit ist **nur bei „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkungen** zu prüfen. Geht es also (nach der Auslegung der Kommission) um Kernbeschränkungen wie Preisabsprachen, greift Art. 101 Abs. 1 AEUV unabhängig von der Bedeutung der beteiligten Unternehmen für den Markt.

Beispiel: Koordinieren zwei von zwanzig Pizzerien ihr Pizzasortiment, wird der Wettbewerb dadurch nicht spürbar beschränkt. Soweit aber über Preise geredet wird oder Liefergebiete abgegrenzt werden, kann das Kartellverbot unabhängig von der Größe der Unternehmen herangezogen werden.

- 192 Zur Bestimmung der Spürbarkeit kommt es nach der Kommission primär auf den **Marktanteil an**, den die Kartellmitglieder auf dem jeweiligen Markt mit den betroffenen Produkten für sich beanspruchen. Ihre Kriterien hat sie in der **De-Minimis-Bekanntmachung** vom 22.12.2001 zusammengefasst. **Danach scheidet eine bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkung aus, wenn** der gesamte Marktanteil bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern 10 % bzw. im Vertikalverhältnis 15 % nicht überschreitet.⁹⁶ Freilich soll insoweit die Bündeltheorie Berücksichtigung finden, so dass Parallelkonstellationen bei anderen Marktteilnehmern zu berücksichtigen sind.
- 193 Der EuGH nimmt demgegenüber eine **Gesamtbetrachtung** der Marktverhältnisse vor. Daher soll eine Beeinträchtigung bereits bei einem Marktanteil von nur 5 % oder sogar darunter in Betracht kommen, soweit die Gesamtverhältnisse dies rechtfertigen. Nur im Rahmen der Zwischenstaatlichkeit stellt auch der EuGH stärker auf die Marktanteile ab.

⁹⁶ Hierzu: *Emmerich*: in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbewerbsR, Art. 101 Abs. 1 Rn. 146, 150

Tatbestandsvoraussetzungen



- 194 Das **Bundeskartellamt** bejaht die Spürbarkeit, ähnlich wie die EU-Kommission, größenunabhängig bei Kernbeschränkungen. Ebenfalls ähnlich wie die EU-Kommission hat das Bundeskartellamt eine „Bagatellbekanntmachung“ veröffentlicht.⁹⁷ Danach fehlt es an der Spürbarkeit bei Marktanteilen von 10 % oder weniger (horizontale Absprache) bzw. 15% oder weniger (vertikale Absprache).

c. Regelbeispiele des Art. 101 AEUV

- 195 Anders als § 1 GWB enthält Art. 101 Abs. 1 AEUV verschiedene Regelbeispiele (lit. a-lit. e). Die dort genannten Verhaltensweisen sollten nach der Auffassung der Verfasser des AEUV klare Verstöße gegen das Binnenmarktziel darstellen und wurden als besonders verwerflich qualifiziert. Sie stehen den oben erwähnten Kernbeschränkungen zumindest nahe.
- 196 **Art. 101 Abs. 1 lit.a AEUV** verbietet die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, also jede kollektive Einflussnahme auf die Preisbildungsfreiheit der Unternehmen.

Beispiele: Vereinbarung über Mindestpreise (egal ob horizontal oder vertikal), Preisbestandteile, Rabatte, etc.; wettbewerbsbeschränkende Klauseln in Satzungen der Kammern freier Berufe.

⁹⁷ Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, „Bagatellbekanntmachung“ vom 13. März 2007

Das Kartellverbot

- 197 **Art. 101 Abs. 1 lit.b AEUV** verbietet die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung des Absatzes, der technischen Entwicklung oder Investitionen.

Beispiele: Quotenkartelle (jedem der beteiligten Unternehmen wird für ein bestimmtes Gebiet eine Absatzquote zugesprochen), **Strukturrisenkartelle** (in Phasen eines schwierigen wirtschaftlichen Umfelds zwischen Unternehmen einer Branche), **Spezialisierungskartelle** (Mitglieder beschränken sich auf einen Teil ihrer ursprünglichen oder möglichen Leistung, Gesamtleistung wird zwischen den beteiligten Unternehmen aufgeteilt).

- 198 **Art. 101 Abs. 1 lit.c AEUV** verbietet die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen

Beispiel: Gebietsschutz, umfassende internationale Kartelle, Export- / Importkartelle

- 199 **Art. 101 Abs. 1 lit.d AEUV** verbietet die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Die Diskriminierung muss hierbei auf Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen beruhen. Hierbei handelt es sich um eine Verschärfung des Diskriminierungsverbots gem. Art. 102 AEUV.

- 200 **Art. 101 Abs. 1 lit.e AEUV** verbietet die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, also die Koppelung von **zwei unabhängigen Produkten**, die **jeweils auf einem anderen Markt anzusiedeln** sind, ohne diese Leistungen auch getrennt anzubieten (= Zwang zum Kauf beider Produkte, obwohl der Abnehmer nur an einem interessiert ist). Dadurch wird der Wettbewerb auf dem Markt des gekoppelten Produktes verfälscht. Der Kauf des gekoppelten Produktes unterliegt nicht der freien Entscheidung der Abnehmer für einen von mehreren Anbietern.

Beispiel: Verbindung Fußballtickets für ein internationales Spiel gegen einen Spitzenverein mit einem Regionalliga-Spiel.⁹⁸

⁹⁸ BGH Beschluss v. 26.05.1987, NJW 1987, 3007 ff.

5. Zwischenstaatlichkeit

- 201 Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV sind nur Abreden mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten, die den Handel **zwischen den Mitgliedsstaaten** zu beeinträchtigen geeignet sind. In § 1 GWB fehlt eine spiegelbildliche Einschränkung (wonach das deutsche Recht nur auf rein nationale Sachverhalte anwendbar wäre); nach § 22 Abs. 1 GWB findet vielmehr das deutsche Kartellrecht auch Anwendung, wenn die Zwischenstaatlichkeit bejaht wird. Das bedeutet, dass Sie, wenn Sie die Zwischenstaatlichkeit bejahen, stets Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB nebeneinander prüfen müssen. Was nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten ist, darf nach § 1 GWB erlaubt sein, was aber den Verstoß gegen das europäische Kartellverbot nicht heilt. Umgekehrt darf ein nach Art. 101 Abs. 1 AEUV erlaubtes Verhalten mit zwischenstaatlicher Bedeutung nie nach deutschem Recht verboten werden.



Prüfungsschema Zwischenstaatlichkeit

1. Handel
2. zwischen den Mitgliedsstaaten
3. Eignung zur Beeinträchtigung
4. Spürbarkeit

a. Handel

- 202 Der Begriff des **Handels** ist weit auszulegen. Gemeint ist der gesamte Wirtschaftsverkehr, soweit er der Anwendung des AEUV unterliegt. Handel ist demnach das Angebot / die Nachfrage von Produkten / Dienstleistungen aller Art.

b. Zwischen den Mitgliedsstaaten

- 203 Die Wettbewerbsbeschränkung muss sich „zwischen den Mitgliedsstaaten“ auswirken. Dies setzt weder voraus, dass die beteiligten Unternehmen aus verschiedenen Staaten stammen, noch dass deren Abnehmer oder Lieferanten aus verschiedenen Staaten stammen. Die zwischenstaatliche Wirkung kann vielmehr auch bloß mittelbar sein, etwa weil Lieferanten oder Konkurrenten aus anderen Staaten ausgeschlossen oder behindert werden.

Das Kartellverbot

Beispiele: 1. Ein deutscher Reisveranstalter schließt mit Hotelunternehmen auf Mallorca Hotelverträge ab, die bestimmte andere deutsche Reiseveranstalter vom Bezug eines Bettenkontingents im gleichen Hotel ausschließen.⁹⁹ **Liegt Zwischenstaatlichkeit vor?**

Lösung: Der Handel zwischen dem mallorquinischen Unternehmen und anderen deutschen Reiseveranstaltern wird beschränkt. Der Wettbewerb zwischen den Reiseveranstaltern wird eingeschränkt. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist erfüllt.

2. Eine deutsche Getränkemarktkette vereinbart mit einer deutschen Brauerei, ausschließlich von dieser produziertes Bier zu vertreiben. **Ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt?**

Lösung: Ausländischen Anbietern wird der Marktzugang versperrt. Das Ziel der gegenseitigen Marktdurchdringung wird hierdurch gefährdet. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist erfüllt.

3. Die deutsche X-AG hat 40% Marktanteil auf dem Markt für geräuschkämpfende Kopfhörer in Deutschland. Sie vereinbart mit der deutschen Y-AG, die ebenfalls nur in Deutschland tätig ist und 45% Marktanteil hat, künftig identische Preise auf dem deutschen Markt zu verlangen. In den anderen Mitgliedstaaten bleiben die Preise hingegen unkoordiniert. **Liegt Zwischenstaatlichkeit vor?**¹⁰⁰

Lösung: Die Aufteilung der Märkte erfolgt zwar entlang der nationalen Grenzen, allerdings ist ein wesentlicher Teil des Gemeinschaftsgebiets (Deutschland) betroffen. Der Binnenmarkt darf nicht Ländergrenzbezogen gesehen werden, sondern muss als Einheit verstanden werden. Deutschland alleine bildet aufgrund seiner Größe bereits einen wesentlichen Teil der EU. Demnach ist zwischenstaatliche Bedeutung automatisch gegeben. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist erfüllt.

4. Die französische A, welche innerhalb der EU ein zulässiges selektives Vertriebssystem betreibt, schloss mit der deutschen B einen Vertrag über den Vertrieb von Parfum in Russland und der Ukraine. Der Vertrag bestimmte: „1. Die Produkte von A dürfen nur in Russland und der Ukraine vertrieben werden und keinesfalls aus diesem Gebiet verbracht werden.“

⁹⁹ BGH WuW/E DE/R 89,92 – *Selektive Exklusivität*.

¹⁰⁰ Vgl. *Bunte*, Kartellrecht, 2. Auflage, S. 52 ff.

2. B garantiert, dass endgültiger Bestimmungsort der Produkte in Russland und der Ukraine ist und die Produkte nur an Händler verkauft werden, die in diesem Gebiet ansässig sind. B wird A die Adressen aller Verkaufsstellen und eine Aufstellung der von jeder Verkaufsstelle vertriebenen Erzeugnisse übermitteln.“ Bald darauf entdeckt A, dass an B verkaufte Produkte in Großbritannien, Belgien und den Niederlanden auftauchen. A erklärte darauf die Kündigung und verlangte von B Schadensersatz. **Zu Recht?**¹⁰¹

Lösung: Ein Anspruch von A gegen B könnte sich aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 BGB ergeben. Dazu müsste ein wirksames Schuldverhältnis zwischen A und B bestehen. Der Vertriebsvertrag könnte jedoch nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sein. Das Kartellrecht ist anwendbar. A und B sind auch Unternehmer iSv. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Der Vertrag stellt eine Vereinbarung dar. Dieser wirkt auch wettbewerbsbeschränkend, er beschränkt die Handlungsfreiheit von B sowie die Auswahlmöglichkeiten der Abnehmer. Es müsste jedoch auch der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt sein. Nach dem EuGH ist objektiver Zweck der Vereinbarung, hinreichend Marktdurchdringung von A in Russland/der Ukraine sicherzustellen (nicht: Parallelimporte / Verkauf in der EU verhindern – denn: Es sind auch alle Nicht-EU-Staaten ausgeschlossen!) Allerdings kann ein tatsächlicher Ausschluss von Reimporten eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Maßgeblich ist der bestehende Wettbewerb in der EU (gering, enges Oligopol durch selektives Vertriebssystem), Preisdifferenz zwischen von A vertriebenen und reimportierten Produkten (inkl. Transportkosten und Zoll). Eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung liegt demnach vor.

c. Eignung zur Beeinträchtigung

- 204 Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell derart zu beeinträchtigen, dass die **Verwirklichung des Ziels eines einheitlichen Binnenmarktes gefährdet** ist, z.B. durch die Errichtung von Handelsschranken. Es muss also noch keine Beeinträchtigung eingetreten sein.

¹⁰¹ EuGH, Urteil v. 28.4.1998, Rs. C-306/96 – *Javico*, Slg. 1998, I-1983.

Das Kartellverbot

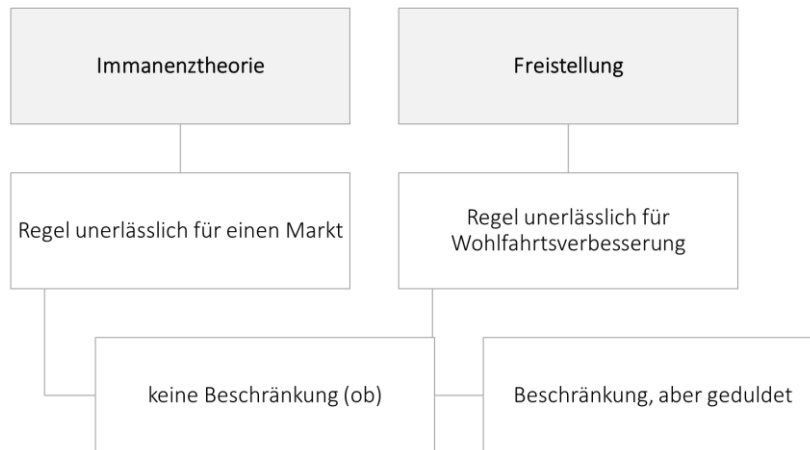
d. Spürbarkeit

- 205 Ähnlich wie die Spürbarkeit einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist die davon zu trennende (und deshalb auch bei bezweckten Beschränkungen zu prüfende) **Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung** im Gesetzeswortlaut nicht angelegt. Das Merkmal soll Fälle ausscheiden, die zwar (potentiell) Auswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten haben, aber diese Wirkungen so geringfügig sind, dass der Binnenmarkt nicht beeinträchtigt wird.
- 206 Die Kommission spricht in diesen Fällen von „*No Appreciable Affection of Trade*“ (NAAT). Sie hat zur Konkretisierung des ungeschriebenen Merkmals Leitlinien (NAAT-Regeln) veröffentlicht, welche ihre bisherige Handhabung erläutern. Danach fehlt es in den folgenden vier Konstellationen an der Spürbarkeit der zwischenstaatlichen Beeinträchtigung:
1. Der **Marktanteil der Parteien** überschreitet auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5% *oder*
 2. Bei **horizontalen Vereinbarungen** liegt der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit den von der Vereinbarung erfassten Waren bei höchstens 40 Mio. Euro *oder*
 3. Bei **vertikalen Vereinbarungen** liegt der Jahresumsatz der Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft bei höchstens 40 Mio. Euro *oder*
 4. Es handelt sich um eine **rein nationalen Vereinbarung**, die schon **abstrakt nicht geeignet ist**, eine Marktabstottung zu bewirken.

6. Freigabe

- 207 Wie bei der Prüfung der Strafbarkeit („Rechtswidrigkeit“) einer Grundrechtsverletzung („Schranken“) genügt die Bejahung des Tatbestands nicht, um einen Kartellverstoß zu bejahen. Vielmehr ist stets zu untersuchen, ob die Wettbewerbsbeschränkung nicht vom Kartellverbot „**freigestellt ist**“. Diese Freigabe ist in § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV geregelt.
- 208 Während in den oben angesprochenen Fällen tatbestandimmanenter Schranken schon keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, geht es bei § 2 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV um Fälle, in denen unstreitig **eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt**, diese jedoch **unerlässlich** ist für die **Wohlfahrtsverbesserung**. Der Tatbestand des Kartellverbots liegt also vor, das Verhalten ist aber

ausnahmsweise **gerechtfertigt**.



a. Prinzip der Legalausnahme

- 209 Bis zum 30.04.2004 galt gemäß der VO 17/62 ein **präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Daraus folgte für die Unternehmen eine Anmelde- und Genehmigungspflicht – es bedurfte einer ausdrücklichen Administrativfreistellung durch die Kommission. Problematisch an diesem System war die damit einhergehende Überlastung der Kommission. In der Praxis führte dies zu formlosen, unverbindlichen Stellungnahmen der Kommission („comfort letters“) und verbindlichen Gruppenfreistellungsverordnungen mit „**weißen Listen**“, die zulässige Vereinbarungen abschließend aufzählten (aber letztlich immer zu eng gefasst waren).
- 210 Seit dem 01.05.2004 gilt das durch die VO 1/2003 eingeführte Prinzip der **Legal Ausnahme**: Trotz des Wortlauts des Art. 101 Abs. 3 AEUV („**können** für nicht anwendbar erklärt werden“), bestimmt heute Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003, dass Sachverhalte, die die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, ohne vorherige Entscheidung durch die Kartellbehörde „freigestellt sind“. Die Unternehmen müssen also im Einzelfall selbst entscheiden, ob die Voraussetzungen vorliegen. Die Anmelde- und Genehmigungspflicht wurde vom Prinzip der Selbsteinschätzung abgelöst, die Freistellung gilt ipso iure. Problematisch ist dies für die Unternehmen, die nun das **Prognoserisiko** und somit die Rechtsunsicherheit trifft. Dieses Subsumtionsrisiko kann auch nicht durch anwaltliche Beratung oder die Erlaubnis einer nationalen Kartellbehörde erfüllt werden. Maßgeblich ist, ob das Unternehmen bei hinreichender

Das Kartellverbot

Gewissensanstrengung hätte erkennen können, dass das Verhalten nicht freigestellt ist, unabhängig von fachmännischem Rat. Aus diesem Grund besteht die Möglichkeit, bei der Kommission in einer **informellen Beratung** Aufschluss über die Zulässigkeit einer Vereinbarung zu erlangen.¹⁰²

- 211 § 2 GWB formuliert die Freistellung wie Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 („freigestellt sind“). Damit bedarf es insoweit keiner umständlichen Begründung – in Deutschland ist das Kartellverbot gerade nicht durch höherrangiges Verfassungsrecht, sondern nur durch einfaches (leicht zu änderndes) Recht geregelt. Ziel war hier ein verfahrenstechnischer Gleichlauf.

b. Einzelfreistellung (Art 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB)

- 212 Die Prüfung einer Einzelfreistellung ist nicht erforderlich, wenn das Verhalten bereits durch eine Gruppenfreistellungsverordnung (welche Art. 101 Abs. 3 AEUV konkretisiert) erlaubt wurde. In der Klausur müssen Sie also Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. § 2 Abs. 1 GWB) nur diskutieren, soweit nicht bereits eine Gruppenfreistellungsverordnung eingreift. Die Prüfung von Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. § 2 Abs. 1 GWB) erfolgt in vier Schritten:



Prüfungsschema: Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV

1. **Effizienzgewinne** durch (spürbare) Verbesserung der (a) Warenerzeugung oder (b) –verteilung oder Förderung des (c) technischen oder (d) wirtschaftlichen Fortschritts
2. Alle vereinbarten Beschränkungen sind **unerlässlich**
3. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn
4. Keine Eröffnung der Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten

- 213 Zur besseren Verständlichkeit der Generalklausel und um den Unternehmen die Subsumtion im Rahmen der Legalausnahme zu erleichtern, hat die Kommission Leitlinien bekanntgemacht. In diesen Leitlinien zählt die Kommission Arten von Vereinbarungen auf, die nach ihrer Auffassung grundsätzlich freizustellen sind, weil die positiven Wirkungen auf den Binnenmarkt schwerer

¹⁰² Erwägungsgrund 38 zur VO 1/2003.

wirken als die Nachteile.

Beispiele: In der Leitlinie zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit sind beispielsweise **Einkaufskooperationen** genannt. Kleine und mittlere Unternehmen schließen sich hierbei zusammen, um günstigere Einkaufskonditionen durchzusetzen. Dies ist wettbewerbsfördernd, wenn der kumulierte Anteil <15% ist und keine Kernbeschränkung vorliegt.

Auch **Vermarktungsvereinbarungen**, also die Zusammenarbeit bei Verkauf, Vertrieb, Werbung oder Kundendienst ist unter den Voraussetzungen der GVO für vertikale Vereinbarungen freigestellt.

Umweltschutzvereinbarungen können nur dann freigestellt sein, wenn sie dem technischen Fortschritt dienen, also z.B. bei der Festlegung technischer oder qualitätsmäßiger Anforderungen an bestehende oder zukünftige Erzeugnisse, Herstellungsverfahren oder –Methoden.

aa. Effizienzgewinn

- 214 Mit der Maßnahme müssen tatsächlich spürbare objektive Vorteile für andere Marktteilnehmer verbunden sein, die die mit dem Kartell verbundenen Nachteile deutlich überwiegen. Die Kommission fasst diese Vorteile unter dem Schlagwort „**Effizienzgewinnen**“ zusammen.¹⁰³ Zur Bestimmung der Effizienzgewinne sind die Nachteile des Kartells mit den vermutlichen Vorteilen gegeneinander abzuwägen und mit der Situation ohne die betreffende Maßnahme zu vergleichen.
- 215 Die Kommission unterscheidet zwischen **quantitativen** Effizienzgewinnen (Kosteneinsparungen aufgrund z.B. der Entwicklung neuer Produktionstechniken) und **qualitativen** Effizienzgewinnen (Verbesserung der Qualität der Produkte etc.).
- 216 Der **Effizienzgewinn** kann nach dem Gesetzeswortlaut in einer von 4 Varianten eintreten. Nötig ist eine (spürbare)
- **Verbesserung der Warenerzeugung** (d.h. mehr Waren können mit geringerem Aufwand hergestellt werden) *oder*

¹⁰³ Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 8 Rn.13 ff.

Das Kartellverbot

- **Verbesserung der Warenverteilung** (d.h. mehr Verbraucher erhalten Zugang zum Produkt) *oder*
- **Förderung des technischen Fortschritts** (d.h. Erweiterung des technischen Verständnisses durch Schaffung neuer Erkenntnisse oder der Zugänglichkeit dieser Erkenntnisse für mehr Unternehmen) *oder*

Beispiel: Forschungs- und Entwicklungsabsprachen zwischen VW und Daimler für umweltfreundliche Fahrzeuge

- **Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts** (d.h. Schaffung von Infrastruktur, welche für die Allgemeinheit nützlich ist)

Beispiel: Schaffung einer Grundbildung durch Ansiedlung einer bestimmten Industrie (der individuelle wirtschaftliche Fortschritt der Kartellbeteiligten bleibt hingegen außer Betracht).

- 217 Bei diesen **abschließend geregelten Zielen** handelt es sich nur um **ökonomische** Ziele. Ideelle Ziele (etwa Umweltschutz, Sicherung von Frieden, Gleichstellung diskriminierter Personen, etc.) bleiben hingegen für eine Freistellung außer Betracht.

bb. Unerlässlichkeit

- 218 Es **darf kein den Wettbewerb weniger einschränkendes, gleich geeignetes Mittel** zur Erreichung des Effizienzgewinns geben. Der Effizienzgewinn darf also nicht ohne die Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen sein.

cc. Angemessene Verbraucherbeteiligung

- 219 Im dritten Schritt ist zu prüfen, ob eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn vorliegt. Angemessen ist die Verbraucherbeteiligung, wenn sie **von hinreichender Bedeutung** ist. Je stärker die Wettbewerbsbeeinträchtigung und die damit verbundenen Nachteile sind, desto gewichtiger muss die Verbraucherbeteiligung an den Vorteilen sein.

- 220 Mit „**Verbraucher**“ ist hierbei nicht nur der private Endkunde im Sinne von § 13 BGB gemeint, sondern jeder, der den beteiligten Unternehmen als Abnehmer und Nachfrager gegenübertritt. Der Begriff umfasst somit die **gesamte Marktgegenseite** (also auch andere Unternehmer). „**Gewinn**“ sind alle mit der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme verbundenen Vorteile, z.B. Kostensenkungen, bessere Marktversorgung, besserer Service und erhöhte

Auswahlmöglichkeit oder Entwicklung eines neuen besseren Produkts.

dd. Wettbewerbserhalt

- 221 Schließlich muss der **Wettbewerb fortbestehen**. Es muss demnach noch hinreichend Konkurrenz vorhanden sein. Die EU-Kommission knüpft zur Feststellung der hinreichenden Konkurrenz an Marktanteile an. Kriterium für die Frage, ob noch Wettbewerb verbleibt, ist die Höhe des Marktanteils, den die betroffenen Unternehmen bei Durchführung der Absprache erzielen. Das Erlangen einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet stets die Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs. Bei Marktanteilen ab 50 % ist eine Freistellung daher regelmäßig ausgeschlossen.

c. Gruppenfreistellungsverordnungen (Art. 103 AEUV, § 2 Abs. 2 GWB)

- 222 Gemäß Art. 103 Abs. 1, Abs. 2 AEUV werden Gruppenfreistellungsverordnungen grundsätzlich vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des europäischen Parlaments beschlossen. Da es sich um echte Verordnungen im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV handelt, gelten sie unmittelbar (ohne weitere Umsetzung) für die Anwendung von Art. 101 AEUV in den Mitgliedstaaten.
- 223 In der Praxis hat der Rat die Kommission durch eine Ermächtungsverordnung (VO 19/65/EWG) zum selbstständigen Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen ermächtigt, ohne dass es einer weiteren Abstimmung im Rat oder im Parlament bedarf. Hintergrund hierfür ist die **Rechtsklarheit für die Unternehmen**, denen ein langjähriges Warten auf eine Verordnung nicht zugemutet werden kann. Freilich ist auch durch diese Ermächtigung die Befugnis von Rat und Parlament zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen nicht eingeschränkt worden. Trotz der Ermächtungsverordnung hat der Rat daher Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 103 Abs. 1 AEUV erlassen und tut dies auch weiterhin.¹⁰⁴
- 224 Es gibt eine ganze Reihe an Gruppenfreistellungsverordnungen. In der Klausur können Sie freilich nur auf die Vertikal-GVO zurückgreifen, da diese Ihnen als einzige vorliegt. Jedenfalls begrifflich sollten Ihnen aber auch andere Gruppenfreistellungsverordnungen geläufig sein:

¹⁰⁴ Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EU, Art. 101 III AEUV, Rn. 325 ff.

Das Kartellverbot



- 225 Während sich § 2 Abs. 1 GWB und Art. 101 Abs. 3 GWB entsprechen, beinhaltet § 2 Abs. 2 GWB eine **dynamische Verweisung auf Europarecht**. Gruppenfreistellungsverordnungen gelten demnach „entsprechend“ auch für das Verbot des § 1 GWB. Diese dynamische Verweisung ist trotz des generellen Vorrangs des Europarechts nötig, da die Gruppenfreistellungsverordnungen auf **zwischenstaatliche Sachverhalte** begrenzt sind und somit rein nationale nicht erfassen. Die dynamische Verweisung sorgt dafür, dass ein Verhalten, das auf zwischenstaatlicher Ebene zulässig ist, auf nationaler Ebene nicht verboten ist. Wegen der dynamischen Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB gelten die europäischen Verordnungen (auch bei fehlender Zwischenstaatlichkeit) entsprechend für das deutsche Recht, d.h. auch im Rahmen der Anwendung von § 1 GWB auf Fälle von rein nationaler Bedeutung.
- 226 Die Kommission hat zusätzlich zu den GVOen **auch Leitlinien und Bekanntmachungen** erlassen. Teilweise wird nur deskriptiv die gemeinsame Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission dargestellt. Rechtlich problematischer sind jedoch die Teile, welche **konstitutiv** bzw. prospektiv die Verwaltungspraxis für die Zukunft darstellen sollen. Diese binden zwar weder den EuGH noch die einzelstaatlichen Gerichte (und noch nicht einmal die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten). Dennoch haben sie bei der praktischen Rechtsanwendung erhebliche Bedeutung, da die Kommission als Herrin des Verfahrens sich im Wege der Selbstbindung zur Einhaltung verpflichtet.

Beispiel: Die praktisch wichtigste Bekanntmachung ist die **De-minimis-Bekanntmachung**, in der die Kommission die **Spürbarkeitsgrenzwerte** festgelegt hat. Obwohl der EuGH auch unterhalb der dortigen Prozent-

schwelle ggf. eine Spürbarkeit im Einzelfall bejahen würde, wird im Regelfall ein Verfahren nicht eingeleitet, da die Kommission über ein Einschreiten gegen ein Unternehmen entscheidet. Sie würde sich widersprüchlich verhalten, wenn sie entgegen ihrer eigenen Bekanntmachungen handeln würde.

227 Wichtige Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission sind:

- Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (1997)
- Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2010)
- Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2010)
- Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung 2014/C 291/01)
- Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (2004)
- Leitlinien Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 lit a VO 1/2003 (2006)
- Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2015)
- Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 (2013)
- Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (2004)
- Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2004)

aa. Prüfung der Freistellung

228 Alle aktuellen Gruppenfreistellungsverordnungen folgen einem ähnlichen

Das Kartellverbot

Aufbau. In der Klausur können Sie daher einem einfachen Prüfungsschema folgen:



Prüfungsschema: Freistellung nach Gruppenfreistellungsverordnungen

1. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 2 GVO)
2. Marktanteilsschwelle (Art. 3 GVO)
3. Kernbeschränkungen (Art. 4 GVO) – Vereinbarung insgesamt unwirksam
4. Nicht freigestellte Vereinbarungen (Art. 5 GVO) – nur konkrete Regelung unwirksam

229 Ausgangspunkt jeder Gruppenfreistellungsverordnung ist die **Angabe des freigestellten Sachverhalts**, in aller Regel in Art. 2, der durch Definitionen in Art. 1 konkretisiert wird (z.B. Art. 2 TT-GVO: „Nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV und nach Maßgabe dieser Verordnung gilt Artikel 101 Absatz 1 AEUV nicht für Technologietransfer-Vereinbarungen“, Art. 2 F&E-GVO: „Nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV und nach Maßgabe dieser Verordnung gilt Artikel 101 Absatz 1 AEUV nicht für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen“; Art. 2 Vertikal-GVO: „(1) Nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV und nach Maßgabe dieser Verordnung gilt Artikel 101 Absatz 1 AEUV nicht für vertikale Vereinbarungen.“). Dabei wird das gesamte Feld der freigestellten Vereinbarungen abstrakt-generell umrissen. In der Klausur müssen Sie dazu nur unter die entsprechende Klausel subsumieren.

230 Im zweiten Schritt sind dann die Marktanteile der betroffenen Unternehmen zu untersuchen (sog. **Market Power Approach**). Danach werden marktstarke Unternehmen nicht freigestellt. Hiergegen wird teilweise eingewandt, dass Unternehmen ihren Marktanteil oft nur unzureichend abschätzen können und ihnen so die vermeintliche Klarheit durch die Gruppenfreistellungsverordnungen nicht nützt.

Beispiel: Art. 3 Vertikal-GVO bestimmt, dass die Freistellung nur greift, wenn der Anteil des Lieferanten und der Anteil des Abnehmers auf dem relevanten Markt, auf dem die Vertragswaren oder –dienstleistungen vertrieben werden, **jeweils 30 % nicht überschreitet** (Art. 3 Vertikal-GVO).

231 Ursprünglich enthielten GVOen sogenannte „**weiße Klauseln**“. Alles, was nach diesen nicht ausdrücklich erlaubt war, war verboten. Die Kritik an den weißen Listen war, dass hiermit zu stark in die Vertragsfreiheit eingegriffen werde.

Durch die Vorgabe „weißer Listen“ wurden die Unternehmen faktisch gezwungen, ihre Vertragsklauseln den weißen Listen gemäß anzupassen („Zwangsjackeneffekt“), um zu verhindern, dass ihre Vereinbarungen in den kartellrechtlich problematischen/unsicheren Bereich fielen.

- 232 Seit 1999 verfolgt die Kommission deshalb das Prinzip der „**schwarzen Klauseln**“ (sog. black list approach).¹⁰⁵ Danach wird die Freistellung bei schwerwiegenden Verstößen insgesamt ausgeschlossen. Derartige „schwarze Klauseln“ sind in der Regel Preisabsprachen, die Aufteilung der Märkte oder Kunden und Begrenzungen der Produktion. Etwas schwächer sind die „grauen Klauseln“, die nicht die gesamte Vereinbarung mit sich in die Unwirksamkeit ziehen, sondern nur bestimmte Inhalte ausklammern, den Rest aber aufrechterhalten.

Beispiele: Verboten ist jede Beschränkung gegenüber den Zwischenhändlern, den Verkaufspreis selbst festzusetzen (Art. 4 lit. a VertikalGVO) oder eine Beschränkung des Verkaufsgebiets bzw. des Kundenkreises (Art. 4 lit. b) VertikalGVO). Insbesondere verboten ist eine Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher (Art. 4 lit. c VertikalGVO). Verboten ist auch eine Beschränkung von Produktion / Absatz durch eine Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung (Art. 5 lit. b F&E-GVO) oder das Verbot, „Vertragsprodukte in nicht vorbehaltenen Gebieten in Verkehr zu bringen / abzusetzen (Art. 5 lit. e F&E-GVO).

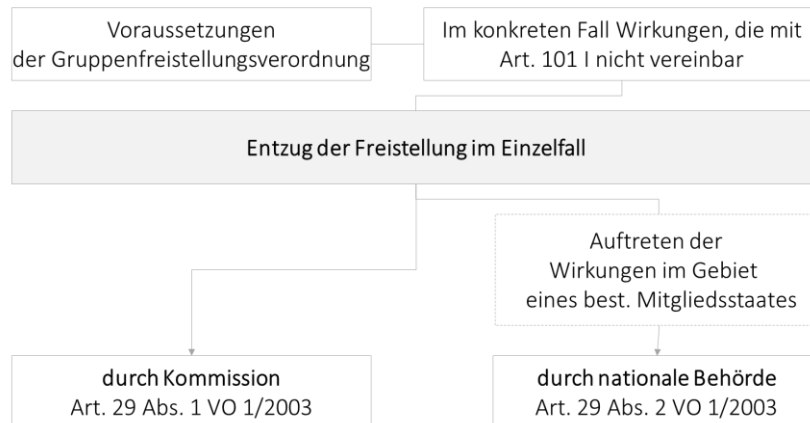
bb. Entzug der Freistellung im Einzelfall (Art. 29 VO 1/2003, § 32d GWB)

- 233 Wenn ein Verhalten unter die Generalklausel einer Gruppenfreistellungsverordnung fällt (und weder die Marktanteilsschwelle überschritten wird noch ein Klauselverbot greift), ist es automatisch und ausnahmslos freigestellt. Die entsprechenden Vereinbarungen können jedoch im Einzelfall **negative Folgen** haben, die bei Erstellung der GVO nicht vorhergesehen wurden. In diesen Fällen können die Kommission oder das Bundeskartellamt die **Freistellung mit ex nunc Wirkung entziehen**. Für das europäische Kartellverbot ergibt sich dies aus Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003 (Entziehung durch die Kommission) und Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003 (Entziehung durch die nationalen Kartellbehörden, insb. das Bundeskartellamt). Für das deutsche Kartellverbot des § 1 GWB folgt dies aus § 32d GWB. Eine Entziehung der Freistellung ausschließlich für das nationale

¹⁰⁵ Erstmals in der Vertikal-GVO 2790/99, jetzt GVO 330/2010.

Das Kartellverbot

Recht durch das Bundeskartellamt kommt aber wegen des Vorrangs der europäischen Freistellung (Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003; § 22 Abs. 1 GWB) nur für Sachverhalte in Betracht, die ohnehin nicht Art. 101 AEUV unterliegen.



Beispiel: Aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Fußballbundes (DFB) steht diesem die Befugnis zu, die Europapokalspiele der im DFB zusammengeschlossenen Lizenzfußballvereine zentral zu vermarkten. Der DFB ist ein eingetragener Verein, dem als ordentliche Mitglieder die deutschen Landes- und Regionalverbände des Fußballsports angehören und – für die Dauer der Erteilung der Lizenz – als außerordentliche Mitglieder die Vereine der Lizenzligen (Bundesliga, 2. Bundesliga). Letztere bleiben jedoch Mitglieder der im DFB organisierten Landesverbände und stehen zum ihm insofern auch in einem mittelbaren Mitgliedschaftsverhältnis. Kann das Bundeskartellamt gegen den Beschluss vorgehen?¹⁰⁶

Lösung: Das Bundeskartellamt kann gegen den Beschluss vorgehen, wenn ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB vorliegt.

- I. Dazu müsste der DFB zunächst „Unternehmen“ sein. Der DFB könnte eine Unternehmensvereinigung darstellen. Eine Unternehmensvereinigung ist der Zusammenschluss von mehreren Unternehmen. Problematisch könnte sein, dass auch Nicht-Unternehmer beteiligt sind. Unternehmen werden im Kartellrecht funktional bestimmt. Die Vereine selbst sind demnach Unternehmen. Jedoch sind neben den Vereinen auch die Verbände beteiligt. Diese müssten

¹⁰⁶ BGHZ 137, 297 – DFB-Pokal.

demnach auch Unternehmen sein. Die Verbände organisieren jedoch nur intern und sind somit keine Unternehmen, sondern selbst nur Unternehmensvereinigung. Auch ein solcher Zusammenschluss aus Unternehmen und Unternehmensvereinigung ist selbst eine Unternehmensvereinigung. Der DFB ist damit eine Unternehmensvereinigung.

- II. Es müsste eine Abrede vorliegen. Der DFB trifft einen Beschluss.
- III. Nächste Voraussetzung ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung. Eingeschränkt ist vorliegend der deutschlandweite Markt für Fernsehübertragung von Fußballspielen; die Vereine können nicht mehr entscheiden an wen und für wie viel Geld sie die Lizenzen verkaufen. Auch die Abnehmerseite hat nur noch einen Verhandlungspartner. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor.
- IV. Diese müsste bezweckt oder bewirkt sein. Bei der Vereinbarung von Konditionen handelt es sich um eine Kernbeschränkung, die unter die schwarze Liste fällt. Die Wettbewerbsbeschränkung ist bezweckt, die tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt müssen demnach nicht geprüft werden.

Der Tatbestand des Kartellverbots ist erfüllt

- V. Das Verhalten des DFB könnte jedoch nach Art. 101 Abs. 3 / § 2 Abs. 1 GWB (einzel-)freigestellt sein. Dazu bedarf es zunächst eines **Effizienzgewinns**. Möglich ist hier eine Verbesserung der Warenverteilung. Die Nachfrager, Rundfunkanstalten und Privatsender, sind regelmäßig an langfristiger Planung ihrer Programme interessiert, um Werbekunden zu gewinnen. Würden die Fernsehübertragungsrechte aber nicht über den DFB zentral, sondern über die einzelnen Vereine vermarktet, könnten die Fernsehübertragungsrechte an den besonders interessanten Spielen in den Qualifikationsrunden (Viertel-, Halbfinale und Finale) nicht erworben werden, bevor die Teilnehmer an diesen feststehen. Dies würde den Rechtehandel erheblich erschweren. Hinzu kommt das Interesse des DFB, die Spiele unter einer einheitlichen Marke in den Wettbewerb einzuführen, weil dadurch gegenüber dem Fernsehpublikum und der Werbewirtschaft ein einheitliches Image errichtet werden kann, das allen Vereinen bei der Vermarktung nutzt. Ein solches, einheitliches Image lässt sich jedoch bei isolierter Vermarktung nur schwer generieren. Die Warenverteilung wird also verbessert. An diesen Vorteilen ist

Das Kartellverbot

auch die Marktgegenseite **angemessen** beteiligt. Insbesondere die Nachfrager profitieren dadurch, dass sie frühzeitig und sicher die Rechte erwerben können. Müssten die Sender mit dem jeweils für das Finale Qualifizierten verhandeln, gerieten sie im Übrigen kurze Zeit vor der Austragung des Spieles unter erheblichen Verhandlungsdruck und müssten so übermäßigen Preisforderungen des Finalisten in Grenzen nachgeben. Werden hingegen die Rechte im Vorfeld erworben, lässt sich eine solche zeitliche Verengung zugunsten der Sender und Anstalten vermeiden. Beiden kommt schließlich auch die Markteinführung des DFB-Pokals durch den DFB selbst zugute. Durch einen hohen Bekanntheitsgrad, der auf die Vereinstätigkeit des DFB sowie die von ihm gesteuerte Marktbearbeitung zurückgeht, erweisen sich die Pokalspiele im Verhältnis zu den Werbekunden der Sender und Anstalten als besonders attraktive Werbeplätze. Dabei erscheint die Wettbewerbsbeschränkung auch **unerlässlich**: Denn die Medienrechte müssen gebündelt vermarktet werden, damit die Fernsehübertragungsrechte der späteren Qualifikationsrunden bereits jetzt handelbar sind. Fraglich ist allerdings, ob vorliegend eine **Ausschaltung des Restwettbewerbs** stattfindet. Hierzu fehlt es im Sachverhalt an Angaben. Dass dem nicht so ist, muss hier hilfsweise unterstellt werden.

Ergebnis: Unter der Voraussetzung, dass der DFB-Beschluss die Wettbewerbsstruktur des Marktes nicht nachhaltig schädigt, ist er nach § 2 Abs. 1 GWB freigestellt.

cc. Insbesondere: Vertikal-GVO

- 234 Die Vertikal-GVO ist schon deshalb für Sie in Klausuren besonders relevant, weil es die einzige Gruppenfreistellungsverordnung ist, die in den einschlägigen Gesetzessammlungen abgedruckt ist. Sie sollten sich daher mit dem Aufbau und Inhalt der Verordnung näher auseinandersetzen – dazu gehört., dass Sie den Text der Verordnung gründlich lesen.

Prüfungsschema: Freistellung nach der Vertikal-GVO

1. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 2 Abs. 1): Vertikale Beschränkungen (Art. 1 lit. b) in vertikalen Vereinbarungen (Art. 1 lit. a) – Abgrenzung: Art. 2 Abs. 4)
2. Marktanteilsschwelle (Art. 3 Abs. 1): Anteil des Anbieters unter 30 % **und**

Anteil des Nachfragers unter 30%

3. Keine Kernbeschränkung (Unwirksamkeit insgesamt, Art. 4):

a. Preisbindung (lit. a) oder Gebietsbegrenzung (lit. b) oder

b. Beschränkung des Kundenkreises oder der Verkaufsmenge in selektiven Vertriebssystemen iSv Art. 1 lit. e (lit. c) oder

c. Beschränkung von Querlieferungen in selektiven Vertriebssystemen iSv Art. 1 lit. e (lit. d) oder

d. Beschränkung des Ersatzteilvertriebs durch den Anbieter (lit. e)

4. Unwirksame Einzelklauseln

a. Wettbewerbsverbote, soweit länger als 5 Jahre (lit. a), beachte S. 2 (Fiktion unbefristeter Dauer bei stillschweigender Verlängerung) – Ausnahme: Absatz 2 (Räume vom Anbieter gemietet/gepachtet)

b. Nachvertragliche Vertriebsbeschränkungen (lit. b) – Ausnahme: Absatz 3 (ein Jahr, Unerlässlichkeit, Beschränkung auf Räume und Konkurrenzprodukte)

c. Ausschluss bestimmter Konkurrenten (it. c)

235 Die Vertikal-GVO regelt Kernbeschränkungen in Art. 4 Vertikal-GVO. Verstößt eine Klausel gegen Art. 4 Vertikal-GVO, so sind in der Regel auch **alle anderen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln des Vertrags nichtig**, da die Freistellung insgesamt entfällt. Schon die Schwere dieser Rechtsfolge zeigt, dass es sich dabei um ganz besonders schlimme Eingriffe (siehe explizit Erwägungsgrund 10 der Richtlinie: „schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen“) in die Entscheidungsfreiheit des Abnehmers (Legaldefinition Art. 1 Abs. 1 lit. h) bzw. in die Rechte der Kunden des Abnehmers (Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. i) handelt. Sie sollten stets Art. 4 Vertikal-GVO zusammen mit Art. 5 Vertikal-GVO lesen, um Missverständnisse zu vermeiden. Nur so können Sie etwa erkennen, dass Art. 4 lit. e Vertikal-GVO nicht etwa sämtliche Wettbewerbsverbote als „Beschränkung des ... Verkaufs“ umfassen soll – denn sonst würde Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO keinen Sinn machen.

236 Art. 5 der Vertikal-GVO regelt demgegenüber nur die „einfachen“ nicht freigestellten Beschränkungen (Erwägungsgrund 11 spricht hier von „bestimmten Bedingungen“). Verstößt eine Klausel gegen Art. 5 Vertikal-GVO, so ist nur

Das Kartellverbot

die einzelne Klausel nichtig, die GVO insgesamt jedoch anwendbar. Hier geht es im Kern um Wettbewerbsverbote (lit. a, lit. b – beachte die Legaldefinition in Art. 1 lit. d) aber auch um eine gezielte Behinderung der Konkurrenz des Anbieters (lit. c). Bei der Prüfung sind aber die Rückausnahmen zu beachten, die eine Freistellung dann doch wieder ermöglichen (namentlich Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3).

Tipp: Bei der Prüfung der Vertikal-GVO sollten Sie immer auf die Definitionen in Art. 1 Abs. 1 schauen und diese in der Klausur auch explizit nennen!

(1) Selektive Vertriebssysteme

- 237** In der Praxis sind **selektive Vertriebssysteme** sehr verbreitet. Eine Definition findet sich in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO. Durch solche Systeme will ein Hersteller seine Produkte ausschließlich über ausgewählte Händler in einem Gebiet absetzen. Damit wird denklogisch die Anzahl der Händler für das jeweilige Produkt begrenzt und aus Sicht der Händler die Wiederverkaufsmöglichkeit, da nicht systemangehörige Händler nicht beliefert werden dürfen. Man unterscheidet „qualitative“ und „quantitative“ selektive Vertriebssysteme:
- 238** - Bei einem **qualitativen selektiven Vertriebssystem** (Fachhandelsbindung) wird der Weitervertrieb an objektiv überprüfbare, vorab offengelegte Kriterien geknüpft. Sie unterfallen, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, schon von vornherein nicht Art. 101 Abs. 1 AEUV (§ 1 GWB). Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung fehlt hier, vielmehr wird gerade durch die Fachhandelsbindung der Wettbewerb gefördert.
- Beispiel:** Zulässig sind Vorgaben zur Beschäftigung von geschultem Personal, zur Kundenberatung vor dem Verkauf, zur Präsentation des Produktes im Ladenlokal oder zur angemessenen Lagerhaltung für Ersatzteile.
- 239** Nach der Rechtsprechung liegt ein zulässiges qualitatives selektives Vertriebssystem dann vor, wenn **vier Voraussetzungen** kumulativ erfüllt sind:



Schema: Voraussetzungen eines kartellrechtlich unbedenklichen qualitativen selektiven Vertriebssystems

1. Die Beschaffenheit des Produkts (insb. die Gewährleistung der Qualität und

des richtigen Gebrauchs) setzen eine bestimmte Ausgestaltung des Weitervertriebs zwingend voraus (**Notwendigkeitsgrundsatz**).

2. Die Auswahl der Vertragspartner muss anhand objektiv überprüfbarer, qualitativer Gesichtspunkte erfolgen.

3. Die Auswahlbedingungen müssen einheitlich festgelegt und diskriminierungsfrei angewendet werden (**Nichtdiskriminierungsgrundsatz**).

4. Jedes einzelne der festgesetzten Kriterien ist zur Erreichung des Ziels unverzichtbar (**Erforderlichkeitsgrundsatz**).

