

Prof. Dr. Jürgen Oechsler
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Skript

zum

Europäischen Kartellrecht

2021

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlagen	7
I. Das deutsche Kartellrecht	7
II. Das europäische Kartellrecht	8
III. Zur Anwendbarkeit beider Normkomplexe	10
B. Der Wettbewerbsbegriff und seine Funktionen	12
I. Gründe für den Wettbewerbsschutz	12
II. Individualistische und wohlfahrtsökonomische Betrachtungsweise	13
III. Preisbildung und Markt	16
1. Das Bedarfsmarktkonzept	16
2. Theoretischer Hintergrund der Marktabgrenzung	20
3. Räumlich und zeitlich relevanter Markt	20
C. Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB)	22
I. Struktur des Tatbestandes	22
II. Der Unternehmensbegriff	23
1. Grundlagen	23
Ausnahmen:	24
EuGH Fenin	25
4. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit	25
EuG Goldmann Sachs	28
EuGH Asphaltmarkt Finnland	29
III. Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen	32
1. Zweck der drei Tatbestandsvarianten	32
2. Die drei verbotenen Verhaltensweisen	33
a) Vereinbarungen	33
BGH Teilnehmerdaten V	34
b) Beschluss einer Unternehmensvereinigung	35
c) Abgestimmte Verhaltensweise	37
EuG BST/Kommission	37
BGH Gemeinschaftsprogramme	38
EuGH Eturas	39
EuG VW AG	43
IV. Wettbewerbsbeschränkung	44
1. Begriff und zugrunde liegende Wertungen	44
2. Die Konzertierungswirkung	45
EuG Lundbeck	48
EuG Biogaran	49
EuGH Generics	50
3. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	51
a) Überblick	51
b) Wettbewerbsbeschränkung	53
aa) Das europäische Kartellrecht	53
EuG Vivo Brasilien	54
EuGH Gottrup-Klim	58
EuGH Pronuptia	59
bb) Das deutsche Kartellrecht	60
c. Bezwecken oder Bewirken	62
EuGH CB	64
EuGH Budapest Bank	64
EuGH Maxima Latvija	66
EuG Lundbeck - 2	67

V. Zwischenstaatlichkeitsklausel.....	68
VI. Spürbarkeit.....	69
VII. Beispielsfall.....	70
Klausurbeispiel Asnef-Equifax.....	70
D. Ausnahmen vom Kartellverbot.....	75
I. Art. 101 Abs. 3 AEUV.....	75
II. Überblick über die Gruppenfreistellungsverordnungen.....	78
III. § 2 GWB.....	79
1. Prinzip und allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen.....	79
2. Absatz 2.....	79
IV. § 3 GWB.....	79
V. Beispielsfall.....	80
Klausurbeispiel BGH DFB-Pokal.....	80
E. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.....	85
I. Horizontale, vertikale Betrachtungsweise.....	85
II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen.....	87
1. Positive Wirkungen.....	87
2. Negative Wirkungen.....	89
III. Im Einzelnen.....	90
1. Die Inhaltsbindung.....	90
2. Ausschließlichkeitsbindungen.....	91
OLG Düsseldorf Taxivermittlung.....	92
IV. Zu den Kernbeschränkungen nach Art. 4 Vertikal-GVO.....	92
EuGH Consten/Grundig.....	93
V. Selektive Vertriebssysteme.....	99
EuGH Coty.....	100
Autorité de la Concurrence Stihl.....	103
VI. Bestpreisklauseln.....	105
OLG Düsseldorf HRS.....	105
OLG Düsseldorf booking.com.....	110
VII. Beispielsfälle.....	110
Klausurbeispiel BGH Preisbindung durch Franchisegeber.....	110
Klausurbeispiel EuGH Delimits/Henninger Bräu.....	112
F. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Kartellverbot und ergänzende Verbote.....	116
I. Rechtsfolgen und Rechtsbehelfe im europäischen Kartellrecht.....	116
1. Einleitung eines Verfahrens.....	116
2. Rechtsbehelfe, Rechtsmittel und Sonstiges.....	117
a) Nichtigkeitsklage.....	117
b) Das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Europäischen Gerichts erster Instanz.....	118
c) Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV.....	119
II. Rechtsfolgen im deutschen Recht.....	120
1. Allgemeine materielle Rechtsfolgen des Kartellverstoßes.....	120
2. Insbesondere Schadensersatzansprüche.....	121
a) Der Grundgedanke des Private enforcement.....	122
b) Die Lehre vom Schutzzweck der Norm.....	123
c) Beweisführung (§ 33a Abs. 2 bis 4 GWB).....	126
BGH Freunde des Schienenverkehrs.....	126
d) Follow-on-Klagen.....	130
BGH Lottoblock II.....	130
e) Passing-On-Defence (Schadensabwälzung; § 33c GWB).....	131
f) Akteneinsichtsrechte und Behandlung des Kronzeugen.....	132
EuGH Autoglas.....	133
g) Verjährung.....	133

BGH Grauzement.....	134
h) Kollektiver Rechtsschutz.....	134
i) Sonstiges.....	136
3. Deutsche Behörden und Verfahren.....	136
4. Die Kartellbeschwerde.....	137
5. Das Bußgeldverfahren.....	137
III. Ergänzende Verbote im deutschen Recht.....	138
OLG Düsseldorf Preisbindung der zweiten Hand.....	138
G. Kontrolle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, § 19 GWB).....	139
I. Allgemeines.....	139
1. Schutzzwecke.....	139
2. Zum Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht (Zwischenstaatlichkeitserfordernis).....	140
II. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.....	141
1. Marktmachtkonzept.....	141
a) Einleitung und neuere Entwicklungen.....	141
b) Relevante Anteilsschwellen.....	142
2. Gesamtbetrachtung (Feststellung einer überragenden Marktstellung).....	143
a) Marktbezogene Kriterien.....	143
b) Unternehmensbezogene Kriterien.....	144
c) Ausweichkonzepte (§ 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB).....	145
d) Bilan Économique.....	146
e) Die Lehre vom mehrseitigen Markt (Digitalmärkte, § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB).....	146
U.S. Supreme Court Ohio et al. V. American Express.....	150
BGH Facebook – 1. Teil.....	152
III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	156
1. Einleitung.....	156
2. Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB).....	157
a) Preishöhenmissbrauch durch Anbieter und Nachfrager.....	157
BGH Hochzeitsrabatte I.....	160
BKA Audible.....	161
b) Konditionenmissbrauch.....	161
BGH Facebook – 2. Teil.....	162
BKA – Amazon-AGB 2019.....	167
BGH Claudia Pechstein.....	168
3. Verdrängungsmissbrauch.....	169
a) Dumping, Verkauf unter Einstandspreis.....	169
Klausurbeispiel Tetra Pak.....	170
b) Treuerabatte.....	174
Europäische Kommission Google Android.....	175
EuGH Hoffmann La Roche.....	176
c) Preis-Kosten-Schere (Margin Squeezing).....	176
EuGH TeliaSonera.....	177
U.S. Supreme Court Verizon.....	177
4. Behinderungsmissbrauch.....	178
a) Koppelungen (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB).....	178
Europäische Kommission Google Android (2).....	179
b) . Missbräuchliche Verweigerung von Lieferbeziehungen – missbräuchlicher Abbruch einer Lieferbeziehung.....	181
EuGH Commercial Solvents.....	181
EuGH United Brands (2).....	182
5. Missbrauch auf Digitalmärkten.....	183

a) Überblick.....	183
b) Die Essential-Facility-Doktrin	185
EuGH Magill	185
b) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	188
c) Die Microsoft-Entscheidung des EuG als Übergangsfall.....	189
EuG Microsoft Case.....	189
d) Der Plattformbetreiber als Intermediator auf einem mehrseitigen Markt.....	191
Europäische Kommission Google Search	192
BGH Werbeflocker III	194
BGH Whitelisting/Werbeflocker	196
BKA Ticketvorverkauf.....	197
e) Abgrenzung zu den Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung.....	197
Klausurbeispiel BGH Reisetellenkarte.....	197
6. Sonderform der Essential Facility-Lehre: Die FRAND-Erklärung und der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand im Patentrecht.....	201
BGH Orange Book.....	203
EuGH Huawei.....	204
BGH FRAND-Einwand	204
IV. Rechtsfolgen des Missbrauchs.....	205
H. Das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante und 20 Abs. 1 GWB) sowie die sonstigen Behinderungsverbote des deutschen Rechts	205
I. Allgemeines	206
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	206
1. Verbotsadressaten.....	206
BGH Rossignol-Ski	207
2. Gründe für den Schutz der Händler nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB.....	207
a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit.....	207
b) Nachfragebedingte Abhängigkeit	208
c) Unternehmensbedingte Abhängigkeit.....	208
BGH Porsche-Tuning	209
d) Mangelbedingte Abhängigkeit.	210
3. Geschützter Personenkreis im Falle des § 20 Abs. 1 GWB	211
4. Behinderung und Diskriminierung	211
a) Theoretischer Hintergrund	211
b) Konsequenzen für den Klausuraufbau	212
III. Rechtsfolge.....	212
IV. Praktisches Beispiel.....	213
Klausurbeispiel BGH Parfumdepositor	213
V. Überblick über die sonstigen Behinderungsverbote	216
1. Boykottverbot, § 21 Abs. 1 GWB.....	216
2. Verdrängungswettbewerb, § 20 Abs. 3 und Abs. 4 GWB	217
3. Aufnahme in Verbände, § 20 Abs. 5 GWB.....	218
I. Die Zusammenschlusskontrolle nach deutschem Recht (§§ 35 ff. GWB).....	218
I. Allgemeines	218
U.S. Supreme Court Consolidated Foods.....	219
II. Der Begriff des Zusammenschlusses (§ 37 GWB).....	220
Klausurbeispiel BGH National Geographic I.....	223
III. Gemeinschaftsunternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB)	224
BGH Nord-KS.....	225
Klausurbeispiel BKA 8.3.2002 - T-Online/Bild	226
IV. Das Volumen des Zusammenschlusses	231
V. Die Pflicht zur Anmeldung (§ 39 GWB und § 39a GWB-E)	232
VI. Die Untersagung (§ 36 GWB)	233

BKA Zusammenschluss FAZ und Frankfurter Rundschau	235
K. Die Fusionskontrolle des europäischen Rechts	236
I. Die Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV	236
II. Aufgreif- und Eingreifkriterien	237
1. Aufgreifkriterien.....	237
2. Eingreifkriterium	238
a) Der SIEC-Test.....	238
b) Verhaltensbezug, unilaterale Effekte und Oligopoly Blindspot.....	239
EuG CK Telecoms UK Investments/Kommission	240
c) Kollektive Marktbeherrschung (Airtours-Kriterien).....	242
EuG Airtours.....	242
EuGH Impala.....	243
Klausurbeispiel EuG TollCollect	244
III. Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen)	247
BKA Grillanzünder.....	249
Klausurbeispiel EuG Endemol	250
L. Art. 106 AEUV – Öffentliche Unternehmen.....	254
I. Verbot des Absatzes 1	255
1. Der Tatbestand.....	255
2. Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Schaffung kartellrechtlicher Gefährdungslagen	255
EuGH DEI	256
3. Zurechnung staatlicher Maßnahmen gegenüber dem öffentlichen Unternehmen	256
EuGH Krankentransporte.....	257
II. Rechtfertigung nach Absatz 2	259
BGH Pressegrosso	260

A. Grundlagen

I. Das deutsche Kartellrecht

Das Kartellrecht hat in Deutschland, im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht (UWG), keine lange Tradition. Deutschland galt gerade während der dreißiger Jahre des Zwanzigsten Jahrhunderts als „Land der Kartelle.“ (lesenswert dazu: *Nörr*, Das Leiden des Privatrechts, 1993). Kartellrechtliche Schutzprinzipien entstanden nur sehr zögerlich auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts (UWG). Dies zeigt der berühmte **Benrather Tankstellenfall** aus dem Jahre 1931 (RGZ 134, 342). Dort hatte sich ein Tankstellenbetreiber aus *Benrath* zunächst gegen die Preisbindungen eines Kartells aus Mineralölfirmen gewehrt, indem er selbst niedrige Preise beibehielt und dem auf ihn ausgeübten Zwang zur Preiserhöhung nicht nachgab. Die Kartellanten drängten daraufhin seine Konkurrenten, die Inhaber anderer Tankstellen in *Benrath*, zu immer drastischeren Preissenkungen, um den widerspenstigen Betreiber zu disziplinieren. Aus heutiger Sicht ging es dabei um die Vereinbarung eines Boykotts (S. 63 und S. 216) und einen Verdrängungswettbewerb durch Dumping bzw. den Verkauf unter Einstandspreis (S. 177). Das Reichsgericht konnte damals nur den Vorläufer des heutigen UWG anwenden, da es in Deutschland kein Kartellrecht gab. Es konkretisierte die gesetzlichen Normen mit Hilfe der **Lehre vom Leistungswettbewerb**. Diese hatte zuvor *Nipperdey* im Rahmen eines Parteigutachten für das Mineralölkartell ins Gespräch gebracht. Dieses Gutachten war zuvor (1930) als „Wettbewerb und Existenzvernichtung“ veröffentlicht worden. *Nipperdey* knüpfte an die gleichnamige Lehre des Nationalökonomen *Werner Sombart* an (dazu *Oechsler*, in: FS Martinek, 2020, S. 543 ff.), verengte deren ursprünglich komplexere Anliegen jedoch deutlich: Die Vorgehensweise des Mineralölkartells sah *Nipperdey* nämlich als Leistungswettbewerb gerechtfertigt, da das Kartell mit einem Leistungsmerkmal (dem Preis) gegen den Tankstelleninhaber kämpfte (vgl. auch die Stelle RGZ a.a.O. 353)! Das Reichsgericht folgte dem nicht, sondern ging – nach damaligem Stand – von **unlauterem Behinderungswettbewerb** iSd. UWG aus (352 f.): Es durchschaute den Plan des Kartells, durch die Niedrigpreispolitik in einem ersten Schritt die wettbewerbliche Struktur des Marktes zu zerstören, um dann im zweiten Schritt einen überhöhten Kartellpreis auf dem Markt durchsetzen zu können. Sein Urteil markiert den Anfang des Kartellrechts in Deutschland!

Erst nach Ende des Zweiten Weltkriegs wurde aufgrund der **Beschlüsse der Potsdamer Konferenz** eine umfassende **Dekartellierung** der deutschen Wirtschaft beschlossen und in Verordnungen des Kontrollrates umgesetzt. Die Zerschlagung der z.T. massiv kartellierten deutschen Industrie (vgl. das Beispiel der I.G. Farben) sollte die Grundlage für den Aufbau demokratischer Gesellschaftsstrukturen

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

schaffen. Aber bereits während der dreißiger Jahre des Zwanzigsten Jahrhunderts hatte es auch in Deutschland wissenschaftliche Bestrebungen hin zu einem modernen Kartellrecht gegeben (*Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933*). Sie lieferten die geistigen Grundlagen für das GWB.

Das **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen** (GWB) ist am 1.1.1958 in Kraft getreten. Es ist Ausdruck der grundlegenden Überlegungen sog. **ordoliberalen Schule**, die aus der Freiburger Schule der Nationalökonomie der dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts hervorgegangen ist (*Franz Böhm, Walter Eucken* u.a.). Vor allem die Politik des Wirtschaftsministers und späteren Bundeskanzlers *Ludwig Erhard* orientierte sich an diesen ordoliberalen Ideen und führte nach erheblichen politischen Machtkämpfen zur Einführung des GWB. Nach den Vorstellungen des Ordoliberalismus greift das Kartellrecht nicht im Sinne eines Staatsinterventionismus in das Wirtschaftsgeschehen ein, sondern stellt einen notwendigen **Ordnungsrahmen** zur Verfügung, innerhalb dessen sich das Wirtschaftsgeschehen ereignen muss. Dieser Ordnungsrahmen verhindert, dass die Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten ausgerechnet in ihre Beschränkung, nämlich das Kartell, mündet (**sog. systemimmanente Pervertierung der Wettbewerbsfreiheit**).

Beispiel: Unternehmer U konnte die Wettbewerbsfreiheit dazu nutzen, als erster einen für das Massenpublikum erschwinglichen Quantencomputer herzustellen und auf dem Markt anzubieten. Nachdem er im freien Wettbewerb die Marktführerschaft erlangt hat, setzt er die dabei erzielten finanziellen Mittel dazu ein, Konkurrenten vom Markt fernzuhalten. Er bedient sich dabei der typischen Mittel des Verdrängungsmissbrauchs und bietet Treuerabatte gegenüber den Kunden an (S. 174), um diese dauerhaft an sein Unternehmen zu binden. Ferner bekämpft er seine Konkurrenten mit Preisen unter den eigenen Gestehungskosten (Dumping; S. 177). Sein Ziel liegt darin, die Konkurrenten dauerhaft vom Markt fernzuhalten. Die U ursprünglich gewährte Freiheit schlägt in ihr Gegenteil um, die Wettbewerbsfreiheit schafft sich ohne wirksames Kartellrecht selbst ab.

In Anlehnung an Überlegungen des schottischen Nationalökonomen *Adam Smith* funktioniert das Recht in diesem Zusammenhang als „**invisible hand**“, die den Wettbewerbsprozess am Leben erhält und mögliche von diesem ausgehende Auswüchse unterbindet. So schützt das Gesetz zentral die Freiheit des Wettbewerbs und seiner Akteure auf dem Markt.

Das GWB ist seit seiner Einführung durch neun Novellen verändert worden. Am nachhaltigsten wurde es durch die siebte Novelle (BT-Drucks. 15/3640) umgestaltet, die das Gesetz den Artt. 101 ff. AEUV angepasst hat. Eine zehnte Novelle ist für **2021** abzusehen. Sie soll den Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft verbessern.

II. Das europäische Kartellrecht

Die zentralen Regelungen des **europäischen Kartellrechts** finden sich in Art. 101 AEUV (Kartelltatbestand) und Art. 102 AEUV (Missbrauchskontrolle). Sie gehen zurück auf die Artt. 85 ff. **EWG-Vertrag von 1957** und waren – wie sich etwa heute noch an Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV zeigt – ursprünglich der Perspektive der Mangelwirtschaft in der Nachkriegszeit verpflichtet. Mit Hilfe des Wettbewerbsprinzips sollten vor allem Versorgungslücken geschlossen und die Ausbeutung der Verbraucher durch Monopolpreise verhindert werden (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV). Die Konzeption der Normen beruhte dabei ebenfalls auf wissenschaftlichen Überlegungen der ordoliberalen Schule, die zeitgleich auch in das GWB von 1958 eingeflossen waren. Im Verhältnis beider Gesetzeswerke war die praktische Bedeutung des GWB allerdings zunächst erheblich größer. Dies ist heute gerade anders. Im Bereich des Kartellverbots (§§ 1 ff. GWB) und der Missbrauchskontrolle (§ 19 GWB) hat die deutsche Regelung stark an Bedeutung verloren. Nur das Diskriminierungsverbot der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB (wegen Art. 2 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 1/2003) sowie die Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 ff. GWB (wegen der hohen Umsatzschwellen in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO) behalten gegenüber dem europäischen Kartellrecht eigenständige Bedeutung. Daran orientiert sich die folgende Darstellung: Sie fasst die Regelungen beider Gesetzeswerke zum Kartellverbot und zur Missbrauchskontrolle zusammen, wobei die Darstellung des europäischen Kartellrechts dominiert.

Der Normtext der Artt. 101 ff. AEUV wurde in der Folgezeit nicht nennenswert verändert. Die Regelungen selbst erfüllen aber heute ganz andere **Funktionen** als zu ihrem Entstehungszeitpunkt. Sie sind zunächst einer wohlfahrtsökonomischen Betrachtungsweise verpflichtet (dazu noch S. 14). Hinzu tritt die **Integration des Binnenmarktes** als weiterer, eigenständiger Regelungszweck. Das Verhältnis zwischen der Freiheit des Wettbewerbs und der Funktion des Wettbewerbs als Motor der Integration ist dabei nicht spannungsfrei: Ein Zusammenschluss zweier nationaler Unternehmen kann nämlich einerseits die Freiheit des Wettbewerbs gefährden, andererseits aber Integrationseffekte nach sich ziehen.

Der Wettbewerbsschutz des AEUV besteht dabei aus **drei Säulen**:

1. Die Artt. 34 ff. AEUV (Warenverkehrsfreiheit) richten sich gegen staatliche Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten, die nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sind.
2. Die Artt. 101 ff. AEUV sollen verhindern, dass an die Stelle der nach Artt. 34 ff. AEUV beseitigten Handelshemmnisse neue Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund Privatinitiative entstehen.

3. Damit die Mitgliedstaaten nicht doch noch in einem Zwischenbereich zwischen beiden Normenkomplexen – etwa durch Beleihung privater Unternehmen – integrationsfeindliche Wettbewerbsschranken errichten können, existiert die Regelung des Art. 106 AEUV.

Ergänzend zu den Artt. 101 ff. AEUV tritt **sekundäres Unionsrecht hinzu**: die **VO Nr. 1/2003**, die das Verfahren in Kartell- und Missbrauchsfällen regelt, sowie die **FusionskontrollVO** Nr. 139/2004, die sich auf die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bezieht.

Art. 101 Abs. 3 AEUV wird schließlich durch eine Reihe von **Gruppenfreistellungsverordnungen** der Kommission konkretisiert, deren wichtigste die VO EU Nr. 330/2010 über die Freistellung **vertikaler Vereinbarungen** darstellt.

Ziel dieser Normen ist gemäß **Art. 32 lit. b AEUV** die Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Union, soweit dies zu einer Zunahme der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen führt. Beachte die Abschwächung gegenüber Art. 3 lit. f EG a.F. (System unverfälschten Wettbewerbs).

Beachte bereits jetzt: Die Artt. 101 ff. AEUV gehen den Normen des GWB im Einzelfall vor (vgl. Art. 3 VO Nr. 1/2003).

III. Zur Anwendbarkeit beider Normkomplexe

1. Für die **internationale Anwendbarkeit** des Kartellrechts gilt das sog. **Auswirkungsprinzip**: Die Wirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme müssen sich auf dem einschlägigen Markt ausgewirkt haben. Auf den Sitz der Unternehmen kommt es hingegen nicht an. Dies folgt für das deutsche Recht aus **§ 185 Abs. 2 GWB**, ergibt sich im europäischen Kartellrecht hingegen aus der Judikatur des EuGH seit EuGH Slg. 1988, 5193 – **Zellstoff**, wo ein Preiskartell außerhalb des Gemeinsamen Marktes vereinbart wurde, dort aber über Filialen umgesetzt wurde. Soweit Privatrechtssubjekte (Unternehmer) aufgrund des Kartellrechts Ansprüche gegenüber anderen Unternehmern herleiten (§§ 33 ff. GWB), findet das Auswirkungsprinzip des **Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO** Anwendung.

2. Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 regelt das **Verhältnis zum deutschen Kartellrecht**. Die Norm geht auf die EuGH entwickelte Lehre vom Vorrang des europäischen Kartellrechts zurück (EuGH, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

13.2.1969 – 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 2 ff. – **Walt Wilhelm**). Danach gebietet **die rechtliche Einheit des Binnenmarktes** einen Vorrang der Regelungen des europäischen Kartellrechts vor den nationalen Kartellrechten der Mitgliedstaaten. Zwar sieht Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV die Möglichkeit vor, dass das Verhältnis beider Rechtsordnungen zueinander durch Sekundärrecht geregelt wird. Doch dürften Regelungen, die aufgrund dieser Regelung ergehen, nicht die Effektivität der Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts und die dadurch geschaffene Einheitlichkeit des Rechtsraums zerstören. Daran knüpft Art. 3 VO Nr. 1/2003 an.

Danach gelten folgende Regeln:

(a) Liegen die Voraussetzungen des Art. 101 AEUV vor, wird die Norm von den nationalen Kartellbehörden *neben dem nationalen Kartellrecht* angewendet (Art. 3 Abs. 1 S. 1). Dasselbe gilt für Art. 102 AEUV (Art. 3 Abs. 1 S. 2).

(b) Die Anwendung des nationalen Kartellrechts darf eine Verhaltensweise nicht verbieten, die nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist (Art. 3 Abs. 2 S. 1).

(c) Ist eine Verhaltensweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt, kommt eine Freistellung nach nationalem Kartellrecht nicht in Betracht. Bedeutsam wird dies vor allem im Falle des **§ 3 GWB**, der in Art. 101 Abs. 3 AEUV keine Parallele findet. Die Wirksamkeit der Norm erklärt sich daraus, dass sie nur Kartelle mit regionaler, nicht aber zwischenstaatlicher Bedeutung erfasst.

(d) Zur **Unterbindung einseitiger Handlungen können die Mitgliedstaaten** hingegen strengere Maßstäbe anlegen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003). Der Begriff der einseitigen Handlung bezieht sich auf das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, § 19 GWB). Einem allgemeinen kartellrechtlichen Prinzip folgend, ist den Wettbewerbern **einseitiges Verhalten** im Wettbewerb erlaubt. Darin liegt gerade der zentrale Gegenstand der Wettbewerbsfreiheit. Verboten sind einseitige Handlungen allerdings u.U. dem Marktbeherrscher; denn sein Verhalten wird von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert. An die Stelle der Marktkontrolle tritt daher die Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden. Hier gilt zunächst im zwischenstaatlichen Bereich das Verbot des Art. 102 AEUV, das gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 1/2003 auch im deutschen Recht voll anwendbar ist. Hier darf nun das nationale Recht nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 über das europäische Recht hinausgehen. In der Sache geht es darum, dass die Mitgliedstaaten Missbräuche auch unterhalb der Schwelle der echten Marktbeherrschung bekämpfen dürfen. Praktisch führt dies dazu, dass das

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB nicht nur für Marktbeherrscher iSd. § 18 Abs. 1 GWB gilt, sondern auch für Unternehmen mit relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1 GWB.

Aus **Sicht des deutschen Rechts** greift ergänzend die Regelung der §§ 32 und 33 f. GWB: Das Bundeskartellamt (§ 32 GWB) und der Betroffene (§ 33 f. GWB) können einen Verstoß gegen Artt. 101 f. AEUV in Ergänzung oder anstelle der Normen des GWB geltend machen.

B. DER WETTBEWERBSBEGRIFF UND SEINE FUNKTIONEN

I. Gründe für den Wettbewerbsschutz

Eine Reihe zentraler Gründe sprechen für den Schutz des Wettbewerbs als Institution:

- Die Wettbewerbsfreiheit ist zunächst nur eine zentrale Ausprägung der in Artt. 1 und 2 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit und Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG bzw. des Rechts auf Freiheit nach Art. 6 und unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Grundrechtscharta der EU. Wäre unternehmerisches Handeln nicht frei, fehlte der allgemeinen Handlungsfreiheit die wirtschaftliche Grundlage.
- Wettbewerb ist ferner ein Verfahren zur **Kontrolle politischer Macht**, die regelmäßig eine Folge ökonomischer Mächtigkeit darstellt. Die freie Konkurrenz auf den Märkten fordert dagegen jede ökonomische Macht zu jedem Zeitpunkt heraus und bewirkt so auch eine Kontrolle politischer Machtbildung.
- Wettbewerb erweist sich als ein effizientes Verfahren zur Verteilung (**Allokation**) der stets knappen Güter und Dienstleistungen in einer Volkswirtschaft.
 - a) Wettbewerb erlaubt eine dezentrale Verteilung der Güter und damit eine Anpassung an den individuellen Bedarf, die bei einer zentralen Planung nicht möglich ist.
 - b) Ferner erlaubt der Wettbewerb eine unproblematische Kommunikation aller Marktteilnehmer über den Marktpreis (*von Hayek*; Näheres dazu S. 16): Denn der Preis **signalisiert** dem Eigentümer den Wert einer Sache und dem Käufer die (Opportunitäts-)Kosten der Befriedigung seines Bedarfs.
- Damit verbindet sich der **eigentliche Regelungsgegenstand des Kartellrechts**: der Schutz der **Preisbildungs- bzw. Wertschöpfungsprozesse** auf dem Markt. Begegnen sich Angebot und Nachfrage auf dem Markt, entsteht ein ökonomischer Wert, weil die Nachfrageseite bereit ist, für das Angebot eine Gegenleistung zu erbringen. Die Höhe der Gegenleistung bestimmt

den Wert des Angebots. Ökonomische Werte werden also subjektiv aus Sicht der Marktteilnehmer und nicht objektiv gebildet: Ein vergriffenes Comic-Heft kann unter Liebhabern einen Wert in vierstelliger Eurohöhe erreichen; die Übersetzung des Rig Veda vom Sanskrit ins Altgriechische trifft hingegen – trotz der gewaltigen geistigen Mühen – nicht auf eine Marktnachfrage und bleibt so *ökonomisch* ohne Wert. Das Kartellrecht schützt die Freiheit der Preisbildungsprozesse und damit die Freiheit der Wertschöpfungsmöglichkeit. Dadurch ermöglicht es eine optimale Versorgung.

Denkbeispiel: Für den Hersteller mag sich die Frage stellen, welche Art von neuen Lifestyle-Getränken das Publikum akzeptieren wird. Er muss sich die Frage beantworten, welche Inhaltsstoffe akzeptiert werden (Zucker, Aufputzmittel, Alkohol), welche Geschmacksrichtung gerade „in“ ist, wie das Getränk beworben werden muss, wie es am besten vertrieben wird (nur in speziellen Clubs oder allgemein im Getränkehandel) und wie teuer es sein darf. Die Einzelfragen finden Anbieter- und Nachfrageseite in einem Trial-and-Error-System heraus, bei dem am Ende das von der Nachfrageseite gewünschte Exemplar erfolgreich ist. In der Wertschätzung durch die Nachfrageseite (=Höhe des Preises) spiegelt sich die Wertschöpfung. Auf diesem Weg erfolgt die Versorgung der Nachfrage individueller (verschiedene Ausstattungen zu verschiedenen Preisen) und enger am tatsächlichen Bedarf orientiert als dies etwa im Rahmen einer zentralen Planung möglich wäre. Dass hierbei neue Werte entstehen, zeigt sich äußerlich allein schon an dem Umstand, dass im Rahmen der Produktion des Getränks und seines Vertriebs neue Arbeitsplätze entstehen, Aufträge an Zulieferer erteilt werden usw.

Diese Funktionen des Wettbewerbs geben Aufschluss über den Wettbewerbsbegriff selbst. Dabei lassen sich in der Geschichte der Wettbewerbstheorie, die heute oft (aber nicht zu Recht) bei *Adam Smiths*, *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776, angesetzt wird, zwei Sichtweisen unterscheiden:

II. Individualistische und wohlfahrtsökonomische Betrachtungsweise

1.

Aus individualistischer Betrachtungsweise ist Wettbewerb ein „**Entdeckungsverfahren**“ (die Formulierung stammt von dem aus Österreich stammenden, in den USA maßgeblich wirkenden Wirtschaftswissenschaftler und Nobelpreisträger *von Hayek*). Danach lässt sich Wettbewerb schlicht mit der individuellen **Freiheit** gleichsetzen: Nicht die Rechtsordnung, sondern den Marktteilnehmern bleibt es überlassen, die Verteilungsprobleme der Volkswirtschaft, die sich ständig in neuer Form stellen, zu lösen. Vgl. in diesem Zusammenhang das vorgenannte Beispiel der Markteinführung eines Getränks.

Aber bereits in den Überlegungen von *Adam Smith* findet sich der Gedanke, dass Wettbewerb zur Selbstzerstörung neigt (Monopolbildung durch extremen Verdrängungswettbewerb). Er bedarf daher nach neuem Verständnis der **invisible hand of the law** (*E. J. Mestmäcker*, *Die unsichtbare Hand* Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

des Rechts, 1978). Diese Regelungsidee bezeichnet man auch als den **Ordnungsgedanken**: Danach gibt das Kartellrecht eine Ordnung vor, innerhalb derer ein freier Wettbewerb stattfinden soll (das GWB erscheint danach als **Ordnungsrecht**). Dem folgte vor allem die **ordoliberalen Schule** (auch Freiburger Schule), die für die Konzeption des GWB und des Art. 101 AEUV verantwortlich war (bekannteste Vertreter: *Franz Böhm*, *Walter Eucken* und *Leonhard Miksch*) und deren Ideen von *Ludwig Erhardt* als Wirtschaftsminister nicht zuletzt im GWB umgesetzt wurden.

Weitergehend als die ordoliberale Schule fordert die sog. **Transaktionskostenanalyse** einen Verzicht des Gesetzgebers und der staatlichen Stellen auf Eingriffe in den Wettbewerb. Denn dadurch entstünden lediglich **Transaktionskosten** (der Begriff wurde von *Ronald Coase* eingeführt), d.h. Kosten für die Verwirklichung der ökonomisch effizienten Verteilungsentscheidung. Das Kartellrecht könne Paradoxien erzeugen, weil seine Anwendung überhaupt erst Wettbewerbsbeschränkungen schaffe (sog. **Antitrust Paradox**). Die bekanntesten Vertreter dieser Schule lehrten und lehren an der University of Chicago (deshalb auch **Chicago-School**; Gründer: *George Stigler*; bekannt wurde u.a. auch *Milton Friedman*) und als Praktiker am Washingtoner Instanzgericht (*Posner*). Mittlerweile stellt diese Ansicht nicht mehr den letzten Diskussionsstand dar: Die sog. Post-Chicago-School neigt wieder in Richtung Überlegungen zum Ordnungsrahmen.

2.

Nach einer **zweiten Sichtweise** stellt Wettbewerb keinen Selbstzweck dar, sondern erfüllt bestimmte Funktionen innerhalb der Zivilrechtsordnung (**Wohlfahrtsfunktionen**). Als **Wohlfahrtseffekt** bezeichnet man dabei die im Einzelfall als vorteilhaft empfundene Art der Verteilung der ökonomischen Ressourcen. Deren Gewährleistung entscheidet über die Schutzwürdigkeit des Wettbewerbs. Diese Vorstellungen wurden u.a. von *J. M. Clarke* theoretisch fundiert, der ein sog. Workability-Konzept entwickelt hat. Gegenstand war die Frage, durch welche Eingriffe in den Wettbewerb und welche Gegenmaßnahmen die gewünschten Effekte erreicht werden können. Diese Betrachtungsweise von Wettbewerb ist wohl auch die des modernen Gesetzgebers und der EU-Kommission: Für letztere ist Wettbewerb ein Mittel zur Integration des Binnenmarktes und hat dort (z.B. im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle) zurückzustehen, wo sich Integrationseffekte ohne Wettbewerb leichter erreichen lassen. Dem entspricht auch die zurückhaltende Definition des neu geschaffenen **Art. 32 lit. b AEUV**: Zu den zentralen Bedingungen des Unionsrechts zählt danach **die Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Union, soweit diese Entwicklung zu einer Zunahme der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen führt**. In dieser Formulierung liegt eine bemerkenswerte Abschwächung gegenüber der Vorläufernorm aus dem EGV – Art. 3 lit. f EGV – die ein System unverfälschten Wettbewerbs erzwang.

Für das Verständnis des europäischen Kartellrechts ist schließlich der wohlfahrtsökonomische Gedanke eines „**More Economic Approach**“ (MOE) charakteristisch, der erstmals im Weißbuch der Kommission aus dem Jahre 1999 (ABl. EG C 132 v.12.5.1999, Rn. 78) formuliert wurde. Die Europäische Kommission fasst vor allem in ihrem 30. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 2000 den Kerngedanken wie folgt zusammen:

„Kennzeichnend für die neuen Vorschriften [z.B. VO Nr. 1/2003, Anm. J.O.] ist eine Abkehr von dem formalistischen regulativen Ansatz, wie er den jetzigen Vorschriften zugrunde liegt, hin zu einer stärker nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Beurteilung der Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Das Grundanliegen dieses neuen Ansatzes besteht darin, die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern immer dann zu ermöglichen, wenn es der wirtschaftlichen Wohlfahrt dient, ohne dass der Wettbewerb dadurch gefährdet wird.“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften, XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn. 23).

Der von der Kommission genannte Anwendungsfall nimmt erkennbar auf den Gedanken der Lehre von den Nebenabreden (Metro-Rechtsprechung) des EuGH (S. 53) Bezug: Eine Konzertierung, die einen Wertschöpfungsprozess erst eröffnet, kann danach nicht kartellrechtlich verboten sein. Mithin steht das Kartellrecht unter einem **Wohlfahrtsvorbehalt**: Restriktionen, die wohlfahrtsökonomisch geboten sind, bleiben kartellrechtlich erlaubt. Ein weiteres wichtiges Anwendungsbeispiel für den More Economic Approach stellt der SIEC-Test dar, der dem Oligopolproblem des Kartellrechts (Oligopoly Blindspot) vorbeugen soll (S. 239).

Worin liegt nun **der genaue Gegenstand dieses Ansatzes**?

1. Er führt einerseits zu einer teleologischen Reduktion kartellrechtlicher Verbote mit Blick auf die Folgen des Verhaltens der Wettbewerber (**effects based approach**). Bsp: Eine Konzertierung, die dem Wortlaut nach unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, entgeht der Nichtigkeitssanktion nach Abs. 2, weil ihre Folgen wohlfahrtsökonomisch geboten erscheinen. Die Freiheitsbeschränkung ist daher nicht als solche wettbewerbswidrig, sondern nur, wenn sie den Preisbildungsmechanismus in einer Weise beschränkt, die mit den wohlfahrtsökonomischen Zwecken nicht zu vereinbaren ist. Dies entspricht gerade auch der Metro-Rechtsprechung des EuGH.
2. Die Freiheit des Wettbewerbs wird dadurch ein **Mittel zu übergeordneten Zwecken** (z.B. Verbraucherschutz oder Integration des Binnenmarktes) und ist nicht notwendig und stets in ihrem Eigenwert geschützt. Dies beinhaltet die Gefahr von Lenkungseffekten und der Verhinderung von Wertschöpfungsprozessen, die nur im freien Wettbewerb als Entdeckungsverfahren möglich sind. Vgl. insoweit noch einmal den Wortlaut des **Art. 32 lit. b AEUV** (s. gerade oben).

Bislang haben der EuGH und die Kommission diese weitreichende Neukonzeption noch nicht umgesetzt, sondern betonen die Bedeutung der Freiheit des Wettbewerbs. Der geltende Rechtsrahmen erlaubt aber eine andere Sichtweise. Bedenken Sie in diesem Zusammenhang das wichtige Werk von **John Stuart Mill (1806-1873), On Liberty, 1869!** Mill zählt zu den wichtigsten Vertretern des sog. Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Utilitarismus: Ethisch geboten ist nach dieser philosophischen Denkschule alles, was zum Glück der Menschen beiträgt. Jede Handlungsweise, jede Entscheidung mit Sozialbezug muss deshalb auf ihre Nützlichkeit für die Förderung menschlichen Glücks überprüft und gerechtfertigt werden. Dies entspricht – auf die ökonomischen Verhältnisse gewendet – dem Wohlfahrtsdenken. Die **Freiheit** aber hat nach *Mill* unabhängig davon einen **Eigenwert**, der nicht mehr hinterfragbar ist, weil sie die prinzipielle Möglichkeit für den Menschen einschließt, auszuwählen, was zu seinem individuellen Glück beiträgt und was nicht. Dieser Zusammenhang muss wohl auch im Rahmen des MOE beachtet werden – ein Umstand, den Kommission und EuGH respektieren. Vertiefungshinweis und trotz des Alters immer noch lesenswert: *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, S. 41 ff.

III. Preisbildung und Markt

1. Das Bedarfsmarktkonzept

Der Marktpreis ist ein zentraler Indikator für Anbieter und Nachfrager. Nach den klassischen Überlegungen von *Hayeks* (lesenswert: *The Use of Knowledge in Society*, 35 *American Economic Review* 519 und 525 (1945)) kann ein Marktteilnehmer ein Angebot unter Zuhilfenahme des Marktpreises verlässlich bewerten, ohne dieses selbst auf seinen Wert überprüft zu haben. Denn auf einem funktionierenden Markt kann er davon ausgehen, dass in den Marktpreis sämtliche Informationen über das Angebot von Anbietern und Nachfragern eingearbeitet wurden und dass der Marktpreis ein „gerechter Preis“ ist. Denn spiegelt der Markt ausnahmsweise den wahren Wert nicht, können informierte Marktteilnehmer durch Gegengeschäfte (**Arbitragegeschäfte**) auf leichte Weise einen Gewinn realisieren.

Liegt der Marktpreis einer Sache etwa mit 100 € zu hoch, bieten sich etwa sog. **Leerverkäufe** an. Dabei verkauft ein Unternehmer die Sache massenhaft für 100 €, ohne sie aktuell zu besitzen (deswegen Leerverkauf), und rechnet aufgrund des durch ihn selbst erzeugten großen Angebots auf dem Markt damit, dass der Kaufpreis sinken wird und er sich zu einem günstigeren Preis, der dem wahren Wert entspricht, eindecken kann, um gegenüber seinen Käufern zu erfüllen. Die Differenz zwischen dem aktuellen Kaufpreis und seinem gesunkenen Einkaufspreis ist sein Gewinn. Diese Art von Geschäften heißen **Arbitragegeschäfte**; der aus ihnen resultierende Gewinn **Arbitragegewinn**.

Die von informierten Marktteilnehmern so verursachten Marktbewegungen führen letztlich dazu, dass sich der Preis dem wahren Wert des Angebots anpasst. Für die Funktionsfähigkeit des Marktes ist die **Preisbildung** daher von zentraler Bedeutung.

Dabei gelten folgende drei Überlegungen

(1) Die Preis- oder Wertbildung erfolgt in einer Marktwirtschaft **subjektiv**, aus Sicht der Marktgegenseite. Deshalb hat eine Sache nie einen Wert an sich. Wenn sich für sie keine (potenziellen) Interessenten finden, ist sie wertlos.

(2) Ausschlaggebend für die Preisbildung sind nicht die **Bedürfnisse** der Marktgegenseite (Motive, Wünsche etc.), sondern der in Form einer Nachfrageentscheidung auf dem Markt angemeldete **Bedarf**. Märkte werden daher **sachlich** nach dem so genannten **Bedarfsmarktkonzept** abgegrenzt. Ausgehend vom Bedarf der Nachfrager gehören zu einem Markt alle Produkte, die aus der Sicht der Verbraucher für einen ganz bestimmten Bedarf austauschbar oder substituierbar sind.

Einfaches Beispiel: Die Bild-Zeitung und die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) gehören nicht zu einem Markt. Oberflächlich betrachtet, könnte man zunächst von einem an Aktualitäten orientierten Informationsbedarf von Lesern ausgehen. Bedenkt man jedoch, dass die Leser der Bild-Zeitung auf eine Preiserhöhung nicht mit einer Abwanderung zur FAZ reagieren würden, können beide Produkte nicht zu demselben Markt gehören. Zwischen beiden besteht offensichtlich keine Substitutionsbeziehung. Dies lässt wiederum Rückschlüsse auf die Bestimmung des Bedarfs selbst zu. Konsequenterweise muss zwischen dem Bedarf nach Informationen, die im Sinne der Boulevardjournalismus aufbereitet sind, und dem Bedarf nach eher analytisch orientierten Informationen unterschieden werden, so dass sich hier zwei Märkte voneinander unterscheiden lassen.

Schwierigeres Beispiel: Anfang April 2008 untersuchte das Bundeskartellamt im Wege der Zusammenschlusskontrolle die Übernahme der Discountkette „Plus“ (Eigentümer Tengelmann-Gruppe) durch die Edeka-Gruppe (E). E machte geltend, dass der Kauf die eigene Stellung im **Lebensmitteleinzelhandel** nicht nennenswert verstärken würde. Das Bundeskartellamt ging jedoch nicht von einem einheitlichen Markt im Lebensmitteleinzelhandel aus, bei dem die Handelsketten Waren gegenüber den Endverbrauchern anbieten. Es unterstellte auch nicht eine Vielzahl von Einzelmärkten (von der Zahnpasta bis zum Hundefutter), sondern unterschied genau besehen drei Märkte:

- Den Markt für **Vollsortimentanbieter** (Supermarkt), wo den Kunden das ganze, im normalen Haushalt benötigte Warensortiment angeboten wird. In der Regel besteht dieser Markt aus **zwei Segmenten**, die in der Praxis **Food** und **Non Food I** genannt werden (vgl. dazu OLG Düsseldorf, 23.8.2017 – VI Kart 5/16 – EDEKA/Tengelmann, juris-Rn 57). Non Food I bezeichnet das Sortiment aus Nichtlebensmitteln, die man bei einem Vollsortimenter normalerweise erwartet (Zeitschriften, Batterien, Zahnbürsten usw.). Zu diesem Markt gehören nicht Drogerien, Bäckereien und Metzgereien, weil diese in ihrem

Spezialbereich ein viel größeres Sortiment anbieten als der Supermarkt. **Non Food II** umfasst hingegen Nichtlebensmittel, die teilweise in Supermärkten angeboten werden, dort aber von den Kunden nicht erwartet werden (Fernsehgeräte).

- das sog. **Softdiscount-Geschäft**, wo bekannte Markenwaren (z.B. Nutella) unter Weitergabe von Mengenrabatten an den Kunden zu Niedrigpreisen weitergegeben würden (dazu zählt bspw. die Plus-Kette) und
- das sog. **Harddiscount-Geschäft**, wo Waren unter den eigenen Marken des Händlers vertrieben werden (Handelsmarken; bekanntes Beispiel: Aldi, Rewe).

Ein weiteres interessantes Beispiel liefert der Markt für **akutstationäre Behandlungen in Krankenhäusern**. Hier stellt sich die Frage, ob es innerhalb einer Stadt Einzelmärkte für Innere Medizin, Augenmedizin und Röntgenmedizin oder für Pakete aus diesen im Sinne einer akutstationären Behandlung gibt. Der BGH bejaht das Letztere (BGHZ 175, 333).

Dieses Beispiel lässt **zwei wichtige Folgerungen** zu:

1. Gerade auf Märkten für Konsumgüter besteht ein latenter Angebotsüberschuss (sog. **Käufermärkte**), der die Anbieter zu ständig neuen Differenzierungen und Veränderungen ihrer Produkt-Markt-Strategien zwingt. Nehmen die Kunden diese Differenzierungen (wie zwischen Vollsortiment, Soft- und Harddiscount) an, verändert sich auch die Marktabgrenzung, weil es stets darum geht, tatsächlich bestehende Substitutionsbeziehungen festzustellen.
2. Je **enger ein Markt abgegrenzt** wird, desto rascher gerät ein Unternehmen in eine marktbeherrschende Stellung, die sowohl im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle als auch bei der Zusammenschlusskontrolle bedeutsam ist. Die Unternehmen argumentieren in diesen Verfahren häufig in Richtung eines weiten Verständnisses des Marktes bei großzügiger Annahme von Substitutionsbeziehungen, die Kartellbehörden für ein engeres Verständnis, um gegen die Unternehmen vorgehen zu können.

Hinzu treten noch **drei Besonderheiten**:

1. Die Käufer von Fahrzeugen der BMW 7er-Reihe neigen nicht selten zu der Aussage, nie auf einen Mercedes S-Klasse wechseln zu wollen und umgekehrt. Mit Blick auf das Produktimage dieser Fahrzeuge, ihren Preis und die zugrunde liegende Vertriebsstrategie, würde man sie dennoch einem Markt zurechnen, weil beide Modelle typischerweise den Bedarf nach einer gehobenen, bis luxuriösen Art der Fortbewegung befriedigen. Die dennoch auf einem solchen Markt bestehenden Monopolisierungseffekte der bezeichneten Art bezeichnet man als

Produktdifferenzierungsvorteile. Sie entstehen durch ein an bestimmte Marken gebundenes Produktimage, das vor allem durch große Werbeanstrengungen erzeugt wird und auf langfristige Kundenbindung zielt. Produktdifferenzierungsvorteile stehen der Annahme eines einheitlichen Marktes nicht entgegen. Oft ist aber die Abgrenzung zwischen Produktdifferenzierungsvorteil und eigenständigem Bedarf nicht leicht.

2. Schließlich spielt der **potenzielle Wettbewerb** (S. 45) bzw. das Konzept der **Angebotsumstellungsflexibilität** (S. 50) bei der Bestimmung des einschlägigen Interaktionsbereichs eine große Rolle. Nach letzterem ist Anbieter auf dem Markt für Herrenschuhe der Größe 44, wer bislang Herrenschuhe der Größe 43 herstellt. Denn er kann ganz kurzfristig sein Angebot so umstellen, dass er auf dem Markt tätig ist.
3. Klassische Märkte mit den darauf stattfindenden Wertschöpfungsprozessen setzen stets voraus, dass ein Angebot auf **eine entgeltliche Nachfrage** trifft, dass also die Leistung nicht verschenkt wird. Eine **vermeintliche Ausnahme** von diesem Prinzip bringt nun für das deutsche Kartellrecht **§ 18 Abs. 2a GWB**, wonach der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, wenn eine Leistung **unentgeltlich erbracht** wird (ausführlicher noch ab S. 148). Diese Sichtweise spiegelt sich in der Auffassung der Kommission im Fall **Google Search (Shopping)**; vgl. dazu S.192). Die Entscheidungsgründe der Kommission bzw. § 18 Abs. 2a GWB bezwecken indes nicht, den Schutz des Kartellrechts über ökonomische Wertschöpfungsprozesse hinaus auszudehnen und neue Segmente zu schützen, in denen unentgeltliche Leistungen ausgetauscht werden. Ziel der Norm ist vielmehr die Erfassung sog. **Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB). **Beispiel:** *Facebook und vergleichbare soziale Netzwerke lassen ihre Nutzer kostenlos Benutzerkonten erstellen, um einen indirekten Netzwerkeffekt zu verstärken: Je größer nämlich die Anzahl der Nutzer in einem sozialen Netzwerk ist, desto attraktiver kann dieses seine Dienste auf dem Markt für Werbedienstleistungen im Internet anbieten: Ein an Internetwerbung interessiertes Unternehmen wird dem Träger des sozialen Netzwerks nämlich ein umso höheres Entgelt zahlen, je größer die dort zu erreichende Kundengruppe ist.* Dass die unentgeltliche Tätigkeit von Facebook gegenüber den Nutzern des sozialen Netzwerks nun als Markt erfasst werden kann, ist also ein **Mittel zu einem Zweck**: Das BKA kann jetzt die Stärke dieses indirekten Netzeffekts unmittelbar bei der Konkretisierung einer Marktbeherrschung berücksichtigen, ohne dass es darauf ankommt, dass die zugrunde liegende Macht nicht auf einem klassischen Markt gebildet wird. Ziel dieser Vorgehensweise ist aber stets der Schutz eines klassischen Marktes (hier: des Marktes für entgeltliche Werbedienstleistungen im Internet) etwa vor Ausbeutungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

Beachte noch folgende **Überlegungen zur Marktabgrenzung**:

(1) **Einzelne Vertriebsformen** für ein Produkt (E-Commerce, Offline-Buchung) stellen i.d.R. keine eigenen Märkte dar, da Vertriebsformen immer nur unterschiedliche Konzepte der Kundengewinnung darstellen (OLG Düsseldorf, 9.1.2015 – VI-Kart 1/14, BB 2015, 593 – HRS, Juris-Rn. 37 f.).

(2) Märkte für **Rohstoffe** sind wohl stets von Märkten für das aus den Rohstoffen gefertigte Produkt zu unterscheiden.

(3) Der Primärmarkt für die **Erstausrüstung** ist vom Sekundärmarkt für Folgeprodukte zu unterscheiden: Bildet der Markt für Mobilfunkgeräte (Handy) den Markt für das Grundprodukt (Erstausrüstung), stellen die Märkte für Apps, Handyzubehör Sekundärmärkte dar. Vgl. vor allem den Markt für Kraftfahrzeuge und den Markt für Ersatzteile.

2. Theoretischer Hintergrund der Marktabgrenzung

Die Abgrenzung des Marktes hängt – wie bereits erwähnt – eng mit der **marktwirtschaftlichen Preisbildung** zusammen. Zum Markt gehören alle Produkte, die sich gegenseitig bei der Preisbildung beeinflussen. Umgekehrt hängt die Höhe des Preises entscheidend von der Weite oder Enge des Marktes und damit den **Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite** auf alternative Anbieter ab. Fehlen Ausweichmöglichkeiten (Monopol), kann es zu einer Ausbeutung der Marktgegenseite kommen (Monopolrente). Die Ausweichmöglichkeit wird auch als **Kreuzpreiselastizität** bezeichnet. Ist die Nachfrage kreuzpreiselastisch, bedeutet eine Erhöhung der Preise durch Anbieter 1, dass die Nachfrage zu Anbieter 2 (über's Kreuz) abwandern. Bei bestimmten Produkten ist die Nachfrage indes nicht (kreuzpreis-)elastisch, sondern starr. (Beispiel: Mineralöl). Daraus erklärt sich die Zwecksetzung des Marktbegriffs: Der Markt ist ein **juristischer Zweckbegriff**, bei dem es darum geht, diejenigen Wettbewerbsbedingungen zu beobachten, die für die Preisbildung und das Entstehen sonstiger Marktergebnisse (Produktqualität, -sicherheit usw.) maßgeblich sind. Deshalb werden diejenigen Angebote zu einem Markt zusammengefasst, die sich gegenseitig bei der Preisbildung beeinflussen, weil sie untereinander Ausweich- und Abwanderungsbewegungen der Nachfrage erlauben.

3. Räumlich und zeitlich relevanter Markt.

Märkte können auch **räumliche Grenzen** haben. Diese entstehen durch

- regionale Verbrauchergewohnheiten (der räumlich relevante Markt für lauwarmes englisches Bier erfasst die Bundesrepublik Deutschland nicht, weil es dort aufgrund gegenläufiger Kundenpräferenzen nicht gehandelt wird).

- nationalstaatliche Regelungen können Produkte von bestimmten nationalen Märkten ausnehmen. Dies verbieten jedoch in weitem Umfang die Artt. 34 ff. AEUV (Warenverkehrsfreiheit) und die internationalen Freihandelsabkommen.
- **Transportkosten:** Der Wert eines Produkts gibt den Rahmen vor, innerhalb dessen ein Nachfrager bereit ist, Transportkosten auf sich zu nehmen. Beispiel: Für einen bestimmten Kfz-Typ sucht ein Mainzer Interessent auch einen Händler in Frankfurt auf, in Costa Rica jedoch nicht.
- **Sprachbarrieren:** Sie sind typisch für mediengebundene Märkte (Filme, Bücher, Tageszeitungen usw.)

Beachte hier vor allem, dass sich der räumlich relevante Markt im deutschen Kartellrecht nach **§ 18 Abs. 2 GWB** nicht notwendig und in jedem Fall auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt. Dazu BGH 5.10.2004 – KVR 14/03 = EWiR 2005, 223 - Staubsaugerbeutel.

Zeitlich relevante Märkte: Darunter fallen alle Angebote, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums austauschbar sind (Ausnahmefälle). Bsp.: Die Filmverwertungskette, im Rahmen derer das Aufführungsrecht in Lichtspielhäusern (Kinos) auf einem anderen zeitlich relevanten Markt gehandelt wird als das Recht der PayTV- Ausstrahlung.

C. DAS KARTELLVERBOT (ART. 101 AEUV, § 1 GWB)

I. Struktur des Tatbestandes

Das Kartellverbot findet sich jeweils in Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB, seine Ausnahmen in Art. 101 Abs. 3 AEUV und §§ 2 f. GWB.

Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB folgen dabei derselben logischen Struktur:

1. Zwischen den Beteiligten muss eine **verbotene Verhaltensweise** vorgenommen worden sein:

- Vereinbarung zwischen Unternehmen *oder*
- Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen *oder*
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen.

2. Dieser steht eine **bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung** gegenüber:

a) Dies setzt zunächst die **Bestimmung des Marktes** voraus, auf dem die Beschränkung eintritt. Die Praxis geht davon aus, dass eine genaue Bestimmung des betroffenen Marktes bei einem **Hardcore-**

Kartell unterbleiben könne, weil hier die wettbewerbsbeschränkende Wirkung ohnehin auf der Hand liege. Drei Fälle sind hier unstrittig:

- (1) die Preisabstimmung,
- (2) die Angebotsverknappung und
- (3) die Marktaufteilung.

Vgl. dazu noch das Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit“ (S. 63).

Praktischer Hinweis: Verzichten Sie in einer Klausur im Zweifel nicht vollständig auf die Marktabgrenzung, sondern führen Sie diese nur knapp aus, wenn Sie der Ansicht sind, ein Hardcore-Kartell liege vor und der Kartellverstoß praktisch evident!

b) Auf diesem Markt muss es zu einer **Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit** kommen = Konzertierung eines freien Verhaltensparameters.

c) Nicht jede Freiheitsbeschränkung stellt aber eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Gerade bei wohlfahrtsökonomischer Betrachtung der Zwecke des Wettbewerbs muss nicht jeder Beschränkung wettbewerbsbeschränkender Charakter zukommen.

3. Im Falle des Art. 101 Abs. 1 AEUV Berührung des zwischenstaatlichen Handels; bei § 1 GWB = Negativkriterium (keine Berührung des zwischenstaatlichen Handels)

4. Spürbarkeit

5. Ausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. §§ 2 ff. GWB: Dieses Tatbestandsmerkmal kann wegen seiner Ähnlichkeit zu der unter 2. erörterten Fragestellung im Einzelfall auch einmal direkt im Anschluss an diese erörtert werden.

In dieser Struktur reihen sich die folgenden Überlegungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen ein.

II. Der Unternehmensbegriff

1. Grundlagen

Als **Unternehmen** sieht der EuGH jede **eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit** unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung an (EuGH Slg. 1984, 2999, 3016 –

Hydroterm). Dies entspricht dem deutschen Verständnis eines **funktionalen Unternehmensbegriffs**: Entsprechend seiner Zwecksetzung muss das Kartellrecht jeden Träger erfassen können, der in das Marktgeschehen eingreift und dort den Prozess der Preis- und Wertbildung beeinflusst. Dabei kann es nicht auf die rechtliche Verfassung, eine möglicherweise fehlende Gewinnerzielungsabsicht oder die Einordnung des Trägers in das Öffentliche Recht ankommen. Denn, wer das Marktgeschehen beeinflusst, muss durch das Kartellrecht erfasst werden können.

Ausnahmen:

(1) Die Tätigkeit der **privaten Verbraucher** (Konsum) ist zunächst keine unternehmerische Tätigkeit.

(2) Das Handeln der **Arbeitnehmer** auf den Arbeitsmärkten wird nicht als unternehmerische Tätigkeit verstanden. Das **kollektive Arbeitsrecht**, das weitgehend auf „Kartellbildung“ im weitesten Sinne beruht (Arbeitgeberverbände (Kartelle der Arbeitgeber) und Gewerkschaften (Kartelle der Arbeitnehmer) kämpfen um den Inhalt der Tarifverträge), ist schon aufgrund von Verfassungsvorgaben der Kartellrechtskontrolle im großen Umfang entzogen (Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 28 Grundrechtscharta der EU).

(3) **Hoheitliches Handeln** des Staates (nicht fiskalisches Handeln) fällt nicht unter Art. 101 AEUV und § 1 GWB, z.B. Gefahrenabwehr, Bauplanung usw. Beachte noch, dass für **öffentliche Unternehmen** zusätzlich Art. 106 AEUV gilt (S. 254)!

(4) Die Errichtung oder der Betrieb eines Trägers, der dem **Solidaritätsgrundsatz** verpflichtet ist (EuGH, 5.3.2009 – C-350/07-**Kattner Stahlbau GmbH**, Tz. 53 ff.). Begründung: Das Unionsrecht lässt den Mitgliedstaaten Freiraum, Systeme sozialer Sicherung zu schaffen. Diese folgen häufig dem Grundsatz, dass viele gleichartige Risiken in einem Träger unter staatlicher Aufsicht zwangsweise vergemeinschaftet und damit abgesichert werden. Charakteristisch für das **Solidaritätsprinzip** ist, dass die Mitglieder gleichmäßige Beiträge entrichten, die gerade unabhängig von der Höhe der individuellen Risiken sind. Dabei geht es also darum, das Risiko im Einzelfall zu vergemeinschaften, nicht aber die Risikoversicherung als Geschäft zu betreiben. Unterliegt ein solcher Träger im Hinblick auf seine Aufgabenerfüllung **staatlicher Aufsicht**, muss das Kartellrecht zurückstehen, um das System nicht zu gefährden.

(5) Eine bemerkenswerte weitere Einschränkung des Unternehmensbegriffs macht der EuGH jedoch in folgender Entscheidung:

EuGH Fenin

(EuGH) Slg. 2006, I-06295–**FENIN**). Bei der FENIN handelte es sich um einen Verband von Unternehmen, die in Spanien medizinische Erzeugnisse für Krankenhäuser vertrieben. Die darin zusammengeschlossenen Unternehmen gingen im Klageweg gegen den spanischen nationalen Gesundheitsdienst (SNS) vor, weil dieser die FENIN systematisch gegenüber anderen Unternehmensvereinigungen benachteiligte (z.B. durch verspätete Abrechnungen usw.). Die SNS stellt den Zusammenschluss dreier Ministerien der spanischen Regierung dar und finanziert sich durch Sozialversicherungsbeiträge auf Löhne und andere staatliche Beiträge. Die Kläger argumentierten, dass die SNS einer normalen Einkaufstätigkeit nachgehe und daher – da es nicht auf ihre Finanzierungsquelle ankomme – ein Unternehmen i. S. d. funktionalen Begriffs darstelle.

Der EuGH ist dem nicht gefolgt. Denn bei der Einordnung einer Tätigkeit als unternehmerisch dürfe nicht übersehen werden, „dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“ (Rn. 26) Deshalb liege kein Unternehmen vor.

Kritik: Eine traditionelle, in der Sache aber nicht überzeugende **Eigenart der Rechtsprechung des EuGH** besteht darin, der Bedeutung der Tätigkeit eines Trägers im **Bereich der Nachfrage** auf dem Markt nicht dieselbe Bedeutung zuzumessen wie im Bereich des Angebots. Deshalb stellt der EuGH hier auf die Motive für die Nachfrage ab, was er auf der Angebotsseite regelmäßig unterlässt. Diese Differenzierung deckt sich jedoch nicht mit dem Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB ansonsten zugrunde liegenden Verständnis: Für den Unternehmensbegriff muss es allein darauf ankommen, ob ein Träger in das Marktgeschehen eingreift (dies war hier geschehen), nicht aber darauf, zu welchen Zwecken er die Resultate dieses Eingriffs im Weiteren verwendet. Ganz allgemein können die Motive des Käufers, insbesondere seine Verwendungsabsichten hinsichtlich der Kaufsache, nicht den Ausschlag für die Einordnung als Unternehmen liefern, weil andernfalls Umgehungen des Art. 101 AEUV zu leicht möglich würden. Eine Rechtfertigung für die Nichtanwendung des Kartellrechts könnte allenfalls deshalb in Betracht kommen, weil SNS dem **Solidaritätsgrundsatz** (S. 24) verpflichtet war und deshalb als System der sozialen Sicherung seitens des spanischen Staates nicht durch das Kartellrecht beeinträchtigt werden durfte. Das **deutsche Kartellrecht** ist nicht anwendbar, soweit die Träger der Krankenversicherung auf der Grundlage des § 132a SGB V tätig werden (dazu jetzt BGH WuW 2017, 289).

4. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit

Eine weitere Einschränkung des Unternehmensbegriffs ergibt sich zunächst in **Konzernfällen**. Bei einem Konzern handelt es sich um eine Gruppe von selbstständigen Rechtsträgern (rechts- oder teilrechtsfähigen Gesellschaften), im Rahmen derer ein Rechtsträger auf die anderen einen beherrschenden Einfluss ausübt. Meist beruht dieser Einfluss auf dem Besitz der Stimmrechtsmehrheit am anderen Träger (§ 17 Abs. 2 AktG). In Betracht kommt aber auch eine Beherrschung aufgrund eines Unternehmensvertrags (§§ 291 ff. AktG). Für die Anwendung des Kartellrechts ist dabei folgender Gesichtspunkt entscheidend: Als Unternehmen kann eigentlich nur eine **selbstständig handelnde Einheit** erfasst werden, weil nur diese in das Marktgeschehen eingreift. Durch das sog. **Selbstständigkeitspostulat**, das vor allem aus dem Europäischen Kartellrecht stammt, wird die Forderung nach Erhalt der wirtschaftlichen Eigenständigkeit der Konkurrenten im Wettbewerb erhoben. Dieser Gedanke ist auch dem deutschen Kartellrecht nicht fremd. Fehlt hingegen die Eigenständigkeit eines Trägers von vornherein wie bei einem von der Mutter kontrollierten Unternehmen, das **zu einer eigenen Geschäftspolitik nicht fähig** ist, passt das Kartellverbot nicht.

Beispiel: Die M-AG hält 100 % der Aktien an der T-AG. M und T vereinbaren einheitliche Preise für die von beiden hergestellten Rasenmähermotoren. Dies wird man im Regelfall nicht als verbotenes Kartell, sondern als eine rein organisatorische Maßnahme innerhalb des Unternehmensverbundes auffassen dürfen, der von M geführt wird. Kartellrechtlich bestehen hier vor allem deshalb keine Bedenken, weil T gegenüber M im Regelfall nicht zu einer eigenständigen Geschäftspolitik fähig ist. Denn bei T fehlt es an Handlungsfreiheit gegenüber M, die durch die Vereinbarung beschränkt werden könnte. T erscheint daher von vornherein nicht als vollwertiges Unternehmen. Dies ist übrigens nicht zwangsläufig und in allen Fällen so. Handelt es sich bei M um eine **bloße Holding** (eine Gesellschaft, die nur Geschäftsanteile an anderen Rechtsträgern hält und verwaltet), die die Geschäftspolitik von T aber nicht beeinflusst, kann T im Einzelfall trotz der Beteiligungsverhältnisse zu einer eigenen Geschäftspolitik gegenüber M fähig sein und deshalb ein Unternehmen im funktionalen Sinne darstellen. Diesen außergewöhnlichen Ausnahmefall müsste die Kartellbehörde aber beweisen (Art. 2 Satz 1 VO Nr. 1/2004). Im Regelfall ist T aber schon kein Unternehmen iSd. Kartellrechts, weil ihm gegenüber das Selbstständigkeitspostulat nicht erhoben werden kann. Das zugrunde liegende Problem kann übrigens auch an der Frage festgemacht werden, ob eine Konzertierung zwischen M und T vorliegt, also die Einschränkung eines zuvor freien Verhaltensparameters im Wettbewerb. Denn die dabei vorausgesetzte Freiheit ist unter den vorliegenden Verhältnissen im Regelfall nicht gegeben.

Problematisch ist jedoch eine **zweite, davon zu unterscheidende Frage**, nämlich die, ob ein Kartellverstoß des abhängigen Unternehmens (Tochter) der herrschenden Gesellschaft (Mutter) **zugerechnet** werden kann. Ganz grundsätzlich muss diese Frage bejaht werden. Denn andernfalls könnte die Mutter eine von ihr abhängige Tochtergesellschaft als Vehikel mit dem Kartellverstoß beauftragen, um später selbst der Haftung zu entgehen. Das Kartellverbot darf jedoch nicht durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen umgangen werden. Der EuGH bejaht daher eine Zurechnung in ständiger Rechtsprechung, wenn Tochter und Mutter eine **wirtschaftliche Einheit** bilden (EuGH, Urt. v. 12.7.1984, Rs. C-170/83, Slg. 1984, 02999, Rn. 11 – **Hydrotherm**; EuGH, 3.7.1991, Rs. C-

62/86, Slg. 2005, I-3359, Rn. 58 ff. – **Akzo Chemie BV**). Diese liegt ebenfalls vor, wenn die Tochter **zu keiner eigenständigen Geschäftspolitik in der Lage ist**, sondern dem Weisungsrecht der Mutter unterliegt. Dieses Weisungsrecht beruht wiederum im Regelfall auf der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Mutter an der Tochter (= Mehrheit der Stimmrechte, verkörpert in Aktien oder Geschäftsanteilen). Liegt danach eine wirtschaftliche Einheit aus mehreren Gesellschaften vor, stellt diese **das Unternehmen** iSd. **Art. 101 Abs. 1 AEUV** dar. Der Begriff des Unternehmens ist ja nicht gleichzusetzen mit dem eines Rechtsträgers (= natürliche oder juristische Person). Vielmehr besteht ein Unternehmen aus drei Komponenten: einem Rechtsträger (z.B. einer Aktiengesellschaft), dessen Vermögen (Grundstücke, bewegliche Sachen, Patente, Vermögensanlagen usw.) und der Firma, unter der das Unternehmensvermögen verwaltet wird (§ 17 HGB). Bilden nun zwei Rechtsträger (Mutter und Tochter) eine wirtschaftliche Einheit, stellen sie nach der Rechtsprechung des EuGH gemeinsam **das Unternehmen** dar, sodass das Fehlverhalten der Tochter automatisch als Fehlverhalten der Mutter gilt. Vgl. dazu **EuGH**, 17.9. 2015 – C- 597/13 P – **France Total**):

„33 Der Begriff des Unternehmens bezeichnet jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Unter diesem Begriff ist eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird. Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, so hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen (vgl. Urteil Kommission u. a./Siemens Österreich u. a., C-231/11 P bis C- 233/11 P, EU:C:2014:256, Rn. 43 und 44 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).“

Diese wirtschaftliche Einheit wird **widerleglich vermutet**, wenn die Mutter an der Tochter **100 % der Stimmrechte** hält (sog. **Akzo-Vermutung** von EuGH, 3.7.1991 – Rs. C-62/86, Slg. 2005, I-3359 – Akzo Chemie BV, Rn 58 bis 60) Dazu der EuGH (17.9.2015 – C- 597/13 P – **France Total**):

„36 Wenn eine Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, besteht eine widerlegliche Vermutung, dass diese Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt (vgl. Urteil Akzo Nobel u. a./Kommission, C-97/08 P Rn. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

Liegen die Voraussetzungen der Akzo-Vermutung nicht vor, muss die Europäische Kommission konkret nachweisen, dass die Tochter gegenüber der Mutter zu **keiner eigenständigen Geschäftspolitik** fähig ist, sondern durch die Mutter einheitlich geleitet wird (vgl. auch EuGH, = Slg. 2011, 1 = WuW 2011, 315 = WuW/E EU-R 1899 - **General Química**). Ein Beispiel hierfür liefert die Entscheidung EuGH vom 22.5. 2014 (C-36/12 P = WuW 2014, 779 – **Armando Alvarez SA**, Rn. 17 f.). Dort beherrschte die Mutter die Tochter zu 98,6 %, und der EuGH führt deshalb aus:

„17 In den Erwägungsgründen der streitigen Entscheidung... hat die Kommission als Erstes im 669. Erwägungsgrund darauf hingewiesen, dass die Rechtsmittelführerin 98,6 % des Kapitals von ASPLA halte. Als Zweites hat sie im 671. Erwägungsgrund der Entscheidung ausgeführt, dass die Rechtsmittelführerin offenbar sehr eng in die operative Leitung von ASPLA einbezogen gewesen sei. Dies begründete die Kommission in den Erwägungsgründen 672 bis 676 mit - im schriftlichen Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Verfahren erörterten - tatsächlichen Umständen, die die Anwesenheit der Führungsspitze der Rechtsmittelführerin bei wenigstens 22 Treffen der am Kartell beteiligten Unternehmen sowie die offenbar erfolgte Übermittlung der Protokolle anderer Treffen durch Vertreter von ASPLA an die Führungsspitze betrafen.“

Hier treffen also ein hoher Beherrschungsgrad und eine auf dem Markt nachgewiesene einheitliche operative Leitung der Tochter durch die Mutter zusammen. Dies führt dann insgesamt dazu, dass eine wirtschaftliche Einheit bejaht wird und Tochter und Mutter als ein einheitliches Unternehmen angesehen werden:

„18 Das Gericht ist daher ... rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Kommission aufgrund der Rspr. zu den Voraussetzungen, unter denen zu vermuten ist, dass eine Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausübt, zu Recht vermutet habe, dass die Rechtsmittelführerin angesichts ihrer Beteiligung von 98,6 % am Kapital von ASPLA einen bestimmenden Einfluss auf deren Verhalten ausgeübt habe.“

Dadurch bleibt dennoch ein **praktisches Problem**: Der Beherrschungsgrad von 100 % ist leicht durch rechtsgeschäftliche Gestaltung zu unterlaufen (Weggabe einer einzigen Aktie der Tochter an einen Dritten). Kann in einem solchen Fall die einheitliche Leitung nicht nachgewiesen werden, entsteht ein **Normumgehungsproblem**. Dies widerspricht wiederum **der funktionalen Betrachtungsweise** des Kartellrechts. Danach darf das Kartellrecht nicht durch formale Gestaltungen umgangen werden. Deshalb ist nicht vor auszusehen, ob der EuGH die 100 %-Grenze in naher Zukunft nicht doch herabsetzen wird. Dies ist aber bislang noch nicht geschehen (s. oben die Entscheidung in Sachen France Total)! Praktisch löst der EuGH das Problem dadurch, dass die Beweisanforderungen für die zwischen Mutter und Tochter praktizierte einheitliche Geschäftspolitik in dem Maße sinken, indem die Mutter an der Tochter beteiligt ist. Bei einer Beteiligung von 99,99 % würden daher kleinste Anzeichen für eine gemeinsame Geschäftspolitik wohl eine tatsächliche Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit andeuten.

EuG Goldman Sachs

Möglicherweise deutet sich in der **Rechtsprechung des EuG** eine Weiterung der Akzo-Vermutung an.

EuG, 12.7.2018 – T-419/14 – **Goldman Sachs**: Die Investmentbank Goldman Sachs Group, Inc. (GS) hielt für 41 Tage 100 % der Aktien an dem Unternehmen Prysmian, später nur noch 80 % der Aktien, aber immer noch 100 % der Aktien, die ein Stimmrecht verliehen. Die übrigen 20 % bestanden zu diesem Zeitpunkt aus Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (vgl. für das deutsche Recht: § 139 Abs. 1 AktG). Prysmian selbst war wiederum am Stromkabelkartell beteiligt. Fraglich war, ob GS dieser Verstoß gegen Art. 101 AEUV zurechenbar war.

Für den Zeitraum der 100 %igen Beteiligung greift die Akzo-Vermutung uneingeschränkt. Für den darauffolgenden Zeitraum einer 80 %igen Beteiligung führt das EuG Rn. 49 aus:

„Was in diesem Zusammenhang erstens die Frage betrifft, ob die Vermutung der tatsächlichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses unter diesen Umständen herangezogen werden konnte, ist Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

*zu beachten, dass die Kommission nach ständiger Rechtsprechung auf diese Vermutung zurückgreifen darf, wenn sich die Muttergesellschaft bezüglich ihrer Möglichkeit der bestimmenden Einflussnahme auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft **in einer ähnlichen Lage wie der ausschließliche Anteilseigner befindet...***“

Die Akzo-Vermutung gilt nach dem EuG

„in vollem Umfang für den Fall, dass eine Muttergesellschaft sämtliche mit den Aktien ihrer Tochtergesellschaft verbundenen Stimmrechte ausüben kann, denn diese Muttergesellschaft ist in der Lage, das Verhalten der Tochtergesellschaft vollständig zu kontrollieren, ohne dass Dritte, insbesondere andere Anteilseigner, sich dem grundsätzlich widersetzen könnten. Zwar ist nicht auszuschließen, dass Minderheitsaktionäre, die über keine Stimmrechte aus den Aktien der Tochtergesellschaft verfügen, dieser gegenüber in gewissen Fällen bestimmte Rechte geltend machen können, aufgrund deren gegebenenfalls auch sie in der Lage sind, das Verhalten der Tochtergesellschaft zu beeinflussen. In diesen Fällen kann die Muttergesellschaft jedoch die Vermutung der tatsächlichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses widerlegen, indem sie Beweismittel beibringt, aus denen sich ergibt, dass sie nicht über die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft auf dem Markt bestimmt.“

Zunächst liegt es auf der Hand, dass für die Akzo-Vermutung auf 100 % der **Stimmrechte** an der Tochtergesellschaft abzustellen ist und nicht etwa auch stimmrechtslose Aktien einbezogen werden können. Denn nur die Inhaberschaft an den Stimmrechten in der Hauptversammlung der Tochter begründet nach der Lebenserfahrung die Vermutung, dass die Mutter die Tochter wie eine Betriebsabteilung führen kann und dass diese zu keiner eigenständigen Geschäftspolitik in der Lage ist. Dass das EuG jedoch für die Zurechnung darauf abstellt, dass GS im Hinblick auf die „Möglichkeit der bestimmenden Einflussnahme auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft in einer ähnlichen Lage wie der ausschließliche Anteilseigner befindet...“, lässt an **Weiterungen** denken. Denn hätten die in *Prysmian* verbleibenden Aktionäre Aktien mit Stimmrechten in der Hauptversammlung der Tochter gehalten, hätten sie mit diesen die Geschäftspolitik der Tochter nicht gegen den Willen von GS beeinflussen können. Typischerweise kann ein Aktionär mit einer Stimmrechtsmacht von 3/4 nämlich Satzungsänderungen gegenüber den Minderheitsgesellschaftern durchsetzen (für das deutsche Recht: § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG). Dann aber kann er auf das Verhalten der Tochtergesellschaft fast in gleicher Weise Einfluss nehmen wie ein Alleingesellschafter. Die Minderheitsgesellschafter können seiner Geschäftspolitik nur noch durch Erhebung des Anfechtungsklage nach § 243 AktG gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung durchkreuzen.

Die Zurechnung eines Kartellverstoßes nach der Lehre von der wirtschaftlichen Einheit führt schließlich zu besonderen Risiken beim Unternehmenskauf:

EuGH Asphaltmarkt Finnland

(EuGH, 14.3.2019 – C-724/17 – **Asphaltmarkt Finnland**) In Finnland beteiligten sich die Unternehmen SIS, NCC und Asphaltmix (A) in den Jahren 1994 bis 2002 durch gemeinsame Vereinbarung am sog. Asphaltkartell, einem gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Preiskartell. Zu Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

diesem Zeitpunkt hält die V-AG 100 % der Anteile an A. Im Jahre 2003, also nach Beendigung des Kartells, veräußert V ihre 100 %ige Beteiligung am Unternehmen A an das Bauunternehmen B. Daraufhin klagt die Stadt Vantaa (K) Schadensersatz gegenüber B wegen des von A begangenen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV ein. B verteidigt sich damit, selbst an dem Kartell nie teilgenommen zu haben und das Unternehmen A erst nach Beendigung seiner Teilnahme am Kartell erworben zu haben.

Die Anspruchsgrundlage dürfte eine Schadensersatznorm des finnischen Rechts sein, die die finnische Rechtsordnung aufgrund der Jedermann-Rechtsprechung des EuGH (S. 122) vorsehen muss. Diese setzt eine Beteiligung von B an dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Preiskartell voraus. Eine aktive Beteiligung von B scheidet allerdings aus. Fraglich ist jedoch, ob der B die Kartellteilnahme des gerade erworbenen Unternehmens A zugerechnet werden kann. Die dazu erforderliche wirtschaftliche Einheit ist wegen der Akzo-Vermutung im Zweifel zu bejahen. Denn B verfügt über 100 % der Stimmrechte an A. Fraglich ist nur, ob es einen Unterschied macht, dass diese Beteiligung und die mit ihr verbundene Einflussnahme **zeitlich erst nach Beendigung der Beteiligung des Tochterunternehmens am Kartell entstanden ist**. Diese Frage verneint der EuGH und wendet die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit auch auf diesen Fall an (Rn. 40 ff.). Ausschlaggebend sei der Zweck der Lehre von der wirtschaftlichen Einheit, die auf effektive Durchsetzung des Kartellrechts (Effektivitätsgrundsatz) gerichtet sei. Daraus folge die Notwendigkeit, Umgehungen des Kartellrechts durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen zu verhindern. Vorliegend bestehe aber die Gefahr, dass die im Kartell beteiligte (alte) wirtschaftliche Einheit bewusst zerschlagen und die durch den Kartellverstoß erzielten Vermögenswerte auf den Erwerber übertragen würden. Die durch das Preiskartell erlangten Vermögenswerte könnten so vor dem Zugriff der Kartellbehörden und der Schadensersatzgläubiger gerettet werden.

Auf den Einwand, dass das Tochterunternehmen (A) weiterhin, auch nach Übernahme durch den Erwerber (B), für den Schadensersatzanspruch haftet und der Erwerber den Verlust daher mittelbar mitträgt, geht der EuGH nicht ein.

Auszug aus der Entscheidung: „(40) Ferner hat der Gerichtshof festgestellt, dass es sich, um die Effizienz der Umsetzung der Wettbewerbsregeln der Union zu gewährleisten, als erforderlich erweisen kann, dem Erwerber eines Unternehmens die Verantwortlichkeit für eine Zuwiderhandlung gegen diese Regeln durch dieses Unternehmen zuzurechnen, wenn letzteres Unternehmen nicht mehr besteht, weil es von diesem Erwerber übernommen wurde, und auf jene als übernehmende Gesellschaft dessen Aktiva und Passiva einschließlich seiner Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht übergehen...“

„(46) Wenn die Unternehmen, die für den Schaden, der durch den Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Union verursacht wurde, verantwortlich sind, ihrer Verantwortlichkeit einfach dadurch entgehen könnten, dass ihre Identität durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstige Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art geändert wird, wären der mit diesem System verfolgte Zweck und die praktische Wirksamkeit dieser Vorschriften beeinträchtigt...“

Beachten Sie bitte noch Folgendes: Die Europäische Kommission und das EuG sowie der EuGH folgen beim Erlass von Bußgeldbescheiden nach Art. 23 VO Nr. 1/2003 einer **zweistufigen Vorgehensweise**: Auf der ersten Stufe prüfen sie, welche Gesellschaften der wirtschaftlichen Einheit als einheitlichem Unternehmen angehören. Auf der zweiten Stufe adressieren sie dann die Bußgeldbescheide an die einzelnen Rechtsträger, die an der wirtschaftlichen Einheit teilnehmen. Meist wird dabei die Mutter in Anspruch genommen. Diese haftet mit ihrem Vermögen für das

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Bußgeld; zu ihrem Vermögen gehören aber auch die Gesellschaftsanteile an den Töchtern. Diese Lehre gilt nicht im **deutschen Kartellrecht**. Hier findet sich für Bußgelder in § 30 Abs. 2a OWiG eine weniger weit gehende Regelung.

Zwei Erweiterungen der Lehre von der wirtschaftlichen Einheit

1. In der Entscheidung EuGH, Urt. v. 13.6.2013 – Rs. C 511/11, ABl. EU 2013, Nr. C 225, 12, Rn. 40 – **Versalis/Kommission** hatte sich ein Mutterunternehmen mit seinen beiden Töchtern in unterschiedlichen Zeitabschnitten an einem Kartell beteiligt. In bestimmten Zeitabschnitten war nur eine Tochter, nicht aber die andere am Kartell beteiligt usw. Das Verhalten des Mutterunternehmens und der Töchter wurde jedoch als wirtschaftliche Einheit zusammengerechnet, um zu vermeiden, dass die Mutter durch geschickte gesellschaftsrechtliche Gestaltung des Kartellverstoßes dem Bußgeld entgehen konnte.

2. Im Fall EuGH, Urt. v. 21.7.2016, Rs. C-542/14, NZKartR 2016, 428 – **SIA „VM Remonts“** (dazu *Oechsler* NZKart 2017, 21 ff.) hatte das lettische Unternehmen Partikas dem mit ihr nicht verbundenen juristischen Dienstleister SIA den Auftrag erteilt, eine Angebotsunterlage zu erstellen, weil es am Vergabeverfahren einer lettischen Gemeinde teilnehmen wollte. Ohne Wissen der Partikas war SIA zugleich für zwei ihrer Konkurrenten in diesem Verfahren tätig, die, anders als Partikas, von der Doppeltätigkeit der SIA wussten. SIA benutzte die für Partikas erstellte Angebotsunterlage in der Folgezeit als Vorlage: Sie gestaltete das Angebot des ersten Konkurrenten so, dass dieser Partikas preislich um 5 % unterbot, während der zweite Partikas um 5 % überbot. Beide Wettbewerber wurden später wegen Kartellverstoßes vom Submissionsverfahren ausgeschlossen. Dies führte zu der Frage, ob auch Partikas einen Kartellverstoß begangen hatte und auszuschließen war. Der EuGH bejaht die Frage nur abstrakt für den Fall, dass Partikas und SIA eine **wirtschaftliche Einheit** bilden. Dies ist also auch **außerhalb des Gesellschaftsrechts bei einem Vertrag nach §§ 675 Abs. 1, 611 BGB in zwei Fällen anzunehmen:**

a) Wenn SIA kein selbstständiges Unternehmen ist, sondern eigentlich ein Arbeitnehmer von Partikas und daher ein **verschleiertes Arbeitsverhältnis** vorliegt

oder

b) wenn ein Auftraggeber wie Partikas **von den kartellrechtswidrigen Zielen des Dienstleisters Kenntnis erlangt und durch sein eigenes Verhalten zu ihnen beitragen will** (Rn. 30). Dasselbe gilt, wenn der Auftraggeber „vernünftigerweise **vorhersehen** konnte, dass der von ihm beauftragte Dienstleister seine Geschäftsinformationen mit seinen Konkurrenten teilen würde, und bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen“ (Rn. 31).

Praktisch bedeutsamer erscheint die zweite Fallgruppe und dabei vor allem der Fall der **Vorhersehbarkeit eines Kartellverstoßes des Dienstleisters**. Dieser setzt voraus, dass der Auftraggeber eine kartellrechtliche Sorgfaltspflicht verletzt, wenn er dem Kartellverstoß des Dienstleisters nicht nachgeht. Wann dies der Fall ist, sagt der EuGH nicht. Denkbar erscheint jedoch, dass das Verhalten des Dienstleisters dem Auftraggeber Anlass zu Nachforschungen geben kann. Wenn der Dienstleister dem Auftraggeber etwa konkrete Informationen über das Verhalten seiner Konkurrenten unterbreitet, muss der Auftraggeber von einem Kartellverstoß des Dienstleisters ausgehen und sich gegenüber den Konkurrenten persönlich und ausdrücklich vom Verhalten des Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Dienstleisters distanzieren. **Vorsätzliches Verhalten** des Auftraggebers liegt hingegen vor, wenn dieser den Dienstleister mehr oder weniger deutlich dazu anhält, den Kontakt zu den Konkurrenten zu suchen.

III. Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen

1. Zweck der drei Tatbestandsvarianten

Die drei in Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verbotenen Verhaltensweisen grenzen den Fall des konzertierten (= gleichgeschalteten, abgestimmten) Verhaltens von sog. **einseitigen Verhaltensweisen** ab (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – Mastercard, Rn. 63). Dabei gilt zunächst: Einseitige Verhaltensweisen sind sämtlichen Wettbewerbern regelmäßig erlaubt. Im Wettbewerb steht es nämlich jedem Teilnehmer zu, unterschiedliche Strategien zu erproben, solange die allgemeinen Regelungen (Strafrecht usw.) nicht überschritten werden. Diese Fähigkeit, sich frei verhalten zu dürfen, wenn nur keine Abstimmung mit den Konkurrenten erfolgt, ist gerade Gegenstand der Wettbewerbsfreiheit (**Selbstständigkeitspostulat**) und Kern des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. Doch setzt das Kartellrecht dem einseitigen Verhalten des **Marktbeherrschers** in § 19 GWB und Art. 102 AEUV eine Grenze. Denn dessen Verhalten ist durch den Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert. Gewährte man auch ihm unbegrenzte Freiheit, käme es unweigerlich zur Zerstörung weiterer Wettbewerbsstrukturen. Deshalb greift hier die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle. Einseitiges Verhalten, das ein Unternehmen ansonsten an den Tag legen darf (Bsp.: die Koppelung eines Spaghetti-Fertiggerichts mit einer Puccini-CD), ist dem Marktbeherrscher verboten (wenn er bspw. eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Spaghettisoßen hat: Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV; dazu unten S. 178). Zweitens ist auch unterhalb der Marktbeherrschungsstufe ein Verhalten verboten, das nicht mehr als einseitig angesehen werden kann, sondern die Grenze zur Konzertierung, d.h. zur gegenseitigen Abstimmung, überschreitet. Die **Abgrenzung** zwischen einseitigem und konzertiertem Verhalten leisten die drei Tatbestandsmerkmale „Vereinbarung“, „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ und „abgestimmte Verhaltensweise.“

Beachten Sie bitte, dass die **Abgrenzung zwischen einseitigem und konzertiertem Verhalten praktisch bedeutsamer ist als die Beantwortung der Frage, welche der drei Formen konzertierten Verhaltens (Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise) gerade vorliegt!**

Fazit: Außerhalb des § 19 GWB und Art. 102 AEUV sind einseitige Verhaltensweisen erlaubt. Die drei Arten der verbotenen Verhaltensweisen leisten deshalb im Einzelfall **eine Abgrenzung zwischen der erlaubten einseitigen Verhaltensweise und dem verbotenen konzertierten Verhalten**.

Dies führt zur Überlegung, worin die besondere Gefahr der Verträge, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen liegt. Diese lässt sich als sog. **Konzertierungseffekt** bezeichnen. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass einseitige Verhaltensweisen für den Marktteilnehmer stets risikoreich sind:
Beispiel: A, ein Anbieter von Hörbüchern, die im Internet heruntergeladen werden können, erhöht zum 1.8. seine Preise um 10 %. Als Folge muss A mit massiver Abwanderung seiner Kunden zu anderen Anbietern rechnen.

Dieses Risiko zwingt die Marktteilnehmer zu wettbewerblicher Effizienz (niedrige Preise bei hoher Qualität). Die Gefahren einseitiger Verhaltensweisen lassen sich aber durch eine gegenseitige Abstimmung (Konzertierung) leicht ausschließen.

Abwandlung: A hat sich heimlich mit den beiden anderen auf dem Markt tätigen Anbietern von Download-Hörbüchern (B und C) darüber verständigt, dass alle die Preise sukzessive um 10 % anheben.

Der Konzertierungseffekt führt nicht nur dazu, dass das Risiko einseitiger unternehmerischer Dispositionen auf dem Markt entfällt, sondern er nimmt der Nachfrage auch die **Ausweichmöglichkeiten**. Er ist deswegen auch Grundlage der Wettbewerbsbeschränkung.

2. Die drei verbotenen Verhaltensweisen

a) Vereinbarungen.

Bei ihnen tritt der Konzertierungseffekt durch **Konsens** ein, also durch eine explizite Willensübereinstimmung. Es versteht sich, dass diese nicht zivilrechtlich wirksam sein muss, denn Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB führen gerade zur Nichtigkeit einer solchen Willensübereinkunft als Rechtsgeschäft. Überhaupt aber gilt bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB folgender Grundsatz: Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale orientiert sich nie an einer formalen Betrachtungsweise (hier: einer wirksame vertragliche Einigung nach §§ 145 ff. BGB), sondern anhand **einer funktionalen Betrachtungsweise**, die sich am Normzweck orientiert: Für den nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB zu bekämpfenden Konzertierungseffekt kommt es allein darauf an, dass sich die Beteiligten praktisch effizient untereinander abstimmen, nicht aber darauf an, dass sie ein wirksames Rechtsgeschäft abschließen. Deshalb können auch komplizierte Konsensformen eine Vereinbarung darstellen, z.B. der sog. **Sternvertrag**, bei dem sämtliche

Beteiligten mit einem Dritten (der kein Konkurrent ist) eine Vereinbarung treffen, die mittelbar zu einer expliziten Abstimmung zwischen den Beteiligten („über’s Eck“) führt.

BGH Teilnehmerdaten V

Im Fall **BGH** NZKart 2019, 492 – **Teilnehmerdaten V** schließen verschiedene Verlage mit der Deutschen Telekom (DT) gleichlautende Verträge über den Verlag regionaler Telefonbücher (z.B. Telefonbuch Mainz) ab. In jedem Vertrag ist ua. eine Gebietsbeschränkung des jeweiligen Verlags (z.B. auf das Gebiet der Stadt Mainz) vorgesehen. Fraglich war, ob die Verlage untereinander ein Kartell gebildet hatten.

Der BGH bejaht einen Sternvertrag. Dazu Rn. 35:

„Sogenannte Sternverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass durch eine Mehrzahl vertikaler Vereinbarungen mit einem Vertragspartner eine horizontal wirkende Abstimmung zwischen (potentiellen) Wettbewerbern bewirkt wird... Ob eine solche Abstimmung gegen § 1 GWB verstößt, hängt davon ab, ob im Einzelfall eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder spürbar bewirkt wird.“

Nach dieser Formulierung ist nicht ganz klar, ob der Sternvertrag selbst eine Vereinbarung zwischen den Verlagen darstellt oder als abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Verlagen zu verstehen ist, die durch Verträge mit DT begründet wird. Richtigerweise dürfte von einer multilateralen Vereinbarung unter Einschaltung eines Interessenwahrers auszugehen sein.

In der Sache hat der BGH den Kartellverstoß hingegen verneint. Begründung: Bei regionalen Telefonbüchern, die unentgeltlich verteilt würden, entspreche die Aufteilung nach Regionen der Natur der Sache (Rn. 52) und verhindere eine Marktverwirrung, die unweigerlich entstehe, wenn zwei Telefonbücher in einer Region verteilt würden (Rn. 53). Mit diesen begrifflich nicht ganz klaren Kriterien dürfte der Markterschließungsgedanken bzw. die Lehre von den Nebenabreden gemeint sein.

Die Konstellation des Sternvertrags wird nun auch als **Hub-and-Spoke-Kartell** bezeichnet (Hub = Nabe, Spoke = Speiche eines Wagenrads): Wie die Speichen bei einem Wagenrad stimmen sich die Beteiligten durch Vereinbarungen mit einem Dritten als gemeinsamer Anlaufstelle ab. Ein deutliches Zeichen dafür, dass die Summe der Einzelvereinbarungen, die die Wettbewerber jeweils mit dem Dritten treffen, eine Konzertierung darstellt, folgt aus **dem gleichförmigen Inhalt dieser Vereinbarungen** in den für die Wettbewerber zentralen Punkten. Dieser Umstand erklärt sich aus der Motivation der Wettbewerber, über die gemeinsame Anlaufstelle („über’s Eck“) auch untereinander eine Abstimmung herzustellen. Als Indiz wirkt es ferner, wenn die Beteiligten Konkurrenten oder potenzielle Konkurrenten sind und sich untereinander ihre Bereitschaft zum gleichgeschalteten Verhalten bestätigen (BGH NZG 2019, 492 – **Teilnehmerdaten V** Rn. 36 ff.).

Auch ein sog. Frühstückskartell bzw. ein **Gentlemen’s Agreement** beruht auf einer Vereinbarung, wenn ein nach außen tretender Konsens hergestellt wird. Dieser entfaltet wegen Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB keine rechtsgeschäftliche Bindungswirkung, bindet die Beteiligten aber durch außerrechtliche Mittel („Ehrenwort“, „Komment“ usw.).

Beachte noch: Bei der Gründung eines **Gemeinschaftsunternehmens** kann sich die Frage stellen, ob diese eine Vereinbarung i. S. d. Art. 101 AEUV darstellt. In Betracht kommt regelmäßig auch ein Zusammenschluss, der unter die FKVO fällt. Die Prüfung (näheres noch unten S. 247) erfolgt in einem Doppelschritt:

1. Zunächst ist nach Art. 3 Abs. 4 FKVO zu prüfen, ob überhaupt ein Zusammenschluss vorliegt. Dies ist nur der Fall, wenn ein Vollfunktionsunternehmen vorliegt.
2. Liegt danach ein Zusammenschluss vor, kommt es darauf an, ob dieser eher eine Kooperation der beteiligten Unternehmen beabsichtigt oder eine Konzentration. Liegt ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen vor, ist nach Art. 2 Abs. 4 FKVO der Art. 101 AEUV anwendbar.

Eine Schwierigkeit bei der Anwendung des Tatbestandsmerkmals der „Einigung“ liegt häufig in der **Beweisbarkeit** der tatsächlichen Voraussetzungen. Angesichts der hohen Bußgelder und Schadensersatzforderungen sind die Unternehmen sehr vorsichtig und dokumentieren ihren verbotenen Konsens selten in Schriftform. So kann die Kartellbehörde regelmäßig nur aufgrund des äußeren Verhaltens auf eine Konzertierung schließen. Dann aber liegt häufig eine abgestimmte Verhaltensweise im Einzelfall näher als eine Vereinbarung, weil eine direkte Konsensbildung nicht erweislich ist.

b) Beschluss einer Unternehmensvereinigung

Der EuGH versteht den Beschluss als **Ausdruck des Willens eines Trägers, das Verhalten seiner Mitglieder zu regeln** (EuGH, Urt. 27.1.1987 – 45/85 – Verband der Sachversicherer, Tz. 32). Für das Verständnis des Tatbestandsmerkmals ist sein **Zweck** von zentraler Bedeutung: Die nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Vereinbarung von Unternehmen darf nicht dadurch umgangen werden, dass sich die Unternehmen in einem ersten Schritt einem Träger anschließen und dieser ihnen in einem zweiten Schritt eine Verhaltensweise vorgibt, die eine Konzertierung bewirkt und die sie daher nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nie vereinbaren dürften.

Deshalb greift auch bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals eine **funktionale Betrachtungsweise**: Es kommt darauf, dass der Träger durch seine Vorgaben ernsthaft auf eine Konzertierung des Mitgliederverhaltens zielt und nicht, in welcher Form er dies tut bzw. ob er den Beschluss als verbindlich oder unverbindlich deklariert (vgl. EuGH a.a.O.- Verband der Sachversicherer, Tz. 29 ff.).

In einer **neueren Entscheidung** (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – **Mastercard**, Rn. 63 ff.) geht der EuGH besonders weit: Mastercard, eine amerikanische Corporation, hatte Einzelverträge mit Banken über den Betrieb eines Kreditkartengeschäfts geschlossen. Im Wege der Konkretisierung eines Leistungsbestimmungsrechts aus den Einzelverträgen (vglb. § 315 Abs. 1 BGB) hatte Mastercard dann den Banken einheitliche Interchangegebühren für das Kreditkartengeschäft vorgegeben. Der EuGH sah Mastercard dabei als Unternehmensvereinigung an, die einen Beschluss über die Interchangegebühren erlassen hatte. Denn für die Unternehmensvereinigung komme es nicht auf eine echte Mitgliedschaft der Banken bei Mastercard an (die nicht bestand), sondern auf **zwei Voraussetzungen**:

Erstens: Die Möglichkeit, dass sich die angeschlossenen Banken weiterhin über die Mastercard Corporation koordinieren können und

zweitens, dass die Mastercard Corporation die Interessen der Banken weiterhin wahrnimmt (Rn. 68).

Diese Betrachtungsweise geht sehr weit und führt deshalb zu **Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber den Tatbestandsmerkmalen** der „Vereinbarung“ aber auch der abgestimmten Verhaltensweise (dazu sogleich). Andererseits trägt sie der funktionalen Betrachtungsweise Rechnung (dazu EuGH a.a.O. Rn. 63): Denn hinge die Anwendung des Tatbestandsmerkmals „Unternehmensvereinigung“ von der Wahrung bestimmter Rechtsformen ab, könnte es schlicht durch Wahl einer anderen Rechtsform umgangen werden.

Konsequenzen aus der funktionalen Betrachtungsweise:

(1) Es muss **kein Beschluss** gefasst werden, **der nach den Regeln des Gesellschaftsrechts wirksam** ist bzw. den dortigen Formvorgaben entspricht. Auch hier greift das bereits erwähnte, **bei der Anwendung des Kartellrechts maßgebliche Prinzip**: Kartellrechtliche Tatbestände sind nicht an bestimmte Rechtsformen (Vertragstypen, Beschlussformen usw.) gebunden, weil sie sonst zu leicht umgangen werden könnten. Ausschlaggebend für die **funktionale Auslegung der Normen** des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist daher stets der hinter ihnen stehende Schutzzweck.

(2) Auch ein **als unverbindlich deklarierter Beschluss** fällt unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn die Absicht des Trägers, bei seinen Mitgliedern eine Konzertierung einzuleiten, ernsthaft vorhanden ist.

(3) Für eine **Unternehmensvereinigung** kommt es nicht darauf an, dass die sich abstimmenden Unternehmen Mitglieder sind, sondern nur darauf, dass sich die Unternehmen über den betreffenden Träger abstimmen können und dieser ihre Interessen wahr.

Beachte schließlich: Kartellrechtlich verantwortlich für den Beschluss ist zunächst der **Träger**, der ihn erlässt, aber auch die **Mitglieder, die ihn befolgen!**

c) Abgestimmte Verhaltensweise

Der abgestimmten Verhaltensweise fehlt das für die Vereinbarung charakteristische Moment einer ausdrücklichen Konsensbildung (Häufig kann diese in der Praxis auch einfach nicht nachgewiesen werden!). Dennoch überwinden die Beteiligten auch hier die Unsicherheiten einseitigen unternehmerischen Verhaltens durch eine wenig explizite Form der Konzertierung: die **Fühlungnahme**. In der Sache geht es darum, dass sich die Unternehmen gegenseitig die Unsicherheiten einseitiger Verhaltensweisen im Wettbewerb durch gegenseitige Bestätigung nehmen (dazu noch unten). Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt daher in einem **Parallelverhalten, das durch Fühlungnahme verursacht wird**.

Seit der Entscheidung des EuGH in Sachen niederländische Telekom (Urt. v. 4. 6. 2009 – C-8/08-**T-Mobile Nederlands BV**) wurde der Anwendungsbereich der abgestimmten Verhaltensweise ständig erweitert.

EuG BST/Kommission

Einen an der Grenze liegenden Fall stellt EuG (Urteil v. 28.4.2010 – T-452/05= WuW 2010, 709 – **BST/Kommission** dar:

X besucht regelmäßig die Tagungen seines Unternehmensverbandes, auf dem Preisabsprachen thematisiert werden. X meldet sich nie zu Wort, sondern ist nur anwesend. Nach Auffassung des EuG stimmt er bereits dadurch sein Verhalten mit den anderen Unternehmen ab.

Man wird dagegen die unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG, Art. 16 Grundrechtscharta der EU) einwenden, die X den Besuch der Veranstaltungen vermeintlich erlaubt. Das EuG hält ihm allerdings vor, dass X durch seine Anwesenheit bei den Kartellabsprachen die anderen Teilnehmer ermutigt habe, so dass insgesamt - gerade auch im Verhältnis zu ihm selbst – die Unsicherheiten einseitigen unternehmerischen Verhaltens überwunden worden seien. X darf deshalb die Tagungen seiner Unternehmensvereinigung besuchen. Werden dort Kartellabsprachen getroffen, muss er sich entweder klar gegen diese aussprechen oder den Tagungsraum verlassen, will er nicht in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV geraten. Dies geht zweifellos sehr weit, erklärt sich aber praktisch aus der Beweisnot der Kartellbehörden, Kartellbildungen nachweisen zu können. Eine Grenze zieht das EuG nun in **GEMA/Kommission** (Urteil v. 12.4.2013 – T-410/08 = WuW 2013, 662– Rn. 82 ff., 84): Besucht der Unternehmer eine Konferenz, an der seine Konkurrenten teilnehmen, bei der aber der vermeintliche Kartellgegenstand gar **nicht als**

Tagesordnungsordnungspunkt festgesetzt ist, kann nicht von einer abgestimmten Verhaltensweise im Hinblick auf diesen Gegenstand ausgegangen werden.

Wichtig: Der BST-Fall zeigt eindrucksvoll, worauf das Konzept der Fühlungnahme beruht. Eine Fühlungnahme ist danach überall dort anzunehmen, **wo die Beteiligten die Unsicherheiten einseitigen wettbewerblichen Verhaltens durch eine Konzertierung überwinden.**

BGH Gemeinschaftsprogramme

Über einen **besonderen „Konferenzfall“** hatte der BGH (Urt. v. 12.45.2016 – KZR 31/14 – **Gemeinschaftsprogramme**) zu entscheiden: Darin trafen sich Vertreter der Landesrundfunkanstalten und der ARD und erörterten unter anderem, dass sie keinem Kabelnetzbetreiber mehr ein Entgelt für die Einspeisung von Sendeinhalten zahlen würden. Später kündigten sämtliche Beteiligten einem bestimmten Kabelnetzbetreiber. Dieser ging gegen die Kündigungen zunächst mit der Begründung vor, die Rundfunkanstalten stünden ihm gegenüber unter einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang, so dass nicht wirksam gekündigt werden konnte. Der BGH verneint dies. Doch hält er die einzelnen Kündigungen nach § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB für nichtig, weil sich die Konferenzbesucher im Hinblick auf die Kündigung unter Verstoß gegen § 1 GWB abgestimmt hätten (Rn. 42 ff.).

Folgende Aspekte müssen bei der Konkretisierung einer abgestimmten Verhaltensweise bedacht werden:

- a) Auch § 1 GWB setzt voraus, dass der einzelne Marktteilnehmer autonom agiert (im europäischen Kartellrecht: **Selbstständigkeitspostulat**) und sein Verhalten nicht mit seinen Konkurrenten gleichschaltet. Zu einem autonomen bzw. erlaubten einseitigen Verhalten zählt auch das sog. **Parallelverhalten**, bei dem ein Wettbewerber das Verhalten des anderen einfach nachahmt. Die darin liegende Marktstrategie ist wie jedes andere einseitige Verhalten nach § 1 GWB *nicht* verboten.
- b) Deshalb muss das Parallelverhalten auf einer **Fühlungnahme** beruhen. Nach Auffassung des EuGH, Urt. v. 4. 6. 2009 – C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV, Rn. 26 handelt es sich dabei um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine **praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt**. Vgl. auch das gerade erarbeitete Begriffsverständnis von der **Überwindung der Risiken einseitigen unternehmerischen Verhaltens**.

Direkt beweisbar ist die Fühlungnahme meist nicht, so dass Privatkläger, Behörden und Gerichte auf **Beweiserleichterungen** (Anscheinsbeweise) zurückgreifen müssen. Bedeutsame Indizien sind dabei ein länger andauerndes Parallelverhalten bei zentralen Wettbewerbsparametern (Preis); denn liegt der Preis vergleichsweise hoch, stellt sich die Frage, warum keiner der Konkurrenten versucht hat, durch Preissenkung den Wettbewerbern

Marktanteile abzutrotzen. Passives Verhalten auf hohem Preisniveau kann daher für eine gegenseitige Abstimmung sprechen. **Allerdings** kann die transparente Struktur des Marktes auch unabgestimmtes Parallelverhalten begünstigen, das nicht unter Art. 101 AEUV fällt. Der oligopolistisch organisierte Markt für Mineralöle liefert ein Beispiel: Da hier nur wenige Konkurrenten im Wettbewerb miteinander stehen und jeder die vom anderen geforderten Preise leicht erfahren kann (Aushang an der Tankstelle), ist ein dauerhaftes Parallelverhalten auch ohne Fühlungnahme möglich. Den Mineralölkonzernen konnte deshalb noch keine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen werden.

Ein **anderes Indiz** kann die vorherige **Ankündigung** von Marktverhalten (Preiserhöhung) durch einen Wettbewerber sein.

EuGH Eturas

In der Entscheidung in Sachen **Eturas** überträgt der EuGH (Urt. v. 21.1.2016 – Rs. C-74/14 – Eturas) die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise erstmals auf die Verhältnisse eines **Internetportals**. Die Entscheidung beinhaltet einige wichtige Erkenntnisse zur **Distanzierung von einer abgestimmten Verhaltensweise**:

Bei Eturas handelte es sich um ein litauisches Reiseportal, bei dem sich Reisebüros anmelden und im Anschluss einheitlich ihre Leistungen verkaufen konnten. Für die Teilnahme schuldeten sie dem Betreiber, der zugleich Systemadministrator war, ein Entgelt. Der Administrator des Portals sendete eine mit „Abstimmung“ überschriebene elektronische Nachricht an die bei ihm angemeldeten Reisebüros. Darin forderte er diese auf, zu der Frage Stellung zu beziehen, ob der Internetrabatt für Reiseleistungen (der Preisnachlass bei Online-Nachfrage) nicht von 4 % auf 2 bis 3 % gesenkt werden sollte. Im Anschluss an die Umfrage unterbreitete der Administrator den Vorschlag, bei Vertrieb über seine Plattform nur noch Preisnachlässe iHv. 0 bis 3 % zu gewähren. Acht der angeschlossenen Reisebüros wiesen in der Folgezeit Preisnachlässe von 3 % aus.

Einige dieser Reisebüros bestritten allerdings, von der Nachricht des Administrators überhaupt Kenntnis erlangt zu haben; sie hätten diese schlicht nicht gelesen.

Anderer Reisebüros hatten dem Administrator auf seine Mail hin geschrieben, dass Sie eine Kontaktaufnahme dieser Art nicht wünschten und an der Meinungsabfrage nicht teilnehmen würden.

Wieder andere gewährten nach wie vor Rabatte von 4 % und mehr.

Es stellte sich die Frage, ob alle Reisebüros an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt waren.

(1) Anforderung an die Abstimmung

Der EuGH geht davon aus, dass in der passiven Duldung der Vorgehensweise des Portalbetreibers eine abgestimmte Verhaltensweise liegen kann (Rn. 26 ff.). Dies entspricht der Betrachtungsweise des EuG im BSE- und im GEMA-Fall und findet sich als Regelungsgedanke auch in der neueren Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. v. 22.10.2015 – 194/14P – **AC Treuhand**, Rn. 31 ff.).

(a) Beweis der Kenntnisnahme von der Administratorennachricht

Eine Fühlungnahme (= Abstimmung) setzt jedoch voraus, dass sich die Beteiligten durch ihr Schweigen gegenseitig die Unsicherheiten einseitiger Verhaltensweisen im Wettbewerb nahmen. Dies kommt im Einzelfall nur in Betracht, wenn das Schweigen des Betroffenen eine Zustimmung und Unterstützung zur Initiative des Systembetreibers signalisiert. Diese Bedeutung kann der einzelne seinem eigenen Schweigen aber nur beilegen, wenn er die elektronische Nachricht erhalten und zur Kenntnis genommen hatte. Erst dann ist dem Empfänger klar, dass eigene Untätigkeit bzw. fehlende Äußerungen vom Systemadministrator und von den anderen Reisebüros als **Signal** verstanden werden, künftige Senkungen der Rabatte nicht durch eine eigene kundenfreundliche Rabatterhöhung auszunutzen. Die subjektive Zurechnung einer verbotenen Verhaltensweise setzt daher Kenntnis (mglw. auch Kennenmüssen; Hinweis Oe: nicht entschieden) vom fremden Kartellverstoß voraus. Die Kenntnis vom Inhalt der Nachricht war – wie bereits erwähnt – von einigen Reisebüros bestritten. Fraglich erschien deshalb, **welche Anforderungen an den Beweis** zu stellen waren. Außerhalb von Art. 2 VO Nr. 1/2003 kennt das europäische Kartellrecht keine Regelung über Beweislastverteilung und Beweisführung, sodass das Beweisrecht der Mitgliedsstaaten anwendbar ist. Auch die tatsächliche Vermutung der Kausalität zwischen Abstimmung und Verhaltensweise bei einem Marktinformationssystem konnte hier keine Anwendung finden, da es nicht um dieses Problem ging, sondern um die Frage, ob überhaupt eine Abstimmung vorlag (Rn. 33).

Nach Auffassung des EuGH ist daher das nationale Recht auf die Frage der Beweisführung und des Beweismaßes anwendbar. Dieses muss jedoch folgenden europarechtlichen Grundsätzen genügen:

1. Das **Äquivalenzprinzip** (Rn. 32): Die Beweisregelungen dürfen bei einer Norm, die auf Unionsrecht zurückgeht, nicht ungünstiger sein als die Beweisregeln für vergleichbare Normen des nationalen Rechts.
2. Der **Effektivitätsgrundsatz** (Rn. 35): Dieser erfordert, „dass die nationalen Rechtsvorschriften, die die Beweiswürdigung und das Beweismaß regeln, die Durchführung der Wettbewerbsregeln der Union nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen und insbesondere nicht die wirksame Anwendung der Art. 101 AEUV und 102 AEUV beeinträchtigen.“
3. Im Rahmen eines Bußgeldverfahrens tritt die **Unschuldsvermutung** nach Art. 48 Abs. 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union hinzu.

Aus dem **Effektivitätsgrundsatz** folgt zunächst, dass eine abgestimmte Verhaltensweise in den seltensten Fällen in ihren Voraussetzungen voll bewiesen werden kann. Immer müssen die Kartellbehörden aus Indizien und Erfahrungssätzen der Lebenswirklichkeit auf sie schließen (Rn. 36 f.). Die **Unschuldsvermutung** steht aber der Möglichkeit entgegen, dass allein aus dem Versenden der elektronischen Nachricht (und der fehlenden Distanzierung der Reisebüros) bereits auf eine abgestimmte Verhaltensweise geschlossen werden könnte (Rn. 39); sie erlaubt es jedoch, das Versenden der elektronischen Nachricht gemeinsam mit anderen Indizien (z.B. der Senkung der Kundenrabatte in enger zeitlicher Folge zu diesem) zu bewerten (Rn. 40). Dabei dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Reisebüros müssen belegen können, die Mail nicht gelesen zu haben usw. Praktisch verbindet sich damit jedoch eine **hohe kartellrechtliche Compliance-Verantwortung**. Das Unternehmen muss danach so organisiert sein, dass eingehende E-Mails auf ihre kartellrechtliche Relevanz überprüft werden und dass unverzüglich eine Distanzierungsmaßnahme gegenüber dem Kartell getroffen wird. Es erscheint einstweilen als offene Frage, wie weit diese Pflicht geht.

Beispiel: Die Aufforderung zur Beteiligung an einem Preiskartell geht einem Buchhalter des Unternehmens als E-Mail zu. Haftet der Unternehmensträger, wenn der Buchhalter die Mail ignoriert, liest und nicht beachtet oder wenn sie in seinem Spam-Filter hängen bleibt?

Aus dem Zivilrecht ist die Lehre von der **Wissenszusammenrechnung** auf der Grundlage des § 166 Abs. 1 BGB bekannt. Danach ist einem Unternehmensträger nur das Wissen seiner Stellvertreter zurechenbar. Dieses bezieht sich wiederum auf das **typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen** (BGH 8.12.1989 – V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, juris-Rn 14). Diese Lehre gilt allerdings nicht im Deliktsrecht (BGH NJW 2012, 1789 Rn. 14), so dass Zweifel bestehen, ob sie auf das deutsche Kartellrecht anwendbar ist. Für das Europäische Kartellrecht gelten die Prinzipien der Eturas-Entscheidung.

(b) Distanzierung gegenüber der Administratorennachricht

Wie in den Fällen BST und GEMA kann sich auch der Teilnehmer eines Internetportals durch nachträgliches Verhalten vom Eindruck einer abgestimmten Verhaltensweise distanzieren. Gelingt dies, entfallen die Tatbestandsvoraussetzungen einer Fühlungnahme. Denn diese setzt voraus, dass der Verantwortliche den übrigen Kartellanten die Unsicherheit einseitigen Verhaltens im Wettbewerb nimmt. Davon kann nicht die Rede sein, wenn die betroffene Person **sich deutlich und unmissverständlich von der nahegelegten Verhaltensweise distanziert**. **Problematisch** ist jedoch, ob es ausreicht, dass das einzelne Reisebüro allein dem Administrator widerspricht, seine Ablehnung aber nicht den Wettbewerbern (den anderen Reisebüros) gegenüber erklärt. Der EuGH geht zunächst vom Erfordernis einer **öffentlichen Distanzierung**

des Angesprochenen aus (Rn. 46). Sinnvollerweise lässt er jedoch eine Kommunikation mit dem Administrator genügen, weil der einzelne angeschlossene Teilnehmer im Zweifel gar nicht weiß, wie viele Konkurrenten überhaupt auf dem Portal angemeldet sind und wie diese erreicht werden können (Rn. 47 f.). Wichtiger erscheint mE. noch folgender Gedanke: Der Administrator hat den einzelnen Teilnehmer durch seine Initiative in Verlegenheit gebracht. Deshalb muss es für den Angesprochenen im Wege eines **actus contrarius** (gegenläufige Handlung) genügen, auch gegenüber dem Administrator die Ablehnung zu bekunden. Dadurch verbleibt allerdings eine **Restgefahr**, dass die übrigen, auf dem Portal tätigen Unternehmer das Verhalten des Angesprochenen missverstehen und im Hinblick auf eine Bestätigung der gemeinsamen Kartellbildung deuten. Dafür trägt jedoch der angesprochene Unternehmer keine persönliche Verantwortung. Auch müssen seine **kartellrechtlichen Compliancepflichten praktisch erfüllbar** bleiben. Wird ein Unternehmen ohne seinen Willen auf einen möglichen Kartellverstoß angesprochen, darf von ihm nicht gefordert werden, gegenüber sämtlichen Wettbewerbern, die sein passives Verhalten möglicherweise als Fühlungnahme deuten könnten, eine Stellungnahme abzugeben. Dies kann praktisch nicht gewährleistet werden. Hinzu kommt auch, dass die Wettbewerber angesichts der hohen Geldbußen keine offene Kommunikation über die Kartellteilnahme führen und vom einzelnen, angesprochenen Unternehmen erwarten. Im Zweifel läuft ihre Kommunikation ohnehin über den Initiator der gegenseitigen Fühlungnahme und Kartellbildung.

Beachte noch Folgendes: Hat sich ein Beteiligter (Reisebüro) wirksam von einer möglichen Kartellbildung distanziert, darf es das Kartellverhalten nach diesem Schritt durchaus nachahmen. Denn in der einseitigen Nachahmung liegt ein **erlaubtes Parallelverhalten**, das eine einseitige, dem Selbstständigkeitspostulat genügende Verhaltensweise darstellt. Für eine solche Nachahmung spricht auch der weiter unten beschriebene **Preisschirmeffekt** (S. 124): Nimmt ein Außenseiter von der Existenz eines Preiskartells auf dem Markt Kenntnis, besteht für ihn ein hoher ökonomischer Anreiz, das Verhalten der Kartellbeteiligten nachzuahmen. Denn erhöht er seinen eigenen Preis auf Kartellniveau, realisiert er insoweit eine **risikofreie Rendite**, als er von den Kartellbeteiligten nicht unterboten werden wird. Je größer der Marktanteil des Kartells ist, umso geringer ist das Risiko für den Außenseiter, dass seine Imitation des Kartellverhaltens Nachteile bewirkt. Umgekehrt erscheint es aus ökonomischer Sicht für den Außenseiter wenig attraktiv, den Kartellpreis deutlich und dauerhaft zu unterbieten, weil er dann nur Abwehrreaktionen der Kartellbeteiligten provoziert wie das Beispiel des Benrather Tankstellenfalls zeigt (S. 7)!

(3) Kausalität der Abstimmung für die Verhaltensweise

Bei Eturas geht der EuGH von einem Marktinformationsverfahren aus, das der Administrator des Systems initiiert hat, so dass die Kausalität für eine später folgende gleichförmige Verhaltensweise tatsächlich vermutet wird (Rn. 42 ff.). Diese Vermutung kann wiederum widerlegt werden, indem ein Reisebüro darlegt und beweist, dass es regelmäßig höhere Rabatte gewährt hat, als der Administrator ihm dies zuvor nahegelegt hat (Rn. 49 am Ende).

Ganz grundsätzlich muss die Fühlungnahme stets **ursächlich für ein Wettbewerbsverhalten** werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut „abgestimmte Verhaltensweise“: die Abstimmung muss kausal für eine Verhaltensweise werden. Bleibt die Abstimmung hingegen folgenlos, erübrigt sich die Anwendung des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB. Bei einem **Marktinformationsverfahren** (dazu noch unten S. 70) wird laut EuGH **vermutet**, dass die an der Abstimmung Beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Grund: Wenn sich die beteiligten Unternehmen gegenseitig informieren, wird der Informationsgegenstand für sie im Zweifel so bedeutsam sein, dass sie sich im Rahmen ihres späteren Verhaltens an diesen Informationen auch orientieren (Erfahrungssatz, der zum Anscheinsbeweis führt).

Abschließend noch ein Beispiel für eine einseitige Verhaltensweise:

EuG VW AG

(EuG EWiR 2004, 61-VW AG) *Die VW AG unterhält ein europaweites Händlernetz. Durch ein Rundschreiben forderte sie die Händler auf, keine oder nur beschränkte Preisnachlässe beim Verkauf des VW Passat zu gewähren. Die Kommission verhängte darauf ein Bußgeld gegen die VW AG i.H.v. 30,96 Mio. €, ohne zu prüfen, ob die Händler der Aufforderung nachgekommen waren.*

Darin erkannte das Gericht eine einseitige Maßnahme, die keinem der drei Tatbestände des Art. 101 (Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise) unterfällt, weil die Händler der VW AG nicht durch ihr Verhalten die Unsicherheiten einseitigen Wettbewerbsverhaltens abgenommen hätten.

Das **deutsche Kartellrecht** ist hier übrigens dem europäischen Recht überlegen. Es kennt eine verbotene einseitige Verhaltensweise, die die Lücke im Fall „VW AG“ auffängt. Dies ist der **Kartellzwang nach § 21 Abs. 2 GWB** (vgl. dazu etwa BGH, Urteil v. 6. 11. 2012 – KZR 13/12). Verboten ist danach der Versuch eines Unternehmens, einen anderen in ein Kartell zu drängen, das – wenn es zustande käme – gegen Art. 101 AEUV oder § 1 GWB verstoßen würde. Da das deutsche Recht im Bereich einseitiger Verhaltensweisen Sonderregelungen treffen darf, die über das

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

europäische Kartellrecht hinausgehen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003), ist diese Regelung neben dem europäischen Kartellrecht anwendbar.

d) Abgrenzungsschwierigkeiten

Insbesondere durch die weit reichende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ kommt es zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Der **EuGH** führt dazu aus (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – **Mastercard**, Rn. 63), dass die drei Tatbestandsmerkmale (Vereinbarung, aufeinander abgestimmte Verhaltensweise und Beschluss einer Unternehmensvereinigung) insgesamt die Funktion haben, koordinierte Verhaltensweisen lückenlos zu erfassen. Deshalb erscheint auch die Abgrenzung zwischen den Verhaltensweisen untereinander im Einzelfall weniger bedeutend als die Abgrenzung zwischen koordinierten und einseitigen Verhaltensweisen insgesamt.

Praktischer Hinweis: Als Anfänger in einer Klausur sollten Sie sich dennoch um eine klare Abgrenzung bemühen. Denn in der Praxis kann von der Abgrenzung die **Schwere der Schuld** abhängen: Während die Teilnahme an einer Vereinbarung einen direkten Angriff auf die Freiheit des Wettbewerbs darstellt, kann die fehlende Distanzierung von einem Beschluss einer Unternehmensvereinigung u.U. einen geringeren Grad der Schuld beinhalten.

Für den Beschluss einer Unternehmensvereinigung spricht im Zweifel stets die faktische oder rechtliche Möglichkeit der Unternehmensvereinigung, den angeschlossenen Unternehmen **einseitige Vorgaben** zu machen. Beim **Sternvertrag** (S. 33) ist es hingegen im Zweifel so, dass die Unternehmen auf den gemeinsamen Träger, mit dem sie jeweils einzeln kontrahiert haben, so weit Einfluss nehmen können, dass sie sich über ihn konzertieren: Die Möglichkeit zu einseitigen Vorgaben verläuft also gerade in die andere Richtung. Bei einer **abgestimmten Verhaltensweise** existiert hingegen überhaupt **keine einseitige Einflussnahmemöglichkeit** einer Seite auf die andere. Vielmehr tauschen die Unternehmen hier nur Informationen aus und nehmen sich gegenseitig (aber nicht durch einseitige Vorgaben) die Unsicherheiten einseitiger Verhaltensweisen im Verkehr.

IV. Wettbewerbsbeschränkung

1. Begriff und zugrunde liegende Wertungen

Definition (nicht amtlich, s. d. vom Verfasser): Ausgehend vom Selbstständigkeitspostulat bedeutet eine Wettbewerbsbeschränkung jede sachliche Beschränkung einer zuvor freien unternehmerischen

Handlungsmöglichkeit auf dem Markt bzw. die **Konzertierung eines zuvor freien unternehmerischen Verhaltensparameters auf dem Markt.**

Ausgehend vom europäischen Kartellrecht, das mittelbar auch die Auslegung des § 1 GWB beeinflusst, sind bei der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals stets folgende Wertungen zu bedenken:

- a) Gegenstand des **Selbstständigkeitspostulats** ist die Forderung, dass Unternehmen im Wettbewerb autonom und nicht im Wege der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen agieren.
- b) Dem Prinzip des **Als-ob-Wettbewerbs** liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich das aktuelle Wettbewerbsgeschehen in einem Einzelfall mit dem Zustand idealen Wettbewerbs vergleichen lasse.
- c) Wettbewerb ist ein Mittel der ökonomischen und politischen Integration. Wettbewerbsfeindlich erscheinen daher stets die sog. **Kernbeschränkungen** (vor allem Preisabsprachen und Marktaufteilungen; vgl. zu diesen und den anderen Formen der Kernbeschränkung S. 92). Hier bedarf die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung häufig keiner umfangreichen Prüfung.

2. Die Konzertierungswirkung

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vereinbarung, der Beschluss oder die abgestimmte Verhaltensweise zu einer **Konzertierungswirkung** führt. Mit anderen Worten müssen die Beteiligten einen zuvor freien Verhaltensparameter auf dem Markt/im Wettbewerb (Preis, Qualität, Ladenöffnungszeiten) abstimmen oder einfrieren.

- i. Die Konzertierung setzt voraus, dass dem Unternehmer von vornherein überhaupt eine nennenswerte **Entscheidungsfreiheit** zusteht. Bsp.: Vereinbaren zwei Konzerntöchter in einem Vertragskonzern, die beide der umfassenden Weisung derselben Mutter unterliegen, identische Geschäftszeiten, begeben sie sich keiner bestehenden Handlungsfreiheiten. Denn diese liegen beim herrschenden Unternehmen. In diesen Fällen fehlt es also nicht nur an der Unternehmenseigenschaft (dazu S. 26), sondern auch an der Voraussetzung einer Wettbewerbsbeschränkung
- ii. Besondere Aufmerksamkeit gilt in diesem Zusammenhang dem Phänomen des **potenziellen Wettbewerbs**, und zwar aus folgendem Grund: Der potenzielle Wettbewerber ist – qua definitione – nicht aktuell auf dem Markt als Konkurrent tätig. Trifft er eine Konzertierung

mit einem aktuellen Marktakteur, stellt sich die Frage, ob er überhaupt etwas von seiner unternehmerischen Freiheit aufgibt.

Beispiel: A verkauft an B seine Fahrschule in Mainz. Im Vertrag wird vereinbart, dass A nach dem Verkauf des Unternehmens an B 10 Jahre in Mainz nicht als Fahrlehrer tätig sein darf.

Geht man bei der Anwendung des Art. 101 AEUV – oder im Fall eher des § 1 GWB – von einer Vereinbarung zwischen Unternehmern aus, stellt sich die Frage, ob A hier auf eine von vornherein freie Handlungsmöglichkeit verzichtet. Denn durch den Verkauf gibt er sein Unternehmen in Mainz auf. Die **zentrale Frage** liegt darin, wie wahrscheinlich es ist, dass A trotz dieses Verkaufs nach Mainz zurückkehren und dort als Fahrlehrer tätig sein könnte. Bejaht man dafür eine hohe Wahrscheinlichkeit, ist A potenzieller Wettbewerber. Die Vereinbarung zwischen A und B nimmt A dann eine Handlungsmöglichkeit.

Ob ein nicht am Markt tätiges Unternehmen **potenzieller Wettbewerber** ist, hängt von folgender Betrachtung ab:

➔ Entscheidend sind zunächst die mit dem Marktzutritt verbundenen **Kostennachteile** (Marktzutrittsschranken). Hier wirken sich insbesondere **Fixkosten** aus. Denn diese müssen in voller Höhe erbracht werden, bevor ein einziges Produkt auf dem Markt abgesetzt werden kann und damit Einnahmen erzielt werden können, die diese Kosten amortisieren (Bau eines Fabrikgebäudes mit Maschinenpark, Anstellung einer Belegschaft usw.).

Die Fixkosten gestalten sich in den einzelnen Märkten sehr unterschiedlich. Wer Speicherchips für Tabletcomputer produzieren will, bedarf kostspielig ausgestatteter Fabrikgebäude, muss Patentlizenzen erwerben und teure Fachkräfte einstellen, bevor die erste Einheit verkauft werden kann. Wer eine Software-Application für das iPhone (App) entwickelt, braucht nur einen PC, die Lizenz für die Entwicklersoftware von Apple, Zeit und Können. Hier sind die Fixkosten gering. Märkte entwickeln sich auch ständig, wobei die Fixkostenhürde mit der Fortentwicklung der Basistechnologie steigt: Die beiden Gründer von Apple *Steve Jobs* und *Steve Wozniak* schraubten ihren ersten Computer angeblich in der Garage der Eltern zusammen (geringe Fixkosten); die Herstellung eines Laptops ist heute jedoch so aufwendig, dass dies nicht mehr vorstellbar wäre.

Eine hohe Fixkostenhürde wirkt sich dadurch aus, dass sie auf den Newcomer nicht nur als **Marktzutrittsschranke**, sondern zugleich als **Marktaustrittsschranke** wirkt. Der Newcomer kann nämlich die Entscheidung des Marktzugangs nicht einfach rückgängig machen, wenn

ihm seine Investitionen verloren gehen. Er bleibt zumindest so lange an den Markt gebunden, bis sich die Kostenlast mehr oder weniger amortisiert hat. Dieser Effekt kann aber bereits im Vorfeld der Investition abschrecken und wirkt sich **auch als Marktzutrittsschranke** aus.

- ➔ Entscheidend kommt es deshalb für den einzelnen Newcomer darauf an, ob er bereits über eine **Basistechnologie** verfügt, die der auf dem Zielmarkt vorherrschenden verwandt ist (Wer Zivilflugzeuge herstellt, ist ein potenzieller Wettbewerber auf dem Markt für Militärflugzeuge). Denn dieser Umstand erlaubt es ihm, die vglw. hohen Investitionen auf dem Zielmarkt auf seinen Stammmarkt umzulenken, wenn der Markteintritt scheitern sollte. Das Risiko eines Totalausfalls beim Marktzutritt ist daher nicht so groß und die Risikobereitschaft steigt.
- ➔ Bedeutsam ist letztlich die **langfristige Gewinnentwicklung auf dem Zielmarkt**: Von potenziellem Wettbewerb kann nur dort ausgegangen werden, wo nachhaltige Gewinnerwartungen die Unternehmen am **Marktrand** anlocken. Wo alle aktuellen Konkurrenten hart an der Kostengrenze kalkulieren müssen, lohnt sich der Marktzutritt auch für ein Unternehmen mit verwandter Basistechnologie nicht.

Beachte: Der Begriff der Marktzutrittsschranke ist **nicht unumstritten**. Nach den Vorstellungen der sog. Chicago School bilden Kosten solange keine MZS, wie sie von allen Marktteilnehmern erbracht werden müssen, wobei die Vertreter der Schule nicht danach unterscheiden, *zu welchem Zeitpunkt* die Kosten erbracht wurden. Dies überzeugt jedoch deshalb nicht, weil das alteingesessene Unternehmen, das den Marktzutritt längst finanziert hat, größere Spielräume für Verdrängungsstrategien (Dumpingpreise) hat als der Newcomer, der in die Kalkulation seiner Preise die Fixkostenlast einrechnen muss.

Zurück zum Fall: Für die Eigenschaft des A als potenziellen Wettbewerber spricht die vergleichsweise geringe Fixkostenhürde auf dem Markt für Fahrschulen. Das zentrale Kapital eines Fahrlehrers ist das auf seiner Person gründende Vertrauen von Generationen von Fahrschülern, das dazu führt, dass er weiterempfohlen wird und somit am Markt erfolgreich bleibt. Die entstehenden Fixkosten (Abschluss eines Mietvertrags über Geschäftsräume, Erwerb von Fahrzeugen) sind nicht so hoch, dass sie A von vornherein abschrecken müssten, zumal man seine Fixkostenbelastung auch durch teilweise Desinvestition (Verkauf des Fahrzeugs) steuern kann. A ist daher potenzieller Wettbewerber. Es liegt eine Konzertierung zwischen A und B vor.

EuG Lundbeck

In EuG, Urt. v. 8.9.2016 – T-472/13 – **Lundbeck** wurden die Voraussetzungen für potenziellen Wettbewerb näher konkretisiert (Hinweis: Die Entscheidung betrifft auch die Frage des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung; dazu S. 67):

Bei Lundbeck handelt es sich um ein dänisches Pharmaunternehmen, das Antidepressiva herstellt, darunter das Präparat Citalopram, für das es ein Patent besitzt. Das deutsche Pharmaunternehmen Merck (M) hatte Pläne, ein ähnliches Präparat als sog. Generikum (erlaubtes Parallelprodukt) herzustellen. Deshalb schlossen L und M einen Vertrag, in dem beide zunächst feststellten, dass ihnen unklar sei, ob M mit seinem Generikum nicht das Patent von L verletze. L versprach der M deshalb die Zahlung von ca. 3 Mio. englische Pfund dafür, dass M seine Präparate (es handelte sich wohl um Vorstufen des eigentlichen Medikaments) an L liefern würde. L wollte diese dann gemeinsam mit den eigenen Erzeugnissen auf dem Markt vertreiben.

Es stellte sich die Frage, ob auf dem Markt für Psychopharmaka der Citalopram-Klasse eine Konzertierung stattgefunden hatte. Dazu hätte M einen zuvor freien Verhaltensparameter durch Vereinbarung mit L einschränken müssen. Dies ist nur vorstellbar, wenn M **potenzieller Wettbewerber** (dazu S. 45) auf diesem Markt ist. Davon wiederum darf nach Auffassung des EuG nur ausgegangen werden, wenn M ohne die wettbewerbswidrige Vereinbarung auf jeden Fall auf den Markt für Antidepressiva der Citalopram-Klasse vorgedrungen wäre (Rn. 100). In diesem Zusammenhang misst das EuG der Vereinbarung zwischen M und L große Indizwirkung zu (Rn. 103 f.). Denn deren wirtschaftlicher Sinn erkläre sich allein dadurch, dass L mit einem Marktzutritt von M rechnete. Indizwirkung haben entsprechend auch die Zahlungen von L an M (Rn. 127 ff.). Gerade, wenn M das Patent von L erfolgreich angreifen könne, liegt darin eine Chance für den Marktzugang (Rn. 149). Dass L sich hier aber so kompromissbereit zeigt, sei ein deutliches Zeichen, dass es sich seines Patents nicht sicher war. Damit knüpft das EuG an die sog. **Actavis-Vermutung des US Supreme Court** an: *FTC v. Actavis, Inc.*, 570 U.S. (2013)_S. 18 f.:

„An unexplained large reverse payment itself would normally suggest that the patentee has serious doubts about the patent’s survival. And that fact, in turn, suggests that the payment’s objective is to maintain supracompetitive prices to be shared among the patentee and the challenger rather than face what might have been a competitive market—the very anticompetitive consequence that underlies the claim of antitrust unlawfulness.“

Da das Patent dessen Inhaber einen absoluten Schutz gewährt, den er im Zweifel mit einer Unterlassungsklage nach § 139 PatG durchsetzen kann, erklären sich nach der Actavis-Vermutungen Ausgleichszahlungen (**reverse payments**) an einen Prätendenten wie M vermeintlich nur aus einem stillschweigenden Eingeständnis des Patentinhabers in die Schwäche des Patents. Ein Vergleich begründet dann die Gefahr, dass Patentinhaber und Prätendent die vom Patentinhaber erzielte Monopolrente untereinander aufteilen. Denn das Patent gewährt dessen Inhaber ein Monopolrecht für die Verwertung seiner Erfindung, das 20 Jahre andauert (§ 16 PatG). Darin liegt eine Belohnung für die den Stand von Wissenschaft und Technik bereichernde Erfindung. Der Patentinhaber kann daher dem Markt (in Grenzen)

den Preis diktieren. Für ihn und den Prätendenten ist es daher lohnend, dass der Patentinhaber weiterhin als Monopolist anbietet und die überdurchschnittlich hohen Einnahmen mit dem Prätendenten teilt.

Problematisch (dazu *Oechsler/Dörrhöfer* WuW 2019, 502 ff.) an der Lundbeck-Entscheidung ist jedoch, dass das EuG die **Selbsteilungskräfte des Marktes** nicht ausreichend beachtet. Denn sobald ein Prätendent wie M die Schwäche eines Patentes bemerkt und daran verdient, folgen zwangsläufig alle übrigen nach. Wenn der Patentinhaber die Schwäche seines Rechtes kennt und es ihm allein darum geht, die Monopolrente mit seinen potenziellen Wettbewerbern zu teilen, wird dies deshalb äußerlich an zwei Gestaltungen erkennbar: (1) Der Patentinhaber findet entweder *sämtliche* Prätendenten (potenzielle Wettbewerber) auf die gleiche Weise ab oder (2) er schließt heimliche Vereinbarungen mit einzelnen Prätendenten ab, um dem Trittbrettfahreneffekt zu umgehen. So liegt der Fall

EuG Biogaran

(EuG, 12.12.2018 – T-677/14 - **Biogaran** Rn. 135 ff.) Hier hatte der Patentinhaber mit einem Generikahersteller sog. **akzessorische Zusatzvereinbarungen** getroffen. Der Patentinhaber erwarb darin nicht sonderlich wertvolle Lizenzen vom Generikahersteller für übertriebene Preise und beteiligte den Generikahersteller auf diese Weise verdeckt an der aus dem Patent erzielten Monopolrente. In solchen Konstellationen spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Patentinhaber die Schwäche seiner Rechtsstellung genau kennt und die Monopolrente nur mit demjenigen potenziellen Wettbewerber teilen will, der diese Schwäche durchschaut. Dies geschieht heimlich, weil er den Trittbrettfahreneffekt fürchtet.

Der Wettbewerb reguliert sich durch den Trittbrettfahreneffekt also weitgehend von selbst. Deshalb muss den Parteien des Vergleichs mehr Gestaltungsspielraum eingeräumt werden, ernsthafte Streitfragen untereinander durch Vergleich zu klären. Die **problematischen Fälle** haben sämtlich mit dem Ablauf der **zwanzigjährigen Schutzfrist** zu tun. Dazu kurz Folgendes: Es lassen sich zwei Patenttypen unterscheiden: Das **Erzeugnispatent** (§ 16 PatentG) und das **Verfahrenspatent**. Das Erzeugnispatent ist besonders stark, weil es vor Nachahmung des Präparats als solchem schützt. Läuft ein solches Patent nach 20 Jahren aus, tendieren die Inhaber dazu, den Schutz künstlich dadurch zu verlängern, dass sie nun bestimmte Verfahren zur Herstellung des Präparats schützen. Da es immer auch andere Wege gibt, ein Medikament herzustellen und man nie genau ermitteln kann, nach welchem Verfahren ein auf den Markt gelangtes Präparat hergestellt wurde, sind solche Verfahrenspatente schwach. Berufte sich der Inhaber im Einzelfall gegen den Hersteller von Generika auf ein solches Verfahrenspatent, drohen langwierige Prozesse über die Frage, wie das Präparat hergestellt wurde und ob sein Herstellungsvorgang gerade vom Verfahrenspatent umfasst ist. Die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile können missbräuchlich dazu genutzt werden, einen potenziellen Wettbewerber vom Markt fernzuhalten.

EuGH Generics

Der **EuGH** (30.1.2020 – C-307/18 – **Generics**) hat jetzt entschieden, dass der Inhaber eines Verfahrenspatents für ein Medikament und ein Generikahersteller für dasselbe Medikament potenzielle Wettbewerber sind (Rn. 36 ff.). Vereinbaren beide in einer Pay-for-delay-Vereinbarung, dass der Generikahersteller gegen Zahlung eines Entgelts vom Markt fernbleibt, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV an (Rn. 81 ff.). Eine solche Abrede wirkt im Grunde wie eine **Marktaufteilung eigener Art**: Der Inhaber des hinsichtlich seiner Wirkung zweifelhaften Patents bleibt auf dem Markt und hält den Generikahersteller fern. So behält der Patentinhaber seine Monopolstellung, erzielt eine Monopolrente und teilt diese im Wege der Pay-for-Delay-Vereinbarung mit dem Generikahersteller. Wäre der Generikahersteller hingegen auf den Markt eingetreten, wäre der Preis für das Präparat unter Wettbewerbsdruck geraten.

In einem systematisch engen Zusammenhang zum Institut des potenziellen Wettbewerbs, dennoch im Anwendungsbereich und der Wirkungsweise verschieden, präsentiert sich die **Lehre von der Angebotsumstellungsflexibilität**. Insbesondere der **Bundesgerichtshof** rechnet bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle die Unternehmen zum **aktuellen Markt** dazu, die über Angebotsumstellungsflexibilität verfügen. Vgl. dazu die Entscheidung BGH NJW 2007, 1823-**National Geographic II**, Tz.19 im Wortlaut:

*„Der Rechtsbeschwerde ist allerdings einzuräumen, dass das allein auf das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite abstellende **Bedarfsmarkt-konzept eines Korrektivs bedarf**. Die Marktabgrenzung dient dem Ziel, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind... Denn für die Frage, ob ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kommt es entscheidend darauf an, ob die Verhaltensspielräume dieses Unternehmens hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert werden. Würde ausschließlich auf das vorgefasste, am konkreten Bedarf orientierte Kaufinteresse der Marktgegenseite abgestellt, müssten häufig extrem kleinteilige Märkte gebildet werden, weil der konkrete Bedarf - etwa der Bedarf nach einem Straßenschuh der Größe 48 - durch einen gleichartigen, aber doch in einem für den Nachfrager entscheidenden Punkt unterschiedlichen Gegenstand - etwa durch einen Straßenschuh der Größe 46 - nicht befriedigt werden kann (vgl. die zahlr. treffenden Beispiele bei Säcker, ZWeR 2004, 1 [3f.] Fußn. 2 bis 8). Dem trägt die Praxis durch das Konzept der **Angebotsumstellungsflexibilität** Rechnung (vgl. dazu auch BGHZ 160, 321 [326] = NJW 2004, 3711-Staubsaugerbeutelmarkt; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABIEG Nr. C 372 v. 9. 12. 1997, S. 5, Rdnr. 20). Es beruht auf der Erkenntnis, dass ein die Verhaltensspielräume kontrollierender Wettbewerb auch von Anbietern ähnlicher Produkte ausgeht, die ihr Angebot kurzfristig umstellen können, um eine bestehende Nachfrage zu befriedigen. Mit diesem Konzept lässt es sich begründen, dass auch in der Verlagsbranche teilweise Marktabgrenzungen vorgenommen werden, die sich allein mit dem Bedarfsmarkt-konzept nicht mehr erklären lassen (vgl. hinsichtlich des Marktes für Taschenbücher KG, WuW/E OLG 2825, 2832 sowie hinsichtlich der juristischen Fachliteratur BKartA WuW/E DE-V 191). So hätte beispielsweise ein Schuhhersteller, der anders als seine Wettbewerber nicht nur Schuhe bis zur Größe 46, sondern auch darüber hinaus herstellt, möglicherweise keine marktbeherrschende Stellung, weil sein Verhaltensspielraum durch Wettbewerber eingeschränkt wäre, die ihr Sortiment jederzeit und ohne größeren Aufwand auf Schuhe der Größe 48 erweitern könnten.“*

Zu den Voraussetzungen der Angebotsumstellungsflexibilität sagt das Gericht unter Tz. 20 das Nachfolgende. Vgl. diese Voraussetzungen mit denen des potenziellen Wettbewerbs!

Im Rahmen der Marktabgrenzung kann eine mögliche Angebotsumstellungsflexibilität allerdings nur dann Berücksichtigung finden, wenn die Anbieter ähnlicher Produkte bereit und in der Lage sind, ihre Produktion **kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand** umzustellen. Eine solche Flexibilität hat das BeschwGer. im Streitfall rechtsfehlerfrei verneint. Zwar zeigen die im Beschwerdeverfahren vorgetragene Beispiele („Horizonte“, „ZEIT Wissen“, „SZ Wissen“), dass Herausgeber von Publikumszeitschriften sowie von Tages- und Wochenzeitungen immer wieder Versuche unternehmen, in den Markt der Wissensmagazine vorzudringen.

In den **Tatbestandsvoraussetzungen** unterscheiden sich potenzieller Wettbewerb und Angebotsumstellungsflexibilität durch den Grad der Nähe der von einem Unternehmen implementierten Basistechnologie zu dem Angebot bzw. der Nachfrage auf dem Referenzmarkt: Das Beispiel einer Produktion in einer anderen Schuhgröße zeigt den Unterschied. Denn der Umstellungsschritt ist für den Schuhproduzenten denkbar gering und deshalb sehr rasch möglich; der potentielle Wettbewerber muss erheblich größeren Aufwand treiben und benötigt daher mehr Zeit für den Marktzutritt (die Übergänge können hier fließend sein).

Im **Hinblick auf die Rechtsfolge** unterscheiden sich beide Konzepte insoweit, als das über Angebotsumstellungsflexibilität verfügende Unternehmen als Anbieter auf dem aktuellen Markt mitgerechnet wird. Es wird sozusagen bei der Marktabgrenzung berücksichtigt. Der potenzielle Wettbewerber gehört hingegen im Betrachtungszeitpunkt nicht dem Markt an. Der Marktzugang ist bei ihm jedoch in absehbarer Zeit höchstwahrscheinlich.

Konsequenz: Bei der sachlichen Marktabgrenzung zählt nur das Angebot der Unternehmen mit Angebotsumstellungsflexibilität zum relevanten Markt; das der potenziellen Wettbewerber nicht.

3. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

a) Überblick

Nicht jede Freiheitsbeschränkung beinhaltet auch eine Wettbewerbsbeschränkung. Dies zeigt folgendes Beispiel:

Das **Papiermaß DIN A4** beruht auf einem sog. **Normen- oder Typenkartell**. Die Deutsche Industrienorm A4 bedeutet nämlich zunächst eine Beschränkung der Freiheit der Papierproduzenten, die Papiergröße nach eigenem Belieben festzusetzen, also die Konzertierung eines zuvor freien Wettbewerbsparameters. Diese Beschränkung führt aber dazu, dass ein einheitlicher Markt für Schreibmaschinenpapier überhaupt entstehen kann. Dieser beeinflusst auch die vor- und

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

nachgelagerten Märkte (Drucker, Kopierer, Faxgeräte, Aktenordner). Gäbe es das Norm- bzw. Typenkartell nämlich nicht, müsste ein Nachfrager bei der Anschaffung eines Druckers eine langfristige Entscheidung darüber treffen, für welchen Hersteller er sich entscheidet. Denn davon hingen die Folgeinvestitionen für Papier der geeigneten Größe, Aktenordner, Briefumschläge, Scanner ab. Mit der Entscheidung für einen Druckerhersteller wäre der Nachfrager deshalb auf dessen komplettes System festgelegt (sog. **Lock-in-Effekt**; dazu noch S. 154). Der Grund dafür liegt auf der Hand: Den Drucker kann der Nachfrager nicht sofort wieder austauschen, wenn die Preise für das entsprechende Druckerpapier steigen. Dafür sind die mit der Anschaffung verbundenen Investitionskosten zu hoch. Gegen hohe Papierpreise wäre der Nachfrager daher weniger gut durch den Wettbewerbsprozess geschützt: Denn er könnte nicht auf einen beliebigen anderen Papierproduzenten ausweichen, wenn die Preise seines bisherigen Geschäftspartners stiegen, sondern wäre auf Produzenten angewiesen, die in der benötigten Spezialgröße herstellen. Die Normung der Papiergröße durch eine Konzertierung lässt deshalb überhaupt erst einen einheitlichen Markt für Papier und die papierverarbeitenden Peripheriegeräte entstehen und sorgt für eine effiziente Preiskontrolle.

Ein Normen- und Typenkartell mag daher eine Konzertierung (Freiheitsbeschränkung) beinhalten; es kann jedoch nicht wegen seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung verboten sein.

Zwischenfazit: Freiheitsbeschränkungen, die unerlässlich sind, um Wettbewerb zu ermöglichen, stellen daher keine Wettbewerbsbeschränkung dar.

Um dies zu begründen, gibt es im Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV **zwei systematische Anknüpfungsmöglichkeiten**: Der EuGH macht von beiden Möglichkeiten Gebrauch, ohne klarzustellen, wie diese beiden Denkwege sich systematisch zueinander verhalten. Begründen lässt sich die Nichtanwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV nämlich so:

1. Bei der Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung unterscheidet man zwischen der Freiheitsbeschränkung und der Wettbewerbsbeschränkung. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist aber zu verneinen, wenn die Freiheitsbeschränkung unerlässlich ist, um Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen. Im U.S.-amerikanischen Kartellrecht wurde dies zuerst als Lehre von den **ancillary restraints** (eigentlich: Lehre von den dienenden Wettbewerbsbeschränkungen) entwickelt. Denselben Rechtsgedanken kennen das deutsche und das europäische Kartellrecht jeweils mit anderer Bezeichnung (unten aa) und bb)).

Zweitens lässt sich mit einer neueren Rechtsprechung des EuGH argumentieren, dass eine Vereinbarung wie im Beispiel eine Wettbewerbsbeschränkung **nicht bezweckt** (dazu S. 64). Dies aber scheidet aus, wenn die Beschränkung gerade den Wettbewerbsprozess ermöglichen soll (dazu S. 64). Diese **zweite Sichtweise** hat der EuGH jedoch bisher nur angedeutet und bislang nicht weiter entwickelt. Sie sollte daher bei der Prüfung des Art. 101 AEUV entsprechend im Hintergrund stehen.

Die Aufbauhinweise in der Voraufgabe dieses Skripts, die noch unter dem Einfluss der Entscheidung in Sachen Maxima Latvia stehen, werden deshalb nicht mehr empfohlen.

b) Wettbewerbsbeschränkung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst, dass eine Freiheitsbeschränkung grundsätzlich eine **Wettbewerbsbeschränkung** zum Gegenstand hat. Dafür spricht das Selbstständigkeitspostulat und folgender Gedanke: Verteilungsentscheidungen müssen in einer Wettbewerbsordnung unter der Geltung des Selbstständigkeitspostulats durch das *freie* Spiel der Kräfte erfolgen. Deshalb bedeutet eine Verhaltenskonzertierung grundsätzlich auch eine Wettbewerbsbeschränkung.

Eine Ausnahme folgt jedoch im Einzelfall aus einer **wohlfahrtsökonomischen Betrachtungsweise**. Dort, wo eine Freiheitsbeschränkung unerlässlich ist, um den Wettbewerbsprozess zu ermöglichen oder zu erhalten, kann sie nach den Zwecken des Kartellrechts nicht als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. Dieser Gedanke wird im europäischen und deutschen Kartellrecht unterschiedlich konkretisiert.

aa) Das europäische Kartellrecht

(1) Spätestens seit der Entscheidung des EuGH in **Sachen Metro** (EuGH, 25.10.1977 - Rs. C-26/76, Slg. 1977, 1875 – Metro SB-Großmärkte, Rn. 21; vgl. etwa aus neuerer Zeit auch das EuG, MMR 2006, 446 – Inlandroaming und vor allem die Entscheidung EuGH, 11.9.2014 – C 382/12-P - Mastercard, Rn. 89 ff.) entspricht es der Rechtsprechung des Gerichts, dass der Preiswettbewerb nicht die einzige Form des Wettbewerbs ist und dass diese nicht um jeden Preis auf Kosten anderer Formen der Wertschöpfung durchgesetzt werden muss. Vielmehr kann gerade der **Erhalt einer anderen Form des Wettbewerbs begrenzte Eingriffe in die Preisbildungsfreiheit gebieten, wenn die Funktionsfähigkeit dieser anderen Art von Wettbewerb eine solche Einschränkung erfordert**.

Vgl. die wichtige Rn. 21 aus der Metro-Entscheidung im Original:

*„So wichtig der **Preiswettbewerb** sein mag – weshalb er niemals ganz beseitigt werden darf -, so ist er doch **nicht die einzige wirksame Form des Wettbewerbs** und auch nicht diejenige Form, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müsste. Die der Kommission in Artikel 85 Absatz 3 [Art. 101 Abs. 3 AEUV] eingeräumten Zuständigkeiten zeigen, dass die Erfordernisse der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs mit der Wahrung andersartiger Ziele in Einklang gebracht werden können und dass zu diesem Zweck bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs zulässig sind, wenn sie für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind und nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen.“*

Ausschlaggebend für diese Lehre ist – wie bereits ausgeführt – ein **wohlfahrtsökonomisches Verständnis**: Wettbewerbsfreiheit wird nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern um bestimmte Verteilungsergebnisse zu erzielen. Dies ist auch der Kern des von der Europäischen Kommission seit 2001 befürworteten sog. **More Economic Approach**. Vgl. noch einmal deren zentralen Gedanken (vgl. ferner S. 15):

„Kennzeichnend für die neuen Vorschriften [z.B. VO Nr. 1/2003, Anm. J.O.] ist eine Abkehr von dem formalistischen regulativen Ansatz, wie er den jetzigen Vorschriften zugrunde liegt, hin zu einer stärker nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Beurteilung der Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit. Das Grundanliegen dieses neuen Ansatzes besteht darin, die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern immer dann zu ermöglichen, wenn es der wirtschaftlichen Wohlfahrt dient, ohne dass der Wettbewerb dadurch gefährdet wird.“ (Kommission der Europäischen Gemeinschaften, XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, Rn. 23).

Diesen Rechtsgedanken fasst der EuGH jetzt bevorzugt unter den Begriff der **Lehre von den Nebenabreden** (EuGH, 11.9.2014 – C-382/12 P - Mastercard Rn. 89 ff.): Wenn eine Hauptabrede kartellrechtlich zulässig ist, stellt eine Nebenabrede, die **unerlässlich** ist, um die Hauptabrede zur ermöglichen, keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Terminologisch knüpft dies an die Lehre von den Ancillary Restraints (der dienenden Wettbewerbsbeschränkungen) an.

Darunter fallen zwei Fälle:

1. Der Markterschließungsgedanke: Ist eine Konzertierung unerlässlich, um einen neuen Markt zu erschließen oder einen bestehenden Markt funktionsfähig zu erhalten, stellt sie keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Die Hauptabrede liegt dabei in der Erschließung oder Erhaltung eines Marktes, die Nebenabrede in einer Konzertierung, die für die Verwirklichung der Hauptabrede unerlässlich ist.

2. Diese Lehre impliziert aber auch die Möglichkeit, wie im deutschen Recht, **immanente Schranken des Wettbewerbs** anzuerkennen: Ist eine Konzertierung durch die Rechtsordnung geboten („Hauptabrede“), stellt eine Nebenabrede, die dieses Recht umsetzt bzw. ihm zur Geltung verhilft, keine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn sie zur Erreichung dieses Zweckes unerlässlich ist.

Der Remia-Fall (S. 57) erscheint hier als Beispiel, das zwischen beiden Anwendungsfällen der Lehre von den Nebenabreden liegt: Bei einem Unternehmensverkauf bewirkt ein Wettbewerbsverbot an die Adresse des Unternehmensverkäufers die Funktionsfähigkeit des Marktes für Unternehmenskäufe (Gesichtspunkt 1); andererseits lässt sich der Fall auch so betrachten, dass das Wettbewerbsverbot im Unternehmenskauf impliziert (ihm also immanent) ist (Gesichtspunkt 2).

EuG Vivo Brasilien

Vgl. dazu EuG, 28.6.2016 – T-216/13 = NZKart 2016, 584 – **Vivo Brasilien**: Das spanische Telekommunikationsunternehmen Telefónica (ST) und Portugal Telecom (PT) hielten jeweils eine 50 %ige Beteiligung an dem brasilianischen Mobilfunkunternehmen Vivo. Später erwarb ST den Anteil von PT durch Kaufvertrag. In diesem war vereinbart, dass ST der PT keinen Wettbewerb auf der iberischen Halbinsel machen durfte. Die portugiesische Regierung hatte ihre Genehmigung zum

Verkauf der Anteile an ST von der Vereinbarung eines solchen Wettbewerbsverbots abhängig gemacht. Das EuG erörtert bei der Anwendung des Art. 101 AEUV folgenden Sach Gesichtspunkt: Werde ein Unternehmen durch einen Staat zu einer Wettbewerbsbeschränkung unausweichlich gezwungen, passe Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht. Die Norm regele nämlich nur den Fall, dass ein Unternehmen die ihm zustehende Freiheit einschränke (Rn. 114). Allerdings muss den Unternehmen dazu jede Art von eigenständiger Entscheidung genommen sein (Rn. 118). Eine solche Zwangslage bejaht das EuG im konkreten Fall allerdings nicht (Rn. 119 ff.).

Überlegung: In Konstellationen, in denen der Staat unausweichlichen Zwang auf ein Unternehmen ausübt, verstößt er selbst gegen die Grundfreiheiten des AEUV (Warenverkehrs-, Dienstleistungsfreiheit usw.). Dies legt es nahe, dass die Kommission einem solchen Verstoß im Vertragsverletzungsverfahren nachgeht, nicht aber die Unternehmen, die dem staatlichen Zwang nicht ausweichen können, mit einem Bußgeld belegt. Im Übrigen ist hier Art. 106 AEUV einschlägig (dazu S. 254 ff.).

An der Metro-Rechtsprechung (Lehre von den Nebenabreden) hält der EuGH übrigens trotz der Neuentwicklung hinsichtlich des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung (S. 64) fest. Vgl. dazu die Formulierung des EuGH, 11.9.2014 – C-382/12 P – **Mastercard**:

„[89] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fällt dann, wenn eine bestimmte Maßnahme oder Tätigkeit wegen ihrer Neutralität oder ihrer positiven Wirkung auf den Wettbewerb nicht von dem grundsätzlichen Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG [Art. 101 Abs. 1 AEUV] erfasst wird, auch eine Beschränkung der geschäftlichen Selbstständigkeit eines oder mehrerer an dieser Maßnahme oder Tätigkeit Beteiligten nicht unter dieses grundsätzliche Verbot, wenn sie für die Durchführung dieser Maßnahme oder Tätigkeit objektiv notwendig ist und zu den Zielen der einen oder der anderen in einem angemessenen Verhältnis steht (vgl. in diesem Sinne Urteile Remia u.a./Kommission, 42/84, EU:C:1985:327, Rdn. 19 und 20, Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41, Rdn. 15 bis 17, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, Rdn. 35, sowie Oude Luttikhuis u.a., C-399/93, EU:C:1995:434, Rdn. 12 bis 15).“

Beachte, dass hier auch **wettbewerblich neutrale Maßnahmen** erfasst sind! Diese liegen vor, wenn die Konzertierung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, sondern der Markt sich gerade nicht unter dem Einfluss der Konzertierung entwickelt. Die Lehre von den Nebenabreden wird in der Entscheidung wie folgt begründet:

„[90] Denn wenn es nicht möglich ist, eine solche Beschränkung von der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit zu unterscheiden, ohne deren Bestehen oder Ziele zu gefährden, muss die Vereinbarkeit dieser Beschränkung zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit, für die sie eine Nebenabrede bildet, mit Art. 81 EG [Art. 101 AEUV] untersucht werden, und dies auch dann, wenn die Beschränkung als solche auf den ersten Blick unter das grundsätzliche Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG zu fallen scheint.

[91] Bei der Prüfung, ob eine wettbewerbswidrige Beschränkung nicht vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG [Art. 101 Abs. 1 AEUV] erfasst wird, weil sie eine Nebenabrede zu einer Hauptmaßnahme bildet, die keinen wettbewerbswidrigen Charakter hat, muss ermittelt werden, ob die Durchführung dieser Maßnahme ohne die fragliche Beschränkung unmöglich wäre. Der Umstand, dass die Maßnahme ohne die Beschränkung nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre, verleiht dieser Beschränkung entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen nicht den für ihre Qualifizierung als Nebenabrede erforderlichen Charakter einer „objektiv notwendigen“ Beschränkung. Diese Auslegung würde nämlich darauf hinauslaufen, diesen Begriff auf

Beschränkungen auszudehnen, die für die Durchführung der Hauptmaßnahme nicht strikt unerlässlich sind. Dieses Ergebnis würde die praktische Wirksamkeit des in Art. 81 Abs. 1 EG [Art. 101 Abs. 1 AEUV] ausgesprochenen Verbots beeinträchtigen.“

Das Gericht geht dabei auch auf die **Abgrenzung zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV** ein:

„[93] Insoweit genügt der Hinweis darauf, dass diese beiden Vorschriften unterschiedliche Ziele verfolgen und dass das letztgenannte Kriterium die Frage betrifft, ob bei einer Koordinierung zwischen Unternehmen, die geeignet ist, spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt wie namentlich Preis, Menge und Qualität der Produkte oder Dienstleistungen zu haben, so dass sie unter das grundsätzliche Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG [Art. 101 Abs. 1 AEUV] fällt, gleichwohl im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG [Art. 101 Abs. 3 AEUV] davon ausgegangen werden kann, dass sie für die Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs oder für die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unerlässlich ist, sofern sie die Verbraucher angemessen an dem sich daraus ergebenden Gewinn beteiligt. Das Kriterium der objektiven Notwendigkeit im Sinne der Rdn. 89 und 90 des vorliegenden Urteils betrifft dagegen diesen Randnummern zufolge die Frage, ob bei einer Hauptmaßnahme oder Haupttätigkeit, die nicht unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG [Art. 101 Abs. 1 AEUV] fällt, ohne eine bestimmte im Verhältnis zu ihr sekundäre Beschränkung der geschäftlichen Selbstständigkeit die Gefahr besteht, dass sie nicht durchgeführt oder fortgeführt werden kann.“

Der entscheidende Unterschied zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV liegt (vgl. auch EuGH a.a.O. – Mastercard, Rn. 179 und Rn. 126 und dort das EuG-Zitat Rn. 182) aber in folgendem rechtlichen Gesichtspunkt: Bei Art. 101 Abs. 3 AEUV geht es um eine **Abwägung der Vor- und Nachteile** eines Kartells im Hinblick auf die Erzeugung von Wohlfahrtseffekten. Bei der Metro-Rechtsprechung (LvdN) findet **keine Abwägung** statt, sondern die Wettbewerbsbeschränkung muss unerlässlich für das Funktionieren oder Entstehen eines Marktes, also das „Ob“, sein. Auch Art. 101 Abs. 3 AEUV setzt Unerlässlichkeit voraus. Hier geht es jedoch um das „Wie“, nämlich einen Wohlfahrtseffekt, eine qualitative Verbesserung der Ressourcenverteilung.

Der Rechtsgedanke der Metro-Rechtsprechung (Lehre von den Nebenabreden) wird notwendig durch das **Erforderlichkeits- oder Verhältnismäßigkeitsprinzip** beschränkt. Denn die Konzertierung ist nur unerlässlich und damit gerechtfertigt, soweit sie *gerade* dem Erhalt oder der Begründung der Funktionsfähigkeit eines Marktes dient und zwingend erforderlich, also das mildeste Mittel, ist. Überschießende Konzertierungen erscheinen deshalb als Wettbewerbsbeschränkungen. Im Zivilrecht greift der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets, wenn ein Privatrechtsträger einen einseitigen Verhaltensspielraum hat und deshalb Entscheidungen treffen muss, deren Rechtsfolgen ein anderer Rechtsträger erdulden muss. Dann darf der begünstigte Träger nur geeignete Maßnahmen treffen, muss das mildeste Mittel wählen (Erforderlichkeit) und die innere Angemessenheit wahren (Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 1284).

Ein anschauliches Beispiel dafür liefert die Entscheidung EuGH Slg. 1985, 2545 – **Remia/Nutricia**. Die Nutricia (N, eine Gesellschaft niederländischen Rechts) ist im Bereich der Lebensmittelproduktion tätig und hält 100 % der Anteile an der Remia (R, eine Gesellschaft niederländischen Rechts), die in der Soßenproduktion tätig ist. In einem 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 Verkaufs von Soßen“ für 10 Jahre zu enthalten. Verstößt diese Vereinbarung gegen Art. 101 AEUV?

Hier konkretisiert der EuGH den dargestellten Gedanken wie folgt: Eine Konzertierung ist danach nicht verboten, wenn sie es überhaupt erst ermöglicht, dass auf dem Markt für Unternehmensverkäufe ein wettbewerbstaugliches Angebot unterbreitet werden kann. Im Mittelpunkt der Betrachtungsweise steht die Funktionsfähigkeit des Marktes für Unternehmenskäufe. Diese hängt im konkreten Fall davon ab, dass auf dem Markt für Soßen eine Konzertierung stattfindet. Soweit die Konzertierung auf dem Markt für Soßen **unerlässlich** ist, um den Wettbewerbsprozess auf dem Markt für Unternehmensverkäufe in Gang zu setzen oder zu halten, stellt sie nach dieser Rechtsprechung keine Wettbewerbsbeschränkung dar (im Fall ist die Dauer des Wettbewerbsverbots von 10 Jahren gemessen an Art. 5 Abs. 3 lit. d Vertikal-GVO allerdings zu lang). Denn eine Konzertierung, die Märkte entstehen lässt und Wettbewerb grundsätzlich ermöglicht, kann keine Wettbewerbsbeschränkung sein.

Folgende **Überlegungen** schließen sich an diese Betrachtungsweise an:

1. Die Metro-Rechtsprechung (die Lehre von den Nebenabreden) führt zur Nichtanwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV, so dass die Frage einer Ausnahme vom Kartellverbot nach **Art. 101 Abs. 3 AEUV** nicht mehr berührt wird. Dabei besteht ein **zentraler Unterschied** im Verhältnis von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV. Dieser betrifft die **Beweislastverteilung nach Art. 2 VO Nr. 1/2003**: Denn für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV tragen die Kartellbehörden die Beweislast, für Art. 101 Abs. 3 AEUV hingegen die beteiligten Unternehmen. Insoweit kann der gerade vorgestellte Gedanke von der Markterschließung weiterhin Bedeutung entfalten (vgl. dazu EuG, MMR 2006, 446 – Inlandroaming).
2. Im Anschluss an diesen und andere Fälle wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob das europäische Kartellrecht eine **Rule of Reason** beinhalte.

Der Begriff geht auf die vom U.S. Supreme Court in der Entscheidung **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911) entwickelte Lehre zurück, die eine teleologische Reduzierung des amerikanischen Kartellverbots, des Sherman Acts, für den Fall vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen begründete. Heute wird der Begriff zumindest für **zwei sehr unterschiedliche Problemfelder** gebraucht:

Einmal bezeichnet er – leider begrifflich sehr verunglückt – gerade die skizzierte Metro-Rechtsprechung (Lehre von den Nebenabreden). Zweitens aber wird er als Einfallstor für die Überlegung verwendet, das Kartellrecht müsse Konzertierungen in anderen Rechtsgebieten (Sport, Umweltschutz, Verbraucherschutz usw.) wegen der dort bestehenden Interessenlagen hinnehmen und dahinter zurückstehen.

Wegen der unterschiedlichen Begriffsinhalte geht mit dem Begriff ein erhebliches Verwirrungspotential einher; er sollte daher in der Diskussion vermieden werden. Inhaltlich lässt sich immerhin Folgendes sagen: Soweit der Begriff in dem Sinne verstanden wird, dass das Wettbewerbsprinzip hinter vermeintlich gewichtigeren Prinzipien (Sport, Umweltschutz, Verbraucherschutz usw.) zurückstehen müsse, kennt das europäische Kartellrecht in der Tat **keine Rule of Reason**. Denn nach Art. 32 lit. b AEUV regelt allein das Wettbewerbsprinzip die ökonomischen Verteilungsprozesse. **Deshalb bildet das Kartellrecht einen Ordnungsrahmen (Ordnungsgedanke)**, im Rahmen dessen sich alle Verteilungsprozesse – mögen sie auch andere Gebiete mit ihren spezifischen Interessenlagen berühren – vollziehen müssen. Den Rechtsgedanken der Metro-Rechtsprechung sollte man hingegen als solchen bezeichnen und nicht von einer Rule of Reason sprechen. Insoweit gilt: **Das europäische Kartellrecht kennt keine Rule of Reason!** Dies hat das EuG (Slg. 2001 II 2459, 2487, Tz. 72 ff. M6/TF1) ausdrücklich entschieden; der EuGH hat die Frage jedoch offengelassen (Slg. 1999, I-4539, 4618, Tz. 133-Montecatini).

3. Die Grundsätze der Metro-Rechtsprechung finden seit dem XXX. Bericht der Kommission über Wettbewerbspolitik Eingang in den sog. More Economic Approach (S.15).

EuGH Gottrup-Klim

Wichtige Beispiele für die Metro-Rechtsprechung:

Beispiel 1 (EuGH Slg. 1994, I-5641, 5672 ff.- **Gottrup-Klim**): Der dänische Landwirt Gottrup-Klim (G) soll aus der Dansk Landsbrugs Grovvarereselskab AmbA (im folgenden DLG), einer Genossenschaft dänischen Rechts, ausgeschlossen werden. Die DLG bildet eine Einkaufsgemeinschaft dänischer Landwirte mit mittelständischer Organisation. Gesellschaftszweck ist die Versorgung der Mitglieder mit günstigen Futter- und Düngemitteln, die aus Dänemark und den skandinavischen Anrainerstaaten erworben werden. Nach § 7 der Satzung der DLG sind diejenigen Mitglieder durch Gesellschafterbeschluss auszuschließen, die einer anderen, mit der DLG konkurrierenden Einkaufsgenossenschaft angehören. Ein solcher Beschluss wurde zu Lasten von G gefasst. Das mit dem Rechtsstreit um den Ausschluss des G

befasste dänische Gericht legt dem EuGH nach Art. 267 AEUV die Frage vor, ob die Satzung mit Artt. 101 und 102 AEUV vereinbar ist.

Die DLG stellte eine Einkaufsgemeinschaft dar, also eigentlich ein klassisches Kartell, in dem die Nachfrager ihr Verhalten dauerhaft konzertieren. Durch das Verbot der Doppelmitgliedschaft übte die DLG faktisch einen **Bezugszwang** auf ihre Mitglieder aus: Denn für diese kam nicht ernsthaft in Betracht, eigenständig Futter- und Düngemittel nachzufragen, weil sie dabei nie auf die Mengenrabatte hoffen durften, die der DLG oder einer anderen Genossenschaft zuteil wurden. Eine praktische Alternative zum Bezug über die DLG lag daher nur in einer zweiten Mitgliedschaft bei einer konkurrierenden Genossenschaft. Diese war jedoch gerade untersagt. Der EuGH lehnt in dieser nicht unproblematischen Entscheidung eine Wettbewerbsbeschränkung mit der Begründung ab, die Tätigkeit der Einkaufsgemeinschaften basiere zentral auf der Erzielung von Mengenrabatten. Damit einher gehe das Interesse an verlässlicher und langfristiger Einschätzung des durch die Einkaufsgemeinschaft repräsentierten Nachfragevolumens. Nur so werde eine Einkaufstätigkeit der in der Einkaufsgemeinschaft zusammengeschlossenen Bauern überhaupt erst möglich. Deshalb stelle das Verbot der Doppelmitgliedschaft keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Es bleibt jedoch die Frage, ob die Einkaufsgemeinschaft mit dem Bezugszwang steht oder fällt. Eher dürfte sich ihre Marktposition auf dessen Grundlage verbessern, nicht aber von ihm abhängen. Dies spricht eher für einen Fall des Art. 101 Abs. 3 AEUV.

EuGH Pronuptia

Beispiel 2 (EuGH Slg. 1986, 353, 374 ff.- **Pronuptia**): Die Pronuptia de Paris GmbH (P, Sitz: Frankfurt) ist eine Tochtergesellschaft des gleichnamigen französischen Unternehmens mit Sitz in Paris. Sie betreibt einen Franchisevertrieb von Brautmoden und Bekleidungsartikeln für Hochzeiten. Rosalinde Irmgard Schillgalis (S) aus Hamburg traf mit P eine Franchisevereinbarung. Darin erwarb S das ausschließliche Recht zur Benutzung der Marke P im Raum Hamburg, wobei P die Verpflichtung einging, keine weiteren Händler in diesem Raum zu beliefern. S durfte nur Ware von P beziehen und vertreiben und durfte sich an keiner Art von Konkurrenz zu einem P-Geschäft beteiligen. Als P und S vor dem LG Hamburg über die Höhe fälliger Lizenzgebühren streiten, beruft sich S auf die Nichtigkeit der Vereinbarung mit P.

Hier war fraglich, ob der Anspruch auf die Lizenzgebühren aus §§ 675 Abs. 1, 611 Abs. 1 BGB an der Nichtigkeit des Franchisevertrages nach **Art. 101 Abs. 2 AEUV** scheiterte. Dies verneint der EuGH: Die scharfen Bindungen innerhalb eines Franchisesystems erklärten sich daraus, dass es bei diesem um die **Verwertung eines Wissensschatzes ohne Einsatz von eigenem Kapital** durch den Franchisenehmer gehe. Deshalb müsse sich der Franchisegeber gegen die Gefahr absichern, dass sein Know-how Dritten zugutekommt, und er muss seine Marken und Geschäftsbezeichnungen vor Nachahmungen und Angriffen schützen können. Alle Bestimmungen, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlich seien, stellten daher keine

Wettbewerbsbeschränkungen dar, denn ohne sie sei das Franchisesystem nicht lebensfähig. Die Entscheidung bildet den Ausgangspunkt des Coty-Urteils des EuGH (S. 100).

Wegen dieser Rechtsprechung empfiehlt sich ein dreigliedriger Aufbau bei der Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung:

- a) Feststellung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Marktes
- b) Feststellung, ob einen zuvor freien Verhaltensparameter auf dem Markt eingeschränkt (konzertiert) wurde: Hier geht es um das Selbstständigkeitspostulat und die genaue Analyse der Wirkungen, die vom Verhalten der Parteien ausgeht. Bereits an dieser Stelle kann auch geprüft werden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.
- c) Überprüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Maßgeblich sind dabei folgende Gesichtspunkte:
 - aa) Aus der Freiheitsbeschränkung resultiert im Zweifel die Wettbewerbsbeschränkung.
 - bb) Etwas anderes kann sich jedoch aufgrund der Metro-Rechtsprechung (der Lehre von den Nebenabreden) ergeben.
- d) Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, kommt eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.

bb) Das deutsche Kartellrecht

Das deutsche Kartellrecht folgt in § 1 GWB dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dies spricht dafür, dass künftig die Metro-Rechtsprechung des EuGH (Lehre von den Nebenabreden) auch hier eine eigenständige Bedeutung entfalten soll. Dennoch bestehen hier einige traditionelle Ansätze, in denen die Rechtsgedanken dieser Rechtsprechung anders zum Ausdruck kommen. Diese sind:

(1) Die Immanenztheorie

Eine Wettbewerbsbeschränkung, die die Rechtsordnung vorgibt, kann nicht durch § 1 GWB verboten sein. Wichtige Beispiele sind die Wettbewerbsverbote nach § 74 HGB (Handlungsgehilfe), § 90a HGB (Handelsvertreter), § 112 HGB (OHG); beachte: *nicht* bei KG (§ 165 HGB)! Weitere gesetzliche Wettbewerbsbeschränkungen im Arbeitsrecht aus der Treupflicht des Arbeitnehmers. Bei

Wettbewerbsbeschränkungen dieser Art bedarf es keiner Freistellung nach § 2 GWB, weil § 1 GWB bereits immanente Schranken beinhaltet.

Vgl. auch den Fall **Fall Remia / Nutricia** (S. 57): Beim Unternehmensverkauf leitet die Rechtsprechung im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 BGB ein Wettbewerbsverbot her (*Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 27 ff.).

Fraglich ist allerdings, wie weit sich der der Immanenztheorie zugrunde liegende Rechtsgedanken **ausweiten** lässt. Häufig begegnet in Kartellrechtsfällen die Argumentation, ein Vereinszweck, ein sozialpolitisches Ziel (Umweltschutz) gebiete diese oder jene Wettbewerbsbeschränkung; dies erinnert an die Diskussion um eine Rule of Reason im europäischen Kartellrecht. Mit den Anliegen der Immanenztheorie sind diese Postulate indes nicht vereinbar. In einer Wettbewerbsordnung müssen nämlich grundsätzlich alle Verteilungsfragen im Rahmen des freien Wettbewerbs gelöst werden (Ordnungsgedanke). Nur dort, wo die Rechtsordnung eindeutig eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips vorsieht, kann eine Ausnahme gemacht werden.

(2) Der Markterschließungs- und Arbeitsgemeinschaftsgedanke

Der Markterschließungsgedanke lautet so: Wo eine Konzertierung überhaupt erst einen Markt eröffnet, kann sie keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Beispiele liefern das Normen- und Typenkartell über DIN A4 (S. 51) oder Industriestandards wie die USB-Schnittstelle am Computer oder der Bluetooth-Standard. Diese lassen Märkte für das Primärprodukt, aber auch Sekundärprodukte (PC-Drucker) erst entstehen. Dies erinnert an die oben referierte Metro-Rechtsprechung des EuGH. Hier wie dort stellt sich die Frage, ob solche Vereinbarungen überhaupt gegen den Tatbestand des § 1 GWB verstoßen oder ob es sich um Kartelle handelt, die nach § 2 GWB automatisch freigestellt sind (dazu bereits S. 57). Begrifflich und im Hinblick auf den Normzweck des § 1 GWB kann eine Beschränkung allerdings keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, wenn ohne sie Wettbewerb gar nicht stattfinden würde. Der entscheidende Unterschied dürfte darin liegen, dass § 1 GWB bei einer Beschränkung nicht vorliegt, die Funktionsvoraussetzung für einen Markt überhaupt ist; § 2 GWB umfasst daher eher diejenigen Fälle, in denen die Restriktion die Verteilungsfragen auf dem Markt *verbessert*, nicht aber grundsätzlich ermöglicht. Der **Bundesgerichtshof** (vgl. etwa BGHZ 149, 391-Jugend- und Frauennachtfahrten) hat den sog. **Markterschließungs- und Arbeitsgemeinschaftsgedanken** im einschlägigen Zusammenhang angewendet und den Anwendungsbereich des § 1 GWB teleologisch reduziert.

Der **Arbeitsgemeinschaftsgedanke** erinnert an den Markterschließungsgedanken: Kann ein Wettbewerber nicht selbstständig ein Angebot abgeben, weil ihm die wirtschaftliche

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Leistungsfähigkeit fehlt, entspricht es gerade § 1 GWB, wenn er sich mit einem anderen, in derselben Lage befindlichen Wettbewerber koordiniert und beide gemeinsam ein Angebot unterbreiten. Denn dadurch verbessert sich die wettbewerbliche Struktur des Marktes; Wettbewerb wird durch diese Art der Konzertierung nicht beschränkt, sondern überhaupt erst ermöglicht.

***Hinweis:** Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen dem Markterschließungs- und dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken einerseits und § 2 GWB andererseits schwierig sein. Dann empfiehlt es sich die Frage, ob § 1 GWB aufgrund der Markterschließungs- oder Arbeitsgemeinschaftsgedankens teleologisch reduziert werden muss, dahinstehen zu lassen und stattdessen § 2 GWB zu subsumieren.*

(3) Fehlen eines schutzwürdigen Wettbewerbs

Der Wettbewerb im illegalen Waffenhandel ist in § 1 GWB kaum geschützt. Eine Konzertierung von Händlern in diesem Bereich stellt also keine Wettbewerbsbeschränkung dar!

Weniger drastisch kommt dieser Rechtsgedanke in **§ 24 GWB** zum Ausdruck. Danach können Konkurrenten rechtlich verbotene Formen des Wettbewerbs (insbesondere den unlauteren Wettbewerb) in sog. **Wettbewerbsregeln** ausschließen.

(4) Sonstige Bereichsausnahmen?

Über die vorgestellten Ausnahmen hinaus kennt auch das deutsche Kartellrecht **keine Rule of Reason** (vgl. S. 57) in dem Sinne, dass § 1 GWB in bestimmten Regelungsbereichen (Umweltschutz usw.) ausgenommen wäre. Denn auch diese Norm folgt dem Ordnungsgedanken: Danach bildet gerade das Wettbewerbsrecht den Rahmen, innerhalb dessen sich alle ökonomischen Verteilungsentscheidungen vollziehen müssen. Einschlägige Zielsetzungen müssen also im Rahmen des Wettbewerbsprozesses verwirklicht werden; dieser ist nicht etwa auszusetzen, um diese Zielsetzungen zu ermöglichen.

c. Bezwecken oder Bewirken

Die Wettbewerbsbeschränkung muss durch die verbotene Verhaltensweise bezweckt oder bewirkt werden. Bei beiden Tatbestandsmerkmalen handelt es sich um **Zurechnungskriterien**. Den Beteiligten der verbotenen Verhaltensweise (Vereinbarung, Beschluss, abgestimmte Verhaltensweise) ist die Wettbewerbsbeschränkung nur unter einer dieser beiden Voraussetzungen objektiv zurechenbar.

Das systematische Verhältnis von „Bezwecken“ und „Bewirken“ hat der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2013 (WuW 2013, 655 = WuW/E EU-R 2696 = Rs. C-32/11 - Allianz Hungária

Biztosító, Rn. 33 ff.; grundlegend zuvor: Entscheidung vom EuGH, Urt. v. 4. 6. 2009 – C-8/08-**T-Mobile Nederlands BV** Rn. 27 ff.; die folgenden Rn. beziehen sich allerdings auf das neuere Urteil in Sachen Allianz Hungária Biztosító) so herausgearbeitet:

- (1) Ein Bezwecken liegt vor, wenn eine Kooperationsform „ihrer Natur nach“, objektiv nicht mit den Zielsetzungen des Kartellrechts vereinbar ist (Rn. 35).
- (2) Liegt ein Bezwecken vor, brauchen die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Markt (das Bewirken) nicht mehr geprüft zu werden (Rn. 34).
- (3) Das Bezwecken ergibt sich aus dem **Inhalt der Kooperation**, ihrem (objektiven) Ziel (Rn. 38) und dem wirtschaftlichen Wirkungskontext (Rn. 36). Subjektive Absichten der Parteien können ergänzend bei der Beweiswürdigung hinzugezogen werden (Rn. 37).
- (4) Ein **Bewirken** liegt hingegen vor, wenn eine Auswirkung der Konzertierung auf den Wettbewerb konkret nachgewiesen werden kann (Rn. 34). Es handelt sich um einen **Hilfstatbestand** gegenüber dem Bezwecken (Rn. 34)

Wichtig ist dabei folgender Zusammenhang: Liegt der Gegenstand der Konzertierung in einem **Hardcore-Kartell**, liegt regelmäßig ein Bezwecken vor. Es handelt sich um die drei typischen Konstellationen des **Hardcore-Kartells**.

Eine Legaldefinition des Hardcore-Kartells bringt jetzt § 33a Abs. 2 GWB. Diese gilt jedoch allein für die Vermutung der haftungsbegründenden Kausalität beim Kartellschadensersatz. Den Begriff des Hardcorekartells schöpft sie nicht ganz aus. Maßgeblich erscheint hier nach wie vor das Staff Working Document vom 25.6.2014 (**SWD (2014) 198**, Internet) und dort S. 5 ff.

1. **Preiskartelle**,
2. **Beschränkungen der Produktionsmenge** (Angebotsbeschränkungen) und
3. **Marktaufteilungen**.

Das SWD zählt weitere Arten der Wettbewerbsbeschränkung dazu, die eigentliche Unterfälle der vorgenannten darstellen bzw. bei denen der Kartellverstoß nicht so eindeutig indiziert ist:

(1) **Submissionskartelle** (Bieterkartelle im Vergaberecht oder bei sonstigen Ausschreibungen): Hier handelt es sich um einen Fall der Marktaufteilung, weil die Beteiligten den relevanten Markt (zeitlich gesehen: die Ausschreibung) unter sich aufteilen.

(2) **Vereinbarungen über einen kollektiven Boykott eines Wettbewerbers**. Boykottmaßnahmen fallen auch in den Bereich des Verdrängungsmissbrauchs nach Art. 102 AEUV und § 21 Abs. 1 GWB (S. 216). Gemeint ist hier das Kartell der Verrufer, die den Boykott organisieren (vgl. den Benrather-Tankstellenfall S. 7). Da der Boykott nach der Rechtsprechung des BVerfG als geistiger Meinungskampf mit geistigen Mitteln geführt werden darf, kommt es darauf an, ob ökonomische

Ziele verfolgt werden (dann tendenziell unzulässig) bzw. ökonomische Kampfmittel eingesetzt werden (ebenfalls unzulässig, da die Auseinandersetzung mit geistigen Mitteln geführt werden muss).

(3) **Marktinformationsverfahren** vor allem über Preise. Beachte hier aber die differenzierte Behandlung im Beispielfall Asnef/Equifax S. 70. Dazu jetzt die Entscheidung **EuGH**, Urteil v. 26.9.2018 – C-98/17 P – **Smartcard-Chips (Philips)**.

(4) **Einschränkungen von Forschung und Entwicklung**, ein Sonderfall der Angebotsverknappung-

EuGH CB

Die Entscheidung des **EuGH**, Urt. v. 11.9.2014 – Rs C-67/13P – **CB** führt erstmals zu einer **Annäherung zwischen der Lehre von den Nebenabreden (Metro-Rechtsprechung) zu dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks**.

In dem Fall hatten Banken ein Joint Venture gegründet, damit die eigenen Kunden die Kreditkarten, die die Banken an die Kunden ausgegeben hatten, möglichst umfassend nutzen konnten. Das Kartengeschäft besteht aber aus der wenig lukrativen Werbung (Akquisition) von Händlern, die die Karte als Zahlungsmittel akzeptieren sollen und dem einträglichen Kundengeschäft, bei dem die Banken anlässlich der Abrechnung der Kundenumsätze ein Disagio (Abschlag von dem an den Verkäufer zu entrichtenden Kaufpreis) verdienen. Um die Solidarität im CB-System nicht zu gefährden, mussten diejenigen Banken Ausgleichszahlungen an das Joint Venture leisten, die mehr Kreditkarten an ihre Kunden ausgaben (und deshalb über diese abrechneten) als sie Händler akquirierten. Die Kommission und das EuG sahen in der einheitlichen Festsetzung dieser Beträge ein Preiskartell. Der EuGH hingegen ging davon aus, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht bezweckt sei. Dabei wiederholt er zunächst die o.g. Definition. Ein Bezwecken liege vor, wenn die WB „schon ihrer Natur nach schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs“ sei (Rn. 78). Ferner fügt er hinzu, dass es im CB-Fall an dem für ein Bezwecken für die erforderliche **hinreichende Beeinträchtigung** (Rn. 57) fehle. Zwar würden hier Entgelte unter Wettbewerbern festgesetzt. Aber die Beschränkungswirkung stünden nicht im Vordergrund, sondern es werde versucht das Verhältnis zwischen Acquiring- und Issuing-Tätigkeit (Anwerbung von Händlern als Vertragspartner und Kundengeschäft) im CB-System in ein angemessenes Verhältnis zu setzen und weiterzuentwickeln (Rn. 86). Insgesamt reiche dies nicht aus, um von der Bezweckung einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen (Rn. 88).

Die zugrunde liegende Fragestellung wiederholt sich in:

EuGH Budapest Bank

(EuGH, 2.4.2020 - C 228/18 - Budapest Bank) Die dem Visa- und Mastercard-System angeschlossenen ungarischen Banken hatten untereinander die Höhe der sog. Multilateral Exchange Fee (**MIF**) vereinheitlicht. Dabei geht es um Folgendes: Hat ein Kunde bei einem dem Kartensystem angeschlossenen Händler mit der Visa-Karte eine Rechnung von 100 € gezahlt, rechnet der Händler mit der Bank ab, über die er in das Visa- und Mastercard-System aufgenommen wurde (**Händlerbank** = Acquiring Bank). Die Händlerbank zahlt an den Händler jedoch nicht die Nominalsumme der geltend gemachten Forderung aus, sondern behält einen Teilbetrag (**Disagio**) ein. Darin liegt ihr Gewinn. Im frei erfundenen Beispiel würde die Händlerbank also an den Händler nicht 100 €, sondern 95 € auszahlen.

Nach diesem Vorgang verlangt die Händlerbank im Wege des **Clearing** Erstattung der 100 € von der Bank, die dem Kunden die Kreditkarte ausgegeben hat (**Kundenbank** = Issuing Bank). Denn diese Bank soll in einem weiteren Schritt das Konto des Kunden iHv. 100 € belasten. Die Kundenbank zahlt jedoch an die Händlerbank nicht die Nominalsumme (100 €) aus, sondern behält die **MIF** ein. Liegt die MIF bei 1 % des Transaktionswertes (frei erfundenes Beispiel), wird die Kundenbank der Händlerbank also nur 99 € auszahlen. Dadurch schrumpft der Gewinn der Händlerbank von 5 auf 4 €; die Kundenbank erzielt einen Gewinn von 1 €. Über die MIF teilen sich also Händler- und Kundenbank den Gewinn aus der Kreditkartentransaktion im Verhältnis 1:4 auf. Die Höhe der MIF birgt jedoch Stoff für Konflikte, da über sie – wie im CB-Fall – der Konflikt zwischen Kunden- und Händlerbanken ausgetragen wird. Entsprechend führt die Vereinheitlichung der MIF zu **wettbewerblichen Vor- und Nachteilen** (dazu *Oechsler* WM 2016, 537):

Die **wettbewerblichen Vorteile** liegen darin, dass über die MIF ein Gerechtigkeitsausgleich zwischen Kunden- und Händlerbanken (= Issuing- und Acquiring-Banken) geschaffen werden kann, der das Kreditkartensystem stabilisiert. Hier greifen dieselben Überlegungen wie im CB-Fall. Ein weiterer Punkt tritt hinzu: Die MIF kann nicht bei jedem Clearingvorgang individuell zwischen Händler- und Kundenbank ausgehandelt werden. Da in einem Jahr Milliarden von Zahlungsvorgängen abgewickelt werden, muss das Verrechnungsverfahren zwischen den Banken weitgehend formalisiert und standardisiert ablaufen.

Die **wettbewerblichen Nachteile** wiegen jedoch schwer: Denn durch die Festsetzung der MIF-Gebühr wird ein wesentlicher Kostenfaktor für die Händlerbank gegenüber den Händlern eingefroren: Wenn die Händlerbank mit einem in das System aufzunehmenden Händler über die Höhe des Disagios verhandelt, muss sie stets einkalkulieren, das von ihrem Gewinn aus dem Disagio die MIF abgehen wird. Ist die MIF jedoch bei allen Visa- und Mastercard-Banken gleich hoch, wird ein wesentlicher Kostenfaktor in der Kalkulation der Händlerbanken gleichgeschaltet. Es droht die Gefahr einer erheblichen Schwächung des **Intrabrandwettbewerbs** im Visa-/Mastercard-System um die effizientesten Angebote für die Händler, insbesondere in Bezug auf das Disagio.

Auf diese **Ambivalenz der wettbewerblichen Wirkungen** stellt der **EuGH** für die Frage ab, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Von einer **bezweckten Wettbewerbsbeschränkung** geht das Gericht nur bei kollusiven Praktiken aus, bei denen ein Nachweis der Auswirkungen der Vereinbarung auf dem Markt entbehrlich ist (Rn. 36). Dies ist dann der Fall, wenn eine Vereinbarung eine **hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs** erkennen lässt (Rn. 37). Als Beispiel dafür nennt der EuGH die Festsetzung eines festen Preises zwischen Wettbewerbern (Rn. 36).