- 240 - Von **quantitativen selektiven Vertriebssystemen** wird hingegen gesprochen, wenn (unter Umständen zusätzlich zu den qualitativen Auswahlkriterien) eine unmittelbare Begrenzung der Anzahl der Vertragshändler vorgenommen wird (gleichwirkend ist ein bestimmter Mindest- oder Höchstumsatz). Der entscheidende Unterschied ist, dass bei qualitativen selektiven Vertriebssystemen jeder, der die Anforderungen erfüllt, Händler werden kann, wohingegen bei quantitativen selektiven Vertriebssystemen die Anzahl der Händler absolut-objektiv begrenzt ist und somit auch ein Händler, der die qualitativen Anforderungen erfüllt, nicht am System teilnehmen kann. Insoweit ist die Lage ähnlich wie bei den „objektiven“ und „subjektiven“ Berufszulassungsschranken im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG.

Beispiel: Eine quantitative Beschränkung liegt in der Entscheidung des Herstellers, pro PLZ-Gebiet höchstens zwei Vertragshändler zuzulassen.

- 241 **Quantitativer Selektivvertrieb** fällt in den Anwendungsbereich des Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB), kann jedoch ausnahmsweise nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB freigestellt sein.

Selbst wenn das Vertriebssystem unter die Vertikal-GVO fällt, kann jedoch im Einzelfall die Freistellung entzogen werden. Die Kommission sieht es z.B. als kritisch an, wenn mehr als 50% des Marktes durch Selektivvertrieb abgedeckt ist und daran die fünf größten Hersteller beteiligt sind, die zusammen mehr als 50% Marktanteil haben (siehe Erwägungsgrund 16 der Vertikal-GVO).¹⁰⁷

Beispiel: Pierre Fabre ist ein französischer Hersteller hochwertiger und

¹⁰⁷ vgl. Vertikal-Leitlinien, Tz. 179

Das Kartellverbot

prestigeträchtiger (nicht verschreibungspflichtiger) Körperpflegeprodukte und hat für diese Produkte einen Marktanteil von etwa 20%. Der Vertrieb erfolgt über ein selektives Vertriebssystem, das an die Händler (vorwiegend Apotheken) folgende Anforderungen stellt:

- Der Verkauf der Produkte darf ausschließlich in einem Ladenlokal und nicht im Versandhandel (insb. im Internet) erfolgen.
- In dem Ladenlokal muss ein Pharmazeut anwesend sein

Pierre Fabre begründet die Auswahlkriterien mit dem Schutz des Prestigecharakters des Produkts sowie der Notwendigkeit, beim Kauf den fachkundigen Rat eines Pharmazeuten zu erhalten, der vor Ort anhand der Haut des Kunden eine Empfehlung für ein bestimmtes Produkt aussprechen kann. Außerdem soll nur so den Pflichten zur laufenden und systematischen Überwachung der Sicherheit („Cosmétovigilance“) im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel entsprochen werden können. Die Händler haben einen Marktanteil von 20%.

Ist das selektive Vertriebssystem von Pierre Fabre vereinbar mit Art. 101 AEUV?¹⁰⁸

Lösung: Pierre Fabre und die Händler gehen jeweils einer wirtschaftlichen Tätigkeit nach und sind demnach Unternehmen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Es liegt zudem eine Abrede in Form einer vertraglichen Vereinbarung vor. Diese müsste eine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt haben. Die Händler müssen aufgrund des Vertriebssystems verschiedene Voraussetzungen (Verkauf nur in einem Ladenlokal, Anwesenheit eines Pharmazeuten) erfüllen und sind somit in ihrer unternehmerischen Freiheit beschränkt. Soweit der ordnungsgemäße Vertrieb des Produkts aber aus praktischen Gründen nur über ein derartiges (qualitatives) selektives Vertriebssystem erfolgen kann, würde darin keine Wettbewerbsbeschränkung liegen. Dazu müssten vier Kriterien kumulativ vorliegen: Zwar erfolgt die Auswahl der Vertragspartner anhand objektiver Kriterien qualitativer Art und diese werden auch einheitlich und diskriminierungsfrei angewandt. Allerdings sind die konkreten Anforderungen nicht für das konkrete Produkt erforderlich. Für einen vollständigen Ausschluss des Onlinehandels als Vertriebskanal bestehe keine Notwendigkeit, da es sich

¹⁰⁸ Nach EuGH, Rs. C-439/09

nicht um ein verschreibungspflichtiges Produkt handelt. Der Schutz des Prestigecharakters ist zwar nach neuerer Rechtsprechung¹⁰⁹ auch bei selektiven Vertriebssystemen eine relevante Eigenschaft des Produkts, die grundsätzlich eine Einschränkung der Verfügbarkeit voraussetzt. Jedoch handelte es sich hier um schlichte Kosmetika und Körperpflegeprodukte, deren Luxuseigenschaft nicht erkennbar ist. Zudem würde selbst bei Luxusartikeln ein Vertrieb über dem Präsenzhandel ähnlich exklusive Onlineshops (ggf. aber nicht über allgemeine Plattformen) diese Eigenschaft nicht gefährden. Damit liegt kein qualitatives selektives Vertriebssystem vor, sondern ein (verstecktes) quantitatives selektives Vertriebssystem. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt damit vor. Die konkrete Vereinbarung hat ein solches Potential für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, dass sie objektiv eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“. Bei derartigen bezweckten Beschränkungen ist es nicht notwendig, deren tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb, insb. auch nicht die Spürbarkeit, nachzuweisen. Die Koordinierung hat außerdem spürbare zwischenstaatliche Bedeutung.

Die Koordinierung könnte jedoch gemäß der Vertikal-GVO freigestellt sein. Es handelt sich um eine vertikale Vereinbarung im Sinne von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO. Außerdem ist der Marktanteil von Pierre Fabre und den Apotheken jeweils unter 30% und erfüllt damit Art. 3 Vertikal GVO. Gemäß Art. 4 lit. c Vertikal-GVO ist allerdings u.a. die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch ein selektives Vertriebssystem eine Kernbeschränkung. Hier wird der passive Verkauf beschränkt,¹¹⁰ indem Endverbraucher außerhalb des physischen Einzugsgebiet des jeweiligen Händlers nicht bei diesem über das Internet (und damit ggf. gar nicht) das Produkt beziehen können. Ein Fall der Rückausnahme von Art. 4 lit. c Hs.2 Vertikal-GVO liegt nicht vor. Der Internetvertrieb ist weder nach Wortlaut noch nach Sinn und Zweck als Vertrieb über eine „virtuelle“ Niederlassung zu werten; vielmehr ist die Ausnahme eng auszulegen.

Eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs.3 AEUV kommt nicht in Betracht, da es sich bei der Vertriebsbeschränkung um eine Kernbeschränkung handelt.

Das selektive Vertriebssystem von Pierre Fabre ist nicht mit Art. 101 AEUV vereinbar.

¹⁰⁹ seit EuGH, Urteil vom 6.12.2017, Rs. C-230/16– Coty (bei der Pierre Fabre-Entscheidung sah der EuGH dies noch scheinbar anders).

¹¹⁰ Siehe Rn. 52 der Vertikalleitlinien.

Das Kartellverbot

(2) Plattformverbote

- 242 Ein Minus zum im Fall Pierre Fabre komplett ausgeschlossenen Internetvertrieb sind schlichte Plattformverbote. Dabei verbieten Markenhersteller ihren Händlern nur, die betreffenden **(Luxus-)Produkte auf Internetplattformen anzubieten**. Hersteller von bekannten (Luxus-)Markenwaren wollen die Kontrolle über den Vertrieb ihrer (Luxus-)Produkte haben, um den Ruf der Produkte zu schützen. Dem steht das Interesse der Händler gegenüber, durch Nutzung aller denkbaren Vertriebswege den individuellen Profit zu maximieren.

Beispiel: Coty ist ein französischer Hersteller von u.a. Parfums der Luxus-kategorie (z.B. Alexander McQueen), die über ein selektives Vertriebssystem vertrieben werden. Der sog. Plattformvertrieb über Drittanbieter (etwa über Amazon Markteplace oder Ebay) ist ausgeschlossen. Die zugelassenen Händler dürfen die hochwertigen Parfums von Coty daher nur in eigenen Ladengeschäften oder in eigenen Webshops (oder an andere zugelassene Händler) vertreiben. Coty begründet das Plattformverbot mit dem Schutz des Prestigecharakters seiner Parfums der Luxus-kategorie. Diese Parfums sollen nur in ausgewählten Verkaufsstätten verfügbar sein. Coty beliefert Amazon und eBay nicht selbst, d.h. Amazon und eBay sind nicht als Händler von Coty zugelassen. Der Marktanteil von Coty und den Händlern beträgt weniger als 30%.

Ist das Plattformverbot von Coty vereinbar mit Art. 101 AEUV?

Lösung: Coty und die Händler sind Unternehmen. Diese haben eine Vereinbarung geschlossen, die Artikel von Coty nicht auf Drittplattformen zu verkaufen. Dies müsste eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben. Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte ausgeschlossen sein, wenn es sich um ein qualitativ-selektives Vertriebssystem handelt, dass vier Kriterien kumulativ erfüllt. Die Auswahl der Vertragshändler erfolgt anhand von objektiven Kriterien qualitativer Art. Diese werden auch einheitlich und diskriminierungsfrei angewandt. Fraglich ist, ob das Plattformverbot auch erforderlich ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Plattformverbot den Onlinehandel nicht generell als Vertriebskanal ausschließt, da vor allem der Verkauf über eigene Websites zulässig ist. Der Schutz des Prestigecharakters eines Produkts, also der Schutz vor „Verramschung“ stellt ein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs dar. Es dürfte auch kein milderes Mittel zur Sicherung der Einhaltung der Qualitätsanforderungen geben. Ein milderes Mittel, ohne Vertragsbeziehung zwischen Hersteller und Plattformbetreiber, ist nicht ersichtlich. Deshalb handelt

es sich um ein zulässiges qualitativ-selektives Vertriebssystem. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nicht vor.

Hilfsgutachterlich: Läge eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wäre diese bezweckt (so dass es auf Spürbarkeit nicht ankäme) und hätte spürbare zwischenstaatliche Bedeutung. Allerdings käme eine Freistellung nach der Vertikal-GVO in Betracht. Es handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 S.1 iVm. Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO, die nur vertikale Beschränkungen enthält (Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO). Außerdem liegen die Marktanteile von Coty und den Händlern jeweils unter 30% und erfüllen damit die Voraussetzung von art. 3 Vertikal-GVO. Es dürfte sich aber auch nicht um eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Vertikal-GVO handeln. Ein Verstoß gegen Art. 4 lit. b Vertikal-GVO scheidet daran, dass die Gesamtheit der Drittplattformnutzer keine abgrenzbare Kundengruppe bildet. Ein generelles Verbot des Internetvertriebs oder eine Erschwerung des Zugangs zum eigenen Internetangebot des jeweiligen Händlers wird im Vertrag nicht vorgesehen, so dass auch keine Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher nach Art. 4 lit.c Vertikal-GVO vorliegt. Demnach wäre eine Freistellung, selbst wenn sie erforderlich wäre, gegeben.

(3) sonstige vertikale Beschränkungen

- 243** Die häufigsten vertikalen Beschränkungen stellen unmittelbare oder mittelbare **Preisbindungen** (Art. 4 lit. a Vertikal-GVO) dar. Diese Regelung enthält zwei explizite Ausnahmen: Zulässig ist zunächst, unverbindliche Preisempfehlungen festzusetzen, solange diese als „unverbindlich“ erkennbar sind und tatsächlich mit keinerlei positivem oder negativem Zwang verbunden sind. Außerdem ist es zulässig, Höchstverkaufspreise festzusetzen. Eine unzulässige Preisbindung liegt damit vor, wenn den Händlern Fest- oder Mindestverkaufspreise vorgegeben werden oder wenn unverbindliche Preisempfehlungen (durch Anreize oder Druck) erzwungen werden.
- 244** Nach Art. 4 lit. c ist es insbesondere unzulässig, **bestimmte Vertriebskanäle** zu benachteiligen oder zu behindern. Wie oben dargestellt darf dabei insbesondere nicht der Online-Verkauf insgesamt ausgeschlossen werden. Als mittelbare Beeinträchtigung sind anderem sind aber auch Doppelpreissysteme (d.h. strukturell schlechtere Bedingungen für den Internetverkauf) oder Mengengrenzungen für Online-Verkäufer und Lieferverzögerungen bei Nutzung bestimmter Vertriebskanäle verboten.

Das Kartellverbot

- 245 Nach der Auffassung des BGH ist auch das generelle Verbot von **Preisvergleichsportalen** eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c Vertikal-GVO, weil es den Passivverkauf an Endverbraucher beschränkt.¹¹¹ Dafür führt der BGH an, dass das Verbot unabhängig von qualitativen Kriterien gilt, die Bedeutung von Preissuchmaschinen für den Intra-brand-Wettbewerb hoch ist und somit der Einzelhändler im Online-Handel wesentlich Beschränkt wird. Den Preissuchmaschinen komme im Hinblick auf das große Produktangebot im Internet und die Vielzahl der Anbieter eine erhebliche Bedeutung für den Verbraucher zu. Sie ermöglichten es gerade denjenigen, die sich bereits für ein konkretes Produkt entschieden haben, gezielt nach Händlern und guten Konditionen zu suchen. Würde der Markenhersteller Händler pauschal daran hindern, mit Preissuchmaschinen zu kooperieren, sei das eine nach EU-Kartellrecht unzulässige „Kernbeschränkung“ des Internetvertriebs. Mit den weiteren vorgesehenen Beschränkungen sei nicht gewährleistet, dass die Verbraucher in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internet-Angebot der Vertragshändler haben.

d. Besondere Rechtfertigungsfälle im deutschen Recht

aa. Mittelstandskartelle (§ 3 GWB)

- 246 § 3 GWB betrifft die **Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit von kleinen und mittleren Unternehmen**. Ratio legis ist der Zusammenschluss kleiner Unternehmen, um mit einem Großen konkurrieren zu können. Das deutsche Recht fingiert demnach das Vorliegen einer Rechtfertigung, ohne dass die Voraussetzungen des § 2 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Dies ist problematisch, wenn ein Fall zwischenstaatliche Bedeutung hat. Dann können sich die Unternehmen mangels entsprechender Regelung im Europarecht nicht auf die deutsche Freistellung berufen.



Prüfungsschema: § 3 GWB

1. Kleine und mittlere Unternehmen (Einzelfallbetrachtung in Relation zu anderen Unternehmen im gleichen Wirtschaftszweig)¹¹²

¹¹¹ BGH URTEIL VOM 12.12.2017 - KVZ 41/17 – ASICS.

¹¹² Merkblatt des BKartA, Rn. 12.

2. Miteinander im Wettbewerb (Nur horizontale Abreden)
3. Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetr. Zusammenarbeit (Tatsächlicher Rationalisierungseffekt)
4. Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (max. 10-15% Marktanteil)
5. Zweck der Vereinbarung: Förderung der Wettbewerbsfähigkeit

247 Unter **Rationalisierungseffekt** versteht man dabei, dass das Verhältnis zwischen betrieblichem Aufwand und betrieblichem Ertrag bei sämtlichen Beteiligten verbessert wird.

Beispiel: Sechs Anbieter von Ausflugsfahrten auf dem Mittelrhein schließen eine Kooperationsvereinbarung zur Verknüpfung ihrer begrenzten Linienfahrten. Durch gemeinsames Marketing und das Befahren größerer Strecken treten die Anbieter gemeinsam in Wettbewerb mit der, bis dahin monopolartig agierenden, Köln-Düsseldorfer Deutsche Rheinschiffahrt AG. Verstößt die Vereinbarung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB?

Lösung:

A. Die Vereinbarung könnte gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen.

- I. Bei den sechs Anbietern handelt es sich um Unternehmen.
- II. Diese müssten eine Abrede getroffen haben. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Vereinbarung
- III. Diese Vereinbarung müsste zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Zwischen den sechs Unternehmen wird der Wettbewerb durch die Vereinbarung ausgeschlossen.
- IV. Dies müsste bezweckt oder bewirkt geschehen. Die Wettbewerbsbeschränkung ist bezweckt.
- V. Fraglich ist, ob der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt ist. Die Vereinbarung hat jedoch keine zwischenstaatliche Bedeutung. Der Handel ist nicht beeinträchtigt. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist demnach nicht erfüllt.

B. Jedoch könnte die Vereinbarung gegen § 1 GWB verstoßen.

- I. Die Voraussetzungen liegen vor (siehe oben). Eine Zwischenstaatliche Bedeutung ist bei § 1 GWB nicht vorausgesetzt. § 1 GWB ist erfüllt.
- II. Das Verhalten könnte jedoch gemäß § 2 Abs. 1 GWB freigestellt sein. Dazu müsste zunächst ein Effizienzgewinn vorliegen. Durch die Vereinbarung wird eine neue Dienstleistung angeboten. Die Vereinbarung müsste unerlässlich zur Erreichung dieses Gewinns sein. Das neu entstandene Streckennetz konnte nicht nur durch die Vereinbarung geschaffen werden, einzelne Anbieter hätten beispielsweise die Strecke auch alleine ausbauen können. Eine Freistellung gemäß § 2 Abs. 1 GWB kommt demnach nicht in Betracht.
- III. Jedoch könnte § 3 GWB einschlägig sein und das Verhalten somit freigestellt sein.¹¹³ § 3 setzt voraus, dass an der Vereinbarung nur **kleine und mittlere Unternehmen** beteiligt sind. Alle Kartellmitglieder sind kleinere oder mittlere Unternehmen, jedenfalls im Vergleich zur KD. Außerdem dürfte der **Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt werden**. Der Aktionsradius der Beteiligten ist bisher derart beschränkt, dass zwischen ihnen kaum direkter Wettbewerb stattfindet. Vielmehr treten die Beteiligten durch die Vereinbarung gemeinsam in einen Wettbewerb zur KD, die der weitaus größte Anbieter von Personenschiffahrt auf dem betroffenen Gebiet ist. Die KD bietet insbesondere auch Langstrecken-Fahrten an, wie sie mit der Kooperation von den Beteiligten geplant ist. Durch die Vereinbarung wird der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt. **Die Kartellbildung setzt die sechs Unternehmen vielmehr erst in den Stand, gegenüber KD als direkter Wettbewerber – insbesondere für einen größeren Streckenabschnitt – aufzutreten.**

bb. Landwirtschaft (§ 28 GWB)

248 § 28 GWB privilegiert die **Landwirtschaft**. Aufgrund der natürlichen Gegeben-

¹¹³ Nur der Vollständigkeit halber hinter § 2 GWB geprüft, die besonderen Ausnahmen sind vor dem allgemeinem „Auffangtatbestand“ des § 2 GWB zu prüfen.

heiten des Produktionsprozesses (Länge der Produktionsdauer, die Ungewissheit des Produktionserfolges, die Art der Produktion, die einer Produktionsumstellung enge Grenzen setzt) ist es für die Landwirte nicht möglich, ihre Marktreaktionen zum Zeitpunkt der Aussaat nach dem Marktpreis zum Zeitpunkt des Verkaufs auszurichten.¹¹⁴ Deshalb sind für landwirtschaftliche Produkte Absprachen und **marktstabilisierende** Maßnahmen zulässig, sei es unmittelbar durch den Staat oder durch die Landwirtschaft selbst durch Schaffung von Instrumenten der Selbsthilfe.¹¹⁵



Prüfungsschema § 28 GWB

I. Persönlich: Erzeugerbetriebe, deren Vereinigungen und Vereinigungen der Vereinigungen

II. Sachlich:

1. produktbezogen: Erzeugnisse gemäß Anhang I zum AEUV
2. betriebsbezogen: Erzeugnisse, deren Be- oder Verarbeitung in landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben oder –vereinigungen üblich ist

III. Schranken-Schranken

1. Keine Preisbindung
2. Kein Ausschluss des Wettbewerbs

249 Der Begriff **Erzeugerbetrieb** ist nicht (mehr) legaldefiniert. Unter Berücksichtigung des § 28 Abs. 3 sind darunter jedoch die Betriebe zu verstehen, die in Anhang Abs. 1 AEUV aufgeführten Erzeugnisse erzeugen oder gewinnen.¹¹⁶ Den Erzeugerbetrieben gleichgestellt sind **Pflanzenzuchtbetriebe** und **Tierzuchtbetriebe** sowie die auf der **Stufe dieser Betriebe tätigen Unternehmen**.¹¹⁷

250

¹¹⁴ Begründung 1952, S. 23.

¹¹⁵ *Schweizer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 28 Rn. 11; Nägele, in: Frankfurter Kommentar, § 28 GWB, Rn. 1.

¹¹⁶ *Schweizer* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 28 Rn. 15.

¹¹⁷ *Schweizer* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 28 Rn. 21.

Das Kartellverbot

Lassen sich privilegierte und nicht privilegierte Tätigkeit nicht trennen, entfällt die kartellrechtliche Freistellung für die Erzeugervereinigung.¹¹⁸

cc. Zeitschriften (§ 30 GWB)

- 251 Der deutsche Gesetzgeber rechtfertigt die in § 30 GWB vorgesehene Privilegierung von Abreden auf dem Zeitschriftenmarkt durch **kulturpolitische Erwägungen**. Man will einen „leistungsfähigen Sortimenterstand“ erreichen, bei dem an jedem Ort in Deutschland alle Zeitschriften zu gleichen Preisen erhältlich sind. Die Zeitschriftenhändler seien aber nicht bereit, das Risiko fehlender Nachfrage zu tragen und würden nur dann ein breites Sortiment anbieten, wenn die Rücknahme unverkäuflicher Exemplare an die Verlage durch ein vertragliches Remissionsrecht sichergestellt sei.¹¹⁹ Dieses Remissionsrecht sei für die Verlage aber wiederum nur bei einer Preisbindung wirtschaftlich tragbar.



Prüfungsschema § 30 GWB

I. Hersteller von Zeitungen oder Zeitschriften

1. Prod., die Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren
2. Prod., die bei Würdigung d. Gesamtumstände als verlagstypisch anzusehen
3. kombinierte Prod., bei denen Zeitschrift im Vordergrund steht

II. Bindung der Abnehmer (außer Endverbraucher)

III. Bzgl. Weiterveräußerungs- bzw. Endverkaufspreis

IV. Schriftlicher Vertrag

- 252 Problematisch ist im Hinblick auf § 30 GWB allerdings der Vorrang von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Art. 101 Abs. 1 AEUV geht bei grenzüberschreitendem Handel ohne weitere Prüfung dem deutschen GWB vor. Deutschsprachige Zeitschriften werden nicht nur auf einem kleinen Teil des deutschen Marktes, sondern bundesweit (und auch in anderen Mitgliedstaaten, insb. in Öster-

¹¹⁸ Schweizer in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 28 Rn. 23.

¹¹⁹ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 30 Rn. 16b; Begr. zum RegE des Preisbindungsgesetzes, BT-Drucks 14/9196, S. 14; ebenso BGHZ 82, 238, 240 ff.

reich) vertrieben. Damit liegt hier durchaus die erforderliche Zwischenstaatlichkeit nicht vor. Da es im europäischen Kartellrecht eine Ausnahme für Zeitungen / Zeitschriften nicht gibt, ist § 30 GWB im Grunde nicht anwendbar.

Beispiel: Der Verlag A ist Herausgeber der überregionalen Tageszeitung XY mit einem Marktanteil von 15 %. Mit seinen Abnehmern, den Zwischenhändlern B für Norddeutschland und C für Süddeutschland, schließt er eine schriftliche Vereinbarung mit dem folgenden Wortlaut:

„1. Der Abnehmer verpflichtet sich, die Zeitung „XY“ nur zu dem Preis von 1,10 Euro zzgl. Mehrwertsteuer zu verkaufen. [...]

4. Bei einer Zahlung der Rechnung innerhalb von 14 Tagen ab Rechnungsdatum wird dem Abnehmer Skonto in Höhe von 3 % gewährt.

5. Der Abnehmer verpflichtet sich, seine Abnehmer hinsichtlich des in dieser Vereinbarung enthaltenen Kaufpreises weiter zu verpflichten.“

B und C möchten wissen, ob die Preisbindung zulässig ist und ob sie auch den Skonto weitergeben müssen.

Lösung:

Die Preisbindung könnte gemäß § 134 BGB iVm § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV nichtig sein.

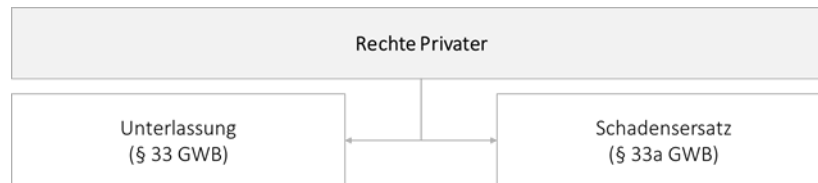
A, B und C sind Unternehmen, die eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. Aufgrund der Vereinbarung können B und C ihre Preise nicht mehr autonom bestimmen, dies ist auch objektiver Zweck der Vereinbarung. Damit liegt eine Kernbeschränkung vor, eine bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist demnach gegeben. Der Fall hat jedoch keine Zwischenstaatliche Bedeutung, demnach ist Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt. Der Tatbestand des § 1 GWB ist jedoch erfüllt.

Das Verhalten könnte jedoch gemäß § 3 GWB freigestellt sein. Allerdings handelt es sich um eine vertikale und nicht um eine horizontale Absprache. Die Preisbindung ist jedoch gemäß § 30 GWB ausnahmsweise zulässig. Skonto ist kein Preisbestandteil und deshalb auch nicht an die Abnehmer weiter zu geben.

Das Kartellverbot

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot

1. Zivilrechtliche Rechtsfolgen



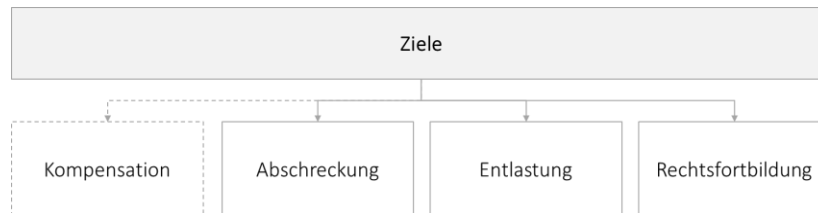
- 253 Kartellabsprachen können zivilrechtlich zu Schadensersatz- oder Unterlassungsklagen von Privaten führen.

Nach klassischem deutschen Verständnis dient Schadensersatz eigentlich nur der **Kompensation einer Vermögenseinbuße (§ 249 BGB)**. Die verhaltenssteuernde Wirkung (Abschreckung der Schädiger) ist eine allenfalls mittelbar geduldete Nebenfolge. Im Kartellrecht wird der **Schadensersatzanspruch** jedoch gerade umgekehrt primär zu **generalpräventiven Zwecken** instrumentalisiert und die Kompensation als (erwünschte) Begleitfolge erachtet: Aus Sicht des EuGH wäre die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt, wenn nicht **jedermann** Schadensersatz verlangen könnte. Deshalb kann bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot jeder, der durch das Kartell geschädigt wurde, also z.B. der Endabnehmer aber auch der Zwischenhändler, Ersatz des jeweilig entstandenen Schadens verlangen. Deshalb ist der Schadensersatzanspruch sehr weitgehend und erhöht damit die Kurssetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. Er trägt wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft bei.

- 254 Die private Kartellrechtsdurchsetzung dient neben generalpräventiven Zwecken und Kompensation auch der **Entlastung der zuständigen Behörden** (BKartA, Kommission), die angesichts beschränkter Ressourcen nicht jeden Kartellrechtsverstoß sanktionieren können: Da die Behörde ihre Augen nicht überall haben kann, vertraut man auf das Privatinteresse an eigennütigen Klagen, also darauf, dass Geschädigte Schadensersatz geltend machen. Wird ein privater Kartellrechtsstreit geführt, so müssen die Gericht dies gemäß § 90 GWB dem Bundeskartellamt melden. Insoweit leisten private Klagen auch einen Beitrag zur **Rechtsfortbildung**: Bei schwerwiegenden Kartellverstößen kann die Kartellbehörde als *amicus curiae* auf das Verfahren Einfluss nehmen. In dieser Rolle kann das Bundeskartellamt an der **Fortbildung des allgemeinen Kartellrechts** mitwirken, indem es an den mündlichen Verhand-

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot

lungen in Zivilfällen vor dem Bundesgerichtshof teilnimmt und seine Rechtsauffassung mündlich, bisweilen auch in längeren schriftlichen Stellungnahmen, erläutert.



- 255 Gemäß § 33 b GWB sind die Zivilgerichte an die Entscheidungen der Kartellbehörde **gebunden**. Hat diese einen Kartellverstoß festgestellt, so ist er im Zivilprozess zu unterstellen. Dies bedeutet in der Praxis, dass sich die Kartellbetroffenen regelmäßig an ein abgeschlossenes Kartellverfahren anhängen, um Unsicherheiten so weit wie möglich zu entgehen. Damit wird freilich in der Praxis der Vorteil der privaten Durchsetzung erheblich vermindert – denn die Privaten werden in der Regel die Kartellbehörde informieren und deren Ermittlungstätigkeit abwarten.

a. Nichtigkeit der Vereinbarung

- 256 Ausgangspunkt ist die in Art. 101 Abs. 2 AEUV für das europarechtliche Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV explizit angeordnete **Nichtigkeit der Vereinbarungen**. Für das deutsche Kartellverbot (§ 1 GWB) folgt dies aus § 134 BGB, da § 1 GWB explizit ein Verbot im Interesse der Allgemeinheit statuiert. In der Klausur müssen Sie diesen Punkt bei Erfüllungsansprüchen im Rahmen von „Anspruch entstanden“ diskutieren; bei Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung (§ 280 BGB) hingegen unter dem Punkt „Schuldverhältnis“.
- 257 Die Nichtigkeit betrifft sowohl die Verpflichtungen als auch die Verfügungen. Sie wirkt **ex tunc** (sie tritt also nicht erst mit der Entscheidung des Gerichts oder der Kartellbehörde ein) und **ipso iure** (es bedarf also keiner Gestaltungserklärung wie z.B. bei der Anfechtung). Gemäß § 139 BGB führt eine Kartellabsprache jedoch grundsätzlich nur zur **Teilnichtigkeit**. Folgeverträge mit Dritten bleiben zudem grundsätzlich wirksam, da das Verbot sich nur gegen die Abrede als solche richtet.

Das Kartellverbot

b. Unterlassungsansprüche (§ 33 Abs. 1 GWB)

- 258 Gemäß § 33 Abs. 1 GWB können Betroffene **Beseitigung der Beeinträchtigung** und bei **Wiederholungsgefahr Unterlassen** einklagen. In der „**Courage**“-Entscheidung¹²⁰ hat der EuGH den Begriff „Betroffener“ sehr weit ausgelegt: Umfasst sind nicht nur die **unmittelbaren Kunden** oder **Lieferanten**, sondern auch die **Marktfolgestufen**.



Definition: Betroffener ist „**jedermann**“, der unmittelbar oder auch nur mittelbar vom Kartell betroffen ist.

Beispiel: Wenn A eine kartellrechtswidrige Abrede mit B trifft, B die Ware an C und C an D verkauft, so ist auch D von der Abrede zwischen A und B betroffen.

- 259 Auch den **an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen** können Schadensersatzansprüche gegen die Mit-Kartellanten wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV zustehen,¹²¹ diese können also auch Betroffene sein.
- 260 Problematisch an diesem sehr weiten Betroffenen-Begriff ist, dass durch bestimmte Kartelle **sehr viele Endverbraucher betroffen** sind (z.B. bei einem Kartell über Zuckerpreise), was zu einer **Überlastung der Zivilgerichte** führen kann. Das Gesetz kennt trotzdem keine Begrenzung der Klagebefugnis. Um diesem praktischen Problem entgegenzuwirken, drängen die Kartellbehörden zu Sammelklagen.



Prüfungsschema § 33 GWB

1. Verstoß gegen Art. 101/102 GWB / gegen die Verfügung einer Kartellbehörde
2. Betroffener (= Aktivlegitimation)
3. Passivlegitimation (= Kartellanten)
4. Fortdauern der Beeinträchtigung / Wiederholungsgefahr

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage*.

¹²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 – *Courage*, Slg. 2001, I-6297, Rn. 17 ff.

c. Schadensersatzansprüche (§ 33a GWB)



Prüfungsschema § 33 a GWB

1. Verstoß gegen § 33 I GWB = Verstoß gegen Art. 101 / 102 AEUV / Verfügung der Kartellbehörde
2. Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) der Passivlegitimierten
3. Aktivlegitimation: Betroffener (=jedermann)
4. Schaden des Betroffenen, Berechnung gemäß §§ 249 ff. BGB

- 261 Im § 33 a GWB ist der **Schadensersatz**, den jeder Betroffene geltend machen kann, geregelt. Betroffener ist wiederum jedermann, der wegen des Kartells einen Schaden hat. Dabei muss der Schaden nicht zwingend direkt durch die Kartellanten entstanden sein, Betroffener kann man z.B. auch unter dem sogenannten **Umbrella-Effekt** sein:

Beispiel: A und B sind Mitbewerber von C. Sie haben gemeinsam eine Marktmacht von 95% und schließen eine Preisabsprache. Daraufhin erhöht auch C seine Preise. D, der Kunde von C ist, möchte von A und B Schadensersatz erlangen.

D ist unter dem Umbrella-Effekt Betroffener: Zwar hat D **nicht direkt** bei A oder B gekauft und ist somit nicht unmittelbar betroffen, das Kartell hat jedoch auch C zu einer **Preisanpassung** veranlasst. Gemäß § 33 a GWB muss der Schaden **kausal** auf das Kartell zurückzuführen sein. **Hätten** A und B ihre Preise nicht erhöht, hätte C die seinen nicht angepasst. Auch war es **nicht unwahrscheinlich**, dass C die Preise angleichen würde. Des Weiteren umfasst der **Schutzzweck der Norm** den Schaden des D. Verbraucher sollen vor zu hohen Preisen bewahrt werden.

D kann von A und B Schadensersatz verlangen.

- 262 Damit jemand einen Schadensersatz geltend machen kann, ist damit im Grunde einzige Voraussetzung ein **durch das Kartell entstandener Schaden**. Ein Verbraucher, der wegen einer Preisabsprache von Zuckerproduzenten 20 Cent zu viel für sein Frühstücksmüsli gezahlt hat, könnte diese zurückverlangen. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in dem der Schaden an die nächste Marktstufe weitergegeben wird. Der Müslihersteller in unserem Beispiel hat

Das Kartellverbot

aufgrund der höheren Zuckerpreise auch den Endpreis für sein Produkt erhöht. Will nun der Müslihersteller vom Zuckerproduzenten Ersatz des von ihm zu viel Gezahltem, wird dieser einwenden, dass der Müslihersteller auch seinerseits die Preise erhöht hat und deshalb keinen Schaden hat. Dies bezeichnet man als „**Passing-on-defence**“

Beispiel: A, B, C, D und E bilden eine Vertriebskette. A schließt ein Kartell mit K, weshalb er seine Preise erhöht. B möchte nun von A Schadensersatz verlangen. A wendet dagegen ein, B habe die Preiserhöhung komplett an C weitergegeben.

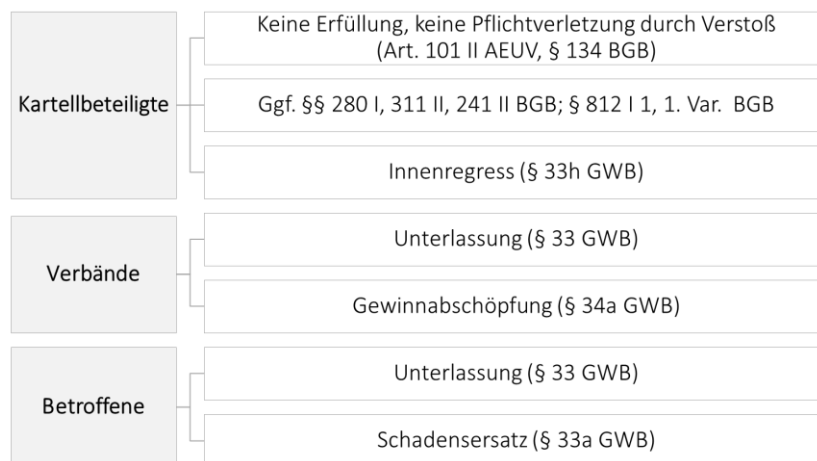
- 263** Die **Passing-on-Defense** ist in § 33 c GWB geregelt. Das Gesetz steht ihr skeptisch gegenüber und hält einen **Schaden nicht schon dann für ausgeschlossen, wenn die Ware weiterveräußert wurde**. Vielmehr muss der **konkrete Preisaufschlag weitergegeben werden**. Der Müslihersteller müsste also den Preis um exakt das erhöht haben, was er für den Zucker mehr bezahlen musste, damit sich der Zuckerlieferant auf die passing-on-defence berufen kann.
- 264** Die am Kartell Beteiligten haften gemäß § 33 d als **Gesamtschuldner**. Ein **Ausgleich** findet im **Innenverhältnis** statt. Bei einer Preisabsprache von 3 Unternehmen kann sich der Betroffene also aussuchen, von wem er Ersatz verlangt, auch wenn er seine überbezahlten Produkte nur von einem der drei erworben hat.
- 265** Privilegiert von der gesamtschuldnerischen Haftung sind allerdings die **Kronzeugen** (= am Kartell Beteiligte, die das Kartell aufdecken). Diese haften nur ihren eigenen Kunden, oder wenn der Schaden durch die anderen Kartellanten nicht gedeckt werden kann. Das soll den Anreiz schaffen, Kartelle aufzudecken. Kronzeugen sind neben diesem Anreiz auch hinsichtlich der Pflicht zur Offenlegung von Dokumenten privilegiert, vgl. §§ 33 e, 33 g GWB.
- 266** Ein **Vergleich** hat immer nur zwischen den am Vergleich Beteiligten Personen Wirkung, § 33 f GWB. Andere an Kartell Beteiligte müssen trotzdem mit Schadensersatzklagen rechnen.
- 267** Die **Verjährung** ist in § 33 h GWB geregelt. Im Unterschied zum Zivilrecht ist die Verjährungsfrist **5 Jahre und beginnt nicht vor Beendigung des Kartellverstoßes**. Auch die objektive Obergrenze (ohne Kenntnis des Verstoßes) knüpft an die Beendigung an. Die Obergrenze der Verjährungsdauer beträgt 30 Jahre. Gemäß § 33 h Abs. 6 GWB ist die Verjährung gehemmt, solange die Kartellbehörde oder die EU-Kommission Maßnahmen trifft oder Klage auf Herausgabe von Beweismitteln erhoben wurde.

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot

- 268 Die **Kartellbeteiligten** selber werden durch die Nichtigkeit der Abreden und die Möglichkeit von Innenregress geschützt. Erfüllungsansprüche scheiden wegen der Nichtigkeit der Vereinbarung ex tunc aus. Konsequenterweise bestehen auch keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung. Ansprüche aus c.i.c. und Bereicherungsansprüche kommen in Betracht. Bei den Rückabwicklungsansprüchen nach §§ 812 ff. ist jedoch stets zu prüfen, ob diese nicht wegen § 814 oder § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sind.

d. Verbandsklagen

- 269 **Verbände** (Verbraucherschutzverbände, Unternehmensvereinigungen, etc.) können **Unterlassung**, § 33 GWB und **Gewinnabschöpfung**, § 34 a GWB (zugunsten des Bundeshaushalts) verlangen.



2. Behördliche Rechtsfolgen

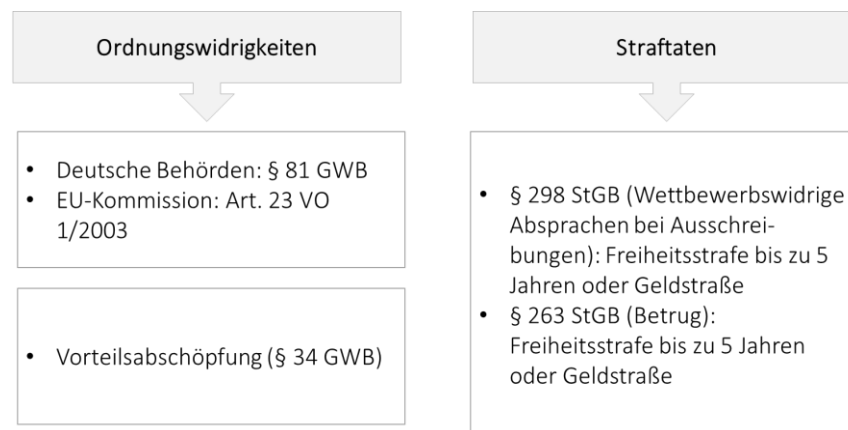
- 270 Die Kartellbehörden können zunächst von den Beteiligten Unternehmen verlangen, das kartellrechtswidrige Verhalten einzustellen (= **Einstellungsverfügung**). Die Verfügung kann alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die verhältnismäßig und erforderlich sind. Ermächtigungsgrundlage hierfür ist **Art. 7 VO 1/2003 bzw. parallel § 32 GWB**.
- 271 Art. 8 AEUV bzw. § 32a GWB gibt den Behörden die Befugnis, in dringenden Fällen **Einstweilige Maßnahmen** zu erlassen. Ein dringender Fall ist anzunehmen, wenn die **Gefahr eines ernststen, nicht wiedergutzumachenden Schadens**

Das Kartellverbot

für den Wettbewerb besteht.

- 272 Art. 9 AEUV bzw. § 32 b GWB regeln sogenannte **Verpflichtungszusagen**. Verpflichtungszusagen werden von Unternehmen getroffen, um den entstandenen Schaden zu kompensieren. Diese können von den Kartellbehörden **für bindend erklärt werden**. Dadurch erlangt eine Verpflichtungszusage die **Wirkung einer Verfügung**.
- 273 Gemäß Art. 10 VO 1/2003, § 32 c GWB kann die Kartellbehörde aus Gründen des **öffentlichen Interesses** von Amts wegen durch Entscheidung feststellen, dass **kein Kartellrechtsverstoß** vorliegt.
- 274 Die Kartellbehörden können ihre Anordnungen außerdem in Form von **Zwangsgeld vollstrecken**, § 86 a GWB, Art. 24 VO 1/2003.

3. Strafrechtliche Rechtsfolgen



- 275 **Ordnungswidrigkeiten** werden in Deutschland entweder vom Bundeskartellamt oder von der EU-Kommission durch **Bußgelder** geahndet. Diese haben jedoch keinen strafrechtlichen Charakter, damit die Verhängung eines Bußgeldes eine zusätzliche Strafbarkeit nach StGB nicht ausschließt (ne bis in idem = Rechtskraftwirkung).
- 276 Die **Vorteilsabschöpfung** kann neben den Verbänden auch durch die Kartellbehörde erfolgen.
- 277 **Strafrechtlich** können Kartelle gemäß § 298 StGB und § 263 StGB problematisch sein.

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot

- 278** **Bußgelder** können gemäß § 81 GWB wegen Verstößen gegen das nationale Recht oder Europarecht verhängt werden. Dabei soll die Geldbuße **10% der Gesamtumsätze** nicht übersteigen, ansonsten kann es frei festgesetzt werden.

3. Kapitel Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

I. Überblick

- 279 Zweite Säule des Kartellrechts ist das **Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung**. (Nur) marktmächtige Unternehmen unterliegen einer besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV). Dies geht über die für alle Unternehmen geltenden Verbote des Lauterkeitsrechts (UWG) hinaus. Hierdurch wird ihr Handlungsspielraum gegenüber dem, was im normalen Wettbewerb zulässig ist, reduziert, um die Ausbeutung der abhängigen Marktgegenseite oder die gezielte Benachteiligung der weitgehend wehrlosen Konkurrenz oder die Ausdehnung der Machtstellung auf weitere Märkte zu verhindern.
- 280 Durch das Missbrauchsverbot werden einerseits in vertikaler Hinsicht die vom marktmächtigen Abnehmer abhängigen Lieferanten oder Kunden geschützt, andererseits aber auch die (potentiellen) Konkurrenten auf dem beherrschten Markt oder einem verwandten Markt, auf den sich die Machtposition ausdehnen kann. Parallel zu diesem Individualschutz wird das **System unverfälschten Wettbewerbs**¹²² als Institut abgesichert. Nach dem „more economic approach“ der EU-Kommission ist das Ziel primär die Steigerung **Konsumentenwohlfahrt**, während das Bundeskartellamt und der EuGH hier grundsätzlich von einem Gleichrang der Schutzobjekte ausgehen.
- 281 In Abgrenzung zu Art. 101 AEUV, der das wettbewerbsbeschränkende Zusammenwirken mehrerer Unternehmen (also eine mehrseitige Kooperation) verbietet, untersagt Art. 102 AEUV **einseitige Praktiken**.¹²³ Erst die Gesamtheit beider Regelungen gewährleistet einen unverfälschten Wettbewerb im Sinne des Auslegungsprotokolls Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb¹²⁴ - denn wer stark genug ist, keine Hilfe Dritter zu brauchen muss natürlich erst Recht Rücksicht auf die anderen Marktteilnehmer nehmen. Art. 102 AEUV wirkt deshalb ebenso wie Art. 101 AEUV als Verbotsnorm **un-**

¹²² Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen („Prioritätenmitteilung“).

¹²³ *Bunte*, Kartellrecht, § 15 (S. 413).

¹²⁴ ABl. EG 2008, C 115/209.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

mittelbar in den Mitgliedsstaaten. Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV sind **nebeneinander anwendbar**,¹²⁵ sie stehen zueinander in **Idealkonkurrenz**.

Beispiele: 1. Eine vertikale Abrede kann durch einen marktmächtigen Markenhersteller erzwungen werden – dann liegt darin ein einseitiger Verstoß des Herstellers gegen Art. 102 AEUV. Lässt sich aber der Vertragshändler auf diesen Vorschlag ein, greift parallel Art. 101 AEUV, der sich sowohl gegen den Vertragshändler als auch gegen den Markenhersteller richtet (*vis compulsiva* schließt eine Abrede nicht aus). 2. Eine durch eine Gruppenfreistellungsverordnung oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellte Vereinbarung kann im Einzelfall eine marktmächtige Position haben. Dann muss das Verhalten der so verbundenen Unternehmen gegen Dritte am Missbrauchsverbot gemessen werden (so explizit § 19 Abs. 3 GWB).

- 282** Das Missbrauchsverbot knüpft an eine **marktbeherrschende Stellung** an. Diese wird oftmals mit schlichten Marktanteilen gleichgesetzt – dies ist aber zu eng: So kann ein hoher aktueller Marktanteil nur ein kurzfristiges Phänomen sein (etwa weil an diesem Tag gerade ein hoch rabattierter Preis gewährt wurde oder andere äußere Umstände, z.B. das Wetter, zu einer Nachfrageverschiebung geführt haben); umgekehrt kann auch ein geringer Marktanteil Marktmacht begründen, wenn man der deutlich größte Marktteilnehmer ist oder sonst den Markt losgelöst von der Konkurrenz anführen kann.
- 283** Verboten ist **ausschließlich der Missbrauch**, nicht hingegen das Anstreben oder Innehaben der marktmächtigen Stellung. Der Gesetzgeber berücksichtigt dabei, dass eine starke Stellung auf einem bestimmten Markt meist der Lohn für vorherige erfolgreiche Geschäftstätigkeit ist. Würde man marktmächtige Unternehmen per se verstaatlichen oder sonst benachteiligen, wäre eine kundenorientierte Tätigkeit geradezu selbsterstörerisch – denn man würde riskieren, bei zu großen Marktanteilen alles zu verlieren. Das wirft freilich die schwierige Frage auf, wann ein Missbrauch vorliegt – die Innehabung der entsprechenden Beteiligung genügt hierfür jedenfalls nicht, andererseits führt große Macht auch zu besonderer Verantwortung.
- 284** Anders als beim Kartellverbot (§ 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV) gibt es in Bezug auf das Missbrauchsverbot **keine geschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit**, wie eine Schranke oder eine Freigabe und keine Gruppenfreistellungs-

¹²⁵ EuGH Slg. 1989, 803, 851 – *Ahmed Saeed Flugreisen*.

verordnungen. Das Missbrauchsverbot unterliegt dennoch einer **tatbestands-immanenten Abwägung** (insb. bei Notwendigkeit durch Rahmenbedingungen oder Effizienzsteigerung durch das Verhalten). Ähnlich wie die Rechtswidrigkeit in § 240 Abs. 2 StGB ist daher der Missbrauch ein unbestimmtes und somit **auslegungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal**. Die Abwägung der betroffenen Interessen erfolgt also unmittelbar bei der Prüfung dieses Merkmals.

1. US-amerikanisches Kartellrecht

285 Die Parallelnorm zu Art. 102 AEUV / § 19 Abs. 1 GWB im US-amerikanischen Kartellrecht ist **§ 2 Sherman Act**. Anders als das deutsche und das europäische Verbot knüpft der Wortlaut dieser Norm („*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*“) jedoch an die Erlangung oder das Anstreben einer Monopolposition an. Eine wortgetreue Anwendung würde zu zwei Problemen führen: Einerseits differenziert die Norm nicht danach, wodurch das Monopol erlangt wird – wer also zufällig der einzige Anbieter ist (weil sich niemand für den Markt interessiert) oder einfach nur weit überlegene Produkte anbietet, würde sich durch diese eigentlich positive Tätigkeit dem Verbot aussetzen. Andererseits richtet sich das Verbot nur gegen die erfolgreiche oder jedenfalls versuchte Erlangung einer Monopolposition – nicht aber gegen ein Verhalten des Monopolisten. Ist ein Unternehmen daher erst einmal entsprechend bedeutsam geworden, macht es sich zwar einmalig strafbar, wäre bei wörtlicher Anwendung der Norm im Übrigen aber nicht mehr kontrollierbar. Der Supreme Court hat daher schon früh den Begriff „Monopolisierung“ so **ausgelegt**, dass dieser ein wettbewerbswidriges Verhalten („*anticompetitive conduct*“) umschreibt¹²⁶ – also letztlich den Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV / § 19 Abs. 1 GWB. Andererseits wird das Verbot auf Unternehmen begrenzt, die entweder bereits ein Monopol haben oder jedenfalls drohen, ein solches zu erlangen.¹²⁷

2. Europäisches Marktmachtmissbrauchsverbot

286 Das europäische Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist in Art. 102 AEUV geregelt. Es steht in einem engen Zusammenhang

¹²⁶ U.S. v. Grinnell, 384 U.S. 563, 570, 571 (1966).

¹²⁷ Standard Oil Co. v. U.S., 221 U.S. 1, 62 (1911).

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

zur Privilegierung bestimmter Unternehmen durch **Art. 106 Abs. 2 AEUV**.

Beispiel: Nach dem Weltpostvertrag müssen Briefe aus einem Vertragsstaat grundsätzlich ohne gesonderte Vergütung in einem anderen Vertragsstaat an eine dortige Anschrift zugestellt werden. Allerdings kostete der Versand von Briefen in den Niederlanden nur 30 Cent, in Deutschland aber 35 Cent. Dies nutzten Anbieter im Rahmen des sog. „Remailing“, bei dem Inlandssendungen in das Ausland transportiert und von dort statt von Deutschland aus versandt wurden. Durch Versand aus den Niederlanden konnten so pro Brief 5 Cent gespart werden.

Die Deutsche Post berechnete für derartige Remailing-Sendungen entgegen der entsprechenden Verpflichtungen zusätzlich die Inlandsgebühr (für den Versand von Post innerhalb Deutschlands), ohne die im Absendeland gezahlte Gebühr anzurechnen. **Verstieß diese Praxis der Post als (unstreitig) marktmächtige, Unternehmen gegen Art. 102 AEUV?**¹²⁸

Lösung: Der EuGH hat Maßnahmen der dt. Post gegen „Remailing“ zugelassen, obwohl diese gegen Art. 102 AEUV verstoßen. Die Post ist ein Unternehmen, das im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut“ ist. Die Zustellung von Briefen ist eine zentrale staatliche Aufgabe der Daseinsvorsorge. Eine uneingeschränkte Anwendung des Missbrauchsverbots des Art. 102 AEUV würde eine Diskriminierung und Benachteiligung einzelner Kunden (hier: der Remailer gegenüber im Ausland unmittelbar ansässigen Personen) verbieten. Dieses Ergebnis würde aber im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV „die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern“: Ohne das dem Weltpostvertrag zugrundegelegte finanzielle Gleichgewicht (Kostenstreuung über alle Postkunden) würden die Preise für alle steigen und so die normalen (nationalen) Postkunden die Remailer subventionieren. Es sei daher eine zulässige Abwehrmaßnahme gegen diesen Missbrauch Dritter, für Auslandssendungen zusätzlich die Inlandsgebühr zu berechnen, ohne die im Ausland bezahlten Gebühren anzurechnen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Ausgleich auf anderem Wege gewährleistet wird – was zwischenzeitlich durch den nach Art. 13 Postbinnenmarkttrichtlinie vorgesehenen Innenausgleich unter den beteiligten Unternehmen erfolgt ist.

¹²⁸ EuGH 10. 2. 2000, Slg. 2000 I 825, 876 – *Deutsche Post*.

3. Deutsches Missbrauchsverbot

- 287** Im GWB ist das Verbot der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 GWB; § 18 GWB enthält ergänzend eine **Definition der marktbeherrschenden Stellung**. Nur im deutschen Recht finden sich (über das europäische Missbrauchsverbot hinausgehende) Pflichten für bloß „marktmächtige“ Unternehmen (§ 20 GWB) und marktmachtunabhängige Verhaltenspflichten für alle Unternehmen (§ 21 GWB).

| | |
|----------|---|
| § 18 GWB | Marktbeherrschungsvermutungen |
| § 19 GWB | Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung |
| § 20 GWB | Missbrauch durch marktmächtige Unternehmen |
| § 21 GWB | sonstiger Missbrauch |

II. Tatbestandsvoraussetzungen



Prüfungsschema Art. 102 AEUV / § 19 GWB

1. Unternehmen
2. Marktbeherrschende Stellung
 - a. Marktabgrenzung
 - b. Beherrschung
3. Missbräuchliche Ausnutzung
4. ggf. Zwischenstaatlichkeit (bei Art. 102 AEUV, nicht bei § 19 GWB)

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

1. Unternehmen

- 288 Es muss zunächst ein **Unternehmen** vorliegen. Hier gilt nichts anderes als bei Art. 101 AEUV und § 1 GWB – der Begriff wird genauso definiert und ausgelegt. Es gelten die gleichen Abgrenzungen (hoheitliches Handeln, private Endverbraucher, Arbeitnehmer) und identische Probleme (Unternehmensverbände, Leistungsverwaltung).



Definition: Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung (= funktionaler Unternehmensbegriff).¹²⁹

- 289 Die marktbeherrschende Stellung muss nicht bei einem einzelnen Unternehmen liegen (vgl. Wortlaut von Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1 GWB: „durch ein *oder mehrere Unternehmen*“). Freilich kann man nicht beliebige Unternehmen zusammenfassen – denn alle Unternehmen zusammen haben denknottwendig 100% der Marktanteile und damit ein Monopol. Erforderlich ist daher eine besondere Verbindung, die Wettbewerb im Innenverhältnis ausschließt und ein koordiniertes Auftreten nach außen ermöglicht.



Definition: Ein **Kollektivmonopol** (= **Oligopol**) liegt nur dann vor, wenn zwischen den zusammenzufassenden Unternehmen wirtschaftliche Bindungen oder sonstige verbindende Faktoren bestehen, die es ihnen erlauben, gemeinsam unabhängig von Konkurrenz und Marktpartnern zu handeln und sie Dritten gegenüber als Einheit auftreten.

Beispiel: Linienschiffahrtsunternehmen durften sich aufgrund der (inzwischen aufgehobenen) Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 4056/1986 in sog. Linienkonferenzen gemeinsam den Linienverkehr betreiben. Eine Absprache über Preise, Transportkapazitäten und Aufteilung der Transportmengen war nach der Gruppenfreistellung gerade erwünscht, um den Handel zu fördern und hinreichendes Vertrauen zu schaffen. Praktisch traten die so zusammengeschlossenen Unternehmen nach Außen als Einheit auf und es bestand zwischen ihnen Unternehmen aufgrund Vereinbarung kein Wettbewerb mehr; Dritte wurden durch entsprechende Gestaltungen praktisch ausgeschlossen.

¹²⁹ ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. u.a. Slg. I- 1991, 1979, Rn. 21.

2. Marktbeherrschende Stellung

- 290 Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird traditionell **in zwei Schritten** geprüft: Zunächst muss der **Markt abgegrenzt** werden, anschließend muss die **Beherrschung dieses Markts durch die betroffenen Unternehmen ermittelt** werden.

a. Marktabgrenzung

- 291 Der **Markt** spielt im Kartellrecht eine wichtige Rolle. Wir haben bereits gesehen, dass er beim **Kartellverbot** benötigt wird, um horizontale und vertikale Abreden abzugrenzen und Marktanteilsschwellen bei Gruppenfreistellungsverordnungen zu bestimmen. Ganz zentrale Bedeutung hat der Markt bei der Untersuchung der Folgen eines Zusammenschlusses nach §§ 35 ff. GWB bzw. der Fusionskontrollverordnung. Auch beim **Missbrauchsverbot** geht es um Marktmacht - jedoch nur um die zur Zeit der potentiell missbräuchlichen Handlung aktuelle, während es bei der Fusionskontrolle gerade um die künftige Entwicklung geht (so dass auch potentielle künftige Surrogate, räumliche Erweiterungen durch Änderungen der Infrastruktur, etc.) einzubeziehen sind.
- 292 Im deutschem Recht sind **zwei Hilfestellungen zur Marktabgrenzung** in § 18 GWB enthalten, die sinngemäß auch im europäischen Recht anerkannt sind. Zum einen stellt § 18 Abs. 2 GWB klar, dass der „räumlich relevante Markt“ **nicht auf Deutschland** begrenzt ist. Zum Zweiten kann ein Markt auch dann vorliegen, wenn eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird, § 18 Abs. 2a GWB.

Beispiel: Soziale Netzwerke (Facebook) und Suchmaschinen (Google) können durch den Endverbraucher unentgeltlich genutzt werden, bewegen sich aber dennoch auf einem Markt, auf dem auch Konkurrenten tätig sind, dar.

- 293 Das **europäische Recht** gibt in Art. 102 AEUV keine Hinweise zur Marktabgrenzung. Jedoch hat die **Kommission eine Bekanntmachung** über die Definition des relevanten Marktes veröffentlicht. Diese haben wir bereits oben kurz angesprochen. Die dort dargestellten Kriterien sind entsprechend auch im deutschen Recht anerkannt, auch wenn sie dort natürlich nicht auf die Bekanntmachung gestützt werden.

aa. sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

vorgesehenen Verwendungszwecks von der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Die Ermittlung erfolgt in drei Schritten.

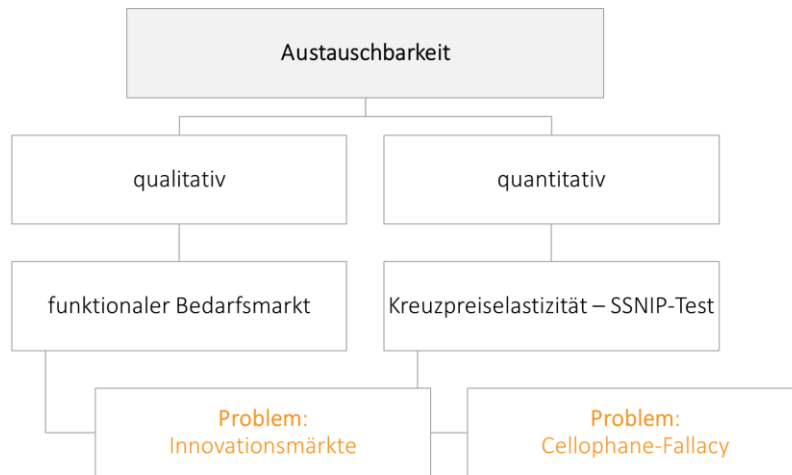


Prüfungsschema: Ermittlung des sachlich relevanten Marktes

1. **Nachfragesubstituierbarkeit:** Welche Alternativen kommen neben dem konkreten Gegenstand für die Marktgegenseite in Betracht?
2. **Angebotssubstituierbarkeit:** Welche Konkurrenten können ihr Angebot ohne Kostenaufwand so umstellen, dass sie bei einer Preisänderung in Wettbewerb treten (und so die Kunden abwerben) könnten?
3. **Potentieller Wettbewerb:** Wie schnell können Unternehmen, die bislang gar nicht auf dem Markt tätig sind, eintreten und so die Marktanteile verändern?

(1) Nachfragesubstituierbarkeit

- 294 Zunächst muss die **Nachfragesubstituierbarkeit (= Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrager)** betrachtet werden, also das, was die Abnehmer der Ware oder Dienstleistung als Ersatz in Betracht ziehen. In der Praxis handelt es sich um das primäre und oft das einzige angewandte Kriterium, da die anderen Aspekte keine erhebliche Änderung mit sich bringen. Man unterscheidet grundsätzlich zwischen der Ermittlung der Substituierbarkeit durch einen „qualitativen Test“ (Ermittlung der relevanten Eigenschaften anhand der Bedürfnisse der Marktgegenseite) und „quantitativen Tests“, bei denen man beobachtet, wie der Markt auf (hypothetische) Preisänderungen reagiert.

*(a) Qualitativ: Bedarfsmarktkonzept*

295

Wird die Austauschbarkeit nach **qualitativen Kriterien** bestimmt, so ist darauf zu schauen, welche Eigenschaften bestimmte Produkte haben und welche anderen Produkte die gleichen Eigenschaften haben.

Beispiele: 1. Charakteristische Eigenschaften von „Bananen“ sind etwa Sättigungswirkung, Vitamingehalt, ganzjährige Verfügbarkeit, aber auch Schutz durch die Schale und das Fehlen von Kernen. Diese Eigenschaften weisen andere Obstsorten nur unvollständig auf (nur Bananen, Pfirsiche und Trauben sind so weich, dass man sie auch ohne Zähne essen kann, so dass sie für Kinder, kranke und alte Menschen geeignet sind; Äpfel und Apfelsinen hingegen nicht; allerdings haben Trauben und Pfirsiche nicht den gleichen Sättigungsgehalt wie Bananen und sind nicht ganzjährig verfügbar).¹³⁰

2. Bei Zwischenstopps für Flüge zu weit entfernten Urlaubszielen (Karibik, Malediven, ...) sind neben dem Preis vor allem die Verfügbarkeit von Ersatzflügen bei Ausfällen sowie das Risiko des wetter- oder streikbedingten Ausfalls maßgeblich. Ein Verbraucher wird einen Zwischenhalt mit Umsteigen in einer beliebigen Großstadt (Paris, London, Amsterdam, München, Brüssel) in Kauf nehmen, wenn er hierdurch Geld spart – die genannten Zwischenstopps sind damit im Hinblick auf ihre Eigenschaften

¹³⁰ EuGH Rs. 27/76 – *United Brands/Kommission*.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

austauschbar.¹³¹ Etwas anderes gilt natürlich für Städtereisen – ein Urlaub in Paris kann nicht durch einen in München ersetzt werden; Brüssel ersetzt nicht London.

3. Vitamin D ist insb. gut für die Knochen, das Wohlbefinden und die Krebsprofilaxe; demgegenüber ist Vitamin C eher gut für das Immunsystem. Damit haben die Vitamine verschiedene Verwendungszwecke und sind aus Sicht der Verbraucher nicht austauschbar.¹³²

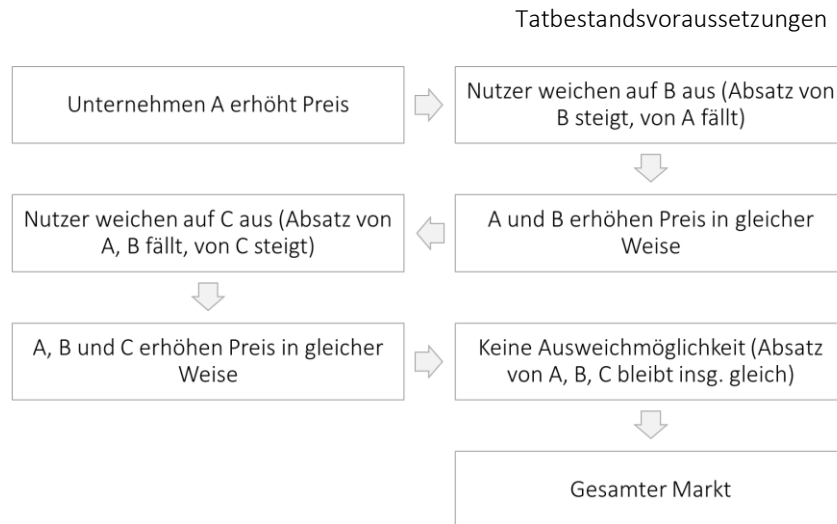
(b) Quantitativ: SSNIP-Test

296

Die EU-Kommission tendiert seit einigen Jahren zu einer **quantitativen Markt-abgrenzung**. Diese soll den Vorteil höherer Objektivität haben, da die vermeintlich maßgeblichen Kriterien für eine qualitative Markt-abgrenzung recht willkürlich aus der Menge der denkbaren Eigenschaften herausgegriffen wird. Stattdessen wird auf den ökonomisch konzipierten **SSNIP-Test** zurückgegriffen. Man muss sich hierzu eine fiktive, nicht nur vorübergehende Preiserhöhung um einen **kleinen aber nicht völlig unbeachtlichen Betrag (5-10%)** vorstellen. Die damit konfrontierte Marktgegenseite wird entweder zähneknirschend den Aufpreis zahlen oder auf ein anderes Produkt ausweichen. In letzterem Falle gehört dieses Ersatzprodukt zum selben Markt. Man muss sich dann vorstellen, dass auch der Preis für dieses Produkt erhöht wird. Dies wiederholt man, bis die Zahl der insgesamt verkauften Produkte sich trotz der Erhöhung nicht mehr ändert – dann hat man den Markt abschließend bestimmt: Die Verbraucher finden keine Ausweichmöglichkeit mehr und müssen auf eines der Produkte zurückgreifen.

¹³¹ Kommission, WuW/E EU-V 1395 – *KLM/Martinair*.

¹³² EuGH Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.



- 297 Spiegelbildlich kann der SSNIP-Test auch auf **Nachfragemärkten** herangezogen werden. Dann ist zu fragen, was bei einer nicht nur vorübergehenden, aber dauerhaften Senkung der Preise, die das Unternehmen als Nachfrager zu zahlen bereit ist, geschehen würde. Hier hat die Marktgegenseite (die Anbieter) grundsätzlich die Möglichkeit statt des bislang belieferten Unternehmens, durch kostenneutrale oder zumindest günstige Umstellungen auf andere (zahlungswilligere) Nachfrager auszuweichen. Diese Nachfrager sind dann Teil desselben Marktes. Es ist dann wiederum eine Preissenkung auch dieser Ersatznachfrager zu unterstellen. Sobald die Anbieter auf die Preissenkung nur durch Gesamtreduktion der produzierten Menge oder Hinnahme des Preises reagieren können, hat man den Markt abgegrenzt.
- 298 Der SSNIP-Test lässt sich jedoch **nicht uneingeschränkt heranziehen**. Problematisch ist der Fall, dass bereits der Ausgangspreis zu hoch ist, also nicht durch Wettbewerb entstanden ist, sondern es sich z.B. um einen **Monopolpreis** handelt. Der Monopolist wird seine Abnehmer bis zur maximalen Schmerzgrenze in Anspruch nehmen. Ein über diese Schmerzgrenze hinausgehender Preisaufschlag führt dann zwangsläufig zu einem starken Einbruch der Nachfrage und zum Ausweichen auf Produkte, die bei einer stärkeren Nähe zum Marktpreis (der SSNIP-Test verlangt einen „small“ increase!) außer Betracht geblieben wäre. Dieses Phänomen bezeichnet man als **Cellophane Fallacy**, da es in den USA erstmals in einem Fall im Zusammenhang mit Zellophan-Verpackung aufgetreten ist. Es handelt sich dabei gerade bei jungen oder sehr dynamischen Märkten um ein häufiger auftretendes Phänomen.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

(2) *Angebotssubstituierbarkeit*

- 299 Im zweiten Schritt, der **Angebotssubstituierbarkeit**, kann der Kreis der potentiellen Surrogate vergrößert oder verkleinert werden. Selbst wenn die Marktgegenseite auf eine Alternative ausweichen würde, kann es sein, dass die verfügbare bzw. zu produzierende Menge dieses Alternativprodukts schlicht zu gering ist, um den Bedarf abzudecken – dann führt die Angebotssubstituierbarkeit zu einer Verringerung des Kreises der Alternativprodukte. Spiegelbildlich wird überlegt, ob der Anbieter eines Produkts, das derzeit nicht als Alternative in Betracht gezogen wird, seine Produktion so umgestalten kann, dass es für die Nachfrager als Alternative in Betracht kommt.
- 300 Auch insoweit wird gedanklich durchgespielt, ob eine nicht nur vorübergehende, geringe aber signifikante Preisänderung eines Anbieters (SSNIP) dazu führt, dass andere Anbieter ohne (1) spürbare Zusatzkosten oder (2) Risiken innerhalb eines Zeitraums, in dem es zu (3) keiner erheblichen Anpassung bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva kommen kann ihre Produktion zur Deckung des Bedarfs umstellen. Ist dies der Fall, so disziplinieren die zusätzlich angebotenen Produkte das Wettbewerbsgebaren der beteiligten Unternehmen – diese werden ihr Preise also aus Angst vor der naheliegenden (wenngleich noch nicht erfolgten) Umstellung nicht erhöhen. Es handelt sich also um denselben Markt, obwohl ein Ausweichen auf das noch nicht veränderte Produkt den Kundenbedarf nicht befriedigen würde.

Beispiele: 1. A stellt Geschenkpapier her. B produziert Papier für Drucker. C stellt Tapeten her. Wenn A als (unterstellter) Monopolist den Preis für Geschenkpapier um 10% erhöht, könnten potentielle Käufer entweder auf den Kauf verzichten, oder den höheren Preis zahlen – ein Verpacken mit Druckerpapier oder Tapeten käme praktisch nicht in Betracht. Allerdings können und würden B und C ihre Produktion umstellen und so zu Konkurrenten des A werden. Sie gehören damit praktisch zum selben Markt, was sich aber erst bei der Angebotssubstituierbarkeit zeigt.

2. A stellt Softdrinks her. B braut Weizenbier. C hat eine Mineralwasserquelle. Wenn A den Preis für Softdrinks um 10% erhöht, werden die Kunden trotzdem nicht auf Bier (wegen des Alkoholgehalts) oder Mineralwasser (wegen des fehlenden Zuckers) umsteigen. B kann seine Produktion aber auch nicht ohne Umstände auf Softdrinks umstellen. C müsste zuerst in Marketing investieren, um Softdrinks vertreiben zu können, er kann von seiner Mineralwassermarke (und den Erfahrungen auf diesem Markt) nicht profitieren. Beide würden deshalb nicht angemessen schnell in den Softdrinkmarkt eintreten; sie gehören also nicht zu diesem Markt..

- 301 Die Kommission zieht zur Ermittlung der Substituierbarkeit verschiedene **Indizien** heran:

| | |
|--|---|
| Substitution (insb. in jüngster Vergangenheit) | Insb. Ereignisse oder Schocks, bei denen es bereits zur Substitution gekommen ist; Folgen früherer Preisänderungen |
| quantitative ökonometrische und statistische Tests | Schätzung der Elastizitäten (Preis X \rightarrow Nachfrage Y) und Kreuzpreiselastizitäten (Preis Y \rightarrow Nachfrage X), Verhältnis der jeweiligen Preisentwicklung im Laufe der Zeit, Kausalität zwischen Preisreihen, Ähnlichkeit/Konvergenz des Preisniveaus |
| Stellungnahmen von Kunden und Konkurrenten | Praktisch bedeutsam, Untermauerung durch tatsächliche Entwicklung erforderlich |
| Verbraucherpräferenzen | Insb. Markentreue; Grundlage Marktforschungsstudien |
| Schranken und Kosten der Substitution | Insb. regulatorische Hemmnisse, Zwänge auf Folgemärkten, Kundenstandort, Investitionen, Umrüstkosten, Reputationsdefizite |
| Separate Kundengruppen | Markttrennung wenn (1) Differenzierung bei Vertragsschluss möglich und (2) kein separater Zugangsweg (unter Abnehmern/über Dritte) |

(3) *Potentieller Wettbewerb*

- 302 Das dritte Kriterium, der **potentielle Wettbewerb**, wird laut der Kommission bei der Marktabgrenzung grundsätzlich **nicht herangezogen**, da die Voraussetzungen, unter denen potentieller Wettbewerb eine wirksame Wettbewerbskraft darstellt, von den Markteintrittsbedingungen abhängt. Genau diese werden aber regelmäßig durch die vermeintlich missbräuchlichen

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Handlungen erst bestimmt.

- 303 Weitere Grenzen für den sachlich relevanten Markt gibt es bei **abhängigen Märkten**. Hierbei ist eine Dienstleistung (etwa Entwicklung und Vertrieb von Apps für den Apple App-Store) nur auf Grundlage von Bedingungen möglich, die auf einem anderen Markt bestimmt werden. Diese werden weder durch die Abnehmer bestimmt (diese knüpfen allein an das Primärprodukt an) noch durch den Anbieter des abhängigen Produkts (der sich an die Vorgaben halten muss, um ein marktgängiges Produkt zu erstellen) Illustriert wird diese Problematik traditionell am Markt für Ersatzteile (wo oftmals der Hersteller des zu reparierenden Produkts als Anbieter von „Originalersatzteilen“ mit den Drittherstellern konkurriert), wobei heute digitale Plattformen eine zunehmende Bedeutung erlangen. Ein häufiger Fehler ist es, hier den Primärmarkt mit dem davon abhängigen Folgemarkt zu vermischen.

Beispiel: Ein von einem Dritten hergestelltes Ersatzteil muss mit dem Primärprodukt kompatibel sein (die Lampe muss in die Fassung passen; der Ersatzchip muss in die Platine eingefügt werden können). Aber auch die Haltbarkeit des Primärproduktes ist für den Markt von großer Bedeutung – je näher das erwartete Ende der Nutzbarkeit rückt, desto attraktiver wird die Entsorgung und Neubeschaffung statt der Nutzung von (Original- oder Fremd-)Ersatzteilen. Bei sehr haltbaren Primärprodukten kann es aber auch so sein, dass das Ersatzteil nur sehr selten benötigt wird. Praktisch kann auch die Sichtbarkeit des Ersatzproduktes für den Verbraucher den Umsatz begrenzen – wird ausschließlich in Vertragswerkstätten (oder gar beim Hersteller selbst) repariert, gibt es praktisch keine Möglichkeit, das Ersatzprodukt zu vertreiben.

bb. räumlich relevanter Markt

- 304 Die Kommission ermittelt den räumlich relevanten Markt in **drei Schritten**. In der Klausur müssen Sie diese freilich nicht im Einzelnen ausführen; sie dienen allein als Denkhilfe:
- 305 1. **Arbeitshypothese:** Zunächst werden allgemeine Erkenntnisse zur Verteilung der Marktanteile der Parteien und ihrer Wettbewerber auf nationaler, EU- oder EWR-Ebene berücksichtigt. Hier kann auf empirische Erkenntnisse zurückgegriffen werden (Verkaufszahlen in den vergangenen Jahren, Umfragen und Stellungnahmen der Nachfrager und Anbieter)

Beispiel: Während bei digitalen Diensten räumliche Grenzen nur im Hin-

blick auf die in bestimmten Regionen (nicht) verfügbare Bandbreite bestehen, wird bei zeitnah benötigten Diensten (Schlüsseldienst bei versehentlicher Aussperrung, Installateur bei Wasserrohrbruch) die räumliche Nähe sehr relevant sein.

- 306 2. **Detailbetrachtung:** Anschließend kommt es zu einer Detailbetrachtung der vermeintlichen Marktteilnehmer im Einzelnen, um Sonderfälle zu erkennen und auszuklammern.

Beispiel: So kann etwa ein Handwerksunternehmen theoretisch in großem Umkreis tätig werden. Der Betreiber mag sich aber aus Bequemlichkeit oder mangels Bekanntheit auf ortsnahe Baustellen beschränken. Ein Unternehmen mag zwar über einen Onlineshop EU-weit liefern, aber praktisch nur von ortskundigen Nachfragern genutzt werden.

- 307 3. **Ursachenforschung:** Als letztes werden diejenigen Hindernisse und Schranken konkretisiert und überprüft, durch welche Unternehmen in einem bestimmten Gebiet gegen Wettbewerbsdruck von außen abgeschirmt werden, insbesondere die Veränderungen durch Binnenmarktintegration.

Beispiel: So mag es durch die Dienstleistungsrichtlinie einfacher geworden sein, Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten zu erbringen, so dass die historischen Erfahrungen keinen Rückschluss auf die künftige Entwicklung mehr ermöglichen.

- 308 Regelmäßig erfolgt die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts vor allem anhand der **Transportkosten** bzw. der zu überwindenden Transporthindernisse. Freilich betrifft dies primär physische Waren und verengt den Markt vor allem bei sperrigen, geringwertigen Gütern (bei denen sich der Transport gerade nicht lohnt; bei hochwertigen Produkten kann ein geringerer Preis höhere Transportkosten kompensieren). Weitergehend zieht die Kommission bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes daher auch andere **Indizien** heran:

- Soweit durch Erkenntnisse aus der Vergangenheit nachweisbar ist, dass Kunden bei Preisänderungen auf andere Märkte ausgewichen sind bzw. erst durch Preissenkungen (bzw. Erhöhungen auf anderen Märkten) aus anderen Märkten in den konkreten Markt gewechselt sind („**Umlenkung**“ von Aufträgen), sind diese Märkte tatsächlich miteinander verbunden. Haben frühere Preisänderungen hingegen keine Auswirkungen gehabt, handelt es sich um separate Märkte.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- Ist ein Produkt erkennbar nur an einen bestimmten Markt adressiert (etwa aufgrund von Sprache – polnischsprachige Bücher lassen sich leicht transportieren, aber können praktisch trotzdem in Deutschland keine relevante Marktposition erlangen), ist dieser Markt geographisch separat von anderen Märkten. Eine solche Trennung kann etwa durch nationale Vorlieben (wie Kultur und Lebensstil) aber auch durch eine traditionsbedingte Präferenz für nationale Marken (etwa für deutsches Bier oder Mineralwasser) begründet sein. Zudem kann in bestimmten Märkten (etwa für Betreuung, Gewährleistung oder Beratung) eine physische Präsenz vor Ort erforderlich sein, die räumlich entfernte Anbieter ausschließt.
- Es kann zudem auf das tatsächliche oder potentielle Käuferverhalten zurückgegriffen werden.
- Herangezogen werden können auch die reinen Handelsströme bzw. die Lieferstruktur, wenn unklar ist, wie viele tatsächliche Abnehmer es wirklich gibt.
- Die Kommission kann (anders als Sie in der Klausur) auch Stellungnahmen von Kunden und Konkurrenten (zur räumlichen Abgrenzung ebenso wie zur Größe des Marktes insgesamt) einholen und so Erfahrungswerte zur Marktabgrenzung erlangen. Dies betrifft vor allem junge Märkte, auf denen es noch keine allgemeinen Erfahrungswerte gibt.

| | |
|--|--|
| Nachweis einer Umlenkung von Aufträgen | Tatsächliche Preisänderungen und entsprechende Kundenreaktionen |
| Besondere Nachfrage-merkmale | z.B. nationale Vorlieben oder Vorlieben für einheimische Marken, Sprache, Kultur und Lebensstil sowie das Erfordernis der Gebietspräsenz |
| Stellungnahmen von Kunden und Konkurrenten | Auffassungen über die Grenzen des räumlichen Marktes und Sachinformation zur Bestimmung des Marktumfangs |
| Käuferverhalten | ähnlichen Bedingungen im Binnenmarkt / Ausschreibungen, an denen Unternehmen aus dem Binnenmarkt teilnehmen → i.d.R. gesamter Binnenmarkt räumlich relevant |

- 309 Als **Merkhilfe** für die Ermittlung des räumlich relevanten Marktes kann die Definition des räumlichen Referenzmarktes in Art 9 Abs. 7 FKVO dienen. Unmittelbar gilt diese Regelung im Rahmen von Art. 102 AEUV allerdings nicht, da es ja um das Missbrauchsverbot und nicht die Beurteilung eines Zusammenschlusses geht. Dennoch handelt es sich dabei um allgemeine Überlegungen, die man sinngemäß heranziehen kann – auch wenn sie die Norm als solche lieber nicht als Grundlage nennen sollten.

Beispiele: Der Markt für Flugzeugteile ist ein weltweiter;¹³³ Flughäfen und Häfen sind nicht untereinander ersetzbar, sondern stets regional begrenzt;¹³⁴ bei weltweit tätigen Konzernen sind die Tochtergesellschaften ausschließlich in bestimmten Staaten tätig, soweit diese ihre Aktivitäten spezifisch auf ihren Tätigkeitsstaat ausrichten und nicht nur verlängerte Arme der Konzernmutter sind.¹³⁵

cc. Kettensubstitution

- 310 Ein besonderes Problem stellt die sogenannte **Kettensubstitution** dar: Es gibt ein Produkt A, das in relevantem Umfang durch Produkt B ersetzt werden kann, aber nicht durch Produkt C. Produkt C kann jedoch auch in relevantem Umfang durch Produkt B ausgetauscht werden. Eine Preiserhöhung von Produkt B führt demnach zu einem Anstieg der Nachfrage nach Produkt A und Produkt C (was sowohl den Anbieter von Produkt A als auch von Produkt C betrifft). Alle drei Produkte werden durch Produkt B (welches durch Produkt A oder durch Produkt C substituiert werden kann) verkettet.

Beispiel: 1. Wer Hunger hat, kann diesen sowohl durch Bananen als auch durch Äpfel stillen, während eine Orange im Regelfall nicht den erwünschten Erfolg erzielen kann. Wer Durst hat und sich durch saftiges Obst erfrischen will, kann entweder Äpfel oder Orangen essen, die Banane wird ihm den Erfrischungseffekt nicht liefern. Wird nun der Preis für Bananen erhöht, wird die Nachfrage nach Äpfeln (aber nicht nach Orangen) steigen. Bei gleichbleibender Produktmenge können die Apfelanbieter so ebenfalls ihre Preise erhöhen – was wiederum die Nachfrage nach Orangen (und Bananen) erhöht. Daher muss der Anbieter von Bananen auch den Orangenmarkt beobachten und der Anbieter von Orangen darf die Äpfel nicht ignorieren, obwohl es sich aus Sicht der Nachfrager um

¹³³ EuG Slg. 1999 II-753 – *Gencor*.

¹³⁴ EuG Slg. 1999 II-3929; EuGH Slg. 1991, I-5923.

¹³⁵ EuGH Slg. 1983, 3461 – *Michelin*.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

separate Märkte handelt. 2. Wenn Handwerker A seine Leistungen in einem Umkreis von 50 km um Ort X erbringt, Handwerker B seine Leistungen in einem Umkreis von 50 km um Ort Y und zwischen X und Y der 50 km große Ort Z liegt, von dem überschneidungsfrei 25 km im Einzugsbereich des A und 25 km im Einzugsbereich des B liegen, gibt es räumlich kein Gebiet, in dem A und B beide im Wettbewerb stehen. Ein in Z tätiger Anbieter C würde aber entweder mit A oder mit B in Konkurrenz stehen. Er wird sich daher zwangsläufig an deren Preisen orientieren. Damit wird aber auch der jeweils andere Anbieter sich an C orientieren und letztlich eine Abhängigkeit aller drei voneinander geschaffen.

b. Marktbeherrschung

- 311** Adressat des Missbrauchsverbots sind nur marktbeherrschende Unternehmen. Der **Begriff der Marktbeherrschung** ist dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der erst durch Auslegung mit Inhalt gefüllt wird. Fehlerhaft wäre es, hier ausschließlich auf Marktanteile abzustellen (sonst würden die Vermutungen in § 18 Abs. 4, Abs. 6 GWB auch keinen Sinn machen). Als Hilfestellung enthält § 18 Abs. 3 GWB eine nicht abschließende Liste von zu berücksichtigenden Kriterien. Auch wenn auf europäischer Ebene eine vergleichbare Regelung fehlt, werden die dort genannten Aspekte auch von der EU-Kommission berücksichtigt. In der Klausur sollten Sie sich der Problematik wie immer von einer Definition her nähern.

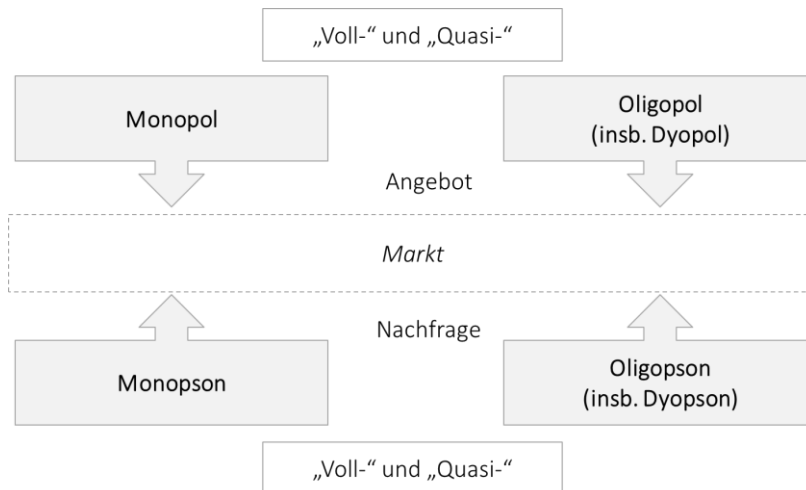


Definition: Marktbeherrschung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen, dadurch Strategien unabhängig von Angebot und Nachfrage entwickeln und so die Wettbewerbsbedingungen eigennützig verändern kann.¹³⁶

- 312** Es macht einen besonders guten Eindruck, wenn sie bei der Beurteilung der Rolle der beteiligten Unternehmen mit der einschlägigen **Terminologie** die Rolle präzise definieren. Dabei müssen Sie folgende Vokabeln beherrschen:

¹³⁶ Emmerich, § 9 Rn. 21.

Tatbestandsvoraussetzungen



- 313 - Ein **Vollmonopol** kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, wenn es überhaupt keine Konkurrenten gibt – das ist eigentlich immer nur dann der Fall, wenn es staatliche Sonderrechte (sei es Patente, sei es Exklusivkonzessionen) gibt.
- 314 - Ein **Quasimonopol** liegt demgegenüber bereits dann vor, wenn es auf einem Markt zwar mehr als einen Anbieter gibt, einer dieser Anbieter aber einen so starken Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz hat, dass diese ihm nicht ernsthaft Marktanteile streitig machen kann. Oftmals wird der Grund hierfür in Netzwerkeffekten liegen.
- Beispiele:** 1. Microsoft hatte durch die Kontrolle über die Dateiformate für Textverarbeitungs- und Tabellenkalkulationsdokumente, die Schnittstellen für Dateiaustausch und Drucken auf Netzwerkdruckern, das Vorhandensein von Gerätetreibern und Anwendungen sowie die breite Verfügbarkeit von Schulungsdienstleistungen und Supportangeboten ein Quasimonopol auf dem Markt für Betriebssysteme für Desktop-Computer. 2. Obwohl es andere Systeme von Steckbausteinen gibt und gab hatte Lego durch das früher angenommene lauterkeitsrechtliche Verbot der Herstellung kompatibler Bausteine ein Quasimonopol, da die Kunden ihre bisherigen Bestände erweitern und nicht parallel mehrere inkompatible Steckbausteinsammlungen aufbauen wollten.
- 315 - Ein „Monopol“ kann nur auf Anbieterseite bestehen. Auf der Nachfrageseite spricht man von einem „Vollmonopson“ oder einem „Quasimonopson“ bzw. allgemein von einem „**Monopson**“.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- 316 - Ein **Oligopol** bezeichnet eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung von mehreren Unternehmen auf der Angebotsseite. Hat eine Gruppe von mehreren Nachfragern eine marktbeherrschende Stellung inne, wird dies als **Oligopson** bezeichnet. Wie beim Monopol muss man hier sauber nach dem Quasioligopol und dem Volloligopol sowie dem Quasioligopson und dem Volloligopson differenzieren.
- 317 - Wenn genau zwei Unternehmen/ Nachfrager die marktbeherrschende Stellung innehaben, wird dies als **Dyopol / Dyopson** bezeichnet. Dies ist also ein Unterfall eines Oligopols bzw. Oligopsons. Auch hier gibt es jeweils „Vollodyopol“ und „Quasidyopol“ bzw. „Vollodyopson“ und „Quasidyopson“.
- 318 In bestimmten seltenen Ausnahmefällen können mehrere Unternehmen unabhängig nebeneinander marktbeherrschend sein, ohne dass ein Oligopol vorliegt. Dies bezeichnet der BGH als „**mehrfache Einzelmarktbeherrschung**“

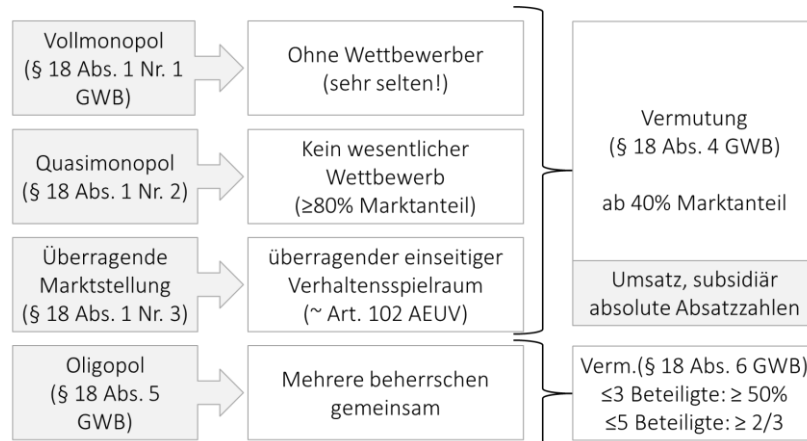
Beispiel: Nach deutschem Steuerrecht kann die Umsatzsteuer bei Dienstreisen als Vorsteuer rückerstattet werden. Die Unternehmen benötigen hierzu eine Abrechnung, welche die Umsatzsteuer getrennt ausweist. Die Lufthansa AG bietet eine eigene Kreditkarte, welche diese Trennung bereits in der normalen Kreditkartenabrechnung vornimmt. Das Kreditkartenunternehmen K möchte eine „Lodge Card“ anbieten, welche ebenfalls diese Darstellung direkt in der Abrechnung vornimmt. Um den gesonderten Ausweis bei einer Zahlung zu ermöglichen, muss der jeweilige Leistungserbringer zustimmen. Die Lufthansa verweigerte diese Zustimmung. Einen Verstoß gegen § 19 GWB sah sie hierin nicht, da neben ihr noch viele andere Unternehmen (z.B. TuiFly oder die Deutsche Bahn AG) umsatzsteuerpflichtige Transportleistungen in Deutschland erbringen würden, zu denen sie im Wettbewerb stehe. Sie habe daher gerade keine marktbeherrschende Stellung.¹³⁷ Kann das Bundeskartellamt auf Grundlage von § 19 Abs. 1 GWB die Lufthansa verpflichten, die Zustimmung zu erteilen? **Lösung:** Die Lufthansa ist ein Unternehmen. Sie müsste eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Auf dem Markt der innerdeutschen Flüge hat Lufthansa eine beherrschende Stellung, allerdings kommt es auf diesen nicht an. Man kann stattdessen auf den Markt für Kreditkarten, mit denen man mit mindestens einer Fluggesellschaft in Deutschland von A nach B kommt, heranziehen. Da dieser von den tat-

¹³⁷ BGH, WuW/E DE-R 2708 – Reisesellenkarte.

sächlichen Flügen abhängt und die Lufthansa auf diesem eine beherrschende Stellung hat, würde sie auch hier automatisch als beherrschend eingeordnet. Im innerdeutsche Transportwesen insgesamt ist die Marktmacht der Lufthansa jedoch überschaubar, da die Deutsche Bahn erheblich mehr Kunden nachweisen kann. Auch der BGH hat eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung der Lufthansa verneint. Jedoch stellt sie aus Sicht der Anbieter von Kreditkarten einen „unvermeidlichen Handelspartner“ dar. Ein Unternehmen, das Kreditkarten anbieten will, muss die Lufthansa in sein Angebot einschließen. Gleiches gilt jedoch für die Deutsche Bahn. Damit hat nicht nur die Lufthansa eine marktbeherrschende Stellung, sondern auch die Deutsche Bahn, beide sind unvermeidliche Handelspartner für die Kreditkartenunternehmen.

- 319 Während Art. 102 AEUV allgemein ohne weitere Differenzierung an die marktbeherrschende Stellung des bzw. der betroffenen Unternehmen anknüpft, wird in § 18 Abs. 1 GWB nach verschiedenen Intensitäten der Marktbeherrschung differenziert. § 18 Abs. 1 Nr.1. GWB umschreibt das **Vollmonopol** im obigen Sinne, also einen Markt mit genau einem Wettbewerb. § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB regelt das **Quasimonopol**, also den Fall, dass ein Unternehmen *keinem wesentlichen* Wettbewerb ausgesetzt ist. § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB regelt schließlich als Auffangtatbestand das Vorhandensein einer bloßen **überragenden Marktstellung**. Diese ist gegeben, wenn ein Unternehmen einen überragenden einseitigen Verhaltensspielraum hat – dies entspricht dem weiten Beherrschungsbegriff des Art. 102 AEUV. § 18 Abs. 5 GWB regelt das **Oligopol**, also die gemeinschaftliche Marktbeherrschung. Unterstützt werden diese Regelungen durch Vermutungen, konkret durch § 18 Abs. 4 GWB (Einzelbeherrschungsvermutung ab einem Marktanteil von 40 %) und § 18 Abs. 6 GWB (Oligopolvermutung) iVm § 18 Abs. 7 GWB (**Widerlegung dieser Vermutung**).