Im Ergebnis **verneint der EuGH eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** wegen der erwähnten Ambivalenz der wettbewerblichen Auswirkungen (Rn. 69). Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass es bei der einheitlichen Festsetzung der MIF wie im CB-Fall vor allem um eine Stabilisierung des Kreditkartensystems gehe (Rn. 71). Sei dies der Fall, ziele die MIF aber auf das Gleichgewicht zwischen Kunden- und Händlerbanken im Kreditkartengeschäft und nicht auf die Festsetzung eines Mindestpreises für Dienstleistungen (Rn. 73). Angesichts dieser Unsicherheiten liege gerade keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor (Rn. 79). Vielmehr müsse konkret festgestellt werden, ob von der MIF ein Erhöhungsdruck auf die Entgelte der Händlerbanken gegenüber den Händlern ausgehe. Nur dann komme eine (bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung in Betracht (Rn. 82).

Das **vorliegende ungarische Gericht** wird deshalb Beweis darüber erheben müssen, ob zwischen den Händlerbanken ein Preiswettbewerb um die Gewinnung neuer Unternehmen für das Kreditkartensystem stattfindet oder ob die Händlerbanken den Händlern stets den gleichen Disagiosatz anbieten. Wäre letzteres der Fall, dürfte die MIF eine Beeinträchtigung bzw. einen Stillstand des produktinternen Wettbewerbs (mit)bewirken. Dann läge u.U. eine **bewirkte Wettbewerbsbeschränkung**.

Über diese Spezialproblematik des Kreditkartengeschäfts hinaus fällt auf, dass der EuGH in beiden Entscheidungen ein Problem löst, das zugleich auch **Gegenstand seiner Metro-Rechtsprechung** (S. 53) ist. Beides Mal geht es um die Frage, ob eine Freiheitseinschränkung gerade förderlich für den Wettbewerb sein kann. Lässt sich dies bejahen, liegt in Sachen „CB“ und „Budapest Bank“ keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Denkbar wäre es jedoch auch, die vorgelagerte Frage nach der Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen: Denn eine Freiheitsbeschränkung, die für die Funktionsfähigkeit eines Marktes unerlässlich ist, kann keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Das systematische Problem erkennt der EuGH in Sachen „**Budapest Bank**“ und bemerkt knapp:

„Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass gegebenenfalls die Erwägungen, die der Einstufung eines Verhaltens als ‚bezweckte‘ Wettbewerbsbeschränkung zugrunde liegen, auch im Rahmen der Prüfung der Frage, ob diese Einschränkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann, oder bei der Prüfung der Sanktion, die im Zusammenhang mit dieser Einschränkung zu verhängen ist, eine Rolle spielen, keine Auswirkungen auf die Möglichkeit der zuständigen Wettbewerbsbehörde hat, eine Verhaltensweise eines Unternehmens als Einschränkung des Wettbewerbs nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sowohl wegen ihres Zwecks als auch wegen ihrer Auswirkungen einzustufen.“

Die Lehre von den Nebenabreden wird zwar nicht erwähnt. Doch lässt sich der Passage der Gedanke entnehmen, dass der zugrunde liegende Rechtsgedanke an verschiedenen Stellen im Tatbestand des Art. 101 AEUV Bedeutung entfalten kann. Der EuGH hat in einigen, 2016 ergangenen Entscheidungen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung unter Voraussetzungen verneint, die nach der Lehre von den Nebenabreden einer Wettbewerbsbeschränkung entgegengestanden hätten (Überblick *Fiebig* WuW 2016, 270). Daraus entstand jedoch keine neue, allgemeine Rechtsprechungslinie, die an die Stelle der Lehre von den Nebenabreden getreten wäre. Man sollte diese Fälle daher eher als Besonderheiten erinnern; vor allem im Zahlungsverkehr (Kreditkartengeschäft) sieht der EuGH wohl den Schwerpunkt im Fehlen einer Bezweckung der Wettbewerbsbeschränkung.

An weiteren Urteilen wären zu erwähnen:

EuGH Maxima Latvija

(EuGH, Urt. v. 26.11.2015 – C-345/14 – **Maxima Latvija**): Bei Maxima Latvija (M) handelt es sich um eine baltische Supermarktkette, die sich häufig in großen Einkaufszentren einmietet und dort den wichtigsten Mieter darstellt. Die lettische Kartellbehörde fand heraus, dass M sich in den Mietverträgen mit den Vermietern (= Betreibern der Einkaufszentren) einen Einwilligungsvorbehalt für die Vermietung der zum Einkaufszentrum gehörenden Parkplätze an Dritte vorbehalten hatte. Dadurch wurde unausgesprochen die Möglichkeit begründet, einen Konkurrenten an der Anmietung von Parkplätzen zu hindern. Der EuGH verneinte jedoch eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, ohne dies genau zu begründen (Rn. 16 ff.)

Der Fall erscheint deswegen bedeutsam, weil der Vermieter nach deutschem Recht dem gewerblichen Mieter **Konkurrenzschutz** schuldet (*Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

820 ff.; konkret im vorliegenden Fall *Fiebig* WuW 2016, 270, 274 f.). Bei der Geschäftsraummiete zählt es daher zu den Nebenpflichten des Vermieters aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), Einheiten derselben Immobilie nicht an direkte Konkurrenten des Mieters zu vermieten. Die Gründe für diesen Wettbewerbsschutz entsprechen denjenigen die für das Wettbewerbsverbot beim Unternehmensverkauf greifen (vgl. den Fall in Sachen **Remia** S. 57). Geht man davon aus, setzt der EuGH auch hier über das Tatbestandsmerkmal der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung den Rechtsgedanken um, dass eine Freiheitsbeschränkung kein verbotenes Kartell zum Gegenstand hat, wenn sie unerlässlich dafür ist, den Wettbewerb auf einem Markt erst zu ermöglichen. Da der Einwilligungsvorbehalt in den Mietverträgen den Konkurrenzschutz umsetzt und dieser wiederum für die Funktionsfähigkeit des Marktes für Geschäftsraummiets unerlässlich ist, fällt er nicht unter den Verbotstatbestand.

EuG Lundbeck - 2

EuG, Urt. v. 8.9.2016 – T-472/13 – **Lundbeck** (die Entscheidung wurde bereits oben im Rahmen der Lehre vom potenziellen Wettbewerb erörtert: S. 48): Lundbeck stellt als dänisches Pharmaunternehmen Antidepressiva her, darunter das Präparat Citalopram, für das es ein Patent besitzt. Das deutsche Pharmaunternehmen Merck (M) hatte Pläne ein ähnliches Präparat als sog. Generikum herzustellen. Deshalb schlossen L und M einen Vertrag, in dem beide zunächst feststellten, dass ihnen unklar sei, ob M mit seinem Generikum nicht das Patent von L verletze. L versprach der M die Zahlung von ca. 3 Mio. englische Pfund dafür, dass M seine Präparate an L liefern würde. L wollte diese dann auf dem Markt veräußern.

Geht man von potentielltem Wettbewerb zwischen L und M aus, so kann in der Ausgleichszahlung von L an M (sog. **reverse payment**) eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegen. Dabei erscheinen allerdings **zwei Betrachtungsweisen** möglich (Rn. 352): Die Vereinbarung zwischen L und M könnte **erstens** ein Vergleich über einen Rechtsstreit darstellen, der durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wurde. Diese Gestaltungsmöglichkeit muss den Beteiligten in der Praxis stets offenstehen (vgl. für das deutsche Recht § 779 BGB). **Zweitens** könnten die Beteiligten aber auch eine Marktaufteilung in der formalen Einkleidung eines Prozessvergleichs vereinbart haben, in deren Folge der Markt für Antidepressiva der Citalopram-Klasse allein L zustehen und M als eigenständiger Anbieter von diesem fernbleiben sollte. Die **Unterscheidung** hängt nach Auffassung des EuG davon ab, inwiefern beide Vertragsparteien von der Wirksamkeit des Patents von L ausgingen. Dabei spielt die Höhe der Ausgleichszahlung eine Rolle (Rn. 352), wobei das Gericht unterstellt, dass die Höhe der hier erfolgten Zahlungen (gemessen an den üblichen Branchenumsätzen) zu niedrig waren, um M zu einem dauerhaften Fernbleiben vom Markt zu motivieren (Rn. 345). Entscheidend kommt es deshalb darauf an, ob das Patent von L wirklich so stark war, dass beide Beteiligte den Vergleich schließen mussten: Wer nämlich ein starkes Patent hat, kann vermeintlich nach § 139 PatG gegen den Verletzer vorgehen und braucht keine Kompromisse einzugehen. Insgesamt geht der EuGH daher trotz der niedrigen Höhe der Ausgleichszahlung von einer Marktaufteilung aus, die ihrerseits eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt (Rn. 418 ff.). Allerdings bestehen hier die oben genannten Sacheinwände (S. 48).

V. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV muss die Wettbewerbsbeschränkung geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ist dies der Fall, genießt Art. 101 Abs. 1 AEUV gegenüber § 1 GWB Vorrang, wobei sich die Einzelheiten aus Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 ergeben: Beide Normen finden nebeneinander Anwendung, doch dürfen die Rechtsfolgen des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht durch § 1 GWB unterlaufen werden. Fehlt es am Zwischenstaatlichkeitsbezug, ist Art. 101 Abs. 1 AEUV hingegen nicht anwendbar, und es handelt sich um einen Fall nach § 1 GWB.

Das Tatbestandsmerkmal hat in Art. 101 Abs. 1 AEUV allerdings eine **doppelte Bedeutung**:

Erstens handelt es sich – wie gerade ausgeführt – um eine **Kollisionsnorm**, die den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts vom nationalen Recht abgrenzt.

Zweitens handelt es sich um eine **inhaltliche Voraussetzung des Kartellverstoßes**: Dieser muss gerade die Integrationswirkung des gemeinsamen Marktes beeinträchtigen. Nur dann überschreitet er die für das Europäische Kartellrecht entscheidende Erheblichkeitsschwelle.

b) Die praktische Bedeutung des Merkmals ist heute gering, da der EuGH (Slg. 1966, 282, 303-**Maschinenbau Ulm**) ein sehr weitgehendes **Begriffsverständnis** zugrunde legt: Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung muss der Warenverkehr **mittelbar** oder unmittelbar, tatsächlich oder **potenziell** in einer Weise beeinträchtigt sein, die mit den Zielen eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes unvereinbar ist.

Für eine Klausur gelten dabei folgende Überlegungen (vgl. auch die **Leitlinien der Kommission** unter ABl. 2004, Nr. C 101/81):

1. In einer Reihe von Fallgestaltungen liegen die Voraussetzungen des Merkmals **offensichtlich** vor (Beteiligung von Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten, der Warenaustausch verläuft über die Grenzen hinweg). Keine zu breite Erörterung!
2. **Kartelle der größten nationalen Wettbewerber** haben nach der Rechtsprechung des EuGH immer auch eine Tendenz zur Marktabschottung und berühren daher regelmäßig den zwischenstaatlichen Handel (EuGH Slg. 1972, 977 – Cementhandelaren). Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten gerade nicht an diesen teilnehmen und daher in Nachteil zu den inländischen Anbietern geraten, weil ihnen die Unsicherheiten einseitigen wettbewerblichen Verhaltens nicht abgenommen werden.

3. Vertragssysteme (z.B. ein Franchisesystem) müssen als Gesamtheit betrachtet werden (**Bündeltheorie**), wenn die Voraussetzungen von EuGH Slg. 1991, I-935 ff.-**Delimitis/Henninger Bräu** vorliegen:

- a) Es muss insgesamt um einen Interaktionsbereich mit **Zugangerschwernissen für Newcomer** gehen.
- b) Der einzelne Vertrag muss in nicht unerheblicher Weise zu diesem Effekt beitragen.
Erstreckt sich das Bündel der Verträge dann über mehrere Mitgliedstaaten, schadet es nicht, wenn der einzelne Vertrag nur innerhalb eines Mitgliedstaates erfüllt wird.

4. Nach der Rechtsprechung muss die Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels als solche **spürbar** sein. Diese Art der Spürbarkeit des Zwischenstaatlichkeitseffekts ist von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung im Allgemeinen (dazu noch unten) abzugrenzen. Die Kommission hat in ihren Leitlinien (vgl. oben) die sog. **NAAT-Regel** entwickelt (non appreciable affection of trade; beachte jedoch, dass der EuGH an diese Leitlinien nicht gebunden ist!):

Danach spricht eine **Negativvermutung** (gegen die Spürbarkeit), wenn die Beteiligten nicht mehr als 5 % Marktanteil halten und nicht mehr als € 40 Millionen an Umsatz erzielen.

Eine **Positivvermutung** besteht, wenn der Umsatz der betroffenen Waren die Schwelle von € 40 Millionen überschreitet. Die Überschreitung der Marktanteilsschwelle von 5 % soll dagegen nur „häufig“ für die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung sprechen.

Dem EuGH (Slg. 1983, I-1825, Tz. 82-86-Pioneer) genügten aber im Einzelfall auch 3,38 % zur Bejahung der Spürbarkeit.

Damit verbindet sich folgende **praktische Überlegung**: Die Frage der Spürbarkeit unterfällt der richterlichen Tatsachen- und Beweiswürdigung. Gehen Sie deshalb regelmäßig nur kurz auf sie ein! Sollte der Sachverhalt einer praktischen Aufgabenstellung Strukturdaten i. S. d. der Negativ- oder Positivvermutung beinhalten, wenden Sie diese unter dem Vorbehalt der fehlenden Bindung des EuGH an. In anderen Fällen unterstellen Sie die Spürbarkeit für die weitere Prüfung in einem Satz!

VI. Spürbarkeit

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Wettbewerbsbeschränkung ernsthafte Auswirkungen auf die Freiheit des Wettbewerbs haben. Dahinter verbirgt sich ein allgemeines kartellrechtliches Prinzip. Das Kartellrecht dient dem Schutz der Marktordnung. Dort, wo diese wegen der Geringfügigkeit der Störung überhaupt nicht berührt ist, ist auch das Kartellrecht seinem Schutzzweck nach nicht anwendbar. Umgekehrt formuliert sollen Bagatellfälle nicht von Art. 101 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Abs. 1 AEUV erfasst werden. Diese Regel entspricht dem aus dem römischen Recht bekannten **De-minimis-Prinzip** (de minimis non curat procurator = um Kleinigkeiten kümmert sich der Prokurator nicht).

Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt als Faustregel für Wettbewerbsbeschränkungen, dass Spürbarkeit ab einem Marktanteil von 5 % im Zweifel besteht und unterhalb eines Marktanteils von 1 % im Zweifel nicht.

Die Kommission hat jedoch eine viel großzügigere sog. **De-minimis-Bekanntmachung** veröffentlicht (Neufassung vom 25.6.2014, ABIEU 2014, Nr. C 291/01), die die Schwellen wegen eigener Arbeitsüberlastung deutlich heraufsetzt:

- Bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern soll eine Marktanteilsschwelle von 10 % gelten.
- Bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern eine Schwelle von 15 %.

Wichtig aber erscheint, dass nach der De-Minimis-Bekanntmachung 2014 **eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung stets als spürbar** angesehen wird (Nr. 13 der Bekanntmachung). Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist wiederum bei einem Hardcore-Kartell anzunehmen (vgl. zu diesem Begriff: S. 63).

Auch dem **§ 1 GWB** liegt die Spürbarkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zugrunde. Hier existieren aber weniger klare, durch die Rechtsprechung konkretisierte Grenzen. Als Faustregel gilt: Betrifft eine Wettbewerbsbeschränkung weniger als 5 % des Gesamtmarktes ist § 1 GWB tendenziell nicht anwendbar.

Hinweis für die Klausur: Beachten Sie, dass der EuGH nicht an die Schwellen der Kommission gebunden ist, sondern dass die Kommission sich durch ihre Mitteilungen nur selbst im Hinblick auf ihre Entscheidungspraxis bindet. Setzen Sie deshalb keinen falschen Schwerpunkt in diesem Bereich! Denn so gering der Marktanteil eines Kartells im Einzelfall auch immer ausfallen mag: Die Gerichte werden den Fall immer am Kartellverbot messen, wenn der Angriff auf den Wettbewerb in einer qualitativ besonders intensiven Weise erfolgt.

VII. Beispielfall

Klausurbeispiel Asnef-Equifax

(EuGH 23.11.2006 – C 238/05, Slg. 2006, I-11125 -Asnef-Equifax, leicht abgewandelt): Die spanischen Banken richteten ein gemeinsames Register ein, in das die Identität und die wirtschaftliche Tätigkeit von Darlehensnehmern sowie Zahlungseinstellungen, Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz von Darlehensnehmern eingetragen werden. Weiter werden auch die Kreditkonditionen sowie die Namen der Banken eingetragen, die jeweils als Darlehensgeber tätig sind. Die Kommission hat das

Register daraufhin untersagt. Dagegen wendet sich der Dachverband der spanischen Banken im Klageweg. Mit Aussicht auf Erfolg?

Eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

a) Statthaft ist hier die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV, da die Rechtmäßigkeit des Handelns der EU-Kommission in Frage steht. Diese könnte ihre Kompetenz nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 1/2003 rechtswidrig ausgeübt haben.

b) Nach Art. 51 des Protokolls der Gerichtshofsatzung ist das EuG zuständig.

c) Fraglich ist allerdings, ob der Dachverband i. S. d. Art. 263 Absatz 4 AEUV **klagebefugt** ist. Dies setzt eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit voraus. Hinsichtlich der unmittelbaren Betroffenheit kommt es darauf an, dass kein weiterer hoheitlicher Umsetzungsakt erforderlich ist, um den Kläger in seinen Rechten zu berühren. Dies ist hier der Fall.

Problematisch ist jedoch, ob eine **individuelle Betroffenheit** vorliegt. Nach der sog. **Plaumann-Formel** des EuGH „kann, wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“ (EuGH Slg. 1963, 213, 239-Plaumann). Dies ist bei einem am Kartellverfahren Beteiligten regelmäßig der Fall. Bei einem Unternehmensverband kommt es darauf an, dass dieser entweder ein eigenes Klageinteresse hat, weil seine Verhandlungsführerschaft betroffen ist, oder dass dieser anstelle der klageberechtigten Mitglieder klagt. Das letzte ist hier der Fall. Die einzelnen Banken sind von der Untersagung durch die Kommission unmittelbar betroffen. Sie könnten daher selbst klagen. Die Klage ihres Dachverbandes erscheint deshalb aus prozessökonomischen Gründen erstrebenswert. Eine Klagebefugnis liegt vor.

d) Die Klagefrist nach Art. 263 Abs. 6 AEUV ist gewahrt.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Kommission bei ihrer Entscheidung nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 Art. 101 AEUV in rechtswidriger Weise angewendet hat.

Dies hängt von der Frage ab, ob ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt.

1) Vereinbarung von Unternehmen

In Betracht kommt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen. Die Banken sind zunächst Unternehmen. Fraglich ist, ob die Errichtung eines gemeinsamen Auskunftsregisters eine Vereinbarung i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt. Da hier ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird, kommt auch ein Zusammenschluss nach Art. 3 Abs. 4 FKVO in Betracht. Gegen die Möglichkeit eines Zusammenschlusses spricht allerdings, dass es im SV an Angaben für ein Vollfunktionsunternehmen fehlt. Im Regelfall ist nicht davon auszugehen, dass das Register kostendeckend arbeitet und sich selbstständig aus seiner Tätigkeit finanziert. Vielmehr dürfte es eine bloße Hilfsleistung erbringen, für die es von den Banken finanziell ausgestattet wird. Deshalb liegt lediglich eine Vereinbarung zwischen Unternehmen und kein Zusammenschluss vor.

2) Wettbewerbsbeschränkung

Fraglich ist, ob die Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt. Bei einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um die Konzertierung eines zuvor freien Verhaltensparameters, die den wettbewerblichen Allokationsprozess in einer Weise beeinträchtigt, die nicht mit den Zielen des AEUV, insbesondere mit dem Wettbewerbsprinzip des Art. 32 lit. b AEUV, vereinbar ist.

a) Als sachlich relevante Märkte, auf denen sich eine Wettbewerbsbeschränkung auswirken könnte, kommen hier der Markt für Privatkundenkredite und der Markt für Firmenkundenkredite in Betracht, wobei mangels weiterer Angaben von spanischen Märkten auszugehen ist.

b) Fraglich ist, ob die Banken einen zuvor freien Verhaltensparameter im Wettbewerb beschränken. Die Errichtung des gemeinsamen Registers führt hier nicht zu einer unmittelbaren Wettbewerbsbeschränkung. Jedoch könnte eine Lähmung des Wettbewerbs durch den Ausschluss des **Geheimwettbewerbs** eintreten (EuGH Rn. 47). Das Selbstständigkeitspostulat gebietet es nämlich, dass jeder Wettbewerber die ihm eingeräumten unternehmerischen Freiheiten autonom ausübt. Davon ist nicht auszugehen, wenn ihm die Verhaltensweisen der anderen Konkurrenten jederzeit bekannt sind (vgl. EuGH Rn. 51 f.). Denn diese Art der Information erleichtert ein

Parallelverhalten und kann darüber hinaus zur Grundlage für eine gegenseitige Fühlungnahme werden, die zu einer abgestimmten Verhaltensweise führt.

c) Fraglich ist dennoch, ob die Vereinbarung vorliegend nicht gerade die Wettbewerbsstrukturen auf den beiden betroffenen Märkten stärkt, indem sie Informationsineffizienzen im Kreditgeschäft beseitigt. Nach der Lehre von den Nebenabreden (Metro-Rechtsprechung) kann eine Freiheitsbeschränkung, die für das Entstehen bzw. die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsprozesses unerlässlich ist, keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Dafür spricht eine wohlfahrtsökonomische Betrachtungsweise, nach der Freiheitsschutz kein Selbstzweck ist, sondern Wettbewerbsprozesse im Sinne einer optimalen Allokation der stets knappen Güter einer Volkswirtschaft ermöglichen soll. Beruhen diese ausnahmsweise aber auf einer Freiheitsbeschränkung kann diese – ausgehend vom zugrunde liegenden Ordnungszweck – nicht verboten sein.

Art. 101 Abs. 1 AEUV schützt in erster Linie die Effizienz der Preisbildung auf dem Markt. Diese wiederum hängt davon ab, dass in den Preis alle Informationen über das Anbieter- und Nachfrageverhalten wie in einen Index eingehen. Das Kreditgeschäft wäre aber durch eine zentrale Informationsunvollkommenheit gekennzeichnet, wenn Zahlungsausfälle bei Darlehensnehmern nicht deren potenziellen künftigen Darlehensgebern bekannt würden. Denn dann könnte das in der Person des illoyalen Darlehensnehmers liegende hohe Risiko nicht eingepreist werden. Umgekehrt könnte loyalen Darlehensnehmern ihr vertragstreues Verhalten nicht zugutekommen, wenn die Darlehensgeber ihnen gegenüber stets pauschal ein allgemeines Ausfallrisiko berechnen müssten (Risiko der sog. **adverse selection**). Der gemeinsame Informationsaustausch führt daher dazu, dass die Risiken bestimmten Darlehensnehmern sicher zugeordnet werden können und die übrigen Darlehensnehmer nur für die in ihrer Person tatsächlich involvierten Risiken zahlen müssen. So wird eine Ressourcenverschwendung vermieden und zu Lasten der illoyalen Darlehensnehmer ein wichtiger Lenkungseffekt erzeugt.

Allerdings dürfen die Beschränkungswirkungen auch nur soweit reichen, wie sie für das Entstehen des Marktes unerlässlich sind (**Erforderlichkeitsmaßstab**). Vorliegend aber besteht die Gefahr, dass die Beschränkungswirkungen über das Ziel hinausschießen. Dies gilt insbesondere für die **identifizierende Wirkung des Marktinformationsverfahrens**: Denn das gemeinsame Register erlaubt es nicht nur, das Ausfallrisiko gegenüber einem bestimmten Darlehensnehmer zu ermitteln, sondern gibt auch Auskunft über die Person des Darlehensgebers und die mit ihm vereinbarten Konditionen. Die beiden letzten Informationen werden aber für eine effiziente Preisbildung auf dem Markt nicht benötigt. Stattdessen erleichtern sie eine gegenseitige Abstimmung der Darlehensgeber

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

über die Darlehenskonditionen auf dem Markt, weil jede konkurrierende Bank rasch die Konditionen ihrer Konkurrenten einsehen kann.

d) Wegen dieser überschießenden identifizierenden Wirkung des Marktinformationsverfahrens liegt insgesamt eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Da diese eine Preiskartell, also eine Form des Hardcore-Kartells, begünstigt, ist von einem **Bezwecken** der Wettbewerbsbeschränkung auszugehen.

e) Eine Freistellung nach **Art. 101 Abs. 3 AEUV** kommt vor allem mangels Verbraucherbeteiligung nicht in Betracht, weil hier der Restwettbewerb durch ein Hardcore-Kartell ausgeschlossen würde. Auch muss angesichts der durch das Kartell zu erwartenden Preiserhöhung eine Verbraucherbeteiligung verneint werden.

3. Berührung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und Spürbarkeit

Fraglich ist, ob hier der Handel zwischen den Mitgliedstaaten berührt ist. Dazu müsste der Warenverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potenziell in einer Weise beeinträchtigt sein, die mit den Zielen eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes unvereinbar ist. Vorliegend erscheint problematisch, dass sich der Fall allein auf spanischem Boden abspielt. Für einen Zwischenstaatlichkeitsbezug spricht vorliegend, dass ein Kartell der größten nationalen Anbieter regelmäßig eine den Zugang auf den nationalen Markt erschwerende Bedeutung hat und damit den zwischenstaatlichen Handel betrifft. Denn es nimmt nur den nationalen Anbietern die Unsicherheiten einseitigen Wettbewerbsverhaltens und zielt schon daher auf eine Benachteiligung ausländischer Anbieter.

Vgl. dazu den EuGH: *„Ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates erstreckt, hat nämlich schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom EG-Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert.“* (RdNr. 37) *„Die Möglichkeit eines Zugangs zum Register sowie die Voraussetzungen dieses Zugangs können daher für die Entscheidung von in anderen MS als Königreich Spanien ansässigen Unternehmen, ob sie in Spanien tätig werden wollen, erhebliche Bedeutung haben.“* RdNr. 42

Die Handelsbeeinträchtigung muss dabei nach ständiger Rechtsprechung **spürbar** sein. Der SV liefert dazu keine konkreten Angaben. Deshalb soll in Anbetracht der Vielzahl der am Kartell beteiligten Unternehmen eine Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung unterstellt werden.

Ähnliches gilt für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

5. Ergebnis

Weil ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt, ist die Klage nicht begründet.

D. AUSNAHMEN VOM KARTELLVERBOT

I. Art. 101 Abs. 3 AEUV

Nach Art. 1 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 beinhaltet Art. 101 Abs. 3 AEUV entgegen seinem Wortlaut eine Freistellung vom Wettbewerbsverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV *kraft Gesetzes* (**Legalausnahme**). Einer Freistellungsentscheidung der Kommission im Einzelfall bedarf es also nicht.

Von der Sache her geht es um die **Erzeugung von Wohlfahrtseffekten** durch Wettbewerbsbeschränkungen. Hier kommen verschiedene Konstellationen in Betracht:

1. In der Kostensituation des Wettbewerbs selbst ist eine volkswirtschaftlich sinnvolle Wertschöpfung nicht zu verwirklichen: z.B. Grundlagenforschung im Bereich der Nanotechnologie für medizinische Zwecke. Hohen Kosten der Forschung stehen hier unsichere Vermarktungschancen gegenüber. Deshalb ist die Bereitschaft eines Konkurrenten zur Investition mglw. gering, weil diese ihm Kostennachteile gegenüber den Wettbewerbern ohne konkrete Ertragsaussicht verursachen würde.
2. Der Wettbewerb wird durch eine Beschränkung intensiviert oder sogar überhaupt erst möglich. Darin liegt ein Rechtsgedanke, der teilweise auch in Art. 101 Abs. 1 AEUV angesiedelt ist. Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke des BGH (S. 61), aber auch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Metro bzw. die **Lehre von den Nebenabreden** (S. 53) gehen davon aus, dass eine Restriktion, die Wettbewerb erst ermöglicht, keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Der EuGH unterscheidet Art. 101 Abs. 3 AEUV deutlich von diesen Lehren (ab S. 56): Die Metro-Rechtsprechung bzw. die Lehre von den Nebenabreden erlauben keinerlei Abwägungen, sondern greifen, wenn eine Konzertierung unerlässlich für den Markterschließungseffekt ist. Es geht hier also um eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung darüber, ob eine Restriktion für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs unerlässlich ist. Art. 101 Abs. 3 AEUV hingegen setzt im Umkehrschluss einen **Abwägungsprozess** zwischen den Vor- und Nachteilen einer Wettbewerbsbeschränkung voraus. Der praktische Unterschied zwischen beiden Normkomplexen liegt bei der Beweislastverteilung nach Art. 2 VO Nr. 1/2003. Dennoch ist die Abgrenzung in der Praxis meist nicht so klar. So wurden beispielsweise die Grundsätze der Pronuptia-Entscheidung (S. 59), die eher der Metro-Rechtsprechung (Lehre von den

Nebenabreden) zuzurechnen ist, in die aufgrund Art. 101 Abs. 3 AEUV ergangene Vertikal-GVO aufgenommen. Folgende Beispiele bewegen sich in einem Zwischenbereich zwischen beiden Regelungskomplexen:

- a) Die **Vereinheitlichung von AGB** unter Konkurrenten bedeutet zunächst eine Verhaltenskonzertierung. Stehen die betroffenen Klauseln jedoch gar nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit der Marktgegenseite, findet um sie also gar kein echter Wettbewerb statt, kann sich durch ihre Vereinheitlichung der Wettbewerb um die zentralen Leistungsmerkmale (Preis, Qualität usw.) sogar verschärfen. In manchen Branchen wie dem Bankengewerbe ist die Vereinheitlichung auch Funktionsbedingung des Leistungsaustausches: So müssen die Banken täglich Zahlungsströme in Milliardenhöhe bewegen und gegeneinander im Wege des Clearings nach Standardbedingungen abgleichen. Es ist dabei schon denklogisch ausgeschlossen, dass bei jeder elektronischen Überweisung oder Ausführung eines Lastschriftauftrags die Bedingungen individuell ausgehandelt werden könnten. Hier kann es – je nach Betrachtungsweise – schon an einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV fehlen (Lehre von den Nebenabreden).
- b) **Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften** stellen jeweils Kartelle dar, die in ihrer besonders gefährlichen Form, dem Syndikat, von einem eigenen Rechtsträger (=Gemeinschaftsunternehmen der Kartellführer) getragen werden. Allerdings ist mit ihnen insoweit ein Wohlfahrtseffekt verbunden, als sie kleinen und mittelständischen Unternehmen beim Einkauf die Erzielung von Mengenrabatten und beim Verkauf die Erzielung von Größenvorteilen ermöglichen, die ihren größeren Konkurrenten in jedem Fall offenstehen. Hier kann das Kartell Defizite der Marktstruktur (Größenabstand zwischen den Anbietern oder Nachfragern) ausgleichen. Vgl. den Fall Gottrup-Klim (S. 58).
- c) **Ausschließlichkeitsbindungen**, die selektive Vertriebsysteme entstehen lassen, stellen ebenfalls Wettbewerbsbeschränkungen dar, die jedoch von erheblichen Wohlfahrtseffekten begleitet sind (S. 87).

Im Überblick zu den Tatbestandsvoraussetzungen:

(1) **Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung**: Gemeint sind die Herstellung und der Vertrieb von Waren. Es geht dabei vor allem um eine Verbesserung auf der betriebswirtschaftlichen Seite, also im Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag. Dieses kann sich verbessern, indem Kosten eingespart werden oder indem sich der Gewinn erhöht.

Alternativ kommt die **Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts** in Betracht. Technik bedeutet die Beherrschung von Naturkräften. Es geht darum, dass Naturkräfte effizienter bei der Problemlösung zum Einsatz kommen. Beispiel: Eine Kooperation im Bereich der Grundlagenforschung zwischen Konkurrenten kann neue Produktionstechnologien hervorbringen, die deutlich leistungsfähigere Produkte (Arzneimittel mit geringeren Nebenwirkungen) zum Ergebnis haben. Die Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts lehnt sich wiederum eng an die Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung an.

(2) **Verbraucherbeteiligung am Gewinn**. Diese stellt ein **zentrales Tatbestandsmerkmal** des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar. Denn jedes Preiskartell führt zunächst für die Beteiligten zu einer „Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung“, weil es die Einnahmeseite der Kartellbeteiligten verbessert. Für einen Wohlfahrtseffekt kommt es jedoch entscheidend darauf an, dass *beide* Marktseiten partizipieren und Vorteile nicht einseitig auf Kosten einer Seite erzielt werden. Deshalb ist das Tatbestandsmerkmal zu eng formuliert. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Verbesserungen, die unter (1) fallen, der **jeweiligen Marktgegenseite** zugutekommen. Ausgehend von diesem Zweck bezeichnet also der Begriff der **Verbraucher** die Beteiligten auf der anderen Marktseite und nicht nur Verbraucher i. S. d. § 13 BGB. **Gewinn** ist nicht im Sinne des § 252 BGB verstanden, sondern im Sinne von Wohlfahrtseffekt. Ein **Wohlfahrtseffekt** bedeutet hier ein von der Rechtsordnung erwünschtes Marktergebnis, das sich auch bei der Marktgegenseite (und über diese auch bei anderen Marktbeteiligten, z.B. den Geschäftspartnern der Marktgegenseite) realisiert (verbesserte Produkte, niedrigeren Preise usw.). Vgl. beispielhaft die Argumentation im DFB-Pokal-Fall (S. 80).

(3) **Unerlässlichkeit** (Nr. 1) Die Wettbewerbsbeschränkung versteht sich als Mittel zum Zweck (=Wohlfahrtseffekt). Sie darf daher nur soweit gehen, wie es die Herbeiführung dieses Zweckes gebietet. Dieses Tatbestandsmerkmal erinnert an das Prinzip der **Erforderlichkeit** bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung => Es darf kein milderes Mittel bestehen.

(4) **Keine Ausschaltung des Restwettbewerbs** (Nr. 2): Wohlfahrtseffekte treten dort nicht durch ein Kartell ein, wo der Wettbewerb bereits zentral geschwächt wird. Deshalb gilt folgender Zusammenhang: Handelt es sich bei einem Kartellbeteiligten um ein marktbeherrschendes Unternehmen iSd. Art. 102 AEUV (§ 18 Abs. 1 GWB) oder formt das Kartell gerade eine kollektive Marktbeherrschung der Beteiligten, kommt eine Freistellung nicht in Betracht. Typischerweise kommt eine automatische Freistellung bei einem Marktanteil eines Kartellbeteiligten von 30 % nicht in Betracht, vgl. aber auch Art. 3 Vertikal-GVO (VO (EU) Nr. 330/2010)

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Als ungeschriebene Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV, die man unter die Vermeidung einer Ausschaltung des Restwettbewerbs subsumieren kann, gilt ferner folgendes Prinzip: Eine Freistellung von **Kernbeschränkungen** kommt nicht in Betracht. Kernbeschränkungen sind typischerweise Gegenstand eines Hardcore-Kartells (S. 63). Als Kernbeschränkungen gelten die in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgezählten Beispielsfälle. Nicht alle sind jedoch eindeutig. Anerkannte Kernbeschränkungen sind das Preiskartell, die Preisbindung (kommt bei vertikalen WB vor) und die Aufteilung von Märkten (z.B. das Verbot an einen Händler, die Ware für Reimporte einzusetzen).

II. Überblick über die Gruppenfreistellungsverordnungen

1. Zwischen Wettbewerbern (Horizontal)

- a. ^[L]_{SEP}Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von **Technologietransfervereinbarungen**, (ABl. EU 2014, L93 S. 17);
- b. Verordnung (EG) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14.12.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf bestimmte Gruppen von **Spezialisierungsvereinbarungen** (ABl. L 335, S. 43);
- c. Verordnung (EG) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14.12.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des AEUV auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über **Forschung und Entwicklung** mit Bedeutung für den EWR (F&E) (ABl. L 335, S. 36);

2. Zwischen den Angehörigen verschiedener Marktstufen (vertikal)

- a) Verordnung (EG) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf **Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen** (ABl. L 102, S. 1);
- b) Verordnung (EG) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27.5.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im **Kraftfahrzeugsektor** (ABl. L 129, S. 52); Rumpfverordnung, die in Art. 3 auf Vertikal-GVO verweist.

III. § 2 GWB

1. Prinzip und allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen

§ 2 Abs. 1 GWB beinhaltet eine Legalausnahme zum Verbot des § 1 GWB. D.h.: Vereinbarungen, die den Voraussetzungen dieser Norm entsprechen, sind trotz eines Verstoßes gegen § 1 GWB erlaubt und wirksam. Die Norm ist Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar nachgebildet. Zugrunde liegt die Überlegung, dass es im Wettbewerb allein um die Erzielung von Wohlfahrtseffekten geht. Wenn diese sich außerhalb des Wettbewerbs ausnahmsweise intensiver einstellen, muss eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip vorgenommen werden.

Dieser Voraussetzungen entsprechen denen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Auf die Darstellung oben wird verwiesen.

2. Absatz 2

Die **Gruppenfreistellungsverordnungen** (GVO) gelten nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GWB auch für das GWB. Dies gilt nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB auch für einen **allein im deutschen Inland** spielenden Fall. Auf diesen passen die GVO eigentlich nicht, weil das Europäische Kartellrecht nur Wettbewerbsbeschränkungen regelt, die den Handel *zwischen den Mitgliedstaaten* betreffen. Durch die Überleitungsnorm des § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB gelten diese Regelungen wie deutsches Recht auch für einen innerdeutschen Fall. Vgl. die Aufzählung der Gruppenfreistellungsverordnungen oben II.

IV. § 3 GWB

§ 3 GWB ist ein Stück Wirtschaftspolitik im GWB: **Wirtschaftspolitik** steht in gewisser Weise im Gegensatz zum Ordnungsgedanken und dem Wettbewerbsprinzip. Denn sie überlässt die Verteilungsentscheidungen nicht dem freien Spiel der Kräfte auf dem Markt, sondern will gewisse Marktergebnisse möglichst selbst durch Lenkung herbeiführen. Dies ist aufgrund des wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers nach dem Grundgesetz zulässig. Vorliegend geht es um eine Stützung mittelständischer Produktions- und Vertriebsstrukturen. Gerade im Einzelhandel haben sich kleine Geschäfte auf dem Markt gegen die großen Einzelhandelskonzerne (Supermärkte) nicht durchsetzen können, da sie nicht in gleicher Weise Mengenrabatte gegenüber ihren Lieferanten erzielen können und daher gegenüber dem Endverbraucher im Hinblick auf ihre Preise nicht wettbewerbsfähig sind. Die Norm soll deshalb Einkaufs- und Verkaufsgemeinschaften der mittelständischen Unternehmen ermöglichen: Durch Zusammenballung von Angebots- und Nachfragemacht sollen diese mit den größeren Konkurrenten gleichziehen können.

Zur Norm: **Beachte:** Eine Beteiligung der Verbraucher am Gewinn ist anders als in § 2 GWB **nicht** vorgesehen. Hier zeigt sich noch einmal der wirtschaftspolitische Charakter der Norm. Es geht nicht um die Erzeugung von Wohlfahrtseffekten auf dem Markt, sondern um die Förderung einer bestimmten Branche durch Gegengewichtsbildung. Ansonsten ist die Norm § 2 GWB nachgebildet. Die Regelung ist deshalb europarechtlich zulässig (beachte Art. 3 VO Nr. 1/2003), weil sie sich von vornherein auf reine Inlandsfälle (kein Handel zwischen den Mitgliedstaaten) beschränkt.

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen.

(1) Erfasst werden nur Vereinbarungen von **kleinen und mittleren Unternehmen** bzw. der Beschluss einer Vereinigung solcher Unternehmen. Nach hM. greift hier ein relatives Begriffsverständnis. Maßgeblich ist der Größenvergleich mit Wettbewerbern (horizontaler Vergleich). Str. ist, ob auch ein Größenvergleich mit der Marktgegenseite (Vertikalvergleich) stattfinden muss/kann.

(2) **Rationalisierung** iSd. Norm bedeutet eine Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag und damit verbunden eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse der Beteiligten (kein bestimmtes Maß, sondern nur Möglichkeit)

(3) Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit

a) Es darf kein Kartellzwang ausgeübt werden

b) Bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens muss auch § 36 GWB bedacht werden.

4. **Keine wesentliche Beeinträchtigung von Wettbewerb:** Entscheidend ist hier eine **Gesamtbetrachtung:**

a) Marktanteil der beteiligten Unternehmen unter 15%

b) Kein vermachteter Markt mit einer Vielzahl von Kartellen nach § 3 GWB; Grund: Kooperationen dieser Art verhindern den Marktzugang Dritter, da diesen der Kartellbeitritt verwehrt werden kann. Sie dürfen daher den Markt nicht vollständig dominieren.

c) Bezug der Kooperation auf Kernbeschränkungen (Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen) liegt stets im kritischen Bereich und wirkt sich negativ aus.

V. Beispielfall

Klausurbeispiel BGH DFB-Pokal

(BGHZ 137, 297-DFB-Pokal): 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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

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 zu ihm insofern auch in einem mittelbaren Mitgliedschaftsverhältnis. Kann das Bundeskartellamt gegen den Beschluss vorgehen?

Hinweis: Die Vermarktung der Rechte obliegt heute einer DFB-Tochter. Am Problem ändert sich dadurch allerdings nichts.

Das Bundeskartellamt kann nach § 32 Abs. 1 GWB gegen den Beschluss vorgehen, wenn dieser gegen § 1 GWB verstößt.

A. Verbotene Kooperationsform

I. Beschluss einer Unternehmensvereinigung

In Betracht kommt der Beschluss einer Unternehmensvereinigung. Fraglich ist, ob der DFB die Voraussetzungen einer Unternehmensvereinigung iSd. Norm erfüllt. Vereinigt sein müssen danach Unternehmen, also Organisationseinheiten, die nachhaltig auf Märkten tätig sind, wobei der hoheitliche Bereich des Staates und der Privatbereich der Konsumenten ausgenommen sind (funktionaler Unternehmensbegriff). Gegen die Unternehmenseigenschaft der Liga-Vereine könnte zunächst sprechen, dass nicht wenige von ihnen als eingetragene Vereine tätig sind und daher nicht mit Gewinnerzielungsabsicht agieren. Letztlich greifen diese Bedenken jedoch nicht durch: Die in den Bundesligen vertretenen außerordentlichen Mitglieder des DFB entfalten zahlreiche wirtschaftliche Aktivitäten, etwa auf den Werbemärkten, den Märkten für Lizenzspieler, bei der Lizenzierung von Merchandisingprodukten (Bekleidung in den Vereinsfarben) usw. Nach der Zwecksetzung des § 1 GWB, den Markt möglichst umfassend vor Wettbewerbsbeschränkungen zu schützen, kann es nicht darauf ankommen, wie diese Fußballvereine gesellschaftsrechtlich verfasst sind (als gemeinnütziger Verein oder als AG). Sie sind in jedem Fall Unternehmen.

II. Beteiligung von Nichtunternehmern

Fraglich ist allerdings, ob die Anwendung des § 1 GWB davon abhängt, dass andere in der Vereinigung organisierten Mitglieder gerade keine Unternehmen sind. Im Rahmen des DFB dürften etwa die Regionalverbände kaum in nennenswerter Weise wirtschaftlich aktiv sein. Gegen eine solche Differenzierung spricht jedoch der Zweck des Tatbestandsmerkmals „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen“. Durch dieses sollen Umgehungen des Kartellverbots verhindert werden. Diesem Schutzzweck stünde es entgegen, wenn ein Verein durch Aufnahme eines Nichtunternehmers aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB fiel. Ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung liegt daher vor.

III. Die Wettbewerbsbeschränkung

Fraglich ist, ob der Beschluss eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Als Wettbewerbsbeschränkung erscheint jede Konzertierung eines zuvor freien unternehmerischen Verhaltensparameters im Wettbewerb.

1. Markt

Fraglich ist zunächst, auf welchem Markt sich eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Nach ganz h.M. vollzieht sich die **sachliche Marktabgrenzung** nach dem Bedarfsmarktkonzept. Zu einem Markt zählen daher alle Produkte und Leistungen, die denselben Bedarf befriedigen. Vorliegend geht es um die Befriedigung der Nachfrage von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Privatsendern, in ihrem Fernsehprogramm Sportereignisse zu übertragen (**Fernsehübertragungsrechte**). Das dabei gehandelte Recht könnte in der Vereinbarung eines pactum de non petendo bestehen, einer vertraglichen Vereinbarung des jeweiligen Veranstalters eines Fußballspiels, von seinem Hausrecht aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB keinen Gebrauch zu machen. In der Regel verfügt ein Fußballverein entweder als Eigentümer oder als Pächter über das Hausrecht am Fußballstadion, wenn es um die Austragung eines Heimspiels geht. Er kann folglich über den Einlass von Interessenten frei entscheiden. Auf diese Weise kann er Besuchern den Eintritt verwehren, die ohne sein Einverständnis eine Fernsehübertragung planen. Das Fernsehübertragungsrecht besteht dann in der Bereitschaft des Veranstalters, von diesem Hausrecht gegenüber dem Berechtigten keinen Gebrauch zu machen, also einem pactum de non petendo.

Angesichts des auf Deutschland begrenzten Zuschnitts des Pokals dürfte sich der **räumlich relevante** Markt im Wesentlichen auf die Bundesrepublik Deutschland beschränken. Zeitlich betrifft er die jeweilige Pokalsaison.

2. Konzertierung

Fraglich ist, ob auf diesem Markt durch den Beschluss des DFB ein zuvor **freier unternehmerischer Verhaltensparameter eingeschränkt** wird. Dies impliziert die Folgefrage, wem das Fernsehübertragungsrecht zusteht, dem DFB oder den Vereinen. Für ein Recht des DFB spricht immerhin, dass dieser das Turnier insgesamt organisiert. Dennoch bestehen Zweifel an der Maßgeblichkeit dieser Überlegung: Denn seiner Rechtsnatur nach wurzelt das Fernsehübertragungsrecht im Hausrecht des Veranstalters. Veranstalter aber ist der Verein, der ein Heimspiel austrägt. Dieser entscheidet daher ursprünglich über die Erlaubnis zur Fernsehübertragung und über die Bedingungen im Einzelnen. Durch den Beschluss des DFB wird folglich das Recht der

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Vereine eingeschränkt, das Fernsehübertragungsrecht selbst zu vermarkten. Also beinhaltet der Beschluss eine Konzertierung.

3. Wettbewerbsbeschränkung

a) Immanenztheorie oder Bereichsausnahme?

Fraglich ist, ob diese Konzertierung zugleich eine Wettbewerbsbeschränkung bedeutet. Dagegen ließe sich möglicherweise mit der **Immanenztheorie** argumentieren. Nach dieser findet das Verbot des § 1 GWB dort keine Anwendung, wo die Rechtsordnung eine Wettbewerbsbeschränkung gerade gebietet. Fraglich ist, ob die Vereinszwecke des DFB nicht eine zentrale Vermarktung in diesem Sinne erforderlich machen. Dafür könnte eine gleichmäßigere Verteilung der Einnahmen an alle Vereinsmitglieder und insbesondere die Förderung schwächerer Vereine sprechen. Es bestehen jedoch Zweifel, ob diese vereinspolitischen Ziele eine Ausnahme vom Wettbewerbsverbot rechtfertigen können. In ihrem eigentlichen Anwendungsbereich betrifft die Immanenztheorie nur Fälle gesetzlicher Wettbewerbsverbote (etwa § 112 HGB), die wegen der Einheit der Rechtsordnung auch im Rahmen des § 1 GWB beachtet werden müssen. Darüber hinaus müssen sämtliche Verteilungsentscheidungen durch das freie Spiel der Wettbewerbskräfte getroffen werden. Dabei gibt das GWB und damit die Freiheit des Wettbewerbs den Ordnungsrahmen vor, innerhalb dessen einschlägige, vereinspolitische Zielsetzungen verwirklicht werden müssen. Diese rechtfertigen es hingegen gerade nicht selbst, das Verbot des § 1 GWB einzuschränken.

b) § 2 Abs. 1 GWB

In Betracht kommt jedoch eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB. Durch den Beschluss müsste zunächst eine Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung eingetreten sein. Dafür spricht, dass die Konzentration auf eine Verkaufsstelle den Handel mit Fernsehübertragungsrechten erleichtert, wenn nicht sogar erst möglich macht. 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.

An diesen Vorteilen ist auch die **Marktgegenseite 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.

Vgl. auch Europäische Kommission ABIEG 2003 Nr. L 291/25 - Champions League).

E. VERTIKALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

I. Horizontale, vertikale Betrachtungsweise

Märkte können zueinander in einem Stufenverhältnis, einer Vertikale, stehen. Beispiel: Auf einem ersten Markt bieten Eisenhütten die von ihnen produzierten Stahlplatten an; Nachfrager sind u. a. auch Unternehmen, die Fertigteile für Kraftfahrzeuge (Autos) herstellen. Diese Unternehmen verkaufen die von ihnen hergestellten Fertigteile wiederum auf dem Markt für Zulieferteile an die Automobilhersteller. Die Automobilhersteller bieten die Kraftfahrzeuge auf weiteren Märkten an. Der Stahlmarkt, der Markt für Fertigteile und der Markt für Kraftfahrzeuge repräsentieren unterschiedliche Stufen in der Fertigung; sie stehen in einem wettbewerblichen **Vertikalverhältnis**, denn die auf dem einen Markt angebotenen Waren werden zur Produktion auf dem anderen Markt erworben. Vom Stahl bis zum Kraftfahrzeug verläuft die Produktion in einer vertikalen Entwicklungslinie und ist durch ständig neue Schaffung ökonomischer Werte gekennzeichnet (daher auch: **Wertschöpfungskette**). Eine Wettbewerbsbeschränkung, die in Vertikalrichtung verläuft, bezeichnet man als **vertikale Wettbewerbsbeschränkung**. Praktisch sind dies Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Käufer und Verkäufer (vgl. aber auch den Fall des potenziellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer).

- (1) Davon zu unterscheiden ist das wettbewerbliche **Horizontalverhältnis**: Die auf einem Markt anbietenden Unternehmen, die Konkurrenten also, stehen als Anbieter oder Nachfrager auf der gleichen Wirtschaftsstufe. Ein Horizontalverhältnis besteht im Beispiel zwischen den verschiedenen Anbietern von Stahl bzw. den Anbietern von Fertigteilen und von Kraftfahrzeugen.
- (2) Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt vor allem darin, dass horizontale Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich als wettbewerbsschädlich gelten, während vertikale Wettbewerbsbeschränkungen **ambivalente Wirkungen** zeitigen und nicht per se verboten sind.

Beispiel für eine vertikale Wb: Ein Automobilhersteller verpflichtet seine Vertragshändler, bei der Wartung seiner Fahrzeuge während der Garantiezeit nur **Originalersatzteile** zu verwenden, die vom Hersteller selbst oder von autorisierten Zulieferern stammen. Die Wirkungen solcher Absprachen sind sehr komplex (vgl. dazu die berühmte Entscheidung **Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.**, 504 U.S. 451 (1992)). Zwar nimmt diese Vereinbarung den Händlern einen Teil ihrer unternehmerischen Freiheit beim Ersatzteilbezug; sie führt auch zu einer Verteuerung der

Reparaturleistungen und schließt externe Ersatzteillieferanten vom Geschäft mit Vertragswerkstätten weitgehend aus.

Andererseits hat diese Vereinbarung auch positive Auswirkungen: Erstens verhindert sie, dass der Kunde durch den Einbau fehlerhafter Ersatzteile einen Schaden erleidet, diesen aber nicht eindeutig zuordnen kann und daher dem Fahrzeughersteller das Funktionsversagen anlastet. Die schwere Lokalisierung der Schadensursache kann eine Fehlinformation des Marktes bewirken und dadurch erhebliche Imageeinbußen beim Hersteller zur Folge haben. Zweitens muss sich der Händler durch die Klausel individuell davor schützen können, dass im Falle der Sachmängelhaftung oder der Produzentenhaftung die Beweislast für das Vorhandensein des Mangels (§ 477 BGB) oder des fehlenden Verschuldens (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen bei der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, vgl. auch § 1 Abs. 2 ProdHaftG) auf seiner Seite liegt. Während horizontale Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten sind, erscheinen deshalb vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in ihrer Wirkung ambivalent.

(3) In der Sache lassen sich **drei Arten problematischer vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen** unterscheiden.

Vgl. dazu das Beispiel des **Trittbrettfahrer-Effekts (Freerider-Effekt, positiver externer Effekt)**: Der Hersteller eines UltraHD-Fernsehers beobachtet, dass seine Geräte in Supermärkten kaum noch angeboten werden. Grund: Die Kunden neigen dazu, sich in Fachgeschäften beraten zu lassen, erwerben die Geräte dann aber über Internet-Anbieter. Die Fachgeschäfte, die gelerntes Personal beschäftigen und daher einer höheren Kostenbelastung ausgesetzt sind und nicht dieselben Mengenrabatte erzielen wie die Internet-Anbieter, tendieren dazu, das Gerät nicht mehr zu vertreiben. Denn Investitionen in dessen Verkauf lohnen sich nicht, weil von ihnen die Internetanbieter profitieren (**positive externe Effekte**). Dadurch entsteht die Gefahr, dass die Endverbraucher nicht mehr durch qualifiziertes Personal auf das Gerät aufmerksam gemacht werden, dass über dessen Leistungsmerkmale und die Rechtfertigung des vergleichsweise hohen Preises nicht informiert wird und dass das Image des Gerätes auf Dauer Schaden nimmt.

Fraglich ist, welche **Reaktionsmöglichkeiten** der Hersteller hat.

1. Er kann mit allen Händlern, die von ihm Fernseher erwerben, vereinbaren, dass gegenüber den Endverbrauchern ein Einheitspreis gefordert wird (**Inhaltsbindung**). Dann kann ein Teil der Händler seine Kostenvorteile gegenüber dem anderen nicht ausspielen. Preisbindungen dieser Art sind nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verboten und können nach (§ 2 Abs. 2 GWB i.V.m Art. 4 lit. a VO EU Nr. 330/2010 (Vertikal-GVO) grundsätzlich nicht freigestellt werden.
2. Der Hersteller kontrahiert nur noch mit Fachhändlern und nicht mehr mit den Betreibern von Supermärkten. Praktisch bedeutet dies, dass er gegenüber letzteren den Vertragsschluss verweigert und den Fachhändlern auferlegt, die Betreiber von Supermärkten nicht zu beliefern. Solche Querlieferungsverbote stellen **Ausschließlichkeitsbindungen** dar, die (§ 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 2 VO EU Nr. 330/2010 (Vertikal-GVO) grundsätzlich erlaubt. Denn

in den Verträgen mit den autorisierten Händlern wird diesen ein ausschließliches Bezugs- und Vertriebsrecht eingeräumt und der Bezug sowie der Vertrieb an andere Händler verboten. Die Auswahl der Händler nach ihrer fachlichen Qualifikation bezeichnet man als **Fachhandelsbindung**, das auf ihrer Grundlage entstehende Vertriebssystem als **selektives Vertriebssystem**, weil die Vertriebspartner darin ausgewählt werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO).

3. Der Hersteller diskriminiert im Hinblick auf die Entgelte zwischen Fachgeschäften und den Betreibern von Supermärkten. Fachhändlern räumt er etwa besonders hohe Funktionsrabatte ein, damit diese preislich mit den Konkurrenten gleichziehen. Solche **Diskriminierungen** (eigentlich beinhaltet auch die Ausschließlichkeitsbindung schon eine Diskriminierung, weil der Hersteller mit einem Händler kontrahiert, mit dem anderen nicht), müssen sich am Maßstab der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante und des 20 Abs. 1 GWB messen lassen.

Für die **rechtliche Behandlung** vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen gilt also **folgender Grundsatz**: Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sind grundsätzlich nach Art. 2 Abs. 1 VO EU Nr. 330/2010 (Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, im Folgenden: Vertikal-GVO) freigestellt. Ausnahmen bestehen, wenn die Voraussetzungen des Art. 3, 4 oder 5 Vertikal-GVO vorliegen. Besondere Bedeutung kommt dabei Art. 4 Vertikal-GVO zu (S. 92). Beachten Sie jedoch bitte Folgendes: Die **Vertikal-GVO läuft am 31.5.2022** aus. Die Kommission führt zur Zeit Konsultationen darüber, ob und wie die Vertikal-GVO fortgeführt werden soll (dazu *Niemeyer/Fritz NZKart* 2020, 158).

II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen

1. Positive Wirkungen

- (1) Jedem Unternehmen muss das **Recht** zustehen, **den eigenen Vertriebsweg selbst zu planen und zu gestalten**. Denn schon bei der Produktion macht sich der Hersteller Vorstellungen, wie er den Endverbraucher erreichen kann. Seine Vorstellungen muss er aber auch bei der Gestaltung des Verkaufsweges umsetzen können, sonst laufen seine Produktionsstrategien leer. Produktion und Vertrieb sind letztlich zwei zentrale Bestandteile für den Markterfolg. Deshalb kann der Hersteller dem von ihm autorisierten Händler vor allem auch **Verwendungsbindungen** auferlegen: Durch diese beschränkt er die Freiheit des Händlers, die Ware zu präsentieren und

legt ihn stattdessen auf ein bestimmtes Produkt-Markt-Konzept fest. Beispiel: Ein Kfz-Vertragshändler muss die Neuwagen des Herstellers in einer bestimmten Art und Weise präsentieren (Smartmobile in einem Glasturm).

- (2) In jedem Vertriebssystem existiert das so genannte **Freerider-Problem**: Einige im Vertriebssystem eingebundene Händler erbringen erhebliche Leistungen und Investitionen, um der Ware des Produzenten im Wettbewerb Profil zu verschaffen und damit die Vermarktungschancen zu verbessern. Dadurch entstehen ihnen Kosten, die sie im Rahmen ihrer Preiskalkulation berücksichtigen müssen. Andere im selben Vertriebssystem tätige Händler hingegen sparen diese Kosten und nutzen einfach nur den auf der Leistung der anderen beruhenden Imagegewinn aus. Dieses Problem muss der Hersteller durch eine Auswahl der Vertriebspartner (selektives Vertriebssystem) steuern können.
- (3) Je stärker der Hersteller die Vertriebspartner an seine Produktmarktstrategie bindet, umso leichter kann er ein einheitliches **markengestütztes Image** aufbauen. Unter einer Marke (Mercedesstern) lässt sich dann leicht der Markterschließungserfolg eines Produktes versinnbildlichen. Anders als die abstrakten Unternehmensergebnisse wirkt die Marke als Symbol für den unternehmerischen Erfolg des Kunden auf einer emotionalen, tiefer gehenden Rezeptionsebene. Die Imagebildung funktioniert indes nur dann, wenn auch das äußere Erscheinungsbild des Produktes einheitlich ist. Nur dann können die Marktteilnehmer dieses mit dem Sinnbild der Marke in Einklang bringen. Deshalb darf ein Franchisegeber seinem Franchisenehmer einheitliche Grilltemperaturen für Hamburger vorgeben und kann den Vertrag mit seinem Vertriebspartner kündigen, wenn dieser sich nicht an die Vorgaben hält. Denn wegen des einheitlichen äußeren Erscheinungsbildes eines solchen Vertriebssystems droht die Gefahr, dass der Kunde Enttäuschungen, die er in einer Filiale erlebt, auf das Gesamtsystem überträgt (negativer Imagetransfer). Davor muss sich der Hersteller durch Kontrolle und Bindung des Vertriebspartners schützen lassen. Man bezeichnet diese Form des Vertriebs als **hoch integriert** (der als selbstständiger Unternehmer fungierende Vertriebspartner ist vollständig in die Produktmarktstrategie des Herstellers eingebunden). Die typische Erscheinungsform des hoch integrierten Vertriebs stellt das **Franchising** dar. Dabei schließt der Franchisegeber mit dem Franchisenehmer einen Rahmenvertrag, in dem die Produktmarktstrategie für beide verbindlich festgeschrieben ist. Dieser Vertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. §§ 675 Abs. 1, 611 BGB. Er wird als Rahmenvertrag konkretisiert durch eine Fülle von Einzelverträgen (Kaufverträgen), die zwischen Franchisegeber und –nehmer zustande kommen.

- (4) **Investitionsschutz:** In die Schulung und Ausrüstung seiner Absatzmittler tätigt der Prinzipal z. T. erhebliche Investitionen. Diese dürfen nicht von seinen Konkurrenten ausgenutzt werden (sog. **positive externe Effekte**). Beispiel: Der Versicherungsvertreter benutzt das von der Versicherung A bezahlten Laptop bei Hausbesuchen dazu, um auf diesem Konkurrenzprodukte der B für den Kunden zu kalkulieren.

2. Negative Wirkungen

- (1) **Lähmung des Intra-Brand-Wettbewerbs.** Auf einem Markt sind zwei Formen von Wettbewerb möglich: Der Wettbewerb zwischen den Produkten verschiedener Hersteller (sog. Inter-Brand-Wettbewerb) und der Wettbewerb um den Vertrieb des Produkts eines Herstellers (sog. **Intra-Brand-Wettbewerb**). Beispiel: Zwischen Ford Ka und Smart besteht Inter-Brand-Wettbewerb. Die verschiedenen Smart-Händler befinden sich untereinander jedoch im Intra-Brand-Wettbewerb, also produktinternen Wettbewerb. Der Intra-Brand-Wettbewerb findet ausschließlich zwischen Vertriebspartnern des Herstellers (also auf der Handelsstufe) statt. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lähmen bzw. beschränken diesen produktinternen Intra-Brand-Wettbewerb. Aus Art. 4 Vertikal-GVO EU Nr. 330/2010 (i.V.m. § 2 Abs. 2 GWB) folgt, dass der Intra-Brand-Wettbewerb schutzwürdig ist. Er sorgt dafür, dass gerade die von den Händlern erbrachte Vertriebsleistung unter Wettbewerbsdruck bleibt, so dass die Kosten für die Leistungen der Handelsstufe niedrig, die Qualität der dort erbrachten Leistungen aber hoch bleibt.
- (2) **Leverage-Effekte.** Vor allem bei Koppelungen kann durch den sog. Leverage-Effekt eine Machtstellung von einem Markt auf den anderen verlagert werden. Beispiel: Zu Beginn der siebziger Jahre gab es nur einen Hersteller von Fotokopierern. In einer solchen Konstellation besteht eine für den Wettbewerb bedrohliche Gefahr etwa darin, dass der Hersteller Fotokopierer nur an diejenigen Verbraucher verkauft, die auch Fotokopier-Papier und Toner von ihm beziehen. Die Machtstellung auf dem Markt für Fotokopierer wird dann ausgedehnt auf die Märkte für Fotokopier-Papier und Toner: Andere Unternehmen, die dort anbieten, erleiden Wettbewerbsnachteile; denn die Kunden fragen Fotokopier-Papier und Toner nicht mehr wegen Qualität und Preis nach, sondern weil sie beim Hersteller für Fotokopierer gleichzeitig ein Gerät erwerben wollen oder bereits erworben haben. Die **Preisbildungsfunktion** wird auf den Märkten für Papier und Toner gestört. Der Markt für Fotokopier-Geräte (Ausgangsmarkt) wirkt wie ein Hebel (leverage), um die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Toner und Papier

(Zielmärkte) auszuhebeln. Darin liegt vor allem ein Problem der Marktmachtkontrolle nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB.

III. Im Einzelnen

1. Die Inhaltsbindung

a) Sie beruht auf einem **Erstvertrag** zwischen Verkäufer und Käufer (Vereinbarung i. S. d. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB), durch den die Bedingungen eines **Zweitvertrages** zwischen dem Käufer und dessen Kunden festgelegt werden. Hier greift das Verbot des Art. 4 lit. a VO Nr. 330/2010. Es existieren allerdings auch Ausnahmen:

- (1) § 5 Buchpreisbindungsgesetz (Schönfelder Nr. 66a, Ergänzungsband): Wer Bücher verlegt, muss einen Einheitspreis festsetzen, der für die Händler verbindlich ist.
- (2) § 30 GWB: Zeitungen und Zeitschriften sowie **verlagstypische Produkte**, die Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren. In den Materialien wird nicht erklärt, was mit verlagstypischen Produkten genau bezeichnet ist (BT-Drucks. 15/3640 S. 50). In Betracht kommt bspw. ein entgeltlicher News-Dienst einer Zeitung auf E-Mail-Basis. Vgl. zum **Pressegrosso nach § 30 Abs. 2a GWB** unten (S. 260).
- (3) Vgl. schließlich auch § 28 Abs. 2 GWB.

b) **§ 2 GWB**. Eine Freistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO scheidet aus, weil es sich um eine sog. Kernbeschränkung handelt. Ausdrücklich sind diese nach (§ 2 Abs. 2 GWB i.V.m.) **Art. 4 lit. a VO EU Nr. 330/2010** (Vertikal-GVO) nicht freistellungsfähig. Denn durch die Preisbindung wird der produktinterne Wettbewerb (**Intra-Brand-Wettbewerb**) ganz ausgeschlossen. Wenn auch gelegentlich die Bedeutung des produktinternen Wettbewerbs gegenüber derjenigen des produktexternen im Schrifttum in der Diskussion heruntergespielt wird, bleibt der produktinterne Wettbewerb in der Wettbewerbsordnung unverzichtbar. Denn durch ihn kann der Markt **die Leistung des Vertriebspartners** bei der Platzierung des bestimmten Produkts auf den Märkten **bewerten**. Wird für diese Vertriebsleistung gegenüber dem Endverbraucher von allen Vertriebspartnern ein Einheitspreis festgesetzt, unterbleibt die Wettbewerbskontrolle dieses Wertschöpfungsprozesses.

Eine **Ausnahme** besteht jedoch nach Art. 4 lit. a VO EU Nr. 330/2010 für die Festsetzung von **Höchstpreisen** und **unverbindlichen Preisempfehlungen** solange der Hersteller keinen Druck und auch keine Anreize setzt, so dass rein faktisch eine Bindung entsteht.

b. Allerdings greift auch hier die **Immanenztheorie des deutschen Rechts**. § 1 GWB kennt eine immanente Schranke, bei deren Überschreiten das Verbot der Preisbindung keine Anwendung finden kann. Es sind die Fälle, in denen der **Hersteller das Absatzrisiko** an der Ware behält und der Vertriebspartner für ihn eine reine Dienstleistung erbringt, ohne einen Nachteil zu erleiden, wenn die Ware am Ende keinen Käufer findet. Gibt hier der Hersteller dem Vertriebspartner im Händlervertrag einen Festpreis für den Vertrag mit dem Verbraucher vor, liegt formal eine Inhaltsbindung vor. Doch muss das Preisbestimmungsrecht stets demjenigen Unternehmen zustehen, das die mit der Preishöhe einhergehenden Risiken trägt. Wer die Nachteile einer eventuellen Unverkäuflichkeit der Ware trägt, muss auch auf alle Parameter ihres Vertriebs an den Endkunden Einfluss nehmen können. Der Vertriebspartner hat in diesen Fällen – wettbewerblich betrachtet – kein eigenständiges Mitentscheidungsrecht auf dem Markt. Die **Handelsvertreter und Kommissionsagenten** sind ferner nach § 86 HGB verpflichtet, die Interessen ihres Geschäftsherrn zu wahren, woraus sich unter anderem die Pflicht ergibt, die Weisungen des Geschäftsherrn – auch hinsichtlich des Preises – zu befolgen. Schreibt der Geschäftsherr dem Kommissionsagenten daher einen bestimmten Preis vor, ist dies durch § 86 HGB gerechtfertigt und kann nicht durch § 1 GWB untersagt werden, sofern das Absatzrisiko beim Geschäftsherrn verbleibt. Ausschlaggebend ist aber niemals die Bezeichnung eines Vertriebspartners als Handelsvertreter usw., sondern stets die Frage, wer das **Absatzrisiko** für die Waren trägt. Liegt dieses beim Vertriebspartner, muss dieser auch frei über die Preise bestimmen können. Jede Beschränkung dieser Freiheit ist dann nach § 1 GWB verboten.

c. Im Recht der Vereinigten Staaten hat der Supreme Court im Jahre 2007 in der **Leegin-Entscheidung** (551 U.S. 877 (2007) – Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.; dazu etwa *Hofmann* WM 2010, 920) das Verbot der Inhalts- und Preisbindung ganz grundsätzlich in Frage gestellt. Bei der Anwendung des Sherman Act war die Preisbindung bislang der Per-Se-Rule unterfallen, war also automatisch verboten. Nun soll sie wegen ihrer positiven Wirkungen der Rule of Reason (vgl. auch S. 58) unterfallen. Dies könnte weltweit eine Neubeurteilung auslösen.

2. Ausschließlichkeitsbindungen

Diese sind grundsätzlich nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 2 VO EU Nr. 330/2010 (Schirm-VO) vom Verbot des § 1 GWB freigestellt.

Dabei bestehen jedoch **drei Voraussetzungen** (hier etwas vereinfacht), deren Nichterfüllung zum Verbot nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB führt.

- a) Die Vereinbarungen dürfen **keine Kernbeschränkungen nach Art. 4** enthalten (insbesondere Inhaltsbindung, Marktaufteilungen usw.).
- b) Der beteiligte Verkäufer und der beteiligte Käufer dürfen auf ihrer Marktseite keinen Marktanteil von **30 %** erreichen.
- c) Die Bindungen der Vertriebspartner dürfen den Zeitraum von **fünf Jahren** nicht überschreiten (Art. 5 lit. a), sie dürfen keine nachvertraglichen Wettbewerbsverbote beinhalten (Art. 5 lit. b) und dürfen die Teilnehmer eines selektiven Vertriebssystems nicht daran hindern, Konkurrenzware zu vertreiben (Art. 5 lit. c). Art. 5 beinhaltet wiederum Ausnahmen im Hinblick auf Art. 5 lit. b und lit. c.

OLG Düsseldorf Taxivermittlung

Beispiel (OLG Düsseldorf, 17.5.2017 – VI U (Kart) 3/17 WuW 2017, 514 – Taxivermittlung): Ein Fahrvermittlungsdienst, an den verschiedene Taxen angeschlossen sind, verbietet den Taxen Fahrten von einem konkurrierenden Vermittlungsdienst anzunehmen und für diesen Dienst zu werben. Dies beurteilt sich grundsätzlich nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Artt. 3 ff. Vertikal-GVO. Der hohe Marktanteil der Vermittlung von 54 % wurde in der Entscheidung allerdings als kritisch angesehen.

3. Diskriminierungen (vgl. später zu § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Alternative GWB).

IV. Zu den Kernbeschränkungen nach Art. 4 Vertikal-GVO

Beachten Sie bitte: Die **Vertikal-GVO läuft am 31.5.2022** aus. Die Kommission führt zur Zeit Konsultationen darüber, ob und wie die Vertikal-GVO fortgeführt werden soll (dazu *Niemeyer/Fritz NZKart* 2020, 158). Durch die Dreistufenprüfung des EuGH bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (S. 100) hat Art. 4 Vertikal-GVO stark an Bedeutung verloren. Doch wendet der EuGH die Vertikal-GVO in der *Coty*-Entscheidung an und schränkt deren Tatbestände über den Wortlaut hinaus ein (ab S. 100). Einzelne Normen, wie das Verbot der Mindestpreisbindung (Art. 4 lit. a VertikalVO) behalten jedoch in jedem Fall eigenständige Bedeutung. Art. 4 Vertikal-GVO ist auch im deutschen Recht über § 2 Abs. 2 GWB anwendbar.

Hintergrund: In Bezug auf **Kernbeschränkungen** in Vereinbarungen gibt es keine Ausnahmemöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Deshalb ist auch eine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO in diesem Bereich nicht möglich. Die sog. schwarze Liste nach Art. 4 Vertikal-GVO beinhaltet eine abschließendes Aufzählung von Kernbeschränkungen (vgl. den in engem Zusammenhang stehenden Begriff des Hardcore-Kartells, das Kernbeschränkungen zum Gegenstand

hat: Bei ihm liegt stets ein Bezwecken der Wettbewerbsbeschränkung vor (S. 63) und die Spürbarkeit wird regelmäßig bejaht).

1. **Preisbindungen** (Art. 4 lit. a) = Beschränkung des Abnehmers (Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO = Käufer) im Vertrag mit dem Verkäufer, den Preis in einem folgenden späteren Kaufvertrag festzusetzen. Die Preisbindung beruht auf einer Nebenabrede, die Verkäufer und Käufer im Rahmen eines Kaufvertrags (Vertriebsvertrags) treffen. Durch sie verpflichtet sich der Käufer, die ihm vom Verkäufer gelieferte Sache zu einem bestimmten Preis (an einen Zweitkäufer) weiterzuveräußern. Der Grund für das Verbot liegt auf der Hand: Hier wird der **Intra-Brand-Wettbewerb** (produktinterne Wettbewerb) um das Produkt ausgeschaltet. Dies führt dazu, dass die Leistung der Handelsstufe durch den Markt nicht bewertet werden kann. Bsp.: Bücher, für die eine gesetzliche Preisbindung besteht, kosten überall das Gleiche, unabhängig davon, wie kostengünstig ihr Vertrieb organisiert wird. Da Mengenrabatte eines Großbuchhändlers nicht an Endverbraucher weitergegeben werden können, kann dieser durch seine überlegene Kostenstruktur keinen Wettbewerbsvorteil erzielen.

Ausnahmen: Unverbindliche Preisempfehlungen oder Höchstpreise dürfen abgegeben bzw. festgesetzt werden, wenn nicht durch Druck oder Anreizsetzung ein Zwang auf den Käufer ausgeübt wird, der am Ende genauso wirkt wie eine vertragliche Preisbindung. Ein beeindruckendes Beispiel für einen solchen Zwang stellt der Fall Preisbindung durch Franchisegeber auf S. 110 dar.

2. **Gebiets- und Kundengruppenbeschränkungen (Art. 4 lit. b)**. In der Sache handelt es sich um **Marktaufteilungen**. Denn erlaubt der Hersteller nur einem seiner Absatzmittler in einem bestimmten Gebiet oder gegenüber bestimmten Kunden aufzutreten, droht die Gefahr, dass den Nachfragern in den betroffenen Bereichen Nachfragealternativen verloren gehen. Im Extremfall könnte der Hersteller für jeden Mitgliedstaat nur jeweils einen Absatzmittler vorsehen, den anderen die Tätigkeit jedoch verbieten.

EuGH Consten/Grundig

Darin lag das Problem in der klassischen Entscheidung EuGH Slg. 1966, 321 ff. – **Consten/Grundig**. Der deutsche Hersteller für Fernsehgeräte *Grundig* wollte darin erreichen, dass seine Geräte auf dem französischen Markt allein vom französischen Unternehmen Consten vertrieben werden sollten. Der kritische Punkt lag darin, dass es Consten verboten sein sollte, die Geräte auf Wunsch der Kunden nach Deutschland parallel zu importieren. Solche Beschränkungen heben die Integrationswirkungen des Binnenmarktes gerade auf und verstoßen daher gegen die Grundanliegen des Unionsrechts.

Beachte nur: Ausdrücklich erlaubt sind nach dem Normwortlaut sog. **Standortklauseln**, die dem

Händler für sein Geschäft einen bestimmten Ort vorschreiben (Wortlaut: „Beschränkungen auf Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

den Ort seiner Niederlassung“). Grund: Dass das Ladenlokal auf einen bestimmten Ort beschränkt ist, hindert den Händler angesichts moderner Fernabsatzmöglichkeiten nicht, an andere Orte zu liefern bzw. Kunden aus anderen Orten in seinen Räumen zu bedienen.

Das Verbot der Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkung kennt aber **Rückausnahmen**.

(1) **Nr. i:** Der aktive Verkauf in Gebieten, die der Lieferant sich selbst oder einem anderen Absatzmittler vorbehalten hat, kann untersagt werden. Ein **aktiver Verkauf** bedeutet die direkte Ansprache des Publikums (Vertikal-Leitlinien Europäische Kommission Rn. 51). Er kommt in folgenden Fällen vor:

- das Anwerben von Kunden im betreffenden Gebiet (auch mittels Massen-E-Mail),
- das Unterhalten von Niederlassungen und
- das Unterhalten von Auslieferungslagern.

Grund: In sog. **hochintegrierten selektiven Vertriebssystemen** ist ein **Gebietsschutz** vor aktivem Verkauf Funktionsvoraussetzung (zum Begriff hochintegriert S. 88). In dem Maße, indem die Vertriebszentrale nämlich die angeschlossenen Absatzmittler zu einem einheitlichen Auftreten auf dem Markt zwingt (einheitliche Grilltemperatur für Hamburger!), nimmt sie ihnen die Möglichkeit, sich gegenüber anderen Absatzmittlern desselben Systems abzusetzen. Ein echter Intra-Brand-Wettbewerb um die Qualität der Ware oder Dienstleistung kommt zwischen den Absatzmittlern hier von vornherein nicht in Betracht. Deshalb kann dem einzelnen ein Überleben nur gesichert werden, wenn ihm ein bestimmtes Gebiet garantiert ist. Dieser Einschränkung stehen die Vorteile hochintegrierten Vertriebs entgegen (Aufbau eines besonderen Markenimages usw.). Der **Internetvertrieb** stellt aber eine Form des passiven Verkaufs dar (Vertikalleitlinien, Rn. 52), denn die Kunden wenden sich an den Händler und nicht umgekehrt. Dies ist sicher wiederum anders zu beurteilen, wenn der Internethändler die Kunden gezielt adressiert (persönliche E-Mail mit Kaufvorschlägen nach dem erstellten Benutzerprofil). Allerdings erscheint hier Zurückhaltung geboten. Nr. i beruht – was das Internet angeht – auf einem politischen Kompromiss: Gebietsschutz sollte gerade aus Sicht des Franchisegebers möglich sein. Den Internetvertrieb wollte die EU-Kommission dabei aber nicht beschränkt sehen. Deshalb sollte der Internetvertrieb nur ganz ausnahmsweise als aktiver Verkauf angesehen werden.

In Fällen dieser Art liegt eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b Nr. i vor, weil der passive Verkauf eingeschränkt wird. Regelmäßig stellt sich deshalb die Frage, ob darüber hinaus auf der Grundlage des Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Ausnahme im Einzelfall in Betracht kommt.

Die Hersteller argumentieren idR. mit einem Wohlfahrtseffekt, weil ihnen durch die Vertriebs- und Werbeverbote ein Spielraum geschaffen werde, Luxusprodukte herzustellen und deren Exklusivität durch eine Einschränkung der Vertriebsmöglichkeiten zu wahren. Hier hat das Urteil des EuGH in Sachen Coty jetzt für Klarheit gesorgt. Es führt übrigens auch zu einer Einschränkung des Art. 4 lit. b Nr. ii Vertikal-GVO (S. 100). Nach der Entscheidung des EuGH in Sachen **Coty** (Rn. 69) ist die Norm so auszulegen, „dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ein den Händlern für Luxuswaren auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen wie Amazon Marketplace oder eBay einzuschalten“, keine Beschränkung der Kundengruppe darstellt.

(2) **Nr. ii: Das Verbot von Sprunglieferungen** über verschiedene Handelsstufen hinweg direkt an den Endverbraucher. Grund: Der Hersteller soll mehrstufige Absatzsysteme mit unterschiedlichen Funktionen konstruieren dürfen, deren Strukturen nicht durch die Händler selbst durchkreuzt werden dürfen. Im Buchhandel hat der Grossist etwa im Hinblick auf die Bevorratung von Büchern und die rasche Belieferung der Einzelhändler eine andere Funktion als der Einzelhändler selbst. Diese Funktionen können nur wahrgenommen werden, wenn die vom Hersteller eingeführte Unterscheidung der Handelsstufen gewahrt bleibt. Zur **Großhandelsstufe** zählen die Händler, die dem Hersteller die Ware abnehmen und für deren flächendeckende Verteilung innerhalb Deutschlands oder des Binnenmarktes verantwortlich sind. Auf der **Einzelhandelsstufe** hingegen operieren die Händler, die die Ware an den Endverbraucher vertreiben. Die Einzelhändler beziehen ihre Ware – etwas vereinfacht dargestellt – von der Großhandelsstufe (denkbar sind auch weitere Zwischenhandelsstufen). Der Hersteller unterscheidet diese verschiedenen Handelsstufen durch die Höhe der Rabatte (**Funktionsrabatte**). Dabei ist der auf der Großhandelsstufe eingeräumte Rabatt so groß, dass die Großhändler den Einzelhändlern selbst wiederum Rabatte einräumen können. Beispiel: Der Hersteller liefert ein Elektrogerät für 200 € an den Großhändler, dieser beliefert den Einzelhändler für 300 € und der Einzelhändler verkauft das Gerät im Einzelhandel für 400 €. Über Nr. 2 verhindert der Hersteller, dass die Großhändler in den Einzelhandel vordringen und durch ihre großen preislichen Gestaltungsspielräume die Einzelhändler aus dem Wettbewerb drängen. Im Beispiel könnte der Großhändler gegenüber Verbrauchern für 250 € anbieten, ein Preis, bei dem die Einzelhändler nicht mithalten könnten. Die Organisation des Vertriebssystems des Herstellers wäre damit zerschlagen.

(3) **Nr. iii: Ausschließlichkeitsbindungen in selektiven Vertriebssystemen.** Zu den Rechten des Herstellers von Waren oder Dienstleistungen zählt es, sein Vertriebssystem nach

eigenen Vorstellungen auszugestalten. Vgl. dazu sogleich unter Art. 4 lit. c Vertikal-GVO. Hier geht es um das Verbot sog. **Querlieferungen**, d.h. Lieferungen von einem Händler, der dem selektiven Vertriebssystem angehört, an einen anderen Händler, der ihm nicht angehört (**Außenseiter**; „quer“, weil auf derselben Marktstufe = Handelsstufe). Durch Querlieferungen kann nämlich die vom Hersteller unter den Händlern getroffene Auswahl unterlaufen werden.

(4) **Nr. iv: Beschränkung des Vertriebs von Zulieferteilen.** Hier geht es um die Bindung des *Käufers* von Zulieferteilen (zur Bindung des Lieferanten s. Art. 4 lit. e). Die Norm zielt auf Schutz des Lieferanten vor seinen Konkurrenten, die die Teile von den Käufern des Lieferanten erwerben und in eigene Produkte einbauen. Von der Sache her handelt es sich um eine sog. **Verwendungsbindung**: Der Käufer der gelieferten Sachen darf diese gerade nicht zu Lieferungen an Konkurrenten verwenden. Indirekt schützt die Norm die Vertriebsstrategie des Herstellers über das Patent- oder Gebrauchsmusterrecht hinaus. Hat der Patentinhaber nämlich die unter Benutzung seiner Erfindung hergestellte Sache in den Verkehr gebracht, kann er den weiteren Vertrieb der Sache nicht verhindern, weil sein Patent sich durch das Inverkehrbringen *erschöpft* hat. Dies erlaubt es einem Konkurrenten, mittelbar und gegen den Willen des Patentinhabers von der Erfindung zu partizipieren. Dies soll aber hier verhindert werden können. Ökonomisch betrachtet verhindert die Verwendungsbindung **positive externe Effekte**: Der Hersteller des Zulieferteils müsste bei jeder Investition in die Forschung bzw. die Entwicklung der Teile damit rechnen, dass beides seinem Konkurrenten zugutekommt, wenn dieser das verbesserte Zulieferteil vom Absatzmittler des Herstellers erwerben und in sein eigenes Produkt einbauen könnte. Der Konkurrent erlangt in einem solchen Fall einen Kostenvorteil, weil er sich die Entwicklungskosten spart; der Hersteller aber hat wenig Anreiz zu weiteren Investitionen, weil er deren Vorteile nicht in der Marktbeziehung zum Verbraucher halten könnte.

3. Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher in einem selektiven Vertriebssystem (lit.

c). Einzelhändler, die an Endverbraucher verkaufen, dürfen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems nicht weiter eingeschränkt werden. Wichtiger als der Tatbestand der Norm erscheinen jedoch ihre Implikationen: Selektive Vertriebssysteme sind als Folge eines Umkehrschlusses aus dem Normtext heraus erlaubt (dazu noch ausführlich S. 99). Der Begriff „selektives Vertriebssystem“ wird in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO definiert. Es sind Vertriebssysteme, zu denen nur bestimmte Händler zugelassen sind, wobei die Auswahl auf festgelegten Merkmalen (sog. **Selektionskriterien**) beruhen muss. Die Beschränkung der zugelassenen Händler erlaubt dem Hersteller eine **Qualitätsauswahl** und damit eine deutliche

Produktprofilierung. Beispiel: In einer Stadt wie Mainz existieren ein oder zwei BMW-Händler. Neufahrzeuge dieses Typs sind gerade nicht bei sämtlichen Kfz-Händlern erhältlich. Qualitative Kriterien bei der Händlerauswahl beziehen sich häufig auf Fachkenntnisse und andere Qualitätsmerkmale (**Fachhandelsbindung**). Kritischer sind die **quantitativen Kriterien** zu sehen (z.B. nur Händler ab einem bestimmten Umsatzvolumen werden zugelassen). In Sachen Coty fordert der EuGH jedenfalls objektive und qualitative Selektionskriterien (EuGH, 6.12.2017 – C-230/16 – Coty Rn. 24).

An dieser Bewertung ändert auch der sehr unglücklich gefasste **Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO** nichts. Nach dem Wortlaut der Norm kommt eine Freistellung nicht in Betracht *„für unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems veranlassen, Marken bestimmter konkurrierender Anbieter nicht zu verkaufen.“* Näher besehen beschränkt sich die Norm jedoch auf einen Sonderfall, wie sich aus Rn. 69 der sog. **Vertikal-Leitlinien der Kommission** (ABl.EU 2010, Nr. C 130/01) ergibt: *„Die dritte Ausschlussbestimmung – Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c GVO – betrifft den Verkauf konkurrierender Waren in einem selektiven Vertriebssystem. Die GVO gestattet die Verknüpfung von selektivem Vertrieb mit einem Wettbewerbsverbot, das es den Händlern grundsätzlich untersagt, Produkte konkurrierender Marken zu verkaufen. Eine Vertragsbestimmung hingegen, mit der der Anbieter seine Vertragshändler unmittelbar oder mittelbar daran hindert, Produkte zum Zwecke des Weiterverkaufs von bestimmten konkurrierenden Anbietern zu beziehen, fällt nicht unter die GVO. Mit dem Ausschluss dieser Verpflichtung von der Freistellung soll verhindert werden, dass mehrere Anbieter, die dieselben Verkaufsstätten eines selektiven Vertriebsnetzes nutzen, einen bestimmten Wettbewerber oder bestimmte Wettbewerber davon abhalten, beim Vertrieb ihrer Produkte auf diese Verkaufsstätten zurückzugreifen (Marktausschluss eines konkurrierenden Anbieters in Form eines kollektiven Boykotts).“* Als Beispiel käme folgender Fall in den Sinn: Der Hersteller von Skiern verlangt von den Fachgeschäften, über die er seine Sportgeräte verkauft, ihre Geschäftspraxis zu ändern und künftig die Marken eines anderen Skihändlers nicht zu vertreiben.

Problem: Wie gestaltet sich das **Verhältnis von Art. 4 lit. b und lit. c**? Teilweise findet sich die Auffassung, Art. 4 lit. c sei bei selektiven Vertriebssystemen die speziellere Norm und verdränge in diesem Bereich Art. 4 lit. b. Dies ist indes mit Blick auf Art. 4 lit. b Nr. iii, der sich gerade auf selektive Vertriebssysteme bezieht, nicht vertretbar. Vielmehr dürfte Art. 4 lit. b räumliche und sachliche Marktaufteilungen betreffen und Art. 4 lit. c sonstige Beschränkungen im Verkauf an die Endverbraucher.

Durch die neuere Rechtsprechung des EuGH **tritt die Bedeutung der Vertikal-GVO bei der Ausgestaltung von selektiven Vertriebssystemen hinter der unmittelbaren Anwendung des Art. 101 AEUV zurück** (vgl. dazu sogleich S. 99 ff.). Dies zeigt die Entscheidung des EuGH in Sachen **Coty** (S. 100). Besteht eine Fachhandelsbindung den danach vorgesehenen doppelten Erforderlichkeitstest, fällt sie bereits nicht unter Art. 101 AEUV. Einer Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 lit. c Vertikal-GVO bedarf es in diesem Fall nicht mehr. Dies lässt wenig Raum für die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO, die ja auf Art. 101 Abs. 3 AEUV beruht! In einem obiter dictum hat der EuGH in Sachen Coty dennoch den Anwendungsbereich des Art. 4 lit. c Vertikal-GVO weiter eingeschränkt: Die Norm steht einem Drittplattformverbot eines Herstellers (Verkauf über Drittanbieter wie Amazon Marketplace oder eBay) nicht entgegen (Rn. 69).

Wichtig erscheint noch folgender **systematische Zusammenhang**: Hält der Hersteller das selbstgewählte Selektionskriterium nicht durch oder handhabt er es missbräuchlich, kommt ein Anspruch des Außenseiters auf Aufnahme in das Vertriebssystem auf der Grundlage des **Diskriminierungsverbots** des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Alternative i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB in Betracht (dazu auch S. 206). Der Grund liegt darin, dass sich der marktbeherrschende bzw. marktmächtige Hersteller durch die Wahl des Selektionskriteriums zuvor gegenüber dem Außenseiter selbst gebunden hat!

4. **Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern verschiedener Marktstufen (lit. d):** Der Hersteller kann nach Art. 4 lit. b Nr. ii Vertikal-GVO Sprunglieferungen und nach lit. b Nr. iii Querlieferungen an Außenseiter verhindern. Damit sind seine Möglichkeiten, den produktinternen Wettbewerb zu beschränken, aber erschöpft. Er kann einem Großhändler also nicht verbieten, an einen Einzelhändler zu liefern usw., weil ansonsten der Wettbewerb auf den einzelnen Handelsstufen zu stark eingeschränkt würde.
5. **Beschränkungen des Lieferanten von Ersatzteilen (lit. e):** Die Hersteller versuchen häufig das Geschäft mit Ersatzteilen zu beschränken, um ihren eigenen Vertragswerkstätten eine Sonderstellung zu verschaffen und freie Anbieter von Reparaturleistungen aus dem Markt zu drängen. Dies verhindert die vorliegende Norm: Sie steht der Möglichkeit entgegen, dass der Abnehmer von Ersatzteilen (Automobilhersteller) deren Hersteller (Anbieter) verbietet, die Originalersatzteile an Dritte, z.B. freie Werkstätten, zu liefern. In der Kfz-GVO 1400/2002 fand

sich lange Zeit in Art. 4 eine speziellere Sonderregelung, die nun durch Art. 4 VO Nr. 461/2010 entfallen ist. Darin liegt eine **zentrale Neuerung der Reform der GVO Nr. 461/2010**.

Für die Freistellung einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung gelten im Übrigen **vier Voraussetzungen**:

1. Es muss sich um eine unbedenkliche vertikale Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 2 handeln; beachte die Problemfälle in den weiteren Absätzen der Norm.
2. Der Marktanteil des bindenden und des gebundenen Unternehmens darf jeweils 30 % nicht überschreiten (Art. 3 Vertikal-GVO).
3. Die Bindung darf keine Kernbeschränkung zum Gegenstand haben (Art. 4).
4. Die Bindung muss ferner Art. 5 VO Nr. 330/2010 genügen. Auch hier finden sich Neuerungen in der GVO
 - a) Wie bisher darf die Bindungsdauer im Regelfall nicht mehr als fünf Jahre betragen (lit. a);
 - b) nachvertragliche Wettbewerbsverbote (lit. b); Ausnahme nach Abs. 3, wenn die Dauer nur 1 Jahr beträgt, sie sich räumlich auf den alten Tätigkeitsbereich des Absatzmittlers beziehen, unerlässlich sind usw.
 - c) Verbot an die eigenen Absatzmittler eines selektiven Vertriebssystem, Waren anderer Hersteller zu vertreiben. Hier geht es, wie oben ausgeführt, um eine Verstopfung von Absatzkanälen, die allen Lieferanten zunächst zustehen, dann aber von einem besetzt werden. (**Einfirmenbindung**, lit. c).

V. Selektive Vertriebssysteme

Selektive Vertriebssysteme (Art. 1 lit. e Vertikal-GVO) beruhen auf einer Auswahl (Selektion) der Händler durch den Hersteller. Um diese Auswahl durchzusetzen, verbietet der Hersteller den Händlern regelmäßig, die von ihm gelieferte Ware an andere Händler (Außenseiter) zu liefern (sog. Querlieferungsverbot, vgl. auch Art. 4 lit. b iii Vertikal-GVO). Diese Systeme dienen idR dem Vertrieb von Markenware, die in besonderer Weise präsentiert und beworben werden muss. Vor allem ist dem Hersteller berechtigterweise daran gelegen, dass Fachpersonal über diese berät und die Ware vertreibt. Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Auswahl der Händler und deren Bindung begegnen einander **zwei grundsätzliche Interessen**: Einerseits verdient das Interesse des Herstellers Schutz, über die Art und Weise der Vermarktung seiner Ware selbst zu entscheiden. Seine

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Möglichkeiten, die Chancen und Risiken der Warenvermarktung zu steuern, enden nämlich nicht mit dem Abschluss des Produktionsprozesses. Andererseits führt jede Freiheitsbeschränkung auf der Handelsstufe zu einer Einschränkung des produktinternen Wettbewerbs. Denn wird die Anzahl der Händler bewusst knapp gehalten bzw. werden nur Händler in das System aufgenommen, die keine Niedrigpreise für die Ware fordern, findet zwischen den Händlern kein Wettbewerb um die Vertriebsleistung mehr statt und auf den Endverbrauchermärkten drohen überhöhte Preise bzw. die damit verbundene Ressourcenverschwendung.

In diesem Zusammenhang spielt das **Diskriminierungsverbot nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB** (zu diesem Zusammenhang auch auf S. 206) eine überragende Bedeutung. Es ermöglicht dem Außenseiter, der nicht zum selektiven Vertriebssystem zugelassen worden ist, die Selektionskriterien des Herstellers auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit hin zu überprüfen. Ist diese zu verneinen, steht dem Außenseiter ein Anspruch auf Kontrahierung zu.

Nach der sog. **Metro-Rechtsprechung** des EuGH bzw. der Lehre von den Nebenabreden (S. 53), stellt eine Freiheitseinschränkung dann keine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn sie erforderlich (unerlässlich) ist, um die Ware zu vertreiben. Dies zeigte bereits die Entscheidung des EuGH in Sachen **Pronuptia** (S. 59). Im Bereich vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen konkretisiert der EuGH diese Lehre so:

EuGH Coty

EuGH, 6.12.2017 – C-230/16 – **Coty** Rn. 24: *„Der Gerichtshof hat... entschieden, dass die Organisation eines selektiven Vertriebsnetzes nicht unter das Verbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, sofern die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern und sofern die festgelegten Kriterien schließlich nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.“*

Soweit daher die Rechtmäßigkeit der Auswahl der Händler durch den Hersteller und die Reichweite der ihnen gegenüber durchgesetzten Freiheitseinschränkungen betroffen ist, führt dies zu einem **dreistufigen Klausuraufbau**:

1. Auf der **ersten Stufe** stellt sich die Frage, ob die Ausgestaltung des selektiven Vertriebssystems erforderlich ist, um die Ware zu vertreiben. Lässt sich dies bejahen, liegt keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor (Lehre von den Nebenabreden).

Die Verneinung der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV setzt dabei im Einzelnen voraus:

1. Doppelter Erforderlichkeitstest

- a) Erforderlichkeit eines selektiven Vertriebssystems und der mit ihm verbundenen Freiheitsbeschränkung zur Herausstellung von Qualitätsmerkmalen des Produkts oder seiner Gebrauchsmöglichkeit.
- b) Erforderlichkeit der konkreten Bindung (= Freiheitsbeschränkung) iS. von Geeignetheit und Erforderlichkeit im engeren Sinne als mildestes Mittel zur Erreichung des wirtschaftlichen Ziels.