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung



- 320** In der **Praxis** wird freilich ausschließlich unter § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB subsumiert, da die von § 18 Abs. 1 Nr. 1 und § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfassten Fälle stets und zwingend auch unter § 18 I Nr. 3 GWB fallen. § 18 Abs. 1 Nr. 3 fungiert also als **Auffangtatbestand**. In der Klausur müssen Sie jedoch zwischen den drei Nummern des § 18 Abs. 1 GWB unterscheiden und können es sich nicht so einfach machen!
- 321** Wie bereits erwähnt nennt § 18 Abs. 3 GWB exemplarisch für das deutsche Recht einige **Kriterien**, anhand derer eine marktbeherrschende Stellung beurteilt werden soll. Diese Auflistung ist allerdings nicht abschließend. Obwohl in Art. 102 AEUV eine entsprechende Auflistung fehlt, ähneln die Kriterien denjenigen, die auch die EU-Kommission heranzieht. Verallgemeinernd geht es um drei Gruppen von **drei Kriterien**:
- 322** 1. Einerseits geht es um die **Marktstruktur**. Dabei geht es primär um die jeweiligen Marktanteile in Prozent. Zu berücksichtigen sind aber bereits an dieser Stelle etwaige Zutrittsschranke für potentielle Konkurrenten (insb. erforderliche Investitionen).
- 323** 2. Zudem wird auf das vermeintlich marktbeherrschende **Unternehmen** geschaut. Es geht hier um eine Sonderstellung durch technische Schutzrechte (Patente, Gebrauchsmuster), Netzwerkeffekte, die Größe des Unternehmens bzw. der Grad der Integration, die Breite der vorgehaltenen Produkte, etc.
- 324** 3. Schließlich wird das tatsächliche **Verhalten** des Unternehmens und der

anderen Unternehmen betrachtet. Die vermeintliche Marktbeherrschung ist zu verneinen, wenn das Unternehmen aus Angst vor den Konkurrenten sein Verhalten bereitwillig einschränkt oder die Konkurrenz sich nicht durch das Verhalten des vermeintlichen Marktbeherrschers beeinflussen lässt.

aa. Marktstruktur, insb. Marktanteile

- 325 Marktanteile haben bei der Ermittlung der Marktbeherrschung große, aber keinesfalls ausschließliche Bedeutung; daher werden sie auch in § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB an erster Stelle genannt. Die Marktanteile werden grundsätzlich durch den **Anteil der verkauften Produkte** bestimmt. Unerheblich sind Umsatzanteil und Gewinn des Unternehmens – es geht allein um die Menge. In der Praxis werden die Marktanteile oft durch Schätzungen der Unternehmen und Studien von Wirtschaftsverbänden bestimmt. Analog § 36 Abs. 2 GWB (im europäischen Kartellrecht aufgrund des weiten Unternehmensbegriffs) werden die Marktanteile von verbundenen Unternehmen addiert.
- 326 Sowohl im deutschen wie auch im europäischen Kartellrecht wird Marktbeherrschung vermutet, sobald ein Unternehmen einen **Marktanteil von mindestens 40%** hat. Für das deutsche Recht wird dies ausdrücklich in § 18 Abs. 4 GWB festgelegt (und zwar in bewusster Abstimmung auf die EU-Praxis, früher waren dort 33% üblich), im Europarecht beruht dies auf der stetigen Praxis von Kommission und EuGH. Diese Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden, etwa durch den Nachweis, dass die Konkurrenz einen Innovationsvorsprung hat, der sich auf dem Markt künftig realisieren wird oder durch besonders marktmächtige Konkurrenten oder einen besonders leichten Marktzugang Dritter. Generell gilt aber jedenfalls bei Marktanteilen über 50%, dass ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, um die Marktbeherrschung zu widerlegen, da schon rechnerisch kein auch nur im Ansatz gleich großes Unternehmen konkurrieren kann.
- 327 Bei **geringeren Marktanteilen** gibt es weder im deutschen noch im europäischen Recht besondere Vermutungen. Jedenfalls bei 25 – 40 % ist die Marktbeherrschung ungewiss, es müssen daher zusätzliche Anhaltspunkte vorliegen, um sie zu bejahen. Bei einem Marktanteil von 10% – 25% kann laut dem EuGH eine Marktbeherrschung vorliegen, wenn ein Innovationsvorsprung vorliegt und davon auszugehen ist, dass die Konkurrenz sehr schnell überholt werden wird. Bei einem Marktanteil, der kleiner als 10 % ist, ist eine Marktbeherrschung grundsätzlich ausgeschlossen.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- 328** Neben dem Marktanteil des konkret untersuchten Unternehmens kann es auch auf die **Marktanteile anderer Marktteilnehmer** ankommen (das meint § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB). Steht einem Unternehmen mit 40% Marktanteil ein anderes Unternehmen mit einer Beteiligung von ebenfalls 40% gegenüber, kann dies wirksamen Wettbewerb zwischen diesen großen Konkurrenten bedeuten. Unter vielen Unternehmen mit einem Anteil von 1% oder weniger kann hingegen auch ein einzelnes Unternehmen mit 25% marktbeherrschend sein.
- 329** Es kommt zudem auf die **Marktzutrittsschranken** an (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB): Können jederzeit unproblematisch und ohne Verzögerung neue Unternehmen in den Markt eintreten, ist jede mächtige Position zerbrechlich. Muss hingegen erst ein großer Aufwand (sei es eine Investition in Anlagen, der Aufbau eines Vertriebsnetzes oder die Entwicklung notwendiger Prozesse) vor dem Markteintritt erbracht werden, verfestigen sich die vorhandenen Positionen im Zweifel stark.

bb. Unternehmen

- 330** Unerheblich ist, **aus welchen Gründen** das Unternehmen die marktmächtige Stellung erlangt hat. Die Bedeutung auf dem Markt kann sowohl auf erlaubtem Verhalten (hohe Qualität, gute Preise) als auch auf unlauteren Aktivitäten beruhen (Bestechung, Erpressung, Irreführung). Es kann sich sogar um eine zufällige, weder veranlasste noch zu verantwortende Ursache handeln.
- 331** Entscheidend ist allerdings die Frage, **wie sicher das Unternehmen seine Position halten kann**. Hierbei kann es durchaus auf die Finanzkraft (die Geldreserven) ankommen (so explizit § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB), mit denen man eigene Produkte vorübergehend subventionieren, Werbekampagnen finanzieren oder Unternehmen auf Drittmärkten hinzukaufen kann. Droht einem Unternehmen die Insolvenz wird es eine marktmächtige Position im Zweifel nicht verteidigen können. Die Marktmacht wäre dann zu verneinen. Im Allgemeinen ist die bloße Finanzkraft aber ein eher schwaches Kriterium.
- 332** Ein Unternehmen kann aber auch Vorteile durch **besondere Schutzrechte**, insb. Designs, Patente und Gebrauchsmuster, haben, die es von der Konkurrenz derart abgrenzen, dass diese keine Möglichkeit hat, den Vorsprung aufzuholen. Dann wird man nicht nur einen Erhalt, sondern sogar einen Anstieg des Marktanteils erwarten können, so dass ggf. trotz niedriger Marktanteile eine marktbeherrschende Stellung (als „Pionier“) zu bejahen ist.

- 333 Ähnlich wie staatlich gesicherte Immaterialgüterrechte kann auch eine **vertragliche oder faktische Vernetzung** wirken: Große Konzerne können Risiken streuen und Verluste durch Gewinne in ganz anderen Branchen auffangen (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB). Dadurch haben sie einen erheblichen Handlungsspielraum, den kleine, ausschließlich vom konkreten Markt abhängige Unternehmen nicht haben. Erst Recht gilt dies, wenn überlegene Transportwege, Vertriebsketten, etc. hinzutreten oder diese sogar durch Exklusivitätsbindungen abgesichert sind. Demgegenüber wird eine bloße (Minderheits-)Verflechtung ohne rechtliche Einflussnahmemöglichkeit im Regelfall für die Beurteilung der Marktmacht keine große Bedeutung erlangen.
- 334 Neben dem Unternehmen selbst sind stets auch die Konkurrenten und die **Marktgegenseite** in den Blick zu nehmen (§ 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB). Die wettbewerblichen Handlungsoptionen werden dann wieder eng begrenzt, wenn es besonders finanzstarke Konkurrenten gibt oder die Marktgegenseite ihrerseits besonders mächtig ist. Es kommt also nicht nur auf die Anteile, sondern auch auf die absolute Zahl und Stärke der Konkurrenten an.
- 335 Gerade im digitalen Bereich geht es heutzutage zunehmend um **Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB) – je mehr Nutzer ein Dateiformat, eine Plattform bzw. ein Protokoll nutzen, desto mehr andere Nutzer müssen auf die gleichen Produkte zurückgreifen, um ebenfalls zu kommunizieren. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Problematik in § 18 Abs. 3a GWB jedenfalls ansatzweise geregelt. Dabei handelt es sich um eine Auflistung besonderer, neben § 18 Abs. 3 GWB zu berücksichtigender Kriterien, welche bei den im Internet häufigen werbefinanzierten Angeboten die Ermittlung von Marktmacht erleichtern sollen.

Beispiel: Die Anwendung der Kriterien zeigt sich deutlich am Beispiel von Facebook. Zunächst muss der sachliche Markt bestimmt werden, also welche Unternehmen Konkurrenten für *Facebook* sind. Eine Konkurrentengruppe könnte *SchülerVZ/StudiVZ/Mein VZ / Google+* sein. Jedoch sind die Netzwerkeffekte zu beachten (solange nicht alle bei *SchülerVZ* angemeldet sind, wird niemand wechseln). Konkurrenten für *Facebook* könnten *LinkedIn* oder *Xing* sein. Diese Plattformen werden jedoch nur zu beruflichen Zwecken genutzt. Messaging-Dienste wie *WhatsApp* oder *Snapchat* werden nur zur Direktkommunikation genutzt. Auch andere soziale Medien wie *Youtube* oder *Twitter* stellen wegen Medienbegrenzungen keine Konkurrenten dar. Auf dem sachlichen Markt befindet sich nur *facebook* (evtl. noch *Google+*) Der räumliche Markt von *Facebook* könnte weltweit, gemeinschaftsweit oder deutschlandweit sein. Über *Facebook*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

werden praktisch 90% nationale Kontakte gepflegt, die Kommunikation deutscher Nutzer findet überwiegend in deutsch statt. Der Markt ist daher räumlich auf Deutschland beschränkt.

Facebook müsste marktbeherrschend sein. Allein der Marktanteil von 90% genügt nicht, um dies zweifelsfrei anzunehmen; vielmehr ist auf die Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB zurückzugreifen. *Facebook* kann sich identitätsbasierte direkte Netzwerkeffekte zugute machen (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB), außerdem kommen dem Unternehmen auch indirekte Netzwerkeffekte zugute: Ohne eine große private Nutzerbasis hat ein anderes Netzwerk keine Werbekunden zur Finanzierung. Empirisch gibt es kein paralleles Nutzerverhalten (§ 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB). *Facebook* hat außerdem überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3a Nr. 4). *Facebook* ist marktbeherrschend.

cc. Verhalten

- 336 Schließlich kann das **bisherige Verhalten** des untersuchten Unternehmens, seiner Konkurrenten sowie seiner Abnehmer und Nachfrager relevant werden. Wer ohne Skrupel Preise erheblich über dem eigenen Aufwand verlangt sieht sich offenbar keiner relevanten Konkurrenz ausgesetzt. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist aber spiegelbildlich nicht etwa ausgeschlossen, wenn der Monopolist vorübergehend Verluste macht („Ein Monopolist muss nicht immer ein böser Monopolist sein“). Monopolpreise sind nur für den Missbrauch, nicht für das Vorliegen einer Marktbeherrschung relevant.
- 337 Der EuGH benutzt zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung den Test des „**unvermeidlichen Handelspartners**“. Es wird dabei gefragt, an wen sich die Marktgegenseite wenden würde, wenn das konkret untersuchte Unternehmen einen Vertragsschluss verweigern würde. Marktbeherrschung ist immer zu bejahen, wenn die Marktgegenseite mangels Alternativen ihre Tätigkeit völlig aufgeben müsste.

dd. Insbesondere: Marktbeherrschung durch Oligopole

- 338 Wie bereits erwähnt können mehrere Unternehmen **gemeinsam marktbeherrschend** sein, sog. Oligopole. Die Oligopolunternehmen werden hier im Außenverhältnis als eine Einheit behandelt und den übrigen Unternehmen auf dem Markt gegenübergestellt. Eine überragende Marktstellung ist anzu-

nehmen, wenn die Oligopolunternehmen die übrigen Wettbewerber angesichts ihres gemeinsamen Marktanteils weit überragen.¹³⁸ Da die am Oligopol beteiligten Unternehmen kein einheitliches Rechtssubjekt darstellen, gilt bei einem Oligopol jedes Unternehmen als marktbeherrschend und sieht sich der Missbrauchsaufsicht ausgesetzt.¹³⁹

Definition: Oligopole sind unabhängige Unternehmen, die wirtschaftlich eng miteinander verbunden sind und dadurch die Möglichkeit haben, gemeinsam ihr Verhalten auszurichten und eine gemeinsame Politik am Markt zu verfolgen (sog kollektive Einheit).

- 339 Die Voraussetzungen für ein Oligopol sind im deutschen Recht in § 18 Abs. 5 GWB geregelt. Das europäische Recht kennt keine ausdrückliche Regelung. Jedoch legen der EUGH und die Kommission allgemein drei kumulative Kriterien an, um die notwendige **enge wirtschaftliche Verbindung** („kollektive Einheit“) zu ermitteln
- 340 1. Die Unternehmen müssen hinreichend genaue und schnelle Informationen über das Verhalten der jeweils anderen erhalten (= **Markttransparenz**), siehe § 18 Abs. 5 Nr. 1 GWB (ohne Kenntnis des Verhaltens der anderen würde Wettbewerb bestehen).
- 341 2. Bei einer Abweichung von der gemeinsamen Politik drohen dem Unternehmen signifikant nachteilige Gegenmaßnahmen (= **Koordinierungsdisziplin**), siehe § 18 Abs. 5 Nr. 1 GWB (ohne Disziplin würde Wettbewerb bestehen).
- 342 3. Die Unternehmen sind **kollektiv unabhängig** vom Wettbewerb durch Dritte (siehe § 18 Abs. 5 Nr. 2 GWB).
- 343 Das deutsche Recht enthält in § 18 Abs. 6 GWB zwei **Vermutungsregeln**: Drei oder weniger Unternehmen, welche die obigen Voraussetzungen erfüllen, gelten zusammen als marktbeherrschend, wenn sie insgesamt einen Marktanteil von 50% haben. Fünf oder weniger Unternehmen, welche die obigen Voraussetzungen erfüllen, gelten als marktbeherrschend, wenn sie zusammen einen Marktanteil von 2/3 erreichen.

¹³⁸ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 98.

¹³⁹ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 76.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung



Meinungsstreit: Wenn man den Wortlaut von § 18 Abs. 4 GWB und § 18 Abs. 6 GWB vergleicht sieht man, dass erstere Norm davon spricht, dass etwas „vermutet“ wird, während letztere eine Fiktion aufstellt („gilt als“). Im Ordnungswidrigkeitenrecht greift freilich in jedem Fall die Unschuldsvermutung („in dubio pro reo“), mit welcher eine Vermutung oder gar Beweislastumkehr zum Nachteil der Unternehmen unvereinbar wäre. Umstritten ist jedoch, welche Bedeutung die Regelung im Zivilprozess sowie im Verwaltungsverfahren hat.

Einerseits kann man auch bei § 18 Abs. 6 GWB wie § 18 Abs. 4 GWB als bloß (widerlegbare) Vermutung verstehen. Die Vermutungen werden deshalb als Aufgreifkriterien für die Kartellbehörde betrachtet.¹⁴⁰ Die Anforderungen an die Widerlegbarkeit sind in § 18 Abs. 7 GWB geregelt.

Der BGH¹⁴¹ sieht in § 18 Abs. 6 GWB hingegen eine echte Beweislastregel. Im Zivilprozess soll daher eine **echte Beweislastumkehr** (§ 292 ZPO) bestehen, auch im Verwaltungsverfahren müssen die Unternehmen Umstände vortragen, aus denen sich die Widerlegung des § 18 VII GWB ergibt. Der Amtsermittlungsgrundsatz bleibt insoweit zwar unberührt, aber die Darlegungslast verschiebt sich.

- 344** Die Vermutung der Marktbeherrschung des Oligopols ist nach § 18 Abs. 7 GWB **widerlegt**, wenn die Wettbewerbsbedingungen im Innenverhältnis wesentlichen Wettbewerb zwischen den Oligopolisten erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.
- 345** Zwei Unternehmen mit je 40 % Marktmacht gelten als Oligopol, es gibt kein „Doppelmonopol“. Im Übrigen sind die **Vermutungen nach str. Ansicht parallel anwendbar**, bei zwei Unternehmen mit Marktanteilen von 40% und 20% muss deshalb geprüft werden, ob die Voraussetzungen des § 18 VII GWB erfüllt sind. In der **Praxis** (nicht in der Klausur!) kann des Weiteren dahinstehen, ob ein Monopol oder ein Oligopol vorliegt, da in jedem Fall das Missbrauchsverbot greift.
- 346** Ein schwieriger Fall stellt sich dar, wenn fünf Unternehmen 2/3 des Marktanteils haben, davon aber drei Unternehmen schon 50%. Hier könnte entweder

¹⁴⁰ Emmerich, 13. Aufl. 2014, § 27 Rn. 55.

¹⁴¹ Urt. V. 2.12. 1980 WuW/E BGH 1749, 1754 – Klöckner-Becorit.

§ 18 VI Nr.1 oder Nr.2 GWB einschlägig sein. Nach der **Rspr.** sind in diesem Fall alle 5 Unternehmen marktbeherrschend, nach der **Lit.** nur die drei Unternehmen mit 50%.

347 Die Vermutung unterliegt jedoch auch **Grenzen:**

Beispiele: 1. Durch den Zusammenschluss von zwei Kliniken würde ein Marktanteil von 55% auf dem örtlichen Krankenhausmarkt erzielt. Aufgrund der staatlichen Regelungen (GoÄ, Krankenkassenvorgaben) gibt es aber ohnehin keinen Preiswettbewerb; auch 45% Ausweichmöglichkeiten genügen insoweit; eine weitere Verschiebung von Anteilen ist nicht zu erwarten.¹⁴² **Sind die zwei Kliniken marktbeherrschend?**

Lösung: Das Bundeskartellamt hat eine Marktbeherrschung verneint, da es keinen Preiswettbewerb gibt und somit keine (richtigen) Konkurrenten bestehen, außerdem bestünden mit 45% noch genug Alternativen und außerdem ist kein weiteres Wachstum der Krankenhäuser mehr zu erwarten.

2. Beim Zusammenschluss der Unternehmen Amadeus und Traveltainment ermittelte das Bundeskartellamt einen Marktanteil von 65-70% auf dem Markt für in der Pauschalreisetouristik eingesetzte Computerreservierungssysteme. Der Hauptkonkurrent Sabre hatte demgegenüber nur einen Anteil von rund 30%. Allerdings beruhte dies nur auf einem zeitlichen Vorteil – Amadeus hatte den Marktanteil seit Jahren nicht vergrößern können, keine signifikanten finanziellen Reserven, keinen besseren Kundenkontakt und keine relevante vertikale Integration. Die Marktgegenseite („Travel Service Provider“) hatten demgegenüber erhebliche Nachfragemacht.¹⁴³ **Sind Amadeus und Traveltainment marktbeherrschend?**

Lösung: Das Bundeskartellamt hat die Marktbeherrschung verneint. Der Markt sei so schwankend und verändere sich so schnell, das mit einem Absinken der Marktanteile zu rechnen sei.

3. Das Unternehmen „Florimex“ hatte einen Marktanteil zwischen 11,5% und 12% am Großmarkt für Schnittblumen. Die beiden nächstgrößten Konkurrenten hatten einen Anteil von unter 5%. Die Mehrzahl der Wettbewerber hatte Anteile von 0,25% oder weniger. Florimex meinte, keine

¹⁴² BKartA, DE-V 1937 – *Kliniken des Main-Taunus-Kreises/Klinikum Höchst.*

¹⁴³ BKartA v. 7.9.2006, Az. B9-55/06 – *Amadeus/TravelTainment.*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

überragende Marktstellung zu haben, da man die Schwelle des § 18 Abs. 4 GWB (40%) weit unterschreite.¹⁴⁴ **Trifft diese Auffassung zu?**

Lösung: Auch das Verhältnis der Marktmacht zu den Konkurrenten muss beachtet werden. Bei einem doppelten Vorsprung kann von einer Marktbeherrschung ausgegangen werden.

- 348 Die beherrschende Stellung muss **auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben bestehen**. Damit ein wesentlicher Teil des Binnenmarktes betroffen ist, muss **kein grenzüberschreitender Sachverhalt** vorliegen, es genügt, wenn das **gesamte Staatsgebiet eines Mitgliedstaats¹⁴⁵, größere** (Vergleich: Einwohner kleinerer Mitgliedstaaten) **Regionen** (z.B. Bundesland Rheinland-Pfalz) **innerhalb eines Mitgliedstaats¹⁴⁶** oder **Infrastruktureinrichtungen mit zentraler Verkehrsbedeutung¹⁴⁷** (z.B. Flughaften Frankfurt) betroffen sind. Entscheidend ist die **Bedeutung des Gebiets für den Binnenmarkt insgesamt** (Kaufkraft, Bevölkerung, Ressourcen).

3. Missbrauch

- 349 Das Unternehmen muss seine marktbeherrschende Stellung **missbrauchen**. Primäres Schutzgut ist dabei der Wettbewerb als Institution, allerdings sollen auch den anderen Marktteilnehmern (Abnehmern, Zulieferern oder Konkurrenten) individuellen Rechte zukommen. Praktisch bedeutet dies vor allem, dass nicht nachgewiesen werden muss, dass es tatsächlich zu unmittelbaren Einbußen der Marktgegenseite gekommen ist. Zudem kommt es nicht auf die guten Sitten oder andere ethische Maßstäbe an – es geht vielmehr ausschließlich objektiv um die Beeinträchtigung als solche. Auch eine böse Absicht der Unternehmen ist nicht erforderlich.



Definition: Missbräuchlich sind alle Verhaltensweisen, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade aufgrund der Anwesenheit des Unternehmens geschwächt ist und welche die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern und die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der

¹⁴⁴ KG WuW/E OLG 2862 – REWE-Florimex.

¹⁴⁵ EuGH Slg. 1975, 1663 – Suiker Unie.

¹⁴⁶ EuGH Slg. 2001, I-8089 – Ambulanz Glöckner.

¹⁴⁷ Komm. Abl. EG Nr. L 72, 30 – Flughafen Frankfurt/Main AG.

Grundlage der Leistungen der Marktteilnehmer abweichen.

- 350** Die Grundidee des Missbrauchs ist es, dass derjenige, der eine marktmächtige Position innehat, eine **besondere Verantwortung** trägt. So trifft ihn entgegen der eigentlich herrschenden Privatautonomie ein Abschlusszwang. Ansonsten könnte das marktmächtige Unternehmen kleinere Unternehmen, die von ihm abhängig sind, boykottieren und damit ruinieren. Aus dem Abschlusszwang folgen deshalb eine Lizenzierungspflicht und eine Belieferungspflicht. Des Weiteren gibt es auch inhaltliche Vorgaben, Vertragsklauseln werden streng kontrolliert.
- 351** Der Wortlaut des Gesetzes spricht vom „Missbrauch *einer* marktbeherrschenden Stellung“. Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass gerade den Marktbeherrscher eine besondere Verantwortung trifft. Nicht gesagt wird damit aber, ob der Marktbeherrscher generell strengeren Maßstäben unterliegt oder aber nur insoweit, als er tatsächlich **gerade seine Marktmacht anwendet** (also gerade Marktmacht für das Verhalten kausal war). Ein Verhalten, das auch ein Unternehmen ohne Marktmacht ausüben könnte, wäre danach nicht unter Art. 102 AEUV zu subsumieren.



Meinungsstreit: Einerseits kann man verlangen, dass das Verhalten zwingend auf den Umständen beruht, die die besondere Machtstellung des Unternehmens ausmachen. Der Missbrauch wäre also zu verneinen, wenn das Verhalten auch ohne diese Marktmacht möglich wäre.

Andererseits kann man aber auch ökonomisch darauf abstellen, dass ein derart enges Verständnis es ermöglichen würde, die Marktmacht auf einem Markt (und die hierdurch verfügbaren Ressourcen) zur ungehinderten Expansion auf einen Drittmarkt zu nutzen. Die hierdurch ermöglichten Preiskämpfe setzen gerade keine Marktbeherrschung auf diesem zweiten Markt voraus und würden zulässig bleiben.¹⁴⁸

Schließlich kann man mit dem EuGH vermittelnd verlangen, dass Marktmacht gerade auf dem betreffenden oder auf einem „eng verbundenen“ Markt vorliegt und damit eine abstrakte Gefährdungslage besteht, sich diese Gefahr im konkreten Fall aber nicht realisiert haben muss, sondern auf den jeweiligen Märkten jedes Verhalten zu kontrollieren ist. Damit wäre ein Verhalten auf einem ganz anderen Markt nur nach allgemeinen Regeln (insb. nach dem

¹⁴⁸ Emmerich, § 10 Rn. 7 f.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

UWG) zu beurteilen, während eine Ausdehnung auf einen naheliegenden Markt noch der strengen Missbrauchsaufsicht unterliegt.

Beispiel: Tetra Pak stellt Kartonverpackungen für flüssige und halbflüssige Lebensmittel sowie Maschinen zur Befüllung der jeweiligen Verpackungen her. Die Verpackungen teilen sich in aseptische (keimfreie) und nicht aseptische. Auf dem EU-Markt für aseptische Verpackungen hält Tetra Pak einen Marktanteil von 90 – 95 %, auf dem der nicht aseptischen 50 - 55 %. Der direkte Konkurrent hält einen Marktanteil von 27 %. Mit den Abnehmern von Maschinen zur Befüllung der nicht aseptischen Verpackungen schließt Tetra Pak Standardverträge, die unter anderem vorsehen, dass Gewährleistungsrechte nur bestehen, wenn ausschließlich Original-Ersatzteile eingebaut und der Reparaturservice von Tetra Pak genutzt wird. Zudem dürfen nur Original Tetra Pak Verpackungen mit diesen Maschinen befüllt werden. Den Abnehmern aus verschiedenen Ländern werden unterschiedliche Preise für die Maschinen berechnet.¹⁴⁹

Verstößt das Verhalten gegen Art. 102 AEUV?

Lösung: Nach der ersten Meinung liegt kein Kartellverstoß vor. Tetra Pak hat keine marktbeherrschende Stellung auf dem nicht aseptischen Markt. Nach der zweiten Meinung liegt ein Missbrauch vor, da die überlegenden Ressourcen des Marktes für aseptische Verpackungen, auf dem Tetra Pak marktbeherrschend ist, auch auf dem nicht aseptischen Markt genutzt werden kann. Nach dem EuGH ist entscheidendes Kriterium, ob die beiden Märkte eng verbunden sind. Der EuGH hat diese **enge Verbundenheit** der Märkte hier damit begründet, dass die beherrschende Stellung Tetra Paks auf dem Markt für aseptische Verpackungen es auch zu einem begehrten Lieferanten für nicht aseptische Verpackungen mache. Daraus ergebe sich, dass auch die Kunden häufig beide Märkte in Anspruch nehmen, die auch ihrem Wesen nach (Verpackung von Flüssiglebensmitteln) eng bei einander liegen.

352 Unstreitig erforderlich ist stets, dass der Missbrauch **zu einer nachweisbaren Wettbewerbsbeschränkung geführt haben muss**. Sie müssen diese beiden Kausalitätserfordernisse (Marktmacht → Missbrauch und Missbrauch → Wettbewerbsbeeinträchtigung) stets sauber auseinanderhalten!

353

¹⁴⁹ EuGH, Slg. 1996, I-5987 – *Tetra Pak*.

Während Art. 101 Abs. 3 AEUV und § 2 GWB mit der Freigabe eine **Rechtfertigung** kennen, sind Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1 GWB nach dem Gesetz einstufig ausgestaltet: Jeder Missbrauch ist per se rechtswidrig. Freilich kommen bei einer Diskriminierung sachliche Gründe in Betracht; eine Behinderung muss unangemessen sein. Daher gibt es auch insoweit eine (wenn auch nicht als solche gekennzeichnete) Rechtfertigung. Verallgemeinernd verlangen die Kartellbehörden, dass die Unternehmen entweder konkrete Effizienzvorteile für den Markt (insb. die Marktgegenseite) nachweisen oder aber eine objektive Notwendigkeit. Dem Unternehmen steht es jedoch nicht zu, nach eigenem Ermessen die Allgemeinheit zu schützen, weil es die eigenen Produkte für sicherer oder besser hält.

- 354** Allgemein wird zwischen **Ausbeutungs- Behinderungs- und Marktstrukturmissbrauch** unterschieden. Diese Differenzierung deckt sich freilich nicht uneingeschränkt mit den im deutschem (Art. 19 Abs. 2 GWB) sowie im europäischem Recht (Art. 102 S. 2 AEUV) aufgezählten Regelbeispielen. Art. 102 S.2 lit. a AEUV nennt den Konditionen- und Preismissbrauch. Art. 102 S.2 lit. b AEUV regelt die Effizienzgefährdung. Drittes Regelbeispiel, Art. 102 S.2 lit. c AEUV, betrifft die Diskriminierung, also die grundlose Ungleichbehandlung. Als letztes ist das Koppelungsverbot genannt, also das Verbot, Produkte miteinander zu verknüpfen, die in keiner Beziehung zueinanderstehen (Art. 102 S.2 lit. d). Das deutsche Recht unterscheidet Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB), Konditionen- und Preismissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB), Preis- und Konditionenspaltung (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB), Zugangsverweigerung zu Essential Facilities (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) und ein Anzapfverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB). Die Regelbeispiele sind allerdings („insbesondere“) nicht abschließend, so dass es vorzugswürdig ist, an den breiteren Kategorien anzuknüpfen. In der Klausur sollten Sie aber, falls eines der Regelbeispiele eingreift, unter dieses subsumieren.

a. Ausbeutungsmissbrauch

- 355** Der Ausbeutungsmissbrauch richtet sich auf vertikaler Ebene gegen die **Abnehmer** (also nicht horizontal gegen die Konkurrenz). Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn das Unternehmen das Fehlen von Alternativen für die Marktgegenseite nutzt, um unangemessene Bedingungen zu „erzwingen“. Zentrale Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs sind in Art. 102 S.2 lit. a AEUV / § 19 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 5 GWB geregelt.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

aa. Preismissbrauch (Art. 102 S. 1, lit. a, 1. Var. AEUV / § 19 Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. GWB)

- 356 Das europäische Kartellrecht spricht in Art. 102 S.1 lit. a Var.1 AEUV von der Erzwingung unangemessener Preise. Im deutschen Kartellrecht gibt es eine Parallelregelung zum Preismissbrauch in § 19 Abs. 2 Nr. 2 Var.1 GWB. Der Preis ist im Rahmen beider Regelungen die **Gegenleistung**, die für ein bestimmtes Produkt gefordert wird.



Prüfungsschema: Missbrauch in Form des Preismissbrauchs

1. Preis (nicht: sonstige Vertragsbedingung)
2. Abweichung vom tatsächlichen wirtschaftlichen Wert
3. Erzwungen (Ausnutzung von Marktmacht oder Abhängigkeit)
4. Unangemessenheit („Offensichtlichkeit“)
5. Sachliche Rechtfertigung

- 357 Um festzustellen, ob eine **Abweichung** vom wirtschaftlichen Wert vorliegt, gibt es zwei verschiedenen Ansatzpunkte:
- 358 - Einerseits kann man den konkreten Preis mit den Preisen auf anderen Märkten vergleichen. Sind ähnliche Produkt günstiger, ist der Preis unangemessen. Dies nennt man **Vergleichsmarktkonzept**. Es ist jedoch immer schwierig, einen vergleichbaren Markt zu finden, weshalb es sich eher um eine „Blindschätzung“ handelt. Im deutschen § 19 Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. GWB ist dieser Test explizit verankert („...hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamen Wettbewerb zu berücksichtigen“). Er findet aber auch auf europäischer Ebene Anwendung.
- 359 - Als Alternative wird der **Gewinnspannentest** diskutiert. Hierbei wird die Differenz zwischen dem verlangten Preis und den tatsächlichen Kosten des Unternehmens betrachtet. Wird diese zu groß, ist der Preis unangemessen. Das zentrale Problem dabei ist allerdings die Frage, wann eine Gewinnspanne „zu groß“ ist.
- 360 Der Preis ist „**erzwungen**“, wenn die Marktmacht eingesetzt wird oder auch nur eine erkennbare Abhängigkeit der Handelspartner besteht. Das deutsche

Recht spricht insoweit etwas schwächer von einem „Fordern“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Inhaltlich meint dies aber das gleiche: Auch für eine Erzwingung bedarf es keines aktiven Tuns (im Sinne einer Bedrohung), während jeder Missbrauch (also auch das „Fordern“) gerade auf der Marktmacht beruhen muss.

- 361** Nicht jede Preisabweichung ist per se verboten, da dies mit der verfassungsrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit des Unternehmens unvereinbar wäre. Im europäischen Recht wird daher explizit die **Unangemessenheit** der Preise verlangt; aber auch im deutschen Recht muss schon allein wegen der Ungenauigkeiten bei der Bewertung ein gewisser Spielraum vorgesehen werden. Während hier teilweise pauschal auf „Offensichtlichkeit“ der Diskrepanz wird teilweise eine fixe Grenze von 5% oder 10% herangezogen.
- 362** Unabhängig vom Umfang kommt im Einzelfall eine **sachliche Rechtfertigung** der Preise in Betracht. Wie bereits oben erwähnt kann dies durch Effizienzvorteile oder durch objektive Notwendigkeit erfolgen. Demgegenüber können Interessen der Allgemeinheit grundsätzlich nicht vorgeschoben werden, da der Marktbeherrscher diese nicht an Stelle des Staates wahrnehmen darf.

Beispiele: 1. Der Importeur United Brands war alleiniger Anbieter von „Chiquita“-Bananen u.a. in den Niederlanden und in Deutschland. United Brands verlangt von den Groß- und Einzelhändlern in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Preise und untersagte einen Weiterverkauf an Unternehmen in anderen Staaten. United Brands hielt diese Praxis für zulässig, da sich die Abnehmer freiwillig auf die Bedingungen einlassen und die freie Preissetzung zur Vertragsfreiheit gehöre.¹⁵⁰ **Kann die EU-Kommission United Brands diese Praktik wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. a, 1. Var. AEUV untersagen?**

Lösung: United Brands führt eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und ist deshalb ein Unternehmen. United Brands müsste außerdem eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Dazu muss zunächst der relevante Markt festgelegt werden. Es geht um den Markt für den Import von Chiquita-Bananen in die EU (Bananen sind ein abgeschlossener Markt und können nicht ersetzt werden). United Brands müsste marktbeherrschend sein. United Brands hat ein Monopol in bestimmten Staaten und insgesamt einen hohen Marktanteil und ist somit marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste United Brands missbraucht haben. United Brands könnte unangemessene Preise erzwungen haben,

¹⁵⁰ EuGH, Slg 1978, 207 – *United Brands*.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 102 S.2 lit. a AEUV. United Brands müsste die abweichende Preise durch seine Marktmacht erzwingen. Die verschiedenen Bananen kosten in den EU-Staaten unterschiedlich viel. Dies müsste durch Marktmacht erzwungen worden sein. Gäbe es Konkurrenten, konnte United Brands die Preise nicht verlangen. Sie sind also durch die Marktmacht erzwungen. Die erhöhten Preise sind außerdem unangemessen. Des Weiteren hat der Fall zwischenstaatliche Bedeutung. Ein Verstoß gegen Art. 102 S.2 lit. a AEUV liegt vor.

2. Die Stadtwerke Mainz verlangten von kleineren Strom- und Gasanbietern überhöhte Nutzungsentgelte für die Nutzung ihres Versorgungsnetzes.¹⁵¹

Lösung: Die Stadtwerke Mainz könnten gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verstoßen haben. Die Stadtwerke Mainz werden wirtschaftlich tätig. Deshalb sind sie ein Unternehmen. Sie müssten außerdem marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Markt für Strom- und Gasversorgung im Großraum Mainz. Dort besteht kein wesentlicher Wettbewerb, da die Leitungen den Stadtwerken gehört. Die Stadtwerke sind deshalb marktbeherrschend. Sie müssten ihre marktbeherrschende Stellung auch missbraucht haben. Sie verlangen ein zu hohes Entgelt, das von einem hypothetischen Vergleichsmarkt abweicht. Dafür gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt vor.

bb. Konditionenmissbrauch (Art. 102 S. 2, lit. a, 2. Var. AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 2, 2. Var. GWB)

- 363 Die zweite Variante des Art. 102 S.2 lit. a GWB setzt **eine Erzwingung von unangemessenen Konditionen** voraus. § 19 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 GWB entspricht insoweit Art. 102 S.2 lit. a Var. 2 AEUV. Die Prüfung ist ähnlich wie bei Var. 1:



Prüfungsschema: Missbrauch in Form des Konditionenmissbrauchs

1. sonstige Vertragsbedingung (nicht: Preis)
2. Abweichung vom Vergleichsmarkt (was würde bei wirksamem Wettbewerb verlangt?)

¹⁵¹ BKartA Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 166f.

3. Erzwungen (Ausnutzung von Marktmacht oder Abhängigkeit)
4. Keine sachliche Rechtfertigung (Gesamtbetrachtung des Vertrags: nachteilige Klauseln können durch günstige Regelungen kompensiert werden)

Beispiel: Das Unternehmen „Tetra Pak“ hat ein Quasimonopol auf dem Markt für aseptische Verpackungen. In Verträgen mit seinen Abnehmern sieht „Tetra Pak“ vor, dass man jederzeit die Geschäftsbücher prüfen dürfe. Zudem behält sich Tetra Pak vor, jederzeit die Betriebe der Kunden unangemeldet aufzusuchen, um die Einhaltung der Geschäftsbedingungen zu prüfen.¹⁵² **Kann die Kommission von Tetra Pak wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. a Var.2 AEUV verlangen, diese Klausel künftig nicht mehr zu verwenden?**

Lösung: Tetra Pak ist ein Unternehmen. Es müsste eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Tetra Pak hat auf dem Markt für aseptische Verpackungen ein Quasimonopol. Diese marktbeherrschende Stellung müsste Tetra Pak missbraucht haben. Ein Missbrauch im Sinne des Art. 102 S. 2 lit. a Var. 2 AEUV kommt in Betracht. Die Klausel ist eine andere Bedingung. Sie müsste eine Abweichung darstellen. In normalen Lieferverträgen kommen solche Klauseln nicht vor, sie stellt also eine Abweichung dar. Diese Abweichung müsste Tetra Pak durch seine Marktmacht erzwungen haben. Gäbe es Konkurrenten, würden sich die Kunden nicht auf Verträge mit diesen Klauseln einlassen – sie sind also durch Marktmacht erzwungen. Des Weiteren müssten sie unangemessen sein. Es besteht kein berechtigtes Interesse von Tetra Pak an solche Klauseln. Der Fall hat außerdem zwischenstaatliche Bedeutung. Tetra Pak verstößt gegen Art. 102 S.2 lit. a Var. 2 AEUV. Die Kommission kann deshalb Unterlassen verlangen.

- 364 Zu beachten ist, dass im Rahmen der Rechtfertigung eine **Gesamtbetrachtung** vorgenommen wird. Eine strenge oder ungünstige Klausel kann deshalb, anders als bei der AGB-Kontrolle, durch eine besonders günstige Klausel **ausgeglichen** werden.

Beispiel: Das Unternehmen X hat einen Marktanteil von 70% auf dem Markt für Fernwärme in der Gemeinde G. Die Preise von X setzen sich aus Grund-, Arbeits- und Abrechnungsgebühr zusammen. Der Grundpreis berechnet sich nach dem „Anschlusswert“, der nach einem DIN-Verfahren

¹⁵² EuGH Slg. 1996, I-5987 –Tetra Pak.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

zu berechnen ist. Der „Anschlusswert“ bezeichnet die maximale Leistung, welche durch einen Nutzer zu beliebigen Zeiten abgerufen werden kann. Klausel 3.2 der AGB von X sieht vor, dass der Grundpreis ohne Rücksicht darauf zu zahlen ist, ob und in welchem Umfang die Wärme vom konkreten Kunden tatsächlich bezogen wird. Auch Unternehmen in anderen Regionen nutzen solche Klauseln.¹⁵³ **Kann das BKartA die Verwendung der Klausel wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB untersagen?**

Lösung: X ist ein Unternehmen. X müsste marktbeherrschend sein. Der relevante Markt ist der Markt der lokal begrenzten Fernwärmeversorgung. Auf diesem Markt hat das Unternehmen einen Marktanteil von 70 % und ist somit marktbeherrschend. Diese Marktmacht müsste X missbräuchlich verwendet haben. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 19 II Nr. 2 Alt. 2 GWB (es geht um Geschäftsbedingungen, nicht um den Preis). Diese Geschäftsbedingungen müssten von denjenigen abweichen, die sich unter normalen Wettbewerbsbedingungen entwickelt hätten. Problematisch ist, dass es keinen Vergleichsmarkt, der zur Beurteilung herangezogen werden kann, gibt, es gibt jeweils nur eine Leitung und damit für den jeweiligen Anbieter keine Konkurrenz. Ein Vergleichsmarkt mit wirksamem Wettbewerb kann nicht betrachtet werden. Auch auf anderen Märkten wie z.B. dem Strommarkt ist eine Neuberechnung bei geringerem Anschlusswert unüblich. Des Weiteren könnte es eine sachliche Rechtfertigung geben. Für die Versorgung mit Fernwärme entstehen hohe Vorhaltekosten, die gedeckt werden müssen, um die Grundversorgung zu gewährleisten. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt nicht vor.

cc. Anzapfverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB)

- 365 Das in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB geregelte „Anzapfverbot“ findet in Art. 102 S. 2 AEUV keine Entsprechung. Dennoch ist das danach untersagte Verhalten nicht nur im nationalen Recht, sondern auch auf europäischer Ebene unerwünscht, so dass es unter die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV zu subsumieren ist. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verbietet es, ein anderes Unternehmen aufzufordern, ohne sachlichen Grund Vorteile zu gewähren. Erfasst wird damit nicht nur die Ausbeutung, sondern auch die **passive Diskriminierung** durch Ausnutzen von Nachfragemacht.

¹⁵³ BGH NJW 1986, 846 – *Favorit*.



Prüfungsschema: Missbrauch in Form des Anzapfens

1. Vorteile
2. Unangemessenheit
3. Auffordern oder veranlassen
4. Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung auf dem Nachfragemarkt
5. Keine sachliche Rechtfertigung

- 366 **Vorteile** im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sind günstigere Preise, Rabatte und sonstige Bezugsbedingungen. Für die Unangemessenheit gilt das selbe wie für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bzw. Art. 102 S. 2 lit. a AEUV.

Beispiele: Nach der Praxis des BKartA fallen darunter auch die Zahlung von Eintrittsgeldern, Leistungsgebühren und Regalmieten; Sonderrabatte, -boni und -provisionen; finanzielle Zuwendungen zu besonderen Anlässen (Geschäftseröffnung, Neuaufnahme von Geschäftsbeziehungen, Geschäftsjubiläum); Werbekostenzuschüsse, die nicht im Interesse des Herstellers verwandt werden; Delkredere- und Inkassoprovisionen; günstigere Zahlungsbedingungen; unentgeltliche Dienstleistungen; rückwirkende Konditionen Anpassungen für die Zeit vor einem Zusammenschluss der Abnehmer.¹⁵⁴

- 367 Das Verhalten kann jedoch erneut **sachlich gerechtfertigt** sein, wenn eine Interessenabwägung der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB dies ergibt.¹⁵⁵

b. Behinderungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. b, lit. c AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

- 368 Die zweite große Fallgruppe des Missbrauchs ist der **Behinderungsmisbrauch**. Dieser wird in Art. 102 S.2 lit. b, lit. c AEUV sowie in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB angesprochen. Der Behinderungsmisbrauch richtet sich (anders als der Ausbeutungsmisbrauch) nicht vertikal gegen die Abnehmer, sondern hori-

¹⁵⁴ Immenga/Mestmäcker/Markert, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB, Rn. 376 mwN.

¹⁵⁵ Immenga/Mestmäcker/Markert, § 19 GWB, Rn. 377.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

zontal gegen die Konkurrenten. Er setzt die Beschränkung der Wettbewerbsmöglichkeiten Dritter auf dem beherrschtem oder einem dritten Markt in erheblicher Weise ohne sachlichen Grund voraus. Leider divergieren die konkreten Voraussetzungen gesetzlichen Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene.



| Prüfungsschema: Missbrauch in Form der Behinderung nach Art. 102 S. 2 lit. b AEUV | Prüfungsschema: Missbrauch in Form der Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Var. GWB |
|---|--|
| 1. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung | 1. Behinderung |
| 2. Nachteile für die Marktgegenseite („Verbraucher“) | 2. Unbilligkeit |
| 3. Keine sachliche Rechtfertigung | |

369

Die **Voraussetzungen** beider Normen sind denkbar unbestimmt: Verbraucher im Sinne von Art. 102 AEUV meint allgemein jeden Abnehmer (nicht wie § 13 BGB!). Die Einschränkung von Erzeugung, Absatz und Entwicklung entspricht den Voraussetzungen, die Sie bereits bei der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kennengelernt haben. Das deutsche Recht knüpft demgegenüber noch abstrakter an jede „Behinderung“ an. Die Auswirkungen auf die Marktgegenseite werden gar nicht erst angesprochen. Zudem knüpft das europäische Recht an eine „sachliche Rechtfertigung“ an, während das deutsche Recht scheinbar flexibler von „Billigkeit“ spricht.

370

Da beide Tatbestände so weit gefasst sind, haben sich im Laufe der Jahre **Unterfallgruppen** herausgebildet. Dabei geht es insbesondere um die Geschäftsverweigerung bzw. Absatzbeschränkung zur Preiserhaltung, um Kampfpreise („predatory pricing“), sowie um Ausschließlichkeitsbindungen (Exklusivitätsbindungen), insb. Rabattsysteme. Besonders geregelt sind die Diskriminierung (§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB, Art. 102 S. 2 lit. c AEUV) sowie im europäischen Recht die Koppelung (Art. 102 S. 2 lit. d AEUV).

aa. Absatzbeschränkung und Geschäftsverweigerung („Refusal to deal“)

Beispiele: 1. Der Automobilhersteller Renault bietet als einziger Anbieter

„Originalersatzteile“ für von ihm hergestellte PKW an. Insgesamt hat das Unternehmen einen Anteil von 75% am gesamten Ersatzteilmarkt. Durchschnittlich hält ein Auto dieses Herstellers ca. 15 Jahre. Da man noch größere Lagerbestände hat, stellte Renault die Produktion von Ersatzteilen für 13 Jahre alte Fahrzeuge ein. Die Nachfrage nach diesen Ersatzteilen war freilich noch ungebrochen hoch.¹⁵⁶ **Kann die Kommission gegen diese Produktionseinstellung wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV vorgehen?**

Lösung: Renault ist ein Unternehmen. Renault müsste außerdem eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt haben. Der relevante Markt ist der Markt für Ersatzteile für Renault-PKW. Auf dem Markt für Original-Ersatzteile hat Renault einen Marktanteil von 100 %, fraglich ist, ob auch nicht originale Ersatzteile in den Markt einbezogen werden muss. Dann hätte Renault einen Marktanteil von 75%. Original- und nicht-originale Ersatzteile stellen jedoch nicht den gleichen Markt dar (bei gleicher Qualität würde niemand die teureren originalen Ersatzteile kaufen). Damit ist Renault marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste Renault auch missbraucht haben. Vorliegend kommt ein Missbrauch in Form der Einschränkung der Erzeugung, Art. 102 S.2 lit. b AEUV in Betracht. Die Produktion wurde sogar komplett eingestellt. Es könnte jedoch eine sachliche Rechtfertigung geben. Ein solcher könnte in der Gewinnmaximierung liegen. Dies stellt jedoch keinen Vorteil für die Verbraucher dar, es gibt keinen gleichwertig hohen Gewinn für diese, der das Verhalten von Renault rechtfertigen könnte. Der Sachverhalt hat außerdem zwischenstaatliche Bedeutung. Ein Verstoß gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV liegt vor.

2. Die US-amerikanische Firma Microsoft hat einen Marktanteil von rund 90% bei Betriebssystemen für Desktop-Computer (bei Servern liegt ihr Marktanteil bei rund 30%; bei Smartphones bei unter 2%). Zur Kommunikation zwischen mehreren Computern (etwa zum Austausch von Dateien oder zur gemeinsamen Nutzung von Druckern) verwenden die Betriebssysteme von Microsoft das sog. „SMB-Protokoll“, das als Geschäftsgeheimnis (§ 17 UWG) geschützt wird. Dritten werden diese Schnittstellen nur gegen Unterzeichnung einer Verschwiegenheitsklausel und eines Wettbewerbsverbots zugänglich gemacht.¹⁵⁷ **Kann die Kommission wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV von Microsoft verlangen,**

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 05.10.1988 - Rechtssache 53/87, Tz. 9 – *CICRA/Régie Renault*.

¹⁵⁷ Komm., Entsch. ABl. 2007, Nr. L 32, 23 – *Microsoft*.

diese Schnittstellen der Konkurrenz zugänglich machen?

Lösung: Zunächst müsste das US-amerikanische Unternehmen Microsoft dem europäischen Kartellrecht unterfallen. Auch auf europäischer Ebene gilt der Grundsatz des Auswirkungsprinzips, Microsoft-Produkte werden auch in der EU verkauft. Deshalb ist das europäische Kartellrecht anwendbar. Das Unternehmen Microsoft müsste eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Zur Feststellung muss der relevante Markt bestimmt werden. Es geht um den Markt für Betriebssysteme (diese funktionieren ohne das SMB-Protokoll nicht). Auf diesem Markt hat Microsoft 90% Marktanteil und ist damit marktbeherrschend. Dies müsste Microsoft missbraucht haben. Es kommt ein Verstoß gegen Art. 102 S.2 lit. b AEUV in Betracht. Dazu müssten Verbraucher geschädigt werden. Verbraucher sind hier die Nutzer des Betriebssystems und die Nutzer anderer Geräte. Aus Verbrauchersicht kann ausschließlich von Microsoft gekauft werden, eine Alternative gibt es nicht. Des Weiteren wird die technische Entwicklung eingeschränkt, die Herstellung von kompatiblen Produkten oder die Weiterentwicklung durch Konkurrenten ist aufgrund der Netzwerkeffekte unmöglich. Dafür könnte es aber eine sachliche Rechtfertigung geben. Microsoft will durch die Geheimhaltung die eigenen Entwicklungen schützen. Dies bringt den Verbrauchern jedoch keine Vorteile. Die Entwicklung wurde durch die lange ausschließliche Nutzung von Microsoft genügend genutzt. Der Sachverhalt hat außerdem zwischenstaatliche Bedeutung. Microsoft hat gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV verstoßen.

bb. Insbesondere Rabattsysteme

- 371 Ein besonderer Fall der indirekten Absatzbeschränkung liegt bei **Rabattsystemen** vor, durch welche die folgende Marktstufe praktisch ausschließlich an einen Lieferanten gebunden wird. Hierdurch werden die Konkurrenten von der Folgebene ausgeschlossen und der Wettbewerb beschränkt. Grundsätzlich unterscheidet der EuGH drei Stufen von Rabatten, bei denen die Rechtfertigungslast unterschiedlich intensiv ist:
- 372 1. Bloße **Mengenrabatte** sind grundsätzlich unproblematisch. Diese sind ausschließlich an die Erwerbsmenge geknüpft und stehen damit regelmäßig nicht im Zusammenhang mit der Stärkung oder dem Erhalt der Marktmacht.
- 373 2. Demgegenüber sind sog. **Exklusivitätsrabatte**, die nur dann gewährt werden, wenn überhaupt keine (oder nur sehr geringe) Mengen von anderen

Anbietern bezogen werden grundsätzlich verboten. Erst die Entscheidung des EuGH in Sachen Intel hat insoweit den Maßstab etwas zugunsten des Marktbeherrschers verschoben: Soweit es belastbare Anhaltspunkte für eine fehlende Beschränkungswirkung gibt muss die Kommission diesen nachgehen und letztlich eine Abwägung durchführen. Es liegt damit zwar kein absolutes Verbot mehr vor, aber noch immer eine Zweifelsregelung.

- 374 3. Schließlich gibt es Rabatte, die **nicht eindeutig einer dieser beiden Gruppen zugeordnet werden** können. Bei diesen ist die Auswirkung auf den Markt zu untersuchen und eine Abwägung durchzuführen. Im Kern ist dabei zu fragen, ob der Marktzugang für Dritte jedenfalls potentiell nicht nur unerheblich erschwert wird.
- 375 Nach dem EuGH müssen bei der Beurteilung von Rabatten alle Aspekte des konkreten Programms, d.h. insb. die Voraussetzungen der Inanspruchnahme, die Dauer und die Höhe, berücksichtigt werden. Keinesfalls darf es die Gesamtstrategie des Rabattgewährenden sein, Wettbewerber aus dem Markt auszuschließen. Anschließend muss eine mögliche Kompensation durch Effizienzvorteile in Betracht gezogen werden. Die **Abwägung** soll so umfassend wie möglich erfolgen.
- 376 Im Rahmen des „more economic approach“ hat die Kommission versucht, diese doch recht freie Abwägung durch einen ökonomischen Test zu konkretisieren. Diesen bezeichnet sie als „**As Efficient Competitor**“ (**AEC**) **Test**. Dabei erfolgt die Analyse in drei Schritten:
- 377 1. Zunächst wird der Anteil der Nachfrage ermittelt, der überhaupt innerhalb kurzer Zeit auf andere Anbieter als den Marktbeherrscher umgelenkt werden kann (sog. „**contestable share**“). Es geht also um die wechselfähigen und wechselwilligen Abnehmer (die „Wechselwähler“). Die ohnehin treuen Kunden lassen sich auch durch Rabatte nicht zum Wechsel bewegen, so dass diese auszuklammern sind.
- 378 2. Als zweiter Beurteilungsfaktor ist der **effektiv verlangte Preis** für diesen Anteil der Nachfrage zu ermitteln. Hierbei sind der Grundpreis und die Rabatte miteinander zu verrechnen (wenn der Preis etwa 100 € pro Stück beträgt und ein Rabatt von 10% gewährt wird, ist der effektive Preis 90 €).
- 379 3. Schließlich ist als Vergleich auf die **Kosten eines fiktiven, gleichstarken Wettbewerbers** (daher auch „as efficient competitor“) abzustellen. Liegt

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

der Preis unter diesen Kosten, ist er nicht mehr durch normalen Wettbewerb zu rechtfertigen und dient allein dem Aufbau oder Erhalt einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei wird teilweise auf die „*average avoidable costs*“, teilweise aber auch auf die „*long run average incremental costs*“ abgestellt.

Beispiele: 1. Die Firma Intel stellt Computerprozessoren her. Sie teilt sich den Markt mit der Firma AMD, wobei Intel einen Marktanteil von 80% und AMD von 20% hat. Intel vergab an die Computer-Hersteller Dell, HP, NEC und Lenovo Rabatte, soweit diese (annähernd) ihren gesamten Bedarf an Prozessoren von Intel beziehen. Zudem zahlte Intel eine Sondervergütung an Media-Saturn, dafür, dass dort ausschließlich Intel-PCs verkauft wurden. Schließlich leistete Intel Zahlungen an Computerhersteller, damit diese den Vertrieb bestimmter Produkte mit AMD-Chips verzögern, beschränken oder gänzlich abbrechen („*naked restrictions*“).¹⁵⁸

Kann die Kommission das Rabattprogramm von Intel wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV untersagen?

Lösung: Intel ist ein Unternehmen. Dieses Unternehmen müsste eine marktbeherrschende Stellung im Gemeinschaftsgebiet haben. Betroffen ist hier der Markt für Computerprozessoren, auf diesem hat Intel einen Marktanteil von 80 % und somit ein Quasimonopol inne. Diese marktbeherrschende Stellung müsste Intel missbraucht haben. Vorliegend kommt ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 S.2 lit. b AEUV durch die Einflussnahme auf die Hersteller und Abnehmer in Betracht. Verbraucher sind hier die Nutzer des Betriebssystems und die Nutzer anderer Geräte. Der Absatz und die Wettbewerbsmöglichkeit Dritter (AMD) wird beschränkt. Dies könnte sachlich gerechtfertigt sein, wenn es sich um einen zulässigen Mengenrabatt handelt. Jedoch wird die Gewährung des Rabattes an eine Abnahmemenge geknüpft, die den Rabatt ausschließt, wenn nicht ausschließlich bei Intel abgenommen wird (= Exklusivitätsrabatt). Deshalb handelt es sich nicht um einen zulässigen Mengenrabatt und es muss abgewogen werden. Der EuGH hat es für möglich erachtet, dass zu AMD gewechselt werden kann und hat den Fall zurückverwiesen.

2. Van den Bergh Foods produziert fertig verpacktes Speiseeis; seine Produkte werden u.a. in Kiosks, Supermärkten und in Kinos vertrieben. Auf dem irischen Markt hat das Unternehmen einen Anteil von rund 79%.

¹⁵⁸ EuGH GRUR Int. 2018, 69 – *Intel*.

Van den Bergh Foods bietet den Händlern an, kostenlose energieeffiziente Kühltruhen zur Verfügung zu stellen. Allerdings dürfen die Händler in diesen Truhen nur Produkte von Van den Bergh Foods lagern; eine Nutzung für Produkte der Konkurrenz ist ausdrücklich untersagt und wird durch eine hohe Vertragsstrafe sanktioniert. Rund 40% der Verkaufsstellen nehmen dieses Angebot an. Der Vertrag ist jederzeit kündbar.¹⁵⁹ **Kann die Kommission Van den Bergh Foods (auf Beschwerde von Mars) den Vertrieb der Kühltruhen mit dieser beschränkenden Vertragspflicht wegen Verstoßes gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV untersagen?**

Lösung: Van den Bergh Foods ist ein Unternehmen. Es hat auf dem irischen Markt für Speiseeis einen Marktanteil von 79% und ist deshalb marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste Van den Bergh Foods missbraucht haben. Es kommt ein Verstoß gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV in Betracht. Dazu müssten die Verbraucher einen Schaden haben. Verbraucher sind hier Endverbraucher und die Letztverkäufer. Letztere könnten in ihrem Absatz eingeschränkt sein. Eine zusätzliche Kühltruhe für das Eis der Konkurrenz wird aufgrund von Kosten meist nicht zur Verfügung gestellt, dies führt zu einer Verringerung der Verkaufspunkte. Das Verhalten könnte aber sachlich gerechtfertigt sein. Die Kühltruhen stehen im Eigentum von Van den Bergh Foods, weshalb diese generell über die Verwendung bestimmen dürfen. Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung dürfen jedoch keine zusätzlichen Markteintrittshürden schaffen. Viele der Anbieter werden nur eine Kühltruhe in ihren Geschäften haben. Der Marktzugang für neue Konkurrenten wird deshalb erschwert. Die beschränkende Vertragsverpflichtung ist demnach nicht zulässig. Das Verhalten betrifft komplett Irland, Die Zwischenstaatlichkeit ist deshalb zu bejahen (Abschottungswirkung). Ein Verstoß gegen Art. 102 S.2 lit. b AEUV ist gegeben.

3. Die Firma Fuchs hat einen Marktanteil von 75 % auf dem Markt Trockengewürze. Das Konkurrenzunternehmen Hartkorn hatte einen Marktanteil von weniger als 15%. Fuchs schloss mit Lebensmitteleinzelhändlern (Rewe, Real, etc.) Exklusivverträge, durch welche diese keine Trockengewürze von Hartkorn vertreiben durften. Hierfür erhielten die Einzelhändler einen Werbekostenzuschuss.¹⁶⁰ **Kann das Bundeskartellamt diese Praktik von Fuchs wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**

¹⁵⁹ EuG Slg. 2003, II-4662 – *Van den Bergh Foods*.

¹⁶⁰ BKartA Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 32; BKartA, Beschluss vom 19.7.2002.

untersagen?

Lösung: Damit das Bundeskartellamt die Praktik untersagen kann, müsste Fuchs zunächst ein Unternehmen sein. Fuchs wird wirtschaftlich tätig und ist deshalb ein Unternehmen (funktionaler Unternehmensbegriff). Fuchs müsste außerdem marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Markt für Trockengewürze. Auf diesem Markt hat Fuchs einen Anteil von 75% und ist mit nur einem Konkurrenten keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt. Fuchs ist also marktbeherrschend. Diese Marktherrschaft müsste Fuchs missbraucht haben. Hier könnte ein Missbrauch im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegen. Fuchs beschränkt die Wettbewerbsmöglichkeit von Hartkorn auf dem beherrschten Markt. Dies geschieht in erheblicher Weise ohne sachlichen Grund. Der sachliche Grund der Treuebindung kann die Beschränkung nicht rechtfertigen. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor.

cc. Diskriminierung (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB)

- 380 Gemäß Art. 102 S.2 lit. c AEUV kann ein Missbrauch auch darin liegen, **unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen** anzuwenden. Ein ähnliches Diskriminierungsverbot findet sich in § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB. Ziel beider Regelungen ist der **Schutz des Wettbewerbs durch Öffnung der Märkte**, wofür gleiche Wettbewerbsbedingungen notwendige Voraussetzung sein. Art. 102 S. 2 lit. c AEUV verlangt einen tatsächlich bereits bestehenden Handelskontakt; Geschäftsverweigerungen mit potentiellen Handelspartnern werden über die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV bzw. über Art. 102 S. 2 lit. a AEUV (und nicht über das Diskriminierungsverbot) erfasst.¹⁶¹



Prüfungsschema: Missbrauch in Form der Diskriminierung

1. Bestehende Geschäftsbeziehung (nicht: Abschlussverweigerung)
2. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem (einseitige Diskriminierung – keine Vereinbarung)
3. Wettbewerbsnachteile durch die Diskriminierung

¹⁶¹ EuGH, Slg. 1998, 7791, Tz. 30 – Bronner/Mediaprint (anders noch die frühere Praxis der Kommission).

4. Keine sachliche Rechtfertigung (insb. nicht durch eigene Kosten)

- 381** Das **deutsche Recht** kennt mit der „Preis und Konditionenspaltung“ in § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB eine Sonderregelung zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB. In der Klausur ist diese Sonderregel stets vorrangig zu prüfen.



Prüfungsschema: Missbrauch in Form der Preis- und Konditionenspaltung

1. Entgelt oder sonstige Geschäftsbedingung
 2. ungünstiger als auf vergleichbaren Märkten von vergleichbaren Abnehmern
 3. Keine sachliche Rechtfertigung
- 382** Wie immer in Diskriminierungsfällen (also wie bei Art. 3 Abs. 1 GG oder dem AGG) ist die zentrale Frage, was der **vergleichbare Personenkreis** ist. Hier stellen sich dieselben Probleme, die bereits oben im Rahmen von Preis- und Konditionenmissbrauch zum Vergleichsmarktmodell angeführt wurden. Es wird daher von Ihnen eine kritische Diskussion erwartet, ob tatsächlich derselbe Sachverhalt zugrundeliegt.
- 383** Ein **sachlicher Grund**, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann liegt insbesondere vor, wenn die Belieferung zweier Konkurrenten unterschiedliche Kosten verursacht, z.B. aufgrund der Lieferung in verschiedene Länder.

Beispiele: 1. United Brands importiert „Chiquita“-Bananen in die EU. Das Unternehmen ist in einigen Mitgliedstaaten, u.a. den Niederlanden und in Deutschland, alleiniger Anbieter. United Brands verlangt von den Groß- und Einzelhändlern in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Preise.¹⁶² **Verstößt dieses Verhalten von United Brands gegen Art. 102 S. 2 lit. c AEUV?**

United Brands ist ein marktbeherrschendes Unternehmen (s.o.). United Brands könnte seine Marktmacht missbraucht haben. In Betracht kommt ein Missbrauch in Form einer Diskriminierung, Art. 102 S. 2 lit. c AEUV. United Brands hat verschiedene bestehende Geschäftsbeziehungen,

¹⁶² EuGH, Slg. 1978, 207 – *United Brands*.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

nämlich die Belieferung unterschiedlicher Länder mit Bananen. Die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte liegt darin, dass United Brands verschiedene Preise verlangt, wodurch Bananenanbieter Wettbewerbsnachteile haben. Dafür gibt es keinen sachlichen Grund. Außerdem liegt Zwischenstaatlichkeit vor. Das Verhalten verstößt gegen Art. 102 S.2 lit. c AEUV.

2. Die Deutsche Lufthansa hat auf der Strecke Berlin – Frankfurt ein Monopol. Auf der Strecke Frankfurt – München konkurriert sie mit British Airways. Die Lufthansa berechnet für die Strecke Frankfurt – Berlin einen (selbst unter Berücksichtigung der größeren Entfernung) erheblich höheren Preis als für die Streckung Frankfurt – München.¹⁶³ **Kann das Bundeskartellamt gegen diese Preispolitik wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB vorgehen?**

Lufthansa ist ein Unternehmen. Sie müsste marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Markt für Flugstrecken zwischen Frankfurt und Berlin. Auf diesem Markt ist Lufthansa Monopolist und damit marktbeherrschend. Lufthansa müsste diese marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Lufthansa verlang hier ohne sachliche Rechtfertigung ungünstigere Entgelte als auf vergleichbaren Märkten (Flugstrecke Frankfurt – München). Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB liegt vor. Das Bundeskartellamt kann deshalb gegen diese Preispolitik vorgehen.

3. K stellt Industriefässer her und ist Inhaberin eines Patents. B vertreibt ebenfalls Fässer, wobei eines dieser Fässer das Patent verletzte. B erkannte eine einstweilige Verfügung von K als endgültig an. Ein Patentnichtigkeitsverfahren scheiterte. Nunmehr verlangte K von B Rechnungslegung (§ 140b PatG) und Feststellung, dass B alle Schäden im Zeitraum der Patentverletzung ersetzen müsse (§ 139 Abs. 2 PatG). Nunmehr wendet B ein, K sei verpflichtet, ihr die kostenlose Mitbenutzung des Patents zu erlauben. Das Patent sei nötig, um die „VCI-Rahmenbedingungen für das neue L-Ring-Faß – Stand 31.07.90“ zu erfüllen, die einen faktischen Industriestandard darstellten. Anderen Konkurrenten habe K bei Schaffung des Standards Freilizenzen eingeräumt, ihr diese jedoch verweigert. **Hat dieser Einwand auf Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB Aussicht auf Erfolg?**¹⁶⁴

¹⁶³ BGH 22.7. 1999 WuW/E DE-R 375 – *Flugpreisspaltung*.

¹⁶⁴ BGH, 13.7.2004, KZR 40/02, Z 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

K ist ein Unternehmen. K müsste marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Markt zur Herstellung von „Normprodukten“ und den erforderlichen Lizenzen. K hat auf diesem Markt ein Monopol und ist somit marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste K missbraucht haben. Es kommt eine Diskriminierung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht. Dazu müsste K ungünstigere Entgelte oder ungünstigere Geschäftsbedingungen verlangen. K verlangt von B Lizenzgebühren, obwohl er Konkurrenten Freilizenzen eingeräumt hat. K verlangt also von B ungünstigere Entgelte. Dafür dürfte es keine Rechtfertigung geben. Die Vertragsfreiheit als Rechtfertigung heran zu ziehen kommt nicht in Betracht. Jedoch könnte als Rechtfertigung die Folge des Ausschließlichkeitsrecht sein. Die Freilizenzen wurden anfangs nur vergeben, um das Produkt auf den Markt zu bringen und zu einem Industriestandard zu machen. Der Wert des Patents ergab sich erst danach und muss nun gegen das Interesse am Marktzugang Dritter abgewogen werden.

dd. Insbesondere: Koppelung

- 384** Gemäß Art. 102 S.2 lit. d AEUV kann der Missbrauch auch darin bestehen, dass der Abschluss von Verträgen an die **Bedingung geknüpft** wird, zusätzliche Leistungen anzunehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Solche Koppelungen sind im Grundsatz kundenfreundlich (eine Form des Rabatts) und daher unbedenklich. Sie werden aber problematisch, wenn die Marktmacht auf einem Gebiet ausgenutzt wird, um auch Marktmacht auf einem anderen Gebiet zu erlangen. Das Verbot hat eine Doppelfunktion: Einerseits sollen die jeweiligen Vertragspartner vor aufgedrängten, ungewollten Leistungen geschützt werden (und damit ihre Handlungsfreiheit). Andererseits sollen aber auch die (künftigen) Konkurrenten auf dem Drittmarkt geschützt werden, die ihre Produkte nicht mehr veräußern können. Im deutschen Recht fehlt eine entsprechende Regelung – das Verhalten als solches gilt aber auch hier als missbräuchlich. Hier kann man die Koppelung entweder als „Behinderung“ im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB oder unter § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (andere Bedingungen als üblich) subsumieren.



Prüfungsschema: Missbrauch in Form einer Koppelung

1. Anbietendes Unternehmen (nicht nur marktstarker Nachfrager)
2. Vertragsschluss (wenn nur potentieller Vertragspartner: Geschäftsverweigerung iSv Art. 102 S. 2 lit. a AEUV; wenn ungünstige Bedingungen:

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Diskriminierung iSv Art. 102 S. 2 lit. c AEUV)

3. Zusätzliche Leistung (anderer Markt)
4. Kein sachlicher Grund (vernünftige wirtschaftliche oder technische Gründe)
5. Kein (unabhängig vom Marktbeherrscher bestehender) Handelsbrauch

385 Der **Tatbestand** wird erst bei Vertragsschluss über das gekoppelte Produkt verwirklicht – sieht der Kunde wegen der Koppelung vom Vertrag ab, mag ein Fall von Art. 102 S. 2 lit. a AEUV (Geschäftsverweigerung) vorliegen, aber gerade keine Koppelung. Eine zusätzliche Leistung ist eine Leistung, die zu einem anderen Markt als dem des vom Kunden gewünschten Produkts gehört. Ein sachlicher Grund für eine Koppelung besteht, wenn für den gemeinsamen Absatz vernünftige wirtschaftliche oder technische Gründe sprechen. Ein rechtfertigender Handelsbrauch darf nicht erst durch das marktbeherrschende Unternehmen eingeführt worden sein.

Beispiele: 1. Die US-amerikanische Firma Microsoft hat einen Marktanteil von rund 90% bei Betriebssystemen für Desktop-Computer (bei Servern liegt ihr Marktanteil bei rund 30%; bei Smartphones bei unter 2%). Microsoft bietet das Windows-Betriebssystem lediglich in Kombination mit dem sog. „Internet Explorer“ an. Es handelt sich dabei um ein Programm zur Anzeige von Internetseiten. Konkurrenzprogramme (Opera, Netscape) hierzu werden gegen Geld auf dem Markt angeboten. Eine Version des Windows-Betriebssystems ohne Internet Explorer gibt es nicht. Die Mehrzahl der Benutzer verwendet das kostenlos mitgelieferte Programm und installiert kein Alternativprodukt. In der Folge stieg der Anteil des Internet Explorers von 2% auf über 80%.¹⁶⁵ **Liegt in der Verbindung von Internet Explorer und Windows ein Verstoß gegen Art. 102 S. 2 lit. d AEUV?**

Zunächst müsste das US-amerikanische Unternehmen Microsoft dem europäischen Kartellrecht unterfallen. Auch auf europäischer Ebene gilt der Grundsatz des Auswirkungsprinzips, Microsoft-Produkte werden auch in der EU verkauft. Deshalb ist das europäische Kartellrecht anwendbar.

Das Unternehmen Microsoft müsste eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Relevanter Markt ist der Markt von Betriebssystemen von

¹⁶⁵ Komm., ABl. 2007, Nr. L 32, 23 – *Microsoft*.

Desktop-Computern. Auf diesen hat Microsoft einen Marktanteil von rund 90 % und somit ein Quasimonopol inne. Diese Marktmacht müsste Microsoft missbraucht haben. In Betracht kommt ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot des Art. 102 S.2 lit. d AEUV. Bei Vertragsschluss (= Kauf von Windows) erhält der Abnehmer von Microsoft als Zusatzleistung den Browser Internet Explorer. Bei diesem handelt es sich um ein separates Zusatzprodukt, die Koppelung ist nicht technisch bedingt und somit ohne sachlichen Grund. Der Sachverhalt hat außerdem zwischenstaatliche Bedeutung. Ein Verstoß gegen Art. 102 S. 2 Lit. d AEUV liegt vor.

2. Der 1. FC Köln war die einzige deutsche Mannschaft im UEFA-Cup. Vor dem Viertelfinalspiel gegen Inter Mailand stand jedoch ein Bundesligaspiel gegen Braunschweig (Tabellenletzter) an. Um die entsprechenden Tickets zu verkaufen (traditionell kamen zu Spielen gegen Braunschweig zwischen 9.000 und 15.000 Zuschauer), entschied der 1. FC Köln, dass jeder, der eine Karte für das Spiel gegen Braunschweig kaufte, einen Anspruch auf ein Ticket für das UEFA-Spiel erhalten sollte. Diese Ansprüche wurden vorrangig aus dem Gesamtkontingent von 40.000 noch vorhandenen Karten befriedigt.¹⁶⁶ **Darf das als Landeskartellbehörde zuständige Wirtschaftsministerium des Landes NRW dieses Vorgehen wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagen?**

Der 1. FC-Köln ist hier wirtschaftlich und somit als Unternehmen tätig (funktionaler Unternehmensbegriff). Er müsste außerdem eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Der relevante Markt ist das konkrete Fußballspiel im Stadium (nicht im Fernsehen, dazu werden keine Tickets benötigt). Da das Spiel in Köln stattfindet, hat der 1. FC Köln ein Monopol (Alleinbestimmung über Kartenvertrieb). Diese marktbeherrschende Stellung müsste der 1. FC Köln missbraucht haben. Es kommt ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht (keine Zwischenstaatlichkeit). Der 1. FC Köln könnte die Wettbewerbsmöglichkeit Dritter beschränkt haben. Dazu müsste es konkurrierende Unternehmen geben. Nach dem BGH ist Konkurrenz des 1. FC Köln jeder andere deutsche Fußballverein. Die Möglichkeit der Einnahmesteigerung durch die Monopolsituation wirken sich nämlich auf den Spielermarkt aus. Dies ist auch erheblich, da 40000 statt den üblichen 15000 Karten verkauft werden, also 25000 Karten mehr. Dies könnte jedoch sachlich gerechtfertigt sein. Der 1. FC Köln

¹⁶⁶ BGH Beschluss vom 26.05.1987, KVR 4/86, NJW 1987, 3007 ff.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

will durch die Verknüpfung treue Kunden und Stammzuschauer belohnen. Der BGH hat in der Interessenabwägung beschlossen, dass jedoch nur 25000 Karten auf diesem Wege vertrieben werden dürfen.

ee. Essential Facilities

- 386** Eine „Essential Facility“ ist eine für das Angebot bestimmter Waren oder Dienstleistungen „**wesentliche Einrichtung**“ (im Sinne von unverzichtbar). Eine besondere Regelung für Infrastruktureinrichtungen und Netze enthält insoweit § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Im Übrigen ist auf das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 S. 2 lit. b AEUV) zurückzugreifen.

Beispiele: Wesentliche Einrichtungen sind insbesondere Verkehrsnetze (Schienen, Privatstraßen) und Knotenpunkte (Flughäfen, Fährhafen), Netze in der Telekommunikation (Kabel, Funkfrequenzen, Satellitenverbindung), Schlüsselpatente (im Rahmen von Industriestandards oder faktischen Anforderungen des Marktes) sowie Schutzrechte für bestimmte Ordnungskriterien und Strukturen von Daten.

- 387** Wie schon der englischsprachige Name zeigt stammt die „Essential Facilities“-Doktrin aus den **USA**. Die insoweit grundlegende Entscheidung des Supreme Court (in einem Strafverfahren) ist der Fall „*Terminal Railroad Association*“ von 1912.

Beispiel: 14 Eisenbahngesellschaften schlossen sich in der *Terminal Railroad Association* zusammen, um in der Stadt St. Louis gemeinsam Bahnhöfe und Eisenbahnanlagen zu betreiben. Die Gesellschaft betrieb die beiden einzigen Eisenbahnbrücken über den Mississippi sowie die einzige Fährgesellschaft, die Züge über den Fluss übersetzte. Aufgrund der konkreten geographischen Situation war es anderen Eisenbahngesellschaften nicht möglich, zu erschwinglichen Kosten einen eigenen Übergang über den Mississippi zu schaffen. Obwohl die beiden Brücken gegen Gebühr grundsätzlich allen Eisenbahngesellschaften offenstanden, konnte die *Terminal Railroad Association* diese von der Überfahrt ausschließen, weil sie auch die jeweiligen Zubringerstrecken kontrollierte.¹⁶⁷ Praktisch wurde nur den Mitgliedern ein entsprechender Zugang gewährt. **Verstößt das Verhalten der TRA gegen § 2 Sherman Act?**

¹⁶⁷ U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis et al., 224 U.S. 383 (1912)

Lösung: Der Supreme Court verlangt ein diskriminierungsfreies Verhalten der TRA. Diese muss losgelöst von ihren Mitgliedern wie ein objektiv neutraler Verwalter (impartial agent) handeln. Der Zugang zu den notwendigen Einrichtungen (hier: zu den Zubringern zu den Brücken) muss allen Interessenten zu fairen und gerechten Bedingungen zugänglich gemacht werden (*“just and reasonable terms and regulations”*). Hierdurch sollen alle Unternehmen in Bezug auf ihre Kosten und Ausgaben auf eine einheitliche Basis gestellt werden, um auf dem sekundären Markt (Transport) freien Wettbewerb zu ermöglichen (*“place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies”*).

388 Im Vordergrund stand also die Pflicht, gerechte und faire Bedingungen zu schaffen, die für alle Beteiligten (unabhängig von ihrer Beziehung zum Eigentümer der Einrichtung) gleich gelten. Damit wird ein Kompromiss zwischen den sich aus dem Eigentum ergebenden Rechten (vgl. für das deutsche Recht § 903 BGB – Ausschluss Dritter, freie eigene Nutzung) und der Notwendigkeit der Nutzung durch Dritte für abgeleitete Märkte gebildet: Der Zugang wird nicht unentgeltlich gewährt, sondern nur zu einem (für alle gleichen) Entgelt. Im Kern handelt es sich also bei der klassischen Essential Facilities Doktrin um ein reines Diskriminierungsverbot.

389 Das **deutsche Recht** ist enger gefasst, als das amerikanische. Danach muss der Eigentümer der Infrastruktureinrichtung im weitesten Sinne Wettbewerber des Zugreifenden sein. Eine Zugangsverweigerung ist missbräuchlich, wenn insgesamt vier Voraussetzungen erfüllt sind:



1. Zugang ist (rechtlich oder tatsächlich) **objektiv notwendig** für den Zugang zu einem vor- oder nachgelagerten Markt (nicht für unmittelbare Konkurrenz auf dem Markt für die Monopolleistung), insb. ist die Einrichtung nicht (auch nicht mit hohem Aufwand) durch eine eigene Leistung des Antragstellers zu ersetzen.
2. Die Einrichtung, zu welcher Zugang begehrt wird, wird vom Inhaber **selbst genutzt bzw. durch diesen lizenziert**.
3. Der Zugang wird tatsächlich **verweigert**.
4. Schließlich darf es **keine sachliche Rechtfertigung** geben; in Betracht kommen dabei insbesondere

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- a. Unzureichende Kapazität der Einrichtung
- b. Drohende Gefahr für den Betriebsablauf
- c. Zerstörte Vertrauensbasis, mangelnde Kreditwürdigkeit
- d. Belohnung eigener unternehmerischer Leistung (Innovationsanreiz)

390 In der Klausur geht es dabei ganz zentral um die sachliche Rechtfertigung, die vom Inhaber der Einrichtung zu beweisen ist.

- Häufigste Verteidigung ist die **unzureichende Kapazität** um diesen (zusätzlichen) Nutzer gleichzeitig neben dem Inhaber (und etwaigen sonstigen Lizenznehmern) Zugang zu gewähren. Dieser Grund kann allerdings oftmals eine reine Schutzbehauptung sein – vorrangig muss der Inhaber der Einrichtung versuchen, durch Umstrukturierungen Kapazitäten zu schaffen oder anders zu verteilen. Nur wenn dies nicht möglich ist, kann die Kapazitätsschranke als Rechtfertigung eingreifen.
- drohende **Gefahren für den Betriebsablauf**
- Wenn der **konkrete Antragsteller** aus nachvollziehbaren Gründen gegenüber anderen Bewerbern oder sogar absolut ungeeignet für den Zugang ist, darf diesem (aber nicht anderen, besser qualifizierten) der Zugang verwehrt werden. Dies ist der Fall, wenn dieser nicht hinreichend kreditwürdig ist (also etwaige Nutzungs- oder Lizenzgebühren nicht zahlen kann), eine Rufschädigung des Inhabers der Einrichtung durch das Auftreten des Lizenzsuchers gegenüber Dritten droht oder aus einer früheren Vertragsbeziehung die individuelle Vertrauensbasis zerstört wurde.
- Als allgemeiner Rechtfertigungsgedanke (und praktisch als „letzter Notanker“) gilt, dass der Inhaber einer Einrichtung, der diese mit eigenem Aufwand oder durch eigene kreative Leistung geschaffen hat, **für diese Investition belohnt** werden soll. Soweit der eigene Fortschritt mit der Konkurrenz geteilt werden muss, kann nicht mehr der volle Wert realisiert werden. Selbst eine „angemessene“ Lizenzgebühr kompensiert nicht das volle Gewinnpotential. Dieses Argument greift allerdings dann nicht, wenn der abgeleitete (neue) Markt bislang überhaupt nicht (auch nicht vom Inhaber selbst) bedient wird oder der Fortschritt nicht auf eigener Investition, sondern auf staatlicher Zuweisung (etwa bei früheren

Monopolunternehmen wie der Deutschen Telekom AG oder der Deutschen Bahn AG) beruht. Schließlich greift auch im Übrigen ein Diskriminierungsverbot – wenn einem Unternehmen Zugang gewährt wird, muss gerechtfertigt werden, warum nicht anderen Unternehmen zu gleichen Konditionen Zugang gewährt wird.

Beispiel: Die Stadtwerke der Stadt X betreiben ein Mittelspannungsnetz, über das sie Strom zu den privaten Endkunden weiterleiten. Der Vorstand der Stadtwerke beschließt, künftig keine Konkurrenten mehr an dieses Mittelspannungsnetz anzuschließen. Hierdurch können die Konkurrenten gegenüber den Endkunden nicht mehr als Netzbetreiber auftreten.¹⁶⁸

Lösung: Die Stadtwerke betätigen sich wirtschaftlich und sind somit ein Unternehmen. Sie müssten auch marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Markt des lokalen Spannungsnetzes. Dieses Netz gehört den Stadtwerken, sie haben also eine Monopolstellung inne und sind folglich marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müssten die Stadtwerke missbraucht haben. Vorliegend kommt ein Missbrauch in Form von § 19 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB in Betracht (keine Zwischenstaatlichkeit). Der Zugang zum Mittelspannungsnetz ist für andere Unternehmen notwendig, um als Konkurrenten auftreten zu können. Außerdem ist die Einrichtung nicht duplizierbar. Des Weiteren dürfte für die Verweigerung des Zugangs keine sachliche Rechtfertigung bestehen. Ein anerkannter Rechtfertigungsgrund besteht nicht. Die Stadtwerke missbrauchen demnach ihre Marktmacht. Die Forderung eines angemessenen Entgelts als Gegenleistung für die Nutzung wäre hingegen zulässig.

- 391 Auf **europäischer Ebene** läuft die Prüfung ähnlich: Auch hier muss in einem ersten Schritt die objektive Notwendigkeit des Zugangs für den vor- oder nachgelagerten Markt (= abgeleiteter Markt) bestehen, der Monopolist muss die Einrichtung selbst nutzen und die Nutzung anderen verweigern, dies muss ohne sachliche Rechtfertigung geschehen und (EuGH:) geeignet sein, jeglichen Wettbewerbs auf dem vor- oder nachgelagertem Markt auszuschließen.
- 392 **Sachliche Rechtfertigungen** können Kapazitätsgrenzen, Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit, etc. sein

¹⁶⁸ OLG Düsseldorf, WuW DE-R 1246 ff. – GETEC net,

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- 393 Eine **Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit des Marktzugangs** liegt nur dann vor, wenn es den potenziellen Wettbewerbern aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht möglich bzw. zumutbar ist, entsprechende Einrichtungen zu schaffen oder auf andere Weise in den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt einzusteigen. Unmöglichkeit muss für alle potentiellen Wettbewerber bestehen.
- 394 **Zwangslizenzen** können auf die Essential-Facilities-Doktrin gestützt werden (Kontrahierungszwang). Da Art. 102 AEUV unmittelbar wirkt, kann der Zugangsanspruch direkt auf Art. 102 AEUV gestützt werden.¹⁶⁹

Beispiele: 1. *Commercial Solvents* stellte zwei chemische Rohstoffe her, welche die Firma *Zoja* über einen mehrheitlich *Commercial Solvents* gehörenden Zwischenhändler bezog. *Zoja* hatte eine Technologie entwickelt, mit der sie aus den Rohstoffen ein Derivat herstellen konnte, das in Tuberkulosemedikamenten eingesetzt wurde. *Commercial Solvents* beschloss, dieses Derivat selbst herzustellen und stellte die Lieferung an *Zoja* ein. *Zoja* konnte sich auf dem Weltmarkt nicht anderweitig mit den Rohstoffen eindecken. Daher beschwerte sich *Zoja* bei der EU-Kommission.¹⁷⁰ **Kann die EU-Kommission *Commercial Solvents* auf Grundlage von Art. 102 S. 2 lit. b zur Lieferung an *Zoja* verpflichten?**

Lösung: *Commercial Solvents* betätigt sich wirtschaftlich und ist somit ein Unternehmen (funktionaler Unternehmensbegriff). *Commercial Solvents* müsste außerdem eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Relevanter Markt ist der Markt für chemische Rohstoffe, auf diesem hat *Commercial Solvents* ein Quasimonopol und ist damit marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste *Commercial Solvents* auch missbraucht haben. Es kommt ein Missbrauch in Form von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV in Betracht. Dem nachgelagerten Markt ist der Zugang zu den Chemikalien objektiv notwendig (die Rohstoffe sind ansonsten nicht erhältlich). *Commercial Solvents* nutzt die Rohstoffe selbst und Verweigert *Zoja* die Nutzung. Dafür gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Das Verhalten müsste außerdem dazu geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschließen. [E]in Unternehmen, das eine marktbeherrschende Stellung hinsichtlich der Herstellung der Rohstoffe

¹⁶⁹ (EuGH)Prägnant hierzu Neef, Rn. 178 f.: Kritisch, da in beiden Fällen ein Markt durch die bloße Nachfrage nach Zugang bzw. nach der Lizenz entstehen soll

¹⁷⁰ EuGH Rs. 6 u. 7/73 (*Commercial Solvents/Kommission*), Slg. 1974, 223

einnimmt und deswegen die Belieferung der Produzenten von Derivaten zu kontrollieren in der Lage ist, [kann] sich nicht bloß, weil es beschlossen hat, diese Derivate (nunmehr im Wettbewerb zu seinen früheren Kunden) selbst herzustellen, so verhalten, dass es deren Wettbewerb beseitigt, was im vorliegenden Fall die Ausschaltung eines der wichtigsten Hersteller [der Derivate] im Gemeinsamen Markt bedeutet hätte. Commercial Solvents missbraucht demnach seine marktbeherrschende Stellung.

2. Die Gesellschaft *RTT* besaß für den Betrieb des öffentlichen Fernmelde-netzes in Belgien ein staatliches Monopol (Art. 106 Abs. 1 AEUV). Zudem hatte Belgien *RTT* ermächtigt, Normen für Fernsprengeräte festzusetzen und deren Einhaltung zu kontrollieren. Somit durften nur von *RTT* gelieferte oder zugelassene Geräte an das belgische Netz angeschlossen werden. *GB-Inno* ist ein Unternehmen, das in Belgien Fernsprengeräte verkaufen wollte. Da *GB-Inno* für ihre Geräte keine derartige Zulassung besaß, wollte *RTT* deren Verkauf gerichtlich untersagen lassen.¹⁷¹ **Kann GB-Inno der Klage von RTT einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV entgegenhalten?**

Lösung: *RTT* wird wirtschaftlich tätig und ist somit ein Unternehmen. *RTT* müsste marktbeherrschend sein. Der relevante Markt sind Geräte für das belgische Telefonnetz. Auf diesem Markt hat *RTT* ein gesetzliches Monopol. Dieses Monopol müsste *RTT* auch missbraucht haben. Es kommt ein Missbrauch in Form von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV in Betracht. Die Zulassung durch *RTT* ist objektiv notwendig, um Zugang zum nachgelagerten Markt zu erhalten. *RTT* hat zugelassene Geräte und verweigert *GB-Inno* die Zulassung. Dies geschieht ohne sachliche Rechtfertigung, da die Geräte mit denen von *RTT* vergleichbar sind. Durch die Verweigerung ist es *RTT* möglich, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschließen. Der Umstand, „dass ein Unternehmen mit einem Monopol auf dem Markt für die Einrichtung und den Betrieb des Netzes sich ohne objektives Bedürfnis einen benachbarten, aber getrennten Markt [...] vorbehält und auf diese Weise jeden Wettbewerb durch andere Unternehmen ausschaltet, [stellt also] einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV da“

3. Der private Fernsehanbieter *CLT* nahm bei den französischsprachigen Fernsehwerbeseudungen in Belgien eine führende Stellung ein, da die

¹⁷¹ EuGH Rs. C-18/88, Slg. 1991, I-5941 – *RTT/GB-Inno-BM*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

staatlichen Programme keine Werbung ausstrahlen und andere französischsprachige private Programme nicht auf den belgischen Markt zugeschnitten waren. CBEM, ein belgisches Telemarketing-Unternehmen wollte daher im Fernsehprogramm von CLT Werbesendungen ausstrahlen. CLT machte die Ausstrahlung der Werbesendungen von CBEM davon abhängig, dass keine Telefonzentrale von CBEM, sondern eine Telefonzentrale, die zur CLT-Gruppe gehört, die eingehenden Anrufe der Fernsehzuschauer entgegennimmt und bearbeitet.¹⁷²

Lösung: CLT betätigt sich wirtschaftlich und ist deshalb ein Unternehmen. CLT müsste auch eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehaben. Relevanter Markt ist der Markt für Werbeplätze im belgischen Fernsehen. Dort hat CLT ein faktisches Monopol, auf den Privaten, auf Belgien zugeschnittenen Sendern, wird keine Werbung ausgestrahlt. Diese marktbeherrschende Stellung müsste CLT missbraucht haben. Für CBEM ist der Zugang objektiv notwendig. CLT nutzt den Fernsehwerbesender selbst und verweigert CBEM faktisch die Nutzung, indem es diese davon abhängig macht, eine CLT-Telefonzentrale zu nutzen. Dies müsste auch ohne sachliche Rechtfertigung geschehen. Das Verhalten könnte aber durch technische oder kommerzielle Notwendigkeit gerechtfertigt sein, die sich aus der Eigenart des Trägers Fernsehen ergeben. Kunden, die fernsehen, können nicht zwingend zwischen den Inhalten des Senders und Werbung unterscheiden.

3. *Stena Sealink Ports* betreibt den Hafen Holyhead, der als einziger Hafen den Fährverkehr zwischen England und Irland bedient. *Stena Sealink Line* hält eine Beteiligung von 55% an *Stena Sealink Ports* und bietet insb. Fährdienste zwischen dem Vereinigten Königreich und Irland an. *Sea Containers* plante, ab Mai 1993 einen Schnellfährdienst per *SeaCat* anzubieten. Die 1992 begonnenen Verhandlungen wurden durch *Stena Sealink Ports* erheblich verzögert und gelangten zu keinem brauchbaren Ergebnis. Ab Juli 1993 nutzte *Stena Sealink Line* den Hafen für einen eigenen Schnellfährdienst (den es vorher nicht gab).¹⁷³ **Hat *Sea Containers* Anspruch auf Zugang zum Hafen von Holyhead durch Nutzung bestehender Einrichtungen oder Errichtung neuer Einrichtungen auf eigene Kosten?**

Lösung: *Stena Sealink Ports* und *Shipping* sind Unternehmen, sie bilden

¹⁷² EuGH Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 – CBEM/CLT u. IPB

¹⁷³ Komm., Entsch. V. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L015, 8 – *Stena Sealink*

eine wirtschaftliche Einheit. Sie müssten auch marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Zugang zum Hafen, auf diesem Markt haben sie ein faktisches Monopol. Diese marktbeherrschende Stellung müssten sie missbraucht haben. Vorliegend kommt ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV in Betracht. Für Sea Containers ist die Nutzung des Hafens objektiv notwendig. Stena Sealink Ports + Shipping haben den Zugang zu diesem ohne sachliche Rechtfertigung verweigert, indem sie ihn bis zur eigenen Nutzung herausgezögert haben. Dadurch wurde der Wettbewerb ausgeschlossen. Ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung darf auf einem verbundenen Markt nicht zugunsten der eigenen Tätigkeiten diskriminierende Handlungen vornehmen. Der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung, der seine Macht auf dem Markt dazu nutzt, seine Stellung auf einem anderen, zu diesem in Bezug stehenden Markt zu stärken, indem er insbesondere einem Wettbewerber den Zugang verweigert oder den Zugang unter weniger günstigen Bedingungen als für die eigenen Dienste gewährt und damit seinem Wettbewerber einen Wettbewerbsnachteil aufzwingt, verstößt gegen Art. 102 AEUV.