2. Weitere Anforderungen an das Diskriminierungskriterium

- a) Objektivität (= Willkürfreiheit)
- b) Qualitätsbezug
- c) keine Diskriminierung der Marktgegenseite bei seiner Handhabung (= Ungleichbehandlungen, die nicht durch das Diskriminierungskriterium gerechtfertigt werden können.

Im Einzelnen

1. Stufe: Art. 101 Abs. 1 AEUV und die Lehre von den Nebenabreden (Der doppelte Erforderlichkeitstest)

a) Die Erforderlichkeit eines selektiven Vertriebssystems als solches

Das selektive Vertriebssystem und die mit ihm verbundenen Freiheitsbeschränkungen müssen erforderlich sein, um entweder die Qualitätsmerkmale des Produkts zu wahren und/oder den Produktgebrauch zu gewährleisten.

Voraussetzung ist zunächst, ob der Hersteller überhaupt ein selektives Vertriebssystem nach Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO betreibt.

Ferner muss der Hersteller seine absatzstrategischen Ziele berechtigterweise mit Hilfe eines selektiven Vertriebssystems verfolgen dürfen.

Im Coty-Fall lag ein zentrales Problem in der Frage, ob in der **Gewährleistung eines Luxusimages überhaupt ein legitimes Ziel** liegen kann, das mit Hilfe eines selektiven Vertriebssystems verfolgt werden darf. **Luxuswaren** zeichnen sich nach der Vorstellung des EuGH zunächst dadurch aus, dass zu den vom Verbraucher geschätzten Eigenschaften nicht nur deren physikalische Beschaffenheit im engeren Sinne, sondern auch der Prestigecharakter sowie die luxuriöse Ausstrahlung des Produkts gehören. Typisch für „Luxuswaren [ist daher], dass die Qualität solcher Waren nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften beruht, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht, dass diese Ausstrahlung ein wesentliches Element dafür ist, dass die Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden können, und dass daher eine Schädigung dieser Ausstrahlung geeignet ist, die Qualität der Waren selbst zu beeinträchtigen.“ In Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

der Entscheidung EuGH, 13.10.2011 – C 463/09 – **Pierre Fabre** hatte das Gericht noch die Möglichkeit verneint, dass die Herausstellung des Luxusimages als legitimes Ziel eines selektiven Vertriebssystems infrage komme (Rn. 46): *„Das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, kann kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein und kann es daher nicht rechtfertigen, dass eine Vertragsklausel, mit der ein solches Ziel verfolgt wird, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt.“* Im **Gegensatz** dazu sieht der EuGH in Sachen Coty ein selektives Vertriebssystem für Luxuswaren als zulässig an, wenn dieses der Sicherstellung des Luxusimages dient (Rn. 29). Der EuGH sieht darin keinen Widerspruch zum Pierre-Fabre-Urteil (Rn. 31 ff.), was zwar wenig überzeugt, aber nichts zur Sache tut.

Ein davon **zu unterscheidendes Problem** liegt in der Frage, ob für einen bestimmten Warentyp **überhaupt die Zuschreibung als Luxusprodukt in Betracht kommt** und deshalb ein selektives Vertriebssystem erforderlich wird. Ein Luxusimage setzt zunächst voraus, dass die einzelnen Vertreter eines Produkttyps auf dem Markt in einem vergleichsweise breiten Spektrum von Preisen angeboten werden. Nur auf dieser Grundlage kommt überhaupt die Möglichkeit in Betracht, dass ein Vertreter des Produkttyps sich von den anderen durch einen gehobenen Preis unterscheiden kann. Hinzu tritt die Überlegung, dass die Art des Produkts bzw. sein Funktionsspektrum beim Kunden die Bereitschaft wecken kann, für eine bestimmte Art des Produkttyps mehr zu zahlen als für die anderen. Bei Produkten der Alltagswelt mit einem eingeschränkten Funktionsspektrum (Schreibmaschinenpapier, Plastikgeschirr usw.), aber auch bei typischen Niedrigpreisprodukten (Papierküchenrolle zum Reinigen feuchter Flächen) erscheint dies praktisch nicht möglich, weil kein Spielraum verbleibt, dem jeweiligen Kandidaten den Glanz des Außergewöhnlichen zuzuschreiben. Nur dort, wo Freiraum für eine Unterscheidung zwischen luxuriöseren und gewöhnlichen Vertretern eines Produkttyps überhaupt besteht, erscheint es möglich, die Aura eines besonderen Luxusimages oder auch eine besondere Qualität überhaupt zu erzeugen.

b) Zweitens: Die Erforderlichkeit der zugrundeliegenden Bindungen

Fraglich ist in einem zweiten Schritt, ob die dem selektiven Vertriebssystem zugrunde liegenden Bindungen (= Freiheitsbeschränkungen) geeignet und erforderlich im engeren Sinne sind, um die Qualitätsmerkmale des Produkts zu wahren oder seine Gebrauchstauglichkeit zu gewährleisten.

Bei der **Eignungsprüfung** muss beachtet werden, dass der Hersteller über die eigene Vermarktungsstrategie selbst bestimmen darf. Denn er trägt das Risiko, mit seiner Produktmarktstrategie nicht bis zum Verbraucher durchzudringen und deshalb Verluste beim Warenabsatz zu erleiden (**Absatzrisiko**). Dem entspricht ein **Beurteilungsspielraum** dahingehend, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

welche Mittel er zur Vermarktung seines Produktes für geeignet hält. Hier dürfen ihm weder die Kartellbehörden noch die Gerichte Vorgaben machen. Deshalb kann es bei der Eignungsprüfung nur darum gehen, dass die vom Hersteller erzwungene Freiheitsbeschränkung nach den allgemeinen Denkgesetzen nicht völlig untauglich ist, das vom Hersteller erstrebte Produktimage zu gewährleisten.

In Sachen *Coty* bejaht der **EuGH** die Eignung des Drittplattformverbots mit folgenden Überlegungen (Rn. 44 ff.): Das Verbot, die Ware über eine Drittplattform zu verkaufen, spiegelt die für ein selektives Vertriebssystem kennzeichnende Beschränkung der Händler wider. Die Drittplattform, die von den nicht weiter orientierten Verbrauchern typischerweise als Händler angesehen werden kann, ist ja vom Hersteller nicht autorisiert. An späterer Stelle verweist der EuGH noch auf die fehlenden Einwirkungsmöglichkeiten des Herstellers gegenüber dem Drittplattformanbieter, mit dem er ja keine vertraglichen Beziehungen unterhält (Rn. 56). Ferner erlaubt das Drittplattformverbot dem Händler zu überprüfen, ob seine Produkte in einer Umgebung verkauft werden, die seinen Qualitätsanforderungen entspricht (Rn. 47 ff.). Drittplattformen stellen nämlich einen Verkaufskanal für Waren aller Art dar und stehen damit der Erzeugung eines Exklusivitätsimages entgegen. Ihr Ausschluss aus dem Vertriebssystem trägt damit zum Luxuscharakter bei (Rn. 50).

Von der Eignungsprüfung zu unterscheiden ist der im Rahmen der Lehre von den Nebenabreden geltende **Erforderlichkeitsmaßstab**. Die Freiheit der Beteiligten darf danach nur in dem Maße eingeschränkt werden, wie es die Verfolgung des legitimen Selektionskriteriums erlaubt. Damit das Selektionskriterium und die ihm zugrunde liegende Produktmarktstrategie des Herstellers nicht als Vorwand für einen viel weitergehenden Kartellverstoß vorgeschoben werden, muss sich der Hersteller mit dem geringstmöglichen Maß an Freiheitsbeschränkung begnügen, um sein Ziel zu erreichen. Im **Coty-Fall** führt der **EuGH** dazu Folgendes aus. (Rn. 52 ff.): Da kein generelles Verbot des Internetvertriebs ausgesprochen wird und die autorisierten Händler über das Internet vertreiben dürfen, sieht der EuGH die Wettbewerbsfreiheit als nicht zu stark eingeschränkt an. Die Intensität des Eingriffs in die Freiheit der Händler rechtfertigt sich dabei vor allem aus dem Umstand, dass der Hersteller auf die Art der Präsentation seiner Waren beim Drittanbieter keinen Einfluss nehmen kann (Rn. 56).

Verbietet der Hersteller den **Internetvertrieb vollständig**, dürfte dies mit Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht mehr vereinbar sein.

Autorité de la Concurrence Stihl

Ein interessantes Praxisbeispiel liefert der Fall des Herstellers von Kettensägen **Stihl**. Dieser verbot seinen Händlern den Internetvertrieb der eigenen Geräte nicht, verlangte jedoch von ihnen, dass sie die Sägen aus Sicherheitsgründen den Kunden persönlich übergeben sollten, damit eine persönliche Instruktion über die Sicherheitsrisiken der Sägen erfolgen konnte. Der Hersteller verfolgt zunächst legitime Interessen im Hinblick auf die Wahrung des Produktimages; denn dieses leidet unter falscher Handhabung der Sägen. Auch drohen ihm in solchen Fällen Ansprüche aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG, bei denen die Beweislast in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ProdHaftG gegen ihn umgedreht ist. Andererseits macht die vom Hersteller vorgesehene **Verwendungsbindung** den Internetvertrieb

weitgehend unpraktikabel und schwächt damit den Preiswettbewerb. Deshalb muss der Hersteller in jedem Einzelfall rechtfertigen, ob die Sicherheitsgefahren des ausgelieferten Geräts wirklich so hoch sind, dass eine individuelle Einführung erforderlich ist und eine im Fernabsatz mit versandte, schriftliche Gebrauchsanleitung nicht ausreicht. Die **französische Kartellbehörde** (Autorité de la Concurrence) erkannte daher auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV (Orth, FAZ 2.1.2019, Seite 16).

2. Sonstige Anforderungen an das Selektionskriterium und die zugrunde liegende Freiheitsbeschränkung

Bei den sonstigen Anforderungen an die Diskriminierungsfreiheit geht es dem EuGH um eine Vorbeugung gegen mögliche Missbrauchsgefahren.

a) Dabei beugt die **Objektivität** einer möglichen Willkür des Herstellers vor. Das Kriterium für die Zulassung zum Vertriebssystem muss also so beschaffen sein, dass seine inhaltlichen Voraussetzungen von einem **objektiven Beobachter** in der Person des Aspiranten (des an der Teilnahme interessierten Händlers) sicher erkannt werden können und keine Möglichkeit verbleibt, dass das Kriterium nur vorgeschoben wird, um Anwärter ohne (legitimen) Sachgrund fernzuhalten.

b) Dabei muss das Kriterium einen Bezug zur **Qualität der Ware** haben. Die Freiheitsbeschränkung muss dazu dienen, die Qualität des Produkts zu wahren und/oder den richtigen Gebrauch zu gewährleisten. Damit kommen prinzipiell quantitative Beschränkungen nicht in Betracht, nach denen der Hersteller nur eine bestimmte Zahl von Händler aufnimmt. Ein **Gebietsschutz** innerhalb eines Franchisesystems ist daher nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 4 lit. b i Vertikal-GVO möglich.

c) Schließlich muss das so beschriebene Qualitätsmerkmal auch **diskriminierungsfrei gehandhabt** werden. D.h. es muss auf alle Vertreter der Marktgegenseite gleich angewendet werden.

2. Stufe: Die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO

Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, kann diese auf einer **zweiten Stufe** durch Art. 2 Abs. 1 VertikalGVO freigestellt sein.

In der **Coty-Entscheidung** gelangt der **EuGH zu einer teleologischen Reduktion von Art. 4 lit. b und lit. c Vertikal-GVO**

Für den Fall, dass das Drittplattformverbot in einem Einzelfall doch nicht geeignet oder erforderlich sein sollte, das Luxusimage zu wahren, legt sich der EuGH auch im Hinblick auf Art. 4 Vertikal-GVO fest (Rn. 69). Danach ist die Norm so auszulegen, *„dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, weder eine Beschränkung der Kundengruppe im Sinne von Art. 4 Buchst. b der Verordnung Nr. 330/2010 noch eine Beschränkung des passiven Verkaufs an Endver-
Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021*

braucher im Sinne von Art. 4 Buchst. c der Verordnung darstellt.“

3. Stufe: Scheitert auch eine Gruppenfreistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO, kommt eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht.

EuG Uhrenersatzteile In einem weiteren Urteil geht das **EuG** auf den Anspruch eines Dachverbandes herstellerunabhängiger Uhrenreparaturwerkstätten ein, die von den Uhrenherstellern nicht mit Ersatzteilen beliefert werden (EuG, 23.10.2017 – T-712/14, NZKart 2017, 658 – **Uhrenersatzteile** englischer Text). In der Entscheidung ging es um die Frage, ob auf den Märkten für die Reparatur von Luxusuhren durch diese Lieferverweigerung nicht der Wettbewerb vollständig ausgeschlossen wird. Das EuG verneint ganz grundsätzlich das Erfordernis, diesen Effekt zu prüfen, wenn die Hersteller die Voraussetzungen für ein selektives Vertriebssystem wahren (Rn. 54) und sieht entsprechend in der Lieferverweigerung keinen Verstoß gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV. Man hätte jedoch auch an eine missbräuchliche Lieferverweigerung wie im Fall Commercial Solvents denken können (vgl. S. 181): Die Uhrenhersteller nutzen nämlich ihre Marktmacht als Hersteller von Ersatzteilen aus, um sich den Reparaturmarkt zu reservieren.

Die mehrstufige Prüfung der Selektionskriterien anhand von Art. 101 Abs. 1 AEUV, Art. 2 ff. Vertikal-GVO und Art. 101 Abs. 3 AEUV betrifft allein die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Diskriminierungskriteriums. Das **Diskriminierungsverbot nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB** folgt einer ähnlichen Prüfung, setzt dabei aber die Schwerpunkte anders (S. 212). Es betrifft nicht sämtliche selektiven Vertriebssysteme, sondern nur diejenigen, bei denen der Hersteller absolute Marktmacht iSd. § 18 GWB oder relative Marktmacht nach § 20 Abs. 1 GWB hat. Unter diesen Voraussetzungen stellt sich die Frage neu, ob der Hersteller das (rechtmäßige) Selektionskriterium widerspruchsfrei anwendet, ob er im Einzelfall unverhältnismäßige Beschränkungen vornimmt. Dann aber müssen die Vorteile des selektiven Vertriebssystems dem auf Marktöffnung gerichteten Schutzzweck des Diskriminierungsverbotes standhalten.

VI. Bestpreisklauseln

Besondere Probleme im Schnittbereich von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen entstehen durch Bestpreisklauseln.

OLG Düsseldorf HRS

(OLG Düsseldorf, 9.1.2015 – VI-Kart 1/14, BB 2015, 593– **HRS**; *HRS betreibt ein Hotelportal im Internet. Kunden können auf der Website von HRS Angebote verschiedener Hotels vergleichen und in ganz Europa Hotelzimmer unmittelbar über HRS bei den Hoteliers buchen. HRS finanziert sich durch eine Provision, die der jeweilige Hotelier zahlt. Für die buchenden Kunden sind die Dienste von HRS kostenfrei. In den Verträgen mit den Hoteliers vereinbart HRS ferner eine sog. **Bestpreisklausel**. Darin verpflichtet sich der jeweilige Hotelier dazu, die Zimmer über die HRS-Plattform zu dem jeweils günstigsten Preis anzubieten, den er einem anderen Vertriebspartner – on- oder offline – gewährt bzw. das er selbst beim Eigenvertrieb von den Hotelgästen fordert.*

*HRS argumentiert darauf wie folgt: Die Bestpreisklausel schade dem Wettbewerb nicht, da die Kunden sich auch über **Metasuchmaschinen** orientierten könnten, die Hotelangebote herausuchten und miteinander verglichen. Diese Maschinen finanzieren sich gewöhnlich über Werbeanzeigen. Im* Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Übrigen müssten **Off-Line-Buchungen** im relevanten Markt berücksichtigt werden, also Buchungen über Telefon, E-Mail oder Reservierungsformulare. Ferner sei die Bestpreisklausel unerlässlich, um den **Trittbrettfahreneffekt** zu bekämpfen, der darin bestehe, dass Kunden das Portal von HRS zur Suche nutzen, dann aber direkt beim Hotelier buchen.

Hier müssen **drei sachlich relevante Märkte** unterschieden werden:

1. Der **Vermittlungsmarkt**, bei dem die Portale gegenüber den Hoteliers eine Vermittlungsleistung gegen ein Entgelt (die von HRS vereinnahmte Provision) erbringen OLG Juris-Rn. 28 ff.). Zu diesem Markt zählen laut OLG auch **Offline-Buchungen** (OLG Juris-Rn.37 f.); denn eine Marktabgrenzung nach der Vertriebsform kommt regelmäßig nicht in Betracht. Vertriebsformen stellen nur unterschiedliche Konzepte der Kundengewinnung dar! Fraglich ist ferner, ob die Betreiber von **Metasuchmaschinen** Anbieter auf diesem Markt sind. Dies lehnt das OLG ab, da sie den Hotels gegenüber gerade *keine* Vermittlungsleistung gegen Entgelt anbieten (OLG Juris-Rn. 44 ff.).

2. Der Markt zwischen Hotelkunden und Hoteliers (**Markt für Hotelzimmer**).

3. Ein klassischer „Markt“ zwischen Hotelkunden und HRS besteht nicht, da die Kunden HRS keine Gegenleistung schulden: Hier kann jedoch nach **§ 18 Abs. 2a GWB** nun ein unentgeltlicher **Markt für die Hotelsuche** angenommen werden, der einen **indirekten Netzwerkeffekt** iSd. **§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB** erzeugen kann (S.): Denn in dem Maße, in dem HRS Hotelkunden akquiriert, steigt seine Verhandlungsposition gegenüber den Hotels, wenn es um die Vereinbarung der Provisionshöhe geht: Der **Netzwerkeffekt** beruht auf dem Umstand, dass die Zahl der Hotelgäste bereits als solche ein Qualitätsmerkmal der Leistung von HRS gegenüber den Hotels darstellt. **Indirekt** erscheint er, weil er unmittelbar auf dem unentgeltlichen Markt für die Hotelsuche gründet, sich aber auf dem Vermittlungsmarkt auswirkt. Im **europäischen Kartellrecht** kann dieser indirekte Netzwerkeffekt unmittelbar als ein die marktbeherrschende Stellung iSd. Art. 102 Satz 1 AEUV beeinflussender Aspekt berücksichtigt werden. Denn hier ist die Art und Weise, in der die marktbeherrschende Stellung konkretisiert wird, im Primärrecht nicht näher festgelegt! Im GWB vor der 9. GWB-Novelle können diese Überlegungen als **sonstige Gesichtspunkte** im Rahmen des § 18 Abs. 3 GWB berücksichtigt werden (beachte den Normwortlaut: „insbesondere“).

(bb) **Räumlich**: Deutschland (OLG Jur-Rn.61).

Die Wettbewerbsbeschränkung wirkt dabei wie folgt:

(aaa) **Vermittlungsmarkt:** Hier kommt es zu einer Lähmung der Bereitschaft der Portalbetreiber zur Senkung der Provisionen gegenüber Hoteliers. Denn günstige Angebote der Hoteliers erhalten sie durch die Meistbegünstigungsklausel auch, ohne dass sie diesen durch Provisionssenkung entgegenkommen (OLG Juris-Rn. 75 ff.).

(bbb) **Hotelmarkt:** Eingriff in die Preisbildungsfreiheit der Hoteliers. Wenn diese jede Preissenkung gegenüber anderen Portalen auch an HRS weitergeben müssen, steigt die Kostenlast, die mit einer Preissenkung verbunden ist. Dadurch sinkt der Anreiz für Preissenkungen.

c) Wettbewerbsbeschränkung

(1) Der Konzertierungseffekt und die mit ihm verbundene Freiheitsbeschränkung sprechen für eine Wettbewerbsbeschränkung (**Selbstständigkeitspostulat**).

(2) Weitere wettbewerbsbeschränkende Wirkungen:

(a) Es kommt zu einer **Preislähmung** im Provisionswettbewerb und im Wettbewerb um Hotelzimmer (siehe bereits oben)

(b) Ferner droht eine **Marktabstottung** auf dem Markt für Hotelvermittlung; ein Newcomer kann nicht durch besonders günstige Preise auf sich aufmerksam machen, weil die Hoteliers die mit ihm vereinbarten niedrigen Preise sogleich an andere Portale weitergeben können (OLG Juris-Rn. 81 ff.).

(3) Wettbewerbsstärkung durch Offline-Buchungen?

Nein: Die Hotels müssten niedrige Preise an HRS weitergeben, unabhängig von der Buchungsform. Offline existiert daher kein unabhängiger Wettbewerb.

(4) Wettbewerbsverbesserung durch Metasuchmaschinen?

Die Metasuchmaschinen erzeugen keinen Wettbewerbsdruck auf HRS (OLG Juris-Rn. 92 ff.). Dafür spricht (Oe): Die Suchmaschinen weisen meist nur auf Angebote hin, für die die Bestpreisklausel gilt: Sie verändern die Einheitspreise nicht, sondern spiegeln diese lediglich wider.

Bedenken Sie bitte ferner: Die Hotels haben keine Verträge mit den Suchmaschinenbetreibern und können deren Verhalten daher nicht in ihrem Sinne beeinflussen => Metasuchmaschinen sind nicht i.S. einer Produkt-Markt-Strategie steuerbar.

Freistellung der Wettbewerbsbeschränkung?

aa) Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO?

- ➔ Liegt eine vertikale WB iSd. Art. 1 lit. a und b Vertikal-GVO vor? OLG Jur Rn. 123 ff. offengelassen, da Voraussetzungen des Art. 3 Vertikal-GVO nicht vorlagen.

- ➔ *Vertikalvereinbarung* liegt vor (lit. a); vertikale Wettbewerbsbeschränkung (lit. b)?
Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Portale (Vermittlungsmarkt) und der Hoteliers (Hotelmarkt).

Art. 4 lit. a Vertikal-GVO verbietet nur die Festpreisbindung *des Abnehmers* der Kaufsache, deren Preis gebunden werden soll (Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO). Hier nicht anwendbar, weil „Verkäufer“ (Lieferant = Hoteliers) gebunden werden.

Konsequenz: Es bleibt bei der grundsätzlichen Freistellung nach **Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO**.

(bb) **Aber:** Mglw. beinhaltet die Bestpreisklausel nicht nur eine nach Art. 2 Abs. 1 Unterabsatz 1 Vertikal-GVO freigestellte vertikale WB, sondern auch **horizontale Wettbewerbsbeschränkungen** zwischen HRS und den konkurrierenden Portalen sowie den Hoteliers untereinander

aa) Vermittlungsmarkt

aaa) Die **Portale konkurrieren untereinander um die Hoteliers** und sind davon abhängig, dass diese ihre Zimmer möglichst günstig auf den Verkaufsplätzen der Plattform anbieten. Denn nur dann ist die Plattform attraktiv.

bbb) Bei freiem Wettbewerb erfolgt die Konkurrenz dadurch, dass die Portale den Hoteliers im Hinblick auf die **Höhe der Provisionsforderung** entgegenkommen, die pro Vermittlung erhoben wird.

ccc) Denn sinkt die Höhe der Provision, **erfährt der Hotelier einen Kostenvorteil**, der ihm einen Anreiz liefert, auf der Plattform des Betreibers zu günstigeren Bedingungen anzubieten.

ddd) Werden Bestpreisklauseln flächendeckend vereinbart, **sinkt der Anreiz des einzelnen Portalbetreibers zur Senkung seiner Provisionsforderungen** (Preiswettbewerb). Denn ein Plattformbetreiber wie HRS profitiert von der Senkung der Provisionsforderungen durch seine Konkurrenten, ohne dass er dem Hotelier selbst im Hinblick auf die eigenen Provisionen entgegenkommen muss. Mit einer Herabsetzung seiner Provisionsforderungen verleitet ein Portalbetreiber deshalb die Hoteliers nicht nur zur Senkung der Hotelpreise, die er selbst seinen Kunden anbieten kann. Über die Bestpreisklausel kommt die von ihm erkaufte Anreizsetzung auch den Konkurrenten zugute. Die Bestpreisklausel entfaltet daher **positive externe Effekte**: Die Vorteile einer Investition können in ihren Auswirkungen nicht auf die Marktbeziehung zwischen Investor und Vertragspartner beschränkt bleiben, sondern kommen auch den Konkurrenten des Investors zugute!

eee) Dieser Externalisierungseffekt (positive externe Effekte) trifft vor allem **Newcomer** auf dem Markt, die durch niedrige Preise beim Marktzugang auf sich aufmerksam machen wollen. Dies ist nicht möglich, weil die Hoteliers die niedrigen Preise, die sie mit dem Newcomer vereinbaren, über die Bestpreisklauseln an die etablierten Konkurrenten weitergeben müssen (**Marktzutrittsschranke**)

bb) Hotelmarkt

Bestpreisklausel führt auch dazu, dass Preissenkungen gegenüber den Hotelkunden für Hoteliers teuer werden. Denn diese müssen auch an andere Plattformbetreiber weitergegeben werden, für die Bestpreisklauseln vereinbart wurden. Dies führt zu einer Lähmung des Preiswettbewerbs zwischen den Hoteliers.

c) Rechtsgedanke der Metro-Rechtsprechung (Lehre von den Nebenabreden)

Die mit der Bestpreisklausel einhergehende Freiheitsbeschränkung stellte jedoch dann keine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn sie unerlässlich wäre, um den erwähnten Trittbrettfahrereffekt zu beseitigen. Grundsätzlich dürfen die Portale ihre Investitionen schützen. Dazu müssen sie vermeiden, dass Besucher sich auf ihren Seiten informieren, die Reise dann jedoch andernorts buchen. Fraglich ist nur, ob die Bestpreisklausel unerlässlich ist, um diesen Effekt herbeizuführen. Geeignet dürfte sie im Zweifel sein. Doch stellt sie nicht das mildeste Mittel dar. Denn der Portalbetreiber kann die Kunden in anderer Weise an sich binden und seine Investitionen schützen. In Betracht kommt die Veranstaltung von Preisausschreiben, die Gewährung von Treuerabatten, wenn es sich beim Portalbetreiber nicht um einen Marktbeherrscher handelt usw. Der Preisbildungsmechanismus auf den Vermittlungs- und Portalmärkten darf daher für die Interessen der Portalbetreiber nicht geopfert werden.

d) Eine **Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV** kommt **nicht** in Betracht, weil hier eine Kernbeschränkung – Preiskartell – vorliegt und somit der Restwettbewerb ausgeschlossen würde. Anders OLG Juris-Rn. 130: Schon keine messbaren Effizienzvorteile.

Bekämpfung des Trittbrettfahrereffekts (positive externe Effekte) genügt nicht.

e) Sonstige Tatbestandsmerkmale

Die Vereinbarung **bezweckt** die Wettbewerbsbeschränkung in einem objektiven Sinn, weil ein Hardcore-Kartell (Kernbeschränkung) vorliegt.

Die Wettbewerbsbeschränkung berührt zumindest den **zwischenstaatlichen Wettbewerb**, da auch Portale aus anderen Mitgliedstaaten der EU bzw. Hotels potenziell betroffen sein können.

Von der Spürbarkeit ist für die weitere Prüfung auszugehen.

f) Ergebnis: Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt vor. Das BKA kann eine Untersagungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB erlassen.

OLG Düsseldorf booking.com

In einer neueren Entscheidung erlaubt das OLG Düsseldorf nun die sog. **enge Bestpreisklausel** (OLG Düsseldorf NZKart 2019, 379 – **booking.com**). Darin untersagt der Portalbetreiber (P) dem Hotel (H) lediglich, den Kunden auf der eigenen Website keine günstigeren Konditionen einzuräumen, als dies gegenüber dem Portalbetreiber erfolgt.

Das OLG erkennt als Problem, dass auch diese Klausel H mittelbar davon abhalten kann, anderen Portalbetreibern als P günstigere Bedingungen anzubieten: H würde seinen eigenen Online-Vertrieb dadurch schwächen. Deshalb ist die Preisbildung auf dem Vermittlungsmarkt wie bei der weiten Bestpreisklausel, wenngleich mittelbar betroffen (S. 379). Unmittelbar betroffen ist der Markt für Hotelzimmer, weil hier die Preisbildungsfreiheit des H direkt eingeschränkt wird (S. 380).

Doch wendet das OLG die **Lehre von den Nebenabreden** an (S. 381): Die Freiheitsbeschränkung sei unerlässlich, um einen fairen und ausgewogenen Leistungsaustausch zwischen den drei Beteiligten zu gewährleisten (S. 381). Das OLG geht dann auf den Trittbrettfahreneffekt ein: P sei zu einer Vorleistung gezwungen, und es bestehe deshalb die Gefahr, dass Interessenten durch ihn für das Angebot des H gewonnen werden könnten, sich nachträglich aber zu günstigeren Konditionen bei H einbuchten. Im Übrigen sei das Verhalten des H illoyal und treuwidrig, wenn er die Dienste von P in Anspruch nehme, anschließend aber diesem den Verdienst streitig mache (S. 382). Dagegen dürfe sich P verteidigen, zumal die enge Bestpreisklausel wegen der eingegrenzten Freiheitsbeschränkung den Rahmen des Erforderlichen nicht überschreite (S. 383).

Die Entscheidung lässt **Fragen offen**: Denn die enge Bestpreisklausel beeinflusst den Preiswettbewerb auf beiden Märkten ebenso wie die echte Bestpreisklausel. Ein Unterschied besteht allein darin, dass sich die Anreizwirkung auf dem Vermittlungsmarkt mittelbar entfaltet. Auch überzeugt nicht, dass für den Trittbrettfahreneffekt keine wettbewerbskonforme Lösung zu finden sei: Die Portalbetreiber können Hotels aus dem Angebot nehmen, die sie für ihre Vermittlungsleistung nicht ausreichend honorieren. Unter Umständen muss deshalb die Entgeltstruktur dieses Geschäftsmodells verändert werden, indem die Hoteliers durch moderate Entgelte für die Präsentation ihrer Häuser in Vorleistung treten. Keineswegs kann jedoch der Preiswettbewerb um die Vermittlungsleistung und die Hotelzimmer für eine sichere Verdienstmöglichkeit geopfert werden.

VII. Beispielfälle

Klausurbeispiel BGH Preisbindung durch Franchisegeber

(BGH 20.5.2003 – KZR 27/02 = EWiR 04, 289 - **Preisbindung durch Franchisegeber II**): *Der Franchisegeber V betreibt bundesweit 150 eigene Optik-Einzelhandelsgeschäfte. Mit 90 weiteren Geschäften bestehen Franchisevereinbarungen. In einer groß angelegten Werbekampagne bewarb V drei bestimmte Brillenmodelle „zum sagenhaften Preis von nur 20 €.“ A, Franchisenehmer dieses Systems, sendet V eine Abmahnung: Diese soll die Werbekampagne unter Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung in Höhe von 100.000 € einstellen. V fragt Sie, wie sie sich auf diese Aufforderung hin verhalten soll.*

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

V sollte die strafbewährte Unterlassungserklärung abgeben, wenn A ein Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 GWB zusteht.

- (1) V und A sind Unternehmer.

- (2) Fraglich ist, in welcher Form sie vorliegend ihre mögliche Konzertierung vorgenommen haben: auf der Grundlage eines Vertrages oder einer abgestimmten Verhaltensweise. Zwar besteht zwischen beiden ein Franchisevertrag nach § 675 Abs. 1 BGB. Nicht dieser erzeugt jedoch den hier möglicherweise einschlägigen Wettbewerbsbeschränkungseffekt. Dieser geht vielmehr auf die Werbung des V zurück. Die Werbung wiederum könnte Grundlage für das Erzwingen einer abgestimmten Verhaltensweise sein. Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt bei einem Parallelverhalten vor, das durch Fühlungnahme verursacht wird. Nach einer Betrachtungsweise handelt es sich bei Werbung nur vordergründig um eine einseitige Maßnahme. Tatsächlich erzeugt V damit bei den Adressaten Erwartungen, denen sich A nicht entziehen kann. Es ist praktisch so, als würde V sein Weisungsrecht nach §§ 675 Abs. 1, 665 BGB ausüben. Fraglich ist nur, ob damit auch feststeht, dass A diesem folgen würde. Der BGH bejaht diese Frage. Dies erscheint jedoch nicht unproblematisch wie die Entscheidung des EuG EWIR 2004, 61- VW-Händler zeigt (oben S. 43).

- (3) Folgt man dennoch dem BGH, stellt sich die Frage, ob die abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt in der Konzertierung eines zuvor freien Verhaltensparameters auf dem Markt:
 - a) Fraglich ist, welcher Markt hier betroffen ist. Ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept geht es vorliegend um die Befriedigung der Nachfrage nach Brillengestellen im Niedrigpreisbereich. Die hier einschlägige vertikale Wettbewerbsbeschränkung zwischen Hersteller und Vertriebspartner berührt indes nicht den ganzen Markt, sondern nur den produktinternen Wettbewerb, vorliegend also den Wettbewerb um die drei von V hergestellten Gestelle.

 - b) Die Werbung muss zu einer Konzertierung eines zuvor freien Verhaltensparameters führen. In Betracht kommt die Preisbildungsfreiheit des A. Ausdrücklich wird A in seiner Preisbildungsfreiheit nicht beschränkt. Die Werbemaßnahme weckt jedoch Verbrauchererwartungen, denen sich A nicht ohne Wettbewerbsnachteil entziehen kann. Denn Kunden, deren durch die Werbung geweckte Nachfragewünsche er enttäuschen

muss, kann er nur schwer weiter an sein Unternehmen binden. So erzeugt die Werbung eine faktische Zwangswirkung, die A zu einer Aufgabe seiner Preisbildungsfreiheit im Sinne der strategischen Anliegen der V veranlasst.

- c) Diese Beschränkung beinhaltet auch eine Wettbewerbsbeschränkung, weil durch sie der produktinterne Preiswettbewerb um die Brillengestelle stark beeinträchtigt wird. Darin liegt aber eine Kernbeschränkung, von der insbesondere keine Freistellung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a VO EU Nr. 330/2010 (Schirm-VO) in Betracht kommt.
- d) Aufgrund der Kernbeschränkung ist davon auszugehen, dass die Parteien die Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Auch resultiert aus diesem Umstand die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

e) Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen des § 1 GWB liegen danach vor.

(4) Ergebnis: V sollte die strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben.

Klausurbeispiel EuGH Delimitis/Henninger Bräu

(EuGH Slg. 1991, I-935 - **Delimitis/Henninger Bräu**): *Die Frankfurter Brauerei Henninger Bräu (H) hat mit dem Frankfurter Gastwirt Sergios Delimitis (D) einen unbefristeten Bierlieferungsvertrag geschlossen. Darin verpflichtete sich D zum Bezug von 132 hl Bier von H. Diese Absatzmenge erreicht H nicht in jedem Geschäftsjahr. Daneben war ihm der Bezug von Bier aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erlaubt. Im Bereich der Bundesrepublik Deutschland bestehen für 60 % der deutschen Gastwirte ähnliche Bindungen durch H und andere Brauereien; H hält dabei einen Anteil von 20 %. Als D anlässlich der ordentlichen Kündigung des Vertrages die vereinbarte Abnahmemenge nicht erreicht hat, verlangt H Schadensersatz. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch beruft sich D auf Art. 101 Abs. 2 AEUV?*

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 675 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

Zwischen den Parteien kam ein Bierlieferungsvertrag zustande. Dabei handelte es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. §§ 675 Abs. 1, 611 BGB, wobei weitere Einzelheiten der typologischen Einordnung hier offenbleiben können.

Fraglich ist jedoch, ob D eine Pflicht aus dem Vertrag verletzt hat. In Betracht kommt die Abnahmeverpflichtung. Die Abnahmepflicht selbst könnte jedoch nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sein, so dass eine Pflichtverletzung gerade nicht in Betracht kommt.

Exkurs: Die **Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 AEUV** reicht nur soweit wie der Wettbewerbsverstoß. Dies führt regelmäßig nur zur Teilnichtigkeit einer Gesamtvereinbarung. Eine Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Ausnahme besteht nur, wenn die Wettbewerbsbeschränkung und die Abrede im Übrigen **untrennbar** sind. Die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit bestimmen sich nach § 139 BGB.

Von Art. 101 Abs. 2 AEUV werden nicht die sog. **Folgeverträge** erfasst, die sich an eine Wettbewerbsbeschränkung anschließen (Beispiel: Die Preisbindung im Händlervertrag ist nichtig, nicht aber der anschließende Vertrag zwischen Händler und Verbraucher). Verträge, die zur Durchführung der WB geschlossen werden, sog. **Ausführungsverträge**, sind hingegen nichtig.

(1) Der Bierlieferungsvertrag stellt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dar.

(2) Fraglich ist, ob diese eine **Wettbewerbsbeschränkung** bewirkt.

(a) Berührt ist zunächst der Bierbezugsmarkt für Gastwirte (EuGH: Gaststättensektor im Gegensatz zum Einzelhandelssektor), wobei hier räumlich von der Bundesrepublik Deutschland auszugehen ist.

(b) Bei einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um die Konzertierung eines zuvor freien Verhaltensparameters, die den wettbewerblichen Allokationsprozess in einer Weise beeinträchtigt, die nicht mit den Zielen des AEUV, insbesondere mit dem Wettbewerbsprinzip nach Art. 32 lit. b AEUV vereinbar ist.

Die Konzertierungswirkung könnte vorliegend in der Begründung einer **Bezugsverpflichtung** des D bestehen. Allerdings wurde D nicht ausdrücklich vertraglich zum Bierbezug verpflichtet. Doch könnte eine solche Bindung faktisch durch die Höhe der Gesamtmenge eingetreten sein. Bei einer Gesamtmenge von 132 hl musste D täglich deutlich über 300 Liter ausschenken. Es ist kaum vorstellbar, dass der tatsächliche Bedarf des D darüber hinausgeht. So beinhaltet die Abnahmeverpflichtung schon wegen des hohen Kontingents eine faktische Bezugspflicht, eine sog. **Quasialleinbezugsverpflichtung**.

(c) Fraglich ist, ob mit dieser Freiheitsbeschränkung auch eine **Wettbewerbsbeschränkung** verbunden ist. Alleinbezugsverpflichtungen in Bierlieferungsverträgen erzeugen nämlich auch positive wettbewerbliche Effekte, indem sie die Investitionen der Brauereien vor positiven externen Effekten und einem negativen Imagetransfer schützen. Andernfalls drohte der Brauerei die Gefahr, dass ihre Investitionen in das Mobiliar oder die Schankausstattung auch für den Vertrieb von Konkurrenzprodukten genutzt werden könnten. Ferner könnten die Kunden das Bier fremder Hersteller vom eigenen Bier nicht unterscheiden, wenn ihnen dieses über die von der Brauerei zur Verfügung gestellte Schankausstattung und die Biergläser gereicht würde. Es stellt sich die Frage, ob

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

deshalb die Quasialleinbezugsverpflichtung unerlässlich iSd. Lehre von den Nebenabreden ist bzw. ob eine Freistellung nach Art. 2 Abs. 2 Vertikal-GVO in Betracht kommt. Die Frage kann jedoch dahinstehen, da in jedem Fall **Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO** bzw. ein Rechtsgedanke aus dieser Norm entgegensteht. Danach darf ein Wettbewerbsverbot nicht länger als über fünf Jahre vereinbart werden. Vorliegend läuft die Quasi-Alleinbezugsverpflichtung aber über eine unbestimmte, und damit im Zweifel über eine längere Zeit. Die besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Vertikal-GVO, der eigens für Bierlieferungsverträge gilt, die durch persönliche Dienstbarkeiten geschützt sind, liegen hier nicht vor.

Eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt aus ähnlichen Überlegungen heraus wegen der zu starken Beschränkung des Restwettbewerbs nicht in Betracht.

d) Fraglich ist allerdings, ob der einzelne Vertrag, der ja nur ein sehr geringes Volumen an der Gesamtmenge ausgeschütteten Biers repräsentiert, eine **spürbare** Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 AEUV bewirkt.

Exkurs: Die nun folgende **Bündeltheorie** kann sich im Einzelfall auf den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, die Zwischenstaatlichkeitsklausel sowie die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung beziehen. Der EuGH geht auf den genauen systematischen Standort nicht ein.

Dies ist nach der sog. **Bündeltheorie** unter zwei Voraussetzungen möglich:

Originalzitat EuGH Rn. 27: *„Erstens muss unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände des streitigen Vertrags der nationale Markt für den Absatz von Bier in Gaststätten für Mitbewerber, die auf diesem Markt Fuß fassen oder ihren Marktanteil vergrößern könnten, **schwer zugänglich sein**. Dass der streitige Vertrag zu einem Bündel gleichartiger Verträge auf diesem Markt gehört, die sich kumulativ auf den Wettbewerb auswirken, ist nur einer unter mehreren Faktoren, anhand deren zu beurteilen ist, ob dieser Markt tatsächlich schwer zugänglich ist.*

*Zweitens muss der streitige Vertrag in erheblichem Maße **zu der Abschottungswirkung beitragen**, die das Bündel dieser Verträge aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfaltet. Die Bedeutung des Beitrags des einzelnen Vertrags hängt von der Stellung der Vertragspartner auf dem relevanten Markt und von der Vertragsdauer ab.“*

Vorliegend spricht der außerordentlich hohe Bindungsgrad des deutschen Marktes dafür, dass der Markteintritt für Newcomer nicht ohne weiteres möglich ist. Denn der Biervertrieb im Gaststättensektor setzt die Errichtung eines möglichst flächendeckenden Vertriebsnetzes voraus,

damit ein markenbezogenes Warenimage aufgebaut und dauerhaft Kundenerwartungen geweckt werden können.

Dazu trägt der vorliegende Vertrag insoweit bei, als H einen hohen Anteil gebundener Gaststätten unterhält und der vorliegende Vertrag über eine praktisch unbegrenzte Laufzeit geschlossen ist.

(3) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Diese Wettbewerbsbeschränkung müsste den Handel zwischen den Mitgliedstaaten berühren. Hier spricht der hohe Bindungsgrad innerhalb der Bundesrepublik gerade für eine Marktabschottung für Importe aus anderen Mitgliedstaaten. Zu diesem trägt der vorliegende Vertrag – wie bereits gezeigt – in erheblichem Maße bei.

(4) Ergebnis: Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt vor; die Verpflichtung ist daher nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig. Ein Anspruch auf Schadensersatz kommt nicht in Betracht.

F. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Kartellverbot und ergänzende Verbote

I. Rechtsfolgen und Rechtsbehelfe im europäischen Kartellrecht

1. Einleitung eines Verfahrens

Die Europäische Kommission geht entweder durch Verfügung nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO Nr. 1/2003 bzw. durch Festsetzung eines Bußgeldes nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO Nr. 1/2003 bei Feststellung eines Kartellverstoßes vor.

Wichtig: Eine **Privatperson** (Bsp.: Konkurrent) kann nicht als Verfahrensbeteiligter ein Verfahren vor der Kommission oder dem EuG bzw. EuGH einleiten. Allerdings kann eine Privatperson auf der Grundlage des § 33 Abs. 1 GWB Ansprüche geltend machen und vor deutschen Gerichten klagen. Diese Ansprüche wiederum können von den Voraussetzungen des Art. 101 AEUV abhängen (§ 22 GWB). Legen diese Gerichte eine Frage zur Vorabentscheidung vor (sogleich unten) gelangt dieser Rechtsstreit auch vor den EuGH.

Eine Privatperson kann schließlich eine **Kartellbeschwerde nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO Nr. 1/2003** an die Kommission richten. Sie hat jedoch (vgl. den Normwortlaut) kein subjektiv-öffentliches Recht auf eine Entscheidung der Kommission. Diese ist vielmehr frei, den Fall überhaupt aufzugreifen.

Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission ergehen auf der Grundlage von Art. 23 VO Nr. 1/2003. Ihre Höhe bestimmt sich nach den **Leitlinien** für das Verfahren der Festsetzung von Geldbußen nach Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 1.9.2006 (2006/C 210/02).

Gegen die Bußgeldentscheidung ist die Nichtigkeitsklage statthaft (S. 117). Die Rechtmäßigkeit von Bußgeldentscheidungen führt zu zahlreichen **Problemen des Kartellverfahrensrechts**, die in der Vorlesung nur am Rand behandelt werden:

1. Nach deutschem Verständnis (vgl. das OWiG) unterliegen Ordnungswidrigkeiten wie die Kartellrechtsbuße dem **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot** (Art. 103 Abs. 2 GG). Die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV werden aber denkbar weit ausgelegt (vgl. nur das Merkmal der abgestimmten Verhaltensweise). Grundlage dafür ist **Art. 23 Abs. 5 VO Nr. 1/2003**: Danach hat das Bußgeld keinen strafrechtlichen Charakter, sondern stellt ein Institut zur Abschöpfung

rechtswidriger Kartellvorteile dar. Das **EuG** geht daher davon aus, dass es allein auf die Bestimmtheit der zu den Tatbestandsmerkmalen ergangenen Rechtsprechung ankommt (EuG, Urt. v. 16.9.2013 – T 375/10 – **Hansa Metallwerke**).

2. Bußgelder werden von der Kommission häufig **gesamtschuldnerisch** gegenüber allen Kartellbeteiligten verhängt. Fraglich ist, wonach sich der Binnenausgleich zwischen den Beteiligten richtet. Der EuGH hat entschieden, dass dieser nicht in Art. 23 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 geregelt ist, sondern sich nach dem nationalen Recht richtet (EuGH, Urt. v. 10.4.2014, C-231/11 P bis C-233/11 P - **Kommission/Siemens**). Konsequenterweise hat der BGH daher das Prinzip des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB angewendet (BGHZ 203, 193 – Calciumcarbid-Kartell II, Rn. 30 ff.). Danach haften die Kartellanten zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. „Ein anderes“ kann sich jedoch aus der unterschiedlichen Schwere der Verursachungsbeiträge ergeben).

2. Rechtsbehelfe, Rechtsmittel und Sonstiges

a) Nichtigkeitsklage

Gegen die Entscheidungen der Kommission nach Art. 7 VO und Art. 23 VO Nr. 1/2003 steht dem Betroffenen die Nichtigkeitsklage vor dem Europäischen Gericht erster Instanz (Nichtigkeitsklage) nach Art. 256 Abs. 1 i.V.m. **263 Abs. 4 AEUV** offen. Die Klage ist darauf gerichtet, die Entscheidung der Kommission wegen Verletzung des AEUV für nichtig zu erklären. Zuständig ist nach Art. 256 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 51 der Satzung des EuGH das Gericht erster Instanz.

Zulässigkeitsvoraussetzungen (Überblick):

aa) Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 1 und 4 AEUV)

- Verbotsverfügung nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 oder
- Bußgeld nach Art. 23 VO Nr. 1/2003.

Nach Art. 263 Absatz 2 AEUV muss im Hinblick auf diese Maßnahme die unrechtmäßige Anwendung der Artt. 101 ff. AEUV gerügt werden.

bb) Zuständigkeit

Für die Klage eines Unternehmens oder einer natürlichen Person ist nach Art. 51 der Satzung des EuGH i.V.m. Art. 256 Abs. 1 AEUV das Gericht erster Instanz zuständig

cc) Klagebefugnis (Art. 263 Abs. 4 AEUV)

Der Kläger muss unmittelbar und individuell durch die Handlung der Kommission betroffen sein. Dies ist beim Adressaten einer Bußgeldverfügung auf der Grundlage des Art. 23 Abs. 2 lit. a VO Nr. 1/2003 selbstverständlich der Fall. Ansonsten kommt es auf folgendes an

Unmittelbare Betroffenheit: Wenn kein weiterer Hoheitsakt erforderlich ist, damit die Entscheidung auf den Betroffenen einwirkt.

Individuell: Wenn Kläger am Verfahren nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 teilgenommen hat oder seine Marktposition wesentlich durch die Entscheidung beeinträchtigt ist.

Hier greift ergänzend die sog. **Plaumann-Formel** des EuGH. Danach „kann, wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“ (EuGH Slg. 1963, 213, 239-Plaumann). Denkbar ist dies, wenn ein zu einem Konzern gehöriges Unternehmen für andere Konzernunternehmen tätig wird.

dd) Frist (Art. 263 Abs. 6 AEUV)

Zwei Monate seit der Handlung.

b) Das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Europäischen Gerichts erster Instanz

Gegen die Entscheidungen des EuG ist das Rechtsmittel zum EuGH nach Art. 256 AEUV gegeben.

aa) Statthaftigkeit nach Art. 256 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV

Es muss eine Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz auf der Grundlage des Art. 256 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV ergangen sein.

bb) Zulässiger Klageantrag nach Art. 58 der Satzung des EuGH

(1) Klageantrag muss auf Rechtsfragen beschränkt sein, und sich dabei beziehen auf

- die Unzuständigkeit des Gerichts,
- auf einen Verfahrensfehler oder
- auf eine Verletzung des Unionsrechts.

(2) Die Rechtsmittelschrift muss konkrete Anträge beinhalten und Rechtsgründe benennen.

cc) Rechtsmittelfrist nach Art. 56 der Satzung des EuGH

Zwei Monate seit Zustellung der Entscheidung.

c) Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV**aa) Statthaftigkeit** (Unterabsatz 1)

Gegenstand ist die Auslegung des Vertrages oder die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

bb) Zuständigkeit: EuGH (Unterabsatz 1)**cc) Ein Gericht muss vorlegen** (Unterabsatz 2):

- a) auf gesetzlicher Grundlage eingerichtet,
- b) ständiger und obligatorischer Charakter,
- c) entscheidet in einem rechtsstaatlichen und geordneten Verfahren,
- d) in richterlicher Unabhängigkeit,
- e) rechtskräftig.

dd) Erforderlichkeit der Vorlage (Unterabsatz 2)

- ➔ fällt grundsätzlich in die Beurteilung des anrufenden Gerichts;
- ➔ ausgeschlossen durch EuGH nur, wenn kein Bezug zur Auslegung des Unionsrechts erkennbar oder der Gegenstand der Vorlegungsfrage nicht mit hinreichender Klarheit erkennbar ist.
- ➔ (Hinweis: Es besteht ein **Vorlagerecht des Gerichts**, das weder durch Parteidisposition noch durch nationales Recht ausgeschlossen werden kann).

Beachte noch die Vorlagepflicht aufgrund Art. 267 Abs. 3 AEUV

1. Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann.
 - ➔ Als Rechtsmittel gelten auch die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision oder die Nichtvorlagebeschwerde; **Konsequenz:** OVG und OLG sind keine Adressaten nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.
 - ➔ Die Pflicht besteht **nicht** im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz, weil hier der Streit in der Hauptsache weiterverfolgt werden kann.
 - ➔ **Nicht**, wenn eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH bereits besteht.
2. Die Vorlagepflicht muss eine Frage i. S. d. Art. 267 Abs. 1 AEUV betreffen.

Beachte: Ausnahmsweise auch jedes andere Gericht, wenn es Teile des Unionsrechts oder Akte von Unionsorganen für unwirksam hält. Begründung: Keine Verwerfungskompetenz der MS-Gerichte hinsichtlich des Unionsrechts. Dazu sind sie nicht (demokratisch) legitimiert, und außerdem würde die Rechtseinheitlichkeit in der Union gefährdet.

Sanktionen bei Verletzung:

1. Vertragsverletzungsverfahren nach Artt. 258 AEUV.
2. Eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter Art. 101 Abs. 1 GG ist in jedem Fall gegeben (BVerfGE 73, 339, 366-Solange II).

II. Rechtsfolgen im deutschen Recht

1. Allgemeine materielle Rechtsfolgen des Kartellverstoßes

- 1) Nichtigkeit eines Vertrages nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB.
- 2) Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes nach § 32 GWB
- 3) Unterlassungsansprüche von Konkurrenten und anderen Marktbeteiligten nach § 33 Abs. 1 GWB.
 - a) **Begriff:** Weil auch das Kartellrecht ein Marktordnungsrecht begründet, kann sich nicht jeder auf die Verletzung von Kartellrechtsnormen berufen, sondern nur der Aktivlegitimierte. § 33 Abs. 3 GWB erinnert zunächst an die Tatbestände des § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG. Ferner existiert eine **Aktivlegitimation des Mitbewerbers und der**

sonstigen Marktbeteiligten (§ 33 Abs. 3 GWB; erinnert auch an § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UWG).

Streitig ist, ob die **Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG** auch im Rahmen des § 33 Abs. 3 GWB angewendet werden darf. Dagegen sprechen die unterschiedlichen Schutzzwecke beider Gesetze, dafür ihr jeweiliger Charakter als Ordnungsrecht. Der Streit hat allerdings keine große praktische Bedeutung, da nach § 33 Abs. 3 GWB aktivlegitimiert immer auch **sonstige Marktbeteiligte** sind. Wie im Fall des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG kommt es also nicht darauf an, dass der Gläubiger des Unterlassungsanspruchs unmittelbarer Konkurrent des Schuldners ist. Als sonstige Marktbeteiligte gelten vor allem die Vertreter vor- und nachgelagerter Marktstufen (Lieferanten und Abnehmer). Dem Gesetzgeber schwebte sogar die **Einbeziehung einzelner Verbraucher** vor; jedoch dürfte diese zu verneinen sein. Denn erstens findet der gesetzgeberische Wille im Gesetzestext keinen klaren Anhaltspunkt und zweitens würde mit einer langjährigen Rechtsprechungstradition gebrochen werden, die einzelne Verbraucher als Aktivlegitimierte ausschließt (Grund: Das Kartellrecht vermittelt keinen individuellen Schutz, sondern schützt den Wettbewerb als Ordnungsrahmen. Gleichzeitig geht es um die Vermeidung von Popularklagen. Auch fehlen die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für Massenklagen von Verbrauchern. Deren Interessen werden ausreichend über § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB wahrgenommen).

b) Beeinträchtigung: Aus funktionalen Gründen weites Begriffsverständnis; jede Vereitelung einer Marktchance.

c) Beachte: Über einen Unterlassungsanspruch können auch Verletzungen der Artt. 101, 102 AEUV geltend gemacht werden. Rechtsstreitigkeiten auf dieser Grundlage können dazu führen, dass ein Gericht dem EuGH Auslegungsfragen betreffend das europäische Kartellrecht vorlegt (zum Vorlageverfahren vgl. S. 119).

4) **Bußgelder** nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB. In diesem Zusammenhang entfalten die Kronzeugenregelungen besondere Bedeutung (dazu S. 132).

5) Abschöpfung der Vorteile für die Beteiligten durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB.

2. Insbesondere Schadensersatzansprüche

Die neunte GWB-Novelle regelte in Umsetzung der **Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU** das Schadensrecht in den §§ 33a ff. GWB umfassend neu. Die zentrale Anspruchsgrundlage stellt dabei **§ 33a Abs. 1 GWB** dar. Sie dürfte andere, in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen (§§ 823 Abs. 2 BGB, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) wegen der besonderen Ausgestaltung des Anspruchsinhaltes in den §§ 33b ff. als *lex specialis* verdrängen. Die Norm folgt folgendem Aufbau:

- (1) Verstoß gegen eine der in § 33 Abs. 1 GWB genannten Kartellrechtsnormen.
- (2) Fahrlässig oder vorsätzliche Begehungsweise.
- (3) Der entstandene Schaden muss in den persönlichen und sachlichen Schutzzweck der unter (1) verletzen Norm fallen (**Lehre vom Schutzzweck der Norm**). Dazu beinhaltet § 33 Abs. 3 GWB drei gesetzgeberische Aussagen:
 - (aa) Nach § 33 Abs. 3 kommt ein Anspruch des **Betroffenen** in Betracht. Dies sind Mitbewerber oder **sonstige Marktbeteiligte**. Seit der ORWI-Entscheidung des BGH umfasst dieser Tatbestand mittelbar Geschädigte, seit der Courage-Entscheidung sogar Kartellbeteiligte, seit der Kone-Entscheidung auch die Abnehmer von Kartellaußenseitern (zu alledem unter b)). Entscheidend für die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals dürfte daher stets der Private-Enforcement-Gedanke sein. Im **Klausuraufbau** liegt es nahe, das Tatbestandsmerkmal im Rahmen des persönlichen Schutzzwecks der Norm, also bei der Zurechnung, zu prüfen. Möglich ist es jedoch, den § 33 Abs. 3 GWB zunächst zu prüfen, weil § 33a Abs. 1 GWB unmittelbar auf die Norm verweist.
 - (bb) Aus § 33 Abs. 3 GWB folgt, dass schadensersatzberechtigt nur ein Unternehmer ist, **nicht** aber ein **Verbraucher**. Letzteres wirft aber gerade Fragen auf (dazu sogleich).

a) Der Grundgedanke des Private enforcement

Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch ist kein Selbstzweck, sondern er wird dem Einzelnen durch das Kartellrecht als Anreiz gewährt, um in eigener Sache gegen Kartellverstöße vorzugehen. Dabei tritt die **private Durchsetzung des Kartellrechts (Private enforcement)**, neben das Public enforcement, die Durchsetzung des Kartellrechts durch die Kartellbehörden nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 und § 32 GWB. Vgl. dazu auch die beiden maßgeblichen Entscheidungen des EuGH:

EuGH, Urt. v. 20.9.2011 – C-453/99, Slg. 2001,I-6297, Rn. 27 – **Courage und Crehan**

EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – C-259/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 91 – **Manfredi**

Der Gedanke des Private Enforcement führt zu einer sog. „**Jedermann**“-**Rechtsprechung**: Jede Person soll die Schäden, die ihr infolge eines Kartellverstoßes entstanden sind, durchsetzen können.

Der EuGH führt dazu in der Courage-Entscheidung aus:

*„ 26 Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht **jedermann** Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb*

beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.

*27 Ein solcher Schadensersatzanspruch **erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln** und ist geeignet, von - oft verschleierte - Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“*

Bei der Auslegung und Konkretisierung der Anspruchsgrundlagen muss deshalb beachtet werden, dass es nicht nur um individuelle Ansprüche des Geschädigten geht, sondern an ihrer Durchsetzung auch ein öffentliches, an der Kartellrechtspflege orientiertes Interesse besteht. Die europäische Lehre vom **effet utile** gebietet es daher, Schadensersatzansprüche nicht deswegen zu versagen, weil ihre Berechnung schwierig ist (BGH 28.6.2011 – KZR 75/10 = NJW 2012, 928 – Orwi, Rn. 36). Daraus resultiert als Prinzip, dass die **Effizienz der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen** möglichst gewährleistet werden muss.

b) Die Lehre vom Schutzzweck der Norm

Diese Lehre spielt nach deutschem Recht eine bedeutende Rolle bei der objektiven Zurechnung im Rahmen der **haftungsbegründenden Kausalität**. Ein Schaden wird danach nur unter zwei Voraussetzungen ersetzt:

- aa) der eingetretene Schaden fällt in den sachlichen und persönlichen Schutzbereich des Schutzgesetzes und
- bb) es besteht ein Sorgfaltswidrigkeitszusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes und dem Schadenseintritt: Gerade die Verletzung des Gesetzes muss danach zu dem eingetretenen Schaden geführt haben.

Bislang sind im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch und der Schutzzweckproblematik folgende **Probleme** und Fragestellungen bekannt:

(1) Fallen Rechtsverletzer (Kartellanten) selbst in den persönlichen Schutzbereich? Dies wird für möglich gehalten in EuGH, Urt. v. 20.9.2011 – C-453/99, Slg. 2011,I-6297, Rn. 24 – **Courage und Crehan**. Entscheidend kommt es darauf an, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV den Kartellanten selbst vor dem Verhalten der übrigen Kartellbeteiligten schützt. Der einzelne Rechtsverletzer (Kartellant) fällt wohl in den Schutzbereich, wenn er von der anderen Seite in das Kartell gedrängt und dort geschädigt wird. Auch greift hier der Gedanke des Private enforcement. Wenn der Rechtsverletzer (Kartellant) im Wege der Schadensersatzklage gegenüber den anderen Beteiligten vorgehen kann,

gefährdet dies die Stabilität des Kartells und dient der Durchsetzung des Kartellrechts. Die Courage-Entscheidung betrifft dabei eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung.

(2) Fallen Verbraucher in den persönlichen Schutzbereich? Die Frage wirft zurzeit erhebliche Zweifel auf. In Erwägungsgrund 3 und 13 der Schadensersatzansprüche wird der Schutz von Verbrauchern durch Schadensersatzansprüche vorausgesetzt. Allerdings sehen die Normen der Richtlinie selbst nicht zwingend eine Aktivlegitimation von Verbrauchern vor. Hinzu kommt, dass der deutsche Gesetzgeber dem Verbraucherschutz durch Aktivlegitimation von Verbraucherschutzverbänden nach § 33 Abs. 4 Nr. 2 lit. a GWB Rechnung trägt. Inwiefern daneben ein einzelner Verbraucher vorgehen kann, wird deshalb zum Problem, weil es an den prozessrechtlichen Voraussetzungen für eine Verbraucherschadensersatzklage fehlt. Denn regelmäßig besteht die Gefahr, dass auf eine tagespolitische Debatte hin hunderte bzw. tausende Klagen gegen ein Unternehmen von Verbraucherseite bei unterschiedlichen Landgerichten eingereicht werden und dem betroffenen Unternehmen (oft ohne substantielle rechtliche Grundlage) schwer schaden. Hier fehlen zurzeit noch die geeigneten prozessualen Institute (vgl. dazu S. 134 ff.).

(3) Fallen mittelbar Geschädigte in den persönlichen Schutzbereich? (BGH Orwi Rn. 19 ff.)? Mittelbar Geschädigte sind Unternehmer, die nicht selbst mit einem der Beteiligten des Kartells Geschäfte getätigt haben, sondern von einem Verkäufer erworben haben, der seinerseits Geschäftspartner eines Rechtsverletzers (Kartellanten) war und von diesem zu überhöhten Kartellpreisen beliefert wurde. Sie fallen nun ausdrücklich nach § 33c Abs. 2 GWB als sog. mittelbare Abnehmer in den Schutzzweck der Norm. Ausschlaggebend ist der sog. Private Enforcement-Gedanke.

(4) Preisschirmeffekte (vgl. dazu die Entscheidung EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-557/12 – **Kone**). Bei der Lehre vom Preisschirmeffekt geht es um die Zurechnung eines durch Außenseiter verursachten Schadens gegenüber den Beteiligten eines Preiskartells. Das Ziel eines Preiskartells liegt regelmäßig in der Etablierung eines Preises über Wettbewerbsniveau. Dieses Vorhaben und die dahinterstehenden Absichten werden auch von Außenseitern erkannt, die mit dem Kartell konkurrieren, ihm also nicht angehören. Diesen Außenseitern bietet sich deshalb folgende **Handlungsalternative**: Sie können einerseits den hohen Kartellpreis unterbieten und damit die Kartellbeteiligten offen herausfordern oder sie können andererseits die eigenen Preise dem Kartellniveau anpassen. Gegen die erste Handlungsmöglichkeit kann vor allem die Machtstellung der am Kartell Beteiligten sprechen, die dazu führt, dass der Außenseiter einen Preiskampf tendenziell zu vermeiden sucht (vgl. den Benrather Tankstellenfall S. 7). Hinzu treten die Verluste, die für den Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Außenseiter stets mit einer Niedrigpreisstrategie verbunden sind. Risikoärmer und gewinnträchtiger erscheint es aus seiner Sicht daher, sich der Verhaltensweise des Kartells anzupassen und den Preis entsprechend zu erhöhen. Dadurch fordert er die Kartellbeteiligten nicht zu einem Preiskampf heraus und erhöht zugleich die eigene Rendite pro verkaufter Einheit. Dies lohnt sich für den Außenseiter vor allem deshalb, weil die Marktgegenseite wegen des Preiskartells keine oder nur wenige Ausweichmöglichkeiten hat. Auf diese Weise entsteht für den Außenseiter ein Verhaltensspielraum für Preiserhöhungen, der nicht mehr durch Abwanderung der Nachfrager (Kreuzpreisreaktionen) sanktioniert wird. Bildlich gesprochen **spannt das Kartell einen Schirm auf**, der auch den Außenseiter davor schützt, nach einer Preiserhöhung „im Regen“ zu stehen. Der Außenseiter selbst haftet regelmäßig nicht auf Schadensersatz, da er nur eine einseitige Verhaltensweise an den Tag legt, die nicht gegen Art. 101 AEUV verstößt (**erlaubtes Parallelverhalten**). Die Rechtsverletzer (Kartellanten) haften den Geschädigten hingegen auch für den Schaden, den der Außenseiter verursacht hat. Denn das Kartell erhöht in spezifischer Weise die Gefahr dieser Preisschirmeffekte und gefährdet damit die Vertragspartner des Außenseiters mit. Der vom Außenseiter verursachte Schaden fällt daher in den sachlichen Schutzzweck der verletzten Norm (Art. 101 AEUV). Das Verhalten der Kartellbeteiligten erinnert an die aus dem Deliktsrecht bekannten sog. **Herausforderungsfälle**, weil die Beteiligten in rechtswidriger Weise das Verhalten des Außenseiters provozieren, dieser sich dazu ohne eigene rechtswidrige Handlung herausgefordert fühlen durfte und sich im eingetretenen Erfolg (der Preiserhöhung seitens des Außenseiters) gerade die spezifische Gefahr verwirklicht, die bereits in der Provokation angelegt war. Der **BGH** hat nun allerdings in Sachen **Schienenverkehr IV** entschieden, dass **keine tatsächliche Vermutung** für einen Preisschirmeffekt besteht, wenn ein Markt von einem Preiskartell beherrscht wird (BGH 19.5.2020 – KZR 8/18 – Schienenkartell IV Rn. 40). Hintergrund ist die Rechtsprechung des Gerichts zum fehlenden Anscheinsbeweis für einen Grundschaden, wenn der Markt von einem Preiskartell dominiert wird (zu den Gründen S. 126). Ein Kartellgeschädigter wird daher in der Praxis darlegen und beweisen müssen, dass aufgrund des Preiskartells eine wettbewerbswidrige Preiserhöhung eingetreten ist und dass der Außenseitern auf diese reagiert hat. Allerdings ist dabei folgendes zu bedenken: § 33a Abs. 2 GWB vermutet zugunsten des Kartellgeschädigten jetzt den Eintritt eines haftungsbegründenden Schadens (dh. die Existenz eines Schadens überhaupt, unabhängig von dessen Höhe). Auf Fälle nach Inkrafttreten dieser Regelung findet die Rechtsprechung des BGH keine Anwendung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese für Neufälle in Bezug auf den Preisschirmeffekt aufrechterhalten werden kann.

c) Beweisführung (§ 33a Abs. 2 bis 4 GWB)

Ein zentrales Problem des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs liegt in der Bezifferung des Schadens. Denn der durch das Kartell bedingte **Marktverwirrungsschaden** ist häufig nur schwer festzustellen, weil der Betroffene nie genau beweisen kann, welchen Preis er gezahlt bzw. welche Profite er erzielt hätte, wenn es die Kartellwirkungen nicht gegeben hätte. Denn für ein bestimmtes Marktergebnis ist sehr häufig ein komplexes Ursachenbündel verantwortlich, nie aber nur ein bestimmter Kartellrechtsverstoß; die Kostenstruktur eines Produktes aber ist für den Außenstehenden oft schwer nachzuvollziehen. Dem können die Absätze 2 und 3 des § 33a GWB nur teilweise abhelfen. § 33a Abs. 2 GWB regelt die **Vermutung für die sog. haftungsbegründende Kausalität**, d.h. die Frage, ob das Kartell überhaupt einen Schaden, den sog. Grundscha-den, verursacht hat.

BGH Freunde des Schienenverkehrs

Der **BGH** verneint die Möglichkeit, dass der Nachweis eines Preiskartells in jedem Fall einen Anscheinsbeweis für eine wettbewerbsfremde Preiserhöhung in Bezug auf das betroffene Produkt auf dem Markt bewirken kann (BGH 11.12.2018 – KZR 26/17 – **Freunde des Schienenverkehrs**).

„(55) Zwar entspricht es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wirtschaftlicher Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines Kartells häufig zu einem Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen führt. Dies gilt nicht nur für die Absprache von Preisen, sondern auch für die gemeinsame Festlegung bestimmter Quoten oder für Absprachen über die Zuweisung bestimmter Kunden an die Kartellanten. Durch solche Absprachen sind die beteiligten Unternehmen in einem gewissen Umfang der Notwendigkeit enthoben, sich im Wettbewerb zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen. Sie zielen mithin darauf, den Preiswettbewerb weitgehend außer Kraft zu setzen. Unternehmen, die sich aufgrund solcher Absprachen nicht dem Wettbewerb stellen müssen, werden im Regelfall keinen Anlass sehen, bestehende Preissenkungsspielräume zu nutzen. Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen vielfach eine Kartellrendite entstehen. Treffen Unternehmen trotz der damit einhergehenden erheblichen Risiken solche Absprachen, streitet danach eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache bildeten...“

*(57) Auch wenn danach hinsichtlich der Wirkungen von Kartellen ökonomisches Erfahrungswissen besteht, fehlt es angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen an der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität. Zwar sind solche Absprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet. Denn das von den beteiligten Unternehmen gemeinschaftlich verfolgte Ziel, als auskömmlich angesehene Preise zu erzielen, kann regelmäßig umso eher erreicht werden, je besser die Absprachen umgesetzt werden und je höher die Kartelldisziplin ist. Dies rechtfertigt jedoch **nicht den Schluss, dass eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Absprachen erfolgreich umgesetzt werden, also die Erzielung höherer Preise einem typischen Geschehensablauf entspricht**. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang wettbewerbsbeschränkende Absprachen einen Preiseffekt haben, wird von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst, etwa der Anzahl der Marktteilnehmer, der Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, ihren Möglichkeiten, die für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationen auszutauschen, dem Anteil der Marktabdeckung, dem Grad der*

Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite, ihren Bedarf anderweitig zu decken oder sonstige Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Der Einfluss dieser Faktoren kann, gerade wenn es - wie hier - um wettbewerbsbeschränkende Absprachen geht, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, erheblichen Veränderungen unterliegen. Insbesondere darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Absprachen von Unternehmen getroffen werden, die grundsätzlich jeweils ihre eigenen Interessen verfolgen und nicht durchweg bereit sein müssen, sich der Kartelldisziplin zu fügen. Schon mit Rücksicht darauf fehlt es an einem typischen, gleichförmigen Hergang.“

(58) Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises hat dazu geführt, dass das Berufungsgericht die Einwendungen der Beklagten nur je für sich und nur unter dem Gesichtspunkt erörtert hat, ob das Vorbringen geeignet ist, den Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern. Infolgedessen ist die **rechtlich gebotene umfassende Würdigung aller Umstände unterblieben**. Diese wird nachzuholen sein. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird sich das Berufungsgericht unter anderem mit dem Vorbringen der Beklagten zu befassen haben, wonach die Absprachen nicht zu einer Preiserhöhung, sondern lediglich zu einer besseren Auslastung der Produktionskapazitäten der beteiligten Unternehmen führten, was dadurch bestätigt werde, dass nach der Aufdeckung des Kartells ein Teil dieser Kapazitäten weggefallen und die Preise im Ergebnis gestiegen seien. Erwiese sich dieses Vorbringen, zu dem das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, als zutreffend, könnte dies der Anwendung des oben wiedergegebenen Erfahrungssatzes, wonach ein Preis-, Quoten- und Kundenschutzkartell häufig zu einem Mehrerlös der beteiligten Unternehmen führt und - als Kehrseite - Preiseffekte zum Nachteil der Marktgegenseite hat, im konkreten Fall entgegenstehen. Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang andererseits auch dem durch ein Privatgutachten des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung e.V. unterlegten Vortrag der Klägerin nachzugehen haben, wonach das Kartell zu deutlich höheren Preisen für Schienen und Weichen geführt habe.“

Diese Entscheidung ist aus **fünf Gründen von großer praktischer Bedeutung** für das Kartellschadensrecht:

1. Sie betrifft alle Altfälle vor der Einführung des § 33a Abs. 2 GWB.
2. Sie liefert Hinweise dafür, wie die Vermutung des § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB widerlegt werden kann.
3. Sie führt zu der Frage, ob die Verneinung eines Anscheinsbeweises mit der **Jedermann-Rechtsprechung des EuGH** und dem dort begründeten **Effektivitätsgrundsatz** vereinbar ist. Denn Art. 17 Abs. 2 Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU sieht eine widerlegliche Vermutung als Ausdruck des Effektivitätsgrundsatzes (Art. 4 der RL) vor. Die Norm gilt zwar nicht für Altfälle, lässt aber erkennen, was der europäische Gesetzgeber unter einem effektiven Rechtsschutz der Kartellgeschädigten versteht. Der BGH hätte eigentlich die Frage vorlegen müssen, ob eine ungeschriebene tatsächliche Vermutung dieses Inhalts auch für Altfälle besteht. Er hat diese Notwendigkeit in seinen Entscheidungsgründen verneint (Rn. 56).
4. Die Entscheidung verweist auf ein altes **Grundlagenproblem des Kartellrechts**. **Vermutungen** zugunsten der Kartellbehörde wie etwa die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nach **§ 18 Abs. 4 GWB** entfalten im Kartellrecht nicht die

Wirkung, die aus dem Zivilprozessrecht, etwa im Bereich des **§ 286 ZPO**, bekannt ist. Dort kehrt eine Vermutung die Beweislast um und führt dazu, dass die Prozesspartei, gegen die sich die Vermutung richtet, die Vermutung durch Führung des Gegenbeweises zur vollen Überzeugung des Gerichts widerlegen muss. Eine so weitgehende Wirkung widerspricht jedoch dem auf Freiheitssicherung gerichteten Zweck des Kartellrechts. Nach diesem darf unternehmerisches Verhalten nur verboten werden, wenn dessen Auswirkungen im Rahmen **einer umfassenden Gesamtbetrachtung** durch das BKA und die Gerichte überprüft worden ist. Die Vermutung entfaltet für die Behörde und die Gerichte die Funktion eines ersten Anhalts (**Aufgreifkriterium**) und einer Arbeitshilfe, wenn alle tatsächlichen Auswirkungen ermittelt sind, jedoch eine Unsicherheit bei ihrer Bewertung verbleibt. Auf diese Rechtsfolge zielt mit guten Gründen auch der BGH in Rn. 58 seiner Entscheidung ab. Die Instanzgerichte hatten es sich zuvor aufgrund der Vermutung zu leicht gemacht!

5. Aufgrund derselben Überlegungen verneint der BGH eine tatsächliche Vermutung für die Voraussetzungen eines Preisschirmeffekts (BGH 19.5.2020 – KZR 8/18 – Schienenkartell IV Rn. 40; dazu S. 125).

Durch § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB verbessert sich jetzt die Beweissituation der Kartellgeschädigten. Die **haftungsbegründende Kausalität** wird bei Kartellen iSd. der Norm genannten Form des Kartells **widerleglich vermutet**. Dies bedeutet jedoch, dass die Kartellanten diese Vermutung auch widerlegen können. Die BGH-Entscheidung liefert unter Rn. 57 erste Anhaltspunkte.

Diese Vermutung knüpft an die **Kartellrechtsdefinition des § 33a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB** an. Der deutsche Gesetzgeber entnimmt die Kartelldefinition Art. 2 Nr. 14 Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU. Zu beachten ist, dass § 33a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB keine Legaldefinition des Kartelltatbestandes liefern, sondern **Fälle von Hardcorekartellen** konkretisieren (S. 63), bei denen der Eintritt eines haftungsbegründenden Schadens nach der Lebenserfahrung naheliegt. Koordiniert das Kartell etwa die Verkaufspreise iSd. § 33a Abs. 2 Satz 3 GWB spricht jetzt(!) ein allgemeiner Erfahrungssatz dafür, dass dies auch tatsächlich zu einer kartellbedingten und daher wettbewerbsfremden Preiserhöhung geführt hat.

Das **eigentliche Problem des Kartellschadensersatzanspruchs** liegt jedoch in der **Darlegung und dem Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität**. Dabei geht es um die Frage, welcher Vermögensschaden genau beim Kartellbetroffenen nach der Differenztheorie (§ 249 Abs. 1 BGB) eingetreten ist. Selbst wenn der Betroffene die Entstehung des Kartells und eine damit verbundene Verschlechterung des Preiswettbewerbs im Prozess darlegen und beweisen kann, fällt es ihm idR. Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

schwer, den dadurch entstandenen konkreten Vermögensnachteil in seinem Vermögen zu substantiieren (zur Substantiierungslast: § 138 Abs. 2 ZPO). Im Prozess muss der Kunde nämlich vortragen, dass der an einen Kartellanten gezahlte Kaufpreis kartellbedingt um einen ganz bestimmten Betrag über dem Wettbewerbsniveau lag und damit entsprechend zu hoch war. Für die Höhe des auf einem Markt zustande kommenden Preises ist jedoch regelmäßig ein **komplexes Ursachenbündel** verantwortlich (steigende Produktionskosten, steigende Nachfrage, Spekulation usw.). Das Preiskartell stellt dabei häufig nur einen einzelnen Faktor bei der Preisbildung dar, dessen Kausalbeitrag für die Gesamthöhe des vom Geschädigten verlangten Kaufpreises schwer zu substantiieren ist. Hier zeigen sich dieselben Schwierigkeiten, die später noch bei der Konkretisierung des Preishöhenmissbrauchs (Ausbeutungsmisbrauchs) begegnen werden (S. 157). In Bezug auf die Schwierigkeiten der substantiierten Darlegung und der Beweisführung hilft § 33a Abs. 3 GWB nicht weiter, sondern beinhaltet vielmehr einen Verweis auf § 287 ZPO. Nach dieser praktisch bedeutenden Norm entscheidet das Gericht über die Schadenshöhe (die haftungsausfüllende Kausalität) „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“. Auf der Grundlage dieser Norm sind Beweiserleichterungen und Schätzungen durch die Gerichte möglich. Daran knüpft eine **neuere Auffassung** an, die Grundsätze für die gerichtliche Schätzung erarbeiten will (LG Dortmund 30.9.2020 – 8 O 115/14, NZKart 2019, 612; zuvor *Kühnen* NZKart 2019, 515; vgl. auch *Thiede* NZKart 2020, 657). Allerdings scheint diesbezüglich **Vorsicht** geboten. Die Gerichte bedürfen auch bei der Anwendung des § 287 ZPO einen Anhalt über die Schadenshöhe, den sie dann nach eigener Würdigung durch Schätzungen ergänzen. Sie können aber nicht irgendeinen Betrag völlig frei herausgreifen.

Die Praxis behilft sich für „**Neufälle**“ durch die Vereinbarung von **Vertragsstrafeversprechen mit dem Vertragspartner** für den Fall seiner eventuellen Kartellteilnahme iSd. § 32a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB. Durch die ausbedungene Vertragsstrafe (§ 339 Satz 2 BGB) wird die Schadenshöhe **pauschalisiert**. Dies bedeutet, dass die geschädigte Vertragspartei von der Gegenseite wegen deren Kartellbeteiligung die versprochene Vertragsstrafe fordert und den eingetretenen Schaden nicht weiter substantiieren muss. Beachten Sie dabei jedoch folgenden **Zusammenhang**: Grundsätzlich kann die Höhe der Vertragsstrafe nach § 343 BGB herabgesetzt werden. Denn das Vertragsstrafeversprechen verfolgt zwei Zwecke: Es setzt einen Anreiz zur loyalen Vertragserfüllung und pauschaliert den späteren Schaden. Liegt die Pauschalierung jedoch über dem eingetretenen Schaden, kann ein Nichtunternehmer (Nichtkaufmann) Herabsetzung der Vertragsstrafe auf den tatsächlich eingetretenen Schaden nach § 343 BGB verlangen. Das Gericht entscheidet dann durch Gestaltungsurteil. Diese Möglichkeit steht einem Kaufmann (Unternehmer) nach § 348 HGB nicht zu, so dass ihm gegenüber stets die vereinbarte Vertragsstrafe – unabhängig von der Höhe des eingetretenen Schadens – erfolgt werden kann. Allerdings durchkreuzt die UWG-Reform 2020 die Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Wirkung des § 348 HGB im Schnittfeld zwischen UWG und Kartellrecht durch den neu geschaffenen **§ 13a Abs. 4 UWG**. Denn nach dieser Norm **kann auch ein Unternehmer Herabsetzung der Vertragsstrafe verlangen**. Dies bedeutet, dass der Streit zwischen dem Kartellanten und seinem Kunden über die Höhe des eingetretenen Schadens in den Streit über die Herabsetzung der Vertragsstrafe verlagert wird. Immerhin **verschiebt sich dabei die Darlegungs- und Beweislast** zu Lasten des Kartellanten: Dieser muss im Zweifel darlegen und beweisen, dass der Kartellschaden nicht so hoch war, wie er im Vertragsstraferversprechen pauschaliert war. Doch bleibt abzuwarten, ob die Praxis diese Klauseln auf der Grundlage von §§ 307 Abs. 1 Satz 1, 310 Abs. 1 BGB akzeptieren wird (**ablehnend** LG Potsdam NZKart 2015, 152). Auf die großen Schadensersatzprozesse wie denjenigen um das Schienenkartell (S. 126) können sich diese Klauseln selbstverständlich nicht auswirken, da die Schäden oft vor Jahren entstanden sind.

Dagegen bereitet das **US-amerikanische Kartellrecht** den Geschädigten keine Probleme bei der Darlegung und beim Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität nicht. Denn dort können die Gerichte nach **Art. 4 Clayton Antitrust Act von 1914** auf den sog. **Treble Damage** erkennen. Danach darf das Gericht Schadensersatz in Höhe der dreifachen Summe des tatsächlich eingetretenen Schadens zusprechen. Diese Norm stellt einen Sondertatbestand des sog. **Punitive Damages** dar und verfolgt zugleich Sühne- und Präventionsfunktion einer Strafrechtsnorm. Deswegen sind die Substantiierungsanforderungen an die Höhe des Schadens für die Klägerseite wesentlich niedriger als im deutschen Recht.

§ 33a Abs. 4 GWB regelt immerhin die Höhe des **Zinsschadens**.

d) Follow-on-Klagen

§ 33b GWB verbessert die Rechtsstellung der Schadensersatzkläger erheblich, wenn eine Kartellbehörde die Kartellrechtswidrigkeit eines Verhaltens festgestellt hat. Diese Feststellung, die häufig in einem Verfahren nach § 32 GWB oder Art. 7 VO Nr. 1/2003 ergeht, bindet die Zivilgerichte im Schadensersatzprozess im Hinblick auf den Kartellrechtsverstoß.

BGH Lottoblock II

Der Umfang der Bindungswirkung war Gegenstand der Entscheidung BGH, Urt. v. 12.7.2016 – KZR 25/14 – **Lottoblock II**. Die Überlegungen gehen hier sehr in Details des Verfahrensrechts; daher nur so viel: Der Umfang der Bindungswirkung hängt davon ab, inwieweit eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Entscheidungsgründen des Gerichts oder der Kartellbehörde festgestellt worden ist: Eine Bußgeldentscheidung enthält deshalb idR. Feststellungen zur Dauer des Verstoßes, was bei Entscheidungen nach § 32 GWB und Art. 7 VO Nr. 1/2003 nicht der Fall ist. Geht daher den Rechtsverletzern (Kartellanten) eine Abstellungsverfügung aufgrund Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

einer dieser beiden Normen zu, kann aus dieser allein noch keine Bindungswirkung im Hinblick auf eine andauernde Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens abgeleitet werden. Vgl. auch die Entscheidung unter Grauzementkartell II unten unter g).

e) **Passing-On-Defence (Schadensabwälzung; § 33c GWB)**

Als sog. **Passing-On-Defence** wendet der in Anspruch genommene Rechtsverletzer (Kartellant) ein, dass der Schadensersatzgläubiger (**unmittelbarer Abnehmer**) nicht schutzwürdig sei, weil er seinerseits den kartellbedingten Mehrschaden an den eigenen Käufer (**mittelbarer Abnehmer**) weitergegeben habe. Nach § 33c Abs. 1 Satz 1 GWB ist deswegen allein der Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen. Allerdings muss der unmittelbare Abnehmer sich das, was er vom Kartellschaden auf den mittelbaren abwälzen konnte, nach § 33c Abs. 1 Satz 2 GWB im Wege der **Vorteilsausgleichung** anrechnen lassen. Dies entspricht den Grundsätzen der ORWI-Entscheidung (BGH 28.6.2011 – KZR 75/10 = NJW 2012, 928 – Orwi, Rn. 57 ff.). Die Vorteilsausgleichung ist ein Institut des Schadensrechts. Im Rahmen der **Differenzbetrachtung** (= Vergleich des Vermögens des Opfers mit und ohne das schädigende Ereignis) muss sich der Geschädigte dabei nach § 242 BGB auch Vorteile anrechnen lassen, die adäquat kausal auf das schädigende Ereignis zurückgehen. Dazu zählt auch die Abwälzung des Schadens auf die nachgelagerte Marktstufe.

Nach § 33c Abs. 2 GWB wird **zugunsten des mittelbaren Abnehmers vermutet**, dass ein Schaden auf ihn abgewälzt worden ist. Die Vermutung steht unter zwei Einschränkungen: Die Höhe der Abwälzung wird nicht vermutet. Auch kann sich der Schädiger nicht gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer auf die Vermutung berufen.

Aus der Vorteilsausgleichung resultiert ferner das Problem **der doppelten Inanspruchnahme des Kartellanten**: Häufig ist streitig, in welchem Umfang die kartellbedingten Preiserhöhungen auf die nachgelagerte Marktstufe weitergegeben worden sind. Die Rechtsverletzer müssen davor geschützt werden, dass sie in den verschiedenen Prozessen mit den unmittelbar und mittelbar Kartellgeschädigten zu unterschiedlichen Quoten und am Ende sogar über 100 % hinaus verurteilt werden.

Beispiel: V ist Beteiligter eines Preiskartells über Keramikfliesen. Er hat die Fliesen der Marke Y an K für 15 € das Stück verkauft. Ohne das Kartell hätte der Kaufpreis bei 12 € gelegen. K hat die Fliesen für 20 € an ZK verkauft. ZK behauptet, K hätte ihm die Fliesen ohne das Kartell für 17 € verkauft. K hingegen meint, er hätte die Fliesen in diesem Fall an ZK für 18 € verkauft. Unter diesen Bedingungen macht K gegen V einen Schaden von 1 € pro Fliese geltend, ZK aber von 3 € pro Fliese. Nachweislich liegt der gesamte kartellbedingte Schaden jedoch nur bei 3 €. Könnten K und ZK den V jetzt isoliert in Anspruch nehmen, haftete dieser plötzlich auf 4 € pro Fliese.

Hier gewährt der BGH Schutz über das Institut der **Streitverkündung nach § 72 Abs. 1 ZPO**. Die Rechtsverletzer können allen Geschädigten den Streit verkünden. Dann ist diesen nach § 68 ZPO verwehrt, die Richtigkeit des Urteils in einem Folgeprozess anzugreifen. **Kritik:** Gerade der Schutz über § 72 ZPO überzeugt nur bedingt, wenn die Ware weltweit vertrieben wird. Die Personen der indirekten Abnehmer sind den Rechtsverletzern nicht bekannt und wohl nur zwangsweise und mit Mühen in Erfahrung zu bringen. Das Interesse an einer effizienten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen steht außer Verhältnis zu den rechtlichen Folgeproblemen: Denn die indirekten Abnehmer tragen oft nur geringe Schäden. Sie veranlassen jedoch die Rechtsverletzer durch Beweisangebote zu langen, in ihren Folgen nicht abzuschätzenden Rechtsstreiten über Grund und Umfang des Schadens.

f) Akteneinsichtsrechte und Behandlung des Kronzeugen

Die Akteneinsicht und die damit verbundene Behandlung von Kronzeugen waren Gegenstand der Entscheidung des EuGH in Sachen **Pfleiderer** (EuGH Slg 2011, I-5161 = WuW 2011, 769 = WuW/EU-R 1975 – Pfleiderer). **Kronzeugen** dürfen nach den Verwaltungsvorschriften der Kartellbehörden

1. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 8.12.2006, ABl.EU C-298/17 (auch **Leniency Rules** genannt)
2. Die **Bonusregelung des BKA** vom 7.3.2006 – Bekanntmachung Nr. 9/2006 (s. Internet; Ermächtigungsgrundlage: § 81 Abs. 7 GWB)

einen Straferlass bzw. eine Strafmilderung erwarten, wenn sie als Kartellanten einen substantiellen Beitrag zur Aufdeckung des Kartells leisten. Die Regelungen zielen auf den Interessengegensatz der im Kartell zusammenkommenden Konkurrenten und die aus dem gegenseitigen Misstrauen resultierende Sprengkraft (vgl. das sog. **Gefangenendilemma**). Weil kein Rechtsverletzer (Kartellant) weiß, ob ihm nicht ein anderer als Kronzeuge zuvorkommt, können kleinste Spannungen zu einem Wettlauf um die Bußgeldreduzierung bei der Kartellbehörde führen und damit die Aufdeckung des Kartells einleiten. Dieser Anreiz sinkt jedoch, wenn dem Kronzeugen im Anschluss an seine Einlassung eine Schadensersatzklage eines Kartellgeschädigten droht und der Geschädigte die zu den Akten genommenen Einlassungen des Kronzeugen als Prozessstoff und Beweismittel in den Schadensersatzprozess einführt.

Der **EuGH** geht in der Pfleiderer-Entscheidung noch davon aus, dass die nationalen Behörden und Gerichte im Einzelfall das Interesse an einer effizienten Rechtsdurchsetzung gegenüber den Schadensersatzinteressen des Abnehmers **abwägen** müssten (Rn. 26 ff.). Nun **schließt § 33g Abs. 4 GWB die Akteneinsicht weitgehend aus**.

Nach § 33e GWB Abs. 1 Satz 1 GWB ermäßigt sich der vom Kronzeugen zu leistende **Schadensersatz** auch nur auf den von ihm selbst verursachten Schaden. Die Norm begründet eine Ausnahme von der ansonsten bestehenden gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellanten nach § 33d GWB. § 33e Abs. 1 Satz 2 GWB begründet allerdings eine Ausfallhaftung für den Fall der Insolvenz der übrigen Schädiger (beachte hier auch Abs. 2!). Auch die gesamtschuldnerische Haftung des Kronzeugen gegenüber den übrigen Kartellanten ist beschränkt (§ 33e Abs. 3 GWB).

EuGH Autoglas

Ob gerade § 33e GWB Abs. 1 Satz 1 GWB aufrechterhalten werden kann, ist nach einer neueren Entscheidung des **EuGH** (26.7.2017 – C 517/15 - **AGC Glass Europe** (auch: **Autoglas**)) offen. In der Entscheidung geht es gerade darum, inwieweit sich eine **Kronzeugenregelung auf zivilrechtliche Ansprüche des Kartellgeschädigten** auswirkt. Die Europäische Kommission hatte nämlich ihre eigene Entscheidung gemäß Art. 30 VO Nr. 1/2003 veröffentlicht und war darin auf die Selbstbelastung des Kronzeugen eingegangen. Das Problem liegt darin, dass eine solche Veröffentlichung die Beweislage eines Kartellgeschädigten im Schadensersatzprozess entsprechend verbessert. Der EuGH geht dennoch davon aus, dass Kronzeugenprogramme keinen Einfluss auf Schadensersatzansprüche haben (Rn. 76 ff.). Insbesondere darf die Kommission Informationen über die Kronzeugenaussage veröffentlichen (Rn. 80). Wieweit daher der nationale Gesetzgeber die gesamtschuldnerische Außenhaftung des Kronzeugen beschränken darf, erscheint als eine offene Frage.

In diesem Zusammenhang darf noch auf ein **weiteres Problem** hingewiesen werden: Das Bußgeld zielt nach Art. 23 Abs. 5 VO Nr. 1/2003 nicht auf Bestrafung. Dann kann seine Zielsetzung nur in einer Gewinnabschöpfung bestehen. Leistet der Kartellant daher Schadensersatz, bleiben iHd. geleisteten Beträge keine aus dem Kartellverstoß resultierende und in seinem Vermögen abzuschöpfende Vorteile. Deshalb **müssten Schadensersatzleistungen eigentlich bei der Bemessung des Bußgeldes berücksichtigt** werden. Praktisch gestaltet sich dies jedoch schwierig, da die Bußgelder rasch, weil nach dem Ermessen der Kartellbehörden, festgesetzt werden, während die Schadensersatzprozesse über Jahrzehnte geführt werden. Jedenfalls beobachtet die Praxis einen **Rückgang der Kronzeugenanträge**, weil die Kartellanten sich mit diesen in den nachfolgenden Schadensersatzprozessen in eine ungünstige Darlegungs- und Beweisposition bringen (dazu *Makatsch NZKart* 2020, 103)

g) Verjährung

Die Verjährung der Schadensersatzansprüche ist in § 33g GWB geregelt.

BGH Grauzement

In einer zweiten aufsehenerregenden Entscheidung zum Kartellschadensersatzrecht aus dem Jahre 2018 (BGH 12. Juni 2018 – KZR 56/16 – **Grauzementkartell II**) hat der **BGH** die Verjährungsregelung des **§ 33g Abs. 5 GWB** (besser gesagt: die Vorläufernorm dieser Regelung) auf Schadensersatzansprüche erstreckt, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung entstanden, aber bei ihrem Inkrafttreten noch nicht verjährt waren. Im Follow-on-Rechtsstreit können danach die Schadensersatzkläger den Ausgang des Rechtsstreits über den Bußgeldbescheid des BKA abwarten. Deshalb durften in dem vom BGH entschiedenen Fall noch Schadensersatzansprüche für die Jahre 1993 und 2003 geltend gemacht werden!

Die Bedeutung der Norm liegt vor allem in der Praxis, da in Examensklausuren nur die aktuell geltenden Normen vorkommen. Bitte lesen Sie den Wortlaut des § 33g GWB dennoch sorgfältig durch!

h) Kollektiver Rechtsschutz

Ein Problem der praktischen Durchsetzung von Kartellschäden liegt darin, dass diese eine z.T. unübersehbare Vielzahl von Marktbeteiligten betreffen. Dies folgt allein schon aus dem Umstand, dass auch mittelbar Geschädigte anspruchsberechtigt sind (dazu oben Gliederungspunkt e). Der BGH versucht, einen Teil der daraus resultierenden Probleme durch das Institut der **Streitverkündung** in den Griff zu bekommen (ebenfalls oben Gliederungspunkt e). Das Problem reicht bei international gelagerten Fällen (VW-Abgas-Skandal) jedoch weiter. Idealerweise müssten sich sämtliche Kartellgeschädigten so organisieren können, dass von ihnen bestimmte Repräsentanten den Gesamtschaden gegenüber den Kartellanten geltend machen und später den gerichtlich erstrittenen Schadensersatz an die Geschädigten ausschütten könnten. Dies würde auch den Kartellanten nützen, da sich aus ihrer Sicht verlässlich in Ermittlung bringen ließe, mit welchen Gläubigern sie insgesamt zu rechnen haben.

Diesen Anliegen kommt die **Sammelklage. Rule 23 des Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)**, sog. **Class Action** entgegen; vgl. Rule 23(a):.

***Prerequisites.** One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*
- (2) there are questions of law or fact common to the class;*
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

Die Besonderheit dieser Klageform liegt in ihrer **Opt-Out-Struktur**. Urteile, die auf Massenklagen hin ergehen, binden alle Betroffenen, die einer Klasse zugeordnet sind, gleichgültig, ob sich der einzelne an der Klage beteiligt hat und in seiner Person alle Sachvoraussetzungen erfüllt oder nicht. Große Bedeutung kommt deshalb der Frage zu, welcher Kartellgeschädigte einer bestimmten Klasse angehört und welcher nicht. Die „Klasse“ der Betroffenen koordiniert sich dabei über ein eigenes Koordinationsorgan (Rule 23(g)). Sie schüttet später auch den erstrittenen Schadensersatz an die Betroffenen aus. Wegen der Möglichkeit der Geltendmachung eines Strafschadens aufgrund der Treble Damage Suit (S. 130), ist die auf Ersatz des Kartellschadens gerichtete Sammelklage ein scharfes Schwert. Die hohen Schadensersatzsummen verlocken jedoch auch zu opportunistischem Verhalten, also vor allem zu Klagen, die auf Liquidierung vergleichsweise geringfügiger Kartellverstöße gerichtet sind.