4. Die Fernsehsender *RTE* und *ITP* gaben jeweils eigene Fernsehprogrammführer heraus. Der Presse räumten sie lediglich die Lizenz ein, das Fernsehprogramm des jeweiligen Tages und einige Höhepunkte der Woche zu veröffentlichen. Das Unternehmen *Magill* wollte einen umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführer für Irland und Nordirland herauszugeben und stellte diesen aus den einzelnen Programmführern zusammen. Da *Magill* hierdurch gegen die Bedingungen von *RTE* und *ITP* verstieß, erwirkten *RTE* und *ITP* vor den nationalen Gerichten einstweilige Verfügungen, die *Magill* die Veröffentlichung der wöchentlichen Programmvorschauen untersagten.¹⁷⁴ **Verstößt das Verhalten gegen Art. 102 AEUV?**

Lösung: *RTE* und *ITP* betätigen sich wirtschaftlich und sind deshalb Unternehmen. Sie haben auf dem Markt für Fernsehprogramme ein faktisches Monopol und sind deshalb marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müssten sie missbraucht haben. Ein Missbrauch in Form von Art. 102 S.2 lit. b AEUV ist möglich. *Magill* muss auf die Fernsehzeitschriften und Rechte von *RTE* und *ITP* zugreifen können, um eine allgemeine Fernsehzeitschrift verfassen zu können. *RTE* und *ITP* verwei-

¹⁷⁴ EuGH Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

gern ihre Zustimmung und verhindern damit neue Erzeugnisse. Dies geschah auch ohne sachlichen Grund. Für einen umfassenden wöchentlichen Programmführer habe eine „besondere, ständige und regelmäßige potentielle Nachfrage der Verbraucher“ bestanden. Der *Gerichtshof* stellte fest, dass die Fernsehsender „zwangsläufig die einzige Quelle für die Grundinformationen über die Programmplanung waren, die das unentbehrliche Ausgangsmaterial für die Herstellung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers bildeten“. Das Vorenthalten dieser Grundinformationen habe „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses [...] verhindert“, was „weder durch die Tätigkeit der Ausstrahlung von Fernsehsendungen noch durch die Herausgabe von Fernsehzeitschriften gerechtfertigt“ gewesen sei. Die Fernsehsender „behielten sich [...] durch ihr Verhalten einen abgeleiteten Markt – den der wöchentlichen Fernsehprogrammführer – vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlossen“. RTE und ITP verstoßen gegen Art. 102 AEUV.

5. Die *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* verlegt in Österreich die Tageszeitung *Der Standard* (Marktanteil 3,6 % der Tageszeitungen). Die Zeitung wird vor allem über Kioske und mittels Postzustellung, nicht aber durch ein Hauszustellungssystem vertrieben. Das einzige landesweite Hauszustellungssystem betreibt die *Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft*. Diese vertreibt ausschließlich die Tageszeitungen *Neue Kronen Zeitung* und *Kurier* (Marktanteil 47 %), der 100%-Muttergesellschaft *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*. **Hat die *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* einen Anspruch auf Zugang zum landesweitem Hauszustellungssystem der *Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft*?¹⁷⁵**

Lösung: Die *Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft* ist ein Unternehmen. Sie hat eine Monopolstellung auf dem Markt für landesweite Hauszustellungssysteme. Diese Monopolstellung müsste sie auch missbraucht haben. Es kommt ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 S.2 lit. b AEUV in Betracht. Für die *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* ist es objektiv notwendig, einen Zugang zum landesweiten Hauszustellungssystem zu erhalten, um mit den anderen Zeitungen konkurrieren zu können. *Mediaprint* verweigert diesen Zugang trotz eigener Nutzung. Die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und darf nicht objektiv zu

¹⁷⁵ EuGH Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791.

rechtfertigen sein. Ohne die Zulassung kann kein Wettbewerb entstehen. Eine objektive Rechtfertigung besteht nicht, auch kleine Tageszeitungen müssen trotz der Umstände ein Zugang möglich sein. Die Dienstleistung selbst muss für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich sein, dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für das Hauszustellungssystem besteht. Es ist jedoch möglich, ein neues System für Hauszustellungen zu entwickeln. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV liegt deshalb nicht vor.

395 Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV auch bei **Missbrauch unter Nutzung gewerblicher Schutzrechte** vorliegt, ist zunächst zu differenzieren, auf welchem Markt der Inhaber des gewerblichen Schutzrechts handelt. Hier gibt es zwei Möglichkeiten, den Lizenzmarkt und den Produktmarkt. Die Abgrenzung ist deshalb wichtig, da sich die Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nach dem relevanten Markt richtet. Ein Unternehmen kann aber sowohl auf dem Lizenzmarkt, als auch auf dem Produktmarkt beherrschend sein.

396 - **Lizenzmarkt:** Markt für die Verwertung von Schutzrechten. Ein Monopol auf dem Lizenzmarkt hat derjenige, der auf einem bestimmten Produktmarkt ausschließlich über die für die Produktion des Gutes erforderlichen Lizenzen verfügt.

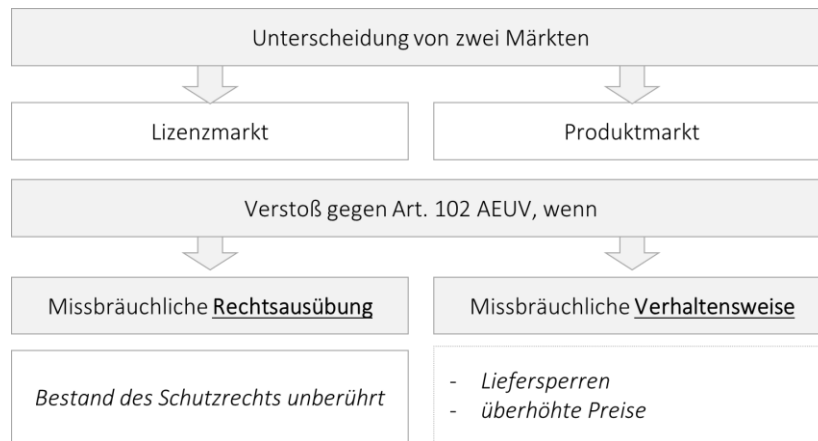
Beispiele für missbräuchliche Ausnutzung des Rechts auf dem Lizenzmarkt sind: Eintragung von Defensivzeichen, um ausländischen Konkurrenten den Zugang zu beherrschtem nationalem Markt zu versperren¹⁷⁶; Grundlose Verweigerung von Lizenzen; Diktion der Bedingungen.¹⁷⁷

397 - **Produktmarkt:** Markt für die Produkte, die unter Einsatz des Schutzrechtes hergestellt werden. Ein Monopol auf dem Lizenzmarkt wird in der Regel auch ein Monopol auf dem Produktmarkt zur Folge haben.

¹⁷⁶ wie im Fall Grundig / Consten in Teil 1 oder auch Osram / Airam, Kommission 11.WB 1981, Tz. 97 (S. 73)

¹⁷⁷ z.B. für die Musikverbreitung über das Internet: Kommission, Entsch. v. 11.10.2000: ABl. 2000 L 268 S. 28 ff. – *AOL Time Warner*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung



Beispiele: 1. IMS Health bietet Datenbanken an, welche Apothekeneinkaufszahlen in Deutschland von Medikamenten nach 1860 bzw. knapp 3000 (im Laufe von Jahrzehnten herausgearbeiteten) Gebieten aufschlüsselt (sog. „Block-Struktur“). Die Pharmaindustrie kann damit den Verkaufserfolg in einem bestimmten Gebiet ermitteln und die Außendienstmitarbeiter bewerten. NDC Health und Azyx bieten vergleichbare Marktforschungsdaten für Deutschland an. Sie bereiten die Daten mit Strukturen auf, die denen von IMS Health frappierend ähneln.

Ist IMS Health aufgrund von Art. 102 AEUV zur Duldung dieser Beeinträchtigung (trotz der Unterlassungsansprüche aus § 97 UrhG und § 9 UWG) verpflichtet?

Lösung: Die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung innehat und Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums an einer Baueinrichtung ist, die für die Präsentation von Daten über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem Mitgliedstaat unerlässlich ist, einem anderen Unternehmen, das ebenfalls derartige Daten in diesem Mitgliedstaat anbieten will, eine Lizenz zur Verwendung dieser Struktur zu erteilen, stellt einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG [jetzt Art. 101 AEUV] dar, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

Das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Ei-

gentums nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht; die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt; die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

IMS Health ist also zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet.

2. Philips ist Inhaber eines Patents für die Herstellung von CD-Rohlingen. 1990 einigten sich Sony und Philips informell auf einen Standard für derartige Medien (CD-R/CD-RW). Master & More, SK Kassetten und Global Digital Disks vertrieben CD-Rohlinge ohne Lizenz von Philips. Daraufhin klagte Philips auf Unterlassung, Auskunft und Herausgabe von patentverletzenden Gegenständen zum Zwecke der Vernichtung sowie auf Feststellung der Schadenersatzpflicht (§§ 139 ff. PatG).

Die beklagten Unternehmen wandte ein, dass Philips eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB missbrauche. Philips fordere überhöhte Lizenzgebühren. Zudem würde Philips von anderen Unternehmen günstigere Konditionen verlangen. Daher hätte Philips ihnen eine günstige Lizenz erteilen müssen, die Klage sei daher missbräuchlich („dolo agit ...“).¹⁷⁸ **Liegt ein Verstoß gegen § 19 II Nr. 1 GWB vor?**

Lösung: Philips ist ein Unternehmen. Philips müsste eine marktbeherrschende Marktstellung auf dem relevanten Markt innehaben. Relevanter Markt ist der Markt für CD-ROMs. Auf diesem Markt müsste Philips beherrschend sein. Philips hat das Patent auf diesem Markt inne. Ohne Patent können andere Hersteller auf dem Markt nicht tätig werden. Philips ist demnach Monopolist.

Diese marktbeherrschende Stellung müsste Philips missbraucht haben. Es kommt ein Missbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht. Ein Patent ist grundsätzlich ein Ausschließlichkeitsrecht. Jedoch unterliegen auch Ausschließlichkeitsrechte der Grenze des Missbrauchs. Es könnte ein Missbrauch vorliegen. Philips gewährt manchen Unternehmen günstigere Konditionen ohne sachlichen Grund. Dies stellt eine Diskriminierung und damit einen Missbrauch dar. Allerdings gewährt § 19 Abs. 2 Nr.

¹⁷⁸ BGHZ 180, 312 – Orange-Book-Standard

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

1. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet Philips nur, konkrete Angebote auf Abschluss eines Lizenzvertrags anzunehmen. Eine Nutzung ohne die Erbringung einer Gegenleistung wird durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht gewährt. Hier haben die beklagten Unternehmen weder ein konkretes Angebot gemacht noch sich vertragstreu durch Erbringung der von ihnen geschuldeten Leistung verhalten. Daher stellt die Klage aus dem Patent keinen Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB dar.

3. Huawei besitzt ein Patent, welches zur Nutzung des "Long Term Evolution" (LTE)-Standards erforderlich ist. LTE wurde durch das Europäische Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI) normiert. Dabei wurde das Patent von Huawei als essentiell eingestuft, so dass HUAWEI sich zur Lizenzierung unter FRAND-Bedingungen (fair, reasonable and non-discriminatory) verpflichtete (Ziel: Vermeidung von Art. 101 AEUV).

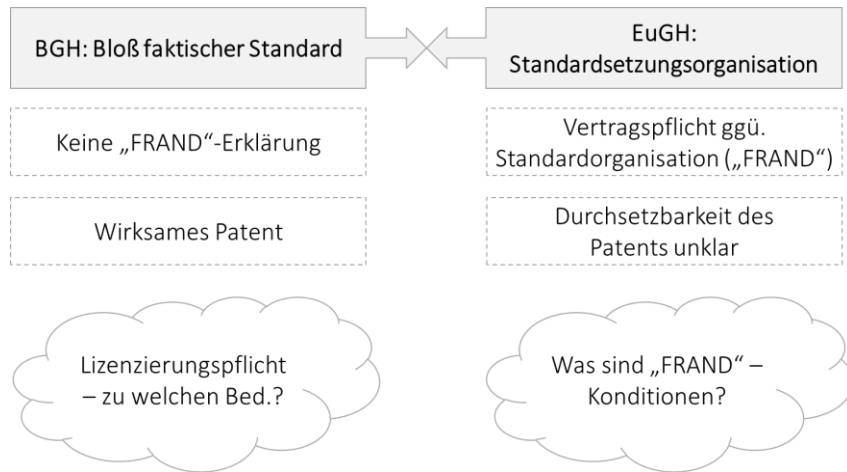
Die ZTE-Unternehmensgruppe vertreibt Basisstationen mit LTE-Software. Diese benötigen das Huawei-Patent. Die Lizenzverhandlungen verliefen jedoch erfolglos. Daraufhin verklagte Huawei ZTE auf Unterlassung, Rechnungslegung, Rückruf und Schadensersatz. ZTE sah in dieser Klage den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSv Art. 102 AEUV. **Zu Recht?**¹⁷⁹

Lösung: Huawei wird wirtschaftlich tätig und ist deshalb ein Unternehmen. Huawei müsste des Weiteren eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehaben. Relevanter Markt ist der Markt für LTE-fähige Basisstationen. Auf diesem Markt kann ohne Patent von Huawei nicht gehandelt werden, Huawei ist demnach Monopolist und marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste Huawei auch missbraucht haben. Patente sind grundsätzlich Ausschließlichkeitsrechte. Allerdings hat sich Huawei hier vertraglich zur Gewährung einer Lizenz verpflichtet. Huawei hat ZTE vor Klageerhebung auf diese Patentverletzung hingewiesen und ein konkretes schriftliches Lizenzangebot zu FRAND-Bedingungen unterbreitet, bei dem insbesondere die Lizenzgebühr sowie die Art und Weise ihrer Berechnung angegeben waren. ZTE hat auf dieses Angebot nicht mit Sorgfalt, gemäß den in dem betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten und nach Treu und Glauben, reagiert. Da Huawei aufgrund des eigenen angemessenen Angebots etwaige Gegenangebote von ZTE nicht annehmen musste, hat

¹⁷⁹ EuGH, 16.7.2015, C-170/13, WRP 2015, 1080 – Huawei/ZTE

ZTE das Patent verletzt. Daher hat Huawei einen Anspruch auf Unterlassung, Schadensersatz und Rechnungslegung.

398 Bei Patenten sind also zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden:



399 Die grundlegenden Interessen, die insofern kollidieren, sind zum einen das **Ausschließlichkeitsrecht aus dem Patent** und zum anderen der **kartellrechtliche Missbrauchseinwand**. Marktbeherrschende Unternehmen können sich nicht mehr aussuchen, wer ihr Patent nutzt, sondern sind zur Verfügungstellen zu angemessenen Konditionen verpflichtet. Das Patent wird demnach entwertet. Demgegenüber steht, dass ein Patent, das einen kompletten Markt abschottet, zu fairen Bedingungen erworben werden können muss. Der Abschluss einer Lizenz enthält dabei jedoch keinen Klageverzicht, das heißt, der Patentnehmer kann trotzdem gegen bestimmte Bedingungen des Patents klagen.

400 Bei einer Selbstverpflichtungserklärung im Sinne einer Standardsetzungsorganisation (FRAND) verlangt der EuGH, dass **der Patentinhaber** ein konkretes, unbedingtes und annahmefähiges Angebot macht. Für bloß faktische Standards verlangt der BGH hingegen genau umgekehrt ein konkretes, unbedingtes und annahmefähiges Angebot **des potentiellen Patentnutzers**.

401 Der BGH nimmt an, dass der Zwangslizenzeinwand ausgeschlossen ist, soweit der Lizenznehmer nicht seinerseits vertragstreu handelt (§ 242 BGB). Dies bedeutet, dass er die angemessene Lizenzgebühr an den Patentinhaber zahlen muss. Soweit dieser freilich die Annahme verweigert, muss der Lizenznehmer

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

die Lizenzgebühr für den Patentinhaber unter Verzicht auf die Rückforderung hinterlegen (§§ 372, 378 BGB). Auch nach dem EuGH besteht ein Anspruch auf **Sicherheitsleistung für Lizenzgebühren und Schadensersatz**. Diese muss er in angemessener Höhe ab der erstmaligen Ablehnung des Angebots entweder bei Gericht hinterlegen oder in anderer üblicher Weise, z.B. durch eine Bankbürgschaft, erbringen.

ff. Predatory Pricing

- 402 **Predatory Pricing** beschreibt die **Kampfpreisunterbietung** eines marktbeherrschenden Unternehmens und ist in Art. 102 S. 1 AEUV unmittelbar und in § 19 Abs. 2 Nr. 1 als Unterfallgruppe geregelt.
- 403 Grundsätzlich sind niedrige Preise eine vom Wettbewerb **gewollte Folge**. Dies gilt jedoch nur in gewissen Grenzen. Niedrige Preise, die einzig den Zweck haben, **Konkurrenten vom Markt zu drängen**, fördern den Wettbewerb nicht, sondern führen zu einer Monopolisierung.
- 404 Eine solche Kampfpreisunterbietung setzt voraus, dass von einem marktbeherrschenden Unternehmen **niedrigere Preise als die der Konkurrenz angeboten werden**, dies durch den **Einsatz besonderer, beherrschungsbedingter Ressourcen möglich ist** und in der **Absicht** geschieht, die **Konkurrenz zu verdrängen**.
- 405 Eine andere Methode des Predatory Pricing ist die Quersubventionierung. Unter **Quersubventionierung** versteht man die vollständige oder teilweise Abwälzung der in einem räumlichen Markt oder sachlichen Markt anfallenden Kosten auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt innerhalb eines Unternehmens oder zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften. „Aus ökonomischer Sicht liegt eine ‚Quersubventionierung‘ dann vor, wenn auf der einen Seite die Erlöse einer Dienstleistung nicht zur Deckung der auf diese Dienstleistung entfallenden spezifischen Zusatzkosten (incremental costs) ausreichen und auf der anderen Seite eine Dienstleistung oder ein gesamter Unternehmensbereich vorhanden ist, dessen Erlöse die ‚stand-alone‘-Kosten übersteigen. Die Überdeckung der stand-alone-Kosten zeigt die Quelle der Quersubvention an, die Unterdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten deren Ziel.“¹⁸⁰

¹⁸⁰ KomE 20. 3. 2001, ABl. 2001 Nr. L 125/27 Rn. 6 – *Deutsche Post AG*, zit. n. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 19 Rn. 19

Beispiel: 1. MC Donalds eröffnet ein Fitnessstudio und finanziert dieses aus seinen Einnahmen der Burgerkette, bis es marktbeherrschend ist. Anschließend können die Preise für das Fitnessstudio angehoben werden.

2. Die deutsche Post hatte ein (zeitlich begrenztes) gesetzliches Monopol für den Versand von Briefen in Deutschland. Sie nutzte die auf diesem Markt erzielten Gewinne, um die nicht kostendeckende Zustellung von Paketen zu subventionieren. So kann sie Preise anbieten, die deutlich unter denen der Konkurrenz liegen. Das Konkurrenzunternehmen UPS (welches nicht auf dem Briefzustellungsmarkt tätig sein darf) sieht sich nicht in der Lage, mit diesen subventionierten Preisen zu konkurrieren und beschwerte sich bei der EU-Kommission. **Kann die EU-Kommission diese Praxis nach Art. 102 AEUV untersagen?**

Lösung: Die Deutsche Post AG ist ein Unternehmen. Sie müsste eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt haben. Relevanter Markt ist der Markt für Briefzustellungen. Auf diesem Markt hat die Deutsche Post ein (gesetzliches) Monopol und sind demnach marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste die deutsche Post auch missbraucht haben. Es könnte ein Missbrauch in Form einer Kampfpreisunterbietung vorliegen. Die Deutsche Post verlangt niedrigere Preise als die Konkurrenten. Dies ist ihr aufgrund der Nutzung von besonderen, beherrschungsbedingten Ressourcen, nämlich denen aus dem Briefzustellungsmarkt möglich. Die Deutsche Post hat außerdem die Absicht, seine Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Das Verhalten (das zwischenstaatliche Bedeutung hat - Abschottungswirkung) verstößt gegen Art. 102 S. 1 AEUV.

406 Wichtig ist zu beachten, dass nicht die Quersubventionierung als solche missbräuchlich ist, sondern **nur die Kampfpreisunterbietung**. In der Entscheidung Deutsche Post wurde auf den Umstand der Quersubventionierung nur abgestellt, um die Marktbeherrschung weiter zu begründen. Missbräuchlich waren allein Treuerabatte und Kampfpreisunterbietung!

Beispiel: Die Fluggesellschaft *Lufthansa* hat für Flüge im deutschen Inland einen Marktanteil von 75%. Auf der sehr lukrativen Strecke Frankfurt – Berlin bietet seit kurzem *Germania*, ein neu gegründetes und sehr kleines Unternehmen als einziger Wettbewerber ebenfalls Flüge an. In der Folge senkt die Lufthansa die Preise *nur* für diese Strecke so, dass diese weit unter den eigenen Kosten (Personal, Amortisation der Flugzeuge, Treibstoff) liegen.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Kann das Bundeskartellamt diese niedrigen Preise wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagen?¹⁸¹

Lösung: Lufthansa ist ein Unternehmen. Die Fluggesellschaft müsste auch marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist die Flugstrecke zwischen Frankfurt und Berlin. Auf dieser Strecke hat Lufthansa nur einen Wettbewerber, dieser ist zudem klein und neu. Lufthansa ist also Inhaberin eines Quasimonopols und damit marktbeherrschend. Diese Marktbeherrschung müsste Lufthansa auch missbraucht haben. Es kommt ein Behinderungsmissbrauch gemäß § 19 II Nr. 1 GWB, also eine Kampfpreisunterbietung, in Betracht. Lufthansa beschränkt die Wettbewerbsmöglichkeiten von Germania auf dem von ihr beherrschten Markt in erheblicher Weise. Eine sachliche Rechtfertigung kommt nicht in Betracht, das wirtschaftlich unverhältnismäßige Handeln von Lufthansa lässt sich erst durch das wettbewerbsfeindliche Ziel erklären, Germania vom Markt zu verdrängen. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot liegt vor.

c. Marktstrukturmissbrauch

- 407** Letzte Fallgruppe ist der **Marktstrukturmissbrauch**. Regelungen hierzu finden wir in den Gesetzen nicht, er wird aus der Generalklausel des § 19 I GWB hergeleitet. Er richtet sich weder gezielt gegen die Abnehmer noch gegen die Konkurrenten, sondern verhindert, dass Wettbewerb überhaupt entsteht, indem versucht wird, Konkurrenz von vornherein auszuschließen.
- 408** Marktstrukturmissbrauch setzt voraus, dass sich die Marktstruktur auf dem beherrschten oder dritten Markt **final und intensiv** (also nicht nur vorübergehend oder geringfügig) **verschlechtert**. Streitig ist, ob darüber hinaus die **Marktbeherrschung kausal** für das Verhalten sein muss und ob der Marktstrukturmissbrauch gegenüber anderen **Regelbeispielen subsidiär** ist.¹⁸²
- 409** Der Marktstrukturmissbrauch ist **neben der Fusionskontrolle anwendbar**. Die Marktstruktur verändert sich nämlich durch Fusionen, da diese marktbeherrschenden Stellungen verstärken. Der Unterschied zwischen der FKVO und Art. 102 AEUV ist, dass bei Art. 102 AEUV die marktbeherrschende Stellung eines

¹⁸¹ BKartA Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 31, BKartA, Beschluss vom 18.2.2002

¹⁸² Siehe Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 19 Rn. 5.

beteiligten Unternehmens schon vorher bestehen muss, während sie bei der FKVO auch erst durch die Fusion entstehen kann.

- 410** Eine andere Veränderung der Marktstruktur geschieht durch den Anstieg der Marktzutrittschürden.

Beispiel: Der Axel Springer-Verlag hat in Hamburg einen Anteil von 60% am Anzeigenmarkt. Der Elbe Wochenblatt Verlag gibt eine kostenlose Wochenzeitung heraus, die sich allein durch Anzeigen finanzierte (sog. „Anzeigenblatt“). Der Axel-Springer-Verlag erwarb durch eine Tochtergesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung am Elbe Wochenblatt Verlag. Hierdurch wollte er verhindern, dass Anzeigenkunden zu dieser (signifikant kleineren) Konkurrenz wechseln und sich so deren Zahlungen zur Sicherung des eigenen Angebots erhalten. Gleichzeitig sollte so das bislang nicht bediente Spektrum der kostenlosen Wochenzeitungen durch den Axel-Springer-Verlag abgedeckt werden.¹⁸³ **Verstößt dieser (wegen des geringen Umfangs nicht der Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 ff. GWB unterliegende) Erwerb gegen § 19 Abs. 1 GWB?**

Lösung: Der Axel Springer Verlag wird wirtschaftlich tätig und ist somit ein Unternehmen. Außerdem müsste der Axel Springer Verlag marktbeherrschend sein. Relevanter Markt ist der Anzeigemarkt, auf diesem hat der Axel-Springer-Verlag 60% Marktanteil und ist somit marktbeherrschend. Diese marktbeherrschende Stellung müsste der Axel Springer Verlag auch missbraucht haben. Es kommt ein Missbrauch in Form eines Strukturmissbrauchs, § 19 Abs.1 GWB in Betracht. Dazu müsste der Axel-Springer-Verlag gezielt in die Marktstruktur eingegriffen haben. Der Verlag kauft einen Konkurrenten und vermindert damit die Wettbewerbsintensität auf dem beherrschten Markt. „Die Marktstellung des ASV wird durch den Erwerb einer Beteiligung am Elbe Wochenblatt Verlag spürbar verstärkt. [...] Der Wettbewerb zwischen dem ASV und dem Elbe Wochenblatt wurde durch den Zusammenschluss ausgeschlossen. [...] Der Erwerb des Elbe Wochenblatt-Verlages ist somit ein Mittel, wenn auch nicht das einzige, die marktbeherrschende Stellung des ASV abzusichern. [...] Auch in dieser Absicherung der eigenen Wettbewerbsposition ist eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zu sehen.“¹⁸⁴ Der Kauf hat nicht nur vorübergehende Auswirkungen und ist deshalb final. Auch

¹⁸³ BKartA Beschluss vom 18.01.1978, WuW BKartA 1700 ff. - Springer/Elbe Wochenblatt

¹⁸⁴ Auszug aus der Entscheidung des Bundeskartellamts

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

war die marktbeherrschende Stellung von Axel-Springer kausal (Finanzkraft). Der Axel Springer Verlag verstößt demnach gegen § 19 Abs. 1 GWB.

4. Zwischenstaatlichkeit

- 411 Ebenso wie Art. 101 AEUV setzt auch Art. 102 AEUV die **zwischenstaatliche Bedeutung** des Verhaltens voraus. Das deutsche Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB verlangt dies selbstverständlich ebensowenig wie das deutsche Kartellverbot des § 1 GWB, so dass hier auch ganz kleine lokale Märkte erfasst sind.



Definition Zwischenstaatlichkeit:

Zwischenstaatlichkeit ist gegeben, wenn eine Maßnahme zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten (unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell) geeignet ist.

- 412 Bei einem zwischenstaatlichen Sachverhalt sind **sowohl** Art. 102 AEUV als auch §§ 18-21 GWB nebeneinander anwendbar. Ist die **Zwischenstaatlichkeit nicht gegeben**, sind **nur** §§ 18-21 GBW anwendbar.
- 413 Das **Verhältnis** zwischen §§ 18 – 21 GWB und Art. 102 AEUV entspricht nicht dem Verhältnis zwischen § 1 GWB und Art. 101 I AEUV. Art. 3 VO 1/2003, § 22 GWB stellt es den Mitgliedsstaaten frei, **strengere nationale Regelungen zu treffen**. Im nationalem Recht kann ein Verhalten demnach verboten werden, dass EU-rechtlich zulässig ist (= **Nadelöhrprinzip**: Es sind immer die Vorgaben der jeweils strengsten Rechtsordnung zu wahren)

Beispiele für strengere Regelungen im deutschen Recht:

- Einseitige Maßnahmen marktstarker Unternehmen fallen unter Missbrauchskontrolle (§§ 20 Abs. 2 iVm. Abs. 1 GWB)
 - Oligopolvermutung des § 18 VI – echte Beweislastumkehr
 - Kontrahierungszwang bei Angewiesen-sein auf wesentliche Einrichtungen i. S. von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB gesetzlich geregelt.
- 414 Maßgeblich für das Vorliegen der Zwischenstaatlichkeit ist die **Auswirkung auf den Binnenmarkt**, wobei eine **bloß potentielle Beeinträchtigung** oder eine **abs-**

trakte Eignung zur Beeinträchtigung genügt. Es muss also die Lage der tatsächlichen Situation mit der Lage bei hypothetischem Wettbewerb verglichen werden („**als-ob-Wettbewerb**“).

- 415 Die zwischenstaatliche Bedeutung muss des Weiteren **spürbar** sein, eine geringfügige zwischenstaatliche Bedeutung ist unzureichend.

Beispiel:

1. Ein deutsches marktbeherrschendes Unternehmen bietet seine nur in Deutschland nachgefragten Produkte zu unangemessenen Preisen an. Wegen der rein nationalen Auswirkung liegt die Zwischenstaatlichkeit nicht vor.¹⁸⁵
2. Ein deutsches marktbeherrschendes Unternehmen bindet deutsche Abnehmer mit Ausschließlichkeitsbindungen an sich. Dadurch wird der Marktzutritt für Unternehmen aus Drittländern verhindert (= Marktabschottung). Die Zwischenstaatlichkeit liegt vor.¹⁸⁶

III. Besondere Tatbestände im deutschen Kartellrecht

1. (Vertikales) Behinderungsverbot, Diskriminierungsverbot und Anzapfverbot bei relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB)

- 416 In § 20 GWB ist das verbotene Verhalten von Unternehmen **mit relativer oder überlegener Marktmacht** normiert. Die Norm bestimmt, dass das Missbrauchsverbot auch für Unternehmen gilt, **von denen kleine oder mittlere Unternehmen abhängig sind**. Es muss sich also um ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung handeln, von denen ein kleines oder mittleres Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager (nicht: Konkurrent) anhängig ist. Die Abhängigkeit wird dabei gemäß § 20 Abs. 1 S.2 GWB **vermutet**, wenn regelmäßig Vergünstigungen gewährt werden, die bei gleichartigen Nachfragen nicht gewährt werden. Außerdem darf ein **Ausweichen auf andere Unternehmen nicht möglich** sein.

¹⁸⁵ Komm. ABl. 2001, L 331, 40, Rn. 155, 156, 179 – *Deutsche Post*.

¹⁸⁶ EuGH Rs. 322/81 – *Michelin*.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Beispiele für marktstarke Unternehmen sind die **Metro für Lebensmittel**¹⁸⁷ und **gesetzliche Krankenkassen** als Nachfrage nach Heil- und Hilfsmitteln.¹⁸⁸

- 417 Unterschieden werden **vier Fallgruppen** von relativer Marktmacht: Die sortimentsbedingte Abhängigkeit, die mangelbedingte Abhängigkeit, die unternehmensbedingte Abhängigkeit und die nachfragebedingte Abhängigkeit.
- 418 - Die **sortimentsbedingte Abhängigkeit** untergliedert sich wiederum in zwei Gruppe. Bei der **Spitzenstellungsabhängigkeit** muss genau diese eine Marke von Abnehmern geführt werden, während bei der **Spitzengruppenabhängigkeit** mehrere von einigen allgemein anerkannten Markenwahren geführt werden müssen.

Beispiel: 1. Rossignol stellt Skier her, die in Deutschland exklusiv von einer Tochtergesellschaft vertrieben werden. Nachweislich werden alle bedeutenden Sportskifachgeschäfte in Oberbayern mit Rossignol-Skiern beliefert. Ein oberbayerisches Sportfachgeschäft war langjähriger Kunde von Rossignol. Als es die Lieferung von 478 Paar Skiern verlangte, verweigerte Rossignol überraschend die Belieferung. Rossignol meinte, eine Pflicht bestehe nicht; es gäbe eine ganze Reihe von Händlern, die Marken wie „Atomic“, „Dynamic“ oder „Head“ nicht anbieten; insofern gäbe es keine marktbedingte Pflicht zur Vollständigkeit des Sortiments. Daher könne es auch auf die Verfügbarkeit von Rossignol-Skiern nicht ankommen. Besteht eine Pflicht von Rossignol zur Belieferung aus § 20 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB?¹⁸⁹

Lösung: Rossignol ist ein Unternehmen. Das oberbayerische Sportfachgeschäft müsste von Rossignol abhängig sein. Es kommt eine sortimentsbedingte Abhängigkeit in Betracht. Fraglich ist, ob es für den Sportladen unerlässlich ist, genau Rossignol-Skier anzubieten, also ob eine Spitzenstellungsabhängigkeit besteht. Es werden nachweislich alle bedeutenden Sportskifachgeschäfte von Rossignol beliefert. Der Sportfachladen muss also Rossignol-Skier anbieten, um konkurrenzfähig zu bleiben. Es besteht eine Spitzenstellungsabhängigkeit. Das Ausweichen auf ein anderes Unternehmen ist nicht möglich. Rossignol verstößt gegen § 20 Abs. 1 iVm §

¹⁸⁷ BKartA WuW/E DEV 94 ff. - Metro

¹⁸⁸ BGH NJW 1976, 2302

¹⁸⁹ BGH WuW/E BGH 1391 - Rossignol

19 Abs 2 Nr. 1, 2. Var. GWB.

2. X stellt Designer-Polstermöbel her und beliefert 132 der insgesamt 166 deutschen Luxusmöbelgeschäfte (80%). Obwohl X ein besonders herausragendes Design hat, werden die Produkte von B&B Italia, Knoll International, Cor, De Sede und Classicon als vergleichbare Spitzenqualität akzeptiert. Das Möbelgeschäft Y verlangt Belieferung von X. Derzeit werde es nur von ClassiCon und Knoll International (zudem zu schlechteren Konditionen als marktüblich) beliefert; die übrigen Spitzenhersteller würden eine Belieferung vollständig verweigern. X wendet ein, dass es keine einheitliche „Spitzengruppe“ gäbe, er jedenfalls nicht dazu gehöre und Y sich an die anderen genannten Anbieter halten solle. Besteht eine Pflicht von X zur Belieferung des Y aus § 20 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB?¹⁹⁰

Lösung: X ist ein Unternehmen. Y müsste als kleines oder mittleres Unternehmen von X abhängig sein. In Betracht kommt eine sortimentsbedingte Abhängigkeit. Designermöbel sind regelmäßig vergleichbar, es kommt nicht unbedingt auf die Belieferung durch einen bestimmten Hersteller an, auf die generelle Belieferung jedoch schon. Demnach liegt eine sortimentsbedingte Abhängigkeit in Form einer Spitzengruppenabhängigkeit vor. Zu dieser Spitzengruppe zählt X. Fraglich ist allerdings, ob sich aus einer Spitzengruppenabhängigkeit ein Belieferungsanspruch gegen ein bestimmtes Spitzengruppenunternehmen ableiten lässt. Jedoch könnte sich ansonsten jedes Mitglied der Spitzengruppe darauf berufen, dass ein Vertragsschluss mit einem anderen Mitglied möglich ist. Demnach ist es den kleinen und mittleren Unternehmen überlassen, zu bestimmen, von wem es beliefert werden will. Y kann Belieferung von X gemäß § 20 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB verlangen.

- 419 - Die **mangelbedingte Abhängigkeit** folgt aus Rohstoffknappheit. Auch in Krisen müssen Unternehmen mit eigenem Rohstoffzugang Unternehmen ohne einen solchen anteilig weiterbeliefern (=Repartierung = verhältniswahrende Neueinteilung). Das bedeutet, dass ein Unternehmen, das vor der Krise 20 % der verfügbaren Rohstoffe erhalten hat, auch während der Krise 20 % der übrigen Rohstoffe erhalten muss.

Beispiel: Mineralölkonzern M verkauft einerseits verarbeiteten Treibstoff an „freie Tankstellen“, beliefert aber andererseits auch die von ihm selbst

¹⁹⁰ BGH WuW/E DE-R 481 – Designer-Polstermöbel

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

bzw. von Tochtergesellschaften betriebenen Tankstellen. Aufgrund der Ölkrise ist Rohöl nur noch begrenzt verfügbar. Daher sinkt auch die für M verfügbare Menge an Benzin. M beliefert zunächst seine eigenen Tankstellen voll und dann das noch verbleibende Benzin freie Tankstellen. Verstößt M hierdurch gegen § 20 Abs. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB?¹⁹¹

Lösung: Ja, es liegt eine mangelbedingte Abhängigkeit vor. M muss die freien Tankstellen verhältnismäßig beliefern.

- 420 - **Unternehmensbedingt Abhängigkeit** liegt dann vor, wenn zwei Unternehmen eine langjährige Geschäftsbeziehung unterhielten, deshalb eine enge strukturelle / organisatorische Verbindung besteht und eine Umstellung nur unter unverhältnismäßigen Opfern möglich wäre.

Beispiel: Der französische Automobilhersteller R verkauft seine PKW über ein Netz aus Vertragshändlern. B ist einer dieser Vertragshändler. Eines Tages erklärt R gegenüber B die ordentliche Kündigung des Vertragshändlervertrags; die Kündigungsfrist beträgt nach dem Vertrag 12 Monate. Die Verträge mit anderen Händlern erhält R hingegen weiter aufrecht. Sie möchte eine Überflutung des Marktes verhindern. B sieht hierdurch seine Existenz gefährdet: Er müsste nicht nur die Innen- und Außengestaltung seiner Geschäftsräume ändern, sondern auch einen anderen Kundenkreis suchen, wenn er die Marke wechselt. Ist die Kündigung des R unwirksam nach § 134 BGB iVm § 20 Abs. 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB?¹⁹²

Lösung: R ist ein Unternehmen. R und B unterhielten eine langjährige Geschäftsbeziehung, durch die eine strukturelle und organisatorische Verbindung entstanden ist. Fraglich ist allerdings, ob B eine Umstellung nur unter unverhältnismäßigen Mitteln möglich wäre. Zwar hat B sein Unternehmen komplett auf R ausgerichtet, jedoch konnte B mit einer Kündigung rechnen, da der Vertrag zwischen ihm und R ein ordentliches Kündigungsrecht vorsah. Deshalb ist B nicht schützenswert. Die Kündigung ist nicht nach § 134 BGB iVm § 20 Abs. 1, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr.1, 2.Var. GWB unwirksam.

- 421 - Als **nachfragebedingte Abhängigkeit** bezeichnet man die Situation, wenn

¹⁹¹ BKartA Tätigkeitsbericht 1979/1980 S. 44 ff.

¹⁹² BGH WuW/E BGH 2983 – Kfz-Vertragshändler

die kleinen bzw mittleren Unternehmen Lieferanten sind und einem großem Abnehmer gegenüberstehen, von dem sie keine ausreichenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Fallgruppen sind insbesondere Nachfragemonopole (Schulbücher, Uniformen), Spezialisierung eines Lieferanten auf seinen Abnehmer und die Reputation des Abnehmers für Qualität und Sortiment.

Beispiel: A stellt orthopädische Schuhe her. Diese werden zu 80% von den Sozialversicherungsträgern erworben, zu 20% unmittelbar an Privatkunden verkauft. B, eine Trägerin der gesetzlichen Unfallversicherung weigerte sich grundlos, ohne vorherige Ankündigung und mit sofortiger Wirkung, Schuhe von A zu erwerben und beauftragte stattdessen konsequent ausschließlich die Konkurrenten von A.

Kann A von B Erwerb von Schuhen auf Grund von § 20 Abs. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 2. Var. GWB verlangen?

Lösung: A ist ein kleines Unternehmen, das von dem großen Unternehmen B abhängig ist. Außerdem hat A keine ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit. A kann demnach den Erwerb von Schuhen auf Grund von § 20 Abs. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs.2 S.1, 2. Var GWB verlangen.

422

§ 20 Abs. 1 GWB verweist auf das Behinderungs- und das Diskriminierungsverbot, § 20 Abs. 2 GWB auf das Anzapfverbot, § 20 Abs. 3 GWB auf das horizontale Behinderungsverbot und § 20 Abs. 5 GWB auf den Aufnahmewang.



Prüfungsschemata

1. Behinderungsverbot, § 20 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB

1. Behinderung (mittelbar oder unmittelbar)

- a. Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten
- b. unmittelbar: gegen anderes Unternehmen gerichtete Maßnahme
- c. mittelbar: durch Vereinbarung mit anderen Unternehmen (z.B. Ausschließlichkeitsvereinbarung)

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

2. Unbilligkeit

- a. Abwägung der (legitimen) Interessen der Betroffenen
- b. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: mildestes Mittel

2. Diskriminierungsverbot, § 20 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2

1. Unterschiedliche Behandlung
2. Gleichartiger Unternehmen hinsichtlich wirtschaftlicher Funktion und unternehmerischer Tätigkeit
3. Ohne sachlich gerechtfertigten Grund (vgl. oben zur Unbilligkeit)

3. Verbot passiver Diskriminierung, § 20 Abs. 2, § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

1. Unternehmen
2. (relative) Marktmacht - § 20 Abs. 1 S. 2 GWB unanwendbar
3. Ausnutzung (Kausalzusammenhang = *conditio sine qua non*)
4. anderes Unternehmen (nicht notwendig KMU)
5. auffordern oder veranlassen
6. Vorteile zu gewähren (Abgrenzung: Vertragsinhalt, insb. Gegenleistung)
7. ohne sachlichen Grund

Beispiel: Der Metro-Konzern erwarb die allkauf-Gruppe und stellte fest, dass dieselben Lieferanten teilweise verschiedene Konditionen eingeräumt hatten. Metro, die mit allkauf eine noch nachfragestärkere Position innehatte, forderte von den Lieferanten rückwirkende Anpassung der Konditionen jeweils an die Günstigere und eine Ausgleichszahlung für

die zu viel gezahlten Beträge.¹⁹³

Lösung: Metro könnte gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 iVm § 20 I GWB verstoßen haben. Metro müsste dazu gleichartige Unternehmen unterschiedlich behandelt, also diskriminiert haben. Metro will von allen Lieferanten die gleichen Bedingungen anfordern. M könnte jedoch gegen das Verbot passiver Diskriminierung des § 20 Abs. 2 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verstoßen haben. Metro ist ein Unternehmen. Metro müsste eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Relevanter Markt ist der Nachfragemarkt für Lebensmittel. Auf diesem Markt ist Metro nicht vermutet (§ 18 IV GWB) marktbeherrschend. Die Marktbeherrschung könnte sich aber aus § 18 Abs. 3 GWB ergeben. Metro kann jedoch nicht unabhängig von der Konkurrenz handeln und ist deshalb nicht marktbeherrschend iSd, § 18 GWB. § 19 GWB ist demnach unmittelbar nicht anwendbar. M könnte jedoch gegen § 20 Abs. 2 iVm § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verstoßen haben. Die Lieferanten müssten dafür von Metro abhängig sein. Dies ist der Fall, der Wechsel auf einen anderen Abnehmer wäre sehr schwierig. Außerdem ist die Finanzstärke kleiner Lebensmittellieferanten nicht immer für einen Sortimentswechsel ausreichend. Eine Abhängigkeit wegen der Besonderheiten des Lebensmittelhandels besteht deshalb. Darüber hinaus müssen die restlichen Voraussetzungen (außer Marktbeherrschung) des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB vorliegen. Metro müsste also seine Lieferanten angewiesen haben, ihn ohne sachlichen Grund Vorteile zu gewähren. Metro will rückwirkend seit dem Tag der Einigung über die Fusion die jeweils günstigeren Preise durchsetzen. Rabatte müssen jedoch immer als Gegenleistung für etwas gewährt werden. Vorliegend fordert Metro seine Lieferanten auf, die Rabatte ohne Gegenleistung zu gewähren. Das verstößt gegen § 20 Abs. 2 iVm. § 19 Abs. 2 Nr.5 GWB.

2. Horizontales Behinderungsverbot (§ 20 Abs. 3 GWB)

- 423 § 20 Abs.3 GWB regelt anders als § 20 Abs. 1 GWB und § 20 Abs. 2 GWB keine Verweisung auf § 19 GWB, sondern ist eine **eigene Regelung** für im Vergleich zur „kleinen und mittleren“ Konkurrenz starke Unternehmen. Während § 20 Abs. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB sowohl die Behinderung der Abnehmer (bzw. der Lieferanten bei Nachfragemacht) als auch diejenige der

¹⁹³ BGH NJW 2003, 205

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Konkurrenz umfasst, geht es bei § 20 Abs. 3 GWB ausschließlich um die Behinderung der unmittelbaren Konkurrenten in ihrer Tätigkeit (**horizontales Behinderungsverbot**). Die Benachteiligung der Abnehmer oder Lieferanten bemisst sich ausschließlich an § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (ggf. iVm § 20 Abs. 1 GWB).



Prüfungsschema § 20 Abs. 3 GWB

1. Unternehmen
2. Überlegene horizontale Marktmacht ggü. KMU (auch wenn noch größere Unternehmen am Markt beteiligt sind)
3. Ausnutzung ggü. Konkurrenz (§ 20 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB umfasst Vertikalverhältnis **und** Horizontalverhältnis)
4. mittelbare oder unmittelbare Behinderung der Konkurrenz
5. Unbilligkeit = ohne sachliche Rechtfertigung

- 424** Voraussetzung ist „**überlegene**“ **horizontale Machtstellung**. Im ersten Schritt ist hierzu selbstverständlich (wie bei § 19 Abs. 1 GWB oder § 20 Abs. 1 S. 1 GWB) der relevante Markt abzugrenzen. Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob es überhaupt kleine und mittlere Unternehmen auf diesem Markt gibt und wenn ja, ob diesen gegenüber eine überlegene Position besteht. Hierzu sind die Größen der Beteiligten untereinander zu vergleichen – es gibt also keine absoluten Referenzwerte. Es muss weder jedes kleine und mittlere Unternehmen „unterlegen“ sein, noch muss das konkrete Unternehmen das „mächtigste“ sein. Es genügt, dass kleinere Unternehmen benachteiligt werden, egal wie viele kleinere (oder auch größere) Unternehmen es insgesamt gibt.
- 425** Grundsätzlich liegt es in der Natur eines Wettbewerbsverhältnisses, dass jede Handlung, die eigene Gewinne verursacht, gleichzeitig verhindert, dass ein Konkurrent diese Gewinne erzielt (bzw. sogar Verluste macht). Entscheidend ist, dass das Unternehmen gerade den Spielraum ausnutzt, der aus der überlegenen Machtstellung folgt – was aber gleichfalls kaum bestimmbar ist. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in § 20 Abs. 3 S. 2 GWB **konkretisierende Fallgruppen** geschaffen, die aber nicht abschließend sind:
- 426** - Beim **Verkauf unter Einstandspreis** (predatory pricing), § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 GWB richtet sich der Vorwurf dagegen, dass ein „vernünftiges“

Besondere Tatbestände im deutschen Kartellrecht

Unternehmen keinesfalls Verluste machen will. Daher ist ein Verkauf, der unter dem Preis liegt, den das Unternehmen selbst gezahlt hat (exkl. Versicherung, Verpackung, Transport, Zoll, etc.), grundsätzlich nur dazu geeignet, die Konkurrenz vom Markt zu verdrängen und damit nicht „wettbewerbsgerecht“. Dabei ist die Norm sehr eng, da allein auf den Einstandspreis abgestellt wird und sonstige Kosten (etwa Miete des Geschäftslokals, Personalaufwand, Versandkosten, etc.) nicht berücksichtigt – ein Verlust als solcher genügt daher nicht.