Im europäischen und deutschen Recht existiert kein vergleichbares Institut. Die Europäische Kommission hat einen **Richtlinienentwurf** vorgelegt, nachdem qualifizierte Einrichtungen Verbandsklagen erheben können (COM(2018) 184 final).

Typisch für Kartellschäden ist ihr **Streuschadenscharakter** (*Oechsler/Ricard* NZKart 2019, 308). Kartellschäden verteilen auf eine Vielzahl von Beteiligten auf unterschiedlichen Marktstufen: Unmittelbar treffen sie den Vertragspartner eines Kartellanten. Dieser verkauft die Sache jedoch weiter und gibt bei dieser Gelegenheit den ganzen Schaden oder einen Teil davon an die nächste Marktstufe weiter. Ist die Sache auf diese Weise erst einmal auf der Endverbraucherstufe angelangt, wurde der kartellbedingte Schaden, dh. der Teil der Kaufpreisforderung der durch das Kartell zu hoch ausfiel, auf viele Beteiligte verstreut. Wegen der oft geringen Höhe des Schadens, aber auch der Schwierigkeiten von Darlegung und des Beweises (welcher Marktteilnehmer trägt welchen Teil des Schadens?) entsteht eine sog. **rationale Apathie**: Der Einzelne lässt es beim Schaden bewenden und verzichtet auf dessen Liquidierung. Dadurch bleibt das in der Kartellbildung liegende Verhaltensunrecht ohne Folgen. Darunter leiden wiederum die präventive Funktion des Schadensersatzanspruchs und der Private-Enforcement-Gedanke.

Dieser Gefahr lässt sich am ehesten durch die Klage eines Verbraucherverbandes, idealerweise mit **Opt-Out-Struktur** vorbeugen. Ein Verband vertritt grundsätzlich sämtliche Kartellgeschädigten, es sei denn diese würden ihm gegenüber erklären, eigene Wege der Rechtsdurchsetzung zu beschreiten (opting out). Dadurch wird dem klagenden Verband der Nachweis erspart, bei welchem Betroffenen, welcher Schaden in welcher Höhe eingetreten ist. Denn prinzipiell vertritt der sämtliche Geschädigten und kann daher 100 % des eingetretenen Schadens geltend machen.

Für die Geltendmachung von Kartellschäden weitgehend **ungeeignet** ist **Musterfeststellungsklage** nach § 606 ZPO. Durch diese können qualifizierte Einrichtungen nur ein sog. Grundurteil über das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs erstreiten. So wird für alle Betroffenen einheitlich die haftungsbegründende Kausalität festgestellt werden. Nicht möglich ist es jedoch, konkrete Schadensersatzforderungen einzuklagen. Der schwierige Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität (dazu S. 128) bleibt dem einzelnen Geschädigten überlassen.

Im deutschen Recht existiert in **§ 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB** die Möglichkeit einer Verbandsklage für Unterlassungsansprüche. Der BGH hat festgestellt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für diese Klage auch dann besteht, wenn die einzelnen Mitglieder des Verbandes selbst Klage erheben könnten (BGH NZKart 2018, 581 – **PC mit Festplatten III**).

i) Sonstiges

§ 33d GWB regelt die **gesamtschuldnerische Haftung** der Kartellanten und den Binnenausgleich, wobei kleine und mittlere Unternehmen nach § 33d Abs. 3 bis 5 GWB begünstigt sind. Gegen die entsprechende Regelung in der Schadensersatzrichtlinie hatte die Bundesrepublik vergeblich protestiert.

§ 33f GWB trifft eine Regelung über Vergleiche (§ 779 BGB), die deren Abschluss tendenziell begünstigen will.

§ 33g GWB regelt das Akteneinsichtsrecht (s. oben zum Kronzeugen)

3. Deutsche Behörden und Verfahren

Bundeskartellamt: Es handelt sich nach § 51 Abs. 1 GWB um eine Bundesoberbehörde (BKA) mit Sitz in Bonn. Das BKA gehört zum Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums und unterliegt der Weisungsbefugnis des Ministers: § 52 GWB. Wie weit die **Weisungsbefugnis** geht, ist allerdings umstritten. Die Zuständigkeit dieser Behörde ergibt sich aus § 48 Abs. 2 GWB und umfasst grundsätzlich die Verfahren, die ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach die Grenzen der einzelnen Bundesländer übersteigen.

Befugnisse:

- **Verfügungen im so genannten akzessorischen Verfahren** nach § 32 GWB. Dabei handelt es sich um behördliche Verbote, die letztlich die gesetzlichen Verbote wiederholen und bekräftigen. Zweck: Erhöhte Rechtssicherheit, insbesondere im Hinblick auf spätere Bußgeldbescheide.
- **Abgabe von Verpflichtungszusagen** (§ 32b GWB); vgl. Zusagepraxis bei der Zusammenschlusskontrolle.
- **Widerruf von Freistellungsentscheidungen** etwa nach § 2 GWB (§ 32d GWB).
- **Eigenständige Verbote** wie in § 36 GWB.
- **Bußgelder** nach §§ 81 ff. GWB.

4. Die Kartellbeschwerde

Sie richtet sich gegen Verfügungen des BKA nach § 63 Abs. 1 GWB

- (1) Statthaftigkeit: Verfügung des BKA nach § 63 Abs. 1 GWB (nicht Bußgeld!)
- (1) Zuständig ist das OLG Düsseldorf (§ 63 Abs. 4 GWB).
- (2) Beschwerdebefugnis: Formalisierter Begriff der Beschwerdebefugnis nach § 63 Abs. 2 GWB – Diese bezieht sich auf den Begriff des Beteiligten nach § 54 Abs. 2 und 3 GWB. Ausnahme: Hat das BKA eine Person pflichtwidrig nicht beteiligt, ist auch diese beschwerdebefugt.
- (3) Form und Frist (1 Monat) nach § 66 GWB.

Gegen die Beschwerdeentscheidung ist die **Rechtsbeschwerde** zum BGH nach § 74 GWB zulässig.

- (1) Erforderlich ist die Zulassung durch OLG Düsseldorf (§ 74 Abs. 1 GWB)
- (2) Besonderheit: Es bestehen nur **absolute Rechtsbeschwerdegründe** (= grundsätzliche Bedeutung der Sache, nicht Betroffenheit eines Beteiligten) § 74 Abs. 2 GWB.

Gegebenenfalls noch: Nichtzulassungsbeschwerde nach § 75 GWB.

5. Das Bußgeldverfahren

Beachte den **Bußgeldkatalog** nach § 81 GWB! Der Bußgeldbescheid ergeht nach §§ 65 f. OWiG. Zuständig ist das BKA § 82 GWB. Beachte jetzt die § 81 Abs. 3a bis 3e GWB, die die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit (S. 26) in Grenzen nachgestalten.

Rechtsbehelf: **Einspruch nach § 67 OWiG i.V.m. § 83 GWB**

- (1) Statthaft bei Bußgeld nach § 81 GWB
- (2) Zuständig ist das OLG Düsseldorf (§ 82 GWB).
- (3) Frist: Zwei Wochen nach Zustellung (§ 67 OWiG); Form des § 67 OWiG

Gegen die Einspruchsentscheidung des OLG Düsseldorf ist die Rechtsbeschwerde nach § 79 OWiG eröffnet.

- (1) Statthaft bei Geldbuße von mehr als € 250 (§ 79 Abs. 1 Nr. 1 OWiG), ansonsten bei Zulassung nach § 79 Abs. 1 S. 2 GWB.
- (2) Zuständigkeit des BGH nach § 84 GWB
- (3) Binnen einer Woche nach Beschwerdeentscheidung: § 341 StPO i.V.m. § 79 Abs. 3 GWB.

III. Ergänzende Verbote im deutschen Recht

Beachte zunächst das **Druckverbot** nach § 21 Abs. 2 GWB: Die Norm beinhaltet ein Verbot an alle Unternehmen, Zwang dahingehend auszuüben, dass sich ein Konkurrent an einer nach dem GWB verbotenen Vereinbarung, z.B. einem Kartell nach § 1 GWB, beteiligt.

OLG Düsseldorf Preisbindung der zweiten Hand

OLG Düsseldorf, 18.9.2019 – VI U (Kart.) 3/19, NZKart 2019, 603 – Preisbindung der zweiten Hand: Möbelhersteller B hat den Liefervertrag mit dem Möbelhändler K innerhalb der vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt. Zuvor hatte B den K gebeten, auf Ihre Produkte keine größeren Rabatte als 5 % zu gewähren. B machte in diesem Zeitpunkt einen Jahresumsatz von 30 Mio. Euro, K hingegen von 200 Mio. Euro. K verlangt von B Schadensersatz mit folgender Begründung: Die Kündigung sei nur deshalb erfolgt, weil K die unverbindlichen Preisempfehlungen des B nicht eingehalten und auf eine entsprechende Drohung nicht reagiert habe.

Als Anspruchsgrundlagen zieht das OLG zunächst § 33a Abs. 1 GWB i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO in Betracht. Doch liegt seiner Ansicht nach eine Absprache über eine Preisbindung zwischen K und B nicht vor. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 4 lit. a Vertikal-GVO die Ausübung von Druck in Verbindung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung verbietet. Das OLG prüft diesen Gesichtspunkt im Rahmen eines Anspruchs aus § 33a Abs. 1 i.V.m. **§ 21 Abs. 2 GWB**. Dabei ordnet das Gericht § 21 Abs. 2 GWB als eine Norm ein, die Umgehungen des Kartellrechts durch Druckausübung verhindern soll (juris-Rn. 24). Ein Nachteil iSd. Norm besteht in jedem Übel, das bei objektiver Beurteilung geeignet ist, den Willen des Adressaten hin zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu beeinflussen (juris-Rn. 25). Die Androhung liegt in der ernsthaften Inaussichtstellung (juris-Rn. 25). Vorliegend ordnet das Gericht die Äußerung des B nicht als Drohung ein (juris-Rn. 26 ff.). Denn dazu fehle das **wirtschaftliche Gefälle** zwischen dem Unternehmen, das die Drohung ausspricht, und deren Adressaten. Den wesentlich umsatzstärkeren K habe die Äußerung des B nicht beeindrucken können, so dass § 21 Abs. 2 GWB nicht verwirklicht sei.

Ferner greift das Verbot des **Kartellzwangs** nach § 21 Abs. 3 GWB: Die Androhung von Nachteilen ist verboten, auch wenn der Beitritt zu einem erlaubten Kartell erzwungen werden soll.

Vgl. noch einmal die **Wettbewerbsregeln nach §§ 22 ff. GWB** zur Ausschaltung von unlauterem Wettbewerb i. S. d. § 3 UWG auf der Grundlage einer Vereinbarung von Unternehmen. Diese müssen von der Kartellbehörde anerkannt sein (§ 26 GWB). Denn es besteht die Gefahr, dass unter dem Deckmantel der Verhinderung des unlauteren Wettbewerbs ein Kartell geschmiedet wird.

Zum Boykottverbot siehe S. 216).

G. KONTROLLE DES MISSBRAUCHS EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG (ART. 102 AEUV, § 19 GWB)

I. Allgemeines

1. Schutzzwecke

Solange die Nachfrager am Markt zwischen verschiedenen Anbietern frei wählen können, zügel sie auch deren ökonomische und politische Macht. Denn kein Konkurrent kann sich bei funktionierendem Wettbewerb einseitige Verhaltensspielräume zu Lasten der Marktgegenseite herausnehmen. Er muss nämlich damit rechnen, dass die Marktgegenseite in Reaktion auf sein Verhalten zu anderen Wettbewerbern abwandert. Deshalb sind im Kartellrecht **einseitige Verhaltensweisen** grundsätzlich erlaubt.

Doch kann ein Unternehmen auf dem Markt so mächtig werden, dass es aus Sicht der Nachfrager an wettbewerblichen Alternativen fehlt und ihm nicht ausgewichen werden kann. Praktisch kommt dies unter anderem auf Märkten mit innovativen Technologien vor, wo der erste Anbieter (first mover) häufig einen Industriestandard schafft und kontrolliert, der für Investoren und Konsumenten vorübergehend alternativlos erscheint.

Vgl. immer noch die Stellung der Microsoft Corporation im Hinblick auf den Markt für Betriebssystemsoftware, Sony im Hinblick auf Blu-Ray, Apple im Hinblick auf Tabletcomputer usw.

Für das marktbeherrschende Unternehmen bedeutet dies, dass sein Verhalten **durch Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird**. Darin liegt auch die Definition der marktbeherrschenden Stellung. Dieser Spielraum drückt sich gerade **im hohen Marktanteil** des Unternehmens aus.

A erzielt auf dem Markt für eine bestimmte Chemikalie 45 % der Rohumsätze; er hält einen entsprechenden Marktanteil. Für seine Nachfrager wird es in einer solchen Situation schwer, ihren Bedarf bei einem anderen Anbieter zu decken, weil diese (jedenfalls kurzfristig) gar nicht über die Kapazitäten verfügen, um die Nachfrage der unzufriedenen Kunden des A zu befriedigen.

Der Kontrolle der Machtentfaltung eines Unternehmens, dessen **Verhaltensspielräume durch Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert werden**, dienen Art. 102 AEUV und § 19 GWB: Das beherrschende Unternehmen soll dabei so gestellt werden, als sei es nach wie vor dem Druck durch Wettbewerber ausgesetzt. Als missbräuchlich wird danach ein Verhalten angesehen, das dem Unternehmen erstens nur möglich ist, weil kein funktionsfähiger Wettbewerb mehr besteht und dass zweitens die Strukturen der Märkte weiter schwächt.

Definition: Nach allgemeinem Verständnis ist ein Unternehmen **marktbeherrschend**, wenn ihm auf einem oder mehreren Märkten Verhaltensspielräume verbleiben, die von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert werden. Dies gilt für das europäische und das deutsche Kartellrecht.

2. Zum Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht (Zwischenstaatlichkeitserfordernis)

Das Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht ist in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 1/2003 im Sinne einer gleichzeitigen Anwendung beider Normen geregelt, wobei das nationale Recht nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 eine schärfere Regelung als die des Art. 102 AEUV treffen darf.

Daraus ergibt sich die praktisch eigentlich interessierende Frage nach dem Anwendungsbereich des Art. 102 Satz 1 AEUV. Die Norm setzt voraus, dass der Missbrauch den Binnenmarkt bzw. einen wesentlichen Teil desselben betrifft. Hier greift ein Art. 101 AEUV vergleichbares Zwischenstaatlichkeitserfordernis. Auf die Ausführungen zu Art. 101 AEUV wird entsprechend verwiesen. Genauer betrachtet setzt die Norm den Zwischenstaatlichkeitsbezug **in doppelter Weise** voraus: Erstens muss die marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt bestehen und zweitens muss sich der Missbrauch auf den Binnenmarkt oder einen wesentlichen Teil desselben auswirken.

Praktisch jedoch lassen sich die Anwendungsbereiche von Art. 102 AEUV und § 19 GWB weniger deutlich voneinander abgrenzen als bei Art. 101 AEUV und § 1 GWB. Der Grund dafür liegt darin, dass erstens marktbeherrschende Stellungen in vielen Fällen den zwischenstaatlichen Handel betreffen (Ausnahmen: Räumlich begrenzte Märkte, etwa Markt für Regionalflüge im Umkreis von Hannover) und zweitens die Wirkungen eines Missbrauchs weniger klar eingegrenzt werden können wie die eines Kartells, dessen Folgen für den Markt wesentlich von den Beteiligten abhängt. Die Praxis lässt daher häufig die Frage offen, ob im Einzelfall Art. 102 Satz 1 AEUV oder § 19 GWB anwendbar ist und wendet beide Normen parallel nebeneinander an (vgl. etwa Beschluss des Bundeskartellamts vom 27. 1. 2010 – B 9 188/05 (Juris) oder das Kartellamt und die Berufungsinstanz im Verfahren BGH, Urteil vom 4. 3. 2008 – KVR 21/07 – Soda-Club, Rn. 4 und 6). Der BGH begründet seine Entscheidung im Zweifel auf der Grundlage des Art. 102 Satz 1 AEUV und geht auf die Frage der Abgrenzung meist gar nicht ein (BGH a.a.O.- Soda-Club, Rn. 11).

Daraus ergibt sich folgender **praktische Rat für die Klausur:** Wenden auch Sie im Zweifel Art. 102 Satz 1 AEUV statt § 19 GWB an, wenn der Fall nicht eine rein innerdeutsche, regionale Bedeutung

hat, sondern sie im Gegenteil zumindest eine *mittelbare* und *potenzielle* Auswirkung auf den Binnenmarkt oder einen wesentlichen Teil desselben nicht ausschließen können. Dann sollte der Binnenmarktbezug vergleichsweise knapp, indes mit substantiierten Überlegungen im Einzelfall bejaht werden.

II. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

1. Marktmachtkonzept

a) Einleitung und neuere Entwicklungen

Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kennt das Gesetz verschiedene Wege. Den bedeutendsten stellt das so genannte Marktmachtkonzept dar. Dieses ist im europäischen Recht in Art. 2 Abs. 1 lit. b Fusionskontrollverordnung (FKVO) für den Fall der Zusammenschlusskontrolle geregelt. Auf die Norm kann zur Interpretation des Art. 102 Satz 1 AEUV vorsichtig (Art. 102 AEUV ist ranghöher!) zurückgegriffen werden. Im deutschen Recht findet sich eine Normierung in § 18 GWB.

Danach wird die Machtstellung eines Unternehmens aus seinen Marktanteilen bestimmt. Die Bestimmung der Marktanteile erfolgt in einem **Doppelschritt**:

- (a) Zunächst wird der Markt, auf dem die Machtstellung festgestellt werden soll, nach den bereits genannten sachlichen, räumlichen und zeitlichen Kriterien abgegrenzt (oben S. 17).
- (b) Dann werden die auf dem Markt getätigten Umsätze des Unternehmens in ein Verhältnis zu den auf dem Markt getätigten Gesamtumsätzen gesetzt. Daraus folgt der **Marktanteil** des Unternehmens. Ab einem Marktanteil von 40% wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB; entspricht der Rechtsprechung des EuGH).

Die Grenzen des Marktmachtkonzepts sind jedoch dort erreicht, wo Unternehmen über Ressourcen verfügen, die über die Grenzen einzelner Märkte hinaus eingesetzt werden können:

Beispiel: Der Suchmaschinenbetreiber S beantwortet täglich 90% der Suchanfragen im Internet, die aus Deutschland kommen. Seine Tätigkeit betrifft dabei ganz unterschiedliche Einzelmärkte, nach denen sich die Nutzer erkundigen.

Mit § 19a GWB des **Referententwurfs zur Zehnten GWB-Novelle** plant der deutsche Gesetzgeber die Einführung einer Missbrauchskontrolle bezüglich „Unternehmen mit überragender **marktübergreifender Bedeutung** für den Wettbewerb.“ Das BKA soll bestimmte Unternehmen Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

durch Entscheidung in diese Kategorie einordnen können (Abs. 1) und diese dann einer besonderen Missbrauchskontrolle unterwerfen können (Abs. 2). Der Gesetzgeber macht dabei von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 Gebrauch, wonach die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Regelungen für die Missbrauchskontrolle treffen können. Bei Unternehmen dieser Kategorie handelt es sich jedoch regelmäßig um Kandidaten, die auf dem gesamten Binnenmarkt tätig sind und auch Art. 102 AEUV unterfallen. Eine deutsche Sonderregelung könnte deshalb die Rechtseinheit auf dem Binnenmarkt gefährden, was der EuGH durch den Vorrang des Europäischen Kartellrechts sicherstellen will (EuGH, 13.2.1969 – 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 2 ff. – **Walt Wilhelm**; vgl. dazu S. 11).

Das Marktmachtkonzept passt auch dort nicht, wo die Macht eines Unternehmens auf **marktunabhängigen Sperrstellungen** und ähnlichem beruhen:

Wichtige Beispiele sind

- indirekte Netzwerkeffekte auf Grundlage der unentgeltlichen Verteilung von Waren oder Dienstleistungen (S. 146 ff.),
- Essential Facilities (S. 183 ff.),
- crossmediale Effekte (S. 145),
- Portfolio-Effekte (S. 145).

b) Relevante Anteilsschwellen

Der **EuGH** ordnet die Marktanteile wie folgt ein:

- a) Über 75 %: im Bereich des Quasimonopols.
- b) Zwischen 40 % und 75 %: Regelmäßig besteht eine marktbeherrschende Stellung, wenn weitere Faktoren hinzutreten. Diese liegen insbesondere im Abstand zum nächsten Wettbewerber (nicht ausreichend: Marktanteil von 51 %, wenn nächster Wettbewerber über 30 % hält).
- c) Zwischen 25-40 %: Hier müssen gewichtige Umstände hinzutreten, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen (s. unten 2)
- d) Unterhalb von 25 %: Eine marktbeherrschende Stellung kommt praktisch nicht in Betracht.

Im **deutschen Recht** existiert folgende Regelung

Monopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB): Am Markt bleibt nur ein Anbieter (echtes Monopol) bzw. fast nur noch ein Anbieter (Quasimonopolist: Wenn etwa 83 % der Umsätze gehalten werden).

Oligopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB): Nur noch einige wenige Unternehmen bieten am Markt an, zwischen denen kein wesentlicher Wettbewerb herrscht. Gem. § 18 Abs. 5 GWB besteht eine marktbeherrschende Stellung unter zwei Voraussetzungen:

Nr. 1, wenn kein wesentlicher **Binnenwettbewerb** zwischen Beteiligten besteht. Das BKA wendet hierbei in der Sache Maßstäbe an, die den Airtourskriterien (S. 242) entsprechen: hohe Markttransparenz und das Vorhandensein eines Sanktionsmechanismus, um denjenigen zu disziplinieren, der aus dem Oligopol ausschert (vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 7.2.2011 – B6 94/10 – **Amazonas**, Rn. 77 ff.).

Nr. 2: Ferner darf kein wesentlicher **Außenwettbewerb** bestehen (lies die Norm!)

§ 18 Abs. 6 GWB bringt eine **Vermutung** eines Oligopols unter engen Voraussetzungen. Achten Sie bitte darauf, dass gerade im Bußgeldverfahren wegen des Grundsatzes „In dubio pro reo“ nach dieser Norm die Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit nicht im Sinne des Zivilrechts vermutet werden können!

Bei einem Einzelunternehmen wird ab einem Marktanteil von **40 %** eine marktbeherrschende Stellung vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB).

2. Gesamtbetrachtung (Feststellung einer überragenden Marktstellung)

Häufig lässt sich die marktbeherrschende Stellung nicht allein anhand des Marktanteils feststellen, sondern nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung, in die sämtliche Machtfaktoren einbezogen sind.

Diese Gesamtbetrachtung erfolgt – außerhalb der Zusammenschlusskontrolle – im europäischen Kartellrecht in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO. Im deutschen Recht geht es um die Konkretisierung einer **überragenden Marktstellung nach** § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

Zur Feststellung einer überragenden Marktstellung werden verschiedene Kriterien und Gesichtspunkte herangezogen (vgl. den Wortlaut der Norm), die man in Gruppen einteilen kann:

a) Marktbezogene Kriterien

Das europäische Kartellrecht beinhaltet hier vielfach keine ausdrücklichen Regelungen. Doch gilt das hier zum deutschen Recht Gesagte entsprechend!.

- **Marktanteile** (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB): Die Marktanteile werden wie oben nach dem Marktmachtkonzept in einem Doppelschritt bestimmt. Allerdings kommt es hier nicht auf die Entstehung eines Monopols oder Oligopols an; es genügt ein geringerer Marktanteil. Gem. § 18 Abs. 4 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung „vermutet“, wenn der Marktanteil des Unternehmens 40 % beträgt. Allerdings begründet die Vorschrift keine echte Vermutung i. S. d.

Zivilprozessrechts, sondern fungiert allenfalls als Indikator für Marktbeherrschung, der die Kartellbehörde zur Einleitung eines Verfahrens und weiteren Untersuchungen veranlassen soll (sog. **Aufgreifkriterium**).

- **Marktzutrittsschranken** (§ 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB): Dazu zählen vor allem die Bedingungen für potenziellen Wettbewerb. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Machtstellung des Unternehmens dadurch kontrolliert werden kann, dass in absehbarer Zeit Newcomer auf den Markt stoßen und dort tätig werden können (vgl. bereits oben die Ausführungen zum potenziellen Wettbewerb S. 45).

b) Unternehmensbezogene Kriterien.

Dabei handelt es sich um Kriterien, die nichts mit den Marktverhältnissen selbst, sondern nur mit der allgemeinen Größe und Mächtigkeit des Unternehmens zu tun haben:

- **Finanzkraft** (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB): Hohe Finanzkraft kann Gegner abschrecken (sog. **Entrenchment Doctrine**).

Beispiel: Ein Unternehmen mit großen finanziellen Reserven kann auf dem Markt seine Produkte über längere Zeit unter Einstandspreis, zu Dumpingpreisen also, verkaufen und damit seine Konkurrenten dauerhaft verdrängen. Daraus resultiert die Gefahr, dass kleinere Konkurrenten von Anfang an davor zurückschrecken, mit diesem Unternehmen in harten Preiswettbewerb zu treten, weil sie eine solche Dumping-Strategie nicht provozieren wollen.

Finanzkraft kann folglich einschüchternd auf Konkurrenten wirken und eröffnet dem finanzkräftigen Unternehmen auf diese Weise einen von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Freiraum.

- **Verflechtungen mit anderen Unternehmen** (§ 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB): Ein Unternehmen, das mit anderen Unternehmen (z.B. Zulieferern) verbunden ist, kann von diesen Finanzmittel und sonstige Ressourcen erhalten, die auf die Konkurrenten einschüchternd wirken.
- **Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, sog. vertikale Integration** (§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB): Ein Produzent der über einen unternehmenseigenen Zulieferer verfügt, integriert sich in der Wertschöpfungskette (Vertikale; zum Begriff S. 87). Dadurch können Vorteile erzielt werden, die dem Entrenchment Effect bei der Finanzkraft ähnlich sind. Weil das Unternehmen infolge der vertikalen Integration nicht mehr von Konjunkturschwankungen auf dem Zuliefermarkt abhängig ist, soll es auf die Konkurrenz einschüchternde Wirkung haben.

Beispiel: Ein Unternehmen verfügt über eigene Erdölquellen oder seltene Erden. Es ist daher von den z.T. erheblichen Kursschwankungen für diese Rohstoffe nicht betroffen und daher für seine Konkurrenten ein gefürchteter Rivale.

Allerdings weisen die Erfahrungen der Theorie von der sog. **Lean Production** (schlanke Produktion) auch in eine andere Richtung: Ein Zulieferer, der als Betriebsabteilung eines Unternehmens geführt wird, hat nach diesen Überlegungen wenig Anreiz, eine Leistung zu wettbewerbskonformen Bedingungen zu entwickeln. Denn er wird unabhängig von seinen individuellen Anstrengungen durch die Gesamteinkünfte der Unternehmensgruppe finanziert. Dies kann dazu führen, dass die rentable Produktionssparte aus ihren Gewinnen einen letztlich unrentabel gewordenen Zulieferer quersubventioniert. Im Bereich der Automobilproduktion haben einschlägige Erfahrungen zu der Erkenntnis geführt, dass solche Betriebsabteilungen geschlossen werden und dass stattdessen Aufträge an unternehmensexterne Zulieferer erteilt werden müssen, die gezwungen sind, zu Marktbedingungen zu liefern (sog. **Outsourcing**). Insgesamt kann der Produzent dadurch Kosten sparen. Inwieweit eine vertikale Integration daher das Machtpotenzial eines Unternehmens steigert, ist stets eine Frage des Einzelfalls und lässt sich nicht pauschal beurteilen.

- **Verbundvorteile (Economies of Scope):** Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens kann sich auch durch seine gleichzeitige Tätigkeit auf mehreren Märkten ergeben. Wirtschaftliche Vorteile, die zu einer Überlegenheit gegenüber Konkurrenten führen, ergeben sich dabei durch den Verbund der wirtschaftlichen Aktivitäten (= die gemeinsame Produktion von Wirtschaftsgütern). Ein modernes Beispiel stellen die sog. **crossmedialen Effekte** dar. Ein Privatsender, der zugleich eine überregionale Tageszeitung mit bekanntem Internetauftritt besitzt, kann den Werbekunden eine Multimediaanzeige auf verschiedenen Werbepattformen (Fernsehen, Tagespresse, Internet) anbieten – eine Möglichkeit, die seine Konkurrenten nicht besitzen (BGH, Beschluss v. 8.6.2010 – KVR 4/09, WM 2010, 2186, Rn. 46). Dies kann dem Interesse der Konsumenten an Konvergenz (Zusammenwachsen) der Medien entsprechen. Gegenüber seinen Konkurrenten nimmt ein solcher Wettbewerber unter Umständen eine Vormachtstellung ein, die diese nicht angreifen können. Dies wirkt abschreckend (Entrenchment-Effekt, S. 144). Im weitesten Sinne zählt zu den Verbundvorteilen auch der sog. **Portfolio-Effekt**: Eine bekannte Marke im Verein mit anderen Faktoren i. S. d. Art. 2 Abs. 1 lit. b FusionskontrollVO kann zu einer starken Kundenbindung auch hinsichtlich funktional austauschbarer Produkte desselben Herstellers und damit zu Behinderungseffekten für Konkurrenten führen. Bsp: Fall Coca Cola/Carlsberg ABl. 1998 L 1998, 24 ff. (JURIS: Stichworte Coca Cola Carlsberg). Praktisches Beispiel auf S.172.

c) Ausweichkonzepte (§ 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB).

Es kommt darauf an, ob die Marktgegenseite dem mächtigen Unternehmen ausweichen und mit dessen Konkurrenten in Kontakt treten kann oder nicht. Die Ausweichmöglichkeiten sind
 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

insbesondere wichtig bei der Feststellung von **Nachfragemacht** und dienen der Klärung der Frage, ob die eine Seite des Marktes die andere ausbeuten kann. Ausgebeutet werden kann die Nachfrageseite durch die Forderung zu hoher Preise (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). In Betracht kommt jedoch auch die Ausbeutung der Anbieterseite durch Erzwingung besonders niedriger Preise (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB; vgl. dazu S. 160).

Automobilhersteller haben in der Vergangenheit auf ihre Zulieferer häufig Preisdruck ausgeübt. Weil diese Zulieferer z. T. hoch spezialisiert sind und daher nicht von einem zum anderen Hersteller wechseln können, müssen sie einschneidende Preissenkungen akzeptieren.

Nachfragemacht wird dabei durch das sog. **Angebotsumstellungskonzept** festgestellt (§ 18 Abs. 3 Nr. 7 GWB), einen Sonderfall der allgemeinen Ausweichkonzepte. Die Machtstellung des Nachfragers bemisst sich danach, wie leicht oder wie schwer die Anbieter ihre Produktion und ihr Angebot so umstellen können, dass sie andere Unternehmer als diesen Nachfrager beliefern können. Je schwieriger die Angebotsumstellung ist, desto überragender ist die Machtstellung des Nachfragers.

d) Bilan Économique

Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO verlangt ferner sowie die Berücksichtigung der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert. Dahinter verbirgt sich die Vorstellung, die ökonomischen Auswirkungen eines Verhaltens seien aus (wirtschaftspolitischer) Grundlage zu bilanzieren. Dies erinnert an Art. 101 Abs. 3 AEUV und trägt der französischen Kartellrechtslehre Rechnung, die bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen – anders als das deutsche Recht – nicht rein nach wettbewerblichen Kriterien vorgeht, sondern auch sonstige Wohlfahrtseffekte auf Kosten des Wettbewerbsprinzips berücksichtigt. Bezeichnenderweise findet dieses in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO aufgeführte Konzept keine Parallele in § 18 Abs. 3 GWB. Die Kommission und die europäischen Gerichte haben von diesem Kriterium nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.

e) Die Lehre vom mehrseitigen Markt (Digitalmärkte, § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB)

Die neunte GWB-Novelle führte mit § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB Tatbestände ein, die den besonderen Marktbedingungen des Internetbetriebs, der Netz- und der Digitalwirtschaft Rechnung tragen. Weitere Regelungen sind im Rahmen der zehnten Novelle geplant. Die zugrunde liegenden Überlegungen gelten jedoch genauso bei der Konkretisierung des Art. 102 AEUV. Dies zeigt etwa die Entscheidung der europäischen Kommission im Fall Google Shopping (S. 192).

In der Sache geht es um **Sperrstellungen von Unternehmen, die nicht auf einem klassischen Markt beruhen**.

Beispiel: Das soziale Netzwerk Facebook bietet Werbedienstleistungen im Internet gegen Entgelt an. Seine Macht gegenüber den Werbeinteressenten gründet dabei auf der hohen Zahl der Benutzer des sozialen Netzwerks. Die Mitgliedschaft dort ist bekanntlich unentgeltlich. Diese Nutzer generieren Aufmerksamkeit für Facebook als Werbeplattform. Erreicht ihre Zahl eine gewisse Größenordnung, wird das soziale Netzwerk für Werbeinteressenten, die gerade diese Nutzergruppe erreichen wollen, interessant. Eine weitere Beobachtung ist dabei möglich: In dem Maße, in dem Facebook Nutzer akquiriert, wächst seine Bedeutung und auch Machtstellung auf dem Markt für Internetwerbung gegenüber dieser Nutzergruppe!

Es fällt zunächst auf, dass die Macht des Betreibers eines sozialen Netzwerks auf der Gewinnung von Mitgliedern (Nutzern) beruht, denen gegenüber er eine **unentgeltliche Leistung** erbringt. Denn der Betreiber fordert von den Nutzern keine Gegenleistung. Nach klassischem Verständnis läge damit kein Markt vor: Denn das Angebot trifft nicht auf eine entgeltliche Nachfrage, die es bewertet. Damit findet auch **kein ökonomischer Wertschöpfungsprozess** im engeren Sinne statt (dazu ab S. 12). Mit anderen Worten: Wer etwas verschenkt, generiert damit keinen ökonomisch messbaren Wert! Dagegen wird in der Praxis argumentiert, die Nutzer des sozialen Netzwerkes **zahlten mit ihren persönlichen Daten** (vgl. dazu etwa die Europäische Kommission in Sachen **Google Shopping** S. 193 und der BGH in Sachen **Facebook** S. 162). Denn der Betreiber des sozialen Netzwerks sammelt personenbezogene Informationen der Betreiber und führt diese millionenfach mit anderen Datensätzen zusammen. So lassen sich passgenaue Informationen über die ökonomischen Interessen bestimmter sozialer Gruppen treffen. Idealerweise können auf der Grundlage eines solchen Datenbergs (**big data**) individuell passende Angebote für bestimmte Käufergruppen erstellt werden. Es versteht sich, dass diese Informationen einen hohen Wert haben und der Betreiber des sozialen Netzwerks sie selbst oder durch Verkauf an Dritte verwertet. Darin liegt die zweite Einnahmequelle für den Betreiber eines sozialen Netzwerks (neben der Akquisition von Werbekunden). Dennoch bestehen **Zweifel** an der Überlegung, dass ein privater Nutzer mit seinen Daten „zahlen“ könne. Die Daten sind nämlich nur schwer mit einem echten Entgelt zu vergleichen. Denn die persönlichen Geheimnisse eines einzelnen Nutzers haben keinen Marktwert, wenn sie nicht von einem Unternehmen wie Facebook massenhaft mit anderen personenbezogenen Informationen zusammengeführt werden. Hinzu kommt, dass der Nutzer die Datenweitergabe nicht so frei steuern kann wie eine Geldzahlung: Er kann etwa nicht besonders begehrte Dienste von Facebook mit besonders umfangreichen Daten entlohnen, enthält seine Daten nicht zurück, wenn die Dienstleistung wegen Mängel infolge Rücktritts rückabgewickelt werden muss usw.

Ob das Zahlen mit Daten einen klassischen Markt für die Nutzung sozialer Netzwerke begründet, ist jedoch **aus zwei Gründen ohne praktische Bedeutung**. Erstens ist im deutschen Recht für die Zwecke der Missbrauchskontrolle in **§ 18 Abs. 2a GWB** die Möglichkeit eines **Marktes mit unentgeltlich erbrachter Leistung** vorgesehen. Diese Norm schafft in bedeutsamer Weise Klarheit. Allerdings erklärt sie nicht die Besonderheit der Machtstellung des sozialen Netzwerks auf dem Werbemarkt. Denn diese beruht jedenfalls nicht auf einem in klassischer Weise funktionierenden Markt, sondern auf einer Sperrstellung eigener Art, laienhaft ausgedrückt geht es darum, dass der Betreiber bei den Verhandlungen mit den Werbeinteressenten die große Zahl der Nutzer seines Netzwerks „**im Rücken hat**“.

Die ökonomischen Grundlagen dieses Effekts beschreibt die **Lehre vom mehrseitigen Markt**, die mit anderen Anliegen durch den französische Ökonom **Jean Tirole** formuliert wurde (Näheres dazu gleich bei der Besprechung der Amex-Entscheidung des Supreme Court). Den **mehrseitigen Markt** muss man sich zunächst als einen klassischen Markt vorstellen, bei dem ein Angebot auf eine entgeltliche Nachfrage trifft und deshalb ein ökonomischer Wert geschaffen wird. Im Fall des sozialen Netzwerks handelt es sich um den **Werbemarkt**: Unternehmen, die gegenüber den in sozialen Netzwerken anzutreffenden Zielgruppen Werbung treiben wollen, erwerben vom Betreiber des Netzwerks Werbeplätze gegen Entgelt. Die Betrachtung darf dabei jedoch nicht stehen bleiben, wenn der Markt **eine weitere Seite** hat, deren Verständnis für seine Funktionsfähigkeit unabdingbar ist. In unserem Beispiel ist dies die Zahl der Nutzer des sozialen Netzwerks. Der Betrieb des sozialen Netzwerks beruht nicht auf einem klassischen Marktmechanismus, weil es an einer entgeltlichen Nachfrage fehlt. Dennoch muss auch dieser Interaktionsbereich berücksichtigt werden, weil er sog. **indirekte Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB) erzeugt. Indirekte Netzwerkeffekte bilden die ökonomische Voraussetzung eines mehrseitigen Marktes, sie sind mit anderen Worten seine **Tatbestandsvoraussetzung!**

Der **Tatbestand des indirekten Netzwerkeffekts** wird in **§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB** als für die Konkretisierung der marktbeherrschenden Stellung maßgeblich vorausgesetzt. Er bestimmt aber auch die Konkretisierung des Art. 102 AEUV. Der Begriff „**Netzwerkeffekt**“ bezeichnet zunächst einen Mengen- oder Masseffekt, der für die Bewertung eines Angebotes entscheidend ist. Der Wert eines Angebotes kann nämlich entscheidend **von der Zahl der Nachfrager** dieses Angebotes abhängen: Die Entscheidung eines Einzelnen darüber, ob er einem sozialen Netzwerk beitreten soll oder nicht, hängt meist von der Zahl der Nutzer ab, die er dort antreffen wird. Trifft er auf die meisten Freunde, Berufs- oder Studienkollegen, erscheint der Beitritt naheliegend und attraktiv. Liegen die Dinge gerade anders, hat der Entscheidungsträger kaum einen Grund, Mitglied zu werden. Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Verallgemeinert man diese Beobachtung, bedeutet dies, dass soziale Netzwerke mit einer erheblichen Mitgliederzahl immer neue Mitglieder anziehen. Das zentrale Qualitätsmerkmal der in einem sozialen Netzwerk angebotenen Leistung liegt folglich darin, dass ein Interessent dort auf möglichst viele (andere) Nachfrager dieser Dienstleistung trifft. Man bezeichnet dieses Phänomen als **direkten Netzwerkeffekt**. Denn für den Nachfrager hängt der Wert der Leistung (direkt) von der Zahl der Personen ab, die seiner eigenen Nutzergruppe angehören. Es bedarf geringer Phantasie, um zu verstehen, dass von direkten Netzwerkeffekten eine erhebliche Sogwirkung ausgeht: Hat das soziale Netzwerk die kritische Größenordnung an Nachfragen erst einmal erreicht, wird es allein durch diesen Effekt für weitere Nachfrager attraktiv.

Daneben treten die **indirekte Netzwerkeffekte**, die die Grundlage **mehrseitiger Märkte** bilden. Ein **mehrseitiger Markt** lässt sich so definieren:

(1) Mindestens zwei Nutzergruppen bedienen sich derselben, von einem **Intermediator** zur Verfügung gestellten **Plattform**.

(2) Dabei steigt für jede Nutzergruppe der Wert der Plattformnutzung, wenn sich die Anzahl der Teilnehmer der **anderen** Nutzergruppe erhöht. Weil der Netzwerkeffekt nicht innerhalb derselben Nutzergruppe eintritt, wenn deren die Anzahl steigt, sondern in der zweiten Nutzergruppe, spricht man von einem **indirekten** Effekt. Indirekte Netzwerkeffekte lassen sich in einer Vielzahl von Märkten und nicht nur in der Digitalwirtschaft beobachten:

- Entwickler von **Computerspielen** zahlen an den Hersteller einer Konsole nur dann Lizenzgebühren, wenn die Konsole von möglichst vielen Spielern erworben worden ist. Dies liefert dem Hersteller Anreiz, die Konsole möglichst günstig, möglicherweise auch unter den eigenen Gestehungskosten in den Markt zu bringen, um gegenüber den Spieleentwicklern höhere Forderungen durchsetzen zu können.

- Ein Händler akzeptiert eine **Kreditkarte** als Zahlungsmittel nur, wenn diese von vielen seiner Kunden genutzt wird. Deshalb verlangen die Kartenunternehmen von den Karteninhabern nur ein minimales Entgelt, um die Karte in diversen Kundenkreisen zu streuen und verdienen, wenn sie mit dem Händler abrechnen.

- Wer ein **Einkaufszentrum** bzw. eine Ladenpassage betreibt, muss möglichst viele Passanten anlocken. Denn von der Höhe der Besucherfrequenz hängt die Höhe der einforderbaren Mieten ab.

Kehren wir zum Beispiel des sozialen Netzwerks zurück. Dort sind die Machtverhältnisse auf dem Werbemarkt durch einen **indirekten Netzwerkeffekt** gekennzeichnet: Als Werbepattform ist das soziale Netzwerk für Werbeinteressenten um so interessanter, je mehr Nutzer ihm angeschlossen sind. Gleichzeitig kommt in der Anzahl der Nutzer die Machtstellung des Netzwerkbetreibers gegenüber den Werbeinteressenten zum Ausdruck. Wer *das* zentrale, eine bestimmte Zielgruppe interessierende Netzwerk betreibt, erlangt eine Stellung, an der Werbeinteressenten, die diese Zielgruppe adressieren wollen, nicht herunkommen. Der Betreiber des sozialen Netzwerks wird damit zum **Intermediator**

(Gatekeeper), der über die Vergabe der wertvollsten Werbeplätze entscheidet. Und hier schließt sich der Kreis: Wird ein soziales Netzwerk von 70 % der Interessenten auf dem Markt genutzt, bedeutet dies, dass die Stellung des Betreibers (Intermediators) auf dem Markt für Werbekunden, die die Interessenten erreichen wollen, ebenso groß ist. Die Machtstrukturen, die gegenüber der einen Nutzergruppe bestehen, bilden sich im Verhältnis zur anderen Nutzergruppe ab. Auf diese kann ein gegenüber einer Nutzergruppe bestehender Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung gegenüber der anderen Nutzergruppe begründen. Dies wird die Überlegungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf Digitalmärkten entscheidend bestimmen (dazu unten S. 191 ff.).

Die **weitere Darstellung in diesem Abschnitt** verläuft nun so. Anhand der Amex-Entscheidungen werden kurz die ökonomischen Hintergründe der Lehre vom mehrseitigen Markt präsentieren. Dann wird die praktische Funktionsweise anhand der Facebook-Entscheidung des BGH erläutert. Es folgt eine Auseinandersetzung mit den weiteren in § 18 Abs. 3a GWB genannten Kriterien zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung (Multihoming usw.)!

U.S. Supreme Court Ohio et al. V. American Express

Wie bereits erwähnt, stellt das **Kreditkartengeschäft** einen Anwendungsfall der Lehre vom mehrseitigen Markt dar. Vgl. dazu den Fall des **U.S. Supreme Court**, 25.6.2018 – No. 16-1484, 585, U.S. (2018) **Ohio et al. v. American Express**; dazu *Oechsler* WM 2019, 2045):

Wer die von American Express (A) herausgegebene Kreditkarte als Händler akzeptieren will, muss mit A einen Händlervertrag schließen. Darin verspricht der Händler (H), beim einzelnen Umsatz nicht auf seine eigenen Kunden mit dem Ziel einzuwirken, die Kunden von der Verwendung der A-Kreditkarte abzuhalten (sog. Steering). Dazu könnte H durchaus motiviert sein. Wenn H nämlich mit A über eine Kundenforderung abrechnet, zahlt A nicht 100% aus, sondern behält einen Teil der Summe als sein Entgelt ein (Disagio) und zieht den Betrag dann später zu 100% beim Kreditkarteninhaber ein.

Der Supreme Court stellt in der Entscheidung fest, dass das Kreditkartengeschäft ein zweiseitiger Markt sei. Gemeint ist damit, dass dem Kreditkartenunternehmen (A) zwei Nutzergruppen gegenüberstehen: die Karteninhaber und die Händler. Beide Nutzergruppen sind von indirekten Netzwerkeffekten betroffen. Denn steigt die Zahl der Karteninhaber, ist die Kreditkarte für die Händler als Mittel der Kundengewinnung interessant. Steigt hingegen die Zahl der Händler, die die Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptieren, wird die Karte aus Sicht der Karteninhaber als Zahlungsmittel wertvoll. Die Lehre vom **zweiseitigen** oder **mehrseitigen Markt** (two-sided market) wurde vor allem von dem französischen Nobelpreisträger *Tirole* aufgrund älterer Arbeiten entwickelt (*Rochet/Tirole*, Journal of the European Economic Association (Vol. 1, No. 4, June 2003), 990 ff.; vgl. aber auch meine eigene Arbeit *Oechsler*, Wettbewerb, Reziprozität und externe Effekte im Kreditkartengeschäft, 1992). *Tirole* machte dabei folgende wichtige Beobachtung: Die Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Wertschöpfung durch indirekte Netzwerkeffekte beruht auf **positiven externen Effekten**: Für die Mitglieder einer Nutzergruppe lohnt es sich nicht, in die Gewinnung von Mitgliedern der anderen Gruppe zu investieren, obwohl sie von einer solchen Entwicklung profitieren. Denn die mit solchen Investitionen verbundenen Vorteile kämen auch den Konkurrenten zu Gute.

Kein Hotelier in Mainz würde seinen Kunden besonders belohnen, wenn dieser mit American Express zahlt. Denn steigert er auf diese Weise das Interesse des Kunden an dieser Kreditkarte, kommen die positiven Effekte (Kundenbindung, leichtere Abwicklung der Zahlungsvorgänge) auch anderen Hoteliers in Mainz zugute, gegenüber denen der Kunde diese Kreditkarte zum Einsatz bringt.

Weil die beiden Nutzergruppen zwar von den indirekten Netzwerken profitieren, diese aber nicht steuern können, sind mehrseitige Märkte auf **Intermediäre** angewiesen, die die Kosten der Wertschöpfung auf beide Nutzergruppen so verteilen, dass dort jeweils die Nutzerzahlen steigen. Im Kreditkartengeschäft fällt diese Rolle dem **Kreditkartenunternehmen** (dem Emittenten) zu.

Deshalb fordert A von den Karteninhabern nur einen Pauschalbetrag (Kartengebühr). Diese Entgeltstruktur motiviert die Inhaber, die Karte möglichst umfangreich zu nutzen, da der Betrag einmal zu Beginn der Nutzungsperiode aufgebracht wird und dadurch ein Anreiz entsteht, die damit verbundenen Kosten durch möglichst umfangreiche Kartennutzung wieder einzuholen. Der Pauschalbetrag deckt jedoch nicht die Kosten, die die Karteninhaber verursachen. Diese legt das Kreditkartenunternehmen zu einem großen Teil auf das vom Händler geschuldete Disagio um.

Mit dieser Entgeltstruktur verbinden sich sowohl ökonomische Vorteile wie auch Kartellgefahren. Die Vorteile werden darin gesehen, dass die Händler trotz der erhöhten Beanspruchung durch das Kreditkartenunternehmen, am Ende aus dem Kartengeschäft Profit ziehen, weil das Kreditkartenunternehmen erfolgreich neue Kunden anlockt und bindet. Andererseits besteht aber die Gefahr einer Ausbeutung der Händler, wenn diese sich nicht gegen aus ihrer Sicht überhöhte Kartengebühren verteidigen können:

H kann sich gegenüber überhöhten Forderungen von A nicht dadurch verteidigen, dass er aus dem Kreditkartensystem von A austritt. Denn wenn ein großer Teil seiner Kunden darauf besteht, Hotelzimmer mit Kreditkarte zu reservieren und Hotelrechnungen damit zu bezahlen, kann er sich diesen Wünschen nicht verschließen. Er gerät unter Absatzdruck, den A gerade dadurch steigert, dass es möglichst viele potenzielle Kunden des H durch günstige Konditionen (Festgebühr) als Karteninhaber anlockt. Verteidigen kann H sich auf diesem zweiseitigen Markt nur, indem er seine Kunden im Einzelfall beim Bezahlvorgang davon überzeugt, die Karte von A nicht zu gebrauchen, weil diese ihn selbst teuer zu stehen komme. Hier bestehen verschiedene Möglichkeiten: Vielleicht räumt H den Kunden Rabatte ein, wenn sie auf Kartenzahlung verzichten usw. Dies wiederum trifft A hart, da die Karteninhaber nicht mehr sicher darauf vertrauen können, unproblematisch mit der A-Karte zahlen zu können. Um dieser Gefahr zu begegnen, muss A mit H über die Höhe des Disagios verhandeln und eine Lösung finden, die für beide Seiten akzeptabel ist. Die Entscheidung des U.S. Supreme Courts geht an dieser Einsicht leider vorbei (vgl. die Kritik bei *Oechsler* WM 2019, 2045). Im europäischen Kartellrecht stellte sich ein ähnliches Problem im Falle von Mastercard. Der Generalanwalt *Paolo Mengozzi* stellt in seinem Schlussantrag zum Mastercard-Verfahren vom 30. Januar 2014 in der Rechtssache C-382/12 P, Rdn. 158 fest: „*Verteilungsgedanken dieser Art scheinen*

mir jedoch grundsätzlich nicht zum Wirkungsbereich des Wettbewerbsrechts zu gehören“. Der EuGH kommt bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV in dem äußerst komplizierten Mastercard-Verfahren zu folgendem Schluss (EuGH, Urteil v. 11.9.2014 – C-382/12 P – Mastercard, Rn. 240):

...Wenn wie hier die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nur auf einem Markt eines dualen Systems festgestellt wurden, sind die Vorteile, die sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme auf einem davon verschiedenen, aber mit ihm im Zusammenhang stehenden und ebenfalls an dem System beteiligten Markt ergeben, für sich allein nicht geeignet, die sich aus dieser Maßnahme ergebenden Nachteile auszugleichen, solange nicht der Beweis dafür erbracht wird, dass diese Maßnahme spürbare objektive Vorteile auf dem relevanten Markt mit sich bringt...“

Für das deutsche Recht hat der BGH nun in Sachen **Facebook** einige **Anwendungsfragen des § 18 Abs. 2a und Abs. 3a GWB** geklärt (zu diesem Fall auch S. 162):

BGH Facebook – 1. Teil

BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, NZKart 2020, 473 – **Facebook**: 90 % der Nutzer von sozialen Netzwerken in Deutschland sind bei dem Unternehmen Facebook (F) registriert. Die Registrierung ist kostenlos; doch muss der Nutzer zuvor die AGB von F akzeptieren. Diese beinhalten eine vorformulierte Einwilligung, wonach sich der Nutzer bereit erklärt, dass die Daten, die F anlässlich der Benutzung des Netzwerks über ihn sammelt, mit den Daten zusammengeführt werden können, die bei den Tochterunternehmen von F (Instagram, WhatsApp, Masquerade und Oculus) über denselben Nutzer erhoben werden.

(1) Der BGH bejaht zunächst einen **deutschen Markt für soziale Netzwerke** (Rn. 14 ff.).

Ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept gelangt das Gericht zu folgendem Schluss:

„Mit dem Leistungsangebot des sozialen Netzwerks ermöglicht Facebook den privaten Nutzern, Freunde und Bekannte zu finden und mit diesen in bestimmten identifizierten Personenkreisen Erfahrungen, Meinungen und Inhalte in verschiedenen Formen zu teilen. Die typische Vertragsleistung sozialer Netzwerke besteht darin, dem Nutzer einen umfassenden, persönlichen "virtuellen Raum" zu ermöglichen“ (Rn. 24).

Messagingdienste (WhatsApp) oder Berufsnetzwerke (LinkedIn) sieht das Gericht nicht als Substitute an; sie zählen daher nicht zum selben sachlich relevanten Markt (Rn. 25). **Räumlich** beschränke sich dieser Markt wegen der Sprachbarriere auf Deutschland (Rn. 35). Hier wird man **Zweifel** im Hinblick auf die Betroffenheit von Österreich (EU) und der Schweiz anmelden müssen. Es dürfte sich gerade wegen der Berührung zu Österreich daher eher um einen Fall mit Zwischenstaatlichkeitsbezug handeln (Art. 101 AEUV!).

(2) Dass Facebook für seine Leistung **keine Gegenleistung** erhebt, stehe nach **§ 18 Abs. 2a GWB** der Annahme eines Marktes nicht entgegen (Rn. 27). Das Gericht äußert sich zur Bedeutung dieser Norm: Nicht bei jeder unentgeltlichen Austauschbeziehung liegt danach ein wettbewerblich relevanter Markt vor. Die Norm entfaltet Wirkung vor allem bei der Konkretisierung mehrseitiger

Märkte, im Rahmen derer ein Kundensegment unentgeltlich bedient wird, um gegenüber der anderen Kundengruppe indirekte Netzwerkeffekte zu schaffen. Außerhalb dieser Gestaltungen hat die Vorschrift hingegen eher geringe Bedeutung: Im Regelfall entfaltet ein Interaktionsbereich, im Rahmen dessen Leistungen unentgeltlich abgegeben werden, gerade keine wettbewerbliche Relevanz (Rn. 28). Vor allem liefert diese Sondernorm keinen Anlass, das Bedarfsmarktkonzept zu korrigieren (Rn. 29).

(3) Der BGH sieht den Markt für soziale Netzwerke als Teil eines **mehrseitigen Marktes** an (Rn. 30 ff.). Diese ändert nach Auffassung des Gerichts jedoch nichts daran, dass der Markt für soziale Netzwerke wie bisher nach dem Bedarfsmarktkonzept (sachlich und räumlich) abgegrenzt wird. Der Begriff „mehrseitiger Markt“ bezeichnet nach diesem Verständnis nicht ein einheitliches Gebilde, das auf eigene Weise abgegrenzt werden muss, sondern beschreibt die Vernetzung zweier selbstständig abzugrenzender Märkte.

(4) Die **Marktbeherrschung** von F bejaht der BGH **aufgrund des hohen Marktanteils** (Rn. 38 ff.) Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Werbemarkt, auf dem F ebenfalls tätig ist, will er nicht in die Gesamtbetrachtung einbeziehen (Rn. 41 ff.). Denn die indirekten Netzwerkeffekte iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB schließen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke nicht aus (Rn. 42 f.). Für diese Betrachtungsweise spricht, dass die indirekten Netzwerkeffekte im Geschäftsmodell von Facebook nur in eine Richtung bestehen: Sie gehen von der Teilnehmerzahl im sozialen Netzwerk aus und wirken auf den Werbemarkt ein: Dort bietet F eine umso attraktivere Werbeplattform, je mehr Aufmerksamkeit es für Werbebotschaften generiert. Diese Fähigkeit hängt wiederum von der Zahl der Nutzer des sozialen Netzwerks ab. Umgekehrt – also vom Werbemarkt auf den Markt für das soziale Netzwerk – besteht diese Abhängigkeit nicht: Denn kein Nutzer tritt Facebook bei, weil dieses so viele Werbekunden akquiriert hat! Deshalb spielen bei der Bemessung der Kräfteverhältnisse auf dem Markt für soziale Netzwerke die Wettbewerbsverhältnisse im Werbegeschäft keine Rolle. Hier bemisst sich der Wert der Leistung von F durch direkte Netzwerkeffekte: Je mehr Nutzer die Leistung von F nachfragen, umso attraktiver ist das Angebot von F für die anderen Nutzer. Denn schließlich geht es um gegenseitige Erreichbarkeit und Kommunikation.

Hinweis: Umgekehrt liegen die Dinge hingegen anders: Die Marktstellung auf dem Werbemarkt hängt davon ab, inwieweit der Betreiber des Netzwerks Aufmerksamkeit für die Werbebotschaften schafft. Dies wiederum hängt von der Zahl der Nutzer ab. Aussagen über die Macht von Facebook auf dem Werbemarkt können daher nur unter Berücksichtigung der Größe des sozialen Netzwerks getroffen werden!

(5) Bei einem plattformbasierten Markt spielen nach Auffassung des **BGH** neben dem Marktanteil vor allem **folgende Faktoren** eine erhebliche Bedeutung bei der **Konkretisierung der marktbeherrschenden Stellung**:

a) **Multihoming nach § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB** (= die parallele Nutzung mehrerer Plattformen durch die angesprochenen Nutzer). Denn eine gleichzeitige Nutzung mehrerer Plattformen durch die Nutzer steht tendenziell der marktbeherrschenden Stellung des Plattformbetreibers entgegen, da er seine Macht nicht ausspielen kann bzw. die Nutzer in der Lage sind, dieser auszuweichen (BGH Facebook Rn. 45 f.). Sein Verhaltensspielraum ist daher durch Wettbewerb hinreichend kontrolliert. § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB stellt auf die **parallele Nutzung mehrerer Dienste** und den Wechselaufwand ab. Mit der Durchsetzung einer bestimmten Spielkonsole (Playstation, Switch, Xbox) kann deren Hersteller einen **de-facto-Standard** (dazu auch S. 203) schaffen, der den Spieleentwicklern eine relativ sichere Investitionsplattform schafft. Diese ist wiederum in dem Maß angreifbar, wie andere, parallele Standards bestehen. Können die Spieler und Spieleentwickler leicht auf einen alternativen Konsolenstandard ausweichen, ist die Aussagekraft des Netzwerkeffekts unter Nr. 1 nicht groß. Bei Nr. 2 spielt aber auch der sog. **Lock-in-Effekt** eine große Rolle. Hat ein Spieler ein bestimmtes Modell einer Konsole erworben, ist er erst einmal auf dieses festgelegt. Ähnlich geht es dem Spieleentwickler, der seine Produktion auf den Standard einer Konsole eingestellt hat. Durch eine Investition bindet man sich an eine Basistechnologie und kann diese Entscheidung nicht ohne erheblichen finanziellen Verlust revidieren. Je weiter die Investition jedoch zurückliegt und je mehr sie sich amortisiert hat, umso geringer wirkt der Lock-in-Effekt.

b) Vor allem aber muss **der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck iSd. § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB** berücksichtigt werden (BGH Facebook Rn. 50 ff). Wenn die Spitzenstellung auf dem Markt nur von technisch vorübergehender Natur ist, also einen kurzzeitigen „**first mover advantage**“ darstellt, der seinerseits angreifbar erscheint, relativiert dies die Machtposition eines Anbieters. Dazu der BGH Facebook Rn. 51:

„Marktpositionen von Netzwerken im Internet können durch die vorherrschenden dynamischen Entwicklungen infolge teilweise einfacher technologischer Innovationen oder sich kurzfristig ändernder Nutzervorstellungen theoretisch eher von Wettbewerbern angegriffen werden. Der Wettbewerbsdruck aufgrund der Innovationskraft internetbasierter Angebote beinhaltet die Möglichkeit disruptiver Veränderungen, die zur Angreifbarkeit auch einer starken Marktposition eines Unternehmens führen können. In jedem Einzelfall ist jedoch eine sorgfältige Prüfung notwendig, ob nicht nur eine abstrakte, in sachlicher wie in zeitlicher Hinsicht zu vage Angreifbarkeit der Marktposition vorliegt. Würde allein die Aussicht, dass eine marktbeherrschende Stellung irgendwann wegfallen könnte, zur Verneinung der Marktbeherrschung führen, wäre die Missbrauchskontrolle obsolet (vgl. Gesetzentwurf der BReg, BT-Drucks. 18/10207, S. 51).“

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

§ 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB gebietet, die auf Netzwerkeffekten beruhende Stellung nicht absolut zu sehen, sondern in die Betrachtung mit einzubeziehen, dass diese u.U. bereits durch neuere technische Entwicklungen schon wieder infrage gestellt ist. Hier greift noch die Lehre vom sog. “tippy network effect” nach *Brian Arthur*. Der Vorsprung eines Unternehmens kann „kippen“, wenn die Konkurrenz technisch aufholt und am Ende sogar überlegene Lösungen entwickelt. Auch ist immer schon beobachtet worden, dass Märkte **zeitliche Entwicklungszyklen** durchlaufen: Auf eine technische Innovation hin verschafft sich ein Unternehmen als erstes auf dem Markt eine monopolähnliche Spitzenstellung, die so lange andauert, wie es diese fortführen kann. Dazu trägt vor allem auch bei, dass die Firma des Unternehmens mit der Innovationsleistung in Verbindung gebracht wird (**first mover advantage**). Wenn sich die Entwicklung jedoch verlangsamt, ziehen Konkurrenten nach und der Markt erhält in einer zweiten Phase eine wettbewerbliche Struktur (vgl. den Markt für Tabletcomputer oder den Markt für Betriebssysteme). Nr. 5 gebietet es, diesem zyklischen Element Rechnung zu tragen.

Vergleiche schließlich zu den übrigen Tatbeständen des § 18 Abs. 3a GWB:

§ 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB: Hier werden **Größenvorteile (economies of scale)** gerade im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten beurteilt. Der amerikanische Ökonom *Brian Arthur* hat herausgefunden, dass gerade im Softwarebereich sehr hohe Entwicklungskosten bestehen (Erstellung einer CAD-Anwendung), die Kosten für das einzelne, zum Verkauf bereitgestellte Produkt (Kosten für DVD oder Download der fertigen Software), die sog. **Grenzkosten** also, **verschwindend gering** sind. Wo dies bejaht werden kann, besteht ein großer Anreiz für den Hersteller, das Netz immer weiter zu vergrößern, weil dieser Vergrößerungseffekt praktisch keine Kosten verursacht, die indirekten oder direkten Netzwerkeffekte aber ständig steigen (sog. **increasing returns**). Der Tatbestand hat daher Auswirkungen für die Beurteilung der Netzwerkeffekte in Nr. 1: Sind die Grenzkosten des Herstellers verschwindend gering, besteht die Gefahr, dass er den Netzwerkeffekt ständig verstärken wird.

§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB: Die Machtstellung eines Unternehmens kann auch auf dem **Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten** beruhen. Das Merkmal erinnert an die Finanzkraft eines Unternehmens und beruht auf der gesetzgeberischen Vermutung über den hohen ökonomischen Wert der Daten. Wer über einen hohen Datenschatz verfügt, kann diesen u.U. mit größerem Erfolg verwerten, als dies die Konkurrenten können und hält diese damit auf Abstand (Entrenchment Effect).

In diesem Zusammenhang erklärt sich schließlich die **Einbeziehung von Märkten ohne Gegenleistung nach § 18 Abs. 2a GWB**. Zunächst findet überall dort, wo Leistungen unentgeltlich abgegeben werden, keine ökonomische Wertschöpfung statt, weil der Nachfrager kein Vermögensopfer erbringt, dem Angebot daher keinen, dem eigenen Opfer entsprechenden Vermögenswert zuerkennt. Auch der deutsche Gesetzgeber geht deshalb davon aus, dass ein Markt iSd. § 18 Abs. 2a GWB zumindest mittelbar und längerfristig Teil einer auf Erwerbszwecke angelegten Strategie darstellen muss (BT-Drucks. 18/2007, S. 48). Dies umschreibt den (indirekten) Netzwerkeffekt. Im Falle des **§ 18 Abs. 2a GWB** handelt es sich um Interaktionsbereiche, deren Kontrolle einem Unternehmen eine Machtstellung auf einem echten Markt abverlangt. Das wirtschaftlich bedeutsamste Beispiel liefert zurzeit die Google Shopping-Entscheidung (S. 192).

III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

1. Einleitung

Eine allgemeine Definition des Missbrauchsbegriffs fällt wegen der Weite des Anwendungsbereichs von Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB schwer. In der Sache dürfte es vor allem um eine **objektive Schädigung der Wettbewerbsstrukturen gehen, die gerade aufgrund der marktbeherrschenden Stellung möglich ist**. Dagegen kommt es nicht auf eine subjektive Missbrauchsabsicht des marktbeherrschenden Unternehmens an.

In der **Kartellrechtsklausur** sollte der Missbrauchsbegriff unter eine der anerkannten Fallgruppen subsumiert werden und nicht mit Hilfe einer abstrakten Definition konkretisiert werden. Dabei hilft der Kanon des Art. 102 Satz 2 AEUV im europäischen Kartellrecht und der des § 19 Abs. 2 GWB im deutschen Kartellrecht. Praktisch besteht die Aufgabe regelmäßig darin, die konkrete Fallkonstellation einer bestimmten Gruppe des Missbrauchs zuzuordnen.

Im deutschen Kartellrecht stellt die h.M. vor allem den Behinderungsmissbrauch nach der sog. **Theorie der beweglichen Schranken** fest. Danach wird der Missbrauch durch eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Gesamtinteressen unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zwecksetzung des GWB ermittelt. Dies impliziert folgende **logischen Schritte**:

(1) Die Interessen aller im Einzelfall Betroffenen werden festgestellt.

Beispiel: Ein marktbeherrschendes Unternehmen betreibt gelegentliche Verkäufe unter Einstandspreis.

Interesse des marktbeherrschenden Unternehmens: Freiheit der Preisbildung; Freiheit, eigene Werbestrategien zu entwickeln usw.

Interesse der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens: Erhalt der eigenen wirtschaftlichen Existenz; kein Verdrängungswettbewerb.

Interesse der Marktgegenseite (Nachfrager): Interesse an günstigen Preisen, also auch an einem unter den Kosten liegenden Preis; andererseits langfristiger Erhalt von Wettbewerb auf dem Markt, damit auch künftig Marktpreise gebildet werden.

Interessen der Allgemeinheit: Erhalt von funktionsfähigem Wettbewerb zur Eindämmung von wirtschaftlicher und gesellschaftlicher bzw. politischer Macht; Interesse an einer gleichbleibend guten und preisgünstigen Versorgung der Bevölkerung.

- (2) Die unterschiedlichen Interessen werden gegeneinander abgewogen und bewertet. Dabei muss der im GWB intendierte **Schutz des freien Wettbewerbs** als eigenes Interesse besonderes Gewicht behalten. Wie die Abwägung im Beispielfall ausgeht, hängt davon ab, welchen grundlegenden Interessen die Rechtsprechung den Vorzug gibt: Der individuellen Preisbildungsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens oder dem allgemeinen Interesse am Erhalt einer polypolistischen Marktstruktur.

Der **EuGH** kennt eine solche Theorie explizit nicht, nimmt aber auch eine umfassende Betrachtung der für und gegen den Missbrauch sprechenden Fallaspekte vor. Dabei berücksichtigt er neben der Freiheit des Wettbewerbs insbesondere auch die Integrationsfunktion des Wettbewerbs im Binnenmarkt. Ansonsten arbeitet das Gericht vor allem mit den verschiedenen Fallgruppen des Missbrauchs.

2. Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB)

a) Preishöhenmissbrauch durch Anbieter und Nachfrager

Das marktbeherrschende Unternehmen missbraucht seine Stellung als Anbieter dann, wenn es einen Preis fordert, der über dem Wettbewerbsniveau liegt. Im Extremfall (Monopol) erzielt es so zu Lasten der Marktgegenseite eine **Monopolrente**: Es kapitalisiert seine Machtstellung, indem es die Marktgegenseite durch Preise ausbeutet, die weit über dem Wettbewerbsniveau liegen.

Diese Fallgruppe kennzeichnet jedoch ein zentrales Anwendungsproblem: Der Wettbewerbspreis lässt sich auf dem betreffenden Markt selbst nicht feststellen, weil dort ja gerade kein funktionsfähiger Wettbewerb anzutreffen ist. Die Ermittlung des Wettbewerbspreises ist daher äußerst schwer, wenn nicht gar unmöglich.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Zur Lösung dieses Problems existieren verschiedene theoretische Ansätze, die jedoch alle nicht restlos überzeugen:

- a) **Räumliches Vergleichsmarktkonzept.** Der Wettbewerbspreis wird auf einem vergleichbaren Markt ermittelt (Vergleichsmarkt). Dabei muss es sich um einen Markt handeln, auf dem die gleichen Waren angeboten werden, der aber an einem anderen Ort – im In- oder Ausland – liegt. **Kritik:** Der Vorteil des Konzepts liegt darin, dass es an Marktpreise anknüpft. Allerdings ist es praktisch schwer handhabbar: Die Wettbewerbsbedingungen zwischen zwei räumlich verschiedenen Märkten lassen sich mitunter nicht vergleichen (unterschiedlich hohe Transportkosten, unterschiedliche Steuern, Veränderung der Produkte oder ihres Vertriebs wegen verschiedener Kauf- und Nachfragegewohnheiten usw.).
- b) **Sachliches Vergleichsmarktkonzept.** Als Vergleichsmarkt kommt ein inländischer Markt in Betracht, auf dem nicht dasselbe, wohl aber ein vergleichbares Produkt gehandelt wird. **Problem:** Wie kann man unterschiedliche Produkte so miteinander vergleichen, dass sichere Aussagen über die Marktergebnisse möglich sind?
- c) **Zeitliches Vergleichsmarktkonzept.** Der Preis wird auf demselben Markt ermittelt, auf dem das marktbeherrschende Unternehmen einen möglicherweise zu hohen Preis fordert. Vergleichsgrundlage ist der zu einem früheren Zeitpunkt dort unter Wettbewerbsbedingungen entstandene Preis. Mit Zu- und Abschlägen wird aus diesem historischen Preis ein aktueller Wettbewerbspreis errechnet. **Problem:** Die Entwicklung des Preises kann nicht einfach durch Zu- und Abschläge nachvollzogen werden. Welche Faktoren im Einzelfall für eine Preiserhöhung ursächlich waren, ist im Nachhinein nicht mehr zu ermitteln.
- d) Das Konzept **der Gewinnspannenbegrenzung:** Es bestimmt die Rechtsprechung des EuGH seit der Entscheidung EuGH in Sachen United Brands (14.2.1968 – Rechtssache 27/76, Slg. 1978, 207 – United Brands Rn. 248 ff.), ist aber auch und trotz des Wortlauts von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB **im deutschen Recht anwendbar** (BGH NZKart 2019, 490 – **Fernwärmerabatt**; BGH NZKart 2020, 255 – **NetCologne II**). Dies zeigt auch die Entscheidung **Whitelisting/Werbeblocker** (S. 196). Der Lehre vom Gewinnspannenbegrenzung liegt die Überlegung zugrunde, dass der Preis sich bei funktionierendem Wettbewerb an den **Grenzkosten** des Herstellers (d.h. den Kosten für jede zusätzlich produzierte Einheit) orientiert. Entfernt sich der geforderte Preis von den Grenzkosten, spricht dies umgekehrt für eine Störung der wettbewerblichen Preisbildung. Beim Konzept der Gewinnspannenbegrenzung wird aus
- Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

diesem Grund anhand einer Kosten- und Gewinnanalyse des Unternehmens ein (hypothetischer) Wettbewerbspreis so ermittelt, *als ob* Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt bestünde (deshalb teilweise auch: **Konzept des Als-ob-Wettbewerbs**). Dagegen lassen sich folgende **Kritikpunkte** anführen: Das Konzept knüpft nicht an einen in der Realität geforderten Marktpreis an, sondern an behördliche Überlegungen zur richtigen Kostenberechnung. Es ist daher weniger wettbewerbsorientiert als das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung. Hinzu tritt folgende praktische Schwierigkeit: In der Praxis ist eine vergleichbare Kostenzurechnung zu einem bestimmten Produkt wegen der undurchschaubaren Kostenstruktur und der Inkommensurabilität der involvierten Positionen praktisch nicht durchführbar. Beispiel: Der X-Konzern beschäftigt einen Gärtner, der die Rasenanlage vor dem Gebäude des Hauptniederlassungsgebäudes pflegt (Jahresgehalt: 18.000 Euro). Fraglich ist, wie diese Summe auf die hundertzwanzig verschiedenen Produkttypen, die in millionenfacher Stückzahl produziert werden, umgelegt werden soll. Unternehmen kalkulieren ihre Preise in der Praxis häufig durch eine simple Überschussrechnung (Kosten + auf dem Markt durchsetzbarer Gewinn). Externe Berechnungen treffen hier auf ihre Grenzen. Die dem Konzept der Gewinnspannenbegrenzung zugrunde liegende Kostenzurechnung begegnet daher ähnlichen Voraussetzungen!

Beachte: Durch die GWB-Novelle 2007 wurde **§ 29 GWB** eingeführt, der eine eigene Missbrauchskontrolle für **Versorgungsunternehmen** einführt. Diese kombiniert das Vergleichsmarktkonzept mit der Theorie der Gewinnspannenbegrenzung.

- a) Nach Satz 1 Nr. 1 darf das Unternehmen keine Entgelte erheben, die ungünstiger sind, als die auf vergleichbaren Märkten (Vergleichsmarktkonzept) oder
- b) ein Entgelt fordern, das die Kosten in unangemessener Weise überschreitet (Als-Ob-Wettbewerb).

Die Besonderheit der Norm besteht darin, dass im Falle der Satz 1 Nr. 1 zu Lasten des Versorgungsunternehmens vermutet wird, dass eine Abweichung vom Vergleichspreis nicht gerechtfertigt ist. Praktisch macht sich die Norm zu Nutze, dass aufgrund der Leitungsgebundenheit der Versorgungswirtschaft zahlreiche räumlich relevante Vergleichsmärkte in Deutschland bestehen. Ein Kläger nach § 33 GWB bzw. das BKA nach § 32 GWB kann daher das Versorgungsunternehmen mit einem günstigeren Preis in einem anderen räumlich relevanten Versorgungsmarkt in Deutschland konfrontieren. Das Versorgungsunternehmen trägt dann die Beweislast dafür, dass sein Entgelt nicht unangemessen ist. Allerdings muss die andere Seite nach wie vor beweisen, dass es sich bei dem von ihr angeführten Markt um **einen vergleichbaren Markt** handelt.

Eigene Probleme gehen schließlich mit **der missbräuchlichen Ausbeutung von Nachfragemacht** einher. Hier trifft das deutsche Recht in **§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB** eine Sonderregelung. Im europäischen Kartellrecht gelten ähnliche Grundsätze bei der Konkretisierung des Art. 102 Satz 1 AEUV.

BGH Hochzeitsrabatte I

(BGH NZKart 2018, 136 – **Hochzeitsrabatte I**): Nachdem die Edeka-Gruppe (E) 2008 die Plus Markt-Einzelhandelsgruppe übernommen hat, fordert sie eine Neuverhandlung der Einkaufsbedingungen gegenüber 500 Lieferanten, darunter auch dem Sekthersteller S. Dabei stellt E unter anderem folgende Forderungen gegenüber S auf:

1. S sollte sich durch ein Entgelt an der Renovierung der Geschäfte der Plus-Gruppe beteiligen (**Partnerschaftsvergütung**).
2. S sollte den Geschäften der neuen E-Gruppe jeweils die günstigsten Lieferbedingungen gewähren, die er im Vergleich zuvor den Geschäften der Plus-Gruppe und den Geschäften der E-Gruppe vor der Übernahme gewährt hatte (**Bestwertabgleich**).

Fraglich war, ob E gemäß **§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB** andere Unternehmen ohne sachlichen Grund dazu aufforderte, ihr Vorteile zu gewähren. Der Normwortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB „**auffordert**“ ist bewusst weit gewählt, um Maßnahmen im Vorfeld der vollendeten Ausbeutung erfassen zu können. Deshalb fällt auch der vorliegende Versuch der Ausbeutung unter das Tatbestandsmerkmal der **Aufforderung** iSd. Norm (Rn. 67). Bei der Konkretisierung des sachlichen Grundes nach der Theorie der beweglichen Schranken war jedoch problematisch, dass auch ein Marktbeherrscher Rabatte (Preisnachlässe) fordern können muss. Denn dies ist Teil des üblichen Preiswettbewerbs (vgl. S. 160 und S. 175). Der Unterschied liegt nach Auffassung des BGH in der sog. **Leistungsgerechtigkeit** (Rn. 18). Darunter ist zu verstehen, dass der Reduktion des Entgeltes beim marktbeherrschenden Nachfrager eine entsprechende Gegenleistung auf der Anbieterseite gegenüberstehen muss.

Grundsätzlich leistungsgerecht erscheinen dabei **Mengenrabatte** (vgl. auch S. 175). Nimmt ein Nachfrager beim Anbieter eine große Warenmenge ab, erspart der Anbieter nämlich Kosten für die Lagerung, den Transport und die Bewerbung der Ware. Auch ein marktbeherrschender Nachfrager darf darauf bestehen, dass der Anbieter diese Wertschöpfung ihm gegenüber honoriert und ihn an den Vorteilen beteiligt. So beruht ein großer Teil des Lebensmitteleinzelhandels auf dem Geschäftsmodell einkaufsstarker Nachfrager (Einzelhandelskonzerne): Sie fragen so große Warenmengen nach, dass dabei optimale Mengenrabatte erzielt werden können, die dann an die Verbraucher weitergegeben werden (vgl. das Beispiel des Softdiscount S. 18). Die durch die Mengenrabatte gewonnenen Startvorteile auf den Verbrauchermärkten sind direkter Ausdruck eines funktionierenden Preiswettbewerbs.

Bei der Abgrenzung beider Fälle legt der **BGH** Wert darauf, dass die **Gerichte nicht ihre Vorstellungen von einer gerechten Preisbildung an die Stelle derjenigen der Parteien setzen dürfen** (Rn. 19) und verlangt daher eine Gesamtbetrachtung aller Umstände. Dabei greift die Theorie

der beweglichen Schranken (Rn. 25). Dem Normzweck nach schützt dabei § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB sowohl die Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens als auch die Lieferantenseite (Rn. 57).

Im Hinblick auf eine **Partnerschaftsvergütung** greift dabei **eine tatsächliche Vermutung**: Ist das geforderte Entgelt offensichtlich **nicht leistungsgerecht**, besteht eine Vermutung für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Rn. 97). Bei den Partnerschaftsvergütungen scheidet die Leistungsgerechtigkeit bereits daran, dass die S von E überhaupt keine greifbare Gegenleistung für ihren Beitrag zur Renovierung der Plus-Geschäfte erhalten hat. Hier liegt ein Missbrauch von Nachfragemacht vor.

Dies gilt letztlich auch für den **Bestwertabgleich**. In dessen Rahmen erhalten die S von E äußerlich zwar eine Gegenleistung (Kaufpreis). Allerdings berücksichtigt E nicht, dass die S sowohl den P- als auch E-Geschäften die jeweils günstigeren Preise im Rahmen sog. **Gesamtkonditionenpakete** (Abnahmemenge, Lieferzeit, Werbeanstrengungen der Abnehmer usw.) angeboten hatte. Dies bedeutet, dass die Vereinbarung des günstigen Preises im Regelfall Teil eines Verhandlungsergebnisses war, bei dem der jeweilige Verhandlungspartner dem S im Gegenzug in einem anderen Punkt entgegenkam. Beispiel: Ein preisliches Entgegenkommen des S für eine bekannte Sektsorte war möglicherweise daran geknüpft, dass die Geschäfte der Plus-Gruppe auch eine vgl. unbekannte Sektsorte des S abnehmen und gegenüber den Verbrauchern in ihren Geschäften bewerben würden. E zerstört diesen Zusammenhang und reißt die aus solchen Gesamtkonditionenpaketen resultierenden Preisvereinbarungen heraus, wenn er einen ähnlichen Preis jetzt für die Geschäfte der E-Gruppe verlangt, ohne dass diese an die übrigen Teile des Gesamtkonditionenpakets gebunden sind (im Beispiel: Die Geschäfte der E-Gruppe erhalten den günstigen Preis für den bekannten Sekt, ohne sich für die noch unbekannte Sektsorte zu engagieren). Dadurch erhöht E im Ergebnis ihre Forderungen gegenüber S, ohne S im Gegenzug einen Gegenwert zukommen zu lassen. Auch darin liegt ein Missbrauch von Nachfragemacht (Rn. 73)!

BKA Audible

Einen weiteren Fall des Ausbeutungsmissbrauchs **durch einen marktbeherrschenden Nachfrager** prüfte das Bundeskartellamt seit dem 24.8.2015 auf eine Anzeige des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels hin. Es ging um das Verhalten des Unternehmens **Audible**, einer hundertprozentigen Tochter von Amazon. Audible vertreibt Hörbücher über das Internet. Diese können dort gegen ein Entgelt von den Kunden heruntergeladen werden. Auf dem Markt für deutschsprachige Hörbücher verfügte Audible zu diesem Zeitpunkt über einen Anteil von 90 %. Seit 2015 versuchte das Unternehmen die deutschen Hörbuchverleger in neue Lizenzverträge auf einer Flatratebasis zu drängen. Die Kunden von Audible sollten dabei eine feste Gebühr (Flatrate) zahlen und dafür ein bestimmtes Kontingent von Hörbüchern im Monat nutzen können. Die Verleger standen auf dem Standpunkt, dass die von Audible angebotenen Konditionen für die Hörbuchproduktion nicht mehr kostendeckend seien. Problematisch ist, ob hier Audible als Nachfrager aufgrund der eigenen marktbeherrschenden Stellung Konditionen fordert, auf die sich die Marktgegenseite bei wirksamem Wettbewerb nicht einlassen würde. Erkennbar sollte hier das **Konzept der Gewinnspannenbegrenzung gerade umgekehrt gehandhabt werden**: Während bei einem Anbieter aufgrund dieses Konzepts errechnet werden soll, ob der von diesem geforderte Preis über den eigenen Kosten und damit über Wettbewerbsniveau liegt, ist es bei einem **marktbeherrschenden Nachfrager** gerade anders: Dieser ist nur bereit, einen Preis zu zahlen, der deutlich unterhalb der Kosten der Anbieterseite liegt und daher ebenfalls nicht wirksamem Wettbewerb entspricht (zur Nachfragemacht S. 146). Das Verfahren wurde am 19.1.2017 eingestellt, nachdem Audible seine Geschäftsbedingungen umgestellt hatte.

b) Konditionenmissbrauch

Auf einem weiteren **Sonderfall des Ausbeutungsmissbrauchs** beruht die **Inhaltskontrolle von AGB**. Historisch geht die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf die Monopolkontrolle nach § 826 BGB zurück (*Staudinger/Oechsler*, § 826, Bearbeitung 2013, Rn. 187): Weil der Nachfrager einem Monopolisten, der ihm Güter der Daseinsvorsorge anbietet, nicht ausweichen kann, kann sich der Nachfrager auch nicht gegenüber einer nachteiligen Gestaltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen eines solchen Anbieters zur Wehr setzen. Heute gründet ein ähnlicher Gedanke auf der Regelung des § 305 Abs. 1 BGB: Dabei genügt es jedoch, dass der AGB-Verwender so viel Macht hat, dass er seine AGB (einseitig) stellen kann, um diese zu kontrollieren.

Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV und § 19 Abs. 2 Abs. 2 Nr. 2 GWB sind aber weiterhin im Rahmen der **Inhaltskontrolle der AGB des Marktbeherrschers** anwendbar (**Konditionenmissbrauch**). Der Ausbeutungsmissbrauch gründet in diesen Fällen darauf, dass der Marktbeherrscher der Marktgegenseite AGB stellen kann, die diese bei funktionierendem Wettbewerb niemals akzeptiert hätte. Doch bereitet der hypothetische Vergleich mit der Wettbewerbssituation Schwierigkeiten.

BGH Facebook – 2. Teil

BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, NZKart 2020, 473 – **Facebook**: 90 % der Nutzer von sozialen Netzwerken in Deutschland sind bei dem Unternehmen Facebook (F) registriert. Die Registrierung ist kostenlos; doch muss der Nutzer zuvor die AGB von F akzeptieren. Diese beinhalten eine vorformulierte Einwilligung, wonach sich der Nutzer bereit erklärt, dass die Daten, die F anlässlich der Benutzung des Netzwerks über ihn sammelt, mit den Daten zusammengeführt werden können, die bei den Tochterunternehmen von F (Instagram, WhatsApp, Masquerade und Oculus) über denselben Nutzer erhoben werden.

Lehrreich erscheint zunächst ein Blick auf den Verfahrensablauf:

Das BKA (6.2.2019 - B6-22/16) sieht in der Praxis von F einen verbotenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es hat B daher durch Unterlassungsverfügung untersagt, diese AGB weiter zu stellen und die Daten in der vorgestellten Weise zusammenzuführen. Gleichzeitig hat das BKA nach **§ 65 Abs. 1 GWB die sofortige Vollziehung angeordnet**. B hat dagegen Beschwerde beim OLG Düsseldorf nach § 63 GWB eingelegt und den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 65 Abs. 3 GWB gestellt.

*Beachte kurz zur **Zulässigkeit des Antrags nach § 65 Abs. 3 GWB**.*

1. Zuständig ist das OLG Düsseldorf nach § 63 Abs. 4 Satz 1 GWB

2. Beschwerdebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis

a) Beschwerdebefugnis § 63 Abs. 2 GWB = Verfahrensbeteiligte nach § 53 Abs. 2 und 3 GWB

b) Rechtsschutzbedürfnis nach § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB: Es könnten ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung des BKA bestehen!

3. Form und Frist nach § 66 GWB

Begründet ist der Antrag u.a. nach **§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB**, wenn **ernstliche Zweifel** an der Rechtmäßigkeit der Verfügung bestehen. Diese hat das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, WRP 2019, 1333) bejaht und die aufschiebende Wirkung nach § 65 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 GWB angeordnet. Dagegen geht das BKA (lies: § 76 Abs. 1 GWB) im Wege der **Rechtsbeschwerde** nach **§ 74 GWB** vor. Deren Zulässigkeit richtet sich nach §§ 74 ff. GWB. Begründet ist die Rechtsbeschwerde, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des BKA nach

§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB bestehen. Diese verneint der BGH, so dass die aufschiebende Wirkung nicht angeordnet wird.

Zurück zum materiellen Recht:

Ernstliche Zweifel nach § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB könnten im Hinblick auf die Wahrung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bestehen. Dazu müsste F AGB gestellt haben, deren Inhalt von denjenigen Geschäftsbedingungen abweicht, die F **bei wirksamem Wettbewerb** hätte stellen können. Die Konkretisierung eines solchen Vergleichsmarktes für AGB ist jedoch praktisch nicht möglich, da F einerseits den Markt mit seinen AGB dominiert und keine Vergleichsmöglichkeiten vorhanden sind. Ein Ausbeutungsmisbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB kommt daher nicht in Betracht!

In den Mittelpunkt rückt dabei für das deutsche Recht ein sog. **qualitativer Ausbeutungsmisbrauch** nach § 19 Abs. 1 GWB (gleich noch mehr dazu). Im europäischen Kartellrecht kann in diesen Fällen aber weiterhin **Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV** angewendet werden. Denn die Norm setzt allein voraus, dass die gestellten sonstigen Geschäftsbedingungen unangemessen sind. Dies kann sich jedoch auch aufgrund von Überlegungen betreffend den qualifizierten Ausbeutungsmisbrauch ergeben.

Das **BKA** konkretisiert den Missbrauch aufgrund eines Ansatzes, den der BGH in der Entscheidung BGH 6.11.1984 – KVR 13/83 – **Favorit** juris-Rn. 31 entwickelt hat (der sog. **Schadenstheorie**; beachte: inoffizielle Bezeichnung). Ein Ausbeutungsmisbrauch liegt danach **auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 GWB** nach einer qualitativen Betrachtungsweise vor, wenn der Marktbeherrscher die Rechte anderer Marktbeteiligter in einer Weise verletzt, die Bezug zur Ordnungsaufgabe des Kartellrechts hat. Daher rührt die Bezeichnung als **qualitativer Ausbeutungsmisbrauch**. Dessen Voraussetzungen werden im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festgestellt, in die **verfassungsrechtliche Wertungen**, die Wertungen des Europarechts aber auch Wertungen der Rechtsordnung mit Kartellbezug im weitesten Sinne eingehen (vgl. die Zusammenfassung durch das BKA im Amazon-Fall unten). In seinem Beschluss vom 6.2.2019 stützte das BKA seine Untersagungsverfügung auf diesen Rechtsgedanken und die Wertungen der Datenschutzgrundverordnung. Dabei argumentierte es wie folgt: Dadurch, dass F die Daten über die Nutzer aus den vier Portalen zusammenführe, bewirke es bei den Nutzern einen **Kontrollverlust über ihr Recht zur informationellen Selbstbestimmung** und schädige sie auf diese Weise.

Im Beschwerdeverfahren vor dem **OLG Düsseldorf** (26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), NZKart 2019, 495 – Facebook I), wo es allein um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ging, äußerte das OLG Düsseldorf ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung des BKA (§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB), und zwar aus folgenden Gründen:

(1) Ein **Kontrollverlust und eine Schädigung der Nutzer lägen nicht vor**, da diese der Einbeziehung der AGB von F zugestimmt hätten. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Zustimmung wegen der marktbeherrschenden Stellung von F erteilt worden sei. Ebenso wahrscheinlich sei, dass die Nutzer am Schutz der eigenen Daten wenig interessiert seien und die Zustimmung auch in einer Wettbewerbssituation abgegeben hätten, bei der datenschonendere Alternativangebote bestünden. Der bloße Verstoß von AGB gegen gesetzliche Verbote führe im Übrigen noch nicht zu einem kartellrechtlich relevanten Problem.

(2) Vor allem aber fehle es an der **Kausalität** zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch. Denn erforderlich sei eine sog. **Verhaltenskausalität**: Die Schädigung müsse gerade durch die marktbeherrschende Stellung verursacht werden sein. Dies aber sei aus den gerade erörterten Gründen nicht nachweisbar: Denn die Kunden hätten den AGB von F möglicherweise auch in dem Fall zugestimmt, dass sich ihnen im Wettbewerb Alternativen geboten hätten. Für das strenge Erfordernis einer Verhaltenskausalität spricht jedoch ein innerer Zurechnungszusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung, die ein Unternehmen überhaupt erst zum Normadressaten von § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV macht, und dem gegenüber dem Unternehmen geahndeten Missbrauch. Gerade *durch* die marktbeherrschende Stellung muss dem Verbotsadressaten nach diesem Verständnis der Missbrauch möglich werden.

Zuvor hatte das BKA in seiner Entscheidung **Ergebniskausalität** genügen lassen (Beschluss vom 6.2.2019 – B6-22/16 Rn. 873). Danach reicht es aus, wenn der Missbrauch in seinen Wirkungen durch die marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Diese Betrachtungsweise entspricht **auch der Auffassung des EuGH**, die dieser prominent seit den Entscheidungen in Sachen **Continental Can** (EuGH, Urt. v. 21.2.1973 – C-6/72, Slg. 1973, 215 Rn. 27 – Continental Can. S. 236) und **Hoffmann-La Roche** vertritt (EuGH, Urt. v. 13.2.1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 91 – Hoffmann-La Roche; S. 176; das Wortlautzitat bezieht sich auf diese Entscheidung): Danach sei es für die **Anwendung des Art. 102 AEUV** unmaßgeblich, ob „die durch die beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Missbrauchs eingesetzt werde“. Denn der Norm liege der Gedanke zugrunde, dass der Wettbewerb auf dem Markt bereits wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers entscheidend geschwächt sei. Deshalb seien ihm Handlungen mit wettbewerblichem Zerstörungspotenzial verboten. Folgt man dieser zweiten Ansicht, sind dem Marktbeherrscher stets solche AGB verboten, durch die Wettbewerbsstrukturen (weiter) gefährdet werden – gleichgültig, ob er die AGB gerade aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann oder ihm dies auch ansonsten möglich gewesen wäre.

Der **BGH** geht in der **Facebook-Entscheidung** (BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, NZKart 2020, 473 – **Facebook**) erkennt im Ergebnis keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung des BKA (§ 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB). In diesem Zusammenhang bejaht er zunächst eine marktbeherrschende Stellung von Facebook auf einem deutschen Markt für soziale Netzwerke aus (dazu bereits S. 152). Im Rahmen der Missbrauchsprüfung (Rn. 53 ff.) wendet er **§ 19 Abs. 1 GWB** an (Rn. 55 ff.). Auffällig ist jedoch, dass er die Schadenstheorie des BKA nicht ausdrücklich als solche aufgreift. In Auseinandersetzung mit dem OLG Düsseldorf sieht er den Missbrauch jedoch wie das BKA im **Kontrollverlust der Nutzer über ihre Daten**, da diese Facebook nicht ausweichen könnten (BGH Facebook Rn. 58). Dabei lässt er das Argument nicht gelten, Facebook sammle die Daten, um ein auf den Nutzer zugeschnittenes, **personalisiertes Angebot** unterbreiten zu können (BGH Facebook Rn. 59). Denn diese zusätzliche Leistung werde dem Kunden aufgedrängt (BGH

Facebook Rn. 59) und **müsse von ihm mit seinen Daten bezahlt werden**: Die Daten stellten dabei eine Gegenleistung des Kunden für diese „Sonderleistung“ dar (BGH Facebook Rn. 59 ff.). Der BGH geht also von der grundsätzlichen Möglichkeit aus, mit Daten zu zahlen (vgl. die kritischen Überlegungen dazu auf S. 193).

Auch auf die Voraussetzungen der **Kausalität** geht der BGH ein: Er sieht in der strengen, vom OLG Düsseldorf geforderten **Verhaltenskausalität** eine hinreichende, aber keineswegs eine notwendige Bedingung für die Anwendung von § 19 Abs. 1 GWB (BGH Facebook Rn. 72). Auf das Erfordernis der Kausalität könne zwar nicht ganz verzichtet werden, da § 19 Abs. 1 GWB die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verlange (BGH Facebook Rn. 73). Maßgeblich sei jedoch der **Zweck des § 19 GWB**, die Marktteilnehmer vor der missbräuchlichen Auswirkung einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen (BGH Facebook Rn. 74). Dies erinnert an die oben wiedergegebenen Überlegungen des EuGH; auf die Rechtsprechung des EuGH beruft sich der BGH jedoch nicht. Im Ergebnis folgt der BGH wohl einer eingeschränkten Ergebniskausalität, stellt dies aber nicht als solches klar. Vielmehr finden sich folgende Überlegungen:

„75 Insbesondere in Fällen, in denen die Verwendung bestimmter - nach den allgemeinen Maßstäben der Rechtsordnung zulässiger oder unzulässiger - Vertragskonditionen geeignet ist, die marktbeherrschende Stellung abzusichern oder zu vergrößern, rechtfertigt die Auswirkung der durchsetzbaren Konditionen vorbehaltlich der Interessenabwägung im Einzelfall die grundsätzliche Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle.

*76 Dementsprechend hat der Senat angenommen, dass die Verwendung unangemessener Geschäftsbedingungen, die die **Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit einem Normadressaten des § 19 Abs. 1 GWB erschweren**, regelmäßig einen Missbrauch von Marktmacht darstellt (WuW 2017, 283 Rn. 35 - VBL-Gegenwert II). Denn dies ist "Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit" des Verwenders (BGHZ 199, 1 Rn. 65 - VBL-Gegenwert I, BGH, WuW 2017, 283 Rn. 35 - VBL-Gegenwert II) in dem Sinne, als gerade die Marktmacht dazu führt, dass die Konditionen nicht nur den Vertragspartner schädigen, sondern auch objektiv geeignet sind, zu schädlichen Auswirkungen auf das Marktgeschehen und den Wettbewerb zu führen.*

*77 (aa) Geringere Anforderungen an die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Schädigung der Vertragspartner sind in diesem Fall deshalb gerechtfertigt, weil sich **bereits aus der objektiven Eignung des Verhaltens zur Behinderung des Wettbewerbs ergibt, dass das Verhalten eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung unter dem Gesichtspunkt der Behinderung darstellt**. Dies rechtfertigt es jedenfalls, bei der erforderlichen Gesamtbeurteilung des Verhaltens auch für eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung zu Lasten der Vertragspartner genügen zu lassen, dass die beanstandeten Nutzungsbedingungen zu einem Marktergebnis führen, das unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zu erwarten wäre.*

78 (bb) Für eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch einen Behinderungsmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht notwendigerweise ein streng festzustellender Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten bestehen, es reicht vielmehr ein Kausalzusammenhang mit der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung aus (BGH, Urteil vom 4. November 2003 - KZR 38/02, WuW/E DE-R 2004, 1210, 1211 - Strom und Telefon I).

79 (cc) Jedenfalls in einer Konstellation, in der sich das Verhalten des Marktbeherrschers wegen seiner Behinderungswirkung als Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung zu Lasten der

Wettbewerber darstellt, wäre es sachlich nicht zu rechtfertigen, die nachteiligen Wirkungen des Verhaltens zu Lasten der Nutzer wegen eines strengeren Kausalitäts- und Nachweiserfordernisses unberücksichtigt zu lassen. Insbesondere auf einem zweiseitigen Markt ist die wechselseitige Beeinflussung der beiden Marktseiten nicht nur bei Feststellung der Marktbeherrschung zu berücksichtigen (§ 18 Abs. 3a GWB). Vielmehr dürfen, weil sich das Geschäftsmodell auf beide Marktseiten bezieht, auch die Auswirkungen des jeweiligen Verhaltens nicht isoliert betrachtet werden.

80 (dd) Für unterschiedliche Kausalitätserfordernisse spricht in diesen Fällen nicht, dass beim Konditionenmissbrauch Verhalten und Marktwirkungen grundsätzlich zusammenfallen (aA Franck, ZWeR 2016, 137, 151; Satzky, NZKart 2018, 554, 557). Die Marktwirkungen des beanstandeten Verhaltens beschränken sich nicht auf das Verhältnis zu den Vertragspartnern. Vielmehr kann das Verhalten auch die Marktbedingungen für (potentielle Wettbewerber) beeinträchtigen.

Nach Auffassung des BGH führen die beanstandeten AGB-Klauseln zu einem **wettbewerbswidrigen Marktergebnis** (Rn. 84 ff.). Darin dürfte der **Kern des Missbrauchsvorwurfs** liegen: Danach kommt es zu Vertragsschlüssen der vorliegenden Art nur deshalb, weil der Marktbeherrscher Alternativen für die Nachfrageseite vom Markt fernhält. Das Angebot von Facebook trage deshalb den Marktpräferenzen bei funktionierendem Wettbewerb nicht Rechnung (Rn. 86 f.). Denn unter diesen Bedingungen bestünde durchaus ein Interesse an einer datenschonenderen Nutzung sozialer Netzwerke, und die Nutzer würden den entsprechenden Umgang mit ihren Daten in ihre Präferenzentscheidung aufnehmen. Dass AGB praktisch nie von den Nutzern gelesen würden bzw. dass ähnliche AGB branchenüblich seien, lässt der BGH als Gegenargument nicht gelten. Denn die **rationale Apathie** der Nutzer in diesem Punkt erkläre sich daraus, dass ihnen aufgrund der Überlegenheit der Angebotsseite keine Wahlmöglichkeiten verblieben (Rn. 91), es also müßig sei, sich einschlägige Gedanken zu machen.

Ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB setzt dabei **nicht** voraus, dass der **Nutzer zum Abschluss des ungünstigen Vertrags gezwungen wird**, um schwere Rechtsgutsverletzungen abzuwehren (Rn. 101). Es genügt, wenn er eine Leistung nachfragt, die für seine Teilnahme am Gesellschaftsleben bedeutsam ist. Der Missbrauch beruht in diesem Fall darauf, dass der Marktbeherrscher ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durchsetzen kann, das nicht marktüblich ist (Rn. 101). Wegen der Bedeutung der sozialen Netzwerke als Kommunikationsform kann der Nutzer aber nicht einfach auf die Teilnahme an diesen verzichten (Rn. 102). Deshalb muss die wertsetzende Bedeutung des **Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung** in mittelbarer Drittwirkung berücksichtigt werden (Rn. 103). Dessen mittelbarer Schutz über die Normen des Kartellrechts steht nach Auffassung des BGH die Datenschutzgrundverordnung nicht entgegen (Rn. 109 ff.). Denn der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Rechtsprechung dürften in diesem Bereich Gestaltungsspielräume ausüben (Rn. 109).

Einordnung: Der BGH konkretisiert den Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB durch ein Konzept des **Als-ob-Wettbewerbs** (eine Art **hypothetisches Vergleichsmarktkonzept**). Missbräuchlich erscheint danach eine AGB-Klausel, wenn sie bei funktionierendem Wettbewerb nicht mit diesem

Regelungsgegenstand auf dem Markt durchgesetzt werden könnte. Da auf dem Markt tatsächlich kein funktionierender Wettbewerb besteht, kommt es für die entsprechende Feststellung auf eine normative Betrachtungsweise an. Diese wird vor allem durch die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte im Drittverhältnis zwischen Marktbeherrscher und Betroffenen bestimmt. Mit der Verwendung des Begriffs „Schadenstheorie“ sollten Sie sich dabei vielleicht zurückhalten. Bedenken bestehen u.a. im Hinblick auf **Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Gr-Ch**: Denn beim Datenschutz geht es um die Durchsetzung europäischen Rechts (vgl. Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 Datenschutzgrundverordnung). Dann finden – wenn überhaupt – die Grundrechte der Gr-Ch Anwendung, nicht aber das im GG unbenannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dabei dürfen die Harmonisierungsziele des europäischen Rechts nicht durch die Anwendung nationalen Rechts (§ 19 Abs. 1 GWB) durchkreuzt werden.

Im Anschluss an die vom BGH aufgestellten Grundsätzen stellt sich die Frage nach den **Grenzen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle**. Mit Hilfe des § 19 GWB oder des Art. 102 AEUV kann nämlich **keine vollumfängliche alternative Inhaltskontrolle von AGB** betrieben werden. Dagegen spricht bereits, dass diese Materie in der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen geregelt ist. Zur Begrenzung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs existieren mehrere Konzepte:

(1) In der Facebook-Entscheidung stellt der **BGH** darauf ab, dass die Klauseln der Durchsetzung oder Absicherung der marktbeherrschenden Stellung dienen müssen (Rn. 75 oben im Wortlaut). Allerdings wird diese Voraussetzung später nicht mehr explizit geprüft.

(2) Nahe liegt auch der vom **EuGH** geäußerte Rechtsgedanke, dass der Missbrauch in der weiteren Schädigung eines durch die marktbeherrschende Stellung ohnehin geschwächten Marktes besteht (oben in diesem Abschnitt in Sachen Continental Can und Hoffmann-La Roche). Dann käme es darauf an, dass die Klauseln die **Wettbewerbsfreiheit** der Marktbeteiligten (Wettbewerber, Marktgegenseite, Zulieferer, potenzielle Wettbewerber) einschränken. Danach wären die Klauseln nur dann unangemessen iSd. Missbrauchskontrolle, wenn ihr Regelungsgegenstand einen Freiheitsbezug aufwies. In diese Richtung gehen auch die Überlegungen des BKA im Fall Amazon:

BKA – Amazon-AGB 2019

(Fallbericht 17.7.2019 – B2-88/18 = NZKart 2019, 444). Nach einer Studie aus dem Jahr 2018 werden in Deutschland 50 % der Umsätze im Buchhandel, im Handel mit Elektrogeräten und Spielzeugen über Amazon abgewickelt. Konkret ging es um die AGB, die Amazon den Händlern für die Teilnahme auf seiner Verkaufsplattform **Marketplace** stellte. Die AGB waren teilweise intransparent, sahen für Amazon selbst umfangreiche Haftungsausschlüsse und Kündigungsmöglichkeiten vor, unterwarfen die Händler jedoch einer strengen Haftung. Auf die Eröffnung des Verfahrens hin reagierte Amazon mit einer Umstellung seiner AGB (weltweit!). Das BKA fasst im Fallbericht die tragenden Rechtsgründe seiner Entscheidung wie folgt zusammen (NZKart 2019, 444, 447 f.; Hervorhebungen nicht im Original):

*„Ein Ausbeutungsmissbrauch in Form der Verwendung unangemessener Geschäftsbedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sich nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil v. 06.11.2013 – KZR 61/11, VBL-Gegenwert I, openJur 2013, 44268; Urteil v. 07.06.2016 – KZR 6/15, Pechstein, openJur 2016, 7218) sowie der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes (vgl. Beschluss vom 06.02.2019, B6 – 22/19, Facebook) auch aus **qualitativen Erwägungen** ergeben.*
Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

*Dies ist der Fall, wenn die Geschäftsbedingungen sich als Ergebnis einer **Interessenabwägung** unter Einbeziehung der Wertungen des GWB sowie ggf. auch außerkartellrechtlicher Normen als nicht mehr **interessengerecht** darstellen. Ein Verstoß gegen eine **außerkartellrechtliche Norm** trägt ein solches Unwerturteil jedenfalls dann, **wenn er zugleich kartellrechtlichen Belangen zuwiderläuft**.*

*Für das hier maßgebliche AGB-Recht ist dabei zu berücksichtigen, dass ihm auch der verfassungsrechtliche Schutzauftrag zukommt, zur Wahrung der **Grundrechtspositionen** der beteiligten Parteien zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil **die privat-autonome Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung** umkehrt (vgl. BGH, Urteil vom 07.06.2016 – KZR 6/15, Pechstein, openJur 2016, 7218, Rn. 60 ff.). Auf dieser Grundlage war **nicht jede für die Händler potentiell nachteilige oder sie möglicherweise sogar stark belastende Klausel** in den Geschäftsbedingungen kartellrechtlich zu beanstanden. Entscheidend war vielmehr, ob die Händler bei einer Gesamtbetrachtung durch die Verwendung der jeweiligen Geschäftsbedingung **in ihrer wettbewerblichen Betätigung auf dem Marktplatz erheblich gefährdet werden** oder ihnen diese unmöglich gemacht wird, insbesondere weil sie keine Möglichkeit haben, die Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten durch Amazon durchzusetzen.“*

Auch der in der Entscheidung erwähnte Fall „Claudia Pechstein“ verdient Beachtung:

BGH Claudia Pechstein

(BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15 = WuW 2016, 364 – **Claudia Pechstein**) Der Eislaufsportlerin CP war vor dem Schiedsgericht CAS (Court of Arbitration for Sport, Sitz in Lausanne) wegen einer Dopingsperre unerlegen. In ihrer Blutprobe war eine dopingverdächtige Substanz nachgewiesen worden. Der CAS schenkte dabei dem Vortrag von CP, sie nehme aus gesundheitlichen Gründen ein Medikament, das im Körper diesen Stoff freisetze, keine Beachtung. Allerdings hatte CP anlässlich der Teilnahme an der Eislaufweltmeisterschaft mit dem Internationalen Eisläuferverband ISU eine Schiedsvereinbarung getroffen, in der der CAS als Schiedsgericht eingesetzt worden war. Solche Vereinbarungen binden die Parteien nach §§ 1032, 1055 ZPO und stehen der Möglichkeit entgegen, vor den ordentlichen Gerichten Klage zu erheben: Zuständig ist allein das eingesetzte Schiedsgericht. CP argumentierte nun wie folgt: Sie habe der Schiedsvereinbarung nur zugestimmt, weil der ISU ein Monopol über die Teilnahmerechte an der Eislaufweltmeisterschaft innehatte und diese Schiedsvereinbarung einseitig als AGB gegenüber den teilnehmenden Sportlern stelle. Die Einsetzung des CAS schade jedoch den Sportlern, da dort die Sportverbände – was zutrifft – größeren Einfluss auf die Besetzung der Spruchkammern des CAS haben als die Sportler selbst.

Zugrunde liegt ein **Interessenkonflikt** zwischen Sportlern und Sportverbänden: Die Verbände sind schon mit Blick auf die Einwerbung von Sponsorengeldern und Werbeeinnahmen an einem dopingfreien, „sauberen“ Sport interessiert und neigen daher gegenüber den Sportlern zu harten, weil insbesondere pauschalen Urteilen. Andererseits wenden Sportler auf eine verdächtige Blutprobe typischerweise ein, ein bestimmtes Präparat aus gesundheitlichen Gründen eingenommen zu haben.

Das **OLG München** (15.1.2015 – U 1110/14 Kart., WRP 2015, 379) bejahte jedenfalls einen Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB mit folgender Begründung: Bei bestehendem Wettbewerb hätte sich kein Sportler auf die Einsetzung des CAS eingelassen, weil dieser erkennbar einseitig besetzt sei. Der **BGH** ist dem allerdings **nicht** gefolgt; er erkennt den CAS als ordentliches Schiedsgericht an, so dass eine Vereinbarung über dessen Einsetzung keinen Ausbeutungsmissbrauch darstelle.

Der **deutsche Gesetzgeber** plant übrigens für den Konditionenmissbrauch durch „Global Player“ einen eigenen Tatbestand der Missbrauchskontrolle. Dies wurde Anfang Oktober durch Veröffentlichung des Referentenentwurfs für eine **Zehnte GWB-Novelle** bekannt. § 19a des Entwurfs soll eine Missbrauchskontrolle „mit **überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb**“ erfassen (vgl. dazu bereits S. 141). Die Norm würde voraussetzen, dass das BKA Facebook zu einem Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb einguft (Abs. 1). Dann dürfte das BKA diesem Unternehmen nach § 19a Abs. 2 Nr. 3 untersagen:

„durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen“

3. Verdrängungsmissbrauch

a) Dumping, Verkauf unter Einstandspreis

Veräußert ein Marktbeherrscher unter den eigenen Einkaufskosten (Gestehungskosten, Einstandspreis), liegt – bei Annahme ökonomisch rationalen Verhaltens – die Vermutung nahe, dass er dies nur unternimmt, um unter Einsatz der eigenen finanziellen Überlegenheit die Konkurrenten vom Markt zu verdrängen und später – wenn sich die Wettbewerbsstruktur durch Vernichtung von Wettbewerbern verschlechtert hat – eine Monopolrente zu vereinnahmen. Prognosen dieser Art sind im Rahmen des Art. 102 Satz 1 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 GWB unumgänglich, da aus naheliegenden Überlegungen der Eintritt eines solchen Effektes nicht etwa abgewartet werden kann. Andererseits wird eine solche Prognose von den Betroffenen stets in ihrer Plausibilität bestritten werden. Entscheidend kommt es deshalb für die **Rechtmäßigkeit der Prognose** auf folgendes an:

1. Sie muss auf zutreffenden Tatsachen gründen.
2. Die Schlussfolgerungen auf eine künftige Entwicklung müssen wissenschaftlichen bzw. kaufmännischen Maßstäben genügen und dürfen vor allem nicht gegen die Gesetze der Denkklogik verstoßen.

Zu den wichtigsten Prognosetatsachen im Rahmen der Beurteilung einer Dumpingstrategie (so der Begriff im europäischen Kartellrecht) bzw. des Verkaufs unter Einstandspreis (deutsches Kartellrecht) zählt die Frage, welchen Referenzpreis man als Einstandspreis beim Marktbeherrscher

zugrunde legen muss. Hier bereiten insbesondere die Fixkosten erhebliche Probleme. Dies zeigt der nachfolgende Fall, der auch noch einen anderen Missbrauchsaspekt zum Gegenstand hat.

Klausurbeispiel Tetra Pak

(EuGH Slg. 1996, I 5951 - **Tetra Pak**): Das in der Schweiz ansässige Unternehmen Tetra Pak (T) engagiert sich im Bereich der Verpackung von Flüssigkeiten (Milch, Fruchtsäfte). Es stellt Maschinen her, die den von T gelieferten Karton während des Abfüllvorgangs falten und um das Füllgut schließen. Die zugrunde liegenden Techniken hat T patentrechtlich im Bereich des Gemeinsamen Marktes schützen lassen. Patentlizenzen wurden in diesen Bereich nicht vergeben. Im Bereich der sog. nichtaseptischen (nicht keimfreien) Verpackungen hält T auf dem gemeinsamen Markt einen Marktanteil von 40 % bei der Abfüllmaschinenproduktion, die Konkurrenten liegen bei 27 % und 11 %. T vertreibt diese Maschinen auch ausschließlich selbst.

Die Kommission hat T gegenüber ein Bußgeld in Höhe von 75 Millionen Euro mit folgender Begründung verhängt:

1. T biete seine Maschinen seit zwei Jahren für einen Preis an, der unterhalb der Gesamtdurchschnittskosten von T liege.
2. T verpflichte die Getränkehersteller beim Bezug seiner Maschinen, auch die von T hergestellten Kartons von T zu beziehen.

T hat gegen diese Verfügung mit der Nichtigkeitsklage vor dem Europäischen Gericht erster Instanz erhoben. Diese ist abgewiesen worden. T legt dagegen das Rechtsmittel ein und beantragt, das verhängte Bußgeld aufzuheben. Dies geschieht mit folgender Begründung:

Erster Rechtsmittelgrund: Die Berechnung der Kommission sei falsch. Sie habe alle Kosten der T, auch einige typische Fixkostenpositionen (Kosten für die Entwicklung zweier Patente und Kosten für den Erwerb eines Fabrikgrundstücks) in die Berechnung mit einbezogen. Rechne man diese heraus und lege nur die variablen Kosten zugrunde, die bei der Produktion jeder einzelnen Maschine anfielen (Material, Strom usw.), entspreche der Verkaufspreis den Durchschnittskosten.

Zweiter Rechtsmittelgrund: T müsse sich durch die Bezugspflicht vor Image- und Geschäftsschäden schützen.

Hat die Klage von T vor dem EuGH Erfolg?

Lösungsvorschlag

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

(1) Vorliegend ist das Rechtsmittel nach Art. 256 Abs. 1 Unterabsatz 2 AEUV gegen die Entscheidung des europäischen Gerichts erster Instanz **statthaft**.

(2) T ist nach Art. 56 Abs. 2 der Satzung des EuGH auch **rechtsmittelbefugt**. Allerdings muss die Rechtsmittelfrist nach Abs. 1 der Norm von 2 Monaten eingehalten werden.

(3) Im Übrigen bestehen keine Bedenken hinsichtlich des **Rechtsschutzbedürfnisses**, weil das Rechtsmittel auf konkrete Rechtsmittelanträge i. S. d. Art. 58 der Satzung des EuGH gestützt ist.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz an einem der in der Rechtsmittelschrift genannten Fehler leidet.

Vor allem könne das Gericht Art. 102 AEUV im Rahmen seiner Bußgeldentscheidung nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO Nr. 1/2003 unrichtig angewendet haben. T ist zunächst ein Unternehmen i. S. d. Norm. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV im Übrigen vorliegen.

1. Beherrschende Stellung

T müsste auf dem Binnenmarkt eine beherrschende Stellung einnehmen. Dies lässt sich unter Zuhilfenahme von Art. 2 Abs. 1 lit. b FusionskontrollVO (FKVO) nur im Wege einer Gesamtbetrachtung feststellen, bei der es um die Frage geht, ob T eine Position einnimmt, die von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird.

a) Marktbeherrschung

Sachlich relevant könnte hier der Markt für Abfüllmaschinen sein, die zur aseptischen Verfüllung geeignet sind. Dieser Markt erstreckt sich laut SV räumlich auf das Gesamtgebiet des Binnenmarktes. Zwar liegt bei einem Marktanteil von 40 % eine marktbeherrschende Stellung im Rahmen des Art. 102 AEUV nicht zwingend vor, jedoch kommt sie bei Hinzutreten weiterer Umstände in Betracht. Diese liegen hier vor allem im relativ großen Abstand von T zum nächsten Konkurrenten; in ihm kommt der Vorsprung von T strukturell zum Ausdruck.

b) Sonstige Kriterien

Ferner fällt besonders die vertikale Integration von T ins Gewicht. T produziert nicht nur die Maschinen, sondern auch die zu ihrem Betrieb benötigten Kartons. Ferner betreibt es den Vertrieb der Maschinen selbst. Als Unternehmen ist T daher in der Wertschöpfungskette der Abfülldienstleistung stark integriert. Darin liegt nicht zuletzt nach Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO ein Kriterium für die Bemessung der Machtstellung der T: Denn die aus der vertikalen Integration geschöpften Ressourcen können potenziell im Verdrängungswettbewerb mit Konkurrenten zum Einsatz kommen und diese einschüchtern (Entrenchment-Effekt).

Nach der sog. **Portfolio-Theorie** (dazu S. 145) kann sich eine besondere Machtstellung ferner aus dem Besitz besonders wertvoller Immaterialgüter (Marken, Urheberrechte usw.) im Verein mit anderen Faktoren ergeben, weil so die Kundenbindung besonders stark ausgestaltet werden kann. Entsprechend fällt vorliegend das Patent über die Abfülltechnik zusätzlich zur vertikalen Integration ins Gewicht, wobei der Wert des Patents bereits an dem Abstand zu erkennen ist, den T vor seinen Konkurrenten einnimmt. Hinzu kommt, dass dieses Patent im Binnenmarkt nur von T selbst und nicht von den Konkurrenten im Wege der Lizenz genutzt werden kann.

Nach alledem dürfte T eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt einnehmen.

2. Missbrauch

Fraglich ist, ob T diese Stellung missbraucht. Ein Missbrauch bedeutet einen Eingriff in die Wettbewerbsstrukturen mit einer objektiv nachhaltigen schädigenden Wirkung, der seine Gefährlichkeit gerade aus der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens gewinnt.

a) Dumping – Verkauf unter Einstandspreis (1. Rechtsmittelgrund)

Ein solcher Missbrauch könnte nach Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV im Verkauf der Maschinen unter Einstandspreis liegen. Grundsätzlich ist die Preisbildung Teil der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und gerade Gegenstand des Wettbewerbs und nicht der behördlichen Kontrolle. Ein Unternehmer darf deshalb auch vermeintlich unökonomisch niedrige Preise bilden. Etwas anderes könnte jedoch nach Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV gelten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Produkte dauerhaft unter den eigenen Einstandskosten vertreibt. Denn eine solche Strategie läuft auf eine massive und nachhaltige Verdrängung von Konkurrenten und damit eine Schädigung der Marktstruktur hinaus.

Fraglich ist deshalb, ob gegenüber T der Vorwurf eines Verkaufs unter Einstandspreis bzw. einer Dumpingstrategie mit Verdrängungsabsicht unterstellt werden kann. Dies hängt davon ab, wie man die Einstandskosten von T bestimmt. Fraglich ist dabei insbesondere, ob die Fixkosten von T zu den Kosten hinzugerechnet werden können. Nach einer neueren, auch von der Europäischen Kommission bevorzugten Auffassung (*Schmidt/Voigt*, WuW 2006, 1097 ff.) muss sich der Preis zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten befinden, weil andernfalls ein dauerhafter Verlust eintritt und die Kosten niemals ganz gedeckt sind (*Joskow/Klevorik* Yale Law Journal Vol. 89 (1979), 213 ff.). Ausschlaggebend sind die sog. **durchschnittlichen inkrementellen Kosten**.

Nach der sog. **Areeda-Turner-Regel** (*Areeda/Turner* Harvard Law Review 1975, 697 ff.) ist hingegen eine Einrechnung der Fixkosten nicht möglich, sondern es kommt allein auf die variablen Kosten des Verkäufers (zu beiden beim potenziellen Wettbewerb S. 45). Denn bei Fixkosten handelt es sich meist um Kostenpositionen, die bereits bei Markteintritt, also in der Vergangenheit, in voller Höhe und unabhängig von der produzierten Stückzahl aufgebracht werden mussten. Ökonomisch werden sie deshalb als „**sunk cost**“ bezeichnet, weil es Kosten sind, die das Unternehmen in der Vergangenheit aufgebracht und damit ökonomisch betrachtet regelmäßig hinter sich gelassen hat. So muss sich auch die Entscheidung der T, Maschinen auf den Märkten anzubieten, regelmäßig von den variablen Kosten der Herstellung dieser Maschinen leiten lassen und weniger von der Gesamtkostenstruktur seines Unternehmens. Würde man anders verfahren, entstünde im Übrigen eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen den Wettbewerbern: Während der **Newcomer** auf dem Markt, der in besonderer Weise auf eine Niedrigpreisstrategie angewiesen sein kann, seine Preise an den noch nicht aufgetragenen Fixkosten seines Markteintritts orientieren müsste, könnte das am Markt bereits etablierte Unternehmen, das die fixen Kosten im Laufe seiner Unternehmensgeschichte längst aufgebracht hat, allein auf die variablen Kosten verweisen und hätte deshalb größeren Spielraum für eine Niedrigpreisstrategie. Dies wäre einer Öffnung des Marktes aber gerade abträglich.

Nach der **Rechtsprechung des EuGH** errechnet sich der Referenzpreis daher regelmäßig auf der Grundlage der variablen Kosten. Ausnahmsweise darf jedoch auf die inkrementellen Durchschnittskosten abgestellt werden, wenn dem marktbeherrschenden Unternehmen konkrete subjektive Verdrängungsabsicht nachgewiesen wird (grundlegend EuGH, 3.7.1991 – C-62/86 – **AKZO**, Rn. 71 f.). Eine konkrete subjektive Verdrängungsabsicht ist jedoch vorliegend nicht erkennbar. Deshalb veräußert T seine Waren nicht unter Einstandspreis. Darin liegt ein missbräuchlicher Verdrängungswettbewerb daher nicht vor.

b) Koppelung (2. Rechtsmittelgrund)

Ein Missbrauch könnte in der anlässlich des Maschinenkaufs begründeten Bezugspflicht für die von T hergestellten Abfüllkartons bestehen, wenn diese eine nach Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV verbotene Koppelung zum Gegenstand hat. Zwar leuchtet es ein, dass T auf dem Markt für Abfüllmaschinen Imageschäden und Produkthaftungsklagen drohen, wenn der Abfüllvorgang anhand der Minderwertigkeit der zum Einsatz kommenden Kartons scheitert, das Problem für den abfüllenden Unternehmer selbst aber nicht eindeutig lokalisierbar ist. Während man deshalb üblicherweise – etwa im Automobilbereich auf dem Zubehörsektor – ein Interesse des Herstellers anerkennt, sich zumindest während der Garantiezeit durch Bezugspflichten zu schützen, kann dies für einen Marktbeherrscher nach Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV nicht ohne weiteres gelten. Denn Koppelungen Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

des Marktbeherrschers bergen die besondere Gefahr, dass die Ergebnisse zweier Märkte – des wegen der Marktbeherrschung strukturschwachen Marktes für das koppelnde Produkt und des Marktes für das gekoppelte Produkt – miteinander verbunden werden und dadurch die strukturelle Schwäche des einen Marktes sich auf den anderen auszuwirken beginnt. Dieser im Kartellrecht als **Leverage** bezeichnete Effekt führt dazu, dass der beherrschte Markt zum Hebelpunkt wird, von dem aus die Wettbewerbsverhältnisse auf dem anderen Markt ausgehebelt werden können. Konkret auf den vorliegenden Fall angewendet, geht es darum, dass der Preisbildungsmechanismus auf dem Markt für Abfüllkartons durch die Kopplung empfindlich gestört wird. Dort könnten künftig nicht mehr Preis und Qualität der Kartons den Ausschlag für die Nachfrageentscheidung liefern, sondern einzig das Interesse, die Maschinen von T zu beziehen. Denn in dem Maße, in dem die Nachfrager auf die Maschinen von T angewiesen sind, sind sie auch bereit, von höheren Preisen und ungünstigeren Konditionen der T auf dem Markt für Kartons abzusehen, nur um mit T über die Abfüllmaschine ins Geschäft zu kommen. Die Ziele des nach Art. 32 lit. b AEUV geltenden Wettbewerbsprinzips liegen aber gerade in der wohlfahrtsökonomischen Funktion des Wettbewerbs, unter ständigem Konkurrenzdruck für ein möglichst effizientes Angebot zu sorgen. Durch die Kopplungsstrategie mindert T gerade diesen Konkurrenzdruck auf dem Markt für Kartons teilweise zurück. Dass ihr dies allein aufgrund ihrer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Abfüllmaschinen gelingt, ist nicht hinnehmbar. Ein Missbrauch liegt insoweit vor.

3. Da laut Sachverhalt der zwischenstaatliche Handel ebenfalls betroffen ist und zugleich von einem spürbaren Effekt ausgegangen werden muss, liegen die Voraussetzungen des Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV im Hinblick auf die Kopplung vor, nicht aber im Hinblick auf einen möglichen Verdrängungsmissbrauch nach Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV. Dadurch dürfte das Bußgeld nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO Nr. 1/2003 wohl insgesamt zu hoch angesetzt sein, weil die Kommission die Schuld von T zu schwer eingeschätzt hat.

Ergebnis: Die Klage ist im Hinblick auf die Beanstandung des Niedrigpreisangebotes begründet; im Übrigen nicht.

b) Treuerabatte

Treuerabatte des Marktbeherrschers stellen ebenfalls ein Instrument des Verdrängungswettbewerbs dar (bekanntester Fall: EuGH, Urteil v. 6.9.2017 – C-413/14 – **Intel**). Durch den Treuerabatt honoriert der Marktbeherrschter mit einem Preisnachlass, dass ein Kunde ihm dauerhaft verbunden ist. Dadurch, dass der Marktbeherrschter die Bindung der Nachfrager an sein Unternehmen belohnt, zementiert er

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

die bestehende Störung der Wettbewerbsstruktur des Marktes und verhindert gezielt den Marktzugang. Denn ein Newcomer muss nicht nur die regulären Preise des Marktbeherrschers unterbieten, sondern er muss seine Kunden auch für die Nachteile entschädigen, die diesen dadurch entstehen, dass sie den Treuerabatt des Marktbeherrschers nicht realisieren können. Der Treuerabatt bedeutet daher eine Investition in den Erhalt der eigenen marktbeherrschenden Stellung und beinhaltet seiner Natur nach einen Missbrauch. Das EuG bezeichnet solche Rabatte auch als **Exklusivitätsrabatte**.

Beachte aber: Auch der Marktbeherrscher darf seinen Kunden Rabatte einräumen, wenn er dadurch die Effizienz des Kunden honoriert bzw. eigene Kostenersparnisse an diesen weitergibt. Das einschlägige Beispiel liefern **Mengenrabatte**. (vgl. auch S. 160) Nimmt der Kunde eine große Menge ab, erspart der Marktbeherrscher – gemessen am einzelnen Stück – erhebliche Transportkosten und erzielt gegenüber dem eigenen Lieferanten mglw. selbst Größenvorteile, weil er größere Mengen nachfragen kann (**Größenvorteile = Economies of Scale**). Wenn der Marktbeherrscher solche Vorteile weitergibt, drückt sich darin nur seine wettbewerbliche Effizienz aus, deren Auspielen im Wettbewerb erlaubt ist. Jede andere Betrachtungsweise würde den Marktbeherrscher dafür bestrafen, dass er sich den wettbewerblichen Verhältnissen besonders gut angepasst hat. Die zugrunde liegende Prüfung wird als **AEC-Test** bezeichnet (**EuGH** aaO. Intel, Rn. 111; der Test geht auf die sog. Prioritätenmitteilung der Kommission zurück: 2009/C 45/02, Rn. 23 ff.): Fraglich ist, ob ein vergleichbar effizienter Wettbewerber (**As Efficient Competitor**) einen solchen Rabatt ebenfalls eingeräumt hätte, weil er Kostenvorteile, die vom Kunden ausgehen, prämiert hätte. Die Alternative liegt darin, dass der Rabatt nur dem Marktbeherrscher möglich ist, keine Leistungen der Vertragsgegenseite prämiert und daher auf Verdrängung gerichtet ist.

Europäische Kommission Google Android

Vgl. in diesem Zusammenhang auch (Europäische Kommission, 18.7.2018 - IP/18/4581 – **Google Android**) Google ist verantwortlicher Entwickler des Betriebssystems Android für Mobilgeräte. Fremdhersteller von Smartphones müssen von G eine Android-Lizenz erwerben, um das Betriebssystem auf ihren Geräten verwenden zu können. Auf den Weltmärkten für lizenzpflichtige Betriebssysteme von Smartphones (mit Ausnahme des chinesischen Marktes) hält G einen Marktanteil von über 95 %. Google hat einigen der größten Hersteller von Mobilgeräten sowie Betreibern von Mobilfunknetzen **Rabatte** auf die Android-Lizenzgebühr gewährt, wenn sie auf allen Android-Geräten ihres Sortiments ausschließlich die Google-Suchmaschine vorinstallierten. Dabei dürfte es sich im Zweifel nicht um erlaubte Rabatte handeln, die leistungsgerecht einen Vorteil prämiieren, den die Nachfrager G zuwenden. Denn beim Verkauf digitaler Produkte wie Software fallen Effizienzvorteile nicht in gleicher Weise ins Gewicht wie bei Gütern der analogen Welt. Lager-, Transport- und Versicherungskosten spielen praktisch keine Rolle.

Die Kommission geht seit Oktober 2019 durch eine **einstweilige Maßnahme nach Art. 8 VO Nr. 1/2003** (lesen!) azcg gegen das Technologieunternehmen **Broadcom** wegen verbotener Treuerabatte vor; Grund: Die Wirkung der Treuerabatte auf dem Markt soll nicht abgewartet werden.

Die **Grenze zwischen verbotenen Treuerabatt und erlaubtem Mengenrabatt** verläuft dort, wo der Marktbeherrscher **echte Leistungen des Kunden belohnt** bzw. tatsächlich realisierte Kostenersparnisse weitergibt.

EuGH Hoffmann La Roche

Seit der Entscheidung des EuGH in Sachen **Hoffmann-La Roche** (EuGH, 13.2.1979 – C-85/76 – Rn. 90) werden reine Treuerabatte als unzulässig angesehen, da sie mit den Prinzipien des **Leistungswettbewerbs** nicht vereinbar sind. Dies bedeutet, dass die Rabatte eine Leistung der Vertragsgegenseite honorieren sollen, nicht aber dazu dienen dürfen, den Konkurrenten die Nachfrager dauerhaft zu entziehen und sie damit vom Markt zu drängen. In Sachen **Michelin I** (EuGH, 9.11.1983 – 322/81, Slg. 1983, 3461 – Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461) wird vor allem **ein jährlicher Referenzzeitraum** für Rabatte als kritisch angesehen, wenn die Kunden innerhalb dieser Zeit eine bestimmte Absatzmenge (**Absatzziel**) erreichen müssen. Denn dadurch entsteht erheblicher Nachfragedruck gegen Ende der Rabattfrist: Ganz geringe Umsätze können dann einen großen Preisnachlass bewirken (Rn. 81). Diesen können kleinere Konkurrenten nicht anbieten (Rn. 82). Als problematisch wird es deshalb angesehen, wenn der Rabatt **Rückwirkungseffekte** entfaltet, wenn also beim Erwerb einer kleinen Warenmenge, die vom Käufer bereits getätigten Umsätze rückwirkend Rabatte auslösen, weil das Absatzziel insgesamt erreicht ist. Denn dann geht ein besonders großer Anreiz aus, kurz vor Erreichen des Absatzziels selbst geringe Mengen beim Marktbeherrscher zu erwerben (EuGH, 15.3.2007 – C-95/04-P Slg. 2007, I-2331 Rn. 73 – British Airways).

c) Preis-Kosten-Schere (Margin Squeezing)

Die sog. **Preis-Kosten-Schere** stellt einen weiteren Fall des Verdrängungswettbewerbs dar (Sonderregelung in **§ 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 GWB** (dazu *Kleineberg/Wein* WuW 2018, 382); ansonsten Fall des Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV bzw. des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Der Marktbeherrscher ist hier auf einem vorgelagerten Markt für einen Rohstoff (**Upstream-Markt**) und einen nachgelagerten Markt für das aus dem Rohstoff hergestellte Produkt (**Downstream-Markt**) integriert. Die Marktbeherrschung gründet auf dem Upstream-Markt. Dort fragen Konkurrenten, die auf dem Downstream-Markt tätig sind, vom Marktbeherrscher den Rohstoff nach (erinnert an die Konstellation in Sachen *Commercial Solvents* S. 181). Zwecks Behinderung der Konkurrenten erhöht der Marktbeherrscher auf dem Upstream-Markt die Preise, bleibt aber unterhalb der Schwelle des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV. Auf dem nachgelagerten Markt senkt er stattdessen die Preise, vermeidet aber ein Dumping (Predatory pricing, Verkauf unter Einstandspreis). Durch Koordination beider Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Maßnahmen nimmt er damit die Konkurrenten in die Zange: Der hohe Einkaufspreis für die Rohstoffe drückt deren Gewinnmarge; der niedrige Preis auf dem Downstream-Markt verstärkt diesen Effekt (im Englischen daher: **Margin squeezing**). Diese komplizierte Strategie wird häufig dann angewendet, wenn die Preise auf dem beherrschten Upstream-Markt staatlich reguliert sind (Telekommunikation, Regulierung nach TKG).

EuGH TeliaSonera

EuGH, 17. Februar 2011 – C-52/09 – **TeliaSonera**: Vor der Liberalisierung des schwedischen Kommunikationsmarktes war TeliaSonera der einzige Anbieter für Telekommunikationsdienstleistungen (Telefonie). Nach der Liberalisierung des Marktes bietet er seinen Konkurrenten als marktbeherrschender Anbieter Vorprodukte an, die diese benötigen, um Telekommunikationsdienstleistungen gegenüber den Endverbrauchern zu erbringen. Die Preise für diese Vorprodukte sind jedoch so hoch, dass den Konkurrenten auf den Verbrauchermärkten kaum ein Gewinn verbleibt. Denn auf den Endverbrauchermärkten macht ihnen TeliaSonera scharfen Preiswettbewerb.

Der EuGH geht davon aus, dass diese Vorgehensweise mittelbar die Verbraucherinteressen schädigt, da Konkurrenten von TeliaSonera behindert bzw. sogar vom Markt verdrängt werden (Rn. 24). Das Margin Squeezing sieht er als missbräuchliche Form des Verdrängungswettbewerb an, wenn die Preise auf dem Upstream-Markt so gestaltet sind, dass der Konkurrent auf dem Downstream-Markt in seiner Wettbewerbsstellung gefährdet wird (Rn. 31 f.).

Eine ähnliche Konstellation liegt EuGH, Urteil vom 14.10.2010 – C-280/08 (Juris) – Deutsche Telekom/Kommission Tz. 142 zugrunde!

U.S. Supreme Court Verizon

Das Problem der Preis-Kosten-Schere wird gelegentlich als Sonderproblem des Regulierungsrechts angesehen, das von der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu trennen sei (so tendenziell der U.S. Supreme Court in **Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP**, 540 U.S. 398, 408 (2004)). Dies überzeugt jedoch nicht, da es sich um eine **verfeinerte Variante des Verdrängungsmissbrauchs** handelt, die geschickt die Voraussetzungen eines Ausbeutungsmissbrauchs auf dem Upstream-Markt und eines Dumpings auf dem Downstream-Markt vermeidet und dennoch den Konkurrenten in schwere Bedrängnis bringen kann. Fraglich ist, wann ein Missbrauch vorliegt. Nach einem OECD Papier zum Margin Squeezing (im Internet erhältlich) dürfte dies der Fall sein, wenn auf dem Downstream-Markt die Gewinnspanne so niedrig ist, dass sich ein **Marktzutritt für Dritte nicht mehr lohnt**. Denn dann besteht auch für die etablierten Unternehmen ein Anreiz, den Markt zu verlassen (Beispiel: EuGH, Urteil vom 14.10.2010 – C-280/08-Deutsche Telekom/Kommission Tz. 142).

4. Behinderungsmissbrauch

a) Koppelungen (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

aa) Ein Missbrauch kommt vor allem dort in Betracht, wo der Marktbeherrscher die freie Wert- und Preisbildung auf Märkten unter Einsatz seiner Machtstellung behindert. Das bedeutendste Beispiel stellt die **Koppelung** dar, wie sich gerade anhand des Tetra Pak-Falles erwiesen hat (S. 177). Äußerlich beruhen Koppelungsstrategien darauf, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Ware, auf deren Markt es seine Machtstellung begründet, nur gemeinsam mit einer anderen Ware verkauft (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV).

Klassisches Beispiel (KG, Beschluss vom 18. Februar 1969, WuW/E OLG 995, 996 – Handpreisauszeichner): Ein Unternehmen, das als einziges funktionsfähige Preisauszeichnungsgeräte herstellt und hier praktisch ein Monopol hält, vermietet diese Geräte nur, wenn auch die dazu gehörigen Etiketten von ihm erworben werden.

bb) Die missbräuchliche Wirkung der Koppelung liegt im **Angriff auf die Preisbildungsfunktion des Zielmarkts** (im Beispiel: Markt für Etiketten). Denn durch die Koppelung verknüpft der Marktbeherrscher die dominante Position auf dem Ausgangsmarkt (Preisauszeichner) mit den Marktergebnissen auf dem Zielmarkt (**Verknüpfung zweier Marktergebnisse**). Weil die Nachfrager an seinem Angebot auf dem Ausgangsmarkt nicht vorbeikommen, müssen sie den Marktbeherrscher auch auf dem Zielmarkt als Partner akzeptieren. Die in der Folge eintretende Wirkung bezeichnet man als **Leverage-Effekt (Hebeleffekt)**: Die marktbeherrschende Stellung auf dem Ausgangsmarkt ist ein Hebelpunkt, um die Verhältnisse auf dem Zielmarkt zu behindern.

Um im Beispiel zu bleiben: Wer künftig Etiketten erwerben will, kann den Kauf nicht mehr allein von deren Preis und Qualität abhängig machen. Vielmehr muss er einkalkulieren, dass der Bezug eines Auszeichnungsgerätes nur möglich ist, wenn er die Etiketten von dessen Hersteller bezieht. Das Unternehmen hat damit seine Macht vom Markt für das Preisauszeichnungsgerät wirksam auf den nächsten Markt verlagert und gefährdet dort die Wettbewerbsstruktur. Denn die Nachfrage auf dem Etikettenmarkt orientiert sich nicht mehr an der ökonomischen Effizienz des Angebots (Preis und Leistung), sondern allein an den durch die Koppelung erzeugten Machtverhältnissen.

Die mit der Koppelung einhergehende Verbindung zweier Marktergebnisse sorgt dafür, dass sich die Strukturschwäche des Ausgangsmarktes auf dem Zielmarkt fortsetzt. Deshalb lässt sich der Koppelungsmissbrauch auf **zwei Strukturelemente** zurückführen:

- (1) Die Verbindung zweier oder mehrerer Marktergebnisse und
- (2) die Beherrschung eines dieser Märkte durch das koppelnde Unternehmen.

Der Missbrauch selbst gründet aber auf folgendem **Gerechtigkeitsgedanken**: Dass das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Ausgangsmarkt eine dominante Stellung einnimmt und dort die Wettbewerbsstrukturen geschwächt sind, muss die Rechtsordnung hinnehmen. Denn die Dominanz kann gerade Ausweis der ökonomischen Effizienz dieses Unternehmens sein. Nicht hinnehmbar erscheint es jedoch, dass die geschwächten Wettbewerbsstrukturen des Ausgangsmarkts auf den Zielmarkt durch Verbindung der Marktergebnisse ausgeweitet werden. Erstrebt das marktbeherrschende Unternehmen die Dominanz auch auf dem Zielmarkt, muss es diese im Wettbewerb um Preis und Leistung mit den dort agierenden Konkurrenten erringen, nicht aber, indem es die Strukturschwäche auf dem Ausgangsmarkt als Hebel für die Marktverhältnisse auf dem Zielmarkt benutzt.

Europäische Kommission Google Android (2)

Aktuelles Beispiel (Europäische Kommission, 18.7.2018 - IP/18/4581 – **Google Android**) Google ist verantwortlicher Entwickler des Betriebssystems Android für Mobilgeräte. Fremdhersteller von Smartphones müssen von G eine Android-Lizenz erwerben, um das Betriebssystem auf ihren Geräten verwenden zu können. Auf den Weltmärkten für lizenzpflichtige Betriebssysteme von Smartphones (mit Ausnahme des chinesischen Marktes) hält G einen Marktanteil von über 95 %. 1. Google bietet Herstellern von Mobilgeräten **seine Apps und Dienste für Mobilgeräte als Bündel** an, das den Google Play Store, die App Google-Suche und den Browser Google Chrome umfasst. Die Kommission hat diese Koppelung neben anderen Handlungen mit einem Bußgeld iHv. über 4 Milliarden € belegt.

cc) Die Verbindung der beiden Märkte muss dabei **nicht immer durch Zwang** hergestellt werden. Hier existieren auch andere Mittel:

Gesamtsortimentsrabatte führen wie Koppelungen zu einer Verknüpfung von Marktergebnissen. Anders als bei der Koppelung im engeren Sinne erfolgt die Verknüpfung jedoch nicht durch Zwang, sondern durch wirtschaftliche Anreizsetzung.

U produziert Kopierfolien, Bleistifte und Kugelschreiber. Auf dem Markt für Kopierfolien ist U marktbeherrschend. U gewährt seinen Kunden einen Preisnachlass von 10 % auf die Kopierfolien, wenn diese bei ihm auch Bleistifte und Kugelschreiber kaufen. Durch den Preisnachlass wird auf die Käufer eine große **Sogwirkung** ausgeübt. Sie begegnen U zwangsläufig auf dem Markt für Kopierfolien und werden dort im Zweifel mit nicht wettbewerbskonformen Preisen konfrontiert. Deshalb ist der Anreiz groß, durch den Erwerb von Bleistiften und Kugelschreibern einen Preisnachlass zu erwirken. Ähnlich wie bei der Koppelung ist der Preisbildungsmechanismus auf den Zielmärkten betroffen: Bleistifte und Kugelschreiber werden nicht notwendig wegen ihres geringen Preises oder ihrer hohen Qualität erworben, sondern um die Voraussetzungen eines Rabatts auf dem Markt für Kopierfolien zu schaffen. Konkurrenten auf den Zielmärkten können mit U in diesem Punkt nicht mithalten, da sie nicht in gleicher Weise auf dem Markt für Kopierfolien integriert sind.

dd) Bei der **Beurteilung von Sortimentsrabatten besteht allerdings folgende Einschränkung**: Der Marktbeherrscher darf an seine Kunden sog. **Effizienzvorteile** weitergeben. Damit sind insbesondere Mengenvorteile (**Economies of scale**) gemeint, die sich etwa in Mengenrabatten ausdrücken, die der Marktbeherrscher selbst erzielt. In Mengenrabatten, die dem Marktbeherrscher von der eigenen Zuliefererseite eingeräumt werden, kommt die ökonomische Überlegenheit seiner Tätigkeit als Vertriebspartner gegenüber anderen Absatzmittlern zum Ausdruck. Diese Vorteile darf er an die nächste Marktstufe (die eigenen Abnehmer) weitergeben. Voraussetzung ist allerdings, dass die Weitergabe an die Abnahmemenge bzw. sonstige Kostenersparnisse von Seiten des Abnehmers anknüpft und nicht nur der Erzeugung von Leverage-Effekten dient.

ee) Im Umkehrschluss aus Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV folgt, dass Koppelungen dort zulässig sind, wo sie **sachlich oder aufgrund eines Handelsbrauchs in Beziehung zum Vertragsgegenstand** stehen. Dieses Tatbestandsmerkmal darf indes nicht so verstanden werden, dass eine vom Marktbeherrscher über eine gewisse Zeit durchgesetzte Koppelungsstrategie ihre Rechtfertigung als Handelsbrauch in sich trägt. Das Tatbestandsmerkmal ist also nicht Grundlage für eine normative Kraft des Faktischen. Vielmehr müssen die beiden Tatbestandsmerkmale „sachlich“ und „Handelsbrauch“ im Hinblick auf die Regelungszwecke des Art. 102 AEUV und die Verhinderung des Leverage-Effekts und der Beeinträchtigung des Preisbildungsmechanismus ausgelegt werden. Danach dürfte folgendes gelten:

Bestand in einer Branche vor Begründung der marktbeherrschenden Stellung eine Koppelungspraxis (Verkauf von Neuwagen mit Bereifung!), ändert die Begründung der marktbeherrschenden Stellung daran nichts.

Der Marktbeherrscher hat aber nicht das Recht, das auf dem Ausgangsmarkt offerierte Produkt mit einer auf einem unabhängigen Markt angebotenen Ware zu koppeln, um dadurch das Produkt auf dem Ausgangsmarkt attraktiver zu gestalten. In der Aufwertung des Produkts auf dem Ausgangsmarkt liegt als solches noch kein Sachbezug.

Beispiel: Die Einbindung des Internet Explorer in Windows 95 führte zur Zerstörung der eigenständigen Märkte für Internetbrowser wie Netscape und anderer Anbieter, die sich aus Werbe- und Lizenzentnahmen finanzierten. Denn die Microsoftkunden, die nun über einen Browser verfügten, luden den Netscape-Browser nicht mehr herunter, so dass die Werbeplattform für Netscape verschwand und das Interesse an professionellen Netscape-Lizenzen unterging. Die mit der Einbindung des Internet Explorer verbundene Verbesserung des Betriebssystems Windows allein rechtfertigte die Zerstörung des Browsermarktes rückblickend betrachtet nicht. Denn die Interessen des Marktbeherrschers müssen in solchen Fällen immer hinter dem allgemeinen, in Art. 102 AEUV geschützten Interesse am Erhalt der Marktstrukturen zurücktreten.

b) . Missbräuchliche Verweigerung von Lieferbeziehungen – missbräuchlicher Abbruch einer Lieferbeziehung

Verweigert ein Unternehmen einem anderen Unternehmen den Abschluss eines Kaufvertrags, erscheint dies zunächst nur als Ausdruck der **negativen Vertragsfreiheit**, die neben der positiven Vertragsfreiheit zentrale Voraussetzung des Wettbewerbs ist und im Übrigen durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Die Ausübung dieser Freiheit bedeutet daher zunächst keinen Missbrauch. Anders präsentiert sich der Fall, wenn ein **Marktbeherrscher** den Abschluss verweigert. Seine Entscheidung kann nämlich die Wettbewerbsstruktur nachgelagerter Märkte schädigen. Hinter dieser Gefahr muss im Einzelfall die negative Vertragsfreiheit zurücktreten. Vgl. dazu die Leitentscheidung des EuGH:

EuGH Commercial Solvents

EuGH, Urt. v. 6.3.1974 – Rs. 6 u. 7/73, Slg. 1974, 223 – **Commercial Solvents**). Die Commercial Solvents Corporations (CSC), eine Gesellschaft des Staates Maryland, USA, hat eine marktbeherrschende Stellung bei der Produktion des zur Arzneimittelherstellung verwendeten Stoffes Aminobutanol. Diesen lieferte sie in verschiedene europäische Staaten, unter anderem nach Italien. Im Jahre 1974 stellte das Unternehmen die Lieferung von Aminobutanol nach Italien jedoch ein. Zur Begründung führte es aus, man stelle die Medikamente aus Aminobutanol jetzt selbst her und biete diese selbstverständlich auch in Italien an. Missbraucht CSC damit seine marktbeherrschende Stellung?

Die Wirkung des Abbruchs der Lieferbeziehung durch Commercial Solvents **erinnert an die Koppelungsfälle**. Denn das Unternehmen nutzt seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Aminobutanol (Ausgangsmarkt) aus, um in die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Derivate (Zielmärkte) einzugreifen. Wie die Koppelung verbindet die Lieferverweigerung die Ergebnisse beider Märkte und sorgt dafür, dass sich die Strukturschwäche des Ausgangsmarktes auf den Zielmärkten fortsetzt: War Commercial Solvents zuvor nur ein Marktbeherrscher für den Ausgangsstoff auf dem italienischen Markt, wird es künftig dort auch den Markt für das Derivat beherrschen.

Man wird hier noch folgende Überlegung ergänzen müssen: Die beherrschende Stellung von Commercial Solvents auf dem Markt für Aminobutanol stellt **keinen Unrechtstatbestand** dar, sondern muss vielmehr als Ausweis des unternehmenseigenen Erfolges auch kartellrechtlich akzeptiert werden. Die Missbrauchsgrenze wird jedoch durch die *Ausweitung* der Strukturschwäche vom Ausgangsmarkt auf die Zielmärkte überschritten. Commercial Solvents darf die Zielmärkte nur aufgrund eigener ökonomischer Effizienz dominieren, nicht jedoch, weil es die Strukturschwäche auf dem Ausgangsmarkt als Hebel nutzen kann, um auch auf diesen Zielmärkten die Wettbewerbsstruktur zu zerstören. Auch insoweit erinnert der Fall an die Koppelung.

EuGH United Brands (2)

Seit der Entscheidung in Sachen **United Brands** (EuGH Slg. 1978, 207) prüft der EuGH allerdings, ob dem Marktbeherrscher nicht **zwingende Sachgründe** für seine Verweigerung zur Seite stehen.

United Brands hatte sich geweigert, Bananenlieferungen der Marke Chiquita an ein dänisches Unternehmen wie bisher fortzusetzen, weil dieses bei der Werbekampagne eines Konkurrenten mitgewirkt hatte.

In diesem Zusammenhang stellt der EuGH fest, „*daß ein Unternehmen mit beherrschender Stellung für den Vertrieb eines Erzeugnisses – mit dem Ansehen einer bekannten und von den Verbrauchern geschätzten Marke – seine Lieferungen an einen langjährigen Kunden, dessen Geschäftsgebaren den Gebräuchen des Handels entspricht, nicht einstellen darf, wenn die Bestellungen dieses Kunden in keiner Weise anormal sind.*“ (Tz. 182/183)

Beachte dazu folgendes:

1. Diese Rechtsprechung erinnert stark an das deutsche Diskriminierungsverbot an die Adresse relativ marktmächtiger Unternehmen (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB). In der Tat werden **im deutschen Kartellrecht** missbräuchliche Vertragsverweigerungen über § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante und § 20 Abs. 1 GWB (Diskriminierungsverbot) erfasst (vgl. die Entscheidung des BGH in Sachen Porsche-Tuning (S. 209). Dagegen wird das Diskriminierungsverbot des Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV herkömmlicherweise nicht so universal verstanden wie das des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB, sondern formaler: Es kommt darauf an, dass der Marktbeherrscher zwei Geschäftspartner tatsächlich beliefert und dabei unterschiedliche Konditionen gewährt. Deshalb surrogiert die Rechtsprechung zum Lieferabbruch die Funktion eines allgemeinen Diskriminierungsverbots, wie es das deutsche Recht kennt. Im deutschen Kartellrecht spielt deshalb der Abbruch einer Lieferbeziehung als Fallgruppe des Missbrauchs keine eigenständige Bedeutung: Die Fälle werden vom Diskriminierungsverbot erfasst.
2. Die Entscheidung des EuGH in Sachen United Brands geht bedenklich weit, da sie nicht mehr an eine **marktbeherrschende Stellung** anknüpft, sondern an die Abhängigkeit des dänischen Abnehmers gegenüber der starken Marke des Lieferanten. Dies ist vom Wortlaut des Art. 102 AEUV nicht gedeckt und führt zu einer heimlichen Kompetenzerweiterung, weil eine Parallelnorm zu § 20 Abs. 1 GWB im europäischen Kartellrecht nicht existiert. Vgl. zum Problemkomplex *Oechsler*, FS Säcker, 2011, 879.
3. Beachte bei der Prüfung eines zwingenden Erfordernisses (in Betracht kommen Imageschutz, Sicherheitsaspekte, Schutz vor Straftaten usw.) das **Erforderlichkeitsgebot**. Die Verweigerung muss stets das mildeste Mittel sein, um auf die Herausforderung zu reagieren. Daran fehlte es gerade im United Brands-Fall.

4.

5. Missbrauch auf Digitalmärkten

a) Überblick

Das Geschäft mit Suchmaschinen, Verkaufsplattformen, sozialen Netzwerken usw. ist durch das Phänomen der **indirekten Netzwerkeffekte** geprägt (S. 146 ff). Der Wert einer Suchmaschine und der eines sozialen Netzwerks als Werbepattform hängen entscheidend von der Zahl der (unentgeltlichen) Nutzer dieser Einrichtungen ab. Ein Händler wiederum wird seine Ware vor allem dann auf einer bestimmten Verkaufsplattform anbieten und dort Gebühren an deren Betreiber entrichten, wenn er auf der Plattform möglichst viele Kaufinteressenten antrifft. Dieser Zusammenhang begünstigt Konzentrationsprozesse auf den betroffenen Märkten. Denn der Erfolg eines Plattformbetreibers hängt davon ab, dass er eine möglichst große Zahl von privaten Nutzern an das von ihm betriebene System bindet. Dies wiederum ist in der Konkurrenz der Betreiber untereinander meist nur einem einzigen Unternehmen möglich, solange kein Multihoming (S. 154) stattfindet. In der Vergangenheit gelangten daher bestimmte Unternehmen – oft nur als erste oder aufgrund eigener Wertschöpfungsideen bzw. auch im Weg des Verdrängungswettbewerbs – in die Lage, *die* zentrale Suchmaschine, *das* führende soziale Netzwerk bzw. *diejenige* Verkaufsplattform betreiben zu können, an der niemand vorbeikommt.

An diesem Effekt selbst ist wenig zu ändern. An ihm zeigt sich die typische Konzentrationstendenz auf innovationsgetriebenen, vergleichsweise „jungen“ Märkten (vgl. bereits S. 154). Dort ist häufig der erste vor Ort (**First Mover**) erfolgreich und etabliert einen Standard bzw. schafft Kundengewohnheiten, die nachhaltig wirken. Die Ahndung oder Bestrafung des First Mover ist dabei keine ernsthafte Option, da damit innovative Leistungen entmutigt würden. Der First Mover Advantage ist häufig die zentrale Belohnung für das Unternehmen, das als erstes eine Geschäftsidee mit Wohlfahrtseffekten für die Gemeinschaft entwickelt hat. Die **Federal Trade Commission (FTC)**, die Kartellbehörde der USA, will sich allerdings nicht damit abfinden, dass **Facebook**, selbst ein First Mover auf dem Markt für soziale Netzwerke, andere First-Mover-Unternehmen in Nischenbereichen (Instagram, WhatsApp) aufgekauft hat, um seine entsprechende Stellung großflächig zu perpetuieren. Am 18.12.2020 hat die FTC daher Facebook wegen Monopolization (Section 2 Sherman Act 1890) angeklagt. Das Verfahren kann in einer Entflechtung (Zerschlagung) von Facebook enden. Dann wird Facebook die Tochterunternehmen Instagram und WhatsApp an Dritte veräußern müssen!

Alle übrigen Bemühungen richten sich hingegen darauf, dass Verhalten solcher dominanter Unternehmen gegenüber der jeweiligen Nachfragemacht zu kontrollieren.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

(1) Den **ältesten**, in diesem Bereich vorkommende Ansatz stellt die **Essential-Facility-Doktrin** (EFD) dar. Danach kann ein Standard, der auf einem Digitalmarkt von einem Unternehmen kontrolliert wird, eine marktbeherrschende Position begründen. Ist dies der Fall, muss der Inhaber des Standards alle Interessenten gleichbehandeln und diese zu Marktbedingungen an der Nutzung des Standards teilhaben zu lassen (ab S. 185). Dieser Ansatz hat heute vor allem in Bezug auf standardessentielle Patente große Bedeutung (S. 201). Für Digitalmärkte erscheint die Lehre – wie der Microsoft Case zeigt (S. 189) – in ihren Tatbestandsvoraussetzungen als zu starr. In neueren Entscheidungen tritt die Lehre vom mehrseitigen Markt häufig an ihre Stelle. Erörtern Sie deshalb die EFD (wenn überhaupt) eher knapp gegen Ende Ihrer Überlegungen zur Konkretisierung des Missbrauchs.

(2) Dieser **neuerer Ansatz** liegt in der **Lehre vom mehrseitigen Markt** und **von den indirekten Netzwerkeffekten**. Danach sind die meisten Wertschöpfungsprozesse auf Digitalmärkten durch indirekte Netzwerkeffekte gekennzeichnet. Auf diesen wiederum kann die marktbeherrschende Stellung eines Plattformbetreibers gründen. Diesem sind dann Maßnahmen im Rahmen des Ausbeutungs-, Behinderungs- und Verdrängungsmisbrauchs untersagt (191).

(3) In diese Richtung geht auch der am **15.12.2020** von der Europäischen Kommission vorgelegte **Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)** Europäischen einer COM(2020) 842 final. Der Entwurf richtet sich an **Gatekeeper (Art. 3 Entwurf)**, die nach Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs als „provider of core platform services“ definiert werden. Für diese gelten bestimmte Verhaltenspflichten (Art. 5 f. Entwurf). Bei Verletzung können dauerhafte, periodisch zu leistende Bußgelder verhängt werden, die erst entfallen, wenn der Verstoß abgestellt ist (Art. 27 Entwurf). Bei der Verordnungsentwurf handelt es sich um europäisches Kartellrecht, das die Erkenntnis aus der Anwendung der Essential-Facility-Lehre und der Lehre vom mehrseitigen Markt umsetzt.

(4) Der **deutsche Gesetzgeber** plant in der zehnten GWB-Novelle die Einführung eines **§ 19a GWB**, der eine **Missbrauchskontrolle mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb** eröffnet. Maßgeblich sind vor allem auch die Überlegungen im **23. Hauptgutachten der Monopolkommission** „Missbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft“ (frei unter „monopolkommission.de“ zu beziehen). Dabei geht es um die Einschränkung sog. **Intermediationsmacht**, also der Macht von Intermediären (Gatekeepern), wie sie auf mehrseitigen Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Märkten tätig sind. Intermediationsmacht haben aber auch Suchmaschinenbetreiber wie Google. Von deren Ergebnisliste bei der Produktsuche hängen die Marktchancen der Anbieter ab, deren Ware über das Internet veräußert werden (BKA, 26.8.2015 – B2-98/11 Rn. 87 f).

b) Die Essential-Facility-Doktrin

Die Essential-Facility-Doktrin (EFD) geht im europäischen Recht auf eine Entscheidungspraxis der Kommission zu den sog. **Seehafen-Fällen** zurück (Kommission, Common Market Law Reports 1992, 225 – B&I/Sealink-Holyhead = XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1992, Tz. 219; ABl. 1994 Nr. L 15, S. 8 – Sea Containers/Stena Sealink; ABl. Nr. L 55, S. 52 – Hafen von Rodby). Ein Seehafen wurde dabei als eine **wesentlich Infrastruktur (essential facility)** angesehen, deren Kontrolle die Beherrschung des durch den Hafen angeschlossenen Hinterlandes als nachgelagerter Markt ermöglichte. Der Betreiber eines solchen Hafens wurde daher als marktbeherrschendes Unternehmen angesehen, das jedem Reeder das Löschen der Fracht zu Marktbedingungen erlauben muss, damit der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt (dem vom Hafen abhängigen Hinterland) nicht gefährdet wird. Der zugrunde liegende Gedanke wurde vom EuGH in der Sache, nicht aber namentlich, aufgegriffen (gleich dazu). Er hat dazu geführt, dass § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB durch die 6. GWB-Novelle in das Gesetz gelangt ist (vgl. dazu *Oechsler ZHR* 164 (2000), 479). Der Ursprung der EFD aber liegt in einer Rechtsprechungslinie des U.S. Supreme Court (kritisch zu deren Einordnung jetzt der Supreme Court selbst: *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2004)). Ausgangspunkt ist der Fall **Terminal Railroad**: Die Eisenbahngesellschaften von St. Louis hatten ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet (Terminal Railroad Association), das sämtliche Infrastruktureinrichtungen zur Überquerung des Mississippi bei St. Louis (Eisenbahnbrücken, Fähren usw.) besaß. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass die Errichtung weiterer Eisenbahnbrücken technisch nicht möglich war. Der Gerichtshof räumte den Gesellschaftern eine Frist von neunzig Tagen ein, den Gesellschaftsvertrag so abzuändern, dass Dritte „**upon ... just and reasonable terms**“ zu den Infrastrukturmaßnahmen zugelassen werden konnten (U.S v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.W. 383, 411 (1912)). Dabei stellte er klar, dass es Wettbewerbern ansonsten unbenommen bleibe, ihr Eigentum gemeinsam zu verwalten und Dritte von dessen Nutzung auszuschließen, dass aber die Unmöglichkeit eines weiteren Brückenbaus die Lage hier in besonderer, letztlich fallentscheidender Weise verschärfe.

EuGH Magill

Die bekannteste Entscheidung des EuGH stellt der Fall **Magill** dar. Aus ihm lässt sich für den Klausuraufbau folgende Erkenntnis gewinnen: Die Essential-Facility-Lehre hat sowohl Bedeutung

bei der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung als auch bei der Feststellung des Missbrauchs.

(EuGH Slg. 1995 I 743 - **Magill**, Rn. 52): Auf dem von drei Fernsehsendern beherrschten irischen Markt existiert keine, alle Fernsehprogramme gemeinsam erfassende wöchentliche Fernsehzeitschrift, weil die Sender sich bislang weigerten, einen an der Herstellung interessierten englischen Unternehmer mit entsprechenden Informationen zu beliefern.

Zur marktbeherrschenden Stellung

Die Anwendung des Art. 102 Satz 1 AEUV setzt zunächst das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung voraus. Der Fall zeigt jedoch die **Grenzen des klassischen Marktmachtkonzepts**. Denn in Irland gibt es zum Entscheidungszeitpunkt weder einen Markt für die erwünschten Programminformationen (diese werden ja nicht zum entgeltlichen Erwerb angeboten) noch einen Markt für die geplante Programmzeitschrift.

So kann auch der EuGH nur feststellen, dass die marktbeherrschende Stellung der Sender auf dem Umstand gründet, dass sie über eine Rechtsstellung verfügen, aufgrund derer das Entstehen eines Marktes für Programmzeitschriften verhindert werden kann. Das Recht an den Programminformationen – nach irischem Verständnis: das Urheberrecht – verleiht dem Inhaber eine **unumgängliche Schlüsselstellung (Bottle Neck Position)**. Aus dieser aber resultiert im Ergebnis die marktbeherrschende Stellung. Denn der Inhaber der Urheberrechte an der Programminformation entscheidet über deren Nutzung. Er hat die Funktion eines **Torwächters (Gatekeepers)** für den Zugang zum Markt für synoptische Programmzeitschriften.

Eine marktbeherrschende Stellung durch Innehaben einer EF liegt danach unter folgenden drei Voraussetzungen vor:

(1) **Zusammenspiel von vor- und nachgelagertem Markt**. Es muss ein Zusammenspiel zwischen vor- und nachgelagerten Markt in der Weise bestehen, dass sich ein möglicher Anbieter auf dem nachgelagerten Markt erst mit der auf dem vorgelagerten Markt offerierten Ware oder Leistung (Essential Facility) eindecken muss, um auf dem nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Da der Kern der Essential-Facility-Lehre aber gerade darin besteht, dass der Inhaber der Schlüsselstellung das Entstehen des nachgelagerten Marktes *verhindert*, in dem er die Essential Facility *nicht* auf dem vorgelagerten Markt anbietet, kommt es nicht darauf an, dass beide Märkte *aktuell* bestehen. Ausreichend erscheint es, dass eine **potenzielle Nachfrage** für die auf dem nachgelagerten Markt angebotene Ware oder Leistung besteht. Die potenzielle Nachfrage wird u.a. anhand räumlicher und sachlicher Vergleiche mit anderen Märkten (bestehender Markt für Zeitschriften im Vereinigten Königreich) festgestellt. Dies rechtfertigt es, die Inhaber der Essential Facility im Magill-Fall einen vorgelagerten Markt zu schaffen (Angebot der Programminformationen

gegen Entgelt), um den nachgelagerten Markt (Markt für Programmzeitschriften) erst entstehen zu lassen.

(2) Unerlässlichkeit. Der Erwerb der Essential Facility muss den einzigen Weg auf den nachgelagerten Markt darstellen. Dieses Kriterium wurde allerdings vom EuG im Microsoft-Urteil aufgeweicht (ab S. 189). Gerade die Alternativlosigkeit der Verwendung der Essential Facility rechtfertigt aber die Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte (Eigentum, Urheberrecht, Patentrecht usw.), die der Inhaber regelmäßig einwenden kann. Denn diese Rechte beruhen auf dem Schutz subjektiver Interessen und müssen hinter dem öffentlichen Interesse an der Marköffnung bzw. der Erhaltung eines Marktes zurücktreten. Hier verwirklicht sich die Sozialbindung des Eigentums.

(3) Neues Produkt. Durch Erwerb der Essential Facility muss auf dem nachgelagerten Markt ein neues Produkt entstehen. Die Bedeutung dieses Merkmals zeigt sich in der Entscheidung EuGH, RS C-418/01 - **IMS Health**. Der Inhaber der Essential Facility muss keine Konkurrenten auf seinen Ausgangsmarkt – also den Markt, auf dem er die marktbeherrschende Stellung innehat – zulassen. Dies ginge nämlich weit über eine Sozialbindung seiner Rechte hinaus und würde deren Rechtsnatur (Ausschließlichkeitsrechte!) zu stark zurückdrängen. Eine Ausnahme besteht allerdings auch hier, wenn der Marktbeherrscher bereits anderen Aspiranten den Zugang zu seinem Ausgangsmarkt durch Lizenz an der Essential Facility gewährt hat. Dann ist er zu einer diskriminierungsfreien Entscheidung über die Vergabe der Essential Facility gegenüber weiteren Unternehmen verpflichtet.

Zum Missbrauch

Beruhet die Marktbeherrschung auf der Inhaberschaft an einer Essential Facility, muss deren Inhaber mögliche Aspiranten auf den nachgelagerten Markt zu marktüblichen Bedingungen durch Erlaubnis (Lizenz) der Benutzung seiner Essential Facility zulassen, wenn ihm keine zwingenden Verweigerungsgründe zur Seite stehen.

Zugrunde liegt der **Rechtsgedanke einer Sozialbindung des Eigentums** und ihm verwandter Rechte. Vorliegend verleiht das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht (§ 97 UrhG) und gibt dem Urheber zunächst ein Recht, über die Lizenzierung an Dritte frei zu entscheiden (§§ 31 ff. UrhG). Die hinter diesem Schutzrecht stehenden Individualinteressen müssen jedoch gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Öffnung des nachgelagerten Marktes zurücktreten. Deshalb liegt ein Missbrauch vor, wenn

(1) der Inhaber der Essential Facility Dritten den Zugang vollständig verweigert *oder*

(2) er für den Zugang ein marktunüblich hohes Entgelt verlangt

und

er dafür keine **zwingenden Schutzinteressen** auf seiner Seite hat (Sicherheit der Essential Facility, Sicherung des vom Aspiranten geschuldeten Entgelts, Gesundheitsschutz usw.). Bei der Verfolgung dieser Schutzinteressen muss der Inhaber der Essential Facility stets das **Erforderlichkeitsprinzip** wahren. Er kann den Zugang zur Essential Facility nur verweigern, wenn diese Maßnahme das mildeste Mittel darstellt.

b) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist zurzeit noch eine etwas unglücklich gefasste Norm, da ihr Wortlaut enger ist, als der Zweck der Essential-Facility-Lehre. Die Tatbestandsmerkmale „Netz“ und „Infrastruktureinrichtungen“ wurden zumindest ursprünglich im Sinne von Hardware (Rohre, Leitungen) verstanden, so dass ein nicht auf körperlichen Gegenständen beruhender Standard wie ein Betriebssystem nicht darunter subsumiert werden könnte (hier greift dann im Zweifel § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfasst daher typischerweise **leitungsgebundene Industrien**, auf denen es zu typischen **Sperrstellungen** einzelner Unternehmen kommt. Der **Grundgedanke** lautet: Dort, wo eine Leistung nur über Nutzung einer bestimmten Leitung oder Infrastruktureinrichtung angeboten werden kann, müssen die Eigentumsrechte des Inhabers der Leitung oder Einrichtung insoweit zurückstehen, als er seinen Konkurrenten Durchleitungsrechte eröffnen muss. Sein Eigentum unterliegt der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG.

- Die Versorgungsleitungen der regionalen Betreiber (Gasanschlüsse, Elektroleitungen usw.) müssen auch von anderen Anbietern von Versorgungsleitungen mitbenutzt werden, wenn sie in Konkurrenz zu den regionalen Betreibern treten. Ihnen kann § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB einen Anspruch auf Durchleitung vermitteln.

Der **Gesetzgeber plant** eine Erweiterung des Tatbestandes. Im Referentenentwurf zur **Zehnten GWB-Novelle** findet sich folgende Fassung:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung einschließlich des Zugangs zu Daten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu beliefern, die Belieferung objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Lieferverweigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn die Lieferverweigerung ist sachlich gerechtfertigt.“

SEP

Es bietet sich an, die Norm, bereits aufgrund der jetzigen Textfassung in einem erweiterten Sinne zu verstehen.

c) Die Microsoft-Entscheidung des EuG als Übergangsfall

Die dargestellten Grundsätze zur Essential-Facility-Lehre stellt die Entscheidung des EuG in Sachen Microsoft auf die Probe. Der Fall zeigt, dass die Essential-Facility-Doktrin (EFD) typischen Fallgestaltungen aus dem Bereich der Digitalwirtschaft nicht gewachsen ist:

EuG Microsoft Case

(EuG 17.9.2007 – T-201/04, Slg. 2007, II-3601 - **Microsoft/Kommission**): Am 15.9.1998 forderte der Vizepräsident der Firma Sun Microsystems (Palo Alto) den Vizepräsidenten der Microsoft Corporation (Redmont) durch einen Brief auf, Sun die technischen Informationen zur Verfügung zu stellen, die erforderlich sind, damit COM-Dateien von dem Unix-basierten Betriebssystem SOLARIS auf Windows transportiert werden können. Zugleich bat er um die technischen Informationen über die in Windows implementierte Active Directory-Technologie. Das Active Directory ist eine Netzwerktechnologie und ordnet Netzwerkobjekten (d. h. Benutzern, Computern u. a.) Eigenschaften zu und verwaltet diese. Der Vizepräsident von Microsoft bedankt sich in seinem Antwortschreiben höflich für das Interesse von SUN an der Zusammenarbeit und verweist auf die Fortbildungsveranstaltungen von Microsoft für Programmierer und das im Internet präsente Microsoft Developer Network. Beide Einrichtungen liefern aber nicht die von SUN geforderten Informationen. Diesen Fall nimmt die Europäische Kommission neben anderen Vorkommnissen zum Anlass, gegen Microsoft ein Bußgeld zu verhängen und die Offenlegung der von SUN erbetenen technischen Informationen zu verlangen. Gegen diese Entscheidung wendet sich Microsoft an das Europäische Gericht erster Instanz. Hinweis: Der Marktanteil von Betriebssystemen der Firma Microsoft beträgt zu diesem Zeitpunkt weltweit 90 %.

Hier kam ein Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV in Betracht. Bei der Konkretisierung des Missbrauchs kam es auf die Frage an, ob Microsoft eine Essential Facility kontrollierte und andere Unternehmen in missbräuchlicher Weise nicht zu dieser zuließ.

- a) Eine Essential Facility setzt ein **Zusammenspiel zwischen einem vor- und nachgelagerten Markt** voraus. Der Aspirant muss sich dabei auf einem vorgelagerten Markt (auch Input-Markt) mit einem Produkt oder einer Dienstleistung (Essential Facility) eindecken, um auf dem nachgelagerten Markt (Output-Markt) agieren zu können. Vorliegend geht es dem Konkurrenten S um den Zugang zu den Märkten für Anwendungssoftware, die auf dem Betriebssystem Windows lauffähig ist. Dort existieren – abhängig vom Kundenbedarf – ganz unterschiedliche Märkte für Bürosoftware, Spiele usw. Um die eigenen Programme auf Windows lauffähig zu gestalten, bedarf S jedoch der Informationen über die Schnittstellendaten dieses Betriebssystems, die M in einer entgeltlichen Lizenz erteilen könnte. Als vorgelagerter Markt kommt deshalb ein Segment in Betracht, auf dem M gerade diese Lizenz gegen ein Entgelt anbietet. Problematisch ist, dass es einen solchen vorgelagerten Markt laut SV jedenfalls für Programmentwickler auf der Basis von Solaris nicht gibt. Gemessen am Zweck der Essential-Facility-Lehre kann es darauf jedoch nicht ankommen. Denn diese will gerade verhindern, dass die Inhaberschaft an der Essential Facility eingesetzt

wird, um den Zugang zum nachgelagerten Markt zu verhindern. Deshalb kann es nicht darauf ankommen, dass die Essential Facility auf dem vorgelagerten Markt tatsächlich angeboten wird, sondern allein darauf, dass sie angeboten werden könnte (potenzieller vorgelagerter Markt).

Vgl. den Originalwortlaut des EuG-Urteils: Tz. 335: „*(I)t is necessary to distinguish two markets, namely a market constituted by that product or service and on which the undertaking refusing to supply holds a dominant position and a neighbouring market on which the product or service is used in the manufacture of another product or for the supply of another service. The fact that the indispensable product or service is not marketed separately does not exclude from the outset the possibility of identifying a separate market.*”

- b) Fraglich ist nur, ob die Lizenz von M **unerlässlich** ist. ISd. EEF bedeutet Unerlässlichkeit, dass der Zugang zum nachgelagerten Markt ohne die Essential Facility nicht möglich ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da 10 % der Nutzer andere Betriebssysteme verwenden. Diese kann S auch ohne Mithilfe von M erreichen. Das EuG bejaht dennoch die Unerlässlichkeit, wenn es auf dem nachgelagerten Markt nicht zu **effizientem Wettbewerb** kommt (*effective competition on that neighbouring market*). Darin liegt eine problematische Weiterung, die den Begründungszusammenhang der EFD überschreitet. Denn nach den Grundannahmen der EFD muss das Eigentum an der Essential Facility dem übergeordneten, weil allgemeinen Interesse an einer Marktöffnung nur weichen, wenn es ohne seine Nutzung **keinen** Marktzugang gibt. Darin liegt der zentrale Grund für die Sozialbindung des Eigentums und der Immaterialgüterrechte. Vorliegend kann die Unerlässlichkeit daher allein aufgrund der Quasimonopolstellung von Microsoft und der Überlegung bejaht werden, dass ohne Eingriffe des öffentlichen Rechts ein Marktanteil von mehr als 90 % auf den Märkten praktisch nicht vorkommt. Daran zeigt sich, dass das EuG eigentlich einen anderen Rechtssatz anwendet.
- c) Schließlich muss nach der EFD auf dem nachgelagerten Markt ein **neues Produkt** angeboten werden. Dies lässt sich vorliegend bejahen, weil S seine eigenen Produkte, die bislang nur auf Solaris lauffähig waren, auf die Windows-Ebene portieren will.

Die Schwierigkeiten bei der Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale der Unerlässlichkeit bei der Neuheit zeigen die Grenzen der EFD. Heute würde der Fall anders gelöst. Microsoft agiert offensichtlich als **Plattformbetreiber auf einem mehrseitigen Markt**. Die eine Seite dieses Marktes stellen die Nutzer seines Betriebssystems dar, die andere hingegen alle Unternehmen, die durch Nutzung der Schnittstellen des Betriebssystems Software produzieren und diesen Nutzern anbieten wollen. Zugunsten dieser Investoren bestehen indirekte Netzwerkeffekte: Denn je größer die Zahl der Nutzer des Betriebssystems ausfällt, um so attraktiver erscheint dieses als Investitionsplattform für

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

die Herstellung von Anwendungssoftware. Die Machtstellung von Microsoft gegenüber diesen Investoren spiegelt sich daher in der Zahl der Nutzer, die Windows auf ihren Rechnern installieren. Für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach der Lehre vom mehrseitigen Markt kommt es nicht darauf an, dass Microsoft 100 % der Nutzer auf seiner Seite weiß. Die Größenordnung von 90 % an Nutzern des Betriebssystems kommt auf dem Markt für die Schnittstellentechnik zum Ausdruck und verleiht Microsoft dort eine Quasi-Monopolstellung.

Das EuG ging also noch davon aus, dass Microsoft die Inhaberschaft an einer Essential Facility missbraucht. Aus heutiger Sicht würde der Missbrauch einer Sperrstellung als Plattformbetreiber auf einem mehrseitigen Markt.

Diese Machtstellung **missbraucht** M in beiden Fällen dann, wenn es S keine Lizenz zu marktüblichen Bedingungen erteilt. Fraglich ist, ob nicht das **Urheberrecht am Betriebssystem** dieser Betrachtungsweise entgegensteht. Denn Gegenstand des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht ist es gerade, darüber entscheiden zu können, ob Dritten die Nutzung des Rechts erlaubt wird oder nicht. Aber auch das Urheberrecht muss als subjektives Privatrecht hinter dem öffentlichen und durch Art. 102 AEUV geschützten **Interesse an einer Öffnung und Offenhaltung der Märkte** zurücktreten, wenn diese Märkte nicht ohne Inanspruchnahme des Urheberrechts funktionsfähig sind. Darin liegt gerade der Kern der Essential-Facility-Lehre. Im Originalwortlaut:

Rn. 331: *“It is only in exceptional circumstances that the exercise of the exclusive right by the owner of the intellectual property right may give rise to such an abuse.*

Rn. 332: *It also follows from that case-law (Anm. Magill und IMS Health) that the following circumstances, in particular, must be considered to be exceptional:*

- *in the first place, the refusal relates to a product or service indispensable to the exercise of a particular activity on a neighbouring market;*
- *in the second place, the refusal is of such a kind as to exclude any effective competition on that neighbouring market;*
- *in the third place, the refusal prevents the appearance of a new product for which there is potential consumer demand.*

Geht man davon aus, liegt vorliegend ein Missbrauch iSd. Art. 102 Satz 1 AEUV vor.

d) Der Plattformbetreiber als Intermediator auf einem mehrseitigen Markt

Eine wichtige Erkenntnis der Essential-Facility-Doktrin beruht auf der Überlegung, dass die Machtstellung des Plattformbetreibers als Intermediatoren (Gatekeeper) auf dem Zusammenspiel

zweier Interaktionsbereiche gründet (vor- und nachgelagerter Markt). Dabei muss es sich nicht beide Male um Märkte handeln. Denn häufig verhindert der Intermediator (Gatekeeper) gerade ein freies Angebot bezüglich der Informationen oder Dienstleistungen, die ein Vordringen auf den nachgelagerten Markt verhindern. Die Lehre vom mehrseitigen Markt (ausführlich dazu und zu den indirekten Netzwerkeffekten bereits ab S. 146 ff.) eröffnet einen neuen Blick auf diese Fälle: Ihr Schwerpunkt liegt anders als im Falle der EFD nicht so sehr darin, dass das Eigentum des Intermediators (Gatekeepers) an der Infrastruktureinrichtung sozial gebunden werden muss. Sie stellt vielmehr auf den (potenziellen) nachgelagerten Markt ab, dessen Entstehung verhindert wird, weil der Intermediator den Weg zu diesem Markt hin kontrolliert (Flaschenhalsposition, Gatekeeper-Position). Unter dieser Voraussetzung ist er Adressat der in Art. 102 AEUV und § 19 GWB geregelten Missbrauchstatbestände:

- Er darf gegenüber einer der angeschlossenen Nutzergruppen keinen Ausbeutungsmisbrauch begehen, indem er zu hohe Entgelte fordert. Dies zeigt gleich im Anschluss der Fall des Werbeblockers.
- Auch ist ihm der Konditionenmissbrauch gegenüber einer Nutzergruppe untersagt, wie der vom BGH entschiedene Facebook-Fall zeigt: S. 152 und S. 162
- Die Amex-Entscheidung des Supreme Court zeigt die Gefahren indirekter externer Effekte im Kreditkartengeschäft S. 150

Die bedeutsamste Entscheidung liefert der Fall Google Search/Google Shopping. Wegen ähnlichen Vorgehens hat nun auch die **Federal Trade Commission** am **16.11.2020** Anklage gegen Google erhoben (No. 3:12-cv-04177 (N.D. Cal. Nov. 16, 2012),

Europäische Kommission Google Search

(Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.6.2017 (Case AT.39740, C(2017)4444 final)– **Google Search (Shopping)**; Nichtigkeitsklage beim EuG unter Az.: T-612/17 eingereicht) An die Google, Inc. (Mountain View, Ca) richten sich im europäischen Binnenmarkt bis zu 90 % der unentgeltlichen Suchanfragen im Internet. Das Unternehmen finanziert sich durch verschiedene Arten von Werbung, unter anderem durch die Werbung mittels AdWords, bei der Werbeanzeigen passend zum gerade eingegebenen Suchbegriff geschaltet werden. Gibt der Nutzer einen Markennamen an, räumt G dem eigenen Preisvergleichsportal „Google Shopping“ in der Trefferliste jedoch eine prominente Stellung im Rahmen der Suchergebnisse ein, während konkurrierende Preisvergleichsvorteile durch einen Algorithmus in der Suchsoftware von G in ihrer Bedeutung herabgestuft werden. Die Kommission hat wegen dieses Vorgangs ein Bußgeld iHv. 2.42 Milliarden Euro gegen G erlassen.

Das **erste Problem** des Falles liegt in der Frage, ob ein Markt für Suchdienstleistungen angenommen werden kann, obwohl die Nutzer für deren Inanspruchnahme keine Gegenleistung in Geld erbringen können. Diese Frage regelt § 18 Abs. 2a GWB für das deutsche Recht jetzt in einem positiven Sinne (S. 148). Die Kommission bejaht dies aus **zwei Gründen**:

Erstens zahlten die Nutzer gegenüber Google durch Weitergabe ihrer Daten; darin liege eine Gegenleistung (Rn. 158). Das „**Zahlen mit Daten**“ entspricht einer vordringenden ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. *Ramge, Das Digital, Markt, Wertschöpfung und Gerechtigkeit im Datenkapitalismus, 2017*). Dennoch bestehen auch Unterschiede zur Geldzahlung:

- (1) Die Intensität der Datenweitergabe hängt nicht von der Intensität der Nutzung der Suchmaschine, nicht einmal von der wirtschaftlich verwertbaren Nutzung einer Dienstleistung ab, sondern allein vom Aufruf der Suchmaschine.
- (2) Der Nutzer disponiert nicht über den Umfang der Datenweitergabe und -verwertung, passt diese also nicht der Hauptleistung an, sondern diese wird ihm abgenommen.
- (3) Der Nutzer erhält seine Daten nicht zurück, wenn der Vertrag scheitert.

Bei der Zahlung mit Daten findet also die für einen Wertschöpfungsprozess erforderliche Bewertung der Leistung durch die Höhe der Gegenleistung nicht statt: Auch für eine vom Kunden nachträglich als minderwertig erkannte Suchdienstleistung zahlt er im Höchstumfang mit seinen Daten. Es bleibt deshalb zweifelhaft, ob Märkte für Daten in diesem Umfang über Art. 101 AEUV schützenswert sind. Beachten Sie aber bitte, dass der **BGH** in der **Facebook-Entscheidung** grundsätzlich von der **Möglichkeit** ausgeht, **dass in Daten gezahlt werden kann** (ab S. 162).

Die Kommission spricht aber auch einen **zweiten Aspekt** an: Google Search ist Teil eines **zweiseitigen Marktes** (Rn. 159): Durch das kostenlose Zurverfügungstellen eines Suchdienstes wird G als Werbeplattform für die Werbetreibenden im Internet interessant. Dadurch entsteht ein **indirekter Netzwerkeffekt**: Je größer die Aufmerksamkeit ist, die G von den Nutzern seiner Suchmaschine geschenkt wird, umso wertvoller erscheint G als Werbeplattform. Netzwerkeffekte auf zweiseitigen Märkten (Two-sided Markets) entscheiden daher über die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten und müssen bereits aus diesem Grund durch das Kartellrecht kontrolliert werden (vgl. zum zweiseitigen Markt bereits S. 150). Hier zeigt sich eine zentrale Einsicht der EFD schon aus dem Magill-Fall: Die Macht in der Digitalwirtschaft beruht nicht notwendig auf Marktmacht im klassischen Sinne, sondern kann auch auf **marktfremden Sperrstellungen** gründen. Deshalb besteht nicht notwendig ein „Markt für Suchanfragen“, wohl aber eine wettbewerbsrelevante Machtstellung auf einer marktunabhängigen Bottleneck-Position (Sperrstellung).

Das **zweite Problem** lag in der Frage nach der **Fallgruppe des in Betracht kommenden Missbrauchs**. Die Entscheidungsgründe sind nicht ganz eindeutig, lassen aber eine Bejahung der Voraussetzungen des Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV (Verdrängungsmisbrauch) erkennen. Denkbar wäre auch ein Verstoß gegen Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV (Diskriminierungsverbot) gewesen! Die Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Kommission jedenfalls begründet den Missbrauch an der entscheidenden Stelle so:

Rn. 341: „*The Commission concludes that the Conduct constitutes an abuse of Google's dominant position in each of the thirteen national markets for general search services where Google either launched the Product Universal or, if the Product Universal was never launched in that market, the Shopping Unit. The Conduct is abusive because it constitutes a practice falling outside the scope of competition on the merits as it:*

(i) diverts traffic in the sense that it decreases traffic from Google's general search results pages to competing comparison shopping services and increases traffic from Google's general search results pages to Google's own comparison shopping service; and

(ii) is capable of having, or likely to have, anti-competitive effects in the national markets for comparison shopping services and general search services.“

Hier liegt ein Vergleich zur Entscheidung in Sachen **Commercial Solvents** (S. 181) nahe. Ein Marktbeherrscher darf sich einen abgeleiteten Markt nicht allein aufgrund seiner Ausgangsposition vorbehalten bzw. seinen Konkurrenten den Zugang dorthin erschweren, weil sonst ein Leverage Effekt droht. Die Macht auf dem Ausgangsmarkt beeinträchtigt die Preisbildungsfunktion auf dem Zielmarkt.

Auch der BGH wendet die Lehre vom mehrseitigen Markt mittlerweile an. Hier kommen entsprechend § 18 Abs. 2 und Abs. 3a GWB zur Anwendung.

BGH Werbeblocker III

(BGH, 8.10.2019 – KZR 73/17 – **Werbeblocker III**): B bietet Internetnutzern einen **Werbeblocker** kostenlos zum Download an. Die Software unterdrückt beim Navigieren auf fremden Websites im Internet Werbeeinblendungen der Websitebetreiber. Eine Unterdrückung der Werbeeinblendungen unterbleibt jedoch, wenn der Betreiber der Website zuvor in eine von B geführten weißen Liste („White List“) aufgenommen worden ist. In diese müssen sich finanzstärkere Anbieter einkaufen und an B 30% ihrer Werbeeinnahmen abführen.

K, Verleger und Betreiber einer werbefinanzierten Website, auf der Zeitungsartikel mit redaktionellem Inhalt erscheinen, verlangt von B Unterlassung dieser Praxis wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Behinderungsmissbrauch nach §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 erster Fall GWB.

Bei der Prüfung der in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorausgesetzten marktbeherrschenden Stellung geht der BGH zunächst von einem **zweiseitigen Markt** aus:

Rn. 24: „*Die Beklagte ist [...] auf einem ‚zweiseitigen‘ Markt tätig. Sie bietet zum einen Internetnutzern (unentgeltlich) den Werbeblocker Adblock Plus an, mit dem diese als unerwünscht, lästig oder belästigend angesehene Werbung auf den von ihnen aufgerufenen Internetseiten blockieren können. Sie bietet zum anderen den Betreibern von Internetseiten, deren für die Nutzer unentgeltliche Bereitstellung typischerweise durch Werbung finanziert wird, unter bestimmten Voraussetzungen die Aufnahme in die von ihr voreingestellte Weiße Liste an, die es den Seitenbetreibern ermöglicht, mit ihrer Werbung die Nutzer der Seiten zu erreichen, die sie damit ohne das ‚Whitelisting‘ nicht erreichen können, weil die Werbung von dem Werbeblocker der Beklagten blockiert wird. Die Aufnahme in die Weiße Liste erfolgt nach den Feststellungen*

*des Berufungsgerichts gegenüber ‚größeren‘ Seitenbetreibern entgeltlich und nach dem Vorbringen der Beklagten gegenüber einer Vielzahl kleinerer Anbieter unentgeltlich. Die Beklagte tritt damit als **Intermediär zwischen die Seitenbetreiber und die Nutzer**, wobei sich die **Besonderheit** ihrer Stellung gegenüber anderen Intermediären daraus ergibt, dass sie den Seitenbetreibern ausschließlich die **Beseitigung eines Zugangshindernisses anbietet, das sie mit der Bereitstellung des Werbeblockers und seiner voreingestellten Schwarzen Liste gegenüber den Nutzern selbst geschaffen hat**“ [Hervorhebungen nur hier]*

Gemäß dem Bedarfsmarktkonzept bestimmt sich die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus Sicht der Nachfrager und ihres auf dem Markt zu befriedigenden Bedarfs. Unternehmen wie K fragen bei B aber die Aufnahme in die Weiße Liste gegen Entgelt nach (Rn. 25 ff.). Damit erwerben sie den Zugang mit Werbebotschaften zu den Nutzern der eigenen Website: Folglich geht es um einen Markt für Zugang mit Werbebotschaften zum eigenen Kunden (Rn. 27). Dort verfügt B über eine marktbeherrschende Stellung, weil es für die Nachfrage keine Alternativen zu seinem Angebot gibt: Denn die Betreiber können von den Nutzern aus praktischen Gründen kein Entgelt für den Besuch der Seite verlangen, sondern müssen sich über Werbung finanzieren (Rn. 29). Zu diesem Zweck müssen sie jedoch die Aufmerksamkeit einer möglichst großen Zahl von Werbekunden erlangen, damit ihre Website als Werbeplatz attraktiv erscheint. Aus diesem Grund können sie die Nutzer, die den Werbeblocker installiert haben, auch nicht einfach ausschließen (Rn. 32). Auch lässt sich der Werbeblocker des B nur teilweise durch technische Maßnahmen umgehen (Rn. 31).

Man darf vielleicht noch **ergänzen**, dass diese starke Stellung von B vor allem daher rührt, dass sein Werbeblocker unter den Internetnutzern große Verbreitung findet und deshalb für Websitebetreiber wie K zu einem ernsthaften Problem bei der Werbefinanzierung des eigenen Internetangebots wird. Denn Werbung ist auf Erregung von Aufmerksamkeit gerichtet. Je mehr Kunden des K die Software des B benutzen, umso geringer wird die Aufmerksamkeit der Websitenutzer für Werbebotschaften, die auf der Seite des K platziert werden. Je größer daher der Kundenkreis des B unter den Nutzern der Website des K ist, desto stärker greift B in die Finanzierungsmöglichkeit des K ein. Daran zeigt sich wiederum ein indirekter Netzwerkeffekt, der sich auf den Markt für die Zugangsmöglichkeit zu Internetnutzern auswirkt.