- 427 - **Belieferung der Konkurrenz zu Preisen, die über dem Preis liegen, für den das Unternehmen das Produkt selbst am Markt anbietet** („Kosten-/Preisschere), § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB
- 428 - **Koppelung**, durch die die Konkurrenten auf den Märkten für die gekoppelten Produkte behindert werden können (aufgrund der Generalklausel des § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1);
- 429 - Erwirken von **Sonderrabatten** im Einkauf und Absicherung, dass entsprechende Rabatte Konkurrenten nicht gewährt werden (aufgrund der Generalklausel des § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1);
- 430 - Gewähr von **Einstandsgeldern** dafür, dass ein Lieferant seinen Vertrag mit einem Konkurrenten vorzeitig kündigt (aufgrund der Generalklausel des § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1).

§ 20 Abs. 3 GWB betrifft nur die Behinderung von „Wettbewerbern“ – eine Behinderung auf einem anderen Markt (sei es einem vorgelagerten Markt, einem nachgelagerten Markt oder einem ganz unabhängigen Markt) bleibt daher außer Betracht.

§ 20 Abs. 4 GWB enthält eine etwas kuriose Beweislastregel:

Beispiel: Der Einzelhandelsmarkt für Lebensmittel in Deutschland wird durch wenige Unternehmen, insb. durch Discounter, beherrscht. Die US-amerikanische Kette Wal*Mart will sich auf Deutschland ausdehnen. Hierzu werden über einen längeren Zeitraum u.a. Würfelzucker und Zuckerraffinade unter dem Einstandspreis verkauft. Wal*Mart meinte, diese Preispraktik sei erforderlich, um überhaupt auf dem Markt bekannt zu werden. Zudem sei die Maßnahme wettbewerblich unerheblich, da die Preisänderung nachweislich keine Auswirkungen auf die Marktanteile hatte. **Hat Wal*Mart gegen § 20 Abs. 3 GWB verstoßen?**

Lösung: Wal*Mart ist ein Unternehmen. § 19 Abs. 1 GWB ist mangels

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Marktbeherrschung (auf dem relevanten deutschen Lebensmittelmarkt) von Wal*Mart nicht erfüllt. Es könnte jedoch ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB vorliegen. Wal*Mart hat eine überlegene horizontale Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen. Diese überlegene Marktmacht müsste Wal*Mart gegenüber den KMUs ausgenutzt haben, indem Wal*Mart sie mittelbar oder unmittelbar behindert und dies ohne sachliche Rechtfertigung geschieht. Dies ist der Fall. Das Argument, dass dies die einzige Möglichkeit sei, auf dem deutschen Markt Fuß zu fassen, ist nicht überzeugend, ansonsten könnte kein Unternehmen auf dem Markt Fuß fassen, was nicht der Fall ist. Außerdem zählt das Handlungs- und nicht das Erfolgsunrecht. Wal*Mart hat gegen § 20 Abs. 3 GWB verstoßen.

3. Aufnahmezwang (§ 20 Abs. 5 GWB)

- 431 Mitunter müssen Unternehmen **Mitglied eines Verbands** sein, um ihre Produkte marktgerecht anzubieten. Typisches Beispiel ist etwa die Taxigenossenschaft, welche eine zentrale Rufnummer anbietet – ohne diese sind die Taxifahrer auf (seltene) Laufkundschaft angewiesen. Ebenso gehören hierhin aber etwa die Inhaber einer Kollektivmarke, die für eine bestimmte Produktkategorie im Verkehr erwartet wird. Aus diesem Grunde schafft § 20 Abs. 5 GWB eine eigene Verpflichtung spezifisch für „Verbände“ im weitesten Sinne (unabhängig von der Rechtsform, d.h. etwa eingetragene Vereine, Genossenschaften, BGB-Gesellschaften aber auch AG oder GmbH), Mitglieder aufzunehmen. Anders als ein echtes „Unternehmen“ dürfen die Verbände aber nicht als eigene wirtschaftliche Einheit auftreten, sondern verfolgen vielmehr darüber hinausgehende verbandspolitische Ziele. Das Gesetz differenziert dabei nach zwei Adressatengruppen.



1. **Wirtschafts- und Berufsvereinigungen** sind Zusammenschlüsse von Unternehmen, welche die wirtschafts- und berufspolitischen Interessen ihrer Mitglieder umfassend wahrnehmen und als deren Repräsentanten in der Öffentlichkeit auftreten.

2. **Gütezeichengemeinschaften** sind Vereinigungen von Unternehmen, welche Mitgliedern aufgrund regelmäßiger Überprüfung bestimmter, festgeschriebener Qualitätsmerkmale von deren Waren oder Dienstleistungen die Berechtigung zur Führung verbandsspezifischer Gütezeichen verleihen.

432 Im Kern ist § 20 Abs. 5 GWB ein reines **Diskriminierungsverbot** und damit ein Sonderfall von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (ggf. iVm § 20 Abs. 1 S. 1 GWB). Der Verband kann die Ablehnung der Aufnahme (bzw. den Ausschluss) also durch einen sachlichen Grund rechtfertigen.

433 In Fällen, in denen ein Verband nicht unter die gesetzlichen Fallgruppen fällt, kann im Einzelfall ein **Aufnahmezwang aus § 826 BGB** folgen. Insoweit zieht die Rechtsprechung die Wertung des § 20 Abs. 5 GWB entsprechend heran (jedoch nicht die Norm als solche!).

4. Boykottverbot (§ 21 Abs. 1 GWB)

434 In § 21 Abs. 1 GWB ist das **Boykottverbot** geregelt. Demnach dürfen Unternehmen andere Unternehmen nicht zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern, in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen.

435 Der Boykott fällt nicht nur unter das GWB, sondern auch unter **§ 3 UWG iVm. § 4 Nr. 4 GWB** (gezielte Behinderung von Mitbewerbern).



Prüfungsschema § 21 Abs. 1 GWB

1. Unternehmen (Verrufer)
2. Aufforderung eines anderen (unabhängigen) Unternehmens (Adressat)
3. Zur Sperrung eines Drittunternehmens (Boykottierter) – nicht notwendig Konkurrent des Verrufers
4. Subjektiv: Absicht, drittes Unternehmen zu beeinträchtigen
5. Unbilligkeit der beabsichtigten Behinderung
6. Erfolg der Aufforderung nicht erforderlich

Beispiele: 1. X, ein Veranstalter von Ausstellungen schloss mit A, einem Hersteller von Möbeln und Ausstellungszubehör, einen Exklusivvertrag. Der Möbelhersteller erwarb das Recht, bei allen Ausstellungen des Veranstalters die Ausstattung der Ausstellungsräume mit Möbeln und sonstigem Zubehör ausschließlich vorzunehmen. Andere Möbelhersteller wurden von dem Veranstalter nicht zugelassen. Außerdem verbot er den

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

an den Ausstellungen teilnehmenden Unternehmen, eigene Möbelhersteller zu beauftragen. Der Möbelhersteller B sieht hierin einen Boykott seiner Produkte. Verstößt das Verhalten von X gegen § 21 Abs. 1 GWB?¹⁹⁴

Lösung: X ist ein Unternehmen. X hat A aufgefordert, sich von keinem anderen Unternehmen mit Möbeln beliefern zu lassen und dies auch den an der Ausstellung teilnehmenden Unternehmen verboten. Fraglich ist, ob dies genügt, oder ob ein bestimmtes Unternehmen boykottiert werden muss. Nach der Rechtsprechung ist § 21 Abs. 1 GWB individualschützend. Es genügt demnach nicht, eine Alleinbezugsvereinbarung zu schließen. (Ansonsten lief die Privilegierung des § 2 Abs. 1 durch Umgehung leer)

2. Die AOK forderte den Chefarzt der Kinderklinik S auf, Krankentransportaufträge nur noch über den Rettungsdienst zu vergeben und nichtmehr, wie bisher, über das private Krankentransportunternehmen K. Der Rettungsdienst werde nämlich über alle Krankenkassen gemeinsam finanziert. Kosten für das private Krankentransportunternehmen könnten daher nichtmehr übernommen werden. K sieht hierin einen Boykott (§ 21 Abs. 1 GWB). Zu Recht?¹⁹⁵

Lösung: Die AOK ist ein Unternehmen. Sie fordert den Chefarzt der Kinderklinik dazu auf, Transporte nicht mehr an K zu vergeben. Der Chefarzt der Kinderklinik wird bei der Vergabe von Krankentransporten wirtschaftlich tätig und ist somit Unternehmen. Fraglich ist, ob der Boykott sachlich gerechtfertigt und somit nicht unbillig ist. Die reine Einsparung von Kosten stellt kein billigenswertes Interesse dar. Deshalb ist der Boykott unbillig und demnach unzulässig. Die AOK verstößt gegen § 21 Abs. 1 GWB.

- 436 Eine Behinderung kann aus verschiedenen Gründen **nicht unbillig** sein. Unstreitig ist dies der Fall, wenn aus „Notwehr“ gehandelt wird, § 227 BGB, also dazu dient, unlauteres oder rechtswidriges Verhalten Dritter abzuwehren.¹⁹⁶



Streitig sind **andere Fälle der fehlenden Unbilligkeit.**

¹⁹⁴ OLG Celle, WuW/E OLG 1001 –Hauswirtschaftsausstellung

¹⁹⁵ BGH NJW 1990, 1531

¹⁹⁶ BGH GRUR 1971, 259

Nach einer Ansicht ist ein Boykott immer dann unbillig, wenn er einen Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG bzw. §§ 226, 826 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB iVm eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb darstellt.

Nach anderer Ansicht lässt sich die Unbilligkeit nur über eine umfassende Interessenabwägung im Hinblick auf den Schutz des Wettbewerbs als solchen feststellen.

Beispiele: 1. Die T-GmbH ist zuständig für die Vermarktung von Werbeflächen in der Universität F. Die Gewinne der GmbH werden überwiegend an die Universität abgeführt; die GmbH handelt jedoch in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Repetitor R will Werbung in Werbekästen aufhängen, welche von der T-GmbH verwaltet werden. Die T-GmbH lehnt jedoch einen Mietvertrag ab, da die Universität die Vermietung von Werbeflächen an Repetitoren untersagt habe. Die Universität meint, dies sei zum Schutz des örtlichen Examenkurses gerechtfertigt. Zudem beträfe ihre Aufforderung nicht nur R, sondern pauschal alle kommerziellen Repetitorien. **R erblickt in diesem Verhalten der Universität einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB. Zu Recht?**¹⁹⁷

Lösung: Die Universität handelt bei der Vermietung von Plakaten wirtschaftlich und ist somit Unternehmen (funktionaler Unternehmensbegriff). Die Universität weißt das Unternehmen T-GmbH an, Werbeflächen nicht an R und nicht an Repetitoren generell zu vergeben. Dies müsste einen individuellen Boykott eines bestimmten Unternehmens darstellen. Die Gruppe der boykottierten Repetitoren (alle privaten) ist jedoch klar abgrenzbar. Insofern ist der Boykott individualisiert gegen die ansässigen privaten Repetitorien gerichtet. Dies müsste allerdings auch eine gezielte Behinderung der privaten Repetitorien darstellen. Die Universität nutzt die Werbeflächen jedoch auch nicht für eigene Werbung. Diese wird jedoch Uniintern betrieben (in Vorlesungen etc.). Repetitoren sind jedoch nicht auf Campuswerbung angewiesen. Solange die Universität selbst keine Werbung betreibt, darf sie auch das Werben privater Repetitorien auf ihrem Campus verbieten (= keine Schlechterbehandlung). Außerdem könnte ansonsten der Bildungsauftrag der Uni gefährdet werden, wenn diese durch Gestattung von Werbung privater Repetitoren den Anschein erweckt, das uniinterne Repetitorium reiche nicht aus.

¹⁹⁷ OLG Karlsruhe, WuW/E DE-R 2654

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

2. Der Bundesverband Deutscher Milchviehhalter e.V. rief seine Mitglieder zu einer Liefersperre auf, um Molkereien und den Lebensmitteleinzelhandel zu flächendeckend höheren Preisen zu zwingen. Die damaligen Preise waren für viele Bauern existenzbedrohend. In der Folge kam es zu einem Lieferstopp für Milch, der letztlich durch eine Erhöhung der Milchpreise durch den Einzelhandel beendet wurde. Das Bundeskartellamt sah in der Aufforderung des Verbandes einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB. Zu Recht?

Lösung: Der Bundesverband ist ein Unternehmen. Er hat seine Mitgliederunternehmen zum Boykott gegenüber Molkereien und dem Lebensmitteleinzelhandel aufgerufen. Dies ist unbillig. (Auch generell verfolgbare Ziele dürfen nicht durch Erpressung durchgesetzt werden. Das Bundeskartellamt hat im vorliegenden Fall ein Bußgeld verhängt.)

5. Druckverbot (§ 21 Abs. 2, Abs. 3 GWB)

- 437 In § 21 Abs. 2 GWB ist das sogenannte „**Druckverbot**“ geregelt. Das Verbot besagt, dass Unternehmen andere Unternehmen nicht zu kartellrechtswidrigem Verhalten veranlassen dürfen. Dies betrifft insb. die Ankündigung einer Liefersperre für den Fall, dass sich ein anderes Unternehmen nicht an die empfohlenen Preise hält¹⁹⁸ oder das Androhen eines Boykotts gegen Hersteller durch eine Verbandszeitschrift für den Fall weiterer Direktlieferungen unter Umgehung einer Handelsstufe.¹⁹⁹



Prüfungsschema § 21 Abs. 2 GWB

1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigung
2. Handlung
 - a. Androhung oder Zufügung von Nachteilen
 - b. Versprechen oder Gewähren von Vorteilen
3. anderes (unabhängiges) Unternehmen
4. Absicht, gegen GWB oder Art. 101, 102 AEUV verstoßendes Verhalten zu

¹⁹⁸ OLG Stuttgart WuW/E OLG 3981

¹⁹⁹ BGH BB 1980, 1652

veranlassen

Beispiel: Der Herausgeber der Fachzeitschrift „markt-intern Textil/Bekleidung“ rief in diesem Rundbrief und in mehreren Rundbriefen Hersteller auf, nur noch den Fachhandel zu beliefern, Direktverkäufe und die Belieferung des Nichtfachhandels (insb. von Internetgroßhändlern) einzustellen sowie allen Händlern gleiche Konditionen zu gewähren. Ansonsten drohte er mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung seitens einer großen Zahl von Fachhändlern. Verstößt dieses Verhalten gegen § 21 Abs. 2 GWB?²⁰⁰

Lösung: Der Herausgeber ist ein Unternehmen. Er droht Herstellern damit, dass viele Fachhändler die Geschäftsbeziehungen abubrechen, wenn die Hersteller nicht die Belieferung des Nichtfachhandels einstellen. Die Nichtbelieferung des Nichtfachhandels würde einen Kartellrechtsverstoß (der Angebotsmarkt für Endverbraucher würde extrem eingeeengt, es würde ein selektives Vertriebssystem geschaffen, der horizontale Wettbewerb der Hersteller würde beschränkt) erfüllen. Der Herausgeber handelt folglich in der Absicht, ein kartellrechtswidriges Verhalten zu veranlassen.

- 438 Während § 21 Abs. 2 GWB sich gegen verbotene Verhaltensweisen richtet, betrifft § 21 Abs. 3 GWB explizit erlaubte, **jedoch für den Wettbewerb nachteilige Verhaltensweisen**. Dazu gehört nicht nur das unabgestimmte Parallelverhalten (Nr. 3), sondern auch der erlaubte Zusammenschluss (Nr. 2) oder das kraft Gesetzes zulässige Kartell (Nr. 1).

6. Maßregelungsverbot (§ 21 Abs. 4 GWB)

- 439 § 21 Abs. 4 GWB regelt das **Maßregelungsverbot**. Die Norm schützt individuell die Willensentschießungs- und Willensausübungsfreiheit des Einzelnen und dient kollektiv der effektiven Durchsetzung des Kartellrechts. Die praktische Relevanz der Norm ist jedoch gering. Anders als andere Normen richtet sie sich nicht nur an Unternehmen, sondern an alle Personen (also auch an Einzelpersonen, z.B. Angestellte auf übergeordneten Ebenen). Voraussetzung ist die nachweisbare, tatsächliche Zufügung von Nachteilen.

²⁰⁰ BGH WuW/E BGH 1736 –markt-intern



Prüfungsschema § 21 Abs. 4 GWB

1. Adressat = Jedermann
2. Zufügen von Nachteilen (nicht nur Androhung – anders als § 21 Abs. 2 GWB)
3. „Anderer“ = auch Schutz von Nichtunternehmen (Whistle-Blower)

IV. Rechtsfolgen

- 440 Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV bzw. eines Verstoßes gegen §§ 19-21 GWB ähneln denjenigen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot. Auch insoweit sind öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Folgen zu unterscheiden.

1. Öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen

- 441 Auch beim Missbrauchsverbot geht es vorrangig darum, die Beeinträchtigung abzustellen. Hierzu kann die Kommission nach freiem Ermessen ein breites Spektrum an **Abhilfemaßnahmen** anordnen (Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003); eine entsprechende Befugnis des Bundeskartellamts gibt es in § 32 GWB.

Beispiel: ²⁰¹ Wegen des Marktmachmissbrauchs durch Bündelung des Mediaplayers mit Windows wurde gegen Microsoft angeordnet, dass zusätzlich zur gebündelten Version auch eine Windows-Version ohne Mediaplayer angeboten werden muss, die jedoch nicht teurer als die Version mit Mediaplayer sein darf. Hierdurch sollte die Konkurrenz die Gelegenheit erhalten, mit PC-Herstellern (OEM) zu vereinbaren, dass diese gegen eine Geldzahlung ausschließlich ihre Abspielprogramme mitliefern.

- 442 Nach der Mitteilung der Verfahrenseinleitung können die betroffenen Unternehmen selbst Vorschläge zur Behebung machen. Die Kommission kann diese **Verpflichtungszusagen** für verbindlich erklären und so die Beeinträchtigung abstellen (Art. 9 VO 1/2003). Die Parallelregelung für das Bundeskartellamt findet sich in § 32b GWB.

²⁰¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007D0053&from=DE>.

- 443 In dringenden Fällen können auch vor Erlass der Entscheidung bereits **einstweilige Maßnahmen** getroffen werden (Art. 8 VO 1/2003 bzw. § 32a GWB). Hierdurch soll die Vertiefung des bereits eingetretenen rechtswidrigen Zustands verhindert werden.
- 444 Zur Durchsetzung der unververtretbaren Handlungen (die nur von den Unternehmen selbst durchgeführt werden können) kann die Kommission **Zwangsgelder** androhen und verhängen (Art. 24 VO 1/2003); für das Bundeskartellamt gilt insoweit das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (§ 86a GWB). Die Zwangsgelder sollen Druck ausüben, sie haben keine Kompensations- oder Präventionswirkung.
- 445 Abschreckung soll vielmehr durch die Verhängung von **Bußgeldern** gewährleistet werden (Art. 23 VO 1/2003 bzw. § 81 GWB). Diese können gewaltige Höhen annehmen. Da auch das Bußgeld umsatzbezogen bemessen wird, hat es zudem eine Abschöpfungsfunktion; die daneben bestehende Möglichkeit der Gewinnabschöpfung nach § 34 GWB hat kaum praktische Relevanz

Beispiel:²⁰² Das Grund-Bußgeld in Sachen Microsoft wurde gemäß der Bußgeldleitlinie der Kommission zunächst auf EUR 165.732.101,00 festgesetzt. Sodann wurde es aufgrund der außerordentlichen Finanzstärke von Microsoft um die abschreckende Wirkung zu verstärken, verdoppelt. Schließlich wurde der Grundbetrag aufgrund der Dauer der Missbräuche (über 5 ½ Jahre hinweg) um 50 % erhöht. So wurde eine Geldbuße von 497.196.304,00 Euro errechnet.

2. Zivilrechtliche Rechtsfolgen

- 446 Ein unter Ausnutzung von Marktmacht erzwungener Vertrag bzw. eine einseitige Handlung ist nach § 134 BGB **nichtig**; einer Anfechtung nach § 123 BGB (wegen widerrechtlicher Drohung) bedarf es nicht. Insoweit handelt es sich bei §§ 19, 20, 21 GWB sowie bei Art. 102 AEUV jeweils um Verbotsgesetze. Anders als bei Art. 101 Abs. 2 AEUV gibt es insoweit auch keine vorrangige europarechtliche Sondervorschrift. Vielmehr folgt die Nichtigkeit auch insoweit aus § 134 BGB.
- 447 Auch für das Missbrauchsverbot gelten die §§ 33 ff. GWB. Das bedeutet, dass die Betroffenen nach § 33 Abs. 1 UWG **Unterlassungsansprüche** geltend ma-

²⁰² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007D0053&from=DE>.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

chen können und nach § 33a GWB **Schadensersatz** verlangen können. Unterstützt werden diese Ansprüche durch den **Auskunftsanspruch** nach § 33g GWB.

- 448** Auch bezüglich der **Rechte von Verbänden** gibt es keine Besonderheiten: Diese können nach § 33 Abs. 2 GWB Unterlassung und nach § 34a GWB Gewinnabschöpfung an die Staatskasse verlangen.

4. Kapitel Die Fusionskontrolle

I. Überblick

- 449** Die Fusionskontrolle stellt neben dem Kartellverbot und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die **dritte Säule des Kartellrechts** dar. Auf den ersten Blick ist die Fusionskontrolle ein eher harmloses Instrument: Seit der Einführung der europäischen Fusionskontrolle 1990 wurden nur 27 von ca. 7.000 angemeldeten Fusionen durch die EU-Kommission untersagt. Allerdings wurde eine hohe Ziffer von Anmeldungen entweder zurückgezogen oder unter Auflagen angenommen; zudem werden evident nicht zulassungsfähige Zusammenschlüsse erst gar nicht in Betracht gezogen.

Beispiele: Aktuelle Beispiele für eine Fusionskontrolle sind etwa die geplante Übernahme des Fernsehanbieters Sky durch die COMCAST-Gruppe (die ihrerseits bereits Filmstudios und Kabelnetze betreibt). Die EU-Kommission hat einen solchen (nur möglichen) Zusammenschluss bereits erlaubt. In Deutschland haben Daimler und BMW geplant, ihre Car-sharing-Programme zusammengelegt, um dadurch zu einem der führenden Anbieter zu werden.²⁰³ Die Prüfung durch das Bundeskartellamt läuft derzeit noch.

- 450** Die Fusionskontrolle bewegt sich auf einem schmalen Grat: Es wäre nicht zielführend, wenn man **internes Unternehmenswachstum** (durch Verbesserung der Qualität) staatlich verhindert („Erfolg muss belohnt werden“). An die Stelle einer Fusion kann aber praktisch oft auch die Übernahme von Personal oder sonstigen Ressourcen (Grundstücke, Patente, etc.) treten. Daher bezieht sich die Zusammenschlusskontrolle auch nicht spezifisch auf Verschmelzungen im Sinne des Umwandlungsrechts, umfasst aber auch nicht jegliches Wachstum. Ziel ist es, die Marktstruktur zu erhalten und jedenfalls für potentiellen Wettbewerb offen zu halten; andererseits soll eine Marktbeherrschung möglichst schon präventiv verhindert werden.
- 451** Die Fusionskontrolle nach der FKVO und die Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 ff. GWB schließen nicht die Anwendung des Kartellverbots (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) oder des Missbrauchsverbots (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19

²⁰³ <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2018-03/car2go-drivenow-fusion-daimler-bmw>

Die Fusionskontrolle

f. GWB) aus. Anschaulich zeigen dies die Fälle des Strukturmissbrauchs im Europarecht. Bis zum Inkrafttreten der FKVO waren die Art. 102, 102 AEUV ohnehin die einzigen Ansatzpunkte für eine Fusionskontrolle.

Beispiele: 1. Die Continental Can Company, ein US-amerikanischer Hersteller für verschiedene Verpackungsmaterialien, beabsichtigte die Gründung einer europäischen Verpackungsholdinggesellschaft. Zu diesem Zweck gründete sie neben einer bereits bestehenden deutschen Tochtergesellschaft (Marktanteil in der EU 30%) die Gesellschaft Europemballage. Europemballage sollte die Aktienmehrheit an weiteren auf dem Markt für Verpackungen in der EU tätigen Firmen erwerben. Es gelang der Europemballage 80 % der Aktien der TDV zu erwerben, die in der EU einen Marktanteil von 20 % hat. **Kann die Kommission auf Grund von Art. 102 AEUV hiergegen vorgehen?**²⁰⁴

Lösung: Die Continental Can Company ist ein Unternehmen. Sie müsste marktbeherrschend sein. Bei der Gründung der Tochtergesellschaft hatte Continental Can einen Marktanteil von 30 %. Continental Can konnte jedoch weitere 20 % erwerben, was ihr nur gelang, weil sie überragende finanzielle Ressourcen hatte. Continental Can war deshalb bereits bei Erwerb der Beteiligung marktbeherrschend. Diese Marktmacht müsste Continental Can auch missbraucht haben. Der EuGH nahm an, dass das Verbot der Verfälschung des Wettbewerbs in Art. 101 AEUV erst Recht impliziert, dass man den Wettbewerb nicht durch eine Transaktion komplett ausschaltet. Ein Erwerb von Anteilen von Mitbewerbern ist daher ein (Marktstruktur-)missbrauch, wenn er dazu führt, dass es am Ende keine oder zumindest nur noch sehr wenige ernsthaftige Konkurrenten gibt.

2. Philip Morris, ein Hersteller von Tabakwaren, erwarb 1981 für 350 Mio. \$ eine Beteiligung von 50% am Kapital der Rothman's Tobacco Holding Ltd, die ihrerseits an der Rothmans International Plc beteiligt war, einem großen Zigarettenhersteller in der EU. Philip Morris hatte einen Marktanteil von unter 30% auf dem europäischen Markt. Aufgrund des Kaufvertrags erhielt Philip Morris eine indirekte Beteiligung von 21,9% am Gewinn ihrer unmittelbaren Konkurrentin Rothmans International Plc. Später veräußerte Philipp Morris die Beteiligung erneut und erhielt eine Beteiligung an Rothmans International Plc von 30,8%, aber nur 24,9% der

²⁰⁴ EuGH, Urteil v. 21. Februar 1973, Rs. 6/72 – Europemballage und Continental Can / . Kommission

Stimmrechte; ein anderer Beteiligter hielt 43,6% der Stimmrechte. Kann die EU-Kommission aufgrund von Art. 101 AEUV hiergegen vorgehen?²⁰⁵

Lösung: Philip Morris und der Vertragspartner, der Phillip Morris 24,9 % der Stimmrechte eingeräumt hat, sind Unternehmen. Sie haben eine Abrede in Form einer Vereinbarung (über den Erwerb der Beteiligung) getroffen. Durch die Vereinbarung müsste es zu einer Wettbewerbsbeschränkung gekommen sein. Durch die finanziellen Interessen von Phillip Morris am Erfolg der Rothmans International Plc (da ein vernichtender Wettbewerb den Beteiligungswert auf Null reduzieren würde und Phillip Morris auch als Aktionär von Gewinnen bei Rothmans profitieren würde) wird Philipp Morris nicht mehr so uneingeschränkt in Wettbewerb zu Rothmans treten wie ohne die Beteiligung. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist bezweckt, da durch die Beteiligungshöhe und die Nebenklauseln Kontrolle erlangt wurde; ähnliches würde gelten, wenn eine konkrete geschäftliche Zusammenarbeit vorgesehen oder förderliche Strukturen oder eine spätere Stärkung der Position vorbehalten wird. Aufgrund der erheblichen grenzüberschreitenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen auf dem Binnenmarkt hat das Verhalten spürbare zwischenstaatliche Bedeutung. Phillip Morris hat gegen Art. 101 AEUV verstoßen.

1. Geschichte der Fusionskontrolle

- 452 Ursprünglich sah das deutsche Recht zwar eine Anzeigepflicht von Fusionen, aber keinerlei Instrumentarium zur Verhinderung vor. Man konnte daher einen Zusammenschluss praktisch nur am Missbrauchs- und Kartellverbot messen, was aber praktisch kaum Bedeutung hatte. Erst mit der zweiten GWB Novelle 1973 wurde eine (freilich schon im ursprünglichen Entwurf geplante, in der Beschlussfassung aber abgelehnte) **Fusionskontrolle mit Untersagungsmöglichkeiten** eingeführt. Im Rahmen der 3. GWB Novelle wurde sodann die Fusionskontrolle im Bereich der Presse verschärft (indem die Umsätze künstlich hochgerechnet wurden), um die Medienvielfalt zu gewährleisten. In der 4. GWB Novelle wurden zur Erleichterung der Anwendung Vermutungstatbestände eingeführt und die Bagatellklausel eingeschränkt. Eine größere Umstellung erfolgte im Rahmen der 6. GWB-Novelle (1998), als die Fusionskontrolle aus dem Abschnitt über die Missbrauchsaufsicht hinaus in einen eigenen Abschnitt versetzt und auch im Übrigen an die FKVO angenähert wurde.

²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 17.11.1987 Rs. 142/84, 156/84

Die Fusionskontrolle

Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Fusionskontrolle 2013 weiter an das Europarecht angeglichen und der in der FKVO bereits 2004 eingeführte SIEC-Test übernommen. Im Rahmen der 9. GWB Novelle wurden zusätzliche Aufgreifkriterien (für Akquisitionen im High-Tech-Bereich) aufgenommen und die Ministererlaubnis stärker formalisiert.

- 453 Der EuGH hat ursprünglich (wie oben bereits angedeutet) Unternehmenszusammenschlüsse ausschließlich auf Grundlage von Art. 101, 102 AEUV geprüft. Diese Vorgehensweise wurde aber sowohl in der Politik als auch in der Wirtschaft eher kritisch aufgenommen – denn es gab weder einen klaren Maßstab noch ein rechtssicheres Verfahren, um Zusammenschlüsse vorab prüfen zu lassen. Daher wurde 1989 die erste Fusionskontrollverordnung (VO 4064/89) erlassen. Diese wurde dann 2004 grundlegend reformiert. Dabei wurde der SIEC-Test eingeführt und eine DurchführungsVO 802/2004 erlassen, die das Verfahren insbesondere durch Formblätter strukturiert. Die Kommission hat viele Mitteilungen bekannt gegeben, insbesondere zur Zuständigkeit, über die Bewertung horizontaler/nicht horizontaler Zusammenschlüsse und um das Verfahren zu vereinfachen. Derzeit ist nach mehreren ausgiebigen Anhörungen eine grundlegende Reform der FKVO geplant.

2. Realtypen

- 454 Man unterscheidet **horizontale**, **vertikale** und **konglomerate** Zusammenschlüsse:
- 455 - Ein **horizontaler Zusammenschluss** liegt vor, wenn sich zwei oder mehr (aktuelle und zumindest potentielle) Konkurrenten auf demselben Markt zusammenschließen. Die Wirkung ist dabei gegenüber einer bloßen Kartellabrede verschärft – ein Marktteilnehmer verlässt hierdurch den Wettbewerb vollständig und endgültig, die Interessen beider Unternehmen werden gleichgeschaltet. An derartige Zusammenschlüsse sind besonders hohe Anforderungen zu stellen, da hierdurch der Wettbewerb (konkret die Auswahlmöglichkeiten der jeweiligen Marktgegenseite) merklich vermindert wird.
- 456 - Ein **vertikaler Zusammenschluss** liegt vor, wenn sich Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen zusammenschließen (Hersteller und Weiterveräußerer; Zulieferer und Automobilhersteller). Hierdurch wird die Auswahl der Marktgegenseite praktisch nicht verringert – allerdings wird die relative Macht des „integrierten“ Unternehmens regelmäßig gestärkt, so dass nach Vollzug des Zusammenschlusses die Gefahr eines horizontalen

Missbrauchs nahelegt.

- 457 - Ein **konglomerater Zusammenschluss** liegt vor, wenn Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind (also kein horizontaler Zusammenschluss vorliegt) und nicht in einem Abnehmer-Nachfrager-Verhältnis zueinanderstehen (also kein vertikaler Zusammenschluss vorliegt). Bei konglomeraten Zusammenschlüssen besteht die Gefahr, dass die hierdurch gestärkte Position genutzt wird, um Druck auf Konkurrenten oder Abnehmer auszuüben. Konkret geht es um Fälle der unzulässigen Koppelung verschiedener Produkte. Dabei wird ein Produkt bzw. werden Einnahmen auf einem anderen Markt als „Hebel“ eingesetzt, um auch im zweiten Markt Fuß zu fassen („Leverageeffekt“).

3. Verhältnis von deutscher und europäischer Fusionskontrolle

- 458 Bei der Fusionskontrolle gilt das „**One-Stop-Shop**“- Prinzip, Art. 21 Abs. 3 FKVO; § 35 Abs. 3 GWB. Es gibt nie eine parallele Zuständigkeit von Kommission und Bundeskartellamt, die EU-Kommission prüft nur die FKVO wogegen das BKartA nur § 35 ff. GWB prüft. Praktisch ist das Bundeskartellamt damit nur für Fälle zuständig, welche die nationalen Schwellenwerte überschreiten, aber hinter den europäischen Schwellenwerten zurückbleiben. Die Zuständigkeiten können gemäß Art. 4, 9, 22 FKVO von BKartA und Kommission verwiesen werden.

II. Tatbestand

- 459 Die Prüfung der FKVO und gemäß §§ 35 ff. GWB verläuft weitgehend parallel.



Prüfungsschema §§ 35 ff. GWB

1. Aufgreifkriterien
 - a. Zusammenschluss
 - b. Schwellwerte
2. Eingreifkriterien
 - a. SIEC-Test
 - b. Ausnahmen

Prüfungsschema FKVO

1. Aufgreifkriterien
 - a. Zusammenschluss
 - b. Schwellwerte
2. Eingreifkriterien
 - a. SIEC-Test
 - b. Ausnahmen

1. Aufgreifkriterien

- 460 Unter „**Aufgreifkriterien**“ versteht man die Voraussetzungen, die objektiv vorliegen müssen, damit überhaupt eine Anmeldepflicht bei der EU-Kommission bzw. beim Bundeskartellamt besteht. Damit ist weder die Genehmigung noch die Untersagung des Zusammenschlusses präkludiert (dies richtet sich nach den sogleich zu erörternden Eingreifkriterien) – allerdings wird bereits die Nichtanmeldung als solche bereits als Verstoß verfolgt.

a. ausgeschlossene Bereiche

- 461 Wie beim Kartellverbot gibt es auch bei der deutschen Zusammenschlusskontrolle **ausgeschlossene Bereiche**. Ausgenommen ist nach § 35 Abs. 2 S.2 GWB die Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe, die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehen. § 35 Abs. 2 S. 3 GWB schließt die Fusionskontrolle innerhalb einer nicht gegenüber Endverbrauchern auftretenden kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe aus. Uneingeschränkt anwendbar ist die Fusionskontrolle allerdings bei ÖPNV (trotz des Konzessionsystems) und bei der Gesundheit (siehe ins. §172 a SGB V für Krankenkassen).

b. Zusammenschluss

- 462 Der Zusammenschluss ist der **Kernbegriff der Fusionskontrolle**. Er grenzt das interne Unternehmenswachstum und wettbewerbsbeschränkende Abreden vom externen Unternehmenswachstum durch die Beseitigung der Selbstständigkeit eines anderen Unternehmens ab. Generell werden die einzelnen Zusammenschlusstatbestände weit ausgelegt, um eine adäquate präventive Kontrolle zu ermöglichen. Beteiligt sein müssen „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts – hier gibt es also keine Besonderheiten zum Kartellverbot bzw. zum Missbrauchsverbot. Sie müssen hier aber stets im Blick halten, ob die Unternehmen wirklich „selbstständige“ wirtschaftliche Einheiten sind – bilden sie eine gemeinsame Einheit, fehlt es schon an der erforderlichen Mehrheit an Beteiligten (explizit § 36 Abs. 2 S. 1 GWB). Allerdings kann ein bereits bestehender Zusammenschluss auch nachträglich verstärkt werden (§ 37 Abs. 2 GWB) – dann ist jede Verstärkung der Integration ein erneuter Zusammenschluss, der wiederum neu anzumelden ist.

Im Normalfall erwirbt bei einem Zusammenschluss ein Unternehmen Kontrolle über ein anderes. Denkbar ist jedoch auch, dass mehrere Unternehmen gemeinsam beherrschenden Einfluss erwerben („*joint control*“). Im deutschen Recht findet sich eine Regelung dieses Sachverhalts in § 36 Abs. 2 S. 2 GWB. Entscheidend hierfür ist die Frage, ob eine Binnenkoordination unter den vermeintlich gemeinsam herrschenden Unternehmen naheliegt. Hierzu sind alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen.

- 463** Sowohl das deutsche (§ 37 Abs. 3 GWB) als auch das europäische Fusionskontrollrecht (Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO) kennen einen **Ausschluss** für den Anteils-erwerb durch Kreditinstitute, Finanzinstitute und Versicherungen zum Zwecke der Veräußerung. Erforderlich ist jedoch, dass das Stimmrecht aus den Anteilen nicht ausgeübt wird und die Anteile innerhalb eines Jahres veräußert werden. Klausurrelevanz hat diese Ausnahme jedoch nicht. Ebensowenig sollten Sie sich mit den beiden anderen in der FKVO geregelten Ausnahmen befassen – der Schutz des Insolvenzverwalters ist nach deutschem Recht irrelevant, da die Gesellschaftsorgane auch in der Insolvenz im Amt bleiben; Beteiligungsgesellschaften müssen Sie nicht kennen.
- 464** Im **europäischen Recht** sind zwei verschiedene Varianten des Zusammenschluss zu unterscheiden (Art. 3 FKVO):
- 465** - Eine „**Fusion**“ liegt in jedem Fall bei einer umwandlungsrechtlichen Verschmelzung (§ 2 UmwG) durch Neugründung oder Aufnahme vor (rechtliche Fusion). Dabei gehen alle Vermögenswerte kraft Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger über; mindestens einer der Beteiligten hört auf zu Existieren. Erfasst ist aber auch eine bloß wirtschaftliche Fusion.
- 466** - „**Kontrollerlangung**“ bedeutet, dass die unmittelbare oder mittelbare Entscheidungsbefugnis über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erworben wird (Art. 3 Abs. 2 FKVO). Dies kann insbesondere dann geschehen, wenn dadurch Stimmrechtsmehrheit entsteht, wesentliche Vermögensbestandteile erworben werden, besondere Zusatzrechte bei einer Minderheitsbeteiligung bestehen oder sonstige Mittel, wie z.B. ein Beherrschungsvertrag (§ 293 AktG) hinzukommen.
- 467** Im **deutschen Recht** gibt es demgegenüber sogar vier Varianten des Zusammenschlusses: Neben dem aus dem Europarecht übernommenen „**Kontrollerwerb**“ (§ 37 Abs. 3 Nr. 1 GWB) und dem der europäischen Fusion ähnlichen „**Vermögenserwerb**“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), sowie den „**Anteils-erwerb**“ und

Die Fusionskontrolle

die bloße Erlangung „**wettbewerblich erheblichen Einfluss**“ (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Im Folgenden werden die einzelnen Zusammenschlusstatbestände anhand der deutschen Differenzierung dargestellt, wobei die „Fusion“ beim Vermögenserwerb mitdiskutiert wird.

aa. Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB ~ Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO)

- 468** Der Begriff der „**Fusion**“ in Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO ist anders als der Kontrollwerb nicht näher definiert. Man kann insoweit zunächst auf die Fusionsrichtlinie abstellen. Diese regelt die „Verschmelzung“ von zwei Unternehmen – und zwar als Verschmelzung zur Aufnahme oder als Verschmelzung zur Neugründung. Diese Fälle nennt man „rechtliche Fusion“, es geht um eine Gesamtrechtsnachfolge, bei welcher ein Rechtsträger als solcher auf den anderen übergeht. Daneben soll der Begriff aber auch die „faktische Verschmelzung“ erfassen. Darunter versteht die Kommission jede Vereinbarung, die zur Entstehung einer wirtschaftlichen Einheit führt. Dies betrifft insbesondere Unternehmensverträge im Sinne von §§ 291 ff. AktG; in Betracht kommt aber auch ein Asset Deal, bei dem von einem Unternehmen nur noch eine leere Hülle verbleibt.
- 469** Auch beim scheinbar klarer formulierten „Vermögenserwerb“ im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB geht es um einen **faktischen Marktaustritt** des Veräußers, der entsprechend zu einem Marktmachtzuwachs (bzw. zu einem erstmaligen Markteintritt) des Erwerbs geführt hat. Das bedeutet umgekehrt: Solange der Veräußerer weiter auf dem konkreten Markt bleibt (oder jedenfalls weiterhin potentieller Konkurrent ist), greift § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht ein. Wichtigster Fall des Vermögenserwerbs ist damit die Verschmelzung im Sinne des Umwandlungsrechts (welches die o.g. Fusionsrichtlinie umsetzt); möglich sind aber auch eine Abspaltung zur Aufnahme oder ein schlichter Asset Deal, bei dem die wesentlichen Vermögensgegenstände einzeln übertragen werden.



Definition: Vermögen meint die Gesamtheit aller die Marktstellung ausmachenden Rechte und Chancen (Sachgüter aller Art, Schutzrechte, Marken, Kundenbeziehungen, Lieferverträge, etc.). **Erwerb** bezeichnet die Vollrechtsübertragung, also nicht die bloße Begründung von Nutzungsrechten (Sonst: bloß internes Wachstum, kein Übergang einer schon vorhandenen Marktstellung). Dabei kommt es auf eine wirtschaftliche Betrachtung an. Bei „sale and lease back“ bleibt also der Einfluss beim ursprünglichen Inhaber.

Beispiele: A vertreibt Aluminiumfolien, Frischhaltebeutel und weitere Papier- und Folienprodukte. Er verkauft an X für die Aluminium- Zinn- und Kunststoff-Folien eingetragene Markt „FRAPAN“:²⁰⁶ **Liegt ein Zusammenschluss von X und A vor?**

Lösung: Es könnte ein Zusammenschluss in Form eines Vermögenserwerbs vorliegen. Vermögen umfasst auch Marken, FRAPAN zählt also als Vermögen. FRAPAN stellt einen wesentlichen Teil dar, nämlich den für Aluminium- Zinn- und Kunststofffolie. Diese Marke wird weiter mit dem ursprünglichen Inhaber verbunden werden, die Übertragung von Marken stellt bereits eine Teilübertragung von Vermögen dar und ist deshalb qualitativ relevant. Die Marke wurde von X erworben. Es liegt also ein Vermögenserwerb vor. Die Übertragung von Marken beschreibt bereits

2. A produziert und verarbeitet Stahl. Aus den dabei anfallenden Abfallstoffen wird in einem Zementwerk Zement produziert, was 0,7% des Umsatzes ausmacht und einen Anteil von 2% am Gesamtvermögen von A ausmacht. A beschließt, das Zementwerk an X zu veräußern. **Liegt ein Zusammenschluss von X und A vor?**²⁰⁷

Lösung: Es könnte ein Vermögenserwerb vorliegen. Dazu müsste ein wesentlicher Teil des Vermögens übertragen worden sein. Das Zementwerk betrifft quantitativ jedoch nur 0,7 % des Umsatzes und 2 % des Gesamtvermögens des A. Jedoch könnten qualitative Gesichtspunkte für die Wesentlichkeit sprechen. As Haupttätigkeit ist nicht die Produktion von Zement. Dieser Teilbereich ist unabhängig von der Stahlproduktion und muss deshalb von dieser gesondert betrachtet werden. Qualitativ ist das Zementwerk damit ein separater Unternehmensteil und damit ein wesentlicher Teil. Demnach ist die Erheblichkeit zu bejahen. Ein Vermögenserwerb liegt vor.

- 470** Was ein „wesentlicher“ Vermögensteil im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist kann entweder quantitativ (80-90%) oder qualitativ bestimmt werden. Maßgeblich ist, dass die Marktposition des Erwerbers durch den zusätzlichen Vermögensgegenstand signifikant verändert wird. Im letzteren Fall kommt es darauf an, ob es um eine funktional selbstständige Teileinheit handelt. Als Vermögenserwerb im Sinne des deutschen § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB genügt insbesondere auch der Erwerb eines Markenrechts, durch welches der bisherige

²⁰⁶ BGH WuW/E BGH 2783 -Warenzeichenerwerb

²⁰⁷ BGH WuW/E BGH 1377 -Zementmahlanlage I

Die Fusionskontrolle

Inhaber seine Position auf dem betroffenen Markt erst ausbilden konnte. Erforderlich ist stets die Vollübertragung – eine bloße Lizenz (als Nutzungsrecht) genügt hierfür nicht.

- 471 Erfasst sind auch Umgehungskonstellationen, in denen in zeitnaher Abfolge mehrere Einzelgegenstände erworben werden. Dann ist eine **wirtschaftliche Gesamtbetrachtung** der einzelnen erworbenen Gegenstände vorzunehmen.

bb. Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB = Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO)

- 472 Der **Kontrollerwerb** wurde im deutschen Recht als Generalklausel ergänzt, um diejenigen Fälle zu erfassen, die auch in der europäischen Fusionskontrolle als Zusammenschluss gelten. Voraussetzung ist ein bestimmender Einfluss auf das andere Unternehmen, wodurch dieses nicht mehr als eigenständige (autonome) Einheit am Markt teilnehmen kann (sondern jedenfalls auf dem betroffenen Markt ausschließlich fremdbestimmt agiert).

Definition: Kontrolle ist jeder steuernde unternehmerischer Einfluss auf ein anderes Unternehmen.

- 473 Da die FKVO weniger Tatbestände als das deutsche Recht enthält und insbesondere keine „sonstige Verbindung“ erfasst wird der Begriff dort sehr weit ausgelegt. Ausdrücklich erfasst sind die gemeinsame („eine oder mehrere Personen“) und die mittelbare Kontrollerlangung („unmittelbar oder mittelbar“). Damit sind insb. Treuhänder und Strohleute gemeint. Die Mittel der Kontrolle nennt § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB (und entsprechend Art. 3 Abs. 2 FKVO):
- 474 - In Bezug auf **Eigentums- oder Nutzungsrechte am Vermögen** kann es um das Vermögen des Unternehmens insgesamt (Unternehmenspacht, Unternehmenskauf, Anteilerwerb), aber auch um zentrale Teile (namentlich Lizenzen, Maschinen, etc.) gehen. Maßgeblich sind hier die Auswirkungen auf die Marktstellung des Erwerbers, nicht der Verlust beim Veräußerer oder der reine Vermögenswert. Auf den ersten Blick scheint es einen Wertungswiderspruch zwischen § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB und § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu geben: Beim Vermögenserwerb ist erforderlich, dass „wesentliche“ Teile erworben werden, während beim Kontrollerwerb scheinbar der Erwerb beliebiger Vermögensbestandteile genügt. Der

BGH hat dies so gelöst, dass er auch für § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB wesentliche Teile verlangt, da Kontrolle dies erst Recht voraussetzt.²⁰⁸ Anders als in Nr. 1 ist aber hier kein Vollerwerb erforderlich – es genügt vielmehr auch ein bloßes Nutzungsrecht (insb. eine Lizenz an einer Marke, einem Urheberrecht, etc.).