Der BGH hat die Sache zurück an die Berufungsinstanz verwiesen und dabei Vorgaben für die **Prüfung eines möglichen Missbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB** gemacht: Im Rahmen der Gesamtabwägung nach der Theorie der beweglichen Schranken ist die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) des K zu beachten. Denn als Websitebetreiber darf K sein für die Nutzer unentgeltliches Angebot über Werbung finanzieren (Rn. 39). Dem steht die Berufsfreiheit des B gegenüber (Rn. 40). Dabei erscheint das Interesse der Nutzer, einerseits das

Angebot des K kostenlos in Anspruch zu nehmen, andererseits aber nicht mit der dort betriebenen Werbung konfrontiert zu werden, nicht besonders schutzwürdig (Rn. 41). Andererseits ist den Nutzern die Unterdrückung von Werbung auch nicht verboten (Rn. 41). Der Handlungsspielraum eines Betreibers wie B ist aber durch die legitimen Interessen der Nutzer, durch Werbemaßnahmen nicht beeinträchtigt zu werden, eingeschränkt: Er kann vom Websitebetreiber kein Entgelt in beliebiger Höhe verlangen; andererseits darf er jedoch u.U. in Höhe seiner Gestehungskosten Beteiligung an den Werbeeinnahmen des Websitebetreibers verlangen; dies hängt von den Umständen im Einzelfall ab (Rn. 42).

Auch hier darf man noch folgende **Überlegung ergänzen**, die der BGH oben im Wortlautzitat anklingen lässt: B schafft dem K gegenüber **keinen neuen wirtschaftlichen Wert**, sondern verwehrt ihm lediglich den Zugang zu einer Kundengruppe, deren Aufmerksamkeit K bereits zuvor durch eigene Leistung erworben hat. Einen ökonomischen Wert schafft B höchstens gegenüber den Nutzern, kann von diesen aber wegen der „Kostenloskultur“ des Internets keine Gegenleistung verlangen. Man wird ihm deshalb zubilligen, die eigenen Kosten für die Erstellung des Programms auf die Websitebetreiber umzulegen. Eine pauschale Beteiligung von 30% an den Werbeeinnahmen des K ist auf dieser Grundlage jedoch nicht zu rechtfertigen und stellt einen Behinderungsmissbrauch dar.

BGH Whitelisting/Werbeblocker

In einer neueren Entscheidung (BGH 10.12.2019 – KZR 57/19 – Whitelisting/Werbeblocker) geht ein Tochterunternehmen der Pro7/Sat1-Gruppe, das die digitale Vermarktung von Inhalten im Internet betreibt, gegen den Anbieter von Werbeblockern mit Whitelisting vor. Die Entscheidungsgründe entsprechen denjenigen in Sachen Werbeblocker III. Problematisiert wird gegen die Höhe des geforderten Entgelts iHv. 30 % des getätigten Umsatzes nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (**Ausbeutungsmisbrauch**) vor. Dazu regt der **BGH** an, das Vergleichsmarktkonzept gegebenenfalls durch den Maßstab des Konzepts der Gewinnspannenbegrenzung (S. 158) zu ersetzen:

„50 Sollte sich kein Markt feststellen lassen, auf dem Entgelte und Entgeltstruktur einen Vergleich mit den von der Beklagten verlangten Entgelten zulassen, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben, ob sich eine missbräuchliche Preisstruktur oder -höhe daraus ergibt, dass die von der Beklagten verlangten Entgelte in ihrer Summe in einem Missverhältnis zu den Kosten der Entwicklung und fortlaufenden Pflege des Werbeblockers zuzüglich eines angemessenen und risikoadäquaten Unternehmensgewinns der Beklagten stehen. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht auch den Vortrag der Beklagten zu würdigen haben, sie müsse erheblichen Aufwand betreiben, um ihre Dienstleistungen anzubieten, da sowohl die Freischaltung als auch die spätere Überwachung, bei der die Beklagte die Einhaltung der Kriterien für akzeptable Werbung überprüfe, sehr aufwendig seien. Die Beklagte wird dies gegebenenfalls näher darzustellen haben.“

BKA Ticketvorverkauf

In einer anderen Konstellation bejaht das **BKA** (WuW 2018, 152) einen zweiseitigen Markt im Bereich des **Ticketvorverkaufs**. Danach entstehen indirekte Netzwerkeffekte zwischen den Vorverkaufsstellen (VVS) und den Veranstaltern (V). Die V profitieren davon, wenn ihre Veranstaltungen über möglichst viele VVS vertrieben werden. Die VVS profitieren davon, wenn sie ein möglichst breites Portfolio an Veranstaltungstickets der V führen. Onlineanbieter wie Eventim dienen häufig als gemeinsame Plattform, auf denen diese gegenläufigen Netzwerkeffekte koordiniert werden.

e) Abgrenzung zu den Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung

Als die Essential-Facility-Doktrin (EFD) noch die kartellrechtliche Behandlung von Digitalmärkten dominierte, stellte sich die Frage, wie die EFD von sonstigen Fällen des Missbrauchs, insbesondere den Fällen der missbräuchlichen Lieferverweigerung (S. 181) abgegrenzt werden konnte. Für das EuG besteht kein erkennbarer Unterschied zwischen beiden Fallgruppen (EuG 14.9.2017 – T-751/15 – **Contact Software** Rn. 156). Es zitiert als einschlägiges Judikat die Microsoft-Entscheidung und fasst die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Lieferverweigerung so zusammen:

- (1) Die Weigerung muss Erzeugnisse oder Dienstleistungen betreffen, die für die Ausübung einer Tätigkeit auf einem benachbarten Markt **unerlässlich** sind;
- (2) die Weigerung muss ferner geeignet sein, jeglichen **wirksamen Wettbewerb** auf diesem benachbarten Markt **auszuschließen** und
- (3) die Weigerung verhindert im Falle von Rechten des geistigen Eigentums das Auftreten eines **neuen Produkts**, nach dem eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht.

Vieles an dieser Fragestellung dürfte sich erübrigt haben, wenn die Machtstellung des Intermediators (Gatekeepers) heute aus dem Betrieb einer Plattform abgeleitet wird, die indirekte Netzwerkeffekte erzeugt.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang dennoch folgende Entscheidung:

Klausurbeispiel BGH Reisestellenkarte

(BGH, Urteil vom 3.3.2009 – KZR 82/07 – NJW-RR 2010, 392 = WuW/E DE-R 2708 - **Reisestellenkarte**). K betreibt ein Kreditkartenunternehmen und ist mit der Lufthansa AG (L) in folgenden Konflikt geraten: K bietet seinen Unternehmenskunden sog. Reisestellenkarten für Flug- und Bahnreisen als Kreditkarten an. Zahlen die Mitarbeiter eines Unternehmens mit einer solchen Kreditkarte ihre Reisekosten, kann das Unternehmen gegenüber dem Finanzamt unter erleichterten Bedingungen den sog. Vorsteuerabzug durchführen.

Zum Hintergrund: Im Rahmen des Vorsteuerabzugsverfahrens nach § 15 UStG, der nur für innerdeutsche Flüge in Betracht kommt, erstattet der Staat einem Unternehmen die Umsatzsteuer zurück, die das Unternehmen zuvor über einen Kaufpreis an einen anderen Unternehmer gezahlt hat. Normalerweise erfolgt der Vorsteuerabzug für jeden einzelnen Leistungsvorgang isoliert, und zwar aufgrund der dabei vorgelegten Rechnungen des Leistungserbringers. Mit einer Reisestellenkarte können jedoch alle mittels Karte gezahlten Umsätze in einer Sammelrechnung bei der Finanzverwaltung vorgelegt werden. Dies führt zu einer Ersparnis beim Steuerpflichtigen.

Wegen § 14 Abs. 2 UStG bedarf jedoch die in der Reisestellenkarte liegende „Gutschrift“ der Zustimmung des Unternehmens, das die mit der Reisestellenkarte bezahlte Leistung erbringt und eigentlich die Rechnung ausstellen muss. Die L, die 70% der innerdeutschen Flüge bestreitet, hat eine solche Genehmigung nur ihrer eigenen Tochtergesellschaft gegenüber erteilt und dafür kein Entgelt erhoben; diese Tochter emittiert eine eigene Reisestellenkarte. K verlangt nun die Erteilung einer Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG. Muss er dafür u.U. auch ein Entgelt zahlen?

In Betracht kommt ein Anspruch aus Art. 102 AEUV i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB von K gegen L gerichtet auf die Abgabe einer Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG.

1. Zur marktbeherrschenden Stellung

Dies setzt eine marktbeherrschende Stellung der L voraus. Diese könnte vor allem aufgrund einer Sperrstellung resultieren, die sich aus § 14 Abs. 2 UStG ergibt.

a) Zusammenspiel von vor- und nachgelagertem Markt

Der BGH geht davon aus, dass L auf dem **Markt für Gestattungen nach § 14 Abs. 2 UStG** (vorgelagerter Markt) eine beherrschende Stellung einnimmt und damit einen allgemeinen Markt für Reisestellenkarten (nachgelagerter Markt) verhindert. Problematisch erscheint jedoch, dass einerseits L auf diesem Markt kein Angebot unterbreitet und möglicherweise noch andere Fluggesellschaften anbieten, der Sachverhalt dazu jedoch keine Angaben macht.

Darauf kommt es jedoch nicht, wenn sich die Machtstellung von L aus einem **mehrseitigen Markt** ergibt und die dort zu beobachtenden indirekten Netzwerkeffekten nach § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB zu berücksichtigen sind: Dann bildet sich der Marktanteil von 70 % von L auf dem Markt für deutsche Inlandflüge auf diesem Gestattungsmarkt ab.

Ein mehrseitiger Markt wiederum setzt voraus, dass ein Intermediator eine Plattform gegenüber mindestens zwei Nutzergruppen betreibt und dass zwischen beiden Nutzergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen (ausführlich oben ab S. 146). Die „Plattform“ besteht vorliegend in der Veranstaltung und der Abrechnung von Inlandflügen. Dabei treffen zwei Nutzergruppen aufeinander: Die Reisenden, die ihre Flugrechnungen bei L bezahlen müssen, und die Kreditkartenunternehmen, die Rechnungen der Reisenden abrechnen. Aus Sicht der Kreditkartenunternehmen kommen dabei indirekte Netzwerkeffekte in Betracht. Indirekte Netzwerkeffekte nach § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB liegen vor, wenn der Wert der Teilnahme an der Plattform für eine Nutzergruppe von der Anzahl der Mitglieder der anderen Nutzergruppe abhängt. So liegen die Verhältnisse hier: Denn je größer die Gruppe der Reisenden ist, die sich der Leistung von L bedienen, umso größer ist das Interesse der Kreditkartenunternehmen, diesen eine Reisenstellenkarte anbieten zu können. Die Machtstellung von L auf dem Markt für Reisestellenkarten drückt sich daher in dem 70 %-igen Marktanteil für

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Inlandflüge aus, bei denen vor allem ein Vorsteuerabzug nach dem deutschen Steuerrecht in Betracht kommt. Auf dem Markt für Gestattungen nach § 14 Abs. 2 UStG nimmt L daher eine Quasimonopolstellung ein.

Hinweis: Zum Entscheidungszeitpunkt ist allerdings die Lehre vom mehrseitigen Markt noch nicht allgemein bekannt. Deswegen orientiert sich der BGH noch am Magill-Fall (S. 186) argumentiert so (Tz. 26): Wie dort verhindere L das Entstehen eines nachgelagerten Marktes. Der Fall beinhaltet allerdings eine Neuerung: Hier geht es nicht darum, dass der Intermediator, der Plattformbetreiber, eine Nutzergruppe gegen die andere ausspielt, sondern Interessenten zu einer Nutzergruppe nicht zulässt, sondern selbst der einzige Nachfrage bleiben und im Wesentlichen selbst von diesem mehrseitigen Markt profitieren.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Fraglich ist, ob der Missbrauch aus dem Umstand begründet sein kann, dass L der K gerade den Zugang zu einer *Essential Facility* (EF) ohne Sachgrund verweigert.

Zu Recht zählt dieser Fall nicht unter diese Fallgruppe. Denn bei der EFD geht es um die Sozialbindung des Eigentums oder eines Immaterialgüterrechts (Urheberrecht, Pfandrecht), das an einer Schlüsselstellung (bottle neck) besteht. Vorliegend benutzt L jedoch nicht ihre Rechtsinhaberschaft an einem solchen Ausschließlichkeitsrecht zur Blockade. Sie verweigert nur eine Willenserklärung und macht von ihrer negativen Vertragsfreiheit Gebrauch. Dies erinnert eher an die Fälle der **Lieferverweigerung** (oben S. 181; Commercial Solvents). L erteilt die Zustimmung nach § 14 Abs. 2 UStG offenkundig nicht, um die eigene Tochter vor Wettbewerb zu schützen. Hier greifen ergänzend ähnliche Überlegungen wie beim Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB:

Zwar darf L den Absatz der eigenen Erzeugnisse autonom gestalten, ist jedoch an die selbst gewählten Diskriminierungskriterien gebunden. Ein Widerspruch liegt aber darin, dass die Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG der eigenen Tochtergesellschaft erteilt worden ist, K hingegen nicht. Dahinter steht erkennbar die Absicht, die eigene Tochtergesellschaft vor Wettbewerb durch K zu schützen. Mit der Marktöffnungsfunktion des Art. 102 AEUV ist dies schwer zu vereinbaren.

Im Verfahren verwies die L übrigens darauf, dass sie steuerrechtlich hafte, wenn K falsch abrechne. In diesem Fall kann sie jedoch ihre Zustimmung von einer Kontrolle und Überwachung der K abhängig machen, darf dieser aber den Zugang nicht ganz verbieten (Erforderlichkeitsprinzip).

Fraglich war im Fall schließlich auch, ob K die Gestattung auch **unentgeltlich** verlangen könne. Dies wird zu Recht verneint. Denn die Gestattung nach § 14 Abs. 2 UStG hat einen ökonomischen Wert, weil sie einen Wertschöpfungsprozess auf dem Markt für Reisestellenkarten ermöglicht. L hat einen Anspruch, an diesem beteiligt zu werden, zumal sie ja eine Haftungsgefahr trifft und diesbezüglich Kontrollkosten entstehen. Dabei hat sich L auch nicht durch eine eventuell unentgeltliche Gestattung gegenüber ihrem Tochterunternehmen gebunden. Denn ein Unternehmer muss externe, zudem konkurrierende Anbieter nicht so behandeln wie eigene Konzernunternehmen. Solange das Entgelt deshalb nicht prohibitiv wirkt und den Zugang zum Reisestellenmarkt unmöglich macht, ist es auch kaum verboten.

3. Berührung des zwischenstaatlichen Handels

Fraglich ist, ob der Missbrauch der L den zwischenstaatlichen Handel berührt. Dies lässt sich hier, obwohl nur Inlandflüge betroffen sind, vor allem wegen des großen Marktanteils der L bejahen. Ihre Strategie wird nämlich auch ausländische Kreditkartenanbieter betreffen. Hinzu tritt die allgemeine Überlegung, dass ein zwischenstaatlicher Bezug regelmäßig dort vorhanden ist, wo die wesentlichen inländischen Anbieter den Marktzugang regeln oder erschweren (S. 68). Dies muss in den Fällen des Art. 102 AEUV konsequenterweise auch dann zutreffen, wenn ein einziges Unternehmen, das im Wesentlichen das inländische Geschäft bestimmt, eine Blockadestellung einnimmt.

4. Ergebnis

K hat aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB einen Anspruch auf Beseitigung des andauernden Missbrauchs. Dieser muss durch Abgabe der Genehmigung nach § 14 Abs. 2 UStG durch die L erfolgen.

Weiterführende Überlegung zum Reisestellenkartenfall:

(a) Vorliegend bejaht der BGH praktisch einen **Kontrahierungszwang** auf der Grundlage von §§ 33 Abs. 1 Satz 1 GWB und Art. 102 AEUV. Ähnliches ist im GWB grundsätzlich nur auf der Grundlage des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB vorstellbar.

Dazu bieten sich **folgende Überlegungen** an: Das **europäische Kartellrecht kennt kein § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB vergleichbares allgemeines Diskriminierungsverbot**. Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV wird nämlich in einem engeren Sinne verstanden: Dazu muss das marktbeherrschende Unternehmen tatsächlich zwei Unternehmen tatsächlich unterschiedliche Bedingungen anbieten. Die Nichtbelieferung fällt hingegen unter die Fallgruppe des missbräuchlichen Abbruchs bzw. der ebenso geleiteten Verweigerung einer Lieferbeziehung (S. 181). Jedenfalls steht der Kontrahierungszwang in engem systematischem Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot. Denn anders als im Falle des § 19 Abs. 2 Nr. 1 erster Fall, Nr. 2 und 3 GWB geht es dem betroffenen Unternehmen nicht

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

darum, ein Verhalten des Marktbeherrschers abzuwehren. Vielmehr fordert es vom Marktbeherrscher ein aktives Tun, nämlich die diskriminierungsfreie Behandlung. Liegt die Diskriminierung in der Verweigerung eines Vertragsschlusses, kann sie nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 bzw. nach § 33 Abs. 1 GWB nur dadurch abgestellt werden, dass der Vertrag zwischen Marktbeherrscher und diskriminiertem Unternehmen zustande kommt.

b) Dieser systematische Gedanke liefert auch das Verständnis **für den auf Art. 102 AEUV beruhenden Kontrahierungszwang**. Regelmäßig dient die Norm der Abwehr von Behinderungen und Ausbeutungen seitens des Marktbeherrschers. In diesen Fällen besteht die Rechtsfolge der Norm in einem bloßen Unterlassen, nicht aber einem Kontrahierungszwang. Einige von der Rechtsprechung entwickelte Sonderfallkonstellationen des Art. 102 AEUV aber erinnern an das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB: dies gilt für den Missbrauch durch Zugangsverweigerung zu einer Essential Facility und für den Missbrauch durch Lieferverweigerung (s.o.). In beiden Fällen geht es dem betroffenen Unternehmen nicht um einen bloßen Abwehranspruch, sondern um einen Teilhabeanspruch bzw. darum, genauso Zugang zu erhalten bzw. beliefert zu werden wie andere Unternehmen oder konzerneigene Betriebe. Auch in diesen Fällen lässt sich der Missbrauch nur abstellen, wenn der Zugang zur E.F. gewährt wird bzw. die Lieferung an das betroffene Unternehmen erfolgt. Ein Kontrahierungszwang ist die notwendige Rechtsfolge.

c) Vgl. auch den Fall eines nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB missbräuchlichen Lieferabbruchs in Sachen **Porsche-Tuning** (S. 209)

6. Sonderform der Essential Facility-Lehre: Die FRAND-Erklärung und der kartellrechtliche Zwangslizenzinwand im Patentrecht

Vgl. zum Folgenden die Kurzdarstellung der rechtstatsächlichen Hintergründe in der **Leitentscheidung** EuGH, 16.7.2015 – C-170/13 – **Huawei**, Rn. 12 ff.): **Patente** werden nach deutschem und europäischem Recht von speziellen Behörden (Deutsches Patentamt, Europäisches Patentamt – beide in München) für besonders innovative Erfindungen vergeben. **Hintergrund**: Eine **Erfindung** stellt die technische Lösung eines technischen Problems mit technischen Mitteln dar (Beispiel: neue Bedienungsmöglichkeiten von Touchscreens). Technik bedeutet dabei die Beherrschung und Steuerung von Naturkräften. Wer eine Erfindung als Erster macht, hat das Recht sie zwecks Erteilung eines Patents beim Patentamt anzumelden. Nach umfangreicher Prüfung durch die Patentbehörde erfolgt die Erteilung des Schutzrechts (Patent), das neben der Marke zu den

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

wertvollsten Schutzrechten des Immaterialgüterrechts zählt.

Der Inhaber eines Patents kann gegenüber jedem, der die durch das Patent geschützte Erfindung ohne seine Einwilligung (Lizenz) benutzt, nach **§ 139 Abs. 1 Satz 1 PatG** vorgehen. Die Vorschrift lautet: *Wer entgegen den §§ 9 bis 13 eine patentierte Erfindung benutzt, kann von dem Verletzten bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.* Sie beinhaltet einen negatorischen Anspruch vglb. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bzw. § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Durch diesen Anspruch kommt es jedoch zu einem Konflikt zwischen

(1) den **Patentinhabern**, die an der Nutzung ihrer Erfindungen durch Lizenzgebühren beteiligt werden wollen und insoweit nach § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG Eigentumsrechte im weitesten Sinne geltend machen und

(2) den **Technologieproduzenten**, die für die Herstellung ihrer Geräte auf die Nutzung bestimmter für die Einhaltung eines Industriestandards notwendiger Patente und der ihnen zugrunde liegenden Erfindungen zwingend angewiesen sind. Solche Patente können eine Essential Facility darstellen. Sie werden auf einem Lizenzmarkt als vorgelagertem Markt angeboten und sind unerlässlich, um auf einen Folgemarkt (Markt für elektronische Geräte, z.B. Handys) vorzustoßen. Die Verweigerung einer fairen Nutzung gegenüber Dritten kann daher eine Blockade des Zugangs zum Folgemarkt bedeuten.

Wie stets bei der **Essential Facility-Lehre** stehen sich ein Ausschließlichkeitsrecht (hier: Patent) und die Wettbewerbsfreiheit gegenüber – ein Konflikt, der durch die **Sozialbindung des Ausschließlichkeitsrechts** (Patent) gelöst wird. Allerdings unterscheidet sich das Verfahren des Ausgleichs bei einem SEP von der bekannten Vorgehensweise. Hier spielen nämlich die sog. **FRAND-Erklärungen** eine Rolle.

Zum Ausgleich des beschriebenen Interessenkonflikts existieren zunächst weltweit verschiedene **Standardisierungsorganisationen**. Innerhalb des Europäischen Binnenmarktes und im Bereich der Telekommunikationstechnologie ist dies das von der Europäischen Kommission ins Leben gerufene private European Telecommunications Standards Institute (**ETSI**).

Das ETSI kann ein Patent im v.g. Sinne **zum standardessentiellen Patent** (SEP) erklären. Dann muss es von jedem Hersteller verwendet werden, der sich am Industriestandard orientiert. Darin liegt eine erhebliche Wertsteigerung für den Patentinhaber. Im Gegenzug erleichtert das ETSI den freien Zugang zu SEP durch faire Lizenzgewährung. Letzteres ist in Annex 6 zu den Rules of Procedure des Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

ETSI (zugänglich im Internet) geregelt. Danach müssen Erfinder SEP beim ETSI anzeigen bzw. dieses fordert die Erfinder zur Information über ein mögliches SEP auf. Verweigern die Erfinder die Mitarbeit, wird ihnen durch das ETSI der Status eines SEP verweigert, was mit entsprechenden Nachteilen verbunden ist.

Um den Status eines SEP nach den ETSI-Statuten zu erlangen, müssen die Erfinder gegenüber dem ETSI schließlich eine unwiderrufliche **FRAND-Erklärung** (FRAND = Akronym für **F**air, **R**easonable **A**nd **N**on **D**iscriminatory) abgeben. Darin verpflichtet der Patentinhaber sich, das (spätere) Patent zu fairen, vernünftigen Bedingungen zu lizenzieren und dabei die Lizenznehmer nicht zu diskriminieren.

Durch die FRAND-Erklärung verlagert sich der oben beschriebene Konflikt zwischen Patentinhabern und –nutzern hin zu einem **Folgeproblem**: Entdeckt der Inhaber eines SEP, dass ein anderes Unternehmen sein Patent ohne Lizenzzahlung nutzt, stellt sich die Frage, ob er gegen dieses Unternehmen vorgehen kann oder ob die von ihm abgegebene FRAND-Erklärung bzw. der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand nach Art. 102 AEUV dem entgegenstehen. Hierzu bestehen zwei die Praxis dominierende Auffassungen:

BGH Orange Book

(1) Nach der Auffassung des BGH (WuW 2009, 773 – **Orange Book**), die allerdings kein SEP, sondern einen faktisch auf dem Markt durchgesetzten Standard betrifft (**de-facto-Standard**: Es ging um das CD-Format; vgl. zu den ökonomischen Gründen für die Entstehung eines solchen Standards oben S. 154), kann der Patentinhaber gegen den Patentnutzer nur unter zwei Voraussetzungen den Missbrauchseinwand erheben (Tz. 29):

- (a) Der Nutzer muss dem Inhaber des SEP **ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages gemacht haben**, das der Patentinhaber nicht ablehnen darf, ohne den Lizenzsucher unbillig zu behindern oder gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen, und sich an dieses Angebot gebunden halten.
- (b) Der Patentnutzer muss, wenn er den Gegenstand des Patents bereits nutzt, bevor der Patentinhaber sein Angebot angenommen hat, **die marktüblichen Verpflichtungen erfüllen** (Sicherstellung der Lizenzgebühren).

Ob diese Grundsätze für de-facto-Standards weiterhin neben den Huawei-Regeln des EuGH eine eigene Bedeutung beinhalten, ist zurzeit offen, aber nicht sonderlich wahrscheinlich.

EuGH Huawei

In der **Huawei-Entscheidung** (EuGH, 16.7.2015 – C-170/13 – **Huawei**) drängt der EuGH für ein standardessentielles Patent den Schutz des Patentinhabers zugunsten der Wettbewerbsfreiheit deutlich zurück (ab Rn. 55 ff.):

- (a) Danach muss der SEP-Inhaber dem Patentnutzer gegenüber die Klage nach § 139 PatG zuvor ankündigen und diesen zuvor auch **anhören** (Rn. 60).
- (b) Ferner muss der SEP-Inhaber dem Nutzer **ein konkretes schriftliches Angebot** auf Abschluss eines Lizenzvertrages unterbreiten und nicht etwa der Nutzer dem Inhaber wie nach den Orange-Book-Grundsätzen (Rn. 63).
- (c) Der Patentnutzer muss das Angebot des SEP-Inhabers sorgfältig prüfen und u.U. ein **Gegenangebot** abgeben (Rn. 66).
- (d) Ab dem Zeitpunkt, ab dem das **Gegenangebot durch den SEP-Inhaber abgelehnt** wird, muss vom Patentnutzer Sicherheit für die ausstehenden Lizenzgebühren gewährt werden (Rn. 67). Diese müssen also vom Patentnutzer abgerechnet werden.

Ergebnis (Rn. 73): Ein Missbrauch nach Art. 102 AEUV liegt **nicht** vor, wenn

1. eine Anhörung durch den SEP-Inhaber erfolgt ist und ein konkretes Angebot unterbreitet wurde
und
2. der Patentnutzer das Angebot aufgrund eines Sorgfaltsverstößes abgelehnt hat.

Wichtig ist vor allem: Nach der **Huawei-Entscheidung** trägt der Schutzrechtsinhaber die **Initiativlast**. Dies erscheint gerechtfertigt, weil einem Mobilfunkstandard in der Praxis mehrere tausend SEP zugrunde liegen können, die der einzelne Hersteller nicht immer kennt (die Herstellung eines Mobiltelefons beruht auf bis zu 250.000 Patenten!). Die Verletzung des fremden SEP ist daher häufig nicht zu erkennen. Im Hinblick auf dieses Problem hat sich der Schutzrechtsinhaber durch die FRAND-Erklärung selbst gebunden: Seinem Anspruch aus § 139 Abs. 1 Satz 1 PatG steht ein **Einwand aus § 242 BGB (venire contra factum proprium)** entgegen, wenn ein Anspruch auf Lizenzerteilung aus Art. 102 AEUV besteht.

BGH FRAND-Einwand

In **BGH 5.5.2020 – KZR 36/17 – FRAND-Einwand** schließt sich der BGH den Grundsätzen der Huawei-Entscheidung an. Wieder ging es um die Verletzung eines zu einem Mobilfunkstandard zählenden SEP, dessen Inhaber die FRAND-Erklärung abgegeben hatte. Es stellte sich die Frage, ob der Inhaber des SEP missbräuchlich nach Art. 102 AEUV/§ 19 GWB handelte, weil er vom Nutzer Unterlassung der Patentnutzung verlangte.

(1) Aus Sicht des BGH begründet die Inhaberschaft an einem SEP zunächst eine **marktbeherrschende Stellung** (Rn. 55 ff.). Denn ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept ist die Nachfrageseite an der Einhaltung des Industriestandards interessiert. Zu diesem Zweck ist sie auf alle in den Standard eingehenden Patente angewiesen. Für jedes SEP besteht daher ein eigener vorgelagerter Lizenzmarkt, den der Inhaber des SEP beherrscht. Davon kann nur in seltenen Fällen abgegangen werden (Rn. 61).

(2) Doch stellt es nicht per se einen **Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung** dar, wenn der Inhaber eines SEP gegen dessen illegale Nutzung nach § 139 PatG vorgeht; die FRAND-Erklärung hindert ihn daran nicht, wenn die Gegenseite nicht zum Abschluss eines Lizenzvertrages bereit ist (Rn. 68 ff.). Missbräuchlich ist es jedoch, wenn der Inhaber gegen den Nutzungsinteressenten vorgeht, obwohl dieser ihm ein **unbedingtes Angebot** unterbreitet hat (Rn. 71 ff.). Dasselbe gilt auch, wenn der Inhaber dem Nutzungsinteressenten kein annahmefähiges Angebot unterbreitet hat (Rn. 72). In diesem Punkt schließt sich der BGH den Huawei-Grundsätze an.

Im Anschluss an die Huawei-Entscheidung des EuGH stellt sich im Patentrecht eine Reihe von Detailfragen zur Bedeutung des FRAND-Einwandes (sog. **FRAND Wars**):

OLG Düsseldorf WuW 2016, 188: Der Verletzer braucht nicht auf ein Angebot des Herstellers zu reagieren, dass nicht FRAND-konform ist.

OLG Düsseldorf 30.3.2017 – I-15 U 66/15, NZKart 2017, 665 – **Sivel/Haier**: Der Patentinhaber muss den Verletzer nur auf die Patentnummer und den Verstoß hinweisen. Zu weiteren technischen Erläuterungen ist er nicht verpflichtet (vgl. den Überblicksaufsatz von *Lubitz* NZKart 2017, 618)

OLG Karlsruhe WuW 2016, 438: Der Verletzer muss auf ein während des Verletzungsprozesses gemachtes FRAND-konformes Angebot reagieren.

IV. Rechtsfolgen des Missbrauchs

Der Missbrauch ist eine per se verbotene Handlung, auf die sich jeder im Verkehr berufen kann (Art. 102 Satz 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB). Die Behörde kann nach Art. 7 VO Nr. 1/2003 bzw. § 32 GWB eine Untersagungsverfügung erlassen und nach Art. 23 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB ein Bußgeld verhängen.

H. Das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante und 20 Abs. 1 GWB) sowie die sonstigen Behinderungsverbote des deutschen Rechts

I. Allgemeines

Durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB wird es dem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, andere Unternehmen zu behindern oder ohne sachlichen Grund zu diskriminieren. In Verbindung mit § 20 Abs. 1 GWB handelt es sich um eine der praktisch bedeutsamsten Vorschriften des GWB. Dies hat mehrere Gründe:

(a) Zum einen eröffnet Art. 2 Abs. 2 Satz 2 VO Nr. 1/2003 einen neben das europäische Kartellrecht tretenden Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten für die Regelung einseitiger Verhaltensweisen. Dabei hat § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB einen wesentlich universaleren Anspruch als das **Diskriminierungsverbot des Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV**. Während es bei letzterem darauf ankommt, dass ein Anbieter tatsächlich mehreren Nachfragern konkret unterschiedliche Vertragsbedingungen gewährt, kann über § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB ganz allgemein – etwa auch der erste Vertragsschluss des betreffenden Unternehmens – auf Willkürfreiheit überprüft werden.

(b) Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist vor allem aufgrund § 20 Abs. 1 GWB besonders groß.

(c) Die Norm erlaubt eine Kontrolle durch Private im Klageweg in Bereichen mit typischen wirtschaftlichen Interessenkonflikten:

-) **Selektive Vertriebssysteme** (S. 99) können daraufhin überprüft werden, ob die Selektionskriterien als solche erlaubt sind und diskriminierungsfrei angewendet werden. So wird u.a. verhindert, dass ein Hersteller die angeschlossenen Händler zu stark unter Druck setzen kann und verbotene Inhaltsbindungen durchsetzt.

-) Auch die **Vergabepaxis der öffentlichen Hand** unterhalb der Schwellen des Vergaberechts kann von Interessenten kritisch überprüft werden. Bsp.: Lässt eine Kommune ein Bestattungsunternehmen zum örtlichen Friedhof zu, stellt sich für das konkurrierende Unternehmen die Frage, aus welchem Sachgrund ihm der Zugang verweigert wird. Bei gleicher Eignung (Zuverlässigkeit) muss u.U. das Los entscheiden usw.

(d) Die Norm kennt mit dem **Kontrahierungszwang** eine scharfe und leicht durchsetzbare Sanktion.

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Verbotsadressaten

Das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB richtet sich an die Adresse des Marktbeherrschers. § 19 Abs. 3 GWB erweitert dieses Verbot auf zwei weitere Gruppen von Unternehmen: erlaubte Kartelle (§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB) und preisbindende Unternehmen (§ 19 Abs. 3 Satz 2 GWB).

Nach **§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB** – dem bedeutendsten Tatbestand – gilt das Verbot jedoch auch für Unternehmen, von denen andere Unternehmen **abhängig** sind. Das Gesetz spricht diesen Unternehmen eine relative Marktmacht zu, weil sie nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber ganz bestimmten anderen Unternehmen Macht ausüben können. In der Praxis spricht man gelegentlich auch von sog. **marktstarken Unternehmen**.

BGH Rossignol-Ski

Berühmtestes Beispiel für die Bedeutung des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB ist der **Rossignol-Ski-Fall**:

BGH NJW 1976, 801 – Rossignol: Ein bedeutendes bayerisches Sportfachgeschäft wurde von der Firma Rossignol nicht beliefert. Rossignol stellt bereits damals einen weltbekannten Markenski her, hielt aber auf dem Ski-Markt in der Bundesrepublik nur einen Marktanteil von 8 %. Der BGH war der Auffassung, dass es für die Abhängigkeit des Sportgeschäfts allein auf das Ansehen der Rossignol-Ski auf dem Markt ankomme und nicht auf den niedrigen Marktanteil. Denn das Ansehen der Rossignol-Ski sei so groß, dass ein Fachgeschäft Nachteile im Wettbewerb erleide, wenn es diesen Ski nicht führe.

Die Rechtsprechung hat später in zahlreichen Entscheidungen den Tatbestand der Abhängigkeit konkretisiert:

2. Gründe für den Schutz der Händler nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB

a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit

Wichtig in der Praxis ist die so genannte **sortimentsbedingte Abhängigkeit eines Händlers** von einem Hersteller. Ihre Voraussetzungen liegen dann vor, wenn die Ware des Herstellers ein so hohes Ansehen bei den Käufern genießt, dass der Händler empfindlich in seiner Wettbewerbsstellung betroffen ist, wenn er sie nicht im Sortiment führt (**Marktgeltung**). Man unterscheidet dabei zwischen:

1. **Spitzenstellungsabhängigkeit**: Die Abhängigkeit des Händlers besteht nur gegenüber einem einzelnen Unternehmen. Der Händler hat dann u.U. einen Anspruch auf Belieferung durch den Hersteller.

2. **Spitzengruppenabhängigkeit:** Die Abhängigkeit des Händlers besteht nicht gegenüber einem einzelnen Hersteller, sondern einer Gruppe von Herstellern. Beispiel: Abhängigkeit eines Fernsehgeschäftes gegenüber einer Gruppe von Herstellern von Markenfernsehern. Der Händler hat in diesen Fällen keinen Anspruch auf Belieferung durch *alle* Angehörige der Spitzengruppe, sondern nur durch einen angemessenen Teil der Gruppe. Innerhalb dieser besteht eine gesamtschuldnerische Haftung nach § 421 BGB.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB zieht eine systematische Konsequenz aus § 2 GWB: Da die Hersteller von (Marken-)Waren ihre Vertriebssysteme selektiv ausgestalten dürfen (S. 99), besteht die Gefahr, dass sie diese Freiheit dazu missbrauchen, unerlaubte Ziele zu verfolgen (z.B. Preisbindungen) oder ihr Vertriebssystem auf der Handelsstufe künstlich eng zu halten, indem sie die Zahl der Vertriebsagenten willkürlich einschränken. Darunter leidet der produktinterne (intra brand) Wettbewerb auf der Handelsstufe. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB schafft insoweit ein Gegengewicht, als er subjektive Rechte auf Aufnahme in das Vertriebssystem schafft. Dadurch kontrolliert der Handel die selektiven Vertriebssysteme auf Willkürpraktiken und Kartellverstöße. So gesehen ist § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB ein Instrument der Selbstkontrolle des Wettbewerbs. Gegenüber den Ansprüchen von Aspiranten muss die Zentrale des Vertriebssystems ihre Selektionskriterien rechtfertigen und diese gerichtlich überprüfen lassen.

b) Nachfragebedingte Abhängigkeit

Einen eigenen Problembereich stellt schließlich die **nachfragebedingte Abhängigkeit** dar. Sie entsteht, wenn ein Anbieter bestimmter Waren oder Leistungen von einem Nachfrager abhängig ist. Diese Abhängigkeit wird nach § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB dann vermutet, wenn der Anbieter einem bestimmten Nachfrager im Vergleich zu den anderen Nachfragern Vorzugsbedingungen einräumt, also etwa an ihn zu besonders günstigen Preisen verkauft. Diese Vermutung ist allerdings bedenklich weit gefasst; bei jeder Ungleichbehandlung von Nachfragern durch den Anbieter besteht der „Verdacht“ einer nachfragebedingten Abhängigkeit. Dadurch wird faktisch der Anbieter in seiner Preisbildungsfreiheit beeinträchtigt, weil er seinen Geschäftspartnern schadet, sobald er ihnen Sonderkonditionen einräumt.

c) Unternehmensbedingte Abhängigkeit

Ein Unternehmen wird aufgrund **langjähriger Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen** von dessen Angebot oder Nachfrage abhängig und findet nicht so rasch einen anderen Partner, zu dem es eine ähnliche Geschäftsbeziehung unterhalten kann. Darin liegt im Grunde ein normales unternehmerisches Risiko, das nicht als solches schon die scharfe Rechtsfolge des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB rechtfertigt. Deshalb kommt eine unternehmensbedingte Abhängigkeit nur bei zusätzlichen

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

besonderen Gründen in Betracht. Diese liegen insbesondere vor, wenn der eine Partner die Investitionen des anderen, abhängigen Partners lange Zeit in seinem Sinne gelenkt hat (**Investitionslenkung**). Praktisch relevant wird diese Fallgruppe insbesondere im Hinblick auf den **Anlauf- und Auslaufschutz** in Franchise- und Just-in-Time-Systemen. Franchise-Systeme zeichnen sich durch einen hohen Integrationsgrad aus. D.h., dass das geschäftliche Verhalten des Absatzmittlers in ein ganzes Geflecht von Vorgaben und Direktiven der Geschäftszentrale eingebettet ist (vgl. nur das einheitliche Erscheinungsbild des McDonald's-Systems). In solchen Systemen schreibt die Zentrale den Neueintretenden häufig umfangreiche Investitionen vor (Ladeneinrichtung, Warenbezug, Verpflichtung zu Werbemaßnahmen), deren wirtschaftlicher Wert dem Partner verloren geht, wenn er das System wieder verlassen muss. Die Kündigungsfristen des BGB (vgl. etwa § 621 BGB) sind aber häufig zu kurz bemessen, als dass etwa der Neueintretende seine Investitionen überhaupt amortisieren könnte (**Anlaufschutz**). Auch in Fällen längerer Laufzeit des Vertriebsvertrages kann eine Kündigung nach §§ 622 ff. oder 324 bzw. 626 BGB kartellrechtlich zwar nicht aufgehoben, wohl aber in ihren Wirkungen nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB für einen Übergangszeitraum gehemmt werden, damit der Absatzmittler seinen Betrieb auf einen neuen Franchise-Partner umstellen kann (**Auslaufschutz**). **Beachte:** §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB hebt in beiden Fällen nicht das Recht der Systemzentrale auf, den Vertrag mit dem einzelnen Systempartner gem. den vertraglichen Bedingungen zu kündigen (zivilrechtliche Kündigung und kartellrechtlicher Auslaufschutz sind streng voneinander zu trennen!). Doch eröffnet §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB dem Systempartner die Möglichkeit, während einer **Übergangszeit**, die er für die Amortisation seiner Investitionen bzw. für die Umstellung auf ein neues System benötigt, am alten System festzuhalten. Parallele Probleme existieren im Zulieferwesen der Automobilindustrie, wo Lieferanten oft in das Fertigungs- und Qualitätskonzept des Kfz-Herstellers vollständig eingebunden werden (just in time!) und sich deshalb auch nicht ohne Übergangsfrist auf neue Marktpartner umstellen können.

BGH Porsche-Tuning

Sehr weit geht jetzt die Entscheidung des **BGH** in Sachen Fahrzeugtuning (BGH, 6.10.2015 – KZR 87/13 – **Porsche-Tuning**).

Ein Unternehmen (T) hatte sich seit 2000 auf die Veredelung (Tuning) von Porsche-Fahrzeugen (P) spezialisiert. P unterhält eine eigene auf Tuning von Fahrzeugen spezialisierte Betriebsabteilung. Zu Demonstrationszwecken benötigte T von P immer wieder Neuwagen. Weil ein Mitarbeiter von T am Diebstahl eines Motors auf dem Gelände von P beteiligt war, kündigte P dem T den Kooperationsvertrag. T verlangt dennoch Belieferung.

Der BGH geht zunächst von einer **unternehmensbedingten Abhängigkeit** aus (Rn. 54): „Die Klägerin hat ... ihr gesamtes Geschäftsmodell ausschließlich auf die Individualisierung und

Veredelung von Porsche-Fahrzeugen ausgerichtet und unter anderem bestimmte Teileprogramme allein für Porsche-Fahrzeuge entwickelt. Sie hat sich dafür über viele Jahre besonderes, markenspezifisches Know-how erworben. Aufgrund dieser Ausrichtung ihres Geschäftsmodells, die erheblich über eine bloße einseitige Spezialisierung im Vertrieb hinausgeht, ist ihr ein Ausweichen auf andere Anbieter, das heißt andere Automarken, nicht zumutbar. Eine solche autonome Bezugskonzentration kann den Tatbestand unternehmensbedingter Abhängigkeit erfüllen (vgl. Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., § 20 GWB Rn. 51). Zwar hat der Senat eine unternehmensbedingte Abhängigkeit bisher in erster Linie bei Kraftfahrzeug-Vertragshändlern angenommen, also in Fällen, in denen sich die Ausrichtung des Geschäftsbetriebs auf die Marke eines Herstellers aus einer Vereinbarung zwischen dem Händler und dem Lieferanten ergab“ [Hervorhebungen nur hier]

Beachte noch: In der Sache bejaht der BGH eine **unbillige Behinderung** (also einem Missbrauch im Horizontalverhältnis). Begründet wird dies mit einem Rechtsgedanken, der an die Rechtsprechung des EuGH zum Lieferabbruch erinnert (vgl. die Entscheidung in Sachen Commercial Solvents S. 181, aber auch die Rechtsprechung des BGH in Sachen Reisestellenkarte S. 197). Der BGH sieht nämlich die Gefahr, dass P den Markt für das Tunen seiner Fahrzeuge monopolisieren und sich selbst vorbehalten könnte (Rn. 65). Zwar muss ein Unternehmen wie P seinen Konkurrenten nicht bei der Erstellung ihres Angebots behilflich sein (Rn. 66). Doch endet diese Freiheit dort (Rn. 66), „wo Wettbewerber daran gehindert werden, ihre eigene wertschöpfende Leistung angemessen am Markt präsentieren zu können.“

Beachte in diesem Zusammenhang die Entscheidung **OLG Stuttgart 2.4.2020 – 2 U 88/17 – Porsche Tuning**: Porsche verbietet seinen Vertragshändlern, Neuwagen an Tuning-Unternehmen zu verkaufen, damit diese daran Tuning-Techniken erproben können. Das OLG sieht darin eine durch die Vertikal-GVO nicht gedeckte Vertriebsbindung. Denn die Tuning-Unternehmen seien keine Wiederverkäufer, sondern Endkunden.

d) Mangelbedingte Abhängigkeit.

Als aufgrund des Ölboykotts im Jahre 1973 das Mineralöl knapp wurde, wollten die großen Mineralölgesellschaften (Aral, BP, Esso) nur noch ihre eigenen Tankstellen beliefern und nicht mehr die ihnen nicht gehörenden freien Tankstellen. Hier entschieden die Gerichte, dass im Falle eines Mangels das knappe Mineralöl zu gleichen Teilen unter *allen* Tankstellen aufgeteilt werden musste (sog. **Repartierungspflicht**). Das Bundeskartellamt hat diese Spruchpraxis anlässlich späterer Ölkrisen wiederaufleben lassen.

Beachte: Entscheidendes Kriterium jeder Art von Abhängigkeit ist die **Zumutbarkeit des Ausweichens auf andere Geschäftspartner**: Wenn der Händler nur unter erheblichen Kosten oder Werbenachteilen auf einen anderen Hersteller ausweichen kann, ist ihm dies unzumutbar.

3. Geschützter Personenkreis im Falle des § 20 Abs. 1 GWB

Kleine und mittlere Unternehmen: Die Größe des Unternehmens wird nie absolut festgestellt, sondern stets relativ zu den anderen Konkurrenten am Markt bestimmt. Auch kommen vertikale Vergleiche (vgl. zwischen Diskriminiertem und Diskriminierer) in Betracht. Die Beschränkung des geschützten Personenkreises ist erst 1990 durch die 5. Novelle des GWB in den Tatbestand eingefügt worden.

Die Zehnte GWB-Novelle wird den Tatbestand des Diskriminierungsverbots an dieser Stelle verändern.

4. Behinderung und Diskriminierung

a) Theoretischer Hintergrund

Untersagt sind nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB die unbillige Behinderung und die Diskriminierung ohne sachlichen Grund. **Behinderung** ist eine Störung von Wettbewerbern und wirkt daher eher im Horizontalverhältnis; **Diskriminierung** bedeutet eine unterschiedliche Behandlung von Geschäftspartnern (Käufer, Verkäufern) und wirkt folglich im Vertikalverhältnis. Die Behinderung umfasst den typischen Verdrängungs- und Behinderungsmissbrauch (S. 169 und S. 178). Hier soll es hingegen nur um die zweite Variante, das Verbot der Diskriminierung ohne Sachgrund, gehen.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB setzt voraus, dass der Marktbeherrscher den Anspruchsteller anders behandelt als **gleichartige Unternehmen**. Dieses Tatbestandsmerkmal dürfte eine grobe Filterfunktion übernehmen (**grobes Raster**) und von vornherein völlig unvergleichbare Fälle aus dem Anwendungsbereich der Norm nehmen. Ansonsten erscheint die Frage der Vergleichbarkeit Teil der umfassenden Gesamtabwägung nach der Theorie der beweglichen Schranken.

Die Anwendung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB konzentriert sich dabei auf die Frage nach der **Abwesenheit von sachlichen Gründen**. Die **Darlegungs- und Beweislast** für einen die Diskriminierung rechtfertigenden Sachgrund trägt dabei das relativ marktmächtige Unternehmen. Denn aus der ungleichen Behandlung der Marktgegenseite spricht zunächst der Anschein willkürlicher Behandlung. Der die Diskriminierung rechtfertigende Sachgrund muss nach der **Theorie der beweglichen Schranken** durch Abwägung der Interessen der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB konkretisiert werden. Dabei sind regelmäßig folgende Interessen zu berücksichtigen:

- Die Marktöffnungsfunktion des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB und der dieser Funktion zugrunde liegende Regelungszweck, neue Produkt-Markt-Strategien zu ermöglichen.

- Aus Art. 12 GG folgt indes umgekehrt, dass ein Hersteller sein **Absatz- und Vertriebssystem selbst frei gestalten** darf. Er braucht also nicht jeden Aspiranten zu beliefern, sondern kann eine Auswahl treffen (vgl. auch § 2 GWB). Dabei greifen zu seinen Gunsten gerade die Kriterien, die selektive Vertriebssysteme rechtfertigen (z.B. Verhinderung des Trittbrettfahereffekts; vgl. oben bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).
- Das **Interesse des Herstellers, einen einheitlichen Preis** durchzusetzen, **findet keine Berücksichtigung**, weil Preis- und Inhaltsbindungen nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO untersagt sind.

b) Konsequenzen für den Klausuraufbau

- a) Im ersten Schritt muss festgestellt werden, **nach welchem Kriterium** der Anspruchsadressat tatsächlich diskriminiert. *Grund*: Die Verantwortlichkeit nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB knüpft an das **Prinzip der Selbstbindung** an. Der Hersteller ist in der Gestaltung seiner Produkt-Markt-Strategie grundsätzlich frei. Mit der Entscheidung für eine der möglichen strategischen Optionen bindet er sich jedoch selbst und kann an dieser Entscheidung von Dritten festgehalten werden.
- b) Das Diskriminierungskriterium und seine Handhabung müssen zumindest gedanklich im Hinblick auf folgende Punkte geprüft werden:
 - (1) Möglicher Gesetzesverstoß des Diskriminierungskriteriums? Z.B. keine Durchsetzung von Inhaltsbindungen über Art. 4 lit. a Vertikal-GVO hinaus! Hier greifen im Übrigen die Grundsätze der Coty-Entscheidung des EuGH (vgl. S. 99 ff).
 - (2) **Widerspruchsfreie** Handhabung des Kriteriums oder wird dieses nur vorgeschoben bzw. rein willkürlich gehandhabt?
 - (3) **Unverhältnismäßige** Handhabung des Kriteriums. Lassen sich die hinter dem Kriterium stehenden Ziele für den Anspruchsteller durch weniger einschneidende Maßnahmen erreichen?
- c) Auf einer dritten Ebene findet dann eine Abwägung mit der **Marktöffnungsfunktion** des § 20 Abs. 1 GWB und widerstreitenden Interessen statt.

III. Rechtsfolge

Gemäß §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB hat das diskriminierte Unternehmen einen Anspruch auf Beseitigung und i.V.m. § 33a Abs. 1 Satz 1 GWB auf Schadensersatz. Die Praxis hat daraus einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages gegenüber

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

dem marktstarken Unternehmen abgeleitet (**Kontrahierungszwang**). Zeitweise war umstritten, ob der Anspruch auf einem Schadensersatzanspruch oder auf einem negatorischen Beseitigungsanspruch gründet. Heute wird der zweite Weg befürwortet: Dafür spricht, dass das beim Schadensersatzanspruch vorausgesetzte Verschulden nicht in einer schutzzweckbezogenen Verbindung zum Kontrahierungszwang steht. Viel eher lässt sich die Belieferung als Anspruch des Diskriminierten konstruieren, künftig die Diskriminierung durch Nichtlieferung zu unterlassen, indem geliefert wird. Gehen Sie deshalb im Zweifel von einem Kontrahierungszwang aus §§ 33 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB aus und erörtern Sie die Abgrenzungsfrage, wenn die Aufgabenstellung dazu Anlass geben sollte, knapp am Ende Ihrer Klausur.

IV. Praktisches Beispiel

Klausurbeispiel BGH Parfumdepositär

(BGH 04.11.2003 – KZR 2/02 = GRUR 2004, 351 – Parfumdepositär): Die V-AG stellt Luxuskosmetika der Marken Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP! her. Ihr Marktanteil liegt bei 18 %. Die führenden Konkurrenten sind die Hersteller Unilever, L'Oréal, Procter&Gamble, Chanel, Estée Lauder, LVMH, Wella und Shiseido. V vertreibt ihre Produkte über stationäre Ladengeschäfte (sog. Depositäre), die befugt sind, für die Produkte der V im Internet zu werben und sie zu vertreiben. A erzielt einen Jahresumsatz von 1,5 Millionen Euro durch den Verkauf von Kosmetika über das Internet und erscheint damit als Unternehmen von mittlerer Größe. Die V und ihre führenden Konkurrenten verweigern die Belieferung der A mit Kosmetika, weil dies mit ihrem Vertriebskonzept, das auf Depositäre setze, nicht vereinbar sei. A verlangt von V dennoch Belieferung von Produkten der Marken Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP. Zu Recht?

In Betracht kommt ein Belieferungsanspruch der A gegen V aus §§ 33 Satz 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante GWB

A. Anspruchsadressat

Fraglich erscheint zunächst die Adressateneigenschaft der V als Marktbeherrscherin nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Doch liegt eine überragende Marktstellung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB bei einem Marktanteil von 18 % fern (arg. e § 18 Abs. 4 GWB). Auch liegt keiner der Fälle des § 19 Abs. 3 GWB vor.

In Betracht kommt jedoch eine **Spitzengruppenabhängigkeit** der A gegenüber V nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB. A und V sind Unternehmen. Die Abhängigkeit der A könnte – unabhängig vom Marktanteil der V – darauf beruhen, dass sie als Fachgeschäft nicht wettbewerbsfähig ist, wenn sie die Produkte der V nicht neben anderen aus der Spitzengruppe im eigenen Sortiment führt. Zugrunde liegt die Überlegung, dass die durch das Angebot der A angesprochenen Verkehrskreise in einem Fachgeschäft zwar nicht alle Kosmetikprodukte, jedoch eine repräsentative Auswahl der durch

Werbung und Markteinführung besonders bekannten und einer Spitzengruppe vereinten Produkte erwarten. Zu dieser Gruppe gehören nach aller praktischen Lebenserfahrung auch die Produkte der V. Denn gerade diese sind durch intensive Werbemaßnahmen prominent in die Kosmetikmärkte eingeführt. Von den Mitgliedern dieser Spitzengruppe kann A entsprechend dem Rechtsgedanken des § 421 BGB auch einzelne Vertreter in Anspruch nehmen. A hat dabei keinen Anspruch, mit sämtlichen Mitgliedern zu kontrahieren, wohl aber u.U. mit einer repräsentativen Anzahl, die es ihm ermöglicht, seine Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. V kommt insoweit als Verpflichtungsadressat nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB in Betracht.

Problematisch erscheint jedoch, dass A noch nicht auf dem Segment für Luxuskosmetika tätig ist, sondern dies vorliegend erst anstrebt. Entsprechend stellt sich die Frage, ob man bereits vor der Geschäftsaufnahme abhängig sein kann. Für diese Möglichkeit spricht die Marktöffnungsfunktion der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB. Denn das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot soll u.a. verhindern, dass die auf der Grundlage des § 2 GWB erlaubten selektiven Vertriebssysteme zu einer wettbewerblich nicht gerechtfertigten Marktverengung führen und innovative Vertriebsformen verhindern.

A ist laut SV auch ein mittleres Unternehmen i. S. d. § 20 Abs. 1 GWB.

B. Sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung

V müsste A gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt haben. Die Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung bestimmen sich dabei nach der **Theorie der beweglichen Schranken** durch Abwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise unter besonderer Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.

In diesem Rahmen stellt sich zunächst die Frage, welches Diskriminierungskriterium V anlegt. V lässt in ihrem Vertriebssystem nur solche Internethändler zu, die auch ein Ladenlokal betreiben. Sie legt damit ein qualitatives Selektionskriterium an, was ihr nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO prinzipiell offen steht.

Fraglich erscheint nur, ob dieses Kriterium **widerspruchsfrei** gehandhabt wird. Denn V verbietet den Internetvertrieb nicht an sich, sondern untersagt ihn nur den Händlern ohne Ladenlokal. Für diese besondere Einschränkung könnten jedoch die ganz eigenen Bedingungen des Vertriebs von Parfums und von sonstigen Kosmetika im Internet sprechen. Die Produktpräsentation und die unmittelbare Bewerbung der Präparate gegenüber dem Publikum sind nämlich praktisch nur in einem Ladenlokal

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

möglich. Denn nicht wenige Artikel sprechen den Geruchssinn an bzw. werden vom Publikum vor Erwerb auf ihre konkrete Beschaffenheit (Konsistenz, Verträglichkeit usw.) geprüft. Während ein Buch durch Textauszüge auch im Internet beworben werden kann, ist dies für Parfümerieartikel daher nicht in gleicher Weise möglich. Zu der nach Art. 12 GG geschützten Freiheit des Unternehmers zählt aber seine Freiheit, die Vermarktung der von ihm hergestellten Produkte so zu gestalten, dass deren Absatz aus seiner Sicht besonders vorteilhaft erfolgen kann. Hierbei dürfte auch das Interesse eine Rolle spielen, dass Parfümerieartikel häufig affektive Interessen der Kunden ansprechen (Luxusbedürfnis usw.), ansonsten aber nicht über einen erkennbaren Materialwert verfügen. Bei solchen Gütern kommt es in besonderer Weise darauf an, dass sie in einem bestimmten Ambiente vertrieben werden: Hier eröffnet ein Ladenlokal ganz andere Möglichkeiten als der Internetverkauf. Demgegenüber müssen mögliche Erwerbsinteressen des A zurückstehen.

Dem ließe sich jedoch möglicherweise die Marktöffnungsfunktion der §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 zweite Variante, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB entgegensetzen. A verfolgt dabei eine gegenüber dem traditionellen Parfumvertrieb neuartige Strategie. Fraglich ist, ob V diese schlicht verhindern kann oder ob er nicht den angesprochenen Kundenkreisen die Entscheidung über das für sie vorteilhaftere Absatzsystem überlassen muss. Immerhin besteht die Gefahr, dass V durch seine Restriktionen den produktinternen Wettbewerb (Intra-Brand-Wettbewerb) und damit den Konkurrenzdruck auf der Handelsstufe ausschalten will. Denn erfahrungsgemäß sind Internetangebote für den Kunden besonders preisgünstig, was auf einen Effizienzvorsprung dieser Vertriebsform schließen ließe.

Gegen diese Betrachtungsweise spricht allerdings wiederum, dass die Kostenvorteile im Internet zu einem großen Teil auf sog. **Trittbrettfahreneffekten** (Freerider-Problem) beruhen und daher von V unterbunden werden müssen. Denn ein Absatzmittler, der ausschließlich über das Internet vertreibt, macht sich zu einem großen Teil die Investitionen konkurrierender Depositäre zunutze: Diese überzeugen die Kunden i.d.R. nämlich durch Kostproben, Präsentationen und Vorführungen von den Vorzügen der Produkte und erbringen nicht zuletzt Investitionen in Gestalt der Geschäftsraummiete und der Gehälter für Fachangestellte. Erkennbar knüpft der Internethändler an diese Leistungen an, weil die von ihm angebotenen Parfums nicht ohne vorherige Erprobung in einem Ladenlokal veräußerlich wären. Die zur Warenerprobung erforderlichen Investitionen erspart sich der Internethändler jedoch und nutzt dabei sog. **positive externe Effekte** aus: Die Betreiber von Ladenlokalen können nämlich die positiven Effekte, die als Folge ihrer Investitionen entstehen, nicht in der Lieferbeziehung zum Kunden halten, sondern müssen es hinnehmen, dass diese Effekte extern bei Dritten eintreten. Dies geschieht etwa, wenn der Kunde sich das Angebot in den Räumen des einen Betreibers besieht und dann im Internetshop des anderen kostengünstiger bestellt. An diesem

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Effekt aber kann dem Hersteller nicht gelegen sein, weil sonst die Bereitschaft des Handels sinken würde, sich in Ladenlokalen intensiv für seine Produkte zu engagieren. Da wiederum der Vertrieb von Kosmetika zentral von einem Engagement im Ladenlokal abhängt, muss der Hersteller gegen den Trittbrettfahreneffekt vorgehen dürfen. Indem V den Internetvertrieb an die Unterhaltung eines Ladenlokals bindet, unterbindet er wirkungsvoll einseitige Kostenvorsprünge in seinem Absatzsystem. Dies erscheint in Anbetracht der wirtschaftlichen Interessenlage beim Vertrieb von Kosmetika nicht unverhältnismäßig und muss von A hingenommen werden.

Eine Diskriminierung ohne sachlich gerechtfertigten Grund findet folglich nicht statt.

C. Ergebnis

Ein Belieferungsanspruch der A besteht nicht.

V. Überblick über die sonstigen Behinderungsverbote

1. Boykottverbot, § 21 Abs. 1 GWB

Der Boykott ist als Maßnahme der kollektiven Meinungsmobilisierung besonders gefährlich. Initiator ist ein sog. Verrufer, der die Boykottadressaten dazu anhält, dem Verrufenen Nachteile zuzufügen. Diese **Dreipersonenkonstellation** ist notwendige Tatbestandsvoraussetzung des § 21 Abs. 1 GWB. Ein eindrucksvolles Beispiel liefert der **Benrather Tankstellenfall** (S. 7). Das Kartell der Mineralölkonzerne bildet hier den Verrufer, der Benrather Tankstellenbetreiber den Verrufenen und seine Konkurrenten die Boykottadressaten.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 7, 198 - **Lüth!**) ist der Boykott allerdings nur als Mittel des **geistigen Meinungskampfes** erlaubt, d.h.: Es müssen mit geistigen Mitteln (Argumenten, keine Gewalt und keine Täuschung der Boykottadressaten) geistige Ziele (kein Boykott aus wirtschaftlichen Motiven) verfolgt werden.

§ 21 GWB setzt voraus, dass der Verrufer in der Absicht handelt, den Verrufenen unbillig zu beeinträchtigen. Hier liegt eine systematische Verbindung zum Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Fall, 20 Abs. 1 GWB nahe: Einerseits ist die Unbilligkeit im Rahmen des § 21 Abs. 1 GWB wie im Falle des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nach der Theorie der beweglichen Schranken zu bestimmen. Andererseits greift folgender **Argumentationszusammenhang**: Wenn der Verrufer selbst gegenüber dem Verrufenen eine Liefer- oder Bezugssperre verhängen darf, erscheint dies zumindest als Indiz

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

dafür, dass es nicht unbillig erscheint, auch Dritte dazu aufzurufen. Stets ist aber zu bedenken, dass vom Boykott **wegen der kollektiven Mobilisierung** eine größere Wirkung auf dem Markt ausgeht als von der Liefer- oder Bezugsverweigerung des Einzelnen.

Die Vereinbarung der Boykotteure untereinander wird als **Hardcore-Kartell** angesehen (S. 63).

2. Verdrängungswettbewerb, § 20 Abs. 3 und Abs. 4 GWB

Die Norm beinhaltet ein Verbot unbilliger Behinderung im Horizontalverhältnis, also der Störung und Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit von Konkurrenten. **Problem:** Jede Wettbewerbsmaßnahme ist auf Auseinandersetzung mit den Konkurrenten hin angelegt; ein Behinderungseffekt ist ihr daher stets immanent. Das Gesetz nennt hingegen keine Kriterien, wann dieses Interagieren gesetzeswidrig sein soll und wann nicht. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift vor allem ein Instrument gegen den **Verkauf unter Einstandspreis** schaffen. Um die Anwendung zu erleichtern, hat der Gesetzgeber in der 6. GWB-Novelle im heutigen § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB ein ausdrückliches **Verbot des dauernden Verkaufs unter Einstandspreis unter eingeschränkten Bedingungen** vorgesehen. In der Novelle 2007 wurde eine weitere Beweislastumkehr in § 20 Abs. 4 GWB eingeführt. Ein Sonderverbot gilt nach § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB für **Lebensmittelmärkte**. Einen Sonderfall des Margin Squeezing regelt § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 GWB (dazu S. 176).

Schwer feststellbar ist vor allem die in § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB vorgesehene **überlegene Marktmacht**, da der Gesetzgeber keine Kriterien vorgibt. In einer Klausur sollte man von folgenden drei Überlegungen ausgehen:

1. Der Begriff bezeichnet eine horizontale Machtstellung (im Verhältnis zwischen Konkurrenten).
2. Die Machtstellung liegt unterhalb der in § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB bezeichneten Schwelle.
3. Andererseits überschreitet die Machtstellung den Zuschnitt eines mittelständischen Unternehmens (vgl. den Wortlaut des § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB).

Beachte: Nach § 20 Abs. 4 GWB muss das Unternehmen beweisen, dass es seine Machtstellung nicht ausgenutzt hat, wenn ein erster Anschein für eine solche Ausnutzung spricht. Die Vorschrift ist indes so extrem unbestimmt (lies den Wortlaut!), dass sie in der Praxis kaum eine Rolle spielt.

3. Aufnahme in Verbände, § 20 Abs. 5 GWB

Hängt die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens von seiner Mitgliedschaft in einem Verband ab, so hat das Unternehmen einen Anspruch auf Aufnahme, wenn die Ablehnung seiner Aufnahme nur ohne sachlichen Grund erfolgen könnte. Die Norm richtet sich gegen Vereine und allgemeiner noch Verbände, bei denen die Mitgliedschaft über die Wettbewerbsfähigkeit des Aspiranten entscheidet. Hier gelten ähnliche Überlegungen wie im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Existenz bzw. die Abwesenheit eines sachlichen Grundes wird wiederum nach der Theorie der beweglichen Schranken festgestellt. Die Rechtsprechung kennt daneben noch einen **allgemeinen Anspruch auf Aufnahme in Vereine mit Monopolstellung auf der Grundlage eines aus den § 20 Abs. 5 GWB und § 826 BGB gebildeten allgemeinen Rechtssatzes**.

Beachte: Ein Verband iSd. § 20 Abs. 5 GWB darf selbst nicht als Unternehmen auftreten, sondern muss Ziele verfolgen, die über die werbende Tätigkeit seiner Mitglieder hinausgehen (verbandspolitische Ziele).

I. DIE ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE NACH DEUTSCHEM RECHT (§§ 35 FF. GWB)

I. Allgemeines

Die §§ 35 ff. GWB sollen eine Zerstörung von Wettbewerbsstrukturen auf den Märkten durch den Zusammenschluss von Unternehmen verhindern. In Deutschland galt nach dem Zweiten Weltkrieg ein von den Alliierten beschlossenes Zusammenschlusskontrollrecht. Damit sollte die im „Dritten Reich“ konzentrierte Macht der deutschen Wirtschaft (Bsp.: I.G. Farben) zerschlagen werden. Heute sieht das GWB in den §§ 35 ff. GWB eine Zusammenschlusskontrolle, indes kein echtes **Entflechtungsverfahren**, vor.

Zu beachten ist, dass **unternehmerisches Wachstum** nicht als solches untersagt ist. Gewinnt ein Unternehmen infolge einer überlegenen Produkt-Markt-Strategie in deutlichem Maße neue Marktanteile hinzu, entspricht dies dem Wettbewerbsprozess. Die §§ 35 ff. GWB erfassen dieses sog. **interne Unternehmenswachstum** gerade nicht, sondern richten sich allein gegen das **externe Wachstum**: In diesem zweiten Fall wächst ein Unternehmen auf Kosten eines anderen, und zwar dadurch, dass das andere als autonome Entscheidungseinheit auf dem Markt (Selbstständigkeitspostulat!) ausgeschaltet wird. Die damit verbundene Schädigung der **Wettbewerbsstruktur** (ein autonom agierendes Unternehmen fällt weg) bzw. der Wegfall von Ausweichmöglichkeiten für die anderen Marktbeteiligten, lassen diese Form des Wachstums als

besonders kritisch erscheinen. Sie ist in Deutschland aber ebenfalls nicht per se verboten, sondern nur unter den engen Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB.

Im Hinblick auf die Wirkung von Zusammenschlüssen unterscheidet man drei Arten:

1. Horizontale Wirkung: Dabei schließen sich tatsächliche und potenzielle Konkurrenten zusammen, also Unternehmen, die auch ein Kartell nach § 1 GWB bilden könnten. Der Zusammenschluss wirkt also im Horizontalverhältnis und damit unmittelbar wettbewerbsbeschränkend. Allerdings reichen seine Wirkungen weit über die eines Kartells hinaus, da die Wettbewerbsstruktur **dauerhaft geschädigt** wird: Das Kartell kann jederzeit beendet werden. Der Zusammenschluss führt aber zu einer Verschmelzung der Unternehmensvermögen, die nach einer bestimmten Zeit nicht mehr aufzulösen ist. Auf dem Markt geht ein Konkurrent und damit eine Ausweichmöglichkeit für die andere Marktseite **endgültig** verloren.

2. Vertikaler Zusammenschluss: Zusammenschluss zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen, die zueinander in einem Vertikalverhältnis stehen, also zum Beispiel Hersteller und Lieferant. Durch solche Zusammenschlüsse wachsen die unternehmensbezogenen Machtfaktoren (Finanzkraft, Zugang zu Bezugsquellen und Ressourcen). So kann u.U. ein gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB marktbeherrschendes Unternehmen entstehen, weil sich der Entrenchment-Effekt erhöht (zum Entrenchment-Effekt oben S. 144).

3. Konglomerater Zusammenschluss: Zusammenschluss zwischen zwei Unternehmen, die weder in einem Horizontal- noch in einem Vertikalverhältnis zueinanderstehen. Auch hier steigen vor allem die unternehmensbezogenen Machtfaktoren (Finanzkraft usw.). Diese Fälle sind in der Wettbewerbstheorie jedoch am schwersten zu fassen, da die Gestaltungsmöglichkeiten praktisch unbegrenzt sind und folglich auch die Auswirkungen dieser Funktionen nicht pauschal im Hinblick auf wettbewerbsbeschränkende Wirkungen beurteilt werden können.

U.S. Supreme Court Consolidated Foods

(F.T.C. v. Consolidated Foods, 380 U.S. 592 (600): Die Consolidated Foods Inc., ein im Einzelmittelhandel tätiger Konzern mit marktbeherrschender Stellung auf der Nachfragerseite hatte ein Unternehmen aufgekauft, das Gewürze fabrizierte. Im Anschluss an diesen Zusammenschluss kontrahierte Consolidated Foods nur noch mit den Lebensmittellieferanten, die bei der Fabrikation ihrer Erzeugnisse Gewürze verwendeten, die sie zuvor von dem durch Consolidated aufgekauften Gewürzproduzenten bezogen hatten. Hier standen beide am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht in einer unmittelbaren Vertikalbeziehung, sondern waren auf Marktstufen tätig, die zunächst nicht unmittelbar aufeinander folgten. Durch den Zusammenschluss entstand aus Sicht der Lebensmittellieferanten von Consolidated jedoch ein „Umklammerungseffekt“: Sie konnten ihre eigenen Produkte nur noch dann veräußern, wenn sie *reziprok* dazu von dem an dem

Zusammenschluss beteiligten Gewürzproduzenten einkaufen. Der wettbewerbliche Effekt dieser Konstellation wird **Reziprozität** genannt und erinnert an die Koppelungsfälle, weil auch hier zwei Marktergebnisse so miteinander verknüpft werden, dass die Unvollkommenheiten einer Marktstruktur die Verhältnisse auf einem anderen Markt stören: Die marktbeherrschende Stellung von Consolidated als Nachfrager gegenüber den Zulieferern von Einzelhandelsprodukten wurde zum Hebelpunkt, um die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gewürzmarkt „auszuhebeln“ (**Leverage**; dazu und zu weiteren wettbewerbsrechtlichen Implikationen des Reziprozitätseffektes vgl. bei Vertiefungswunsch *Oechsler*, Wettbewerb, Reziprozität und Externe Effekte im Kreditkartengeschäft, 1992 m.w.N.).

Zentrale Vorschrift der Zusammenschlusskontrolle ist § 36 Abs. 1 GWB: Wird durch einen Zusammenschluss wirkamer Wettbewerb erheblich behindert, insbesondere eine marktbeherrschende Stellung (§ 18 Abs. 1 GWB) begründet oder verstärkt, so muss der Zusammenschluss untersagt werden.

Liegen die beiden **Aufgreifkriterien** vor (Zusammenschluss nach § 37 GWB und Mindestgröße nach § 35 GWB), wird ein Kartellverfahren eröffnet. Liegt das **Eingreifkriterium** vor (§ 36 Abs. 1 GWB), ist der Beschluss zu untersagen.

II. Der Begriff des Zusammenschlusses (§ 37 GWB)

Der Zusammenschluss stellt das **erste Aufgreifkriterium** dar. Dabei geht es nicht allein um echte Fusionen (Verschmelzungen) im Sinne des Umwandlungsrechts (vgl. nur die §§ 2 bis 38 UmwG) oder um Konzernbildung (§§ 293 ff. AktG). In den Fällen der echten Verschmelzung liegt zwar zunächst regelmäßig ein Fall des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB und in den Fällen der Konzernbildung ein Fall des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB vor; der Zusammenschlussbegriff ist aber weiter. **Entscheidend für das Begriffsverständnis ist wie stets der Schutzzweck des Zusammenschlussbegriffs:** Es geht um die lückenlose Erfassung der Fälle externen Unternehmenswachstums, unabhängig davon, in welche rechtliche Gestaltung dieses gekleidet ist. **Externes Unternehmenswachstum** liegt wiederum dann vor, wenn ein Unternehmen dadurch wächst, dass ein anderes Unternehmen seine wirtschaftliche Selbstständigkeit bzw. seine Autonomie bei wirtschaftlichen Entscheidungen dauerhaft verliert. In welcher Form dies erfolgt, bleibt wie stets im Kartellrecht, dass nicht an bestimmte Transaktionsformen gebunden ist, unerheblich. Das Gesetz will möglichst alle Fälle erfassen und unterscheidet:

- (1) **Vermögenserwerb** § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Entscheidend ist auch hier das externe Unternehmenswachstum des Erwerbers auf Kosten des Veräußerers. Der Veräußerer muss so
 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

viel von seinem Vermögen weggeben, dass er danach nicht mehr als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt tätig werden kann. Dies kann sich auch **auf einen bestimmten Markt** beziehen. Positives Beispiel: Das in vielen Bereichen tätige Unternehmen V verkauft an K sein einziges Betonmischwerk. Infolge des Verkaufs ist V kein Anbieter mehr auf den Betonmärkten. K ist auf Kosten von V gewachsen (externes Unternehmenswachstum).

Negatives Beispiel: V kauft eines von mehreren von K gehaltenen Uranbergwerken. Weil die Ausbeute dieses Bergwerks in der Folgezeit besonders günstig ist, wächst der Marktanteil von V. K scheidet jedoch als Anbieter auf dem Markt nicht aus. Deshalb liegt kein Fall des unternehmensexternen Wachstums und daher kein Vermögenserwerb iSd. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor.

Typischerweise umfasst die Norm die Fälle des Vermögenserwerbs im Rahmen der Gestaltungsformen nach dem **Umwandlungsgesetz**. Die Fälle der **Verschmelzung** (§§ 2 ff. UmwG) zeichnen sich gerade dadurch aus, dass zwei Unternehmensvermögen zu einem verschmelzen (lateinisch fusionieren). Dies kann so erfolgen, dass einer von zwei Partnern das Vermögen des anderen aufnimmt (aufnehmende Verschmelzung (§§ 4 ff. UmwG) oder dadurch, dass beide Partner einen neuen Träger gründen, auf den sie beide Ihre Vermögen übertragen, die dann dort verschmelzen (Verschmelzung durch Neugründung §§ 36 ff. UmwG). In jedem Fall findet eine partielle Universalrechtsnachfolge des übernehmenden Trägers gegenüber dem/den übertragenden Träger(n) statt ((§ 36 Abs. 1 UmG i.V.m.) § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Darin liegt gerade auch ein Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB zugrunde. Beachte zu weiteren Einschränkungen den nachfolgenden Übungsfall in Sachen „National Geographic“ (S. 223): Lizenzen an Immaterialgütern (Urheberrecht) zählen danach nicht zum Vermögen!

- (2) **Anteilswerb**, § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB: Die Norm hat einen eingeschränkten Zweck. Die beiden **Schwellen** – 25 und 50 % Beteiligungsquote – sollen es den Betroffenen, aber auch der Kartellbehörde erleichtern, die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses festzustellen. Deshalb ist die Norm formal anzuwenden. Werden 70 % erworben, ist daher eigentlich eher § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB anwendbar. Aber: Bei Erwerb von 70 %, sind stets *auch* 50 % erworben, so dass auch § 37 Abs. 1 Nr. 3 neben Nr. 2 GWB einschlägig ist. Fraglich ist jedoch unabhängig davon, warum auch bei einem **Anteilswerb von 25 %** ein Zusammenschluss vorliegen soll. Das Quorum von 25 % entspricht zunächst der sog. **Sperrminorität**. Satzungsänderungen sind nach § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG nur möglich, wenn ihr Dreiviertel des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals zustimmen. Wer 25 % der Stimmrechte hält, kann daher eine Satzungsänderung verhindern. Dennoch kontrolliert ein solcher Anteilsinhaber die AG nicht

unmittelbar. Möglicherweise kann er aufgrund seiner Blockadestellung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter ein Entgegenkommen in vielen Belangen erzwingen, er leitet jedoch die AG nicht im Sinne der eigenen Produkt-Markt-Strategie. Dieser Widerspruch erklärt sich aus der **Entstehungsgeschichte**: Die Grenze von 25 % geht auf die Erstfassung des GWB zurück, das noch keine echte Zusammenschlusskontrolle mit Untersagungsmöglichkeit kannte. Zusammenschlüsse mussten damals nur angezeigt werden. In diesem Zusammenhang war immer schon ein öffentliches Interesse ab einer Beteiligung von 25 % plausibel, da der Anteilshaber offensichtlich an der Gesellschaft interessiert war und möglicherweise versucht sein konnte, sich schrittweise an deren Kontrolle **anzuschleichen**. Später, als eine echte Zusammenschlusskontrolle mit Untersagungsmöglichkeit eingeführt wurde, behielt der Gesetzgeber die alte Schwelle einfach bei, obwohl diese Art des Anteilserwerbs keine Kontrollbegründung ermöglicht. Mit Blick auf den heutigen Regelungsgegenstand liegt ihr Zweck daher eher in einer **Vorfeldkontrolle**, also in einer Überprüfung von Vorgängen im Vorfeld eines echten Zusammenschlusses. Insoweit ähnelt der Tatbestand in seinem Zweck dem § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

- (3) **Kontrollerwerb** durch Unternehmensverträge oder in faktischer Weise, § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Dieser Tatbestand stellt die **Generalklausel** innerhalb des Systems des § 37 Abs. 1 GWB dar und verdeutlicht den Zweck der gesamten Norm. Maßgeblich ist nämlich, dass auf das zu erwerbende Unternehmen ein **bestimmender Einfluss** ausgeübt wird. Ein bestimmender Einfluss liegt vor, wenn ein anderes Unternehmen als autonome Entscheidungseinheit auf den Märkten ausscheidet. Es ist danach kein Adressat des Selbstständigkeitspostulats auf dem betroffenen Markt mehr. Dabei geht es wieder um **externes Unternehmenswachstum**: Ein Unternehmen wächst dadurch, dass das andere Unternehmen als autonome Entscheidungseinheit auf dem Markt verschwindet und sich dadurch die Marktstruktur verändert. Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals verdeutlicht der Übungsfall in Sachen „National Geographic“.
- (4) **Sonstige Verbindung**, insbesondere personelle Verflechtungen, § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Hier handelt es sich um einen **Auffangtatbestand im Vorfeld des echten Zusammenschlusses**. Der Zweck der Norm liegt entsprechend in einer sog. **Vorfeldkontrolle**. Auf diese Weise soll einerseits verhindert werden, dass ein Interessent sich unbemerkt an die Gesellschaft **„anschleicht“**. Vor allem aber soll Umgehungen des Zusammenschlusstatbestandes vorgebeugt werden (Bsp.: Der Interessent hält einen Stimmanteil von 24,9 % und verfügt zugleich über ein Mandat im Aufsichtsrat der Zielgesellschaft). Im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB genügt daher bereits die **bloße Einflussnahme** (nicht erforderlich: Beherrschung). Ausreichend ist, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

wenn der Mehrheitsgesellschafter der Zielgesellschaft auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nehmen muss, weil damit die Autonomie der Entscheidungsprozesse **gelähmt** ist. Die Norm ist rechtspolitisch nicht unumstritten, da sie Unsicherheiten beim Erwerb von Unternehmensteilen mit sich bringt. Sie kennt keine Parallele im Europäischen Kartellrecht. Wissenswert erscheint folgendes:

- a) Der Gegenstand der Einflussnahme muss einen **Bezug zum Wettbewerb mit dem Träger** haben, an dem gerade Beteiligungen erworben werden.
- b) Die Einflussnahmemöglichkeit muss allein mit **gesellschaftsrechtlichen Mitteln** beruhen, da der Tatbestand sonst zu weit und unübersichtlich wäre. Denkbar ist dies in Fällen einer Minderheitsbeteiligung des Erwerbers an den Stimmrechten kombiniert mit einer personellen Verflechtung (Personenidentität der Organwalter bei Erwerber und Zielgesellschaft, Entsenderechte des Erwerbers in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft).

Klausurbeispiel BGH National Geographic I

(BGHZ 170, 130 – **National Geographic I**): Im Frühjahr 1999 schlossen der deutsche Verlag G und der amerikanische Verlag A einen Lizenzvertrag über die erstmalige Herausgabe des Magazins „National Geographic“ (N) in deutscher Sprache. Zuvor war A alleiniger Inhaber der Marken- und Titelrechte an N gewesen, hatte aber eine deutsche Ausgabe seines Magazins nicht herausgebracht. Durch diesen Vertrag war G berechtigt, die zunächst in englischer Sprache verfassten Berichte des amerikanischen Schwestermagazins ins Deutsche zu übersetzen und unter dem Titel N erscheinen zu lassen. Das Bundeskartellamt hat diesen Lizenzvertrag als unzulässigen Zusammenschluss zwischen A und G untersagt. Die Beteiligten setzen weltweit 300 Millionen Euro um, G davon 40 Millionen im Inland. Dagegen setzt sich G zur Wehr. Zu Recht?

G befindet sich im Recht, wenn gerade kein Verstoß gegen § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB vorliegt.

1. Aufgreifkriterien?

Fraglich ist, ob ein Zusammenschluss i. S. d. § 37 Abs. 1 GWB vorliegt.

a) § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

In Betracht kommt zunächst ein Erwerb des Vermögens iSd. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Problematisch ist allerdings, ob von einem *Erwerb* ausgegangen werden kann, weil G nur eine Lizenz eingeräumt wurde. Durch die Gewährung einer Lizenz verliert der Veräußerer sein Vermögen nicht, sondern räumt dem Lizenznehmer nur eine zuvor nicht bestehende (neue) Nutzungsmöglichkeit ein. Im Umkehrschluss geht jedoch aus § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB hervor, dass der Fall der Einräumung von Nutzungsrechten dieser Norm unterworfen sein soll und nicht § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Deshalb dürfte sich der Vermögenserwerb i. S. d. Nr. 1 stets auf den **Erwerb des Vollrechts** beschränken.

b) § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Fraglich ist, ob ein Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB in Betracht kommt. Hier hat A dem G Nutzungsrechte eingeräumt. Fraglich ist nur, ob dadurch ein bestimmender Einfluss des G auf A entstanden ist. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des bestimmenden Einflusses kommt es vor allem auf die Unterscheidung **zwischen externem und internem Unternehmenswachstum** an. Denn die Zusammenschlusskontrolle verbietet nicht das Wachstum eines Unternehmens aus sich heraus (internes Unternehmenswachstum). Wenn ein marktbeherrschendes Mineralölunternehmen deshalb Rohöl in solchen Mengen erwirbt, dass es durch den so gebildeten Vorrat eine noch stärkere Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Position am Markt erwirbt, handelt es sich um einen internen Wachstumsprozess, der höchstens der Kontrolle nach § 19 GWB unterworfen ist (*Hinweis: Das Beispiel stammt aus den Originalentscheidungsgründen*). Beim Vermögenserwerb liegt deshalb ein externer Wachstumsprozess nur vor, wenn der Erwerber durch den Vermögenserwerb in die Position des Veräußerers eintritt, also auf dessen Kosten wächst. Dies ist unter zwei Voraussetzungen der Fall:

- (1) Das Vermögen muss tragende Grundlage der wirtschaftlichen Tätigkeit des Veräußerers gewesen sein und
- (2) durch seine Übertragung muss der Veräußerer aus dem Marktgeschehen ausscheiden und der Erwerber an seine Stelle treten.

Im vorliegenden Verfahren hat das BKA argumentiert, A sei bereits vor dem Lizenzvertrag **potenzieller Wettbewerber** auf dem deutschen Markt gewesen; denn er hätte jederzeit ein deutschsprachiges Magazin herausbringen können. Auf diese Stellung des A als potenzieller Wettbewerber erlange G aber durch die Lizenz bestimmenden Einfluss. Denn nach Erteilung der ausschließlich wirkenden Lizenz könne G den A dauerhaft vom deutschen Markt fernhalten. Dagegen wendet sich der BGH mit gutem Grund: **Im Rahmen des Zusammenschlussbegriffs stehe der potenzielle Wettbewerb dem aktuellen nicht gleich**. Für diese Überlegung spricht, dass sonst nicht mehr zwischen internem und externem Unternehmenswachstum zu unterscheiden wäre: Immer wenn ein Unternehmen einen bedeutsamen Rohstoff, ein Schutzrecht oder eine Schlüsseltechnologie erwirbt, kauft es diese von einem anderen Unternehmen, das mithilfe gerade dieser Kaufsache möglicherweise selbst potenziell auf den Zielmarkt hätte vordringen können. Der Verkäufer hat in diesen Fällen also sehr häufig die Stellung eines potenziellen Wettbewerbers (zum potenziellen Wettbewerb vgl. S. 45). Dann stünde internes Wachstum externem aber regelmäßig gleich. Dies widerspricht wiederum dem Zweck des § 37 Abs. 1 Nr. 2 und auch der Nr. 1 GWB. Deshalb lag hier kein Zusammenschluss vor.

2. Ergebnis

§ 36 Abs. 1 GWB ist hier unrichtig angewendet worden, weil kein Zusammenschluss vorlag.

III. Gemeinschaftsunternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB)

Gemeinschaftsunternehmen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB, auch **Joint Ventures** genannt, entstehen, wenn zwei Unternehmen ein neues gemeinsames Unternehmen gründen. Sind die beiden Mütterunternehmen Wettbewerber oder potenzielle Wettbewerber, kann die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch im Hinblick auf das Kartellverbot des § 1 GWB bedeutsam sein. Im Mittelpunkt der Überlegungen nach § 1 GWB steht dabei der sog. **Gruppeneffekt**. Beachte: Der Begriff wurde im europäischen Kartellrecht durch die Europäische Kommission im Rahmen des EGKS (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl) geprägt, bezieht sich aber auf ein allgemeines Phänomen: In dem Wirkungsbereich des Gemeinschaftsunternehmens (GU) verstehen sich die Mütter danach als Einheit (Gruppe), innerhalb derer kein Wettbewerb mehr zwischen ihnen stattfindet. Dies führt unmittelbar zu einer Unterbindung des Wettbewerbs in diesem Bereich, kann aber auch zur Folge haben, dass der Wettbewerb zwischen den Müttern in anderen Bereichen erlahmt (**Spillover-Effekt**). Fraglich ist, welche Institute des Kartellrechts auf Gemeinschaftsunternehmen Anwendung finden. Das GU steht auf der Grenze zwischen Kartell (§ 1 GWB) und Zusammenschluss (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB).

In Deutschland herrscht die sog. **Zweischrankentheorie** vor: Ein Kartell ist deshalb nicht vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen, weil es auch Zusammenschlusswirkungen entfaltet (kein Zusammenschlussprivileg); auf einen Zusammenschluss findet die Zusammenschlusskontrolle auch dann Anwendung, wenn er zugleich den Anwendungsbereich des § 1 GWB und Art. 101 AEUV berührt (kein Kartellprivileg).

BGH Nord-KS

Der **BGH** gelangt bei der Anwendung der Zweischrankentheorie teilweise zu sehr scharfen Konsequenzen: In der sog. **Nord-KS-Entscheidung** (BGH (Juris: KVZ 55/07) WuW/E DE-R 2361 Tz. 14 - Nord-KS/Xella) sah er ein bereits seit Jahren vollzogenes Gemeinschaftsunternehmen als nach § 1 GWB i.V.m. 134 BGB nichtig an, obwohl nach §§ 35 ff. GWB wohl keine Bedenken bestanden. Die **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** wurde nicht angewendet, weil diese nicht gilt, wenn überragende, im Allgemeininteresse stehende Gründe der Wirksamkeit in der Vergangenheit entgegenstehen. Die Kartellrechtswidrigkeit stellte aber nach der damaligen Sichtweise einen solchen überragenden Grund dar.

Nach der **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** ist der Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) **nicht ex tunc nichtig**, auch wenn dem Vertragsschluss rechtsgeschäftliche Wirksamkeitshindernisse nach den §§ 119 ff. BGB entgegenstehen (dies gilt nicht für die §§ 105 ff. BGB). Der Nichtigkeitsgrund wirkt für die Gesellschafter höchstens als Kündigungsgrund und führt damit zur Rückabwicklung auf die Kündigung hin, berührt aber die Wirksamkeit der Gesellschaft in der Vergangenheit nicht. Hintergrund ist die Überlegung, dass die Gesellschaft, wenn sie als Rechtsträger am Geschäftsverkehr teilgenommen hat, Adressat vielfältiger Rechte und Pflichten ist. Würde sie durch die Nichtigkeitsfolge aus diesen ex tunc entlassen, entstünden Zuordnungsschwierigkeiten, die nicht in den Griff zu bekommen wären. Voraussetzung für die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sind:

- (1) Eine fehlerhafte rechtsgeschäftliche **Einigung** zwischen den Gesellschaftern (kein bloßes faktisches Zusammenwirken).
- (2) Die **Invollzugsetzung** der Gesellschaft (= Teilnahme am Rechtsverkehr; Bildung von Vermögen (letzteres strittig)).
- (3) Der Wirksamkeit für die Vergangenheit dürfen **keine überragenden, im Allgemeininteresse stehenden Gründe** entgegenstehen. Das Kartellrecht zählt grundsätzlich zu diesen Ausnahmegründen; dies hat die Rechtsprechung jedoch im Folgenden abgeschwächt.

Die Nord-KS-Entscheidung führte zu erheblicher Gestaltungsunsicherheit im Gesellschaftsrecht, da ein jahrelanges Zusammenwirken praktisch rückabgewickelt werden musste. In der nachfolgenden Entscheidung (BGH NJW-RR 2010, 615 = WuW/E DE-R 2742 – **Gratiszeitung Hallo**) schränkte der BGH die Nichtigkeitsanktion aus gesellschaftsrechtlichen Gründen daher wiederum ein, ging aber weiterhin von der Zweischrankentheorie aus. Erst in einer neueren Entscheidung (BGH 27.1.2015 – KZR 90/13 – **Dentalartikel**) ist eine deutliche Abkehr vom Verständnis der Nord-KS-Entscheidung zu erkennen: Im Fall eines fehlerhaften Beitritts eines Gesellschafters zu einer GmbH

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

wendet der BGH zwar nicht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, wohl aber den in der Sache gleichlaufenden § 16 Abs. 1 GmbHG an. Dadurch wird eine rückwirkende Nichtigkeit des Beitritts vermieden. Im GmbH-Recht gibt es nach Auffassung des BGH andere Möglichkeiten, dem Kartellrechtsverstoß nachzugehen (Auflösung durch eine Verwaltungsbehörde nach § 62 GmbHG, Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG). Man wird vielleicht ergänzen dürfen, dass die Möglichkeit der Betroffenen zur Schadensersatzklage nach § 33a Abs. 1 GWB und die Festsetzung eines Bußgeld durch das Kartellamt nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB ebenfalls geeignete Mittel sind, um die kartellrechtliche Vergangenheit eines Gemeinschaftsunternehmens „aufzuarbeiten“. Der ex-tunc-Nichtigkeit bedarf es dafür sicherlich nicht. Beachte noch folgende Besonderheit: **Art. 11** der gesellschaftsrechtlichen **Konsolidierungsrichtlinie (EU) 2017/1132** regelt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht. Nach Satz 2 muss das Recht der Mitgliedstaaten verhindern, dass die Gesellschaft wegen eines Nichtigkeitsgrundes als inexistent angesehen wird. Allerdings handelt es sich bei der Norm nur um sekundäres Unionsrecht, dem die Nichtigkeitsanktion des **Art. 101 Abs. 2 AEUV als primäres Unionsrecht** vorgeht.

Wichtig: Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB gilt der gemeinsame Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss der Mütter **auf den Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist**. Die Rechtsprechung verlangt jedoch zusätzlich, dass jede Mutter hinsichtlich des Gemeinschaftsunternehmens **Leitungsmacht** ausübt, worunter ein wettbewerblich erheblicher Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen verstanden wird. Vgl. den folgenden Fall, der im Anschluss an eine vom BKA entschiedene praktische Fallkonstellation das Problem des Gemeinschaftsunternehmens verdeutlicht. Die beteiligten Unternehmen sind mittlerweile sehr viel umfangreicher auf Multimediämärkten tätig, als es der um das Jahr 2003 spielende Sachverhalt vorgibt (noch aktueller die Entscheidung des BKA vom 17.1.2011 – B6-94/10 – **Amazonas**, bei der Pro7/Sat1 und RTL eine gemeinsame Video-on-Demand Plattform betreiben wollten; wurde untersagt):

Klausurbeispiel BKA 8.3.2002 - T-Online/Bild

Die T-Online-AG (T, Umsatz: 7 Milliarden Euro pro Jahr, vorwiegend im Inland) plant gemeinsam mit den Betreibern der Bild-Zeitung (B, Umsatz: 2 Milliarden Euro pro Jahr, vorwiegend im Inland) einen gemeinsamen Internetauftritt unter der Adresse „www.bild.de“. Dazu ist ein gemeinsames Unternehmen, die X-GmbH, gegründet worden, an der T 37 % und B 63 % der Anteile halten. Im Gesellschaftsvertrag der X findet sich folgende Klausel:

„§ 12. Serviceleistungen. X wird die Internetadresse „www.bild.de“ nach Maßgabe folgender Bestimmungen betreiben:

- a) X erwirbt exklusive redaktionelle Inhalte der B, die auf der Website www.bild.de den Kunden der T über eine von X verwaltete Schlüsselsoftware zur Verfügung gestellt werden.
- b) Die X wird als Vertragshändlerin entgeltliche Internetdienstleistungen der T über diese Internetadresse vertreiben. Dies betrifft insbesondere die von T geplanten entgeltlichen

Maklerdienstleistungen (Partnerschaftsvermittlung, Wohnungsvermittlung, Reisevermittlung usw.). Diese sollen exklusiv über die von X verwaltete Webseite abgewickelt werden.“

In Deutschland wählen 9 Millionen Teilnehmer ihren Zugang zum Internet über T; 3 Millionen über den Konkurrent K1; 2 Millionen über K2; es existieren weitere kleinere Anbieter, die insgesamt 1 Million Kunden bedienen.

Als Rechtsberater von T sollen Sie die rechtliche Wirksamkeit dieser Vereinbarung prüfen. Gehen Sie dabei bitte davon aus, dass die VO (EG) Nr. 139/2004 (FusionskontrollVO) keine Anwendung findet.

A. Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB.

Die Gründung der X könnte gegen § 1 GWB verstoßen. T und B sind Unternehmen i. S. d. der Vorschrift.

a) Vertrag

Fraglich ist, ob der Gesellschaftsvertrag über die X ein **Vertrag** i. S. d. Norm ist. Dagegen könnte sprechen, dass die Gründung eines **Gemeinschaftsunternehmens** nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB einen Zusammenschluss darstellt. Nach der in Deutschland herrschenden Zweischrankentheorie steht allerdings dieser Umstand allein der Anwendung des Kartellverbotes nach § 1 GWB nicht zwingend entgegen. Denn dadurch, dass ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle fällt, kann er nicht im Hinblick auf den Kartelltatbestand privilegiert sein und umgekehrt.

b) Wettbewerbsbeschränkung.

Fraglich ist, ob die Vereinbarung von T und B eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Als Wettbewerbsbeschränkung kommt die Konzertierung zuvor freier Verhaltensparameter im Wettbewerb in Betracht.

Fraglich ist zunächst, welcher Markt vorliegend betroffen ist. In Betracht kommen die wohl erst künftig entstehenden Märkte für entgeltliche Maklerdienste und Informationsdienstleistungen im Internet. Nach dem Bedarfsmarktkonzept zählen alle diejenigen Produkte zu einem sachlich relevanten Markt, die in einer Substitutionsbeziehung (Austauschbeziehung) zueinanderstehen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der vorliegende Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Märkte für Maklerdienstleistungen berührt, wie etwa die Reisevermittlung, die Wohnungsvermittlung usw.