- 475 - Demgegenüber wird ein „**bestimmender Einfluss auf die Organe**“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. b FKVO erworben, wenn man die Stimmenmehrheit erwirbt (also Aktien, GmbH-Geschäftsanteile, etc.). Eine Hauptversammlungsmehrheit ist dabei hinreichend – wenn also nur 40% regelmäßig zur HV erscheinen, genügt eine Beteiligung von über 21% um dort die Mehrheit zu erlangen. Wird eine Minderheitsbeteiligung durch Sonderrechte unterstützt (etwa Zustimmungsvorbehalte, Bestellungsrechte, etc.) kann auch diese zum Kontrollerwerb genügen. Nicht genügend sind hingegen bloße Blockaderechte bei Grundsatzentscheidungen (25%-Beteiligung). Im Übrigen kann ein bestimmender Einfluss im Hinblick auf die Zusammensetzung, die Beratung oder die Beschlüsse von Organen auch durch besondere Verträge erreicht werden.
- 476 - Schließlich kommen auch **weitere Mittel** in Betracht, da Art. 3 Abs. 2 FKVO keine abschließende Aufzählung enthält, sondern nur typische Regelbeispiele auflistet. So kann etwa eine dauerhafte wirtschaftliche Abhängigkeit durch langandauernde Vertragsbeziehungen (exklusiver Zulieferer) genügen.

cc. Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

- 477 Der am einfachsten zu prüfende Zusammenschlusstatbestand ist der **Anteils-erwerb**. Dabei ist eine rechtliche Wertung nicht erforderlich, sondern es wird rein objektiv an die absolute Beteiligung angeknüpft. Wer also die Schwelle von 25% erreicht oder überschreitet, muss diesen Anteilserwerb (unabhängig vom Kapitalmarktrecht) der Kartellbehörde zur Genehmigung anmelden. Um wie viel der Schwellenwert überschritten wird, ist dabei egal – wer also von 0% auf 30% einsteigt wird ebenso behandelt wie derjenige, der unmittelbar 99% der Aktien kauft. Die zweite Schwelle greift nur ein, wenn es sich um einen späteren Zukauf handelt – auch wer bereits 40% hält, muss erneut beim Kartellamt einen Zusammenschluss anmelden, wenn er 50% überschreitet.

²⁰⁸ BGHZ 1709, 130 Rn. 11 – National Geographic II.

Hinweis: Wer durch die Mehrheit gleichzeitig auch die Kontrolle erwirbt, erfüllt kumulativ § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB und § 37 Nr. 3 GWB.

- 478 Irrelevant ist, ob der **Erwerb kraft Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes** (etwa durch gesetzliche Erbfolge, Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen iSv §§ 21, 34 GmbHG oder Anwachsung in den Personengesellschaften) erfolgt. Ausgeschlossen ist hingegen die Neugründung einer Tochtergesellschaft, soweit hierdurch nicht auf externe Ressourcen zurückgegriffen wird.
- 479 „**Anteil**“ umfasst alle Formen der Mitgliedschaft in Unternehmen, insb. Aktien, Gesellschaftsanteile an GmbHs aber auch Beteiligungen an Personengesellschaften, soweit diese ein Stimmrecht einräumen.
- 480 § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB und § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB regeln die **Zurechnung von Anteilen**. Dabei wird zunächst die Zurechnung von treuhänderisch gehaltenen Anteilen angeordnet, um Umgehungen zu vermeiden. Ebenso werden die Anteile eines Unternehmens und des Privatvermögens des dahinter stehenden Einzelkaufmanns zusammengerechnet. Bei einem gemeinsamen Erwerb („acting in concert“) mehrerer Unternehmen wird auch ein Zusammenschluss der betreffenden kaufenden Unternehmen unterstellt.

dd. Sonstige Verbindung (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

- 481 Als **großen Auffangtatbestand** kennt die deutsche Zusammenschlusskontrolle noch die sonstige Verbindung. Hier ist nicht etwa die absolute Beherrschung erforderlich, sondern es genügt auch eine indirekte Einflussnahme. Es genügt, dass der Mehrheitsgesellschafter die Vorstellungen des Erwerbers berücksichtigt und so die internen Entscheidungsprozesse beeinflusst werden.
- 482 Erforderlich ist allerdings die **Ausnutzung gesellschaftsrechtlicher Mittel**. Praktisch geht es vor allem um eine Beteiligung, die nur knapp unter 25% liegt und damit nicht unter den Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) fällt. Hinzukommen muss dann ein Plusfaktor, der die geringere Beteiligung ausgleicht. Dies kann etwa im Hinblick auf personelle Verflechtungen (Organidentität, Entscheidungsrechte in den Aufsichtsrat) der Fall sein.

c. Sonderproblem: Gemeinschaftsunternehmen

- 483 Zwei (oder mehr) bestehende Unternehmen können ihre Interessen durch

Gründung einer gemeinsamen Tochter („joint venture“) in beliebiger Rechtsform (GbR, OHG, GmbH, EWIV, etc.) bündeln. In diesem Fall ist der entsprechende Gesellschaftsvertrag unmittelbar verdächtig, eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV zu sein, da die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens sich in dessen Geschäftsbereich wohl keine Konkurrenz mehr machen werden. Über diesen durch die gemeinsame Tochter unmittelbar betroffenen Bereich hinaus werden die Muttergesellschaften aber ggf. auch darüber hinaus zu einer parallelen Ausrichtung ihrer Tätigkeiten neigen („Spillover-Effekt“).

- 484** Sowohl das deutsche (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB) als auch das europäische (Art. 3 Abs. 4 FKVO) Kartellrecht kennen derartige **Gemeinschaftsunternehmen als Zusammenschlüsse**. Die Behandlung ist jedoch nicht einheitlich:
- 485** - Im deutschen Recht befreit die Genehmigung eines Zusammenschlusses nach §§ 35 ff. GWB nicht von den Anforderungen des Kartellverbots (sog. **Zweischrankentheorie**). Im Hinblick auf das europäische Kartellverbot des Art. 101 AEUV ist diese Zurückhaltung des deutschen Rechts selbstverständlich – denn die das nationale Kartellrecht kann nicht das vorrangige europäische Primärrecht verdrängen. Aber auch im Übrigen werden Gemeinschaftsunternehmen auch an § 1 GWB gemessen (sog. „Zweischrankentheorie“). Denn der Gesellschaftsvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens bietet sich geradezu als verstetigte Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB an. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn das Gemeinschaftsunternehmen vollständig autark handelt und die Beteiligung sich auf das reine Investment beschränkt, ohne dass die Handlungsfreiheit der Mutterunternehmen beeinträchtigt wird (sog. „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“). In diesem Fall greift § 1 GWB nicht, sondern ausschließlich die Zusammenschlusskontrolle.
- 486** - In der europäischen Fusionskontrollverordnung werden Gemeinschaftsunternehmen von Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 4 FKVO erfasst. Danach sind nur sog. **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen** von der Fusionskontrollverordnung erfasst, während „Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen“ allein den Art. 101, 102 AEUV unterliegen. Entscheidend ist, ob das Unternehmen dauerhaft alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen kann. Hierzu muss es selbst über die erforderliche organisatorische, finanzielle und personelle Ausstattung verfügen – darf also nicht von seinen Gesellschaftern (bzw. Muttergesellschaften) abhängig sein.

Die Fusionskontrolle

d. Umsatzschwellen

- 487 Aufgrund des Aufwands des Prüfungsverfahrens ist **nicht jeder Zusammenschluss** vorab zu prüfen. Vielmehr verlangt das Gesetz die Überschreitung gewisser Schwellenwerte. Diese sind naturgemäß auf europäischer Ebene erheblich höher, da es um „gemeinschaftsweite Bedeutung“ (Art. 1 FKVO) geht. Dabei gilt folgendes:
- 488 - Die niedrigste Schwelle findet sich in **§ 35 Abs. 1a GWB**. Danach genügt es, dass alle beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsätze von 500 Millionen Euro erzielt haben, eines der beteiligten Unternehmen mehr als 25 Millionen Umsatz im Inland erzielt hat und die anderen beteiligten Unternehmen nicht mehr als 5 Millionen Euro Umsatz im Inland erzielen. Zusätzlich muss aber für den Erwerb eine Gegenleistung von über 400 Millionen Euro gezahlt werden und das Zielunternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig sein. Damit sollen innovative Startups vor einer Übernahme geschützt werden.
- 489 - Die „normale“ Umsatzschwelle des deutschen Fusionskontrollrechts (**§ 35 Abs. 1 GWB**) ist demgegenüber in Bezug auf die anderen beteiligten Unternehmen höher: Zwar müssen wiederum weltweit Umsätze von über 500 Millionen Euro erzielt werden. Jedoch muss mindestens ein Unternehmen mehr als 25 Millionen Umsatz in Deutschland erzielen und mindestens ein anderes Unternehmen mehr als 5 Millionen Euro.
- 490 - Die Umsatzschwelle nach **Art. 1 Abs. 3 FKVO** verlangt einen weltweiten Gesamtumsatz von über 2,5 Mrd. Euro, von denen wiederum in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils über 100 Mio. erreicht wurden und in jedem von mindestens drei dieser Staaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei Unternehmen bei je mehr als 25 Mio. Euro liegt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen über 100 Mio. Euro liegt und die Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten in erheblichem Umfang tätig sind. Sie dürfen daher nicht 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in demselben Mitgliedstaat erzielen (Art. 1 Abs. 3, 2. HS FKVO). Hierdurch soll eine Belastung durch mehrere parallele Kontrollverfahren vor den Behörden verschiedener Staaten vermieden werden.
- 491 - Der Normalfall der europäischen Fusionskontrolle findet sich schließlich in **Art. 1 Abs. 2 FKVO**. Danach ist ein weltweiter Gesamtumsatz von 5 Milliarden Euro und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von min. 2 be-

teiligten Unternehmen von je mehr als 250 Mio. Euro erforderlich. Ausgenommen sind Fälle mit überwiegend nationaler Bedeutung, was sich dadurch äußern muss, dass jeweils mehr als 2/3 des gemeinschaftsweiten Umsatzes in demselben Mitgliedstaat erzielt werden (Art. 1 Abs. 2, 2. Halbsatz FKVO).

- 492 Die **Berechnung der Umsätze** richtet sich im deutschen Recht nach § 38 GWB. Maßgeblich sind die Umsatzerlöse im Sinne des HGB, d.hg. Erlöse aus Verkauf, Vermietung oder Verpachtung oder für typische Dienstleistungen nach Abzug von Erlösschmälerungen und Umsatzsteuer (§ 277 Abs. 1 HGB). Dieser sieht als Sonderregelung eine besondere Berechnung für Fusionen im Medienbereich vor: Dort sind alle Umsätze mit 8 zu multiplizieren (§ 38 Abs. 3 GWB). Es geht also um einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von nur 62,5 Mio. € und 3,125 Mio. Euro bzw. 625.000 € im Inland. Privilegiert ist hingegen der Handel mit Waren – dort sind nur $\frac{3}{4}$ der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen (§ 38 Abs. 2 GWB). Dahinter steht die Überlegung, dass der Umsatz im Handel die Bedeutung für den Markt nur unvollständig widerspiegelt.
- 493 Für das **europäische Recht** richtet sich die Umsatzberechnung nach Art. 5 FKVO. Dabei sind wiederum alle Umsätze zusammenzuzählen und Erlösschmälerungen, Mehrwertsteuer und andere umsatzbezogene Steuern (Tabaksteuer, etc.) abzuziehen. Berücksichtigt werden auch die Umsätze von anderen Unternehmen auf die bestimmender Einfluss genommen werden kann. Zur Konkretisierung hat die Kommission eine erläuternde Mitteilung erlassen.²⁰⁹ Eine Herabsetzung oder Heraufsetzung des Wertes durch Multiplikation ist hier nicht vorgesehen.
- 494 Bei einem **Teilerwerb** ist nach § 38 Abs. 5 S. 1 GWB bzw. Art. 5 Abs. 2 FKVO selbstverständlich nur der Umsatz des veräußerten Teils maßgeblich.
- 495 § 35 Abs. 3 GWB regelt das **Verhältnis des GWB zur FKVO**: Soweit die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO erreicht sind („gemeinschaftsweite Bedeutung“) sind die §§ 35 ff. GWB nicht mehr anzuwenden. Daher ist es in der Klausur sinnvoll, erst die Anwendbarkeit der FKVO zu prüfen, und erst dann diejenige der §§ 35 ff. GWB.

²⁰⁹ ABl. EG 1998, Nr. C 66, S. 25.

Die Fusionskontrolle

e. Ausschlussstatbestand (§ 35 Abs. 2 GWB)

- 496 § 35 Abs. 2 GWB enthält eine Privilegierung zugunsten kleinster Unternehmen (sog. „**Anschlussklausel**“). Erforderlich ist, dass eines der an der Fusion beteiligten Unternehmen weltweit einen Umsatz von unter 10 Mio. Euro erzielt hat und bislang nicht abhängig im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB ist. Erfasst ist jede Art des Zusammenschlusses im Sinne von § 37 GWB. Dahinter steht die Überlegung, dass in diesem Fall wegen der geringen Bedeutung kein wettbewerbsspolitischer Anlass zum Einschreiten besteht.

2. Eingreifkriterien

- 497 Unter „Eingreifkriterien“ versteht man die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschluss zu untersagen ist. Dabei spricht grundsätzlich eine Vermutung für die Zulässigkeit des Zusammenschlusses, da dies ebenfalls Gegenstand der **unternehmerischen Freiheit** ist.
- 498 Unzulässig ist ein Zusammenschluss nach dem sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht geltenden **SIEC-Test** („**S**ignificant **I**mpediment to **E**ffective **C**ompetition“), wenn „wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde“. Für Sie in der Klausur besser handhabbar ist der als Regelbeispiel („insbesondere“) gekennzeichnete Marktmachttest („Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“).
- 499 Für das deutsche Recht finden Sie das entsprechende Kriterium in § 36 Abs. 1 S. 1 GWB, für die europäische Fusionskontrolle in Art. 2 Abs. 3 FKVO (und spiegelbildlich Art. 2 Abs. 3 FKVO). **Ziel der Regelung** ist es einerseits, potentielle Konkurrenten Schutz vor einer unvorhersehbaren Veränderung der Marktsituation zu vermeiden und die aktuellen Wettbewerber Wettbewerb den Raum für das erwünschte aggressive Wettbewerbsverhalten zu gewähren (Vermeidung von „Entmutigungseffekt“ und „Abschreckungseffekt“).
- 500 Voraussetzung ist auch hier, dass Sie zunächst den **betroffenen Markt bzw. die betroffenen Märkte herausarbeiten**. Dies erfolgt genauso wie bei Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB und bei § 1 GWB und Art. 101 AEUV. Sie müssen in der Folge jeden Markt separat untersuchen. Soweit auch nur auf einem Markt ein Untersagungskriterium vorliegt, wird der gesamte Zusammenschluss untersagt.

a. Regelbeispiel: Marktbeherrschende Stellung

- 501 In der Klausur sollten Sie stets **zuerst die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung prüfen**.²¹⁰ Nach dem Willen des Gesetzgebers stellt die Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar.²¹¹
- 502 Was eine **marktbeherrschende Stellung** ist, wird genauso wie beim Missbrauchsverbot beurteilt. Für das deutsche Recht kann daher auf die Kriterien von § 18 Abs. 3, 3a GWB sowie die dortigen Vermutungen zurückgegriffen werden. Entscheidend ist allerdings die Situation nach dem vollzogenen Zusammenschluss (fiktive ex post Situation), während bei § 19 GWB und Art. 102 AEUV die Lage im Zeitpunkt der Missbrauchshandlung (tatsächliche ex ante Situation) maßgeblich ist. Die Prognose muss alle Aspekte der beteiligten Unternehmen und des konkreten Marktes berücksichtigen. Dabei wird der zu prognostizierende Zeitraum auf 3-5 Jahre begrenzt, da die weitere Zukunft kaum vorhersehbar ist.
- 503 Die Fusion ist nicht nur zu untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung erstmalig (zugunsten des betreffenden Unternehmens) begründet wird, sondern auch dann, wenn sich dessen **marktbeherrschende Position weiter verstärkt**. Ansonsten wäre ein bereits weitgehend verhärteter Markt quasi auf ewig zementiert, da der Marktbeherrscher seine Position beliebig weiter ausbauen könnte. Irrelevant ist, ob diese Verstärkung irgendwie „erheblich“ ist oder wie groß der Markt ist. Ebenso muss es nicht notwendig zu einer messbaren Erhöhung des Marktanteils kommen – es genügt auch die bloße Abschreckung oder Schwächung von Wettbewerbern. Allerdings ist diese weite Auslegung des „Verstärkens“ zu einer Zeit entwickelt worden, als es das weitergehende Kriterium des SIEC-Tests noch nicht gab. Insoweit liegt es m.E. nahe, dies unter die Generalklausel und nicht unter das Regelbeispiel zu subsumieren.
- 504 Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses kommt es auf die bereits oben erwähnte **Unterscheidung zwischen „horizontalen“, „vertikalen“ und „konglomeraten“ Zusammenschlüssen** an. Einfach ist die Lage bei „horizontalen“ Zusammenschlüssen – hier werden die Marktanteile (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB) der beteiligten Unternehmen schlicht addiert. Im Einzelfall kann es aber sein, dass der dabei ermittelte Wert zu hoch ist – etwa weil ein Teil der

²¹⁰ Die Kommission prüft hingegen stets die Generalklausel als solche, was eher zur Unklarheit führt.

²¹¹ BegrRegE 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 179852, S. 28.

Die Fusionskontrolle

Abnehmer aus Angst vor Abhängigkeit auf einen dritten Anbieter ausweicht. Bei vertikalen Zusammenschlüssen geht es um den Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB): Es ist davon auszugehen, dass das integrierte Unternehmen seine Konkurrenten nicht mehr so wie vorher beliefert, so dass diese höhere Kosten haben und damit auch höhere Preise verlangen müssen. Schließlich steht bei konglomeraten Zusammenschlüssen die Steigerung der Finanzkraft (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) und die Nutzung möglicher Synergieeffekte (bei einer Produktnähe der beteiligten Unternehmen) im Vordergrund. Hier ist denkbar, dass Produkte gebündelt werden und so ein Markt zum Erliegen kommt oder bestimmte Substitute als ungeeignet wegfallen. Im Regelfall wird bei einem konglomeraten Zusammenschluss aber keine Wettbewerbsbeeinträchtigung auftreten.

b. Generalklausel: erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs

- 505 Auf die „erhebliche“ Behinderung „wirksamen“ Wettbewerbs als **Generalklausel** kommt es wegen des weiten Verständnisses der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der herrschenden Meinung eigentlich nur in besonderen Ausnahmefällen an. Wird keine marktbeherrschende Stellung verstärkt oder Begründung, muss jedenfalls eine vergleichbare Gefährdungslage begründet werden.

Beispiel: Konkret geht es dabei etwa um den Fall, dass auf einem Markt nur drei größere Anbieter tätig sind und der zweitgrößte und der drittgrößte sich zusammenschließen. Dann wird zwar nicht die marktbeherrschende Stellung des (weiterhin) größten Anbieters verändert, aber dennoch der Wettbewerb voraussichtlich verschlechtert, da in engen Oligopolen keine ernsthaften Preiskämpfe mehr zu erwarten sind („Heinz-Beechnut“-Konstellation²¹²).

- 506 Die Behinderung muss gerade aufgrund des Zusammenschlusses zu erwarten sein. Maßgeblich hierfür ist die **conditio sine qua non-Formel**. Es genügt jedoch Mitursächlichkeit neben anderen Umständen, etwa Insolvenzen anderer Unternehmen. Sie müssen also prüfen, ob die Behinderung in ihrer konkreten Gestalt auch unabhängig vom Zusammenschluss aufgetreten wäre. Ausgeschlossen werden sollen dadurch insbesondere sog. „Sanierungsfusionen“, bei denen ein marktmächtiges Unternehmen ein anderes Unternehmen vor der Insolvenz bewahrt, indem es dieses kauft. In diesem Fall würde

²¹² Siehe dazu <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/07/ftc-challenge-merger-beechnut-nut-nutrition-corp-and-hj-heinz-co>.

die Zahl der Wettbewerber (und damit auch der „wirksame“ Wettbewerb) automatisch selbst dann verringert, wenn der Zusammenschluss nicht erfolgt wäre (sog. „failing company defense“). Denn ein insolventes Unternehmen übt keinen Preisdruck mehr auf die Konkurrenz aus. Andererseits greift dieser Einwand nicht, wenn es einen anderen Erwerber gibt (so dass die Konkurrenz erhalten bleiben könnte), aber der Marktbeherrscher ein „besseres“ Angebot macht (siehe auch § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB als Sonderfall). Dann muss das Unternehmen an den Wettbewerber gehen. Zudem sind Konstellationen denkbar, in denen der Anteil des Erwerbers über denjenigen des insolventen Unternehmens hinaus vergrößert wird (etwa durch Synergieeffekte oder größere Abschreckung). Auch dann ist die Fusion zu untersagen.

- 507 Wie immer bei Entscheidungen von Gerichten und Behörden kommt dem **Beurteilungszeitpunkt** erhebliche Bedeutung zu. Maßgeblich ist nicht der Zeitpunkt der Anmeldung, sondern derjenige der Entscheidung der Behörde und ggf. des überprüfenden Gerichts. Dies kann sowohl zugunsten als auch zu Lasten der Unternehmen wirken: Steigt die Konzentration auf dem Markt bis zur Entscheidung, ist eine bei Anmeldung scheinbar mögliche Fusion zu untersagen; hat es zwischenzeitlich einen neuen Marktzutritt gegeben, kann ein anfänglich zu untersagender Zusammenschluss zuzulassen sein.

c. Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 Abs. 4, Abs. 4; Art. 3 Abs. 4 FKVO)

- 508 Auch bei den Eingreifkriterien weisen Gemeinschaftsunternehmen Besonderheiten auf. Man unterscheidet dabei die sog. „**kooperativen Gemeinschaftsunternehmen**“, welche gleichzeitig das Verhalten der Muttergesellschaften abstimmen (und insoweit Art. 101 AEUV unterliegen, Art. 2 Abs. 4 FKVO) und den konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen. Soweit das Unternehmen hingegen nicht in Konkurrenz zu seinen Muttergesellschaften tritt und rein autonom agiert (sog. „konzentratives Gemeinschaftsunternehmen“) entfällt diese zusätzliche Kontrolle. Zur Konkretisierung enthält Art. 2 Abs. 5 FKVO gewisse Beispielstatbestände für die Beurteilung.

d. Besondere Ausnahmen im deutschen Recht

- 509 Das deutsche Recht sieht allerdings in § 36 Abs. 1 S. 2 GWB **drei Einschränkungen** vor, welche das europäische Recht nicht kennt:
- 510 - § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB enthält die sog. „**Abwägungsklausel**“. Danach können die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen eintreten, welche die negativen Folgen

Die Fusionskontrolle

überwiegen. Auch hier geht es um die Marktstruktur (insb. Erschließung neuer Märkte, Sanierungsfusionen) und nicht um das Marktverhalten (etwa günstigere Preise für die Gegenseite) oder sonstige positive Aspekte (Erhalt von Arbeitsplätzen, Förderung des Wirtschaftsstandorts). Wie für die negativen Effekte ist auch insoweit Kausalität des Zusammenschlusses im Sinne einer *conditio sine qua non* erforderlich. Im europäischen Recht wird diese Abwägung unmittelbar auf der Ebene des SIEC-Tests vorgenommen (vgl. Erwägungsgrund 29 S. 2 FKVO). Denn nach der FKVO indiziert die Erlangung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zwar die Behinderung – dies kann aber widerlegt werden. Im deutschen Recht erfolgt die Korrektur hingegen erst bei der Abwägungsklausel.

- 511 - § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB enthält die sog. „**Bagatellmarktklausel**“. Danach ist eine Untersagung ausgeschlossen, wenn der betroffene Markt seit mindestens 5 Jahren existiert und auf dem gesamten Markt im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden. Maßgeblich ist allein der nationale Markt (also der deutsche Markt) – insoweit ist die Abgrenzung enger als in § 18 Abs. 2 GWB. Addiert werden alle Marktteilnehmer. Damit sollen sehr kleine Märkte („*de minimis*“) ausgenommen werden, aber auch Märkte, die an Bedeutung verlieren. Demgegenüber soll die 5-Jahresfrist verhindern, dass neu entdeckte Wachstumsmärkte bereits in einer Frühphase durch hohe Konzentration gefährdet werden.
- 512 - § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB enthält ein besonderes Sanierungsprivileg für Pressefusionen: Wenn ein kleiner oder mittlerer Zeitschriften- oder Zeitschriftenverlag übernommen wird, ist ein Zusammenschluss zulässig, wenn der Verlag in den letzten drei Jahren jeweils einen Verlust gemacht hat, ohne Zusammenschluss die Existenz gefährdet wird und kein anderer Erwerber auffindbar ist, welcher den Wettbewerb nicht in gleicher Weise beeinträchtigt.

3. Verfahren

- 513 Da die Zusammenschlusskontrolle anders als das Kartellverbot und das Missbrauchsverbot nicht erst repressiv auf bereits bestehende Verletzungen reagiert, sondern diese präventiv verhindern soll, droht eine erhebliche Einschränkung der unternehmerischen Freiheit. Daher ist für die Fusionskontrolle ein **straff organisiertes, durch kurze Fristen gekennzeichnetes Verfahren** vorgesehen. Der Grundablauf ist dabei auf deutscher wie auf europäischer Ebene identisch.

a. Anmeldung (§ 39 Abs. 1 GWB, Art. 4 FKVO)

- 514** Jeder Zusammenschluss, der die Voraussetzungen von §§ 35, 37 GWB erfüllt, ist beim Bundeskartellamt **vor** dem Vollzug anzumelden. (§ 39 Abs. 1 S. 1 GWB). Die Anmeldung erfolgt nicht (mehr) auf Papier, sondern per De-Mail oder per qualifiziert elektronisch signierter E-Mail. Neben den beteiligten Unternehmen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 GWB) ist auch der Veräußerer von Anteilen verpflichtet (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Den Inhalt der Anmeldung regelt § 39 Abs. 3 GWB (Form des Zusammenschlusses, Bezeichnung und Sitz der Beteiligten, Art des Geschäftsbetriebes, Umsätze, Marktanteile, Beteiligungshöhe, Zustellungsbevollmächtigter). Weitergehende Auskunftsansprüche ergeben sich aus § 39 Abs. 5 GWB.
- 515** Bei einer Verweisung von der EU-Kommission (Art. 9 FKVO) ist eine gesonderte Anmeldung nicht erforderlich, soweit die Angaben nach § 39 Abs. 3 GWB bereits in deutscher Sprache vorliegen (§ 39 Abs. 4 S. 1 GWB).
- 516** In ähnlicher Weise sieht Art. 4 Abs. 1 UA 1 FKVO vor, dass Zusammenschlüsse von gemeinschaftswelter Bedeutung iSv Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO iVm Art. 3 FKVO vor ihrem Vollzug bei der Kommission anzumelden sind. Für bloß beabsichtigte Zusammenschlüsse gilt dabei Art. 4 Abs. 1 UA 2, 3 FKVO, während im Übrigen die Anmeldung erst nach Vertragsschluss, Veröffentlichung des Übernahmeangebots oder Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung erfolgen muss (Art. 4 Abs. 1 UA 1 FKVO). Für die Formalia gibt es eine eigene Durchführungsverordnung (VO 802/2004), die u.a. Formblätter hierfür vorsieht. Anmeldepflichtig sind bei einer Fusion alle beteiligten Unternehmen; bei einem gemeinsamen Kontrollerwerb (joint control) sind ebenfalls alle Beteiligten anmeldepflichtig (Art. 4 Abs. 2 S. 1 FKVO). Erwirbt hingegen nur ein Unternehmen die Kontrolle über ein anderes, ist nur der Erwerber anmeldepflichtig.

b. Vorverfahren (§ 40 Abs. 1 GWB; Art. 6, 10 Abs. 1 FKVO)

- 517** Im Vorverfahren prüft das Bundeskartellamt, ob ein Hauptprüfverfahren einzuleiten ist. Dies ist der Fall, wenn eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist (§ 40 Abs. 1 S. 2 GWB). Es soll also kursorisch vorab geprüft werden, ob der Zusammenschluss „offensichtlich unbedenklich“ ist. In diesem Fall muss das Bundeskartellamt einfach nur die Frist abwarten. Nichts anderes gilt für das Vorverfahren vor der Kommission (Art. 6 Abs. 1 FKVO): Auch dort wird nur geprüft, ob die FKVO überhaupt auf das angemeldete Ver-

Die Fusionskontrolle

halten Anwendung findet (Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO) und kein Anlass zu ernsthaften Bedenken besteht (Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO). Im Übrigen ist das Hauptverfahren einzuleiten, weil es „Anlass zu ernsthaften Bedenken“ gibt (Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO).

- 518** Das Vorverfahren dauert in Deutschland einen Monat nach Eingang der **vollständigen** Anmeldung (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB); das europäische Vorverfahren dauert hingegen 25 Arbeitstage (Art. 10 Abs. 1 FKVO). Solange Angaben nach § 40 Abs. 3 GWB fehlen, läuft keine Frist. Eine Fristverlängerung oder Wiedereinsetzung ist im deutschen Recht nicht vorgesehen. Verstreicht die Frist ohne eine Erklärung zur Einleitung des Hauptverfahrens, gilt der Zusammenschluss als genehmigt und eine Untersagung ist nicht mehr möglich (vgl. Art. 10 Abs. 6 FKVO, § 40 Abs. 1 S. 1 GWB).
- 519** Das europäische Vorverfahren wird hingegen auf 35 Arbeitstage verlängert, wenn ein Mitgliedstaat sein besonderes Interesse am Verfahren mitteilt (Art. 10 Abs. 1, UA 2 FKVO iVm Art. 9 Abs. 2 FKVO) oder die beteiligten Unternehmen sich bereiterklären, Verpflichtungen einzugehen, um etwaige Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auszuräumen. Aus diesem Grund kann die Kommission auch (anders als das Bundeskartellamt) bereits im Vorverfahren den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären (Art. 6 Abs. 2 UA 1 FKVO) und dies ggf. mit Bedingungen und Auflagen verbinden (Art. 6 Abs. 2 UA 2 FKVO). Die Entscheidung kann widerrufen werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht (Art. 6 Abs. 3 lit. a FKVO) oder gegen Auflagen verstoßen wird (Art. 6 Abs. 3 lit. b FKVO).
- 520** Zudem kennt die FKVO ganz allgemein eine Hemmung (Art. 10 Abs. 4 FKVO), wenn auf Grund von Umständen, die von einem beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, Auskunftverlangen nach Art. 11 FKVO erforderlich werden oder eine Nachprüfung nach Art. 13 FKVO angeordnet werden muss. Eine entsprechende Generalklausel kennt das deutsche Recht nicht; hier wird allein an die Vollständigkeit der Unterlagen angeknüpft.

c. Haupt(prüf-)verfahren (§ 40 Abs. 2 bis Abs. 6 GWB)

- 521** Das deutsche Hauptprüfverfahren wird durch die Mitteilung des Bundeskartellamts nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB eingeleitet. Es endet entweder mit einer Untersagung (§ 40 Abs. 2 S. 1, 1. Var. GWB) oder eine Freigabe (§ 40 Abs. 2 S. 1, 2. Var. GWB), die auch mit Auflagen und Bedingungen versehen werden kann (§ 40 Abs. 3 GWB, Art. 6 Abs. 2, UA 2 FKVO; Art. 8 Abs. 2 UA 2 FKVO).

Derartige Nebenbestimmungen müssen der Sicherstellung von Verpflichtungen dienen und dürfen keine dauerhafte Verhaltenskontrolle implizieren. Es gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so dass stets das mildeste Mittel zur Zweckerreichung geeignete Mittel zu wählen ist. So mögen etwa einzelne Unternehmensteile an die Konkurrenz zu veräußern sein.

- 522** Auch im Hauptprüfverfahren führt das Schweigen des Bundeskartellamts zur Genehmigung des Zusammenschlusses (§ 40 Abs. 2 S. 2 GWB): Die Frist beträgt insoweit vier Monate, wobei umfangreiche Hemmungs- und Ausschlussstatbestände vorgesehen sind (§ 40 Abs. 2 S. 3-5 GWB). Die Frist beginnt nicht etwa mit der Einleitung des Hauptprüfverfahrens, sondern zeitgleich mit der Frist des Vorverfahrens: Bei Eingang der vollständigen Anmeldung. Es geht also nicht um 1+4=5 Monate, sondern um insgesamt 4 Monate.
- 523** Eine einmal erteilte Freigabe kann nachträglich widerrufen oder geändert werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt wurde oder gegen eine Auflage verstoßen wird (§ 40 Abs. 4a S. 1 GWB). Insofern werden die §§ 48 f. GWB verdrängt. Zudem ist in diesen Fällen eine Entflechtung möglich (§ 40a Abs. 3a S. 2 GWB iVm § 41 Abs. 4 GWB).
- 524** Die Rechtslage auf europäischer Ebene ist ähnlich. Auch dort bedarf es einer Entscheidung zur Verfahrenseinleitung (Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO). Allerdings ist dort die Entscheidungsfrist mit 90 Arbeitstagen (Art. 10 Abs. 3 S. 1 FKVO) etwas länger. Die drei Entscheidungsvarianten finden sich in Art. 8: Einerseits kommt eine Vereinbarkeitserklärung in Betracht (Art. 8 Abs. 2 UA 1 FKVO), die aber auch mit Bedingungen und Auflagen versehen werden kann (Art. 8 Abs. 2 UA 2 FKVO); andererseits ist eine Unvereinbarkeitserklärung möglich (Art. 8 Abs. 3 FKVO). Die FKVO erlaubt eine Fristverlängerung auf 105 Arbeitstage, soweit innerhalb von 55 Arbeitstagen nach der Verfahrenseinleitung von den beteiligten Unternehmen Verpflichtungszusagen angeboten werden (Art. 10 Abs. 3 UA 1 FKVO). Die Frist ist gehemmt, soweit die Kommission aufgrund von den Antragstellern zu vertretenden Umständen Auskünfte anfordern oder Nachprüfungen anordnen muss (Art. 10 Abs. 4 FKVO). Wie beim Bundeskartellamt führt ein Schweigen bis zum Ablauf dazu, dass der Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar „gilt“. Auch hierbei handelt es sich um eine Fiktion.
- 525** Zur Klärung offener Fragen stehen den Kartellbehörden umfangreiche Auskunft- und Nachprüfungsbefugnisse zu (Art. 11-Art. 13 FKVO). Bei der europäischen Fusionskontrolle haben zudem die Mitgliedstaaten eine Nachprüfungsbefugnis (Art. 12 FKVO, entspricht weitgehend Art. 22 Abs. 2 VO 1/2003). Praktisch besonders bedeutsam ist die Anhörung Beteiligter und

Die Fusionskontrolle

Dritter (Art. 18 FKVO). Die an der Fusion Beteiligten haben dabei ein Recht auf Verteidigung und Akteneinsicht. Dritte können gehört werden, soweit dies aus Sicht der Kommission erforderlich ist (Art. 18 Abs. 4 FKVO).

d. Vollzugsmeldung (§ 39 Abs. 6 GWB)

- 526 Nach § 39 Abs. 6 GWB ist auch der Vollzug des Zusammenschlusses zu melden.

e. Mitgliedstaatliches und gemeinschaftsweites Verfahren

- 527 Soweit ein Verfahren der europäischen Fusionskontrolle unterliegt, sind die Mitgliedstaaten grds. von der Prüfung des Zusammenschlusses ausgeschlossen. Als Ausgleich verpflichtet Art. 19 FKVO die Kommission zu einer **engen und stetigen Verbindung zu den nationalen Kartellbehörden**. Dazu gehört insb. die Übermittlung der Anmeldung der wichtigsten Schriftstücke (Art. 19 Abs. 1 FKVO), im erstgenannten Fall sogar mit fester Frist von drei Tagen.
- 528 Über einen „**Beratenden Ausschuss**“ werden die Behörden der Mitgliedstaaten an der Entscheidungsfindung beteiligt (Art. 19 Abs. 3, Abs. 4 FKVO). Dieser ist nicht nur vor der Freigabe oder Untersagung anzuhören, sondern u.a. auch vor der Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern. Stellungnahmen des beratenden Ausschusses erfolgen schriftlich (Art. 19 Abs. 6 FKVO). Sie werden den Adressaten der Entscheidung gemeinsam mit der Entscheidung übermittelt (Art. 19 Abs. 7 S. 1 FKVO) und veröffentlicht, wobei die Geschäftsgeheimnisse . Die Stellungnahmen sind soweit wie möglich zu berücksichtigen. Eine Bindungswirkung haben die Stellungnahmen jedoch nicht.
- 529 Zuständig bleiben die Mitgliedstaaten für **Maßnahmen zum Schutz berechtigter, mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbarter Interessen** (Art. 21 Abs. 4 UA 1 FKVO). Allerdings muss es dabei um Interessen gehen, welche gerade nicht im Schutz des Wettbewerbs als solchen liegen, wobei Art. 21 Abs. 4 UA 2 FKVO Konstellationen auflistet, die stets als berechnigte Interessen gelten (Fiktion): Öffentliche (innere und äußere) Sicherheit (Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV), Medienvielfalt, sektorspezifische Fachaufsicht (insb. Banken und Versicherung). In allen anderen Fällen muss die Kommission das Interesse im Einzelfall anerkennen (Art. 21 Abs. 4 UA 3 FKVO).
- 530 Ein Mitgliedstaat **kann verlangen, dass die Kommission einen Zusammenschluss prüft**, obwohl dieser keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, aber

den Handel zwischen den Mitgliedstaat beeinträchtigt und den Wettbewerb beim beantragenden Staat sogar erheblich zu beeinträchtigen droht (Art. 22 Abs. 1 FKVO).

- 531 Die Kommission kann die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung **an die zuständige Behörde eines Mitgliedstaates verweisen** (Art. 9 FKVO). Voraussetzung dafür ist ein Antrag eines Mitgliedstaates, der sich durch den Zusammenschluss in „erheblicher“ Weise beeinträchtigt sieht oder „ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt, „der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist“ in diesem Mitgliedstaat beeinträchtigen würde, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt“.

f. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

- 532 Im deutschen Recht gibt es (anders als in der FKVO) nach § 42 Abs. 1 S. 1 GWB die Möglichkeit, einen Zusammenschluss aus politischen Gründen zu erlauben. Die Befugnis steht insoweit dem Bundesminister für Wirtschaft und Energie zu. Formal erforderlich ist ein schriftlicher Antrag der betroffenen Unternehmen seit Zustellung der Untersagung oder einer Auflösungsanordnung (§ 42 Abs. 3 GWB). Die Frist wird jedoch verlängert, soweit Rechtsmittel gegen die Untersagung bzw. Auflösung eingelegt wurde – dann endet sie erst mit Unanfechtbarkeit der Entscheidung.
- 533 Um eine schnelle Entscheidung zu erreichen, sieht § 42 Abs. 4 GWB eine Frist von vier Monaten vor. Eine Verlängerung muss der Wirtschaftsminister gegenüber dem Bundestag (schriftlich) rechtfertigen. Sofern innerhalb von sechs Monaten keine Erlaubnis erteilt wird, gilt die Genehmigung als verweigert, wobei eine Verlängerung um bis zu zwei Monate auf Antrag möglich ist.
- 534 Die Ministererlaubnis ist seit jeher ökonomisch und politisch umstritten, da sie ein hohes Missbrauchspotential bietet. Das Gesetz verlangt nur general-klauselartig, dass „im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird“ (Var. 1) oder „der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist“ (Var. 2). Betont wird, dass auch „die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen“, d.h. eine mögliche Aktivität im Ausland (§ 42 Abs. 1 S. 2 GWB). Andererseits darf (selbstverständlich)

Die Fusionskontrolle

durch den Zusammenschluss die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet werden. Zur Konkretisierung hat das Bundesministerium Leitlinien erlassen.²¹³

- 535** Um eine gewisse wissenschaftliche Grundlage zu gewährleisten ist vor der Entscheidung eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen (§ 42 Abs. 5 S. 1 GWB). Hierfür gibt es eine Frist von zwei Monaten ab Aufforderung (§ 42 Abs. 5 S. 3 GWB). Etwaige Abweichungen des Ministers von deren Empfehlung sind zu begründen (§ 42 Abs. 1 S. 4 GWB). Ebenfalls Stellung nehmen dürfen die obersten Landesbehörden (Ministerien), in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben. Eine Begründung ist hier aber bei Abweichung nicht erforderlich. Schließlich wird bei Zusammenschlüssen „im Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter“ ist auch die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich zur Stellungnahme berechtigt. Für diese Stellungnahmen gibt es keine Fristen.
- 536** Inhaltlich kann der Minister den Zusammenschluss uneingeschränkt freigeben, aber auch Bedingungen und Auflagen aussprechen (§ 42 Abs. 2 S. 1 GWB), wobei auch hier keine dauernde Verhaltenskontrolle möglich ist. Die Ministererlaubnis kann nachträglich bei Täuschung oder Verstoß gegen Auflagen widerrufen werden.

4. Rechtsfolgen fehlender Anmeldung oder fehlender Erlaubnis

- 537** Ein Zusammenschluss, welcher der Fusionskontrolle unterliegt, darf erst vollzogen werden, wenn er freigegeben ist. Jeder vorherige Vollzug ist daher verboten (§ 41 Abs. 1 S. 1 GWB, Art. 7 Abs. 1 FKVO), ebenso untersagt ist auch die bloße „Mitwirkung“ an einem Vollzug durch Dritte. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen sind nach § 41 Abs. 1 S. 2 GWB nichtig (eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedarf es daher nicht). Im Europarecht ist hingegen eine Form schwebender Unwirksamkeit vorgesehen (Art. 7 Abs. 4 FKVO). Das Geschäft wird daher geheilt, wenn die Kommission eine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO oder Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO erlässt oder durch schlichte Untätigkeit des Vermutung des Art. 7 Abs. 4 FKVO eintritt und der Zusammenschluss als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar

²¹³ https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/bekanntmachung-der-leitlinien-fuer-das-verwaltungsverfahren-zur-entscheidung-ueber-die-erteilung-einer-ministererlaubnis.pdf?__blob=publicationFile&v=4

gilt.

- 538** Zur Durchsetzung der Anmeldepflicht und des Vollzugsverbots können Geldbußen verhängt werden (Art. 14 FKVO, § 81 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4 FKVO). Zudem können Verfügungen durch Zwangsgelder durchgesetzt werden (Art. 15 FKVO, § 86a GWB).
- 539** Nach Art. 7 Abs. 2 FKVO und § 41 Abs. 1a GWB sind öffentliche Übernahmeangebote (nach dem WpÜG) und „Reihen“ von Wertpapiergeschäften mit mehreren Veräußerern (also: kein Paketerwerb) privilegiert, sofern der Zusammenschluss unverzüglich angemeldet wird und der Erwerber seine mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht (ausnahmsweise nur zum Erhalt des Wertes der Investition) bis zur Erteilung einer Befreiung ausübt. In diesen Fällen dient das Stimmrechtsverbot als Minus zum vollen Vollzugsverbot. Ziel ist der Schutz des Kapitalmarktes vor der mit Nichtigkeit verbundener Unsicherheit. Es handelt sich nicht um eine Heilung, sondern um eine echte Ausnahme, so dass das Verbot von Anfang an nicht eingreift.
- 540** Im deutschen Recht finden sich in § 41 Abs. 1 S. 3 GWB drei Heilungstatbestände. Dazu gehören einerseits registerpflichtige Geschäfte, welche durch Eintragung Publizität erlangt haben: Dies sind Grundstücksgeschäfte ab dem Zeitpunkt der Eintragung (§ 41 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GWB), aber auch gesellschaftsrechtliche Vorgänge (§ 41 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB), namentlich Umwandlungsvorgänge, Eingliederungen im Sinne des Aktienrechts, die Gründung neuer Unternehmen und die Begründung eines Vertragskonzerns durch Unternehmensverträge iSv §§ 291, 292 AktG. Praktisch bedeutsamer ist die Generalausnahme des § 41 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB, welche Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist: Danach können alle denkbaren Rechtsgeschäfte geheilt werden, wenn der Zusammenschluss nachträglich angezeigt wird und das eigentlich vorgesehene Entflechtungsverfahren (§ 41 Abs. 3 GWB) nicht durchgeführt werden darf (da der Zusammenschluss wegen Fehlens der Eingreifkriterien nicht nach § 36 GWB zu untersagen ist) oder eine Ministererlaubnis erteilt wurde (§ 42 GWB) oder aber die Wettbewerbsbeschränkung durch Auflösungsanordnung nach § 41 Abs. 3 S. 2, S. 3 GWB beseitigt wurde.
- 541** Ausnahmsweise können Befreiungen vom Vollzugsverbot erteilt werden, soweit „wichtige Gründe“ hierfür geltend gemacht werden (§ 41 Abs. 2 S. 1 GWB). Dazu gehört insb. die Abwendung schwerer Schäden von den beteiligten Unternehmen oder Dritten (§ 41 Abs. 2 S. 1 GWB). Diese Freigabe impliziert die Erlaubnis des Vollzugs; dessen Abschluss ist dann dem Bundeskartellamt unverzüglich anzuzeigen (§ 39 Abs. 6 GWB).

Die Fusionskontrolle

- 542** § 41 Abs. 3 GWB sieht eine Entflechtungsmöglichkeit vor: Nach S. 1 „ist“ der Zusammenschluss aufzulösen. Welche Maßnahmen hierzu erforderlich sind, bestimmt das Bundeskartellamt (§ 41 Abs. 3 S. 2 GWB); die Durchsetzung kann mit Zwangsmitteln erzwungen werden (§ 41 Abs. 4 GWB).

5. Exkurs: Pressefusionskontrolle

- 543** Für die Fusion von Unternehmen gibt es neben der kartellrechtlichen Prüfung auch eine medienrechtliche Konzentrationskontrolle. Rechtsgrundlage hierfür ist der Rundfunkstaatsvertrag, der damit die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich betraut hat. Während es bei den §§ 35 ff. GWB allein um wirtschaftliche Kriterien geht, steht bei Pressezusammenschlüssen die Gewährleistung der grundgesetzlichen Pressefreiheit und insb. der Medienvielfalt im Vordergrund.