Auf diesen Märkten existiert nach Lage des Falles noch kein aktueller Wettbewerb. Deshalb kommen T und B auch nicht als aktuelle Wettbewerber in Betracht. Möglicherweise handelt es sich bei beiden

jedoch um potenzielle Wettbewerber auf einem künftigen Markt. Dabei dürfte es der Marktöffnungsfunktion des § 1 GWB entsprechen, auch den künftigen Wettbewerb auf einem erst entstehenden Segment zu schützen. Fraglich ist, ob T dort als potenzieller Wettbewerber in Betracht kommt. Laut Sachverhalt plant T eine Tätigkeit in den erwähnten Märkten und gibt sich damit selbst als potenzieller Marktteilnehmer zu erkennen. Dies genügt für die Anwendung des § 1 GWB. Fraglich ist, ob B sich ebenfalls als potenzieller Marktteilnehmer auf den Märkten für entgeltliche Maklerdienste qualifiziert. Dies hängt sowohl von den **objektiven Marktzutrittsschranken** als auch **von den persönlichen, unternehmensbezogenen Merkmalen** des Kandidaten ab. Die Marktzutrittsschranken resultieren insbesondere aus Fixkosten-Hürden, die jedes Unternehmen aufbringen muss, um erfolgreich auf den Markt vorzustößen. Um Maklerdienste erfolgreich im Internet anbieten zu können, muss sich ein Unternehmen sowohl auf der Seite der Anbieter der zu makelnden Leistungen als auch auf der Nachfrageseite etabliert haben und in eine Informationsplattform investieren. Dazu sind regelmäßig hohe Kosten in die Werbung und Markterschließung erforderlich, die in voller Höhe (also fix) anfallen, bevor überhaupt ein erster Umsatz erzielt worden ist. Die B ist allerdings diesbezüglich in einer besonders günstigen Situation: Als Tageszeitung wird sie vom Publikum bereits durch das Schalten von Anzeigen und Gesuchen als einschlägige Informationsbörse wahrgenommen. Wenn sie einen professionell eingerichteten Informationsdienst unter ihrer Geschäftsbezeichnung im Internet präsentiert, ist ihr die Aufmerksamkeit eines großen Publikums auch bei vergleichsweise geringem Werbeaufwand sicher. Hinzu kommt, dass die B beim möglichen Scheitern ihres Engagements im Maklerbereich, ihre Investitionen leicht dadurch umlenken kann, dass diese der Internetseite als Werbemittel des Presseorgans zugutekommen. Auch die mit den Marktzutrittsschranken verbundenen *Marktaustrittsschranken* sind mit anderen Worten für B nicht hoch. Insgesamt kommt B also eine zu den Maklerdiensten **nahestehende Basistechnologie** zu Nutze, die sie als potenziellen Wettbewerber erscheinen lässt.

Fraglich ist, ob im Verhältnis von T und B ein Konzertierungseffekt eintritt. Dafür spricht zum einen, dass T ihre Maklerdienste exklusiv über die Webseite der X abwickeln wird. Wenn B ebenfalls in diesem Bereich tätig werden wollte, würde sie die unter ihrem Namen betriebene Webseite auch benutzen müssen. Allein das enge Zusammenkommen zweier potenzieller Wettbewerber, das bisweilen als Gruppeneffekt bezeichnet wird, kann eine Wettbewerbsbeschränkung begründen. Denn wer so eng wie B und T zusammenarbeitet, verspürt praktisch wenig Neigung, einen scharfen gegenseitigen Preiswettbewerb zu eröffnen.

Hinzu kommt, dass die räumliche Nähe der Angebote absolute Transparenz über alle Konditionen der Konkurrenten untereinander schafft. Dadurch wäre ein **Geheimwettbewerb** aufgehoben, was zu einer Lähmung kompetitiver Prozesse und zu einer schleichenden gegenseitigen Anpassung führen kann. Auch darin liegt eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung. Dabei verdient die exklusive Andienungspflicht der T gegenüber X besondere Beachtung. Denn diese führt dazu, dass X zumindest über das äußere Erscheinungsbild der Angebote der T und die Ausführung der Maklerdienste entscheiden wird. Dadurch gibt T die Möglichkeit auf, sich durch eigenes Engagement gegenüber möglichen Maklerdiensten der B zu profilieren. Auch darin liegt letztlich eine Wettbewerbsbeschränkung.

Diese wird – entsprechend der Gefährlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen – auch bezweckt.

c) Spürbarkeit

Zurzeit ist der wettbewerbsbeschränkende Effekt noch nicht spürbar, weil Märkte über entgeltliche Internetmaklerdienste, wenn überhaupt erst im Entstehen sind, und T und vor allem auch B hier noch keine gefestigte Marktstellung einnehmen. Allerdings ist zu bedenken, dass § 1 GWB auch der Offenhaltung künftiger Märkte dient und die Kartellbehörden daher nicht abwarten können, bis eine Zementierung der Machtverhältnisse eingetreten ist. Dies spricht bereits dafür, von einer Marktbeschränkung auszugehen.

d) Ergebnis: Danach käme ein Verstoß gegen § 1 GWB in Betracht.

B. Gefahr der Untersagung des Zusammenschlusses nach § 36 Abs. 1 GWB.

Das Bundeskartellamt wird den Zusammenschluss von T und B nach § 36 Abs. 1 BGB untersagen, wenn er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

1. Aufgreifkriterien

Es müsste ein Zusammenschluss i. S. d. § 37 GWB vorliegen. In Betracht kommt der Erwerb von Anteilen an einem Gemeinschaftsunternehmen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB. Dadurch kommt ein Zusammenschluss auf dem Markt, auf dem X tätig wird, in Betracht, zumal beide Mütter aufgrund ihrer Beteiligungen über das Gemeinschaftsunternehmen einen bestimmenden Einfluss ausüben.

Die beteiligten Unternehmen überschreiten gemeinsam die in § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorausgesetzten Umsatzerlöse; beide liegen jenseits der Schwelle von § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, ohne dass es auf die Frage der Anwendbarkeit des **§ 38 Abs. 3 GWB** auf B näher ankommt.

2. Eingreifkriterien

Der Zusammenschluss ist nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB zu untersagen, wenn er wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. In Betracht kommt eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf dem Markt für Internetzugänge. Fraglich ist, ob dem entgegensteht, dass der Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB auf den Märkten erfolgt, auf denen X tätig wird. Dies ist indes angesichts des neutralen Wortlauts von § 36 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 GWB zu verneinen. Dieses Verständnis erscheint auch angesichts des Schutzzwecks der Norm gerechtfertigt, da andernfalls Diversifikationsstrategien der Partner eines Zusammenschlusses, die zahlreiche Folgemärkte betreffen können, nicht erfasst würden.

Der Markt für Internetzugänge lässt sich – wie im Sachverhalt vorgegeben – räumlich wohl auf den Bereich der Bundesrepublik Deutschland beschränken, weil die konkurrierenden Anbieter erstens eng mit den deutschen Festnetzbetreibern kooperieren müssen, um ein deutsches Publikum ansprechen zu können und zum anderen die angebotene Einwahlsoftware, Informations- und Hilfsangebote per Hotline auf die deutsche Sprache ausgerichtet sind. Auf diesem Markt nimmt T eine Stellung von 3/5 ein. Nach § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt die **vertikale Integration der T** hinzu: Ihre Eigenschaft als Tochter der Festnetzbetreiberin eröffnet ihr einen Vorsprung im Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Über die Finanzkraft der T sagt der Sachverhalt nichts aus. Als Konzerntochter könnte sie jedoch auch Zugang zu den konzerninternen Finanzströmen haben (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Nimmt man hinzu, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Vermutung nach § 18 Abs. 4 GWB erfüllt sind, ist von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen.

Fraglich ist, ob diese **marktbeherrschende Stellung** durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens **verstärkt** wird. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet jede Veränderung der die Marktmacht bestimmenden Größen, die die wettbewerbliche Kontrolle auf dem Markt weiter einschränkt. In Betracht kommt vorliegend eine verstärkte **vertikale Integration** des Unternehmens in Richtung Absatzmärkte nach § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB: Durch die Kooperation mit B über X eröffnet sich für die T eine besonders günstige Absatzplattform für die ins Auge gefassten Maklerdienste. Entscheidend dürfte es dabei auf so genannte **crossmediale Effekte** ankommen. Bei crossmedialen Effekten handelt es sich um eine Sonderform der Economies of Scope (S. 145). Sie entstehen dadurch, dass ein Anbieter seine Dienstleistungen auf ganz unterschiedlichen Medienplattformen anbietet und dadurch ein Gesamtpaket von Multimediadienleistungen auf dem Markt offerieren kann, zu dem seine Konkurrenten nicht fähig sind. Wettbewerber auf den Märkten für den Internetzugang dürften wohl auf Dauer nicht durch das bloße Angebot der

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Zugangsmöglichkeit allein konkurrenzfähig bleiben, wenn sie ihr Angebotsspektrum für die Kunden nicht vergrößern und diesen attraktive Zusatzleistungen anbieten können, die zu einer intensiven Bindung führen. Typischerweise müssen Medienunternehmen auch auf mehreren Medienplattformen (Rundfunk, Presse, Internet usw.) integriert sein, um sich die bleibende Aufmerksamkeit des Publikums zu sichern. Diese Voraussetzungen erfüllen sich für T gerade im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit B auf der Internetplattform. Der Zugang der T zu den Absatzmärkten wird hier entscheidend verbessert. Dies spricht für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Da laut SV keine Gründe erkennbar sind, die zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen i. S. d. § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB führen könnten, ist mit einer Untersagung zu rechnen.

Hinweis: Das BKA hatte den beiden Beteiligten Strukturvorgaben für eine Genehmigung des Zusammenschlusses gemacht. Nachdem beide den Vorgaben gefolgt waren, wurde dieser genehmigt!

IV. Das Volumen des Zusammenschlusses

Das zweite der beiden Aufgreifkriterien liegt in der Größenordnung des Zusammenschlusses. Dieser wird nach § 35 Abs. 1 und Abs. 2 GWB durch die Gesamtumsätze der Beteiligten bestimmt. Vgl. § 35 Abs. 1 GWB: Weltweite Gesamtumsätze aller Beteiligten von mehr als 500 Millionen Euro (Nr. 1) und Inlandsumsatz eines Unternehmens von mindestens 25 Millionen Euro. Lies auch **§ 35 Abs. 2 GWB**.

Durch die 9. GWB-Novelle trat **§ 35 Abs. 1a GWB** hinzu, der nicht nur auf einen Mindestumsatz bei einem Beteiligten (Nr. 2), sondern in Nr. 3 auch– darin liegt eine Novität –auf den **Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss** (Bargeld/Tauschaktien) von mehr als 400 Mio. Euro abstellt. Hintergrund sind die Käufe von sog. **Start-Ups** (vgl. den Kauf von WhatsApp durch das Unternehmen Facebook). Sie tätigen häufig noch vergleichsweise geringe Umsätze, beinhalten aber ein erhebliches Geschäftspotenzial für die Zukunft. Dieses Potenzial drückt sich im überproportional hohen Wert der Gegenleistung aus, die der Käufer aufzubringen bereit ist.

(1) Nach § 35 Abs. 3 GWB besteht ein **Vorrang der Zusammenschlusskontrolle durch die Europäische Kommission** nach der FusionskontrollVO (EG) Nr. 139/2004. Gemäß Art. 1 ist diese VO anwendbar, wenn die weltweiten Umsätze 5 Milliarden Euro betragen und ein Beteiligter auf dem gemeinsamen Markt davon mindestens 250 Millionen Euro umsetzt.

(2) Zur **Berechnung** der Umsatzerlöse verhält sich **§ 38 GWB**. Die Norm ist in der Praxis überaus bedeutsam. Für das Studium sollten Sie sich vor allem **§ 38 Abs. 3 GWB** einprägen. Im Medienbereich werden bei § 35 Abs. 1 GWB grundsätzlich die **achtfachen Umsätze** zugrunde gelegt (vereinheitlicht durch die 9. GWB-Novelle). Grund: Die **Pressefreiheit** nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wirkt nicht nur als Abwehrgrundrecht, sondern auch als **Institutsgarantie** und setzt eine pluralistisch organisierte Medienlandschaft voraus, in der idealerweise so viele Anbieter wie Meinungen operieren. Deshalb werden Konzentrationswirkungen hier besonders kritisch gesehen. Auf der Grundlage des Rundfunkstaatsvertrages der Länder wurde – unabhängig von den Kompetenzen des Bundeskartellamtes nach dem GWB – eine die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Rundfunkwesen (**KEK**) eingerichtet, die durch eigene Prüfung einer Konzentration von Meinungsmacht entgegenwirken soll. Diese Verfahren verfolgt andere Zwecke (Konzentration von Meinungsmacht) und verläuft vom Verfahren der Zusammenschlusskontrolle unabhängig. In der achten GWB-Novelle hat der Gesetzgeber den **Multiplikator für Verleger von Presseerzeugnissen auf das Achtfache** herabgesetzt. Er erklärt dies in den Materialien mit der gestiegenen Bedeutung multimedialer Informationsdienste, die der klassischen Presse zusetzen (BT-Drucks. 17/9852, S. 29). Liest man die Vorschrift gemeinsam mit dem neu geschaffenen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB, der **sanierende Pressefusionen** erleichtern soll, geht es dem Gesetzgeber erkennbar um ein Stück Wirtschaftspolitik, das er durch den Grundrechtsauftrag aus Art. 5 GG für gedeckt hält: Die Erleichterung von Zusammenschlüssen im Pressebereich soll die Herausbildung einer wirtschaftlich leistungsfähigen Presse neben den neuen Mediendiensten bewirken. In der neunten GWB-Novelle wurde Faktor des Achtfachen nun auch für die Veranstaltung von Rundfunkbeiträgen herabgesetzt. Der Grund liegt im zurückgehenden Einfluss des Rundfunks in einer durch das Internet geprägten Medienlandschaft.

V. Die Pflicht zur Anmeldung (§ 39 GWB und § 39a GWB-E)

- ➔ Im Einzelnen § 39 GWB. Die Formerfordernisse folgen aus § 39 Abs. 3 GWB, die Adressaten der Pflicht sind in § 39 Abs. 2 GWB bestimmt.
 - ➔ Beachten Sie bitte: Im Rahmen der **zehnten GWB-Novelle**, die auf die Regelung digitaler Märkte zielt, soll ein neues Aufgreifkriterium in **§ 39a GWB** geregelt werden. Danach soll das BKA ein Unternehmen durch Verfügung auffordern dürfen, jeden Zusammenschluss mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren Wirtschaftszweigen aufzufordern, wenn dieses Unternehmen weltweit einen Umsatz von 250 Millionen € erzielt. Damit soll u.a. der **Aufkauf**
- Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

von **Startups** kontrolliert werden können, die selbst oft nur geringe Umsätze erzielen, aber ein großes wirtschaftliches Potenzial in der Zukunft repräsentieren (dazu Gröss/Mersch NZKart 2020, 119, 122 ff.)

VI. Die Untersagung (§ 36 GWB)

Die Kartellbehörde befasst sich mit einem Zusammenschluss, wenn die Aufgreifkriterien vorliegen. Sie untersagt den Zusammenschluss, wenn die Eingreifkriterien gegeben sind.

- ➔ **Aufgreifkriterien:** Zusammenschluss und Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 GWB.
- ➔ **Eingreifkriterien:** Seit der achten GWB-Novelle 2013 liegt das zentrale Eingreifkriterium in der **erheblichen Behinderung von wirksamem Wettbewerb** (§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB). Damit hat der deutsche Gesetzgeber auch im GWB den sog. **SIEC-Test** eingeführt (dazu S. 238). Dennoch liegt das zentrale Beispiel für eine erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb in der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. In einer Klausur sollte die Prüfung dieses Spezialfalls daher am Beginn stehen (vgl. gerade das Klausurbeispiel auf S. 226). Stellen Sie in Ihrer Klausur die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung fest, erübrigt es sich aus praktischen Überlegungen, in aller Breite auf unilaterale Effekte nach der SIEC-Lehre einzugehen; in einem Gutachten sollten diese dennoch kurz im Anschluss an die Feststellung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwogen werden. Verneinen Sie hingegen die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, stellt sich ernsthaft die Frage, ob ausgehend vom Zusammenschluss sonstige erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen drohen.
- ➔ **Beachten Sie:** Weil bei Gemeinschaftsunternehmen in Deutschland die Zweischrankentheorie gilt, kann das BKA nun auf der Grundlage des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB wohl auch eine Verletzung des § 1 GWB mitprüfen. Denn auch, wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nicht die Schwelle des § 18 Abs. 1 GWB überschreitet, kann es ein Kartell § 1 GWB zum Gegenstand haben, das wohl stets eine erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb zum Gegenstand hat.
 - a. **Begründung einer marktbeherrschenden Stellung:** Dies wird durch Anwendung § 18 GWB festgestellt. Problem: In § 36 GWB muss im Gegensatz zum ursprünglichen Anwendungsfall des § 18 GWB (nämlich dem des § 19 GWB) eine Prognose über die *künftige Entwicklung* des Marktes gestellt werden. So müssen beispielsweise die Strukturen vor und nach dem Zusammenschluss teilweise auf hypothetischer Grundlage

miteinander verglichen werden. Erforderlich ist stets eine Gesamtschau aller Umstände: Dabei stehen gerade von politischer Seite dem Schutz des Wettbewerbs häufig Überlegungen zur Effizienz des Zusammenschlusses gegenüber (z.B. Kostenersparnis, Rettung von Arbeitsplätzen usw.). § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB ist indes allein am Wettbewerbsprinzip orientiert; vgl. dagegen § 42 GWB!

- b. **Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.** Hier geht es um eine Offenhaltung der Märkte für Wettbewerb und den Zugang neuer Unternehmen. Deshalb kann auch einem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt werden, im Wege des Zusammenschlusses seine Stellung weiter auszubauen. Eine Verstärkung liegt regelmäßig vor, wenn einer der in § 18 Abs. 3 GWB genannten Parameter intensiviert wird. **Problem:** Muss die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung **spürbar** sein wie in § 1 GWB? Der Bundesgerichtshof hat dies abgelehnt (BGH, WuW/E BGH 1685, 1691 f. = NJW 1980, 1381 - Springer-Elbe-Wochenblatt; WuW/E BGH 1655, 1659 = NJW 1980, 1389 - Zementmahanlage II), weil ein marktbeherrschendes Unternehmen allgemein die Wettbewerbsverhältnisse stark lähmt und die Folgen der weiteren Expansion selten konkret spürbar sind. Dann wäre der Tatbestand aber in den meisten Fällen nicht anwendbar.

- c) **Erhebliche Behinderung von wirksamem Wettbewerb** (dazu S. 238).

Ausnahmen:

- ➔ **Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen** (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB): Der Zusammenschluss darf nicht untersagt werden, wenn sich die Wettbewerbsbedingungen durch ihn verbessern. Entscheidend ist auch hier eine Prognose: Es muss sich anhand der konkreten Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verbesserung voraussagen lassen, die ohne den Zusammenschluss nicht eintreten würde. Die Verbesserung muss ihre Ursache gerade im Zusammenschluss haben.
- ➔ **Bagatellfälle** (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB). Der Tatbestand enthält neben § 35 GWB eine weitere Erheblichkeitsschwelle.

Pressesanieierung durch Zusammenschluss (§ 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB). Die Norm enthält eine weitere Erheblichkeitsschwelle für den Zusammenschluss von Presseorganen. Sie erleichtert die Sanierung von Presseverlegern durch Zusammenschlüsse und steht im Zusammenhang mit dem allgemeinen Bestreben des Gesetzgebers der achten GWB-Novelle, die klassische Presselandschaft durch erleichterte Zusammenschlüsse zu schützen (dazu oben S. 220). Zugrunde liegt auch die Problematik des **Sanierungsprivilegs beim Zusammenschluss:** BKA Frankfurter Rundschau/Frankfurter Allgemeine Zeitung

BKA Zusammenschluss FAZ und Frankfurter Rundschau

BKA Mitteilung vom 27.2.2013: Als die Frankfurter Rundschau (FR) in finanzielle Schwierigkeiten gerät, wird sie von der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) erworben. Der zentrale Wert der FR besteht in diesem Zeitpunkt vor allem im Anzeigengeschäft mit Frankfurter Kunden. Dieses Geschäft wäre jedoch im Falle der völligen Liquidation der FR ohnehin an die FAZ gefallen. Der Zusammenschluss wurde also nicht kausal für die Vergrößerung der Machtposition der FAZ im Anzeigengeschäft für den Raum Frankfurt. Bei der Sanierungsfusion wird ganz grundsätzlich der Zusammenschluss **nicht kausal** für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, weil das Geschäft des sanierungsbedürftigen Wettbewerbers dem verbleibenden Konkurrenten ohnehin zufallen wird. Dann darf der verbleibende Konkurrent aber auch das Vermögen des sanierungsbedürftigen Wettbewerbers erwerben.

Beachte auch die **Zusagepraxis des Bundeskartellamtes**: In der Praxis wenden sich die Unternehmen häufig mit ihren Plänen vor dem Zusammenschluss inoffiziell an das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt gibt dann eine Erklärung darüber ab, unter welchen Bedingungen der Zusammenschluss seiner Ansicht nach nicht aufgrund § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB untersagt werden muss. Bei diesen Bedingungen handelt es sich um konkrete **Strukturvorgaben**: Bestimmte Unternehmensteile müssen verkauft werden, damit nicht durch den Zusammenschluss auf einzelnen Märkten marktbeherrschende Stellungen entstehen. Kommen die Unternehmen diesen Vorgaben nach, wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit der Kartellbehörde geschlossen, durch den der Zusammenschluss praktisch erlaubt wird. Die achte GWB-Novelle hat diese Praxis durch § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB insoweit legitimiert, als die Strukturvorgaben zum Gegenstand von Nebenbestimmungen für die Freigabe gemacht werden können. Die Nichteinhaltung von Auflagen ist wiederum nach § 40 Abs. 3a GWB ein Widerrufsgrund.

➔ **Ministererlaubnis** (§ 42 GWB). Der Wirtschaftsminister kann aus politischen Gründen Zusammenschlüsse genehmigen. Die Norm wurde aufgrund der praktischen Erfahrungen im Fall der Fusion in Sachen EDEKA/Tengelmann (OLG Düsseldorf, 23.8.2017 – VI Kart 5/16 – EDEKA/Tengelmann) reformiert. Insbesondere wurde dabei das gesamte Verfahren rechtsförmiger ausgestaltet und weniger in das politische Belieben des Wirtschaftsministers gestellt. Im Verfahren EDEKA/Tengelmann führte die fehlende Transparenz und die Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch dem damaligen Wirtschaftsminister zu einer Aufhebung der Ministererlaubnis im Beschwerdeverfahren nach § 63 GWB (beachte: das Bundeswirtschaftsministerium ist Kartellbehörde nach § 48 Abs. 1 GWB). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat nun auf der Grundlage des § 42 Abs. 6 GWB Leitlinien für ein Verwaltungsverfahren erlassen (Bundesanzeiger AT 08.11.2017 B1; über das Internet beziehbar; dazu Kurzbericht WuW 2017, 624 f.). Dies ändert aber nichts an der Grundtatsache, dass es um eine politische Entscheidung geht.

- ➔ **Öffentliche Übernahmeangebote:** Eigentlich gilt für bloß angemeldete Zusammenschlussvorhaben ein Vollzugsverbot (§ 41 GWB). § 41 Abs. 1a GWB trifft für öffentliche Übernahmeangebote teilweise eine Sonderregelung, die die Durchführung dieser Verfahren ermöglicht.
- ➔ **Entflechtung** (§ 41 Abs. 3 GWB). Ist der Zusammenschluss bereits vollzogen, wird aber nachträglich untersagt, muss ein Entflechtungsverfahren stattfinden. Beide Unternehmen werden wieder getrennt. Während der amerikanische Sherman Act eine echte Entflechtung – d.h. die Aufspaltung eines seit Jahren bestehenden Unternehmens auf verschiedene neue Eigentümer – zulässt, kennt das GWB nur die Revision eines gerade vollzogenen Zusammenschlusses.
- ➔ **Monopolkommission** (§ 44 ff. GWB) begutachtet die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland und berät die Bundesregierung in wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen.

K. DIE FUSIONSKONTROLLE DES EUROPÄISCHEN RECHTS

I. Die Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV

Die Art. 101 und 102 AEUV beinhalten keine ausdrückliche Regelung über die Kontrolle von Zusammenschlüssen. Eine ergänzende Fusionskontrollverordnung wurde jedoch lange Zeit durch den Streit zwischen Deutschland und Frankreich um die wettbewerbliche Ausrichtung der Zusammenschlusskontrolle blockiert. Während die deutsche Seite auf der strikten Orientierung am Wettbewerbsprinzip bestand, folgte die französische der Vorstellung eines bilan économique, wonach ein Zusammenschluss aus wirtschaftspolitischen Zielsetzungen heraus wegen der erwünschten Wohlfahrtseffekte gerechtfertigt sein könnte.

Diese Blockade wurde durch zwei Entscheidungen des EuGH aufgelöst. In der **Continental Can-Entscheidung** (EuGH Slg. 1973, 215, 244) wandte sich die Kommission gegen das Bestreben des Marktführers, den letzten selbstständigen Hersteller von Verpackungsmaterial aufzukaufen. Die Verfügung wurde zwar vom EuGH für nichtig erklärt, zeigte indes, dass eine Fusionskontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV prinzipiell möglich war. In der **Zigarettenentscheidung** aus dem Jahre 1987 wandte der EuGH schließlich Art. 101 AEUV auf den Zusammenschluss von Philip Morris und Rothman's an (EuGH Slg. 1987, 4487).

Unter Zugzwang gesetzt, einigten sich die Mitgliedstaaten auf eine Kompromisslösung: In Art. 2 Abs. 1 lit. b der FKVO (VO (EG) 139/2004) tritt neben wettbewerbliche Prinzipien bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung zusätzlich „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“ und damit der bilan économique. Beachte: In § 18 Abs. 3 GWB fehlt ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal bezeichnenderweise bis heute!

Geblichen ist allerdings die grundsätzliche Frage, ob neben der FKVO eine Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV betrieben werden kann. Praktisch macht der EuGH von dieser Möglichkeit heute keinen Gebrauch mehr, sondern wendet die FKVO an. Allerdings steht die VO im Rang unterhalb der Art. 101 und 102 AEUV, so dass die Rechtsprechung zu Continental Can und Philip Morris weiterhin die Möglichkeit einer von der FKVO unabhängigen Zusammenschlusskontrolle nahelegt.

Beachte: Insbesondere Art. 101 AEUV geht der FKVO im Rang vor: Deshalb können vor allem kooperative Gemeinschaftsunternehmen, die immer auch Kartelle i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen können, nicht einseitig anhand der FKVO beurteilt werden. Art. 101 AEUV muss hier entsprechend angewendet werden. Dafür sorgt Art. 2 Abs. 4 FKVO.

II. Aufgreif- und Eingreiffkriterien

Zur wettbewerbsrechtlichen Wirkung von Zusammenschlüssen vgl. bereits das deutsche Recht. Hier soll es allein um den Klausuraufbau gehen. Die Prüfung orientiert sich an Art. 2 Abs. 3 FKVO. Diese Norm setzt folgendes voraus:

1. Aufgreifkriterien

a) Zusammenschluss nach Art. 3 FKVO

Die Vorschrift nennt die **echte Fusion** (= Verschmelzung der Vermögen zweier Unternehmensträger auf einen einzigen Abs. 1 lit. a) und den Fall der **Kontrollerlangung** (Abs. 1 lit. b) durch den Erwerb von Rechten, Vermögen usw. Beachte: Unter Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO fällt auch der Fall der sog. **wirtschaftlichen Fusion**: Zwei Träger legen ihre Geschäfte dabei faktisch dauerhaft so zusammen, dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht. Im Vordergrund steht jedoch der Tatbestand der **Kontrollerlangung** (Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO). Diese zweite Vorschrift entspricht im Grunde § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB; in Absatz 2 wird klargestellt, dass es um die Erlangung eines bestimmten

Einflusses geht. Auch darin liegt eine Parallele zu § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Auf die Ausführungen zum externen Unternehmenswachstum durch Kontrollerlangung dort (ab S. 222) wird hier verwiesen.

b) Eröffnung des Anwendungsbereich nach Art. 1 FKVO

Beachte: Die hier genannten Umsatzschwellen grenzen das europäische Zusammenschlussverfahren vom nationalen Verfahren ab. Eine Prüfung der Frage, ob der Handel zwischen den Mitgliedstaaten berührt ist, entfällt daher.

2. Eingreifkriterium

a) Der SIEC-Test

Wie der durch die achten GWB-Novelle veränderte § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB kennt auch Art. 2 Abs. 3 FVKO als allgemeines Eingreifkriterium nicht nur die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern jede **Behinderung wirksamen Wettbewerbs**. Dieser SIEC-Test (**Significant Impediment to Effective Competition**) zielt auf eine Einschränkung des sog. **Konzentrationsprivilegs**. Vor allem im deutschen Kartellrecht erschien der Zusammenschluss nämlich lange Zeit gegenüber der Kartellbildung privilegiert: Das Kartell war vor der achten GWB-Novelle schon bei Spürbarkeit verboten, der Zusammenschluss erst bei Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Dies ändert sich unter der Geltung des SIEC-Tests. Denn nun ist der Zusammenschluss ebenfalls bei einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs verboten.

Diese Rechtsfolge des SIEC-Tests steht in engem inhaltlichen Zusammenhang mit dem sog. **More Economic Approachs (MEA)** des europäischen Kartellrechts. Denn der MEA zielt auf eine Anpassung des Kartellrechts an die ökonomische Realität durch Verbürgung von mehr Einzelfallgerechtigkeit und zugleich mehr Rechtssicherheit durch Erarbeitung von „safe harbours“. Im Vordergrund stehen dabei die praktischen Wirkungen eines Zusammenschlusses. Generell entspricht es dem MEA auf die **Wirkungen einer Verhaltensweise** abzustellen und weniger auf abstrakte Kartellrechtsprinzipien (vgl. oben S. 15). Aus diesem Grund wird der SIEC-Test auch als **effect based approach** bezeichnet, als folgenorientierter Ansatz. Vorbild war der **U.S.-amerikanische SLC-Test (Substantial Lessening of Competition)**, im Rahmen dessen heute bei der Zusammenschlusskontrolle allein auf Wettbewerbsbeschränkungseffekte abgestellt wird. Dem deutschen Einfluss ist es zu verdanken, dass – abweichend vom US-amerikanischen Recht – auch auf die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung abgestellt wird.

b) Verhaltensbezug, unilaterale Effekte und Oligopoly Blindspot

Eine weitere Besonderheit des SIEC-Test liegt darin, dass die Zusammenschlusskontrolle nicht nur **strukturbezogen**, sondern vor allem auch **verhaltensbezogen** erfolgt. Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung orientiert sich allein an der durch den Zusammenschluss entstehenden Marktstruktur (Stellung, die von Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrolliert wird). Der SIEC-Test stellt hingegen auch **auf das nach dem Zusammenschlussverfahren zu erwartende Marktverhalten der Beteiligten und ihrer Konkurrenten ab**. Als Beispiel wird etwa der Fall eines Zusammenschlusses zwischen dem zweit- und drittgrößten Unternehmen auf dem Markt erwogen, die zuvor in intensivem Wettbewerb miteinander standen, während das größte Unternehmen selbst kaum am Konkurrenzgeschehen teilnahm. Auch wenn ein solcher Zusammenschluss kein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung entstehen lässt, ist künftig auf dem Markt mit einem Rückgang kompetitiver Prozesse zu rechnen. Dies kann u.U. ebenfalls eine Untersagung rechtfertigen.

Mit dem SIEC-Test soll vor allem auch das Problem des sog. **Oligopoly Blindspot** angegangen werden (Erwägungsgrund 25 der FKVO). Das Kartellrecht zeigt sich nämlich dem Oligopolproblem nicht gewachsen. Durch einen Zusammenschluss kann eine oligopolistische Marktstruktur entstehen: Es bleiben einige wenige Anbieter zurück, die das Verhalten der jeweils anderen genau im Blick haben und dabei wenig Anreiz verspüren, einander echten **Preiswettbewerb** zu machen. So kommt es auch ohne Konzertierung durch **bloßes** (erlaubtes) **Parallelverhalten** zum Erliegen des Wettbewerbs. Ein gutes Beispiel dafür liefern die Mineralölmärkte in Deutschland! Die wenigen, am Markt verbliebenen Unternehmen übernehmen dabei ohne Absprache und daher völlig legal nacheinander die Führerschaft bei Preiserhöhungen, während die jeweils anderen nachfolgen. Dazu trägt bei, dass das Marktgeschehen auf einem oligopolistisch strukturierten Markt für alle transparent ist und sämtliche Beteiligte davon profitieren, wenn kein harter Preiswettbewerb stattfindet. In einer solchen Situation bedarf es keines Kartells zur gegenseitigen Abstimmung. Vielmehr genügt einseitiges Parallelverhalten, weil sämtlichen Beteiligten die Gesamtinteressenlage klar ist. Diese **unilateralen Effekte** (einseitige Verhaltensweisen = erlaubtes Parallelverhalten) können das Ergebnis einer durch den Zusammenschluss erzeugten Marktstruktur sein und müssen deshalb von vornherein im Rahmen des Eingreifkriteriums berücksichtigt werden. Die Untersagung eines Zusammenschlusses nach Art. 2 Abs. 3 FKVO kann daher durch Verhaltenserwartungen begründet werden, die sich auf der Grundlage der zu erwartenden Marktstruktur voraussagen lassen. Umgekehrt hängt die Erlaubnis des Zusammenschlusses davon ab, dass keine Lähmung des Preiswettbewerbs zu erwarten ist: weder durch die Zerstörung der Wettbewerbsstruktur des Marktes (Begründung einer

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

marktbeherrschenden Stellung), noch durch die Etablierung einer Wettbewerbsstruktur, die zu einer Lähmung des Preiswettbewerbs durch unilaterales Verhalten Anlass gibt.

Allerdings stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen genau, **wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird** (Art. 2 Abs. 3 FKVO). Nach der **Leitentscheidung des EuG** in Sachen **CK Telecoms UK Investments** (EuG 28.5.2020 – T-399/16, Rn. 96 ff.) entscheidet sich dies nach den in **Erwägungsgrund 25 der FKVO** genannten Kriterien. Erwägungsgrund 25 lautet dabei:

*„¹In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten. ²Viele oligopolistische Märkte lassen ein gesundes Maß an Wettbewerb erkennen. ³Unter bestimmten Umständen können Zusammenschlüsse, in deren Folge **der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird**, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, **sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird**, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist. ⁴Die Gerichte der Gemeinschaft haben jedoch bisher die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 nicht ausdrücklich dahingehend ausgelegt, dass Zusammenschlüsse, die solche nicht koordinierten Auswirkungen haben, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind. ⁵Daher sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass diese Verordnung eine wirksame Kontrolle solcher Zusammenschlüsse dadurch vorsieht, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist. ⁶Für die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 2 Absätze 2 und 3 wird beabsichtigt, den Begriff ‚erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs‘ dahin gehend auszulegen, dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.“*

EuG CK Telecoms UK Investments/Kommission

(EuG 28.5.2020 – T-399/16 – **CK Telecoms UK Investments**/Kommission Rn 96) CK Telecoms UK Investments Ltd (Three), ein Tochterunternehmen der chinesischen Investmentgesellschaft CK Hutchinsson wollte Telefónica Europe Plc (O2) erwerben und wäre damit zum größten Anbieter von TK-Dienstleistungen in Großbritannien aufgestiegen.

Die Kommission untersagte die Fusion nach Art. 8 Abs. 3, 2 Abs. 3 FKVO nicht wegen Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch Three, sondern mit folgendem Argument (EuG Rn. 171): Durch den Erwerb von O2 durch Three würde auf dem britischen Markt eine bedeutsame Kraft im Wettbewerbsgeschehen („**important competitive force**“) verschwinden, weshalb eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO zu prognostizieren sei.

Das **EuG** wendet demgegenüber zu Recht ein, dass mit dieser Art von Begründung jede horizontaler Fusion nach Art. 2 Abs. 3 FKVO verboten werden könnte. Denn immer wenn sich zwei Unternehmen, die sich auf derselben Marktseite befinden, zusammenschließen, fällt ein Wettbewerber weg bzw. werden zwei Konkurrenten zu einem einzigen Unternehmen. Unter diesen Voraussetzungen lässt sich stets behaupten, dass eine starke wettbewerbliche Kraft auf dem Markt entfallen sei (EuG Rn. 174).

Die Lehre von der „important competitive force“ sei jedoch mit der FKVO nicht zu vereinbaren. Vielmehr folge aus Erwägungsgrund 25 (EuG Rn. 96) ein **zweigliedriger Tatbestand** (vgl. dazu den Wortlaut von Erwägungsgrund 25 Satz 3 oben):

(1) Dessen erste Voraussetzung liegt darin, dass die Fusion **beträchtlichen Wettbewerbsdruck** zwischen den Partnern der Fusion **beseitigt**. Dies ist der Fall, wenn es sich bei den Fusionspartnern um **besonders enge Wettbewerber** („particularly close competitors“) handelt:

(EuG Rn. 241) “...the concept of a ‘close competitor’ in the Guidelines allows account to be taken of the fact that **rivalry between the merging parties is an important source of competition on the market**, and may therefore be a central factor in the analysis... Furthermore, it should be borne in mind that the applicability of Article 2(3) of Regulation No 139/2004, read in the light of recital 25 of that regulation, requires the elimination ‘of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other’, which constitutes the most direct unilateral effect of a concentration on an oligopolistic market, as the Commission rightly pointed out before the General Court.”

(EuG Rn. 242) “However, most of the examples mentioned in the contested decision are not intended to identify how close the parties are, or to show that they exerted important competitive constraints on each other, but are aimed above all at showing that Three and O2 are ‘close competitors’ rather than ‘**particularly close competitors**’.”

Man wird in dieser ersten Voraussetzung eine wichtige **Erheblichkeitsschwelle** erkennen dürfen. Zunächst setzt der Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 FKVO eine *erhebliche* Wettbewerbsbeschränkung voraus. Systematisch steht dieses Tatbestandsmerkmal der Begründung oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gleich. Denn beide Eingreifkriterien rechtfertigen gleichermaßen das Verbot der Fusion. Folglich muss der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 2 Abs. 3 FKVO ein Gewicht zukommen, das demjenigen der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung entspricht. Diese Vergleichbarkeit besteht vor allem, wenn die Fusion einen zuvor bestehenden scharfen, direkten Konkurrenzkampf zwischen zwei Konkurrenten beendet. Es genügt also für eine erhebliche Beschränkung von wirksamem Wettbewerb nicht aus, dass die beiden Fusionspartner zuvor mit ihren Angeboten dieselben Nachfragegruppen adressierten. Sie müssen den Wettbewerb durch direkte Auseinandersetzung untereinander belebt haben.

(2) Als zweite Tatbestandsvoraussetzung tritt hinzu, dass die Fusion den **Wettbewerbsdruck unter den verbleibenden Wettbewerbern mindert**. Dies ist Gegenstand einer Prognose im Hinblick auf die Entwicklung nach dem Zusammenschluss: Die ermittelten Tatsachen müssen daher eine erhebliche Wahrscheinlichkeit in sich tragen, dass die verbleibenden Wettbewerber von weiterer Konkurrenz Abstand nehmen (Rn. 118):

„In the context of an analysis of a significant impediment to effective competition the existence of which is inferred from a body of evidence and indicia, and which is based on several theories of harm, the Commission is required to produce sufficient evidence to demonstrate **with a strong probability** the existence of significant impediments following the concentration. Thus, the standard of proof

applicable in the present case is therefore stricter than that under which a significant impediment to effective competition is ‘more likely than not’, on the basis of a ‘balance of probabilities’, as the Commission maintains. By contrast, it is less strict than a standard of proof based on ‘being beyond all reasonable doubt’....

Für die erhebliche Wahrscheinlichkeit genügt es also nicht, dass unilaterale Effekte „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ sind. Andererseits wird jedoch auch keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt. Auf den Fall gewendet bedeutet dies, dass allgemeine Aussagen wie diejenige, dass sich der Wegfall des Wettbewerbers O2 auf dem Markt auswirken wird, nicht genügen. Es müssen vielmehr spezifische Tatsachen dafür vorliegen, dass der Zusammenschluss die Anreize zu Wettbewerb nachhaltig verändert.

Und noch eine Einschränkung lässt sich **Erwägungsgrund 25 Satz 6 FKVO** (Wortlaut oben) entnehmen: Der Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals „erhebliche Beschränkung von wirksamem Wettbewerb“ beschränkt sich allein auf den Fall unilateraler Effekte (dazu *Bach NZKart* 2020, 337). In allen übrigen Fällen liegt das Eingreifkriterium in der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

c) Kollektive Marktbeherrschung (Airtours-Kriterien)

EuG Airtours

Der SIEC-Test stellt auch eine Reaktion auf die besonders strengen Anforderungen des EuG im Hinblick auf die **kollektive Beherrschung eines oligopolistisch strukturierten Marktes** dar. Kollektive Marktmacht vermutet das EuG (Urt. v. 6.6.2002 - T-342/99 – airtours, Rn. 121 ff.) nämlich unter folgenden Voraussetzungen, den sog. **Airtours-Kriterien**:

- (1) Der betroffene Markt muss im Hinblick auf die Kostenstruktur der dort gehandelten Leistungen so **transparent** sein, dass die beteiligten Unternehmen in ausreichendem Maße überwachen können, ob sich alle verbleibenden Wettbewerber an einheitliche Vorgaben halten.
- (2) Aus Gründen der Disziplinierung der Wettbewerber muss ein **Abschreckungsmechanismus** (Sanktionsmechanismus) gegen Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen bestehen. Als nicht ausreichend sah das EuG in der Entscheidung in Sachen „airtours“ an, dass ein Konkurrent eine Angebotsausweitung um 10 % vornehmen konnte und damit die Marktanteile anderer bedrohte. Hier liegt eine erhebliche Unsicherheit, weil nicht klar ist, wie konkret diese Mittel bereitstehen müssen und welches Drohpotenzial erforderlich ist.
- (3) Die Reaktionen von **außenstehenden Unternehmen**, die sich nicht an der Koordinierung beteiligen, dürfen den **voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen**.

Problematisch erscheint bei allen verhaltensbasierten Ansätzen der Zusammenschlusskontrolle, dass unilaterale Effekte sich im Zeitpunkt des Zusammenschlusses nicht sicher voraussagen lassen. Insbesondere im Hinblick auf den **Sanktionsmechanismus** fallen die Überlegungen sehr unterschiedlich aus. Sehr gering sind die Anforderungen des BKA:

„Als Sanktion ist es ausreichend, dass sich ein Duopolmitglied nicht mehr an das koordinierte Verhalten hält, wenn das andere Duopolmitglied davon abweicht. Die Duopolisten sind in der Lage, auf etwaige wettbewerbliche Vorstöße des anderen Duopolisten zeitnah und zielgerichtet zu reagieren und Vorstöße damit unprofitabel werden zu lassen. Diese Möglichkeit stellt eine glaubhafte Drohung dar und veranlasst die Duopolisten, auf Vorstöße von Vornherein zu verzichten“ (BKA, Beschluss v 17.1.2011 – B6-94/10 – **Amazonas**, Rn. 84).

EuGH Impala

In der Impala-Entscheidung (**EuGH** 10.7.2008 – Rs. C-413/06 – **Impala**) stellte der EuGH jedoch strengere Anforderungen auf. Zunächst führt er zur kollektiven Marktbeherrschung aus:

*„122. Eine **kollektive beherrschende Stellung**, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, kann sich daher aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser – aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und deren Änderung durch den Zusammenschluss – dazu führt, dass jedes Mitglied des betreffenden Oligopols es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG zu treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.*

*123. Eine solche **stillschweigende Koordinierung** ist wahrscheinlicher, wenn die Wettbewerber hinsichtlich der Funktionsweise einer solchen Koordinierung, insbesondere der zu koordinierenden Parameter, leicht zu einer gemeinsamen Vorstellung gelangen können. Denn ohne die Möglichkeit, stillschweigend zu einem Einverständnis über die Modalitäten der Koordinierung zu gelangen, müssten die Wettbewerber eventuell zu nach Art. 81 EG [Art. 101 AEUV Oe.] verbotenen Praktiken greifen, um auf dem Markt einheitlich vorgehen zu können. Zudem ist insbesondere im Hinblick darauf, dass einzelne Teilnehmer an einer stillschweigenden Koordinierung versucht sein könnten, davon zur kurzfristigen Steigerung ihres Nutzens abzuweichen, zu beurteilen, ob eine solche Koordinierung von Dauer sein kann. Hierzu müssen die Unternehmen, die ihr Verhalten koordinieren, in der Lage sein, in hinreichendem Maße zu überwachen, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Der Markt müsste daher so transparent sein, dass u. a. jedes beteiligte Unternehmen mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen an der Koordinierung Beteiligten auf dem Markt in Erfahrung bringen kann. Zudem muss es aus Gründen der Disziplin **eine Art Abschreckungsmechanismus** geben, der glaubwürdig ist und im Fall eines abweichenden Verhaltens ausgelöst werden kann. Überdies dürfen die Reaktionen von Unternehmen, die sich nicht an der Koordinierung beteiligen, wie z.B. von derzeitigen oder potenziellen Wettbewerbern, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht in Frage stellen“*

Dann kritisiert der EuGH, dass Kommission und EuG den SV nicht ausreichend erforscht hätten. Keineswegs genügten hypothetische Annahmen, wie sich ein Fachmann in der Situation der beteiligten Oligopolisten/Duopolisten verhalten würde (Rn. 131). Die Entscheidung führte zur Zurückverweisung an das EuGH. Das Joint Venture von Sony und BMG konnte danach wirksam

gegründet werden. Es ist mittlerweile im Sony-Konzern aufgegangen. Folgenbasierte Ansätze wie der SIEC-Test führen wie die Verhaltensannahmen zur kollektiven Marktbeherrschung zeigen zu Einzelfallbetrachtungen und damit **Rechtsunsicherheit**, während das Kriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wegen der hohen Tatbestandsvoraussetzungen für die Partner des Zusammenschlusses berechenbarer erscheint.

Welche Möglichkeiten mit einem verhaltensbasierten Konzept dennoch einhergehen können, zeigt dieses Beispiel (Hinweis: Das EuG geht auf diese Möglichkeiten leider gerade nicht ein):

Klausurbeispiel EuG TollCollect

(EuG WuW/E EU-R 1576 = Slg 2009, II-2029 – **TollCollect**). Die Qualcomm Wireless Business Solutions Europe BV (Q), bietet in Europa ein satellitengestütztes Flottenmanagementsystem für Lastkraftwagen mit der Bezeichnung "EutelTRACS" an. Sie wendet sich gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission: Im Jahr 2002 führte nämlich das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen für die deutsche Bundesregierung eine öffentliche Ausschreibung über die Errichtung und den Betrieb eines Systems zur automatischen und manuellen Erhebung von Maut durch, die von Lkw bei der Benutzung der Bundesautobahnen zu entrichten ist. Eine Bedingung war, dass die Mauterfassungsgeräte (Onboard-Systeme) an die Fahrzeughalter kostenlos Zug um Zug gegen Stellung einer Sicherheitsleistung abgegeben würden. Der Zuschlag wurde einem Konsortium erteilt, das aus der DaimlerChrysler Services AG, der Deutschen Telekom AG und der Compagnie financière et industrielle des autoroutes SA (Cofiroute) bestand. Die Konsorten gründeten nach dem Zuschlag das Gemeinschaftsunternehmen Toll Collect GmbH. Mit Entscheidung 2003/792/EG vom 30. 4. 2003 erklärte die Kommission den zugrunde liegenden Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Ausschlaggebend war die im Verfahren vorgelegte Zusage der Bundesrepublik, allen Herstellern von Onboard-Systemen, nicht nur den am Konsortium Beteiligten, die Herstellungskosten für die zur Mauterfassung benötigten Systeme zu ersetzen. Q wirft der Kommission vor, dadurch leichtfertig eine Zerstörung des Marktes für Telematiksysteme hingenommen zu haben. Telematiksysteme dienen neben der Mauterfassung dazu, über GPS mit im Verkehr befindlichen Fahrzeugen auch zu anderen Zwecken wie Standortbestimmung, Informationsübermittlung usw. zu kommunizieren. Liegt eine Fehlentscheidung nach Art. 2 Abs. 3 FKVO vor, wenn Sie davon ausgehen, dass die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO überschritten sind?

Fraglich ist, ob die Kommission Art. 2 Abs. 3 FKVO falsch angewendet hat.

I. Aufgreifkriterien

1. Zusammenschluss

Hier kommt Art. 3 Abs. 4 FKVO in Betracht, da ein Vollfunktionsunternehmen vorliegt.

Hinweis: In einer Klausur bitte ausführlicher

2. Die **Umsatzschwellen** nach Art. 1 FKVO sind laut SV überschritten.

II. Eingreifkriterium (SIEC-Test)

Fraglich ist, nach welchem Maßstab die Gründung von T beurteilt werden muss, nach Art. 2 Abs. 3 FKVO oder nach Art. 2 Abs. 4 FKVO. Vorliegend scheidet jedoch ein kooperatives

Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 2 Abs. 4 FKVO aus, weil T in seinem Geschäftsbereich allein entscheidet und nicht nur als Plattform für die Zusammenarbeit der Mütter fungiert. Fraglich ist daher, ob eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben in Betracht kommt. Diese könnte insbesondere in der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

***Hinweis:** Beginnen Sie bei der Prüfung stets mit der Begründung der marktbeherrschenden Stellung, denn diese ist als Spezialfall ausdrücklich genannt. Im Übrigen ist dies der in Praxis am nahe liegendste Fall.*

1. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

a) Betroffener Markt

Sachlich ist hier der Markt für Telematikleistungen (kommunikationsgebundene Dienstleistungen im Straßenverkehr) betroffen, der – entsprechend der raumübergreifenden Natur der Technologie – weite Bereiche des Binnenmarktes erfassen dürfte.

b) Begründung einer marktbeherrschenden Stellung

Fraglich ist, ob hier eine marktbeherrschende Stellung dadurch begründet wird, dass T eine Essential Facility verwalten wird. Bei einer E.F. (vgl. S. 189), handelt es sich um eine Infrastruktureinrichtung, die auf einem Inputmarkt besteht und wegen der Leitungsgebundenheit der dem Markt zugrunde liegenden Technologie unerlässlich ist für die Teilnahme auf einem Sekundärmarkt. Die Verweigerung zu dieser Infrastruktureinrichtung muss die potenzielle Nachfrage auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in erheblichem Maß unterbinden, insbesondere dort das Angebot eines neuen Produktes verhindern. T könnte eine solche E.F. durch die tatsächliche Kontrolle über den Kommunikationsstandard der satellitengestützten Mauterfassungsstellen erlangen. Wenn nämlich jeder Lkw, der deutsche Autobahnen befährt, mit einem Terminal von T ausgestattet ist, werden über dieses im Zweifel auch sonstige Kommunikationsleistungen erbracht werden, da selten zwei oder mehrere Geräte in einem Fahrzeug montiert sind. Dadurch entscheidet T über die technischen Formate der Datenübertragung nicht nur im Mauterfassungsbereich, sondern deutlich darüber hinaus auch für andere Kommunikationsanwendungen. Ferner ist zu erwarten, dass künftige Kommunikationseinrichtungen auch im Pkw-Bereich sich an diesem Standard orientieren werden. Wenn daher ein Anbieter wie Q auf einem nachgelagerten Markt für inhaltliche Angebote (Wetterdienst, Verkehrsinformationen usw.) eine Offerte unterbreiten will, wird er dem Standard von T genügen müssen. Mit der faktischen Kontrolle über den Kommunikationsstandard wächst T daher eine E.F. zu. Darin aber liegt die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

***Hinweis:** In der Originalentscheidung hatte die Bundesrepublik daher bereits im Ausschreibungstext Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021*

für eine Öffnung des Standards für alle Marktteilnehmer gesorgt und institutionelle Vorkehrungen getroffen. In der vorliegenden simplifizierten Form bestünden jedoch erhebliche Bedenken.

Für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung spricht ferner mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 lit. b VO die vertikale Integration von T. Dieses kann nicht zuletzt auf die Ressourcen von Daimler in der Fahrzeugtechnik zurückgreifen.

2. Wettbewerbsbeschränkung

Darüber hinaus könnte der Zusammenschluss jedoch auch eine erhebliche Beschränkung von signifikantem Wettbewerb bewirken. Diese könnte in einem schweren Eingriff in die Preisbildungsfunktion auf dem Markt für Telematikgeräte liegen. Bisher konkurrierten dort mehrere Anbieter in freiem Wettbewerb. Nach Einführung des Mauterfassungssystems werden einem großen Teil der Lkw-Halter die Kosten für die Anschaffung des Gerätes ersetzt. Dadurch entsteht die Gefahr, dass die Nachfrager insbesondere die Preisbildung über Telematikgeräte aus den Augen verlieren, weil sie durch die Anschaffungskosten nicht selbst belastet sind. Dies führt zu einer nicht unerheblichen **Schwächung der Wettbewerbsstrukturen**. Denn es entsteht die **Gefahr externer Effekte**: Kosten, die eigentlich in der Marktbeziehung zwischen dem Lkw-Halter und dem Anbieter eines Gerätes ihre Ursache haben, werden auf Dritte, T bzw. die Bundesrepublik, verlagert, was die Nachfrageentscheidung nach den Geräten von einem Teil der Angebotsbedingungen entkoppelt. Diese Beeinträchtigung des Marktmechanismus erscheint als eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung und müsste deshalb nach Art. 2 Abs. 3 FKVO berücksichtigt werden.

Hinweis: In der Originalentscheidung wurde dieser Aspekt nicht erörtert.

Auch insoweit kann das vorliegende Modell Art. 2 Abs. 3 FKVO nicht genügen.

3. Fazit

Die Entscheidung der Kommission war falsch; sie hätte die Gründung der T in dieser Form nach Art. 2 Abs. 3 FKVO untersagen müssen.

Beachte schließlich noch Folgendes: Nach Erwägungsgrund 29 der FKVO können auch die **Vorteile eines Zusammenschlussvorhabens** in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden. Insbesondere erlaubt es der europäische Gesetzgeber, mit Effizienzvorteilen des größeren Unternehmens zu argumentieren.

III. Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen)

Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen vgl. bereits S. 224. Das zentrale Problem der FKVO liegt darin, dass GU sowohl das Kartellverbot des Art. 101 AEUV berühren können als auch den Zusammenschlusstatbestand des Art. 3 FKVO. Da Art. 101 AEUV aber der FKVO im Rang vorgeht, kann die VO keine Ausnahme vom Kartellverbot begründen. Deshalb unterscheidet die FKVO GU mit Kartell- und Zusammenschlussfunktion in einem Doppelschritt.

1. Ein Zusammenschluss liegt bei einem GU nach **Art. 3 Abs. 4 FKVO** nur vor, wenn dieses als **Vollfunktions-GU** fungiert: Es muss als selbstständige wirtschaftliche Einheit auftreten, sich insbesondere selbstständig in vollem Umfang finanzieren (**Mitteilung von 1998 Abl. Nr. C 66/1**). **Kriterium:** Reichen die Ressourcen, um auf Dauer gegenüber den Müttern als eigenes Unternehmen unabhängig zu wirtschaften? Teilfunktions-GU übernehmen nur partielle Verpflichtungen für die Mütter (Forschung und Entwicklung) und werden durch interne Subventionen am Leben gehalten. **Begründung:** Da das Vollfunktions-GU sich selbst tragen muss, tendieren die Mütter nicht dazu, ihm auf dem Markt Konkurrenz zu machen; denn andernfalls würden sie die Überlebensfähigkeit ihrer eigenen Investition (des GU) gefährden. Mit der Ausgestaltung eines Vollfunktions-GU kann deswegen die Absicht eines Rückzugs der Mütter von dem Markt verbunden sein, auf dem das Vollfunktions-GU tätig wird. Insoweit tritt das für einen Unternehmenszusammenschluss charakteristische **externe Unternehmenswachstum** ein: An die Stelle der beiden Mütter als aktuelle oder potenzielle Konkurrenten, tritt das GU.

2. Liegt ein Zusammenschluss nach Art. 3 Abs. 4 FKVO vor, so stellt sich nach **Art. 2 Abs. 4 FKVO** die Frage, ob das GU mehr auf eine **Kooperation**, also ein Kartell i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, zielt (kooperatives GU) oder auf einen Zusammenschluss (**konzentratives GU**). Damit verbindet sich eine weitere Weichenstellung: Denn bei einem konzentrativen GU wird der Zusammenschluss nach Art. 2 Abs. 3 FKVO kontrolliert, bei einem kooperativen GU hingegen nach Art. 2 Abs. 4 FKVO. Ein kooperatives GU liegt vor, wenn mindestens zwei voneinander unabhängige Mütter auf dem Markt des GU oder auf einem damit in Zusammenhang stehenden Markt (sog. **candidate markets, Kandidatenmarkt**, vgl. Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO) weiterhin tätig bleiben. Dies sind vor allem vor- und nachgelagerte Märkte. In Betracht kommen auch benachbarte Märkte (neighbouring markets), also Märkte mit einer verwandten Basistechnologie. Sind die Mütter auf einem Kandidatenmarkt tätig, sprechen die äußeren Umstände für eine bloße Kooperation und keinen Konzentrationsprozess. Denn die Mütter haben ein potenzielles Interesse an dem vom GU

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

bearbeiteten Markt, können auf diesen zurückkehren und kontrollieren die Marktverhältnisse auf diesem mit. In einem solchen Fall „wächst“ bzw. entsteht das GU nicht *auf Kosten seiner Mütter*, verdrängt diese also nicht von dem Markt, auf dem es tätig ist, sondern stellt nur eine Institution zur Absicherung einer Vereinbarung iSd. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, die im Wesentlichen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Die Mütter bleiben also auf dem vom GU bearbeiteten Markt weiterhin autonome Entscheidungseinheiten und sind weiterhin Adressaten des Selbstständigkeitspostulats. Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 4 FKVO lässt sich dabei so verstehen: Die Art. 3 Abs. 4 FKVO zugrunde liegende gesetzliche Vermutung, dass die Gründung des GU wegen seines Charakters als Vollfunktionsunternehmen einen externen Wachstumsprozess darstellt, wird unter den Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 4 FKVO in weitem Umfang (aber nicht ganz: vgl. Art. 2 Abs. 5 FKVO) widerlegt. Liegt ein Fall des Art. 2 Abs. 4 FKVO vor, findet die Prüfung nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 5 FKVO statt.

Finden **Art. 2 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO** Anwendung, so muss die Kommission nach Art. 101 AEUV entscheiden. Beide Normen sind jeweils **gegenüber Art. 2 Abs. 3 FKVO *leges specialis***, verdrängen also Art. 2 Abs. 3 FKVO als allgemeinere Norm (Immenga/Mestmäcker/*Körber*, Wettbewerbsrecht EU, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rn. 614 am Ende m.w.N.). Der Grund dafür liegt in der Normenhierarchie: Ein nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestelltes Kartell kann nämlich nicht durch den in der Hierarchie nachrangigen Art. 2 Abs. 3 FKVO untersagt sein (vgl. ferner die unterschiedlichen Verfahren nach Art. 8 Abs. 1 und 2 FKVO einerseits und Art. 8 Abs. 3 FKVO andererseits).

Doch greift im Falle des Art. 2 Abs. 4 FKVO noch ein **weiterer Sachzusammenhang**: Die Zusammenschlusskontrolle selbst beruht nach der Rechtsprechung des EuGH auf Art. 101 und Art. 102 AEUV (S. 236). Deshalb müssen **konzentrierte Aspekte** wie sie vom EuGH etwa im Zigarettenurteil auf der Grundlage des Art. 101 AEUV geprüft wurden (vgl. noch einmal S. 236), auch im Rahmen des Art. 2 Abs. 4 FKVO bei der Anwendung des Art. 101 AEUV Berücksichtigung finden. Praktisch führt dies dazu, dass die Kommission im Rahmen des Art. 2 Abs. 4 FKVO eine sog. **Doppelprüfung** vornimmt (*Körber* a.a.O. Rn. 617): Auf einer ersten Stufe kontrolliert sie konzentrierte Effekte und nähert sich dabei **teilweise** einer Prüfung an, wie sie auch nach Art. 2 Abs. 3 FKVO durchgeführt werden könnte, wie sie aber zwingend auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO und Art. 101 AEUV erfolgen muss. Praktisch geht es dabei vor allem um den **SIEC-Test** und die Gefahr der Begründung einer Oligopol-situation, in der der Anreiz für Preiswettbewerb untergeht. Dies zeigt die Sonderregelung des **Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO**. Die zugrunde liegende Gefahr entsteht etwa, wenn sich die Mütter über die Zusammenarbeit im

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Gemeinschaftsunternehmen hinaus bei der Preisgestaltung (u.U. sogar auf einem anderen Markt) koordinieren können. Darin liegt eine Prüfung, die über den Maßstab hinausgeht, der Art. 101 AEUV unmittelbar zugrunde liegt und sich aus der besonderen Zwecksetzung der FKVO, konkret aber aus Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 2 FKVO, ergibt.

Die Entscheidung nach Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO i.V.m. Art. 101 AEUV ergeht **verfahrensrechtlich** aber nach **Art. 8 Abs. 3 FKVO und nicht nach Art. 7 VO Nr. 1/2003** (Kartellverordnung). Dies bringt für die Beteiligten erhebliche Vorteile mit sich, da die kurzen Fristen des Art. 10 FKVO Anwendung finden. Bei der Prüfung des Art. 101 Abs. 1 AEUV spielen dann folgende Kriterien eine Rolle

- Wird Wettbewerb zwischen den Müttern beschränkt (Gruppen- oder **Spillover-Effekt**)? Durch das Zusammenwirken der Mütter auf einer Plattform, erlahmt der Wettbewerb zwischen ihnen insgesamt. Besonders gefährlich bei Ein- und Verkaufsgemeinschaften. Auch aus diesem Grund kommt es nach Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO auf die Präsenz der Mütter auf den Kandidatenmärkten an (vgl. dazu bereits oben). Auch der in Art. 5 Abs. 2 Spiegelstrich 2 FKVO genannte Fall ist hier einschlägig.
- Wird Dritten der Marktzugang erschwert (**foreclosure**)?
- Netzwerkeffekte: Das zu prüfende Gemeinschaftsunternehmen fügt sich in ein Netzwerk anderer Gemeinschaftsunternehmen ein, die insgesamt eine negative Anreizsituation für den Preiswettbewerb schaffen.

Vgl. folgenden praktischen Fall:

BKA Grillanzünder

(Bundeskartellamt, Beschluss v. 21.12.2015 – B3-93/15, WuW 2016, 263 – **Grillanzünder**) Das Unternehmen Boomex (B) produziert wie sein Konkurrent Warrlich (W) Grillanzünder. Beide vertreiben ihre Grillanzünder gemeinsam über ihr zu gleichen Teilen (paritätisch) geführtes Gemeinschaftsunternehmen Carbo (C). C erzielt europaweit den ganz überwiegenden Umsatz mit Grillanzündern von B und W; in Deutschland beliefert C alle großen Discounter-Ketten. Dabei finanzierte sich C durch die Vertriebstätigkeit selbst und ist nicht auf Unterstützung der Mütter angewiesen. Fraglich ist, ob der gemeinsame Vertrieb über C gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt.

Problematisch erscheint vor allem die Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Grillanzünder. Der gemeinsame Vertrieb über C beruht auf einer Selbstbeschränkung der beiden Mütter im Hinblick auf andere Absatzmöglichkeiten (Konzertierung). Fraglich ist, ob darin eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt. Das BKA folgt Tz. 167 der **Horizontal-Leitlinien** der Europäischen Kommission (2011/C 11/01). Danach *bezweckt* eine **Kooperation beim Vertrieb idR. eine Wettbewerbsbeschränkung eher als eine Zusammenarbeit bei der Produktion**. Denn beim Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Vertrieb werden idR. wettbewerbskritische Paradigmata (insbesondere der Preis) koordiniert (Rn. 29). Bei rationalen Grundannahmen lässt sich ein gemeinsamer Vertrieb durch Konkurrenten im Zweifel nur durch einschlägige Koordinierungsinteresses erklären (Rn. 31). Vorliegend kommen eine mögliche internene Marktaufteilung sowie eine Preisabsprache in Betracht.

Klausurbeispiel EuG Endemol

(EuG Slg. 1999 II 1299 - **Endemol**): Endemol ist eine Gesellschaft niederländischen Rechts, die gemeinsam mit RTL, einer Gesellschaft luxemburgischen Rechts, die Holland Media Group (HMG) gründen will: Diese Gesellschaft soll selbstständig Fernseh- und Rundfunkprogramme in den Niederlanden anbieten. Der Anteil von RTL soll 51 % betragen, der von Endemol 49 %. In der Satzung der HMG ist vorgesehen, dass alle strategisch wichtigen Entscheidungen von der Hauptversammlung genehmigt werden müssen. Eine in der Satzung aufgeführte Liste führt strategische Entscheidungsgegenstände auf, die die Gesellschafter einvernehmlich regeln müssen. Endemol traf mit der HMG eine Vereinbarung, worin Endemol sich zur Deckung von 60 % des Programmbedarfs von HMG in niederländischer Sprache verpflichtete. Die Marktverhältnisse sind so: Fernseh- und Rundfunkprogramme in niederländischer Sprache werden sowohl von öffentlich-rechtlichen Anstalten produziert als auch von Privatanbietern. Die Produktion der öffentlich-rechtlichen Anstalten ist indes für den Eigenbedarf konzipiert; die Sendungen werden vor allem von Angestellten erstellt. Auch liegen die Kosten dieser Produktionen 42 % über denen von Endemol. Fasst man beide Segmente (öffentliche und private Produktionen) zusammen, kommt Endemol auf einen Anteil von 29 %. Trennt man beide Segmente, so hat Endemol auf dem Markt von Fernseh- und Rundfunkproduktionen der Privatanbieter einen Anteil von 54 %. Diese Zahlen errechnet die Kommission, indem sie auf den Programmwert der Sendungen abstellt: Dieser liegt in Holland zwischen einem Wert von 30.000 bis 300.000 HFL. Legt man das Volumen an Sendestunden zugrunde, ergeben sich indes andere Werte: 10 % bei Zusammenfassung beider Segmente, 29 % bei der Beobachtung des Privatproduktionssegments allein. Die niederländische Regierung hat nach Art. 22 Abs. 3 der VO 4064/89 (nunmehr Art. 22 Abs. 1 VO Nr. 139/2004) beantragt, dass die Kommission den Fall im Hinblick auf seine Auswirkungen auf den Fernsehwerbemarkt untersuchen möge. Die Kommission gelangt zur Auffassung, Endemol würde seine marktbeherrschende Stellung durch eine Fusion verstärken. Gegen diese Entscheidung klagt Endemol vor dem Europäischen Gericht erster Instanz. Ist die Klage erfolgreich?

Die Klage ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

1. Vorliegend ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 1 AEUV gegen eine Entscheidung der Kommission **statthaft**; denn im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Kommissionsverhaltens bestehen Zweifel iSd. Art. 263 Abs. 2 AEUV.
2. Zuständig für diese Klage ist im Umkehrschluss aus Art. 51 des Protokolls der Satzung des EuGH i.V.m. Art. 256 AEUV das Europäische Gericht erster Instanz.
3. E ist vorliegend auch als unmittelbar von der Entscheidung Betroffene klagebefugt nach Art. 263 Abs. 4 AEUV.
4. Die Zweimonatsfrist nach Art. 263 Abs. 6 AEUV muss gewahrt werden.

2. Begründetheit

Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn einer der in Art. 263 Abs. 2 AEUV genannten Fälle vorliegt. Zunächst war die Kommission für die vorliegende Entscheidung auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 FKVO zuständig. Verfahrensfehler sind nicht zu erkennen. Die Vorschrift könnte jedoch als eine zur Durchführung des AEUV erlassene Rechtsnorm unrichtig angewendet und damit verletzt worden sein.

a) Aufgreifkriterien

Die Norm setzt zunächst voraus, dass ein **Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung** vorliegt.

aa) Zusammenschluss

Ein Zusammenschluss könnte auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 4 FKVO durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfolgt sein. Dies setzt voraus, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Der Tatbestand bezieht sich dabei auf sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die so mit Ressourcen ausgestattet sind, dass sie als selbstständige Einheit auf dem Markt tätig sind und nicht bloß als ausgelagerte Betriebsabteilung der Mütter fungieren. Dies lässt sich hier bejahen, weil HMG selbstständig als Anbieter von Fernsehproduktionen tätig werden und sich aus den selbst erwirtschafteten Erträgen finanzieren soll. Fraglich ist, ob der Umstand entgegensteht, dass HMG 60 % seiner Programminhalte von der Mutter Endemol beziehen soll. Wenn die Mutter HMG aber zur Marktbedingungen beliefert, also auf Entgelte für ihre Produktionen besteht, die sie auch von Drittunternehmen fordern würde, steht dies der Eigenschaft von HMG als Vollfunktionsunternehmen nicht entgegen. HMG muss sich dann nämlich ohne finanzielle Unterstützung der Mutter Endemol zu Marktbedingungen eindecken und unter Marktbedingungen seine Kosten decken. Da der SV nichts über mögliche Vorzugsbedingungen ausführt, die Endemol der Tochter HMG einräumen will, ist davon auszugehen. HMG ist danach ein Vollfunktionsunternehmen.

Das Gemeinschaftsunternehmen HMG muss ferner über den Fall einer reinen Kooperation (**Art. 2 Abs. 4 FKVO**) der Mütter hinausgehen und echte **Konzentrationswirkung** entfalten. Diese liegt insbesondere dann vor, wenn die Entscheidungen der Mütter im Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens unter dessen Kontrolle i. S. d. Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 FKVO fallen, die Mütter also weder auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens, noch einem benachbarten Markt (Kandidatenmarkt) selbstständig tätig bleiben. Bei der Einordnung des Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

vorliegenden Falls erscheint dabei von Bedeutung, dass die HMG den Vertrieb von Fernsehproduktionen selbstständig übernehmen wird, d. h. sich insbesondere selbst finanzieren wird. Dies spricht trotz des weiter bestehenden Engagements der Mütter in benachbarten Märkten (Art. 2 Abs. 5 Spiegelstrich 1 FKVO) dafür, dass die beiden Mütter HMG keine unmittelbare Konkurrenz auf diesem Markt machen werden, weil sie sonst ihre Investition gefährden. So wird zu erwarten sein, dass die Mütter ihre Tätigkeiten auf dem Markt für den Verkauf von Fernsehproduktionen künftig ausschließlich über die HMG koordinieren, wo keiner von beiden selbstständig entscheiden kann, sondern in zentralen Fragen auf die Mitwirkung des jeweils anderen angewiesen ist. Diese gegenseitige Blockade aber führt zum Untergang der freien unternehmerischen Bestimmungsrechte der Mütter und damit zur (gegenseitigen) Kontrolle i. S. d. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO.

bb) Gemeinschaftsweite Bedeutung

Der Zusammenschluss muss ferner **gemeinschaftsweite Bedeutung** entfalten. Zwar sind die Umsatzschwellen nach Art. 1 FKVO hier nicht überschritten. Doch wird dieses Erfordernis im vorliegenden Falle nach Art. 22 Abs. 1 FKVO ersetzt.

b) Eingreifkriterien

Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO.

Der Zusammenschluss könnte vorliegend eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO verstärken und deshalb wesentlichen Wettbewerb behindern.

(1) **Sachlich und räumlich relevanter Markt.** Fraglich ist zunächst, auf welchem sachlich relevanten Markt eine solche beherrschende Stellung begründet sein könnte. Problematisch erscheint dabei, ob ein sachlich relevanter Markt für die gesamte Fernsehproduktion existiert oder nur ein sachlich relevanter Markt für den Bedarf der Privatrundfunkunternehmen. Geht man dabei vom Bedarf der Privatrundfunkunternehmen aus, so spricht zunächst gegen einen Gesamtmarkt, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten im Wesentlichen für den Eigenbedarf produzieren und deshalb für die Bedarfsbefriedigung der privaten Konkurrenz gerade nicht zur Verfügung stehen. Dass zwischen dem privaten und dem öffentlichen Segment keine Marktbeziehung besteht, zeigt sich auch an der unterschiedlichen Kostenstruktur. Beständen nämlich tatsächlich die für einen Markt typischen Substitutionsbeziehungen und eine kreuzpreiselastische Nachfrage, so könnte sich die erheblich kostenaufwendigere Produktion der öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen nicht gegen die Konkurrenz von E halten. Entsprechende Preisunterschiede würden auf einem funktionierenden Markt durch Arbitragegeschäfte geschlossen. Auch aus Sicht des Bedarfs der öffentlich-rechtlichen Unternehmen kommt ein einheitlicher Markt schwerlich in Betracht: Die öffentlich-rechtlichen

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

Bindungen der Rundfunkanstalten stehen meist der Möglichkeit entgegen, sich bei privaten Produzenten unbesehen einzudecken. Auch erfolgt die Produktion durch fest angestellte Mitarbeiter, deren Gehalt Fixkosten darstellen, die von den öffentlich-rechtlichen Anstalten in jedem Fall erbracht werden müssen und bei einem Zukauf privater Angebote letztlich umsonst aufgewendet würden. Sachlich beschränkt sich der Markt daher auf die Produktion für Privatrundfunkunternehmen.

Räumlich entspricht der Markt wegen seiner Bindung an die niederländische Sprache dem Gebiet der Niederlande.

(2) Bemessung der Marktmacht durch Programmwert. Fraglich ist, ob die Kommission Art. 8 Abs. 3 FKVO dadurch falsch angewendet hat, dass sie den von E produzierten Programmwert und nicht die tatsächliche Stundenzahl zugrunde gelegt hat. Nach dem Zweck der Art. 2 Abs. 3, 8 Abs. 3 FKVO geht es aber um die Bemessung der tatsächlichen Macht, die durch den Konzentrationsprozess entsteht. In der Anzahl der E-Produktionen an den ausgestrahlten Programmstunden kommt dies jedoch nicht zum Ausdruck. Denn das Programm der Privatrundfunkunternehmen wird nicht auf einem Markt gegenüber Nachfragern ausgestrahlt. Es existiert vielmehr gerade kein Zuschauermarkt in diesem Bereich, weil Zuschauer keine Gegenleistung für das Programm der Rundfunkanstalten aufbringen. Auch eine allgemeine, mglw. aus Gründen des öffentlichen Rechts zu erbringende pauschale Rundfunkgebühr wie in Deutschland stellt keine Gegenleistung dar, weil ihre Höhe nicht von Art und Intensität der Nutzung abhängt. Als Marktteilnehmer agieren die privaten Rundfunkanstalten vielmehr auf den Märkten für Werbekunden, die Werbeeinblendungen während der Pausen des redaktionellen Programms schalten. Auf diesem Markt aber lassen sich – abhängig vom Programmplatz – sehr unterschiedliche Werbeeinnahmen erzielen. Es erscheint deshalb im Hinblick auf den Zweck des Art. 8 Abs. 3 FKVO und Art. 2 Abs. 3 FKVO sachlich geboten, danach zu differenzieren, in welchem Umfang das von E produzierte Programm den Rundfunkanstalten Werbeeinnahmen ermöglicht. Allein dadurch kommt zum Ausdruck, welche Machtstellung E und mit ihm HMG gegenüber der Marktgegenseite entfaltet und ob dieser Spielraum noch hinreichend von Wettbewerb kontrolliert wird. Die Marktposition der E muss daher anhand des Programmwertes bestimmt werden.

(3) Beherrschende Stellung.

Bei einem Beherrschungsgrad von 54 % auf diesem Markt ist E ein herrschendes Unternehmen auf dem niederländischen Markt für die von Privatrundfunkunternehmen nachgefragten Produktionen. Umstände die diesen, durch den hohen Konzentrationsgrad sich aufdrängenden Eindruck widerlegen könnten, sind nicht in Sicht.

(4) Verstärkung der beherrschenden Stellung.

Eine Verstärkung der beherrschenden Stellung liegt schließlich vor, wenn einer der in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO genannten Faktoren durch den Zusammenschluss in erheblicher Weise verstärkt wird. In Betracht kommt hier die Erweiterung des Zugangs zu den Absatzmärkten nach lit. b, d.h. die **vertikale Vorwärtsintegration**: Durch die Gründung von HMG verstärkt und konzentriert sich der Vertrieb von E. Dafür spricht vor allem die Zusammenarbeit mit RTL, die als Sender ebenfalls zumindest ein potenzieller Anbieter auf dem niederländischen Markt darstellt, sei es, dass sie Eigenproduktionen oder aber selbst erworbene Produktionen in niederländischer Übersetzung auf dem Markt anbietet. Die dauerhafte Konzentrierung des eigenen Vertriebsverhaltens mit derjenigen von RTL verschafft E die Möglichkeit, den eigenen Absatz besser im Verhältnis zum potenziellen Konkurrenten zu berechnen und erhöht den Druck gegenüber der Marktgegenseite. Dies muss als nicht nur unerhebliche Verbesserung der vertikalen Integration für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung genügen.

(5) Erhebliche Behinderung des Wettbewerbs.

Da die aus der Gründung von HMG resultierende Wettbewerbsbehinderung nicht nur unwesentliche Folgen absehen lässt, liegt auch eine erhebliche Behinderung iSd. Art. 2 Abs. 3 FKVO vor.

c. Ergebnis

Die Entscheidung der Kommission war rechtmäßig. Die Klage ist unbegründet.

L. ART. 106 AEUV – ÖFFENTLICHE UNTERNEHMEN

Art. 106 AEUV verfolgt drei unterschiedliche Regelungsziele:

- Die Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen;
- den Schutz des Wettbewerbs in einem Zwischenbereich zwischen dem Anwendungsbereich der Art. 34 ff. AEUV (allgemeine Warenverkehrsfreiheit) und der Art. 101 ff. AEUV, wenn nämlich Unternehmen, die keine Adressaten der Art. 34 ff. AEUV sind, von Staaten mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattet werden, die üblicherweise nicht nach Art. 101 ff. AEUV kontrolliert werden können.
- Art. 106 Abs. 2 AEUV erhält begrenzte Ausnahmen vom Geltungsanspruch der Art. 101, 102 AEUV, weil hier Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (bisweilen

abgekürzt als DAWI!) bereitgestellt werden. Darunter fallen bspw. die Post, Arbeitsvermittlung, Energieversorgung, Abfallbeseitigung oder Rundfunk.

I. Verbot des Absatzes 1

1. Der Tatbestand

Öffentliches Unternehmen:

- Unternehmensbegriff wie in Art. 101 AEUV;
- organisatorische Verselbstständigung; nicht der Staat selbst, sondern eine Untergliederung;
- bestimmender Einfluss eines Hoheitsträgers auf die Tätigkeit des Unternehmens, gleichgültig wie die Einflussnahmemöglichkeit ausgestaltet ist (Grund: Umgehungsschutz vor staatlicher Einflussnahme).

Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten (Beispiel: ein Seehafenbetrieb):
Charakteristisch ist **die besondere Beziehung zum Staat**.

Besondere oder ausschließliche Rechte zielen

- (1) stets auf eine individuelle Privilegierung,
- (2) auf Begründung einer besonderen Beziehung zu einem Hoheitsträger und
- (3) bringen dieses Unternehmen in eine Abhängigkeit zum Hoheitsträger.

Ausschließliche Rechte verleihen dem öffentlichen Unternehmen Exklusivität gegenüber seinen Mitbewerbern.

Besondere Rechte unterscheiden das öffentliche Unternehmen von seinen Mitbewerbern und heben es ihnen gegenüber im Wettbewerb hervor.

Für beide Arten von Rechten ist es erforderlich, dass sie den Rechtsträger in besonderer Weise an den Staat binden.

2. Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Schaffung kartellrechtlicher Gefährdungslagen

Eine **erste zentrale Rechtsfolge** des Art. 106 Abs. 1 AEUV besteht darin, dass ein Mitgliedstaat den Art. 102 AEUV bereits dann verletzt, wenn er durch Verleihung von Rechten an das öffentliche Unternehmen **die abstrakte Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung schafft**.

EuGH DEI

Beispiel (EuGH, Urt. v. 17.7.2014 – C-553/12 P – DEI: Der griechische Staat verleiht dem marktbeherrschenden Energieversorger DEI durch Gesetz die Abbaurechte für staatliche Braunkohlelager, die zur Herstellung von Elektrizität in Griechenland dringend benötigt werden. Damit kontrolliert DEI insgesamt 97 % der für die Stromgewinnung verfügbaren Braunkohlevorräte Griechenlands. Durch diese Maßnahme schafft der griechische Staat die Gefahr, dass DEI konkurrierenden Energieversorgern in missbräuchlicher Weise die Belieferung verweigern bzw. diese durch eine Preis-Kosten-Schere am Zugang zu den Strommärkten behindern wird (zu beiden Fallgruppen des Missbrauchs ab S. 181).

Der EuGH bejaht einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV bereits wegen der **Schaffung einer abstrakten Gefährdungslage** (Rn. 41 und Rn. 46). Dafür sprechen folgende **Überlegungen**:

(1) Der Zweck des Art. 106 Abs. 1 AEUV, aber auch derjenige des Art. 102 AEUV, gebieten es, dass bereits die Gefährdung des Wettbewerbs verhindert werden muss und nicht etwa der Eintritt einer tatsächlichen Störung des Preisbildungsmechanismus abgewartet werden kann.

(2) Die nach Art. 106 Abs. 1 AEUV begründete Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 102 AEUV geht über die der privaten Unternehmen hinaus, weil die Mitgliedstaaten sich im Rahmen des AEUV zur Wahrung des Wettbewerbsprinzips verpflichtet haben.

(3) Greifen die Mitgliedstaaten in den Wettbewerbsprozess durch **abstrakt generelle Maßnahmen** (Gesetze) ein, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden können, wenn aufgrund ihrer Gesetze gerade eine abstrakt generelle Gefahr für den Wettbewerb eintritt.

Die **Fallprüfung im DEI-Fall** vollzieht sich daher auf zwei Stufen:

(1) Auf der ersten Stufe muss erörtert werden, ob die Gefahr besteht, dass das öffentliche Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung iSd. Art. 102 AEUV missbrauchen könnte. Hier muss Art. 102 AEUV im Rahmen einer Prognose geprüft werden.

(2) Auf der zweiten Stufe folgt eine Prüfung der Frage, ob der Mitgliedstaat durch seine Maßnahme (sein Gesetz) diese Gefahr in spezifischer Weise erhöht hat.

3. Zurechnung staatlicher Maßnahmen gegenüber dem öffentlichen Unternehmen

Die zweite zentrale Rechtsfolge besteht in der **Zurechnung** staatlichen Handelns gegenüber dem öffentlichen Unternehmen. Stellt sich nämlich die Frage, ob das öffentliche Unternehmen durch sein Handeln eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 102 AEUV missbraucht, muss ihm das Handeln des nationalen Gesetzgebers, der ihm zuvor durch die Verleihung von Rechten besondere Verhaltensspielräume eingeräumt hat, zugerechnet werden. Dies gebietet gerade der Zweck des Art. 106 Abs. 1 AEUV, der verhindern will, dass durch die Aufspaltung der Handlungsbefugnisse zwischen öffentlichem Unternehmen und Mitgliedsstaat eine Schutzlücke entsteht. Die

Wirkungsweise des Art. 106 Abs. 1 AEUV in diesen Konstellationen verdeutlicht folgender, in Rheinland-Pfalz spielender Fall:

EuGH Krankentransporte

(EuGH EuZW 2002, 25-**Krankentransporte**): Dem französischen Unternehmen U war vom Land Rheinland-Pfalz (R) eine Krankentransportgenehmigung erteilt worden, die im Oktober 1994 ablief. Die im Juli 1994 bei R beantragte Genehmigung wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die beiden öffentlichen, mit dem Kranken- und Notfalltransportdienst beauftragten Organisationen im Raum Pirmasens, X und Y, in dem auch U tätig wird, nicht ausgelastet seien. X und Y engagieren sich sowohl im Bereich der Notfalltransporte, also beim Transport lebensgefährlich Erkrankter, als auch bei den allgemeinen Krankentransporten. Darauf verlängerte das Land die Genehmigung der U nicht weiter. Es berief sich dabei auf § 18 Abs. 3 Rettungsdienstgesetz des Landes R, in dem geregelt ist, dass eine Krankentransportgenehmigung versagt werden kann, wenn aufgrund ihres Gebrauchs mit einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit des den Sanitätsorganisationen übertragenen Rettungsdienstes zu rechnen ist. Das VG Neustadt verpflichtete R auf Klage der U zur erneuten Erteilung der Genehmigung. Das OVG Koblenz legt dem EuGH die Frage vor, ob § 18 Abs. 3 RettDG gegen Art. 102 AEUV verstößt. Liegt ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vor?

Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 RettDG und die auf der Grundlage dieser Norm ergangenen Entscheidung der rheinland-pfälzischen Behörde könnten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV gegen Art. 102 AEUV verstoßen.

Bei X und Y handelt es sich um öffentliche Unternehmen, da sie einerseits entsprechend dem funktionalen Unternehmensbegriff auf Märkten nicht nur hoheitlich tätig sind, andererseits aber mit besonderen Rechten durch das Land R ausgestattet wurden (Lizenzen für den Notfalltransport) und dabei dem Einfluss des Landes R unterliegen. Auf sie ist daher Art. 102 AEUV gemäß Art. 106 AEUV grundsätzlich anwendbar.

1. Marktbeherrschende Stellung

Fraglich ist, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 Satz 1 AEUV in Betracht kommt.

Denkbar erscheint zunächst eine marktbeherrschende Stellung von X und Y auf dem Notfalltransportmarkt.

a) Sachliche Abgrenzung

Fraglich erscheint, ob nach dem Bedarfsmarktkonzept der Notfalltransport- und der Krankentransportmarkt sachlich voneinander unterschieden werden können. Dafür sprechen folgende Überlegungen: Krankentransporte werden von den Nachfragern während der üblichen Geschäftszeiten bestellt und setzen nicht voraus, dass der Transporteur über besondere Fachkenntnisse verfügt (Notarzt). Die Nachfrage ist ferner für den Anbieter planbar, da der Transport Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Kartellrechtsskript, 2021

häufig von vornherein bestellt wird. Notfalltransporte müssen hingegen rund um die Uhr und auf Bedarf hin angeboten werden. Außerdem ist hier eine Begleitung durch Fachpersonal unverzichtbar. Weil die Nachfrage indes nicht planbar ist und die Auslastung unterschiedlich ausfällt, dabei aber vglw. teures Personal 24 Stunden beschäftigt werden muss, unterscheidet sich auch die Kostensituation für den Anbieter entscheidend von der auf dem Krankentransportmarkt.

b) Räumliche Abgrenzung

Räumlich dürfte sich der Notfalltransportmarkt wegen der Transportkostenempfindlichkeit und der Eilbedürftigkeit der Transporte auf den Raum Pirmasens beschränken.

Auf dem Notfalltransportmarkt im Raum Pirmasens sind X und Y aber die einzigen Anbieter. Hier besteht also ein Oligopol (Duopol), weil davon auszugehen ist, dass beide im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Unternehmen sich untereinander keinen Wettbewerb machen.

2. Missbrauch

Hier kommt ein Verdrängungsmissbrauch nach Art. 101 Satz 2 lit. b AEUV in Betracht. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt ein Missbrauch in Betracht, wenn sich der Marktbeherrscher eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen, im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens auch auf dem Nachbarmarkt ausgeschaltet wird (so ursprünglich der EuGH in der Entscheidung **Commercial Solvents**, dazu oben S. 181 ff.; siehe oben S. 181).

Das zentrale Problem des Falles liegt aber darin, dass X und Y selbst den U nicht an der Tätigkeit auf dem benachbarten Krankentransportmarkt hindern. Diese Hinderung erfolgt durch die für die Transportgenehmigung zuständige Ordnungsbehörde, die wiederum § 18 Abs. 3 RettDG anwendet. Aus Art. 106 Abs. 1 AEUV resultiert jedoch folgender **Zurechnungsgedanke**: Die Aufteilung der staatlichen Handlungsbefugnisse einerseits auf X und Y und andererseits auf das Ordnungsamt und den Gesetzgeber darf in ihrer Summe nicht dazu führen, dass dieselben Wirkungen erzielt werden, die einem marktbeherrschenden Unternehmen in Privathand verboten wären. Die Genehmigungskompetenz des Ordnungsamtes und die Regelungsbefugnis des Gesetzes dürfen mit anderen Worten nicht dazu missbraucht werden, zugunsten staatlich kontrollierter Unternehmen kartellrechtlich verbotene Wirkungen zu erzielen. Davon ist aber vorliegend zunächst auszugehen. Deshalb können sowohl die Entscheidung der Ordnungsbehörde als auch deren rechtliche Grundlage, der § 18 RettDG gegen Art. 102, 106 Abs. 1 AEUV verstoßen.

3. Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Fraglich ist allerdings, ob eine **Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV** in Betracht kommt. Für die Genehmigungspraxis des Ordnungsamtes spricht das Interesse an einer **Amortisation der Kosten** des teuren Notfalldienstes. Beim Notfalldienst müsste es sich dazu zunächst um eine Tätigkeit im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse handeln. Der Notfalldienst bedient ein Interesse der Allgemeinheit. Vorliegend geht es auch um die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Tätigkeit, da der Notfalldienst gerade deshalb finanziell durch die Einnahmen aus den Krankentransporten unterstützt werden soll, weil er selbst nicht im Hinblick auf die Erzielung von Profiten hin ausgerichtet werden kann, sondern ständig und flächendeckend angeboten werden muss. Fraglich ist allerdings, ob die Anwendung des Art. 102 AEUV die Erfüllung dieser Verpflichtungen *verhindert*: Zur Finanzierung des kostenintensiven Notfalldienstes erscheint zunächst das lukrative Krankentransportgeschäft besonders geeignet. Beide Dienstleistungen hängen so eng zusammen, dass der Krankentransport leicht mit den Infrastrukturdienstleistungen des Notfalldienstes (Fahrzeugen) betrieben werden kann. Der Krankentransport stellt deshalb eine vermeintlich nahe liegende Finanzierungsquelle dar (in diese Richtung EuGH). Gegen die Beschränkung der Zulassung zum Krankentransportmarkt aus diesen Gründen spricht jedoch, dass das Krankentransportgeschäft nicht die einzige Finanzierungsquelle für den Notfalldienst darstellt, sondern auch mit staatlichen Zuschüssen betrieben werden kann. Deshalb bestehen Zweifel an einer „Verhinderung“ i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV: Die Wettbewerbsstrukturen im Krankentransportgeschäft müssen nicht zwingend aufgegeben werden, um das Notfalltransportgeschäft betreiben zu können. Folgt man dem, findet Art. 106 Abs. 2 AEUV keine Anwendung.

4. Ergebnis: Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt vor (aA z.T. EuGH). § 18 Abs. 3 RettDG und die auf seiner Grundlage ergangene landesbehördliche Entscheidung verstoßen gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 AEUV und sind nichtig.

II. Rechtfertigung nach Absatz 2

Art. 106 Abs. 2 AEUV sieht eine Ausnahme und Rechtfertigung für Unternehmen, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** vor.

Voraussetzungen:

1. Es muss sich um eine **DAWI** handeln;

Hier besteht zunächst eine **Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten**, die nicht voll überprüfbar ist. Denn zugrunde liegt eine wirtschaftspolitische Entscheidung, die die Eigenstaatlichkeit des Mitgliedstaates betrifft und stets auf prognostischen Elementen beruht.

Sie muss vom Mitgliedstaat getroffen werden. Die Gerichte können nur eine Verletzung des Beurteilungsspielraums überprüfen. Dazu stehen ihnen folgende Kriterien zur Verfügung:

- a) Die Tätigkeit darf nicht nur einem Individual- oder Gruppeninteresse dienen, sondern muss dem *Allgemeinwohlinteresse* dienen.
- b) Die Tätigkeit muss *wirtschaftlichem* Interesse dienen. Konsequenz: Alle nicht ökonomisch arbeitenden Gruppen werden voll vom AEUV erfasst

2. der Träger muss **staatlicherseits betraut** sein;

3. die Anwendung der Wettbewerbsregeln muss die Erfüllung der besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern;

Entscheidend kommt es auf **ein echtes Verhindern** (nicht nur eine Erschwerung an). Nur vollständige Unzumutbarkeit der Alternative führt zur Verhinderung.

4. Wahrung des Erforderlichkeitsprinzips bzw. Ultima-ratio-Prinzips

Nach h.M. ist die Norm unmittelbar anwendbar; es bedarf keiner Genehmigungsentscheidung durch eine nationale Behörde oder die Kommission. Beachte auch Art. 14 AEUV. Die Norm entstammt dem Vertrag von Amsterdam und sichert die Stellung gemeinwohlpflichtiger Unternehmen. Dennoch wird Art. 106 Abs. 2 AEUV eng ausgelegt.

BGH Pressegrosso

In einer spektakulären Entscheidung hatte der **BGH** (Urt. v. 6.10.2015 – KZR 17/14) darüber zu entscheiden, ob das **Pressegrosso nach § 30 Abs. 2a GWB** (durch die 9. GWB-Novelle übrigens ergänzt um Abs. 2b) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt ist.

Dass deutsche Grossosystem organisiert den Großhandel mit Zeitschriften aufgrund einer Branchenvereinbarung. Grundsätzlich gilt hier, dass in einer Region nur ein Großhändler (Grossist) tätig ist und dort für eine optimale Marktversorgung verantwortlich zeichnet. Er gewährleistet bspw., dass auch ein speziellerer Titel (Anglerzeitschrift) in einer Bahnhofsbuchhandlung vorgehalten werden kann, weil diese den Titel bei Nichtverkauf leicht an den Grossisten retournieren kann und jeder Titel binnen eines Tages an jede Zeitschriftenhandlung lieferbar ist. Der deutsche Bauer Verlag hatte das Grossosystem jedoch als Kartell infrage gestellt, weswegen der deutsche Gesetzgeber § 30 Abs. 2a GWB geschaffen hat. Im Verfahren klagte der Bauer Verlag gegen § 30 Abs. 2a GWB im Hinblick auf eine Verletzung des europäischen Kartellrechts.

Der BGH **bejaht jedoch die Voraussetzungen Art. 106 Abs. 2 AEUV:**

(1) Die Gewährleistung einer flächendeckenden publizistischen Vielfalt sieht das Gericht als DAWI an (Rn. 24 ff.).

(2) Problematisch war, ob eine **Betraung** vorliegt, da § 30 Abs. 2a GWB nur die *Möglichkeit* einer Branchenvereinbarung einräumt, aber keine einschlägige Aufgabe an Verleger und Händler unmittelbar überträgt. Der Betrauungsakt muss nach Auffassung des BGH aber nicht zwingend ausgestaltet sein (Rn. 32). Dies leuchtet schon deshalb ein, weil die Bundesrepublik auf die

Presselandschaft keinen dirigistischen staatlichen Einfluss nehmen kann, sondern hier nur Anreize für eine Pluralisierung setzen kann.

(3) Bei der Prüfung, ob die Anwendung des Wettbewerbsrechts zu einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung führt, besteht ein **Beurteilungsspielraum des staatlichen Gesetzgebers** (Rn. 44), der nur auf offenkundige Fehleinschätzungen hin überprüft werden kann (Rn. 51 ff.): Gesetze der Denklogik, offensichtliche Verstöße gegen das Verfassungs- oder Kartellrecht. Die Überlegung, dass die Zerstörung des Grosso-Systems zu einem Rückgang der flächendeckenden publizistischen Vielfalt führe, sah der BGH nicht als Verletzung der Denkgesetze an (Rn. 54).

Insgesamt sah das Gericht § 30 Abs. 2a GWB durch Art. 106 Abs. 2 AEUV als gedeckt an.